



التوسع في أدوات المناهج الاستدلالية وأثره في الفقه الإسلامي (القياس والعرف أنموذجاً)

أ.م.د/ إبراهيم سليمان أحمد حيدرة

أستاذ الفقه وأصوله المشارك بقسم علوم القرآن والدراسات الإسلامية، كلية الآداب

وعميد مركز الجودة، جامعة إب-الجمهورية اليمنية

Email: abuabrar456@gmail.com

المخلص:

إن متغيرات الحياة وأحداثها ووقائعها المتنوعة التي من خلالها حصل تعدد للرؤى والأفكار في مجال الفقه الإسلامي وأصوله، وظهرت الأصول والمناهج عند علماء الفقه الإسلامي وأصوله ومقاصده، وتناولت كثيراً من المسائل الفقهية منه ما تم إثباته، ومنه ما تم إنكاره، ولأهمية دراسة الواقع وما يدور فيه؛ فإن دراستنا في هذا البحث سنتناول التوسع في أدوات المناهج الاستدلالية التي بنى عليها الفقهاء آرائهم وأفكارهم -في الوقت الحاضر- وكذا مسائلهم الفقهية وطرقهم الاستدلالية، وعرض المنهج الاستدلالي وأدواته التي تعتمد عليها المستجدات والنوازل الفقهية، كما أن الدراسة تهدف إلى دراسة التوسع في أدوات المنهج الاستدلالي -القياس والعرف أنموذجاً- للتوصل إلى معرفة أحكام مسائل الفقه المعاصرة، مع تحليل الوقائع والأحداث المعاصرة وفق المنهج الاستدلالي وأدواته؛ للوصول إلى بعض المسائل الفقهية لمناقشتها وتطبيقاتها على أدوات القياس والعرف، مستخدماً فيه المنهج الاستقرائي وكذا المنهج الوصفي والمنهج التحليلي، للوصول إلى أهم النتائج البحثية والمتمثلة في أن المناهج الاستدلالية بوصفها قواعد لا يمكنها إنشاء قاعدة جديدة، لكن يمكن وجود أدوات استدلالية من خلالها يستطيع الباحث تطبيقها على المسائل المعاصرة.

وقد توصلت الدراسة إلى أن للقياس عدة أدوات غير العلة التي استند عليها الفقهاء سابقاً، وهي: القياس على الأشباه والأوصاف، والقياس على القياس، والقياس على قول فقيه، والقياس على اللغة، كما أن العرف يتغير بتغير الأزمنة والأمكنة، وعليه إذا تغير العرف يتغير الحكم بما يتناسب مع الزمان الذي ظهر فيه، أو المكان الذي ظهر فيه العرف.

الكلمات المفتاحية: التوسع، أدوات الاستدلال، المنهج الاستدلال، القياس والعرف.



Abstract:

Changes of life and its various events induce a multiplicity of visions and notions in the field of Islamic jurisprudence and its fundamentals together with multiple jurisprudential issues; some of them have been proved while some others still have not. Due to the importance of studying the reality and its goings, this study attempts to address expansion of inductive techniques on which jurists' views, jurisprudential issues and inferential techniques are based.

So, this study aimed to study the expansion of the inferential approach techniques, analogy(qeyas) and custom (orf) as a model, to know the rules of contemporary jurisprudence issues, and analyze contemporary events in accordance with the inferential approach to reach to some jurisprudence issues for discussing and applying them using analogy and custom techniques. This was done through using the inductive, descriptive, and analytical approaches.

Accordingly, a number of conclusions were revealed, most notably: the inferential approaches, as rules, could not create a new rule, but there were inferential techniques applied to contemporary issues; analogy was of several techniques other than reasons (ellah) on which jurists previously relied, namely analogy with similarities and descriptions, analogy with analogy, analogy with a jurist's saying, and analogy with language; and customs change in accordance with time and place, allowing rules to be changed in accordance with time and place they appear in.

Keywords: Expansion, Tools, Approach, Inference.



بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين أما بعد:

إن المناهج الاستدلالية وأدواتها مرت بمراحل متعددة من حيث النشأة والتوسع حتى وصلت إلى القرن الخامس عشر مبتدئة بالمنهج الذي وضعه المصطفى ﷺ في مكة متناسباً مع كل مكونات الحياة، وانتهاءً بالمنهج الذي وضعه في المدينة متناولاً فيه كل أبعاد الحياة، وبناءً على هذه الرؤى والمناهج التي وضعها المصطفى ﷺ ذهب الفقهاء إلى أن النصوص متناهية بانتهاء فترة التنزيل، واكتملت باكتمال التقعيد والتقنين لكل المناهج الاستدلالية والقواعد الأصولية التي تعد المنهج التشريعي للفقه الإسلامي ومثاله، أما الأحداث والوقائع في منظور الفقهاء فإنها غير منتهية، ولا توجد نصوص شرعية تستوعبها؛ كون الأحداث متسارعة، والتنزيل لم يعد موجوداً، وقواعد التشريع تم إغلاق بابها عند علماء الأصول والمذاهب الفقهية المعتمدة؛ ولذا فإن مستجداته تحتاج إلى دراسة وتحليل، لاستخراج أحكامها واستنباطها من النصوص الشرعية.

أهمية البحث:

إن المتأمل في زماننا الحاضر يجد أن هناك متغيرات متعددة وأحداث ووقائع متنوعة، بسببها تعددت الرؤى والأفكار الفقهية المعاصرة، وبناءً على هذه التعددات ظهرت أصول ومناهج عند علماء الفقه الإسلامي، تتناول كثيراً من المسائل الفقهية منها ما تم إثباته، ومنها ما تم إنكاره. ولأهمية دراسة الواقع وما يدور فيه، فإن دراستنا في هذا البحث سنتناول التوسع في أدوات المناهج الاستدلالية التي بنى عليها الفقهاء آراءهم وأفكارهم في الوقت الحاضر وطرقهم الاستدلالية عليها. ولذا جاءت فكرة البحث في "التوسع في أدوات المناهج الاستدلالية وأثرها في الفقه الإسلامي (القياس والعرف أنموذجاً)" لأقدم رؤية علمية لديها القدرة على التعامل مع مستجدات الحياة واستيعابها، سواء أكانت مستجدات سياسية أم اقتصادية أم اجتماعية أم أسرية.

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى الآتي:

- 1- عرض المنهج الاستدلالي وأدواته التي يعتمد عليها في بيان حكم المستجدات والنوازل الفقهية.
- 2- دراسة تطبيقية لأدوات المنهج الاستدلالي (القياس والعرف أنموذجاً) للتوصل إلى معرفة الأحكام لمسائل الفقه المعاصرة.
- 3- دراسة الوقائع والأحداث المعاصرة وتحليلها، وفقاً للمنهج الاستدلالي وأدواته، للوصول إلى بعض المسائل الفقهية لمناقشتها وتطبيقها على أدوات القياس والعرف.

منهج البحث وإجراءاته:

تقوم الدراسة على مناهج البحث العلمي وهي: الاستقرائي، والوصفي الذي من خلاله سيتم عرض المسائل والأحداث والوقائع وتكييفها، ومعرفة المسائل وجزيئاتها وما يتعلق بها، كما ستستخدم المنهج التحليلي: الذي تقوم الدراسة من خلاله بتحليل أدوات المناهج والآراء الفقهية والمستجدات الفقهية المعاصرة للوصول إلى نتائج البحث وما يترتب عليها، ومعرفة محل النزاع إن وجد، للخروج برؤية علمية دقيقة.

أسباب اختيار البحث:

بدأت فكرة البحث في عام 2014م، عندما بدأت أدرس طلبة الماجستير والدكتوراه مقرر أصول الفقه المقارن، والاطلاع على بعض أقوال علماء الأصول، ولا سيما قولهم إن قواعد أصول الفقه منتهية ومحترقة، ويصعب إنشاء قاعدة أصولية جديدة، من هنا جاءت فكرة البحث في ثنايا كتب الأصول والفقه ومقاصد الشرعية، عن مسألة التجديد، وهل توصل العلماء إلى شيء جديد، وفي أثناء البحث اطلعت على كتاب "مناهج التشريع الإسلامي في القرن الثاني للهجري" للدكتور/ محمد بلتاجي الذي تناول فيه المناهج الاستدلالية لتسعة من أئمة الفقه الإسلامي ومذاهبهم ابتداءً بالإمام زيد بن علي رضي الله عنه، وانتهاءً بالإمام الشافعي رضي الله عنه، وكان كتابه عبارة عن رسالة دكتوراه قدمها في عام 1968م، وكانت فكرة الباحث تقوم على استعراض أدلة الأئمة التسعة رضي الله عنهم، وهناك من كتب من الناحية التجديدية كما يدعي، لكنه لم يقدم شيئاً جديداً، وهذه النتيجة تظهر من خلال استعراض كتاب: **التجديد في أصول الفقه** - رسالة دكتوراه - لجميلة أبوخاتم الذي من خلاله استعرضت الطرق البحثية لكتب الأصول، مع الطرق والأساليب لمنهجية التأليف في كتب الأصول، ولم تتطرق إلى أدوات الاستدلال الأصولية المعاصرة، ثم ظهر كتاب **التجديد الأصولي** للدكتور أحمد الريسوني وفريقه البحثي، وبعد الاطلاع عليه ظهر أنه لم يستعرض الأدوات الاستدلالية المعاصرة بوصفها مؤثراً في القضايا الفقهية، ومن هنا بدأت أجمع المادة العلمية حتى استطيت أن أقدمها في بحث علمي أو بداية رؤية علمية من خلالها نفتح أفقاً لطلبة العلم والدارسين.

حدود البحث:

إن المناهج الاستدلالية كثيرة وواسعة الأفق وقد يتم تناول بعض جزئياتها في رسائل دكتوراه، وعليه: فإن الدراسة ستكتفي بالقياس والعرف بوصفهما أنموذجاً فقط بما يتناسب مع البحث.

خطة البحث وهيكلته:

تحتوي الخطة على مقدمة البحث وأهميته وأهدافه وأسباب اختياره، وحدوده وتقسيماته، وهي:

المبحث الأول: مفاهيم البحث ومصطلحاته.

المبحث الثاني: نشأة المناهج الاستدلالية وتطورها.
المبحث الثالث: التوسع في أدوات القياس وأثره الفقهي.
المبحث الرابع: العرف وعلاقته بأدوات الاستدلال المعاصرة.

المبحث الأول- مفاهيم ومصطلحات الدراسة أولاً- مفهوم المناهج:

إن كلمة (مناهج) لفظ مصطلحي معاصر لم يتناوله علماء الأصول والفقه في كتبهم، وتعد كلمة (مناهج) مصطلح يعتمد عليه علماء البحث والتحقيق، ولكن عندما تعددت طرائق الاستدلال وأدواته عند علماء الأصول، كالاستنباط والاستقراء، ومسالك العلل كتنقيح المناط وتحقيق المناط وتخريج المناط والسبر والتقسيم، وغيرها من الأدوات لاستخراج العلل ومقاصد التشريع من النصوص، أطلق عليها علماء الفقه والأصول مصطلح المناهج الاستدلالية أو المناهج التشريعية.

تعريف المناهج لغة هو: من (النهج) بوزن الفلس، و(المنهج) بوزن المذهب و(المنهاج) الطريق الواضح، ونهج الطريق أبانه وأوضحه، و(نهجه) أيضاً سلكه وبابهما قطع، والجمع نهوج ونهاج وهو المنهج والجمع مناهج⁽¹⁾، والمنهج بوجه عام هو وسيلة محددة توصل إلى غاية معينة⁽²⁾.

وأما المنهج في المصطلح العلمي: "يعني الطريقة التي يصل بها الإنسان إلى الحقيقة، بعد الجهد والمشقة، من خلال قواعد ومبادئ عامة يعمل بها، لتوصله إلى النتيجة المطلوبة"⁽³⁾، وعليه فإن المنهج هو عبارة عن أسلوب منظم ذو مراحل متدرجة تقود إلى الكشف عن حقائق مجهولة من تتبع وفحص الأشياء المعلومة⁽⁴⁾، ومن خلال التعريف الاصطلاحي يظهر أن المناهج مصطلح واسع التداول عند العلماء سواء أكانت العلوم تربوية أم تجريبية أم شرعية، ولكن هذا البحث سيتناول أدوات المنهج الاستدلالي والتشريعي، وليس القاعدة الأصولية؛ كون القواعد تم دراستها، وأما الأدوات فتتنقسم إلى قسمين: أدوات استدلالية تم تناولها، ودرستها في كتب الأصول، وأدوات ظهرت مع تطور وتسارع الأحداث والوقائع في الوقت المعاصر، فمنهم من أثبتها، ومنهم من أنكرها، لكنها تحتاج إلى دراسة متعمقة وواسعة كما أشار الدكتور: محمد البلتاجي بقوله: "إن استنباط الأحكام الفقهية - بحسب قواعد التشريع الإسلامي وأصوله المعتمدة - أمر يتطلب من الفقيه علماً واسعاً عميقاً بالنصوص، وطرق إثباتها، وفهمها وتطبيقها بطريقة صحيحة، كما يتطلب منه دراية بمصادر التشريع فيما ليس فيه

(1) محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، (ص 681).

(2) ينظر: علي خليل مصطفى أبو العينين، منهجية البحث في التربية الإسلامية، مجلة رسالة الخليج العربي، مكتب التربية العربي لدول الخليج الرياض/ السعودية، العدد 24، السنة الثامنة، (ص 3).

(3) طلال المجنوب، منهج البحث وإعداده دراسة نظرية وتطبيقية، (ص 17).

(4) ينظر: عبد الغني العمراني، دليل الدارس إلى كتابة البحث العلمي، (ص 18)



نصوص خاصة، بحيث يؤدي اجتهاده في نهاية الأمر إلى ما يحقق المطالب الشرعية بعامه، ...ومن مجموع هذه المواقف تتكون خطة تشريعية هي ما نطلق عليها مناهج التشريع، فمنهج التشريع إذن هو الخطة التي اتبعها فقيه ما في مجال استنباطه للأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية ومقررات التشريع وأهدافه العامة⁽¹⁾.

ثانياً- مفهوم الاستدلال:

قبل تعريف الاستدلال يتوجب علينا معرفة الدليل المشتق منه الاستدلال، وما يشتق منه أو يرادفه: **فالدليل**: "هو المرشد والموصل للمطلوب"⁽²⁾، **والاستدلال**: "هو عبارة عن طلب الإرشاد والاهتداء إلى المطلوب"⁽³⁾، قال الرازي إنه: "طلب الدلالة والنظر فيها للوصول إلى العلم بالمدلول"⁽⁴⁾، وعرفه المناطقة بقولهم: "الاستدلال عملية عقلية منطقية ينتقل فيها الباحث من قضية أو عدة قضايا إلى قضية أخرى تستخلص منها مباشرة دون اللجوء إلى التجربة"⁽⁵⁾، مثال: عليٌّ مؤمنٌ صادق الإيمان، وكل مؤمنٌ صادقٌ الإيمان يدخل الجنة، النتيجة: عليٌّ يدخل الجنة، وقولهم: الخمر مسكر، كل من شرب الخمر جلد، النتيجة: كل من شرب مسكراً جلد.

الاستدلال، والنظر، والتدبر والتفكر، أسماء لعملية عقلية عند المتكلمين تعني: النظر والفكر في الدليل والتأمل فيه، للوقوف على ما يغيب عن الحواس (سواء أكانت الأدلة ضرورية أم كسبية)، قال الإمام القرافي: "الاستدلال: هو إقامة الدليل الموصل إلى الحكم الشرعي من جهة القوانين العقلية، لا من جهة الأدلة التي نصبت لذلك من الكتاب والسنة والإجماع والقياس الشرعي"⁽⁶⁾.

وفي هذا البحث سنحاول جمع الأدوات الاستدلالية التي ظهرت في وقتنا المعاصر، وكان لها تأثير على أحكام الفقه الإسلامي، في القياس والعرف، لصعوبة تناولها في كل الأدلة التشريعية؛ لأنه لن يحتويها هذا البحث وإنما تحتويها دراسات وأبحاث علمية مخصصة لها وتحتوي مادتها.

المبحث الثاني- نشأة وتطور المناهج الاستدلالية:

إنَّ الاستدلال وأدواته مرا بعدة مراحل في الفقه الإسلامي من بداية نزول الوحي وحتى وقتنا المعاصر، إذا كان الاستدلال في زمن رسول الله ﷺ، قائم على ثلاثة مناهج استدلالية، وهي: الوحي سواء أكان مثلًا - القرآن الكريم - أو غير مثل - السنة النبوية - والاجتهاد (القياس)، وهذه المناهج برزت

(1) محمد البلتاجي، مناهج التشريع الإسلامي في القرن الثاني للهجري، (ص16).

(2) عبدا لملك الجويني إمام الحرمين، شرح الورقات، تح: حسام الدين بن موسى عفانة، (ص100)

(3) أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص، الفصول في الأصول، (9/4).

(4) أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص، الفصول في الأصول، (9/4).

(5) عبد الرحمن حسن حبنكة، ضوابط المعرفة وأصول الاستدلال والمناظرة، (104)

(6) الحسين بن علي، رفع النقاب عن تنقيح الشهاب، تح: أحمد السراج، د/ عبد الرحمن الجبرين، (224/6).



في تساؤلات الرسول ﷺ في كيفية الحكم والقضاء الموجهة إلى معاذ بن جبل عندما بعثه إلى اليمن قال: «كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟» قال: أقضي بكتاب الله، قال: «فإن لم تجد في كتاب الله؟»، قال: فبسنة رسول الله ﷺ، قال: «فإن لم تجد في سنة رسول الله ﷺ، ولا في كتاب الله؟» قال: أجتهد رأيي، ولا آلو، فضرب رسول الله ﷺ صدره، وقال: «الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله»⁽¹⁾.

ولذا فإنَّ المنهجية الاستدلالية انحصرت في زمن رسول الله حتى توفي بثلاثة أدلة، وبعد وفاته في زمن خلافة أبي بكر الصديق ﷺ ظهرت أداة استدلال جديدة، وهي الإجماع؛ كون الإجماع لم يكن معتبراً في زمن رسول الله ﷺ؛ لأنَّ الإجماع إن كان صحيحاً سيكون مؤيداً بالوحي، وهنا سينقلب الإجماع إلى نص وسيكون وحياً وليس إجماعاً، وإن كان الإجماع فاسداً سيلغى بوحي ولن يكون له أثر في الواقع العملي أو الاستدلالي، وما ثبت بنص سيعود إلى الاستدلال بطريقة الوحي، وبعد وفاة أبي بكر الصديق ﷺ، وتولي الخلافة عمر بن الخطاب ﷺ ظهرت بعض أدوات الاستدلال الجديدة كالتعليل ومقاصد الأحكام الشرعية، وسبب التوسع الذي ظهر في زمن عمر بن الخطاب ﷺ يعود إلى توسع الدولة الإسلامية، واندماج حضارات مشهورة بالعلم والمعرفة، مع الحضارة الإسلامية، سواء أكان بالتبادل التجاري أو العلاقة السياسية، أو أن الجيوش الإسلامية حررتها من العبودية، كالحضارة الاغريقية واليونانية والفارسية والرومانية التي كانت تمتلك ثروة هائلة من علم الفلسفة والمنطق والرأي، وبهذه العلوم تأثر كثير من علماء المسلمين، فتعلموها؛ وهو ما جعلها تؤثر في أدوات الاستدلال وتطوره، وظهرت مناهج وأدوات استدلالية متعددة ومنها: منهج المتكلمين ومنهج الفقهاء.

فأما منهج المتكلمين فإنَّ: "عناية الباحثين فيه متجهة إلى تحقيق القواعد وتفتيحها من غير اعتبار مذهبي، بل يريدون إنتاج أقوى القواعد، سواء كان يؤدي إلى خدمة مذهبهم أم لا يؤدي"⁽²⁾، فقد كان البحث فيه لا يعتمد على تعصب مذهبي، ولم تخضع فيه القواعد الأصولية للفروع المذهبية، بل كانت القواعد تدرس على أنَّها الحاكمة على الفروع، وعلى أنَّها دعامة الفقه وطريقة الاستنباط⁽³⁾، ومن اعتمد هذه المنهجية هم: الشافعية والمالكية والحنابلة، وكتاب (الرسالة) للإمام الشافعي أبرز ما صنف في ذلك.

وأما منهج الفقهاء: الذي اعتمد عليه الأحناف، ويمثل الاتجاه المقابل لمنهج المتكلمين وطريقته، فهو يعتمد في صياغة قواعده على الفروع الفقهية، وكان اتجاههم كما نص عليه الإمام أبو زهرة في أصوله بقوله: "هو الاتجاه المتأثر بالفروع، اتجه فيه الباحثون إلى قواعد الأصول ليقسوا بها فروع مذهبهم ويثبتوا سلامتها بهذه المقاييس، وبذلك يصححون بها استنباطهم، ويتزودون بها في مقام الجدل

(1) سليمان بن الأشعث بن إسحاق، سنن أبي داود، رقم الحديث (3592) (3 / 303).

(2) أبو زهرة، أصول الفقه (ص16).

(3) ينظر: المرجع السابق (ص17)، مصطفى الخن، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية، (138 وما بعدها).



والمناظرة، فكانت دراسة الأصول على ذلك النحو صورة لينايبع الفروع المذهبية وحججها⁽¹⁾، وبهذا يظهر أنَّ طريقة الأحناف ومنهجهم كانت غير حاكمة على الفروع بعد أن دونت، أي أنَّهم استنبطوا القواعد التي تؤيد مذهبهم ودافعوا عنها، فهي مقاييس مقررة وليست مقاييس حاكمة، وهذه المناهج الاستدلالية مرت بمرحلتين هما: منهج المتقدمين ومنهج المتأخرين.

أولاً- الاستدلال عند المتقدمين:

يُعَدُّ الإمام الشافعي رحمه الله أحد المؤسسين الرئيسيين للمناهج الاستدلالية على طريقة المتكلمين وهو ما أظهرته رسالته التي كتبها بناء على رسالة من الحافظ عبد الرحمن بن مهدي رحمه الله؛ إذ سجد المطلاع عليها أنَّ المناهج الاستدلالية التي دونها في كتابه هي: الكتاب والسنة والإجماع والاستدلال الذي يقابل القياس وأدواته المحصورة في زمن التدوين لعلم الأصول، وهذه المنهجية تنبأها أئمة الشافعية رحمهم الله، وذهبوا إلى أنَّ الاستدلال يقوم مقام الأدلة العقلية كالقياس وغيره من الأدلة⁽²⁾.

وقد جعل الاستدلال على خمسة أضرب هي:

- الاستدلال ببيان العلة.
- الاستدلال بالأولى.
- الاستدلال بالتقسيم.
- الاستدلال بالعكس.
- الاستدلال بالأصول⁽³⁾.

أما إمام الحرمين رحمه الله فهو أول من تحدث عن الاستدلال بوصفه بناءً مستقلاً قائماً بذاته له طبيعة خاصة تميزه عن غيره، وقد عرفه بأنَّه: "معنى مشعر بالحكم، مناسب له فيما يقتضيه الفكر العقلي من غير وجدان أصل متفق عليه، والتعليل المنصوب جار فيه"⁽⁴⁾، وعليه فقد علق الكفراوي بقوله: "فالاستدلال عنده يعني: بناء الأحكام الشرعية على المعاني الكلية المناسبة من غير نظر إلى غيرها من الأصول الجزئية"⁽⁵⁾، وقد عارض الإمام الغزالي رحمه الله فكرة الإمام الجويني ووضحها بقوله: "كل معنى مناسب للحكم مطرد في أحكام الشرع، لا يردده أصل مقطوع به مقدم عليه من كتاب أو سنة أو إجماع، فهو مقول به، وإن لم يشهد له أصل معين"⁽⁶⁾. فالمعتبر في الاستدلال: أن يكون المعنى الكلي المناط

(1) أبو زهرة، أصول الفقه (18)، مصطفى الخن، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية، (127 وما بعدها).

(2) ينظر: مسعود بن موسى فلوسي، مدرسة المتكلمين ومنهجها في دراسة أصول الفقه، (351-357).

(3) ينظر: هشام قريسة، الاستدلال وأثره في الخلاف الفقهي، (رسالة دكتوراه)، (ص8-9).

(4) عبد الملك بن عبد الله الجويني، البرهان في أصول الفقه، تح: صلاح بن محمد بن عويضة، (161/2).

(5) ينظر: أسعد الكفراوي، الاستدلال عند الصوليين (ص105).

(6) أبو حامد الغزالي، المنحول من تعليقات الأصول ص 364.



به الحكم مخيلاً به مناسباً له - أي يقصد منه المحافظة على مقصود الشرع من الخلق بحفظ دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم - يطرد في أحكام الشرع لا يتخلف في بعضها، سالمًا على السبر، لا يردده أصل قطعي من كتاب أو سنة أو إجماع، وإن لم يشهد له أصل جزئي بعينه من الأصول الشرعية؛ ولذا فإن الاستدلال واسع الأفق عند الإمام الجويني⁽¹⁾.

ثانياً- الاستدلال وأنواعه عند المتأخرين من علماء الأصول:

تناول علماء الأصول المتأخرون الاستدلال وعرفه الإمام الأمدي في الإحكام بقوله: "هو عبارة عن دليل لا يكون نصاً ولا إجماعاً ولا قياساً"⁽²⁾؛ ولذا فإن الاستدلال عند الإمام الأمدي ينقسم إلى أربعة أنواع وهي:

النوع الأول وعبر عنه بقوله: وجد السبب فثبت الحكم، ووجد المانع وفات الشرط فينتفي الحكم.
النوع الثاني وعبر عنه بقوله: نفي الحكم لانتفاء مداركه، كقولهم: الحكم يستدعي دليلاً، ولا دليل: فلا حكم، مثال: وجوب الوتر والأضحية فالمجتهد إذا بحث عن مدارك الأدلة في وجوب الوتر، والأضحية وأمثالها فرآها ضعيفة، ولم يظهر له دليل مع شدة بحثه وعنايته بالبحث، غلب على ظنه انتفاء الدليل، فنزل ذلك منزلة العلم في حق العمل؛ لأنه ظن استند إلى بحث واجتهاد وهو غاية الواجب على المجتهد.

النوع الثالث وعبر عنه بقوله: القياس المنطقي وهو عبارة عن عملية ذهنية يقوم بها المجتهد من ترتيب المقدمات المرجوة إن توفرت شروط الإنتاج، وسلمت هذه العملية عن المعوقات، مثال: المقدمة الأولى: الوضوء عبادة، المقدمة الثانية: كل عبادة تقتدر إلى نية، النتيجة: الوضوء يفتقر إلى نية. ومثال ذلك كقولهم: النبيذ مسكر، وكل مسكر حرام، النتيجة: النبيذ حرام.

النوع الرابع: والأخير الاستدلال عنده هو استصحاب الحال⁽³⁾.
وبهذا يظهر أن مصطلح الاستدلال أخذ معنى آخر متمم لما عناه إمام الحرمين، فقد عنى به إمام الحرمين البناء (وبهذا قد يكون دليلاً قائماً بحد ذاته)، أما الإمام الأمدي فقد عنى به: منهج الاستنباط ومجموعة الأدوات التي نتوصل بها إلى هذا البناء.

وفي زمن شيخ الإسلام زكريا الانصاري والشيخ ابن النجار الحنبلي بدأت تنحصر وتظهر الأدلة التي كانت أحد أقسام الاستدلال أو يتضمنها الاستدلال بوصفها أدلة قائمة بحد ذاتها مع الاختلاف بين العلماء حولها أو حول مصطلحاتها وقوة إدراك القائلين بها أو عدم إدراك القائلين بها، وهو ما أشار

(1) ينظر: أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، المستصفى، تح: محمد عبد السلام عبد الشافي، (174/1)، أسعد عبد

الغني السيد الكفراوي، الاستدلال عند الأصوليين، (ص 105).

(2) أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، تح: عبد الرزاق عفيفي، (118/4).

(3) المصدر السابق. (119-118/4).



إليه الإمام الشنقيطي في (المذكرة على الروضة) أَنَّ الأصوليين جرت بهم العادة بعقد باب يسمونه (الاستدلال) ومرادهم بالاستدلال: "هو ما لم يدل عليه دليل من كتاب ولا سنة ولا إجماع ولا قياس ومسائل كتاب الاستدلال كثيرة منها: الاستحسان والاستصحاب والمصالح المرسلة وقول الصحابي، وشرع من قبلنا وغيرها"⁽¹⁾، ومن هنا ظهرت كذلك منهجية متأخري المتأخرين كالصنعاني والشوكاني والشنقيطي وغيرهم فمن أراد أن يتوسع فيها فليراجع كتبهم أو كتب الأصول؛ لأنَّ دراستنا ليس لها علاقة بعرض المنهج الاستدلالي لكل فقيهه.

المبحث الثالث-التوسع في أدوات القياس وأثره الفقهي:

تناول علماء الأصول تعريف القياس، وجعلوا العلة أداته الأقوى لإثبات الحكم هي العلة، وأما دراستنا في هذا البحث فهي التوسع الذي حصل للقياس في أدواته، وعدم الاعتماد على العلة في إثبات الحكم أو الكشف عنه، وخاصة في زماننا المعاصر الذي كثرت فيه الحوادث والوقائع، وهو ما أشار إليه محمد أحمد الراشد في كتابه (أصول الإفتاء والاجتهاد التطبيقي) في المجال الدعوي بقوله: "النص قليل، والإجماع أقل وإنما النجدة العريضة يأتيها بها القياس، فَإِنَّهُ فَتَّاحُ الْأَبْوَابِ الْمَغْلُوقَةِ، وَحَلَّالُ الْمَشَاكِلِ، وَمَلَاذِ الْحَيَارَى، وَجَعَلَ اللَّهُ فِيهِ إِغَاثَةَ الْمَتَّقِي الْمَحْرَجِ اللَّهْفَانِ"⁽²⁾، ومن خلاله فلن نشرع في تعريف القياس وأركانه وحجبه، وإنما نتناول الدراسة الأدوات الاستدلالية التي لها أثر في القضايا الفقهية، ويستخدمها علماء الفقه والأصول حالياً في إثبات الحكم أو الكشف عنه، وتقوم مقام العلة في واقعنا المعاصر؛ لأنَّ السبب في التوسع لأدوات القياس يعود إلى كثرة النوازل والحوادث والوقائع غير المتناهية، وبهذا ظهر فقه ابن عاشور بقوله: "إنما هرع الفقهاء في التشريع والتفريع إلى القياس على النظائر والجزئيات ولم يعمدوا إلى الفحص عن المعاني الكليات القريبة، ولا إلى الفحص عن إثبات وجود الكليين العالين وهما المصلحة والمفسدة؛ لأنَّهُمْ رَأَوْا دَلَالَةَ النَّظِيرِ عَلَى نَظِيرِهِ أَقْرَبَ إِرْشَادًا إِلَى الْمَعْنَى الَّذِي صَرَحَ بِاعْتِبَارِهِ فِي نَظِيرِهِ، أَوْ أَوْماً إِلَى اعْتِبَارِهِ فِيهِ، أَوْ أَوْصَلَ الظَّنَّ بِأَنَّ الشَّارِعَ مَا رَاعَى فِي حُكْمِ النَّظِيرِ إِلَى ذَلِكَ الْمَعْنَى، فَإِنَّ دَلَالَةَ النَّظِيرِ عَلَى الْمَعْنَى الْمَرْعِي لِلشَّارِعِ حِينَ حُكْمَ لَهُ بِحُكْمِ مَا دَلَّالَةٌ مُضَبَّوْطَةٌ ظَاهِرَةٌ مَصْحُوبَةٌ بِمَثَالِهَا"⁽³⁾، وقال الدكتور فتحي الدريني: "إنَّ القياس قد أكد ما يقتضيه منطق التشريع في الوقائع غير المنصوص عليها، بما يحقق العدالة في مظان أحكامها، وهو منطق ثابت مقرر قبل إجراء عملية القياس، فجاء القياس عملاً فكرياً اجتهادياً تحليلياً مظهرًا لمقتضى هذا المنطق الواقعي الثابت، ومن هنا قرر الأصوليون أَنَّ القياس مظهر للحكم لا مثبت

(1) محمد الأمين بن محمد مختار الشنقيطي، مذكرة في أصول الفقه، (ص402)

(2) أحمد محمد الراشد، أصول الإفتاء والاجتهاد التطبيقي، في نظريات فقه الدعوة الإسلامي، (163/1)

(3) ينظر: ابن عاشور، في مقاصد الشريعة الإسلامية، (ص 108-109).



له⁽¹⁾؛ لأنَّ القياس يرتقي بالنص من أفقه اللغوي المحدود، إلى أفق منطقته التشريعي الرحب الذي لا حدود له، فأضحى بذلك خطة تشريعية اجتهادية لتحقيق العدالة في جميع مظان حكمها في الفروع المستجدة إلى ما لا نهاية حتى لا تجد بينها تخالفاً أو تناقضاً ولا نقصد بمنطق التشريع إلا هذا⁽²⁾.

ومن هنا يبدو في يسر ووضوح، أن الوقوف عند حرفية النص اصطناعاً للمنهج اللغوي المحض، إهدار للمنطق التشريعي؛ بل إهدار للعدالة نفسها -وهي أساس التشريع كله- في جميع مظان أحكامها التي يمكن إثباتها عن طريق الاجتهاد القياسي القائم على أصل معين يشهد لعلته بالاعتبار. ويقول العلامة عبد الوهاب خلاف: "إنَّ صحة التعليل بالمناسب بناء على اعتبار جنسه في جنس الحكم تفتح أبواب القياس بسعة"⁽³⁾، وبناء على هذه التوسعات في أدوات القياس، وعدم تقيدهم من العلة إلى غيرهما من أوجه التعليل ذهب الفقهاء إلى أدوات متعددة للاستدلال بها في القياس، وهي كالاتي:

أولاً- استخدام قياس الشبه، (القياس بكثرة الأشباه) في إثبات الحكم:

الأصل عند علماء الأصول أنَّ القياس: هو إلحاق ما ليس فيه نص بما فيه نص⁽⁴⁾، وهناك تعريفات أخرى، تناولها علماء الأصول، لكن الذي نحن بصدده هو مفهوم قياس الشبه، وهو ما عرفه الأمدي بقوله: "إنَّ القياس هو التشبيه، ويلزم عليه أن يكون تشبيه أحد الشئيين بالآخر في المقدار، وفي بعض صفات الكيفيات كالألوان والطعوم ونحوها"⁽⁵⁾، وقال الزركشي: "إنَّ قياس الشبه هو إلحاق فرع بأصل لكثرة إشباهه بالأصل في الأوصاف من غير أن يعتقد أنَّ الأوصاف التي شابه الفرع بها الأصل علة حكم الأصل"⁽⁶⁾. ومن خلال تعريفهما يظهر أنَّ القياس لا يقوم على العلة فقط، وإنما يقوم عليها، وعلى غيرها من الأوصاف التي توصل إلى الحكم الشرعي، وهذا ما نقله الزركشي عن ابن فورك بقوله: "من الناس من اقتصر على الشبه ومنع القول بالعلة. وقال ابن السمعاني: ذهب بعض القياسيين من الحنفية وغيرهم إلى صحة القياس من غير علة إذا لاح بعض الشبه"⁽⁷⁾، ومن هنا يظهر أن ابن فورك والسمعاني يتوسعان في القياس، وينقلانه من العلة إلى الشبه، وهو ما أشار إليه بعض

(1) فتحي الدريني، المناهج الأصولية (603).

(2) محمد أحمد الراشد، أصول الإفتاء والاجتهاد التطبيقي، (1/166-167).

(3) عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، (ص74).

(4) عبد الكريم بن علي النملة، المهذب في أصول الفقه المقارن، (4/1833).

(5) الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام (3 / 184).

(6) أبو عبد الله بدر الدين الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه (7 / 295).

(7) أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، (7 / 142).



علماء الأصول بقولهم: إنَّ الشبه هو أن يتردد الفرع بين أصلين⁽¹⁾؛ فيلحق بأكثرهما شبهًا كالاختلاف في العبد هل يُملك؟ وهل إذا قتل تلزم فيه القيمة أو الدية؟ فَإِنَّهُ يشبه المال من حيث إنَّه يباع، ويوهب، ويورث ونحو ذلك، ويشبه الحر من حيث إنَّه يثاب، ويعاقب، وينكح ويطلق ونحو ذلك، فيلحق بأكثرهما شبهًا، والأكثر على أَنَّ شبيهه بالمال أكثر فتلزم فيه القيمة إذا قتل، وقيل: بالعكس، وهذا النوع هو المعروف بغلبة الأشباه، وأجمع الجمهور على أَنَّ غلبة الأشباه لا يخرج عن الشبه؛ لأنَّه إما أن يكون هو بعينه، وإما أن يكون نوعًا منه خلأً لما زعمه العضد من أنَّه ليس نوعًا من المسلك المسمى (بالشبه)، وإنَّ حاصله تعارض مناسبين بالذات رجح أحدهما؛ فهو من مسلك المناسب بالذات، وأنَّ الشبه لفظ مشترك يطلق على كل منهما، وغلبة الأشباه من أقوى قياسات الشبه⁽²⁾، وقياس الشبه ليس على درجة واحدة، بل هو على ثلاث مراتب مختلفة كما قال الشنقيطي: "وأقوى أنواعه: الشبه في الحكم والصفة معًا، ثم الشبه في الحكم فقط، ثم الشبه في الصفة فقط؛ فمثال الشبه في الصفة والحكم معًا: شبه العبد بالمال في أن يورث ويبيع ويشترى ونحو ذلك، وهذا شبه في الحكم، وشبهه للمال في الصفة هو كون العبيد تتفاوت قيمة أفرادهم بحسب تفاوت أوصافهم جودة ورداءة، والشبه في الصفة فقط كشبه الأوقات بالبر والشعير في الربا"⁽³⁾.

ويمثل له: بتكرار مسح الرأس في الوضوء دائر بين أصلين فيلحق بأكثرهما شبهًا، وذلك من وجهين:

أحدهما - أنَّه مسح فلا يتكرر كغيره من المسح، كمسح الوجه واليدين في التيمم، ومسح الخف في الوضوء.

ثانيهما - أنَّه ركن من أركان الوضوء الأربعة المذكورة في الآية فيكرر كما يكرر غسل الوجه واليدين، فمن قال: بعدم تكرار مسحه، قال: إنَّه أكثر شبهًا بالأول، ومن قال: بتكراره، قال: أنَّه أكثر شبهًا بالثاني. وناقش هذه المسألة الفقهاء فذهب الأحناف إلى أنَّ مسح الرأس لا يتكرر، تشبيها له بمسح الخف والتيمم، وتعليقه في ذلك الوصف الشبهى الجامع بينهم، فقد ألحق مسح الرأس في الوضوء بمسح الخفين، والمسح على أعضاء التيمم في عدم مشروعية التكرار⁽⁴⁾. وخالفهم الإمام الشافعي رحمته: إلى أنَّ مسح الرأس يتكرر في الوضوء مستدلًا بقياس الشبه؛ لأنَّه أصل يؤدي

(1) وعلق عليها الإمام الشيرازي بقوله: "الشبه وذلك مثل أن يتردد الفرع بين أصلين يشبه أحدهما في ثلاثة أوصاف ويشبه الآخر في وصفين فيرد إلى أشبه الأصلين به وذلك كالعبد يشبه الحر في أنه آدمي مخاطب مثاب معاقب ويشبه البهيمة في أنه مملوك مقوم فيلحق بما هو أشبه به" ينظر: للمع في أصول الفقه (ص: 101).

31 ينظر: أبو علي الحسن بن شهاب العكبري، رسالة في أصول الفقه، تح: د. موفق بن عبد الله بن عبد القادر، (ص71)، محمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطي، مذكرة في أصول الفقه (ص 316، 317).

(3) محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الشنقيطي، مذكرة في أصول الفقه، (ص317).

(4) محمد بن محمد بن محمود الرومي، العناية شرح الهداية، (14/1).



بالماء فيتكرر كالأعضاء الثلاثة، فكأنه يقول: هي إحدى الوظائف الأربع في الوضوء؛ فالأشبه التسوية بين الأركان الأربعة⁽¹⁾، قال الغزالي: "ولا ينكر تأثير كل واحد من الشبهين في تحريك الظن إلى أن يترجح"⁽²⁾.

يظهر مما سبق أنّ النزاع الحاصل بين الأوصاف التي ذهب إليها الفقهاء أثر في الترجيح، فمسح الخف لم لا يستحب تكراره، أيقال: إنّه تعبد لا يعلل؟ أو لأنّ تكراره يؤدي إلى تمزيق الخف؟ أو لأنّه وظيفة تعبدية تمرينية لا تفيد فائدة الأصل؛ إذ لا نظافة فيه، لكن وضع لحي لا تركز النفس إلى الكسل؟ أو لأنّه وظيفة على بدل محل الوضوء لا على الأصل؟ فمن سلم أنّ العلة المؤثرة في الأصل هي المسح يلزمه، ومن لم يشبهه بالخف وإنما هو أشبه بالعضو الواجب وضوؤه، أو بالجيرة التي يجب تكرار مسحها، فذهب إلى تكرار المسح.

ثانياً- القياس على فتوى سابقة (القياس على قول فقيه):

يُعَدُّ إن العلم وجهان: اتباع واستنباط، والاتباع: اتباع كتاب، فإن لم يكن فسنة، فإن لم يكن فقول عامة من سلف لا نعلم له مخالفاً، فإن لم يكن فقياس على كتاب الله، فإن لم يكن فقياس على سنة رسول الله ﷺ، فإن لم يكن فقياس على قول عامة من سلف لا مخالف له⁽³⁾، إلا أنّ المنهج أو الطريقة الأخيرة التي أشار إليها الإمام الشافعي وهو القياس على قول أحد أئمة السلف، تعد من الطرق المستشكلة عند الفقهاء، لأنّ هذه الأداة لا تقوم على معايير ومساك العلة، من السبر والتقسيم، وتحقيق المناط، وتنقيح المناط، وتخريج المناط، وإنما تقوم على المناظرة والمماثلة للمسألة الفقهية، أو ما يسمى بتخريج الأقوال في النظائر، والسبب في الذهاب إلى هذه الأداة والتوسع في إثبات الحكم من خلالها، لوجود مسائل ظهرت في وقتنا المعاصر ليس فيها نص مماثل من خلاله نبحث عن علته، وإنما توجد بعض الفتاوى تشابه هذه القضية أو النازلة، ولهذا ذهبت الدراسة إلى استخدام هذه الأداة، وتأثيرها في بعض الأقوال الفقهية ومنها: مسألة حق التأليف والطبع والنشر الذي هو من الحقوق الجديدة الداخلة في نطاق ما أطلق عليه العلماء باصطلاح الحقوق المعنوية، فقد اختلف العلماء في تكييفه وتخريجه؛ الأمر الذي ترتب عليه اختلاف وجهات نظرهم في حكمه، فهل يُعَدُّ مالا، وحكمه حكم المال أم لا يُعَدُّ مالا، ومن خلاله حصل خلاف بين الفقهاء المعاصرين حول هذه المسألة وهو كالاتي:

ذهب بعض الفقهاء المعاصرين كالشيخ/ مصطفى الزرقا، والدكتور/ فتحي الدريني، والدكتور/ وهبة الزحيلي، إلى اعتبار حق التأليف، وحق الإبداع والابتكار مما له صفة المالية؛ لأنّ المنافع

(1) زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، (39/1).

(2) ينظر: الغزالي، المستصفي (ص: 317).

(3) صالح بن محمد بن نوح بن عبد الله العمري، إيقاظ همم أولي الأبصار للاقتداء بسيد المهاجرين والأنصار، (35/1).



كالسكنى والركوب تُعدُّ أموالاً⁽¹⁾، قياسهم الحقوق المعنوية على المصنوعات؛ لأنَّ الكتاب المؤلف كالمصنوع، والمؤلف كالصانع فكما أنَّ من صنع جهازاً، أو شيئاً فإِنَّهُ يكون له، ومن حقه منع غيره من الاستفادة منه، أو إجازته الاستفادة منه بالأجر، أو المجان فكذلك الكتاب. وهو شيء متأكد متقوم، وليس حقاً محضاً غير متأكد ولهذا فإِنَّهُ يورث. واستدلوا على ذلك بإفتاء علماء المذهب الشافعي⁽²⁾، بجواز أخذ الأجرة على فعل بعض الطاعات، كالإمامة والأذان وتعلم القرآن، مع أنَّ الأصل عدم الجواز عند الأحناف⁽³⁾، ولكن استثنيت تلك الأمور استناداً إلى قاعدة: (لا ينكر تغيير الأحكام بتغيير الأزمان)⁽⁴⁾، ومعنى ذلك قياس أمر استحساني على أمر استحساني، وإذا كان هناك نص يخالف ذلك فإنَّ العرف يصلح مخصصاً، كما خصص المنع من أخذ الأجرة على الطاعات.

وخالف في هذا المسألة بعض الفقهاء ومنهم الدكتور/ أحمد الحجي الكردي⁽⁵⁾، والشيخ تقي الدين النبهاني في كتابه (مقدمة الدستور الإسلامي) حكماً مخالفاً لما تقدم، وذهب إلى أنه ليس لمؤلف الكتاب أي حق في الاستثناء به، وأنَّه يجوز لأي ناشر كان، فرداً أو مؤسسة، أن ينشره كما يشاء، وخرج ذلك على مصلحة ترويج الفكر الإسلامي، وتحريره من كافة القيود؛ لكي يصل إلى أكبر قدر من الناس، فهم شركاء في البحث عن الحقيقة، وفي وصولها إليهم أيضاً⁽⁶⁾. والذي يظهر أنَّهم قاسوه على ما كان الناس فيه شركاء كالماء والكلأ، كما قاسوه على حق الشفعة، إلا أنَّ الزحيلي رد عليهم بقوله: "وهذا قياس مع الفارق، فليس حق المؤلف كحق الشفعة، وإنما هو كما أثبت حق مالي مملوك، كحقوق الارتفاق، كما أنَّ حق المؤلف ونحوه من الحقوق المعنوية، فلم يثبت لصاحبه دفعا للضرر عنه فقط، وإنما ثبت له ابتداء"⁽⁷⁾.

وقد ناقش مجلس مجمع الفقه الإسلامي في مؤتمره الخامس المنعقد في الكويت في جمادي الأول سنة 1409 هـ (كانون الأول 1988م) بهذا الشأن وأصدر قراره رقم (5)، باعتبار الحقوق المعنوية كالاسم التجاري، والعنوان التجاري، والعلامة التجارية، والتأليف والاختراع، أو الابتكار حقوقاً خاصة لأصحابها، وأنها أصبحت في العرف المعاصر ذات قيمة مالية معتبرة لتمول الناس بها، وهي حقوق

(1) ينظر: مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي نظرية الالتزام، (21/3)، فتحي الدريني، حق الابتكار في الفقه الإسلامي (136)، وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة (593).

(2) ينظر: أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، (116/1).

(3) ينظر: أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (152/1).

(4) أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا (227).

(5) حكم الإسلام في حقوق التأليف والنشر والترجمة، بحث منشور في مجلة هدى الإسلام، المجلد (25) العددان (7) -

(8) 1401 هـ / 1981م

(6) المصدر السابق: (162 و 163)

(7) وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة (ص592).



يعتد بها شرعاً، فلا يجوز الاعتداء عليها، وأنَّه يجوز التصرف بها ونقلها بعبوض مالي، ونص في الفقرة الثالثة منه على حقوق التأليف والاختراع أو الابتكار، وعدها حقوقاً مصونة شرعاً، لأصحابها حق التصرف فيها ولا يجوز الاعتداء عليها⁽¹⁾. ومن خلال ما سبق يظهر أنَّها ذات قيمة مالية معتبرة حكمها حكم الأموال سواء أكانت نقدية أم منقولة أم عقارية.

ومن المسائل المعاصرة في الوقت الحاضر قياس العلماء المعاصرين جواز العقود عبر الاتصالات الحديثة، على فتوى العلماء سابقاً، ومنها ما نقله الإمام النووي في المجموع بقوله: " لو تتاديا وهما متباعدان وتبايعا صح البيع بلا خلاف"⁽²⁾، وجاء خلاف هذه المسألة ما نصه في الفتاوى الهندية قال: "ولا يجوز أن يناديه من بعيد أو من وراء جدار، رجل في البيت فقال: للذي في السطح بعته منك بكذا، فقال: اشتريت، صح إذا كان كل واحد منهما يرى صاحبه، ولا يلتبس الكلام للبعد كذا في القنية، والبعد إن كان بحائل يوجب الالتباس بقول كل واحد منهما يمنع وإلا فلا"⁽³⁾، قال الإمام النووي: "قال أصحابنا: فلو لم يتفرقا ولكن جعل بينهما حائل من ستر أو نحوه أو شق بينهما نهر، لم يحصل التفرق بلا خلاف، وإن بني بينهما جدار فوجهان، حكاهما القاضي حسين والبلغوي والرافعي وآخرون أصحابنا، لا يحصل التفرق كما لو جعل بينهما ستر لأنَّهما لم يتفرقا وممن صححه البلغوي والرافعي وظاهر كلام المصنف القطع به؛ لأنه قال لو جعل بينهما حاجز من ستر وغيره لم يسقط الخيار، والثاني: يسقط وبه قطع المتولي وادعى أنَّه يسمى تفرقا وليس كما قال، وقال الروياني: إنَّ جعل بينهما حائط أو غيره لم يحصل التفرق لأنَّهما لم يفترقا ولأنَّهما لو غمضا أعينهما لم يحصل التفرق"⁽⁴⁾، وبناء على ما ذهب إليه العلماء القدامى في كتبهم وفتاواهم المذكورة رجح المجمع الفقهي المنعقد بجدة في المملكة العربية السعودية من 17-24 شعبان 1410 هـ الموافق 14-20 / مارس: 1990م، إلى الآتي:

أولاً- إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد ولا يرى أحدهما الآخر معاينة ولا يسمع كلامه، وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة أو السفارة (الرسول) وينطبق على البرق والتلكس

(1) ينظر: نص هذا القرار في قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي 1406 - 1409 هـ / 1985 - 1988 م: 93. هذا ومما يجدر التنويه عنه بحث الدكتور بكر بن عبد الله أبو زيد (حق التأليف تاريخاً وحكماً) في المجلد الثاني من كتابه فقه النوازل من ص 77 - 146، وقد ذكر مؤلفه أنه يرى أن الأولى للعالم المسلم، إذا لم تدعه حاجة، أن لا يأخذ عوضاً عن مؤلفاته، وأما إذا دعت الحاجة فيأخذ بقدرها، ومن أغناه الله فالأولى له التعفف. ص 143.

(2) النووي، المجموع، 181/9.

(3) الفتاوى الهندية 5/3.

(4) النووي، المجموع (181/9).



والفاكس وشاشات الحاسب الآلي (الحاسوب) ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلى الموجه إليه وقبوله.

ثانياً- إذا تم التعاقد بين طرفين في وقت واحد وهما في مكانين متباعدين وينطبق هذا على الهاتف واللاسلكي، فإنَّ التعاقد بينهما يعتبر تعاقدًا بين حاضرين، وتطبق على هذه الحالة الأحكام الأصلية المقررة لدى الفقهاء المشار إليها في الديباجة (هو تطابق الإيجاب والقبول والموالات بينهما).

ثالثاً- إذا أصدر العارض بهذه الوسائل إيجابًا محدد المدة يكون ملزمًا بالبقاء على إيجابه خلال تلك المدة وليس له الرجوع عنه⁽¹⁾.

ثالثاً- القياس على اللفظ:

هو تسمية شيء باسم شيء آخر لغة لوجود معنى فيه، يظن أنه سبب لإطلاق هذا الاسم عليه ولدورانه معه وجودًا وعدمًا، ونظرًا للتشابه اللغوي في بعض الألفاظ والمصطلحات، حصل خلاف في بعض الأحكام الفقهية، ومنها مسألة النباش والطرار، هل تقطع أيديهم؟ أو لا تقطع أيديهم، وهل لفظ النباش ينطبق من حيث اللغة على لفظ السارق لغة أو لا ينطبق، وكذلك الطرار، فمن ذهب من الفقهاء بأنَّه ينطبق قال: يقطع يد النباش والطرار، ومن قال: إنَّ اللفظ اللغوي لا ينطبق عليه، قال: بعدم قطع يد النباش والطرار، وهذا ما أشار إليه الإمام السرخسي بقوله: "ولا قطع على النباش في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله يقطع، والاختلاف بين الصحابة رضي الله عنهم، وعائشة، وابن مسعود، وابن الزبير رضي الله عنهم قالوا بوجوب القطع، وابن عباس رضي الله عنهما كان يقول لا قطع عليه، وعليه اتفق من بقي في عهد مروان من الصحابة على ما روي أن نباشا أتى به مروان فسأل الصحابة رضي الله عنهم عن ذلك فلم يبينوا له فيه شيئًا فعززه أسواط، ولم يقطعه، وبهذا تبين فساد استدلال من يستدل بالآية لإيجاب القطع عليه، فإنَّ اسم السرقة لو كان يتناولها مطلقا لما احتاج مروان إلى مشاورة الصحابة رضي الله عنهم مع النص، وما اتفقوا على خلاف النص، فأما من أوجب القطع استدلاله بقوله رضي الله عنه «من نبش قطعناه»⁽²⁾ والمعنى فيه أنه سرق ما لا كامل المقدار من حرز لا شبهة فيه فيقطع، كما لو سرق لباس الحي، وهذا؛ لأنَّ الأدمي محترم حيا وميتا»⁽³⁾.

ومن أمثلة القياس على اللغة مسألة الفاسد والباطل؛ كونهما لفظين مترادفين قياسًا للشرع على اللغة، حيث إنَّ الباطل لغة بمعنى: الفاسد والساقط، يقال: "بطل الشيء"، إذا فسد وسقط حكمه، فإذا لم

(1) محمد حسين الجيزاني، فقه النوازل (كافة قرارات المجامع) 105/3.

(2) أحمد بن الحسين أبو بكر البيهقي، السنن الصغير للبيهقي، تح: عبد المعطي أمين قلعي، رقم الحديث (2622)،

(313/3)

(3) السرخسي، المبسوط (9 / 159)



يفرق بينهما لغة فائنه يجب عدم التفريق بينهما شرعاً؛ حملاً للمقتضيات الشرعية على مقتضياتها اللغوية؛ لأن الأصل عدم التغيير⁽¹⁾.

رابعاً- عدم اشتراط العلة المنضبطة في القياس، والاكتفاء بالقياس بالحكمة؛

ناقش هذه القضية كثير من علماء الأصول في كتبهم، لفتح مجال لكثير من المسائل؛ كون العلة المنضبطة قد يصعب إثبات الحكم بها في بعض القضايا الفقهية، فالعلة: لا تختلف باختلاف الأشخاص، ولا باختلاف الأحوال، ولا باختلاف البيئات، بحيث يكون محدود المعنى في كل ما يتحقق فيه، فالسكر علة تحريم الخمر، أما الحكمة: فهي وصف مناسب للحكم يتحقق في أكثر الأحوال، وهو غير منضبط، وغير محدود⁽²⁾، وقال: "ولذلك اعتبر الوصف المناسب يكون علة للقياس من غير نظر إلى كونه منضبطاً أو غير منضبط، وقرروا أنه لا يمكن أن يكون نصاً قرآنياً أو نبوياً إلا وله حكمة واضحة ومصلحة مشروعة، وبهما تناط الأحكام، وهذه المصلحة المشروعة هي التي تربط بها الأشباه والنظائر"⁽³⁾.

وهذا مما حصل فيه اختلاف بين علماء الأصول في قولهم القياس على الحكمة هل هي معتبرة أو غير معتبرة:

أصحاب القول الأول: ذهبوا إلى عدم جواز القياس مطلقاً سواء أكانت العلة منضبطة أم غير منضبطة، وكذا عدم القياس بالحكمة وهم الظاهرية، قال ابن حزم: "فصح أنه لا يحل لأحد تعليل في الدين، ولا القول بأن هذا سبب هذا الحكم إلا أن يأتي به نص فقط"⁽⁴⁾. ومن أنكر القياس على الحكمة أبو زيد الدبوسي قال: "الحكم يتبع السبب دون حكمة السبب، وإنما الحكمة ثمرة، وليست بعلة فلا يجوز أن يقال جعل القتل سبباً للقصاص للزجر والردع فينبغي أن يجب القصاص على شهود القصاص لمسيس الحاجة إلى الزجر"⁽⁵⁾.

أصحاب القول الثاني: ذهبوا إلى جواز القياس بالحكمة مطلقاً، وهم: الغزالي والعز بن عبد السلام، والشاطبي والرازي والبيضاوي أجازوا القياس بالحكمة مطلقاً سواء أكانت ظاهرة أم خفية، منضبطة أم غير منضبطة⁽⁶⁾.

(1) عبد الكريم النملة، الجامع لمسائل أصول الفقه وتطبيقاتها على المذهب الراجح (ص 69).

(2) ينظر: أبو زهرة، أصول الفقه، (250).

(3) أبو زهرة، أصول الفقه (250)

(4) ابن حزم الظاهري، الاحكام في أصول الأحكام، (8/ 92)

(5) الغزالي، المستصفى (ص: 329)

(6) ينظر: الرازي، المحصول، ج 2 ص 389 والغزالي، شفاء الغليل (614)، وشرح الأسنوي للمنهاج (105/3)، أبو

اسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي، الموافقات في اصول الشريعة، (ج1ص199).



وأما بعض الأصوليين كالأمدي وابن الحاجب وهو الظاهر من مذهب الحنابلة إلى التفصيل، فأجازوا القياس بالحكمة إذا كانت منضبطة، وظاهرة لا خفاء فيها⁽¹⁾. وقد رجح بعض الباحثين - السعدي وشلبي⁽²⁾ قول المفصلين أو القائلين القياس بالحكمة المنضبطة، إلا أنهم استدركوا ولاحظوا أموراً يجب التنبيه عليها من أن فقهاء الصحابة والتابعين وقبل نشوء علم الكلام والجدل لم يفرقوا بين المصطلحات فعملوا بالحكمة والمصلحة ورفع الحرج ودفع المشقة، ما ينبئ أنهم مؤيدون للقول الثاني القياس بالحكمة سواء أكانت منضبطة أم غير منضبطة، ظاهرة أم خفية.

ومن الأمثلة على ذلك قوله تعالى: ﴿حُذِرْنَ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةٌ تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا وَصَلَّ عَلَيْهِمْ إِنَّ

صَلَوَاتِكَ سَكَنٌ لَهُمْ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿١٠٣﴾ [التوبة: ١٠٣]

بينت الآية الكريمة حكمة أخذ الزكاة بأنّها تطهرهم وتُنمي حسناتهم، فهي طهارة للنفس من رذيلة البخل، أو لأنّها تطهرهم من الذنوب، فهذا الحق أثبتته الله لمصلحة الدافع والأخذ؛ فأما في حق الدافع فيطهره وتضعيف أجوره، وأما في حق الدافع فليسد حاجته⁽³⁾، وهذا كله من قبيل التعليل بالحكمة. والأمثلة لها، قياس الرفقة الثقات على المحرم للمرأة المسافرة للحج، فعند الشافعية أنّه: "لا يجب عليها -المرأة- الحج حتى تأمن على نفسها فإنّ خرج معها زوج أو محرم إما بنسب أو غيره فذاك وإلا فنظر إن وجدت نسوة ثقات يخرجن فعليها أن تحج معهن".⁽⁴⁾

خامساً- القياس على القياس:

الأصل عند علماء الأصول أن القياس مبنى على أصل، وليس على فرع؛ لأن الأصل فيه نص، والفرع ما ليس فيه نص، وهنا حصل خلاف بينهم هل يصح القياس على القياس، أو القياس على الفرع، فقد نقل الزركشي الخلاف عن علماء الأصول في كتابه فقال: "قال الأمدي يطلق الأصل على ما يتفرع عليه غيره وعلى ما يعرف بنفسه وإن لم يبين عليه غيره، كقولنا: تحريم الربا في النقيدين أصل، وهذا منشأ الخلاف في أنه هل الأصل في تحريم النبيذ الخمر أو النص أو الحكم؟ قال: وانفقوا على أن العلة ليست أصلاً، وقال الرازي: تسمية العلة في محل النزاع أصلاً أولى من تسميته محل الحكم في محل الوفاق أصلاً؛ لأن التعلق الأول أقوى من الثاني قال وتسمية محل الوفاق بالأصل أولى من تسميته محل الخلاف بالفرع، لأنه أصل الأصل، وهذا أصل الفرع، قال: لكننا نساعد الفقهاء على

(1) ينظر: محمد عبد الرحيم الارموي، نهاية الوصول الى علم الاصول، (2/ 215)، شهاب الدين القرافي، شرح تنقيح الفصول، (406).

(2) ينظر: محمد مصطفى شلبي، تعليل الاحكام، ص 118 وما بعدها، والسعدي، مباحث العلة في القياس: ص 118، رائد نصري، التعليل بالحكمة: ص 91130 وغيرها.

(3) انظر: ابن دقيق العيد، إحكام الأحكام، ج 1 ص 255.

(4) عبد الكريم بن محمد الرفاعي القزويني، فتح العزيز بشرح الوجيز، (7 / 22).



مصطلحهم في تسمية محل الوفاق بالأصل ومحل الخلاف بالفرع. مسألة: لا يشترط قيام الدليل على جواز القياس على القياس بنوعه أو شخصه؛ بل كل معنى قدح فيه معنى مخيل غلب على الظن اتباعه قيس عليه، خلافا لعثمان البتي، وقال قوم لا بد من قيام الدليل على تعليقه ولم يكتفوا بقيام الدليل على أصل القياس⁽¹⁾.

كما أفرد أبو الحسين البصري فصلاً يناقش فيه القياس على القياس فقال: "اعلم أنه إذا وقعت المعارضة في علة الأصل واستوى العلتان فلا بد من ترجيح أحدهما على الأخرى، وذلك يكون بوجهين أحدهما: يرجع إلى قوة طريق صحة العلة، والثاني: إلى تعدي العلة، أما قوة طريق صحة العلة بأن تكون إحدى العلتين مجمع عليها دون الأخرى، أو تكون إحداها منصوفاً عليها والأخرى معلومة بمفهوم النص، أو إحداها طريقها مفهوم النص وطريق الأخرى الاستنباط، أما الترجيح بالتعدي فبأن تكون إحداها متعدية دون الأخرى، أو بأن تكون إحداها أكثر فروعاً من الأخرى، هذا على قول الأكثر لا يفسد العلة إذا لم تكن متعدية، وأما إذا عارض القياس بقياس فإنه يتجه علة من الكلام في إفساده وتصحيح علة ما قد سلف فإذا استويا رجح أحدهما على الآخر، وترجيح القياس يكون بما يرجع إلى أصله أو إلى حكمه أو إلى علة⁽²⁾، وهذا ما أشار إليه المالكية بقولهم: إن الحكم الثابت بالقياس يصح أن يقاس عليه، وقد قال ابن رشد الكبير: إذا علم الحكم في الفرع، صار أصلاً، وجاز القياس عليه بعله أخرى مستنبطة منه، وإنما سمي فرعاً ما دام متردداً لم يثبت له الحكم بعد، وكذلك إذا قيس على ذلك الفرع بعد أن ثبت أصلاً بنبوت الحكم فيه فرع آخر بعله مستنبطة منه أيضاً، فثبت الحكم فيه، صار أصلاً وجاز القياس عليه إلى ما لا نهاية⁽³⁾. وهذه الأداة الاستدلالية قد أثرت في بعض القضايا الفقهية وظهر نزاعها بشكل كبير في الوقت الحاضر وهي **تولي المرأة القضاء**، وكان سبب الخلاف، عدم وجود دليل بجواز توليها قاضية وإنما الحكم مبني على قياس أو فرع مستنبط وهي الفتوى؛ لأن الفتوى مستنبطة من عموم الشريعة، وليس بنص شرعي، وما ذهب إليه بعض علماء السلف، من حيث الجواز كابن جرير الطبري، والأصم وابن عُليّة، واختاره علماء الحنفية والظاهرية⁽⁴⁾، وقال به من المعاصرين الدكتور عبد الكريم زيدان، الذي يقول: "ويجوز لها أن تستزيد من المعرفة بأحكام الدين... بحيث إن تكون معلمة لغيرها، أو داعية للإسلام، أو مفتية في أمور الشرع، أو قادرة على تولي مناصب القضاء"⁽⁵⁾. وفي سياق حديثه عن حقوق المرأة، يؤكد حق المرأة في تولي منصب

(1) الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه (4 / 69).

(2) محمد بن علي بن الطيب البصري أبو الحسين، المعتمد، تح: خليل الميس، (2 / 457).

(3) ابن رشد الكبير، المقدمات والمهديات (22/1)، وينظر: أبو زهرة، أصول الفقه (ص 215).

(4) عثمان بن علي بن محجن البارعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد الشلبي (4/187)، أبو محمد علي بن أحمد بن حزم الظاهري، المحلى بالآثار (8/527).

(5) عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة (4/252).



القضاء، فيقول: "يجوز للمرأة أن تتولى وظيفة عامة في الدولة الإسلامية كوظيفة القضاء"⁽¹⁾، وكان من أبرز أدلتهم على جواز تولي المرأة منصب القضاء ما يلي:

1-الأصل أن كل من تكون عنده مقدرة الفصل في قضايا الناس، يكون حكمه جائزاً، وهذا هو أصل عام، أي: قاعدة كلية، فيصح للمرأة أن تتولى القضاء، ولا تعد أنوثتها مانعاً؛ لأنها لا تؤثر في فهمها للحجج، وفصلها في الخصومات⁽²⁾.

2-قياس القضاء على الفتوى⁽³⁾. فكما يجوز للمرأة أن تكون مفتية، يجوز لها أن تكون قاضية. والقضاء في الحقيقة هو إظهار للحكم الشرعي في قضية من القضايا، والرجل والمرأة يستويان في إظهاره، بدليل جواز الفتوى منهما، إلا أن القضاء يختلف عن الفتوى بكونه ملزماً بحكم القاضي، بخلاف إظهار الحكم الشرعي من المفتي فهو غير ملزم، والإلزام بحكم القاضي إنما جاء من الشرع لا من القاضي، بمعنى أن الذكورة والأنوثة لا علاقة لها بالإلزام بالحكم من عدمه، وطالما أن الإلزام كان من الشرع لحكم القاضي فهذه الميزة ممنوحة للقاضي سواء أكان ذكراً أم أنثى.

3-قياس القضاء على الحسبة، بجامع أن كلا منهما ولاية عامة، فالأصل المقيس عليه هنا هو الحسبة، والفرع المقيس هو القضاء، والعلة الجامعة فيهما هي أن كلا منهما ولاية عامة، وكما يجوز تولي المرأة الحسبة جاز لها أن تتولى القضاء قياساً⁽⁴⁾. وبهذا استدل ابن حزم الظاهري.

4-قياس القضاء على الشهادة، فكما يجوز لها أن تشهد يجوز لها أن تقضي فيما تشهد فيه.

7-إجماع الفقهاء على صلاحية المرأة لتولي بعض الولايات الخاصة، فهي تصلح لأن تكون وصية على الأيتام، وتصلح لأن تكون ناظرة مال الوقف؛ لأنها قادرة على أن تقوم بأمر هذه الولايات؛ فجاز إسنادها إليها، والقضاء يُعد من الولايات الخاصة، فيجوز إسناده إليها، ما دام مناط الحكم -وهو القدرة على ممارسته- متحققاً.

ولكن اعتراض المانعين على قول المجزين، بأنه لا يوجد نص يصرح بجواز توليها وما استدل به القائلون بالجواز إنما هي أقيسة على فروع مستنبطة، وفي نظرهم يعد استدلال غير معتبر؛ لأن المقيس عليه من الفروع والقواعد المستنبطة.

(1) المرجع نفسه.

(2) ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد، (2/564)، والشيرازي، تكملة المجموع شرح المهذب، (911/19)، ابن فرحون، تبصرة الحكام (1/24).

(3) ابن قدامة، المغني (9/39).

(4) ابن حزم، المحلى بالآثار، (9/363).

المبحث الرابع-العرف وعلاقته بأدوات الاستدلال المعاصرة:

تعريف العرف: لغة: هو المعرفة ويطلق على الشيء المعروف المؤلف الذي استحسنته العقول

واستطابته الأمزجة ومنه قوله تعالى: ﴿ خُذِ الْعَمَّوْ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴾ [الأعراف: 199]

اصطلاحاً: هو مرادف لمعنى العادة، وهو من العود، وهو التكرار، وقد عرفه الغزالي رحمه الله بقوله: العادة والعرف ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول⁽¹⁾.

أنواعه: ينقسم العرف إلى أنواع، فهو أولاً: يقسم إلى عرف قولي وعرف عملي، وثانياً: يقسم إلى عرف خاص، وعرف عام.

- 1-**العرف القولي:** هو تعارف قوم على النطق بلفظ من الألفاظ على معنى معين بحيث لا يتبادر إلى الذهن عند سماعه غيره مثل إطلاق اللحم على الحيوان وعدم إطلاقه على السمك والطيور.
- 2-**العرف العملي:** هو تعارف قوم على القيام بعمل معين كأكلهم لحم الضأن دون غيره وشربهم ماء النهر دون غيره وأكلهم خبز بر دون غيره وتقسيم المهر إلى معجل ومؤجل.
- 3-**العرف الخاص:** وهو عرف جماعة بعينهم كعرف التجار، وعرف الحاكة، وعرف الحرفيين، أو عرف قرية من القرى دون سائر البلاد.
- 4-**العرف العام:** هو ما كان متفقاً على التعامل به في سائر البلاد⁽²⁾.

العرف وأدواته وأثاره في إثبات الحكم:

تعد الأدلة الشرعية قائمة بحد ذاتها في استدلالاتها الشرعية، ويعد العرف أحد أدلتها الشرعية، لكن يحصل تساؤل حول العرف من حيث التوسع في أدواته أو أثاره على الأحكام الفقهية، كما هو حاصل للقياس، فالذي ظهر للدراسة بعد البحث في كتب الفقه والأصول والمجامع الفقهية، أن العرف لم يحصل له توسع في أدواته، وظل كما هو دليل من الأدلة الشرعية المعتمدة، وإنما الذي حصل له تغير الأعراف والتقاليد والأحوال الحاصلة للناس، كما أنه استجدت أعراف وقضايا جديدة يجب إعمالها واعتبارها؛ كونها لم تصادم النص شرعاً ولم تعارضه، ومن الأمثلة على ذلك.

أولاً-عدم الحكم على العاقلة في اليمن:

اتفق الفقهاء على أن العاقلة -عاقلة الجاني- تحمل عن الجاني ما يجب عليه من دية أو أرش جنائته على ما دون النفس، على وجه الخطأ، ونحوه مما يجب فيه الأرش، ولكنهم اختلفوا في تحديد مقدار الأرش الذي يجب على الجاني حتى تحمله عنه عاقلته، وهذه المسألة ليس بصدد مناقشتها

(1) أحمد يحيى الكردي، مصادر التشريع الإسلامي الأصلية والتبعية، ص58، محمد الحبش، شرح المعتمد، ص61.

(2) محمد الحبش، شرح المعتمد ص61، السعدي، وشرح منظومة القواعد الفقهية، ص54.



فقيها، ولكن مما يظهر عند الفقهاء أن العاقلة هي التي تدفع الدية والأرش للجاني⁽¹⁾، ولكن للمتغيرات والحوادث الجديدة فإن المحاكم الجنائية في الجمهورية اليمنية في وقتنا الحاضر صارت من الصعب بمكان تنفيذ الحكم على العاقلة، وخاصة مع التوسع الحاصل في المجتمع من خلال مكونات الأسرة أو العمران، فصار الحكم على العاقلة إضاعة لحق المجني عليه، وإرهاق له في تنفيذ الحكم الصادر لصالحه، فطراً عرف جديد لدى القضاة والمحاكم بأن لا يحكم على العاقلة، وإنما يحصر الحكم على المتهم وللمتهم الرجوع على عاقلته في أخذ ما يخصهم من الدية أو الأرش، وهذا ما ثبت في أثناء البحث والتساؤل حول القضية، فقد أُنقِيت بمدير إصلاحية السجن المركزي في أثناء تدريسي لهم ببرنامج الماجستير بجامعة الجزيرة للعام الجامعي 2020-2021م، فأخبرني بأن هناك ما يقارب 150 سجيناً في السجن المركزي، قضيتهم متعلقة بالديات، والسبب في عدم إخراجهم من السجن هو عدم إجبار العاقلة على دفع ديات المقتول خطأ؛ كون القرار الصادر من المحكمة متعلق بالجاني وليس بالعاقلة.

ثانياً-إدخال متر في الشارع عند بيع الأراضي:

صار من المعروف لدى الناس يومنا هذا عند بيع الأراضي التي على الشوارع إدخال متر الشارع في المبيع أو ما يسمى متر البلكونة و صار معروفاً لدى جميع الكتاب الذين يحررون وثائق البيع ولدى جميع تجار الأراضي اعتبار ذلك فلو لم يذكر ذلك في صيغة عقد البيع فإنه عند احتساب المساحة للأرض المبيعة فإنه يدخل في الحساب متر الشارع للعرف الحاصل لدى الناس، وهذا مما لا يصادم نصاً ولا يعارضه؛ بل إنه داخل ضمن القواعد السابقة أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً وغيرها من القواعد المشابهة⁽²⁾.

ثالثاً-المهر المؤجل:

إنَّ من المقرر أن المرأة تستحق المهر المؤجل بمجرد الدخول عليها ويصير بذلك معجلاً واجب الأداء إلا أنه في يومنا الحاضر صار عرف الناس أن المهر المؤخر لا يدفع للزوجة إلا عند الموت (موت الزوج) أو الطلاق أما قبل ذلك فإن المرأة نفسها لو سلم لها الزوج المهر المؤخر لأقامت الدنيا واقعدتها مدعية أنه يريد طلاقها أو الزواج عليها؛ لذا صار غالبية الناس لا يخرجون المهر المؤخر إلا في الحالتين المذكورتين عند موت الزوج أو طلاق الزوجة.

(1) ينظر: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (196/4)، الشيرازي،

مغني المحتاج (98/4)، ابن قدامة، المغني (768/7).

(2) وهذا ما اثبته وثائق الأراضي الموجودة بين أيدينا، وما تحكم به إدارة العقارات والسجلات المدنية.



وعند مناقشة هذا الموضوع نجد أن المرأة ضمناً هي من تطالب بهذا التأخير اعتقاداً منها أن ذلك ضمان لبقاء الحياة الزوجية، ثم إن المتفق عليه ضمناً عند العقد هو هذا المعنى المراد أنه لا يدفع المهر المؤخر إلا في هاتين الحالتين فصار ذلك عرفاً يقيد ما سبق من لزوم دفع المهر المؤخر بعد الدخول ويجعله إلى ما بعد الموت أو الطلاق.

الخاتمة والتوصيات:

- أتقدم إلى الله سبحانه وتعالى بالشكر والثناء والحمد على أن سهل لي جمع المادة العلمية لبحث أدوات المناهج الاستدلالية الذي أخذت مني جهداً كبيراً، وبعد الدراسة والبحث ظهرت لي عدة نتائج:
- 1- إن المناهج الاستدلالية بوصفها قواعد لا يمكن إنشاء قاعدة جديدة لكن يمكن إيجاد أدوات استدلالية من خلالها يستطيع الباحث تطبيقها على المسائل المعاصرة.
 - 2- توصلت الدراسة إلى أن القياس له عدة أدوات غير العلة التي استند عليها الفقهاء سابقاً، وهي: القياس على الأشباه والأوصاف، والقياس على القياس، والقياس على قول فقيه، والقياس على اللغة.
 - 3- توصلت الدراسة إلى أن العرف يتغير بتغير الأزمنة والأمكنة، وعليه إذا تغير العرف يتغير الحكم بما يتناسب مع الزمان الذي ظهر فيه، أو المكان الذي ظهر فيه العرف.

التوصيات:

تعد الدراسة من الدراسة الجديدة، وتحتاج إلى فريق عمل ومراكز بحثية لكي تتوصل لجمع المادة العلمية في مناقشة أدوات الاستدلالية المعاصرة وتطبيقاتها الفقهية.



قائمة المصادر والمراجع

1. أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسرُوْجُردِي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: 458هـ)، السنن الصغير للبيهقي، المحقق: عبد المعطي أمين قلعجي، دار النشر جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي . باكستان، الطبعة: الأولى، 1410هـ - 1989م
2. ابن دقيق العيد، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، الناشر: مطبعة السنة المحمدية، الطبعة: (د ط ت).
3. ابن عاشور، في مقاصد الشريعة الإسلامية، دار سحنون للنشر والتوزيع، دار السلام، الطبعة الثانية، 1428/ 2007م.
4. أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: 476هـ)، المهذب في فقه الإمام الشافعي، الناشر: دار الكتب العلمية.
5. أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الأمدي (المتوفى: 631هـ)، الإحكام في أصول الأحكام، تح: عبد الرزاق عفيفي، الناشر المكتب الإسلامي، بيروت-دمشق-لبنان.
6. أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد (المتوفى: 595هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الناشر: دار الحديث - القاهرة، تاريخ النشر: 1425هـ - 2004م (196/4)، الشيرازي، مغني المحتاج (98/4)، ابن قدامة، المغني (768/7).
7. أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (المتوفى: 505هـ)، المستصفى، تح: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1413هـ - 1993م.
8. أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (المتوفى: 505هـ)، المنخول من تعليقات الأصول، حققه وخرج نصه وعلق عليه: الدكتور محمد حسن هيتو، الناشر: دار الفكر المعاصر-بيروت لبنان، دار الفكر دمشق - سورية، الطبعة: الثالثة، 1419هـ - 1998م.
9. أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (المتوفى: 275هـ)، سنن أبي داود، تح: محمد محيي الدين عبد الحميد، الناشر: المكتبة العصرية، صيدا - بيروت.
10. أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي (د ط ت).
11. أبو عبد الله الحسين بن علي بن طلحة (ت899)، رفع النقاب عن تنقيح الشهاب، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، ط1 1425هـ 2004م، تح: أحمد بن محمد السراج، د/ عبد الرحمن بن عبد الله الجبرين.
12. أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (المتوفى: 794هـ)، البحر المحيط في أصول الفقه، الناشر: دار الكتبي، الطبعة: الأولى، 1414هـ - 1994م.
13. أبو علي الحسن بن شهاب بن الحسن بن علي بن شهاب العكبري الحنبلي (المتوفى: 428هـ)، رسالة في أصول الفقه، تح: د. موفق بن عبد الله بن عبد القادر، الناشر: المكتبة المكية - مكة المكرمة، الطبعة الأولى، 1413هـ - 1992م.
14. أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: 456هـ)، الإحكام في أصول الأحكام، المحقق: الشيخ أحمد محمد شاكر، قدم له: الأستاذ الدكتور إحسان عباس، دار الآفاق الجديدة، بيروت.
15. أحمد بن الشيخ محمد الزرقا [1285هـ - 1357هـ]، شرح القواعد الفقهية، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، الناشر: دار القلم - دمشق / سوريا، الطبعة: الثانية، 1409هـ - 1989م.
16. أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (المتوفى: 370هـ)، الفصول في الأصول، الناشر: وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة الثانية، 1414هـ - 1994م، (9/4).
17. أسعد عبد الغني السيد الكفراوي، الاستدلال عند الأصوليين، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة.
18. حكم الإسلام في حقوق التأليف والنشر والترجمة، بحث منشور في مجلة هدى الإسلام، المجلد (25) العددان (7) - (8) 1401هـ / 1981م



19. زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنكي (المتوفى: 926هـ)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، الناشر: دار الكتاب الإسلامي (د ت ط).
20. محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: 483هـ)، المبسوط، الناشر: دار المعرفة - بيروت، الطبعة: بدون طبعة، تاريخ النشر: 1414هـ-1993م.
21. صالح بن محمد بن نوح بن عبد الله العمري (المتوفى: 1218هـ)، إيقاظ همم أولي الأبصار للاقتداء بسيد المهاجرين والأنصار، الناشر: دار المعرفة - بيروت.
22. طلال المجذوب، منهج البحث وإعداده دراسة نظرية وتطبيقية (د ط) بيروت، عزالدين للطباعة والنشر.
23. عبد الرحمن حسن حبنكة، ضوابط المعرفة وأصول الاستدلال والمناظرة، دار القلم بدمشق، الطبعة الأولى 1395م.
24. عبد الغني محمد العمراني، دليل الدارس إلى كتابة البحث العلمي، دار الكتاب الجامعي، صنعاء.
25. عبد الكريم بن علي النملة، المذهب في أصول الفقه المقارن، دار النشر: مكتبة الرشد - الرياض، الطبعة الأولى: 1420 هـ - 1999م.
26. عبد الكريم بن محمد الرفاعي القزويني (المتوفى: 623هـ)، فتح العزيز بشرح الوجيز، الناشر: دار الفكر.
27. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة، مؤسسة الرسالة الطبعة الثالثة 1420 هـ 2000م.
28. عبد الملك الجويني إمام الحرمين، شرح الورقات، تح: حسام الدين بن موسى عفانة، الناشر: مكتبة العبيكان، الطبعة: الأولى، 1421 هـ - 2001م.
29. عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني (المتوفى: 478هـ)، البرهان في أصول الفقه، تح: صلاح بن محمد بن عويضة، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة الأولى 1418 هـ - 1997م.
30. عبد الوهاب خلاف (المتوفى: 1375هـ)، علم أصول الفقه، الناشر: مكتبة الدعوة - شباب الأزهر، الطبعة: عن الطبعة الثامنة لدار القلم.
31. عبد الكريم بن علي النملة، الجامع لمسائل أصول الفقه وتطبيقاتها على المذهب الراجح، مكتبة ابن رش، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى 1420 / 2000م.
32. عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفى: 743 هـ) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد الشلبي (المتوفى: 1021 هـ)، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، الطبعة: الأولى، 1313 هـ (187/4).
33. علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: 587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، 1406 هـ - 1986م.
34. علي خليل مصطفى أبو العينين، منهجية البحث في التربية الإسلامية، مجلة رسالة الخليج العربي، مكتب التربية العربي لدول الخليج الرياض / السعودية، العدد 24، السنة الثامنة.
35. الفتاوى الهندية، لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الناشر: دار الفكر، الطبعة: الثانية، 1310 هـ.
36. فتحي الدريني، المناهج الأصولية، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، 1429 / 2008م.
37. فتحي الدريني، حق الابتكار في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، 1429 / 2008م.
38. فقه النوازل (كافة قرارات المجامع) د. محمد حسين الجيزاني،
39. أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (المتوفى: 606هـ)، المحصول، دراسة وتحقيق: الدكتور طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الثالثة، 1418 هـ - 1997م.



40. إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (المتوفى: 790هـ)، الموافقات، المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، الناشر: دار ابن عفان، الطبعة: الطبعة الأولى 1417هـ/ 1997م.
41. أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: 456هـ)، المحلى بالآثار، دار الفكر - بيروت، (ب د ط ت)
42. محمد أحمد الراشد، أصول الإفتاء والاجتهاد التطبيقي، في نظريات فقه الدعوة الإسلامي، دار المحراب، فان كوفر كندا، زيورج سويسرا، الطبعة الأولى 1423هـ 2002م.
43. محمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطي (ت: 1393هـ)، مذكرة في أصول الفقه، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، ط5، 2001م.
44. محمد البلتاجي، مناهج التشريع الإسلامي في القرن الثاني للهجري، دار السلام للطباعة والنشر، ط1 1425هـ -2004م
45. محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، ط1 بيروت دار الكتاب العربي.
46. محمد بن علي بن الطيب البصري أبو الحسين، المعتمد، تح: خليل الميس، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، 1403.
47. محمد بن محمد بن محمود الرومي (المتوفى: 786هـ)، العناية شرح الهداية، الناشر: دار الفكر (د ت ط).
48. محمد عبد الرحيم الاموي، نهاية الوصول الى علم الاصول، شهاب الدين القرافي، شرح تنقيح الفصول: 406.
49. مسعود بن موسى فلوسي، مدرسة المتكلمين ومنهجها في دراسة أصول الفقه، مكتبة الرشد، الطبعة الأولى، 1425 / 2004م.
50. مصطفى الخن، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية 2003/1424م.
51. مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي نظرية الالتزام، دار القلم دمشق، الطبعة الثانية 1425هـ 2004م.
52. محمد مصطفى شلبي، تحليل الاحكام، دار النهضة العربية، للطباعة والنشر، بيروت.
53. أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ)، المغني، الناشر: مكتبة القاهرة، الطبعة: بدون طبعة
54. محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676هـ)، مجموع شرح المهذب (مع تكملة السبكي والمطيعي)، الناشر: دار الفكر.
55. هشام قريسة، الاستدلال وأثره في الخلاف الفقهي، رسالة دكتوراه من جامعة الزيتونة لعام 1980، الناشر دار ابن حزم، بيروت لبنان، الطبعة الأولى 1426/2005م.
56. وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، دار الفكر المعاصر، الطبعة الأولى 1423هـ 2002م.