

العنوان:	قواعد الاستدلال بغير القياس فيما لا نص فيه وموقف ابن حزم منها
المؤلف الرئيسي:	العتلة، خالد عبدالخالق أحمد
مؤلفين آخرين:	فرج الله، محمد عبدالسميع(مشرف)
التاريخ الميلادي:	2011
موقع:	عمان
الصفحات:	1 - 242
رقم MD:	866554
نوع المحتوى:	رسائل جامعية
اللغة:	Arabic
الدرجة العلمية:	رسالة دكتوراه
الجامعة:	جامعة العلوم الإسلامية العالمية
الكلية:	كلية الشيخ نوح القضاة للشريعة والقانون
الدولة:	الأردن
قواعد المعلومات:	Dissertations
مواضيع:	الفقه الاسلامي، الأحكام الشرعية، القياس الفقهي، الأصول الفقهية، ابن حزم الأندلسي، علي بن أحمد بن سعيد، ت. 1064م. = 456 هـ، العلماء المسلمين
رابط:	http://search.mandumah.com/Record/866554

لإستشهاد بهذا البحث قم بنسخ البيانات التالية حسب إسلوب الإستشهاد المطلوب:

إسلوب APA

العتلة، خالد عبدالخالق أحمد، و فرج الله، محمد عبدالسميع. (2011). قواعد الاستدلال بغير القياس فيما لا نص فيه وموقف ابن حزم منها (رسالة دكتوراه غير منشورة). جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان. مسترجع من <http://866554/Record/com.mandumah.search/>

إسلوب MLA

العتلة، خالد عبدالخالق أحمد، و محمد عبدالسميع فرج الله. "قواعد الاستدلال بغير القياس فيما لا نص فيه وموقف ابن حزم منها" رسالة دكتوراه. جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، 2011. مسترجع من <http://search.mandumah.com/Record/866554>

: الاستدلال بغير اللفظ فيما لا نص فيه

المبحث الأول: قياس الشبه

المطلب الأول: تحديد مفهوم قياس الشبه

الفرع الأول: تعريف قياس الشبه

قياس الشبه مركب إضافي يتكون من كلمتي القياس والشبه.

أولاً: تعريف القياس لغة واصطلاحاً:

القياس لغة: التقدير والمساواة. يقال: قست الشيء بغيره وعلى غيره، إذا قدرته على مثاله... وقاس الشيء بقيسه قياساً وقياساً واقتاسه وقيسه: إذا قدره على مثاله^(١).
التعريف الأول باعتبار القياس من الأدلة التي نصبها الشارع، والثاني باعتباره من عمل المجتهد:

التعريف الأول: مساواة فرع لأصل في علة حكمه^(٢).

التعريف الثاني: حمل معلوم على معلوم لمساواته في علة الحكم^(٣).

ثانياً تعريف الشبه لغة واصطلاحاً:

الشبه لغة: الشَّبه والشُّبه والشبيه: المثل، والجمع أشباه، وأشبه الشيء الشيء وشابهه: مثله. وبينهما شَبَهٌ بالتحريك، والجمع مشابه على غير قياس، وتشابهها واشتبها: أشبه كل منهما الآخر حتى التباساً^(٤).

وعلى هذا فالشبه والمثل بمعنى، وقيل: بل مثل الشيء ما ساواه من كل وجه في ذاته وصفاته، وشبه الشيء وشبيهه ما كان بينه وبينه قدر مشترك من الأوصاف كثلاثة أو أربعة أو خمسة من سبعة... وإطلاق كل واحد منهما على الآخر من قبيل المجاز

(١) ابن منظور، لسان العرب: مادة (قوس وقيس) باب السين، فصل القاف: ١٨٦/٦.

(٢) الأصفهاني، بيان المختصر في شرح مختصر ابن الحاجب: ٥/٣.

(٣) العطار، حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع: ٢٤٠/٢.

(٤) ابن منظور، لسان العرب، باب الشين المعجمة: ٥٠٣/١٣. الفيروز آبادي، القاموس المحيط: مادة

(شبه) باب الهاء، فصل الشين: ١٢٤٧/١.

بالنظر إلى ما بينهما من الأوصاف المشتركة^(١).

الشبه اصطلاحاً: فإن الأصوليون يقولون بالشبه، ويريدون به الوصف الشبهي الجامع بين الأصل والفرع تارة، وهو بهذا الاعتبار يكون وسطاً بين المناسب والطردي، وتارة أخرى يريدون به القياس المبني على هذا الوصف الشبهي، وهو بهذا الاعتبار يكون مقابلاً لقياس العلة، وتارة ثالثة يريدون به المعنى المصدري، أي كون الوصف شبيهاً، فيعتبرونه مسلكاً من مسالك العلة كالمناسبة والإيماء والسبر وغيرها^(٢).

والإطلاق الأول والثاني هما الغالبان على الاستعمال الأصولي، وعليهما مدار التعريفات جميعها، وأما الثالث فيذكر غالباً في معرض الحديث عن حجية قياس الشبه. واختلف الأصوليون في تحديد المراد بالشبه اختلافاً واسعاً، حتى إن بعضهم ذهب إلى استحالة وضع تعريف صحيح ضابط له، وقال ابن السبكي: «وقد تكاثر التشاجر في تعريف هذه المنزلة (أي الشبه) ولم أجد لأحد تعريفاً صحيحاً فيها»^(٣). وقال التلمساني: «اعلم أنّ الشبه لم يَعمَ بتصويره إلا الحذاق»^(٤).

وفي هذه الأقوال دلالة واضحة على مدى الصعوبة والغموض الذي يكتنف معنى الشبه، فقد وردت فيه عدة تعريفات عند الأصوليين، وبالتأمل والنظر وجد الباحث أن هذه التعريفات وإن اختلفت في اللفظ إلا أنها متحدة في المعنى، ولهذا فقد أوردنا أرجح هذه التعريفات للشبه وهو: مالا يعقل مناسبتة بالنظر إليه في ذاته، وتظن فيه المناسبة ظناً ما؛ لالتفات الشارع إليه في بعض المواضع^(٥).

ومثاله: قول بعضهم في إزالة النجاسة: «طهارة تراد لأجل الصلاة فلا تجوز بغير

(١) الطوفي، شرح مختصر الروضة: ٤٢٤/٣-٤٢٥.

(٢) منون، نبراس العقول: ٣٣٠.

(٣) العطار، حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع: ٣٣٢/٢.

(٤) التلمساني، عبد الله بن محمد بن علي شرف الدين، (ت: ٦٤٤هـ)، شرح المعالم في أصول الفقه، تحقيق: عادل عبد الموجود وعلي معوض، عالم الكتب، بيروت، ط١، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م، ٣٦٤/٢.

(٥) البناني، عبد الرحمن بن جاد الله (ت: ١١٨٩هـ)، حاشية البناني على شرح الجلال المحلي على متن جمع الجوامع وبهامشها تقرير شيخ الاسلام عبد الرحمن الشربيني، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م: ٢٨٦/٢.

الماء كطهارة الحدث فإن الجامع هو الطهارة، ومناسبتها لتعيين الماء غير ظاهرة، وبالنظر إلى كون الشارع قد اعتبرها في بعض الأحكام كمس المصحف والطواف والصلاة»^(١)، أي عن الحدث عموماً فأوجب فيه الماء - فدفعنا ذلك إلى الظن باشتمالها على المناسبة من غير القطع بذلك. وهذا هو الراجح لأنه يبين حقيقة الشبه، ويميزه عن غيره من الأوصاف المناسبة والطرديّة، كما أنه يتسع ليشمل الوصف الشبهي الذي يتنازع أصلان، وهو ما يسمى بغلبة الأشباه، مضافاً إلى ما له أصل واحد، وبذلك يكون التعريف جامعاً مانعاً، وهو الذي استقر عليه الاصطلاح الأصولي فيما يظهر، وعليه أكثر الأصوليين.

وما دمت قد رجحت تعريف الشبه - والذي ينظر إليه باعتباره وصفاً - فمن الجدير بنا وضع تعريف لقياس الشبه يلاحظ فيه ذلك، ويلاحظ فيه معنيان:

مساواة فرع لأصل في وصف لا يعقل مناسبتة بالنظر إليه في ذاته، وتظن فيه المناسبة ظناً ما، لالتفات الشارع إليه في بعض المواضع.

أو: حمل معلوم على معلوم لمساواته في وصف لا يعقل مناسبتة بالنظر إليه في ذاته، وتظن فيه المناسبة ظناً ما، لالتفات الشارع إليه في بعض المواضع.

الفرع الثاني: سبب تسميته شبيهاً وتمييزه عن المناسب والطردي

وأما سبب تسميته شبيهاً فإنه لما كان يشبه المناسب من جهة حيث لا يمكن الجزم بانتفاء المناسبة عنه ويشبه الطردي من جهة أخرى، حيث لا يمكن الجزم بظهور المناسبة فيه سمي به^(٢).

أو أنه لما لم يناسب الحكم بذاته، غلب على الظن عدم صلاحية التعليل به كالطردي، ولما ناسب الحكم باللازم، أو بالتبع، أو بالتفات الشارع إليه في بعض الأحكام، غلب على الظن صلاحية التعليل به كالمناسب، فاشتبه الأمر فيه^(٣).

(١) الآمدي، الإحكام: ٢٩٦/٣.

(٢) الآمدي، الإحكام: ٢٩٦/٣، الصفي الهندي، نهاية الوصول: ٣٣٤٢/٨.

(٣) البدخشي، مناهج العقول: ٣٦٤/٢-٣٦٥.

المطلب الثاني: حجية قياس الشبه

الفرع الأول: مذاهب العلماء في حجية قياس الشبه

اختلف العلماء في حجية قياس الشبه على مذهبين:

الأول: أنه حجة وإليه ذهب الجمهور من المالكية^(١) والشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) وعزاه الغزالي إلى أبي حنيفة أيضاً^(٤)، والجويني إلى معظم الفقهاء^(٥).

قال الباجي: « وأكثر شيوخوا - المالكية - على أنه صحيح »^(٦)، وقال السمعاني: « ظاهر مذهب الشافعي رحمه الله أنه حجة، وقد أشار إلى الاحتجاج به في مواضع من كتبه »^(٧).

وقال ابن قدامة: « اختلفت الرواية عن أحمد في قياس الشبه فروي أنه صحيح، والأخرى أنه غير صحيح اختارها القاضي أبو يعلى، ثم مال ابن قدامة إلى القول بحجيته »^(٨) والذي رأيته في العدة لأبي يعلى أنه ذكر الروائتين ثم رجّح القول بحجّيته^(٩) وكذا قال الطوفي أيضاً: « بأن الأظهر من القولين كونه حجة »^(١٠)، بل ذهب ابن عقيل في الواضح إلى: « أنه من أحسن الأقيسة، وأنه لا عبرة بقول من أسقطه »^(١١).

الثاني: أنه باطل وإليه ذهب معظم الحنفية^(١٢)، والباقلاني والصيرفي وأبو إسحاق

(١) ابن رشد، بداية المجتهد: ٣/١، ابن العربي، المحصول: ١٣٢-١٣٥، القرافي، شرح تنقيح الفصول: ص ٣٩٥، الزركشي، البحر المحيط: ٢٣٤/٥.

(٢) الرازي، المحصول: ٢٠٣/٥-٢٠٤. ابن برهان، الوصول إلى الأصول: ٢٩٤/٢.

(٣) ابن النجار، شرح الكوكب المنير: ١٩٠/٤. ابن قدامة، روضة الناظر وجنة المناظر: ٢٤٣/٢.

(٤) الغزالي، المنحول: ٣٧٨.

(٥) الجويني، البرهان: ٨٧٠/٢-٨٧١.

(٦) الباجي، إحكام الفصول: ٦٣٥/٢.

(٧) السمعاني، قواطع الأدلة: ٢٥٣/٤، وانظر الشافعي، الرسالة: ٤٠، ٤٧٩.

(٨) ابن قدامة، روضة الناظر: ٣٠١-٣٠٠/٢.

(٩) أبو يعلى، العدة: ١٣٢٦/٤-١٣٢٨.

(١٠) الطوفي، شرح مختصر الروضة: ٤٣١/٣.

(١١) ابن عقيل، الواضح في أصول الفقه: ٥٤/٢.

(١٢) الجصاص، الفصول في الأصول: ١٤٤/٤-١٤٧، السمرقندي، ميزان الأصول: ٥٧٣.

المروزي وأبو إسحاق الشيرازي^(١)، وهو رواية عن أحمد^(٢).

الفرع الثاني: الأدلة على حجية قياس الشبه:

استدل القائلون بحجية قياس الشبه بجملة من الأدلة، بعضها عام في باب القياس، وبعضها خاص بقياس الشبه، وبعضها أدلة من المعقول:

الأدلة العامة على قياس الشبه:

١. قول الله عز وجل: ﴿فَاعْتَبِرُوا يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا الَّذِي كُنْتُمْ تُعْلَمُونَ﴾^(٣).

وجه الدلالة في الآية أنها أفادت حجية القياس عامة، لأن الاعتبار مشتق من العبور وهو المرور، والقياس عبور من حكم الأصل إلى حكم الفرع، فكان داخلاً تحت الأمر، والشبه نوع منه فيكون أيضاً داخلاً تحت الأمر، ويكون حجة^(٤).

٢. قول معاذ للرسول صلى الله عليه وسلم حين أرسله إلى اليمن وسأله: «بم تقضي إن عرض لك قضاء» قال: أجتهد رأيي ولا آلو. وإقرار الرسول صلى الله عليه وسلم له بقوله: «الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي رسول الله»^(٥).

وجه الدلالة في الحديث أن الرسول صلى الله عليه وسلم أقره على الاجتهاد بالرأي، والاجتهاد بالرأي هو القياس، والشبه نوع منه^(٦).

٣. كتاب عمر إلى أبي موسى الأشعري بالبصرة حين أرسله قاضياً (اعرف الأشباه والأمثال، وقس عند ذلك أشبهها بالحق..)^(٧)، وقد تلقت الأمة هذا الكتاب بالقبول،

(١) الجويني، التلخيص: ٢٣٦/٣-٣٢٧، الشيرازي، شرح اللمع: ٨١٢/٢-٨١٤.

(٢) أبو يعلى، العدة: ١٣٢٦/٤، ابن قدامة، روضة الناظر: ٣٠٠/٢.

(٣) سورة الحشر، الآية: ٢.

(٤) الرازي، المحصول: ٢٦/٥، ٢٠٥. القرافي، شرح تنقيح الفصول: ٣٩٦. الطوفي، شرح مختصر الروضة: ٤٣٣/٣.

(٥) تقدم تخريجه ص ٤٧.

(٦) القرافي، شرح تنقيح الفصول: ٣٩٦؛ الطوافي، شرح مختصر الروضة: ٤٣٤/٣.

(٧) البيهقي، السنن الكبرى: ١١٥/١٠، ابن حجر، التلخيص الحبير: ١٩٦/٤. وشهرة هذا الأثر يغني عن البحث في سنده، فقد تلقاه العلماء بالقبول، وبنوا عليه أصول الحكم والشهادة كما قال ابن القيم، إعلام الموقعين: ٥٠/١.

وأجمعت على العمل به، وهو أصل في إثبات العمل بالقياس، والشبه نوع منه^(١).
الأدلة الخاصة بقياس الشبه:

١. قوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ الَّذِي أَرْسَلَ الرِّيحَ فَتُثِيرُ سَحَابًا فَسُقْنَاهُ إِلَى بَلَدٍ مَيِّتٍ فَأَحْيَيْنَاهُ بِالْأَرْضِ بَعْدَ مَوْتِهَا كَذَلِكَ اللَّهُ الشُّورُ﴾^(٢).

وجه الدلالة أن الله عز وجل قاس إحياء الأبدان بالأرواح، على إحياء الأرض بالخضرة والنضارة بعد يبسها، والعلة الجامعة بينهما أن الخضرة والنضارة للأرض تشبه الروح للجسد، وهي ليست علة مؤثرة ولا مناسبة، بل شبيهة، والقياس قياس الشبه^(٣).

٢. حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن امرأة من جهينة جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: إن أُمِّي نذرت أن تحج، فلم تحج حتى ماتت أفأحج عنها؟ قال: «نعم حجي عنها، أرايت لو كان على أمك دين أكنت قاضيته؟ اقضوا الله، فالأحق بالوفاء»^(٤)، وجه الدلالة أن الرسول صلى الله عليه وسلم شبه دين الله بدين العباد في وجوب القضاء، والعلة الجامعة بينهما ليست علة مؤثرة ولا مناسبة، بل هي علة شبيهة^(٥).

٣. حديث أبي هريرة رضي الله تعالى عنه «أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله ولد لي غلام أسود، فقال: هل لك من إبل؟ قال: نعم، قال: ما ألوانها؟ قال: حمر، قال: هل فيها من أورك؟ قال: نعم، قال: فأني ذلك؟ قال: لعل نزرعه عرق، قال: فلعل ابنك هذا نزرعه عرق»^(٦).

ووجه الدلالة أن النبي صلى الله عليه وسلم شبه حال ولد هذا السائل في نزع العرق

(١) الباجي، إحكام الفصول: ٣٦٣/٢.

(٢) سورة فاطر، الآية: ٩.

(٣) الطوفي، شرح مختصر الروضة: ٢٥٦/٣.

(٤) البخاري، صحيح البخاري ١٨/٣، رقم ١٨٥٢.

(٥) ابن عقيل، الواضح: ٥٤/٢.

(٦) البخاري، صحيح البخاري مع الفتحة: ٥٣/٧، برقم ٥٣٠٥ والأورق: الأسود الذي يميل إلى الغبرة.

من أصوله، بحال الفحل إذا نزع عرق من أصوله، فقاسه عليه بعلة شبيهة، وقد عدّ الخطابي هذا الحديث أصلاً في قياس الشبه^(١)، وقال ابن القيم: « في الحديث ما يدل على اعتبار الشبه، فإنه صلى الله عليه وسلم أحال على نوع آخر من الشبه، وهو نزع العرق »^(٢).

٤. حديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت: إن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل عليّ مسروراً تُبرق أسارير وجهه فقال: « ألم تري أن مجزراً نظر آفا إلى زيد بن حارثة وأسماء بن زيد فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض » وفي رواية بزيادة: « وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسها وبدت أقدامهما فقال: إن بعض هذه الأقدام من بعض »^(٣) وواضح أن هذا حكم مبني على الشبه، وقد أقره الرسول صلى الله عليه وسلم واعتبره، فدل على أن قياس الشبه معتبر^(٤)، يقول ابن القيم: « والقياس وأصول الشريعة تشهد للقافة »^(٥)؛ لأن القول بها حكم يستند إلى درك أمور خفية وظاهرة توجب للنفس سكوناً، فوجب اعتباره كنقد الناقد، وتقويم المقوم، وأما قولهم [أي المعارضون لإثبات النسب بالقافة] إنه يعتمد الشبه، فنعم وهو حق، قالت أم سلمة رضي الله عنها: يا رسول الله: وتحتلم المرأة؟ قال: نعم تربت يمينك، فبم يشبهها ولدها »^(٦).

٥. قول الصديق رضي الله عنه لعمر بن الخطاب رضي الله عنه: « والله لأقاتلن من

(١) ابن حجر، فتح الباري: ٢٩١/١٣، الزركشي، البحر المحیط: ٢٤٠/٥.

(٢) ابن القيم، الطرق الحكيمة: ص ١٨٨.

(٣) البخاري، صحيح البخاري مع الفتح: ٥٧/١٢، رقم: ٣٧٧٠، ٦٧٧١.

(٤) الجويني، البرهان: ٨٦١/٢، السمعاني، قواطع الأدلة: ٢٦١/٤، وانظر لمعرفة مذاهب الفقهاء في ذلك، ابن رشد، بداية المجتهد: ٢٦٩/٢-٢٧٠.

(٥) القائف: الذي يتتبع الآثار ويعرفها، ويعرف شبه الرجل بأخيه وأبيه، والجمع: القافة. يقال: فلان يقوف الأثر ويقتافه قيافة، مثل: قفا الأثر واقتفاه. (انظر: ابن الأثير، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري، (ت: ٦٠٦ هـ) النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي - محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية - بيروت، ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م، ٤ / ١٢١.

(٦) ابن القيم، الطرق الحكيمة: ١٨٤، والحديث في البخاري، انظر صحيح البخاري مع الفتح: ٨٣/١ رقم: ١٣٠.

فرق بين الصلاة والزكاة، فإن الزكاة حق المال»^(١)، فقد قاس رضي الله عنه الزكاة على الصلاة في وجوب مقاتلة الممتنع عن أدائها، بجامع ورودهما في الكتاب والسنة مورداً واحداً، وواضح أن هذه العلة ليست مؤثرة ولا مناسبة، بل هي علة شبيهة، الأمر الذي يعني أنه رضي الله عنه استدل بقياس الشبه^(٢).

الأدلة من المعقول:

ذكر الأصوليون القائلون بحجية قياس الشبه أدلة عقلية كثيرة على حجيته تدور معظمها على أنه يفيد غلبة الظن، وقد أتى به بعض الأصوليين في شكل قياس منطقي فقال:

قياس الشبه يفيد غلبة الظن، وما أفاد غلبة الظن فالعمل به واجب في الأحكام الشرعية العملية، إذن فالعمل بقياس الشبه في الأحكام الشرعية العملية واجب^(٣)، وفيما يلي هذه الأدلة:

١. لقد أجمع الصحابة ومن بعدهم على أن قياس العلة حجة، وليس ذلك لمعنى خاص فيه؛ وإنما لإفادته غلبة الظن، وهو متحقق في قياس الشبه أيضاً، فيجب قبوله. مثاله: قول الشافعي بوجوب النية للوضوء كالتييم، وتعليقه لذلك بقوله: « طهارتان فكيف يفترقان ».

يقول المخالف: أيغلب على ظنك أن الوضوء في معنى التيمم في حكم النية، وأن كل واحد منهما طهارة عن حدث لا يعقل معناه ويغلب عليه التعبد؛ وأنه يتعسر إدراك الفرق بينهما؟ فإن أنكر فقد عاند؛ وإن اعترف به، فهذا هو المقصود بحصول غلبة الظن، ولهذا سوى الأوزاعي بينهما في نفي وجوب النية^(٤).

٢. لم يشرع بناء الأحكام على القياس؛ إلا للحاجة الداعية إلى ذلك؛ إذ النصوص متناهية، والوقائع والحوادث غير متناهية، ولا يمكن للمتناهي أن يحيط بغير المتناهي، وإذا

(١) البخاري، صحيح البخاري، مع الفتحة: ٧٦/١، ٢٧٧/١٢، برقم ٦٩٢٤، ٦٩٢٥.

(٢) الطوفي، شرح مختصر الروضة: ٤٢٩/٣. ابن حجر، فتح الباري: ٢٧٧/١٢-٢٧٨.

(٣) الطوفي، شرح مختصر، الروضة: ٤٣١/٣.

(٤) الجويني، البرهان: ٨٧٢/٢-٨٧٣، الغزالي، المنحول: ٤٨٦/١. السمعاني، قواطع الأدلة: ٢٦١/٤-

ثبت هذا كان الواجب في وضع القياس أن يكون على نحو يسهل طلبه ووجوده؛ ليتيسر بناء الأحكام عليه، ولو تم الاقتصار على قياس العلة فقط، فإنه لن يفي بجميع أصول المسائل والأحكام في الأبواب الفقهية المختلفة، كالعبادات وهيئاتها والمعاملات والمناكحات وشروطها، فضلا عن الفروع والجزئيات فيها، ويدرك هذا كما يقول الجويني: « من مارس مسائل الفقه وترقى عن رتبة الشادين فيها ونظر في مسالك الاعتبار تبين أن المعنى المخيل لا يعم وجوده المسائل بل لو قيل لا يطرد على الإخالة المشعرة عشر المسائل لم يكن مجازفا »^(١).

ومن هنا كان لابد من استعمال القياس على نحو واسع يسهل طلبه، ولكن مع الابتعاد عن الطرد لأنه لا يفيد غلبة الظن، وهي ضرورية في بناء الأحكام الشرعية العملية، فبقي المناسب والشبه الذي يغلب على الظن أنه متضمن للمصلحة التي يتوخاها الشارع من الحكم، ويمكن الوقوف على ذلك من خلال أمر واحد وهو: أن يتعسر على الفقيه أو المجتهد إدراك الفرق بين الأصل والفرع اللذين اجتمعا في الوصف الشبهي كما هو بين الوضوء والتيمم، أو بين الزكاة وزكاة الفطر^(٢)، ويؤكد هذا ما يذهب إليه معظم الأصوليين من أن العلة الشرعية ليست بعلة موجبة للحكم في الحقيقة، وإنما هي علامات وأمارات بالمواضعة، والأمر فيها أيسر وأسهل من العلة الموجبة، وعليه فكما يمكن للشارع أن يجعل العلة علامة دالة على أن الفرع يلحق بالأصل في الحكم، فكذلك يمكنه أن يجعل شبه الفرع بالأصل علامة دالة على لحاقه به^(٣)، وفي ذلك يقول الباجي: « قياس العلة وقياس الشبه معناهما واحد، وغاية ما بينهما من فرق هو أن الحكم معلق في أحدهما على سبيل العلة، وفي الآخر على سبيل العلامة، ولا فرق بين أن يقول صاحب الشرع؛ العبد يملك لأنه مكلف كالحر، فيخرج ذلك مخرج الدلالة والتشبيه بالحر »^(٤).

٣. القياس مصدر من مصادر التشريع بالاتفاق، ويتم بتلمس علة الحكم والوقوف عليها، فإن لم تكن العلة ظاهرة؛ ووجدنا للمسألة شبيها بأصليين إلا أنها بأحدهما أشبه، كان

(١) الجويني، البرهان: ٨٧٢/٢. التلمساني، شرح المعالم: ٣٧٠/٢.

(٢) السمعاني، قواطع الأدلة: ٢٦٣/٤-٢٦٥.

(٣) الباجي، إحكام الفصول: ٦٣٦/٢. السمعاني، قواطع الأدلة: ٢٦٥/٤.

(٤) الباجي، إحكام الفصول: ٦٣٦/٢.

الأولى إلحاقها به، إذ لا ثالث لهما من جهة؛ ولأنه لا يجوز إلحاقها بهما معاً من جهة أخرى، فبقي تغليب حكم الأكثر، وعليه جرت أصول الشريعة من مثل قوله تعالى:

﴿فَأَمَّا مَنْ ثَقُلَتْ مَوَازِينُهُ ﴿٦﴾ فَهُوَ فِي عِيشَةٍ رَاضِيَةٍ ﴿٧﴾ وَأَمَّا مَنْ خَفَّتْ مَوَازِينُهُ ﴿٨﴾

فَأُمُّهُ هَاوِيَةٌ ﴿٩﴾﴾^(١)، وكذلك قلنا في الماء المطلق، إذا خالطه مائع طاهر،

كالورد، ونحوه: إن كان الغالب الماء، فالحكم له، وإن كان الغالب الورد، فالحكم له. وكذلك قلنا في الشهادات: إن كان الغالب الطاعات، فهو عدل مقبول الشهادة، وإن كان الأغلب المعاصي، فهو فاسق مردود الشهادة^(٢).

يقول الطوفي: «إن غالب مسائل الخلاف تجدها واسطة بين طرفين، تنزع إلى كل واحد منهما بضرب من الشبه، فيجذبها أقوى الشبهين إليه، فإن وقع في ذلك نزاع، فليس في هذه القاعدة، بل في أي الطرفين أشبه حتى يلحق به»^(٣).

٤. إن الذي لا يقبل الاحتجاج بالشبه يجب عليه أن لا يقبل الاحتجاج بقياس العلة إذا لم تكن العلة منصوصة أو مجمعة عليها، وذلك أن للخصم أن يعترض على ما ظنه علة بقوله: إن الذي غلب على ظنك أنه المناسب، أو علة الحكم، سببه عدم اطلاعك على مناسب أظهر، ومثلك كمثّل من رأى شخصاً يدفع ديناراً لمسكين، فذهب يحكم أنه إنما أعطاه لفقره، وهو لا يعلم أنه ابنه، ولو علم ذلك لما ظن ما ظن، فإن قبل من المتمسك بالمناسب أن يقول: هذا ظني بحسب سبري وجهدي، فليقبل ذلك من المتمسك بالشبه أيضاً، ثم على الخصم إبداء ما هو أظهر منه حتى يدفع ظنه^(٤).

الفرع الثالث: أدلة القائلين برد قياس الشبه:

استدل القائلون برد قياس الشبه بجملة من الأدلة أهمها:

١. ليس في قياس الشبه جمع بين الأصل والفرع بعلة أو دليلها، بل إن الجامع بينهما شبه فارغ أو صورة مجردة، ولذا فإنه يعتبر من أبطل القياس، وهو لم يرد في القرآن

(١) سورة القارعة، الآيات: ٦-٩.

(٢) أبو يعلى، العدة: ١٣٢٧/٤-١٣٢٨ وانظر أيضاً الرازي: المحصول: ٢٠٣٥/٥-٢٠٤٠.

(٣) الطوفي، شرح مختصر الروضة: ٤٢٥/٣-٤٢٦.

(٤) الغزالي، المستصفى: ٣١٧/٢-٣١٨.

الكريم إلا حكاية عن المبطلين من مثل قوله تعالى إخباراً عن إخوة يوسف عليه السلام لما وجد الصواع في رحل أخيه: ﴿إِنْ يَسْرِقْ فَقَدْ سَرَقَ أَخٌ لَّهُ مِنْ قَبْلُ﴾^(١)، فقاوسوا أخا يوسف عليه لما بينهما من أوجه الشبه العديدة، ويوسف كان قد سرق، على حد زعمهم، وهو صغير، فهذا أيضاً يكون قد سرق مثله.

وأيضاً كقوله تعالى إخباراً عن قوم نوح عليه السلام: ﴿مَا نَرْنَا إِلَّا بَشَرًا مِثْلَنَا﴾^(٢)، فأنكروا نبوة نوح عليه السلام لا لشيء سوى أنه مثلهم في صورته الآدمية وهم ليسوا بأنبياء، فينبغي أن لا يكون هو أيضاً كذلك^(٣).

٢. أصول الأدلة الشرعية لا تثبت إلا بالأدلة القاطعة، ولولا أن إجماع الصحابة رضوان الله عليهم انعقد على الاحتجاج بقياس العلة لما صح الاحتجاج به، وليس كذلك قياس الشبه، إذ لم يُنقل عن الصحابة أنهم اعتبروه بوجه من الوجوه، بل كانوا ينظرون على المصالح والعلل المعنوية^(٤).

٣. الوصف الذي يسمى شبهاً إما أن يكون مناسباً للحكم فيكون معتبراً بالاتفاق، وهو من قبيل قياس العلة، أو لا يكون مناسباً، فيكون من الطرد المردود بالاتفاق، ولا واسطة بينهما^(٥).

٤. لا خلاف في أن قياس العلة أقوى وأثبت من قياس الشبه، ومع ذلك فإن الصفة التي ترصد لتعليل الحكم لو وجدت، وعلم أنها ليست علة لم يجز لتعليل الحكم بها، ولا تعليقه عليها، والصفة الشبهية ليست أولى منها ما دامت أيضاً ليست علة للحكم،

(١) سورة يوسف، الآية: ٧٧.

(٢) سورة هود، الآية: ٢٧.

(٣) ابن القيم، إعلام الموقعين: ١٤٨/١-١٤٩.

(٤) الجويني، التلخيص: ٢٣٩/٣، ٢٤٠، ٢٤١. قواطع الأدلة: ٢٥٩/٤. الطوفي، شرح مختصر

الروضة: ٢٣٩/٣، ٤٣٣. الصفي الهندي، نهاية الوصول: ٣٣٤٥/٨.

(٥) الجويني، التلخيص: ٢٣٩/٣، البرهان: ٨٧١/٢، الرازي، المحصول: ٢٠٤/٥، ابن برهان،

الوصول إلى الأصول: ٢٩٥/٢.

فيجب أن لا يصح تعليق الحكم عليها^(١).

٥. لو جاز رد الفرع إلى الأصل بمجرد الشبه، لم يكن حمل الفرع على بعض الأصول بأولى من حمله على البعض الآخر؛ لأنه ما من فرع تردد بين أصليين إلا وفيه شبه من كل واحد من الأصليين^(٢).

٦. إن إلحاق الفرع بالأصل في الحكم لا بد أن يكون له مستند من علم أو ظن، ولا سبيل إليهما، أما العلم فاتفاقاً، وأما الظن فلأن المشابهة في وجه لو أفادت ظناً؛ فإن المفارقة في سائر الوجوه تضعف هذا الظن وتبطله^(٣).

مناقشة أدلة القائلين بحجية قياس الشبه:

١. يرد على ما قدّمه القائلون بحجية قياس الشبه من الأدلة العامة بأنها لا تفيد في إثبات المطلوب لأنها أعمّ من المدعي، والخصم لا يُسلم أن الشبه نوع من أنواع القياس، أو أنه أحد أفراد الاعتبار الذي أمر به القرآن الكريم، أو من الاجتهاد بالرأي الذي أقره الرسول صلى الله عليه وسلم، بل إن هذا هو محل النزاع، وهو أول المسألة.

٢. يرد على استدلالهم بالآية: ﴿وَاللَّهُ الَّذِي أَرْسَلَ الرِّيحَ...﴾^(٤)، أنها ليست من قبيل قياس الشبه،

بل من قبيل قياس الدلالة (الذي هو الجمع بين الأصل والفرع بدليل العلة وملزومها) والعلة هنا هي كمال قدرته سبحانه وتعالى، ودليلها الذي جمع بين الأصل والفرع وهو الإحياء، فالذي يقدر على إحياء الأرض اليابسة بالخضرة والنضارة، قادر على إحياء الأبدان والجثث الهامدة بالأرواح، وهذا قياس للنظير على النظير، وهو حجة^(٥).

ويمكن أن يجاب بأن الوصف المذكور في الآية ليس علة اتفاقاً، بل متضمناً للعلة، وهو بهذا أقرب إلى قياس الشبه منه إلى قياس العلة، إذ إن قياس الشبه أيضاً مبني على الاشتراك في الوصف الذي يظن المجتهد أنه متضمن للعلة.

(١) الباجي، إحكام الفصول: ٢٣٦/٢-٢٣٧.

(٢) الشيرازي، التبصرة: ٤٥٨، السمعاني، قواطع الأدلة: ٢٥٦/٤.

(٣) السمعاني، قواطع الأدلة: ٢٥٩/٤.

(٤) سورة فاطر، الآية: ٩.

(٥) ابن القيم، إعلام الموقعين: ١٣٠/١.

٣. يرد على استدلالهم بالحديث الذي شبه فيه الرسول صلى الله عليه وسلم دين الله بدين العباد كونه من قبيل قياس الدلالة كما يراه الشيرازي وغيره، حيث قاس فيه الرسول صلى الله عليه وسلم النظير على النظير وهو حجة^(١)، أو أنه من قبيل قياس العلة كما يراه الحنفية؛ إذ يجوز عندهم لوصف العلة أن يكون حكماً شرعياً، وهو هنا الدين الذي هو لزوم حق في الذمة، فيقاس الحكم على الحكم وهو حجة عندهم خلافاً للشبه^(٢).

ويمكن أن يجاب بما أجيب به عن سابقه فيما يتعلق بالرد على القائلين بقياس الدلالة، وأما الحنفية الذين قالوا بجواز أن تكون العلة حكماً شرعياً، فيرد عليهم بأن هذه العلة ليست مؤثرة ولا مناسبة، بل شبيهة، فيؤول الخلاف إلى خلاف في التسمية، ولا مشاحة في ذلك، يقول ابن برهان: « والاستدلال بالحكم على الحكم هو الشبه، إلا أنهم [أي الحنفية] سموه باسم آخر، ونحن لا ننازعهم في اللفظ »^(٣).

٤. يمكن أن يرد على استدلالهم بحديث مجرز في زيد بن حارثة وابنه أسامة بأنه وارد في القيافة خاصة، لأن الشارع متشوف إلى إثبات الأنساب، وقد يقول البعض: لا قياس فيه، فضلاً عن أن يكون من قبيل الشبه، إذ لا بد للقياس من أصل وفرع وعلّة وحكم للأصل، فأين هي في هذه الواقعة؟

ويمكن أن يجاب بأنه يدل على أن الأشباه معتبرة في الشرع، وهذا القدر كاف هنا. ٥. ويمكن أن يرد على استدلالهم بالمعقول، وإفادته للظن بأنه وإن أفاد الظن؛ فإنه ظن ضعيف لا يعتد به الشارع ولا يلتفت إليه^(٤)، وهذا ردهم الإجمالي.

مناقشة أدلة القائلين برد قياس الشبه:

١. قولهم: « إن قياس الشبه لم يرد في القرآن الكريم إلا حكاية عن المبطلين » غير مسلم، وعلى فرض التسليم به، فإن بطلان تلك الصور المبنية على الشبه الفارغ لا يعني رد الشبه مطلقاً؛ إذ أن القائلين بحجبيته يشترطون لا اعتباره شبهاً مخصوصاً

(١) الشيرازي، شرح اللمع: ٨٠٦/٢-٨١٢. ابن عقيل، الجدل: ٢٨٣-٢٨٤.

(٢) السمرقندي، ميزان الأصول: ٥٨٥. ابن نجيم، فتح الغفار: ٢٢/٣.

(٣) ابن برهان، الوصول إلى الأصول: ٢٩٤/٢-٢٩٥.

(٤) الأنصاري، فواتح الرحموت: ٣٠٢/٢.

- يغلب على الظن أنه متضمن للمصلحة التي يتوخاها الشارع^(١).
٢. قولهم: « إن أصول الأدلة الشرعية لا تثبت إلا بالأدلة القاطعة، وأنه لولا إجماع الصحابة على قياس العلة لما قالوا به » يرد عليه بأنه لا يلزم من عدم عمل الصحابة بقياس الشبه، عدم جواز العمل به، إذ قد يكون هناك غيره من الأدلة^(٢)، ثم إنه لا يسلم أن الصحابة كانوا يقتصرون على قياس العلة فقط، بل كانوا يلحقون غير المنصوص إذا غلب على ظنهم أنه يضاهيه بشبه أو معنى^(٣).
٣. قولهم: « الوصف الشبهي إما أن يكون مناسباً أو غير مناسب، والأول معتبر والثاني من الطرد المردود، ولا واسطة بينهما غير مسلم، بل هناك الوصف الشبهي الذي يتوسطهما، وهو دون المناسب، وفوق الطردي، وهو غير مردود ويحصل به غلبة الظن »^(٤).
٤. قولهم: « إن الصفة التي ترصد لتعليل الحكم إذ لم تكن علة لم يجز تعليق الحكم عليها، والصفة الشبهية ليست بأولى منها »، يرد بأن القائلين بقياس الشبه قائلون بعدم الفرق بينهما، وأنه كما لا يجوز تعليق الحكم بتلك الأشباه^(٥)، لكن الذي نكتفي به من الدليل أن يثبت أن الشارع قد التفّت إلى هذا الوصف في بعض المواضع.
٥. قولهم في الدليل الخامس: « إن حمل الفرع على بعض الأصول ليس بأولى من حمله على البعض الآخر لمجرد الشبه »، وفي الدليل السابع: « إن الجمع بين الشئيين ليس بأولى من التفريق »، يرد عليه: بأنه لم يقل أحد باعتبار مجرد الشبه، بل لابد من شبه مخصوص يغلب على الظن أنه متضمن للمصلحة التي يتوخاها الشارع، ويقوم الدليل على أن الجمع بينهما لأجل الشبه، أقوى وأولى من التفريق بينهما لأجل الاختلاف^(٦).

(١) السمعاني، قواطع الأدلة: ٢٦٣/٤-٢٦٥.

(٢) الصفي الهندي، نهاية الوصول: ٣٣٤٥/٨.

(٣) الجويني، البرهان: ٨٧٤/٢. الغزالي، المنحول: ٢٨٣، ٣٨٤. ابن التلمساني، شرح المعالم: ٣٧٠/٢.

(٤) الجويني، البرهان: ٨٧٦/٢. الأصفهاني، بيان المختصر في شرح مختصر ابن الحاجب: ١٣١/٣.

(٥) الباجي، إحكام الفصول: ٢٣٧/٢.

(٦) السمعاني، قواطع الأدلة: ٢٦٣/٤-٢٦٥. الباجي، إحكام الفصول: ٢٣٧/٢.

٦. قولهم: « لا سبيل إلى الظن في إلحاق الفرع بالأصل في الحكم للمشابهة، وإن وجد فهو ظن ضعيف ». يرد بأن القائلين بحجية الشبه لا يقولون به إلا حيث ورث الوصف الشبهى ظناً غالباً بأنه متضمن للمصلحة التي يقصدها الشارع، ويكون ذلك بأن يتعسر على الفقيه إدراك الفرق بين الأصل والفرع في الوصف الشبهى الذي اجتمع فيه كالحاصل بين الوضوء والتيمم في حكم النية، أو بين زكاة المال وزكاة الفطر في مال الصبي^(١).

الفرع الثالث: رأي ابن حزم في قياس الشبه:

يقول ابن حزم: « ومنه قياس الشبه، ثم اختلفوا في هذا النوع من القياس فقالوا: هو على الصفات الموجودة في العلة وذلك مثل أن يكون في الشيء خمسة أوصاف من التحليل، وأربعة من التحريم، فيغلب الذي فيه خمسة أوصاف على الذي فيه أربعة أوصاف، وقال آخرون منهم: وهو على الصور كالعبد يشبه البهائم في أنه سلعة مملوكة، ويشبه الأحرار في الصورة الآدمية، وأنه مأمور منهي بالشرعية، قال أبو محمد: وكل هذا فاسد باطل، متناقض، لأنه كله دعاوى باردة بلا دليل على صحة شيء منها »^(٢).

وهنا نجد ابن حزم قد خالف ما قرره في باب الأصول في باب التطبيق الفقهي فهنا نص على إبطاله وفهمنا في المسائل فيما بعد أن ابن حزم يأخذ بقياس الشبه، والأصل الأخذ بالنص وترك المفهوم، مع أننا إذا حققنا النظر، ألزمنا ابن حزم بهذا القياس لأنه مارس ذلك تطبيقاً واقعياً^(٣).

الترجيح:

من خلال النظر في أدلة الفريقين وما دار حولهما من مناقشات يترجح لدى الباحث القول بحجية قياس الشبه للاعتبارات التالية:

١. دلت النصوص الشرعية من الكتاب والسنة على اعتبار الأشباه بصورة قاطعة - ما لم يدفعها ما هو أقوى منها - وبنى الشرع عليها كثيراً من أحكامه، كالشبه في جزاء

(١) الغزالي، المنحول: ٣٨٣-٣٨٤. السمعاني، قواطع الأدلة: ٤-٢٦١-٢٦٣.

(٢) ابن حزم، الإحكام: ٢٠٠/٧.

(٣) انظر في الأطروحة (الفروع الفقهية التي تعدى فيها الحكم بناء على القول بحجية قياس الشبه).

الصيد حيث قال تعالى: ﴿فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ﴾^(١)، والشبه في القافة كما في حديث

مجزز السابق في زيد بن حارثة وولده أسامة^(٢)، وحديث عويمر حيث قال صلى الله عليه وسلم: « انظروا فإن جاءت به أسحم، أدعج العينين، عظيم الألتين، خدلج الساقين، فلا أحسب عويمراً إلا قد صدق عليهما، وإن جاءت به أحيمر كأنه وحررة، فلا أحسب عويمراً إلا قد كذب عليهما »، فجاءت به على النعت الذي نعت به رسول الله صلى الله عليه وسلم من تصديق عويمر فكان بعد ينسب إلى أمه^(٣)، ومثله حديث هلال بن أمية وقذفه لزوجته بشريك بن سحماء^(٤)، وحديث عائشة رضي الله عنها أن عتبة بن أبي وقاص عهد إلى أخيه سعد أن ابن وليدة زمعة مني فاقبضه إليك، فلما كان عام الفتح أخذه سعد فقال: ابن أخي عهد إلي فيه، فقام عبد بن زمعة فقال: أخي وابن وليدة أبي، ولد على فراشه، فتساوقا إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: « هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش، وللعاهر الحجر »، ثم قال لسودة بنت زمعة: « واحتجبي منه » لما رأى من شبهه بعتبة، فما رآها حتى لقي الله^(٥).

فالنبي صلى الله عليه وسلم بيّن في هذه الأحاديث أن النظر إلى الأشباه أمر سائغ ومعتبر، وأن الأحكام تبنى عليها، ما لم يدفعها ما هو أقوى منها، ولذا اعتبر الشبه في قضية الاحتجاب، ولم يعتبر في النسب، وفي الحد لقيام الفراش في الحديث الأخير، ولوقوع الملاءنة في سابقه، وليس هذا إلا كالأعراض عن الحكم بالقياس في مقابلة النص^(٦).

بل إن ابن القيم رحمه الله تعالى أورد آثاراً عديدة صحيحة عن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وأبي موسى الأشعري وابن عباس وأنس بن مالك رضي الله عنهم

(١) سورة المائدة، الآية: ٩٥.

(٢) انظر هذا البحث: ص ١٨.

(٣) البخاري، صحيح البخاري مع الفتح: ٤٥٣/٩، برقم ٥٣٠٩.

(٤) نفس المرجع: ٣١٤/١، ٤٥٠/٨، ٤٤٦/٩.

(٥) نفس المرجع: ٣٦/١٢-٣٧.

(٦) ابن القيم، الطرق الحكمية: ١٨٤-١٨٦. ابن حجر، فتح الباري: ٣٦/١٢-٣٧.

أنهم جميعاً عملوا بالقافة، قال: « وهذه قضايا في مظنة الشهرة فيكون إجماعاً »، ونقل عن أحمد رحمه الله أنه قال: « لم يزل الناس على ذلك على الحكم بالقافة »^(١).

٢. وردت أحاديث عن الرسول صلى الله عليه وسلم تفيد إعماله للقياس على أساس الوصف الشبهي الذي يجمع بين الأصل والفرع، من مثل تشبيه النبي صلى الله عليه وسلم حال السائل الذي جاءت زوجته بغلام أسود، في نزع العرق من أصوله، بنزع العرق من أصول الفحل^(٢).

٣. وردت آثار كثيرة عن الصحابة تدل على أنهم لم يكونوا يحصرّون النظر في مسلك أو مسالك معينة في أخذهم القياس، بل كانوا يلحقون غير المنصوص بالمنصوص، إذا غلب على ظنهم أنه يضاهيه بشبه كان أو معنى: من ذلك ما أسلفناه من قياس أبي بكر للزكاة على الصلاة في وجوب مقاتلة الممتنع عن أدائه بجامع ورودهما في الكتاب والسنة مورداً واحداً^(٣).

المطلب الثالث: شروط اعتبار الشبه وأقسامه

الفرع الأول: شروط اعتبار الشبه

اشترط القائلون بصحة قياس الشبه أن تتحقق فيه جملة من الشروط بعضها متفق عليها وهو المعني هنا، ولهذا اقتصرنا عليه في الاطروحة دون المختلف فيه:

الشروط المتفق عليها:

١. أن لا يكون قياس العلة ممكناً، وإلا لم يجز المصير إليه إجماعاً، لأن بداهة العقول تقضي بعدم جواز الرجوع إلى أشباه وصفات لم تثبت عليها للحكم، مع وجود العلة والوقوف عليها^(٤).

٢. أن يورث التفات الشارع في بعض المواضع إلى ذلك الوصف الشبهي غلبة الظن لدى

(١) ابن القيم، الطرق الحكيمة: ١٨٣-١٨٤.

(٢) الجويني، البرهان: ٨٧٦/٢. الأصفهاني. الزركشي، البحر المحيط: ٢٤٠/٥.

(٣) السمعاني، قواطع الأدلة: ٢٦٣/٤-٢٦٥. الباجي، إحكام الفصول: ٦٣١.

(٤) الغزالي، المنحول: ٤٣٢/١-٤٣٥. الزركشي، البحر المحيط: ٢٢٦/٥-٢٣٩-٢٤٠. تشنيف المسماع: ٢٠٧/٣.

المجتهد بأنه قد اعتبر في بناء الحكم، وإلا لم يكن له الحكم به^(١).

الفرع الثاني: أقسام الشبه وما يعتبر منها

يقسم الأصوليون الشبه إلى قسمين:

شبه حكمي: ويدخل فيه الشبه في الصفة أو الخاصية، ويكون نظر المجتهد فيه منصباً على الأحكام أو الصفات أو الخصائص التي يتشابه فيها الفرع مع الأصل، ويتم على أساسه إلحاق الفرع بهذا الأصل، أو غيره من الأصول التي تثبت لها الغلبة في المشابهة.

مثاله: العبد المقتول خطأ هل يلحق بالأحرار لكونه عاقلاً مكلفاً فتجب فيه الدية؟ أم يلحق بالأموال لكونه يباع ويشترى، ويوهب ويعار ويؤجر، فتجب فيه القيمة بالغة ما بلغت؟ لدى النظر نجد أن الشارع قد أجرى فيه أحكام الأموال أكثر من أحكام النفس، فيحكم بإلحاقه بالأموال لأنه الذي يغلب على الظن؛ إذ الكثرة دليل الغلبة^(٢).

شبه صوري: ويسمى أيضاً بالشبه الخلقي أو الحسي، ويكون نظر المجتهد فيه منصبا على التشابه في الصورة أو الخلقة بين الفرع والأصل، فيلحق الفرع بأقربها منه شبيهاً في الصورة كالواجب في جزاء الصيد، وإلحاق أحد التشهدين بالآخر في الوجوب أو الندبية، وإلحاق الولد بأبيه في القافة^(٣).

المطلب الرابع: تطبيقات فقهية تعدى فيها الحكم بناء على القول بحجية قياس الشبه

الفرع الأول: قضاء المغمى عليه - وفي حكمه المبتج - الصلاة.

اختلف العلماء -رحمهم الله- في المغمى عليه - بسبب غير محرّم - تفوته الصلوات، هل يقضيها أم لا؟ بناء على قولهم بقياس الشبه هل يشبه النائم أم المجنون على أقوال:

(١) الغزالي، المستصفى: ٣٢٣/٢. السمعاني، قواطع الأدلة: ٢٦٥/٤.

(٢) الجويني، البرهان: ٨٦١/٢. ابن العربي، المحصول: ١٢٦. الرازي، المعالم مع شرحه للتلمساني: ٢٦٤-٢٦٦، ٢٧٠.

(٣) المراجع ذاتها.

الأول: ذهب الحنابلة^(١)؛ أنه يجب عليه قضاء جميع ما فاتته حال إغمائه، قل أو أكثر قياساً على النائم^(٢).

واستدلوا بما روي أن عماراً غشي عليه أياماً لا يصلي ثم استفاق بعد ثلاث فقال: هل صليت؟ فقل: ما صليت منذ ثلاث، فقال: أعطوني وضوءاً، فتوضأ ثم صلى تلك الليلة^(٣).

وعن يزيد مولى عمار بن ياسر: أغمي عليه في الظهر والعصر والمغرب والعشاء، فأفاق نصف الليل، فصلى الظهر والعصر والمغرب والعشاء^(٤).

وبما جاء عند ابن أبي شيبة عن أبي مجلز، قال: قيل لعمران بن حصين: إن سمرة بن جندب، يقول في المغمى عليه: « يقضي مع كل صلاة مثلها » فقال عمران: « ليس كما يقال يقضيهن جميعاً »^(٥).

قال الموفق ابن قدامة في «المُغْنِي»: « وهذا فعل الصحابة وقولهم، ولا نعرف لهم مخالفاً فكان إجماعاً. أهـ. »^(٦)

ويجاب عن القياس على النائم أنه قياس مع الفارق؛ لأن النائم إذا أوقظ استيقظ، بخلاف المغمى عليه.

قال الحافظ ابن عبد البر: ومعلوم أن النوم لذة والإغماء مرض؛ فهي بحال المجنون أشبه، والأخرى أن المغمى عليه لا ينتبه بالإنباه بخلاف النائم. أهـ.^(٧)

(١) أبو داود، سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، (ت: ٢٧٥هـ)، مسائل الإمام أحمد، تحقيق: أبي معاذ طارق بن عوض الله بن محمد، مكتبة ابن تيمية، مصر، ط١، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م، ٧٣/١. ابن قدامة، المغني: ٢٩٠/١.

(٢) ابن قدامة، المغني: ٢٩٠/١.

(٣) ابن قدامة، المغني: ٢٩٠/١. مسائل الإمام أحمد: ٧٣/١.

(٤) الدارقطني، سنن الدارقطني: ٨١/٢. البيهقي، السنن الكبرى: ٣٨٨/١.

(٥) ابن أبي شيبة، أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة العبسي الكوفي (ت: ٢٣٥هـ) المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد ٣/٤ الرياض، ط١، ١٤٠٩هـ، ٧١/٢.

(٦) ابن قدامة، المغني: ٢٩٠/١.

(٧) ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عاصم النمري، (ت: ٤٦٣هـ) الاستنكار، تحقيق: سالم محمد عطاء، محمد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢١-٢٠٠٠، ٧٢/١.

ويجاب عن الحديث الأول: بأن في سنده إسماعيل بن عبد الرحمن السدي، ويزيد مولى عمار، متكلم فيهما^(١).

ويجاب عن الحديث الثاني: أنه قد جاء من فعل الصحابة ما يخالف ذلك، فقد ورد أن جماعة منهم أغمى عليهم ولم يقضوا، وقد جاء في الأوسط لابن المنذر عن أنس وعن ابن عمر، فلا يصح هذا القول بالإجماع، بل لا حجة في قول بعضهم على بعض ما دامت أقاويلهم متعارضة^(٢).

واستدلوا أيضاً بقياس وجوب قضائه الصلاة على وجوب قضائه الصوم. والأصل عدم سقوط العبادات بالإغماء، بدليل جوازه على الأنبياء. فكما أنه يقضي في الصوم بلا خلاف، فهنا يجب أن يكون كذلك^(٣).

القول الثاني: وذهب المالكية^(٤) والشافعية^(٥)، والظاهرية^(٦) أنه لا قضاء عليه، قل أو كثر قياساً على الجنون؛ لأنه زوال للعقل أشبه الجنون^(٧).

واستدلوا بما روي عن أم المؤمنين عائشة أنها سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الرجل يُغمى عليه، فيترك الصلاة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « ليس من ذلك قضاء إلا أن يغمى عليه فيفيق في وقتها فيصليها »^(٨).

(١) الزيلعي، نصب الراية: ١٧٧/٢.

(٢) ابن المنذر، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (ت: ٣١٩هـ)، الأوسط، تحقيق د. أبو حماد صغير احمد بن محمد حنيف، دار طيبة الرياض، ط١، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥، ٣٩١/٤.

(٣) ابن قدامة، المغني: ٢٩٠/١.

(٤) ابن عبد البر، الاستنكار: ٧٢/١.

(٥) النووي، المجموع: ٦/٣.

(٦) ابن حزم، المحلى: ٣٦٤/٤.

(٧) ابن عبد البر، الاستنكار: ٧٢/١.

(٨) الدارقطني، سنن الدارقطني: ٨٢/٢. البيهقي، السنن الكبرى: ٣٨٨/١، وأعله البيهقي بضعف أحد رواته.

وبما جاء في الموطأ^(١)، وعند البيهقي^(٢) أن ابن عمر أغمى عليه فذهب عقله فلم يقض الصلاة. وجاء بالفاظ مختلفة، فعند عبد الرزاق: أنه أغمى عليه يوماً وليلة، وعند الدارقطني أنه أغمى عليه يومين، وعنده أيضاً بإسناد آخر أنه أغمى عليه ثلاثة أيام ولياليهن، وفي كلها أنه لم يقض^(٣).

وأجاب ابن قدامة في «المغني» عن قياسهم على المجنون، فقال: ولا يصح قياسه على المجنون، لأن المجنون تتناول مدته غالباً، وقد رفع القلم عنه، ولا يلزمه صيام ولا شيء من أحكام التكليف، وتثبت الولاية عليه، ولا يجوز على الأنبياء عليهم السلام، والإغماء بخلافه، وما لا يؤثر في إسقاط الخمس لا يؤثر في إسقاط الزائد عليها، كالنوم. أهـ^(٤)

ويجاب عن الحديث الأول: بأن في سنده الحكم بن عبد الله بن سعد الأيلي، متروك^(٥). وأبو الحسن المديني عبد الله بن حسين بن عطاء بن يسار، وهو ضعيف^(٦). وفي سنده عند البيهقي: خارجة بن مصعب: لا يحتج به^(٧).

القول الثالث: أنه يجب القضاء إن كان الإغماء قد فوّت خمس صلوات فقط فما دون، فإن زاد عن ذلك فلا قضاء^(٨)، وهو قول الحنفية^(٩)؛ استدلوا بفعل ابن عمر أنه لم يقض عندما أغمى عليه ثلاثة أيام^(١٠) مع ما روي عن علي: «أنه أغمى عليه أربع

(١) الامام مالك، الموطأ، ١٣/١.

(٢) البيهقي، السنن الكبرى: ٣٨٧/١.

(٣) الدارقطني، سنن الدارقطني: ٨٢/٢.

(٤) ابن قدامة، المغني: ٢٩٠/١، ٢٩١.

(٥) الذهبي، ميزان الاعتدال: ٥٧٢/١.

(٦) البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة، (ت: ٢٥٦هـ)، التاريخ الكبير، دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد ٣/٤ الدكن، طبع تحت مراقبة: محمد عبد المعيد خان، ٧٢/٥.

(٧) البيهقي، السنن الكبرى: ١٦١/٢.

(٨) ابن قدامة، المغني: ٢٩٠/١.

(٩) المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني، (ت: ٥٩٣هـ)

الهداية في شرح البداية، تحقيق: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي ٣/٤ بيروت، ٧٨/١.

(١٠) الدارقطني، سنن الدارقطني: ٨٢/٢.

صلوات فقضاهن»^(١)، وأما الرواية عن علي فلم تعرف في كتب الحديث، والمذكور عنه في الفقه أنه أغمى عليه أربع صلوات فقضاهن، وأهل الحديث يروون هذا عن عمار^(٢). قال الحافظ ابن عبد البر: وأما قول من قال يقضي المغمى عليه إذا أغمى عليه خمس صلوات فدون ولا يقضي أكثر، فقول ضعيف لا وجه له في النظر، لأنه تحكم لا يجب امتثاله، إلا لو كان قول من يجب التسليم له. أهـ^(٣).

قال ابن حزم: أما قول أبي حنيفة ففي غاية الفساد؛ ولأنه لا نص أتى به على ما قال، ولا قياس، لأنه أسقط عن المغمى عليه ست صلوات ولم يرد عليه قضاء شيء منهن، وأوجب عليه إن أغمى عليه خمس صلوات أن يقضيهن، فلم يقس المغمى عليه على المجنون في إسقاط القضاء، ولا قاس المغمى عليه على النائم في وجوب القضاء عليه في كل ما نام عنه. أهـ^(٤).

قلت: عجباً لابن حزم ينظر للقياس الصحيح.

رأي ابن حزم:

فقد ذهب إلى ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني، بعدم القضاء قياساً على المجنون، فيكون قد حكم بتعدية الحكم من المجنون إلى المغمى عليه. واستدل بأدلتهم وذكر القياس على المجنون من حيث أراد أم لم يرد، والدليل ما ذكره في الرد على أبي حنيفة ثم قوله: المغمى عليه لا يعقل ولا يفهم؛ فالخطاب عنه مرتفع، وإذا كان كل من ذكرنا غير مخاطب بها في وقتها الذي ألزم الناس أن يؤدوها فيه: فلا يجوز أدائها في غير وقتها؛ لأنه لم يأمر الله تعالى بذلك، وصلاة لم يأمر الله تعالى بها لا تجب^(٥).

(١) السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة، (ت: ٤٨٣ هـ) المبسوط، دار المعرفة ٣/٤ بيروت، ١٤١٤ هـ-١٩٩٣ م، ٢١٧/١. البابر تي، العناية شرح الهداية: ٩/٢.

(٢) ابن الهمام، فتح القدير: ١٠/٢.

(٣) ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي (ت: ٤٦٣ هـ)، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية ٣/٤ المغرب، ١٣٨٧ هـ. ٢٩٠/٣.

(٤) ابن حزم، المحلى: ٩/٢.

(٥) ابن حزم، المحلى: ٩/٢.

والراجح في رأي الباحث أن المغمى عليه يقاس على النائم فيقضي الصلاة بجامع أن كل منهما يمكن إيقاظه وتنبيهه، على خلاف في إيقاظ المغمى عليه بالتنبيه بخلاف المجنون، والله تعالى أعلم.

الفرع الثاني: في حكم أكل لحم البغل.

قال الشافعية والحنابلة: إن البغل يتبع أخس الأصلين^(١). وصرح الشافعية بأن هذه التبعية إنما هي عند العلم بالتولد بين النوعين^(٢).

وحجتهم في قولهم يتبع أخس الأصلين، أنه متولد منهما فيجتمع فيه حلٌّ وحرمة، فيغلب جانب الحرمة احتياطاً. ومن القواعد الفقهية أنه إذا تعارض المانع والمقتضي، أو الحاضر والمبنيح، غلب جانب المانع الحاضر احتياطاً.

وعند الحنفية البغال تابعة للأم، فالبغل الذي أمّه أتان (حمارة) يكره أكل لحمه تحريماً تبعاً لأمّه، والذي أمّه فرس يجري فيه الخلاف الذي فيه الخيل: فيكون مكروهاً عند أبي حنيفة، ومباحاً عند الصحابين. فلو فرض تولده بين حمار وبقرة، أو بين حصان وبقرة فهو مباحٌ عند جميع الحنفية بلا خلاف في المذهب، تبعاً لأمّه كما تقدم^(٣).

والمالكية أيضاً يقولون بقاعدة التبعية للأم في الحكم مع بعض الاختلاف، فهم يقيدون ذلك بالأ يأتى المتولد بين نوعين على صورة المحرم، فإنه عندئذ يحرم، وإن كانت الأم مباحة، كما لو ولدت الشاة خنزيراً. وكذلك لا يجيزون أكل مباح والدته محرمة، كشاة من أتان وفقاً للقاعدة ولا عكسه أيضاً، كأتان من شاة على خلاف القاعدة، ولكن هذا الولد الذي ولدته المحرمة على صورة المباح، إذا نسل يؤكل نسله عندهم حيث كان على صورة المباح، لبعده عن أمّه المحرمة.

(١) البجيرمي، سليمان بن محمد بن عمر المصري الشافعي (ت: ١٢٢١هـ)، حاشية البجيرمي على الخطيب، دار الفكر، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م، ٣٠٧/٤. البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس الحنبلي (ت: ١٠٥١هـ) كشف القناع عن متن الإقناع، تحقيق: محمد أمين الضناوي، عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، ط١، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧، ١٥٧-١٥٥.

(٢) الشربيني، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشافعي (ت: ٩٧٧هـ)، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات - دار الفكر، دار الفكر ٣/٤ بيروت.

(٣) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ١٤٢/١.

وقد ذكروا في البغل قولين^(١):

أحدهما: التحريم، وهو المشهور، وثانيهما: الكراهة دون تفريق أيضاً بين كون أمّه فرساً أو أتاناً، اعتماداً على أدلة أخرى في خصوص البغل غير قاعدة التولد.
وحجة من قال: إن البغل يتبع أمّه أنه قبل خروجه منها هو جزء منها، فيكون حكمه كحكمها: حلاً، وحرمة، وكراهة، فيبقى هذا الحكم بعد خروجه استصحاباً.

وحجة من أطلق التحريم أو الكراهة التحريمية. من الكتاب قوله تعالى: ﴿وَالْبِغَالُ وَالْحَمِيرُ لِرَكْبِهَا وَزِينَةٍ﴾^(٢)، فقد بينت الآية مزاياها أنها ركائب وزينة، وسكتت عن الأكل في مقام الامتنان فيدل على أنها غير مأكولة.

ومن السنّة حديث جابر بن عبد الله قال: حرّم رسول الله صلى الله عليه وسلم - يعني يوم خيبر - لحوم الحُمُرِ الإنسيّة ولحوم البغال، وكل ذي ناب من السباع، وكل ذي مخلب من الطير^(٣).

وحديث خالد بن الوليد: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لحوم الحُمُرِ والخيل والبغال^(٤).

وحجة من أطلق القول بالكراهة التنزيهية هي الجمع بين دلالة الآيات والأحاديث السابقة، وبين قوله تعالى: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا﴾^(٥) فقالوا: إنها ليست محرمة، عملاً بهذه الآية الأخيرة، وليست واضحة الإباحة للخلاف في دلالة الآية الأولى والأحاديث، فيخرج من ذلك أنها مكروهة كراهة تنزيهية.

(١) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ٢١/٣. الخرشي، شرح مختصر خليل: ١٦/٣.

(٢) سورة النحل، الآية: ٨.

(٣) ابن حنبل، المسند، ٣٢٣/٣. الترمذي، سنن الترمذي: ٧٣/٤. ابن أبي شيبة، المصنف: ٣٩٥/٧.

(٤) ابن ماجه، سنن ابن ماجه: ١٠٦٦/٢، وقال محمد فؤاد عبد الباقي: «قال السندي: قيل: اتفق العلماء على أنه حديث ضعيف ذكره النووي. وذكر بعضهم أنه منسوخ. وقال بعضهم لو ثبت لا يعارض حديث جرير». أبو داود، سنن أبي داود: ٣٥٢/٣، وحكم عليه الألباني بالضعف. النسائي، سنن النسائي: ٢٠٢/٧. الدارقطني، سنن الدارقطني: ٥١٧/٥.

(٥) سورة الأنعام، الآية: ١٤٥.

رأى ابن حزم:

يرى ابن حزم إباحة لحم البغل واستدل بقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا النَّاسُ كُلُّوْا مِمَّا فِي الْأَرْضِ حَلَالًا طَيِّبًا﴾^(١).

وقال أيضاً: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرَرْتُمْ إِلَيْهِ﴾^(٢)، ولم يذكر فيما فصل

تحريم البغل، فهو حلال.

والقول بأنه متولد من الحمار فيكون مثله، قول لا يصح، لأنه منذ نفخت فيه الروح هو مغاير للحمار، وليس جزءاً منه^(٣).

* وقالوا البغل ولد الحمار فهو متولد منه والمتولد من الحرام حرام، قال أبو محمد: هذا كل ما شغبوا به فأما الأخبار فلا يحتج بشيء منها، أما حديث صالح بن يحيى بن المقدام بن معدي كرب فهالك، لأنهم مجهولون كلهم، ثم فيه دليل الوضع، لأن فيه عن خالد بن الوليد قال: غزوت مع النبي صلى الله عليه وسلم خيبر، وهذا باطل، لأنه لم يسلم خالد إلا بعد خيبر بلا خلاف، وأما حديث عكرمة بن عمار فعكرمة ضعيف، وقد روينا من طريقه خبراً موضوعاً، ليس فيه أحد يتهم غيره، فإما أدخل عليه فلم يأبه له، وإما البلية من قبله، وقد ذكرناه مبيناً في كتاب الإيصال، وأما حديث حماد بن سلمة، فإنه لم يذكر فيه أبو الزبير سماعاً من جابر، وقد ذكرنا قبل الرواية الصحيحة؛ أن ما لم يكن عند الليث بن سعد من حديثه عن جابر ولا ذكر فيه سماعاً من جابر فلم يسمعه من جابر فصح منقطعاً، وقد روينا هذا الخبر من طريق أبي الزبير، أنه سمع من جابر فلم يذكر فيه البغال، وقد صح قبل عن جابر إباحة الخيل عن النبي صلى الله عليه وسلم، وأما الآية فلا ذكر فيها للأكل لا بإباحة ولا بتحريم، فلا حجة لهم فيها، ولا ذكر فيها أيضاً البيع، فينبغي أن يحرموه لأنه لم يذكر في الآية، وإباحة النبي صلى الله عليه وسلم لها حاكم على كل شيء.

(١) سورة البقرة، الآية: ١٦٨.

(٢) سورة الأنعام، الآية: ١١٩.

(٣) ابن حزم، المحلى: ٨٣/٦.

وقد صح من طريق أسماء بنت أبي بكر الصديق: نحرنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فرساً فأكلناه، رويناه من طريق البخاري، عن الحميدي، عن سفيان بن عيينة، عن هشام بن عروة، عن فاطمة بنت المنذر بن الزبير، عن أسماء، ورويناه أيضاً من طريق وكيع، وحفص بن غياث، وسفيان الثوري، وعبد الله بن نمير، ومعمّر، وأبي معاوية، وأبي أسامة، كلهم عن هشام بن عروة، عن فاطمة بنت المنذر، عن أسماء بنت أبي بكر الصديق، ومن طريق ابن سعيد القطان، عن ابن جريج، سألت عطاء بن أبي رباح عن لحم الفرس، فقال: لم يزل سلفك يأكلونه، قلت: أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال: نعم.

وقد أدرك عطاء جمهور الصحابة، من عائشة أم المؤمنين فمن دونها، ومن طريق عبد الرحمن بن مهدي، وعبد الرزاق، عن سفيان الثوري، عن منصور بن المعتمر، عن إبراهيم النخعي، قال: ذبح أصحاب ابن مسعود فرساً، قال ابن مهدي: فاقتسموه بينهم، وقال عبد الرزاق فأكلوه.

ومن طريق سعيد بن منصور، نا هشيم، أنا مغيرة عن إبراهيم، قال: أهدي للأسود بن يزيد لحم فرس فأكل منه، وبه إلى هشيم عن القاسم بن أبي أيوب، عن سعيد بن جبير، قال: ما أكلت لحماً أطيب من معرفة بردون، ومن طريق ابن وهب عن يونس بن يزيد أنه سأل ابن شهاب عن لحم الفرس والبغل والبرذون فقال: لا أعلمه حراماً ولا يفتي أحد من العلماء بأكله، قال أبو محمد لم يحرم الزهري البغل وأما فتيا العلماء بأكل الفرس فتكاد أن تكون إجماعاً على ما ذكرنا قبل، وما نعلم عن أحد من السلف كراهة أكل لحوم الخيل إلا رواية عن ابن عباس لا تصح لأنها عن مولى نافع بن علقمة، وهو مجهول لم يذكر اسمه، فلا يدري من هو، ولو صح عندنا في البغل نهى لقلنا به، وأما قولهم إن البغل ولد الحمار ومتولد منه فإن البغل مذ ينفخ فيه الروح فهو غير الحمار ولا يسمى حماراً، فلا يجوز أن يحكم له بحكم الحمار، لأن النص إنما جاء بتحريم الحمار، والبغل ليس حماراً، ولا جزءاً من الحمار.

وقال بعضهم: الحمار حرام بالنص، والفرس والبغل مثله، لأنهما ذوا حافر مثله، فكان هذا من أسخف قياس في الأرض، لأنه يقال له: ما الفرق بينك وبين من عارضك، فقال: قد صح تحليل الفرس بالنص الثابت، والبغل والحمار ذوا حافر مثله، فهما حلال،

فهل أنتما في مخالفة رسول الله صلى الله عليه وسلم: إلا فرسا رهان، أو من قال لك حمار الوحش حلال بإجماع، وهو ذو حافر، فالفرس والبغل مثله، وهذا كله تخليط، بل حمار الوحش والفرس منصوص على تحليتهما، والحمار الأهلي منصوص على تحريمه، فلا يجوز مخالفة النصوص، وأما البغل فقد قال الله تعالى: ﴿يَتَأَيَّهَا النَّاسُ كُلُوا مِمَّا فِي الْأَرْضِ حَلَالًا طَيِّبًا﴾^(١). وقال تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرَرْتُمْ إِلَيْهِ﴾^(٢). فالبغل حلال

بنص القرآن لأنه لم يفصل * ^(٣).

قلت: وانظر كيف أن ابن حزم قاس على الفرس من حيث أراد أو لم يرد. ومن هنا نقول وجه شبه البغل بالحمار من ناحية حرمة أكله لكون أكل أبيه حرام ووجه شبه البغل بالفرس من ناحية حل أكله لكون أمه حلال، ابن حزم قال بحله أخذاً بقياسه على أمه الفرس والجمهور قالوا بحرمة قياساً على أبيه الحمار، فإن ابن حزم يكون قد عدّى حكم الأم وهو الحل إلى البغل فقال بحل أكل لحم البغل. والجمهور قد قالوا بحرمة البغل لشبهه بالحمار فقد عدّوا الحكم بالحرمة من الحمار إلى البغل بشبه الأبوة.

(١) سورة البقرة، الآية: ١٦٨.

(٢) سورة الأنعام، الآية: ١١٩.

(٣) ما بين النجمتين كلام ابن حزم، المحلى: ٨١/٦-٨٤.

المبحث الثاني: الاستصحاب

المطلب الأول: تعريف الاستصحاب لغة واصطلاحاً:

الاستصحاب لغة:

لفظ الاستصحاب مشتق من الجذر صحب، على وزن فعل، فهو مصدر للفعل استصحب على وزن استفعل: وهو أصل لطلب الفعل^(١): كالاستسقاء لطلب السقي: والاستفهام لطلب الفهم.

وقد جاء في المصباح المنير: « إن الاستصحاب لغة: طلب الصحبة، يقال: استصحبه إذا دعاه إلى الصحبة ولازمه، فكل شيء لازم شيئاً آخر فقد استصحبه، فتقول استصحبت الكتاب حملته، واستصحبت الحال إذا تمسكت بما كان ثابتاً، كأنك جعلت تلك الحالة مصاحبة غير مفارقة »^(٢).

فالاستصحاب: من الصحبة، وهي الملاءمة والملاينة وطلب الصحبة، وعدم المفارقة: يقال: استصحبه لازمه ولاينه ودعاه إلى الصحبة، وجعله في صحبته^(٣).

الاستصحاب اصطلاحاً:

تعددت عبارات الأصوليين بشأن وضع تعريف محدد للاستصحاب، غير أن الملاحظ أنه رغم هذا التعدد والتشعب في عبارات تلك التعريفات إلا أنها تؤدي في النهاية إلى معنى متقارب، وقد عرّفه جمال الدين الإسنوي بأنه: « عبارة عن الحكم بثبوت أمر في الزمان الثاني بناء على ثبوته في الزمان الأول لعدم ما يصلح للتغيير »^(٤).

وقد عرّفه الغزالي بأنه: « عبارة عن التمسك بدليل عقلي أو شرعي، وليس راجعاً إلى عدم العلم بالدليل »^(٥).

وقريب منه ما ذكره العلامة تاج الدين ابن السبكي حيث عرّفه بأنه: « ثبوت أمر

(١) ابن عصفور، الممتع في التصريف: ٢١/٤ مادة صحب.

(٢) الفيومي، المصباح المنير: ٣٣٣/١ مادة صحب.

(٣) الجوهرى، الصحاح: ١٦١/٢-١٦٢. الفيروزآبادي، القاموس المحيط: ١٠٤/١.

(٤) شرح الإسنوي على المنهاج مع البدخشي: ١٣١/٣.

(٥) الغزالي، المستصفى: ١٢٨/٢.

في الثاني لثبوته في الأول لعدم وجدان ما يصلح أن يكون مغيراً بعد البحث التام»^(١).
وعرفه الإمام ابن حزم بقوله: «بقاء حكم الأصل الثابت بالنصوص حتى يقوم دليل على التغيير». وقال في موضع آخر: «ولا يسقط اليقين بالشك وهذا هو استصحاب الحال»^(٢).

قال ابن حزم: «وأما الذي عملنا فيه بأن سميناه استصحاب الحال فكل أمر ثبت إما بنص أو إجماع فيه تحريم أو تحليل أو إيجاب، ثم جاء نص مجمل ينقله عن حاله، فإنما ننتقل منه إلى ما نقلنا النص، فإذا اختلفوا ولم يأت نص ببرهان على أحد الوجوه التي اختلفوا عليه، وكانت كلها دعاوى، فإذا ثبت على ما قد صح الإجماع أو النص عليه، ونستصحب تلك الحال ولا ننتقل عنها إلى دعاوى لا دليل عليها، وهذا القسم موجود كثيراً»^(٣).

فمن خلال النظر في هذه التعريفات يتقرر لدينا أنها متقاربة من حيث المعنى في الغالب حيث أنها تدور حول معنى يكاد يكون واحداً وهو: الحكم باستمرار وجود ما ثبت وجوده حتى يدل دليل على ذهابه، والحكم باستمرار عدم ما لم يثبت وجوده حتى يقوم الدليل على وجوده.

هذا وللاستصحاب صور:

الأولى: استصحاب ما دل الشرع والعقل على ثبوته ودوامه كالملك عند جريان القول المقتضى له، وشغل الذمة عند جريان إتلاف أو التزام، ودوام الحل في المنكوحة بعد تقدير النكاح.

الثانية: استصحاب عدم الأصلي المعلوم بدليل العقل في الأحكام الشرعية كبراءة الذمة من التكليف حتى يدل دليل شرعي على تغييره كنفي صلاة سادسة، قال القاضي أبو الطيب وهذا حجة بالإجماع عند القائلين بأنه لا حكم قبل الشرع.

الثالثة: استصحاب الحكم العقلي عند المعتزلة وذلك كالحكم ببراءة الذمة من التكليف الشرعية والحقوق المترتبة عليها حتى يوجد دليل شرعي يدل على التكليف. أي أن هذا

(١) السبكي، الإبهاج في شرح المنهاج: ٨٥/٣.

(٢) ابن حزم، الإحكام: ٨٤/٢.

(٣) ابن حزم، الإحكام: ١٥٥/٣.

النوع مجرد حكم عقلي يدل على بقاء الأمور على ما كانت عليه حتى يرد حكم الشرع. فإذا ادعى شخص على آخر ديناً فعليه إقامة الدليل على أن ذمة المدعى عليه مشغولة بهذا الدين، فإذا لم يستطع إثباته، كانت ذمة المدعى عليه بريئة، لأن الأصل هو البراءة حتى يُثبت المدعي دينه^(١).

الرابعة: استصحاب الدليل مع احتمال المعارض إما تخصيصاً إن كان الدليل ظاهراً، أو نسخاً إن كان الدليل نصاً، فهذا أمر معمول به إجماعاً، وقد اختلف في تسمية هذا النوع بالاستصحاب فأثبتته جمهور الأصوليين، ومنعه المحققون منهم إمام الحرمين الجويني^(٢) وابن السمعاني^(٣) لأن ثبوت الحكم فيه من ناحية اللفظ لا من ناحية الاستصحاب.

الخامسة: الحكم الثابت بالإجماع في محل النزاع^(٤).

وهكذا اعتبر هؤلاء العلماء أن الاستصحاب يتنوع إلى أنواع خمسة، والبعض الآخر ذكر أن الاستصحاب له خمسة أنواع -أيضاً- إلا أنهم اعتبروا استصحاب حكم الإباحة الأصلية للأشياء، والتي لم يرد بتحريمها دليل شرعي، واستصحاب عدم الأصلي المعلوم بالعقل في الأحكام الشرعية، أي انتفاء الأحكام السمعية في حقنا قبل ورود الشرع، واعتبروا هذين النوعين نوعاً واحداً، لأن الإباحة الأصلية يشملها استصحاب عدم الأصلي، وزادوا الخامس وهو الاستصحاب المقلوب - أي استصحاب الحال في الماضي^(٥)، فكانت الصور عندهم هكذا:

١. استصحاب البراءة الأصلية.

٢. استصحاب النص حتى يرد التغيير والعموم حتى يرد التخصيص.

(١) الأمدي، الإحكام: ١٣٩/٣. الشوكاني، إرشاد الفحول ١٧٦/٢. ابن قدامة، روضة الناظر: ٢٩٢/١.

(٢) الجويني، البرهان في أصول الفقه: ١٧١/٢.

(٣) السمعاني، قواطع الأدلة: ٣٧٣/٣.

(٤) الشوكاني، إرشاد الفحول: ص ٢٣٨.

(٥) الغزالي، المستصفى: ٢٢١/١. السبكي، الإبهاج في شرح المنهاج: ١٨١/٣. آل تيمية، المسودة:

ص ٤٨٨-٤٩٠. الأمدي، الإحكام: ١٨١/٣. العطار، حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على

جمع الجوامع: ٣٩١/٢.

٣. استصحاب الوصف الثابت شرعاً حتى يرد ما يغيره.

٤. استصحاب حال الإجماع في محل الخلاف.

٥. استصحاب الحال في الماضي (الاستصحاب المقلوب)^(١).

وقد وجد الباحث البعض الآخر من العلماء كالإمام الغزالي: قد عدّ أنواع الاستصحاب أربعة أنواع، وهي الأربعة الأولى فيما سبق ذكره على نحو ما ورد في إرشاد الفحول، غير أنه خالف في حجية استصحاب الحكم الثابت بالإجماع في محل النزاع، وذكر أنه لا حجة فيه خلافاً لبعض الفقهاء، كما أنه لم يعتبر الاستصحاب المقلوب الذي ذكره ابن السبكي^(٢).

وقد جعل بعض المحدثين أنواع الاستصحاب ثلاثة: هي استصحاب حكم الأصل بالبراءة الأصلية، واستصحاب العموم إلى أن يرد المخصص، واستصحاب حكم دل الشرع على ثبوته ودوامه، وذكروا أنه لا خلاف بين العلماء في هذه الأنواع الثلاثة إلا من حيث اللفظ فقط^(٣).

وذكر بعض العلماء أن الاستصحاب نوعان فقط: الأول: استصحاب حكم العقل بالبراءة الأصلية عند عدم الدليل على خلافه، والثاني: استصحاب حكم شرعي ثبت بالدليل، ولم يقدّم دليل على تغييره، وقالوا أن الصورتين محل خلاف بين الأصوليين^(٤). وقد عدّ بعض العلماء استصحاب حكم استفاد من العموم إلى أن يرد ما يخصه، أو استصحاب حكم من النص إلى أن يرد ما ينسخه، واستصحاب حكم دل الشرع على ثبوته ودوامه وعدّ هذين النوعين صورة واحدة^(٥).

(١) الزحيلي، أصول الفقه: ٨٦٦/٢، ٨٦٧.

(٢) الغزالي، المستصفى: ٢٢٣/١، ٢٢٤. السبكي، الإبهاج: ١٨٣/٣.

(٣) الخصري، أصول الفقه: ص ٣٥٤ - ٣٥٦.

(٤) أصول التشريع الإسلامي للشيخ/ علي حسب الله ص ٢٠٧، ٢٠٨.

(٥) الغزالي، المستصفى: ٢٢١/١. السبكي، الإبهاج: ١٨١/٣. الشوكاني، إرشاد الفحول: ص ٣٣٨.

المطلب الثاني: حجية الاستصحاب

المذهب الأول: اختلف في الاحتجاج بالاستصحاب على النحو التالي:

ذهب الجمهور - ومنهم الإمام الشافعي وأصحابه كالمزني والصيرفي والغزالي، وهو قول الحنابلة والمالكية^(١) كما أنه اختيار سيف الدين الآمدي^(٢) إلى أن الاستصحاب حجة مطلقاً أي سواء كان ذلك الاستصحاب لأمر وجودي إيجابي أو عدمي سلبي عقلي أو شرعي^(٣) وسواء كان في الإثبات أم في النفي-.

وإلى هذا ذهب الظاهرية واعتمد ابن حزم كثيراً على هذا الدليل، وهذا شيء طبيعي إذا علمنا أن من خصائص المذهب الظاهري التضييق من طرق الاستدلال، والاقتصار على النص والدليل، ومن ثم كان لا بد أن يعتمد الظاهرية على الاستصحاب لتقييدهم للاستدلال، وقد رد ابن حزم على الفقهاء الذين رفضوا اللجوء إلى الاستصحاب، وطالبهم بتجديد الدليل على مشروعية الصلاة والزكاة، وعلى صحة الزواج وصحة ملك المرء ما يملك الخ...^(٤).

واستدل أصحاب المذهب الأول - وهم القائلون بأن الاستصحاب حجة مطلقاً - في الإثبات والنفي بأدلة كثيرة: من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول والاستقراء وذلك على النحو الآتي:

فمن الكتاب:

استدلوا بقوله تعالى: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خَنزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ﴾^(٥).

(١) الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام: ١٢٧/٤. مختصر ابن الحاجب: ٢٦٢/٣. السبكي، الإبهاج:

١١١/٣ البناني، شرح المحلي على جمع الجوامع مع حاشية البناني: ٣٤٨/٢، ٣٤٩. الشوكاني،

إرشاد الفحول: ص ٢٣٧.

(٢) الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام: ١٢٧/٤.

(٣) أنواع الاستصحاب.

(٤) أبي زهرة، ابن حزم: ص ٤١٠.

(٥) سورة الأنعام، الآية: ١٤٥.

ففي هذه الآية الكريمة تقرير الاحتجاج بعدم الدليل على الحكم استصحاباً له لأن النافي متمسك بالعدم، والعدم غير محتاج إلى الدليل، فينعدم الحكم لعدم دليله^(١).
ومن السنة:

استدلوا بأحاديث متعددة تدل على استدامة الحكم لعدم الدليل المغير، أي أن الأشياء يحكم ببقائها على أصولها حتى يتيقن خلاف ذلك، وأن هذا عين الاستصحاب: ومن هذه الأحاديث:

(أ) ما روي عن أبي سعيد الخدري -رضي الله عنه- أنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « إذا شك أحدكم في صلاته، فلم يدر كم صلى ثلاثاً أم أربعاً؟ فليطرح الشك، وليبن على ما استيقن، ثم يسجد سجدتين قبل أن يسلم »^(٢).

ففي هذا الحديث: أمر الرسول صلى الله عليه وسلم لمن شك في عدد الركعات أن يطرح الشك ويبني على اليقين وهو الأقل وذلك لأنه المتيقن وأن الأصل عدم الزيادة حتى يحدث اليقين ولا أثر للشك الطارئ وهذا عين العمل بالاستصحاب^(٣).

(ب) وبما روي أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: « إن الشيطان يأتي أحدكم فيقول أحدثت، فلا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً »^(٤).

ففي حكم الرسول صلى الله عليه وسلم باستدامة الوضوء عند الاشتباه، أي أن الأشياء يحكم ببقائها على أصولها حتى يتيقن خلاف ذلك، وأنه لا أثر للشك الطارئ فمن حصل له ظن أو شك بأنه قد أحدث وهو على يقين من طهارته لم يضره ذلك حتى

(١) الأمدى، الإحكام: ١٧٢/٤. البناني، حاشية البناني على شرح المحلى على جمع الجوامع: ٣٤٨/٢.

الشوكاني، إرشاد الفحول: ص ٢٣٧. الزنجاني، وتخرىج الفروع: ص ١٧٢.

(٢) الحديث: أخرجه الإمام مسلم عن أبي سعيد الخدري وله طرق مختلفة. راجع: صحيح مسلم: ٨٤/٢ وموطأ الإمام مالك: ٩٥/١. وسنن أبي داود: ٢٦٨/١-٢٧٠.

(٣) البغا، مصطفى ديب، أثر الأدلة المختلفة فيها في الفقه الإسلامي، نشر وتوزيع دار الإمام البخاري، دمشق حلبوني، ١٩٢.

(٤) الحديث: رواه عبادة بن تميم عن عمه وهكذا أخرجه البخاري بهذا المعنى عنه وأخرجه البزار عن ابن عباس رضي الله عنهما راجع: صحيح البخاري بحاشية السندي: ٢٨/١. وسنن أبي داود: ٤٥/١ والجامع الصغير: ١٢٤، برقم ٢٠٢٧.

يحصل له اليقين، وهذا هو عين العمل بالاستصحاب^(١).

ومن الإجماع:

استدل أنصار هذا المذهب بالإجماع وذلك من طرق مختلفة منها:

(أ) إن الإجماع منعقد على أن الإنسان لو شك في وجود الطهارة ابتداءً لا تجوز له الصلاة، ولو شك في بقائها جازت له الصلاة، ولو لم يكن الأصل في كل متحققاً دوامه للزم إما جواز الصلاة في الصورة الأولى، أو عدم جواز الصلاة في الصورة الثانية، وهذا خلاف الإجماع^(٢).

(ب) إن الإجماع منعقد كذلك على أن الشك في النكاح ابتداءً يوجب حرمة الوطء فيمن شك في العقد عليها، وإنّ الشك في حصول الطلاق مع سبق العقد لا يوجب حرمة الوطء فيمن شك في طلاقها، وليس هناك من فرق بينهما إلا أن الأول قد استصحب فيه الحالة الموجودة قبل الشك -أيضاً- وهي العقد عليها، فلو كان الاستصحاب غير مفيد لظن البقاء، للزم أن يكون الحكم فيهما واحداً، وهو حرمة الوطء أو إباحته وهو باطل بالإجماع^(٣).

وخلاصة هذا:

إن الإجماع قائم على اعتبار الاستصحاب في كثير من الفروع مثل بقاء الوضوء والحدث وطهارة الماء والزوجية والملك وغيرها فيما ثبت منها، ووقع الشك في بقائها فإنه يحكم ببقائها بالاتفاق، وهو عمل بالاستصحاب.

ونوقش هذا:

بأن هذه المسائل والفروع وأشباهاها البقاء فيها ليس راجعاً إلى مجرد الاستصحاب بل لأن الشارع أوجب بأسبابها أحكاماً ممتدة من جواز الصلاة بالوضوء وعدم جوازها بالحدث وحل التمتع بالزوجية والانتفاع بالملك إلى ظهور ما ينقضها شرعاً، فالحكم ببقائها لعدم وجود ما يناقضها لا لمجرد الاستصحاب حتى يلزم تعميم العمل به في كل ما

(١) البخاري، كشف الأسرار: ٣/٣٧٩. الصنعاني، سبل السلام: ١/١٠٧.

(٢) البخاري، كشف الأسرار: ٣/٢٧٩. الأمدي، الإحكام: ٤/١٧٢، ١٧٣.

(٣) البخاري، كشف الأسرار: ٣/٢٧٩. الإسنوي، نهاية السؤل: ٤/٣٥٢.

قيل عنه أنه استصحاب^(١).

كما نوقش:

لا خلاف بين العلماء في أن ثبوت تلك المسائل والفروع وأشباهاها بالدلائل الشرعية ابتداءً، غير أن هذه الدلائل الشرعية لم تدل على بقاء ودوام تلك المسائل، بعد أن احتف بها من العوارض والمؤثرات ما أوهم بخروجها عن أصلها الذي أثبتتها، إلا إذا وجدت قرينة تدل على ذلك، وهذه القرينة منتفية، لذا فإن بقاء واستمرار أحكامها يكون ثابتاً بالاستصحاب^(٢).

ومن المعقول:

استدل القائلون بحجية الاستصحاب مطلقاً وذلك من وجوه متعددة منها:

(أ) إن العقلاء وأهل العرف إذا تحققوا وجود الشيء أو عدمه، وله أحكام خاصة، فإنهم يسوغون القضاء والحكم بها في المستقبل من زمان ذلك الوجود أو العدم، حتى أنهم يجوزون مراسلة من عرفوا وجوده قبل ذلك بمدد متطاولة، وإنفاذ الودائع إليه، ويشهدون في الحالة الراهنة بالدين على من أقرَّ به قبل تلك الحالة، ولولا أن الأصل بقاء ما كان على ما كان لما ساع لهم ذلك^(٣).

أي أن الحكم إذا ثبت بدليل ولم يثبت له معارض قطعاً ولا ظناً يبقى بذلك الدليل، لأن ما تحقق وجوده أو عدمه في حالة، ولم يظن وجود معرض يزيله فإنه يلزم ظن بقاءه^(٤).

(ب) إن ظن البقاء أغلب من ظن التغيير، وذلك لأن الباقي لا يتوقف على أكثر من وجود الزمان المستقبل، ومقارنة ذلك الباقي له كان وجوداً أو عدماً.

وأما التغيير فمتوقف على ثلاثة أمور: وجود الزمان المستقبل وتبدل الوجود بالعدم أو العدم بالوجود؛ ومقارنة ذلك الوجود أو العدم لذلك الزمان، ولا يخفى أن تحقق ما

(١) شلبي، أصول الفقه، ص ٣٥٤.

(٢) السمرقندي، ميزان الأصول: ص ٦٥٩-٦٦٠. النملة، عبد الكريم بن علي بن محمد، المذهب في علم أصول الفقه المقارن، مكتبة الرشد ٣/الرياض، ط ١، ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م، (٣/٩٦٣).

(٣) الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام: ٢٥٦/٤.

(٤) الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام: ٢٥٦/٤.

يتوقف على أمرين لا غير أغلب مما يتوقف على هذين الأمرين ولا ثالث غيرهما^(١).

(ج) إن الأحكام الشرعية التي وجدت في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم هي ثابتة في حقنا، ونحن مكلفون بها، وطريق إثباتها بالنسبة إلينا هو الاستمرار وبقاء ما كان على ما كان، فلو كان الاستصحاب غير مفيد لظن البقاء لما ثبتت هذه الأحكام في حقنا، لجواز أن تكون قد نسخت، ولكان احتمال النسخ مساوياً لاحتمال البقاء، ويكون ثبوتها - حينئذ - ترجيحاً بلا مرجح^(٢).

(د) إن الحكم إذا ثبت شرعاً فالظاهر دوامه لما تعلق به من المصالح الدينية والدنيوية، ولا تتغير المصلحة في زمان قريب، وإنما تحتل التغيير عند تقادم العهد فمتى طلب المجتهد الدليل المزيل، ولم يظفر به، فالظاهر عدمه، وهذا نوع اجتهاد، وإذا كان البقاء ثابتاً باجتهاد مثله بلا ترجيح، ويكون حجة على الخصم^(٣).

(هـ) إن البداهة تؤيد ذلك، لأنه ليس لأحد أن يدعي أن فلاناً مباح الدم لارتداده إلا إذا قام الدليل على رده، إذ أن الأصل حرمة دمه وعدم رده، كما أنه ليس لأحد أن يدعي أن الحاكم العادل قد فسق إلا إذا قام الدليل على فسقه، لأن العدل إذا ثبت صار صفة مستمرة تأخذ حكمها حتى يثبت نقيضها وهو الفسق.

كذلك إذا ثبت أن رجلاً معيناً تزوج بامرأة معينة، فالبداهة توجب الحكم بالزوجية حتى يثبت الطلاق وهكذا^(٤).

(و) إن جاحدي الرسل، ونفاة النبوات، لا يُكفونَ دليلاً على النفي، بل إقامة الدليل على صحة النبوة على الأنبياء، ولو لم يكن عدم الدليل حجة للنافي استصحاباً، لطولبوا بالدليل^(٥).

(١) الأمدي، الأحكام: ١٥٦/٤.

(٢) السبكي، الإبهاج في شرح المنهاج: ١٨٤/٣، ١٨٥.

(٣) الإسنوي، الشرح على المنهاج: ١٣١/٣، ١٣٢.

(٤) البغاء، أثر الأدلة المختلفة فيها في الفقه الإسلامي: ١٩٢-١٩٣.

(٥) الزنجاني، تخريج الفروع على الأصول: ص ١٧٢.

ومن الاستقراء:

استدلوا كذلك بأن استقراء وتتبع الأحكام الشرعية يؤكد أنها تبقى على ما قام الدليل عليه حتى يقوم دليل على التغيير، فالعنب - مثلاً - حلال يثبت حله ويستمر، إلا إذا تغيرت صفته فتخمر، وكذلك التمر وعصير القصب، كل هذا حلال ويستمر على الحال إلا إذا تغيرت صفته فتخمرت، أو صارت نبيذاً مسكراً، فإنها تكون حراماً لثبوت ذلك التغيير.

وكذلك كل ما ثبت تحريمه، فإنه يستمر على التحريم إلى أن يقوم دليل على الإباحة كحالة الاضطراب بالنسبة للميتة، أو بتغيير الصفة التي كان عليها التحريم، وهي المعروفة بالاستحالة، كأن يتحول الخمر إلى خل. وهكذا فكل مقررات الشرع الإسلامي تؤيد الاستصحاب، بمعنى أن ما جاء به الشرع الإسلامي من أحكام مختلفة تؤكد العمل باستصحاب الحال.

المذهب الثاني:- هذا وقد استدلل أنصار المذهب الثاني وهم القائلون بأن الاستصحاب ليس بحجة مطلقاً بأدلة عدّة منها:

أولاً: أن الاستصحاب يؤدي إلى التعارض في الأدلة، وذلك لأن من استصحب حكماً من صحة فعل أو سقوط فرض كان لخصمه أن يستصحب خلافه في مقابلته كما لو قيل: أن المتيمم إذا رأى الماء قبل صلاته وجب عليه الوضوء، فكذلك إذا رآه بعد دخوله في الصلاة باستصحاب ذلك الوجوب فإن للخصم أن يعارض بأن الإجماع قد انعقد على صحة شروعه في الصلاة، وانعقاد الإحرام، وقد وقع الاشتباه في بقاءه بعد رؤية الماء في الصلاة، فيحكم ببقائه بطريق الاستصحاب، وما أدى إلى هذا التعارض يكون باطلاً^(١).

ونوقش هذا:

بأن حقيقة الأمر ليس فيها التعارض الذي زعمتموه، وذلك لأن المتيمم إذا رأى الماء قبل الصلاة وجب عليه الوضوء لأن شرط التيمم عدم وجود الماء لقوله تعالى:

﴿فَلَمْ يَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا﴾^(٢).

(١) البخاري، كشف الأسرار: ٣/٣٧٩، ٣٨٠.

(٢) سورة المائدة، الآية: ٦.

هذا والمعروف أن الشرط إذا فقد فقد المشروط، وقد فقد الشرط هنا بوجود الماء فبطل التيمم الذي هو المشروط، وذلك لأن التيمم يحل محل الوضوء، ولا يجمع بين البديل والمبديل منه.

ثانياً: إن الأحكام الشرعية من الحل والحرمة والطهارة ونحوها لا تثبت إلا بأدلة شرعية ينصبها الشارع والمعروف أن أدلة الشرع منحصرة في النص والإجماع والقياس -اتفاقاً- والاستصحاب ليس منها فلا يجوز الاستدلال به في الشرعيات^(١).

ونوقش هذا:

بأن ما ذكرتموه من وجوب دليل منصوب من جهة الشارع إنما يصح في إثبات الحكم ابتداءً، وأما في الحكم ببقائه فممنوع، إذ يكفي فيه الاستصحاب. ولو سلم ضرورة وجود دليل منصوب من الشارع في حالتي الإثبات والبقاء جميعاً، فلا نسلم أن الدليل منحصر فيما قلتم به من الأدلة (النص والإجماع والقياس) بل هناك دليل آخر هو الاستصحاب فإنه عين محل النزاع^(٢).

ثالثاً: إن الاحتجاج بالاستصحاب مبني على أن الأصل في كل شيء دوامه واستمراره، فلو كان الأصل في كل شيء استمراره، لكان حدوث جميع الحوادث على خلاف الدليل المقتضي لاستمرار عدمها وهو خلاف الأصل^(٣).

ونوقش هذا:

لو كان الأصل البقاء، لكانت بينة النفي أولى بالاعتبار من بينة الإثبات، لأن بينة النفي مؤيدة باستصحاب البراءة الأصلية، فيكون الظن الحاصل بها أقوى، وهذا باطل، لأن البينة لا تعتبر من النافي، وهو المدعى عليه، وتقبل من المثبت وهو المدعي إجماعاً^(٤).

رابعاً: إن القياس جائز، وجوازه يستلزم ظن بقاء الأصل لأن القياس رافع لحكم الأصل اتفاقاً بدليل أنه يثبت أحكاماً لولاه لكانت باقية على نفيها، وعلى هذا فلا يحصل

(١) البدخشي، شرح البدخشي على المنهاج: ١٣١/٣.

(٢) البخاري، كشف الأسرار: ٥٤٩/٣.

(٣) الأمدي، الإحكام: ١٧٢/٤.

(٤) البغاء، أثر الأدلة المختلفة فيها في الفقه الإسلامي، ص ١٩٥.

الظن ببقاء حكم الأصل إلا عند انتفاء قياس يرفعه، ولا سبيل إلى الحكم بذلك الانتفاء لعدم تنامي الأصول التي يمكن القياس عليها، فمن أين للعقلاء الإحاطة بنفيها؟! فالحكم بانتفائه مع الجواز تحكّم، وعلى هذا ينتقي ظن بقاء الحكم^(١).

ونوقش هذا:

بأن الفرض فيها بحث فيه العالم عن الأصول، ولم يجد أصلاً يشهد له يرفع حكم الأصل، ولا شك أن انتفاء القياس الرافع - حينئذ - هو المظنون، ومجرد الاحتمال لا يضر^(٢).

أدلة المذهب الثالث:-

استدلّ القائلون بأن الاستصحاب حجة للدفع فقط، وليس بحجة للإثبات بما يأتي: أن ثبوت الحكم في الزمن الثاني لا دليل عليه، والمعروف جداً أن ثبوت الحكم بلا دليل باطل، فالاستصحاب باطل في حالة الإثبات، وليس بحجة^(٣)، وذكروا أن ثبوت الحكم في الزمن الثاني لا دليل عليه، وذلك من وجهين^(٤):

الأول: أن العقل لا يدل على بقاء الحكم الشرعي بعد ثبوته، وكذلك دلائل الكتاب والسنة والإجماع والقياس، لم يدل شيء منها على بقاء الحكم بعد الثبوت^(٥).

ونوقش هذا:

بعدم التسليم بأن العقل أو الشرع لم يدل على بقاء الحكم الشرعي بعد ثبوته، فقد ثبت أن الأحكام الشرعية تبقى على ما قام الدليل عليه، حتى يقوم دليل على التغيير، وقد تأكد هذا من خلال استقراء تلك الأحكام الشرعية، فمثلاً الأشياء القذرة تأكلها طيور البيت، وما تأكله تلك الطيور يدخل في تكوين أجزائها من لحم وغيره، والمعروف أن

(١) البغاء، أثر الأدلة المختلفة فيها في الفقه الإسلامي، ص ١٩٥.

(٢) ابن الحاجب، أبي عمر عثمان، (ت: ٦٤٦هـ) شرح مختصر المنتهى الأصولي، شرحه: القاضي عضد الدين الإيجي وعلى المختصر والشرح حاشية التفقازاني وغيره، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، ط ١، بيروت - لبنان، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م، (٣/٥٦٥).

(٣) السبكي، الإبهاج في شرح المنهاج: ٢٦٦/٣. البخاري، كشف الأسرار: ٣٧٨/٣.

(٤) التفقازاني، شرح التلويح على التوضيح: ١٠١/٢.

(٥) السمرقندي، ميزان الأصول: ص ٦٥٩-٦٦٠.

حكم تلك القاذورات ولحم الميتة الذي تنبش فيه الطيور باق على حال الحرمة والمنع طالما لم يتغير اسمه، أما إذا تغير فالحكم يتغير تبعاً لتغير الاسم، حيث تنتفي الحرمة وتصبح الدجاجات مباحة رغم أكلها لتلك الأشياء على النحو السابق بيانه.

وكذلك الشأن بالنسبة إلى الأنبذة المسكرة، فإنها محرمة إلا إذا تغير هذا الوصف فتحولت إلى خل، فقد زال اسم الخمرية عنها، وبالتالي يزول الحكم الذي ارتبط بذلك الاسم، ويأتي حكم جديد تبعاً للوصف الجديد^(١). وهكذا.

الثاني: إن الدليل إنما دل على ثبوت الحكم في الزمن الأول فقط، ولا يلزم من ثبوت الحكم في الزمن الأول ثبوته في الزمن الثاني لأن موجب الوجود ليس موجباً للبقاء. أي أن الدليل المثبت والموجب للحكم في الشرع لا يوجب بقاءه، وذلك لأن حكمه الإثبات، والمعروف أن البقاء غير الثبوت، فلا يثبت البقاء لأن حكمه الوجود لا غير، يعني أنه لما كان الإيجاد علة للوجود لا للبقاء لم يثبت به البقاء حتى صح الإفناء بعد الإيجاد، ولو كان الإيجاد موجباً للبقاء كما كان موجباً للوجود لما تصور الإفناء بعد الإيجاد لاستحالة الفناء مع المبقي، كما لم يتصور الزوال حالة الثبوت لاستحالة الجمع بين الوجود والعدم^(٢).

ونوقش هذا:

بقول المثبتين لحجية الاستصحاب مطلقاً: لا نسلم لكم أن الدليل إنما دل على ثبوت الحكم فقط، ولم يدل على بقاءه في الزمن الثاني، والبرهان على ذلك صحة النقل عن كل واحد من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أتانا بهذا الدين.

وذلك أنه آخر الأنبياء والمرسلين، وأن دينه هذا لكل حيٍّ، ولكل من يولد إلى يوم القيامة في جميع الأرض، فصح أنه لا معنى لتبدل الزمان أو المكان، أو لتغير الأحوال، وإن ما ثبت فهو ثابت أبداً في كل زمان ومكان، وفي كل الأحوال الإلزام أن يقيم الدليل على الأحكام في كل وقت وحين بناء على أن الدلالة قد ثبتت بالنص في الزمن الأول،

(١) السمرقندي، ميزان الأصول: ص ٦٥٩-٦٦٠. النملة، عبد الكريم بن علي بن محمد، المذهب في علم أصول الفقه المقارن، مكتبة الرشد - الرياض، ط ١، ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م: ٩٦٤/٣.

(٢) البخاري، كشف الأسرار: ٣/٣٨٠.

وليس هناك ما يبقئها في الزمن الثاني^(١).

الترجيح:-

يميل الباحث إلى أن الراجح هو مذهب الجمهور القائل بأن الاستصحاب حجة مطلقاً، وذلك لقوة أدلته، وسلامتها عن المعارضة، خاصة وأنها قد تنوعت مداركها، وتعددت مصادرهما، فهي من الكتاب الكريم، والسنة النبوية المطهرة، والإجماع، والعقل، والاستقراء، وذلك بعكس ما استند إليه خصومهم.

هذا فضلاً عن أن الأخذ بالاستصحاب مما تقتضيه الفطرة السليمة، وتؤيده تصرفات الناس وأعمالهم، أي أن البداهة تؤيد حجية الاستصحاب لأنه ليس لأحد أن يدعي أن فلاناً مباح الدم لارتداده، إلا إذا قام الدليل على رده، إذ الأصل حرمة دمه، أو أن فلاناً العدل فسق، إلا إذا قام الدليل على فسقه، لأن العدل إذا ثبت صار صفة مستمرة بأخذ حكمها حتى يثبت نقيضها وهو الفسق، وإذا ثبت أن فلاناً حي لا يحكم بموته، إلا إذا قام الدليل على وفاته، وإذا ثبت أن فلاناً مالك لعين، فلا تزول الملكية إلا بدليل، وكذلك إذا ثبت أن فلاناً زوج لامرأة، فالبداهة توجب الحكم بالزوجية حتى يثبت الطلاق.

هذا الذي يقول به كثير من علماء الأصول.

فقد قال الإمام سيف الدين الآمدي -بعد ذكر المذهب القائل بحجية الاستصحاب مطلقاً: « قال: وهو المختار سواء كان ذلك الاستصحاب لأمر وجودي أم عدمي أم عقلي أم شرعي، وذلك لأن ما تحقق وجوده أو عدمه في حالة من الأحوال فإنه يستلزم ظنّ بقائه، والظنّ حجة متبعة في الشرعيات »^(٢).

(١) ابن حزم، الإحكام: ٦٠٥/٥.

(٢) الآمدي، الإحكام: ١٧٢/٤.

المطلب الثالث: تطبيقات فقهية تعدى فيها الحكم بناء على القول بحجية الاستصحاب:

الفرع الأول: حكم التيمم عند رؤية الماء في الصلاة

صورة المسألة: اتفق الفقهاء على أن المسلم إذا تيمم، ثم وجد الماء قبل الدخول في الصلاة بطل تيممه، ووجب عليه الوضوء، كذلك الأمر فإنهم متفقون إجمالاً^(١) على أنه متى تيمم وأنهى صلاته بهذا التيمم، ثم وجد الماء فإنه لا يعيد صلاته، لكنهم اختلفوا في المتيمم الذي لم يجد الماء للوضوء، فتيمم ودخل في الصلاة، وبعد دخوله فيها وجد الماء، فهل رؤية الماء أثناء الصلاة تعتبر ناقضة للتيمم، ومبطلّة للصلاة؟ وحينئذ يتعين عليه الخروج منها، والوضوء لأدائها من جديد؟ أم أن رؤية الماء أثناء الصلاة لا تؤثر في تيممه وصلاته، ويجوز له استكمالها بتيممه^(٢).

وقد وقع الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة على رأيين إجمالاً، تبعاً لاختلافهم في حجية استصحاب حكم الإجماع أو عدم حجيته، ونجملهما فيما يلي:

الرأي الأول: ذهب المالكية والشافعية إلى صلوحية تيممه وصحة صلاته^(٣).

واستدلوا على رأيهم بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾^(٤). إن منطوق هذه الآية ينهى

عن إبطال العمل، لذا فإن إلزام المصلي في مسألة التيمم بالوضوء عند رؤية الماء أثناء الصلاة هو بطلان لعمله - الصلاة - ونحن منهيون عن ذلك.

وعليه فإن المصلي متى بدأ في صلاته بذلك التيمم، ينبغي عليه استصحاب صحتها حتى نهايتها، لأن ما جاز له في أول الصلاة جاز له في آخرها^(٥).

(١) خالف بعض الفقهاء فيما إذا وجد المتيمم الماء بعد الانتهاء من صلاته، وقالوا: بأن عليه إعادتها إذا اتسع الوقت لذلك.

(٢) استصحاب الحكم الثابت بالإجماع في محل الخلاف في هذا البحث ص ٨١.

(٣) الأمدي، الإحكام: ١٧٢/٤.

(٤) سورة محمد، الآية: ٣٣.

(٥) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج: ٢٦٨/١. البغا، مصطفى ذيب، أثر الأدلة المختلفة فيها في الفقه الإسلامي، ص ٢٠٦.

قال الإمام مالك رحمه الله: « في رجل تيمم حين لم يجد ماء، فقام، وكبر، ودخل في الصلاة، فطلع عليه إنسان معه ماء، قال لا يقطع صلاته، بل يتممها، وليتوضأ لما يستقبل من الصلوات »^(١).

والملاحظ، أن أصحاب هذا الرأي قد عدّوا هذه المسألة بناءً على استصحاب حكم الإجماع في محل الخلاف، وعبروا عن ذلك بقولهم: إن من تيمم للصلاة، ثم رأى الماء بعد دخوله فيها، فإن صلاته عندهم صحيحة، لأن الإجماع قد انعقد على صحة صلاته عند الشروع، والدليل الذي دل على صحة الشروع دل على صحة دوام الصلاة بذلك التيمم، حتى يقوم دليل الانقطاع^(٢).

الرأي الثاني: ذهب ابن حزم إلى القول ببطلان تيممه وصلاته، ولا بد من الوضوء، واستئناف تلك الصلاة بالوضوء الجديد، وهذا ما عليه أبو حنيفة والإمام أحمد رحمهما الله في المشهور من مذهب الإمام أحمد^(٣). وهنا نرى أن ابن حزم لم يقل بتعدية الحكم بعدم صحة صلاة المتيمم إذا وجد الماء أثناء صلاته بناءً على صحة صلاته بالتيمم إذا رأى الماء قبل الدخول في الصلاة وهذا ليس أخذاً منه بالاستصحاب بالرغم من قوله بحجيته ولكن اعتماداً منه على أدلة أخرى.

وأجمل ما استدلل به أصحاب هذا الرأي من الأدلة بما يلي:

استدلوا بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم القائل فيه: « الصعيد الطيب وضوء المسلم وإن لم يجد الماء عشر سنين، فإذا وجد الماء فأمسه جلدك »^(٤).
وجه الاستدلال بهذا الحديث: قالوا: إن الحديث قد دلّ بمفهومه على عدم طهورية التراب إذا ما وجد الماء، ودل بمنطوقه على وجوب استخدام الماء عند وجوده، وإمساه

(١) مالك بن أنس (١٧٩هـ): موطأ مالك: ٥٣/١، برقم ٨٩.

(٢) الزنجاني: تخريج الفروع على الأصول، ص ٧٣.

(٣) المرغيناني، الهداية شرح البداية: ٢٥/١. السرخسي، المبسوط: ١١٠/١. ابن قدامة، أبو محمد، عبد الله بن أحمد الجماعيلي (٦٢٠هـ)، الكافي في فقه ابن حنبل، تحقيق: زهير الشاويش، بيروت: المكتب الإسلامي، ط ٥، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م، ٦٩/١.

(٤) أبو داود: سنن أبي داود، كتاب الطهارة، باب الجنب يتيمم، ٩٠/١، برقم ٣٣٢. الترمذي: سنن الترمذي. كتاب الطهارة، باب ما جاء في التيمم، ٢١٢/١، برقم ١٢٤.

الجلد، وهو دليل على عدم صلوحية التيمم للطهارة والصلاة إذا وجد الأصل -وهو الماء-، وقالوا أيضاً: إن في إطلاق الحديث دلالة على نفي تخصيص الناقضية بالوجدان خارج الصلاة، ودعموا قولهم هذا بأن التيمم طهارة ضرورة، -بدل الأصل- فبطل هذا البطل بزوال الضرورة، ووجود الأصل، قياساً على طهارة المستحاضة، إذا انقطع دمها^(١). قال الإمام أحمد رحمه الله: «كنت أقول يمضي -أي بصلاته بذلك التيمم-، ثم تدبرّت، فإذا أكثر الأحاديث على أنه يخرج»^(٢).

لذا قالوا: «لو تمكن المتيمم واقتدر على الماء وهو في الصلاة، ينقضي تيممه باقتداره على الأصل، وتبطل صلاته التي دخلها بذلك التيمم»^(٣).

نلفت النظر في هذا المقام، إلى أن قول أصحاب الرأي الثاني ببطلان التيمم إذا وجد الماء أثناء الصلاة، وإنكارهم للاحتجاج باستصحاب الإجماع في محل الخلاف هنا، لا يعني هذا إنكارهم لحجية الاستصحاب مطلقاً، لأننا نعلم أن الحنابلة مثلاً من المذاهب التي أعملت هذا الدليل، بل وتوسعت بالعمل به أكثر من غيرها، لكنهم في هذه المسألة قد توصلوا بعد النظر والتمعن إلى أنهم حقيقة وواقعاً أمام مسألة جديدة تختلف كلياً عن المسألة التي انعقد عليها الإجماع، لذا فلم يقولوا باستصحاب حكم الإجماع فيها. ويرى الباحث أن الرأي الراجح في هذه المسألة هو ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة، وهو بطلان التيمم إذا وجد الماء أثناء الصلاة، لأنه بوجود الماء قد ارتفع الإجماع، ولا مجال لاستصحابه عندئذ.

الفرع الثاني : في أحكام الإجارة:

عقد الإجارة ثابت للمؤجر والمستأجر في حال حياتهما، لا رجوع فيه لأحدهما ما لم ينقل ملك الشيء المستأجر عن المؤجر له وما كانت عين ذلك الشيء قائمة، فإن مات أحدهما هل يبطل العقد أم لا يبطل، اختلف الفقهاء في ذلك: فذهب مالك والشافعي إلى القول بنفاذ العقد وعدم انتقاضه لأن الدليل قائم على ذلك

(١) الكاساني، بدائع الصنائع: ٥٨/١. السيواسي، شرح فتح القدير: ١٣٤/١. ابن قدامة المقدسي، المغني: ١٦٧/١.

(٢) ابن قدامة المقدسي، المغني: ١٦٧/١.

(٣) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين: ٢٥٥/١.

وما قام الدليل على صحته لا يبطل إلا بدليل آخر وذلك استصحاباً للحال التي قام عليه العقد، ولأن المستأجر قد ملك المنافع وملكت عليه الأجرة كاملة في وقت العقد^(١). وهنا يكون الجمهور قد حكموا بتعدية الحكم بعدم نقض العقد في حالة حياة العاقدین إلى عدم النقص حال موت أحدهما.

ويرى ابن حزم أن موت المؤجر أو موت المستأجر أو كليهما يبطل عقد الإجارة واحتج بذلك بأدلة منها قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾^(٢)، فظاهر الآية يفيد العموم وذلك أن المؤجر إذا مات فقد صار ملك الشيء إلى ورثته أو للغرماء، وإنما استأجر المستأجر منافع ذلك الشيء، والمنافع إنما تحدث شيئاً بعد شيء، فلا يحل له الانتفاع بمنافع حادثة في ملك من لم يستأجر منه شيئاً قط، ولا يلزم الورثة أو الغرماء عقد ميت قد بطل ملكه عن ذلك الشيء، أما موت المستأجر فإنما كان العقد مع صاحب الشيء لا مع ورثته، فلا حق له عند الورثة، ولا عقد له معهم، ولا تترث الورثة منافع لم تخلق بعد، ولا ملكها مورثهم قط^(٣). وهنا لم يعد الحكم كما هو الشأن عند الجمهور بالرغم من أخذه بحجية الاستصحاب استناداً منه على أدلة أخرى.

الراجع في نظر الباحث:

رأي الجمهور لأن هذه الحقوق المترتبة بسبب تلك العقود؛ إن كانت أموالاً فإنها تورث، لأن المال حق ينتقل للورثة عند موت المورث، أما المنافع فإنها لا تنتقل كذلك، لأن المنافع حادثة، ولا يورث ما هو حادث يحدث شيئاً بعد شيء، لكنها تورث استحساناً، وذلك لاضطرار الناس إليها اضطراراً شديداً، فإن الكثيرين من الناس في وقتنا الحاضر إذا لم يرثوا منفعة سكنى الدار مثلاً؛ أصابهم الشتات وتفككت الأسرة، مما يؤدي إلى ضياع أسر كثيرة.

الفرع الثالث: في أحكام المرفق:

هل يجوز لصاحب الدار أن يفتح كوة أو باباً؟ أو أن يهدم حائط بيته التابع لداره في

(١) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير: ٤٨/٦ وما بعدها.

(٢) سورة الأنعام، الآية: ١٦٤.

(٣) ابن حزم، المحلى: ١٨٤/٨. ابن حزم، الإحكام: ٤٥/٥.

بنائه إن كان ذلك الحائط أو الكوة أو الباب تجاه دار جاره باعتبار أن حق الانتفاع له في ملكه بأي وجه كان ذلك الانتفاع؟

يرى الإمام مالك منعه من ذلك لما فيه من الضرر الذي يلحق بجاره، وجه ذلك أن هذه مضرة أحدثها على جاره في مسكنه، فلزمه إزالتها، وذلك لأن أي مضرة بالجار محرمة شرعاً، فيستصحب حال التحريم حتى يرد دليل بخلاف ذلك^(١). وهنا يكون قد قال بسرّيان حكم التعديّة على ما هو حال بالنسبة لما هو آت حيث لم يرد دليل يغير ما هو حال.

ويرى ابن حزم: أن لكل أحد أن يفتح ما شاء في حائطه من كوة أو باب، أو أن يهدمه إن شاء في دار جاره أو في درب غير نافذ أو نافذ، ويقال لجاره ابن في حقك ما تستر به على نفسك، إلا أنه يمنع من الاطلاع فقط وهو قول أبي حنيفة والشافعي، والحجة في هذا أن له الانتفاع بداره بأي وجه كان، ولم يأت نص من قرآن أو سنة أو إجماع يمنع من استصحاب هذه الحال إذا كان يتمكن من ستر نفسه، ولا فرق بين السقف والاطلاع منه وبين قاع الدار والاطلاع منه، ولا فرق بين فتح كوة للضوء وبين فتحها هكذا، فكل أحوال الانتفاع له في ملكه مستمرة لا تنقطع إلا بدليل على ذلك^(٢). وهنا قد سرى بتعديّة حكم الحال على الماضي حيث لم يرد دليل ينفي حكم الحال عمّا هو ماضٍ.

الراجع:

يرى الباحث أن صاحب الدار له الحق أن يتصرف في داره تصرفاً مقيداً بعدم إلحاق الضرر بجاره فيما يحقق له ولأهل بيته النفع، فإن تصرف تصرفاً يضر به أهل بيته أو جيرانه، كأن يفتح شرفة يطلع فيها على أهله، أو يطلع هو وأهله على جيرانه، أو أي تصرف آخر في شكل البناء يسيء فيه لجاره، ويلحق بهم ضرراً مادياً أو معنوياً، فذلك لا يجوز لأن الضرر مرفوع شرعاً، وقد أوصى الإسلام بالإحسان إلى الجار قدر المستطاع، إلا إذا كان تصرف صاحب الدار للضرورة لمصلحة يتوقف عليه النفع له ولأهله، وبدون ذلك يصيبهم ضرر مادي أو معنوي، فإنه يجوز له ذلك إذا كان هذا

(١) الباجي، المنتقى: ٤١/٦.

(٢) ابن حزم، المحلى: ٢٤١/٥. الشربيني، مغني المحتاج: ٣٦٤/٢. المذهب: ٤٣٢/١. حلية العلماء:

٥٠٢/٥. ابن قدامة، المغني: ٣٤٧/٥.

التصرف في عين ملكه، لأنه ضرورة والضرورات تبيح المحظورات - والله أعلم -.

الفرع الرابع: في العطايا:

من وهب أو تصدّق ولم يقبض الموهوب له أو المتصدق عليه هل تثبت له الهبة أو الصدقة: اختلف العلماء في هذا.

يرى أبو حنيفة والشافعي رحمهما الله تعالى اشتراط الحيابة في الهبة والصدقة لمن وهبت له أو لمن تصدّق عليه، ولا يجبر الواهب على ذلك، فإن دفعها مختاراً ملكها بكونها هبة أو صدقة^(١). وهنا لم يعدّيا الحكم بصحة عقد من لا يقبض المدفوع له في عقد الهبة بناءً على صحة من يحقق له القبض وذلك لعدم أخذهما بالاستصحاب الذي استند إليه ابن حزم كما سيأتي.

ويرى ابن حزم أن من وهب أو تصدّق بصدقة فقد وجبت باللفظ، ولا معنى لاشتراط الحيابة أو القبض، ولا يبطلها تملك الواهب لها أو المتصدق بها سواءً بإذن الموهوب له أو المتصدق عليه كان ذلك أو بغير إذنه، واحتج بقوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْطَلُونَ

أَعْمَلَهُمْ﴾^(٢)، فظاهر الآيتين يفيد وجوب الوفاء مطلقاً من غير شرط، واحتج كذلك بالاستصحاب فقال: فمن تلفظ بالهبة أو الصدقة فقد عمل عملاً وعقد عقداً لزمه الوفاء به ولا يحل لأحد إبطاله إلا بنص وحيث لم يرد نص ناسخ لظواهر هذه النصوص أو مخصص لعمومها لذا تثبت ملكية الهبة أو الصدقة للموهوب له أو المتصدق عليه باستصحاب تلك الحال^(٣). وهنا يكون ابن حزم قد عدى الحكم وهو صحة عقد الهبة لمن لا يقبض الهبة بناءً على صحة من قبضها بالفعل.

والراجع:

هو أن التصرفات الانفرادية التي هي من باب التبرعات كالهبة تنشئ الالتزام على المتبرع بتسليم المتبرع به إلى المتبرع، ولكن لا تنشئ الملكية إلا بالحيابة، وبناءً على

(١) تكملة المجموع: ٣٧٧/١٥، وما بعدها.

(٢) سورة محمد، الآية: ٣٣.

(٣) ابن حزم، المحلى: ١٢٠/٩.

ذلك لا تتم الهبة إلا بتسليم العين الموهوبة للموهوب له، والمراد بلا تتم، أي أنها لا تنشئ الحقوق والالتزامات وإنما تنشئ الالتزامات فقط، والحقوق كحق الملكية يكون بعد تسليم العين والحيازة من الطرف الآخر، وهذا بشأن كل عقد عيني كما في عقد القرض، فإن المقرض لا يكون مالكا للمبلغ المقرض إلا بعد استلامه وحيازته، لكن العقد ينشئ التزام المقرض بتسليم هذا المبلغ لأن الوفاء بالوعد واجب في الشريعة الإسلامية بمقتضى قوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾^(١)، وبناء على ما تقدم فإن قول ابن حزم مرجوح، لأنه يرى أن العطايا تنشئ الالتزام والحقوق في وقت واحد قبل الحيازة، وعلى سبيل المثال عقد القرض عقد عيني ينشئ التزام المقرض بدفع المبلغ إلى المقرض، ولكن المقرض لا يصبح مالكا لهذا المبلغ إلا بعد استلامه.

(١) سورة الإسراء، الآية: ٣٤.