الأدلة المتعـــارضة

ووجوه ترجيحها

للأستاذ

بدران أبو العينين بدران

أستاذ الشريعة المساعد بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

افتتاحيـة

بسم الله الرحمن الرحيم

أحمد ربى حمداً يوافى نعمه ، وأستعينه استعانة من لاحول له ولا قوة ، وأستهديه وأستغفره استغفار من يقر بعبوديته . وأشهد أن لا إله الا الله وحده لا شريك له ، وأن محمداً عبده ورسوله جاء بالحق والكتاب المبين .

وبعد . فهذه صفحات فى " الأدلة المتعارضة وطرق ترجيحها " أضرع الى الله تعالى أن ينفع بها ، ويجعل منها عاملا قوياً فى الكشف عن أمر ظل زمناً طويلا دون ارتياد . وأرجو منه أن يفيض عليها نعمة التوفيق والسداد، فإنه سبحانه يعلم أنى لم أبغ منها إلا وجه الحق وحده ، فإن أكن هديت إليه فبفضل من الله ورعاية منه ، وإلا فحسبى أنى بذلت غاية الجهد .

والله أسأل أن يلهمنى أسباب الخير فى الدنيا والآخرة إنه نعم المعين ..

بدران أبو العينين بدران

جمادى الآخرة ١٣٨١

نوفمبر ١٩٦١

مقدمة

إن الله الرحيم بخلقه ما كان ليذر عباده سدى لا يعلمون شيئاً عن أحكام أفعالهم ، وما يصدر عنهم من أقوال وتصرفات حتى يشرع لهم حكم ما يعرض لهم من وقائع . وما يصدرون من قول أو عمل . لكنه جلت قدرته ، وسمت حكمته لم يفصل تلك الأحكام فى دستوره السماوى : القرآن الكريم ، بل اقتصر بيانه على القواعد العامة والأصول الكلية فلم يتعرض للأحكام التفصيلية والجزئية إلا على ضرب يسير ، وبما يتفق مع تلك الأصول ، ويشبهها فى ثبوتها ، من غير قبول للتغير بمرور الزمن أو تطوره ، أو باختلاف الناس فى بيئاتهم وأعرافهم . ولعل وروده على هذا النحو السابق لكى يساير القرآن كل زمن ، ويتسع لكل تطور ، ولتجد فيه كل أمة حاجتها فى مجال إصلاحها وتشريعها .

وبجانب كتاب الله الذى لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه لأنه تنزيل من حكيم حميد كانت السنة النبوية التى جاءت على وفق أصوله . وعلى كشف غوامضه ، وتفسير مبهمه ، وتقييد مطلقه ، وتخصيص عامه . وإيضاح حكمه . وتبيان أغراضه (١) .

فالسنة وضحت ما أجمل فى الكتاب من أحكام ، وتكفلت بالتفصيل والتطبيق . وإبراز الصور والكيفيات . والشرح والبيان ، بينت كل هذا بما كان يصدر من الرسول عليه السلام من قول ، أو يجرى على يديه

---

(١) من بيان السنة لما أجمل فى الكتاب : أعداد الركعات وفرائض الصلوات وكيفياتها وأوقاتها . . ومن بيانها لمطلقه تقييد المطلق كتقييد الرقبة التى تجزىء فى كفارة اليمين بالرقبة المؤمنة ، ومن بيانها لعامه والمراد تخصيص العام : بيان أن السارق الوارد فى قوله تعالى " والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما " أنه سارق تصل قيمة سرقته عشرة دراهم أو تزيد . وقد يكون البيان بالزيادة على ما جاء به القرآن الكريم كتحريم الجمع فى الزواج بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها .

من عمل . أو يقر من قول سمعه ، أو فعل شاهده دون إنكار عليه أو اعتراض على فعله أو تعقيب ، بل سكوت منه يعتبر إقراراً ، وموافقة عليه .

وظل المصدران السابقان القرآن الكريم والسنة النبوية معين التشريع طيلة زمن رسول الله عليه السلام ، ومن لدن بعثته إلى وقت وفاته ، فكان الوحى المتلو وغير المتلو هو الأساس الذى يرجع اليه ، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبلغ الناس أمر ربهم فيأتمرون ، وينهاهم عما نهى فينتهون ، ويقضى بينهم فيما شجر من خلاف فيطيعون ، ويجيبهم عما سألوا فيسلمون ، وما كانوا يسألونه إلا عما ينفعهم ، وما تدعوهم حاجتهم إلى المسألة فيه ، متجنبين الافتراض والجدل . راغبين فى المعرفة مقبلين على العمل والطاعة وما كانوا يحيدون عما رأوا الرسول عليه السلام يفعله ، ولا يعترضون على شىء يصدر منه ، بل كانوا يفعلون كما يفعل ، ويتوضئون كما يتوضأ ، ويصلون كما يصلى ، ويصومون كما يصوم ، ويتعبدون كما يتعبد ، إذ قال لهم صلى الله عليه وسلم « خذوا عنى مناسككم » « وصلوا كما رأيتمونى أصلى » .

وبعد حياة الرسول صلوات الله عليه كان أصحابه أشد الناس حرصاً على العمل بالقرآن ، والتمسك بما عرفوا من سنة رسوله ، جهدوا أنفسهم فى البحث عنها . وسارعوا إلى العمل بها وقد يؤديهم اشتراكهم فى البحث والنظر — حين يعرض لهم مالا يعرفون له نصاً فى الكتاب أو السنة — إلى الاجماع على حكم فيه ، فإذا أجمعوا كان ذلك حكماً قاطعاً فى النزاع المعروض ، وفيما يحدث بعد ذلك من أمثاله . وهذا الاتفاق فى الاجتهاد من المجتهدين وهو المسمى بالاجماع كان مصدراً ثالثاً للتعرف على الأحكام . وقد جد هذا المصدر بعد الرسول عليه السلام لأنه لا محل للبحث عن حكم وتعرفه بواسطة الإجماع عليه مع وجود الرسول صلى الله عليه وسلم فإنه إن وافقه كان سنة . وإن خالفه لم يكن من الشرع فى شىء .

كانوا إذا عرضت حادثة أو نزلت بهم نازلة ، وبحثوا عن الحكم فى كتاب الله فلم يجدوا ، ونظروا فى سنة رسول الله فلم يجدوا ، وسألوا الناس هل فيهم من يحفظ فى هذا الأمر حديثاً أو قضاء فلم يجدوا اجتهدوا فى تعرف الحكم

مسترشدين فى ذلك بالكتاب والسنة مستهدين بهديهما ، مستوحين ما عرفوه منهما من أسرار وحكم وأغراض . فربما وصلوا إلى الحكم بقياس ماعرض لهم على ما هو نظير له ، وربما وصلوا اليه بما يورثهم اطمئناناً بأن هذا هو حكم الله الذى تتحقق به المصلحة ، ويتفق مع روح التشريع . وتوحى به أسراره وحكمه .

ومما يدل على أن هذا كان صنيع الصحابة بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قال أبوعبيد فى كتاب القضاء :

حدثنا كثير بن هشام عن جعفر بن برقان عن ميمون بن مهران قال : « كان أبو بكر إذا ورد عليه حكم نظر فى كتاب الله ، فإن وجد فيه ما يقضى به قضى به ، وإن لم يجد فى كتاب الله نظر فى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن وجد فيها مايقضى به قضى به ، فإن أعياه ذلك سأل الناس هل علمتم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فيه بقضاء ؟ فربما قام إليه القوم فيقولون قضى فيه بكذا وكذا ، فإن لم يجد سنة سنها النبى صلى الله عليه وسلم جمع رؤساء الناس فاستشارهم ، فإذا اجتمع رأيهم على شىء قضى به . وكان عمر يفعل ذلك فإن أعياه أن يجد ذلك فى الكتاب والسنة سأل : هل كان أبو بكر قضى فيه بقضاء ، فإن كان لأبى بكر فيه قضاء قضى به » (١) .

وقد كان الرسول أيضاً يجتهد فيما يعرض عليه من وقائع لم ينزل فى حكمها شىء من الوحى ، فكان عليه السلام ينظر فيما أنزل الله عليه من قبل حتى يصل إلى حكم تطمئن إليه نفسه أنه حكم الله . عند ذلك يقضى به وقد يقره الله عليه إن كان صواباً ، وقد لا يقره عليه إن كان غير ذلك كما فى أسارى بدر ، والمتخلفين فى غزوة تبوك .

كما رضى الرسول عليه السلام الاجتهاد لأصحابه . وعلى هذا ولى معاذ بن جبل (٢) قضاء اليمن . فقد روى شعبة قال حدثنى أبو عوف عن الحارث

---

(١) إعلام الموقعين عن رب العالمين جـ١ ص ٧٠ لابن قيم الجوزيه .

(٢) معاذ بن جبل صحابى جليل أسلم وهو ابن ثمان عشرة سنة ، وشهد العقبة الثانية وبدراً والمشاهد كلها . آخى بينه عليه السلام وبين ابن مسعود . وكان يعلم أهل اليمن زمن الرسول وزمن أبى بكر ثم هاجر الى الشام ، قال فيه عمر : عجزت النساء أن يلدن مثل معاذ ولولا معاذ لهلك عمر .

ابن عمرو عن أناس من أصحاب معاذ عن معاذ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعثه الى اليمن قال : كيف تصنع إن عرض لك قضاء ؟ قال : أقضى بما فى كتاب الله . قال : فإن لم يكن فى كتاب الله ؟ قال : فبسنة رسول الله . قال : فإن لم يكن فى سنة رسول الله ؟ قال : أجتهد رأيى لا آلو قال : فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدرى ثم قال : الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله لما يرضى رسول الله » (١) .

فهذا الحديث يقرر شرعية الاجتهاد . كما يقرره أيضاً إذنه عليه السلام لأصحابه فيه فقد روى أنه عليه السلام قال يوما لعمرو بن العاص : أحكم فى هذه القضية . فقال عمرو : أجتهد وأنت حاضر ؟ قال : نعم إن أصبت فلك أجران وإن ، أخطأت فلك أجر (٢) .

وتلك كانت سنة الفقهاء المجتهدين فى عصر ازدهار الفقه فقد روى عن الإمام أبى حنيفة النعمان قوله : إنى آخذ بكتاب الله إذا وجدته . فما لم أجده فيه أخذت بسنة رسول الله والآثار الصحاح عنه التى فشت بين أيدى الثقات . فإذا لم أجد فى كتاب الله ولا فى سنة رسوله أخذت بقول أصحابه آخذ بقول من شئت منهم ، ولا أخرج عن أقوالهم إلى قول غيرهم . فإذا انتهى القول إلى ابراهيم والشعبى والحسن وابن سيرين وسعيد بن المسيب فهم قد اجتهدوا ، فأجتهد كما اجتهدوا .

وروى عن إمام دار الهجرة مالك بن أنس أنه كثيراً ما كان يردد هذه العبارة : « مامنا إلا مصيب ومخطىء عدا المعصوم صاحب هذا القبر » ويشير إلى قبر الرسول عليه السلام — كما لقى عمر بن الخطاب رضى الله عنه رجلا فسأله من أين جئت ؟ فقال الرجل جئت من عند على ، وقد قضى بيننا بكذا فى خصومة هى كذا . فقال لو كنت أنا الذى يقضى فيها

---

(١) إعلام الموقعين — ج ١ ص ٢٤٣

(٢) الإحكام لابن حزم الظاهرى — ج ٦ ص ٢٦

لقضيت بخلاف هذا القضاء . فقال الرجل لعمر : وما يمنعك وأنت أمير المؤمنين ؟ قال عمر : لو كنت أردك الى كتاب الله أو سنة رسوله لفعلت، ولكنى أردك إلى رأيي والرأى مشترك » .

هذا ويمكن أن نتبين مما تقدم أن الأحكام قد جاء بعضها منصوصاً عليه فى الكتاب والسنة . وبعضها مسكوتاً عنه . ونصبت أمارات تدل عليه وعلامات توصل لمعرفته . وتمهد السبيل للمجتهدين لأجل الوقوف عليه .

والقسم الأول : وهو ما نص على حكمه ليس فى درجة واحدة بل هو متنوع إلى الأنواع الآتية :

١ — حوادث قد دل على حكمها نص قطعى فى وروده ، قطعى فى دلالته ، كإقامة الصلاة ، وسهام أصحاب الفروض من الوارثين وتلك أحكامها لا محل للاجتهاد فيها . إنما يجب اتباع حكم النص فيها . ولكونها كذلك اشتهر قول الأصوليين « لا مساغ للاجتهاد فيما فيه نص صريح » .

٢ — حوادث دل على حكمها نص قطعى الثبوت ظنى الدلالة فهى محتملة لأكثر من حكم . فهذه أحكامها محل للاجتهاد . وللعقل والبحث فيها مجال . فيمكن إدراك أحد الحكمين المحتملين بالنظر فيها ، والاجتهاد فى محتملاتها حسبما تقضى به حدود فهم المراد من النص ، كما يمكن فى هذا النوع من الأحكام ترجيح أحد المعنيين أو المعانى . ولهذا يجب على المجتهد فى أمثال هذه الوقائع أن يبذل جهده فى الترجيح باجتهاده . وأن ينظر فى الأصول اللغوية والتشريعية ، كما يجب عليه العمل بما يصل اليه اجتهاده .

ومن أمثلته : قول الله سبحانه فى الوضوء « يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق وامسحوا برءوسكم وأرجلكم إلى الكعبين » (١) فإن الباء فى قوله تعالى « برءوسكم » تحتمل أن تكون للإلصاق . فيكون مسح الرأس كله مفروضاً . وتحتمل أن تكون للتبعيض فيكون مسح البعض لا الكل هو المفروض .

---

(١) المائدة — الآية ٦

ومنه أيضاً: ما روى البخارى فى باب إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا ، عن عبد الله بن الحارث رفعه إلى حكيم بن حزام رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى عليه وسلم « البيعان بالخيار مالم يتفرقا » أو قال « حتى يتفرقا — فإن صدقا وبينا بورك لهما فى بيعهما ، وإن كتما محقت بركة بيعهما » (١) — فإنه يحتمل أن يكون المراد بالتفرق من قوله ما لم يتفرقا تفرق الأبدان فيثبت خيار المجلس (٢) ، ويحتمل أن يكون المراد به تفرق الأقوال وهما « الإيجاب والقبول » فلا يثبت هذا الخيار .

والقسم الثانى : وهو مالم يدل على حكمه نص أصلا ، وإنما اتفق المجتهدون على الحكم فى عصر من العصور ، فهذا لا مجال للاجتهاد فيه ، ويجب على المسلمين العمل به لأن المجتهدين إذا اجتهدوا واجتمعت كلمتهم على حكم من الأحكام كان حكم الأمة وكان حكماً ثابتاً ، فإنها لا تجتمع على ضلالة ، فهم أولوا الأمر التشريعى ، وقد أمر الله بإطاعتهم فقال تعالى « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله ، وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم ، فإن تنازعتم فى شىء فردوه

---

(١) صحيح البخارى — ج ٣ ص ٧٦ . وحكيم بن حزام بن خويلد قرشى أسدى . عمته خديجه بنت خويلد زوج رسول الله صلى الله عليه وسلم . أسلم يوم الفتح وكان من المؤلفة قلوبهم قال البخارى : إنه عاش فى الاسلام ستين سنة وفى الجاهلية ستين سنة . وحكى الزبير بن بكار أن حكيم ولد فى جوف الكعبة وقال كان من سادات قريش فى الجاهلية والإسلام — (تهذيب التهذيب — ج ٢ ص ٤٤٦ ، ٤٤٨) .

(٢) خيار المجلس أحد الخيارات المختلف فيها التى تثبت لكل من العاقدين الخيار فى فسخ العقد أو الإبقاء عليه ماداما فى مجلس العقد . وقال به الشافعية والحنابلة إلا إذا خير أحدهما صاحبه فاختار إمضاء العقد ونفاذه ، وإنما يثبتون ذلك فى عقد البيع بالنص . وفيما يلحق به من عقود المعاوضات بالقياس عليه — وذهب الحنفية والمالكية الى أن العقد يلزم بمجرد صدور الإيجاب والقبول من العاقدين فليس لأحدهما بعد ذلك خيار فى المجلس، ولا يثبت إلا إذا اشترطاه فى العقد، ويسمى خيار الشرط . ومما يحتج به الأولون : حديث البيعان بالخيار .. لأنهم رأوه حديثاً صحيحاً لا يقدح فيه عدم العمل به من فقهاء المدينة السبعة فربما لم يبلغهم من طريق موثوق به عندهم ، وقد روى الحديث مالك فى موطئه عن نافع عن عبد الله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم لم يعمل به ، ويظهر أن ترك العمل بهذا الحديث فى المدينة كان أمراً مشهوراً شائعاً، ولكن لم يكن محل إجماع، فقد نقل أن سعيد بن المسيب ومحمد بن شهاب الزهرى كانا يقولان به وهما من فقهاء المدينة ومحدثيها (أنظر نهاية المحتاج ج ٣ ص ٨٦ ، وبداية المجتهد — ج ٢ ص ١٦١) .

إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا » (١).

ومن الواجب التحقق من كون الحكم قد انعقد عليه إجماع المجتهدين فى عصر من العصور فلا يكفى مجرد ادعاء هذا الإجماع — ومما مثلوا به لهذا النوع : توريث الجدات السدس(٢) وزيادة الأذان الثانى يوم الجمعة على الزوراء (٣) فى عهد عثمان حين كثر المسلمون (٤) ، وحجب ابن الابن من الإرث بالابن ، وتحريم شحم الخنزير (٥) .

والقسم الثالث : وقائع لم يدل على حكمها نص ولا انعقد على حكمها إجماع ، فهذه موضع الاجتهاد من أهله . وأكثر أحكامها استنباط لأفراد من المجتهدين ، وقفوا عليها حسبما وصلت إليه عقولهم ، وهى أحكام ليست لازمة لوقائعها ، ولا يمنع اجتهاد فيها سابق من اجتهاد لاحق ، ويجوز لأهل عصر واحد من المجتهدين أن يخالف بعضهم بعضاً . كما يجوز للمجتهد الواحد أن يرجع عن اجتهاده السابق إلى اجتهاد آخر ، وليس قول المجتهد بحجة ملزمة كافة المسلمين إنما هو حجة ملزمة للمجتهد نفسه باعتبار أنه الحكم الشرعى فى غالب ظنه مادام باقياً على اجتهاده ، وهو أيضاً حجة على من يستفتيه من المقلدين باعتبار أن مذهب المستفتى هو مذهب من يفتيه .

والسبب فى كون الاجتهاد مرجع التعرف على أحكام هذا النوع هو أنه مادام لا يوجد نص فى حكم الواقعة يكون المرجع فى التعرف ، والاهتداء

---

(١) النساء — الآية ٥٩

(٢) ميراث الجدة السدس قد ثبت بالسنة ، فقد روى المغيرة بن شعبة حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاها السدس فقال أبو بكر رضى الله عنه هل معك غيرك فقام محمد بن مسلمة الأنصارى فقال مثل ما قاله المغيرة فأنفذه لها أبو بكر .

(٣) دار فى سوق المدينة .

(٤) هذا الأذان لم يكن فى زمن الرسول عليه السلام وزاده ليحقق الغرض المقصود من الأذان ، وهو إعلام الناس بدخول وقت الصلاة لما كثروا ، ولو لم يفعل لما علم البعيد عن المسجد فتفوته الصلاة (الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية — ص ١٧٠ للأستاذ محمد شلبى) .

(٥) الجامع لأحكام القرآن — ج ٢ ص ٢٠٥

إلى حكم فيها: الأمارات وطرق الاستنباط. وتبعاً لذلك لابد أن يختلف الحكم باختلاف عقول الباحثين والمجتهدين، واختلاف ما يحف بهم من ظروف، وما يحيط بهم من أحوال ومؤثرات.

ويدل لذلك أن القياس الذى هو أول سبل الاستنباط أساسه تعليل حكم النص، ومدار التعليل على إدراك المصلحة التى شرع لأجلها الحكم، وإدراك الوصف الذى بنى عليه باعتبار أنه مظنة هذه المصلحة. ومن الجلى أن تقدير المصالح مما تختلف فيه العقول، وتذهب فيه الأفهام مذاهب متعددة لكونه يخضع لتأثير المؤثرات، وتغير الأحوال والملابسات.

ومن هنا كان لا يمكن أن يكون قياس إلا إذا كان حكم النص مما يدرك العقل علته، على معنى أن يكون حكماً معقول المعنى، وللعقل سبيل الى فهم معناه، والمصلحة التفصيلية التى قصدت به. فإنه سبحانه لم يشرع الأحكام لغير أسباب اقتضتها، ومصالح قصدت بها. كما لم يشرعها لمجرد إخضاع المكلفين لسلطان القوانين، إنما شرعت لأسباب اقتضت تشريعها، ومصالح قصد الشارع الى تحقيقها. فالله ماحرم ماحرم من طعام أو شراب أو عقود أو معاملات لمجرد التضييق على الناس، ومصادرة حرياتهم. ولا أوجب ما أوجب من عبادات وصدقات لمجرد إرهاق الناس، وتحميلهم المشقات، إنما شرع ماشرعه لتحقيق مصالح عباده بدفع الضرر عنهم. وجلب النفع لهم، وتنظيم علاقة بعضهم ببعض، وعلاقتهم بالله سبحانه فقال تعالى فى فرض الحج « ليشهدوا منافع لهم »[1]، وقال فى إيجاب القصاص « ولكم فى القصاص حياة »[2]، وقال فى ترخيص الفطر فى رمضان للمسافر والمريض « يريد الله بكم اليسر ولايريد بكم العسر »[3]، وقال فى فرض الزكاة « خذ من أموالهم

---

(١) الحج – الآية ٢٨

(٢) البقرة – الآية ١٧٩

(٣) البقرة – الآية ١٨٥

صدقة تطهرهم وتزكيهم بها » (١) وجاء مثل ذلك فى السنة . عند أمر الشباب بالتزوج « فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج » (٢) وفى النهى عن الجمع بين المرأة وعمتها أوخالتها « إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم ».

واجب الناظر فى الأدلة

يجب على من يتصدى للنظر فى الأدلة، والبحث عما تفيده من أحكام أن يحصن نفسه بدراسة الآيات التشريعية فى القرآن ، والأحاديث النبوية المتعلقة بالأحكام فيدرسها حق الدراسة لكى يستطيع إذا ما عرضت له حادثة أن يصدر الحكم عن ثقة وعن علم ، مترسماً فى حكمه حكم القرآن أو السنة بنص من النصوص، أو بظاهر من الظواهر . أو يحكم على علم بأنه لم يرد فيها حكم لا بنص ولا بدلالة .

وكذلك يكون على إحاطة بالسنة بأنواعها الثلاثة « القولية والفعلية والتقريرية » فإذا عثر على نص فيها بحث عن سبب وروده ، وتفحص إحكامه أو نسخه ، وهل هو معارض بنص آخر أو غير معارض ؟ كل هذا ليكون حكمه صحيحاً لا يتطرق اليه خلل ولا تقصير .

وأيضاً علم المجتهد بمذاهب من اجتهدوا قبله شيء يفيده ، ويلزمه الإحاطة به حتى يعرف المجمع عليه من الأحكام، فلا يجتهد فى حادثته، ولا يقضى بخلافه .

وكذا معرفته بالقياس : « أركانه ، وشروطه ، وقواعده » والمبادىء التشريعية العامة التى بنيت عليها الأحكام (٣) ، والمقاصد الكلية فى الشريعة

---

(١) التوبة – الآية ١٠٣

(٢) أصل الحديث عن عبد الرحمن بن يزيد قال دخلت مع علقمة والأسود على عبد الله ، فقال عبد الله كنا مع النبى صلى الله عليه وسلم شباناً لا نجد شيئاً ، فقال لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم : يا معشر الشباب من استطاع الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء (صحيح البخارى – ج ٧ ص ٣) .

(٣) يقول السرخسى فى المبسوط : " وأقرب ما قيل فى حق المجتهد أن يكون قد حوى علم الكتاب ووجوه معانيه وعلم السنة بطرقها ومنزلتها ووجوه معانيها وأن يكون مصيباً فى القياس عالما بعرف الناس " أنظر ج ١٦ ص ٦٢ ؛ وأنظر الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية للأستاذ محمد شلبى – ص ٨١

التى روعيت ، وعلل الأحكام التى دلت عليها نصوص ، والتى أخذت من قواعد عامة فى الدين .

وأخيراً مما تجب معرفته لكل مشتغل باستنباط الأحكام من أدلتها . الوقوف على ترتيب الأدلة . ودرجة كل دليل من آخر ، ومعرفة قويها من ضعيفها ، وما هو أحق بالتقديم ، وما منزلته التأخير ، وراجحها من مرجوحها ، وما يتبع عند ظهور تعارض بينها . وأنواع الترجيح الصحيحة المقبولة ، وغير الصحيحة المردودة . وذلك ليتسنى للمجتهد أن يستنبط حكمه عن بصيرة . ويسير على هدى وصواب فلا تزل قدمه ، ولا يركب متن الشطط أو ينتهج طريق الخطأ والزلل .

وإذا كان معلوماً أن الأدلة الشرعية ليست كلها فى مرتبة واحدة ، ولا هى كلها فى قوة واحدة وأنها على مراتب ودرجات ، لكل دليل منزلة معينة بين غيره من الأدلة : فالقرآن فى المكانة الأولى ومقدم على السنة ، وعلى غيرها من الإجماع والقياس ، وكذا السنة المتواترة مقدمة على خبر الواحد ، والإجماع مقدم على خبر الواحد والقياس . كان من واجب كل مجتهد أن يعلم درجات الأدلة ، ليعطى كل حجة حقها ، ويضع كل دليل موضعه من غيره فلا يقدم ضعيفاً على قوى ، ولا يرفع حجة على أقوى منها . وإلا تخبط فى دياجير الجهل ، وضل سواء السبيل ، وكان عمله فاسداً ، واستنباطه مردوداً واجتهاده ممقوتا .

يقول جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الأسنوى مؤيداً ما تقدم ذكره « واستنباط الأحكام الشرعية من الأدلة يرجع إلى معرفة شرائط الاستدلال كتقديم النص على الظاهر ، والمتواتر على الآحاد ونحوه كما سيأتى فى التعادل والترجيح ، فلابد من معرفة تعارض الأدلة ، ومعرفة الأسباب التى يترجح بها بعض الأدلة على بعض ، وإنما جعل ذلك من أصول الفقه لأن المقصود من معرفة أدلة الفقه استنباط الأحكام منها ، ولا يمكن الاستنباط منها إلا بعد معرفة التعارض والترجيح ، لأن دلائل الفقه مفيدة للظن غالباً والمظنونات قابلة للتعارض محتاجة إلى الترجيح» (١) .

فتأمل معى هذا الكلام السابق تجد أن استنباط الأحكام يتوقف على معرفة أدلة الفقه . ومعرفة أحوال تعارضها وترجيحها . لأن الظن من قضيته قبول التعارض المحتاج إلى الترجيح .

ومما لا شك فيه أن المجتهد يواجه عند اجتهاده تعارضاً وتقابلا بين الأمارات ، فيعترضه أن يثبت أحد الدليلين حكماً ينفيه دليل آخر ، أو يجد بعض الأدلة تبيح العمل بحكم بينما يجد بعضها الآخر يحرمه . وهذا التعارض وإن لم يكن فى واقع الأمر وحقيقته ـ كما نوضح فيما يلى ـ وإنما هو بحسب الظاهر ونظر المجتهد ، دعت إليه ضرورة التفاوت فى الأفهام فمن طبيعة المخلوقات أن يقع بينهم التخالف ، ولا يتحقق التساوى المطلق بين أفرادها أو التعادل كل التعادل بينها .

فإذا عرض للمجتهد هذا الأمر ـ أمر تعارض الأدلة ـ كان عليه أن يدفع ذلك بما يعرف من مراحل دفع التعارض والتى منها الحكم بنسخ المتأخر للمتقدم حين يعلم تاريخ ورود الدليلين المتساويين ، أو يرجح بينهما بوجه من وجوه الترجيح الصحيحة ،أو يجمع بينهما فيعمل بهما بوجه من وجوه الجمع ، أو يترك العمل بهما إلى دليل آخر أدنى من الدليلين المتعارضين مرتبة ،أو يعمل بالأصل إن لم يجد دليلا أدنى .

الأدلة المتعارضة

يعنى الأصوليون بالدليل : ما يستفاد منه حكم شرعى عملى مطلقاً سواء أكان مفيداً ذلك على سبيل القطع أم على سبيل الظن . ومن هنا جاء تقسيمهم الأدلة إلى ما هو قطعى وما هو ظنى .

والأدلة كلها فى الواقع ترجع إلى أصل واحد هو الكتاب لأنه أصل الأصول والغاية التى تنتهى اليها مدارك الاجتهاد وليس وراءه مرمى . فإن العمل بالسنة والاعتماد عليها كدليل لموم من كتاب الله . ثم الدليل على صدق الرسول صلى الله عليه وسلم هو المعجزة . وقد حصر عليه السلام معجزته

فى القرآن فقال « وإنما كان الذى أوتيته وحياً أوحاه الله الى » ووجوب طاعة الرسول استفيد من القرآن أيضاً ، قال تعالى « وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا »(١) .

وكذلك الإجماع راجع إلى الكتاب والسنة لأنه يعتمد على مستند منهما وأيضا الإجماع القياس يرجع الى أحد الأدلة الثلاثة لأن دليل حكم الأصل فيه لابد أن يكون واحدا منها ، فلهذا كانت الأدلة الأربعة — المتفق عليها — عند التحقيق راجعة الى أصل واحد هو الكتاب .

معنى التعارض (٢).

عرفه فخر الاسلام فقال : « ركن المعارضة تقابل الحجتين على السواء لا مزية لأحدهما فى حكمين متضادين » (٣) .

وعرفه التفتازانى فى التلويح فقال « تعارض الدليلين كونهما بحيث يقتضى أحدهما بثبوت أمر والآخر انتفاءه فى محل واحد فى زمان واحد بشرط تساويهما فى القوة أو زيادة أحدهما بوصف هو تابع » (٤).

ويقول عبيد الله بن مسعود فى التوضيح : إذا ورد دليلان يقتضى أحدهما عدم ما يقتضيه الآخر فى محل واحد فى زمان واحد فإن تساويا قوة أو يكون أحدهما أقوى بوصف هو تابع فبينهما المعارضة » (٥) .

---

(١) الحشر — الآية ٧

(٢) هو فى اللغة التمانع والتقابل ، يقال سرت فعرض لى فى الطريق عارض من جبل ونحوه أى مانع يمنع من المضى . واعترض لى بمعناه . وسميت اعتراضات الفقهاء بذلك لأنها تمنع من التمسك بالدليل . ويقال تعارضت البينات لأن كل واحدة تعترض الأخرى وتمنع نفوذها ، ويقال عارضت الشيء بالشيء قابلته به .

(٣) كشف الأسرار ج ٣ ص ٧٩٧

(٤) التلويح ج ٢ ص ١٠٢

(٥) التوضيح ج ٢ ص ١٠٢

ويقول الأسنوى الشافعى : «إذا تعارضت الأدلة ، فإن لم يكن لبعضها مزية على البعض الآخر فهو التعادل » (١) — والمراد بالتعادل التقابل كما صرح بذلك صاحب الآيات البينات فقال : التعادل التقابل بأن يدل كل منهما على منافى مايدل عليه الآخر» (٢) .

ومن مجموع التعاريف السابقة يمكن أن نستخلص كون التعارض يعتمد الأمور الآتية :

١ — تساوى الدليلين المتعارضين . حتى يتحقق التقابل والتدافع . فلا تعارض بين قوى وضعيف . فإنه مع تفاوت الدليلين قوة وضعفاً يترجح القوى ، فالحديث المتواتر لا يعارض الحديث المشهور ، وكذا خبر الواحد لا يعارض الحديث المشهور بل يترجح المتواتر فى الأول . والمشهور الثانى .

وفى حكم المتساويين ما إذا كان أحد الدليلين أقوى بوصف هو تابع . فإنه إذا كان أحدهما أقوى ذاتا كالنص المعارض للقياس فلا تعارض ، ولهذا لايقال النص راجح على القياس ، لأن الترجيح فرع التعارض .

٢ — تخالف الدليلين المتعارضين وتضادهما . فإن كانا متفقين تأيد كل دليل بالآخر ، ولا يقع التعارض .

٣ — اتحاد محل الدليلين مع التضاد السابق . وذلك بأن يثبت أحدهما الحل ، ويثبت الآخر التحريم لشىء واحد . أما إذا كان التضاد فى محلين فلا تعارض كما فى اجتماع الحل والحرمة فى الزوجة وأمها مع أن الموجب لهما أمر واحد هو الزواج .

٤ — اتحاد زمان ورود الدليلين مع التضاد أيضاً واتحاد المحل . فإذا وردا فى وقتين فلا تعارض لجواز اجتماعهما فى محل واحد فى زمانين كما

---

(١) نهاية السول شرح منهاج الأصول — ج ٤ ص ٤٣٢

(٢) الآيات البينات — ج ٤ ص ١٩٨

فى حرمة الخمر بعد حلها ، وكما فى الحياة والموت بالنسبة إلى شخص واحد فى وقتين .

٥ — عدم أولوية إحدى الدليلين على الآخر بحسب الذات أو بحسب الصفة . فإن كان أحدهما أولى ذاتا من الآخر فلا تعارض كما قدمنا فى النص مع القياس . والخبر المشهور مع خبر الواحد لأن التساوى قد انعدم حينئذ . وكذا لا تعارض بين المفسر والمحكم لأولوية الثانى على الأول بحسب الوصف ، من حيث إن المحكم لا يقبل النسخ والمفسر يقبله (١) .

واشترط البعض لتحقق التعارض اتحاد النسبة الحكمية بين الدليلين وهى وحدة المحكوم عليه والمحكوم به والزمان والمكان والإضافة والقوة والفعل والشرط . فاذا لم تتحد فلا تعارض لجواز اجتماع الضدين فى محل واحد بالنسبة لشخصين كاجتماع الحل والحرمة فى الزوجة بالنسبة إلى الزوج وغيره وكاجتماع الأبوة والنبوة فى شخص واحد فى وقت واحد بالنسبة إلى ولده ووالده .

يقول عبد العزيز البخارى فى كشف الأسرار : « ولا يتحقق هذا التناقض(٢) إلا بوحدة المحكوم عليه وبوحدة المحكوم . ويندرج فى هذين ما ذكروا من اشتراط وحدة الزمان والمكان والإضافة والقوة والفعل والكل والجزء والشرط — وإجمال ذلك : أنه يشترط أن لا يغاير أحد الكلامين الآخر فى شىء مطلقاً إلا فى النفى والإثبات فينفى أحدهما مايثبته الآخر بعينه من ذلك المحكوم عليه بعينه من غير تفاوت (٣) .

هل يقع التعارض بين الأدلة الشرعية ؟

قدمنا معنى التعارض ومايتحقق به بين الأدلة . ونريد أن نوضح ههنا مدى تحقق هذا المعنى ووجوده فى محيط الأدلة الشرعية فنقول :

---

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوى ج ٢ ص ٧٩٧

(٢) يذهب بعض العلماء الى تسمية التعارض بالمعنى السابق تناقضاً فيقول : إذا اختلف الكلامان فى النفى والإثبات سميا متناقضين ، ويعنى به أن يكذب أحدهما إذا صدق الآخر .

(٣) التقرير والتحبير — ج ٣ ص ٢

إذا كان التعارض يحمل بين طياته معنى التناقض والتقابل يكون من البين الواضح ألا تعارض يتحقق بين الأدلة الشرعية فى واقع الأمر وحقيقته لأن الحجج الشرعية لا بد أن تكون نتائجها صحيحة فى نفس الأمر متى كانت مقدماتها صحيحة . وإذا كان الفرض فيها ذلك فوقوع التعارض يلزم منه وقوع نتائج متناقضة فى واقع الأمر . لهذا كان التعارض بين الأدلة الشرعية غير ممكن حيث كان من المعلوم المقرر أن الشريعة كلها ترجع الى قول واحد فى أصولها وفروعها ، فلا يمكن أن تتناقض فى الحقيقة .

نعم إنما يتصور التعارض ظاهراً فى بادىء الرأى بسبب الجهل بتاريخ ورود الدليلين ، أو بسبب الخطأ فى فهم المراد ، أو الخطأ فى مقدمات القياس مثلا . قال بذلك جمهور العلماء وعلى رأسهم الإمام الشاطبى الذى بحث هذا الموضوع بحثاً جيداً ، وتكلم فيه كلاما مسهباً يشفى غلة الصادى . ويثلج قلب الحائر فى كتابه الموافقات (١) . ويقول الكمال بن الهمام فى التحرير « والحق أن التعارض فى الأدلة الشرعية إنما هو فى الظاهر فقط لا فى نفس الأمر ، ولذلك يصح أن يقع بين القطعيين . وبهذا يرد على من قال إنه يشترط فيه الوحدات الثمانية ، لأن ذلك يصح إذا كان التعارض حقيقياً وفى نفس الأمر .

وأيضاً قال الشافعى لا يصح عن النبى صلى الله عليه وسلم حديثان متضادان ينفى أحدهما ما يثبته الآخر من غير جهة الخصوص والعموم ، والإجمال والتفسير الا على وجه النسخ ، وحكى الماوردى والروياني عن كثير أن التعارض على جهة التكافؤ جائز وواقع . وقال القاضى أبو بكر : إن الترجيح بين الظواهر المتعارضة إنما يصح على القول بأن المصيب فى الفروع واحد (٢)

ويزعم بعض الناس وقوع التعارض بين الأدلة الشرعية مستدلين بأدلة منها .

---

(١) جـ ٤ ص ١١٨ طبعة المكتبة التجارية – الشاطبى وهو ابراهيم بن موسى العرناطى المحقق القدوة الحافظ المجتهد كان أصولياً ومفسراً وفقيهاً ومحدثاً وله تآليف جليلة وتحقيقات جيدة وتحريرات للقواعد ألف الموافقات والاعتصام وكتاب المجالس (راجع مقدمة كتاب الاعتصام) توفى سنة ٧٩٠ هـ .

(٢) أنظر : تعليق الشيخ عبد الله دراز على هامش الموافقات للشاطبى جـ ٤ ص ١٢٤

(أولا) ورد المتشابهات فى الشريعة (١) فقد قالوا إنها موضوعة قصد الاختلاف شرعاً لأنها مجال لتباين الأفكار والأنظار واختلاف الآراء والمدارك فيها . ومع أن التوقف فيها هو المحمود إلا أن الاختلاف فيها قد وقع ووضع الشارع لها مقصوداً له ، وحيث كان مقصوداً له سبحانه ، وهو العالم بكل ما يقع وما سيقع فقد جعل المتشابهات سبيلا إلى الاختلاف فلا يصح أن ينبغى عنه رفع مجال الاختلاف .

وقد رد هذا الدليل : بأن دعوى كون المتشابهات موضوعة فى الشريعة قصد الاختلاف شرعاً لا يسلمه عقل ، ولا يقره منصف عادل . لأنها إنما وضعت للابتلاء والاختبار حتى يهلك من هلك عن بينة ، ويحيا من حى عن بينة فكانت الفائدة منها معرفة قصور الأفهام البشرية عن الوقوف على ما لم يجعل لهم سبحانه سبيلا الى إدراكه ، وحتى يعلموا أن الحكم لله يفعل ما يشاء ويحكم ما يريد . ووجه الابتلاء فى ذلك هو التسليم له تعالى والتفويض اليه ، واعتقاد حقية ما أراد دون الوقوف على المراد . وقد قال بالتوقف واعتقاد الحقية أكثر العلماء . ويذهب آخرون الى أن العلم بالمتشابه ممكن للعلماء الراسخين فى العلم .

ويرجع الخلاف إلى الاختلاف فى محل الوقف فى قوله تعالى «وما يعلم تأويله إلا الله والراسخون فى العلم يقولون آمنا به كل من عند ربنا » (٢) فالقائلون بالتوقف فى المتشابه يقف على قوله « وما يعلم تأويله الا الله » وتكون جملة «والراسخون فى العلم» جملة مبتدأة . أما القائلون بإمكان علم المتشابه فيقف على قوله « والراسخون فى العلم » وتكون جملة معطوفة على ما قبلها .

---

(١) المتشابهات جمع متشابه وهى اسم لما انقطع معرفة المراد منه لأن الله تعالى اختص بعلمه ولم تقم قرينة تدل عليها . وهى كالمقطعات فى أوائل السور مثل حم ، ألم . وكالصفات التى ثبت بالنص نسبتها إلى الله تعالى واستحال قيام معانيها الظاهرة به سبحانه لتنزهه عن الحوادث مثل يد الله فوق أيديهم . وجاء ربك – (كشف الأسرار البزودى – ج ١ ص ٥٥) .

(٢) آل عمران – الآية ٧

وبهذا يظهر أن ورود المتشابهات لم يكن دالا على وضع الاختلاف شرعاً، وانما وضعت للابتلاء والامتحان ، وليعمل الراسخون على وفق ما أخبر الله عنهم ، وليقع الزائغون فى اتباع أهوائهم ، وفى ذلك يقول سبحانه « فأما الذين فى قلوبهم زيغ فيتبعون ما تشابه منه ابتغاء الفتنة وابتغاء تأويله وما يعلم تأويله إلا الله والراسخون فى العلم يقولون آمنا به كل من عند ربنا ومايذكر إلا أولو الألباب » (١) .

فعلم من ذلك أن الراسخين هم المصيبون الذين أخبر الله عنهم أنهم على مذهب واحد فى الإيمان بالمتشابهات علموها أو لم يعلموها ، أما الزائغون فهم المخطئون ، وعليه فليس فى المسألة الا أمر واحد لا أمران أو أكثر ، ولم يكن إنزال المتشابهات قصد الاختلاف كما زعموا .

(ثانياً) أن العلماء قداختلفوا فى أن كل مجتهد مصيب ،أو(٢)أن المصيب واحد مع اتفاقهم على أنه يجوز الاختلاف ، وذلك دليل على أن الاختلاف له مساغ فى الشريعة فى الجملة لأن القائلين بالتصويب لكل مجتهد يرون أن كل قول صواب ، وأن الاختلاف حق غير محظور ولا منكر شرعاً .

وهذا دليل ضعيف لأن مواضع الاختلاف فى الاجتهاد تدور بين طرفى نفى واثبات ، شرعيين إلا أنه قد يخفى وجه الصواب من وجه الخطأ وعلى أى تقدير فإن كان المصيب واحداً فمن ذهب إلى ذلك لا يرى أن الموضع مجال اختلاف ، ولا هو حجة من حجج الاختلاف انما هو مجال استفراغ الوسع فى طلب مقصد الشارع المتحد ، وإن كان المصيب كل مجتهد فليس على الإطلاق بالنسبة لكل مجتهد أو لمن قلده لا تفاقهم على أن المجتهد

---

(١) آل عمران – الآية ٧

(٢) رأى الغزالى والقاضى والمزنى والمعتزلة أن الحق يصح تعدده بتعدد اختلاف المجتهدين فى المسائل التى لا نص فيها ولا اجماع وهى محلات الاجتهاد والمختار أن الحق واحد من أصابه أصاب ومن أخطأه أخطأ وهو مأجور أيضاً وهو رأى الأئمة الأربعة وأكثر الفقهاء . الإحكام للآمدى – ج ٤ ص ٢٤٦

لا يجوز له الرجوع عما أداه إليه اجتهاده ، ولا عدم الفتوى به لأن الإصابة عندهم إضافية لا حقيقية ، فلو كان سائغاً على الإطلاق لكان فيه حجة ، وليس كذلك .

فملخص الرد أنه لا يسوغ إلا قول واحد إلا أنه إضافى . وبهذا لم يثبت اختلاف يتقرر على كل حال ، ولا يظهر من وضع مجال للا جتهاد قصد من الشارع لوضع أصل للاختلاف كما ظنوا ، لأنه لا يوجد مجتهد يثبت لنفسه قولين معاً إنما يثبت قولا واحد وينفى ماعداه .

(ثالثاً) أن بعض العلماء يذهب الى الاحتجاج بقول الصحابى وإن عارضه قول صحابى آخر ، وأن للمكلف أن يتمسك بأيهما شاء ، وبنوا على ذلك أن الخلاف بين العلماء لا ينشأ إلا من تعارض الأدلة وبه يثبت وجود التعارض (١) .

وقد نقضوا هذا الدليل من وجهين :

الأول : أن قول الصحابى من قبيل الظنيات إن سلم صحة حديث « أصحابى كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم » لكنه مطعون فيه من جهة السند ، ومسألتنا تسندها أدلة قطعية ولا يعارض الظن قطعاً .

الثانى : أنه على تسليم كون قول الصحابى حجة يكون هذا المراد محمولا على انفراد كل واحد منهم على معنى أن من استند إلى قول صحابى يكون مصيبا من حيث كونه قلد أحد المجتهدين لا من حيث أن كل واحد منهم حجة فى نفس الأمر بالنسبة إلى كل واحد لأن هذا يتناقض مع ما تقدم .

تلك أدلة القائلين بثبوت الاختلاف فى الشريعة اتضح مقدار ضعفها وأنها لا تثبت مدعاهم ، وبه يظهر أن لا اختلاف فى أصل الشريعة ، ولا هى موضوعة على وجوده فيها ، وأن ليس الاختلاف أمراً مقصوداً من الشارع بل أمر راجع الى أنظار المكلفين وإلى ما يتعلق بهم من الابتلاء فكان الحق ما ذهب اليه القائلون بعدم وقوع الاختلاف والتعارض بين الأدلة حقيقة ، ولهم حجج على ذلك كثيرة منها :

---

(١) الموافقات للشاطبى ج ٤ ص ١١٩ ، وكشف الأسرار شرح أصول البزدوى – ج ٣ ص ٩٣٧

قوله تعالى « ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافاً كثيراً »(١) فإنه يدل على نفى الاختلاف بين الأدلة ، وكذلك قوله تعالى « فإن تنازعتم فى شىء فردوه الى الله والرسول » (٢) فإنه صريح فى رفع التنازع والاختلاف بالرجوع الى الشريعة ، فلو كان من أدلتها ما يفضى الى الاختلاف لم يكن فى الرجوع اليها رفع التنازع — وأيضاً بين الله سبحانه أن طريق الحق واحد فقال فى كتابه « وأن هذا صراطى مستقيما فاتبعوه ولا تتبعوا السبل فتفرق بكم عن سبيله » (٣) الى غير ذلك من الآيات التى تنطق بعدم الاختلاف والأمر بالرجوع إلى الشريعة ، وأن لا اختلاف بين الأدلة وإنما هى على نهج واحد ، وقد أشار إلى ذلك ابن حزم الظاهرى فقال فى كتابه الأحكام :

« ويبين صحة ماقلناه من أنه لا تعارض بين شىء من نصوص القرآن ونصوص كلام النبى صلى الله عليه وسلم وما نقل عن أصحابه . قول الله عز وجل مخبراً عن رسوله عليه السلام « وما ينطق عن الهوى إن هو الا وحى يوحى » (٤) وقوله « لقد كان لكم فى رسول الله أسوة حسنة » (٥) وقال تعالى « ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافاً كثيراً » فأخبر عز وجل إن كلام نبيه صلى الله عليه وسلم وحى من فهو عنده كالقرآن فى أنه وحى. وفى أنه كل من عند الله عز وجل وأخبرنا أنه راض عن أفعال نبيه صلى الله عليه وسلم وأنه موافق لمراد ربه تعالى فيها لترغيبه عز وجل فى الائتساء به عليه السلام فلما صح أن كل ذلك من عند الله تعالى ووجدناه تعالى قد أخبر أنه لا اختلاف فيما كان من عنده تعالى صح أن لا تعارض ولا اختلاف فى شىء من القرآن والحديث الصحيح ، وأنه كله متفق كما قلنا ضرورة ، وبطل مذهب من أراد ضرب الحديث بعضه ببعض ، أو ضرب الحديث بالقرآن ، وصح أن ليس شىء من ذلك مخالفاً لسائرة » (٦) .

---

(١) النساء — الآية ٨٢
(٢) النساء — الآية ٥٩
(٣) الأنعام — الآية ١٥٣
(٤) النجم — الآية ٣ ، ٤
(٥) الأحزاب — الآية ٢١
(٦) الإحكام لابن حزم — ج ٢ ص ٣٥

ومما يؤيد القول بعدم التعارض حقيقة : أنه لوكان فى الشريعة مساغ للخلاف بين الأدلة لأدى إلى التكليف بما لا يطاق ، لأن الدليلين إذا فرض تعارضهما ، وفرض قصد الشارع لهما فالمكلف أمره لا يخلو من أن يكون مطلوباً بمقتضاهما ، أو مطلوباً بأحدهما دون الآخر ، أو غير مطلوب بشىء منهما ، وكل ذلك غير صحيح لأن طلبهما معاً مع التعارض يقتضى خطابه بالفعل وبعدمه ومع كون المكلف واحداً يتحقق التكليف بما ليس فى الوسع ، أما الأمران الآخران وهما عدم طلبهما منه ، أو طلب أحدهما فهو خلاف الفرض .

على أن فى القول بثبوت الخلاف والتعارض فى الأدلة الشرعية رفع لباب الترجيح جملة ، إذ تكون الحاجة غير داعية اليه ، ولا فائدة ترجى منه وذلك باطل لأن الأصوليين على إثبات الترجيح بين الأدلة المتعارضة وعلى أنه لا يصح إعمال أحد الدليلين المتعارضين جزافاً ، من غير نظر فى ترجيح أحدهما على الآخر .

فتقرر بذلك أن حقيقة التعارض بين الكتاب والسنة غير موجوده ، لأنه إنما يتحقق حين يتحد زمان ورود الدليلين المتعارضين ، والشارع منزه عن أن ينزل دليلين متناقضين فى زمان واحد . نعم ينزل أحدهما قبل الآخر ثم يأتى الثانى متأخراً ناسخاً للأول . هذا هو الممكن . وما يوهم التعارض الظاهرى هو الجهل بالدليل المتقدم .

يقول فخر الاسلام البزدوى فى هذا المعنى : وهذه الحجج التى ذكرنا وجوهها من الكتاب والسنة لاتتعارض فى أنفسها وضعاً ، ولا تتناقض ، لأن ذلك أمارات العجز الحادث ، تعالى الله عن ذلك ، وإنما يقع التعارض لجهلنا بالناسخ من المنسوخ بمعنى أن أحدهما لا بد وأن يكون متقدماً فيكون منسوخاً بالمتأخر . فإذا لم يعرف التاريخ لا يمكن التميز بين المتقدم والمتأخر فيقع التعارض ظاهراً بالنسبة الينا من غير أن يتمكن التعارض فى الحكم حقيقة»(١)

---

(١) أصول فخر الاسلام وشرحه كشف الأسرار – ج ٣ ص ٧٩٦

وهو يتفق مع ما يقوله ابن قيم الجوزية : « وأصول الشرع لا يضرب بعضها ببعض كما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أن يضرب كتاب الله بعضه ببعض بل يجب اتباعها كلها . ويقر كل منها على أصله وموضعه فإنها كلها من عند الله الذى أتقن شرعه وخلقه ، وماعدا هذا فهو الخطأ الصريح » (١) ثم هو يبين أيضاً عدم التعارض الحقيقى ويرجعه الى فهم السامع لعدم قدرته فيقول « وأما حديثان صحيحان متناقضان من كل وجه ليس أحدهما ناسخاً للآخر فهذا لا يوجد أصلا ومعاذ الله أن يوجد فى كلام الصادق المصدوق الذى لا يخرج من بين شفتيه الا الحق ، والآفة فى التقصير فى معرفة المنقول ، والتمييز بين صحيحة ومعلولة أو من القصور فى فهم مراده صلى الله عليه وسلم وحمل كلامه على غير ما عناه به » (٢) .

أما التعارض الظاهرى بين مادلت عليه بعض الآيات ومادلت عليه أخرى فقد بين المفسرون أن ليس تعارضاً إلا فيما يظهر لغير المتأمل ، وعند التأمل يتبين أنه لا تعارض ومن أمثلة ذلك قوله تعالى « ما أصابك من حسنة فمن الله وما أصابك من سيئة فمن نفسك » مع قوله تعالى « قل كل من عند الله » فكل ما ظاهره التعارض من الآيات القرآنية هو بعد البحث متفق متسق لا اختلاف فيه (٣) .

محل التعارض

الأدلة تتعدد إلى ثلاث حالات :

١ — لأن أحد الدليلين قد يكون أقوى من الآخر بوصف هو غير تابع ، كالنص اذا تعارض مع القياس ، فهذه لا تكون محلا للتعارض لما أشرنا اليه فيما سبق أن التعارض يعتمد المساواة وهى غير متحققة بينهما .

---

(١) إعلام الموقعين — جـ ١ ص ٣٦٧

(٢) زاد المعاد — جـ ٣ ص ١٥٠ لابن القيم محمد بن أبى بكر بن أيوب الدمشقى ، كان أبوه قيما على الجوزية وهى مدرسة بسوق القمح بدمشق ولد سنة ٦٩١ هـ وتوفى سنة ٧٥١ هـ وشهد له العلماء بالفضل والتقدم وخدمة العلم وقد أوذى وأعتقل وأهين وضرب لإنكاره شد الرحيل لزيارة قبر الخليل . عرف باتجاهه الحر وعدم التقيد بآراء السابقين (وفيات الأعيان جـ ١ ص ٢٧٩ ، الدرر الكامنه جـ ٣ ص ٤٠٠) .

(٣) علم أصول الفقه — للشيخ عبد الوهاب خلاف ص ٢٨

٢ ــ وقد يكون أحد الدليلين أقوى من الآخر بوصف هو تابع كما فى خبر الواحد الذى يرويه عدل فقيه مع خبر الواحد الذى يرويه عدل غير فقيه (عند الحنفية) .

٣ ــ وقد يكون الدليلان متساويين فى القوة . فهاتان الحالتان الأخيرتان يجرى بينهما التعارض الا أن الحالة الثالثة مع وجود التعارض لا ترجيح فيها ، أما الحالة الثانية ففيها معارضة ويمكن الترجيح بالعمل بالأقوى بمرجح وترك الأضعف .

وقد أشار الى ذلك سعد الدين التفتازانى فى التاويح فقال : إذا دل دليل على ثبوت شىء والآخر على انتفائه فإما أن يتساويا فى القوة أولا ، وعلى الثانى أما أن تكون زيادة أحدهما مما هو بمنزلة التابع أولا ، ففى الصورة الأولى معارضة ولا ترجيح ، وفى الثانية معارضة مع ترجيح ، وفى الثالثة لا معارضة حقيقية فلا ترجيح لابتنائه على التعارض مع التماثل » (١) .

ويمكن أن يترتب على ماتقدم أن يجرى التعارض بين كل دليلين متساويين قوة سواء تساويا فى العدد كتعارض آية مع آية ، أو لم يتساويا عددا كتعارض آية مع آيتين ، أو سنة مع سنتين أو قياس مع قياسين . فان ذلك كله من قبيل المتساويين لأنه لا ترجيح ولا قوة بكثرة الأدلة . ولا يترك دليل واحد بدليلين كما سنفصل أما الاجماع فلا يقع بينه وبين دليل آخر قطعى من نص أو إجماع تعارض ، وذلك لأنه لا ينعقد إجماع مخالف لدليل قطعى

ثم لا مانع من وقوع التعارض الظاهرى بين المفسر والمحكم ، وبين عبارة النص وإشارته لأن أحدهما أولى من الآخر باعتبار الوصف ، لكن لا يقع التعارض بين حديث مشهور عند الحنفية وخبر الواحد ، ولا بين خاص وعام مخصوص البعض من الكتاب ، لأن أحدهما وهو المشهور والخاص أولى من الآخر باعتبار الذات فليسا سواء ذاتاً .

---

(١) التلويح شرح التوضيح ج ٢ ص ١٠٣ وهو لسعد الدين مسعود بن عمر بن عبد الله وأثبته ابن حجر فى كتابه الدرر الكامنة بلفظ محمود بن عمر بن عبد الله التفتازانى إمام عالم فى النحو والصرف والمعانى والبيان والأصول والمنطق ، ولد سنة ٧١٢ هـ بتفتازان قرية بناحية نسا ، له كتاب المقاصد فى علم الكلام وشرح الرسالة الشمسية والعقائد النسفية راجع (شذرات الذهب ج ٦ ص ٣١٩) بتصرف .

الباب الأول

مناهج العمل عند التعارض

تتضارب النقول حول مناهج العمل عند تعارض الأدلة . فبعضها يفيد الاقتصار على المصير إلى ما بعد الدليلين المتعارضين إن أمكن ، فإن لم يمكن فيعمل بما هو الأصل بالنسبة للدليلين . والبعض الآخر يفيد أنه يجمع بين الدليلين إن أمكن ، فإن تعذر فالمتأخر منهما يكون ناسخاً للمتقدم إن علم تاريخ الدليلين ، فإن لم يعلم يسقط حكم الدليلين ، ويعمل بأدناهما مرتبة . فإن عجز عن ذلك كله يجب تقرير الأصول ، وهناك رأى ثالث يقدم النسخ إن علم التاريخ . فإن لم يعلم يرجح أحد الدليلين إن وجد مرجح وإن لم يوجد فيجمع بين الدليلين إن أمكن وإن لم يمكن يصار الى أدنى الدليلين رتبة ، وإن لم يمكن فيعمل بالأصل — ومن النقول الآتية يتضح ما سبق بيانه .

يقول عبيد الله بن مسعود فى التوضيح : فإن علم التاريخ يكون المتأخر ناسخاً للمتقدم وإلا يطلب المخلص ويدفع المعارضة ويجمع بينهما ما أمكن ويسمى عملا بالشبهين ، فإن تيسر فبها ، والا يترك ويصار من الكتاب الى السنة ، ومنها إلى القياس وأقوال الصحابة رضى الله عنهم إن أمكن ، والا يجب تقرير الأصول (١) .

وإذا ما رجعنا إلى ماقاله الكمال بن الهمام فى التحرير وجدناه يتفق مع رأى صاحب التوضيح حيث يقول : حكمه النسخ إن علم المتأخر وإلا فالترجيح ، ثم الجمع ، والا تركا ما الى دونهما على الترتيب إن كان ، والا قررت الأصول » (٢) .

---

(١) التوضيح جـ ٢ ص ١٠٤

(٢) التقرير والتحبير جـ ٣ ص ٣

ووافقها كذلك صاحب مسلم الثبوت فقال : وحكمه النسخ إن علم المتقدم وإلا فالترجيح إن أمكن ، والا فالجمع بقدر الإمكان ، وان لم يمكن تساقطا والمصير فى الحادثة إلى ما دونهما مرتبة وان وجد ، وإلا فالعمل بالأصل (١)

فكانت المناهج على الرأى السابق النظر فى الدليلين المتعارضين ظاهراً الى تاريخ ورودهما فإن علم المتأخر منهما والمتقدم كان المتأخر ناسخاً للمتقدم . وإن لم يعلم فيبحث المجتهد عن مرجح لأحد الدليلين . فإن لم يكن فيدفع التعارض بالجمع بين الدليلين والعمل بهما بقدر الإمكان وذلك بحمل أحد الدليلين على غير ما يحمل عليه الآخر ، فإن لم يمكن الجمع فإنه يصار الى الدليل الأدنى مرتبة من الدليلين المتعارضين إن وجد . وإن لم يوجد دليل أدنى يعمل بالأصل المقرر فى المسألة .

ومن العلماء من يذهب الى أن الجمع بين الدليلين مقدم على غيره . وأنه اذا تعذر الجمع فإن علم التاريخ كان المتأخر ناسخاً للمتقدم ، وإن لم يعلم سقط حكم الدليلين وعمل بالدليل الأدنى مرتبة . فإن عجز عن ذلك وجب تقرير الأصول . ويشير الى ذلك ماقاله عبد العزيز البخارى شارح أصول البزدوى فى كشف الأسرار فقد جاء فيه :

« اذا تحقق التعارض بين النصين وتعذر الجمع بينهما فالسبيل فيه الرجوع إلى طلب التاريخ . فإن علم التاريخ وجب العمل بالمتأخر لكونه ناسخاً للمتقدم فإن لم يعلم سقط حكم الدليلين لتعذر العمل بهما أو بأحد هما عيناً ، واذا تساقطا وجب المصير إلى دليل آخر يمكن به اثبات الحكم ، وعند العجز عن المصير الى دليل آخر يجب تقرير الأصول ، والعمل بالأصل فى جميع مايتعلق بالنصين » (٢) .

ويوافقه على هذا الرأى الإمام الغزالى من غير الحنفية فإن ما قاله فى كتابه المستصفى ينطق بذلك فقد قال : إذا أمكن الجمع بين الدليلين عمل به ، وان

---

(١) مسلم الثبوت ج ٢ ص ١٨٩

(٢) كشف الأسرار البزدوى ج ٣ ص ٧٩٨

لم يمكن وعرف التاريخ كان المتأخر ناسخاً للمتقدم ، وإلا سقط الاستدلال بالدليلين . وبحث المجتهد عن الحكم من دليل آخر . فإن لم يجد كان مخيراً بينهما » (١) .

ولعل مراد الغزالى بالتخيير المذكور فى آخر كلامه . أن يأخذ المجتهد بأحد الدليلين أيهما شاء من غير تعيين . كما يدل عليه كلام الاسنوى فى نهاية السول فإنه يقول : « إذا تعارض دليلان فإنما يرجح أحدهما على الآخر إذا لم يمكن العمل بكل واحد منها ، فإن أمكن ولو من وجه دون وجه فلا يصار إلى الترجيح ، لأن إعمال الدليلين أولى من إهمال أحدهما بالكلية لكون الأصل هو الإعمال الا الإهمال (٢) .

وظاهر كلام البزدوى أن يصار الى ما بعد الدليلين أولا إن أمكن وعند عدم الإمكان تقرر الأصول . فإنه قد صرح فى أصوله بقوله : حكم المعارضة بين آيتين المصير الى السنة ، وبين سنتين يجب المصير إلى القياس وأقوال الصحابة على الترتيب فى الحجج ما أمكن ،لأن الجهل بالناسخ يمنع العمل بهما ، وعند العجز يجب تقرير الأصول » .

ومن المستبعد أن يكون البزدوى قد أهمل الجمع والترجيح بين الدليلين اللذان يسبقان اهدار الدليلين ، ولعل عدم ذكره لهذين المرتبتين من باب الاكتفاء ، أو أنه سكت عنهما لعلمهما لدى المجتهدين . أو لأنه لا يرى تحقق التعارض إلا حين لا يتعرف على التاريخ ولا يوجد مرجح لأحدهما على الآخر وحين لا يمكن الجمع بين الدليلين ، أما قبل ذلك فالتعارض غير قائم لأنه مندفع بالتاريخ أو المرجح أو الجمع .

---

(١) المستصفى ج ٢ ص ١٣٩ . ومؤلفه الإمام الغزالى وهو أبو حامد الطوسى الشافعى حجة الاسلام ، ولد بطوس سنة ٤٥٠ هـ وجد حتى برع فى المذهب والخلاف والجدل والمنطق والحكمة والفلسفة ، ذهب إلى بغداد بعد وفاة إمام الحرمين ، وتولى التدريس ، وألف المستصفى فى أصول الفقه ، والمآخذ فى الخلافيات ، وشفاء الغليل فى بيان مسائل التعليل ، ومن أشهر كتبه إحياء علوم الدين ، توفى سنة ٥٠٥ هـ بطوس – أنظر شذرات الذهب فى أخبار من ذهب ج ٤ ص١٠

(٢) نهاية السول شرح منهاج الأصول ج٤ ص ٤٤٩

هذا والذى يظهر لى أن فى المسألة منهجين : أحدهما تقديم الجمع على الترجيح ، والثانى تقديم الترجيح على الجمع . ولكل منهما دليله وسنده مع اتفاق كل من المنهجين على تقديم النسخ عند علم التاريخ . والذى اشتهر وشاع بين العلماء أن الجمع مقدم على الترجيح حتى إن البعض يحكى الاتفاق عليه لكونه رأى الأكثرين .

والذى اختاره أن الترجيح هو المقدم على الجمع . وسأبين فيما يأتى وجه هذا الاختيار وسأسير فى بحثى على ذلك فى الفصول الآتية .

الفصل الأول

نسخ الدليل المتقدم بالدليل المتأخر

إذا تساوى الدليلان فى القوة كآيتين ، أو آية وسنة متواترة أو خبرين من أخبار الآحاد . وعلم تاريخ ورودهما فإن المتأخر ينسخ المتقدم ويحكم بأن اللاحق ناسخ للسابق . فإن تعلق خطاب الشارع بفعل من الأفعال طلباً أو تخييراً من غير تقييد بوقت أو نص على تأبيد ثم ورد خطاب آخر بعد استقرار الأول مخالف له كان وروده أمارة على أن الثانى رافع للتعلق الأول وهذا الرفع يسمى نسخاً .

ثم إن الأدلة التى يرد عليها النسخ هى :

١ — نصوص من القرآن فإنها تنسخ بمثلها إذا تساوت فى الدلالة لأنها فى قوة واحدة ، كما يجوز نسخها بالسنة المتواترة لأنها مثلها فى القوة وبالسنة المشهورة (على رأى الحنفية) لأنها قريبة من المتواترة . أما السنة الآحادية فلا يجوز نسخ نصوص القرآن بشىء منها على الراجح من الآراء كما سيأتى لأنها أدنى منها فى القوة والأدنى لا ينسخ الأقوى .

٢ — السنة فيصح أن ينسخ بعضها بعضاً إذا كانت متساوية فى الدلالة إلا أنها إذا كانت متواترة فلا يجوز نسخها إلا بمثلها أو بالمشهورة — عند الحنفية — وأخبار الآحاد تنسخ بمثلها وبالسنة المتواترة أو المشهورة لأنها أقوى منها . وكذلك تنسخ السنة بالقرآن وإن كانت متواترة أو مشهورة على الراجح لأن السنة وحى من الله تعالى ، كما أن القرآن وحى ، ولا مانع من نسخ الوحى بمثله لوجود التساوى بينهما من تلك الجهة .

أما الإجماع فلا يجوز أن ينسخ نصاً فى الكتاب أو السنة لأن النص إن كان قطعياً فلا يمكن أن ينعقد إجماع على خلافه ، وإن كان ظنياً جاز أن

ينعقد الإجماع على خلافه ، إلا أن هذا الإجماع لا يكون الا بناء على دليل ترجح فى نظر المجمعين على ذلك النص . وفى هذه الحالة لا يكون الناسخ للنص هو الإجماع بل الناسخ هو النص الذى استند اليه الإجماع .

وأيضاً لا يكون الإجماع ناسخاً لإجماع آخر ، لأن الناسخ لا بد وأن يكون متأخراً عن المنسوخ والإجماع متى ثبت فقد وجب العمل به ولا تصح مخالفته . فإذا جاء اجماع بعده على خلافه لم يصح اعتباره ولا العمل به (١) . لأن انعقاده يعلم أن الاجماع استند إلى نص ناسخ لا نعلمه نحن وأنه متروك العمل به — وأما القياس فلا ينسخ به لأن من شروط صحته ألا يخالف نصاً أو إجماعا . فإذا خالف لم يصح اعتباره ولا العمل به . وكذلك لا يكون القياس ناسخاً لقياس آخر أومنسوخاً لأن القياس يعرف بالرأى والاجتهاد . وبعد معرفته لا يكون حجة إلا بالنسبة الى المجتهد القائس ،أما بالنسبة الى غيره من المجتهدين فلا يكون حجة ولا يلزمه العمل به .

فعندما يجتمع فى الحادثة الواحدة قياسان متعارضان بأن كانا لمجتهدين . أحدهما ظاهر العلة والثانى خفى العلة . فإن أحد القياسين لا يعتبر ناسخا للآخر إنما يعمل المجتهد بالراجح منهما .

وقد يعرف التأخر من نفس النص كما فى قوله عليه السلام « كنت نهيتكم عند زيارة القبور ألا فزوروها » فإن الحديث يفيد أن النهى عن الزيارة سابق على الأمر بها فيكون النهى منسوخاً بالأمر المتأخر — وقد يكون فى السنة بقول راوى الحديث : كان هذا آخر الأمرين من رسول الله صلى الله عليه وسلم ومنه قول جابر رضى الله عنه « كان آخر الأمرين من رسول الله صلى

---

(١) لكن ينبغى أن يكون هذا فى الإجماع غير المبنى على المصلحة أما الذى ينبنى عليها فيجوز أن ينسخ بإجماع لاحق إذا تغيرت المصلحة التى بنى عليها الاجماع السابق (راجع أصول الفقه الاسلامى للأستاذ زكى الدين شعبان ص ٢١٦ وراجع الاسلام عقيدة وشريعة للشيخ محمود شلتوت ص ٤٧٥) ، وفى ذلك يقول القرطبى : وهذا كله فى مدة النبى صلى الله عليه وسلم . أما بعد وفاته واستقرار الشريعة فأجمعت الأمة أنه لا نسخ . ولهذا كان الاجماع لا ينسخ ولا ينسخ به إذ انعقاده بعد انقطاع الوحى — (الجامع لأحكام القرآن — ص ٥٩ ج ٢) .

الله عليه وسلم ترك الوضوء مما مست النار » فإنه يفيد أن الامر بالوضوء مما مست النار متقدم، والترك متأخر فيكون ناسخا . وقد يكون بقول الراوى إن حديث كذا متقدم على حديث كذا . أو أن نزول آية كذا فى غزوة بدر ونزول آية كذا فى غزوة متأخرة عنها كأحد فتكون الثانية ناسخا للأولى . وأيضا قد يدل على التأخر الإجماع على أن النص من الكتاب أو السنة ناسخ لحكم كذا (١) .

نسخ الكتاب بالكتاب

ومن أمثلة نسخ الكتاب بالكتاب عند التعارض ومعرفة التاريخ قوله تعالى: « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا » (٢) فانها تعارضت مع قوله تعالى « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » (٣) .

فإن الآية الأولى تدل على أن عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشر سواء كانت حاملا أو غير حامل . والآية الثانية تدل على أن عدة الحامل وضع الحمل سواء توفى عنها زوجها أو طلقها . فالتعارض فى المتوفى عنها زوجها الحامل هل تعتد بأربعة أشهر وعشر كما أفادت الآية الأولى ؟ أو تعتد بوضع الحمل كما دلت عليه الآيه الثانية ؟ (٤) فعبد الله بن مسعود جعل قوله تعالى « وأولات الاحمال » ناسخا لقوله تعالى والذين يتوفون منكم » وقال إن عدة الحامل الذى توفى عنها زوجها وضع الحمل . بناء على أن الآية الأولى متأخرة فى النزول عن الآية الثانية . وقد نقل عنه قوله « من شاء باهلته (٥)

---

(١) الجامع لأحكام القرآن – ج ٢ ص ٦٠ ، ج ٣ ص ١٧٥

(٢) البقرة – الآية ٢٣٤

(٣) الطلاق : ٤

(٤) التوضيح – ج ١ ص ٣٩

(٥) المباهلة الملاعنة قال فى المصباح المنير بهله من باب نفع لعنة ، واسم الفاعل باهل والأنثى باهلة . وباهلة مباهلة من باب قاتل لعن كل منهما الآخر .

أن سورة النساء القصرى (الطلاق) نزلت بعد سورة النساء الطولى (البقرة) وجعل التأخر دليل النسخ . ومثل قول مسعود قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه فلو أنها وضعت وزوجها على سرير موته انقضت عدتها وحل لها أن تتزوج ومما يشهد لها ماجاء من رواية عن عبد الله بن الأرقم أن سبيعة الأسلمية أخبرته أنها كانت تحت سعد بن خولة وتوفى عنها فى حجة الوداع وهى حامل ، فلم تنشب أن وضعت حملها بعد وفاته ، فلما تعلت (سلمت من نفاسها) تجملت للخطاب ، فدخل عليها أبو السنابل بن بعكك (١) ، فقال لها : مالى أراك متجملة لعلك ترجين النكاح ؟ إنك والله ما أنت بناكح حتى تمر عليك أربعة أشهر ، قالت سبيعة : فلما قال لى ذلك ، جمعت على ثيابى حين أمسيت فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وسألته عن ذلك ، فأفتانى بأنى قد حللت حين وضعت حملى ، فأمرنى بالتزوج إن بدالى » — وعن يحيى بن بكير عن الليث عن يزيد أن ابن شهاب كتب اليه أن عبيد الله بن عبد الله أخبره عن أبيه أنه كتب الى ابن الأرقم أن يسأل سبيعة الأسلمية كيف أفتاها النبى صلى الله عليه وسلم فقالت : « أفتانى إذا وضعت أن أنكح » (٢)

وذهب على وابن عباس وجماعة من الصحابة الى القول بالجمع بين الآيتين ، وأن المتوفى عنها زوجها الحامل تعتد بأبعد الأجلين : من وضع الحمل ، أو أربعة أشهر وعشر ، فإن وضعت قبل مضى أربعة أشهر وعشرة أيام انتظرت حتى تتم الأشهر والأيام من تاريخ الوفاة ، وإن مضت أربعة أشهر وعشراً قبل أن تضع حملها انتظرت حتى تضع الحمل . وانما قالوا ذلك : لأن التاريخ — عندهم — غير معلوم فوجب القول بذلك احتياطاً ، ولأن المتوفى عنها زوجها الحامل قد تناولها عمومان فى الآيتين وقد أمكن دخولها فى كليهما ، فلا تخرج من عدتها بيقين حتى تأتى بأقصى الأجلين ، وكذلك

---

(١) أبو السنابل قرشى من بنى عبد الدار بن قصى ، اختلف فى اسمه وهو صحابى معروف وأصل القصة فى الموطأ جـ ٢ ص ١٠٥

(٢) صحيح البخارى جـ ٧ ص ٧٣ ، وفتح البارى جـ ٩ ص ٤١٤ — ٤٢٠ ، وتفسير القرطبى جـ ٣ ص ١٧٥

قالوا إنه لا يمكن تخصيص عموم أحدهما بخصوص الأخرى ، لأن كل آية منهما عامة من وجه، وخاصة من وجه ، فحين يمكن دخول بعض الصور فى عموم الآيتين بإعمال العموم فى مقتضاه فإنه يصار إليه . فإذا هى اعتدت بأقصى الأجلين دخل أدناهما فى أقصاهما (١) .

والذى يترجح عندى من القولين . هو مذهب ابن مسعود ويؤيده ما روى البخارى عنه قوله : أيجعلون عليها التغليظ ولا يجعلون لها الرخصة، أشهد لنزلت سورة النساء القصرى بعد الطولى (٢) وقد حقق هذا الامر ابن قيم الجوزية فقال : وهذا يحتاج إلى تقدير : فإن ظاهره أن آية الطلاق مقدمة على آية البقرة لتأخرها عنها فكانت ناسخة لها ولكن النسخ عند الصحابة والسلف أعم منه عند المتأخرين . فإنهم يريدون به ثلاث معان :

١ — رفع الحكم الثابت بخطاب .

٢ — رفع دلالة الظاهر إما بتخصيص وإما بتقييد وهذا أعم مما قبله.

٣ — بيان أن المراد باللفظ الذى من خارج وهذا أعم من المعنيين الأوليين .

فابن مسعود أشار بتأخير نزول سورة الطلاق إلى أن آية الاعتداد بوضع الحمل ناسخة لآية البقرة إن كان عمومها مراداً ، أو مبينة للمراد منها أو مقيدة لإطلاقها ، وعلى التقديرات الثلاث يتعين تقديمها على عموم تلك لإطلاقها (٣) .

---

(١) يقول القرطبى : والحجة لما روى عن على وابن عباس روم الجمع بين قوله تعالى : " والذين يتوفون منكم ... الآية " وبين قوله تعالى " وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن " وذلك أنها إذ اقعدت أقصى الأجلين فقد عملت بمقتضى الآيتين وإن اعتدت بوضع الحمل فقد تركت العمل بآية عدة الوفاة . والجمع أولى من الترجيح باتفاق أهل الأصول وهذا نظر حسن لولا ما يعكر عليه من حديث سبيعة (الجامع لأحكام القرآن ج ٣ ص ١٧٥) .

(٢) صحيح البخارى — ج ٦ ص ٣٧

(٣) زاد المعاد لابن القيم — ص ٢٦٣ ج ٤

ولكن صريح السنة قد دل على اعتبار العدة للحامل بوضع الحمل كما فى حديث سبيعة السابق وهو يشهد للقول بنسخ الآية الأولى بالثانية . فلو لم تأت السنة الصريحة باعتبار وضع الحمل لكان الجمع أولى .

ومن أمثلة نسخ القرآن بالقرآن — على رأى بعضهم — قوله تعالى « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين (١) وقوله تعالى « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين الآية » (٢) فإن الآية الأولى توجب على المورث المالك إذا حضرته الوفاة وقارب خروج روحه عن جسده أن يوصى من تركته لوالديه وأقاربه بالمعروف . والآية الثانية توجب لكل واحد من الوالدين والأولاد والأقربين حقاً فى تركة المورث بوصية الله لا بوصية المتوفى ، فهى دالة على أن الله قسم تركة كل مالك بين ورثته حسبما اقتضت حكمته فلم يعد التقسيم حقاً للمورث وحده . وهذا الحكم الثانى يعارض الحكم الأول — بحسب الظاهر — وهو متأخر عن الأول فكان ناسخاً على رأى جمهور العلماء

ومما يشير إلى ذلك ماروى الترمذى والنسائى وابن ماجه عن عمرو بن خارجة قال : « خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم على ناقته يوم الحج الأكبر وأنا تحت جرانها وهى تقصع بجرتها . وإن لغامها يسيل بين كتفى يقول : إن الله أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث » (٣) وورد مثل ذلك من ط ق عديدة رويت عن كثير من الصحابة .

---

(١) البقرة — الآية ١٨٠ الخير المال ومعنى بالمعروف : مراعاة الحدود ، وتبيين حصة كل قريب بحسب قرابته ، والمراد بالعدل لا وكس فيه ولا شطط — القرطبى ج ٢ ص ٢٤٧

(٢) النساء — الآية ١١

(٣) نيل الأوطار ج ٦ ص ٣٩ ، ٤١ — جران البعير مقدم عنقه من مذبحه إلى منحره — والجرة بكسر الجيم وتشديد الراء قال فى القاموس الجرة بالكسر هيئة الجر وما يفيض به البعير فيأكله ثانية . وقد اجتر وأجر اللقمة يتعلل بها البعير إلى وقت علفه . والقصع البلع واللغام اللعاب . ولغم البعير رمى بلعابه لزبده — نيل الأوطار ج ٦ ص ٤١

ويقول الشافعي : « وجدنا أهل الفتيا ومن حفظنا عنهم من أهل العلم بالمغازى من قريش وغيرهم لا يختلفون فى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال عام الفتح « لا وصية لوارث » ويأثرونه عمن حفظوه فيه ممن لقوه من أهل العلم فكان نقل كافة عن كافة فهو أقوى من نقل واحد » وهذا يعد من الشافعي ميلا إلى اعتباره متواتراً ، لكن الفخر الرازى وغيره نازعوا فى تواتره (١) والصحيح أنه لم يصل إلى حد التواتر وعلى تقدير التسليم فالمشهور من مذهب الشافعي أن القرآن لا ينسخ بالسنة هذا ويذهب بعض أهل العلم إلى أن الناسخ لآية الوصية للوالدين والاقربين حديث « لاوصية لوارث » لاآية فإنها لا تعارضها ، يقول صاحب مسلم الثبوت ان آية المواريث لا تعارض وجوب الوصية للأقرباء لأن الميراث بعد الوصية فتجوز أن تكون من الثلث والميراث فى الباقى » (٢) — فهذا البعض يرى أن الحديث فى قوة المتواتر لأن المتواتر نوعان.. متواتر من حيث الرواية ، ومتواتر من حيث العمل به من غير نكير . فإن ظهوره يغنى الناس عن روايته هذا الحديث بهذه المثابة فإن العمل ظهر به مع القول من أئمة الفتوى بلا تنازع ، فيجوز النسخ به وممن ذهب إلى ذلك الشيعة الإمامية والهادية والناصرية من الزيدية .

ولهذا قالوا بصحة الوصية للوارث ونفاذها من الثلث دون توقف على إجازة الورثة . فإذا زادت على الثلث توقفت على الإجازة فيما زاد فقط أخذاً بالكتاب والسنة . فقد قال تعالى فى آية المواريث « من بعد وصية يوصى بها أو دين » (٣) فلم يقيدها بأن تكون لأجنبى بل ذكر الوصية للوارث فى الآية السابقة قبلها ، وجاءت السنة مبينة أن نفاذ الوصية فى الثلث وهو بيان يتفق مع قوله تعالى « للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر نصيباً مفروضاً » (٤) .

---

(١) تفسير الفخر الرازى — جـ ٢ ص ١١١

(٢) مسلم الثبوت — جـ ٢ ص ٧٩

(٣) النساء — الآية ١١

(٤) النساء — الآية ٧

وكذلك استدلوا بقوله تعالى « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين » وقالوا نسخ الوجوب لا يستلزم نسخ الجواز (١) .

والحق الذى نميل اليه أن تكون الآية نسخت بالآية لا بالحديث، ويؤيد ذلك ماورد عن الشافعى فى الرسالة حيث قال : من المحتمل أن تكون آية الوصية ناسخة للوصية ، ومن المحتمل أن تكون آية الوصية ثابتة معها آية المواريث غير منسوخة . فلما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا وصية لوارث » استدللنا بذلك على أن آية المواريث ناسخة لآية الوصية للوالدين والأقربين (٢) — كما يؤيد هذا الرأى ما قيل فى الحديث إنه خبر واحد ، لأنه لوكان متواتراً لبقى كذلك ، لأنه خبر فى واقعة مهمة فتتوفر الدواعى على نقله ، وليس كذلك فلا يصلح ناسخاً (٣) — وقد اختار ذلك فخر الاسلام البزدوى فقال فى الرد على الاستدلال على نسخ آية الوصية بحديث « لا وصية لوارث » وهذا الاستدلال غير صحيح لوجهين أحدهما : أن النسخ إنما ثبت بآية المواريث وبيانه أنه تعالى قال«من بعد وصية يوصى بها أو دين » فرتب الميراث على وصية منكرة والوصية الأولى كانت معهودة « معرفة باللام » فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث ثم نسخت بالسنة

---

(١) نيل الأوطار — ج ٦ ص ٤١

(٢) الرسالة للشافعى مع تحقيقها للشيخ محمد شاكر ص ١٣٨ ، ١٤١ ، ١٤٢

(٣) ثم ان الحديث لم يصل إلى درجة ثقة الشيخين به فلم يروه أحد منهم مسنداً . ورواية أصحاب السنن محصورة فى عمرو بن خارجه وأبى أمامه وابن عباس وفى إسناد الثانى اسماعيل بن عياش تكلموا فيه وانما حسنه الترمذى لأن اسماعيل يرويه عن الشاميين وقد قوى بعض الأئمة روايته عنهم خاصة . وحديث ابن عباس معلول إذ هو من رواية عطاء عنه وقد قيل إنه عطاء الخراسانى وهو لم يسمع عن ابن عباس . وقيل عطاء بن أبى رباح فإن أبا داود أخرجه فى مراسيله عنه . وما أخرجه البخارى من طريق عطاء بن أبى رباح موقوف على ابن اعباس . وما روى غير ذلك فلا نزاع فى ضعفه . فعلم أنه ليس لنا رواية للحديث صحيحة إلا رواية عمرو بن خارجه . والذى صححها هو الترمذى وهو من المتساهلين فى التصحيح . وقد علمت أن البخارى ومسلم يرضياها . فهل يقال ان حديثاً كهذا تلقه الأمة بالقبول (تفسير المنار « القرآن الحكيم ») ج ٢ (ص ١٣٨) .

لوجب ترتيبه على المعهود ، فصار الإطلاق نسخاً للقيد ، كما يكون القيد نسخاً للإطلاق لتغاير المعنيين — وتفسير ذلك : أنه تعالى لما رتب الإرث على الوصية المطلقة النافلة دل على نسخ الوصية المقيدة المفروضة .

الثانى : أن الله فوض الإيصاء فى الأقربين إلى العباد بقوله تعالى « الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف » ثم تولى بنفسه بيان الحق وقصره على حدود لازمة تقرر بها ذلك الحق بعينه ، فتحول من جهة الإيصاء إلى الميراث . وإلى هذا أشار الله بقوله « يوصيكم الله فى أولادكم » أى الإيصاء الذى فوض إليكم تولاه بنفسه إذ عجزتم عن مقاديره لجهلكم ، ألا ترى إلى قوله تعالى « لا تدرون أيهم أقرب لكم نفعاً » وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم « إن الله تعالى أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث » (١).

نسخ القرآن بالسنة :

إذا تعارضت آية مع سنة متواترة أو مشهورة متأخرة عن الآية فقد قال الحنفية يجوز أن تنسخ السنة — وان كانت مشهورة — حكم الآية ، وحجتهم فى ذلك أنه عليه السلام كان يتوجه إلى الكعبة فى الصلاة حين كان بمكة ، فلما هاجر الرسول إلى المدينة كان يتوجه إلى بيت المقدس فى الصلاة ستة عشر شهراً (٢) ثم نسخ ذلك بالتوجه إلى الكعبة ، فإن كان التوجه إلى الكعبة حين كان بمكة ثابتاً بالكتاب ، فقد نسخ بالسنة الموجبة للتوجه الى بيت المقدس فإنه ثابت بالسنة ، وظاهر ذلك : لكونه لا يتلى فى القرآن فيكون دليلا على جواز نسخ الكتاب بالسنة .

---

(١) أصول البزدوى — ج ٣ ص ٩٠١ ، ٩٠٢ على هامش كشف الأسرار .

(٢) فإنه سبحانه لم يشأ أن يفجأ أهل الكتاب بخلاف ما عهدوه عن أنبياء بنى اسرائيل من اتجاههم فى الصلاة إلى بيت المقدس فشرع له استقبال هذا البيت استمالة لهم ، وبيان أنه ليس بدعاً من الرسل ولا مخالفاً لهم بل هو مصدق لما جاءوا به وداع بدعوتهم وهاد إلى طريقتهم حتى يستقر الإيمان فى قلوبهم .

وإن كان التوجه إلى الكعبة أولا لم يثبت بالكتاب فلا شك فى أن التوجه إلى بيت المقدس الثابت بالسنة ظاهراً قد نسخ بالكتاب وهو قوله تعالى : « قد نرى تقلب وجهك فى السماء فلنولينك قبلة ترضاها فول وجهك شطر المسجد الحرام وحيثما كنتم فولوا وجوهكم شطره » (١) ــ فيكون دليلا على جواز نسخ السنة بالكتاب .

ولم ير الشافعى نسخ القرآن بالسنة (٢) . وقال : انها تبع له تبينه وتفسره . جاء فى رسالته : « وأبان لهم أنه ينسخ ما نسخ من الكتاب بالكتاب وأن السنة لا تكون ناسخة وانما هى تبع للكتاب بمثل ما نزل به نصا ومفسرة معنى ما أنزل الله جملا . قال الله تعالى « وإذا تتلى عليهم آياتنا بينات قال الذين لا يرجون لقاءنا ائت بقرآن غير هذا أو بدله ، قل : ما يكون لى أن أبدله من تلقاء نفسى إن أتبع إلا مايوحى إلى إنى أخاف إن عصيت ربى عذاب يوم عظيم »(٣) فأخبرنا الله تبارك وتعالى أنه فرض على نبيه اتباع ما يوحى اليه ولم يجعل له تبديله من تلقاء نفسه ، وفى قوله « ما يكون لى أن أبدله من تلقاء نفسى » بيان ما وصف من أنه لا ينسخ كتاب الله عز وجل إلا كتابه كما كان المبتدى بفرضه فهو المزيل المثبت لما شاء منه جل ثناؤه ولا يكون ذلك لأحد من خلقه » (٤) .

وقد أحسن الإمام الغزالى وأصاب عين الحق فى المسألة حيث يقول فى المستصفى « إن الناسخ فى الحقيقة هو الله تعالى على لسان رسوله عليه السلام . وليس الشرط أن ينسخ حكم القرآن بقرآن بل يوحى على لسان

---

(١) البقرة ــ الآية ١٤٤

(٢) قال القرطبى : وحذاق الأئمة على أن القرآن ينسخ بالسنة وذلك موجود فى قوله السلام « لا وصية لوارث » وهو ظاهر مسائل مالك . وأبى ذلك الشافعى وأبو الفرج المالكى والأول أصح بدليل أن الكل حكم الله تعالى ومن عنده وإن اختلفت الأسماء . وأيضاً الجلد ساقط فى حد الزنى عن الثيب الذى يرجم ولا مسقط لذلك إلا السنة وهى فعل النبى صلى الله عليه وسلم وهذا بين (الجامع لأحكام القرآن ج ٢ ص ٥٩ طبعة دار الكتب) .

(٣) سورة يونس ــ الآية ١٥

(٤) الرسالة للشافعى ص ١٤٣

رسوله ، وكلام الله تعالى واحد وهو الناسخ باعتبار وهو المنسوخ باعتبار وليس له كلامان أحدهما قرآن والآخر ليس بقرآن وإنما الاختلاف بالعبارات ، فربما دل على كلامه بلفظ منظوم يأمر بتلاوته ويسمى قرآنا . وربما دل عليه بلفظ غير متلو ويسمى سنة والكل مسموع من الرسول عليه السلام و الناسخ هو الله تعالى على كل حال » (١) .

نسخ السنة بالسنة :

من نسخ السنة بالسنة ماروت بريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : كنت نهيتكم عن ثلاث زيارة القبور فزوروها فقد أذن لمحمد فى زيارة قبر أمه ولا تقولوا هجرا ، وعن لحم الأضاحى أن تمسكوه فوق ثلاثة أيام فأمسكوه ما بدالكم وتزودوا فإنما نهيتكم ليتسع به موسركم على معسركم ، وعن النبيذ فى الدباء والحنتم والمزفت فاشربوا فى كل ظرف فإن الظرف لا يحل شيئاً ولا يحرمه ولا تشربوا مسكراً » وفى رواية ابن مسعود رضى الله عنه لهذا الحديث قال وعن الشرب فى الدباء والحنتم والنقير والمزفت فاشربوا فى الظروف ولا تشربوا مسكراً (٢) .

فهذا من نسخ السنة بالسنة لأن النهى الأول كان بالسنة إذ لم يرد ذكره فى القرآن . وجاء بعد ذلك الإذن فى هذا الحديث مبيناً انتهاء حكم النهى الثابت سابقاً . وواضح من قوله عليه السلام كنت نهيتكم الدلالة على سابق النهى فى زمان متقدم كما جاء فى رواية مسلم .

ومن أمثلة نسخ السنة بالسنة أيضاً أنه عليه السلام نهى أكل لحم الضب ثم سئل عن حرمته فقال : لا . ففى سنن أبى داود أن رسول الله صلى الله

---

(١) كشف الأسرار ج ٤ ص ٩٠٤

(٢) النبيذ : التمر ينبذ فى جرة الماء أو غيرها ويلقى فيها حتى يغلى وقد يكون من الزبيب والعسل – الدباء – القرع، الحنتم : جرار حمر وقيل خضر تحمل فيه الخمر الواحد حنتمة – النقير : الخشبة المنقورة – المزفت : الوعاء المطلى بالزفت (القار) – وكلها أوعية ضاربة تسرع بالشدة فى الشراب وتحدث فيه النقير ولا يشعر به صاحبه فهو على خطر من شرب الخمر كذا فى المغرب (كشف الأسرار البزدوى ج ٣ ص ٩٠٦ ، ونيل الأوطار ج ٥ ص ١٢٧).

عليه وسلم نهى عن أكل لحم الضب .(١) وروت عائشة رضى الله عنها أنه أهدى لها ضب فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكله فكرهه ، فجاء سائل فأرادت أن تطعمه إياه ، فقال عليه السلام : أتطعمين مالا تأكلين ؟ « فكل من الروايتين دال على التحريم ، الأولى بمقتضى النهى ، والثانية لأنه عليه السلام إنما كرهه لحرمته . فإنه لو لم تكن كراهة الأكل للحرمة لأمرها الرسول بالتصدق ، كذلك مما يفيد الحرمة ما روى أحمد والطبرانى وأبو يعلى والبزار برجال الصحيح عن عبد الرحمن بن حسنة قال : كنا مع النبى صلى الله عليه وسلم فى سفرفنزلنا أرضا كثيرة الضباب فأصبنا منها فذبحنا . فبينما القدور تغلى بها خرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إن أمة من بنى اسرائيل فقدت وإنى أخاف أن تكون هى فأكفئوها وإنا لجياع » (٢) .

ومن الروايات الدالة على إباحة لحم الضب ماروى أن الترمذى عن خالد أن النبى صلى الله عليه وسلم قدم إليه ضب ، فأهوى بيديه إليه ، فقيل هو الضب يارسول الله ، فرفع يده فقال خالد : أحرام يارسول الله ؟ قال لا ، ولكن لم يكن بأرض قومى فأجدنى أعافة قال خالد : فاجتررته فأكلت ورسول الله صلى الله عليه وسلم ينظر فلم ينهنى »(٣) كما روى عن ابن عباس رضى الله عنه قال : أكل الضب على مائدة رسول الله صلى الله عليه وسلم وفى الآكلين أبو بكر رضى الله عنه ورسول الله صلى الله عليه وسلم كان ينظر إليه ويضحك » (٤) .

---

(١) راجع سبل السلام جـ ٤ ص ١٢٢ قال فى إسناده اسماعيل بن عياش ورجاله شاميون وهو قوى فى الشاميين فلا يتم قول الخطابى : ليس إسناده بذلك ولا قول ابن حزم : فيه ضعيف ومجهولون فإن رجاله ثقات كما قال المصنف ولا قول البيهقى فيه اسماعيل بن عياش ليس بحجه لما عرفت أنه رواه عن الشاميين وهو حجة فى روايته عنهم .

(٢) سبل السلام جـ ٤ ص ١٢٣

(٣) التقرير والتحبير جـ ٣ ص ١٠

(٤) سبل السلام جـ ٤ ص ١٢٢

ومما سبق يتضح أنه تعارضت روايات التحريم مع روايات الإباحة . لهذا جعلوا المحرم ناسخاً لئلا يتكرر النسخ إذا جعل العكس عند تقدم المبيح تتقرر الإباحة الأصلية، ثم عند ورود المحرم ينسخ حكم الإباحة السابقة فيكون النسخ مرة واحدة (١) . وأيضاً لا يخفى أنه عليه السلام لو لم يرتحريمه لما أمر بإلقاء القدور أو لما أقرهم على إكفائها لأن فيه إضاعة المال . وتحمل روايات الإباحة على ماقبل التحريم .

وما روى أن بعض القوم قالوا عند ابن عباس : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال فى الضب « لا آكله ولا أنهى عنه ولا أحرمه » فهو معلول بأن ابن عباس قال : بئسما قلتم ما بعث نبى الله إلا محرما أو محللا » كذا فى فى مسلم (٢) .

ومن نسخ السنة بالقرآن : نسخ الصلاة إلى بيت المقدس بالتوجه إلى البيت الحرام «الكعبة». فإنه عليه السلام صلى نحو بيت المقدس وليس فى ذلك قرآن فلم يكن الحكم إلامن جهة السنة ثم نسخ ذلك بقوله تعالى « فول وجهك شطر المسجد الحرام وحيثما كنتم فولوا وجوهكم شطره » .

وقد اختلف فى وقت تحويل القبلة بعد قدومه عليه السلام إلى المدينة فقيل حولت بعد ستة عشر شهراً ، أوسبعة عشر شهراً كما فى البخارى وأخرجه الدارقطنى عن البراء أيضاً قال « صلينا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد قدومه المدينة ستة عشر شهرا نحو بيت المقدس ، ثم علم الله هوى نبيه فنزلت « قد نرى تقلب وجهك فى السماء الآية » ففى هذه الرواية ستة عشر شهراً من غير شك ــ وقال أبو حاتم البستى : صلى المسلمون الى بيت المقدس سبعة عشر شهراً وثلاثة أيام ثم صرفه الله إلى الكعبة » (٣) .

---

(١) مسلم الثبوت ج ٢ ص ٢٠٠

(٢) نفس المرجع السابق ص ١٢٣

(٣) الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبى ج ٢ ص ٢١) .

الفصل الثاني

تقديم الدليل الراجح على المرجوح

عرفنا فى الفصل الأول أنه عند تعارض الدليلين وعلم تاريخهما تقديم المتأخر ونسخ المتقدم به أما عند جهل التاريخ فالمنهج الثانى (١) الذى يتبع لدفع التعارض الظاهرى بين النصين أن ينظر فيهما . فإن ظهر أن أحدهما قد اقترن بما يترجح به على معارضه وجب العمل بالدليل الراجح ، وعند ذلك يسقط العمل بالمرجوح هذا عند جمهور الأصوليين ومن هنا كان للترجيح أهمية عندهم وعناية بالغة : ونبدأ فى بيان معناه فنقول :

تعددت كلمة المعرفين للترجيح :

فعرفه فخر الإسلام من الحنفية بأنه عبارة عن فضل أحد المثلين على الآخر وصفاً ــ وجاء شارحه عبد العزيز البخارى فوصف هذا التعريف بأنه اشتمل على التوسع لأن ما ذكره فخر الاسلام معنى الرجحان لا معنى الترجيح . لأن الترجيح إثبات الرجحان . ولهذا قال القاضى الإمام : الترجيح لغة : إظهار الزيادة لأحد المثلين على الآخر وصفاً لا أصلا (٢) .

ومن تعريف القاضى نلمح أن الترجيح يبتنى على المماثلة التى يعتمد عليها التعارض ، وأنه لا يقوم إلا على وصف هو تابع إذ الأوصاف تابعة للذوات . ويتفق ذلك مع قول صاحب الميزان : الترجيح أن يكون لأحد الدليلين زيادة قوة مع قيام التعارض ظاهراً .

وقد عرفه جمال الدين الأسنوى بأنه : تقوية إحدى الأمارتين على الأخرى ليعمل بها وقال : وإنما خص الترجيح بالأمارتين اللتين هما الدليلان الظنيان

---

(١) هذا على أحد الرأيين السابقين وهو تقديم الترجيح على الجمع .
(٢) كشف الأسرار شرح أصول البزدوى .

لأن الترجيح لا يجرى بين القطعيات ، ولا بين القطعى والظنى ، وقد فسر تقوية إحدى الأمارتين على الأخرى بأنها بيان أن إحدى الأمارتين أقوى . وقال أيضاً لاشك أن الترجيح لازم للرجحان وبالعكس لأن المجتهد لا يمكنه أن يبين أن إحدى الأمارتين أقوى إلا اذا اقترنت بما تقوى به على معارضتها (١).

فلهذا كان تعريف الآمدى وابن الحاجب للترجيح بأنه اقتران الأمارة بما تقوى به على معارضتها فى المآل متفق مع التعريف السابق غاية الأمر أن من عرف بالتقوية نظر فى تعريفه إلى فعل المجتهد ، ومن عرف باقتران الأمارة نظر إلى ترجح الأمارة فى نفسها .

وعندى أن تعريف الحنفية للترجيح بأنه إظهار زيادة لأحد المتماثلين على الآخر ، أحسن من تعريف غيرهم لأنه يدل على أن الترجيح ليس إلا مجرد إظهار الزيادة والقوة لا أنه تقوية أو اقتران .

المبحث الأول

النزاع حول المبدأ :

يختلف العلماء فى العمل بالدليل الراجح فيذهب الجمهور إلى أنه يجب العمل به بالنسبة إلى المرجوح ، وأن العمل بالمرجوح ممتنع سواء كان الرجحان قطعياً أو ظنياً .

وذهب القاضى إلى أنه لا يجوز العمل بما رجح ظنا . لأنه لا ترجيح للظن عنده فلا يعمل بواحد من الدليلين لفقد المرجح لأحدهما .

وقيل إن رجح أحدهما بالظن فالتخيير بينهما فى العمل . وإن رجح قطعاً يجب العمل ولكل رأى حجته . ويمكن أن نجملها فيما يلى .

---

(١) نهاية السول شرح منهاج الأصول ج ٤ ص ٤٤٥

يحتج القائلون بوجوب التوقف أو التخيير عند التعارض بقوله تعالى : « فاعتبروا يا أولى الأبصار (١) . فقد أمر سبحانه بالاعتبار ، والعمل بالمرجوح ضرب من الاعتبار وبقوله عليه السلام : « نحن نحكم بالظاهر » لأن الحكم بالمرجوح حكم بالظاهر ، لأن الأمارات الظنية لا تزيد على البينات . وإذا كان الترجيح غير معتبر فى البينات فلم تترجح شهادة أربعة شهود على شهادة اثنين . فكذلك فى الأمارات .

وقد ردّ الجمهور القائلون بالراجح وجوباً بأن قوله تعالى « فاعتبروا يا أولى الأبصار » تقتضى وجوب النظر ، وليس فيها ما ينافى القول بوجوب العمل بالراجح . وكذلك منعوا كون المرجوح ظاهراً مندرجاً فى قوله عليه السلام « نحن نحكم بالظاهر » لأن الظاهر ماترجح أحد طرفيه على الآخر ، والمرجوح مع الراجح ليس كذلك .

وما استندوا اليه من عدم ترجيح شهادة الأربعة على الاثنين فيرد عليه بأن الشرع جعل شهادة الاثنين علة تامة للحكم ، فالزيادة عليها لا تصلح مرجحة للحجة (٢) .

واستدل الجمهور لمذهبهم : بإجماع الصحابة رضى الله عنهم والسلف على تقديم بعض الأدلة الظنية على بعض . اذا اقترن به ما يقوى على معارضة . فقد رجحوا خبر السيدة عائشة رضى الله عنها فى الختانين وهو قولها « إذا التقى الختانان فقد وجب الغسل ، فعلته أنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم فاغتسلنا (٣) » على حديث أبى هريرة رضى الله عنه وهو قوله عليه السلام

---

(١) — الحشر الآية : ٢

(٢) — المستصفى للغزالى ج ٢ ص ص ٣٩٣

(٣) — الحديث مروى فى مسلم وأصله فى البخارى عن أبى سعيد الخدرى روت عائشة رضى الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا جاوز الختان الختان وجب الغسل فعلته أنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم فاغتسلنا » وقد قبله عمر وسائر المهاجرين (مسلم الثبوت ج ٢ ص ١٢٨ و بداية المجتهد ج ١ ص ٤٦) .

« إنما الماء من الماء »(١) فقالوا بالترجيح لأن أزواج الرسول عليه السلام وخصوصاً عائشة أعلم بفعله في هذه الأمور من رجال الأجانب .

وكذلك قدموا خبر عائشة رضى الله عنها أنه عليه السلام كان يصبح جنباً وهو صائم» على ماروى أبو هريرة عن الفضل بن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم « من أصبح جنباً فلا صيام له » وقد رد البخارى حديث أبي هريرة بأن حديث عائشة أقوى سنداً حتى قال فيه ابن عبد البر إنه صح وتواتر . وأما حديث أبي هريرة فأكثر الروايات أنه كان يفتى به ورواية الرفع أقل (٢) .

وقدم أبو بكر رضى الله عنه خبر المغيرة بن شعبة في ميراث الجدة على رأيه حينما روى معه محمد بن مسلمة . فقد روى قبيصة بن ذؤيب أن الجدة جاءت إلى أبي بكر رضى الله عنه فسألته ميراثها فقال : مالك في كتاب الله شيء فارجعي حتى أسأل الناس فسأل الناس فقال المغيرة ابن شعبة : حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاها السدس ، فقال أبو بكر رضى الله عنه : هل معك غيرك ؟ فقام محمد بن مسلمة الأنصارى فقال مثل ماقاله المغيرة فأنفذه لها أبو بكر » رواه الخمسة إلا النسائى وصححه الترمذى (٣) .

---

(١) معناه لا يجب الغسل إلا بخروج المنى . وعن ابن عباس إنه معمول به في الاحتلام فإنه لا يجب الغسل فيه إلا بالإنزال وأما في الجماع فنسوخ فإن مذهبه إذا التقى الختانان يجب الغسل سواء أنزل أو لم ينزل (شرح مسلم الجامع الصحيح ج ١ ص ١٨٦) .

(٢) سبل السلام ج ٢ ص ٢٧٣

(٣) نيل الأوطار ج ٦ ص ٥٩ وفيه : حديث قبيصة أخرجه أيضاً ابن حبان والحاكم قال الحافظ وإسناده صحيح لثقة رجاله إلا أن صورته مرسل فان قبيصة لا يصح سماعه من الصديق ، ولا يمكن شهوده القصة قاله ابن عبد البر . وقد اختلف في مولده والصحيح أنه ولد عام الفتح فيبعد شهوده القصة وقد أعله عبد البر تبعاً لابن حزم بالانقطاع .

وقدم عمر خبر أبي موسى فى الاستئذان بموافقة أبى سعيد الخدرى له فى الرواية فقد روى عن أبى سعيد أن أبا موسى سلم على عمر من وراء الباب ثلاث مرات فلم يؤذن له فرجع فأرسل عمر فى إثره فلما عاد قال له : لم رجعت ؟ قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : إذا سلم أحدكم ثلاثا فلم يجب فليرجع . فقال عمر : لتأتينى على ذلك ببينة أو لأفعلن بك ، فجاء أبو موسى ممتقعا لونه ونحن جلوس فقلنا : ماشأنك ؟ فأخبرنا وقال فهل سمع أحد منكم ؟ فقلنا كلنا سمعه فأرسلوا معه أبا سعيد حتى أتى عمر فأخبره ، وعند ذلك قال عمر : إنما أردت أن أتثبت » وفى رواية قال عمر لتأتينى على هذا بالبينة فقالوا : لا يقوم إلا أصغر القوم فقام أبو سعيد معه فشهد له . فقال عمر لأبى موسى إنى لم أتهمك ولكنه الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم (١) .

فمن هذا وغيره مما سبق يتضح أن السلف قدموا بعض الأحاديث على بعض لقوة الظن بسبب علم الرواة وكثرتهم وعدالتهم وعلو منصبهم .

ومما يشهد لمذهب الجمهور أن العقلاء يوجبون العمل بالراجح بعقولهم فى الحوادث متى غلب على الظن كون الفرع أشبه بأحد الأصلين ، ومن المقرر أن تنزل الأمور الشرعية على وفق الأمور العقلية العرفية . وبهذا يتبين أن الراجح ماذهب إليه الجمهور من القول بوجوب العمل بالراجح .

المبحث الثانى

خلاف آخر بين القائلين بالترجيح :

القائلون بالترجيح قد اختلفوا فمنهم من جوزه فى القطعيات والظنيات ومنهم من قصره على الظنيات ومنعه فى القطعيات .

---

(١) محاضرات فى أسباب الفقهاء الشيخ على الخفيف ص ٢٢

فالمشهور فى مذهب الشافعية منع الترجيح فى القطعيات وتخصيصه بالدلائل الظنية سواء أكانت عقلية أم نقلية ، ذلك لأن الترجيح متوقف على وقوع التعارض فيها ووقوعه فيها محال لأنه لو وقع لكان يلزم منه اجتماع النقضين أو ارتفاعهما وذلك لأنه لا جائز أن يعمل بأحدهما دون الآخر لما فيه من التحكم . فتعين إما إثبات مقتضاها وهو جمع بين النقيضين ، أو رفع مقتضاهما وهو رفع للنقيضين وكلاهما محال (١) .

وفى ذلك يقول ابن السبكى « يمتنع تعادل القاطعين » أى تعارضهما « سواء كانا عقليين أو نقليين » (٢) — ثم يقول : « لا ترجيح فى القطعيات لعدم التعارض بينهما إذ لو تعارضت لاجتمع المتنافيان » (٣) .

والغزالى فى المستصفى أيد ذلك فقال « الترجيح إنما يجرى بين ظنيين لأن الظنون تتفاوت ، ولا يتصور ذلك فى معلومين . إذ ليس بعض العلوم أقوى وأغلب من بعض وإن كان بعضها أجلى وأقرب حصولا وأشد استغناء عن التأمل ، بل إن بعضها يستغنى عن أصل التأمل وهو البديهى . وبعضها غير بديهى يحتاج إلى تأمل لكنه بعد الحصول محقق يقينى لا يتفاوت فى كونه محققاً فلا ترجيح لعلم على علم » (٤) .

أما الحنفية فأجازوا الترجيح فى القطعيات والظنيات ، وذلك بناء على أن التعارض بين الأدلة ليس فى الواقع ونفس الأمر إنما هو تعارض ظاهرى صورى فقط كما أوضحنا بيانه فيما تقدم . وحينذاك يكون أحد الدليلين محمولا على غير ما حمل عليه الآخر ، أو يكون أحدهما ناسخاً والآخر منسوخاً لأنه لا يعقل الترجيح بين علم وعلم .

---

(١) نهاية السول شرح منهاج الأصول للأسنوى ج ٤ ص ٤٤٥

(٢) الآيات البينات ج ٤ ص ١٩٧

(٣) المرجع السابق ج ٤ ص ٢١١

(٤) المستصفى ج ٢ ص ٣٩٣

وقد وفق الشيخ بخيت فى تعليقاته على نهاية السول للأسنوى بين المذهبين فقال : وعلى هذا لايكون هناك خلاف بين الحنفية والشافعية الابأن الشافعية فرضوا الكلام فيما يكون قطعياً فى نفس الأمر وفى ظن المجتهد فنفوا التعارض فى القطعيات التى تكون كذلك — والحنفية فرضوا الكلام فى القطعيات مطلقاً فمنعوا تعارضها فى نفس الأمر ، وجوزوا تعارضها عن المجتهد بحسب ظنه . لكن يبقى الكلام فى الأمارتين فإنهما كذلك لا يتعارضان فى نفس الأمر لما قدمناه . ويتعارضان بحسب ظن المجتهد . ثم قال ، وعلى كل حال فما قاله الحنفية هو الحق الذى لا مرية فيه . والشافعية لا يستطيعون أن يخالفوه (١) .

وكذلك أفصح الآمدى عن ذلك الموضوع . واتفق كلامه مع ما تقدم من مذهب الشافعية . فقسم الطرق الموصلة إلى المطلوبات وهى الأدلة إلى قسمين قطعية وظنية . ثم قال : أما القطعى فلا ترجيح فيه لأن الترجيح لابد وأن يكون موجباً لتقوية أحد الطرفين المتعارضين على الآخر . والمعلوم المقطوع به غير قابل للزيادة والنقصان فلا يطلب فيه الترجيح .

ولأن الترجيح إنما يكون بين متعارضين وذلك غير مقصور فى القطعى لأنه إما يعارضه قطعى أو ظنى والأول محال لأنه يلزم منه إما العمل بهما وهو جمع بين النقيضين فى الإثبات ، أو امتناع العمل بهما وهو جمع بين النقيضين فى النفى أو العمل بأحدهما دون الآخر ولا أولوية مع التساوى .

والثانى أيضاً محال لامتناع ترجح الظنى على القاطع ، وامتناع طلب الترجيح فى القاطع كيف وأن الدليل القاطع لا يكون فى مقابلة دليل صحيح فلم يبق سوى الطرق الظنية ، ثم قسم الطرق الظنية إلى عقلية وشرعية . وقال إن العقلية ليس محل البحث . وقسم الشرعية إلى موصلة إلى الظن بأمر مفرد وهى الحدود أو الظن بأمر مركب وهى الأدلة الشرعية من الكتاب والسنة والإجماع والقياس والاستدلال .

---

(١) سلم الوصول شرح نهاية السول للشيخ محمد بخيت المطيعى ج ٤ ص ٤٤٩

وقال لا ترجيح بين قطعى وظنى لأن الترجيح يعتمد التعارض والتساوى ولا مساواة بينهما فلا تعارض بل يقدم القطعى على الظنى دائما (١) .

فإن وقع التعارض بين قاطعين فعند الشافعية لا سبيل إلى الترجيح بل إن كانا متواترين حكم بأن المتأخر ناسخ ولا بد أن يكون أحدهما ناسخاً . وإن كانا من أخبار الآحاد وعرفنا التاريخ حكمنا بالمتأخر . وإن لم نعرف فصدق الراوى مظنون فنقدم الأقوى فى نفوسنا (٢) .

---

(١) راجع الإحكام فى أصول الأحكام جـ ٤ ص ٣٢٣

(٢) المستصفى للغزالى جـ ٢ ص ٣٩٣

الفصل الثالث

الأمارات المرجحة

يعتمد الترجيح على أمارات يشتمل عليها أحد الدليلين دون الآخر وهذه كثيرة منها .

المبحث الاول

الترجيح بقوة الظهور :

عند تعارض دليلين يتبين أن أحدهما أقوى ظهوراً من الآخر من حيث دلالة لفظه على معناه ، يكون ذلك مرجحاً له الآخر . لأن الدليل الاقوى يترجح على الأدنى فيترك الدليل الأدنى بوجود الأعلى . ويترتب على ذلك أنه إذا تعارض الدليل الذى لفظه محكم لا يحتمل تأويلا ولا تخصيصاً ولا نسخاً فإنه يقدم على الدليل المفسر أو النص أو الظاهر . لأن المفسر وإن كان لايحتمل التخصيص والتأويل لكنه يحتمل النسخ . وكل من النص والظاهر يحتمل النسخ والتخصيص والتأويل . وأيضاً إذا تعارض النص مع الظاهر يترجح النص لكونه أقوى من حيث سوق الكلام لمعناه وقصده به ، وعند تعارض المفسر مع النص والظاهر يقدم المفسر لقوته من حيث عدم احتماله التخصيص والتأويل واحتمالها ذلك .

على أنه يجب أن يعرف أن التعارض الحاصل بين هذه الأقسام ليس تعارضاً من حيث القطعية والظنية لكونها كلها قطعية . إنما التعارض بينها صورى لا حقيقى لأنه يعتمد على التضاد بين الحجتين على السواء لا مزية

لأحدهما على الآخر . وههنا ليس كذلك . فإن الظاهر أدنى من النص ، والنص أدنى من المفسر ، والمفسر أدنى من المحكم (١) .

فمن أمثلة تعارض الظاهر مع النص :

قوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » وقوله تعالى « وحمله وفصاله ثلاثون شهراً » (٢) فقد تعارضت الآيتان مع أن الآية الأولى نص فى أن مدة الرضاع مقدرة بحولين . والآية الثانية ظاهر فى أن المدة ثلاثون شهراً لأنها سيقت لبيان منة الوالدة على الوالد بدليل أول الآية وهو قوله تعالى « ووصينا الإنسان بوالديه إحساناً حملته أمه كرهاً ووضعته كرهاً » (٣) وحيث كانا كذلك قال صاحبا أبى حنيفة أبو يوسف ومحمد يترجح الأدنى على الثانية وحكما بأن مدة الرضاع سنتان .

أما الإمام أبو حنيفة فقد رأى أن النص المقيد بحولين وهو الآية الأولى محمد على استحقاق الأجر لأن المطلقة إذا طلبت أجرة الرضاع بعد حولين لا يجبر الزوج على الإعطاء ولو وقع ذلك فى الحولين يجبر على الإعطاء (٤) فلا تعارض من حيث المدة .

ومما مثلوا به أيضاً قوله تعالى « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم » (٥) فإنه تعارض مع قوله تعالى « فانكحوا ماطاب لكم من النساء

---

(١) الظاهر مادل على معناه دلالة واضحة بحيث لا يتوقف فهم معناه على قرينة خارجية ولم يكن معناه هو المقصود الأصلى من سياق الكلام — والنص — مادل على معناه دلالة واضحة ولكن معناه هو المقصود الأصلى من السياق — والمفسر — اللفظ الذى وضحت دلالته على معناه ولم يحتمل تأويلا ولا تخصيصاً — والمحكم — اللفظ الذى ظهرت دلالته على معناه ولم يحتمل تأويلا ولا تخصيصاً ولا نسخا لا فى حياة الرسول ولا بعد وفاته .

(٢) البقرة الآية : ٢٢٣

(٣) الأحقاف الآية : ١٥

(٤) تفسير القرطبى ج ٣ ص ١٦٢

(٥) النساء الآية : ٢٤

مثنى وثلاث ورباع » (١) فإن الآية الأولى ظاهر فى حل المحللات من غير قصر على عدد كالأربعة . فينبغى أن تحل الزائدة عليها . والآية الثانية نص فى أنه لا تجوز الزيادة على الأربع لأنه سيق لأجل بيان العدد فوقع التعارض بينهما لكن ترجحت الآية الثانية لأنها نص فتقدم على الاولى التى هى ظاهر فلهذا يقتصر على الأربع لا غير .

وقيل إن الآية الأولى نص فى اشتراط المهر ، والآية الثانية ظاهر فى عدم اشتراطه لأنها سكتت عن ذكره ومطلقة فيه فتعارضتا فترجح الأولى لكونها نص ويجب المهر (٢) .

ومثال تعارض النص مع المفسر قوله عليه السلام « المستحاضة تتوضأ لكل صلاة » وما روى الترمذى عن عدى عن ثابت عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم « المستحاضة تدع الصلاة أيام أقرائها التى كانت تحيض ثم تغتسل وتتوضأ عند كل صلاة وتصلى وتصوم » (٣) وما روى هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أنه عليه السلام قال لفاطمة بنت أبى حبيش توضئى لوقت كل صلاة « وما ورد عنه صلى الله عليه وسلم « المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلاة » فإن الحديثين الأوليين نص يقتضى الوضوء لكل صلاة أداء كانت الصلاة أو قضاء فرضاً كانت أونفلا إلا أنه يحتمل التأويل فيراد باللام معنى الوقت . فيكفى الوضوء الواحد فى كل وقت وتصلى به ما شاءت من فرض أو نفل .

أما الحديثان الأخيران وهما حديث هشام والحديث الذى بعده فهما مفسر لا يحتمل تأويلا لأنه اشتمل على لفظ الوقت صريحاً — ومع هذا

---

(١) النساء الآية : ٣

(٢) كشف الأسرار شرح المنار ج ١ ص ١٤٦

(٣) نصب الراية لأحاديث الهداية ج ٣ ص ١٦٢ . لفظ الصلاة شاع استعماله فى لسان الشرع والعرف فى وقتها . وقد رجح أيضاً بأنه متروك الظاهر بالإجماع على أنه لم يرد حقيقة كل صلاة لجواز النفل مع الفرض بوضوء واحد (فتح القدير ج ١ ص ١٦٩) .

التعارض يصار إلى الترجيح بقوة الظهور فيرجح المفسر على النص ويكون الحكم بالنسبة للمستحاضة الاكتفاء بالوضوء الواحد فى كل وقت (١) .

ومن أمثلة تعارض الظاهر مع المحكم قوله تعالى « وما كان لكم أن تؤذوا رسول الله ولا أن تنكحوا أزواجه من بعده أبداً » (٢) مع قوله تعالى : « فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع (٣) » فإن الآية الأولى محكم فى حرمة نكاح أزواج النبى عليه السلام لاشتمالها على لفظ «أبدا» المفيد للتأبيد ، والآية الثانية ظاهر فى إباحة جميع النساء لأنه بعمومه يتناول أزواج النبى عليه السلام ، وقد تعارضتا فيرجح المحكم على الظاهر .

ومن أمثلته أيضاً ما روى أنه عليه السلام قال « ألا إن لحوم الحمر الأهلية حرام إلى يوم القيامة » وقوله لغالب بن فهر : « كل من سمين مالك فإن الرواية الأولى محكم يفيد التحريم . والرواية الثانية ظاهر فى التحليل فيرجح المحكم .

وإلى القول بالتحريم ذهب الجمهور من الصحابة والعلماء إلا ابن عباس فإنه قال ليست بحرام . وروى عن عائشة وعن مالك روايات أنها مكروهة أو حرام أو مباحة. وأما الحديث الذى أخرجه أبو داود عن غالب بن أبجر : أصابتنا سنة فلم يكن فى مالى ماأطعم أهلى إلا سمان خمر فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت : إنك حرمت لحوم الحمر الأهلية وقد أصابتنا سنة فقال : أطعم أهلك من سمين خمرك فإنما حرمتها من جهة جوال القرية « يعنى الجلالة(٤)

---

(١) الاستحاضة : جريان الدم من فرج المرأة فى غير أوان الحيض : وجمهور الفقهاء على أنها تتوضأ لكل صلاة فإذا فرغت من الصلاة انتقض وضوءها . وذهب الحنفية والهادوية الى أنها تتوضأ لوقت كل صلاة وأنها تصلى به الفريضة الحاضرة وما شاءت من النوافل وينقض وضوءها بخروج الوقت . وذهبت المالكية إلى أنه يستحب الوضوء ولا يجب إلا لحدث آخر (سبل السلام ج ١ ص ٩٥) .

(٢) الأحزاب الآية : ٣

(٣) النساء الآية : ٣

(٤) سبل السلام جـ ٤ ص ١١٤

ومن تعارض المحكم مع النص :

قوله تعالى « وأحل لكم ماوراء ذلكم» (١) فإنه نص فى إباحة ماعدا المحرمات المذكورات قبله . فشمل حل زوجات الرسول عليه السلام بعد وفاته لغيره . وقد تعارض مع قوله تعالى « وما كان لكم أن تؤذوا رسول الله ولا أن تنكحوا أزواجه من بعده أبدا » (٢) لأنه يفيد تحريم الزواج بإحدى زوجاته صلى الله عليه وسلم بعد وفاته . وهو محكم لمكان تأبيده ولا يحتمل النسخ ولا الإبطال فيكون راجحاً على الأول ومقدما عليه(٣).

ومما مثلوا به لتعارض المفسر مع المحكم :

قوله تعالى: وأشهدوا ذوى عدل منكم » (٤) فإنه مفسر يقتضى قبول شهادة المحدودين فى القذف بعد التوبة لأنها صارا عدلين حينئذ ، وقد تعارض مع قوله تعالى « ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً » (٥) وهو محكم يقتضى عدم قبول شهادة المحدودين فى القذف لوجود التأبيد فيه صريحاً . وعند التعارض يقدم المحكم .

والبعض لا يسلم كون الآية الأولى مفسراً . لأن المفسر فى حقيقته مالا يحتمل شيئاً إلا النسخ أما قوله تعالى « وأشهدوا ذوى عدل منكم » فالأمر فيه يحتمل الإيجاب ويحتمل الندب . ثم هو بإطلاقه أيضاً يتناول الأعمى والعبد وليسا بمرادين إجماعاً فلا يسمى لهذا الاحتمال مفسراً .

وأيضاً لا يلزم من صحة الإشهاد قبول الشهادة ، فإن إشهاد العميان والمحدودين فى القذف فى عقد النكاح صحيح ، وينعقد بشهادتهم إذا أشهدوا

---

(١) النساء الآية : ٢٤ .

(٢) الأحزاب الآية : ٣

(٣) كشف الأسرار شرح المنار ج ١ ص ٤٥

(٤) الطلاق الآية : ٢

(٥) النور الآية : ٤

(عند الحنفية) ومع هذا لا يقبل شهادتهم اذا أدوها . فكان هذا هو الفرق بين شهاده التحمل والاداء (١) .

والذى عليه جمهور الفقهاء قبول الشهادة المحدود فى قذف بعد التوبة لأن التوبة ترفع الفسق ورد الشهادة . ولأن ارتفاع الفسق بها مع رد الشهادة أمر غير مناسب فى الشرع وخارج عن الأصول لأن الفسق متى ارتفع قبلت الشهادة (٢) .

المبحث الثاني

الترجيح بقوة الدلالة :

تنقسم دلالات اللفظ على معناه الى أربع دلالات ، لأنه قد يدل بعبارته، وقد تدل بإشارته وقد يدل بدلالته ، وقد تكون دلالة باقتضائه وفى كل من هذه الدلالات يفيد الحكم على سبيل القطع ما لم توجدقرينة تصرفه عن ذلك إلى الظن من تخصيص أو تأويل .

وذلك : لأن كلا من العبارة والاشارة يثبت المعنى فيها بنفس اللفظ ، أما فى الدلالة فالحكم الثابت بها يضاف إلى علة مفهومة من اللغة ، ومن تلك الجهة كان الحكم الذى يثبت بها أقوى من الحكم الذى يثبت العلة فيه بالرأى والاجتهاد ، وما يثبت باللغة أقوى مما يثبت بالرأى، ولذا ترجح الدلالة على القياس. دلالة الاقتضاء الثابت بها أمر ضرورى دعت إليه ضرورة صدق الكلام وصحة معناه . فعند تعارضها مع الدلالة تقدم عليها .

ثم إن الدلالات الأربع ليست كلها فى قوة واحدة، بل هى متفاوتة، ومن هنا كان الذى يتبع عند وجود تعارض بينها تقديم الأقوى فلهذا كانت النتائج الآتية :

---

(١) مسلم الثبوت ج ٢ ص ٤١٢

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٣٤ يقول القرطبى : وأما شهادة القاذف فلا تقبل ألبتة ولو تاب وأكذب نفسه ولا يحال من الأحوال عند شريح والنخعى وأبى حنيفة وقال الجمهور الاستثناء عامل فى رد الشهادة فإذا تاب قبلت شهادته وإنما كان ردها لعلة الفسق فإذا زال بالتوبة قبلت شهادته مطلقاً قبل الحد وبعده وهو قول عامة الفقهاء : راجع تفسير القرطبى ج ١٢ ص ١٧٩

(ا) ترجح عبارة النص على إشارته:

وذلك لأن الثابت بالعبارة مقصود بسوق الكلام ، أما الثابت بالإشارة فليس مقصوداً بالسوق . لأن عبارة النص دلالة الكلام على المعنى المقصود منه أصالة أو تبعاً . وإشارة النص : دلالة الكلام على المعنى الذى لم يقصد أصالة ولا تبعاً لكنه لازم للمعنى الذى سيق له الكلام فهى دلالة على معنى التزامى .

ومن أمثلة ذلك : قوله عليه السلام فى حق النساء « إنهن ناقصات عقل ودين ، قلن : ومانقصان عقلنا ودیننا ؟ قال عليه السلام : أليس شهادة النساء نصف شهادة الرجال ؟ قلن بلى . قال عليه السلام فذلك من نقصان عقلها — ثم قال — تقعد إحداهن شطر دهرها فى قعر بيتها لا تصوم ولا تصلى قلن بلى ، قال عليه السلام فذلك من نقصان دينها » (١) فالحديث مسوق لنقصان دين النساء أفاد ذلك بعبارته . ويفيد بإشارته أن أكثر مدة الحيض خمسة عشر يوماً — وإلى ذلك ذهب الشافعى (٢) لأن لفظ الشطر موضوع للنصف فى أصل اللغة .

وقد تعارض هذا مع ما روى الدارقطنى عن أبى أمامة الباهلى(٣) :

« أقل الحيض للجارية البكر والثيب ثلاثة أيام ولياليهن ، وأكثره عشرة أيام » لأنه يفيد بعبارته أن أكثر مدة الحيض عشرة أيام ، وقد أخذ بذلك الحنفية فترجح الحديث الثانى على الحديث الأول لأن الثانى عبارة والأول إشارة ويمكن أن يدفع التعارض بأن الشطر فى الحديث الأول وإن كان موضوعاً فى أصل اللغة للنصف لكن المراد به فيه البعض .

---

(١) قيل إن الحديث واه لا أصل له . وقال عنه البيهقى لم نجده فى شىء من كتب الحديث ولا يعرف . وقال النووى إنه باطل .

(٢) فقد جاء فى منهاج الطالبين من كتب الشافعية « أقل الحيض يوم وليلة متواليين وأكثره خمسة عشر يوما بلياليها وإن لم يتصل » ج ١ ص ٢١٠ وراجع نهاية المحتاج ج ١ ص ٢٣٨

(٣) هو صدى بن عجلان الباهلى من المكثرين من رواية الحديث . سكن مصر وانتقل منها إلى حمص ومات سنة ٨١ أو سنة ٨٦

ومن الأمثلة على ذلك أيضاً : قوله تعالى « ولا تحسبن الذين قتلوا فى سبيل الله أمواتاً بل أحياء عند ربهم يرزقون » (١) فإنها سيقت لبيان منزلة الشهداء وعلو مكانتهم عند ربهم فدلت بعبارتها على ذلك . وأفادت بإشارتها أنه لا يصلى على الشهداء لأنه تعالى سماهم أحياء . وصلاة الجنازة غير مشروعة على الأحياء — وقد تعارضت مع قوله تعالى « وصل عليهم إن صلاتك سكن لهم (٢) « فإنه يفيد بعبارته إيجاب الصلاة فى حق الأموات على العموم . والشهداء أموات حقيقة (٣) وحكما بدليل قسمة أموالهم التى تركوها وحل تزوج نسائهم بعد العدة وغير ذلك . فتعارضت عبارة هذه الآية مع إشارة تلك فترجح العبارة .

وقد يناقش هذا التمثيل بكون الإشارة ليست بثابتة . من جهة أن المراد من الحياة فى الآية الأولى ليس الحياة التى يمنع جواز الصلاة معها . كما أن العبارة فى الثانية غير ثابتة لأنه لا يمكن أن يكون المراد من الصلاة فيها الدعاء لا صلاة الجنازة . ويكون المعنى تعطف عليهم وترحم بالدعاء لهم عند أخذ الصدقة منهم فإنهم يسكنون إليه وتطمئن قلوبهم بأن الله قد تاب عليهم وقبل منهم . كذا قال المفسرون . وعلى ذلك فلا يظهر تعارض بين الآيتين لعدم دلالة الآيتين على صلاة الجنازة نفياً ولا إثباتاً .

(ب) يترجح الثابت بإشارة النص على الثابت بدلالته :

ذلك لأن الثابت بالإشارة ثابت بالنظم لغة وبلا واسطة .أما الثابت بالدلالة (٤) فثابت بواسطة معنى لازم لمدلول النص . ويعلل بعضهم تقديم الإشارة على الدلالة بأن فى الإشارة يوجد النظم والمعنى اللغوى . وفى الدلالة

---

(١) آل عمران الآية : ١٧٩

(٢) التوبة الآية : ١٠٣

(٣) الشهيد من قتل ظلماً سواء قتل فى حرب أو قتله باغ أو حربى أو قاطع طريق أو لص ولو كان قتله بسبب غير مباشر . ويخصه الحنابلة والمالكية بمن مات بسبب قتال كفار حين القتال ولو كان غير مكلف رجلا كان أو امرأة .

(٤) دلالة النص عند الحنفية دلالة الكلام على ثبوت حكم المنصوص عليه للمسكوت عنه بواسطة علة الحكم التى يمكن فهمها بمجرد فهم اللغة من غير حاجة إلى الاجتهاد والرأى .

لم يوجد إلا المعنى اللغوى فتقابل المعنيان اللغويان وبقى النظم سالماً عن المعارضة فى الإشارة فترجحت — وقد علق على ذلك صاحب مسلم الثبوت بقوله « وماقالوا : إن بين المعنيين تعارضاً وبقى النظم سالماً ممنوع . بل المعنى المقصود لا يعارضه شيء فيضمحل عنده فلم يتساقطا . ولم يبق النظم سالماً (١).

ومن أمثلته قوله تعالى « ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة» (٢) ، وقوله تعالى « ومن يقتل مؤمنا متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها » (٣) ، فقد تعارضت الآيتان لأن الأولى أوجبت على القاتل خطأ الكفارة بعبارتها ومن المقرر أن الخاطىء أدنى حالا من العامد فلهذا تجب الكفارة على القاتل العامد من باب أولى . أما الآية الثانية فقد دلت بإشارتها على عدم الكفارة على العامد لأن الجزاء اسم للكامل ، وهو كل ما ذكر فعلم أنه لا جزاء على العامد سوى جهنم فلدفع هذا التعارض تقدم دلالة الإشارة على الدلالة ، ومن هنا لم يوجب الحنفية الكفارة على من قتل عمداً .

أما الشافعية (٤) والمالكية فأوجبوا الكفارة فى القتل العمد استناداً إلى أن الكفارة لما وجبت فى القتل الخطأ بالنص وهو قوله تعالى « ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة » تجب فى قتل العمد بدلالة النص ، لأن وجوب الكفارة باعتبار القتل دون صفة القتل الخطأ ، لأن الخطأ عذر مسقط لحقوق الله تعالى ، فلما وجبت الكفارة مع قيام العذر تجب بدونه أولى (٥)

---

(١) مسلم الثبوت ج ١ ص ٤١٣

(٢) النساء الآية : ٩٢

(٣) النساء الآية : ٩٣

(٤) كشف الأسرار شرح المنار ج ٢ ص ٢٥٤

وانظر تفسير القرطبى ج ٥ ص ٣٣١ وللشافعية ما جاء فى منهاج الطالبين من كتبهم ج ٤ ص ١٧٠ « تجب بالقتل عمداً أو شبه عمد أو خطأ كفارة لقوله تعالى « ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة الآية » وغير الخطأ أولى .

(٥) كشف الأسرار البزدوى ج ٢ ص ٥٤٠

(ج) يترجح الثابت بدلالة النص على الثابت باقتضائه (١)

فإذا تعارضا تقدم الدلالة ، لأن الثابت باقتضاء النص ثبت ضرورياً للحاجة إلى اثباته فكان ثابتاً من وجه دون وجه ، أما الثابت بدلالة النص فثابت بمعنى اللغة فكان ثابتاً من كل وجه ، ثم هو أيضاً ثابت بالنظم كما تقدم والمقتضى ليس من موجبات الكلام لغة .

ومما مثلوا به لذلك : ماروى الترمذى عن أسماء بنت أبى بكر الصديق أن امرأة سألت النبى صلى الله عليه وسلم عن الثوب يصيبه الدم من الحيضة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم حتيه ثم اقرضه بالماء ثم رشيه وصلى » (٢) فقد دل الحديث باقتضائه على أنه لا يجوز غسل النجس بغير الماء من المائعات لأنه عليه السلام لما أوجب الغسل بالماء اقتضت صحته أن لا يجوز الغسل بغيره إلا أن الحديث نفسه دل بدلالة نصه على جواز غسل النجس بالمائعات ، وذلك لأن المعنى المأخوذ منه الذى يعرفه كل أحد هو التطهير ، وذلك يحصل بكل من الماء والمائعات (ولهذا كان من يلقى فى الماء ثوبا نجسا لا يؤاخذ بكونه جعل الماء مستعملا) لأن المقصود وهو إزالة النجاسة حاصل على كل حال فترجح الدلالة على الاقتضاء .

ومن أمثلتهم التى يوردونها فى الفروع لتعارض الدلالتين :

ما إذا باع شخص من آخر عبداً بألفى درهم فأعتقه . قالوا لا يجوز له البيع لأن دلالة النص الذى ورد فى حق زيد بن أرقم بفساد شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن توجب عدم الجواز . فى حين أن دلالة الاقتضاء تدل على جواز البيع . لكنهم رجحوا دلالة النص فلم يجيزوا ذلك تقديماً للأقوى دلالة .

---

(١) يرى الآمدى أن دلالة الاقتضاء أولى لترجحها بقصد المتكلم . ولأنه وقع الاتفاق عليها وحدث الاختلاف فى مقابلها ولأن ما يعترض دلالة الاقتضاء من المبطلات أقل مما يعترض المفهوم (الإحكام فى أصول الأحكام ج ٤ ص ٣٤٣) .

(٢) الحت الفرك . والقرض : الدلك بأطراف الأصابع والأظفار مع صب الماء عليه حتى يذهب الأثر . الرش : صب الماء عليه .

ولكنى لا أسلم أن يكون فى المثال السابق معارضة بين الدلالتين . لأن شروطها تساوى الحجتين ولا تساوى . ولأن المقتضى الذى قام المقتضى به كلام الآمر ، أما دلالة النص فثابتة بالسنة فأنى يتعارضان ؟ وأيضا عدم الجواز الذى ذكر فى حكم المسألة — إن ثبت — ليس لترجح الدلالة على المقتضى . فإنهما لو صرحا بالبيع بأن قال المشترى : بعت هذا العبد منك بألف . وقال البائع : قبلت لا يجوز لأن موجب ذلك النص عدم الجواز من غير معارضة نص إياه فلا يكون هذا التمثيل صحيحاً .

المبحث الثالث

الترجيح بكثرة الأدلة

إذا كان فى أحد الجانبين دليل واحد كحديث أو قياس وفى الجانب الآخر دليلان أو أكثر كحديثين أو قياسين . فقد اختلف فى ترجيح الجانب الثانى على الأول بكثرة أدلته أولا .

فذهب البعض من الحنفية والشافعية إلى أنه قد يرجح بذلك . قال الأسنوى : مذهب الشافعى كما قال الإمام وغيره ، أنه يجوز الترجيح بكثرة الأدلة ، وقال فى جمع الجوامع ، والأصح الترجيح بكثرة الأدلة والرواة (١) .

وذهب أبو حنيفة وصاحبه أبو يوسف الى أنه لا ترجيح بكثرة الأدلة ولا بكثرة الرواة ما لم تبلغ حد الشهرة . نقل ذلك صدر الشريعة فقال فى التوضيح : يرجح بكثرة الدليل عند البعض لا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وأبى يوسف » (٢) إلا أن شارح كشف الأسرار يقول : ونقل عن بعض الحنفية أن أحد النصين المتعارضين وإن كان لا يترجح بنص آخر(٣) .

---

(١) نهاية السول ج ٤ ص ٤٨١

(٢) التوضيح ج ٢ ص ١١٥

(٣) كشف الأسرار البزدوى ج ٤ ص ١١٩٩

لكنه يترجح بالقياس لأن القياس غير معتبر فى مقابلة النص فكان بمنزلة الوصف للنص ، الذى يوافقه وتابعاً فيصلح مرجحاً ، ولم يرتض ذلك شمس الأئمة من الحنفية فقال : لأن أحد الخبرين لا يترجح بالقياس وينبغى أن يكون هذا أصح لأن القياس من جنس ما يصلح حجة بنفسه حالة الانفراد وإن لم يبق حجة مع النص ، كالشاهد الثالث لا يصلح مرجحاً لاحدى البينتين لأنه من جنس ما يصلح حجة بنفسه بطريق الأصالة وان لم يكن حجة فى هذا الموضوع .

والذى يظهر لى أن ترجيح ما يوافق القياس من النصين على مايخالفه مهما ليس من باب الترجيح بكثرة الأدلة عند من يقبل الترجيح بها ، ويعده مذهباً له ، لأن القياس غير معتبر اتفاقا فى مقابلة النص . فليس القياس حينئذ دليلا ، غاية الأمر أنه وصف لذلك النص ، فترجيحه به إنما هو بهذا الاعتبار ، فرجح إلى كون النص الموافق للقياس صار راجحاً بكونه معللا .

هذا ويمكن رد الخلاف فى قبول الترجيح بكثرة الأدلة وعدمه الى اختلافهم فى حقيقة الترجيح . فالشافعية لما عرف بعضهم الترجيح بأنه اقتران الأمارة بما تقوى به على معارضها بناء على أن المراد به الرجحان ، وعرفه البعض الآخر بأنه تقوية أحد الأمارتين ليعمل بها بناء على أنه فعل أجازوا الترجيح بكثرة الأدلة .

أما الحنفية فلما قالوا فى تعريف الترجيح : إنه إظهار الزيادة لأحد المتماثلين على الآخر بما لا يستقل ، أو أنه فضل لأحد المتماثلين على الآخر لم يجوزوا الترجيح لأحد الحكمين المتعارضين بكثرة الأدلة على الآخر نظراً لاستقلال كل بثبوت المطلوب به فلا ينضم إلى الآخر ولا يتحد معه ليفيد تقويته لأن الشيء إنما يتقوى بصفة توجد فى ذاته لا بانضمام مثله اليه كما فى المحسوسات ، وإنما كان ذلك لأن وصف لا قوام له بنفسه فلا يوجد إلا تبعاً لغيره . وبذلك يكون كل واحد من الأدلة معارضاً للدليل الذى يوجب الحكم على خلافه فيتساقط الكل بالتعارض ويستدل القائلون بالترجيح

بكثرة الأدلة بأن الدليل الواحد لا يقاوم إلا دليلا واحد من جنسه فيتساقطان بالتعارض فيبقى الدليل الباقى سالماً عن المعارضة فيصح الاحتجاج به . وبأن المقصود من الترجيح قوة الظن الصادر عن إحدى الأمارتين المتعارضتين ، وقد حصلت قوة الظن فى الدليل الذى عاضده دليل مثله فى اثبات الحكم فيترجح على الآخر ، ولهذا كانت العلة المنتزعة من أصول تترجح على المنتزعة من أصل واحد لتقويتها بكثرة أصولها ، وبأن كل واحد من الدليلين المتعارضين يفيد ظناً غير الظن الحاصل من الآخر ، والظنان أقوى من الظن الواحد والعمل بالأقوى واجب لكونه أقرب إلى القطع (١) .

وعندى أن هذا الاستدلال الأخير واضح الضعف . لأن قوة الظن التى يقولون بها لا تسلم لهم ، لأنه لو اجتمع أقيسة كثيرة وعارضها خبر واحد من أخبار الآحاد كان ذلك الخبر راجحاً ، كما لو كان القياس واحداً ، فلو كان للكثرة أثر فى قوة الظن لترجحت الأقيسة المتكثرة بتعاضدها على الحديث الواحد كما أن العلة المنتزعة من أصول إنما ترجحت باعتبار أن شهادة الأصول بصحتها جعلتها تقوى بنفسها ، ولا كذلك العلة المنتزعة من أصل واحد .

ومن جهة أخرى : فإن الترجيح لا يقع بما يصلح دليلا بانفراده . ولهذا كان القياس لا يترجح بقياس آخر — كما سيأتى — إنما يترجح بقوة الأثر فيه . ويتأكد بما هو الركن فى القياس ، وكذلك الحديث لا يترجح بحديث آخر — كما سيأتى — إنما يترجح القياس على آخر بالنص لأن النص متى شهد لصحة القياس صارت العبرة للنص ، وسقط القياس لأن النص أقوى منه . — وأيضاً كان الحديث المشهور عند الحنفية أولى من حديث الآحاد لكون الحجة هى الخبر المنقول عن النبى صلى الله عليه و سلم ، والاشتهار يوجب قوة ثبوت فى النقل الذى يثبت عنه عليه السلام ، ويصير حجة ويصير وصفاً ، ولهذا يقال خبر مشهور مثلا وتلحق به الصفة التى هى الشهرة ..

---

(١) كشف الأسرار البزدوى ج ٤ ص ١١٩٩

ودعوى كون كثرة الاجتهاد تفضى الى اليقين ، وكثرة الرواة تنتهى بالتواتر إلى القطع غير مسلمة لوجود الفرق بينهما لأن القطع الحاصل بالإجماع فى الاجتهاد أمر تعبدى يحصل دفعة ، لا أنه يتدرج : بأن يحصل ظن ضعيف ثم يتقوى بانضمام الآخر حتى ينتهى الى اليقين أما كثرة الرواة فليست كذلك فإن الظن فيه يتقوى بالانضمام وينتهى بالتواتر إلى اليقين (١) .

فكان الراجح ما ذهب اليه القائلون بعدم الترجيح بكثرة الأدلة ، ومما يؤيد ذلك الأمور الآتية :

١ ــ وقوع الاتفاق على عدم الترجيح بكثرة العدد فى الشهادة . فإن أحد المدعيين إذا أقام شاهدين والآخر أربعة لايترجح شهادة الأربعة على شهادة الإثنين ، لأن شهادة الإثنين علة تامة للحكم فلا تصلح مرجحة للحجة . وكذلك لو أقام المدعى ثلاثة شهود على دعواه لان فيه زيادة شاهد واحد من جنس ما يقوم به الحجة بطريق الأصالة فلا يقع بها الترجيح ، فإن الذى يشهد بهلال رمضان وحده وفى السماء غيم تكون شهادته حجة حتى يجب على القاضى أن يأمر المسلمين بالصوم بناء على تلك الشهادة وهذا ــ عند الحنفية ــ بخلاف ما لو أقام أحد المدعين شاهدين مستورين والآخر شاهدين عدلين فإنه يترجح شهادة العدلين لظهور ما يؤكد معنى الصدق فى شهادتهما .

٢ ــ أن أكثر الصحابة ــ عدا ابن مسعود ــ لم يرجحوا عصوبة ابن العم الذى هو أخ لأم (٢) على ابن العم الذى ليس كذلك . مع أن ابن العم

---

(١) مسلم الثبوت ج ٢ ص ٢١١ .

(٢) وصورة ذلك أخوان لكل واحد منهما ابن فمات أحد الأخوين فتزوج الأخ الباقى زوجته فولدت له ابنا فهذا الابن المولود حديثاً والابن الذى كان له من قبل ابنا عم لابن المتوفى أحدهما أخوه لأمه ، فلو أن ابن المتوفى مات وترك ابنى عمه هذين لا غير كان الذى هو أخوه لأم السدس بالفرضية والباقى بينهما بالعصوبة .

الذى هو أخ لأم اجتمع فيه سببان للميراث الأخوة والعمومة . فيستحق بكل واحد منهما (١) ، ولا يصير أحدهما تبعاً للآخرين فلا تصلح الأخوة مرجحة للعمومة بل هى علة بانفرادها لأن الترجيح إنما يكون بما يصلح علة بانفراده وههنا الأخوة علة صالحة للاستحقاق . كما أنها ليست من جنسها حتى تصلح وصفاً للعمومة بل هى أقرب منها .

ويذهب عبد ابن مسعود إلى أن ابن العم الذى هو أخ لأم يحرز المال لأنه اجتمع للميت عصبتان استوتا فى قرابة الأب ، وانفردت احداهما بقرابة الأم فترجح على الأخرى كأخوين لأب أحدهما أخ لأم . ودليلة على ماذهب إليه أن العلة ترجح بزيادة من جنسها إذا كانت الزيادة لاتصلح علة بنفسها لو انفردت — كما سبق بيانه — والزيادة ههنا وهى الأخوة لأم من جنس العمومة لأنها قرابة كالعمومة . ولو انفردت لم تصلح علة للتعصيب فتصلح مرجحة لقرابة العصوبة كما فى الأخوين لأب أحدهما أخ لأم .

ولا نسلم ذلك لابن مسعود : لأن الأخوين لأب أحدهما أخ لأم إنما ترجح أحدهما بقرابة الأم لأن السبب فيهما واحد وهو الأخوة . والأخوة لأم فى معنى زيادة وصف فى الأخوة لأب ولهذا كان الأخ لأب . وأم عند انفراده لايستحق بالفرضية شيئاً . وإنما يستحق بالعصوبة ، ومعنى هذا أن قرابة الأم فيه لم تصلح سبباً للاستحقاق . وإذا لم تصلح علة والمنزل واحد وهو الأخوة صلحت مرجحة (٢) .

وفى الأخوين لأم أحدهما أخ لأب لا يترجح الأخ الشقيق على الأخ لأم بل يرث الأخ لأم فرضاً ، والأخ الشقيق بالعصوبة مع أن المنزل واحد وهو قرابة الأخوة لسببين .

١ — أن قرابة الأب أقوى من قرابة الأم فلا تصلح تبعاً لقرابة الأم بوجه .

---

(١) فإذا كان معه زوجة مثلا تأخذ الزوجة الربع فرضاً ويأخذ الأخ السدس فرضاً وله الباقى تعصيباً باعتباره ابن عم (أحكام المواريث ص ٩٤ للأستاذ عيسوى أحمد عيسوى) .

(٢) كشف الأسرار البزدوى ج ٤ ص ١٢٠٠ .

٢ ــ أن استحقاق الأخ لأم بالفرض ، واستحقاق الآخر بالعصوبة لم يجعل بينهما مزاحمة لاختلاف الحكم فلم يحتج إلى الترجيح .

ومما يشهد لعدم الترجيح بكثرة الأدلة أنهم لم يرجحوا بكثرة العلل والأسباب فى الحوادث الحسية الخارجية وقد ظهر فيما يأتى :

(ا) أن من جرح جراحات كبيرة من شخص . وجرح جراحة واحدة من شخص آخر ثم مات المجروح من جميع الجراحات دون أن تندمل واحدة منها وجب على الجارحين الدية نصفين ولا يترجح صاحب الجراحات الكثيرة حتى يجعل وحده قاتلا دون صاحب الجراحة الواحدة . لأن كل جراحة تصلح علة معارضة بنفسها . فلم تصلح وصفاً يقع به الترجيح ، ولما سقط الترجيح كان المعتبر عدد الجناة لا عدد الجنايات لأن الانسان قد يموت من جراحة واحدة ، وقد لا يموت من جراحات كثيرة فلا يعتبر العدد فى الجراحات . وتعتبر الجراحات الحاصلة من الواحد بمنزلة جراحة واحدة . ولذا لو انفرد صاحب الجراحات كانت عليه وحده دية واحدة ولو انفرد صاحب الجراحة الواحدة تكون عليه دية كاملة فعلم أن المعتبر عدد الجانى لا عدد الجنايات .

(ب) أن صاحب القليل يتساوى فى استحقاق الشفعة فى الجزء الشائع المبيع مع صاحب الكثير وبيان ذلك : أنه إذا كانت دار بين ثلاثة لأحدهم نصفها وللآخر ثلثها ، وللثالث سدسها فباع صاحب النصف نصيبه وطلب الآخران الشفعة لم يترجح صاحب الثلث على الآخر فى استحقاق الشفعة بقدر نصيبه الزائد عن الآخر . بل يقسم قسمة تناسبية بنسبة حصصهم بعضها إلى بعض ــ عند غير الحنفية ــ لأن استحقاقهم للشفعة حق من حقوق ملكهم . وكأنه ثمرة من ثمراته فيتقدر بقدره

عند التزاحم فيها ، ويستحقونها على حسب ما يملكون من أصلها . كما يستحق الشركاء ثمرة ملكهم المشترك على حسب حصصهم فيـــه .

وقال الحنفية يقضى بالمبيع بين الباقين انصافاً ، ويقسم بينهم على حسب رءوسهم فلا يزاد شريك على آخر ، وان كان يملك أكثر من شريكه ، لأن أهل المرتبة الواحدة تساووا فى استحقاق أخذ المبيع ، بدليل أن كلا منهم يأخذه كله عند انفراده فجميعه من حقه ، فإذا تعددوا وتعارضوا اقتسموه بينهم على السواء لاستوائهم جميعاً فى استحقاقه ــ ولأن كل جزء مملوك علة صالحة لاستحقاق حملة المبيع بالشفعة ، ولا رجحان لصاحب الكثير على صاحب القليل ، فقامت المعارضة لصاحب الكثير مع صاحب القليل بكل جزء مما فى يده وإن قل فلم يصلح شىء من السهم الذى فى يده وصفاً لغير ذلك الشىء وهو باقى السهم فلا يقع الترجيح به اذ لم يوجد فى جانب الكثير الا كثرة العلة وهى غير صالحة للترجيح .

وبالنظر فى كلا الرأيين نجد أنه يوجد اتفاق بينهما على عدم الترجيح بكثرة الأسباب حيث أنه لم يقل أحد منهما بأن صاحب الكثير يستحق كل المبيع ، فلو كانت الكثرة مرجحة لصاحب الكثير لحكم بحرمان صاحب القليل لكنهما أثبتا له حقاً (١) فى المبيع على كل حال .

المبحث الرابع

الترجيح بقطعية أحد الدليلين :

ويظهر ذلك فى تعارض العام والخاص . فإذا اختلف حكم العام مع الأخص منه فدل أحدهما على حكم يخالف مادل عليه الآخر . فالجمهور من العلماء يخصصون العام بالأخص منه ، ويعملون بالأخص فيما دل عليه ويعملون بالأعم فيما وراء ذلك .

---

(١) راجع التوضيح والتلويح ج ٢ ص ١١٧ ، وكشف الأسرار البزدوى ج ٤ ص ١٢٠٠ ومختصر أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف ص ٤٤ فى بحث الشفعة .

أما الحنفية فيحكمون بالتعارض حينئذ بين الدليلين فى القدر الذى دل عليه الأخص لتساويهما فى الدلالة . ولا يترجح الخاص على العام عندهم .

وينبنى هذا الخلاف على أن دلالة العام عند الحنفية على كل أفراده قطعية الدلالة كالخاص فهو يعارضه وينسخه إن تأخر عنه فإن كان موصولا به يخصصه — وعند غير الحنفية دلالة العام ظنية بخلاف الخاص فإن دلالته قطعية ، فيكون الخاص مخصصاً للعام مطلقاً إلا إذا تأخر الخاص عن وقت العمل بالعام فإن الخاص حينئذ يكون ناسخاً للعام بالنسبة لما تعارضا فيه . فمذهبهم أن العام يوجب الحكم لا على سبيل اليقين فهو ظنى بمنزلة القياس وخبر الواحد . أما الخاص فموجبه قطعى (١) .

والحنفية : يرون أن العام الذى لم يدخله تخصيص دلالته تكون قطعية. وكذا إذا قصر على بعض أفراده بغير مستقل كالوصف والاستثناء ، أو قصر على بعض أفراده بالعقل أما إذا قصر بمستقل متراخ فإن دلالته بعد تكون فى الباقى ظنية .

فلهذا حكموا بالتعارض قائلين أن الأخص اذا جاء بعد الأعم من غير تراخ كان مخصصاً له ومبيناً . وان كان متراخياً عنه فهو ناسخ للأعم فيما دل عليه الأخص . فإن لم يعلم ذلك يعمل بالراجح منهما . فإن لم يرجح أحدهما الآخر تساقطا فلا يعمل بواحد منهما فيما دل عليه الأخص .

يقول صدر الشريعة : فإن لم يعلم التاريخ حمل على المقارنة . وإذا حمل على المقارنة يثبت حكم التعارض فى القدر الذى تناوله الخاص والعام جميعا لا فى القدر الذى تفرد العام بتناوله . فإن حكمه ثابت بلا معارض (٢) .

أما غير الحنفية فقالوا إن تأخر الخاص عن العمل بالعام المعارض وتأخر عن وقته نسخ الخاص العام بالنسبة لما تعارضا فيه — وإن تأخر الخاص عن

---

(١) راجع علم أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف الطبعة السادسة ص ٢١٥ ، ٢٢٥

(٢) التوضيح ج ١ ص ٤١

الخطاب بالعام دون العمل أو تأخر الخاص مطلقاً سواء كان عن الخطاب أو العمل أو تقارنا بأن عقب أحدهما الآخر ، أو جهل تاريخهما خصص الخاص العام .

ومن أمثلة ذلك :

(ا) ماروى عن سالم بن عبد الله عن أبيه رضى الله عنهما عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : فيما سقت السماء والعيون أو كان عثريا العشر ، وفيما سقى بالنضح نصف العشر « رواه البخارى ولأبى داود إذا كان بعلا العشر وفيما سقى بالسوانى أو النضح نصف العشر » (١) .

وماروى عن ابى سعيد رضى الله عنه : ليس فيما دون خمسة أو ساق من ثمر ولاحب صدقة » وأصل حديث أبى سعيد متفق عليه » (٢) .

فالحديث الأول عام يدل على وجوب الصدقة فى القليل والكثير وفى كل ما أخرجت الأرض ، والحديث الثانى أخص منه دال على عدم وجوبها فيما دون خمسة أوساق . وقد ذهب الجمهور — الى أن حديث الأوساق مخصص لحديث سالم وأنه لازكاة فيما دون خمسة أوساق ، وذهب أبوحنيفة وزيد ابن على الى أن حديث سالم غير مخصص فيعمل بعمومه ، وتجب الزكاة

---

(١) راجع سبل السلام جـ ٢ ص ٢١٧ ، ٢١٨ وصحيح البخارى جـ ٢ ص ١٥٥ — المراد بما سقت السماء المطر والثلج والبرد — وبالعيون : الأنهار الجارية التى يسقى منها بإساحة الماء من غير اغتراف له . والعثرى بفتح العين والثاء وكسر الراء وتشديد الياء المكسورة الذى يشرب بعروقه لأنه عثر على الماء وذلك حيث كان قريبا من وجه الأرض فيغرس عليه فيصل الماء الى العروق من غير سقى . وفيه أقوال أخر ماذكر أقربها — والنضح بفتح النون وسكون الضاء السانية من الإبل والبقر وغيرها من الرجال . والسانية ما يستقى به الماء — والبعل — كل نخل وشجر وزرع لا يسقى . أو ما سقته السماء وهو النخل الذى يشرب بعروقه .

(٢) سبل السلام جـ ٢ ص ٢١٦ . الأوساق جمع وسق بفتح الواو وكسرها . والوسق ستون صاعاً والصاع أربعة أمداد قال الداودى معيار المد أربع حفنات بكفى الرجل الذى ليس بعظيم الكفين ولا صغيرهما ونص حديث البخارى : « ليس فيما أقل من خمسة أوسق صدقة » صحيح البخارى جـ ٢ ص ١٥٦

فى قليل ما أخرجت الأرض وكثيرة . وذلك لأن الأثران فى قوة واحدة ولم يعلم اقترانهما فهما لذلك متعارضان . فيرجح الأعم وهو الحديث الأول لأنه اشهر من الثانى ولأن الاحتياط فى وجوب الزكاة فى كل ما خرج من الأرض قليلا كان أو كثيراً تبرئة للذمة ، وذلك من أوجه الترجيح . كما أن العمل به فيه مصلحة للمساكين وذلك أيضاً وجه آخر للترجيح فلهذا يعمل بالأعم .

قال الجمهور : ان حديث الأوساق حديث صحيح ورد لبيان القدر الذى تجب فيه الزكاة أما بيان ما يجب فيه فموكول الى حديث الأوساق . فكان قوله فيما سقت السماء العشر مراداً به بيان الجنس وإيراد حديث « ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة » لدفع ما يتوهم من عموم « فيما سقت السماء » فإذا تعارض العام والخاص كان العمل بالخاص عند جهل التاريخ عندهم فكذا هنا .

قال ابن رشد فى بداية المجتهد : ولكن حمل الجمهور عندى الخصوص على العموم هو من باب ترجيح الخصوص على العموم فى الجزء الذى تعارضا فيه . فإن العموم فيه ظاهر . والخصوص فيه نص فتأمل هذه فإنه السبب الذى صير الجمهور إلى أن يقولوا بنى العام على الخاص ، وعلى الحقيقة ليس بنيانا ، فإن التعارض بينهما موجود إلا أن يكون الخصوص متصلا بالعموم فيكون استثناء . واحتجاج أبى حنيفة فى النصاب بهذا العموم فيه ضعف فإن الحديث إنما خرج مخرج تبيين القدر » (١) .

(ب) ماروى مالك فى الموطأ أخبرنا ابن عيينه عن الزهرى عن سالم عن أبيه عن زيد بن ثابت أن النبى رخص فى العرايا . وماروى أيضا أخبرنا مالك عن نافع عن ابن عمر عن زيد ابن ثابت أن رسول الله رخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها » (٢) .

---

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ١ ص ٢٥٧

(٢) الموطأ ج ٢ ص ١٢٥ ، وراجع سبل السلام ج ٣ ص ٦٥ وصحيح البخارى ج١ ص٩٩

وروى عن محمود بن لبيد أنه قال لرجل من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أما زيد بن ثابت وأما غيره : ماعراياكم هذه ؟ قال : فسمى رجالا محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الرطب أتى وليس بأيديهم نقد يبتاعون به الرطب فيأكلون مع الناس ، وعندهم فضل من قوتهم من التمر فرخص لهم أن يبتاعون العرايا بخرصها من التمر الذى بأيديهم يأكلونها رطباً .

وروى سعد بن أبي وقاص رضى الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسأل عن اشتراء الرطب بالتمر فقال : أينقص الرطب إذا يبس ؟ قالوا : نعم ، فنهى عن ذلك » «رواه الخمسة وصححه ابن المدينى والترمذى وابن حبان والحاكم » (١) .

وإزاء هذه الرويات اختلف الفقهاء فى بيع العرية (٢) هذه . فالأئمة الثلاثة أجازوها مخصصين عموم النهى الوارد فى رواية سعد بن أبى وقاص بأحاديث الرخصة . فأجازها مالك على الصفة التى ذكرسنتها المشهورة عندهم فى المدينة قالوا : وأصل هذا أن الرجل كان يهب النخلات من حائطة فيشق عليه دخول الموهوب له عليه فأبيح له أن يشتريها بخرصها تمراً عند الجذاذ (٣).

---

(١) سبل السلام ج ٣ ص ٦٤

(٢) العرايا جمع عرية وهى فى اللغة الهبة . واختلف فى تسميتها بذلك فقيل لأنها عريت من الثمن وقيل إنها مأخوذة من عروت الرجل أعروه إذا سألته ومنه قوله تعالى « أطعموا القانع والمعتر » القانع السائل (من القنوع وهو السؤال والتذلل) . والمعتر هو الذى يتعرض لك لتعطيه ولايسأل يقال عره يعره عرا وعراه واعتراه واعتره اذا أتاه طالباً معروفه من غير مسألة .

(٣) الخرص بفتح الخاء مصدر قال فى النهاية خرص النخلة والكرمة يخرصها خرصاً إذا حزر ما عليها من رطب تمرا ومن العنب زبيباً فهو التقدير بظن (معالم السنن ج ٣ ص ٧٩ . وفى صحيح البخارى تفسير العرايا ذلك وقال مالك العرية أن يعرى الرجل النخلة ثم يتأذى بدخوله عليه فرخص له أن يشتريها منه بتمر ج ٢ ص ١٠٠

ولم يجز الحنفية بيع العرايا لأن ما على رءوس النخل تمر فلا يجوز بيعه بالتمر إلا كيلا بكيل عملا بعموم الآثار الدالة على النهى . ولم يخصصوا هذه الآثار بما ورد فى العرايا قائلين إن الآثار الدالة على المنع والآثار الدالة على الترخيص متكافئة من ناحية الدلالة ، ولا يصار إلى التخصيص أو النسخ الا عند التعارض ولا تعارض هنا فإن المراد بالعرايا التى رخص فيها ما يعطيه صاحب الحائط على سبيل العطية والمنحة كما يدل على ذلك معناها الأصلى . وليس فى العرايا مبادلة حقيقية ، وانما المبادلة فيها ظاهرية أو صورية . فإنهم كانوا يهبون لذى الحاجة تمر نخلة أو نخلتين ثم يبدو لهم وقد تضرروا من دخله عليهم — أن يعجلوا له مقدارا من التمر بدل ماوهب له ولم يتملكه لعدم قبضة إياه فكان ذلك أساس وجود المبادلة الصورية وإلا فلا مبادلة (١) .

وذلك المسلك الذى سلكه الحنفية أولى مما سلكه غيرهم من التخصيص فقد جاءت الآثار متواترة بالنهى عن بيع التمر بالتمر . وذلك محل اتفاق .

فالأولى أن تبقى هذه الآثار مع تواترها فى المعنى على عمومها ، وألا يخرج من عمومها شىء إلا عن أثر متفق عليه لم يمكن الجمع بينه وبينها . وقد روى فى العرية مالو أريد لكان الجمع متحققاً . ولاتفقت معانى الآثار ولم تتعارض ، فكان هذا أولى من صرف العرية الى معان تستتبع التضاد بين الآثار والتعارض بينها وجعل بعضها مخصصاً أو ناسخاً للبعض الآخر .

وقد قال ابن رشد : إن قول أبى حنيفة بعدم جواز العرية من باب تغليب القياس على الحديث وذلك أنه خالف الأحاديث فى مواضع منها أنه لم يسمها بيعا ، وقد نص الشارع على تسميتها بيعاً . ومنها أنه جاء فى الحديث أنه نهى عن المزابنة ورخص فى العرايا وعلى مذهبه لا تكون العرية استثناء من المزابنة لأن المزابنة هى البيع . والعجب منه أنه سهل عليه أن يستثنيها من النهى عن الرجوع فى الهبة التى يقع فيها الاستثناء بنص الشرع وعسر

---

(١) كشف الأسرار البزدوى جـ ١ ص ٢٩٨ ، صحيح البخارى جـ ٢ ص ١٠٠

عليه أن يستثنيها مما استثنى منه الشارع وهي المزابنة (١) . ولكن قد قدمنا وجه ترجيح المذهب الحنفي على غيره وبينا أنه أولى بعداً عن التضاد بين الأحاديث.

ونقل الشوكاني أن قول الهادية في رخصة العرايا مختصة بالمحاويج الذين لا يجدون رطبا فيجوز لهم أن يشتروا تمراً ، واحتجوا برواية زيد بن ثابت أنه سمى رجالا محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول الخ . الحديث وقد أجيب عن دعوى اختصاص العرايا بهذه الصورة أما أولا فبالقدح في هذا الحديث فإنه أنكره محمد بن داود الظاهري وقال ابن حزم لم يذكر الشافعي له إسناداً فبطل. وأما ثانياً فعلى تسليم صحته لا منافاة بينه وبين الأحاديث الدالة على أن العرية أعم من الصورة التي اشتمل عليها (٢) .

المبحث الخامس

ترجيح الدليل المثبت على النافي :

يراد بالمثبت : الدليل الذي يثبت أمراً زائداً لم يكن ثابتاً فيما قبل .

ويراد بالنافي : الدليل الذي ينفي الأمر الزائد ويبقيه على الأصل . وعلى ذلك لاعبرة بالمعنى المتبادر من المثبت الذي هو عدم الاشتمال على حرف السلب لأن المعتبر هو المعنى . ومن هنا قالوا : إذا قال المودع مثلا رددت الوديعة كان قوله نفياً للضمان على المودع وإن كان اثباتاً لفظاً . أما إذا قال : ما رددت الوديعة فإنه يكون إثباتاً للضمان بسبب حبس الوديعة عنده في الحال وإن كان نفياً لفظاً .

---

(١) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢١٧ . والمزابنة مأخوذة من الزبن وهو الدفع الشديد كأن كل واحد من المتبايعين يدفع الآخر عن حقه . وفسرها ابن عمر كما رواه مالك ببيع التمر أي رطبا بالتمر كيلا . وبيع العنب بالزبيب كيلا . سبل السلام جـ ٣ ص ٢٧ . وفسرها البخاري بعد روايته للحديث عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « نهى عن المزابنة » فقال : والمزابنة أن يبيع التمر بكيل إن زاد فلي وإن نقص فعلي – صحيح البخاري جـ ٢ ص ٩٦

(٢) نيل الأوطار جـ ٥ ص ٢٠٢

فإذا ورد نصان أحدهما يثبت حكماً والآخر ينفيه(١) . ١ – فإن كان النفى أصليا قال فخر الاسلام يقدم الإثبات على النفى ولا يتعارضان . وقال عيسى بن أبان يتعارضان ويطلب الترجيح من وجه آخر لأن ما يستدل به على صدق الراوى مثلا فى المثبت من العقل والضبط والإسلام والعدالة موجود فى النافى فيتعارضان ولأن المثبت معمول به كالنافى (٢) .

وجه قول فخر الاسلام : أنه لو جعل النافى أولى يلزم تكرر النسخ بتغيير المثبت للنفى الأصلى ثم النافى للإثبات ، وأيضاً المثبت يشتمل على زيادة علم كما فى تعارض الجرح مع التعديل . فإنه يقدم الجرح ولأن المثبت مؤسس والتأسيس خير من التأكيد (٣) .

فمثلا : ورد فى عتق بريرة زوج مغيث (٤) مايفيد أن زوجها حين أعتقت كان عبداً وورد أن زوجها كان حراً . فقد روى القاسم عن عائشة أن بريرة كانت تحت عبد فلما أعتقتها قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم اختارى فإن شئت أن تمكثى تحت هذا العبد وإن شئت أن تفارقيه » رواه أحمد والدارقطنى .

وروى القاسم عن عائشة : أن بريرة خيرها النبى صلى الله عليه وسلم وكان زوجها عبداً « رواه مسلم وأبو داود – وروى عن عروة عن عائشة أن بريرة أعتقت وكان زوجها عبداً فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولوكان حراً لم يخيرها » رواه أحمد ومسلم وأبو داود (٥) .

---

(١) حكى جمع الجوامع فى المسألة أربعة أقوال : ١ – المثبت مقدم على النافى مطلقاً وعلل ذلك باشتماله على زيادة علم فيكون تأسيساً وهو خير من التأكيد ٢ – تقديم النافى مطلقاً وعلل باعتضاده بالأصل لأن الأصل فى كل شىء هو العدم ٣ – يستويان مطلقاً وعلل بمساواة مرجحيهما ٤ – التفصيل بترجيح المثبت فيما عدا الطلاق والعتاق وأما فيهما فيقدم النافى على المثبت لهما وعلل بأن الأصل عدمهما فيكون النافى معضداً بموافقة الأصل (نهاية السول ج ٤ ص ٥٠٤ حاشية بخيت) .

(٢) مسلم الثبوت ج ٢ ص ٢٠٠

(٣) التلويح شرح التوضيح ج ٢ ص ١٠٩

(٤) مغيث بضم فكسر نيل للأوطار ج ٦ ص ١٥٢

(٥) راجع الحديثين فى منتقى الأخبار مع شرحه نيل الأوطار ج ٦ ص ١٥٢

وعن ابراهيم عن الأسود عن عائشة قالت : كان زوج بريرة حرا فلما أعتقت خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم فاختارت نفسها » رواه الخمسة قال البخارى قول الأسود منقطع ثم عائشة عمة القاسم وخالة عروة فروايتهما عنها أولى من رواية أجنبي يسمع من وراء حجاب (١) .

قال الشوكانى : والحاصل أنه قد ثبت من طريق ابن عباس وابن عمر وصفية بنت أبي عبيد أنه كان عبدا ، ولم يرو عنهم مايخالف ذلك . وثبت عن عائشة من طريق القاسم وعروة أنه كان عبدا ومن طريق الأسود أنه كان حراً ورواية اثنين أرجح من رواية واحد على فرض صحة الجمع فكيف إذا كانت رواية الواحد معلولة بالانقطاع كما قال البخارى .

ثم قال : وقال ابن القيم فى الهدى : إن حديث عائشة رواه ثلاثة الأسود وعروة والقاسم فأما الأسود فلم يختلف عنه أنه كان حراً وأما عروة فعنه روايتان صحيحتان متعارضتان إحداهما أنه كان حراً والثانية الشك . ثم قال وعلى فرض صحته فغاية الأمر أن الروايات عن عائشة متعارضة فيرجع إلى رواية غيرها وهى متفقة على الجزم بكونه عبداً ، وهذا ماذهب إليه غير الحنفية من أنه لا يثبت للأمة الخيار إذا اعتقت وكان زوجها حرا لأن علة الفسخ عندما يكون عبداً عدم الكفاءة لأن المرأة إذا صارت حرة وكان زوجها عبداً لم يكن كفؤا ويؤيد ذلك قول عائشة فى حديثها السابق « ولوكان حراً لم يخيرها » .

أما الحنفية فقد قالوا : إن بعض الأخبار أثبت أن زواج بريرة كان عبداً حين عتقها ، وبعضها أثبت أنه كان حراً وعبديته ثابتة بالأصل لأنها تزوجته وهو عبد بدون خلاف فكان الإخبار بحريته أمر عارض فيقدم على النفى . ولهذا قالوا إن الأمة إذا زوجت ثم عتقت ثبت لها الخيار مطلقاً سواء كان زوجها حراً أو عبداً وليس لها الخيار لدفع العار عنها لكونها تحت

---

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ١٥٢ ، ١٥٣

عبد كما قال غيرهم بل السبب حرية الزوجة بعد المملوكية دفعاً لزيادة الملك على نفسها . ولأن الطلاق معتبر بالنساء عند الحنفية لما روى الدارقطنى « طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان » (١) .

٢ ــ فإن كان النفى مما يثبت بالدليل ، ولم يكن أصلياً . كان مثل الإثبات ويتعارضان لأن كليهما خبران عن علم . وحينئذ يطلب الترجيح .

وقد مثلوا له بما ورد فى زواج النبى صلى الله عليه وسلم بميمونة بنت الحارث الهلالية فقد تعارضت فى الروايات فى ذلك .

أخرج البخارى فى الحج عن عطاء بن أبى رباح عن ابن عباس أنه صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو محرم وبنى بها وهو حلال وماتت بسرف » وأخرجه النسائى فى الحج أيضاً عن صفوان بن عمرو الحمصى وأخرجه فى الصوم عن سليمان بن أيوب مرسلا ــ وأخرج الترمذى عن عكرمة عن ابن عباس مثله ــ وأخرجه البخارى(٢) عن جابر بن زيد عن ابن عباس أيضاً .وأبو داود عن حماد بن زيد عن أيوب والترمذى أيضاً من حديث عمرو بن دينار وقال هذا حديث حسن صحيح ورواه البخارى ومسلم والنسائى وابن ماجه كلهم من رواية سفيان عن عمرو بن دينار . وأخرجه ابن حيان فى صحيحه والبيهقى فى سننه من رواية أبى عوانة عن أبى الضحى عن مسروق عن عائشة رواه الطحاوى من رواية كامل أبى العلاء عن أبى صالح عن أبى هريرة .

وروى الترمذى حدثنا قتيبه قال حدثنا حماد بن زيد عن مطر الوراق عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن عن سليمان بن يسار عن أبى رافع قال تزوج رسول الله ميمونة وهو حلال . وماروى مسلم حدثنا أبو بكر بن أبى شيبة

---

(١) أجابوا عنه : بأن فى إسناده عمر بن شبيب وعطية العوفى وهما ضعيفان وقال الدارقطنى والبيهقى الصحيح أنه موقوف نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٤٠

(٢) فى صحيح البخارى جـ ٧ ص ١٦ باب نكاح المحرم حدثنا جابر بن زيد قال أنبأنا ابن عباس رضى الله عنهما تزوج النبى صلى الله عليه وسلم وهو محرم .

قال حدثنا يحيى بن آدم قال حدثنا جرير بن حازم قال حدثنا أبو فزارة « عن يزيد بن الأصم قال حدثتنى ميمونة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوجها وهو حلال » وقال وكانت خالتى وخالة ابن عباس رواه ابن ماجه ورواية أبى داود لفظها « قالت تزوجنى ونحن حالان بسرف ».

وأخرجه الترمذى وفى آخره وبنى بها وهو حلال وماتت بسرف (١) ودفنتها فى الظلة التى بنى بها فيها — وروى أبو رافع أن رسول الله تزوج ميمونة حلالا وبنى بها حلالا وكنت الرسول بينهما (٢) .

وروى مالك فى الموطأ عن سليمان بن يسار بعث « النبى صلى الله عليه وسلم أبا رافع مولاه ورجلا من الأنصار فزوجا ميمونة بنت الحارث ورسول الله صلى الله عليه وسلم بالمدينة قبل أن يخرج » .

فهذه الروايات تعارضت من حيث أن بعضها يفيد نفى الإحرام حين الزواج . وبعضها يثبته . فابن عباس يروى الإثبات فيقول إنه عليه السلام تزوج ميمونة وهو محرم ، وأبو رافع ويزيد بن الأصم يرويان النفى للإحرام وأنه تزوجها وهو حلال . لكنه نص غير أصلى لأنه نفى للحل الوارد على الإحرام السابق الثابت .

ومع هذا التعارض يطلب الترجيح بين الأخبار . فرجح الحنفية رواية ابن عباس على رواية يزيد بن الأصم ورواية أبى رافع بأن ابن عباس أضبط

---

(١) سرف ككتف جبل بطريق المدينة كذا فى المغرب ، وفى الصحاح سرف اسم موضع ، وعن المستغفرى سرف رأس ميل من مكة بها قبر ميمونة زوج النبى صلى الله عليه وسلم ورضى عنها وكانت ماتت بمكة فحملها ابن عباس الى سرف (كشف الأسرار ج ٣ ص ٨٢٠ نيل الأوطار ج ٥ ص ١٤) .

(٢) سبل السلام ج ٢ ص ٣١٨ ، وأبو رافع مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم قيل أسمه ابراهيم وقيل أسلم وقيل ثابت . يقال إنه كان للعباس فوهبه للرسول عليه السلام وأعتقه لما بشره بإسلام العباس . وكان إسلامه قبل بدر ولم يشهدها وشهد أحداً وما بعدها . مات بالمدينة قبل قتل عثمان . وقيل مات فى خلافة على (تهذيب التهذيب ج ٢ ص ٩٢) .

وأتقن وأفقه . وبأن ابن عباس أخبر بالإحرام وهو لايكون الا عن معاينة الهيئة الإحرامية فيكون العلم به أقوى . ثم إن روايات الإثبات ضعيفة السند أما سند النفى فأقوى لأن رواته كلهم فقهاء كما قال الطحاوى (١) . فلهذا أجازوا نكاح المحرم .

قال الكمال ابن الهمام : إن هذه الأخبار بالأصل فترجح عليه رواية ابن عباس لكونه عن الدليل . ثم إن حديث أبى رافع منقطع فقد جاء عن ابن عبدالبر أن سليمان ولد سنة ٣٤ وأبو رافع مات قبل شهادة عثمان بسنتين فلا يعارض السند فلهذا رجحوا رواية ابن عباس عليه . وقد روى عن عائشة ما يوافق رواية ابن عباس وروى عنها ذلك من لا يطعن فيه أحد : أبو عوانة عن مغيرة عن أبى الضحى عن مسروق فكل هؤلاء أئمة يحتج بروايتهم ، فما رووا من ذلك أولى مما روى من ليس كمثلهم فى الضبط والثبت والفقه والأمانة (٢).

وكون أبى رافع كان رسولا بينهما فيكون أعرف بالبيان (٣) فيمكن أن يقال عنه إن الرسول قد يغيب عند العقد أما الولى فلا ، وكان العباس الولى من جانبها فيكون ابنه أعرف بحال أبيه . كما يمكن حمل ماروى عن ميمونة أنه تزوجها وهو حلال على أن الخبر بلغها بعد الحل لأن العباس كان ينكحها للرسول عليه السلام (٤) .

وأيضاً حديث أبى رافع فيه مطر الوراق وهو ليس ممن يحتج بحديثه وعلى فرض صحة ما نقل عن مسلم أنه احتج بحديثه . فهو ليس كرواة حديث ابن عباس ولا قريباً منه . وقد قال النسائى مطر ليس بالقوى . وعن أحمد كان فى حفظه سوء ، ومع هذا فالذين رووا أنه صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو محرم أعلى وأثبت من الذين رووا أنه تزوجها وهو حلال (٥)

---

(١) التقرير والتحبير جـ ٣ ص ٣

(٢) كشف الأسرار البزدوى جـ ٣ ص ٨٢٠

(٣) كذا جاء فى رواية الترمذى تعليقاً « ورواية صاحب القصة والتفسير فيها أولى لأنها أخبر وأعرف بها » راجع نيل الأوطار جـ ٥ ص ١٤

(٤) ولأن رواية ابن عباس مثبتة وهى أولى من النافية . نيل الأوطار جـ ٥ ص ١٥

(٥) حاشية بخيت على الأسنوى جـ ٤ ص ٤٧٩

أما الأئمة مالك والشافعي وأحمد فقالوا لا ينكح المحرم، فإن فعل النكاح باطل وهو قول عمر بن الخطاب وعلي وابن عمر وزيد بن ثابت أخذا بحديث ميمونة أبي رافع ويزيد بن الأصم وبما روى مالك من حديث عثمان بن عفان وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم . لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب ورجحوا هذه الأحاديث على حديث ابن عباس . (بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٥) .

ومما تحسن الاشارة اليه فى هذا المقام ما قاله الشيخ الخضرى فى ذلك :

ويظهر أن هذا الأصل من القواعد التى شكلت بالشكل الذى يتفق مع الفروع المنقولة فإن المخبرين الذين أخبرا بخبرين أحدهما ينفى شيئاً فى وقت معين أو حادثة معينة والآخر يثبته ليس من المفهوم أن يجعل الأصل تقديم أحدهما لأنه أثبت على الآخر لأنه نفى . فإذا كان الرواة عن ميمونة نفسها يطبقون على أن الرسول تزوجها وهو حـ ل وابن عباس يقول أنه تزوجها وهو محرم ، فالعقل يقضى بأن أحد الراويين لابد أن يكون قد أخطأ ، لأن هذا ليس من الأمور الاجتهادية بل من الأمور التى تعرف بالحس فإن للإحرام شكلا خاصاً يختلف عن شكل الحل . ومتى تحققنا من خطأ إحدى الراويين فلا بد من البحث فيهما من غير الطريق الذى ذكره الحنفية حتى يستقر فى النفس علة الظن برجحانه . أما الاعتماد فى التقديم والتأخير على مجرد أن أحدهما ناف والآخر مثبت فلا نكاد نفهمه .

ولذلك يظهر أن مثل هذين الخبرين يتعارضان كما هو مذهب عيسى ابن إبان ويطلب الترجيح بينها ، وهذا من عمل المجتهدين فى الفروع (١).

٣ ــ فإن أمكن أن يعرف النفى بالدليل . أو يعرف كونه بناء على العدم الأصلى كالإخبار بحل الطعام أو طهارة الماء . فإن كلا منهما يمكن أن يعرف نفى النجاسة عنه بالدليل بأن يكون ذبح الشاة وذكر اسم الله عليها أو غسل الاناء بماء السماء أو ماء جار ليس له أثر نجاسة وملأه بأحدهما ولم

---

(١) أصول الفقه ص ٤٤٩

يغب عنه أصلا ولم يشاهد وقوع نجاسة فيه . ويمكن أن يعرف بناء على الأصل بأن يعتمد على أن الأصل فى المذبوحة الحل فيحكم بالحل لعدم ثبوت حرمة فيها وأن الأصل فى الماء الطهارة بعدم علم وقوع النجاسة فيه .

فمثل هذا لايعارض الإخبار بحلهما الإخبار بحرمتهما . وعليه أن يعمل بالحل فى الطعام والطهارة فى الماء إن تعذر السؤال للمخبر عن مستنده فى إخباره . ذلك لأن الاستصحاب وإن لم يصلح دليلامثبتاً لكن يصلح مرجحاً فيرجح خبر النافى به (١).

فإن لم يتعذر السؤال للمخبر عن مستنده سئل عن مبنى خبره وعمل بمقتضاه . فإن تمسك المخبر بظاهر الحال من كون الأصل فى الشاة الحل وفى الماء الطهارة ولم يعلم ماينافيهما فخبر الحرمة والنجاسة أولى لأنه خبر عن دليل فلا يعارض الخبر المثبت . وإن تمسك بالدليل كان مثل الإثبات فيقع التعارض ثم يجب العمل بالأصل لما سبق فى القسم الثانى (٢) .

المبحث السادس

التـرجيح بالحرمة :

إذا تعارض المحرم مع المبيح يجعل المحرم هو الناسخ للمبيح . ويكون هو المرجح عليه وأولى بالتقدم احتياطاً ، وذلك كيلا يتكرر النسخ على تقدير كون المحرم متقدماً فى الزمان . فإنه يكون ناسخاً للإباحة الأصلية ثم يكون المبيح ناسخاً فيكون هناك نسخان . لكن على تقدير كون المحرم هو المتأخر زماناً — مع القول بأصالة الإباحة — لا يتكرر النسخ لأن المبيح يكون وارداً لإبقائها والمحرم ناسخ ، فكان الوجه الثانى أولى ، لأن الأصل عدم التكرار .

---

(١) يرى الحنفية أن الاستصحاب يصلح حجة للدفع لا لإثبات الحكم الذى يستصحب . فاستصحاب البراءة الأصلية للذمة مثلا ليس حجة لبراءتها حقاً بل لدفع دعوى من يدعى شغلها حتى يثبت دعواه . ويرى الشافعية أن الاستصحاب تقرير للحكم الثابت حتى يقوم دليل على تغييره (التوضيح جـ ٢ ص ١٠١ ، ١٠٢) .

(٢) التقرير والتحبير جـ ٤ ص ١٢

وفى ذلك يقول الأسنوى : « الخبر الدال على التحريم راجح على الخبر الدال على الإباحة كما جزم به المصنف واختاره ابن الحاجب ، وكذلك الآمدى ونقله عن أصحابنا وعن الأكثرين—وقيل بترجيح الإباحة لاعتضادها بالأصل حكاه ابن الحاجب — وقيل يستويان واختاره الغزالى ولم يرجح الإمام شيئاً .

والمراد بالإباحة هنا جواز الفعل والترك ليدخل فيه المكروه والمندوب والمباح المصطلح عليه ، لأن التحريم مرجح على الكل » (١) .

ونقل عبد العزيز البخارى شارح أصول البزدوى عن عيسى بن أبان وأبى هاشم أنه إذا اجتمع المبيح والمحرم يطرحان ، وينظر المجتهد إلى غيرهما من الأدلة كما فى الوليين إذا عقد كل واحد منهما على موليته الواحدة وجهل السابق منهما فإن عقديهما يبطلان ، وكما فى الغرقى إذا لم يعلم تقدم بعضهم على بعض » (٢) .

مما يؤيد كون المحرم هو الأولى عند تعارضه مع المبيح : قوله عليه السلام « ما اجتمع الحلال والحرام إلا وغلب الحرام الحلال » قوله صلى الله عليه وسلم « دع مايريبك إلى مالا يريبك » فإنه لايريب جواز ترك الفعل إنما المريب جواز فعله . فلهذا يجب تركه .

ولأن الاحتياط فى تقديم المحرم على المبيح لما فيه من زيادة حكم وهو نيل الثواب بالانتهاء عن المحرم . واستحقاق العقاب بالإقدام عليه ، وهو منعدم فى المبيح إذا تقدم المبيح على المحرم . والأخذ بالاحتياط أصل فى الشرع (٣) .

كما يشهد لذلك أن الصحابة كانوا يحكمون بترجيح المحرم . فقد قال على وعثمان رضى الله عنهما فى الجمع بين الأختين المملوكتين وطء أحلتهما آية وحرمتهما آية والتحريم أولى—والمراد به أن قوله تعالى« أوماملكت

---

(١) نهاية السول ج ٤ ص ٥٠٢ .

(٢) كشف الأسرار شرح أصول البزدوى ج ٣ ص ٨١٤ . والإحكام ج ٤ ص ٣٥١

(٣) كشف الأسرار شرح المنار للنسفى ج ٢ ص ٧ .

إيمانكم » (١) دل على حل وطء كل مملوكة سواء كانت مجتمعة مع أختها فى الوطء أولا ، وقوله تعالى « وأن تجمعوا بين الأختين » (٢) دل على حرمة الجمع بينهما سواء كان الجمع بطريق الوطء أو بملك اليمين (٣) .

وأيضاً حكم الفقهاء بأن المطلق إحدى نسائه أو المعتق إحدى إمائه ثم نسيها حرم عليه وطء جميعهن ترجيحاً لجانب الحرمة على الإباحة ، كما قالوا إنه لو اجتمع فى العين الواحدة حظر واباحة كمتولد بين ما يؤكل لحمه وما لايؤكل فإنه يقدم التحريم والحظر على الاباحة .

ويقول ابن حزم الظاهرى فى الأحكام « إن كان أحد الخبرين حاظراً والآخر مبيحاً فانا نأخذ بالحاظر وندع المبيح — وقيل هذا خطأ لأنه تحكم بلا برهان ولو عكس عاكس فقال : بل نأخذ بالمبيح لقول تعالى « وماجعل عليكم فى الدين من حرج » (٤) ولقوله تعالى : « يريد الله بكم اليسر ولايريد بكم العسر » (٥) ولقوله تعالى « يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الانسان ضعيفا » (٦) أما يكون قوله أقوى من قولهم — ولكنا لا نقول ذلك ، بل نقول : إن كل أمر من الله تعالى لنا فهو يسر وهو رفع الحرج وهوالتخفيف ، ولا يسر ولا تخفيف ولا رفع حرج أعظم من شىء أدى الى الجنة ، ونجى من جهنم ، وسواء كان حظراً أو إباحة » (٧) .

ومن أمثلة ترجيح المحرم على المبيح وجعله ناسخاً للمبيح : ماروى فى تحريم لحم الضب ،وماروى فى إباحته فقد ورد فى الضبع ما يفيد إباحته

---

(١) النساء الآية : ٣

(٢) النساء الآية : ٢٣

(٣) التوضيح ج ١ ص ٣٩

(٤) الحج الآية : ٧٨

(٥) البقرة الآية : ١٨٥

(٦) النساء الآية : ٢٨

(٧) الأحكام لابن حزم ج ٢ ص ٤١

تحريمه ، فدليل الاباحة حديث جابر بن عبد الله رضى الله عنهما أنه سئل عن الضبع أصيد هو ؟ فقال نعم . فقيل أيؤكل لحمه ؟ فقال نعم . فقيل أشيء سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ فقال نعم .

ودليل التحريم حديث ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل كل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير » فرجح الحديث المحرم وحمل حديث جابر عل حال ابتداء الاسلام (١) ومنه ماقالوا لو اجتمع فى العين الواحدة حظر وإباحة ، كمتولد بين ما يؤكل وما لا يؤكل فإنه يقدم التحريم .

ومن تقديم المحرم على المبيح ما روى أبو داود قال أبو ذر سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لاصلاة بعد الصبح حتى تطلع الشمس ، ولا بعد العصر حتى تغرب الشمس إلا بمكه » — وماروى الترمذى ومسلم عن عقبة ابن عامر الجهنى : ثلاث ساعات نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نصلى فيها ، وأن نقبر فيها موتانا حين تطلع الشمس بازغة حتى ترتفع ، وحين يقوم قائم الظهيرة حتى تميل الشمس ، وحين تتضيف (٢) للغروب حتى تغرب. فقد تعارضت الروايتان فإن الأولى مبيحة للصلاة بعصر العصر . والثانية ناهية والنهى يفيد التحريم . فقال الحنفية بتقديم المحرم حتى لم يبيحوا الصلاة بعد العصر ، وقالوا زيادة (إلا بمكة) فى رواية إبى ذر شاذة لا تجوز الزيادة بها على الحديث المشهور (٣) .

فاذا تعارضت الحرمة مع الكراهة ، بأن أفاد أحد الدليلين تحريماً . والآخر كراهة كان التحريم أرجح وأولى بالتقدم منها . ذلك لمساواة التحريم

---

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوى ج ٣ ص ٨١٦

(٢) المراد بأن نقبر فيها موتانا صلاة الجنازة ، ومعنى تتضيف للغروب . تميل وهو وقت اصفرار الشمس و معنى حين يقوم قائم الظهيرة حال استواء الشمس حتى لا يبقى للقائم فى الظهيرة ظل.

(٣) راجع كشف الأسرار البزدوى ج ٢ ص ٨١٦ وانظر صحيح مسلم ج ٢ ص ٢٠٨ والكفاية شرح الهداية ج ١ ص ٢٠٤

الكراهة فى طلب ترك الفعل مع زيادته عليه مما يدل على اللوم عند مباشرة الفعل ، ولأن المقصود منهما إنما هو الترك لما يلزمه من دفع المفسدة المترتبة على الفعل ولا شك أن الحرمة أوفى لتحصيل ذلك المقصود فكانت أولى بالمحافظة .

وأيضاً : العمل بالمحرم لا يلزم منه إبطال دلالة المقتضى للكراهة. أما العمل بالمقتضى للكراهة مما يجوز معه الفعل وفيه إبطال دلالة المحرم . والعمل بما لا يقضى الى الإبطال أولى (١) .

وفى تعارض الحرمة مع الوجوب يرجح كذلك مامقتضاه التحريم ، لوجهين :

أولهما أن الغالب من الحرمة إنما دفع المفسدة الملازمة للفعل أو تقليلها ، والغالب فى الوجوب تحصيل مصلحة ملازمة للفعل أو تكميلها . واهتمام الشارع والعقلاء بدفع المفاسد من اهتمامهم بتحصيل المصالح ، ولهذا فإن من أراد فعلا لتحصيل مصلحة ينفر ويعرض عنه اذا عارضه فى نظره لزوم مفسدة مساوية للمصلحة ، كمن رام تحصيل مال على وجه يلزم منه فوات مثله فإنه لا يقدم على ذلك .

واذا كان ما هو المقصود من التحريم أشد وآكد منه فى الواجب كانت المحافظة عليه أولى ، ولهذا كان ما شرعت العقوبات فيه من فعل المحرمات أكثر من ترك الواجبات وأشد كالرجم المشروع فى زنى المحصن .

ثانيهما أن إفضاء الحرمة الى مقصودها أتم من إفضاء الوجوب إلى مقصوده ، فكانت المحافظة عليه أولى ، وذلك لأن مقصود الحرمة يتأتى بالترك ، وذلك كاف مع القصد له أو مع الغفلة عنه ، ولا كذلك فعل الواجب.

وأيضاً فإن ترك الواجب وفعل المحرم اذا تساويا فى داعية الطبع إليهما فالترك يكون أسهل وأيسر من الفعل لتضمن الفعل مشقة وعدمها فى الترك ، وما يكون حصول مقصوده أوقع يكون أولى بالمحافظة عليه (٢) .

---

(١) الإحكام للآمدى جـ ٤ ص ٢٥٢

(٢) المرجع السابق ص ٣٥٢ ، ٣٥٣

الفصل الرابع

مرجحات السنة

تختص السنة النبوية بأنواع من التراجيح منها ما يرجع الى سندها ، ومنها مايرجع إلى متنها . وذلك لأن التعارض اذا ظن بين خبرين فأحدهما كذب ، والكذب محال على الله ورسوله . فلهذا إذا علم تاريخ ورود الحديثين فالثانى ناسخ للأول كما قدمنا ، فإن لم يعلم تاريخ الورود يكون الملجأ هو الترجيح .

ويرى أهل الظاهر أنه عند تعارض الآثار المروية وعدم معرفة المتأخر منها تقديم ما يدل عليه خلاف ما كان عليه الحال أولا ، وذلك بناء على أن المقطوع به هو تغيير ما كان عليه الحال ، وأن رفع ذلك التغيير مشكوك فيه بسبب عدم معرفة التاريخ للرافع ، والشك لا يرفع قطعاً ، ولذلك يذهبون الى الوضوء مما مست النار لأنه خلاف ما كان عليه الحال ولم يثبت أن الأثر الذى جاء بخلاف هذا الحكم المتأخر (١) .

المبحث الأول

أوجه الترجيح فى السنة بالنسبة الى السند يمكن إرجاعها الى الوجوه الآتية :

الأول : حال الراوى :

(١) كثرة الرواة :

فمن الناس من رجح بها كالآمدى ومن تبعه ومنهم من لم يرجح مالم يبلغ حد الشهرة فحينئذ يترجح بكثرة رواته على الحديث الذى لم يبلغ كذلك كأبى حنيفة وأبى يوسف وقال الأئمة الثلاثة ومحمد يرجح بكثرة

---

(١) أسباب اختلاف الفقهاء للشيخ على الخفيف ص ٣٨

الرواة وإن لم يبلغ حد الشهرة وعليه أكثر العلماء (١) . أما وجه من ذهب إلى الترجيح بالكثرة فهو أنه يحصل بكثرة الرواية نوع قوة فى أحد الخبرين لا توجد فى الآخر ، فإن احتمال الغلط والكذب على الأكثر أبعد من احتمالهما على الأقل فيكون الظن الحاصل من الخبر الذى رووه أكثر من الخبر الآخر ، لأن خبر كل واحد يفيد ظنا ، وليس يخاف أن الظنون المجتمعة كلما كانت أكثر كانت أغلب على الظن حتى ينتهى الى القطع .

ويؤيد ذلك أيضاً أن فى الشهادة يرجح خبر الاثنين على خبر الواحد حتى كان خبر الشاهدين حجة لطمأنينة القلب إليه ، دون خبر الواحد فكذلك الرواية .

ويحتج القائلون بعدم الترجيح بكثرة الرواة : بأن خبر الواحد وخبر الاثنين والثلاثة وأكثر من ذلك فى إيقاع العلم سواء ، فان كان كل واحد يوجب علم غالب الرأى فلا يترجح أحد الخبرين بكثرة المخبرين كما فى الشهادة فإنها لا تترجح بكثرة العدد لاستواء الاثنين فما فوقهما فيها ، ثم إن كثرة العدد ليست دليل قوة الحجة قال تعالى « ولكن أكثرهم لا يعلمون » « وما يعلمهم الا قليل » فهاهم السلف من الصحابة لم يرجحوا بكثرة العدد فى باب العمل بأخبار الآحاد ، فقد رجح أمير المؤمنين عمر وغيره خبر عائشة فى وجوب الغسل بالتقاء الختانين بدون إنزال الذى روته على حديث « إنما الماء من الماء » مع أن رواته أكثر فلم يعتبروا القوة بكثرة الرواة .

علل صاحب الميزان أنه لا يترجح الخبر بكثرة الرواة عند عامة المشايخ بأنه يحتمل أن يكون الخبر الذى رواته أقل متأخراً فيكون ناسخاً لذلك. وهذا المعنى لا يرتفع بكثرة الرواة (٢) .

---

(١) نهاية السول ج ٤ ص ٤٧٤

(٢) كشف الأسرار البزدوى ج ٣ ص ٨٢٣

(ب) علو الأسناد وقلة الوسائط :

ومما يرجح به الشافعية وخالفهم فى ذلك الحنفية : فاذا كان أحد الحديثين المتعارضين أقل وسائط كان مقدماً على الآخر لأن احتمال الغلط والكذب فيه أقل عند غير الحنفية ويرى الحنفية إن قلة الوسائط لا تصلح مرجحاً لاحتمال أن تكون الوسائط القليلة كثيرة النسيان سيئة الفهم بمعنى الحديث . بينما تكون الوسائط الكثيرة قوية الحفظ قوية الذهن (١) .

ومما مثل الجمهور به للترجيح بعلو السند ما روى ابن عباس وابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا يحل للرجل أن يعطى العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطى ولده ، ومثل هذا الرجل الذى يعطى العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب أكل حتى إذا شبع قاء ثم رجع فى قيئه » رواه الخمسة وصححه الترمذى (٢) فقد رجحوه على ماروى سمره مرفوعا « اذا كانت الهبة لذى رحم محرم لم يرجع » وماروى « الواهب أحق بهبته مالم يثب عليها » (٣) لكن الحنفية رجحوا الروايتين الأخيرتين بناء على أن حكمهما موافق للقياس

وقال الشوكانى إن حديث سمرة مخصص لأن الرحم على فرض شموله للابن أعم من هذا الحديث مطلقاً، وقدقيل إن الرحم غلب على غير الولد فهو حقيقة عرفية لغوية فيما عداه فإن صح فلا تعارض (٤) .

(ج) فقه الراوى :

المراد بفقه الراوى اجتهاده كما هو عرف الصدر الأول . جاء فى التقرير والتحبير على التحرير : « ثم منهم من خص الترجيح بالفقه بالخبرين المرويين بالمعنى وفى المحصول الحق الاطلاق لأن الفقيه يميز بين ما يجوز وما لا يجوز فإذا سمع ما لا يجوز أن يحمل على ظاهره بحث عنه وسأل عن مقدماته

---

(١) مسلم الثبوت ج ٢ ص ٢٠٦
(٢) نيل الأوطار ج ٦ ص ١٠
(٣) نفس المرجع السابق .
(٤) نيل الأوطار ج ٦ ص ١٠

وسبب نزوله فيطلع على ما يزول به الأشكال بخلاف العامى . وقال ابن برهان : ويكون أحدهما أفقه من الآخر بقوة حفظه وزيادة ضبطة وشدة اعتنائه فيرجح على ما كان أقل فى ذلك حكاه إمام الحرمين عن اجماع أهل الحديث » (١) .

ومن الأدلة على الترجيح بفقه الراوى ترجيح الكوفيين رواية عاصم بن كليب عن عبد الرحمن بن الأسود عن علقمة عن عبدالله بن مسعود أنه قال : لأصلين لكم صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى ولم يرفع يديه إلا مرة « فقد رجحوا تلك الرواية على ماروى الزهرى عن سالم بن عبد الله عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يرفع يديه حذاء منكبيه إذا افتتح الصلاة وإذا كبر للركوع ، فإذا رفع رأسه من الركوع رفعهما كذلك أيضا وقال : سمع الله لمن حمده ربنا ولك الحمد، وكان لا يفعل ذلك فى السجود » .

وقد حكى ابن عيينة أن أبا حنيفة اجتمع مع الأوزاعى فى دار الخياطين بمكة فقال الأوزاعى ما بالكم لا ترفعون عند الركوع وعند الرفع منه ؟ فقال أبوحنيفة لأنه لم يثبت من رسول الله صلى الله عليه وسلم . فقال الأوزاعى كيف وحدثنى الزهرى عن سالم عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يرفع يديه حين يفتتح الصلاة ويفعل مثل ذلك حين أراد الركوع فقال أبو حنيفة : حدثنا حماد عن ابراهيم عن علقمة والاسود عن عبد الله بن مسعود أن النبى صلى الله عليه وسلم كان لا يرفع يديه إلا عند افتتاح الصلاة ثم لا يعود بشىء من ذلك فقال الأوزاعى : أقول حدثنا الزهرى عن سالم عن أبيه ابن عمر وتقول حدثنا حماد عن ابراهيم . فقال أبو حنيفة كان حماد أفقه من الزهرى وكان ابراهيم أفقه من سالم وعلقمة ليس دون بن عمر فى الفقه ، ولولا فضل الصحبة لقلت إن علقمة أفقه من عبد الله بن عمر ، والأسود له فضل كبير ، وعبد الله هو عبد الله ـ أى مكانته هى التى لايساميه أحد المذكورين

---

(١) التقرير والتحبير ج ٣ ص ٢٧ وكشف الأسرار البزدوى ج ٢ ص ٧١٧

فيها (١) ، ففى هذه الحادثة نرى أن أبا حنيفة قد رجح بفقه الرواة (٢) بينما الأوزاعى رجح بعلو الاسناد .

(د) زيادة الضبط فى الراوى :

والمراد به شدة الاعتناء بالحديث والاهتمام بأمره ، وفسره بعض شراح المنهاج بعدم النسيان . وفسره الأسنوى بزيادة الضبط لألفاظ الرسول عليه السلام وذلك بأن يكون أكثر حرصاً على مراعاة كلماته وحروفه ، ولكن هذا إنما يكون فيما إذا كان كل واحد من الراويين راوياً للحديث باللفظ وأحدهما أضبط ، فإن كونه راوياً للفظ يقدم على من كان راويا بالمعنى لسلامة المروى باللفظ عن احتمال تطرق الخلل فى المروى بالمعنى ، أما إذا كان الراوى ورعاً ضابطاً فطناً فيقدم ولو روى بالمعنى .

فالأحسن فى تفسير الضبط أن يفسر بعدم النسيان لأن كون الراوى راوياً باللفظ من التراجيح المؤخرة عن الترجيح بعدم النسيان .

وفسر فخر الاسلام الضبط بأنه سماع الكلام كما يحق سماعه ثم فهمه بمعناه الذى أريد به ثم حفظه ببذل المجهود له الثبات عليه بمحافظة حدوده ومراقبته بمذاكرته على إساءة الظن بنفسه الى حين أدائه ، وقد أوضح شارحه كشف الأسرار السر فى تفسير الضبط بذلك فقال وإنما فسر الضبط بما ذكرناه لأنه بدون السماع لا يتصور الفهم ، وبعد السماع إذا لم يفهم الكلام لم يكن سماعاً مطلقاً بل يكون سماع صوت لاسماع كلام هو خبر ، وبعد فهم المعنى يتم التحمل وذلك يلزمه الأداء كما تحمل ولا يتأتى ذلك إلا بالحفظ والثبات عليه الى أن يؤدى .

---

(١) حجة الله البالغة للدهلوى الجزء الأول ص ٣٣١

(٢) المبسوط ج ١ ص ١٤ وجاء فيه أن الآثار لما اختلفت فى فعل الرسول صلى الله عليه وسلم يتحاكم الى قوله وهو الحديث المشهور أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا ترفع الأيدى إلا فى سبع مواطن عند افتتاح الصلاة وفى العيدين والقنوت فى الوتر وذكر أربعة فى المناسك . وحين رأى بعض الصحابة يرفعون أيديهم فى بعض أحوال الصلاة كره ذلك ، وقال : مالى أراكم رافعى أيديكم كأنها أذناب خيل شمس . اسكنوا وفى رواية قاروا فى الصلاة .

ثم الأداء إنما يكون مقبولا منه باعتبار معنى الصدق فيه وذلك لا يتأتى الا بهذا . ومعنى الثبات عليه الحفظ بمحافظة حدود ذلك الكلام بأن يعمل بموجبه ببدنه ويذاكره بلسانه ، فإن ترك العمل والمذاكرة يورث النسيان (١) .

ومن هذا يظهر أن اتجاه الحنفية يتفق مع ما قال به غيرهم من تفسير الضبط بعدم النسيان .

هذا ويقسم فخر الاسلام الضبط الى نوعين : ضبط المتن بصيغته ومعناه لغة . والثانى أن يضم إلى هذه الجملة ضبط معناه فقهاً وشريعة وهذا أكملهما والمطلق من الضبط يتناول الكامل ، ولهذا لم يكن خبر من اشتدت غفلته خلقة أو مسامحة ومجازفة حجة لعدم تحقق القسم الأول من الضبط ولهذا قصرت رواية من لم يعرف بالفقه عند معارضة من عرف بالفقه فى باب الترجيح (٢) .

(هـ) حفظ الراوى :

وهذا يحتمل أمرين : أحدهما أن يكون أحد الراوين قد حفظ الحديث ، واعتمد الراوى الآخر على المكتوب فيكون الحافظ أولى لأنه أبعد عن الشبهة ، والأمر الثانى أن يكون أحدهما أكثر حفظاً أى أقل نسياناً . فإن روايته راجحة على من كان نسيانه أكثر (٣) .

(و) مباشرة الراوى للرواية :

ويكون ذلك بقرب أحد الراويين من الرسول عليه السلام عند السماع ، لأنه إذا بعد الآخر بعداً شديداً احتمل غلطه فى السماع . فقد يسمع بعض الكلام دون بعض . ولهذا رجح الشافعية الإفراد بالحج (٤) على غيره لأنه من رواية ابن عمر . وقد كان تحت ناقته عليه السلام عند الإحرام فيكون أقرب وأسمع للاهلال .

---

(١) أصول البزدوى على هامش كشف الأسرار ج ٢ ص ٧١٦

(٢) نفس المرجع السابق ص ٧١٧

(٣) نهاية السول ج ٤ ص ٤٨٨

(٤) هو أحد قولى الشافعى المشهور عنه . وفى القول الآخر التمتع أفضل جاء فى نهاية المحتاج ج ٢ ص ٤٤٣ أفضلها الافراد وبعده التمتع وبعد التمتع القران .

فقد أخرج أبو عوانه عنه أنه قال « وإنى كنت عند ناقة النبى صلى الله عليه وسلم تمسنى لعابها أسمعه يلبى بالحج . ورجح الحنفية القران (١) بالقرب فقد روى أنس أنه كان آخذاً بزمام ناقته عليه السلام حين أهل بالحج والعمرة . فقد جاء فى المبسوط عنه كنت آخذا بزمام ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم وهى تقطع بجرتها ولعابها يسيل (٢) على كتفى وهو يقول : لبيك بحج وعمرة » وكذا أخرجه ابن حبان فى صحيحه إلا أنه قال عند المسجد بدل عند الشجرة ولم يذكر قائمة وقال قال : لبيك بحجة وعمرة معاً انى عند نفثات ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم عند الشجرة فلما استوت به قائمة قال : لبيك بحجة وعمرة معاً وذلك فى حجة الوداع .

قال الحنفية : لما تعارض هذا الحديث مع ما ورد عن ابن عمر وهو ما جاء فى الصحيحين عنه قال « وأهل رسول الله صلى الله عيه وسلم بالحج مفرداً » وعنه أيضاً فيهما » بدأ رسول الله صلى الله عليه وسلم فأهل بالعمرة ثم أهل بالحج ، ولم تتعارض الرواية عن أنس أنه لبى بها جميعاً فكان الأخذ برواية من لم تضطرب روايته أولى من الأخذ برواية من أضطربت (٣) .

(ز) بلوغ الراوى واسلامه :

فيكون ماتحمله الراوى بالغاً مسلماً أرجح مما تحمله صبياً أو كافراً ذلك لأن اهتمام المسلم بالسماع أشد من اهتمام غيره ، ولأن غير المسلم لا يحسن ضبطه لعدم احسان اصفائه كما أن البالغ يكون أضبط من الصبى وأقرب منه غالباً إلى رسول الله عليه السلام وأيضاً يرجح متقدم الإسلام على متأخرة لأنه تميز بشرف ورتبة قال الأسنوى . فالخبر الذى يكون راويه متأخر الإسلام عن راوى الخبر الآخر راجح لأن تأخر الأسلام دليل على تأخر روايته(٤).

---

(١) القران بالحج أن يهل المحرم بالحج والعمرة معاً . أو يهل بالعمرة فى أشهر الحج ثم يردف ذلك بالإهلال بالحج قبل أن يهل من العمرة .

(٢) معناه تجر ما تجتره من العلف وتخرجه الى فمها وتمضغه ثم تبتلعه التقرير والتحبير ج ٤ ص ٢٨

(٣) نهاية السول شرح منهاج الأصول ج ٤ ص ٤٩٠

(٤) الإحكام فى أصول الأحكام ج ٤ ص ٣٢٧

وذهب الآمدى الى عكس ذلك لقوة أصالة المتقدم فى الاسلام قال فى الإحكام : إذا كان أحد الراويين متقدم الاسلام على الراوى الآخر فروايته أولى اذ هى أغلب على الظن لزيادة أصالته فى الإسلام وتحريرة فيه » (١) .

ولكن يمكننا التوفيق بين القولين بأن نقول : إن من ذهب الى ترجيح متقدم الإسلام على متأخره مراده إذا كان متقدم الاسلام سمع بعد إسلامه بأن كان موجوداً فى زمان المتأخر ولم نعلم أن أكثر مسموعاته قبل اسلام المتأخر لأنه حينئذ راجح بأصالته فى الاسلام فيكون أشد تحرزاً من متأخره ، ولا قرينة تدل على ظهور تأخر خبر المتأخر .

ومن قال يترجح خبر متأخر الاسلام على خبر متقدمة مراده اذا كان متقدم الاسلام لم يسمع بعد إسلامه بأن مات قبله وصرح متأخر الاسلام بأنه سمع بنفسه أو علمنا أن أكثر مسموعات المتقدم متقدم على مسموعات المتأخر .

(ح) كبر الراوى الصحابى :

فكبار الصحابة روايتهم راجحة على صغارهم لأن الغالب أن يكونوا هم الأقرب الى النبى عليه السلام حالة السماع كما يدل على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم « ليلينى منكم أولو الأحلام والنهى » ولأن محافظة الكبير على منصبه تحمله على التحرز على الكذب أكثر من الصغير(٢) .

وجاء فى التحرير « ويجب لأبى حنيفة تقييده (ما رواه الأكابر) بما إذا رجح فقهاً إذ قال برأى الأصاغر فى الهدم » وتفسير ذلك أن أبا حنيفة وأبا يوسف قالا إن الزوج الثانى يهدم ما دون الثلاث أخذاً برواية ابن عباس وابن عمر كما روى ذلك محمد بن الحسن فى الآثار ولم يقل بعدم الهدم كما

---

(١) الأحكام ج ٤ ص ٣٢٧

(٢) المراد بالنظر إلى القواعد الفقهية لا فقه الراوى .

ذهب اليه محمد والأئمة الثلاثة أخذاً برواية عمر وعلى رضى الله عنهما . مع أن ابن عباس وابن عمر من الأصاغر . وعلى وعمر من الأكابر .

فالكمال بن الهمام يرى أنه لا يترجح خبر الأكبر من حيث هو أكبر فى الرواية على الأصغر من حيث هو أصغر إذا تعارضا بعد فقه الأصغر وضبطه إلا برجحانه بالنظر إلى قواعد الفقه أو غيره من المرجحات . وهو رأى سديد فإن الراجح فى مسألة الهدم هو ما عليه الأكابر نظرا الى موافقته للقواعد الفقهية . وفى فتح القدير القول ماقال محمد وباقى الأئمة الثلاثة ولقد صدق قول صاحب الأسرار : ومسألة يخالف فيها كبار الصحابة يعوز فقها ويصعب الخروج منها .

الثانى : الذكورة والحرية :

لاترجيح بهما فى رواية الحديث حتى كان خبر المرأة مثل خبر الرجل ورواية العبد كرواية الحر . فالرواية فى ذلك تخالف الشهادة فإن الترجيح فى الشهادة بهما ثابت فكانت شهادة الرجلين راجحة على شهادة المرأتين وشهادة الحرين راجحة على شهادة العبدين . وفى الشهادة على الزنى يثبت بشهادة الأربعة مالا يثبت بشهادة الاثنين ، ويقول الكمال فى التحرير « ويجب الترجيح بالذكورة فيما يكون خارجا (الأمور الواقعة خارج البيوت) إذ الذكر فيه أقرب — وبالأنوثة فى عمل البيوت (لأنهن به أعرف) . ورجح فى الكسوف حديث سمره بن جندب المفيد « أنه صلى الله عليه وسلم صلى فيه ركعتين كل ركعة بركوع وسجدتين على حديث عائشة المفيد أنه صلى فيه ركعتين كل ركعة بركوعين وسجدتين » بأن الحال أكشف للرجال لقربهم — لكن إنما يتم إذا لم يرو حديث عائشة أحد من الرجال لكن قد رواه ابن عباس فى الصحيحين وعبد الله بن عمر فى صحيح مسلم [1] .

---

[1] راجع التقرير والتحبير ج ٣ ص ٣١

ومع التسليم بأن الترجيح بالذكورة والحرية غير ثابت فى الأفراد كما سبق غير مسلم عدم الترجيح بهما فى العدد . لأن خبر الحرين أولى من خبر العبدين . وخبر الرجلين أولى من خبر المرأتين . لأن خبر الحرين والرجلين حجة تامة دون خبر العبدين وخبر الرجلين فيترجح كما فى الشهادة . أما الأفراد فان كل واحد منها ليس بحجة . فكان خبر الحر كخبر العبد وخبر الرجل كخبر المرأة .

ويظهر ذلك جليا فيما إذا أخبر عبد ثقة بطهارة الماء وأخبر حر ثقة بنجاسته أو كان الأخبار على العكس . وفيما إذا أخبر بأحد الأمرين مملوكان كل منهما ثقة وبالأمر الآخر حران ثقتان . فإن فى الثانى يؤخذ بقول الحرين لأن الحجة تتم بقولهما فى الحكم ولا تتم بقول المملوكين . فعند التعارض يترجح قول الحرين . أما فى الأول وان تحقق التعارض إلا أن المخبر يعمل بأكبر رأيه الحجة لا تتم من طريق الحكم بخبر حر واحد . ومن حيث الدين يستوى المملوك والحر فيصار الى الترجيح بأكبر الرأى .

وما ثبت فى مسألة طهارة الماء من ترجيح أحد الخبرين يثبت كذلك فى الأحاديث والأخبار .

ولم يرتض ذلك فخر الاسلام البزدوى قائلا : ماذكروا من ترجيح خبر الحرين والرجلين متروك بإجماع السلف ، فإن المناظرات جرت من وقت الصحابة إلى يومنا هذا بأخبار الآحاد ، ولم يرد فى شىء منها اشتغالهم بالترجيح بحسب الذكورة والحرية لا فى الأفراد ولا فى العدد . ولا بالترجيح بزيادة عدد الرواة ، ولو كان ذلك صحيحاً لاشتغلوا بالترجيح به كما رجحوا بزيادة الضبط والاتقان وبزيادة الثقة .

وقد أرجع خبر ترجيح المثنى على خبر الواحد، وخبر الحرين على خبر العبدين فى مسألة الماء الى أن ذلك لكونه من حقوق العباد فيعمل به . أما فى أحكام الشرع فخبر الواحد وخبر المثنى فى وجوب العمل بهما سواء (١) .

---

(١) كشف الأسرار البزدوى ج ٣ ص ٨٢٣ ، ٨٢٤

ومما اختلفوا فى الترجيح به كون الراوى جليس المحدثين . فالبعض اعتبره مرجحاً لكون المعتاد عنده اهتمام الضبط والمعرفة بطرق الراوية وشرائطها . ولم يعتبره مرجحاً البعض الآخر لأن الاعتياد لا دخل له فى الصدق ولا فى الضبط . فكم من معتادين للجلوس مع المحدثين يتساهلون بل يكذبون ، وكم ممن لا اعتياد لهم بذلك يهتمون بضبط الحديث ويراعون أموره وشروطه . فالظاهر أن محل ذلك ما اذا استوى راويان فى الحفظ والضبط وفى سائر الصفات الأصلية للقبول (١) .

المبحث الثانى

الترجيح فى السنة بكيفية الرواية

لقد كان من أثر تعدد طرق الحديث وعدم تعددها . ورفعه الى رسول الله عليه السلام وعدم رفعه . واختلاف حال الرواة عدالة وحفظاً وسيرة وضبطاً . وتفرد الراوى بما يروى أو عدم تفرده وسماعه ممن روى عنه وعدمه . أن انقسم الحديث إلى متواتر وغير متواتر .

فالمتواتر : مارواه جمع يؤمن اتفاقهم على الكذب عن جمع مثلهم حتى يصلوا بذلك إلى النبى صلى الله عليه وسلم . ويدوم ذلك فى العصور الثلاثة . وذلك مثل نقل القرآن واعداد الصلاة والركعات ومقادير الزكاة .

وغير المتواتر : منه ما هو مشهور وهو مارواه عن النبى صلى الله عليه وسلم واحد أو اثنان من الصحابة أو أكثر لم يبلغوا حد التواتر . ثم رواه عن الصحابة عدد يؤمن اتفاقهم على الكذب ، وتواتر فى القرن الثانى والثالث ولم يتوفر له ذلك ،فى القرن الأول .

ومنه غير المشهور ويسمى خبر الآحاد : وهو الذى لم يتواتر ولم يشتهر لا فى عهد الرسول ولا فى عهد التابعين ولا عهد تابعى التابعين (٢)

---

(١) الإحكام ج ٤ ص .

(٢) ماعدا الأخبار –المتواترة عند الجمهور يسمى خبر واحد . ويسميها الشافعى الأخبار الخاصة .

والحديث المتواتر يفيد قطعاً وعلماً . والمشهور يقارب منه فى قوته لكنه أدنى منزلة منه فيفيد ظناً قوياً ، وقال به الحنفية . فأجازوا أن ينسخ الكتاب . ويقيد به مطلقة ، ويخصص به عامة . ويزاد به عليه — ولم ير الخوارج وبعض المعتزلة ذلك لأن المشهور عندهم لا يعدو أن يكون خبر واحد يفيد الظن فلا يصح أن يكون حاكماً على مايفيد القطع وهو الكتاب لكن الجمهور يرون أن السنة متى صحت كانت صالحة لأن تكون بيانا للكتاب سواء فى ذلك المتواتر وغيره .

ولأن المتواتر أقوى من غيره يترجح على غيره فيقدم على المشهور وخبر الآحاد ورجح الحنفية المشهور على حديث الآحاد . فإذا ورد حديث صحيح معارضاً لحديث مشهور فيذهب بعضهم إلى العمل به لأن ذلك لا يقدح فى قيمته . ويذهب البعض إلى عدم العمل به لاعتبار ذلك قادحاً فى صحته ومن هنا جاء اختلافهم فى كثير من الأحكام منها .

رد اليمين على المدعى عند إباء المدعى عليه الحلف .

فقال الحنفية لا يرد على المدعى اليمين إنما يحكم على المدعى عليه عند النكول ، وقال غيرهم بل يستحلف المدعى فإن حلف استحق ما ادعى بحلفه وإن أبى لم يحكم له بشىء بناء على نكول المدعى عليه .

وقد استدل غير الحنفية بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من كانت له طلبة عند أخيه فعليه البينه . والمطلوب أولى باليمين ، فإن نكل حلف الطالب وأخذ » وبما روى عن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بشاهد ويمين» (١).

---

(١) الحديث رواه أبوداود من رواية ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بشاهد ويمين فى الحقوق . قال أبو عمر أصح اسناد لهذا الحديث رواية سيف بن سليمان عن قيس ابن سعد عن عمرو بن دينار عن ابن عباس فى الأموال خاصة. وقال وهو حديث لا مطعن لأحد فى إسناده ، ولا خلاف بين أهل المعرفة بالحديث فى أن رجاله ثقات . قال يحيى بن القطان سيف ابن سليمان ثبت ما رأيت أحفظ منه وقال النسائى هذا إسناد جيد سيف ثقة وقيس ثقة (القرطبى جـ ٣ ص ٣٩٣) .

ورد الحنفية ذلك بأن هذا الاستدلال مخالف للحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » (١) فإنه عليه السلام لم يجعل على المدعى يميناً ، لكونه قصر جميع أفراد البينات وجميع أفراد اليمين على من أنكر — المدعى عليه — وهذا تقسيم وتوزيع يتضمن أنه لا تتوجه اليمين إلى المدعى ، فلا يقبل منه شاهد ويمين والا كان زيادة على النص .

فلهذا قدم الحنفية حديث « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » فلم يروا أن على المدعى يميناً بل إنهم ذهبوا إلى أن القول بقبول الشاهد واليمين قول منكر فى الدين . حتى قال محمد بن الحسن من أصحاب أبى حنيفة « من قضى بالشاهد واليمين نقضت حكمه » وكما قرر الحنفية لذلك : أن من حكم به لا ينفذ حكمه ، وإذا رفع إلى قاض آخر أبطله : جاء فى متن التنوير وشرحه « وإذا رفع له حكم قاض آخر نفذه إلا ما خالف كتاباً أو سنة مشهورة أو إجماعاً ، ومن ذلك ما لو قضى بشاهد ويمين المدعى لمخالفته الحديث المشهور « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » .

وقد جرت مناقشات طويلة فى هذا الموضوع تناولت الأحاديث المروية من حيث الرواية والسند . ومن حيث الدلالة على المعنى المتنازع فيه . حتى إن بعض مؤلفى الحنفية وهو الزيلعى طعن فى بعض روايات القضاء بالشاهد واليمين . وهو ما جاء عن طريق ابن عباس . وقال فيه الشافعى : إنه ثابت لا يرده أحد من أهل العلم . فيقول الزيلعى : إنه ضعيف يرويه ربيعة عن سهيل بن أبى صالح ، وأنكره سهيل فلا يبقى حجة بعد أن أنكره المروى عنه .

ورجح ابن القيم مذهب القائلين بقبول الشاهد واليمين فقال :

---

(١) الحديث من رواية ابن عباس ورواه البيهقى . راجع سبل السلام جـ ٤ ص ٢٠٤

« القرآن لم يذكر الشاهدين والرجل والمرأتين فى طرق الحكم التى يحكم بها الحاكم ، وإنما ذكر هذين النوعين من البينات فى الطرق التى يحفظ بها الانسان حقه وما تحفظ به الحقوق شيء ، وما يحكم به الحاكم شيء آخر . فإن طرق الحكم أوسع من الشاهدين والرجل والمرأتين» (١).

وقد سبقه ابن قدامة المقدسى بتقرير ذلك حيث يقول « ولأن الآية واردة فى التحمل دون الأداء ولهذا قال: أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى » والنزاع فى الأداء .

هذا وقد أخذ بحديث القضاء بشاهد ويمين الإمامان الشافعى ومالك : فقد جاء فى الموطأ للامام مالك : « أرأيت رجلا ادعى على رجل مالا أليس يحلف المطلوب : ماذلك الحق عليه . فإن حلف بطل ذلك عنه ، وإن أبى أن يحلف ونكل عن اليمين حلف طالب الحق أن حقه لحق . وثبت حقه على صاحبه . فهذا مما لا اختلاف فيه عند أحد من الناس ولا ببلد من البلدان فبأى شى أخذ هذا وبأى كتاب الله وجده ؟ فمن أقر بهذا فليقر باليمين مع الشاهد » .

كما جاء فى نهاية المحتاج للرملى وهو من الشافعية « واذا أنكر المدعى عليه ونكل عن اليمين حلف المدعى بعد أمر القاضى له ، وقضى له بالمدعى به ولا يقضى بنكول المدعى عليه وحده » (٢) — والحق أن حديث الشاهد واليمين لم يثبت ثبوتاً يصح معه الاحتجاج به وأنه ضعف أمام أحاديث الحنفية التى ثبتت بالشهرة . على أن ماذهب اليه الحنفية أحفظ لأموال الناس أن تنال بالشبهات . وفى القول بالقضاء بالشاهد واليمين فتح لباب لو ولجه الناس لاستبيحت الحقوق وهو ما يرشد اليه قوله صلى الله عليه وسلم « لو أعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء قوم وأموالهم لكن اليمين على المدعى عليه » .

---

(١) راجع القرطبى ج ٣ ص ٣٩٢

(٢) نهاية المحتاج للرملى ج ٨ ص ٣٣٤

مرتبة الحديث المرسل :

وهو مالم يتصل أسناده إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم [1] . وقد قبله الحنفية والمالكية لكونهم لم يشترطوا اتصال السند . أما الشافعى فاشترط ذلك فلهذا لم يقبل المرسل إلا بشرطين :

الأول : أن يكون التابعى الذى أرسل الحديث من المعروفين بأنهم قد التقوا بعدد كبير من الصحابة .

الثانى : أن يوثق المرسل بطريق آخر من طرق التوثيق والتى منها :

(ا) أن ينظر إلى ماأرسله التابعى الكبير . فإن وجد أن الحفاظ المأمونين أسندوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم معنى ما روى كان هذا دلالة واضحة على صحة المرسل وصحة من رواه .

(ب) أن ينظر هل يوافقه مرسل غيره قبله أهل العلم بطريق من السند غير طريقه . فإن وجد كانت هذه دلالة تسوغ القبول . ولكنها أضعف من الأولى وذلك لأن دليل المرسل السابق الذى جعله مقبولا أقوى من هذه الدلالة . اذ الأول حديث مسند قوى مرسلات التابعى أما هذه المرتبة فدليلها حديث مرسل مقبول عند أهل العلم قوى تلك المرسلات . ولاشك أن المسند أقوى من المرسل

(ج) أن ينظر إلى بعض ما يروى عن بعض أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم من قول . فإن وافق المرسل قبل . لأنه يكون فى هذا دلالة على أنه لم يؤخذ مرسله إلا عن أصل يصح وهذه الرتبة دون الثانية .

(د) أن يوجد جماعات من أهل العلم يفتون بمثل ما جاء به المرسل فيقبل . وهذه أدنى المراتب .

---

[1] عرفه الحنفية بأنه ما أسنده إمام ثقة إلى الرسول مع حذف بعض السند التقرير والتحبير ج ٢ ص ٨) .

فإن لم توجد معاضدة للإرسال بوجه من الوجوه الأربعة السابقة رد بالمرسل ولا يقبل فى عمل ولا يلزم به أحد (١) ومما سبق يتضح أن الشافعى يفيد قبول المرسل بقيدين :

أحدهما : أن يكون المرسل من كبار التابعين الذين لقوا كثيرين من الصحابة .

الثانى : أن تكون هناك دلالة تقوى سند الإرسال من الدلالات الأربع السابقة ثم إن المرسل فى حال قبوله لا يكون فى قوة المسند لأنه منقطع السند عن الرسول عليه السلام . ولا نستطيع أن نزعم أن الحجة تثبت به ثبوتها بالمتصل .

ويعلل الشافعى تأخير مرتبة الحديث المرسل عن المتصل بقوله :

« إن معنى المنقطع مغيب يحتمل أن يكون حمل عمن يرغب عن الرواية عنه إذا سمى ، وأن بعض المنقطعات وإن وافقه مرسل مثله يحتمل أن يكون مخرجها واحدا من حيث لو سمى لم يقبل » .

والحق أن آراء الفقهاء فى شأن المرسل

الرأى الأول : أنه ضعيف يرد ولا يجب العمل به ، وذكر النووى فى التقريب أن ذلك رأى جماهير المحدثين وكثير من الفقهاء الأصول . والعلة فى رده هو جهل من روى عنه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وعدم تسميته ، ولأنه إذا كانت الرواية عن المسمى المجهول مردودة فالأولى أن ترد عمن لا يسمى قط .

الرأى الثانى : قبوله مطلقاً . وهو مذهب مالك وأحمد وأبو حنيفة . ونقل الغزالى أنه مذهب الجماهير .

---

(١) راجع أصول الفقه للخضرى ص ٢٨٨

وحجتهم فى ذلك أن العدل جازم بنسبة متن الحديث إلى النبى صلى الله عليه وسلم حيث قال قال رسول الله . وهذا يستلزم اعتقاد ثقة من أسقطه . وكون المرسل من أئمة الشأن قوى فى المطابقة . ولو لم يكن معتقداً ثقة من أسقطة لم يكن بالارسال عدلا اماما والفرض غير ذلك (١) .

يقول صدر الشريعة : ومرسل الصحابى مقبول بالاجماع ويحمل على السماع ومرسل القرن الثانى والثالث لا يقبل عند الشافعى الا أن يثبت اتصاله من طريق آخر كمراسيل سعيدبن المسيب قال لأنى وجدتها مسانيد للجهل بصفات الراوى التى تصح بها الرواية—ويقبل عندنا وعند مالك وهو فوق المسند (٢) .

ويقول القرافى : حجة الجواز أن سكوته عنه مع عدالة الساكت وعلمه أن روايته يترتب عليها شرع عام يقتضى أنه ماسكت عنه إلا وقد جزم بعدالته فسكوته كإخباره بعدالته . وهو لو زكاه عندنا لقبلنا تزكيته فكذلك سكوته عنه . حتى قال بعضهم : إن المرسل أقوى من المسند بهذا الطريق لأن المرسل قد تذممه الراوى (أى أخذه فى ذمته عند الله تعالى » وذلك يقتضى وثوقه بعدالته . وأما اذا أسند فقد فوض أمره للسامع ينظر فيه ولم يتذممه » .

الرأى الثالث : وهو رأى وسط بين القبول والرد وإليه ذهب الشافعى فهو يأخذ بالمرسل الذى ينتهى إلى كبار التابعين إذا أسند مرسل ذلك التابعى أو قوى بمرسل مقبول . أو قول صحابى أو فتوى جماعات من العلماء بمثل ما نص عليه .

ويظهر أن قبول المرسل من الأخبار كان أمراً شائعاً فى عصر أبى حنيفة ومالك رضى الله عنه لأن الثقات من التابعين الذين التقيا بهم أو بتلاميذهم كانوا يصرحون بأنهم يرسلون اسم الصحابى إذا كانوا قد رووا الحديث عن عدة من الصحابة روى أن الأعمش قال : قلت لإبراهيم : اذا رويت

---

(١) أصول الفقه للخضرى ص ٢٨٩

(٢) التنقيح جـ ٢ص ٧

لى حديثاً عن عبد الله فأسنده لى ، فقال : إذا قلت لك حدثنى فلان عن عبد الله فهو الذى روى لى ذلك . وإذا قلت قال عبد الله فقد رواه لى غير واحد »(١) .

كما روى الحسن البصرى أنه كان يقول : « كنت إذا اجتمع أربعة من الصحابة على حديث أرسلته إرسالا » وعنه أنه قال « متى قلت لكم حدثنى فلان فهو حديثه لا غير ، ومتى قلت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد سمعته من سبعين أو أكثر »(٢) .

كما يظهر أن الإرسال كان هو الكثير بين التابعين قبل أن يكثر الكذب على رسول الله صلى الله عليه وسلم . فاضطر العلماء إلى الإسناد ليعرف الراوى فتعرف نحلته ، ولهذا قال فى ذلك ابن سيرين : ما كنا نسند الحديث إلى أن وقعت الفتنة .

ولهذا قبل أبو حنيفة ومالك وغيرهما المرسل فى تلك الحدود التى عرفناها وهى أن يكون الذين أرسلوا من الثقات . وإن من يتتبع كتب الآثار المنسوبة الى أبى حنيفة يتضح له أن المرسل يكون فى مرتبة خبر الآحاد عنده . فعند تعارضهما يرجح بينهما بطرق الترجيح التى تتبع عند تعارض خبرين من أخبار الآحاد .

لكن اختلف الحنفية بعد ذلك فى مرتبة المرسل وخبر الآحاد عند تعارضهما فبعضهم قدم المرسل . وبعضهم قدم المتصل .. فمن أمثلة ترجيح المرسل ماروت عائشة قالت «أهدى لحفصة طعام وكنا صائمين فأفطرنا ثم دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلنا له يارسول الله : أهديت لنا هدية واشتهيناها فأفطرنا . فقال صلى الله عليه وسلم : لا عليكما صوما يوما آخر مكانه» فهذا الحديث مرسل وقد أخذ به الحنفية والمالكية وقالا بوجوب قضاء صوم التطوع إذا فسد . وقال آخرون وهم الشافعية لا قضاء بإفساده لكونهم لم يأخذوا بالحديث لإرساله .

---

(١) مسلم الثبوت ج ٢ ص ١٧٤

(٢) مسلم الثبوت ج ٢ ص ١٧٥

المبحث الثالث

الترجيح فى متن الحديث (١)

يترجح ما هو أقوى دلالة . فالمحكم يرجح على المفسر ، والمفسر يرجح على النص ، والنص على الظاهر كما سبق . كما تترجح العبارة على الإشارة . وتترجح الإشارة على دلالة النص والدلالة على المقتضى . ويترجح اللفظ الفصيح على غيره لأنه صلى الله عليه وسلم أفصح العرب فيبعد نطقه بغير الأفصح . لأن الأخير يكون مروياً بالمعنى فيتطرق إليه احتمال الخلل ، قال الأسنوى . وأما الأفصح فلا يرجح على الفصيح خلافاً لبعضهم لأن الرجل الفصيح لا يجب أن يكون كل كلامه أفصح » (٢) .

ويترجح الأقل احتمالا على الأكثر احتمالا كالمشترك لاثنين على المشترك عن الاضطراب وقوة استعماله فى المقصود بالنسبة إلى الثانى .

ويترجح المجاز الأقرب إلى الحقيقة على ما هو أبعد منه إليها ، وفى كتب الشافعية يترجح المجاز على مجاز آخر بأقربية المصحح . وهى العلاقة إلى الحقيقة مع اتحاد الجهة يقول الاسنوى : « فإذا تعارض خبران ولا يمكن العمل بأحدهما إلا بارتكاب المجاز وكان مجاز أحدهما أشبه بالحقيقة من مجاز الآخر فإنه يرجح عليه لقربه »

ويترجح الخبر المشتمل على الحقيقة الشرعية على الخبر المشتمل على الحقيقة العرفية أو اللغوية لأنه صلى الله عليه وسلم بعث لبيان الشرعيات فالظاهر من حاله أنه يخاطب بها ، ثم المشتمل على الحقيقة العرفية يرجح على الحقيقة اللغوية لاشتهار العرفية وتبادر معناها .

---

(١) المراد بالمتن ماتضمنه الحديث من أمر أو نهى أو عموم أو خصوص .

(٢) نهاية السول ج ٤ ص ٤٩٧

ويترجح العام على الخاص (عند الحنفية) هذا إذا كان العمل بالعام فيه الاحتياط كما لو كان العام محرما والخاص مبيحاً ، لأن العمل بالعام حينئذ أقرب إلى تحصيل المصلحة دون المفسدة . فإن لم يكن الاحتياط فى العمل بالعام جمع بينهما بالعمل بالخاص فى محله وبالعام فيما سواه — ورجح الشافعية الخاص على العام دائما لأنه غير مبطل للعام بخلاف العمل بالعام فإنه مبطل للخاص . ولكون الخاص أقوى دلالة .

ويترجح الخبر المومى إلى علة الحكم ، على الخبر الذى لايكون كذلك لأن انقياد الطباع إلى الحكم المعلل أسرع . ومثلوا لذلك بما جاء فى حديث البخارى « من بدل دينه فاقتلوه » مع حديث الصحيحين أنه صلى الله عليه وسلم « نهى عن قتل النساء والصبيان » فقد نيط الحكم الأول بوصف الردة المناسب ولا وصف فى الثانى . ويحمل لفظ النساء فيه على الحربيات . لكن قد يعارض هذا المرجح مرجح آخر هو أن الحديث الثانى نهى والأول أمر . والنهى راجح على الأمر وعند التعارض يكون المعول فى الترجيح على مايراه المجتهد (١) .

ويترجح الخبر الدال على التحريم على الخبر الدال على الإباحة احتياطاً وهذا لأن ذلك الفعل إن كان حراماً كان ارتكابه ضرراً . وإن كان مباحاً فلا ضرر فى تركه ولا بأس بهذا . اختار ذلك الآمدى وابن الحاجب . وقيل ترجح الإباحة لاعتضادها بالأصل ولأنه عليه السلام كان يحب التخفيف على أمته والظاهر بقاء الأحكام على ما يحبه (مسلم الثبوت جـ ٢ ص ٢٠٦) وقيل يستويان وهو مختار الغزالى . والراجح ترجيح التحريم لقوله عليه السلام : ما اجتمع الحلال والحرام وإلا وغلب الحرام على الحلال » .

وكذلك تقدم الكراهة على الندب لكونها أحوط . ويرجح التحريم والوجوب والندب والكراهة على الإباحة للاحتياط .

---

(١) حاشية بخيت على الأسنوى جـ ٤ ص ٥٠٠

ويترجح الخبر النافى للحد على الخبر الموجب له وهو مذهب الحنفية والشافعية وعللوا ذلك بكونه مشتملا على اليسر وعدم الحرج . كما أنه يتفق مع ما ورد فى كتاب الله تعالى من قوله « وما جعل عليكم فى الدين من حرج » وماورد عليه السلام من قوله « ادرءوا الحدود بالشبهات » كما أن الحد ضرر ، والضرر منفى عن الإسلام بقوله عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام » .

ويذهب بعض المتكلمين إلى تقديم موجب الحد على دارئه نظراً الى الى أن فائدة العمل بالموجب التأسيس . وبالدرء التأكيد . والتأسيس مقدم على التأكيد .

وقد رجح الإمام الغزالى أنهما سواء لأن الشبهة لا تؤثر فى ثبوت الشرعية بدليل أنه يثبت بخبر الواحد مع قيام الاحتمال . والحد إنما يسقط بالشبهة إذا كانت فى نفس الفعل أو للاختلاف فى حكمه كأن يبيحه قوم ويحظره آخرون .

وكذا يترجح الحديث الموافق للقياس على مخالفه ، فإذا تعارض حديثان أحدهما موافق للقياس والآخر مخالف له فالموافق مرجح على المذهب الأصح. ذلك لأن الغالب فى الأحكام أن تكون معللة . ويقاس عليها غيرها ، والظن تابع للأغلب ، فالظن بثبوته أقوى (١) ، فمن تقديم الموافق : أن الحنفية أخذوا بحديث معقل بن سنان فى بروع بنت واشق الأشجعية فقد مات عنها هلال بن مرة قبل أن يدخل بها ولم يكن سمى لها مهراً فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بمهر مثل نسائها . وقد سئل ابن مسعود عن امرأة توفى عنها زوجها قبل أن يدخل بها ولم يكن سمى لها مهراً فأفتى بعد نظر قضى فيه أياماً بأن لها مهر مثلها لاوكس ولا شطط فشهد لديه معقل بن سنان بما ذكرنا ففرح بذلك فرحاً شديداً إذ وافقت فتياه قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم.

---

(١) مسلم الثبوت ج ٢ ص ٢٠٦ .

فقد أخذ الحنفية بحديث معقل لموافقته القياس عندهم . من جهة أن الموت يشبه الدخول بالزوجة فى توكيد وجوب المهر وتثبيته ، بدليل أنهما سواء فى إيجاب العدة — ولم يعمل بحديث معقل الشافعية(١) لضعفه ولكونه يخالف عندهم قياساً آخر إذ أنهم يرون أن المعقود عليه إذا عاد سالماً الى صاحبه لم يستوجب عوضا . وأن المهر لا يجب إلا بالفرض عن تراض أو بقضاء أو باستيفاء المعقود عليه ولم يوجد شيء من ذلك .

والنفى يترجح على الإثبات فيما الغالب فيه الشهرة لوكان ولم يشتهر . وهذا عند الحنفية (٢) ولهذا قدموا حديثى عدم انتقاض الوضوء بمس النساء أو مس الذكر على حديثى انتقاضه بهما لكون النافى قد اعتضد بالأصل فإن الاصل فى كل شيء هو العدم — وقال الأسنوى (٣) « يرجح الخبر المثبت للطلاق والعتاق على الخبر النافى له» وقال فى جمع الجوامع وشرحه : والمثبت على النافى لاشتماله على زيادة علم ، وقيل عكسه لاعتضاد النافى بالأصل وثالثها سواء لتساوى مرجحهما ورابعها يرجح المثبت إلا فى الطلاق والعتاق فيرجح النافى لهما على المثبت لهما لأن الأصل عدمهما « حكى ابن الحاجب مع هذا عكسه أى ترجيح المثبت لهما على النافى » .

ومما سبق يتضح أن صاحب جمع الجوامع حكى فى المسألة أربعة أقوال آخرها ما اختاره الأسنوى من تقدم المثبت فى الطلاق والعتق على النافى . وقد عللوا ذلك بأن ذلك هو الأصل والنافى على خلافه فيكون الأصل أرجح وقد وافقهما الكمال من الحنفية فقال فى التحرير « وموجب الطلاق والعتاق يترجح على نافيهما » (٤) .

---

(١) راجع الأم جـ ٥ ص ٦١

(٢) المرجع السابق .

(٣) جـ ٤ ص ٥٠٣ ـ حديث « من مس ذكره فليتوضأ »صححه الترمذى وغيره . كما أن حديث « إن هو إلا بضعة منك » رواه الترمذى وغيره : أنه صلى الله عليه وسلم سأله رجل مس ذكره أعليه وضوء ؟ قال « لا انما هو بضعة منك » وبضعة بفتح الباء لا غير أى قطعة لحم منك جمها بضع (راجع نصب الراية . وفتح القدير) .

(٤) التقرير والتحبير جـ ٣ ص ٢٤

ويرى بعض الأئمة الترجيح بعمل أهل المدينة لأنهم أعرف بالأحكام ولكون المدينة المطهرة كانت مهبط للوحى ، ومنقية للخبث كما ينقى الكير خبث الحديد (١) .

كما رجح ابن الهمام فى التحرير (ما عمل به الخلفاء الراشدون أبو بكر وعمر وعثمان وعلى رضى الله عنهم على ما ليس كذلك) لأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر بمتابعتهم والاقتداء بهم ولكونهم أعرف بالتنزيل ومواقع الوحى والتأويل يفيد غلبة الظن فى ذلك ولا سيما اذا كان بمحضر من الصحابة ولم يخالف فيه أحد فإنه يحل محل الإجماع (٢) .

---

(١) ممن اعتبر ذلك الإمام مالك فإنه يرى أن ذلك العمل لا يمكن إلا أن يكون نقلا عن النبى صلى الله عليه وسلم ويقول مقاله شيخه ربيعة بن عبد الرحمن « ألف عن ألف خير من واحد عن واحد » وبذلك يقدم عمل أهل المدينة الذى أساسه الرأى عن خبر الآحاد . وقد كان يلوم كل فقيه لا يأخذ بعمل أهل المدينة ويخالفهم (الاعتصام للشاطبى ج ٢ ص ٣١٠) .

(٢) المرجع السابق ج ٤ ص ٢٦

الفصل الخامس

الجمع بين الدليلين

إذا لم يجد المجتهد سبيلا إلى ترجيح (١) أحد الدليلين على الآخر فإنه يحاول الجمع والتوفيق بينهما ، وذلك يكون بأحد الوجوه الآتية :

١ — الجمع بالتنويع وذلك بين العامين المتعارضين ، بأن يخص أحدهما بالبعض والآخر بالبعض الآخر. ويحمل كل منهما على نوع ، كما إذا علم عن آمر أنه قال : أعطوا الفقراء ، وقال لا تعطوا الفقراء . ولم يعلم أيهما المتقدم حمل الامر على الفقراء المتعففين ، والنهى على الفقراء الذين لا يسألون الناس إلحافا .

ومن الأمثلة من النصوص : قوله عليه السلام « ألا أنبئكم بخير الشهود ؟ قالوا بلى يارسول الله قال : أن يشهد الرجل قبل أن يستشهد » فإنه يقتضى قبول شهادة من شهد فى شىء قبل أن تطلب منه الشهادة سواء كان حقا من حقوق الله تعالى أو حقا من حقوق العباد — فقد تعارض مع قوله صلى الله عليه وسلم « إن خيركم قرنى ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يكون قوم يشهدون ولا يستشهدون (٢) » فإنه يقتضى ألا تقبل شهادة من شهد فى شىء قبل أن تطلب منه الشهادة مطلقا — ويجمع بينهما بحمل كل منهما على نوع من الحقوق . فيحمل الحديث الأول على حقوق الله تعالى . ويحمل الحديث الثانى على نوع آخر منها وهى حقوق العباد ، لكن صرح القرطبى بعدم التعارض بين الحديثين وقال إن الحديث الثانى (٣) .

---

(١) هذا على أحد الرأيين السابقين وهو تقديم الترجيح على الجمع .

(٢) سبل السلام جـ ٤ ص ١٩٦ ، وتفسير القرطبى جـ ٣ ص ٤٠٠

(٣) محمول على ثلاثة أوجه . أحدها أن يراد به شاهد الزور . فإنه يشهد بما لم يستشهد الثانى : أن يراد به الذى يحمله الشره على تنفيذ ما يشهد به فيبادر بالشهادة قبل أن يسألها ، الثالث النهى عن العهد والشهادات فى أيام الصبا (القرطبى جـ ٣ ص ٤٠٠) .

٢ ــ الجمع بالتقييد، وذلك بأن يقيد كل منهما بما يغاير الآخر ،كما إذا علم من آمر قوله: أعط فقيرا وقوله لاتعط فقيراً . فإن الأول يقيد بالفقير المتعفف، والثانى بالفقير المتسول .

٣ ــ الجمع باختلاف الحال،وذلك بين الدليلين الخاصين ويكون بحمل أحدهما على حال،والثانى على حال أخرى. كما إذا قال قائل : أعط علياً ولاتعط علياً . فإن الاول يحمل على حال استقامته،والثانى على حال اعوجاجه أو يحمل أحد الطلبين على المجاز ، والآخر على الحقيقة .

٤ ــ الجمع بالتخصيص فيما إذا كان أحد الدليلين عاما والآخر خاصا وهو أن يخصص العام ويعمل به فيما وراء الخاص ــ على طريقة تخصيص العام عند الشافعية ــ فيعمل بالخاص على احتمال الغلط ، لا بأن يقطع بأن المراد بالعام ما وراء الخاص .

المبحث الأول

هل الجمع مقدم على الترجيح ؟

يظن البعض أن إعمال الدليلين بالجمع بينهما أولى من إهمال أحدهما بالترجيح . فلهذا يقدم الجمع بين الدليلين على الترجيح بينهما .

وهو ظن ضعيف ، ورأى غير مستقيم ، لأن تقديم الراجح من الدليلين على المرجوح منهما هو الأمر المعقول . والذى يراه أكثر العلماء . فلهذا تكون أولوية الإعمال بالجمع عندما لم يكن المهمل مرجوحا . والسر فى ذلك هو أن المرجوح عند مقابلته بالراجح لا يكون دليلا . فلذا لا يكون إهماله إهمالا لدليل (١) .

و الأدلة على أن الترجيح مقدم على الجمع من النصوص كثيرة منها مانقل عن الإمام أبى حنيفة أنه قدم على حديث العرنيين حديث الاستنزاه

---

(١) مسلم الثبوت ج ٢ ص ١٩٤ .

من البول لوجود مرجح التحريم فى حديث الاستنزاه على الإباحة التى فى حديث العرنيين .

أما حديث العرنيين فقد رواه البخارى قال : حدثنا سليمان بن حرب قال : حدثنا حمادبن زيد عن أيوب عن أبى قلابة عن أنس قال : قدم أناس من عكل أو عرينة فاجتووا المدينة فأمرهم النبى صلى الله عليه وسلم بلقاح ، وأن يشربوا من أبوالها فانطلقوا فلما صحوا قتلوا راعى النبى صلى الله عليه وسلم واستاقوا النعم ، فجاء الخبر فى أول النهار فبعث فى آثارهم ، فلما أرتفع النهار جىء بهم فأمر فقطع أيديهم وأرجلهم وسمرت أعينهم ، وألقوا فى الحرة يستسقون فلا يسقون » قال أبو قلابة فهؤلاء سرقوا وقتلوا وكفروا بعد إيمانهم وحاربوا الله ورسوله »(١) .

أما حديث الاستنزاه فهوقوله عليه الصلاة والسلام « استنزهوا من البول فإن عامة عذاب القبر منه » (٢) .

ومن هنا ذهب أبو حنيفة والجمهور الى أن الأبوال كلها نجسة إلا ماعفى عنه ، . وحملوا حديث العرنيين على التداوى . وقالوا إن قوله صلى الله عليه وسلم « لم يجعل الله شفاء أمتى فيما حرم عليها محمول على حالة الاختيار

---

(١) صحيح البخارى ج ١ ص ٦٧ . والعرنيون قبيلة تنسب إلى عرينة تصغير عرنة وهى واد بحذاء عرفة . ومعنى اجتووا المدينة لم يوافقهم هواؤها . وأصل الجوى المرض . وداء الجوف إذا تطاول . ومعنى سمرت أعينهم : أحمى لها مسامير ثم كحلهم بها ، وذلك لأنهم فعلوا بالرعاة مثل ذلك . والحرة أرض ذات حجارة سود بظاهر المدينة . واللقاح جمع لقوح وهى الناقة الحلوب .

(٢) الحديث من رواية أبى هريرة . ومعنى استنزهوا اطلبوا النزاهة من البول فإن أكثر من يعذب فيه بسبب عدم التنزه عنه . وقد رواه أيضاً الدارقطنى وأخرجه الحاكم من حديث أبى هريرة وقال على شرطهما ولا أعرف له علة ، وقد روى من حديث ابن عباس وأبى هريرة وأنس وأجودهما طريقاً حديث أبى هريرة . وكذا رواه البزار عن عبادة بن الصامت بلفظ آخر راجع سبل السلام ج ١ ص ١٢٥

أو على الخمر (١) بل إنه نقل عن أبى حنيفة عدم حل شرب الأبوال مطلقاً لا للتداوى ولاغيره ،لأنه لا يتقن بالشفاء فلا يعرض عن الحرمة (٢) .

وحمل محمد بن الحسن حديث « استنزهوا من البول » على ما لا يؤكل لحمه . وقال بإباحة بول مايؤكل لحمه . ووجه مذهبه أن البول فى الحديث عام يتناول بول مايؤكل وما لايؤكل والعام المتفق على قبوله أولى من الخاص المختلف فى قبوله ، لأن متنه أقوى . فصار كعام الكتاب ، والخاص من خبر الواحد (٣) .

أما أبو يوسف فقد حمل العام على مالا يكون للتداوى . فلهذا قال بحل التداوى بأبوال الابل لحديث العرنيين فإنه عليه السلام سوغ لهم شرب أبوال الابل للاستشفاء (٤) .

ومن تقديم الترجيح على الجمع ماذهب اليه الحنفية من تقديم قوله عليه السلام « فيما سقت السماء العيون أو كان عثريا العشر » فقد قدموا العام فى هذا الحديث على الخاص الوارد فى قوله عليه السلام « ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة» كان هذا التقديم لوجود المرجح فى الحديث الأول ولم يقولوا بالجمع بينهما مع أنه ممكن بطريق حمل قوله « ماسقت السماء » على ما كان خمسة أوسق فصاعدا ، وحمل الحديث الثانى على ماكان أقل من خمسة أوسق .

هذا وممن قدم الترجيح على الجمع ابن الهمام من الحنفية ، فقد قال فى التحرير « وكيف يقدم الجمع مطلقا على اعتبار الراجح وفى تقديمه مخالفة ما أطبق عليه العقول من تقديم المرجوح على الراجح (٥) .

---

(١) شرح الشرقاوى على الزبيدى ج ١ ص ١٥٦

(٢) فتح القدير بشرح الكفاية على الهداية ج ١ ص ٨٨

(٣) المرجع السابق .

(٤) كشف الأسرار شرح المنار ج ١ ص ١١٢

(٥) التقرير والتحبير ج ٣ ص ٥

المبحث الثاني

طرق الجمع

هى متعددة منها ما يكون باختلاف الحال . ومنها ما يكون باختلاف الحكم ومنها ما يكون بتوزيع الحكم .

١ ــ الجمع باختلاف الحال :

ويكون بحمل الدليلين المتعارضين على حال ،والأخرى على حال خلافها ومثاله : ما قرأ حمزة والكسائى وعاصم قوله تعالى « ولا تقربوهن حتى يطهرن » بتشديد الطاء ــ وما قرأ الباقون (١) بتخفيفها . فإن القراءة بالتشديد تقتضى ألا يحل للزوج قربان زوجته بعد انقطاع دم حيضها قبل الاغتسال . سواء كان الانقطاع على أكثر مدة الحيض أو على مادونه والقراءة بالتخفيف تقتضى أن يحل القربان بانقطاع الدم سواء انقطع على أكثر مدة الحيض أو على مادونه لأن الطهر عبارة عن انقطاع دم الحيض يقال طهرت المرأة إذا خرجت من حيضها .

وقد وقع التعارض ظاهرا بين القراءتين . والقول بهما غير ممكن لأن حتى للغاية ، وبين امتداد الشيء إلى غاية وبين اقتصاره دونها تناف .

وقد حاول البعض دفع هذا التعارض بحمل كل قراءة من القراءتين على حال بأن تحمل قراءة التخفيف على ماإذا انقطع الدم لعشرة أيام وهى أكثر مدة الحيض (عند الحنفية) لأنه انقطاع بيقين فبمجرد انقطاع الدم حينئذ يحل القربان . لأن حرمته ثبتت باعتبار قيام الحيض لأنه تعالى أمر باعتزال النساء لمعنى الأذى بقوله تعالى « قل هوأذى فاعتزلوا النساء فى المحيض » فبعد الانقطاع على أكثر مدة الحيض لا يجوز تراخى الحرمة إلى الاغتسال ، لأنه يؤدى إلى جعل الطهر الذى هو ضد الحيض حيضا

---

(١) قراءة نافع وأبو عمرو وابن عامر . وعاصم فى رواية حفص عنه .

وهو تناقض وإبطال للتقدير الوارد . أو يؤدى إلى منع الزوج عن حقة وهو القربان بدون العلة المنصوص عليها وهى الأذى .

وتحمل القراءة الثانية قراءة التشديد على حال أخرى هى انقطاع دم الحيض على مادون أكثر مدة الحيض . لأن هذه الحالة لا يثبت معها الانقطاع بيقين ،لتوهم أن يعاودها الدم ويكون ذلك حيضا . فإن الدم ينقطع مرة ويدر أخرى ، فلا بد من مؤكد لجانب الانقطاع وهو الاغتسال أو ما يقوم مقامه (١) .

وقالوا إن إقامة الاغتسال مقام انقطاع الدم أمر عرف عن الصحابة رضى الله عنهم . فقد ذكر الشعبى أن ثلاثة عشر نفر من أصحاب الرسول الله صلى الله عليه وسلم قالوا : إن المرأة اذا كانت أيامها دون العشرة لايحل لزوجها أن يقربها حتى تغتسل .

أما احتمال أن يكون قوله تعالى بعد ذلك « فإذا تطهرن » يأبى هذا التوفيق لكونه يوجب الاغتسال فى جميع الأحوال . وأنه لوكان كذلك لكان ينبغى أن يقرأ فى قراءة التخفيف فإذا طهرن . فمجاب عنه بأن تأخير حق الزوج فى الانقطاع على العشرة لا يجوز لما قدمنا من الفساد الذى يترتب فلهذا يحمل قوله فإذا تطهرن فى قراءة التخفيف على طهرن . ولا مانع من ذلك ، لأن تفعل قد يجىء بمعنى فعل من غير أن يدل على صنع كتبين بمعنى بان أى ظهر . وكما يقال فى صفات الله عز وجل : تكبر وتعظم . ولإيراد به صفة تكون بإحداث الفعل .(٢)

---

(١) أجاب ابن العربى عن هذا : بأن كل واحد منهما محمول على معنى دون معنى الآخر فيلزمهم إذا انقطع الدم ألا يحكم لها بحكم الحيض قبل أن تغتسل فى الرجعة وهم لا يقولون ذلك فهى إذن حائض والحائض لا يجوز وطؤها اتفاقاً . وأيضاً ماقالوه يقتضى إباحة الوطء عند انقطاع الدم للأكثر وما قلناه يقتضى الحظر ، وإذا تعارض ما يقتضى الحظر وما يقتضى الإباحة ويغلب باعثاها على باعث الحظر كما قال على وعثمان فى الجمع بين الأختين بملك اليمين أحلتهما آية وحرمتها أخرى والتحريم أولى (القرطبى ج ٣ ص ٨٩ ، ٩٠) .

(٢) كشف الأسرار البزدوى ج ٣ ص ٨١١ ، ٨١٢

وقد ناقش هذا الرأى صاحب مسلم الثبوت فقال : إن القراءتين كلام واحد لا يتحمل أن يحمل على معان مختلفة . كيف لا وليس مجموع القراءتين قرآنا لأن من نذر ختم القرآن وقرأ الكل بقراءة واحدة يتم الختم ويخرج من النذر فالقراءتان كلام واحد ، وإنما كان لنا جواز القراءة بطريقين ، فلابد أن يكون مضمونهما واحدا ، فلا يصح حمل أحدهما على معنى والآخر على معنى ، ثم قال : والجواب عنه :

أن كلا من القراءتين كلامان منزلان من الله تعالى قطعا ، فلذا جاز كل منهما فى الصلاة إلا أن الله تعالى أمرنا بالقراءة بدلا ، فلا بعد أن نريد بكل من الكلامين معانى مختلفة ، بل هو المتيقن . فإن الأصل فى الكلام أن يراد به ما وضع له ، ولو سلم أنهما كلام واحد فلا استبعاد فى أن يراد به معان بحسب اختلاف الالفاظ (١) .

وذهب الجمهور (٢) الى أن وطء الحائض ،فى طهرها وقبل الاغتسال غير جائز حتى تغتسل بالماء مستدلين لمذهبهم أن صيغة التفعل إنما تنطق على مايكون من فعل المكلفين لا على ما يكون من فعل غيرهم . فيكون قوله تعالى « فإذا تطهرن » أظهر فى معنى الغسل بالماء منه فى الطهر الذى هو انقطاع الدم . وقالوا إن الاظهر يجب المصير اليه حتى يدل الدليل على خلافه (٣)

ومن أدلتهم أيضا أن الله سبحانه علق الحكم فى الآية على شرطين أحدهما انقطاع الدم وهو قوله تعالى « حتى يطهرن » والثانى الاغتسال بالماء وهو قوله «حتى يتطهرن » أى يفعلن الغسل بالماء فيقف الحكم عليهما(٤)

---

(١) مسلم الثبوت ج ٢ ص ١٩٧ .

(٢) بداية المجتهد ج ١ ص ٥٦ .

(٣) الأم ج ١ ص ٥٠ ، ج ٥ ص ١٥٤

(٤) القرطبى ج ٣ ص ٨٩

ولكن الكمال بن الهمام يرى أن المحملين خلاف الظاهر . وأن حمل إقرءة التخفيف على الانقطاع على الأكثر أقرب من حملها على الاغتسال ، اذ لايوجب تأخر حق الزوج بعد الانقطاع بارتفاع العارض المانع من ذلك وهو الحيض مع قيام المبيح وهو الحل الأصلى الثابت قبل عروض هذا المحرم (١) . وللشيخ الخضرى رأى فى المسألة يخالف الرأيين السابقين أوضحه فى قوله « ويظهر أن مثل هذه الآية ليس فيها تعارض . وأن معنى التخفيف والتشديد واحد وهو الطهارة الشرعية فلا حل حتى يرتفع الدم وتغتسل سواء ارتفع لأكثر مدة الحيض أو مادونها . وإن كان هذا هو ما ذهب اليه غير الحنفية وهو رأى له وجاهته(٢) .

ومما مثلوا به للجمع باختلاف الحال

قوله تعالى « فامسحوا برءوسكم وأرجلكم (٣) » فإن قوله « وأرجلكم » قرىء بخفض اللام ونصبها . والقراءتان مشهورتان فمن قرأ وأرجلكم (بالنصب) عطف على المغسول وهو الوجه . ومن قرأ بالخفض عطف الممسوح وهو الرأس . والقراءة الاولى توجب الغسل وعدم جواز الاكتفاء بالمسح . والقراءة الثانية توجب مسح الرجل لا غير . وهو مذهب الروافض فهما متعارضتان من حيث الظاهر .

وقد تخلصوا من هذا التعارض باختلاف الحال . وذلك بحمل قراءة النصب على حال ظهور القدمين . وقراءة الجر على حال استتارهما بالخفين وإنما صح هذا الحمل وإرادة مسح الخف مع إضافة المسح الى الرجل لأن الجلد لما أقيم مقام بشرة القدم لاتصاله بها صار مسحه بمنزلة مسح القدم . وصار إضافة المسح الى الرجل وإرادة الخف منها بمنزلة غسل الدم . ذلك لأن الجلد حيث قام مقام بشرة القدم كان المسح مصادفا بشرة القدم تقديرا كما أن الغسل يصادف بشرة القدم تحقيقا فصح إضافة المسح إلى الرجل (٤).

---

(١) التقرير والتحبير ج ٣ ص ٨

(٢) أصول الفقه للخضرى ص ٤٤٧

(٣) المائدة الآية : ٦

(٤) كشف الأسرار البزدوى ج ٣ ص ٨١٣

وتكون فائدة ذكر الرجل دون الخف هى أن المسح لو أضيف إلى الخف بأن قيل « وامسحوا برءوسكم وخفافكم » لأوهم جواز المسح على الخف وإن كان غير ملبوس . ففى ذكر الرجل وإرادة الخف إزالة هذا الوهم (١) .

ويذهب البعض الى أن القراءة بالخفض وإن كانت معطوفه على الرأس هى موجبة للغسل أيضاً لأنه أريد بالمسح الغسل فى حق الرجل مشاكلة . وللتفاوت بين الفعلين إذ كل واحد منهما إمساس العضو بالماء . والمتوضىء لا يقنع بصب الماء على الأعضاء حتى يمسحها فى الغسل. ولهذا يقال تمسحت للصلاة ويراد توضأت . ومنه قوله تعالى « فطفق مسحا بالسوق والأعناق (٢) » فإن معناه غسل أعناقها وأرجلها غسلا خفيفا إزالة للغبار عنها لكرامتها عليه .

وتكون فائدته : التحذير عن الإسراف المنهى عنه إذ الأرجل مظنة الإسراف بصب الماء عليها فعطفت الرجل على الممسوح لا لتمسح لكن لينبه على وجوب الاقتصار . كأنه قيل واغسلوا أرجلكم غسلا خفيفا شبيها بالمسح ، فالمسح المعبر به عن الغسل يكون مقدرا ودلت عليه الواو.

وإنما حمل على ذلك لما اشتهر من أن النبى عليه الصلاة والسلام وأصحابه كانوا يغسلون أرجلهم فى الوضوء مع أن فى الغسل مسحا وزيادة إذ لا إسالة بدون الاصابة . وأن المقصود من الوضوء هو التطهير وذلك فى الغسل . ومسح الرأس خلف عنه تخفيفا . ففى إيثار الغسل جمع بين الأدلة ، وموافقة للجماعة وتحصيل للطهارة ، وخروج عن العهدة بيقين (٣) .

---

(١) جاء فى المبسوط ج ١ ص ٩٧ ما نصه « ثبت المسح على الخفين بالسنة فقد اشتهر فيه الأثر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قولا وفعلا من حديث المغيرة بن شعبة رضى الله عنه قال : توضأ رسول الله صلى الله عليه وسلم فى سفر وكنت أصب الماء عليه وعليه جبة شامية ضيقة الكين فأخرج يده من تحت ذيله ومسح على خفيه فقلت : نسيت غسل القدمين فقال : لا بل أنت نسيت بهذا أمرنى ربى » وعلى هذا يكون إثبات شرعية مسح الخف بالكتاب ، ولكن عامة المحققين على إثبات شرعية المسح على الخف بالسنة وهو المذكور فى المبسوط والهداية وعامة الكتب . فإنه لو كان ثابتاً بالكتاب لكان مغيا إلى الكعبين كالغسل .

(٢) سورة ص الآية : ٣٣

(٣) التلويح على التوضيح ج ٢ ص ١٠٥

٢ ـ الجمع باختلاف الحكم :

وهو أن يجعل أحد الحكمين المتعارضين الذى أثبته أحد النصين غير الحكم الذى نفاه الآخر . فلا يبقى بعده تعارض . ولا يوجد اتحاد فى محل النفى والإثبات . لأن اختلاف الحكم يقتضى اختلاف المحل : ومن أمثلته (١) :

قوله تعالى « لايؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم » (٢) .

وقوله تعالى « لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان » (٣) .

وجه التعارض : أن الآية الأولى توجب المؤاخذة فى كل يمين مكسوبه بالقلب مقصودة سواء كانت معقودة أوغير معقودة ومقتضاها أن تجب المؤاخذة فى اليمين الغموس لكونها مكسوبة ـ والآية الثانية تقتضى ألا تتحقق المؤاخذة فى الغموس . لأن الآية سبقت لبيان المؤاخذة فى المعقودة ونفيها عن اللغو . والغموس ليست بمعقودة فكانت لغوا فى حق المؤاخذة .

وإيضاح ذلك : أن الأيمان منها ما هو لغو ومنها منعقدة ومنها غموس

فالغموس : الحلف على أمر ماض أوحال كذبا عمدا . واللغو الحلف على أمر ماض ظنا فمن حلف على الشىء يظن أنه على يقين منه فيظهر أن الشىء على خلاف ماحلف عليه يكون يمينه لغوا ـ عند الحنفية ـ وجعل الشافعى لغو اليمين مالم تنعقد عليه النية مثل ماجرت به العادة من قول الرجل فى أثناء المخاطبة

---

(١) مثل له بعضهم بقوله صلى الله عليه وسلم « لا صلاة لجار المسجد إلا فى المسجد » فإنه معارض لما ثبت أنه عليه السلام أقر صلاة من صلى فى غير المسجد ، فإن ظاهر الحديث الأول نفى الصلاة فى غير المسجد لجاره ، ومقتضى الثانى صحة صلاته فى غير المسجد فهما متعارضان فيحمل الأول على نفى الكمال ويحمل الثانى وهو التقرير منه عليه السلام على نفى الفضيلة فإن كلا منهما متعدد فالخبر يحتمل نفى الصحة ونفى الكمال ونفى الفضيلة . نهاية السول ج ٣ ص ٤٤٩ مع حاشية الشيخ محمد بخيت .

(٢) البقرة : ٢٢٥

(٣) المائدة : ٨٩

لاوالله وبلى والله مما يجرى على الألسنة بالعادة من غير أن يعتقد لزومه وهذا القول رواه مالك فى الموطأ . وبه قال ابن عباس. روى البخارى عن عائشة رضى الله عنها قالت نزل قوله تعالى « لايؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم » فى قول الرجل لاوالله وبلى والله. وقيل اللغو ما يحلف به على الظن فيكون بخلافه قاله مالك وحكاه ابن القاسم عنه . قال أبو هريرة : إذا حلف الرجل على الشىء لا يظنه الاأنه اياه فإذا ليس هو فهو اللغو وليس فيه كفارة .

واليمين المنعقدة الحلف على شىء فى المستقبل أن يفعله أو لايفعله (١) وجه التعارض أنه لما كانت الغموس غير معقوده تتكون لغوا (لأن اللغو اسم لكلام لافائدة فيه) (٢) ولأنه ليست فى الغموس فائدة اليمين المشروعة بل هى خالية عنها من جهة أن اليمين إنما شرعت لتحقيق البر أو الصدق ، وقد فات فى الغموس هذا المعنى فكانت من هذا الوجه لغوا . وبهذا تكون داخلة فى عموم قوله تعالى « لايؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم » .

فالتعارض فى الآيتين بحسب الظاهر بالنسبة لليمين الغموس، فإن الآية الأولى توجب المؤاخذة فيها ؛ والآية الثانية تنفيها .

وقد تخلص الحنفية من هذا التعارض بكون المؤاخذة الثابتة فى الآية الأولى المراد بها المؤاخذة الأخروية . فإن اضافتها إلى كسب القلب قرينة على كونها أخروية . كما يشير إلى ذلك ورود المؤاخذة فيها مثبتة مطلقة ومن المقرر أن المطلق ينصرف الى الفرد الكامل . والكامل فى المؤاخذة العقوبة الأخروية . لأن الآخرة خلقت للجزاء . والدنيا دار ابتلاء . ثم هى حق لله بالعدل . وعقوبات زواجر لصلاح العباد غير متمحضة لحق الله تعالى.

---

(١) القرطبى جـ ٣ ص ٩٩ ، ١٠٠

(٢) فتح القدير جـ ٤ ص ٣ ، ٥ .

ذكر الله تعالى اللغو فى مواضع فكان المراد به معانى مختلفة على حسب الأحوال التى خرج عليها الكلام فقال تعالى « لا تسمع فيها لاغية » يعنى كلمة فاحشة قبيحة «ولا يسمعون فيها لغوا ولا تأثيما» على هذا المعنى . وقال « وإذا سمعوا اللغو أعرضوا عنه » يعنى الكفر والكلام القبيح ، وقال « والغوا فيه » يعنى قولوا الكلام الذى لايفيد شيئاً لتشغلوا السامعين عنه وقال «وإذا مروا باللغو مروا كراما » يعنى الباطل . ويقال لغا إذا أتى بكلام لافائدة فيه (أحكام القرآن للجصاص جـ ١ ص ٣٥٤) .

وتكون المؤاخذه المنفية الواردة فى الآية الثانية مرادا بها نفى المؤاخذة بالكفارة فى الدنيا . لأنها مقيدة بدار الابتلاء . يشير إلى ذلك قوله تعالى « ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته » .

فبهذا التغاير بين المؤاخذتين يندفع التعارض باختلاف الحال لأن التعارض إنما يتحقق عند اتحاد محل النفى والأثبات . وبه صار الحكم الذى أثبته أحد النصين غير الحكم الذى نفاه النص الآخر .

وغير الحنفية يسلكون مسلكا آخر فى التخلص من تعارض الآيتين هو : أن تكون المؤاخذة المذكورة فى آية البقرة « بما كسبت قلوبكم » محمولة على المؤاخذة الدنيوية (الكفارة) وتكون المؤاخذة الواردة فى آية المائدة « بما عقدتم الأيمان فكفارته » مفسرة بالكفارة ويحمل العقد المذكور فى الآية الثانية على كسب القلب ، وتكون الثانية تفسيرا للأولى . وبهذا تندرج الغموس فى المعقودة ، لأنها معقودة بعقد القلب وقصده فتجب فيها الكفارة (١) .

وقد أيدوا هذا المسلك بقولهم إنه تعالى شرع الكفارة بنفس اليمين من غير شرط حنث فقال : « ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته » ولم يقل ذلك كفارة إيمانكم إذا حنثتم » إنما قال : اذا حلفتم . ولا تجب الكفارة بنفس اليمين إلا فى الغموس والمنعقدة لا فى اللغو ، ولكن لم يحظ هذا المسلك من الحنفية بالقبول لأن مقتضاه أن تجب الكفارة فى الغموس والمعقودة وهم إنما يوجبونها فى المعقودة فقط . فلهذا لم يسلموا صحة حمل العقد على كسب القلب ولا حمل المؤاخذة فى الآيتين على المؤاخذة الدنيوية لما فى ذلك من تقليل فائدة النص ، وفى هذا يقول عبد العزيز البخارى فى شرح أصول البزدوى : « فإنا متى حملنا أحدهما على الآخر كان تكرارا وحمل كلام صاحب الشرع على الإفادة ما أمكن أولى من حملة على الإعادة ، مع أن فيه عدو لاعن

---

(١) كشف الأسرار البزدوى ج ٣ ص ٨١١ ، ٨١٢ ، شرح مسلم الثبوت ج ٢ ص ١٩٩ ، ٢٠٠

الحقيقة من غير ضرورة ، لأن حقيقة العقد ربط أحد طرفى الحبل بالآخر والعقد الشرعى يسمى عقدا لما فيه من ارتباط أحد الكلامين بالآخر ، وعزيمة القلب لا ترتبط بشيء لأنها لاتوجب حكما إلا أنها سبب للعقد فإن المرء يقصد بقلبه ، ثم يتكلم بلسانه ، فانطلق عليها اسم العقد ، فكان مجازا : يوضحه :

أن الآية قرئت بالتشديد كما قرئت بالتخفيف ، وبالتشديد لا يحتمل عقد القلب أصلا . فكان حمل القراءة بالتخفيف على مايوافق القراءة الأخرى وفيه رعاية الحقيقة وتكثير الفائدة أولى من حملها على القصد » (١) .

وقد يتوجه عنه مسلك الحنفية : أن كون العقد حقيقة فى الربط بقصد الإيفاء ولكنها دعوى يعوزها الدليل : لأن حقيقة العقد ضد الحل . فيكون ربط اليمين المراد به تقييدها بالقصد وعليه يكون المعنى لايؤاخذكم الله بما صدر خطأ ، وإنما يؤاخذكم بما صدر قصدا . وبهذا المعنى يكون العقد شاملا لليمين المنعقدة اصطلاحا ، واليمين الغموس فتجب فيهما كفارة .

وقد أجابوا عنه . بأنه على تسليم كون العقد ضد الحل كما قلتم لكن ربط اليمين ليس هو تقييده بالقصد المطلق بل بالقصد المقيد بالإيفاء . ولذا يقال للعهد عقد كما صرح به فى كتب اللغة وكما هو معنى معهود شرعا — ثم إنه لو أريد بعقد الإيمان ربطها بالقصد مطلقا ، لكان اليمين اللغو أيضا داخلا فيه لأنه مربوط بقصد فيلزم فيه المؤاخذة ، ولم يقل به أحد . فكان الصحيح أن حقيقة العقد أو اليمين هو الربط بقصد الإيفاء وهو إنما يكون فيما إذا حلف على المستقبل وهى اليمين المنعقدة لا غير .

وماقد يقال للحنفية : إن سورة المائدة متأخرة فى النزول عن سورة البقرة : فلوكان بينهما تعارض لوجب النسخ بالآية المتأخرة ، ولاسبيل إلى الجمع بما ذكر ؛ لأن النسخ مقدم على الجمع .

---

(١) قال الشافعى فى الأم : عقد اليمين أن يثبتها على الشيء بعينه أن لا يفعل الشيء فيفعله أو ليفعلنه فلا يفعله ، أو لقد كان وما كان فهو آثم وعليه الكفارة لما وصفت من أن الله عز وجل قد جعل الكفارات فى عمد المأثم (الأم ج ٧ ص ٥٧) .

مجاب عنه : بأن سياق آية البقرة يقتضى كون المؤاخذة فى الآخرة ، وحينئذ فلا تعارض . إنما التعارض بحسب أول النظر ، وتقدم النسخ إنما يكون إذا لم تكن قرينة تدل على تعيين المراد .

هذا ويثبت بعض العلماء فى دفع التعارض بين الآيتين مذهبا جديرا بالذكر : فقد رأى أنه تعالى نفى المؤاخذة عن اللغو فى الآية الأولى ، وأثبتها فى الغموس والمراد منها المؤاخذة بالإثم ، وأنه نفاها فى الآية الثانية عن اللغو أيضا وأثبتها فى المعقودة وفسرها بالكفارة فكان بيانا أن المؤاخذة فى المعقودة بالكفارة وفى الغموس بالإثم وفى اللغو لا مؤاخذة أصلا ، فلزم التسليم بهذا البيان والعمل بكل نص على حدة دون صرف النصوص بعضها عن بعض أو تقييد بعضها ببعض ، وعلى هذا لا تكون الغموس داخلة فى اللغو ولا فى العقد ، فلا تجب كفارة فيها . وحينئذ لا تعارض ، وفيه عمل بكل نص مما يفيده وحسب ما يقتضيه (١) .

الجمع بتوزيع الحكم :

وذلك بأن يجعل بعض أفراد الحكم ثابتا بأحد الدليلين وبعضها منفيا بالآخر ، ومثاله : قسمة المدعى بين مدعيين يدعى كل واحد إياه كلا بحجته ، فإن فى ذلك عمل بكل حجة منهما ، وتوزيع للمدعى بينهما بناء عليه .

يقول الأسنوى « والعمل بكل منهما يكون على ثلاثة أنواع : الأول : أن يتبعض حكم واحد من الدليلين المتعارضين متى كان قابلا لذلك فيثبت بعضه دون بعضه ، وقد مثلوا له بقسمة الملك الذى يدعيه اثنين وبيدهما مناصفة . لأن يد كل منهما دليل ظاهر على ثبوت الملك له ، وثبوت الملك قابل للتبعيض فنبعض ونحكم لكل واحد ببعض الملك جمعا بين الدليلين . وكذلك إذا تعارضت البينتان فيه » (٢) .

---

(١) راجع كشف الأسرار البزدوى ج ٣ ص ٨١٢ ، ومسلم الثبوت ج ٢ ص ١٩٩ ، والتقرير والتحبير ج ٣ ص ٩

(٢) نهاية السول شرح منهاج الأصول للأسنوى .

الفصل السادس

العدول عن الدليلين المتعارضين

إذا لم يوجد مرجح يرجح أحد الدليلين على الآخر . ولم يمكن التوفيق بينهما ولا الجمع بين النصين . سقط العمل بهما . وعلى المجتهد العدول عن الاستدلال بهما ، واللجوء إلى الاستدلال بما دونهما مرتبة لتعذر العمل بهما ، أو بأحدهما عينا . وذلك لأن العمل بأحدهما ليس بأولى من العمل بالآخر ، والترجيح من غير مرجح غير ممكن ، ولا ضرورة للعمل بأحدهما لوجود الدليل الذى يمكن العمل به بعدهما ، فلا يجب العمل بما يحتمل أنه منسوخ . وإذا تساقطا بالتعارض وجب المصير إلى دليل آخر يمكن به إثبات الحكم لأن الحادثة التحقت بما إذا لم يكن فيه ذلك النصان بتساقطهما فلا بد من طلب دليل آخر يتعرف به حكم الحادثة .

فإن كان التعارض بين آيتين عدل عن الاستدلال بهما إلى السنة :

ذلك لأن رتبة السنة متأخرة عن الكتاب فى الاعتبار(١) وفى المرتبة الثانية منه والدليل على ذلك :

١ — أن القرآن مقطوع به والسنة مظنونة . والقطع فى السنة إنما يصح على الجملة لا على التفصيل . أما الكتاب فمقطوع به جملة وتفصيلا . ولاشك أن المقطوع به مقدم على المظنون .

٢ — أن السنة مبينة للقرآن . لأن تعريفه للأحكام أكثره كلى لاجزئى كما دل على ذلك الاستقراء . فهو محتاج إلى كثير من البيان . والسنة على كثرتها

---

(١) الموافقات جـ ٤ ص ٧ .

وكثرة مسائلها إنما هى بيان له . وإذا كانت بيانا فالبيان تال للمبين فى الاعتبار لأنه يلزم من سقوط المبين سقوط البيان لا العكس . وما كان شأنه ذلك كان متأخرا .

يقول الشاطبى « والسنة راجعة فى معناها إلى الكتاب . فهى تفصيل مجمله وبيان مشكله ، وبسط مختصرة ، وذلك لانها بيان له ، وهو الذى دل عليه قوله تعالى « وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس مانزل إليهم » (١) فلا نجد فى السنة أمرا إلا والقرآن دل على معناه دلالة إجمالية أو تفصيلية . وأيضا كل دليل دل على أن القرآن هو كلى هذه الشريعة وينبوع لها ، ولأن الله تعالى قال وإنك لعلى خلق عظيم (٢) « وفسرت عائشة رضى الله عنها خلق النبى صلى الله عليه وسلم بأن خلقه القرآن . واقتصرت فى بيان خلقه على ذلك فدل ذلك على أن قوله وفعله وإقراره راجع إلى القرآن » (٣) .

وهذا ينبىء بتماسك مصادر هذا الدين المحكم ، وأن كل أقواله عليه السلام بيان للقرآن — وأما ما تأتى به السنة من أحكام يبدو بادى الرأى أنها زائدة على أحكامه هى فى الواقع فى جملتها ترجع إليه . وفى ذلك تقوية للسنة . إذ أن قبولها يكون لبيان القرآن .

٣ — دل على تأخر السنة عن الكتاب كثير من الأخبار كحديث معاذ ابن جبل الذى تقدم ذكره وأثر عمر ، ففى كتابه إلى شريح : إذا وجدت شيئا فى كتاب الله فاقض به ولا تلتفت إلى غيره . وإن أتاك شى ليس فى كتاب الله فاقض بما سن رسول الله صلى الله عليه وسلم بسنته وإن اتاك ماليس فى كتاب الله ولم يسن رسول الله فيه بسنة فاقض بما أجمع عليه الناس وإن أتاك ماليس فى كتاب ولا سنة رسول الله ولم يتكلم فيه أحد قبلك

---

(١) الموافقات للشاطبى جـ ٤ ص ١٢ طبعة التجارية .

(٢) النحل الآية : ١٦

(٣) القلم الآية : ٤

فإن شئت أن تجتهد رأيك فتقدم ، وإن شئت أن تتأخر فتأخر ، وما أرى التأخير إلا خيرا لك (١) .

وجاء عن كثير من الصحابة أنهم قدموا الكتاب على السنة فهذا ابن مسعود يقول : من عرض له منكم قضاء فليقض بما فى كتاب الله فإن جاءه ماليس فى كتاب الله فليقض بما قضى به نبيه صلى الله عليه وسلم » ومثل ذلك عن ابن عباس .

وعلى هذا إذا تعارض آيتان ولم يمكن الترجيح بينهما ولا الجمع فإنا نلجأ إلى السنة ومثال ذلك ماقالوا :

إن قوله تعالى « فاقرءوا ماتيسر من القرآن » (٢)تعارض مع قوله تعالى « وإذا قرىء القرآن فاستمعوا له وأنصتوا لعلكم ترحمون » (٣) لأن قوله تعالى « فاقرءوا ماتيسر من القرآن » بعمومه يفيد وجوب القراءة على كل مصل ومنه المقتدى . ولا يصح العدول عن مقتضى العام إلا بصارف ناهض . وليس ثمت مايصلح فبقيت القراءة فرضا على الكل بمقتضى هذه الآية ، وأفادت الآية الثانية « وإذا قرىء القرآن » عدم وجوب القراءة على المقتدى ، لأن الإنصات لايمكن معه القراءة . والآية تطلب من المكلفين استماعا بعمومها . وإنصاتا عند قراءة القرآن فى كل الأحوال وعلى جميع الأوضاع ، يستوى فى ذلك خارج الصلاة وداخلها .

فلما تعارضت الآيتان على الوجه السابق فى حق المقتدى صاروا إلى السنة النبوية وعمل كل مجتهد بما صح عنده منها .

فالحنفية (٤) قالوا بعدم وجوب قراءة المأموم خلف إمامه وأن القراءة

---

(١) إعلام الموقعين ج ١ ص ٧٠

(٢) المزمل الآية ٢٠

(٣) الأعراف : ٢٠٤

(٤) المبسوط ج ١ ص ٢٠٠

ساقطة عنه سرية كانت الصلاة أم جهرية، فلو قرأ المؤتم كره تحريما. حتى لقد قال السرخسى من الحنفية بفساد صلاة من يقرأ خلف إمامه، وأنه قول عدة من الصحابة منهم زيد بن ثابت وسعد بن أبى وقاص ، وقد نسب إلى محمد فى شرح الهداية أنه استحسن للمؤتم أن يقرأ الفاتحة احتياطا لكن قال صاحب فتح القدير « والحق أن قول محمد كقولهما » ونقل من كتب محمد ما هو صريح فى منعه من القراءة ثم قال : ولا يخفى أن الاحتياط فى عدم القراءة خلف الإمام (١) » وهم يؤيدون مذهبهم بأحاديث كثيرة بعضها مرفوع وفى رفعه مقال . وبعضها مرسل من ذلك : مارواه أبو حنيفة عن عبد الله بن شداد عن جابر رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من صلى خلف إمام فإن قراءة الإمام له قراءة » (٢) فقالوا هو عام يشمل الجهرية والسرية ، ويؤيده ماجاء فى إحدى رواياته :

أن رجلا قرأ خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكان فى الظهر أو العصر فجعل رجل من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم ينهاه عن القراءة فى الصلاة فلما انصرف أقبل عليه الرجل وقال : أتنهانى عن القراءة خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم . فتنازعا حتى ذكر ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فقال صلى الله عليه وسلم : « من صلى خلف إمام الحديث ومنها ماروى عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : إنما جعل الإمام ليؤتم به ، فإذا كبر فكبروا . وإذا قرأ فأنصتوا » (٣) صححه مسلم .

---

(١) الهداية ج ١ ص ٣٩

(٢) نصب الراية شرح أحاديث الهداية ج ١

(٣) أخرجه مسلم من حديث أبى موسى الأشعرى وقال . وفى حديث جرير عن سليمان عن قتادة من الزيادة « وإذا قرأ فأنصتوا » قال الدارقطنى : هذه اللفظة لم يتابع سليمان التيمى فيها عن قتادة وخالفه الحفاظ من أصحاب قتادة فلم يذكروها . وقال فإجماعهم يدل على وهمه . وأخرج أيضاً هذه الزيادة أبو داود من حديث أبى هريرة وقال هذه الزيادة « إذا قرأ فانصتوا » ليست بمحفوظة . وذكر أبو محمد عبد الحق أن مسلما صحح حديث أبى هريرة وقال هو عندى صحيح (القرطبى ج ١ ص ١٠٥) .

ومنها ماروى عن عمران بن حصين : أن النبى صلى الله عليه وسلم صلى الظهر فجعل رجل يقرأ خلفه « سبح اسم ربك الأعلى » فلما انصرف قال : « أيكم قرأ ؟ أو أيكم القارىء ؟ » فقال الرجل : أنا ، فقال : « لقد ظننت أن بعضكم خالجنيها » أى نازعنيها .

وذهب الشافعية إلى وجوب القراءة على المؤتم غير أنه يقرأ الفاتحة فقط إذا كانت الصلاة جهرية والفاتحة والسورة إذا كانت سرية (١) واستندوا إلى أحاديث كثيرة منها :

ما روى عبادة بن الصامت قال « صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم الصبح فثقلت عليه القراءة فلما انصرف قال : إنى أراكم تقرءون وراء إمامكم ، قال : قلنا يارسول الله إى والله ، قال لا تفعلوا إلا بأم القرآن فإنه لا صلاة لمن لم يقرأ بها » رواه أبو داود والترمذى .

ومنها ماروى أبو هريرة يرفعه « من صلى صلاة لم يقرأ فيها بأم الكتاب فهى خداج غير تمام » قال الراوى فقلت ياأبا هريرة إنى أكون أحيانا وراء الإمام ، فغمزنى فى ذراعى وقال : اقرأ بها فى نفسك يافارسى : رواه مسلم(٢). وأبو داود .

أما المالكية والحنابلة فقالوا إن القراءة لا تجب على المؤتم مطلقا . غير أن المالكية قالوا تندب فى السرية وإن جهر فيها الإمام ، وتكره فى الجهرية وإن لم يسمع من الإمام . .

والحنابلة فرقوا فى الجهرية بين أن يسمع أو لا يسمع قراءة الإمام فأوجبوا القراءة إذا لم يسمع ، ونهوا عنها إذا سمع .

---

(١) نهاية المحتاج جـ ١ ص ٣٥٥ .

(٢) الحديث قال عنه القرطبى . إنه حديث ضعيف أسنده الحسن بن عمارة وهو متروك . وأبو حنيفة وهو ضعيف كلاهما عن موسى بن أبى عائشة عن عبد الله بن شداد عن جابر . وأخرجه الدارقطنى عن عبد الله بن شداد مرسلا جـ ١ ص ١٠٦ .

ويستدلون بما روى أبو الدرداء قال سئل النبي صلى الله عليه وسلم أفى كل صلاة قراءة فقال نعم فقال رجل من الأنصار : وجبت هذه، فقال لى رسول الله وكنت أقرب القوم إليه ماأرى الإمام إذا أم القوم إلا قد كفاهم » .

وبما روى عن جابر : من صلى صلاة لا يقرأ فيها بأم الكتاب فهى خداج (١) إلا أن يكون وراء الإمام » .

وبما روى الدار قطنى : أنه صلى الله عليه وسلم : «إذا أسررت بقراءتى فاقرءوا » .

والراجح هذا المذهب الاخير وهو مختار الزهرى وابن المبارك وقول لمالك وأحمد وإسحق .

يقول ابن العربى — والذى نرجحه وجوب القراءة فى الإسرار لعموم الأخبار، أما الجهر فلا سبيل إلى سبيل القراءة فيه لثلاثة أوجه :

أحدها : أنه عمل أهل المدينة، الثانى : أنه حكم القرآن قال سبحانه «وإذا قرىء القرآن فاستمعوا له وأنصتوا » وقد عضدته السنة بحديثين أحدهما حديث عمران بن حصين « قد علمت أن بعضكم خالجنيها . الثانى : قوله «وإذا قرىء فأنصتوا : (٢) . والثالث : فى الترجيح أن القراءة مع جهر الإمام لا سبيل اليها فمتى يقرأ . فإن قيل يقرأ فى سكتة الإمام . قلنا السكوت لا يلزم الإمام فكيف يركب فرض على ماليس بفرض لا سيما وقد وجدنا وجها للقراءة مع الجهر وهى قراءة القلب بالتدبر والتفكير . وهذا نظام القرآن والحديث وحفظ العبادة ومراعاة السنة » .

فإن كان التعارض بين سنتين فانه يعدل عن الاستدلال بهما الى الاحتجاج

---

(١) الخداج بكسر الخاء النقصان والمعنى ناقصة .

(٢) الأعراف الآية : ٢٠٤

بقول الصحابى عند من يرى الاحتجاج به أو إلى القياس عند من لا يرى الاحتجاج به (١) .

ومن أمثلة ذلك ماروى أبو قلابة عن النعمان بن بشير رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الكسوف ركعتين كل ركعة بركوع وسجدتين .

وما روى عن عائشة رضى الله عنها أن الرسول صلاها ركعتين بأربع ركوعات وأربع سجدات (٢) قالت : خسفت الشمس فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى رسول الله بالناس فقام فأطال القيام ثم ركع فأطال الركوع ، ثم قام فأطال القيام وهو دون القيام الأول ، ثم ركع فأطال الركوع وهو دون الركوع الأول ، ثم سجد فأطال السجود ، ثم فعل فى الركعة الثانية مثل مافعل فى الأولى ، ثم انصرف وقد انجلت الشمس » .

فقد تعارض الحديثان فى شأن الركوع والقيام فى صلاة الكسوف . فالحديث الأول يقتضى أن كل ركعة تشمل على ركوع واحد وسجدتين كما فى سائر الصلوات — والحديث الثانى يقتضى أنهما ركوعان وقيامان فى كل ركعة ، ولما لم يوجد ما يرجح أحدهما على الآخر ترك الحنفية العمل بهما وأخذوا بالقياس .وهو قياس صلاة الكسوف على غيرها من الصلوات . وبذلك يكون الواجب فى كل ركعة ركوع واحد وقيام واحد ، كما هو الشأن فى سائر الصلوات الاخرى .

وقيل إن هذا من باب ترجيح الآثار المشهورة الصحاح التى من أحسنها حديث أبى قلابة عن النعمان بن بشير . وذلك لكثرتها وموافقتها القياس ، وأخذ الشافعية (٣) وباقى الأئمة بحديث عائشة : فقالوا فى كل ركعة ركوعان . وأول الحنفية رواية الزيادة برفع بعض القوم رءوسهم من طول الركوع ثم عودهم إليه (٤) .

---

(١) كشف الأسرار للنسفى ج ٢ ص ٥٢

(٢) صحيح البخارى ج ٢ ص ٤٢

(٣) نهاية المحتاج ج ١ ص ١١٨

(٤) راجع مسلم ج ٣ ص ٢٨

وإنما لا يصار عند تعارض الآيتين إلى السنة المتواترة . وعند تعارض السنتين إلى الإجماع إن وجد . فإن لم يوجد فإلى أخبار الآحاد وصير عند تعارض الآيتين إلى السنة وإن كانت خبر واحد . وعند تعارض السنتين إلى أقوال الصحابة والقياس ، إنما كان ذلك لأن الإجماع مقدم ومرجح على الكل عند معارضته إياها لأنه لايكون منسوخا لابكتاب أو سنة ،ولا يكون باطلا ، فتعين أن يكون الكتاب والسنة ولو كانت متواترة منسوخة ، والإجماع كاشف عن هذا النسخ (١) .

فعند تعارض آيتين أو سنتين ووجود إجماع يعمل بما وافق الإجماع ويجعل ناسخا لما خالفه . فقد ترجح بترجيح قطعى . والكلام فيما لا ترجيح فيه ، ولا يمكن هناك إجماع »

يقول الأسنوى « إذا عارض الإجماع نصا من الكتاب أو السنة فإن كان أحدهما قابلا للتأويل بوجه ما ، أول القابل له سواء هو الإجماع أو النص جمعا بين الدليلين — وإن لم يكن أحدهما قابلا للتأويل تساقطا لأن العمل بهما غير ممكن والعمل بأحدهما دون الآخر ترجيح من غير مرجح ، وهذا كله إذا كانا ظنيين ، فإن كانا قطعيين أوكان أحدهما قطعيا والآخر ظنيا فلا تعارض ، لأنه لا تعارض بين قاطعين(٢) » .

---

(١) نهاية السول ج ٣ ص ٩٣٤

(٢) ذلك لأن الاجماع لا ينسخ ولا يكون ناسخا لغيره ،لأن المنسوخ به إما النص أو الإجماع أو القياس والكل باطل ، أما النص فلاستحالة انعقاد الإجماع على خلافه . أما الإجماع لأنه يمتنع انعقاده على خلاف إجماع آخر . وأما القياس فلأن شرط صحته ألا يخالف الإجماع (الأسنوى ج ٣ ص ٩٤٦) .

الفصل التابع

تقرير الأصول

المبحث الأول

بينا فيما تقدم أن حكم المعارضة عند عدم علم التاريخ وعدم إمكان الجمع أو الترجيح أن يسقط العمل بالدليلين ، ويعدل عن الاستدلال بهما إلى ما دونهما . فيصار إلى السنة عند تعارض الآيتين . وإلى قول الصحابي أو القياس عند تعارض السنتين .

فإذا لم يتيسر دليل أدنى يجب العمل بالأصل المقرر فى المسألة التى تعارض فيها الدليلان ، ومعنى ذلك أن يبقى ما كان على ما كان ، كأن لم يوجد دليل أصلا يدل على الحكم .

ومما مثلوا به لذلك : مسألة سؤر الحمار .

فإنه تعارضت الأدلة فى إباحة لحم الحمر الأهلية وحرمته ، وانبنى على ذلك التعارض فى سؤرها . فقد روى عبد الله بن أبى أوفى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم حرم لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر — وروى الترمذى عن جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم حرم لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر وأمر بإلقاء قدر طبخ فيها لحومها . وفى بعض رواياته أنه عليه السلام أمر مناديا ينادى بإكفائها فإنها رجس » رواه الطحاوى وغيره .

وورد عنه عليه السلام ما يبيح لحومها . فقد روى غالب بن فهر أنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم لم يبق من مالى إلا حميرات . وفى رواية

أنه عليه السلام قال له هل لك مال فقال ليس لى مال إلا حميرات . فقال صلى الله عليه وسلم « كل من سمين مالك » (١) .

ولما وقع التعارض بين الأدلة المحرمة والمبيحة للحوم الحمر الأهلية لزم الاشتباه فى سؤرها لأنه متولد من لحمها ويأخذ حكمه .

لهذا ظهر الاختلاف بين الصحابة فى حكمه . فابن عمر رضى الله عنه كان يكره التوضوء بسؤر الحمار والبغل ، ويقول : إنه رجس . وكذلك روى عن أنس أنه عليه السلام نهى عنها . بينما نجد ابن عباس رضى الله عنه كان يقول : إن الحمار يعتلف القت والتبن فسؤره طاهر لا بأس بالتوضؤ به . وأيضا روى عن جابر أنه عليه السلام سئل أنتوضأ بما أفضلت الحمر فقال : نعم وبما أفضلت السباع كلها .

ومع هذا التعارض لم يوجد أصل يقاس عليه حتى يعمل به باعتبار أن القياس هو الدليل الأدنى. إذ أنه لا يصح أن يقاس الحمار على الهرة . لأن العلة فى طهارة سؤر الهرة الضرورة الشديدة ، ولا يتحقق مثلها فى الحمار . فإن الهرة تدخل المضايق بخلاف الحمار فليس فيه ضرورة — وكذلك لا يصلح القياس مرجحا ههنا فلا يمكن إلحاق السؤر بالعرق ليكون طاهرا لقلة الضرورة فى السؤر وكثرتها فى العرق . وكذا لا يمكن إلحاقه باللبن ليكون نجسا بجامع التولد من اللحم لوجود الضرورة فى السؤر دون اللبن . وكذا لا يمكن إلحاقه بسؤر الكلب ليكون نجسا لكون الضرورة فى الحمار دون الكلب وأقل منه .

وإذا ثبت التعارض فى الأدلة ، وتحقق العجز عن العمل بها بقى الاشتباه وصار الحكم مشكلا فوجب تقرير الأصل وهو إثبات ما كان على ما كان . ومقتضاه إلا يتنجس به ما كان طاهرا ، ولا يطهر به ما كان نجسا . لأن

---

(١) سبل السلام ج ٤ ص ١١٤ ، ١١٥ - وفيه وأما ما أخرجه الطبرانى من حديث أم نصر المحاربية أن رجلا سأل النبى صلى الله عليه وسلم عن الحمر الأهلية فقال : أليس ترعى الكلأ وتأكل الشجر ؟ قال . فأصب من لحومها » فهى رواية غير صحيحة لا تعارض بها الأحاديث الصحيحة .

الطهارة أو النجاسة عرفت ثابتة بيقين فلا تزول بالشك والاشتباه [1] وفى شأن النصوص الواردة فى سؤر الحمر الأهلية .

يقول شارح مسلم الثبوت « فقد تعارضا وليس ههنا أصل يقاس عليه فإن كان الهرة فالعلة فيه الضرورة الشديدة وليست مثلها فى الحمار ، لأنها تدخل المضايق بخلافه ، وإن كان السباع فليس فيها ضرورة أصلا بخلاف الحمار فقررنا الأصول : وهو أن الماء وجد فى الأصل طاهرا فلا يتنجس بالشك ولا يطهر المتوضىء لأنه كان محدثا فى الأصل ، فلا يزول الحدث بالشك فبقى كما كان مع احتمال زوال الحدث قائم فوجب استعمال الماء وضم التيمم كذا قالوا » [2] .

ويرى الحنفية أن من أراد استعمال سؤر الحمار فى إزالة الحدث ضم إليه التيمم وقد نوقشوا : بأن الماء لما كان طاهرا عملا بالأصل يصح استعماله لإزالة الحدث فلا وجه لضم التيمم . لأن معنى تقرير الأصول أن تهدر الحجتان ويعمل بالأصل . وإذا هدر الحجتان صارت الحادثة كأن لم ينزل فيها شىء ، والماء كان فى الأصل طاهرا فيبقى على طهارته . فإذا لاقى العضو أزال الحدث فلم يبق داع لضم التيمم إلا الاحتياط وليس مقتضى الاحتياط ضم التيمم ، لأنه وإن كان مزيلا للحدث لكنه ليس مزيلا للخبث ، فالتيمم لا يغنى . بل مقتضى الاحتياط إراقة الماء ثم التيمم .

وأجابوا عن هذه المناقشة :

بأنه مع تسليم أن تقرير الأصول يقتضى إهدار الحجتين من البين ، وأن الحادثة كأنها لم ينزل فى النجاسة والطهارة شىء إلا أنهما كما تدلان على نجاسة الماء وطهارته تدلان على زوال الحدث باستعماله ، وعدم زواله . فإذا أهدر الحجتان والأصل فى البدن الحدث يحكم بوجوده ، ولما كان التيمم عرف مزيلا

---

(1) كشف الأسرار البزدوى ج ٣ ص ٨٠٦

(2) مسلم الثبوت ج ٢ ص ١٩٢

للحدث وجب . ولما كان الماء الطاهر موجودا البتة واحتمال إزالته للحدث قائم فوجب استعماله للاحتياط مع ضم التيمم إليه .

ومن تقرير الأصول والعمل بالاحتياط عند وقوع الإشكال «الخنثى(١) المشكل » وهو الشخص الذى له ما للرجال والنساء، ولم يوجد فيه مايترجح به أحد الجانبين على الآخر أى جانب الذكورة أو الأنوثة .

فلما أشكل حاله بتعارض الجهتين وجب تقرير الأصول ، والعمل بالاحتياط فى موضعه فيجعل بمنزلة الذكور فى بعض الأحكام، وبمنزلة الإناث فى البعض الآخر حسب مايدل عليه الحال فى كل حكم .

فمن مظاهر ذلك أن يتأخر عن الرجال ويتقدم على النساء فى الصلاة ، وكذلك لايختنه الرجل ولا المرأة لاشتباه حاله إنما تشترى له أمة تختنه من ماله، أو من مال بيت المال . وكذا لايأخذ أكبر نصيبى الرجل والمرأة فى الميراث لأنه لما لم يكن ثابتا له لايثبت بالشك إنما يأخذ أقل النصيبين لأنه يملك الأقل على وجه محقق ، أما ملكه فيما زاد فهو محتمل والملك لا يثبت بالاحتمال هذا على مذهب الحنفية .

أما الشافعية فقالوا إن كلا من الخنثى والورثة يعامل بالأقل المتيقن بالنسبة لكل منهم ، ويوقف الباقى إلى ظهور الحال — والمشهور عن أبى يوسف وهو مذهب الامام مالك أن الخنثى يأخذ نصف نصيبى ذكر وأنثى إن ورث بهما متفاضلا ، وإن ورث بأحدهما فقط فله نصف نصيبين . أما الإمام أحمد فمذهبه كمذهب مالك إذا لم يرج اتضاحه . وكمذهب الشافعى إن رجى اتضاحه . (٢)

---

(١) الألف فى خنثى للتأنيث وكان ينبغى أن يقال خنثى مشكلة ويؤنث الضمير الراجع إليه إلا أن الفقهاء نظروا إلى عدم تحقق التأنيث فى ذاته فلم يلحقوا علامة التأنيث فى وصفه ، وضميره تغليباً للذكورة ، وقد يوصف الرجل به أيضاً فيقال رجل خنثى ورجال خناثى (كشف الأسرار البزدوى جـ ٣ ص ٨٠٨) .

(٢) وقال أبو ثور يعطى من الميراث ميراث أنثى ويوقف الباقى بينه وبين سائر الورثة حتى يتبين أمره أو يصطلحوا (تفسير القرطبى) . جـ ٥ ص ٦٦

ومن تقرير الأصول . ماقالوا فى أحكام المفقود

وهو الغائب الذى انقطع خبره ، فلم يعرف له موضع ، ولم يدر أحى هو أم ميت ؟ فإنه لما لم تعرف حياته ولاموته تعارض فى حقه دليل الحياة مع دليل الممات فيجب تقرير الأصول فى حقه فيجعل حيا فى حق مال نفسه فلا يورث عنه ، ويجعل ميتا فى حق مال غيره لأن ماله لم يكن لغيره ، ومال غيره لم يكن له فلا يثبت الانتقال بالشك . وكذلك لاتفسخ إجاراته ولا يفرق بينه وبين زوجته ولا تحل ديونه المؤجلة قبل الحكم بموته ، وتجرى عليه أحكام الأموات بالنسبة للأحكام التى تنفعه وتضر غيره وهى التى تتوقف على ثبوت حياته ، فلا يحكم باستحقاقه الإرث ، وما أوصى له به يوقف نصيبه فى الميراث والوصية إلى ظهور حياته أو الحكم بوفاته ، فإن ظهر أنه حى استحق الإرث والوصية وإن حكم بموته فالموقوف لأجله من الإرث والوصية يكون لورثة المورث والموصى ويعتبر موته من الوقت الذى ثبت أنه مات فيه فيرث من مات قبل هذا الوقت هذا هو مذهب الحنفية وبعض الأئمة . (١)

ويذهب بعض آخر ، إلى اعتبار المفقود ميتا فى حق الزوجة فقط . أما المال فيبقى على حكم ملكيته .

وقد تعارضت الأدلة فى حق المفقود مما جعل الأئمة يتركونها ويسقطون اعتبارها . ثم قالوا إن النكاح بين المفقود وزوجه ثابت بيقين ، ومجرد الغيبة لا يوجب الفرقة ، إنما يوجبها الموت ، وموت المفقود مشكوك فيه . ومن القواعد المقررة : أن اليقين لا يزول بالشك . وأن يبقى ما كان على ما كان حتى يظهر خلافه . فيجب عملا بالثابت المتيقن ترك الأمر حتى يتبين المال .

ولعل مستند القول الآخر وهو اعتبار المفقود ميتا فى حق الزوجة : هو أساس دفع الضرر عن زوجة غاب عنها زوجها وتركها تتعرض لعنت الحياة الفردية

---

(١) مقارنة المذاهب فى الفقه ص ١٢٠ للشيخ محمود شلتوت والشيخ محمد السايس .

القاسية . خصوصا إذا كانت الزوجة شابة لا تستطيع أن تحفظ نفسها من عوامل الفتنة التى تحيط بها أسبابها من كل جانب . وتيارات الرذيلة التى قد تتنازع عقلها فى كل حين .

على أن الأصل فى ذلك أن يعتبر حيا من وقت الفقد وذلك بناء على استصحاب الحال ، وبقاء ما كان على ما كان حتى يقوم الدليل على خلافه ، ومثل هذه الحجة تصلح للدفع لا للاستحقاق فلا تصلح حجة لأن يستحق به مال الغير ، ولكنه صالح لأن يدفع به استحقاق غيره لماله .

المبحث الثانى

هل الأصل فى الأشياء الاباحة ؟

يختلف العلماء فى الأشياء التى تحتمل أن يرد الشرع بإباحتها أو حظرها أنها قبل ورد الشرع على الإباحة أو على الحظر .

فقالوا فى الأفعال الاضطرارية كالتنفس فى الهواء وغيره إن الانسان غير ممنوع منها قطعا ، أما الأفعال الاختيارية كأكل الفاكهة وغيرها فهى مباحة عند البعض محرمة عند البعض — وقيل إنها على الوقف فلا توصف بحظر ولا إباحة . وأنه لا حكم لها قبل الشرع .

يقول سعد الدين التفتازانى فى التلويح فى بيان المذاهب : فإن كان اضطراريا كالتنفس ونحوه فهو ليس بممنوع إلا عند من جوز تكليف المحال — وإن كان اختياريا كأكل الفواكه فحكمه الإباحة عند بعض المعتزلة وبعض الفقهاء من الحنفية والشافعية رحمهم الله . والحرمة عند المعتزلة البغدادية وبعض الشيعة . والتوقف عند الأشعرى والصيرفى » .

ثم أفصح عن محل الخلاف مبينا أنه فى الأفعال الاختيارية التى لا يقضى العقل فيها بحسن ولا قبح ، أما ما يقضى فيها العقل فهى تنقسم إلى الواجب والمندوب والمحظور والمباح لأنه لو اشتمل أحد طرفيه على مفسدة :

ففعله حرام ، وتركه واجب . وإن لم يشتمل عليها فإن اشتمل على مصلحة فأما فعله فمندوب ، أو تركه فمكروه . وإن لم يشتمل على المصلحة أيضا فمباح (١) .

وأيضا قسم الأسنوى (٢) الأفعال إلى قسمين : اضطرارية واختيارية فقال « إن فى الافعال الصادرية من المكلف قبل بعثة الرسول إن كانت اضطرارية كالتنفس فى الهواء وغيره ففى المحصول والمنتخب أنه غير ممنوع منها قطعا .

أما الأفعال الاختيارية كأكل الفاكهة وغيرها فهى مباحة عند المعتزلة البصرية ،وبعض الفقهاء من الشافعية والحنفية . محرمة عند المعتزلة البغدادية وطائفة من الإمامية وأبى على ابن أبى هريرة من الشافعية . وذهب أبو الحسن الاشعرى وأبو بكر الصيرفى من الشافعية إلى أنها على الوقف بمعنى أنها لا توصف بحظر ولا إباحة فلا حكم لها قبل الشرع . حتى إن من لم يبلغه الشرع ينبغى أن يتوقف ولا يتناول شيئا . فإن تناول لا يوصف فعله بالحظر ولا بالاباحة — وقيل الأولى أن يفسر بأن لها حكم ولكن لا نعلمه بعينه . وقد فسر عبد القاهر البغدادى الوقف بأن من فعل شيئا قبل ورود الشرع لم يستحق بفعله من الله ثوابا ولا عقابا : هذه هى الآراء فى المسألة ونتكلم بعد ذلك عن أدلة كل رأى ، فإن لكل قول دليله ومستنده :

فاحتجت المعتزلة البصريةعلى إباحة الأشياء قبلورود الشرع بوجهين :

الأول : أن الله تعالى جواد غنى ، ومن كان كذلك لايمنع ماله عن عباده إلا ما كان فيه ضرر ، فتكون الإباحة هى الأصل باعتبار غناه وجوده ، والحرمة لعارض ولم يثبت فيبقى على الإباحة ، وقد أوضح هذا الدليل الأسنوى فقال :

---

(١) التلويح شرح التوضيح ج ٢ ص ١٠٨

(٢) نهاية السول شرح منهاج الأصول .

« إن تناول الفاكهة مثلا انتفاع خال عن أمارات المفسدة ، وخال عن مضرة المالك ، لأن مالكه هو الله تعالى وهو لا يتضرر بشيء فيكون مباحا » ثم قال « فلما وجدنا الإباحة دائرة مع هذه الأوصاف وجودا وعدما دل ذلك على أنها علة لها لأن الدوران يدل على العلية ، ثم إن هذه الأوصاف التى حكمنا بأنها علة للإباحة وجدناها فى مسألتنا فحكمنا بإباحتها » (١) .

الثانى : أنه تعالى خلق المآكل اللذيذة لغرضنا ، إذ لو كان لا لغرض ألبته لكان عبثا ، وهو على الله تعالى محال ، ولو كان لغرض راجع إليه لكان مفتقرا اليه ، والبارى سبحانه مستغن عن كل شيء فتعين أن يكون لغرضنا ، وذلك الغرض ليس هو الإضرار بالاتفاق مع العقلاء فتعين أن يكون خلقها للنفع والتناول . وإذا كان كذلك كان التناول مباحا .

واحتج من قال بأن الأصل هو التحريم : بأن الأشياء كلها مملوكة لله تعالى على الحقيقة ، والتصرف فى ملك الغير لا يثبت إلا بإباحة المالك ، فلما لم تثبت الإباحة بقيت على الحظر لقيام سببه وهو ملك الغير قياسا على المخلوقات .

واحتج الواقفية : بأن الحرمة أو الإباحة لا تثبت إلا بالشرع . فقبل وروده لا يتصور ثبوت واحدة منهما فلا يحكم فيها بحظر ولا إباحة .

وتوجه لكلتا الحجتين السابقتين مناقشة . فنوقش دليل الواقفية بأن الأفعال إن كانت ممنوعا منها تكون محرمة ، وإلا فتكون مباحة ، ولا واسطة بين النفى والإثبات .

ونوقش دليل المحرمين بأن المخلوقات تتضرر بالتصرف فى ملكها من الغير دون الله سبحانه فهو قياس مع الفارق .

وقد رجح الإمام فخر الاسلام القول بالإباحة إلا أنه لم يقل بكون الإباحة أصلا على الإطلاق . على معنى أن الله خلق الأشياء فى أصل وضعها مباحة من غير تكليف لا بحظر ولا تحريم . ثم بعث الأنبياء عليهم السلام

---

(١) الأسنوى ج ١ ص ٩٦ .

وأوحى اليهم بحظر بعضها ، وإبقاء بعضها على الإباحة الاصلية ، فلم يترك الله عباده سدى فى زمان . فأول البشر آدم كان صاحب شرع وأتى بالأمر والنهى والحظر والإباحة . ولم يخل قرن بعده عن دليل سمعى وان فتر بحيث يحتاج إلى تحديد النظر . كما قال تعالى « وإن من أمة إلا خلا فيها نذير » (١).

ومن هذا الوجه تعذر القول بكون الإباحة أصلا على الإطلاق بل فى زمان الفترة وهو الزمان الذى بين عيسى ومحمد عليهما السلام ، لأن الإباحة والحرمة قد ثبتا فى الأشياء بالشرائع الماضية وبقيتا الى زمان الفترة ، ثم كانت الإباحة ظاهرة فى زمان الفترة فيما بين الناس فتبقى إلى أن يثبت الدليل المحرم فى شريعتنا .

وعلى ذلك فالذى ينبغى أن يكون محلا للخلاف فى القول بالحظر أو الإباحة أو التوقف ليس الزمن الذى قبل وجود الخلائق بل زمان الفترة (٢) .

وينقل أن الصحيح فيما يجوز أن يحرم تارة ويباح أخرى قبل ورود الشرع لايوصف بحرمة ولا بإباحة . كما أن فعل الانسان له لا يوصف بحل ولا حرمة . فهو كفعل من لا يدخل تحت الخطاب .

أما بعد ورود الشرع فالأموال على الإباحة بالإجماع مالم يظهر دليل الحرمة لأن الله تعالى أباح الأموال بقوله سبحانه « هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعا » (٣) .

وأما الأنفس والأطراف فعلى الحرمة لأنه سبحانه ألزمهم العبادات ولايقدرون على تحليلها إلا بالعصمة عن الإتلاف ، والعصمة لاتثبت إلا بتحريم إتلاف الأنفس والأطراف جميعا (٤) .

---

(١) فاطر آية : ٢٤

(٢) كشف الأسرار البزدوى بتصرف ج ٣ ص ٨١٥ ، ٨١٦

(٣) سورة البقرة الآية : ٢٩

(٤) كشف الأسرار البزودى ج ٣ ص ٨١٦

الباب الثانى

التعارض فى السنة النبوية

الفصل الأول

تعارض السنة الفعلية والقولية

لا يستطيع عاقل أن يتصور تعارضا بين أفعال الرسول عليه السلام (١) ، فإن ظن ذلك فلا بد من فرض الفعلين فى زمانين أو بالنسبة لشخصين .

ثم إن الفعلين إما أن يكونا متماثلين كفعل صلاة الظهر مثلا فى وقتين مختلفين أو يكونا مختلفين ، وإما أن يتصور اجتماعهما كالصوم والصلاة ، أو لا يتصور اجتماعهما مع عدم التناقض كصلاة الظهر والعصر مثلا .

فهذه الأقسام كلها لاخفاء فى عدم تعارضها لإمكان الجمع فإن كان الفعلان متناقضين ،ولم يتصور اجتماعهما كما لو صام فى وقت معين ، وأكل فى مثل ذلك الوقت فلاتعارض أيضا ، لأنه يمكن أن يكون الفعل فى وقت واحد واجبا أومندوبا أو جائزا ، وفى وقت آخر بخلافه ،ولا يكون أحدهما رافعا ولا مبطلا لحكم الآخر إذ لا عموم للفعلين ، ولا لأحدهما .

فإن دل الدليل على أن مافعله عليه السلام من الصوم كان يجب تكريره عليه فى مثل ذلك الوقت — أو دل على وجوب تأسى أمته به فى ذلك الوقت كان ترك ذلك الفعل فى مثل ذلك الوقت بالتلبس بضده كالأكل مع الذكر

---

(١) يقول القرافى : الفعل لا يعارض فعلا آخر فلا ينسخه ولا يخصصه لأنه لا عموم للأفعال فلا يعقل التعارض بينهما . وإنما يعقل بين الفعل والقول كما يعقل بين الأقوال (هامش الموافقات ج ٤ ص ٥٨) .

للصوم والقدرة عليه إلا على نسخ حكم ذلك الدليل الدال على تكرر الصوم فى حقه لا على نسخ حكم ذلك الصوم المتقدم لعدم اقتضائه للتكرار ، ولأن رفع حكم الموجود محال .

ومثله : لو أنه عليه السلام رأى بعض الأمة فى مثل ذلك الوقت يأكل فأقره عليه . ولم ينكر مع الذكر للصوم والقدرة على الإنكار فإن ذلك يدل على نسخ حكم ذلك الدليل المقتضى لتعميم الصوم على الأمة فى حق الشخص أو تخصيصه ، ولا يدل على نسخ حكم فعل الرسول ولا تخصيصه .

وعلى رأى من يقول بنسخ فعل الرسول وتخصيصه يكون معناه أنه قد زال التعبد بمثله عن الرسول عليه السلام أو الواحد من الأمة ، وذلك من باب التجوز والتوسع لا أنه حقيقة (١) .

هذا فى تعارض الفعلين : أما تعارض القول مع الفعل فله أحوال نفصلها فيما يلى :

أحوال تعارض القول النبوى مع الفعل

١ — إذا كان الفعل يدل على التكرار والتأسى بالرسول من الأمة ، وكان القول خاصا بالرسول عليه السلام فلا تعارض فى حق الأمة بحال . إنما التعارض فى حقه عليه السلام لوجود التكرار ، وحكمه أن المتأخر من القول أو الفعل ينسخ المتقدم وذلك كما إذا ورد أنه عليه السلام فعل فعلا من الأفعال وتبين أن حكمه الوجوب ثم قال : « إنه حرام علىّ » فإن الوجوب يرفع عنه ، ويبقى فى حق الأمة لأنها ليست محلا للتعارض . هذا إذا علم المتقدم من المتأخر .

---

(١) الإحكام للآمدى جـ ١ ص ٢٧٢

فإن جهل المتقدم منهما والمتأخر فالمختار التوقف (١) لاحتمال الأمرين ، ولأن كون المصير إلى أحدهما بلا دليل تحكم ، وبالنسبة إلى الأمة أيضا لا تعارض لعدم تناول قوله لهم .

٢ — إذا كان الفعل يدل على التكرار ، وكان القول خاصا بالأمة . كما إذا قال : فعل كذا حرام على الأمة . فلا تعارض فى حقه عليه السلام. فيبقى الحكم بالنسبة له على ما كان ، أما بالنسبة للأمة فإن علم المتأخر فهو ناسخ للآخر . فالمتأخر من القول ينسخ الفعل ، والمتأخر من الفعل ينسخ القول .

وإن جهل التاريخ فمذاهب : المختار منها العمل بالقول لأنه هو الموضوع لبيان المراد ولأنه أدل على خصوص المراد من الفعل ، ولأنه أعم دلالة . بخلاف الفعل فإنه قاصر عن أن يدل بنفسه على حكمه بالنسبة لفاعله ومتبعيه ، وإذا علم ذلك فإنما يعلم بشىء آخر غيره ، والثابت به احتمالات إنما يعين أحدهما القول .

---

(١) اختار الآمدى العمل بالقول لوجوه : ١ — أن القول يدل بنفسه من غير واسطة والفعل إنما يدل على الجواز بواسطة أن النبى عليه السلام لايفعل المحرم — ٢ — أن القول مما يمكن التعبير عنه بما ليس بمحسوس كالمعقولات الصرفة وعن المحسوس ، والفعل لا ينبىء عن غير محسوس — ٣ —أن القول قابل للتوكيد بقول آخر ولا كذلك الفعل — ٤ — أن العمل بالقول ههنا مما يفضى الى نسخ مقتضى الفعل فى حق النبى عليه السلام دون الأمة والعمل بالفعل يفضى الى إبطال مقتضى القول بالكلية فكان الجمع بينهما ولو من وجه أولى . وقد يرجح بعضهم الفعل لأنه آكد فى الدلالة . فإنه يبين القول . والمبين آكد فى الدلالة من ذلك الشىء بيانه : أن جبريل عليه السلام بين للنبى كيفية الصلاة المأمور بها وبين مواقيتها حيث صلى به فى اليومين . وقال يا محمد الوقت ما بين هذين . والنبى عليه السلام بين الصلاة للأمة بفعله حيث قال : صلوا كما رأيتمونى أصلى « وبين المراد من قوله تعالى » ولله على الناس حج البيت بفعله حيث قال : خذوا عنى مناسككم . وقال للذى سأله عن مواقيت الصلاة : صل معنا . وبين الشهر بأصابعه حيث قال : إنما الشهر هكذا وهكذا . وأيضاً فإن كل من رام تعليم غيره اذا أراد المبالغة فى إيصال معنى مايقوله إلى فهمه استعان فى ذلك بالإشارة بيده ، والتخطيط وتشكيل الأشكال ، ولولا أن الفعل أدل لما كان كذلك . وقد يرد هذا : بأن البيان كما وجد بالفعل وجد بالقول بل إن الثانى أغلب ، وغاية الأمر أنهما متساويان فى ذلك فيبقى الترجيح بينهما (الاحكام ج ١ ص ٢٧٦) .

٣ ــ إذا كان الفعل يدل على التكرار وكان القول عاما بالنسبة للرسول وللأمة ، فأيهما تأخر كان ناسخا لحكم المتقدم فى حقه عليه السلام وحق الأمة لوجود شرط النسخ ، وإن جهل التاريخ فمذاهب واختلف فى المختار فقيل التوقف حذرا عن الحكم على أفعاله من غير قطع أو طمأنينة . وقيل المختار تقديم القول .

٤ ــ إذا كان الفعل ليس معه دليل تكرار وعلمت صفته ، وكان القول خاصا بالرسول عليه السلام ، فإن تأخر القول عن الفعل فلا تعارض بينهما لأن صفة الفعل أخذت مقتضاها بحصوله مرة ، لأن الإيجاب لا يقتضى التكرار ، ولم يقم دليل عليه ، وحينئذ يكون القول المتأخر شرعا مستأنفا فى حقه لا ناسخا لأنه لا يوجد سابق عليه يعارضه ، ويثبت الفعل فى حق الأمة مرة بصفته المعلومة من وجوب أو ندب لأنه لا تعارض فى حقهم بالفرض ولا سبب للتكرار .

وإن علم تقدم القول كما إذا قال لا يحل لى فعل كذا فى وقت كذا ثم فعله فيه مع قيام الدليل على صفته كان الفعل ناسخا لحكم القول الأول بالنسبة اليه ، ويثبت الفعل على الأمة بصفته مرة لفرض الاتباع فيما علمت صفته ولعدم ما يوجب التكرار .

وإن جهل التاريخ فبالنسبة إلى الأمة لا تعارض فيثبت عليهم الفعل بصفته مرة ، وفى حقه الوقف عن إبداء حكم .

٥ ــ إذا كان الفعل مع عدم دليل التكرار وعلمت صفته وكان القول مختصا بالأمة بأن فعل وقال : لا يحل للناس هذا فلا تعارض فى حقه عليه السلام لعدم تعلق القول به ، سواء علم تقدمه أولا ، أما فى حق الأمة فإن علم المتأخر فهو ناسخ ، وإن جهل قدم القول .

٦ ــ إذا كان الفعل مع عدم دليل التكرار ، وكان القول شاملا له وللأمة ، فالمتأخر ناسخ . وإن جهل التاريخ قدم القول بالنسبة للأمة ، ووقف عن الحكم فى حقه عليه السلام .

هذا وقد جعل شارح مسلم الثبوت الأقسام أربعة : متعرضا لدليل التأسى مع التكرار وهى كون الفعل مع دليل التكرار والتأسى به من الأمة أو عدم كل منهما . أو مع دليل التكرار فى حقه دون وجوب التأسى به أو عكسه (١) .

هذا وقد لاحظ الكمال بن الهمام أن المعارضة بين القول والفعل الذى دل دليل على صفته إنما هى معارضة بين قولين اقترن أحدهما بالفعل ، فلهذا لم يتجه له القول بتقديم القول على الفعل قائلا إنه يعمل فى تلك المجال بما هو الأحوط قولا كان أم فعلا (٢) .

---

(١) مسلم الثبوت ج ٢ ص ٢٠٢ ، ٢٠٣

(٢) التقرير والتحبير ج ٣ ص ١٤ ، ١٥ وراجع فى ذلك ، مختصر المنتهى ج ٢ ص٢٧ ، ٢٨ ، والإحكام للآمدى ج ١ ص ٢٧٣ ، ٢٧٥ ، والمستصفى للغزالى ج ٢ ص ٢٢٦

الفصل الثاني

تعارض خبر الواحد والقياس

إذا تعارض خبر الواحد والقياس وتعذر الجمع بينهما . كما إذا كانا خاصين ولا قرينة على التجوز ، أو كانا عامين متساويين ونحوهما . فقد اتفقوا على أنه يقدم أرجح الظنين الحاصلين منهما . ولكنهم اختلفوا فى أى الظنين أرجح على الوجه الآتى :

١ ــ تقديم الحديث على القياس وإليه ذهب الشافعى وابن حنبل . فها هو الشافعى فى كتاب اختلاف مالك فى رسالته يقول : أنه لا قياس مع الحديث . وإذا وجد الرأى مع الحديث لا يعمل بالرأى مطلقا ، ويعتبر الأخذ بالقياس فى موضع النص من جعل الأصل فرعا والفرع أصلا ، ذلك لأن الاجتهاد بالقياس لا يكون إلا حيث لا يكون النص ، والقياس حمل لغير المنصوص على حكمه بالمنصوص على حكمه . فالقياس فرع للنص الذى هو الأصل فمن قدم القياس على حديث صحيح النسبة للرسول صلى الله عليه وسلم فقد قدم الفرع على الأصل ، واجتهد فى موضع النص وهو غير جائز .

وإذا ما تتبعنا اجتهادات الإمام ابن حنبل نجده أنه ما كان يجتهد إلا عند مايعوزه النص ، ويعتبرها حالة ضرورة . فقد نقل عنه أنه كان يفتى بقول التابعى لكى يتحرز عن الفتوى بالرأى ، كما كان يفضل الأخذ بالحديث الذى ضعف سنده ولم يثبت كذبه على الأخذ بالاجتهاد والعمل بالرأى .

٢ ــ تقديم القياس على خبر الواحد . وقد روى ذلك عن الإمامين مالك وأبى حنيفة ، والذى نقل عن مالك أنه ترك الحديث فى موضع الرأى فى بعض الأحوال ، ويذكر عنه روايتان : إحداهما أنه يقدم الرأى على حديث

الآحاد والثانية أنه يقدم خبر الآحاد على الرأى ، يشير إلى ذلك فى تنقيح الأصول (١) .

« حكى القاضى عياض فى التنبيهات وابن رشد فى المقدمات فى مذهب مالك فى تقديم القياس على خبر الواحد ، قولين . وعند الحنفية قولان أيضاً . حجة تقديم القياس أنه موافق للقواعد الفقهية من جهة تضمنه لتحصيل المصالح ودرء المفاسد ، والخبر المخالف لها يمنع من ذلك فيقدم الموافق للقواعد على المخالف لها » .

وحجة المنع : أن القياس فرع النصوص ، والفرع لا يقدم على أصله . بيان الأول « كون القياس فرع النصوص » أن القياس لا يكون حجة إلا بالنصوص فهو فرعها ، ولأن المقيس عليه لابد أن يكون منصوصا عليه ، فصار القياس فرع النصوص من هذين الوجهين ، وأما أن الفرع لا يقدم على أصله . فلأنه لو قدم على أصله لبطل الأصل ، ولو أبطل أصله لبطل .

كذلك اختلف القول عن أبى حنيفة فمن قائل أن أبا حنيفة كان يرد خبر الواحد إذا كان الراوى له غير فقيه وكان الحديث مخالفا للقياس ، فإن كان الراوى فقيها فإنه يقبل حديثه حتى لو خالف مقتضى القياس .

ويقول آخرون إن أبا حنيفة كان يرد خبر الواحد إذا خالف القياس يقول ابن عبد البر « كثير من أهل الحديث استجازوا الطعن على أبى حنيفة لرده كثيرا من أخبار العدول لأنه كان يذهب فى ذلك إلى عرضها على ما اجتمع عليه من الأحاديث ومعانى القرآن . فما شذ عن ذلك رده وسماه شاذا » .

ويفيد كلام ابن عبد البر : أن الطعن الموجه لأبى حنيفة قائم على أنه كان يرد أخبار الآحاد ولو كان رواتها عدولا لأنها خالفت المعانى المجتمع عليها المأخوذة من معانى القرآن والأحاديث بشكل عام . أما أخبار الآحاد التى لا تخالف قاعدة عامة أثبتتها نصوص كثيرة فما كان يردها .

---

(١) شرح التنقيح جـ ٢ ص ١٦٧ .

والحق أن أبا حنيفة ومالكا ما كانا يردان حديث الآحاد بالقياس الا اذا كان الحديث يخالف أصلا مقطوعا به ، ولم يعاضده أصل آخر . فكان يرد بالقياس المستمد من مجموع مصادر الشريعة . ويصور ذلك ابن العربى من المالكية قائلا :

« إذا كان خبر الواحد معارضا لقاعدة من قواعد الشرع هل يجوز العمل به ؟ قال أبو حنيفة لا يجوز العمل به ، وقال الشافعى يجوز ، وتردد مالك فى المسألة ومشهور قوله والذى عليه المعول أن الحديث إن عضدته قاعدة أخرى قال به ، وإن كان وحده تركه ، ثم ذكر حديث ولوغ الكلب (١) وقال فيه : أن هذا الحديث عارض أصلين عظيمين أحدهما قوله تعالى : « فكلوا مما أمسكن عليكم (٢) » والثانى : أن علة الطهارة هى الحياة وهى قائمة فى الكلب ، وحديث العرايا « وهى بيع ماعلى رءوس النخل بتمر مثله » إن صدمته قاعدة الربا عضدته قاعدة المعروف » (٣) .

كما أن المنقول عن أبى حنيفة نفسه يرد تلك الدعوى المفتراة عليه . فقد روى أن أبا جعفر أرسل الى أبى حنيفة رسالة جاء فيها : « بلغنى أنك تقدم القياس على الحديث » فرد عليه أبو حنيفة برسالة جاء فيها : « ليس الأمر كما بلغك ياأمير المؤمنين : إنما أعمل أولا بكتاب الله ثم بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ثم بأقضية أبى بكر وعمر وعثمان وعلى رضى الله عنهم أجمعين ثم بأقضية بقية الصحابة ، ثم أقيس بعد ذلك اذا اختلفوا وليس بين الله وبين خلقه قرابة » (٤) .

---

(١) الحديث رواه مسلم عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : طهور إناء أحدكم اذا ولغ فيه الكلب أن يغسله سبع مرات أولاهن بالتراب . ومعنى ولغ حرك لسانه فيه وفى رواية أخراهن بدل أولاهن وفى أخرى إحداهن (راجع مسلم ج ٣ ص ١٨٣) .

(٢) المائدة الآية : ٤

(٣) الموافقات جزء ٣ ص ١٨ وقاعدة المعروف هى قاعدة رفع الحرج والعرف ، وذلك لأن من الناس من عنده تمر ويريد أن يأكل رطباً فلرفع الحرج عنه أبيح له ذلك بأن يشترى الرطب التى تكون على رءوس النخل بتمر عنده . وبذلك تندفع حاجته ، ويرفع عنه الحرج ، ويصير الأمر على المعروف الذى لا شك فى استحسانه .

(٤) الميزان الشعرانى ج ١ ص ٥٢

كما كان يقول رضى الله عنه « كذب والله وافترى علينا من يقول إننا نقدم القياس على النص ، وهل يحتاج بعد النص إلى قياس » وأيضا كان يقول « نحن لا نقيس إلا عند الضرورة الشديدة ، وذلك إننا ننظر فى دليل المسألة من الكتاب أو السنة أو أقضية الصحابة فإن لم نجد دليلا قسنا حينئذ مسكوتا عنه على منطوق عليه » .

ويقول عيسى بن أبان تلميذ محمد بن الحسن صاحب أبى حنيفة « أن أبا حنيفة يرد خبر الواحد إذا عارض القياس وانسد باب القياس بالنسبة لخبر الآحاد بألا يوافق الخبر قياسا مع مناقضته للقياس الذى ووزن بموضوعه » .

كذلك يذكر الكمال فى تحريره أنه إذا تعارض خبر الواحد والقياس بحيث لا يمكن الجمع بينهما قدم الخبر مطلقا عند الأكثر منهم أبو حنيفة والشافعى وأحمد (١) » وهذا القول ناطق بأن أبا حنيفة ما كان يأخذ بالقياس فى موضوع النص .

وما قيل إن أبا حنيفة كان يرد خبر الواحد إذا كان الراوى للحديث غير فقيه وكان الحديث مخالفا للقياس . وأنه إذا كان الراوى فقيها يقبل حديثه وإن خالف مقتضى القياس ، مردود بما ثبت أن أبا حنيفة رد حديث زيد بن ثابت فى القرعة مع أنه كان فقيها » فقد روى أنه عليه السلام أقرع بين مماليك ستة أعتقهم سيدهم عند موته ، ولامال له سواهم فخرجت القرعة لاثنين فأعتقهما » لكن قال أبا حنيفة فى مثل ذلك إنهم يعتقون جميعا . ويستسعون جميعا فى قيمة الثلثين .

كما يرده أيضا أن أبا حنيفة أخذ بحديث القهقهة فى الصلاة وهو رواية أبى هريرة وكان غير مشهور بالفقه ، ولم يبلغ درجة زيد بن ثابت . وحديث القهقهة رواه أبو العالية مرسلا قال : إن قوما ضحكوا فى الصلاة فأمرهم

---

(١) التقرير والتحبير ج ٢ ص ٣١٨ .

النبى صلى الله عليه وسلم بإعادة الوضوء والصلاة » وبهذا الحديث أخذ أبو حنيفة، أما غيره من الأئمة فقد رده لكونه مرسلا. ولأنه مخالف للأصول وهو أن يكون شيء ما ، ينقض الطهارة فى الصلاة ولا ينقضها فى غيرها (١) .

وما نقل أيضا عن الإمام مالك أنه كان يرد خبر الواحد بالقياس المستنبط من نص واحد . ويؤيده مانقل عنه فى مسائل فقهية قدم فى بعضها الرأى على أحاديث رواها بسنده المتصل . وبرجاله المختارين الذين يفضلهم فى الرواية محمول على أنه إنما أخذ مالك فيها بذلك القياس أو المصلحة أو القاعدة العامة تاركا خبر الواحد لكونه رأى أن الأصول التى أخذ بها قطعية أو تعود الى أصل قطعى . أما الخبر الذى يرى رده فهو ظنى .

فمثلا لم يأخذ مالك بخبر « من صام رمضان وأتبعه بست من شوال كان كصيام الدهر (٢) » وذهب إلى أن صيام ست من شوال منهى عنه بناء على أن ذلك من باب الأخذ بمبدأ سد الذرائع .

وأيضا لم يأخذ بحديث المصراة الذى رواه أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا تصروا الإبل والغنم، ومن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء أمسك وأن شاء ردها وصاعا من تمر » .

ففى أحد قولى مالك رد لهذا الخبر . فقد روى عنه أنه قال فيه : أنه ليس بالموطأ ولا الثابت . فإنه خالف أصل « الخراج بالضمان » ولأن متلف الشيء إنما يقوم مثله أو قيمته ، وأما غرم جنس آخر من الطعام أو العروض فلا (٣) .

ومما تقدم يظهر أن كلا من الإمام مالك والإمام أبى حنيفة ما كانا يقدمان القياس على الخبر الصحيح ، ويمكن أن نرجع ما نقل عن أبى حنيفة

---

(١) بداية المجتهد ج ١ ص ٣٩

(٢) الترغيب والترهيب ج ٢ ص ٧٥

(٣) الموافقات للشاطبى ج ٣ ص ٢٥

من مسائل فقهية تفيد خلاف ما تقدم إلى أنه كان يتوسع فى دلالات آيات الأحكام . فيقدم بعضها على بعض ، ويقدم ظاهر النصوص على أخبار الآحاد . ومن جهة أخرى أنه كان شديد التحرى فيما نقل إليه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . دعاه إلى ذلك شيوع الوضع والكذب فى عصره ، ووجود من ينادى بعدم أصالة السنة وعدم الأخذ بها وردها . أو إيثار فتوى صحابى وثق بها ثقة عالية بلغت الى درجة تعارضها مع خبر لم يصله بالسند الذى يرتضيه .

ولبعض الحنفية مذاهب أخرى فى ذلك منها .

أن عيسى بن أبان يذهب إلى أنه إن كان الراوى عدلا ضابطا عالما يجب تقديم خبره على القياس ، وإن لم يكن كذلك فإنه يقدم الاجتهاد.

ويذهب فخر الاسلام إلى القول بالتفصيل فى المسألة .

وأنه إن كان الراوى للحديث معروفا بالفقه كالخلفاء الراشدين والعبادلة قدم حديثه مطلقا على القياس — وأما إن كان من الرواة المعروفين بالعدالة دون الفقه كأبى هريرة وأنس بن مالك قدم القياس على الخبر إذا كان الخبر لا يوافق قياسا ، أما إذا وافق قياسا آخر فإن الخبر يقدم على القياس (١) وذهب مذهبه القاضى أبو زيد الدبوسى وشمس الأئمة السرخسى . وسيأتى تفصيل هذا المذهب .

واختار بعض المتأخرين أنه إن كان ثبوت العلة راجحا على الخبر ووجودها فى الفرع لم يضعف بل بقى على القدر الذى كان فى الأصل أو يكون فيه راجحا فالقياس مقدم ، وإن تساوى ثبوت العلة فى الأصل والفرع وثبوت الخبر فالتوقف ولا يرجح أحدهما على الآخر ، وإن لم يترجح ولم يتساويا فالخبر مقدم (٢) .

---

(١) كشف الأسرار البزدوى ج ٢ ص ٦٩٧

(٢) مسلم الثبوت ج ٢ ص ١٧٧ وما بعدها .

ويؤيدون هذا الاختيار بأن الترجيح فى الراجح أمر واجب ، والترجيح فى المساواة تحكم فلذا يقدم القياس عند ترجيح ثبوت العلة ، ويقدم الخبر عند ترجيحه ، ويتوقف عند التساوى حتما . ويقول شارح مسلم الثبوت : ولكن هل يوجد مثل هذا القياس الذى يترجح على الخبر ؟ .

وقال أبو الحسين البصرى : إن القياس إذا عارضه خبر الواحد فإن كانت علة القياس منصوصة بنص قطعى ، وخبر الواحد ينفى موجبها وجب العمل بالقياس بلا خلاف لأن النص على العلة كالنص على حكمها فلا يجوز أن يعارضها خبر الواحد .

وإن كانت منصوصة بنص ظنى تتحقق المعارضة ، ويكون العمل بالخبر أولى من القياس بالاتفاق لأنه دال على الحكم بصريحه ، والخبر الدال على العلة يدل على الحكم بواسطة .

وإن كانت مستنبطة من أصل ظنى كان الأخذ بالخبر أولى بلا خلاف لأن الظن والاحتمال كلما كان أقل كان أولى بالاعتبار وذلك فى الخبر .

وإن كانت مستنبطة من أصل قطعى والخبر المعارض للقياس خبر واحد فهو موضع الخلاف ، وإن كان الأصوليون ذكروا الخلاف مطلقا (١) .

أدلة المقدمين للخبر على القياس :

(أولا) : ماروى أن عمر رضى الله عنه ترك القياس وعمل بخبر الواحد فى كثير من المسائل . فمن ذلك : أنه ترك القياس فى الجنين الذى يقضى بعدم الوجوب للغرة على من ضرب بطن امرأة حبلى فأسقطت جنينا ميتا ، قياسا على سائر الأمور المشكوكة ، وبيان ذلك أن عمر ترك القياس الذى هو قياس إهلاك الحمل على سائر الأمور المشكوكة الحياة والموت بما روى حمل بن مالك قال : كنت بين امرأتين فضربت إحداهما الأخرى فقتلتها وجنينها فقضى

(١) راجع كشف الأسرار البزدوى ج ٢ ص ٦٩٧

رسول الله صلى الله عليه وسلم فى جنينها بغرة (١) عبد أو أمة ، أو أن تقتل بها » أخرجه أصحاب السنن وابن حبان والحاكم . ونقل عن عمر قوله فى ذلك : لولا هذا لقضينا فيه برأينا . وفى رواية أبى داوود : الله أكبر لولم أسمع بهذا لقضينا بغير هذا . وأخرج الشافعى عنه فى الأم : فقال عمر : إن كدنا أن نقضى فى هذا برأينا (٢) .

وأيضا ترك عمر القياس فى دية الأصابع ، والذى يقضى بتفاوتها فى الدية نظرا لتفاوت منافعها ، وكان رأيه فى الخنصر ست من الإبل ، وفى التى تليها وهى البنصر تسع من الإبل ، وفى كل من الآخرين عشر . وجاء فى سنن البيهقى أنه كان يرى فى السبابة اثنى عشر وفى الوسطى عشرا وفى الإبهام ثلاثة عشر ، فقد ترك عمر القياس بحديث عمرو بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « وفى كل إصبع مما هنالك عشر من الإبل » (٣).

وأيضا ترك عمر القياس الذى يحرم الزوجة من دية زوجها ، لكونه لم يملك الدية حال حياته حتى تستحق منها وتورث عنه . إنما يملكها الورثة جبرا لمصيبة القرابة . ترك القياس بخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم بتوريث الزوجة من الدية الذى رواه الضحاك بن مزاحم .

كما ترك أبو بكر حكما فيه برأيه لحديث سمعه من معاذ بن جبل .

---

(١) الغرة أصلها بياض فى جبهة الفرس ، ويطلق على العبد والأمة . وهى عند الفقهاء : مايبلغ قيمته نصف عشر الدية . دية الرجل . وهذا فى الذكر . وفى الأنثى عشر دية المرأة ، وكل منهما خمسمائة درهم ، والجنين الولد مادام فى بطن أمه .

(٢) أصله فى سنن النسائى ج ٨ ص ٢١ : هكذا أخبرنا يوسف بن سعيد قال حدثنا حجاج ابن محمد عن بن جريج قال : أخبرنى عمرو بن دينار أنه سمع طاوسا يحدث عن ابن عباس عن عمر رضى الله عنه أنه نشد (طلب تحقيق) قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ذلك فقام حمل بن مالك فقال : كنت بين حجرتى امرأتين فضربت إحداهما الأخرى بمسطح (عود من أعواد الخباء) فقتلتها وجنينها . فقضى النبى صلى الله عليه وسلم فى جنينها بغرة وأن تقتل بها »

(٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ٤١٦ .

ونقض ابن عمر رأيه فى المزارعة بالحديث الذى سمعه من رافع بن خديج يقول : كنا نخابر ولا نرى بأسا حتى روى لنا رافع بن خديج نهيه عليه السلام عن المخابرة فتركناه .

ونقض عمر بن عبد العزيز ما حكم به من رد الغلة على البائع عند الرد بالعيب بماروى عن النبى عليه السلام أن « الخراج بالضمان » إلى غير ذلك مما شاع من الوقائع الدالة على ترك الرأى بخبر الواحد .

وقد يناقش هذا الدليل : بأن ماثبت عن عمر معارض بما ثبت عن ابن عباس فإنه ترك خبر أبى هريرة وهو قوله عليه السلام « توضؤا مما مسته النار » ، وترك خبر « من حمل جنازة فليتوضأ » وفى رواية فليغتسل » قائلا لا يلزمنا الوضوء من حمل عيدان يابسة كما ترك خبر المستيقظ من منامه وهو قوله عليه السلام : إذا استيقظ أحدكم من منامه فلا يغمسن يده فى الإناء فإنه لايدرى أين باتت يده » وقال هو وعائشة كيف نصنع بالمهراس » ومعناه لو كان هذا لما صح الوضوء بالمهراس (١) . ولم ينكر هذا أحد من الصحابة (٢) .

والجواب عن ذلك :

أن هذه المخالفة عن ابن عباس للاستبعاد لظهور خلاف المروى . وليس الاستبعاد هو محل الخلاف لأنه لا قياس يتنافى مع غسل اليد قبل الإدخال فى الإناء ، ولا قياس يقتضى غسل اليد من المهراس — ثم أنه لايبعد أن يقال إنهم لم يردوا الحديث بل ردوا تأويل أبى هريرة من إيجاب التوضى مما مسته النار وحمل الجنازة ، وتنجس الماء بالإدخال فى الإناء لأنه مخالف للقواعد الشرعية . على أنه يمكن أن يقال : المراد من التوضى فى الحديثين

---

(١) حجر منقور عظيم لايستطيع أحد تحريكه يؤخذ منه الماء باليد ، أو إناء صغير يتوضأ منه بادخال اليد .

(٢) مسلم الثبوت ج ٢ ص ١٧٩

التنظيف كغسل اليد والمضمضة بعد أكل مامسته النار ، وغسل اليد والرجل من حمل الجنازة وأن النهى عن إدخال اليد فى الإناء نهى تنزيه عند الإمكان .

واستندوا ثانياً على تقديم الخبر على القياس :

بتقريره عليه السلام معاذ بن جبل حين قال لرسول الله : إن لم أجد فى سنة رسول الله أجتهد رأيي » فإنه يقتضى تأخير القياس عن السنة .

وقد يقال : إن تقريره عليه السلام معاذا فى تقديم الخبر على القياس قد ينقض بأنه عليه السلام قد أقر معاذا على تأخير السنة عن الكتاب حيث قال : إن لم أجد فى كتاب الله فبالسنة مع أنهما يتعارضان اتفاقا — ولعل اختيار معاذ الكتاب أولا لعلمه أنه لا يعارض السنة ولأصالته . وإنما التعارض للجهل بالقرائن الدالة على تعيين المراد أما هو فكان مشاهدا إياها . ولا كذلك الرأى لان معارضته محتملة . وقد قدم الخبر عليه فعلم أن له تقدما . ولا اعتبار له الا عند عدم وجدان الحكم فى السنة .

واستدلوا ثالثاً :

بأن الخبر يقين بأصله لأنه قول الرسول عليه السلام لا احتمال للخطأ فيه ، وإنما الشبهة فى نقله . والقياس محتمل بأصله . فإن كل وصف من أوصاف النص يحتمل أن يكون هو المؤثر فى الحكم ويحتمل ألا يكون ، ولما كان الاحتمال الثابت فى الأصل أقوى من الاحتمال الثابت فى الطريق والنقل بعد تيقن الأصل . كان الأخذ بما هو أضعف احتمالا وهو الخبر أولى .

ولهذا قال بعض الأصوليون : إن التمسك بالخبر لا يتم إلا بثلاث مقدمات : ثبوته عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ودلالته على الحكم ووجوب العمل به ، والأولى ظنية والثانية والثالثة يقينيتان ، فأما التمسك بالقياس فلا يتم إلا بأربع مقدمات أو خمس : ثبوت حكم الأصل ، وكونه معللا كذا ، وحصول تلك العلة فى الفرع ، وعدم المانع فى الفرع عند من يجوز العلة ، ووجوب العمل به . والأولى والخامسة يقينيتان ، والبواقى

ظنية . واذا كان كذلك كان العمل بالخبر أقل ظنا من العمل بالقياس فوجب أن يكون الخبر راجحا (١) .

وقد يناقش هذا الدليل . بأن الخبر فيه شهادات أيضا : فإن من مقدمات قبوله ، الإسلام والعدالة والضبط والدلالة ونفى النسخ ونفى المعارض وهى كلها محتملة فالظن الحاصل أيضا بالخبر مثل الظن الحاصل بالقياس .

ويجاب عن ذلك بأن خبر الواحد حجة بالاجماع والشبهة فى القياس أكثر منها فى خبر الواحد فلا يكون القياس أرجح منه ، ولأن الخبر يشتمل على السماع وهو فوق الرأى فى الإصابة لأنه لا مدخل للاحتمال فيه لأنه ثابت حسا ، والغلط لا يجرى فى المحسوسات ، ولا كذلك الرأى فلا يجوز ترك القوى بالضعيف (٢) .

واستدل من قدم القياس على خبر الواحد

بأن القياس حجة بإجماع السلف من الصحابة ، وفى اتصال خبر الواحد بالنبى عليه السلام شبهة ، فكان الثابت بالقياس أقوى من الثابت بخبر الواحد فكان العمل به أولى .

وبأن القياس أثبت من خبر الواحد لجواز السهو والكذب على الراوى ولا يوجد ذلك فى القياس — وبأن القياس لا يحتمل تخصيصا والخبر يحتمله فكان غير المحتمل أولى من المحتمل . ولأن ظن القياس حاصل من قبل نفسه فإنه ينتج الحكم نفسه ، والظن ، فى الخبر ينشأ عن غيره بواسطة ظن أنه قول المخبر الصادق ، والحاصل بنفسه أوثق من الحاصل بغيره فكان ظن القياس أوثق فيكون مقدما على الخبر .

وردت هذه : بعدم تسليم ذلك : فإن الظن الحاصل بنفسه أوثق مما يحصل بعد ملاحظة مقدماته ، بل يجوز أن تكون مقدماته مظنونة . فظن النتيجة

---

(١) كشف الأسرار البزدوى ج ٢ ص ٦٩٩

(٢) المرجع السابق .

أيضا ضعيف غاية الضعف ، وتكون المقدمة الملاحظة مع الخبر أوضح وأقوى ، فالظن أقوى من الخبر ، كما أنه يجوز أن يكون أصل القياس خبرا فيتضاعف الاحتمال .

وأما القول بأن القياس حجة بالاجماع . والاجماع أقوى من خبر الواحد فمردود بأن الإجماع كما انعقد على حجية القياس كذلك انعقد على حجية الخبر مع أن الإجماع على الحجية لايدل على قوة المحتج به (١) . وبهذا ترجح مذهب القائلين بتقديم الخبر على القياس .

رأى فخر الاسلام ومن تابعه

بينا فى مقدمة كلامنا عن تعارض القياس وخبر الواحد أن فخر الإسلام من الحنفية له مذهب خاص فى ذلك . وأوضحت أن هذا المنهج يبتنى على حال الراوى لخبر الواحد حيث إنه قسم الراوى إلى قسمين : معروف ومجهول . ثم جعل الراوى المعروف نوعين : راويا معروفاً بالرواية والفقه وراويا معروفاً بالرواية دون الفقه .

وقسم الراوى المجهول إلى أقسام ثلاثة لأنه :

١ — إما أن يروى الثقات عنه ويعملوا بحديثه ويشهدوا له بصحة حديثه .

٢ — وإما أن يسكتوا عن الطعن فيه .

٣ — وإما أن يعارضوه بالطعن والرد .

٤ — وإما أن يختلفوا فيه .

٥ — وإما ألا يظهر حديثه بين السلف .

فهذه خمسة أقسام بضمها إلى نوعى الراوى المعروف تكون سبعة . ولكل حالة حكم يخصها على الوجه الآتى :

---

(١) مسلم الثبوت — جـ ٢ ص ١٨٠ ، التقرير والتحبير — جـ ٢ ص ٣٠١ ، البزدوى — جـ ٢ ص ٦٩٨

١ — الراوى المعروف بالفقه والرواية :

وذلك كالخلفاء الراشدين والعبادلة (١) . وزيد بن ثابت ومعاذ بن جبل وأبى موسى الاشعرى وعائشة وغيرهم ممن اشتهر بالفقه والنظر ، وهؤلاء حديثهم حجة سواء كان مخالفا للقياس أو موافقا له . لأنه إن كان موافقا للقياس تأيد به ، وإن كان مخالفا يترك القياس ويعمل به . وذلك لما عرف من أن الخبر يقين بأصله وإنما الشبهة فى طريق وصوله أما القياس فمشكوك بأصله ووصفه ، وغير ذلك من الأدلة السابقة التى تشهد بتقديم الخبر على القياس ولهذا قدم الصحابة والسلف خبر الواحد على القياس . كما قدموا خبر الواحد على التحرى فى القبلة ، فلم يجيزوا لمن اشتبهت عليه القبلة فسأل واحدا عنها فأخبره بها أن يتحرى مع الإخبار .

٢ — الراوى المعروف بالراوية دون الفقه :

إن عرف الراوى للحديث بالرواية والعدالة والضبط دون الفقه كأبى هريرة وأنس بن مالك وسلمان الفارسى . وبلال وغيرهم ممن اشتهر بالصحبة مع رسول الله عليه السلام والسماع منه مدة فى الحضر والسفر ، لكنه لم يكن من أهل الاجتهاد . فهذا يجب العمل بحديثه إن وافق القياس .

فإن خالفه لم يترك الخبر إلا بالضرورة وانسداد باب الرأى فيعمل بالقياس الصحيح فى تلك الحالة لأن ضبط الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والوقوف على كل معنى أراده من كلامه أمر عظيم . لأنه أوتى جوامع الكلم ، وكان على درجة عالية من الفصاحة وعلو الكلام . فكان لهذا أن قلت الرواية من الصحابة .

ولأن نقل الحديث بالمعنى كان مستفيضا فيهم ، فقد جاء فى كثير من الأخبار أمر عليه السلام بكذا ونهى عن كذا . ولما ظهر ذلك منهم احتمل أن يكون الراوى نقل كلام الرسول بعبارة لا تنتظم المعانى التى انتظمتها عبارة

---

(١) قال فى التوضيح : والعبادله أى عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس ، وعبد الله ابن عمر — ج ٢ ص ٤

الرسول لقصور فقه الراوى عن دركها لأن النقل لا يتحقق إلا بقدر فهم المعنى وبهذا يدخل فى الخبر شبهة زائدة يخلوعنها القياس ، ويصير فى الخبر شبهتان شبهة فى متنه ، وشبهة فى اتصاله ، وفى القياس شبهة واحدة فى وصفه فيحتاط فى مثل هذا الخبر بترجيح ما هو أقل شبهة وهو القياس عليه . وقد يحتجون لهذا بأن القياس الصحيح حجة بالكتاب والسنة والإجماع . فما خالفه من كل وجه فهو فى المعنى المخالف لما أثبته من الأدلة السابقة .

وجريا على هذه القاعدة :

١ ــ أخذ الحنفية بخبر أبى هريرة (١) الذى يقضى بعدم إفطار الصائم إذا أكل أو شرب ناسيا . الذى رواه أنه عليه السلام قال: إذا أكل الصائم ناسيا أو شرب ناسيا فإنما هو رزق ساقه إليه ولا قضاء عليه ، وأخرجه البخارى ومسلم عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من نسى وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه فإنما أطعمه الله وسقاه » ولم يأخذ به مالك وأحمد « أخذا بالقياس وهو تشبيه الناسى فى الصوم بناسى الصلاة » (٢) .

٢ ــ أخذ الحنفية بحديث معبد الجهنى فى نقض الوضوء بالقهقهة فى الصلاة الذى رواه أبو العالية عن أبى موسى الأشعرى قال : بينما رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى بالناس إذ دخل رجل فتردى فى حفره كانت فى المسجد ، وكان فى بصره ضرر فضحك كثير من القوم وهم فى الصلاة

---

(١) الهداية للمرغينانى جـ ١ ص ٩٤

(٢) الحديث اتفق البخارى ومسلم على روايته بلفظ من نسى وهو صائم أو شرب فليتم صومه فإنما أطعمه الله وسقاه . وفى رواية الترمذى « فإنما رزق ساقه الله إليه » وللحاكم من حديث أبى هريره أيضاً « من أفطر فى رمضان ناسياً فلا قضاء عليه ولا كفارة وهو صحيح » — (سبل السلام — جـ ٢ ص ٢٦٥) .

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ألا من ضحك منكم قهقهة فليعد الصلاة والوضوء جميعا » (١) .

فقد قرر الحنفية أن الضحك فى الصلاة على وجه القهقهة ناقض للوضوء أخذا بهذا الحديث مقدمين له على القياس — ولم يأخذ به الجمهور من الأئمة لكون الحديث مرسلا ولمخالفته الأصول كما قدمنا .

٣ — لم يعمل الحنفية بحديث أبى هريرة فى المصراة : وهو ماروى أنه عليه السلام قال : لا تصروا الإبل والغنم فمن اتباعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن رضيها أمسكها ، وإن سخطها ردها وصاعا من تمر» لأنه خالف القياس وانسد فيه باب الرأى . لأن ضمان العدوان فيما له مثل مقدر بالمثل بالكتاب ، وهو قوله تعالى « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » وفيما لا مثل له مقدر بالقيمة بالحديث المعروف وهو قوله عليه السلام « من أعتق شقصا له فى عبد قوم عليه نصيب شريكه إن كان موسرا » .

ولأن الإجماع انعقد على وجوب المثل أو القيمة عند فوات العين وتعذر الرد . ووجه ذلك فى المصراة : أن اللبن إن كان من ذوات الأمثال يضمن بالمثل . وإن لم يكن يضمن بالقيمة فإيجاب التمر مكانه يكون إيجابا مخالفا للحكم الثابت بالكتاب والسنة والإجماع ، وهو مخالف للقياس الصحيح من كل وجه فإن التمر ليس بمثل للبن صورة ومعنى وليس بقيمة لأن القيمة الأصلية هى الدراهم والدنانير فضمان اللبن ينبغى أن يكون باللبن أو بالقيمة .

وعلى تسليم وجوب القيمة وكونها بالتمر كان ينبغى أن يقاس وجوب التمر بقلة اللبن وكثرته لا أنه يجب صاع من التمر على كل حال قل اللبن أو كثر .

---

(١) راجع نصب الراية ج ١ ص ٤٧

فلهذا كله ترك الحنفية العمل بحديث المصراه (١)، وذهبوا إلى أن رد الشاة على بائعها بعيب التصرية غير مقبول . وأنه لا يثبت بها خيار للمشترى ولا يجب فيها رد صاع من تمر أو طعام ، لكن أجازوا للمشترى أن يرجع بنقصان العيب إن كان ذلك عيبا على رواية الطحاوى .

وقال فخر الإسلام : إن التصرية عندنا ليست عيبا ، ولا يكون للمشترى ولاية الرد بسببها من غير شرط ، لأن البيع يقتضى سلامة المبيع . وبقلة اللبن لا تنعدم صفة السلامة لأن اللبن ثمرة وبعدمها لا تنعدم صفة السلامة فبقلتها أولى (٢) .

وأثبت جمهور الفقهاء الخيار بالتصرية وأثبتوا للمشترى الرد والإمساك وبه قال عبد الله بن مسعود وابن عمر وأبو هريرة وأنس والشافعى ومالك والليث وابن أبى ليلى وأحمد وإسحاق وأبو يوسف وزفر أخذا بهذا الحديث (٣).

فهم بهذا يرون التصرية عيبا حتى جعلوا للمشترى الخيار إذا تبين بعد الحلب خلاف ماتخيله تمسكا بهذا الحديث . وقالوا هو حديث صحيح مخرج فى الصحيحين . وإذا صح الحديث يترك القياس بمقابلته ، على أن الحديث موافق عندهم للأصول لأن الخيار إنما يثبت لغرور كان من بائع ، والغرور يثبت للمشترى حق الرجوع .

يقول الشافعى فى الرسالة « وقلنا فى المصراة اتباعا لأمر رسول الله ، ولم نقس عليه ، وذلك لأن الصفقة وقعت على شاة بعينها فيها لبن محبوس مغيب

---

(١) المصراة ناقة أو شاة حبس البائع اللبن فى ضرعها أياماً ليغتر المشترى بكثرة اللبن فيشتريها بثمن عال ، وأصل التصرية فى اللغة الجمع يقال صر الناقة يصرها صراً وصر بها شد ضرعها ، وقال أبو عبيد : المصراة هى الناقة أو البقرة أو الشاة يصرى اللبن فى ضرعها أى يجمع ويحبس ويقال منه صريت الماء وصريته . وفيه صريت الشاة تصرية اذا لم تحلب أياماً حتى يجتمع اللبن فى ضرعها والشاة مصراة ، اللسان — ج ٦ ص ١٢١ ، ج ١٩ ص ١٩٠

(٢) كشف الأسرار البزودى — ج ٢ ص ٧٠١

(٣) جاء فى نهاية المحتاج والتصرية حرام وهى تثبت الخيار للمشترى على الفور كخيار العيب. وقيل يمتد الخيار إلى ثلاثة أيام من العقد — ج ٣ ص ١٣٦

المعنى والقيمة ، ونحن نحيط أن لبن الإبل والغنم يختلف ، وألبان كل واحد منهما يختلف ، فلما قضى رسول الله بشيء مؤقت وهو صاع من تمر قلنا به اتباعا لأمر رسول الله » .

ثم قال « فلو اشترى رجل شاة مصراة فحلبها ثم رضيها بعد العلم بعيب التصرية فأمسكها شهرا حلبها . ثم ظهر منها عيب دلسه له البائع غير التصرية كان له ردها وكان له اللبن بغير شيء بمنزلة الخراج لأنه لم يقع عليه صفقة البيع وإنما هو حادث فى ملك المشترى وكان عليه أن يرد فيما أخذ من لبن التصرية صاعا من تمر كما قضى به رسول ، فتكون قد قلنا فى لبن التصرية خبرا ، وفى اللبن بعد التصرية قياسا على الخراج بالضمان ، ولبن التصرية مفارق للبن الحادث بعده لأنه وقعت صفقة البيع واللبن بعده حادث فى ملك المشترى لم تقع عليه صفقة البيع » (١) .

ويقول ابن رشد « والتصرية عند مالك والشافعى عيب وهو حقن اللبن فى الثدى أياما يوهم ذلك أن الحيوان ذو لبن غزير وحجتهم حديث المصراة المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم « لا تصروا الإبل والبقر فمن فعل ذلك فهو بخير النظرين إن شاء أمسكها وإن شاء ردها وصاعا من تمر » قالوا فأثبت الخيار (بالرفع) مع التصرية وذلك دال على كونه عيبا مؤثرا . وقالوا وأيضا فإنه مدلس فأشبه التدليس بسائر العيوب ، وقال أبو حنيفة وأصحابه ليست التصرية عيبا » (٢) .

---

(١) الرسالة للشافعى — ص ٥٥٧–٥٥٩ ، وهو محمد بن ادريس بن العباس بن عثمان بن شافع القرشى المطلبى المكى أبو عبد الله . ولد بغزة وحمل الى مكة بعد فطامه فنشأ بها وأقبل على العلم وسمع من مالك وحفظ الموطأ وعرضه عليه . طلب منه عبد الرحمن بن مهدى أن يضع له كتاباً فى معانى القرآن ومجمع قبول الأخبار وحجة الاجماع وبيان الناسخ والمنسوخ ، فوضع له كتاب الرسالة وهى مشهورة فى أصول الفقه وصنف فى التفسير والفقه والأدب . شهد له الكثيرون بالإمامه والفقه وتوفى سنة ٢٠٤ هـ وهو رأس الطبقة التاسعة . راجع المختصر فى علم رجال الأثر — ص ١٥٧ وما بعدها .

(٢) بداية المجتهد — ج ٢ ص ١٧٤

وجاء فى كشف الأسرار : أن رواية الطحاوى من الحنفية تجعل التصرية عيبا ، وقد عقب عليها قائلا « لكنها لا توافق قواعد الحنفية . لان وجود العيب عندهم يلزمه أن يكون للمشترى خيار الرد به .

ويظهر لى أن لا خلاف بين الروايتين عن الحنفية . وأن المراد برواية الطحاوى أن التصرية تعد عيبا إذا ترتب على تصرية الشاة وبيعها على هذا الوجه نقصان وغبن ، فحينذاك للمشترى أن يرجع بمقدار ذلك الغبن .

ويرى ابن أبى ليلى أن مشترى المصراة له أن يردها وقيمة الصاع ولا يجب عليه رد صاع من طعام عينا .

ويرى الهادية أن له رد المصراة ، وعلى المشترى حينئذ رد اللبن بعينه إن كان باقيا لم يتغير . وإلا رد مثله .

ومقتضى هذين المذهبين الأخذ بحديث المصراة . وتأويلهم الأمر برد صاع (١) من تمر برد صاع أو قيمته ، أو رد اللبن أو قيمته .

ولعل عدم أخذ الحنفية بحديث المصراة يرجع إلى : إما لتقديم القياس على خبر الواحد إذا خالف أصلا عاما ، وإما لانه منسوخ . لكنهم اختلفوا فى ناسخه . فقال بعضهم ناسخه حديث ابن عمر الذى ينهى عن بيع الدين بالدين (٢) لأن لبن المصراة اذا استهلك صار دينا ، فإذا وجب به صاع تمر صار دينا آخر فى ذمة المشترى بدلا عن اللبن . وقال بعض آخر الناسخ هو قوله عليه السلام « الخراج بالضمان » (٣) والخراج الدخل والمنفعة ومعناه يملك المشترى الخراج الحاصل من المبيع بسبب ضمان الأصل الذى عليه . فإذا اشترى الرجل دابة مثلا فركبها ثم وجد بها عيبا قديما فله الرد ويستحق منفعة الركوب

---

(١) الصاع مكيال قديم قدر بقدحين وثلث قدح .

(٢) وهو ما رواه الدارقطنى عن ابن بكر أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكالىء بالكالىء — هداية ج ٤ ص ٦٤٨ — وهو بيع النسيئة بالنسيئة . وروى البيهقى عن نافع هو بيع الدين بالدين (نيل الأوطار) — ج ٥ ص ١٥٦ و ١٥٧

(٣) نيل الأوطار — ج ٥ ص ٢١٣ رواه الخمسه وصححه الترمذى وابن حبان والحاكم .

فى مقابلة الضمان للمبيع الذى كان عليه . والحديث روته عائشة قالت إن النبى صلى الله عليه وسلم قضى أن الخراج بالضمان » وهو ينفى وجوب بدل اللبن لأن المشترى قد استحقه بضمانه ، لأنه يعد من منافع المصراة .

وبعض من لم يعمل به من غير الحنفية يرى أن ناسخة حديث « البيعان بالخيار مالم يتفرقا » فانه يقضى بعدم الخيار بعد التفرق وحديث المصراة يثبت ذلك . فنسخ الثانى بالأول وقيل إنما ترك الحديث لاضطراب متنه اذ جاء فى بعض الروايات : صاع من تمر ، وفى بعضها صاع من قمح ، وفى بعضها صاع من طعام إلى غير ذلك مما أدى الى حيرة المتأخرين فى بيان السبب فى ترك العمل بهذا الحديث عند من ترك العمل به مع ماظهر من صحته (١) .

وأرجح هذه الوجوه أنه مخالف للأصل العام المشروع فى الضمان ، وذلك بناء على أن الرواية بالمعنى جائزة وقد يغفل الصحابى عنها وبخاصة إذا لم يكن فقيها — عن بعض الظروف والأحوال فتأتى عباراته قاصرة عنها .

وقد يرد على هذا بمنع التعميم فى جميع المضمونات . فان الموضحة أرشها (٢) مقدر مع اختلافها بالكبر والصغر . وكذلك كثير من الجنايات كما أن الغرة مقدرة فى الجنين مع اختلافه فالواجب أن تستثنى المصراة من هذه الأصول كلها لموضع صحة الحديث . وتكون كأنها ليست من هذا الباب الذى يقول به الحنفية باب الضمانات .

وحين يقال للحنفية أليس الراوى الفقيه قد يروى بالمعنى فتكون روايته قاصرة ؟ يجيبون بأن قصور العبارة لايتأتى من الراوى إذا كان فقيها لأن ذلك القصور لا يخفى عليه لكمال فقهه والظاهر من حاله أنه انما يرون الحديث

---

(١) المرجع السابق — ج ٥ ص ٢١٨

(٢) الموضحة هى الشجة التى توضح العظم وتبينه ، قال الرازى فى مختار الصحاح والموضحة الشجة التى تبدى وضح العظم (ص ٧٢٦) ط. الأميرية ، ويجب فيها القصاص إن كانت عمداً ونصف عشر الدية إن خطأ عند الحنفية .

بصيرة ، وعلى علم بسماعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم على الوجه الذى رواه . وإن كان مخالفا للقياس . فلهذا يلزمنا ترك قياس يعارضه . ومن هنا قلت رواية الكبار من فقهاء الصحابة .

هذا ومما تجدر ملاحظته : أن هذه التفرقة بين رواية المعروف بالفقه والعدالة ، وغير المعروف بالفقه إنما هى مذهب عيسى بن أبان وافقه عليها أكثر متأخرى الحنفية كما أسلفنا . أما مذهب الكرخى ومن تابعه من الحنفية فليس فقه الراوى شرطا لتقدم الحديث على القياس ، بل إن خبر كل راو عدل مقدم على القياس إذا لم يكن مخالفا للكتاب والسنة المشهورة (١) وهذا المذهب الأخير هو الحق عندى لأنه لم ينقل عن السلف رضوان الله عليهم اشتراط فقه الراوى فى تقديم خبره على القياس . كيف وقد نقل عن أبى حنيفة قوله « ماجاءنا عن الله تعالى وعن الرسول فعلى الرأس والعين »

وانما أخذ الحنفية بحديث الوضوء على من قهقه فى الصلاة مع كونه مخالفا للقياس لأن رواته كثير من الصحابة الكبار كجابر وأنس .

٣ — الراوى اذا كان مجهولا :

ونريد بالجهالة جهالة العدالة . وكونه لم يشتهر بطول الصحبة مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ،وإنما عرف برواية حديث أو حديثين مثل وابصه ابن معبد ، وسلمة بن المحبق ،ومعقل بن سنان . فإن هؤلاء وإن كانوا رأوا الرسول عليه السلام ورووا عنه لكن لا يعدون من الصحابة — على مااختار الأصوليون (٢) — لعدم طول صحبتهم .

---

(١) كشف الأسرار شرح المنار — ج ٢ ص ١٧

(٢) الصحابى عندهم اسم لمن اختص بالنبى عليه السلام وطالت صحبته معه على طريق التتبع له والأخذ منه . وعند أهل الحديث من لقى النبى صلى الله عليه وسلم مؤمناً به ومات على الإسلام . وقال التفتازانى فى التلويح : ذكر بعضهم أن الصحابى اسم لمن اشتهر بطول صحبة النبى صلى الله عليه وسلم على طريق التتبع له والأخذ منه — ج ٢ ص ٦

فرواية هذا المجهول : إن رواها السلف عنه وقبلوها وعملوا بها وشهدوا له بصحة الحديث صار حديثه مثل المعروف بالفقه والعدالة والضبط فيقبل ، ويقدم على القياس . ذلك لأن السلف كانوا أهل فقه وضبط وتقوى ، ولم يتهموا بالتقصير فى أمر الدين ، وكانوا لا يقبلون الحديث حتى يصح عندهم أنه مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . وقد ظهر منهم رد ما خالف القياس من رواياتهم ، فلا يكون قبولهم إلا لعلمهم بعدالة هذا الراوى وحسن ضبطه أو لأنه موافق لما سمعوه من رسول الله عليه السلام أو لرواية المشهورين عنه .

٤ ــ الراوى المجهول الذى سكت السلف عن رد روايته :

إذا كان الراوى مجهولا ــ بالمعنى السابق ، وسكت السلف عن رد روايته بعد ما بلغتهم رواية الحديث فإن سكوتهم عن الطعن والرد يكون منهم دليلا على التقرير . ويكون بمنزلة مالو قبلوه ورووا عنه . إذ لو لم يكن كذلك لتطرقت نسبة التقصير إليهم ، وأنهم لم يتهموا بذلك . فلهذا يقبل حديثه ويقدم على القياس لأن السكوت فى موضع الحاجة لا يحل إلا على وجه الرضا بالمسموع والمرئى . وهو فى موضع الحاجة إلى البيان بيان .

٥ ــ الراوى المجهول الذى اختلفت السلف فى قبول روايته :

وهو الذى قبل روايته بعض السلف وردها البعض مع نقل الثقات عنه وحديثه يقبل إن وافق قياسا . لأنه لما قبله بعض الفقهاء المشهورين صار كأنه رواه بنفسه .

ومثاله حديث معقل بن سنان الأشجعى فى قصة بروع(١) وهو ما روى الترمذى عن ابن مسعود (٢) أنه سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يسم لها

---

(١) فى القاموس بروع بفتح الباء وأصحاب الحديث يكسرونها .

(٢) عبد الله بن مسعود بن غافل الهذلى وكنيته أبو عبد الرحمن أحد السابقين الأولين . كان سادساً فى الاسلام وسابعاً فى الهجرة الى الحبشة من كبار الصحابة البدريين كان على القضاء وبيت المال فى الكوفة زمن عمر وكان جيد القراءة للقرآن عالماً بأسراره توفى سنة ٣٢ هـ ودفن بالبقيع .

مهرا ولم يدخل بها حتى مات عنها فلم يجب شهرا ، وكان السائل يتردد عليه ثم قال بعد شهر أجتهد فيه برأيي ، فإن يك صوابا فمن الله . وإن يك خطأ فمن ابن أم عبد (وفي رواية فمني ومن الشيطان والله ورسوله منه بريئان) أرى مهر مثل نسائها لا وكس ولا شطط (١) فقام معقل بن سنان الأشجعي وأبو الجراح صاحب راية الأشجعين وقالا: نشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنت واشق الاشجعية من بني رءاس بن كلاب بمثل قضائك هذا . وقد كان هلال بن مرة مات عنها من غير قبض مهر ودخول ،فسر ابن مسعود رضي الله عنه بذلك سرورا لم يسر مثله بعد إسلامه لما وافق قضاؤه قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم » (٢) .

فابن مسعود قبل رواية معقل قال: إن المرأة تستحق بموت زوجها مهر المثل بعد العقد قبل فرض الصداق وإن لم يدخل بها زوجها وأخذ بهذا أبو حنيفة وأصحابه . وقالوا إنه يوافق القياس لأن الموت كالدخول بدليل وجوب العدة في الموت وفي الدخول (٣) .

ولم يقبل حديث معقل على رضي الله قال ما نصنع بقول أعرابي بوال على عقبيه . إشارة إلى قلة احتياطه . وكذلك لم يعمل به الشافعي لما خالف القياس (٤) عنده فقال إن هذه المرأة لا تستحق إلا الميراث فقط ولا تستحق مهرا . ووجه مخالفة الحديث للقياس عنده أن المهر لا يجب الا بالفرض بالتراضي أو بقضاء القاضي أو باستيفاء المعقود عليه . فإذا عاد المعقود عليه إليها ولم يوجد واحد منها إلى أن مات الزوج لا يجب شيء . فكان بمنزلة ما لو طلقها قبل الدخول بها . وبمنزلة هلاك المبيع قبل القبض .

---

(١) لا نقص ولا مجاوزة حد .

(٢) السنن الكبرى للبيهقي – ج ٣ ص ٢٤٥ والحديث رواه الخمسة وصححه الترمذي وأخرجه الحاكم والبيهقي وابن حبان وصححه أيضاً ابن مهدي وقال ابن حزم لامغمز فيه لصحة إسناده (نيل الأوطار – ج ٦ ص ١٧٢) .

(٣) التوضيح ج ٢ ص ٦

(٤) تحفة المحتاج – ج ٧ ص ٣٩٧ ، بداية المجتهد – ج ٢ ص ٢٢ ، بدائع الصنائع – ج ٢ ص ٢٩٤

وقال الحنفية نعمل به لأن الثقات من الفقهاء كعلقمة ومسروق والحسن ونافع لما رووا عن معقل بن سنان صار كالمعروف بالعدالة . لأن رواية المشهور بالعدالة عن المجهول من غير رد عليه تعتبر تعديلا له — وقالوا إن معقل كان من قرن العدول وهو قرن الرسول عليه السلام، والعدالة كانت أصلا فى ذلك الزمان بخبر الرسول عليه السلام « خير الناس قرنى الذى بعثت فيهم ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفشو الكذب » والرسول عليه السلام قبل شهادة الأعرابى فى رؤية الهلال من غير تفحص عن عدالة ، إنما تفحص عن إسلامه فقط فقال حين أخبر عن رؤية الهلال أتشهد أن لا إله إلا الله ؟ قال نعم ، فقال : أتشهد أن محمدا رسول الله ؟ قال : نعم، فأمر بلالا أن يؤذن فى الناس بالصوم — فيكون من ردّ أخبار المجاهيل قد بنى رده على عوارض عارضت القبول، قال الشافعى : حديث بروع لا أحفظه من وجه يثبت مثله ولو ثبت لقلت به . وقد قيل إن فى راوى الحديث اضطرابا فمرة روى عن معقل بن سنان، ومرة عن رجل من أشجع ، أو ناس من أشجع ، وقيل غير ذلك ، ولكن روى الحاكم فى المستدرك عن حرملة بنى يحيى أنه قال سمعت الشافعى يقول إن صح حديث بروع بنت واشق قلت به قال الحاكم قال شيخنا أبو عبيد الله لو حضرت الشافعى لقمت على رؤس الناس وقلت : قد صح الحديث فقل به (١) .

٦ — الراوى المجهول يظهر حديثه فيرده الصحابة :

وهو الذى لايظهر من الصحابة إلا رد حديثه فهذا لايجوز العمل به إذا خالف القياس لأنهم كانوا لايتهمون برد الحديث الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولا يترك العمل به وترجيح الرأى بخلافه عليه . فكان اتفاقهم على رده دليلا على أنهم اتهموا الراوى فى هذه الرواية . ولهذا يسمى هذا النوع منكرا أو مستنكرا لأن أهل الحديث لم يعرفوا صحته ثم لايكون حجة لا فى حق الجواز ولا فى حق الوجوب ولا يعمل به .

---

(١) نيل الأوطار — ج ٦ ص ١٧٣

ومثلوا له بحديث فاطمة بنت قيس، فقد روى الشعبي عن فاطمة بنت قيس عن النبي صلى الله عليه وسلم فى المطلقة ثلاثا ، قال : ليس لها سكنى ولا نفقة . رواه أحمد ومسلم ، وفى رواية عنها قالت : طلقنى زوجى ثلاثا فلم يجعل لى رسول الله صلى الله عليه وسلم سكنى ولا نفقة رواه الجماعة إلا البخارى (١) وفى رواية عنها أيضاً طلقنى زوجى ثلاثا فأذن لى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أعتد فى أهلى رواه مسلم .

فقد قال مغيرة الراوى عن الشعبي فذكرت الحديث لإبراهيم فقال : قال عمر لاندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لاندرى أصدقت أم كذبت أحفظت أم نسيت فإنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لها النفقة والسكنى . وقد قال عمر ذلك بمحضر من الصحابة فلم ينكره أحد فكان إجماعا على أن الحديث مستنكر .

قال عيسى بن أبان فيه : إنه أراد بالكتاب والسنة القياس الصحيح لأن ثبوته بهما حيث قال الله تعالى « فاعتبروا » وحديث معاذ فى القياس مشهور .

وقال بعضهم : أراد بالكتاب قوله تعالى : « أسكنوهن من حيث سكنتم (٢) » وأراد بالسنة ماقال عمر : سمعت النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى مادامت فى العده .

وحديث فاطمة بنت قيس مخالف للقياس على الحامل المبتوته والمعتدة من طلاق رجعى بجامع الاحتباس . لأن النفقة جزاء الاحتباس . فكما أن الحامل المبتوته والمعتدة من طلاق رجعى لها النفقة والسكنى كذلك المطلقة ثلاثا لها ذلك .

---

(١) نيل الأوطار — جـ ٦ ص ٣٠١

(٢) الطلاق — الآية : ٦

قال الحنفية (١) إن المبتوته محتبسة بحق نكاح الزوج فتستحق النفقة كالحامل والمطلقة الرجعية كما تستحق السكنى ، فان كل واحدة منهما حق مالى مستحق لها بالنكاح ، والعدة حق من حقوقه فكما يبقى باعتبار هذا الحق ما كان لها من استحقاق السكنى فكذلك النفقة ، وقالوا إن قراءة ابن مسعود « أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم » مما يصح بها الزيادة على الكتاب فتكون دليلا على أن النفقة مستحقة لها بسبب العدة .

أما قوله تعالى « وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن » فهى لإزالة إشكال كان يقع عندما تطول مدة الحمل . فربما يشكل أنها هل تستوجب النفقة بسبب العدة فى مدة الحمل وإن طالت ، فأزال الله سبحانه تعالى هذا الإشكال بقوله تعالى : « فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن » .

وفى حديث فاطمة بنت قيس زيادة فى بعض الطرق « لا نفقه لك الا أن تكونى حاملا » وهى غير ثابته فى موضع يعتمد عليه من الكتب والروايات وقول عمر لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا ... الخ . » ما يعتبر طعنا مقبولا وما يشير إلى أن فى كتاب الله وسنة نبيه نفقة لهذه المعتدة . فكان رد عمر بحضرة أصحاب رسول الله من غير نكير منهم عليه دالا على أن مذهبهم فيه كمذهبه .

ويذهب بعض الأئمة إلى أن للمبتونه السكنى ولا نفقة لها وهو قول مالك (٢) والشافعى ، واحتجوا لإثبات السكنى بقوله تعالى « أسكنوهن من من حيث سكنتم من وجدكم » ولإسقاط النفقة بمفهوم قوله تعالى « وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهم » فإن مفهومه أن غير الحامل لا نفقة لها وإلا لم يكن لتخصيصها بالذكر فائدة ، ويذهب آخرون الى أنه أن لا نفقة لها ولا سكنى وهو قول أحمد وداود وأبى ثور إستنادا إلى حديث فاطمة بنت قيس وماجاء فى بعض الروايات أن رسول الله صلى الله

---

(١) البدائع – جـ ٣ ص ٣١٠ ، وحاشية ابن عابدين – جـ ٢ ص ٦٨٧

(٢) بداية المجتهد – جـ ٢ ص ٩٤ ، ونهاية المحتاج – جـ ٧ ص ١٤٤

عليه وسلم قال : إنما السكنى والنفقة لمن لزوجها عليها الرجعة . وهذا القول مروى عن على وابن عباس وجابربن عبد الله . واستدل من أوجب لها السكنى دون النفقة بما روى مالك فى موطئه من حديث فاطمة المذكورة وفيه : فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس لك عليه نفقة وأمرها أن تعتد فى بيت أم كلثوم ، ولم يذكر فيها إسقاط السكنى فبقى على عمومه فى قوله تعالى « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » وعللوا أمره عليه السلام لها بأن تعتد فى بيت أم كلثوم بأنه كان فى لسانها بذاء .

ونقل الشوكانى أن مذهب الهادى ورواية عن أحمد أنها تستحق النفقة دون السكنى ، واستدلوا على وجوب النفقة بقوله تعالى « وللمطلقات متاع بالمعروف الآية » وبقوله تعالى : « لا تضاروهن » وبأن الزوجة المطلقة بائنا محبوسة بسبب الزوج ،واستدلوا على عدم وجوب السكنى بقوله تعالى « أسكنوهن من حيث سكنتم » فإنه أوجب أن تكون حيث يكون الزوج وذلك لا يكون فى البائنة .

ولا يخفى أن الأولى فى هذه المسألة إما أن يقال إن للمبتونه الأمرين جميعا مصيراً إلى ظاهر الكتاب ،والمعروف من السنة ،وأما أن يخصص هذا العموم بحديث فاطمة المذكور ، أما التفريق بين إيجاب النفقة والسكنى فعسير . ووجه عسره ضعف دليله . وقد قدمنا موقف الحنفية من ظاهر الكتاب ومن السنة ويؤيده ما جاء فى بعض الروايات عن عمر أنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لها النفقة والسكنى .

ومن هذا النوع أيضا حديث بسرة أنها سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول إذا مس أحدكم ذكره فليتوضأ » أخرجه مالك فى الموطأ . فإن عمر وعليا وابن مسعود وابن عباس وعمار وأبا الدرداء وسعد بن أبى وقاص وعمران بن حصين لم يعملوا به حتى قال على رضى الله عنه لا أبالى أمسسته أم أرنبة أنفى ، ونقل عن عروة أنه لم يرفع بحديث بسرة رأسا—وروى بن زياد عن ربيعة أنه كان يقول هل يأخذ بقول بسرة أحد؟ والله إن بسرة لو شهدت

على هذه بالنقل لما أجزت شهادتها إنما قوام الدين الصلاة . وإنما قوام الصلاة الطهور . أفلم يكن فى صحابة رسول الله عليه السلام من يقيم هذا الدين إلا بسرة . وقال ابن زيد على هذا أدركنا مشايخنا مامنهم أحد يرى فى مس الذكر وضوءا .

لهذا لم يعمل الحنفية بحديث بسرة ورده بما روى طلق بن على قال : قدمنا على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعنده رجل كأنه بدوى فقال : يارسول الله ماترى فى مس الرجل ذكره بعد أن يتوضأ ؟ فقال : وهل هو إلا بضعة منك ، أخرجه أبو داود والترمذى وصححه كثير من أهل العلم من الكوفيين وغيرهم . وقال ابن المدينى حديث قيس بن طلق أحسن من حديث بسرة (١) .

ومن الأئمة من يرى مس الذكر كيفما كان يوجب الوضوء ، ومنهم من فرق بين المس بباطن الكف واللذة فأوجبوا الوضوء مع اللذة ، ولم يوجبوه مع عدمها . وأوجبه البعض مع المس بباطن الكف ولم يوجبوه مع المس بظاهرها . وفرق البعض بين العمد والنسيان فأوجبوا الوضوء مع العمد ولم يوجبوه مع النسيان ،وذلك ترجيحا لحديث بسرة على حديث طلق أونسخة به (٢) قائلين إنه قد صححه بن معين وأحمد بن حنبل . وقد روى أيضا معناه من طريق أبى هريرة وكان ابن السكن أيضا يصححه . ولم يخرجه البخارى ولا مسلم .

٧ — الراوى المجهول لم يظهر حديثه ولم يبلغ السلف :

إذا كان الراوى مجهولا ، ولم يظهر حديثه فى السلف . فلم يبلغهم حديثه ولم يظهر منهم فيه رد ولا قبول ، فحكمه أنه لايترك به القياس ، ولا يجب العمل بمقتضاه ، لكن يجوز العمل به إذا وافق القياس ، لأن من كان فى الصدر

---

(١) كشف الأسرار — البزودى ج ٢ ص ٦٧٠

(٢) بداية المجتهد — ج ٢ ص ٣٨

الأول كانت عدالته ثابتة له باعتبار الظاهر . فبهذا الاعتبار الظاهر يترجح جانب الصدق فى خبره ، وباعتبار أنه لم يشتهر فى السلف يتمكن تهمة الوهم فيه فيجوز العمل به إذا وافق قياسا على وجه حسن الظن به ، ولكن لا يجب العمل به لأن الوجوب شرعا لا يثبت بمثل هذا الطريق الضعيف .

ولهذا جوز أبو حنيفة (١) رحمه الله القضاء بظاهر العدالة من غير تعديل (هو المستور) لكن لم يوجب على القاضى القضاء به ، لأنه كان فى القرن الثالث والغالب على أهله الصدق ، لأنه شهد لهم الرسول بالخيرية ، فأما فى غير زمن أبى حنيفة فخبر المجهول لا يقبل ولا يصح العمل به مالم يتأيد بقبول العدول ، وتظهر عدالته لأن الفسق غلب على أهل هذه الأزمنة ، ولهذا لم يجوز أبو يوسف ومحمد القضاء بشهادة المستور لأنهما كانا فى زمان فشو الكذب .

أما قوله عليه السلام : مثل أمتى كمثل المطر لايدرى أوله خير أم آخره » فوجه التوفيق بينه وبين ما سبق أن الخيرية تختلف بالإضافات والاعتبارات فالقرون السابقة خير بنيل شرف قرب العهد بالنبى عليه السلام ولزوم سيرة العدل والصدق واجتناب المعاصى ونحو ذلك على ما أشار إليه قوله عليه السلام ثم يفشو الكذب ،وإما باعتبار كثرة الصواب ونيل الدرجات فى الآخرة فلا يدرى أن الأول خير لكثرة طاعته وقلة معصيته ، أم الآخر خير

---

(١) أبو حنيفه :

هو النعمان بن ثابت بن زوطى التيمى أصله من فارس رأى من الصحابة أنساً غير مرة وعبد الله بن أبى أوفى وسهل بن سعد وأبا الطفيل . وكان فقيهاً ورعاً ،تقناً لا يقبل جوائز السلطان ويتجر ويتكسب ، شهد له العلماء بالفقه وجودة الرأى . أكره على القضاء وضرب أيام أبى جعفر مائة سوط وعشرة أسواط كل يوم عشرة وحبس فأبى وتوفى فى السجن ، قال الليث : قابلت مالكاً بالمدينة فقلت له انى أراك تمسح العرق عن جبينك . قال عرقت مع أبى حنيفة انه لفقيه يامصرى ، أخذ الفقة والحديث عن حماد بن ابى سليمان وعطاء ونافع وابن هرمز وقتاده وعمرو بن دينار وغيرهم . وتفقه به وروى عنه زفر وأبو يوسف الحسن بن زياد ولد سنة ٨٠ وتوفى ١٥٠ ببغداد ومن الطبقة السادسة .

لإيمانه بالغيب طوعا ورغبة مع انقضاء زمن مشاهدة آثار الوحى وظهور المعجزات بالتزامه طريقة السنة مع فساد الزمان (١) .

ثم عند موافقة حديث المستور للقياس وعدم وجوب العمل بالحديث يكون الحكم ثابتا بالقياس . وحينئذ تكون الفائدة هى جواز إضافة الحكم إليه . ولا يتمكن بالقياس من منع هذا الحكم لكونه مضافا إلى هذا الحديث .

---

(١) التلويح شرح التوضيح – ج ٢ ص ٦

الباب الثالث

الأقيسة المتعارضة

الفصل الأول

دواعى العمل بالقياس وأسباب تعارض الأقيسة

من المعلوم أن الأحكام الشرعية كان مصدرها إبان حياة الرسول عليه السلام كتاب الله تعالى وسنة نبيه الكريم . وبعد وفاته عليه السلام تحددت النصوص . وانقطع مدد الوحى الإلهى بموت من كان ينزل عليه . لهذا لم يكن أمام صحابة رسول الله غير تطبيق هذه النصوص على ما يحدث من وقائع ، وما ينزل من حوادث ونوازل . وكانت تلك الحوادث المختلفة الأوضاع متعددة الأشكال . متكاثرة العدد . منها ما يشبه بعض ماسبقه من الحوادث التى عرضت على الرسول صلوات الله عليه فى بعض النواحى ومنها ما كان يغايرها فى نواح أخرى .

ونتيجة حتمية لمرور الزمن ، واختلاف الناس وتشابك المصالح . وتعارض الأغراض وتعدد المعاملات . وتنوع الأساليب ، وخاصة بعد أن فتح الله على المسلمين من البلاد التى اختلفت فى نظمها وحضارتها واقتصادياتها وعاداتها وثقافتها . فإنهم قد واجههم بسبب ذلك حوادث لا عهد لهم بها وعرضت لهم أمور لم يعرض عليهم فيما سبق مثلها . وكان عليهم بحكم الفتح والولاية وتدبير أمر تلك البلاد المفتوحة ، وتصريف شئونها ، أن يجتهدوا ويحكموا فى تلك الأمور بما يظنون أنه حكم الله . فلم يكن لهم طريق إلى معرفة تلك الأحكام سوى النظر فى كتاب الله ، وفيما سنه رسوله الأعظم .

كانوا يستقرئون النصوص والأحكام ويتعرفون منها الحكم والأغراض ويبنون عليها الأصول والقواعد ، ويستنبطون من إيمائهما أو إشارتهما أو اقتضائهما العلل المنضبطة ، والمصالح المعتبرة ، وهم فى الإحاطة بذلك مختلفون ، وفى علمهم متفاوتون ، وفى استعدادهم ومقاييسهم متغايرون . ثم هم أمام نصوص للأحكام متفاوتة ، منها ما هو خفى أو مشكل ومنها ما هو واضح بين ، ومنها محكم لا يحتمل تأويلا ولا صرفا عن ظاهرة ، ومنها ما يحتمل ذلك ، ومنها ما يتعارض مع غيره فى الظاهر ومنها مالا يتعارض .

ومع كل هذا تطورت الحياة عما كان عليه الأمر فى زمن الرسول عليه السلام فبعد أن كانت محدودة ضيقة اتسعت كثيرا حتى شملت أمما عديدة ، وأمصارا كثيرة ، وأجناسا مختلفة متعددة الألوان ، متشابكة الأعراف ، متشعبة النواحى والأغراض .

وهكذا تتجمع هذه الأمور مع عدم اعتمادهم فى نظرهم لا ستنباط الأحكام على قواعد محدودة ، وعدم استرشادهم بأصول مضبوطة معروفة . وعدم وقوفهم على طرائق مرسومة . إنما كان اعتمادهم على ما يخلص إلى فهمهم . وهم فى ذلك مختلفون ، وإلى ما يستقر فى نفوسهم متباينون ، وهم بحسب طبيعتهم متغايرون . أيضاً لم يقصد لذلك منهم إلا من أنس فى نفسه القدرة على الاجتهاد ، والصلاحية له ، بما توفر له من ملكه تشريعية . وبما امتاز به من استعداد لمعرفة أسرار التشريع وأسسه العامة .

فكانوا لذلك مختلفين فى وجهات النظر ، كل منهم يظن أن ماوصل إليه باجتهاده هو حكم الله فى المسألة . ولذلك كثيرا ماخالف الصحابة بعضهم بعضا . فخالف عمر أبا بكر ، وتحاج عمر مع ابن عباس ومع زيد بن ثابت ، وتحاج على مع عمر ، أو مع زيد بن ثابت مما يدلنا على مبلغ حريتهم فى اجتهادهم .

ثم كانت طرائقهم فى استخراج الأحكام للمسائل المتعددة مختلفة . فكانوا تارة يستعملون القياس ، ويلحقون النظير بنظيره ، ويحملون الشبيه

على شبيهه ، وتارة يراعون جلب المصالح ودرء المفاسد ، وأخرى يطبقون أصلا من أصول الشريعة العامة . وهكذا ما كانوا متقيدين بمنهاج معين ، ولا ملتزمين مسلكا خاصا من تلك المسالك التى عرفت فيما بعد والتى وضعها الأصوليون بعد زمانهم . وكان من نتائج ذلك أن تعارضت أقوالهم تبعا لاختلاف أقيستهم . يشير إلى ذلك الصورة الآتية هى :

اختلافهم فى توريث الجد مع الإخوة والأخوات إذ لم يرد عن الشارع فى ذلك نص . لقد نظروا فيه فاختلفوا : فمنهم من رأى أن الجد أقرب من الإخوة والأخوات إلى المتوفى لأنه أب . ومنهم من رأى أن الإخوة أقرب إلى المتوفى من الجد للنص على ميراثهم فى الكتاب دون النص على ميراث الجد ، ولأنهم يعصبون الأنثى منهم ، ومنهم من جعلهم مع الجد بمنزلة واحدة فى القرابة لأن كلا من الجد والإخوة يدلى بالأب فالجد أبو الأب ، والإخوة أولاد الأب . فاختلفوا لذلك فى توريث الجد مع الإخوة .

فذهب أبو بكر وابن عباس وابن الزبير ومعاذ جبل وأبو الدرداء وأبو موسى الأشعرى وأبى بن كعب وعائشة وأبو هريرة وغيرهم من الصحابة إلى أن الجد أب يرث كما يرث الأب ويحجب من يحجبه الأب . ويحجب بالأب لأنه يدلى به . وعلى ذلك لا يرث معه الإخوة والأخوات سواء أكانوا أشقاء أم لأب أم لأم (١) .

وحجتهم : فى ذلك أن القرآن سمى الجد أبا فى كثير من المواضع . كما أن اللغة جاءت بذلك فقال تعالى « ملة أبيكم ابراهيم (٢) » وقال على لسان يوسف « واتبعت ملة آبائى ابراهيم واسحاق ويعقوب (٣) » وقال « كما أتمها على أبويك من قبل ابراهيم وإسحاق (٤) » وقال « كما أخرج

---

(١) نيل الأوطار – جـ ٦ ص ٦٢

(٢) الحج – الآية ٨٨

(٣) يوسف – الآية ٣٨

(٤) يوسف – الآية ٦

أبويكم من الجنة (١) وقال : « أنتم وآباؤكم الأقدمون » (٢) وجاء فى حديث المعراج : « هذا أبوك آدم وهذا أبوك إبراهيم » وفى حديث آخر « إرموا بنى إسماعيل ، فإن أباكم كان راميا » — وكما جاء تسمية الجد أبا جاء تسمية ابن الابن ابنا قال تعالى يابنى آدم ، يابنى اسرائيل » وفى الحديث « ارموا بنى اسماعيل » . وإذا ثبتت البنوة لولد الولد فمن المحال ألا تثبت لأب الأب لأن الأبوة والبنوة من الأمور المتضايقة فيتمنع ثبوت إحداهما بدون الأخرى واذا كان الجد أبا وجب أن يحجب الأخوة .

وذهب عمر وعلى وزيد بن ثابت وابن مسعود إلى القول بتوريث الجد مع الإخوة ، لكنهم اختلفوا فى كيفة ذلك التوريث . وها نحن نبين حجتهم ثم نبين كيفية اختلافهم .

أما الحجة لهم : فهى قياس الأخ على الابن بجامع أن كلا منهما ذكر يعصب أخته فكما لا يحجب الجد الابن ، كذلك لايحجب الإخوة . وأيضا فالأب والجد يستويان فى سبب الاستحقاق فإن كلا منهما يدلى الى الميت بالأب فالأب يستويان فى سبب الاستحقاق فإن كلا منهما يدلى إلى الميت بالأب فالجد أبوه والأخ ابنه . وقرابة البنوة الثابتة للأب لا تنقص عن قرابة الأبوة الثابتة للجد بل ربما كانت أقوى ، لأن الابن يسقط نصيب الأب وإذا ثبت استواؤهما فى سبب الاستحقاق فلا موجب لحجب الجد والإخوة .

أما كيفية الاختلاف : فقد ذهب عمر وابن مسعود إلى أن الجد يقاسم الإخوة كاخ إلا أن يكون السدس خيرا له فيعطى السدس ويكون ما يبقى للإخوة والأخوات .

ثم عدل عمر عن ذلك وكتب إلى ابن مسعود : ماأرانا إلا قد أجحفنا بالجد ، فإذا جاءك كتابى هذا فقاسم مع الإخوه إلا أن يكون الثلث خيرا له من مقاسمتهم فاجعله له . فأخذ بذلك ابن مسعود وعدل عن رأيه الأول .

---

(١) المائدة — الآية ٢٧

(٢) الشعراء — الآية ٧٦

ثم قدم على إلى الكوفة فكان يرى مقاسمه الجد مع الإخوة إلا أن يكون السدس خيرا له فيكون السدس . وقد كان رأيه قبل كرأى عمر الذى انتهى إليه أخيرا وهو إعطاؤه الثلث .

أما زيد بن ثابت فكان يرى المقاسمة مع الإخوة الأشقاء أو الإخوة لأب إلا أن يكون الثلث خيرا له الثلث ومابقى للإخوة (١) . وكان يرى مع ذلك أنه إذا كان معه إخوة لأب وإخوة أشقاء قاسم الإخوة لأب فيعطى نصيبه على هذا الأساس على ألا يقل عن الثلث ثم يرد ماخص الإخوة لأب من هذه المقاسمة على الإخوة الأشقاء ، ولا يعطى الإخوة لأب شيئا .

وقد سأل ابن عباس زيدا عن ذلك فقال : إنما أقول فيه برأيى كما تقول أنت برأيك ، وهكذا كانوا يختلفون ويتجادلون مما يدل على واسع حريتهم فى النظر والاستدلال ، وقد أخذ مالك والشافعى برأى زيد بن ثابت ودافع عنه الشافعى فى الرسالة فقال : « واختلفوا فى الجد فقال زيد بن ثابت وروى عن عمر وعثمان وعلى وابن مسعود يورث معه الإخوه . وقال أبو بكر الصديق وابن عباس وروى عن عائشة وعبد الله بن عتبه أنهم جعلوه أبا ، وأسقطوا الإخوة معه — ثم قال : إن توريث الإخوة مع الجد ليس أمرا بينا فى الكتاب ، ولكن يرى المخالف أن القياس مع رأيه : ذلك : لأن اسم الأبوه يلزمه ويصاحبه (يعنى الجد) . ويحجب بنى الأخياف (٢) كما يحجبهم الأب ، ولا ينقص سهمه عن السدس كالأب وكل ذلك مرود .

---

(١) بهذا أخذ الشافعى فقال فى الأم : اذا ورث الجد مع الأخوة قاسمهم ما كانت المقاسمة خيراً له من الثلث فإن كان الثلث خيراً له منها أعطيه (ج ٤ ص ١١) .

(٢) بنو الأخياف — قال الشوكانى : ويقال للأخوة لأم فقط أخياف ، قال فى المصباح المنير وأخوة أخياف إذا كانت أمهم واحدة ، والآباء شتى ، وأما بنو الأعيان فهم الأخوة من أب وأم . قال فى القاموس فى مادة عين وواحد الأعيان الأخوة من أب وأم وهذه الأخوة تسمى المعاينة انتهى . وأما بنو العلات فهم أولاد الأمهات المتفرقة من أب واحد . قال فى القاموس والعلة الضرة وبنو العلات بنو أمهات شتى من رجل (نيل الأوطار ج ٦ ص ٥٨) .

إذ أنه لا يرث باسم الأبوة بدليل أن الأب يحجبه ، وأنه قد يحرم لكفره أو قتله ولا يزايله مع ذلك اسم الأبوة ، إنما كان له ذلك اتباعا بالأثر لا بوصف الأبوة ، ولم نترك هذا القول إلا لبعده عن القياس ، وموافقته ما رأيناه للقياس ، فالجد يدلى إلى المتوفى بأنه أبو أبيه ، والأخ يدلى اليه بأنه ابن أبيه وموقع القرابتين من المتوفى واحد من حيث القرب والبعد ، إذ أن كلا منهما يدلى بالأب ، ولو كان الأب هو الذى توفى : لورثه كل منهما لابنه وهو للأخ خمسة الأسداس ، ولأبيه وهو الجد السدس ، فإذا كان الابن أكثر ميراثا وهو يتصل به أيضا إلى الميت كان الابن وهو الأخ أشد قربا لكثرة ميراثه وكان الأولى إذا كان هناك حجب أن يحجب الأخ الجد (١) » .

وإن من يقارن بين قرابة الجد وقرابة الأخ يجد أن الجد فى عمود الأصل كابن الابن فى عمود الفرع . وأن الأخ ليس فى هذا ولا ذاك وإنما يشارك الميت فى أصله . وهذه المشاركة هى بنوة الأخ لأب للميت ، والبنوة التى أقرب من الأبوة هى البنوة المنسوبة للميت (المنسوبة لابيه) ، والمتحقق فى الأخ هى الثانية لا الأولى . وأبوة الجد مهما علت منسوبة للميت . وبنوة أخ الميت لأبيه لا تنسب إلى الميت بحال فكيف تكون أقوى من أبوة الجد المنسوبة إليه بوجه ما .

فالظاهر أن القول بأن الأخ يدلى بالبنوة ، والجد يدلى بالأبوة والبنوة أقوى من الأبوة مغالطة ظاهرة . فالجد أب ، والأخ ليس ابنا . والجد سبب والأخ لا حق ، فالجد مقدم على الأخ .

وقد رجح ابن القيم رأى أبى بكر قائلا « بل النهر الأعلى أولى بالجدول من الجدول الذى اشتق منه . وأصل الشجرة أولى بغصنها من الآخر . فإن هذا صنوه ونظيره الذى لا يحتاج إليه ، وذلك أصله وحامله الذى يحتاج إليه ، واحتياج الشيء إلى أصله أقوى من احتياجه إلى نظيره ، فالأصل أولى بالشيء من النظير — وقال فى تعليل ذلك ماذهب اليه أبو بكر .

---

(١) الرسالة للشافعى : ص ٥٩١ ط . الحلبى .

« إن الواجب ألا يرث ولد الأب أو الأبوين وهم الإخوة لأب والإخوة الأشقاء لا مع الأب ولا مع الجد . كما لم يرثوا مع الابن ولا مع ابن الابن لأن قرابة هؤلاء الأصول تساوى قرابة هؤلاء الفروع ، فما تحجبه إحدى القرابتين تحجبه الاخرى أى البنوة تحجب الاخوة فكذلك مايساويها وهى قرابة الأصول » (١) .

تلك صورة من صور الاختلاف تكشف بوضوح عن مقدار تنوع أفهامهم ، وتفصح جيدا عن كون الخلاف الذى كان بين المجتهدين يرجع أغلبه إلى علة الأصل فى القياس وفيما يجب أن يتوافر فيها من شرط لتكون علة صحيحة لحكم الأصل .

على أن الجمهور من الفقهاء كانوا يذهبون فى اجتهادهم إلى أن ماشرعه الله من أحكام لم يشرعه الله إلا لمصلحة من جلب منفعة لهم ، أو دفع مضرة . فلهذا كانت تلك المصلحة هى الغاية المقصودة من التشريع وتسمى حكمة .

ويشعر ذلك بأن كل حكم يكون مرتبطا بحكمته . ومبنياً عليها بحيث يرتبط وجوده بوجودها ، وعدمه بعدمها ، لأنها الباعث على تشريعه ، والغاية المقصودة منه . ولكن الظاهر من استقراء الأحكام وحكمها ، أن الحكم قد يوجد بدون حكمته فى بعض الجزئيات حيث تكون الحكمة أمرا غير ظاهر ، ولا تدرك بحاسة من الحواس . وليس من اليسير التحقق من وجودها أو عدمها بالنسبة إلى أصناف الناس وأحوالهم . وذلك فى تشريع العقود دفعا لحاجة الناس إليها . فإن الحاجة أمر خفى باطنى ليس من اليسير التحقق منه .

فمثلا إنما شرع إباحة الفطر فى رمضان للمسافر ، لدفع مايلحقه فى سفره من مشقة بسبب الصيام ، لكن ما يترتب على السفر من مشقة أمر يختلف باختلاف حال السفر وحال المسافر وقدرته ويسره ، حتى إنه ليظن أن

---

(١) إعلام الموقعين ج ١ ص ٩٦ وص ٥٦

بعض المسافرين أكثر متعة ، وأوفر راحة من بعض المقيمين ، فكانت المشقة مختلفة تبعا لاختلاف الأحوال ، وكان انضباطها والتحقق من وجودها عسيرا ، وفى مثل هذه الأحوال لا يجوز أن يرتبط حكم بحكمته ، لما فى ذلك من الحرج الناتج عن خفاء الحكمة تارة ، وعدم انضباطها تارة أخرى .

لهذا لم يربط الشارع أحكامه بحكمها . وإنما ربطها بأوصاف أخرى ظاهرة منضبطة مناسبة للحكم . ومعنى مناسبتها له أن يكون ارتباط الحكم بها وبناؤه عليها من شأنه أن يحقق الحكمة التى من أجلها شرع الحكم ، وهذا الأمر الظاهر المنضبط الذى بنى عليه الحكم لأنه مظنة لحكمته هو المسمى فى اصطلاح الأصوليين بعلة الحكم . وإذن يكون الفرق بين حكمة الحكم وعلته أن علة الحكم هى الوصف الظاهر المنضبط الذى ربط به الحكم وجودا وعدما بناء على أن ارتباطه من شأنه أن يحقق حكمة الحكم ، أما حكمة الحكم فهى الباعث على تشريعه والمصلحة التى قصدها الشارع من شرعه الحكم . فإباحة الفطر فى رمضان للمسافر حكمته دفع المشقة وعلته السفر . والأول أمر خفى تقديرى فلم يرتبط به الحكم . والثانى وهو السفر أمر ظاهر منضبط ربط به الحكم لأن فى ربطه به تحقيق الحكمة وهى دفع المشقة عند السفر .

وبناء الأحكام على العلل والأوصاف المؤثرة مما تستقيم به الأحكام وتسير على سنن واحد . أما ربطها بالمصالح فيعرضها للادعاءات . فكل صاحب هوى فى أمر يدعى أن فيه مصلحة ليتوصل إلى غرضه .

فمثلا المصلحة المقصودة من تحريم الخمر هى المحافظة على عقول الناس ولكن الناس يختلفون فى تقديرها . فلو جعلت مناطا للحكم لجاز أن يقول بعض شاربيها : إنها لا تفسد عقلى ، وعند ذاك يعجز الحاكم عن تنفيذ الأحكام . ولكن الشارع لم يربط التحريم به ، بل ربطه بالإسكار وهو وصف ظاهر منضبط يغلب معه فساد العقل .

وإذا شرع الله حكما فى محل من المحال فقد ينص على علته ، وعند ذلك لا يكون بين جمهور الفقهاء — القائلين بالقياس — خلاف فى حمل ماتتحقق فيه هذه العلة من النظائر والأشباه عليه ، وتعدية حكمه إليها حتى كانت دلالة النص على هذه العلة محل اتفاق بينهم .

يقول ابن القيم « وقد ذكر النبى صلى الله عليه وآله وسلم علل الأحكام والأوصاف المؤثرة فيها ليدل على ارتباطها بها وتعديها بتعدى أوصافها وعللها كقوله فى نبيذ التمر « ثمرة طيبة وماء طهور » وقوله « إنما جعل الاستئذان من البصر » وقوله « إنما نهيتكم من أجل الدافة » (١) وقوله فى الهرة « هى ليست بنجسة إنها من الطوافين عليكم والطوافات » وقوله عليه السلام بعد النهى عن الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها « إنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم » وقوله صلى الله عليه وسلم وقد سئل عن بيع الرطب بالتمر : أينقص الرطب إذا جف ؟ » قالوا : نعم فنهى عنه (٢) وقوله : « لايتناجى اثنان دون الثالث ، فإن ذلك يحزنه » (٣) .

وقد لا تكون العلة منصوصة . وعندئذ يسلك الفقهاء فى بيانها وتعرفها من الطرق مايتوصلون به إلى تعيينها . لكن هذه الطرق ظنية تقوم على البحث والنظر . وللاختلاف فيها مجال تبعا لاختلاف الأفهام . ويأتى من وراء هذا الاختلاف فى بيان العلل وتعيينها تعارض الأقيسة ، فبينما يرى البعض

---

(١) الحديث متفق عليه وهو « إنما نهيتكم من أجل الدافة فكلوا وادخروا وتصدقوا » والدافة أصلها دف أى جاء . قال أهل اللغة الدافة بتشديد الفاء قوم يسيرون جميعاً سيراً خفيفاً ودافة الأعراب من يريد منهم المصر . والمراد فى هذا الحديث من ورد من ضعفاء الأعراب للمواساة — (نيل الأوطار — جـ ٥ ص ١٢٧) .

(٢) الحديث رواه الخمسة وصححه الترمذى وراوية سعد بن أبى وقاص (نيل الأوطار — جـ ٥ ص ١٩٨) .

(٣) الراوى للحديث عبدالله بن مسعود وهو متفق عليه واللفظ لمسلم : « إذا كنتم ثلاثة فلا يتناجى اثنان دون الآخر حتى تختلطوا بالناس من أجل أن ذلك يحزنه » والمناجاة المشاورة والمسارة — (بلوغ المرام وشرحه سبل السلام — جـ ٤ ص ٢٣٦ إعلام الموقعين جـ ١ ص ٢٣٦) .

فى حكم من الأحكام أن علته هى وصف كذا دون غيره من الأوصاف يرى آخرون أن علته هى وصف غيره . ولكل وصف من الأوصاف محال يوجد فيها غير المحال التى يوجد فيها غيره .

وكتب الفقه تزخر بمثل هذا الاختلاف فى تعيين العلل ، وفى الأصول التى تلحق بها الفروع ، وماختلاف الفقهاء فى الأحكام إلا فرع اختلافهم فى تحقيق المعارضة بين الدليلين ، أو استثناء مادل عليه أحدهما مما دل على الآخر ، أو ترجيح أحد القياسين المتعارضين على الآخر ، فمن ذلك اختلافهم فى علة الربا والضابط الذى تعرف به الأموال الربوية .

فقد قال الحنفية العلة هى أمران أحدهما : أن يكون المال مما يوزن كالذهب والفضة أو مما يكال كالحنطة والشعير والتمر والملح ، وهذا هو المعبر عنه فى لسانهم بالقدر . والمراد به معرفة القدر عن طريق الكيل أو الوزن — والأمر الثانى : اتحاد الجنس فى المالين المتبادلين . وبمثل ذلك قال الحنابلة .

وعند الشافعية (١) العلة هى الطعم والثمنية . وعند المالكية الثمنية والاقتيات والادخار مع اتحاد الجنس — ويحتج الحنفية لمذهبهم بأن قوله عليه السلام « الحنطة بالحنطة » (٢) معناه بيعوا الحنطة بالحنطة والبيع لايجرى باسم الحنطة فإن الاسم يتناول الحبة الواحدة ولا يبيعها أحد ، ولو باعها لم يجز لأنها ليست بمال متقوم فعلم ضرورة أن المراد الحنطة التى هى مال متقوم ، ولا يعلم ماليتها إلا بالكيل فصارت صفة الكيل ثابتة بمقتضى النص

---

(١) الأم — ج ٣ ص ١٣

(٢) الحديث راويه أبو هريره رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : التمر بالتمر والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والملح بالملح مثلا بمثل يداً بيد فمن زادا واستزاد فقد أربى الا ما اختلفت ألوانه » رواه مسلم . وروى بلفظ « الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل يداً بيد فمن زاد أو استزاد فقد أربى الآخذ والمعطى فيه سواء — رواه أحمد والبخارى (منتقى الأخبار مع شرحه نيل الأوطار ج ٥ ص ١٩٠) .

وهى الأقوات (١) فكأنه قال : الذهب الموزون بالذهب والحنطة المكيلة بالحنطة ، والصفة من اسم العلم تجرى مجرى العلة للحكم ، وماثبت بمقتضى النص فهو كالمنصوص (١) .

ويحتج الشافعى بكون الأموال الربوية هى الطعم والثمنية ، بأن الشرع قد شرط لجواز البيع فى هذه الأموال شرطين زائدين . المساواة ، واليد باليد فعرفنا أن الموجب لزيادة هذين الشرطين معنى فى المحل ينبىء عن زيادة خطر . والمعنى الذى ينبىء عن زيادة الخطر فى الذهب والفضة لا يكون إلا الثمنية لأنهما خلقا لذلك ، وبالثمنية حياة الأموال . وفى المطعومات علق الحكم بالطعم كما بين ذلك حديث معمر بن عبد الله أنه قال كنت أسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : الطعام بالطعام مثلا بمثل وكان طعامنا يومئذ الشعير رواه أحمد ومسلم (٢) ، والحكم إذاعلق باسم مشتق دل على أن ذلك المعنى الذى اشتق منه الاسم هو علة الحكم .

وزاد المالكية على الطعم إما صفة الادخار على مافى الموطأ واما صفتان وهماالادخار والاقتيات على ما اختاره البغداديون . وحجتهم فى استنباط هذه العلة . بأنه لوكان المقصود الطعم وحده لا كتفى بالتنبيه على ذلك بالنص على واحد من تلك الأصناف الأربعة المذكورة . فلما ذكر عددا منها علم أنه قصد بكل واحد منها التنبيه على مافى معناه كلها ،وهى يجمعها الاقتيات والادخار . أما البر والشعير فنبه بهما على أصناف الحبوب المدخرة ، ونبه بالتمر على جميع أنواع الحلاوات المدخرة كالسكر والعسل والزبيب ، ونبه بالملح على جميع التوابل المدخرة لإصلاح الطعام .

وأيضا قالوا لما كان معقول المعنى فى الربا إنما هو أن لا يغبن بعض الناس بعضا وأن تحفظ أموالهم فواجب أن يكون ذلك فى أصول المعايش

---

(١) المبسوط جـ ١٢ ص ١١٦

(٢) منتقى الأخبار مع شرحه نيل الأوطار جـ ٥ ص ١٩٣

وهى القوت (١) فهذه صورة أخرى توضح لنا ما كان عليه الأئمة فى تعيين العلل والتى بناء عليها كان اختلافهم فى بعض الأحكام ، وإن كانوا يتفقون فى بعضها ، وإن اختلفوا فى العلة كما فى مسألة الربا .

(١) راجع بداية المجتهد – ج ٢ ص ١٣٠ و١٣١

الفصل الثاني

الطريق المخلص عند تعارض الاقيسة

إذا وقع التعارض بين قياسين (١) فلا يسقطان بالتعارض — عند الحنفية — لأنه لا معنى يعقل لإهدارهما إذ يترتب على ذلك خلو الحادثة من الحكم ، كما لا معنى للعمل بأحدهما معينا بدون مرجح لأنه تحكم فلم يبق إلا التخيير . فيجب العمل بأحدهما ، وللمجتهد أن يأخذ بأيهما شاء بشهادة قلبه ، ويشترط التحرى إذا احتاج إلى العمل . فإن لم تقع له حاجة إلى العمل توقف .

وعند الشافعى يعمل بأى القياسين شاء من غير تحر ، ولا تشترط شهادة القلب ، ولهذا صار له فى مسألة واحدة قولان بل أقوال . أما الروايتان اللتان ترويان عن الحنفية فى مسألة واحدة فإنما كان فى وقتين مختلفين فإحداهما صحيحة والأخرى فاسدة ، لكن لم تعرف الأخيرة منهما ، فهى أشبه بالحديث يروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بروايتين مختلفتين فإنه يحمل على أنه عليه السلام قالهما فى زمانين ، لكن لم يعرف السابق من اللاحق (٢) .

جاء فى التقرير والتحبير : « ولا يسقطان لأداء تساقطهما إلى العمل بلا دليل شرعى ، و العمل بلا دليل شرعى باطل ، وكل من القياسين حجة فى العمل لوضع الشارع إياه للعمل فى إصابة الحق لأنه عند الله واحد .

---

(١) ينبغى أن يعلم أن لا معارضة بين الأقيسة إلا إذا كان كلاهما صادراً عن مجتهد واحد فإن كان القياسان المختلفان قد صدر أحدهما من مجتهد والآخر من مجتهد آخر لم يتحقق التعارض بينهما حتى يكون أحدهما ناسخاً والآخر منسوخاً ، لأن حجة كل واحد منهما بالنظر إلى صاحبه فقط .

(٢) مسلم الثبوت — ج ٢ ص ١٩١

فمن حيث الأول وجب أن يثبت الخيار من غير تحر كما فى الكفارات ، ومن حيث الثانى وجب أن يسقطا كما فى النصين ، لأن أحدهما خطأ وهو لا يدرى ، فوجب العمل من وجه وسقط من وجه ، فقلنا يحكم رأيه ويعمل بشهادة قلبه » (١) .

ثم إذا عمل المجتهد بأحد القياسين بالتحرى فليس له أن يعمل بالآخر لضرورة الذى عمل به هو الحق عند الله . والآخر هو الخطأ بحسب الظاهر ، فلا يجوز له أن يعمل به إلا بدليل فوق التحرى ، كأن يتبين نص بخلافه ، لظهور خطئه حينئذ ، حيث اجتهد فى المنصوص عليه ، وإذا لم تقع حاجة إلى العمل يتوقف .

وإنما لا يجوز النقض إلا بدليل أقوى ، لأن القياس ترجح بالعمل به فيقوى ، وترجحت جهة الصواب فيه به . لأن الحكم بصحة العمل يتضمن الحكم بكونه صوابا وحجة ، ومن ضرورته ترجح جانب الخطأ فى القياس الآخر ، فلا يجوز نقض ما ثبت بالدليل الأقوى بما هو أضعف ، على أنه يترتب على قول الشافعى بتعارض القياسين الموجب لترتب حكم التعارض وهو التساقط . العمل بلا دليل . أما على قول الحنفية فغاية مافيه العمل بالمحتمل أنه حجة . وهو أولى عند الضرورة من العمل بلا دليل .

وقد عرض الشيخ الخضرى لهذه المسألة فى كتابه أصول الفقه ، ولم يرتض ماذهب إليه الحنفية من القول بالتحرى ، وبين أن الخلاف بين الرأيين فى النتيجة فقال : « ولا يظهر لنا معنى لهذا التحرى الذى جعله الحنفية مقدمة للاختيار ، لأن التحرى معناه الاجتهاد حتى يصل إلى الأحرى ، والفرض أن القياسين لا مرجح لأحدهما على الآخر ، فلم يبق إلا أن يقال يختار أحد الحكمين ، ويكون الفرق بين الشافعية والحنفية فى النتيجة . فالحنفية قالوا : لا يجب العدول عما اختار إلا إذا ظهرت له حجة تكون سببا فى العدول

---

(١) التقرير والتحبير — ج ٣ ص ٤

والشافعية يقولون له العدول ، ولا نفهم معنى لمنعه عن العدول عما اختار أولا إلا أن يراد منع المجتهد أن يتبع هواه فى تشريع الحكم ، فمتى وافق أحد القياسين عمل به ، ومتى وافقه الآخر عدل ولا نظن أن أحداً يجيز ذلك » (١) .

وواضح أن هذا الرأى له وجاهته لابتنائه على أمر معقول وتوجيه سليم .

ومن الفروع الفقهية التى تشير إلى أن الحنفية طبقوا مبدأ التحرى . وساروا على مقتضاه المسائل الآتية :

١ — أن الشخص الذى يكون معه ثوبان أحدهما نجس والآخر طاهر ويجهل الطاهر منهما ، وليس لديه ثوب آخر طاهر ، ويعجز عن ماء ، يطهرهما به ، الحكم عندهم أن يتحرى ويصلى فى الثوب الذى يقع تحريه على أنه طاهر ، وذلك لأن الضرورة قد تحققت ههنا ، لأنه لا يجد بداً من ستر العورة فى الصلاة ، ولا يجد وسيلة يتوصل بها إلى فعل هذا الستر إلا بالتحرى فجازله أن يتحرى لهذه الضرورة .

ولأنه إن لم يعمل بالتحرى — مع كونه دليلا جائز العمل عند الضرورة لاضطر إلى العمل باستصحاب الحال وهو ليس بدليل . وتفسير ذلك أنه يحتاج إلى أن يصلى فى أى الثوبين شاء بناء على أن الأصل فيه الطهارة من وجه ولا شك أن العدول عن العمل بالدليل إلى ماليس بدليل لا يجوز ويكون فاسدا .

٢ — المشتبه فى القبلة :

فإن من اشتبهت عليه قبلة الصلاة . ولم يكن لديه دليل ، أو أحد يسأله عنها فإنه يتحرى ويعمل بشهادة قلبه عند الحنفية . وليس له الاتجاه إلى أى جهة من غير أن يتحرى ؛ وذلك لأن الصواب فى جهات القبلة فى الحقيقة واحد، وإن كان كل اتجاه إلى جهة صوابا فى حق العمل عند الاشتباه . لأن العمل بالدليل الظاهر واجب ، إقامة للواجب بقدر الطاقة والوسع .

---

(١) أصول الفقه للخضرى — ص ٤٤٥

فإن صلى إلى أى جهة من غير أن يتحرى فى حالة الاشتباه فصلاته غير صحيحة ، ويجب عليه إعادة الصلاة ، لأن التحرى صار فرضا من فروض صلاته ، فإذا تركه لا تجزيه صلاته ، كما لو ترك استقبال القبلة عند عدم العذر ، لكن إذا تبين له أنه أصاب القبلة فحينئذ تجوز صلاته لأن فرضية التحرى للوصول إلى مقصود وقد توصل إليه بدونه فسقطت فرضيته .

ثم إذا تحرى ثم ظهر له بعد الصلاة أنه أخطأ يقينا جهة القبلة فلا إعادة عليه عند الحنفية (١) ، ويعيد عند الشافعية لظهور خطئه بيقين (٢) ، فهو كمن صلى الصلاة الفرض قبل دخول وقتها على ظن أن الوقت قد دخل. فإن ظهر أنه أخطأ بعد الفراغ فلا إعادة عليه (٣) .

وإنما قال الحنفية لا ينقض ما أداه من اشتبه فى القبلة وتحرى بالتيقن بالخطأ فى التحرى وهو دليل فوق الأول . لأن اليقين حادث ليس بمناقض على معنى أن هذا اليقين لم يكن موجودا عند الاجتهاد حقيقة ، ولم يكن له طريق إلى التوصل إليه لانقطاع الأدلة . إنما حدث بعد العمل بذلك الاجتهاد وحدوثه بعد لايؤثر فى إبطال مامضى ، فهو بمثابة ما إذا عمل بالاجتهاد فى زمن الرسول ثم نزل نص بخلافه، فإنه لا يؤثر فى انتقاض العمل السابق لأن ذلك النص لم يكن موجودا قبل الاجتهاد والعمل (٤) .

---

(١) تبيين الحقائق – جـ ١ ص ١٠١

(٢) قال فى نهاية المحتاج – جـ ١ ص ٣٢٨ – ومن صلى بالاجتهاد فتيقن الخطأ قضى حتما فى الأظهر لأنه تيقن الخطأ فيما يؤمن مثله فى الإعادة كالحاكم يحكم باجتهاده ثم يجد النص بخلافه . فلو تيقنه فى الصلاة وجب استئنافها .

(٣) الفقه على المذاهب الأربعة – جـ ١ ص ١٤٧

(٤) من هذا أنه عليه السلام افتدى أسارى بدر باجتهاده . ثم نص الله على خلافه فى قوله : « ما كان لنبى أن يكون له أسرى حتى يثخن فى الأرض » ومع هذا لم يؤثر ذلك النص فى إبطال ما مضى – والقصة هى ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى بسبعين أسيراً فيهم العباس عمه وعقيل فاستشار النبى عليه السلام أبا بكر فيهم فقال قومك وأهلك استبقهم لعل الله يتوب عليهم وخذ منهم فدية تقوى بها أصحابك . وقال عمر رضى الله عنه : كذبوك وأخرجوك فقدمهم=

ولا كذلك الاجتهاد فى عصر الاجتهاد لأنه إذا ظهر نص بخلافه انتقض لكون الموجب للبطلان كان موجودا وقت الاجتهاد، وكان طريق الوصول إليه وهو الطلب قائما إلا أنه خفى على المجتهد لتقصيره فى الطلب فينقض لفوات شرط صحة الاجتهاد وهو عدم النص .

٣ — أن المسافر الذى معه إناءان بهما ماء وأحدهما طاهر والآخر نجس وليس معه ماء طاهر غيرهما . ولا يعرف الطاهر من النجس . ليس له أن يتحرى للوضوء إنما يتيمم ويصلى — وعند الشافعى يتحرى ويتوضأ بما يقع عليه تحريه أنه طاهر (١) . لأن التراب إنما جعل طهورا حالة العجز عن استعمال الطاهر قطعا ، ولم يوجد العجز لأن الدليل الموصل إلى الطاهر قائم وهو التحرى . فقيام الدليل يمنع صفة الطهورية — ولأنه حين يصلى بعد ما يتوضأ بالماء الذى تحراه تكون صلاته حقيقية من كل وجه . أما إذا صلى بتيمم كانت صلاة بغير طهارة حقيقية من كل وجه ، لأن التيمم ليست بطهارة حقيقية على أصله فكان الأول أولى .

والحنفية يبنون مذهبهم على أن التيمم أو التراب طهور معلق استعماله على العجز عن الماء الطاهر ، وقد تحقق العجز فى هذه الحالة بالتعارض ، فلم يكن مضطرا إلى استعمال التحرى للوضوء لما أمكنه إقامة الفرض بالبدل . فلذلك قالوا

= واضرب أعناقهم فإن هؤلاء أئمة الكفر وإن الله أغناك عن الفداء فمكن علياً من عقيل وحمزه من العباس ومكنى من فلان لنسيب له فلنضرب أعناقهم . فقال عليه السلام : مثلك يا أبا بكر كمثل ابراهيم حيث قال : ومن عصانى فإنك غفور رحيم ، ومثلك يا عمر كمثل نوح حيث قال : رب لا تذر على الأرض من الكافرين ديارا . ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إن شئتم قتلتموهم وإن شئتم فاديتموهم واستشهد منكم بعدتهم فقالوا بل نأخذ الفداء فاستشهدوا بأحد فلما أخذوا الفداء نزلت الآية « ما كان لنبى أن يكون له أسرى حتى يثخن فى الأرض تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة » (الأنفال — الآية ٧٧) والإثخان كثرة القتل والمبالغة فيه .

(١) جاء فى نهاية المحتاج ج ١ ص ٦٠ — ٦٣ . ولو اشتبه ماء طاهر بنجس اجتهد وإن قل عدد الطاهر ، كإناء من مائة ، لأن التطهر شرط من شروط الصلاة يمكن التوصل إليه بالاجتهاد فوجب عند الاشتباه كالقبلة لكل صلاة أرادها بعد حدثه وجوباً ان لم يقدر على طهور بيقين موسعاً إن اتسع الوقت ومضيقاً ان ضاق .

إنه يتيمم ولا يجوز له التوضؤ بأحدهما بالتحرى ، كما لا يجوز له العمل بشهادة قلبه .

وكذلك قالوا : إن التحرى حجة ضرورية فلا يظهر لها عمل إلا عند فقد التحصيل من كل وجه ، ومتى أمكنه التحصيل بالخلف لا يكون التحرى معتبرا فى حقه ، لأن التحرى ليس بدليل موصل للحكم فى تلك الحالة . وإنما اعتبر حجة لبناء الحكم عليه عند ضرورة فقد سائر الأدلة . أما اذا كان هناك خلف مشروع فإنه يمنع ظهور حجية التحرى فيثبت العجز ، وأما علة أنه لا يمكن اعتبار التحرى حجة إلاعند فقد الخلف فهى أن الخلف أقوى منه . والأضعف لا يقدم على الأقوى .

وناقش الحنفية الشافعية فقالوا إن ماذهبتم إليه من كون التيمم جعل خلفا حالة العجز عن استعمال الطاهر مسلم ، لكن العجز عن الماء يمنع عنه شرع الخلف .

فإن كانت الأوانى ثلاثة أحدهما نجس ، واثنان طاهران ،وجب التحرى اتفاقا ، لأن الاعتبار للغالب ، وباعتبار الغالب يلزمه استعمال الماء الطاهر وإصابته بتحريه مأموله .

أما إن كانا سواء أو الغلبة للنجس فيلزمه التيمم ، والأحوط أن يريق الكل ثم يتيمم — إليه أشار محمد بن الحسن — ليكون تيممه فى حال عدم الماء بيقين فإن لم يرق الماء أجزأه التيمم ، لأنه فقد آلة الوصول إلى الماء الطاهر . وذكر الطحاوى أنه يخلط الماءين ثم يتيمم ، وهذا أحسن لأن بالاراقة ينقطع عنه منفعة الماء . وبالخلط لاينقطع فإنه يسقيه الدواب ،ويشرب منه عند الضرورة

ماتقدم هو حكم العمل بأحد القياسين فيما مضى .

أما العمل بالقياس الآخر فى المستقبل على خلاف الأول فعلى نوعين .

١ — أن يكون الحكم المطلوب بالاجتهاد غير محتمل للانتقال والتعاقب فهذا لا يجوز العمل بالاجتهاد الآخر إذا تبدل على خلاف الأول فى المستقبل

لأن ذلك يؤدى إلى تصويب كل قياس . وذلك لأنه إذا تحرى وعمل ، واعتبر التحرى حجة له ضرورة ، صار الذى عمل هو الحق عند الله تعالى بدليل التحرى ، وصار الآخر خطأ ، فإذا جوزنا له العمل بالاجتهاد الآخر صار هو الحق عند الله تعالى أيضا ، فإذا كان الحكم مما لا يحتمل التعاقب والانتقال يلزم القول بتعدد الحقوق عند الله تعالى لا محالة .

ومثاله رجل صلى فى ثوب على تحرى طهارته حقيقة أو تقديرا ، ثم تحول رأيه فصلى فى ثوب آخر على تحرى أن هذا الأخير طاهر ، وأن الأول نجس لم يجز ماصلى فى الثانى إلا أن يتيقن بطهارته حقيقة أو تقديراً بدليل موجب للعلم ، لأنه لما حكم بجواز الصلاة فى الثوب الأول فقد حكم بأنه هو الطاهر ، ومن ضرورته الحكم بنجاسة الثوب الثانى ، وهذا الوصف بالتنجس وصف لا يقبل الانتقال من محل إلى محل آخر ، لأن النجاسة متى ثبتت فى محل لا تتحول عنه إلى مكان آخر ، ولا يرد الشرع بتحوله لأن الشرع لايرد بتغيير الحقائق . فلو قلنا بصحة التحرى ثانيا كان تحويلا فلذا يبطل العمل بالتحرى الثانى .

٢ — أن يكون الحكم المطلوب بالاجتهاد يحتمل الانتقال من محل الى محل آخر ، أو يحتمل الانتساخ والتعاقب . فهذا يجب العمل فيه بالاجتهاد الآخر إذا تبدل رأيه إليه ، لأن تبدل الرأى يشبه النسخ فيعمل به فى المستقبل ، ولايظهر به بطلان الماضى ، كما فى النسخ الحقيقى ولايلزم منه القول بالتعدد فى الحقوق عند الله تعالى كما فى النوع الأول .

ومن جهة أخرى قد وجب العمل لأننا ابتلينا بالقياس عند طروء الحوادث والمجتهد قد استقر رأيه فى الحادثة على أن الصواب هو الاجتهاد الآخر فيلزمه العمل به كما إذا لم يعارضه القياس الأول .

وهذا كله إذا لم يلحق بالاجتهاد الأول حكم حاكم . فإن كان لحق به حكم فلا يعمل بتبدل الرأى فى المستقبل أيضا ، كما لا يعمل به فى الماضى . ذلك لأن القضاء الذى نفذ فى محل لا يحتمل الانتقال إلى محل آخر .

فمثلا إذا أدى اجتهاد مجتهد إلى أن الخلع فسخ ، فتزوج امرأة خالعها ثلاثا . ثم تغير اجتهاده لزمه تسريحها ، ولم يجز له إمساكها على خلاف اجتهاده الحادث ، لكن لا يحرم الوطئات السابقة — ولو أن حاكماً حكم بصحة الزواج بعد أن خالع الزوج ثلاثا ، ثم تغير اجتهاده لم يفرق بينهما ، ولم ينقض الاجتهاد السابق بصحة الزواج فى المستقبل لأنه لو نقض الاجتهاد لأدى إلى النقض أيضا ، ولتسلسل الأمر واضطربت الأحكام ولم يوثق بها (١) .

(١) راجع كشف الأسرار شرح أصول البزدوى — ج ٣ ص ٨٠٤ ، ٨٠٥

الفصل الثالث

وجوه الترجيح عند تعارض الأقيسة

للترجيح بين الأقيسة المتعارضة أوجه كثيرة يعسر حصرها واستيعابها والأخذ بجميع أطرافها . ولذا سنقتصر على طرف من كل نوع . وإن من يمعن النظر يجد أن الترجيحات قد ترجع إلى أحد أركان القياس . فتارة ترجع إلى حكم الأصل فيه . وتارة ترجع إلى فرعه وتارة ترجع إلى علة القياس والمعنى الجامع بين الأصل والفرع .

فمن الترجيحات الراجعة إلى حكم الأصل :

١ — كون حكم الأصل متفقا على تعليله فى أحد القياسين دون الآخر فحينذاك يترجح القياس المتفق على تعليل حكم أصله وإن كان ظنيا على القياس الذى حكم أصله لم يتفق على تعليله وإن كان قطعيا . لأن تعدية الحكم من الأصل إلى الفرع إنما هو فرع تعقل العلة فى الأصل ، ووجودها فى الفرع واحتمال معرفه ذلك فيما هو متفق عليه أغلب ، واحتمال الخلل بالنظر إلى الحكم الظنى وإن كان قائما فى حين كونه فى جانب الحكم القطعى لكن احتمال قطع القياس فيما لم يتفق على تعليله لعدم الاطلاع على ماهو المقصود فى حكم الأصل أغلب من احتمال انقطاع القياس لخلل ملتحق بالظاهر الدال على حكم الأصل مع ظهور دليله وعدم الاطلاع عليه بعد البحث التام فيه .

٢ — أن يكون حكم الأصل فى أحد القياسين غير معدول به عن سنن القياس ، فالقياس الذى كذلك يكون راجحا على القياس المعدول به عن القياس ، وهذا لكون القياس الأول أبعد عن التعبد ، وأقرب إلى المعقول وموافقة الدليل (١) ..

---

(١) راجع الإحكام للآمدى — ج ٤ ص ٣٦٦ .

أما الترجيحات التى تعود إلى الفرع فى القياس فقد أورد منها الآمدى أربعة :

١ ــ أن يكون فرع أحد القياسين مشاركا لأصله فى عين الحكم ، وعين العلة ، وفرع القياس الآخر مشاركا لأصله فى جنس الحكم وجنس العلة ، أو جنس الحكم وعين العلة أو بالعكس ، فما المشاركة فيه فى عين الحكم وعين العلة أولى وأرجح . لأن التعدية باعتبار الاشتراك فى المعنى الأخص والأعم أغلب على الظن من الاشتراك فى المعنى الأعم .

وعلى هذا فما المشاركة فيه بين الأصل والفرع عين أحد الأمرين : إما الحكم وإما العلة تكون أولى ، فما المشاركة فيه بين أصله وفرعه فى جنس الأمرين : فإن كان فرع أحدهما مشاركا لأصله فى عين العلة وجنس الحكم والآخر فى المشاركة فيه فى عين العلة وجنس الحكم أولى، لأن تعدية الحكم من الأصل إلى الفرع إنما هى فرع تعدية العلة . فهى الأصل فى التعدية وعليها تدور .

٢ ــ أن يكون الفرع فى أحد القياسين متأخراً عن أصله . وفى الآخر متقدما ، فما يكون الفرع فيه متأخرا أولى ، لسلامته عن الاضطراب وبعده عن الخلاف وعلمنا بثبوت الحكم فيه بما استنبط من الأصل .

٣ ــ أن يكون حكم الفرع فى أحدهما ثبت بالنص جملة لا تفصيلا بخلاف الآخر ، فإنه يكون أولى لأنه أغلب على الظن ، وأبعد عن الخلاف .

٤ ــ أن يكون وجود العلة فى أحد الفرعين قطعيا وفى الآخر ظنيا ، فما وجود العلة فيه قطعى أولى ، لأنه أغلب على الظن وأبعد عن احتمال القادح فيه (١) .

ومن الترجيح فى القياس ما يعود إلى العلة وذلك على أوجه .

---

(١) الاحكام – جـ ٤ ص ٣٧١ طبعة دار الكتب .

فمنه ما يرجع إلى طرق إثبات العلة : أو إلى صفة العلة .

فالترجيح الذى يرجع إلى طرق اثبات العلة ، له وجوه كثيرة منها .

١ — أن يكون دليل علية الوصف فى أحد القياسين قطعيا ، وفى الآخر ظنى ، فيكون الأول أولى لأنه أغلب على الظن .

٢ — أن يكون وجود علة أحد القياسين مقطوعا به فى أصله ، بخلاف علة الآخر ، فما وجود علته فى أصله قطعى أولى ، سواء كان وجودها معقولا أو محسا ، مدلولا عليه أو غير مدلول لكونه أغلب على الظن . وفى معنى هذا أن يكون وجود العلتين مظنونا غير أن ظن وجود إحداهما أرجح من الأخرى فقياسها أولى ، لأنها أغلب على الظن .

٣ — أن يكون طريق علية الوصف فيهما الاستنباط إلا أن دليل إحدى العلتين السبر أو التقسيم والأخرى المناسبة (١) فما طريق ثبوت العلة فيه السبر والتقسيم يكون أولى ، لأن الحكم فى الفرع كما يتوقف على تحقق مقتضية فى الأصل يتوقف على انتفاء معارضه فى الأصل . والسبر والتقسيم فيه التعرض لبيان المقتضى ، وإبطال المعارض بخلاف إثبات العلة بالإخالة فكان السبر والتقسيم أولى .

ما يقال : إن طريق إثبات العلة بالمناسبة أو الشبه أدل على مناسبة الوصف بعد إظهارها من دلالة السبر والتقسيم على انتفاء وصف آخر لاحتمال أن يصدق الناظر فى قوله وأن يكذب ، وبتقدير صدقه فظهور ذلك مختص به دون غيره ، بخلاف طريق المناسبة فإنه ظاهر بالنظر إلى الخصمين :

---

(١) السبر حصر الأوصاف التى يمكن أن تكون علة للحكم ثم حذف بعضها لقيام الدليل على عدم صلاحيته ، والمناسبة . أن يكون بين الوصف والحكم ملاءمة بحيث يترتب على تشريع الحكم عنده تحقيق مصلحة مقصودة للشارع من تشريع الحكم وهى جلب منفعة للعباد ، أو دفع مفسدة عنهم (أصول الفقه الاسلامى للأستاذ زكى الدين شعبان — ص ٩٢) .

يجاب عنه . بأن العكس أولى وذلك لأن الخلل العائد إلى دليل نفى المعارض إنما هو بالكذب أو الغلط لعدم الظفر بالوصف . ولا يخفى أن وقوع الغلط مع كون الوصف المبحوث عنه ظاهر جليا ووقوع الكذب مع كون الباحث عدلا أبعد من احتمال وقوع الغلط فيما أبدى من المناسبة مع كونها خفية مضطربه .

٤ — أن يكون طريق ثبوت إحدى العلتين السبر والتقسيم والأخرى الطرد والعكس ، فما طريق ثبوته السبر والتقسيم أولى إذ هو دليل ظاهر على كون الوصف علة . ومادار الحكم معه وجودا وعدما غير ظاهر العلية . لأن الحكم قديدور مع الأوصاف الطردية كما فى الرائحة الفائحة الملازمة للشدة المطربة الدائرة مع تحريم الشرب وجودا وعدما مع أنها ليست علة ، لأن العلة لابد وأن تكون فى الأصل بمعنى الباعث لا بمعنى الأمارة كما تقرر فى علة القياس . والرائحة الفائحة ليست باعثة إذ لا يشم منها رائحة المناسبة ، وكما أنه غير ظاهر فى الدلالة على علية الوصف فلا دلالة على ملازمة العلة لما علم من إبطال الطرد والعكس .

وبهذا لا يكون القياس الذى طريق إثبات العلية فيه المناسبة أولى مما طريق إثباتها فيه الطرد والعكس . (١) .

أما الترجيح الذى يعود الى وصف العلة فمنه :

١ — القياس الذى علته صريحة منصوصة يترجح على القياس الذى تثبت فيه العلة بالإيماء ذلك لأن دلالة الصريح أقوى من دلالة الإيماء .

والعلة الصريحة المنصوصة . ما استفيدت من ألفاظ فى النص ولا تحتمل غيرها مثل أن يقول حرمت كذا لعلة كذا ، أو لأجل كذا . وقد تكون بألفاظ ظاهرة العلية وتحتمل غيرها كاللام والباء وإن الشرطية .

---

(١) الطرد والعكس ويقال له الدوران : الوصف الدائر الذى يوجد الحكم مع وجوده وينتفى عند انتفائه . وهو مسلك من مسالك تعرف العلة لم يأخذ به الحنفية (التوضيح — ج ٢ ص ٧٧) .

أما العلة بالإيماء فهى التى تكون بترتيب الحكم على الوصف ، بأن يفهم لغة أن الوصف علة لذلك الحكم . مثل «لايقضى القاضى حين يقضى وهو غضبان» فإنه يومىء الى أن العلة فى النهى هى الغضب . ومنه أن يفرق النص بين الحكمين بذكر وصفين مثل لايرث القاتل .

٢ — إذا كان ضابط الحكمة فى علة أحد القياسين جامعا للحكمة مانعالها ، وضابط حكمة العلة فى القياس الآخر ليس كذلك فالجامع المانع أولى ، لزيادة ضبطه وبعده عن الخلاف .

٣ — اذا كان المقصود من إحدى العلتين فى القياسين من المقاصد الضرورية (١) . وكان المقصود من العلة الأخرى غير ضرورى . فما مقصوده من الحاجات الضرورية أولى لزيادة مصلحته وغلبة الظن به ، ولهذا لم تخل شريعة عن مراعاته ، وبولغ فى حفظه بشرع أبلغ العقوبات .

---

(١) المقاصد الضرورية هى التى تتوقف عليها حياة الناس الدينية والدنيوية فهى لابد منها لقيام مصالح الدين والدنيا . بحيث اذا فقدت اختل نظام الحياة وسادت الفوضى وانتشر الفساد ، وفات نعيم الناس فى آخرتهم . وهذه الأمور الضرورية خمسة : الدين والنفس والعقل والنسل والمال : فعليها يقوم أمر الدين والدنيا . وبالمحافظة عليها يستقيم أمر الأفراد ونظام الجماعات . وقد عنى الإسلام بالمحافظة على هذه الضروريات وشرع لكل منها أحكاما تكفل وجوده وإقامته ، وأحكاما تكفل بقاءه وصيانته حتى لاينعدم بعد وجوده ، أو لاتترتب عليه الثمرة المرجوة منه .

فلإيجاد الدين أوجب الله تعالى الإيمان وفرض العبادات . وللمحافظة عليه وحمايته أوجب الجهاد وقتل المرتدين ومانعى الزكاة . ولإيجاد النفس شرع الله الزوج للتوالد والتناسل ، وللمحافظة عليها أوجب تناول الضرورى من الطعام والشراب واللباس وأوجب القصاص والدية والكفارة على من يعتدى عليها .

وللمحافظة على العقل أباح الله تعالى كل ما يكفل سلامته ويزيد نشاطه ، وحرم مايفسده أو يضعف قوته كالخمر ، وأوجب العقوبة الزاجرة على من يتناول شيئاً منها ، وللمحافظة على النسل وبقائه على أكمل وجه شرع الله الزواج وحرم الزنى وأوجب الحد على الزانى والزانية .

ولايجاد المال وتحصيله أوجب الله السعى للرزق وشرع المعاملات كالبيع والإجارة والهبة والعارية ، وللمحافظة عليه وصيانته حرم السرقة وأوجب الحد على السارق والسارقة وحرم الغش والخيانة والربا وكل ما فيه أكل أموال الناس بالباطل وأوجب ضمان المتلفات — (راجع فى ذلك الموافقات للشاطبى — ج ٢ ص ٨ الى ٢٤) .

٤ ــ اذا كان مقصود إحدى العلتين من الحاجيات يترجح على ما المقصود منه التحسينات والكماليات .. والمصالح الحاجية هى التى يحتاج اليها الناس لرفع المشقة والحرج عنهم والتى إذا فقدت لاتختل بفقدها حياتهم ولكن يلحقهم الحرج فى الجملة . فهى تشمل كل ما يرجع إلى ما يرفع الحرج ، ويخفف مشاق التكليف . وييسر طرق التعامل (١) .

ومن أجلها شرعت المعاملات من بيع وشراء واستئجار . وشرعت الرخص المخففة .

أما الكماليات والتحسينيات فهى الأمور التى تقتضيها المروءة ومكارم الأخلاق ، وإذا فقدت لا يختل نظام الحياة كما فى النوع الأول ، ولاينالهم حرج ولا مشقة كما فى النوع الثانى ، ولكن تكون حياتهم مستنكرة فى تقدير العقول الراجحة والفطر السليمة . فما يقصد به سير الناس فى حياتهم على أفضل المناهج وأحسن الطرق ، وما يحسن فى مجارى العادات يكون من هذا السبيل . وكل ماشرع الإسلام من أحكام يقصد منها تحسين الناس وتكميلهم وإرشادهم إلى أحسن الأخلاق وأحسن العادات (٢) .

---

(١) فى العبادات أباح التيمم لمن لم يجد الماء ، وأباح الفطر فى رمضان للمريض والمسافر ، وأجاز قصر الصلاة الرباعية للمسافر ، والصلاة قاعداً لمن عجز عن القيام .

وفى العادات أباح الصيد والتمتع بما أحل من الطيبات من المأكل والمشرب والملبس والمسكن ، وفى المعاملات أجاز السلم والاستصناع والمزارعة والمساقاة ، وشرع الطلاق عند تعذر إقامة حدود الله وفى العقوبات جعل الدية على العاقلة تخفيفاً عن القاتل خطأ كما جعل لولى المقتول حق العفو عن القصاص .

(٢) فى العبادات شرع أنواع الطهارة وستر العورة وأخذ الزينة عند كل مسجد ، والتقرب إلى الله تعالى بأنواع الطاعات من صلاة وصيام وصدقة . وفى العادات أرشد إلى آداب الأكل والشرب ، وتجنب المآكل النجسة والمشروبات المستقذرة ، وترك الإسراف فى الطعام والشراب واللباس وغيرها . وفى المعاملات نهى عن التعامل فى كل نجس وضار ، وعن بيع فضل الماء والكلأ ، وعن بيع الإنسان على بيع أخيه وخطبته على خطبة أخيه ، وأمر بالترفق والرحمة فى معاشرة الزوجة وإمساكها بالمعروف أو تسريحها بإحسان . وفى العقوبات نهى عن المثلة والغدر وحرم قتل النساء والأطفال والرهبان فى الحروب .

٤ ـ يترجح مكمل الضروريات على مكمل الحاجيات ، ومكمل الحاجيات على مكمل التحسينيات (١) .

٥ ـ فى الضروريات يترجح حفظ الدين ثم حفظ النفس ثم حفظ النسب ثم حفظ العقل ثم حفظ المال ، وذلك لأهمية الدين ثم النفس ثم النسب ثم العقل ثم المال .

ويذهب البعض إلى تقديم حفظ النفس والنسب والعقل والمال على حفظ الدين . لأنها حق الآدمى والدين حق الله تعالى ، وحق الآدمى مقدم ، ولذلك قدم القصاص على قتل الردة إذا قتل شخص ثم ارتد فيسلم إلى الولى ليقتله قصاصا لا إلى الامام لقتله بالردة ولهذا كانت الجمعة والجماعة تتركان لحفظ المال كخوف السرقة ونحوهما وفى ذلك ترك حق الله لحق العبد .

وليس هذا القول بمرتضى : لأن القصاص فيه حق الله تعالى أيضا فإن القاتل أتى بما نهى الله عنه . إنما الغالب فيه حق العبد فإنه تعالى جعل لولى المقتول سلطانا مبينا ففى التسليم إلى الولى جمع بين الحقين فليس ذلك لأن ايفاء حق العبد مقدم . أما الجمعة والجماعة فالترك فيهما إلى خلف وليس محل الخلاف .

ويذهب آخرون الى أن مايفضى إلى حفظ مقصود النفس أرجح وأولى من غيره ، لأن حق الآدمى مرجح على حقوق الله تعالى لكونه مبنيا على الشح والمضايقة ، وحقوق الله تعالى مبنية على المسامحة والمساهلة ،من جهة أن الله تعالى لا يتضرر بفوات حقه . فالمحافظة على حق العباد أولى من المحافظة على حق لا يتضرر مستحقة بفواته ، ولهذا رجحت مصلحة النفس على مصلحة الدين بالتخفيف عن المسافر بإسقاط ركعتين من الرباعية ، وإباحة

---

(١) لكل من الضروريات والحاجيات والتحسينيات مكملات . فى الضروريات لما شرعت الصلاة لحفظ الدين شرع مكملا لذلك إعلانها بالأذان وأداؤها فى جماعة . وفى الحاجيات لما أباح قصر الصلاة فى السفر أكمل ذلك بجواز الجمع بين الصلاتين ، وفى التحسينيات لما وجبت الطهارة كمل ذلك بما ندب اليه فيها من المستحبات . ولما شرع التطوع بالصدقات أكمل ذلك بالارشاد إلى اختيار الطيب من المال (الموافقات ـ ج ٢ ص ٨ وما بعدها) .

الفطر فى رمضان ، والتخفيف عن المريض بترك الصلاة قائما وترك أداء الصوم . وأبلغ من ذلك أنه رجحت مصلحة المال على مصلحة الدين حيث جاز ترك الجمعة والجماعة عند ضرورة حفظ المال ولو كان قليلا (١) .

وقد يناقش هذا الرأى :

بأن حفظ النفس كما هو متعلق حق الآدمى بالنظر إلى بعض الأحكام هو متعلق حق الله تعالى بالنظر إلى أحكام آخر ، ولهذا يحرم على الإنسان قتل نفسه والتصرف بما يفضى إلى تفويتها .

وليس فى التخفيف عن المسافر والمريض تقديم لمقصود النفس على مقصود أصل الدين بل على فروعه ، وفروع الشيء غير أصل الشيء ، ثم وإن كان فمشقة الركعتين فى السفر تقوم مقام مشقة صلاة الأربع فى الحضر — وكذلك صلاة المريض قاعدا بالنسبة إلى صلاته قائما وهو معافى صحيح ، فالمقصود لا يختلف . وأما أداء الصوم فلأنه لا يفوت مطلقا إلى خلف وهو القضاء وبه يندفع ما قالوا إن ترك الجمعة والجماعة لحفظ المال أيضا .

وكما أن مقصود الدين مقدم على غيره من المقاصد الضرورية كذلك مايتعلق به من مقصود النفس يكون مقدما على غيره من المقاصد الضرورية .

أما بالنظر إلى حفظ النسب . فلأن حفظ النسب إنما كان مقصودا لأجل حفظ الولد حتى لا يبقى ضائعا لا مربى له ، فلم يكن مطلوبا لعينه وذاته بل لأجل بقاء النفس مرفهة منعمة حتى تأتى بوظائف التكاليف وأعباء العبادات .

وأما بالنظر إلى حفظ العقل : فمن جهة أن النفس أصل والعقل تبع فالمحافظة على الأصل أولى ، ولأن مايفضى إلى فوات النفس على تقدير أفضليته يفوتها مطلقا ، ومايفضى الى تفويت العقل كشرب المسكر لايفضى إلى قواته مطلقا فالمحافظة بالمنع مما يفضى إلى الفوات مطلقا أولى .

---

(١) الإحكام للآمدى — ص ٢٧ — بتصرف .

وعلى هذا يكون المقصود من حفظ النسب أولى من المقصود فى حفظ العقل ، ومقدم على ما يفضى إلى حفظ المال لأنه مركب الأمانة ، وملاك التكليف ، ومطلوب للعبادة بنفسه من غير واسطة ولا كذلك المال .

ولهذا كانت هذه الرتب مختلفة فى العقوبات المرتبة عليها على نحو اختلافها فى أنفسها ، وبمثل تفاوت هذه الرتب يكون التفاوت بين مكملاتها .

الفصل الرابع

مرجحات القياس عند الحنفية

يذكر المؤلفون من الحنفية وجوها يقع بها الترجح فى القياس ويقسمونها إلى : وجوه صحيحة ، ووجوه فاسدة .

ويذكرون من الوجوه الصحيحة أربعة : قوة الأثر ، وقوة الثبات على الحكم ، وكثرة الأصول ، والعكس « العدم عند العدم » .

يقول إن الوجوه الفاسده كذلك أربعة : ترجيح القياس بقياس آخر والترجيح بغلبة الأشباه ، والترجيح بعموم العلة ، والترجيح بقلة الأوصاف ونفصل الكلام عنها .

المبحث الأول

أولى وجوه الترجيح الصحيحة : الترجيح بقوة التأثير .

ومعناه أنه إذا كان أحد القياسين المؤثرين المتعارضين أقوى من الآخر فإنه يكون راجحا عليه ، ويسقط العمل بالقياس ضعيف الأثر .

وإنما كان هذا مرجحا لأن فى التأثير معنى الحجية فكلما قوى كان أولى لفضل وصف فى الحجة ، فالترجيح فى القياس بقوة التأثير أشبه بالترجيح فى الخبر بقوة الاتصال .

---

(١) التأثير عند الحنفية كما بينه صدر الشريعة : أن يثبت بنص أو إجماع اعتبار نوع الوصف أو جنسه فى نوع الحكم أو جنسه القريب ، كالسكر فى الحرمة فإنه نظير اعتبار النوع فى النوع . وكقوله عليه السلام : أرأيت لو تمضمضت بماء ثم مجته فإنه نظير اعتبار الجنس فى النوع . وكقياس الولاية على البنت الصغيرة على البكر الصغيرة بالصغر فإنه نظير اعتبار النوع فى الجنس . وكطهارة سؤر الهرة فإن لجنس الضرورة اعتبار فى جنس التخفيف فهو نظير اعتبار الجنس فى الجنس – (التوضيح – جـ ٢ ص ٧٢) .

ومن جهة أخرى نجد أن قوة التأثير عند المقابلة لها ظهور على وجه لا يمكن إنكاره . وذلك لأن تأثير العلة يثبت بأدلة متفاوتة بعضها فوق بعض يمكن العمل بها . وهذا مما يجعل قوة التأثير تفيد الظن الغالب ، ويتقوى بها القياس . (١)

وليست الشهادة كقوة التأثير . ولهذا لا ترجح شهادة على أخرى بقوة العدالة فى الشهود بل يكفى فيها أصلها . وأيضا ليس فضل عدالة بعض الشهود على البعض كقوة الأثر فى القياس أو قوة الاتصال فى الخبر لأن الفضل فى العدالة ليس بذى حد يمكن بمعرفته ترجح البعض بزيادة قوة فيه عند الرجوع إلى حده . كما أنه ليس بذى أنواع متفاوتة بعضها فوق البعض ليظهر لبعضها قوة المقابلة بالبعض الآخر . فإن العدالة حقيقتها التقوى ، والانزجار عن ارتكاب الكبائر ، وعدم الإصرار على الصغائر ، ولا تفاوت فيه بين الناس . وفضلا عن ذلك فالوقوف على حقيقتها متعذر لأنه أمر باطن فربما الذى يظن أنه عدل يكون أدنى درجة فى التقوى من الذى يظن أنه دونه فيها.

وليس تأثير العلة كذلك لأن قوة التأثير كما بينا عند المقابلة تظهر على وجه لا يمكن إنكاره ، وذلك لعلم أدلته وتفاوت أثرها .

وهناك أمر آخر هو أنه ليس من المسلم به كون الشهادة تصير حجة بالعدالة. بل إنما تستفاد حجيتها بالولاية الثابتة بالحرية . والناس جميعا سواء فى أصل الولاية الثابتة لهم بأصل حريتهم . نعم شرطت العدالة لظهور جانب الصدق فإذا ظهر الصدق بأصل العدالة وجب على القاضى القضاء من غير التفات إلى قوة العدالة فى أحد الجانبين .

وعند ما يقسم الحنفية القياس إلى جلى وخفى (٢) يقسمون القياس الخفى إلى قسمين : ماقوى تأثيره ، وما ظهر صحته وخفى فساده ويقسمون القياس

---

(١) كشف الأسرار – جـ ٤ ص ١٢٠٣ ، مسلم الثبوت – جـ ٢ ص ٢٢٦ ، التقرير والتحبير – جـ ٣ ص ٢٣٢

(٢) المراد بالقياس الخفى الاستحسان فى اصطلاح الحنفيه .

الجلى إلى قسمين : ما ضعف تأثيره ، وما ظهر فساده وخفى صحته . ويقولون إن ما قوى تأثيره فى القياس الخفى راجح على ماضعف تأثيره فى الجلى ، وأن ماظهر فساده وخفى صحته راجح على ماظهر صحته وخفى فساده(١) .

والذى يعنينا هنا ما يرجع إلى قوة التأثير ، وقد مثلوا له بسؤر سباع الطير كالبازى والصقر ونحوهما فقالوا : إنه نجس قياسا على سؤر سباع البهائم كالفهد والذئب لمخالطته باللعاب المتولد من لحم نجس ، طاهر إستحسانا لأنها تشرب بمنقارها وهو عظم طاهر ، وملاقاة الطاهر لا توجب النجاسة فصار كسؤر الآدمى . ولما كان القياس فى ذلك ضعيف الأثر ، قليل الصحة بقصور علة التنجس فى الفرع وهى مخالطة الرطوبة النجسة ، وكان الاستحسان قوى الأثر لأن الماء لا يتنجس بملاقاة الطاهر ، لكونها تشرب بالمنقار على سبيل المص ثم الابتلاع . والمنقار عظم طاهر لجفافه وعدم وجود رطوبة فيه ، فلا يتنجس الماء بملاقاته ، يكون سؤرها طاهرا استحسانا (٢) .

وما يظن من إن سباع الطير تقع على الجيف فيكون منقارها نجسا لكونه لا يخلو عن نجاسة عادة . فيمكن دفعه بأن عادة تلك الطيور تدلك منقارها بالأرض بعد أكلها الجيف فيطهر منقارها بذلك . ومع هذه الشبهة ببقاء أثر النجاسة ووقوع أثر اللعاب فى الماء يحكم بكراهته عند وجود ماء آخر .

ومن أمثلتهم التى يذكرونها فى هذا المقام :

أن الشافعية لم يجيزوا تزوج الحر أمة إذا كان قادرا على طول الحرة (٣) مستندين فى ذلك إلى قياس (٤) . بينما الحنفية والمالكية (٥) اجازوا له ذلك مستندين إلى قياس آخر .

---

(١) التوضيح – جـ ٢ ص ٨٢

(٢) راجع المبسوط للسرخس – جـ ١ ص ٥٠ ، والاعتصام للشاطبى – جـ ٢ ص ٣٢٢

(٣) الطول السعة والغنى ، والمراد القدرة على المهر .

(٤) الأم للشافعى – جـ ٥ ص ٧

(٥) تفسير القرطبى – جـ ٥ ص ١٣٦

أما قياس الشافعية فهو أن تزوج الحر أمة مع قدرته على طول الحرة فيه إرقاق لمائه وجزئه مع الاستغناء عنه فيكون حراما لأنه كالإهلاك حكما.

أما أن فى التزوج بالأمة إرقاقا : فلأن الولد يتبع أمه فى الرق والحرية. وأما أنه إهلاك فلأن الرق فى الأصل عقوبة على الكفر الذى موجبه القتل . ولأن استذلال الجزء وهو حرام لا يكون إلا لضرورة خوف الوقوع فى الزنى المشار إليه فى قوله تعالى « ذلك لمن خشى العنت منكم » — ثم إن الضرورة ارتفعت بإصابة الطول فترتفع إباحة نكاح الأمة . ويقام نكاح الأمة مقام الإرقاق.

وقال الحنفية يجوز للحر نكاح الأمة مع القدرة على طول الحرة مستدلين بأنه نكاح يملكه العبد بإذن مولاه (اذا دفع اليه مهرا يصلح للحرة والأمة وقال له : تزوج من شئت) فيملكه الحر كسائر الأنكحة التى يملكهـا العبد (١) .

وهو قياس قوى الأثر من جهة أن الحرية صفة من صفات الكمال ، والتى بها يصير الآدمى أهلا للولايات وتملك الأملاك . واستحقاق الكرامات فلهذا يكون تأثيرها فى الإطلاق واتساع الحل الذى هو من أجل النعم (٢) .

وقالوا إن دعوى كون الإرقاق إهلاك حكما غير مسلمة ، لأن الإرقاق فضلا عن كونه ضعيفا بحقيقته فهو أيضا ضعيف بأحوال أثره . فإن من يملك أمة إذا تزوج حرة لا يبطل نكاحها مع أن فيه الاستغناء عن إرقاق الولد ولم يكن وصف الإرقاق مطردا فى إثبات الحرمة فى جميع الأحوال فتفسد العلة بفوات الاطراد الذى هو شرط صحتها .

ومع هذا : فقياس الحنفية أقوى من جهة أن اتساع الحل الذى هو من النعم أقوى من الرق فى أثر الحل تشريفا للحر على العبد ، ولا يكون تأثير الحرية المنع والحجر .

---

(١) راجع المبسوط للسرخس — ج ٥ ص ١٠٨

(٢) كشف الأسرار على المنار — ج ٢ ص ٢٠٦ ، التقرير والتحبير — ج ٣ ص ٢٣٣

ومما يدل على ذلك أن الرق منصف للحل ، فالعبد لا يملك إلا تزوج امرأتين لنقصان حاله بسبب رقه . أما الحر فيملك التزوج بأربع بشرف الحرية ، ولا يكون العبد على النصف من الحر فى اعتبار الشروط لأنهما إنما اختلفا فى أصل الحل لا فى الشروط ، ألا ترى أن العبد يشترط فى نكاحه شهود ، ويجب مهر ، وخلو الزوجة عن العدة ،وولى على أصل الشافعى — كما يجب فى الحر — فلو كان عدم الطول شرطا لجواز نكاح الأمة فى حق الحر لكان شرطا فى حق العبد أيضا لأنه لا أثر للرق فى إسقاط الشروط وتنصيفها .

ويكون من عكس المشروع ونقض الأصول : أن يتسع الحل الذى يثبت بطريق الكرامة بالرق الذى هو من أوصاف النقصان ، ويتضيق بالحرية التى هى من أوصاف الكمال ، وأسباب الكرامات ، فيترتب على ذلك أن يحل للعبد تزوج أمة مع قدرة على طول الحرة وتزوج أمة على أمة وعلى حرة ، ولا يحل شىء من ذلك للحر (١) .

وواضح أن الحرية التى هى من صفات الكمال أثر ظهرت قوته فى نفسه بالنظر إلى الأصل ، وازداد وضوحا وقوة بالتأمل فى أحوال البشر . فإن ماثبت بطريق الكرامة فى حق البشر ازداد بزيادة الشرف حتى إنه عليه السلام لما كان أشرف الناس أبيح له تسع نسوة كذا قالوا . وبه يثبت أن زيادة الكرامة توجب زيادة الحل ، فلا يجوز القول بزيادة حل العبد مع نقصان الحر — وقال الحنفية للشافعية إنكم أجزتم العزل مع كونه إهلاك للولد (٢) .

وأما قول الشافعية إن العزل إنما أبيح بإذن الحرة مع كونه معدما للولد أصلا (٣) ولكونه مضيعا للماء ، وفيه امتناع من تحصيل الولد وهو

---

(١) كشف الأسرار البزدوى — ج ٤ ص ١٢٠٦

(٢) التوضيح والتلويح — ج ٢ ص ١١١

(٣) جاء فى شرح المهذب من كتب الشافعية — ج ٢ ص ٦٦ . فإن كان العزل بإذنها =

دون التسبيب لإهلاك الولد الموجود ، فغير مسلم : لأن العزل الجائز ليس فيه امتناع عن اكتساب سبب الوجود ، والإرقاق المحظور هومباشرة السبب على وجه يفضى إلى الإهلاك ، وفى التزوج بالأمة امتناع عن إيجاد صفة الحرية للولد . إذ الماءليس بولدبل هوجماد فلا يوصف بالرق ولا بالحرية إلابطريق التبع للأصل . فإذا انفصل لم يقبل صفة الرق ولا صفة الحرية . وانما يصير ولدا بعد الاختلاط بمائها ، أما قبله فله حكم العدم لأنه بمنزلة أحد شطرى العلة ، ولا حكم ببعض العلة قبل وجود الباقى . فإذا اختلط ترجح ماؤها على مائه بحكم الحضانه ، فيتخلق الولد من الماءين رقيقا ابتداء فلم يثبت له صفة الحرية أصلا . فلم يكن فى هذا إرقاق الحر ، ومعنى العقوبة والإهلاك فى إرقاق الحر .

ومما مثلوا به للترجيح بقوة الأثر : ما قال الحنفية إنه إذا أسلم أحد الزوجين فى دار الإسلام ولا يمكن الإبقاء على النكاح بينهما لا تقع الفرقة بنفس الإسلام بل يجب عرض الإسلام على الآخر ، فإن أسلم بقى النكاح وإن أبى فرق القاضى بينهما سواء كان بعد الدخول أو قبله . أما اذا أرتد أحد الزوجين فإن الفرقة تقع بينهما بنفس الردة قبل الدخول وبعده (١) .

وقال الشافعية إذا لم تكن المرأة مدخولا بها وقعت الفرقة للحال سواء فى ذلك حال الإسلام وحال الردة . أما إذا كانت مدخولا بها فتتوقف الفرقة على انقضاء العدة فى الحالين أيضا (٢) .

والشافعى بقوله هذا يريد أن يشير إلى أن الاسلام من أسباب الفرقة عند انقضاء العدة إن كانت المرأة من أهل وجوبها بأن كانت مدخولا

=(أى الحرة) جاز لأن الحق لهما . وإن لم تأذن فيه وجهان أحدهما لا يحرم لأن حقها فى الاستمتاع لافى الانزال والثانى يحرم لأنة يقطع النسل من غير ضرر يلحقه .

(١) المبسوط للسرخسى — ج ٥ ص ٤٥ ، ٤٦

(٢) الأم — ج ٥ ص ٣٩

بها . فإن لم تكن مدخولا بها فالفرقة واقعة بمجرد الإسلام وحصول الاختلاف .

وهو يحتج لذلك : بأن هذه فرقة وجبت بسبب طارىء غير مناف للنكاح بحكمه ، موجب حرمة الاستمتاع ، فوجب أن تتعجل الفرقة فى غير المدخول بها وتتأجل إلى انقضاء العدة فى المدخول بها قياسا على الفرقة بطلاق . ولأن هذا المعنى موثر ، لأن لمثل هذا الاختلاف أثرا فى إيجاب الفرقة بدليل أنه يمنع ابتداء النكاح فصحت إضافة الفرقة إليه .

أما الحنفية فدليلهم : فهو أن الاسلام ليس من أسباب الفرقة إنما هو من أسباب عصمة الحقوق وتأكيد الأملاك كما نطق بذلك قوله صلى الله عليه وسلم « فإذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم » وإذا كان هذا شأن الإسلام فلا يجوز أن يستحق به زوال الملك بحال .

وقالوا أيضا لا يصح أن يكون بقاء من لم يسلم على ما كان عليه من الكفر سبباً للفرقة لأنه ليس من أسباب التفريق ، فإن كفره كان موجودا وصح معه بقاء النكاح ابتداء وبقاء فلا يجوز أن يكون سببا للفرقة لأن مالا يكون قاطعا لا يثبت قطعا بالضرورة (١) .

وأما كون الكفر من أحدهما مع إسلام الآخر محدثا أمرا موثرا يترتب عليه تحريم الوطء فيمكن رده : بأن صيرورة الكفر مانع ومحرم بتبدل الحال لا تدل على صيرورته قاطعا فإن كثيرا من الأشياء تمنع ولا يقطع . ومحل النزاع فى القطع فصار فى حق القطع كأن الحال لم تتبدل (٢) .

وإذا لم يصلح الإسلام سببا للفرقة . كما لم يصلح كفر الباقى منهما سببا لم يصلح اختلاف الدين الناشىء منهما سببا ، لأنه ليس لكل منهما أثر فى الفرقة ، فإذا اجتمعا يكون الأمر كذلك أيضا .

---

(١) كشف الأسرار البزدوى – ج ٤ ص ١٢٠٩

(٢) راجع فى ذلك كتابنا (العلاقات الخاصة بين المسلمين وغير المسلمين)

وإذا تبين أن واحدا من الأمور الثلاثة لا يصلح سببا لاستحقاق الفرقة وكان لابد من دفع ضرر الظلم وجب أن يكون ثبوت الفرقة مضافا الى امتناع الآخر عن أداء الإسلام لا إلى إسلام الأول . لأن الثانى إذا أسلم بقى النكاح بأغراضه اجماعا فوجب إضافة استحقاق الفرقة إلى الامتناع الحادث ، لا إلى الإسلام العاصم وكفر الباقى رعاية لحق المسلم فإن المسلم إن كان هو الزوج وجب عليه إدرار النفقة من غير أن يكون له فائدة الاستمتاع ، وإن كانت المرأة تصير كالمعلقة بفوات أغراض النكاح مع بقائه ، والتعليق ظلم وتفويت للإمساك بالمعروف . وإذا كان كذلك صار مفوضا إلى القاضى لأنها فرقة لإزالة الظلم ، والقاضى قد ولى لإزالة المظالم عن الناس .

وغير خاف على ذوى الأفهام أن أغراض النكاح إذا فاتت كانت سببا ظاهر الأثر للفرقة . فإن الأسباب تراعى لأحكامها فإذا خلت عنها وجب القول بإلغائها .

وإنما لم تكن الحرمة بسبب الإحرام والعدة والحيض والنفاس مع كونها مفوتة لأغراض النكاح أسبابا للفرقة ، لكونها حرمات لا تدوم ، إنما هى بعرض الزوال فلا تؤدى إلى الظلم بخلاف إسلام أحد الزوجين .

وإنما كانت الردة منافية لأنها من أسباب زوال العصمة إذ هى موجبة للفرقة على سبيل المنافاة ، وليست موضوعة للفرقة حتى تثبت الحرمة بنفسها من غير توقف على انقضاء عدة ولا قضاء قاض كما فى طروء الرضاع وحرمة المصاهرة .

بيان ذلك : أن الردة بالإجماع تبطل النكاح ، ولا يخلو الأمر من أن يكون هذا الإبطال بسبب وضعها للبطلان ، أو بطريق المنافاة ، لكن كونه بطريق الوضع لاوجه له ، لأن الموضوع لإبطال أمر شرعى يكون مشروعا لإبطاله لا محالة ، والردة ليست بمشروعة بوجه ، كما أن المبطل لشىء وضعا لا يتصور وجوده غير مبطل له ، فإذا لم يبطل لا يكون موجودا ،

وقد وجدت الردة وتحققت حال كونها غير مبطلة للنكاح ، فما إذا ارتد ولم يكن المرتد متزوجا فعلم من ذلك أنها لم توضع لإبطال ملك النكاح .

ولما ثبت أنها ليست موضوعة لإبطال ملك النكاح ، وقد أبطلته علم أن هذا الإبطال بطريق المنافاة كالرضاع والمصاهرة ، فإنهما ليسا بموضوعين لإبطال النكاح لتحققهما فى غير ملكه ، ولكنهما منافيان له على معنى أنهما سببا الجزئية والبعضية ، والحرمة المبينة على الجزئية منافية للنكاح فكذلك تبديل الدين يحصل بالرده ، وذلك يوجب إبطال عصمة الشخص ، وعصمة أملاكه ، فتوجب بطلان عصمة ملك النكاح ، لأن ملك النكاح دون النفس ، ولأن الشخص ببطلان العصمة يلتحق بالموتى والجمادات ، والميت ليس بأهل لملك النكاح بوجه . وإذا كان كذلك وجب أن تتعجل الفرقة على كل حال لأن الشيء لا يبقى مع ما ينافيه .

وكون الردة من أسباب زوال العصمة التى بنى عليها النكاح أمر ظاهر لاخفاء فيه ، إذ الردة تؤثر فى إزالة عصمة النفس والمآل بالإجماع .

وبالتأمل فى قياس الشافعى نجد أنه ضعيف الأثر : لأنه لا يمكن اعتبار ارتداد الزوجين بارتداد أحدهما فى إثبات المنافاة فيه ، ولا ارتداد أحدهما بارتدادهما فى نفى المنافاة عنه ، لأنا وجدنا لاختلاف الدين تأثيرا فى الحرمة فإنه يمنع ابتداء النكاح بخلاف ويقطعه أيضا عنده .

كما وجدنا لاتفاق الدين تأثيرا فى الحل حتى جاز نكاح مجوسيين ، ولو أسلم أحدهما لم يجز ، فثبت أن الاتفاق ليس مثل الاختلاف فلا يمكن إلحاق أحدهما بالآخر ، ولا يلزم من منافاة أحدهما منافاة الآخر ، ولا من عدم منافاة أحدهما عدم منافاة الآخر (١) .

ومن الأمثلة لهذا النوع أيضا قول الشافعى (٢) فى مسح الرأس :

---

(١) كشف الأسرار – جـ ٤ ص ١٢١٢

(٢) فى نهاية المحتاج – جـ ١ ص ١٣٣ – ومن سننه (الوضوء) تثليث الغسل والمسح المفروض والمندوب .

إن التكرار سنة معللا ذلك : بأن المسح ركن فى الوضوء فيسن فيه التكرار كالغسل ــ وقال الحنفية(١) لايسن التكرار لأن مسح الرأس مسح فلا يسن فيه التكرار ، وهو تعليل بوصف قوى الأثر فإن أثر المسح فى التخفيف بين لاشبهة فيه ، إذ الاكتفاء بالمسح مع إمكان الغسل ما كان إلا للتخفيف كما أن تأدى الفرض ببعض المحل مع إمكان الاستيعاب للتخفيف ، وأيضا سقوط التكرار فى مسح الخف والجبيرة والتيمم للتخفيف فعرفنا أن تأثيره فى التخفيف قوى لا ضعف فيه .

وواضح أن تعليل الشافعى ضعيف الأثر : لأن الركنية وصف لا يؤثر فى التكرار بدليل عدم تأثيرها فى غير هذا الموضع ، إنما تأثيرها فى الوجود لا غير . كما أن التكرار لا يختص بالركن فى الوضوء ، لأن التكرار مسنون فى المضمضة والاستنشاق وهما ليسا ركنين ، فليسا بمتلازمين ، فإن الركن قد يوجد بدون التكرار كما فى أركان الصلاة والحج ، والتكرار قد يوجد بدون ركنية كما فى المضمضة ــ فلهذا كان الراجح ماذهب اليه الحنفية من عدم سنية التكرار فى مسح الرأس وأنه يكفى مسحها مرة واحدة

المبحث الثانى

٢ ــ قوة الثبات على الحكم

والمقصود به قوة ثبات الوصف على الحكم الذى شهد الوصف بثبوته ، والمراد كثرة اعتبار الشارع للوصف فى الحكم ، لأن الوصف إذا ازداد ثباتا على الحكم ازداد قوة بفضل معناه الذى صار به حجة . ذلك لأن فى زيادة الوصف رجحانا من حيث عليته ، وبيان ذلك : أنه إذا تعارض وصفان فى كون أيهما مناط الحكم ، ثم وجد أن أحدهما ألزم للحكم من الوصف الآخر ازداد هذا الوصف قوة بذلك وترجح على الآخر .

---

(١) المبسوط ــ ج ١ ص ٧ ، ٨

ومثاله : أن الحنفية عللوا عدم إيجاب التعيين للنية فى صوم رمضان بأنه صوم متعين فى جانب الله تعالى فلا تجب على العبد نيته (١) ، وعلل الشافعية لوجوب التعيين فى صوم الفرض كما فى صوم القضاء بأنه صوم فرض فيجب تعيينه (٢) .

والوصف الذى علل به الحنفية وهو التعيين وصف متعدى إلى غير رمضان له ثبات على حكمه . فقد تعدى إلى الودائع والغصوب ورد المبيع فى البيع الفاسد ، فإن المودع إذا رد الوديعة إلى المالك ، أو رد الغاصب المغصوب إلى صاحبه ، أو رد المشترى المبيع فى البيع الفاسد إلى بائعه بأى جهة كانت ، خرج عن العهدة ، ولا يشترط تعيين الدفع من حيث كونه وديعة أو غصبا أو بيعا فاسدا ، لأنه متعين لا يحتمل الرد بجهة أخرى ، أما وصف الفرضية الذى قال به الشافعية فليس كذلك لأنه لا يتعدى إلى الفروض الأخرى ومخصوص بالصوم لا غير .

ثم إن مما يشهد بقوة ثبات وصف التعيين على حكمه أكثر من ثبات الفرضية على حكمها أن المزكى إذا تصدق بالنصاب على الفقير ولم ينو الزكاة يخرج عن العهدة ، وأن الحاج إذا أطلق النيه ولم يعين حجة الاسلام يجوز له ذلك ، وأن الإيمان بالله من الفروض المتعينة فإذا آمن إنسان يكون إيمانه فرضا وإن لم ينو كونه فرضا ، كل ذلك كله لتعيين الجميع .

ومن أمثلة هذا النوع من الترجيح : ماعلل به الحنفية عدم تكرار مسح الرأس بوصف المسح ، وماعلل الشافعية لسنية التكرار بوصف الركن ولكن وصف الحنفية وهو كون مسح الرأس مسحا نجده ألزم للحكم من وصف الشافعى فيزداد بذلك قوة . ثم هو أثبت فى دلالة للتخفيف ، لأن التيمم

---

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوى – جـ ٤ ص ١٢١٤

(٢) نهاية المحتاج – جـ ٢ ص ٣١٣ ، ٣١٤ وفيه . يشترط لفرض الصوم من رمضان أو غيره كقضاء أو نذر التبييت للنية وهو إيقاعها ليلا ويجب فى النية التعيين فى الفرض المنوى كرمضان أو نذر أو قضاء أو كفارة .

ومسح الخف والجبيرة ظهرت الخفة فيها بترك اعتبار التكرار . أما وصف الركنية فليس فيه زيادة قوة الثبات على سنية التكرار . وهذا لأن الركن وصف عام فى الوضوء وأركان الصلاة وغيرها من الركوع والسجود . وقضية الركن إكماله بالإطالة فى الركوع والسجود لاتكراره ، ثم إنه يوجد ماليس بركن ومع ذلك يتكرر وهو المضمضة والاستنشاق فكان ماذهب اليه الحنفية أولى (١) .

ومن ذلك منافع الغصب فإن الحنفية ذهبوا الى أنها لا تضمن بإتلافها لأن التقييد بالمثل واجب فى كل باب ، كالأموال كلها والصلاة والصوم ونحوهما وذلك مراعاة لشرط ضمان العدوان وهو التماثل لقوله تعالى « فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » احترازا عن الفضل والزيادة ، ولأن القيمة لا تصلح مثلا لأنها دراهم أو دنانير وهما جوهران ، والمنافع أعراض والجوهر خير من العرض ، لأنه مما يبقى ويدوم بنفسه ، والعرض لا يبقى ولا يقوم بنفسه ، فلما لم تمكن المماثلة لايجوز أن يجب على المتلف فوق ماأتلفه كما لم يجب الجيد بإتلاف الردىء .

ويذهب الشافعى(٢) إلى القول بضمان منافع المغصوب لأن مايضمن بالعقد يضمن بالإتلاف ليتحقق جبر حق المظلوم ، وفى ذلك إثبات المثل تقريبا لا تحقيقا لأن رعاية المماثلة غير ممكنة إلا بأدنى تفاوت فيتحمل ، كما تجب القيمة عن الأعيان مع الفضل القليل فإنها مما يستدرك بالظن .

فلما لم يمكن ايجاب المثل بدون الفضل فى المنافع لم يكن بد من التزام أحد محظورين ، إما إيجاب الفضل على المعتدى رعاية لجانب المظلوم بجبر حقه .

---

(١) التوضيح — جـ ٢ ص ١١٢

(٢) جاء فى نهاية المحتاج : تضمن منفعة الدار والعبد ونحوهما من كل منفعة يستأجر عليها بالتفويت بالاستعمال والفوات وهو ضياع المنفعة من غير انتفاع كإغلاق الدار فى يد عاديه لأن المنافع منقومة فضمنت بالغصب كالأعيان سواء كان مع ذلك أرش نقص أم لا — جـ ٤ ص ١٢٤

أو إهدار حقه بعدم إيجاب الضمان على المتعدى إحترازا عن إيجاب الفضل فكان الأولى أولى ، لأن الحاق الخسران بالظالم أحق ، وفيه دفع الظلم وسد باب العدوان .

وكذلك قال الشافعى إن إهدار الوصف أسهل من إهدار الأصل ، فإن أوجبنا الضمان لا يلزم إلا إهدار كون المماثلة تامة ، وإن لم نوجب الضمان يلزم إهدار حق المغصوب منه فى المثل بالكلية فى الأصل والوصف ، والأول أسهل من الثانى تحملا لأدنى الضررين لدفع أعلاهما .

هذا هو تعليل كل من المذهبين إلا أن ما ذهب اليه الحنفية أولى مما ذهب إليه الشافعى لكون تعليلهم أثبت فإن التقييد بالمثل واجب فى الأموال كلها وفى غيرها هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن إسقاط الضمان عمن أتلف مالا معصوما أمر جائز فى الشرع كما فى العادل يتلف مال الباغى ، فإن ماله مع بغيه معصوم لا يباح لغير العادل إتلافه ولا يجوز استغنامه وتملكه لأحد .

وقول الشافعى بإيجاب الفضل على المتعدى غير مشروع فإنا لم نجد تعديا أو جب زيادة على المثل بعذر من الأعذار فى الدنيا والآخرة — كما أنه يلزم من إيجابه نسبة الجور ابتداء إلى صاحب الشرع — وليس كذلك فى القول بوجوب الضمان وسقوطه للعجز فإنه شائع حسن كسقوط وجوب المثل صورة عند العجز فى ضمان العدوان ، على أن فى ايجاب الضمان إهدار حق المتلف فى الزيادة وفى عدم إيجابه عدم إهداره بل تأخيره إلى الدار الآخرة . ومن المعلوم أن ضرر التأخير دون ضرر الإبطال فكان التأخير أولى .

وما اعتبره الحنفية من رعاية شرط المماثلة ليس بوصف خاص بل هو وصف ثابت فى عامة الأحكام التى تتعلق بالضمان . أما ضمان العقد الذى يقول به الشافعى فوصف خاص ثابت على خلاف القياس فلا يكون ثباته على الحكم مثل ثبات الأول فكان الأول راجحا .

وأيضا اعتبار ضمان المنافع بضمان القيمة عن العين غير مستقيم لأنه يلزم من إيجاب القيمة إيجاب زيادة بالفتوى ونسبة جور إلى الشرع ، وكذا ترجيح جانب المظلوم ضعيف لأن الظالم لا يظلم بل ينتصف منه مع قيام حقه فى ملكه .

المبحث الثالث

٣ ـ كثرة الأصول

ثالث المرجحات الصحيحة كثرة الأصول ولها تفسيران .

أولهما : بأن تكثر المحال التى يوجد فيها جنس الوصف فى عين الحكم ، أو جنسه ، أو يوجد فيها عين الوصف فى جنس الحكم . كما فى وصف المسح بالنسبة للتخفيف فإنه وصف له تأثير يوجد فى التيمم ومسح الخف والجبيرة .

ثانيهما : أن يشهد لأحد الوصفين أصلان أو أصول ، وللوصف الآخر أصل واحد ، فكثرة الأصول على المعنى الأول كثرة النظائر التى توجد فيها الوصف . وبهذه الكثرة يوجد تأكيد للوصف — وعلى المعنى الثانى يفسر الأصل بالمقيس عليه . فمتى شهد لإحدى العلتين أصول كثيرة ولم يشهد للعلة الأخرى إلا أصل واحد كانت العلة التى شهد لها أصول كثيرة أولى بالعمل من الأخرى ، ومن هنا قالوا : إن هذا اللون من الترجيح فى الحقيقة راجع إلى ترجيح القوى على ما ليس بقوى ، وليس من ترجيح الأصول على أصل .

وزعم بعض الحنفية وبعض الشافعية أن الترجيح بكثرة الأصول غير صحيح لأن كثرة الأصول فى القياس بمنزلة كثرة الرواة فى الخبر ، والخبر لا يترجح بكثرة الرواة كما مر توضيحه فكذا هذا ، ولأنه من جنس الترجيح بكثرة العلة لأن شهادة كل أصل بمنزلة علة على حدة (١) .

---

(١) كشف الأسرار البزدوى — ج ٤ ص ١٢١٥

ولكن الترجيح بكثرة الأصول فى الرأى الصحيح حق، لأن الحجة هى هى الوصف المؤثر ، والقياس واحد، والعلة واحدة إلا أن الأصول كثيرة ، فيحصل بكثرتها زيادة قوة فى نفس الوصف ، وزيادة لزوم الحكم معه . فليس هو من باب كثرة أوجه السنة ، لأنه ترجيح بأوصاف كثيرة مع كون المقيس عليه واحداً . أما ههنا فقد تعدد المقيس عليه .

يقول البخارى فى شرح أصول البزدوى : لهذا كان الترجيح بكثرة الأصول من جنس الاشتهار فى السنن ، فإن كثرة الرواة ليست بحجة بل الخبر هو الحجة ، ولكن يحدث بكثرة الرواة قوة وزيادة اتصال فى نفس الخبر فيصير مشهوراً أو متواتراً فيترجح على ما ليس بتلك الصفة فهو فى الحقيقة ترجيح الوصف القوى على ما ليس بقوى لا ترجيح الأصول على أصل » (١) .

ومن الترجيح بكثرة الأصول

قول الحنفية فى مسح الرأس فى تعليل عدم التكرار إنه مسح فلا يسن تثليثه ، فإن أصله مسح الخف والجبيرة والتيمم ، وقول الشافعية فى مسح الرأس إنه ركن فيسن تثليثه - فقد ترجح الأول بكثرة أصوله وهى مسح الخف والجبيرة والتيمم وليس الثانى كذلك فإنه لا أصل له إلا الغسل وهو أصل واحد وللكثير ترجيح على الواحد .

ومن يتأمل جيداً فى هذا النوع من الترجيح يجده قريباً من النوع الثانى وهو قوة ثبات الوصف على الحكم لأن القوة تكون بلزوم الوصف للحكم بأن يوجد فى صور كثيرة ، ويرى صاحب التلويح : أن هذه التراجيح الثلاثة السابقة راجعة إلى قوة التأثير لكن شدة الأثر بالنظر إلى الوصف وقوة الثبات بالنظر الى الحكم ، وكثرة الأصول بالنظر إلى الأصل فلا اختلاف إلا بحسب الاعتبار . وهو فى ذلك يقرب من قول الإمام السرخسى ومامن نوع

---

(١) كشف الأسرار البزدوى - ج ٤ ص ١٢١٦

من هذه الأنواع إذا قررته فى مسألة إلا وتبين به تقرير النوعين الآخرين فيه » (١) ولم يوافقهما صاحب شرح مسلم الثبوت فقد نقل ما يفيد كون الثالث وهو كثرة الأصول أعم من الثانى ولم يرتض كون التفرقة بالاعتبار التى ذهب إليها سعد الدين التفتازانى ، قال فى فواتح الرحموت « والحق أن الثالث أعم من الثانى . فإن الثبات على الحكم إنما هو إذا كان التأثير لجنس الوصف أو نوعه فى نوع الحكم فإن الثبات إنما هو كثرة التأثير ، أما إذا كان التأثير من جنسه فقط فذلك كثرة الأصول فقط . ولا يصدق فيه كثرة الاعتبار ، وأما عدم تخلف كثرة الاعتبار عن كثرة الأصول فظاهر . وهذا إنما يتم لو كان المراد بكثرة الاعتبار كثرة تأثيره فى عين الحكم ، ولو كان أعم منه . ومن كثرة تأثيره فى جنسه لم يتم . ثم بعد ذلك يقول — وأما التفرقة بالاعتبار بينهما فغلط ألا ترى أن المسح أقوى من التخفيف ، ولو كان عدم النظائر بل القوة عبارة عن قوة المناسبة بين الوصف والحكم بحيث يكاد يحكم بعليته للفعل لولا الشرع كما قيل فى الإسكار للحرمة فحينئذ يتحقق قوة الأثر وإن لم تكن كثرة الاعتبار وكثرة الأصول »(٢) .

المبحث الرابع

٤ — العكس

وهو العدم عند العدم ، كما أن الاطراد هو الوجود عند الوجود ومعناه أنه إذا كانت العلة وصف يطرد وينعكس كان أولى من وصف يطرد ولا ينعكس — يشير الى ذلك ما قال عبيد الله بن مسعود فى التوضيح « واعلم أنه إنما جعل عدم الحكم فى جميع صور عدم الوصف عكساً لأن المراد بالعكس ماهو متعارف بين الناس وهو جعل المحكوم به محكوماً عليه مع رعاية الكلية إذا كان الأصل كلياً . يقال كل إنسان حيوان ولا ينعكس أى

---

(١) التلويح — ج ٢ ص ١١٣

(٢) مسلم الثبوت — ج ٢ ص ٣٢٨

لا يصدق كل حيوان إنسان ، وإذا عرفت هذا فعدم الحكم فى جميع صور عدم الوصف لازم لهذا العكس فسماه عكساً لهذا — وإنما قلنا إنه لازم: لأن الأصل وهو قولنا كلما وجد الوصف وجد الحكم وعكسه كلما وجد الحكم وجد الوصف ومن لوازم هذا كلما لم يوجد الوصف لم يوجد هذا الحكم فسمى هذا عكساً » (١) .

هذا وقد اختلف فى الترجيح بالعكس ، فبعض المتأخرين يرون أنه لاعبرة به لأن العدم لا يوجب شيئاً ولا يتعلق به حكم على معنى أنه لا يوجب عدم العلة عدم الحكم ولا وجوده لأنه لا يصلح مرجحاً .

أما أكثر الأصوليين فاختاروا صلاحية العكس للترجيح بناء على أن عدم الحكم عند عدم الوصف الذى جعل حجة دليل على اختصاص الحكم بذلك الوصف . ودليل على وكادة تعلقه به ، فلهذا صح مرجحا من هذا الوجه . نعم هو ترجح ضعيف لا ستلزامه إضافة الرجحان إلى العدم ، وعليه لا تظهر ثمرة لهذا الخلاف الا عند ما يعارض هذا النوع من الترجيح نوع آخر من الترجيحات الثلاثة السابقة . فعند ذاك يقدم الآخر على العكس .

ومن أمثلة الترجيح بالعكس تعليل مسح الرأس بأنه مسح فلا يسن تكراره كمسح الخف فإنه ينعكس بما ليس بمسح كغسل اليدين والرجلين والوجه والاغتسال من الحيض والجنابة فإنه يسن تكراره لأنها ليست بمسح ، أما التعليل لمسح الرأس وسنية تكراره بأنه ركن فلا ينعكس لأن التكرار مسنون فى المضمضة والاستنشاق مع أنهما ليسا بركنين .

ومنها أيضاً قول الحنفية فى بيع الطعام بالطعام بعينه : لا يشترط القبض فى المجلس ، لأنه مبيع متعين فلا يشترط قبضه كما فى سائر المبيعات المتعينة ، وهذا التعليل منعكس فيما إذا صرف درهماً بدرهم ، أو أسلم الدراهم فى قمح فإنه يشترط القبض فى المجلس لكونه ديناً بدين فى الأول وثمناً بدين فى الثانى ، فوجب

---

(١) التوضيح — ج ٢ ص ١١٤

القبض احترازاً عن بيع كالىء بكالىء ، لأن الأثمان لا تتعين فى البيع ، فلما كان كل واحد منهما ديناً بدين ، وعدمت العينية فيهما عدم الحكم المرتب عليهما وهو عدم اشتراط التقابض .

وهذا التعليل أولى من تعليل الشافعى لاشتراط القبض فى بيع الطعام بالطعام (١) : بأن البدلين كل منهما مال لو قوبل بجنسه حرم ربا الفضل ، فيشترط التقابض فى بيع أحدهما بالآخر كما فى بيع الذهب والفضة .

وإنما كان أولى لأن تعليل الشافعى لا ينعكس فإن عكس تعليله : كل مال لو قوبل بجنسه لا يحرم ربا الفضل لا يشترط قبضه . وهو غير صحيح . لأن رأس المال فى السلم يشترط قبضه وإن كان مالا لو قوبل بجنسه لا يحرم ربا الفضل كالثياب ، فبقى الحكم مع عدم الوصف الذى قال به الشافعى .

وقد يتوجه على تعليل الحنفية أنه غير مطرد فى بيع إناء فضة بإناء فضة أو ذهب فإن القبض واجب فى المجلس مع كونهما عينين غير دينين . وكذا فى رأس مال السلم إذا كان ثوباً فإنه يشترط قبضه فى المجلس وهو عين .

لكن يجاب عن ذلك بأن الأصل فى الصرف والسلم ورودهما على الدين بالدين . وقد يقع أحياناً على عين بدين ولما كان يتعذر على عامة التجار معرفة ما لا يتعين وما يتعين أقيم اسم الصرف والسلم مقام الدين بالدين ، وعلق وجوب القبض بهما تيسيراً على الناس ، ووجب القبض بهما سواء وردا على دين بدين ، أو عين بدين ، أو عين بعين ، لأن الكل فى حكم الدين تقديراً ، لأن الشىء إذا أقيم مقام شىء فالمنظور ذلك الشىء نفسه لا الشىء الذى أقيم هو مقامه . نظير ذلك النوم والسفر فإنه لما أقيم النوم مقام الحدث

---

(١) قال الرملى فى نهاية المحتاج ان كان جنساً واحداً اشترط الحلول من الجانبين لاشتراط المقابضة فى الخبر . فتى اقترن بأحدهما تأجيل وان قل زمنه وحل قبل تفرقهما لم يصح ، ويشترط المماثلة والتقابض قبضاً حقيقياً قبل التفرق ج ٣ ص ٤٠ وأصله ما روى الجماعة الا الترمذى : من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه . ولأبى داود والنسائى نهى أن يبيع أحد طعاماً اشتراه بكيل حتى يستوفيه (منتقى الأخبار وشرحه نيل الأوطار – ج ٥ ص ١٥٨) .

عند الاسترخاء وأقيم السفر مقام المشقة لم يلتفت بعد إلى حقيقة الحدث أو المشقة .

ومن الأمثلة ماقال الحنفية : فى التعليل لمن ملك أخاه أو أخته إنه يعتق عليه . بأن قرابة الأخوة محرمة للنكاح فهى شبيهة بقرابة الأبوة أو البنوة . فإنه ينعكس فى ابن العم فإنه لا يعتق بالملك، لعدم هذه العلة وهى القرابة المحرمة للنكاح .

وهذا التعليل أولى من تعليل الشافعى لعدم العتق بأنها قرابة يجوز وضع زكاة أحدهما فى الآخر فلا توجب العتق بالملك كقرابة بنى الأعمام، فإنه لا ينعكس فإن الكافر لا يعتق على المسلم إذا ملكه ولا يحل وضع الزكاة فيه .

والأصل فى عتق المحرم ما روى عن ابن عمر مرفوعاً عند النسائى والترمذى وابن ماجه والحاكم قال: قال ، رسول الله صلى الله عليه وسلم: « من ملك ذا رحم محرم فهو حر » وكذا روى عن الحسن عن سمرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : من ملك ذا رحم محرم فهو حر » رواه الخمسة وفى لفظ لأحمد فهو عتيق — والمحرم من لا يحل نكاحه من الأقارب كالأب والأخ والعم ومن فى معناهم .

قال ابن الأثير الذى ذهب اليه أكثر أهل العلم من الصحابة والتابعين وإليه ذهب أبو حنيفة وأصحابه وأحمد : أن من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه ذكراً كان أو أنثى .

وذهب الشافعى وغيره من الأئمة والصحابة والتابعين الى أنه لا يعتق عليه الأولاد والآباء والأمهات . ولا يعتق عليه غيرهم من قرابته (١) .

وذهب مالك الى أنه يعتق عليه الفروع والأصول والإخوة ولا يعتق غيرهم . وقال داود من الظاهرية لايعتق أحد على أحد من قبل القربى (٢) .

ولكل منهم أدلة مبسوطة فى كتبهم .

---

(١) نيل الأوطار مع منتقى الأخبار — جـ ٦ ص ٨١ ، ٨٢

(٢) بداية المجتهد — جـ ٢ ص ٣٦٣

الفصل الخامس

تعارض وجوه الترجيح

حينما يتعارض نوعا ترجيح فى القياس بأن يكون لكل منهما ترجيح من وجه . يقدم الترجيح بالذات على الترجيح بالحال ، على معنى أن الترجيح بالوصف الذاتى يكون أولى من الترجيح بالوصف العارض وذلك لوجهين .

أحدهما : أن الذات أسبق وجوداً من الحال . فيقع به الترجيح أولا فلايتغير بما يحدث بعده كاجتهاد أمضى حكمه لا يحتمل نقضه باجتهاد يحدث بعده .

وثانيهما : أن الحال يقوم بالغير فله حكم العدم بالنظر الى ما يقوم بنفسه ، ثم إن الحال موجودة من وجه دون وجه ، والذات موجودة من كل وجه ،فهى أصل والحال تابعة فكان الترجيح بالذات أولى الى هذا ذهب الحنفية . وخالفهم غيرهم فلم يرجحوا بالحال .

ومن هنا قالوا أن ابن ابن الأخ لأب وأم أو لأب أحق بالتعصيب من العم لأن ابن ابن الأخ راجح فى ذات القرابة فإن قرابة الأخوة مقدمة على قرابة العمومة اتفاقاً ، ولأن العم راجح بحاله وهى زيادة القرب لأنه يتصل بواسطة واحدة وهى الأب أما ابن ابن الأخ فيتصل بواسطتين . ثم الأخ مجاور الصلب والعم مجاور أبيه (١) .

وكذلك قالوا إن العمة لأم إذا اجتمعت مع الخال لأب وأم تكون أحق بالثلثين من الخال ،ويأخذ الخال الثلث . لأن العمة راجحة فى ذات القرابة لإدلائها إلى الميت بالأب ، والخال راجح بحال وهى الذكورة وقوة القرابة ، فإنه يتصل بأم الميت من الجانبين ، والعمة تتصل بأبيه من جانب واحد وهما

---

(١) كشف الأسرار البزدوى – ج ٤ ص ١٢١٨

مستويان فى ذات القرابة ، فإن الكل قرابة واحدة فيترجح الأول بالحال وهى زيادة الاتصال .

كذلك قالوا فى ابن ابن الأخ الشقيق إنه لا يرث مع ابن الأخ لأب للرجحان فى الذات ، وان استويا فى ذات القرابة ، لأن منزلهما واحد وهى الأخوة لكن لأحدهما وهو ابن الأخ لأب معنى مرجح فى ذاته وهو القرب ، فإن نفسه أقرب إلى الميت بواسطة ، وللآخر معنى مرجح يرجع إلى غيره وهو زيادة الاتصال لجده ، فكان الأول أحق بالعصوبة (١) .

ومثل الترجيح المذكور فى الفرائض كثير ، فإن ابن العم لأب أولى من ابن ابن العم لأب وأم لما قلنا ، والجد وإن علا أولى من العم ، وبنت العمة وإن سفلت أولى بالثلثين من الخال والخالة للرجحان فى ذات القرابة ، والعمة لأب وأم أولى من العمة لأب أو لأم وان استويا فى الذات للرجحان فى ذات القرابة وهى حال كما قدمنا .

ومما يذكرونه أمثلة للترجيح بالوصف الذاتى مسألة انقطاع حق المالك من العين الى القيمة بصنعة الغاصب فى المغصوب من خياطة أو طبخ بحيث يزاد بها قيمة المغصوب .

فمن غصب ثوباً فقطعه قميصاً ، أو غصب نقره(٢) فصاغها حلياً أو ضربها دراهم ، أو غصب طعاماً فطبخه ، أو شاة فذبحها وشواها ، أو غصب ساجة(٣) أو آجراً فأدخلها فى بنائه أو حديداً فصنعه سيفاً ، أو صفراً فعمله آنية انقطع فى تلك المسائل كلها حق المالك من العين الى القيمة لأن الوصف

---

(١) كشف الأسرار على المنار – ج ٢ ص ٢١١

(٢) القطعة المذابة من الفضة ، وقيل الذوب تسمى تبراً (المصباح المنير – ج ٢ ص ١٧٧) .

(٣) الساج ضرب عظيم من الشجر الواحدة ساجة وجمعها ساجات ولا ينبت الا بالهند ويجلب منها الى غيرها ، قال الزمخشرى الساج خشب أسود رزين يجلب من الهند ولا تكاد الأرض تبليه والجمع سيجان مثل نار ونيران ، وقال بعضهم الساج يشبه الأبنوس وهو أقل سواداً منه (المصباح – ج ١ ص ١٨٩) .

الحادث فى المغصوب بصنعة الغاصب متقوم ، وهو حق الغاصب بدليل أن المغصوب منه لا يأخذ العين إلا ويعطيه ما زادت الصنعة فى العين من الخياطة والشى ، وكذلك الأصل متقوم حقاً للمغصوب منه ، ولا يمكن التميز بينهما ، ولا سبيل الى إثبات الشركة لاختلاف الملكين جنساً ، كما لا سبيل الى إبطال أحد الحقين لأن نقض الخياطة إبطال لحق الغاصب وحقه محترم فلا بد من تملك أحدهما بالقيمة ، فرجح الحنفية حق الغاصب ، ورجح الشافعى (١) حق المغصوب منه .

أما وجه الحنفية فى ترجيح حق الغاصب فهو أن حقه فى الصنعة قائم لأنها موجودة من كل وجه لبقائها على الوجه الذى حدثت من غير تغيير ، ولا يضاف حدوثها إلى صاحب العين لأنه لم يحدث فى الثوب شيئاً والثوب ليس بعلة أيضاً لصيرورته مخيطا ، فثبت أنه مضاف إلى فعل الغاصب لا غير وأما العين فهالكة من وجه وهى من ذلك الوجه مضافة إلى صنعة الغاصب فصارت الصنعة راجحة فى الوجود (٢) .

وقال أبو حنيفة لا ينقطع بالصياغة حق المالك فى العين وله أن يأخذ العين من غير أن يضمن للغاصب شيئاً ، لأن الصنعة هناك قائمة من وجه دون وجه إذ هى قائمة صورة لا معنى لأن الجودة بانفرادها لا قيمة لها فى أموال الربا فصارت الصنعة والأصل سواء فترجح الأصل على الوصف .

وإنما قال الشافعى إن صاحب الأصل راجح على صاحب الصنعة لأن الصنعة باقية بالمصنوع ، لأنها لا تقوم بنفسها لكونها عرضاً تابعا له ولأنها وصف والأوصاف اتباع لموصوفاتها (٣) .

---

(١) نهاية المحتاج – ج ٤ ص ١٣٣ فقد جاء فيه ، ان كانت زيادة المغصوب أثراً محضاً كقصارة لثوب وخياطته بخيط وطحن لبر وضرب لسبيكة دراهم فلا شىء للغاصب بسببها لتعديه بعمله فى ملك غيره . وبه فارق المفلس من مشاركته للبائع لأنه عمل فى ملك نفسه ، وللمالك تكليفه رده كما كان إن أمكن ولو مع عسر كرد الحلى سبائك واللبن طيناً وتكليفه أيضاً أرش النقص .

(٢) راجع كشف الأسرار البزدوى – ج ٤ ص ١٢١٩ ، ١٢٢٠ ، والتلويح شرح التوضيح – ج ٢ ص ١١٥ ، وكشف الأسرار بشرح المنار – ج ٢ ص ٢١٢

(٣) قال الرملى : ولو صبغ الغاصب الثوب بصبغة وأمكن فصله منه أجبر على الفصل وان خسر كثيراً، أو نقصت قيمة الصبغ بالفصل فى الأصح كالبناء والفراش – ج ٤ ص ١٣٤ و ١٣٥

وقد رد الحنفية ذلك بأن من المقرر أن البقاء حال للوجود ، فإذا تعارض الترجيح بالوجود ، والترجيح بالحال كان الوجود أحق من البقاء ، ثم كون الشيء تابعاً ووصفاً لغيره لا يبطل حق صاحبه ، فإن حق الإنسان فى التبع محترم ، كما أن حقه فى الأصل محترم فأما هلاك الشيء فمبطل للحق فمتى كان الشيء هالكاً من وجه فهو من ذلك الوجه ليس بمستحق فلا يعارض حقاً مستحقاً قائماً من كل وجه سواء كان تابعاً أو أصلا بنفسه فلذلك رجحوا حق الغاصب .

ومن تعارض التراجيح ، وفيه ترجيح الوصف الذاتى على الوصف العارض(١) تعارض جهتى الفساد والصحة فى صوم رمضان إذا لم ينو الصائم الصيام من الليل فإنه لا يصح الصوم عند الشافعى ويصح الصوم عند الحنفية .

فالشافعى يرجح الفساد إذا عدمت النية فى جزء من هذا الركن ترجيحا لجانب الفساد احتياطاً فى العبادة . فإنه بوقوع بعض الصوم من غير نية تفسد العبادة لأنه لا عبادة بدون نية . فالصوم لا يتجزأ فإما أن يفسد كله وإما أن يصح كله ، فلا بد من ترجيح أحدهما ، فهو يرجح الفاسد على الصحيح بوصف العبادة ، وأن هذا الوصف يوجب الفساد وهو وصف عارضى لأن الإمساك من حيث الذات ليس عبادة بل صار عبادة بجعل الله تعالى وهو عارضى ، وأمر خارج عن الامساك .

أما الحنفية : فقالوا بترجيح الصحيح على الفاسد بكون النية وقعت فى أكثر النهار ، والترجيح بالكثرة ترجيح بالوصف الذاتى لأن الكثرة وصف يقوم بالكثير بحسب أجزائه فيكون وصفاً ذاتياً — وقالوا إن ماذهب إليه الشافعى من الترجيح بالفساد يؤدى الى نسخ الذات بالحال ، فإن اعتبار الكثرة يقتضى الجواز . وبترجيح الفساد يبطل ذلك لا محالة فيكون فيه نسخ الذات بالحال وهو غير جائز .

---

(١) المراد بالوصف الذاتى الوصف الذى يقوم بالشيء بحسب ذاته أو بحسب بعض أجزائه والمراد بالوصف العارضى الوصف الذى يقوم بالشيء بحسب أمر خارج عنه (كشف الأسرار البزدوى — ج ٤ ص ١٢١٩ ، التوضيح — ج ٢ ص ١١٥) .

وما يظن أن فى ذلك نسخ الحال بالحال لأن الكثرة والقلة من الأوصاف أيضا — فيرده : أن الكثرة تحصل بانضمام الأجزاء وهو معنى راجع إلى الذات ، والفساد طارىء على الذات من كل وجه فكان الأول أولى .

وقد تفرع على هذا الأصل عند الحنفية : أن أبا حنيفة قال فى رجل له خمس من الإبل السائمة مضى من حولها عشرة أشهر ثم ملك ألف درهم ثم حول الإبل فزكاها ثم باعها بألف درهم أنه يضمها الى الألف التى عنده لأنها أقرب الألفين إلى الحول فاستحق عليه الضم بمعنى المجانسة .

وقد تعارض هذا المعنى فى الألفين على السواء فوجب الترجيح بالقرب إلى الحول لأنه يرجع إلى الاحتياط فى حق الله تعالى كعروض التجارة يقوم بما هو الأنفع للفقراء احتياطاً .

أما إن تصرف فى ثمن الإبل فربح ألفا ضم الربح الى أصله ، وإن كان بعد أصله عن الحول ،ولا يعتبر الرجحان بالاحتياط فى الزكاة بأن يضمها الى الألف الأخرى باعتبار القرب إلى الوجوب ، لأن التبعية معنى يرجع إلى ذات المستفاد ، فإن كون الشيء متفرعا من الشيء معنى يرجع إلى ذاته لأن ذاته جزء منه ، والقرب إلى الحول حال زائدة فيه فكان الترجيح بمعنى راجع إلى الذات أحق من الترجيح بالحال (١) .

---

(١) كشف الأسرار البزدوى — ج ٤ ص ١٢٢١

الفصل السادس

الترجيحات غير الصحيحة

هى كثيرة منها :

١ ـ ترجيح القياس بقياس آخر :

وفى معناه ما يجرى مجراه مثل ترجيح أحد القياسين بالخبر ، ذلك لأن القياس يترك بالخبر فلا يكون حجة فى مقابله،ومن المعروف أن المصير الى الترجيح إنما يكون بعد وقوع التعارض باعتبار المماثلة ، ومما يماثل ذلك ترجيح أحد الخبرين بنص الكتاب لأن الخبر لا يكون حجة فى معارضة النص . وكذا ترجيح النص بالنص والخبر بالخبر لما علم أن ما يصلح حجة بنفسه لا يصلح مرجحا . وقد خالف الشافعى فى ذلك فذهب إلى حصول الترجيح بكثرة الأدلة لأن الأمارات متى كانت أكثر كان الظن أقوى . وقد سبق تفصيل ذلك (١) .

٢ ـ الترجيح بغلبة الأشباه :

وهو أن يكون للفرع بأحد الأصلين شبه من وجه واحد . وبالأصل الآخر الذى يخالف الأصل الأول شبه من وجهين أو من وجوه ، وهو صحيح عند أصحاب الشافعى فقد نقل عنه فى أدب القاضى : الشىء اذا أشبه أصلين ينظر : إن أشبه أحدهما فى خصلتين،والآخر فى خصلة ألحقته بالذى شبهه فى خصلتين ، وهذا تنصيص على ترجيح إحدى العلتين بكثرة الشبه . وهذا لأن القياس لم يجعل حجة إلا لإفادته غلبة الظن ولا شك أن الظن يزداد قوة عند كثرة الأشباه كما يزداد عند كثرة الأصول .

وقال الحنفية إنه ترجيح باطل ، لأن الأشباه أوصاف وأحكام تجعل عللا وكثرة العلل لا توجب ترجيحاً لكثرة الآيات والأخبار . ولا فرق

---

(١) راجع ص .. من هذا البحث .

بين أوصاف تستنبط من أصل أو أصول ، ولو كانت أصولا شتى لم توجب ترجيحاً فكذا هذا .

وهذا بخلاف كثرة الأصول السابقة . لأن الوصف فيه واحد وكل أصل يشهد بصحته فيوجب قوته وثباته على الحكم ، أما فى غلبة الأشباه فالأصل واحد والأوصاف متعددة لأن كل شبه وصف على حدة يصلح للجمع بين الأصل والفرع فكان من قبيل الترجيح بكثرة الأدلة (١) .

وذهب الغزالى إلى أن الترجيح بكثرة الأشباه ضعيف . فقال : ترجيح العلة بكثرة شبهها بأصلها ضعيف عند من لا يرى مجرد الشبه فى الوصف الذى يتعلق الحكم به موجباً للحكم ، ومن رأى ذلك موجباً فغايته أن يكون كعلة أخرى ، ولا يجب ترجيح علتين على علة واحدة لأن الشيء يترجح بقوته لا بانضمام مثله اليه كما لا يرجح الحكم الثابت بالكتاب والسنة والإجماع على الثابت بأحد هذه الأصول .

وقد مثل صاحب كشف الأسرار لشرح المنار . للترجيح بغلبة الأشباه بقولهم إن الأخ يشبه الولد والوالد بوجه وهو المحرمية ، ويشبه ابن العم بوجوه كجواز وضع الزكاة لكل واحد منهما فى يد صاحبه ، وحل حليلة كل واحد منهما لصاحبه ، وقبول الشهادة من الطرفين وجريان القصاص من الطرفين . بخلاف الولد مع الوالد فإنه لا يجب القصاص من الطرفين بل من طرف واحد وهو قتل الولد والده . أما قتل الوالد ولده فلا يوجب القصاص .

ومما يعللون به فساد الترجيح بكثرة الأشباه أن كل شبه يصلح قياساً فيصير كترجيح القياس بقياس آخر . ذلك لأن كل شبه بمنزلة علة . فكثرة الأشباه يكون بكثرة العلل والأقيسة . فكأن فى جانب أقيسة ، وفى جانب آخر قياس ، وقد عرفنا أن الترجيح بذلك باطل .

---

(١) البزدوى — ج ٤ ص ١٢٢٢

٣ – الترجيح بعموم العلة :

ومثاله ترجيح الشافعى التعليل بوصف الطعم فى الأشياء الأربعة الربوية (البر والشعير والتمر والملح) على التعليل بالكيل والجنس الذى قال به الحنفية ، بأن وصف الطعم يعم القليل والكثير فيعم الحفنه والمكيل . أما التعليل بالكيل والجنس فلا يتناول إلا الكثير فكان الأول أولى، لأن المقصود من التعليل تعميم حكم النص فلكونه أعم كان أوفق لمقصوده .

ولم يرتض ذلك الحنفية وقالوا ببطلانه : لأن الوصف فرع للنص فهو مستنبط منه وثابت به . والنص العام والخاص سواء عندنا . أما عنده فالخاص مترجح على العام ، فكيف يصير العام أحق من الخاص مع أن العام دونه فى الرتبة .

ومن جهة أخرى فإن الشافعى لا يرى التعدى مقصوداً من التعليل ، ولهذا جوز التعليل بعلة قاصرة ، فكان وجود التعدى وعدمه فى التعليل بمنزلة واحدة لصحته بدونه . فبطل الترجيح بالعموم الذى هو عبارة عن زيادة التعدى يقول الغزالى : « ترجيح المتعدية على القاصرة ضعيف عن من لا يفسد القاصرة ، لأن كثرة الفروع بل وجود أصل الفروع لا تبين قوة فى ذات العلة بل ينقدح أن يقال القاصرة أوفق للنص وآمن من الزلل فكانت أولى » .

ولكن الحنفية يقولون إنما صار الوصف علة بمعناه وهو التأثير فلا مدخل للعموم فى ذلك بل العموم صورة لأنه من أوصاف الصيغة ، فلا اعتبار لها فى العلل .

٤ – الترجيح بقلة الأوصاف :

أن تكون العلة ذات الوصف الواحد أرجح من العلة ذات الوصفين ، ومن ذلك ترجيح بعض الشافعية وصف الطعم الذى عللوا به تحريم الربا على وصف

---

(١) البزدوى – جـ ٤ ص ١٢٢٢ ، وكشف الأسرار على المنار – جـ ٢ ص ٢١٢

الكيل والجنس الذى علل الحنفية . بناء على أن علتهم ذات وصف واحد فتكون أقرب إلى الضبط وأبعد عن الخلاف وأكثر تأثير من علة الحنفية ذات الوصفين .

والصحيح أنهما سواء لأن ثبوت الحكم بالعلة فرع لثبوته بالنص ، والنص الموجز لا يترجح على المطول فى البيان فكذا العلة .

ومما يبطل به الترجيح أن العلة خلف النص ، والنصان إذا تقابلا لم يترجح أحدهما لكونه أوجز عبارة ، لأنه لاخلاف فى عدم ترجيح النص الموجز على المطنب ، وانما العبرة فى التأثير فتكون القوة به لا بصورته .

وانما اعتبرت الكثرة فى الصوم . لكون الصوم إنما صار صوما باعتبار معناه ، فكان اعتبار الكثرة فيه من باب اعتبار الذات فى مقابلة الحال . أما ههنا فالاعتبار للصورة . ولا اعتبار لها إذ العلة ماصارت علة إلا بمعناها دون صورتها فلهذا لم يمكن اعتبار الكثرة (١) .

---

(١) البزدوى – ج ٤ ص ١٢٢٣ ، كشف الأسرار على المنار – ج ٢ ص ٢١٣ ، التوضيح والتلويح – ج ٥ ص ١١٥

الخاتمة

فى نتائج البحث

بعد تبيان التعارض بين الأدلة الشرعية سواء كانت نصاً أو قياساً وطرق التخلص من هذا التعارض عند ظن وجوده ببيان طرق الترجيح نقرر النتائج الآتية :

الأولى : لا يوجد تعارض بين دليلين مختلفين فى القوة أو متفاوتين فى المنزلة ، إنما يكون التعارض عند التساوى ، كآيتين أو حديثين فى منزلة واحدة . وعلى ذلك لا تعارض بين حديث متواتر وحديث مشهور أو آحادى (١) .

الثانية : لا تعارض بين دليلين متفقين لأنهما اذا كانا كذلك يتأيد كل منهما بالآخر (٢) .

الثالثة : الأدلة الشرعية لا تتعارض فى الواقع ونفس الأمر . إنما يتصور التعارض ظاهرا (٣) ذلك لأن الأصول حيث كانت واحدة ، وترجع إلى مصدر واحد فلا يتصور التعارض الحقيقى .

الرابعة : الدليل المتقدم ينسخ بالدليل المتأخر ، متى تساويا فى القوة فالنصوص القرآنية ينسخ بمثلها وبالسنة المتواترة ، والسنة الآحادية تنسخ بمثلها ، لكنها لا تقوى على نسخ السنة المتواترة ولا النص القرآنى . ولا السنة المشهورة عند الحنفية (٤) والاجماع لا يجوز أن ينسخ نص الكتاب أو السنة

---

(١) راجع ص ١٥٣ ، ١٦١

(٢) راجع ص ١٥٥

(٣) راجع ص ١٥٤

(٤) راجع ص ١٦٧

وهو متى انعقد لا يجرى عليه نسخ ، وكذا القياس لا ينسخ ولا ينسخ به إنما يعمل المجتهد بالراجح منهما .

الخامسة : الدليل الراجح مقدم على المرجوح إذا تعارضا ولم يعلم تاريخ ورودهما سواء كان الرجحان قطعياً أو ظنيا ـ ويرى البعض أنه لا يجوز العمل بما رجح بطريق الظن ، إنما يتخير فى العمل (١) .

السادسة : لا ترجيح بين القطعيات عند الشافعية بل إن وقع التعارض بين قاطعين يحكم بأن المتأخر ناسخ إن كانا متواترين ، أو كانا من أخبار الآحاد وعرفنا التاريخ يحكم بالمتأخر أيضاً . وان لم نعرف التاريخ فصدق الراوى مظنون فيقدم الأقوى فى الذات . وذهب الحنفية إلى أن الترجيح يجرى فى القطعيات والظنيات(٢) .

السابعة: يصح الترجيح بقوة الظهور ، وقوة الدلالة ، واختلفوا فى الترجيح بكثرة الأدلة ، وأيضاً رجحوا القطعية على الظنية ، والمثبت على المنفى ، والمحرم على المبيح احتياطاً ، وعلى الموجب كذلك ، وأيضاً رجحوا المحرم على ما يفيد الكراهة (٣) .

الثامنة : رجح البعض فى السنة بكثرة الرواة ، ومنع ذلك الآخرون كما ذهب جماعة إلى الترجيح بعلو الإسناد وقلة الوسائط وفقه الراوى . ولم ير الترجيح بذلك البعض الآخر ، ورجحوا بزيادة الضبط فى الراوى ومباشرته للرواية ، وبلوغه وإسلامه وتقدمه فى الإسلام ، ولم يرجحوا بالذكورة والحرية (٤) .

---

(١) راجع ص ١٨٠

(٢) راجع ص ١٨٤ وما بعدها

(٣) راجع ص ١٨٨ وما بعدها

(٤) راجع ص ٢٢٢

التاسعة : الحديث المتواتر مرجح على غير المتواتر – والمشهور عند الحنفية مرجح على خبر الواحد أما الصحيح فيذهب البعض به الى العمل إذا عارض حديثاً مشهوراً ، وخالف البعض فى ذلك (١).

العاشرة : المرسل فى مرتبة خبر الواحد عند أبى حنيفة . فعند تعارضه معه يرجح بينهما بطرق الترجيح التى تتبع عند تعارض خبرين آحاديين – وقيل يقدم المرسل مطلقاً (٢) .

الحادية عشرة : يترجح متن الحديث الأقل احتمالا على الأكثر احتمالا ، والمجاز الأقرب الى الحقيقة على ماهو أبعد منه اليها ، والعام يترجح على الخاص عند الحنفية إذا كان العمل بالعام فيه الإحتياط كما اذا كان العام محرماً والخاص مبيحاً – ويترجح الحديث الموافق للقياس على مخالفه على أصح الأقوال ويترجح النفى على الإثبات – وقيل لا يترجح (٣) .

الثانية عشرة : حيث لا سبيل الى الترجيح بين الدليلين يلجأ الى الجمع بينهما والعمل بهما ، فيجمع بين الدليلين العامين بالتنويع ، وبين المطلقين بالتقييد فى كل منهما بقيد يغاير الآخر ، وبين الدليلين الخاصين باختلاف الحال ، وبين المختلفين عموماً وخصوصاً بتخصيص العام والعمل به فيما وراء الخاص (٤) .

الثالثة عشرة : الترجيح مقدم على الجمع ، لأن المعقول هو تقديم الراجح على المرجوح ، فإن المرجوح عندمقابلته بالراجح لا يكون دليلا (٥).

الرابعة عشرة : اختلاف الحال بين الدليلين طريق من طرق الجمع ، وذلك بحمل أحد الدليلين المتعارضين على حال والأخرى على حال أخرى –

---

(١) راجع ص ٢٣٢
(٢) راجع ص ٢٣٦
(٣) راجع ص ٢٤٠
(٤) راجع ص ٢٤٥
(٥) راجع ص ٢٤٦

وكذلك اختلاف الحكم من طرق الجمع ، بأن يجعل أحد الحكمين المتعارضين الذى أثبته أحد النصين غير الحكم الذى نفاه الآخر . فلا يوجد اتحاد فى محل النفى والإثبات — قد يكون الجمع بتوزيع الحكم بأن يجعل بعض أفراد الحكم ثابتاً بأحد الدليلين المتعارضين والبعض الآخر منفياً بالآخر (١) .

الخامسة عشرة : عند عدم وجود مرجح يرجح أحد الدليلين على الآخر وعدم إمكان الجمع بينهما يسقط العمل بهما ، وحينئذ يعدل المجتهد عن الاستدلال بالدليلين ويلجأ إلى الاستدلال بما دون الدليلين مرتبة فإن تعارضت آيتان ولا مرجح ولم يمكن الجمع يلجأ إلى السنة بعد العدول عن الاستدلال بهما . وإن تعارضت سنتان كذلك يعدل عن الاستدلال بهما الى الاحتجاج بقول الصحابى عند من يرى الاحتجاج به أو إلى القياس عند مالا يرى الاحتجاج به (٢) .

السادسة عشرة : عند ما يسقط العمل بالدليلين ولم يتيسر دليل أدنى يجب العمل بالأصل المقرر فى المسألة التى تعارض فيها الدليلان ، ومعناه أن يبقى ما كان على ما كان ، وكأنه لم يوجد دليل أصلا يدل على الحكم (٣) .

السابعة عشرة : لا يتصور العقل التعارض بين أفعال الرسول عليه السلام لأنه لا عموم للأفعال فلا ينسخ أحدها الآخر ولا يخصصه (٤) .

الثامنة عشرة : قد يتعارض قول الرسول عليه السلام مع فعله ، وله أحوال تختلف أحكامها بالنسبة الى الأمة (٥) .

التاسعة عشرة : خبر الواحد يقدم على القياس عند التعارض عند بعض الأئمة ، والبعض يقدم القياس على خبر الواحد (٦) .

---

(١) راجع ص ٢٤٩

(٢) راجع ص ٢٥٩

(٣) راجع ص ٢٦٧

(٤) راجع ص ٢٧٦

(٥) راجع ص ٢٧٧

(٦) راجع ص ٢٨١

العشرون : اختلفت طرائق الصحابة فى استخراج أحكام المسائل التى لا نص فيها ، فتارة يستعملون بالقياس ، وتارة يراعون المصلحة ودرء المفسدة ، وأخرى يطبقون أصلا من أصول الشريعة العامة فما كانوا متقيدين بمنهاج معين ، فكان ذلك سبباً فى تعارض فتاويهم تبعاً لاختلاف أقيستهم (١) .

الحادية والعشرون : الاختلاف فى بيان العلل وتعيينها نشأ عنه تعارض الأقيسة (٢) .

الثانية والعشرون : عندما يتعارض قياسان لا يسقطان بالتعارض — عند الحنفية . حتى لا تخلو الحادثة عن الحكم . إنما يجب العمل بأحدهما بشهادة قلب المجتهد ، وتحريه إذا احتاج إلى العمل . فإن لم تكن له حاجة إلى العمل توقف — وعند الشافعية له أن يعمل بأحد القياسين من غير تحرى ولا حاجة إلى شهادة القلب (٣) .

الثالثة والعشرون : إذا عمل المجتهد بأحد القياسين فليس له أن يعمل بالقياس الآخر إلا بدليل أقوى من التحرى كأن يتبين نص على خلافه ، لظهور خطئه حينئذ إذ يكون مجتهدا فى المنصوص عليه (٤) .

الرابعة والعشرون : يجب العمل بالقياس الثانى فى المستقبل اذا كان الحكم المطلوب بالاجتهاد يحتمل الانتقال من محل إلى محل آخر ، أو يحتمل الانتساخ . وذلك إذا تبدل رأى المجتهد إلى الثانى ، لأن تبدل رأيه يشبه النسخ فيعمل به فى المستقبل (٥) .

---

(١) راجع ص ٣١٧

(٢) راجع ص ٣٢٢

(٣) راجع ص ٠٠

(٤) راجع ص ٣٢٥

(٥) راجع ص ٣٢٦

أما الحكم غير المحتمل للانتقال فهذا لا يجوز العمل بالاجتهاد الآخر إذا تبدل على خلاف الأول فى المستقبل لأن ذلك يؤدى الى تصويب كل قياس (١) .

الخامسة والعشرون : المقصود من إحدى العلتين إذا كان ضرورياً يترجح القياس بها على الحاجى ، وإذا كان حاجياً يترجح القياس بها على التحسينى الكمالى . ويترجح مكمل الضروريات على مكمل الحاجيات ، ومكمل الحاجيات على التحسينات (٢) .

السادسة والعشرون : القياس قوى التأثير مقدم على ضعيفة (٣) .

السابعة والعشرون : القياس المعتبر وصفه شرعاً يكون قوى الثبات على الحكم فيقدم على القياس الذى ليس كذلك (٤) .

الثامنة والعشرون : كثرة النظائر التى يوجد فيها الوصف تكون مرجحة للوصف على غيره (٥) .

التاسعة والعشرون : العلة إذا كانت وصفاً مطرداً منعكساً تكون أولى من علة مطردة غير منعكسة وإذا تعارض نوعا ترجيح فى القياس يقدم الترجيح بالذات على الترجيح بالحال ويقدم الوصف الذاتى على الوصف العارضى (٦) .

---

(١) راجع ص ٢٢٧

(٢) راجع ص ٣٣٤

(٣) راجع ص ٣٣٩

(٤) راجع ص ٣٤٨

(٥) راجع ص ٣٥٢

(٦) راجع ص ٣٥٤ ، ٣٥٨

الثلاثون : لا يرجح القياس على قياس آخر بقياس ولا بغلبة الأشباه وكما لا ترجيح بعموم العلة ، ولا بغلبة الأوصاف فلا تكون العلة ذات الوصف الواحد أرجح من العلة ذات الوصفين . لأن العبرة بالتأثير الذى تكون به القوة (١) .

والله أعلم بالصواب ، واليه المرجع ، وهو نعم النصير .

---

(١) راجع ص ٣٦٣ وما بعدها