حكم العمل بالقول الشاذ من الفتوى

أ.د.فضل بن عبد الله مراد
أستاذ الفقه المشارك – كلية الشريعة والدراسات الإسلامية – جامعة قطر

الملخص

6

الحمد لله والصلاة والسلام على خير خلق نبينا محمد – صلى الله عليه وسلم – :

هذا البحث يناقش حكم العمل بالقول الشاذ الشاذ من الفتوى دراسة مقارنة ، مع ذكر أراء الفقهاء فيه ، وتناول مفهوم القول الشاذ في اللغة الاصطلاح، وتعريف الشذوذ عند العلماء ، مع بيان المسائل والفروع التي اختلفوا فيها ومتى يجوز العمل بالقول الشاذ من الفتوى ، كما اعتمد البحث على المنهج الوصفي الاستقرائي وذلك باستقراء أراء الفقهاء وموقف القانون اليمني مع مناقشة وتحليل أدلة كل فريق منهم ، كما يقوم البحث باستقراء أراء الفقهاء وتحليلها واستنباط الحكم الشرعي منها ، وأخيرا الخاتمة التي بينت أهم النتائج وأهم التوصيات التي توصل اليها الباحث في هذا البحث. .

الحمد لله والصلاة والسلام على الرسول الكريم وبعد :

فهذا بحث عن مسألة هامة في الفقه الإسلامي كثر عنها الحديث في هذه الآونة نظرا لاستحداث كثيرمن المسائل الفقهية الحديثة التي تحتاج الى النظر الفقهي المعاصر ونجد كثيرا من أهل العلم يتحدث عنها وهنا ينزع البعض منهم الى التقليد والنظر التخريجي في المسائل وينزع الآخرون الى الاجتهاد والنظر رغم ما قد يواجه من الصعوبات نظرا للعقلية التقليدية لدى البعض وهنا يتعلق البعض بتهمة الشذوذ في الفتوى لأبطال هذا القول أو ذك ولو كان شذوذه بالنسبة لما تقادم زمانا ومكانا من الفتاوى عبر القرون ولذلك رأيت أن أكتب هذا البحث ومنجيتي في ذلك التأصيل وعزو الأدلة والنقول الى مظانها وأترجم لمن يحتاج للترجمة ممن ذكر في صلب البحث

واذكر الجزء والصفحة عند العزو وإن كان للمرة الأولى فأذكر الدار الناشر وأرجح ما استطعت الى ذلك إن لزم الامر هذا والله أسأل أن ينفع به وقد جعلته في مبحثين :

المبحث الأول: تعريف الشذوذ لغة واصطلاحا

المبحث الثاني: مذاهب العلماء في العمل بالشاذ.

المبحث الأول: تعريف الشذوذ وفيه مطلبان:

المطلب الأول : تعريف الشذوذ في أصل الوضع اللغوي

المطلب الثاني : تعريف الشذوذ في الفتوى عند الفقهاء .

المطلب الأول

تعريف الشذوذ في أصل الوضع اللغوي

الشذوذ في اللغة : الانفراد عن الجماعة والجمهور جاء في الصحاح: شذذ شذ عنه يشذ ويشذ شذوذا: انفرد عن الجمهور، فهو شاذ. وأشذه غيره. وشذاذ الناس: الذين يكونون في القوم وليسوا من قبائلهم(١)

المطلب الثاني

تعريف الشذوذ في اصطلاح الفقهاء

لم يطلع الباحث على تعريف محدد جامع موحد للشاذ عن الفقهاء في الجملة ، إلا أنه من خلال دراسة لاصطلاحات المذاهب وعباراتهم في الباب توصلت إلى أن الشاذ في اصطلاح الفقهاء : هو الخلاف شديد الضعف والضعيف في الجملة ، لكن ومع هذا لا يمكن الايفاء الصحيح بتعريف جامع للمذاهب نظرا لاختلاف طرقهم واصطلاحاتهم ، لذلك يرى الباحث من الضرورة تفصيل ذلك في مسائل .

المسألة الأولى: الشاذ عند الحنفية:

الشاذ عند الحنفية له صور ولا بد أن نبين أولا ألفاظ الفتوى ، وما عليه العمل لأنه من خلال ذلك يمكن التعرف على الشاذ لأنه مقابله في الجملة . وهذا فيه فروع :

الفرع الأول :ما لم يختلف فيه فقهاء المذهب :

وهو ما اتفق عليه الإمام وأصحابه(٢) فهذا في المرتبة الأولى في الفتوى فالفتوى بغيره شذوذ . جاء في الدر المختار: ما اتفق عليه أصحابنا في الروايات الظاهرة يفتى به قطعا(٣).

---

(١) تاج اللغة وصحاح العربية ١٢٧/٣

المؤلف : إسماعيل بن حماد الجوهري (ت٣٩٣هـ).الناشر: دار العلم للملايين -بيروت.الطبعة: الرابعة - يناير ١٩٩٠م.

وجاء في (لسان العرب مادة "شذذ") ٤٩٤/٣ لمحمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري الناشر: دار صادر – بيروت.

(شذذ) شَذَّ عنه يَشِذُّ ويَشُذُّ شذوذاً انفرد عن الجمهور وندر فهو شاذٌّ وأَشذَّه غيره ابن سيده شَذَّ الشَّيءُ يَشِذُّ شَذّاً وشُذُوذاً ندر عن جمهوره

وفي (المعجم الوسيط مادة " شذّ ") (شذ) - شذوذا : انفرد عن الجماعة . أو خالفهم. ويقال: شذ عن الجماعة . و - الكلام: خرج عن القاعدة وخالف القياس. (أشذ) فلان: جاء بقول شاذ. و - الشيء: أبعده. و - القول : جاء به شذوذا. (الشاذ): المنفرد، أو الخارج عن الجماعة .

(٢) وأصحابه هم أبو يوسف ويطلق عليه الثاني ، ومحمد وهو الثالث ، وزفر ، والحسن بن زياد وهما الرابع والخامس . انظر البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٢٩٢/٦ زين الدين ابن نجيم الحنفي سنة الولادة ٩٢٦هـ/ سنة الوفاة ٩٧٠هـ الناشر دار المعرفة. مكان النشر بيروت.

(٣) الدر المختار مع حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار ٧٤/١ في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان لخاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين ويليه تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف طبعة جديدة منقحة مصححة إشراف مكتب البحوث والدراسات الجزء الأول دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع

الفرع الثاني :ما اختلفوا فيه: فهذا: الأصح الفتوى به على الترتيب التالي:

يفتى بقول الإمام على الإطلاق، ثم بقول الثاني، ثم بقول الثالث، ثم بقول الرابع والخامس. فهذه على الترتيب. وصحح بعضهم أن يفتى بقوة المدرك (١).

قال الباحث: لكن الإفتاء بذلك -الذي يظهر - أنه مختص بالمؤهل للنظر في مدارك الفتاوى أما المقلد فلا فيكون هناك مرتبتان:

١. مرتبة المجتهد وهو لا يفتي إلا بما يظهر له لا بتقليد لتأهله .

٢. مرتبة المقلد وهو الذي يقيد بهذه القواعد .

" والمراد بالأهلية هنا أن يكون عارفا مميزا بين الأقاويل له قدرة على ترجيح بعضها على بعض ولا يصير الرجل أهلا للفتوى ما لم يصر صوابه أكثر من خطئه ؛لأن الصواب متى كثر فقد غلب ولا عبرة بالمغلوب بمقابلة الغالب فإن أمور الشرع مبنية على الأعم الأغلب " (٢)

وتيسيرا على أهل التقليد فقد وضع فقهاء المذهب علامات على صحة القول المعتمد في الفتوى كقولهم: وعليه الفتوى، وبه يفتى، وبه نأخذ، وعليه الاعتماد، وعليه عمل اليوم، عليه عمل الامة، وهو الصحيح، أو الأصح، أو الأظهر، أو الأشبه، أو الأوجه، أو المختار، ونحوها.

وبعض الألفاظ آكد من بعض، فلفظ الفتوى آكد من لفظ الصحيح، والأصح والأشبه وغيرها، ولفظ وبه يفتى آكد من الفتوى عليه، والأصح آكد من الصحيح، والأحوط آكد من الاحتياط (٣).

الفرع الثالث : إذا وجد قولان مصححان :

فقد نص فقهاء المذهب : أنه متى كان في المسألة قولان مصححان، جاز القضاء والإفتاء بأحدهما(٤).

ونصوا أنه: "إذاتعارض إمامان معتبران عبر أحدهما بالصحيح والآخر بالأصح، فالأخذ بالصحيح أولى ؛لأنهما اتفقا على أنه صحيح، والأخذ بالمتفق أوفق فليحفظ" (٥).

---

(١) وهم على الترتيب : أبو يوسف ، ومحمد ، وزفر ، والحسن بن زياد .البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٢٩٢/٦. قال : وصحح في السراجية: أن المفتي يفتي بقول أبي حنيفة على الإطلاق ثم بقول أبي يوسف ثم بقول محمد ثم بقول زفر والحسن بن زياد ولا يخير إذا لم يكن مجتهدا ... وصحح في الحاوي القدسي: أن الإمام إذا كان في جانب وهما في جانب فالأصح أن الاعتبار لقوة المدرك.

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٢٩٤/٦

(٣) رد المحتار لابن عابدين ٧٨/١

(٤) الدر المختار شرح تنوير الابصار ٧٧/١

(٥) الدر المختار شرح تنوير الابصار ٧٩/١

ولكن يجب أن يعلم أن هذا في حال التصريح بالمقابل أنه صحيح ، أما لو لم ينص على ذلك فالقاعدة التفريق بين الأصح والصحيح باعتبار المقابل فـ "إذا ذيلت رواية في كتاب معتمد بالأصح أو الأولى، أو الأوفق أو نحوها، فله أن يفتي بها وبمخالفها أيضا أيا شاء، وإذا ذيلت بالصحيح أو المأخوذ به، أو وبه يفتى، أو عليه الفتوى لم يفت بمخالفه"(١) إذا نخلص من هذا إلى أن الشاذ والضعيف عندهم هو:

١. ماقابل الراجح وهو ما اتفق عليه الأصحاب في ظاهر الرواية.

٢. أوماجاء على خلاف ما نص على تصحيحه .

٣. أو ما جاء على خلاف ما نص على أنه يفتى به أو عليه العمل أو أي لفظ يفيد القوة والترجيح.

وباختصار : هو القول الضعيف

المسألة الثانية: الشاذ عند المالكية : أما المالكية فقد ورد التصريح عنهم بوضوح في تحديد الشاذ والضعيف أثناء تحديدهم للمشهور .وقد انحصر المشهور في ثلاثة معان هي:

١. المشهور ما قوي دليله ، ومن قال بهذا استدل بأن مسائل المذهب تدل على أن المشهور ما قوي دليله ، وأن مالكاً رحمه الله كان يراعي من الخلاف ما قوي دليله لا ما كثر قائله.

٢. وقيل ما كثر قائله . فهذان قولان (٢).

إلا أن العلامة بن رشد(٣) بين أن الأشياخ ربما ذكروا في قول إنه المشهور ويقولون في مقابله إنه الصحيح اه (٤).

---

(١) رد المحتار لابن عابدين ٧٩/١

(٢) البهجة في شرح التحفة ٤٠/١ للتسولي .

البهجة في شرح التحفة: أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي المالكي، دار النشر: دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت - ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨م، الطبعة: الأولى، حققه وضبطه وصححه: محمد عبد القادر شاهين.

(٣) ابن رشد هو: الإمام العلامة، شيخ المالكية، قاضي الجماعة بقرطبة، أبو الوليد محمد بن أحمد بن أحمد بن رشد القرطبي المالكي. للفقه، مقدسا فيه على جميع أهل عصره، عارفا بالفتوى، بصيرا بأقوال أئمة المالكية، نافذا في علم الفرائض والاصول، ومن تصانيفه كتاب المقدمات " لاوائل كتب المدونة، وكتاب " البيان والتحصيل لما في المستخرجة من التوجيه والتعليل " واختصار " المبسوطة "، واختصار " مشكلة الآثار " للطحاوي، سمعنا عليه بعضها، وسار في القضاء بأحسن سيرة، وأقوم طريقة، ثم استعفى منه، فأعفي، ونشر كتبه، وكان الناس يعولون عليه ويلجؤون إليه، وكان حسن الخلق، سهل اللقاء، كثير النفع لخاصته، جميل العشرة لهم، بارا بهم. عاش سبعين سنة، ومات في ذي القعدة سنة عشرين وخمس مئة . انظر سير اعلام النبلاء ٥٠١/١٩ المؤلف : شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز الذهبي (المتوفى : ٧٤٨هـ) المحقق : مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرناؤوط الناشر : مؤسسة الرسالة الطبعة : الثالثة ، ١٤٠٥ هـ / ١٩٨٥ م

(٤) البهجة في شرح التحفة ٤٠/١

قال الباحث وهذا لا يشكل لأن لكل قاعدة استثناء .

٣. المشهور هو مذهب المدونة ..

ومقابل المشهور شاذ ومقابل الأشهر مشهور دونه في الشهرة . (١) جاء في مقدمة شرح المختصر في الفقه المالكي: ما به الفتوى إما مشهور فقط ، أو راجح فقط ، أو مشهور وراجح ، والمرجح ما قوي دليله ،والمشهور فيه أقوال قيل إنه ما قوي دليله فيكون بمعنى الراجح ،وقيل ما كثر قائله وهو المعتمد ، ... ثم إن كلام الشارح يقتضي أن الفتوى إنما تكون بالقول المشهور ، أو الراجح من المذهب .(٢)

المسألة الثالثة :الشاذ عند الشافعية : الشاذ في مذهب الشافعية هو:

١. ماخالف الجمهور الأكثر.

٢ . ما خالف الراجح.

٣. ماخالف نصوص الشافعي.، هذا ما يفهم من نصوص المحققين من فقهاء المذهب ، وإليك نص الإمام النووي قال النووي(٣): " قد يجزم نحو عشرة من المصنفين بشئ وهو شاذ بالنسبة إلى الراجح في المذهب ومخالف لما عليه الجمهور وربما خالف نص الشافعي أو نصوصا له"(٤)

المسألة الرابعة: الشاذ عند الحنابلة:

من خلال تتبع كلام الحنابلة خاصة ابن قدامة إمام المذهب(٥) ، والمرداوي (١) مصححه. نخلص إلى تعريف الشاذ في اصطلاحهم .

---

(١) البهجة في شرح التحفة ٤٠/١

(٢) حاشية الدسوقي على خليل ٢٠/١ المؤلف محمد أحمد عرفة الدسوقي الناشر / دار إحياء الكتب العربية.

(٣) هو يحيى بن شرف بن مري بن حسن ، النووي (أو النواوي) أبو زكريا ، محيي الدين . من أهل نوى من قرى حوران جنوبي دمشق ولد عام ٦٣١هـ . إمام المذهب الشافعي ومحققه وعليه العمدة في التصحيح والتضعيف وهوكذلك إمام في الحديث واللغة . من تصانيفه (المجموع شرح المهذب) لم يكمله ، و " روضة الطالبين " ، و " المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج " توفي عام ٦٧٦ هـ طبقات الشافعية للسبكي ٥ / ١٦٥ ، طبقات الشافعية الكبرى: تاج الدين بن علي بن عبد الكافي السبكي، دار النشر : هجر للطباعة والنشر والتوزيع – ١٤١٣هـ، الطبعة: الثانية، تحقيق : د. محمود محمد الطناحي د.عبد الفتاح محمد الحلو. والأعلام للزركلي ٩ / ١٨٥ قاموس تراجم لاشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين تأليف خير الدين الزركلي، الناشر دار العلم للملايين

(٤) المجموع للنووي ٤٨/١ طبعة دار الفكر.

(٥) الشيخ الإمام القدوة العلامة المجتهد شيخ الإسلام موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة بن مقدام بن نصر المقدسي الجماعيلي ثم الدمشقي الصالحي الحنبلي صاحب المغني مولده بجماعيل من عمل نابلس سنة إحدى وأربعين وخمس مئة في شعبان. وهاجر مع أهل بيته وأقاربه، وله عشر سنين، وحفظ القرآن، ولزم الاشتغال من صغره، وكتب الخط المليح، وكان من بحور العلم وأذكياء العالم صنف " المغني " عشر مجلدات و " الكافي " أربعة، و " المقنع " مجلدا، وغيرها كثير انتقل إلى رحمة الله يوم السبت يوم الفطر، ودفن من الغد

قال بن قدامة : وما عدا ما ذكرنا من الجروح وكسر العظام مثل خرزة الصلب والعصعص ففيه الحكومة) .

ولا نعلم فيها مخالفا، وإن خالف فيها أحد فهو قول شاذ لا يستند إلى دليل يعتمد عليه ولا يصار إليه (٢)

ففي كلامه وصف الشاذ بوصفين :

أ . وصف مفهوم .

ب . ووصف منطوق.

أما المفهوم فهو ما انفرد به عن الكافة ، أما المنطوق فهو مالا يستند إلى دليل وقد صرح بالمفهوم في موضع آخر موضحا أن الشاذ ما انفرد عن العامة فقال : (وأما ما ليس بمحدد كالبندق والعصي والحجر والشبكة والفخ فلا يباح ما قتل به لأنه وقيذ .

أما ما قتلته الشبكة والحبل : فهو محرم لا نعلم فيه خلافا إلا عن الحسن(٣) أنه مباح إذا قتله الحبل إذا سمى فدخل فيه وجرحه.

وهذا قول شاذ يخالف عوام أهل العلم، ولأنه قتل بما ليس له حد أشبه ما قتله بالبندق .انتهى. (٤)

وكذلك في موضع آخر جاء بنفس الافادة ونقله عن ابن المنذر(٥) فقال : (إن قال لعبده وهو أكبر منه أنت ابني لم يعتق .. . وقال أبو حنيفة يعتق ... ولنا أنه قول يتحقق كذبه فيه فلم يثبت الحرية كما لو قال

سنة عشرين وست مئة، وكان الخلق لا يحصون انتقل إلى رحمة الله يوم السبت يوم الفطر، ودفن من الغد سنة عشرين وست مئة، وكان الخلق لا يحصون سير أعلام النبلاء ١٧٢/٢٢

(١) علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد بن محمد المرداوي السعدي ثم الصالحي الحنبلي الشيخ الإمام العلامة المحقق المفنن أعجوبة الدهر شيخ المذهب وإمامه ومصححه ومنقحه بل شيخ الإسلام على الإطلاق ومحرر العلوم بالاتفاق ولد سنة سبع عشرة . برع وفضل في فنون من العلوم وانتهت إليه رياسة المذهب وباشر نيابة الحكم دهرا طويلا فحسنت سيرته وعظم أمره ثم فتح عليه في التصنيف فصنف كتبا كثيرة في أنواع العلوم أعظمها الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف أربع مجلدات ضخمة جعله على المقنع وهو من كتب الإسلام فإنه سلك فيه مسلكالم يسبق إليه بين فيه الصحيح من المذهب .

وتصحيح كتاب الفروع لابن مفلح وشرح الآداب وغير ذلك وصار قوله حجة في المذهب يعول عليه في الفتوى والأحكام توفي٨٨٤هـ شذرات الذهب في أخبار من ذهب ٣٣٩/٧ عبد الحي بن أحمد العكري الدمشقي، دار النشر: دار الكتب العلمية.

(٢) المغني لابن قدامة ٦٣٧/٩ طبعة دار الكتب العلمية

(٣) الحسن بن أبي الحسن البصري، روى له الستة، أحد الأئمة المحدثين الفقهاء، علم من أعلام الإسلام، ترجمته في تهذيب التهذيب: ٩٤٤/٢ تأليف: أحمد بن علي بن محمد ابن حجر العسقلاني ت: ٨٥٢هـ

مطبعة دائرة المعارف النظامية، الهند

(٤) المغني لابن قدامة ٢٢/١١

(٥) ابن المنذر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، أبو بكر: فقيه مجتهد، من الحفاظ. مولده ٢٤٢ هـ كان شيخ الحرم بمكة. قال الذهبي: ابن المنذر صاحب الكتب التي لم يصنف مثلها.

لطفل :هذا أبي ، أو لطفلة هذه أمي، قال ابن المنذر هذا من قول النعمان شاذ لم يسبقه أحد إليه ولا تبعه أحد عليه وهو محال من الكلام وكذب يقينا(١)ولم يقتصر على مخالفة الفرد فقط ، بل الجماعة من الفقهاء عند المخالفة لما يمكن أن يقترب من الإجماع أطلق عليه مسمى الشاذ فقال : وهذا إجماع من أهل العلم إلا ما حكي عن بن عباس ... وهو قول شاذ لا نعلم اليوم به قائلا ؛ لأنها تدلي بغير وارث فلم ترث كالأجانب(٢)واستعمل هذا أيضا في بيان الشذوذ المذهبي في قوله :وهذه الرواية هي المنصوصة عن أحمد في رواية الجماعة وما يخالفها شاذ في النقل(٣)وهذ ما أفاده في الانصاف قائلا: إلا أنه رحمه الله تعالى أطلق في بعض مسائله الخلاف من غير ترجيح ، فاشتبه على الناظر فيه الضعيف من الصحيح ، فأحببت إن يسر الله تعالى أن أبين الصحيح من المذهب ، والمشهور ، والمعمول عليه، والمنصور ، وما اعتمده أكثر الأصحاب وذهبوا إليه ولم يعرجوا على غيره ولم يعولوا عليه (٤) وأما الاطلاق الثاني فهو المخالفة بلا مستند من الدليل كما علل : ابن قدامة ذلك بقوله:" شاذ يخالف الأخبار كلها فلا يعول عليه" (٥)

الخلاصة في تعريف الشاذ من خلال ما تقدم:

١. يطلق على القول الشديد الضعف والضعيف في الجملة

٢. يطلق على ما لا يصح به الفتوى في المذهب في الاصل عند الحنفية

٣. على مقابل المشهور وهو للمالكية

٤. على خلاف الجمهور ، أونص الشافعي أو الراجح .وهذا عند الشافعية.

٥. يطلق على خلاف الجمهور مذهبا ، أو عموما ، وعلى ما خالف نص الدليل. وهذا عند الحنابلة .

منها " المبسوط " في الفقه، و الاوسط في السنن والاجماع والاختلاف والاشراف

على مذاهب أهل العلم - ، فقه، و " اختلاف العلماء تفسير القرآن – توفي ٣١٩ هـ سير أعلام النبلاء ٤٩٠/١٤ و الأعلام ٢٩٤/٥

(١) المغني لابن قدامة ٢٣٨/١٢

(٢) المغني لابن قدامة ٤١/٧

(٣) المرجع نفسه ١٦/٩

(٤) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي ٣/١ الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: علي بن سليمان المرداوي أبو الحسن سنة الولادة ٨١٧/ سنة الوفاة٨٨٥، تحقيق: محمد حامد الفقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت.

(٥) المغني لابن قدامة ٢٥٠/١٢

المبحث الثاني

مذاهب العلماء في العمل بالقول بالشاذ

المطلب الأول : الأصل المنع من العمل بالشاذ لدى كافة المذاهب:

المسألة الأولى : المنع في المذاهب الأربعة

أولا الحنفية : بيان أن المذهب منع العمل بالشاذ

الفرع الأول : المنع من الفتوى والقضاء على غير المعتمد في المذهب من الشاذ والضعيف للمقلد .

بين فقهاء المذهب أن الحكم والفتيا بالقول المرجوح جهل وخرق للاجماع، فالمقلد لا ينفذ قضاؤه ولا تصح فتواه، بخلاف مذهبه أصلا ، ولا بالأقوال الشاذة والضعيفة في المذهب. (١)

فيكون معزولا بالنسبة لغير المعتمد من مذهبه، فلا ينفذ قضاؤه فيه ،وينقض .

فعلينا اتباع ما رجحوه وما صححوه كما لو أفتوا في حياتهم.(٢)

قال ابن عابدين قوله: (بالقول المرجوح) كقول محمد مع وجود قول أبي يوسف إذا لم يصحح أو يقو وجهه.

وأولى من هذا بالبطلان الافتاء بخلاف ظاهر الرواية إذا لم يصحح، والافتاء بالقول المرجوع عنه اه.(٣)

و مقتضى مذهب الشافعي كما قاله السبكي منع العمل بالقول المرجوح في القضاء والافتاء دون العمل لنفسه، لا يجوز العمل بالضعيف حتى لنفسه عندنا ، ومذهب الحنفية المنع عن المرجوح حتى لنفسه لكون المرجوح صار منسوخا اه. فليحفظ.(٤).

ثانيا المالكية :

الفرع الأول : المنع في أصل المذهب من العمل بالضعيف .

أولا :المجتهد لا يفتي إلا باجتهاده وافق المذهب أو خالفه وهذه المسألة اتفاقية في جميع المذاهب قال القرافي (٥): إن الحاكم إن كان مجتهدا ، فلا يجوز له أن يحكم أو يفتي إلا بالراجح عنده ؛ وإن كان مقلدا ، جاز له

---

(١) الدر المختار ٨٣/١ مع حاشيته رد المحتار ٢٠٨/١

(٢) الدر المختار ٨٣/١ مع حاشيته رد المحتار ٢٠٨/١

(٣) حاشية رد المحتار ٢٠٨/١

(٤) انظرحاشيته رد المحتار ٢٠٨/١

(٥) : أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى : ٦٨٤هـ) إمام في الفقه والأصول وله مؤلفات كالفروق والذخيرة والاحكام في تمييز الفتاوى عن الاحكام

أن يفتي بالمشهور في مذهبه وأن يحكم به ، وإن لم يكن راجحا عنده ، مقلدا في رجحان القول المحكوم به إمامه الذي يقلده ، كما يقلده في الفتيا. أما الحكم أو الفتيا بما هو مرجوح ، فخلاف الإجماع . (١)

ثانيا : المقلد لا يفتي الا بالمشهور .

جاء في البهجة: وإن كان مقلداً جاز له أن يفتي بالمشهور في مذهبه وأن يحكم به وإن لم يكن راجحاً عنده مقلداً في رجحان القول المحكوم به إمامه الذي قلده ، وأما اتباع الهوى في الحكم والفتوى فحرام إجماعاً اه (٢).

فجعل حكم المجتهد بغير الراجح عنده ، والمقلد بغير المشهور وإن ترجح عنده بقيام دليل من صحة حديث ونحوه من اتباع الهوى وأنه حرام ، وذلك يدل على وجوب نقضه .

ومراده بالشاذ ما قابل المشهور أو الراجح فالمقلدون لا تجوز أحكامهم بغير المشهور ، وإن وافقت بعض الأقوال ؛ لأن أحكامهم لا ترفع الخلاف واختياراتهم لمقابل المشهور لا تعتبر ، ونص في إقرارات المعيار على أن الفتوى بغير المشهور توجب عقوبة المفتي وكذا الجاهل بعد التقدم إليه (٣) .

ثالثا: العمل بالشاذ عند الشافعية

أولا : المجتهد : ما ذكرناه عن المالكية والحنفيه يجري هنا وذلك أن المجتهد له أن يختار ويرجح ولو اختار المرجوح مذهبا لأنه متعبد بما ظهر له لا ما ظهر للغير ، وله هنا ثلاث صور بحسب كلام السبكي إذ قال :

١. إذا كان للحاكم أهلية الترجيح ورجح قولا منقولا بدليل جيد جاز، و نفذ حكمه ، و إن كان مرجوحا عند أكثر الأصحاب ما لم يخرج عن مذهبه .

٢. و ليس له أن يحكم بالشاذ الغريب في مذهبه و إن ترجح عنده ؛ لأنه كالخارج عن مذهبه ،

٣. فلو حكم بقول خارج عن مذهبه وقد ظهر له رجحانه ، فإن لم يشرط عليه الإمام في التولية التزام مذهب جاز ، و إن شرط عليه باللفظ أو العرف كقوله على قاعدة من تقدمه و نحو ذلك لم يصح الحكم ؛ لأن التولية لم تشمله.(٤)

ويمكن تقسيم كلامه إلى ثلاث صور :

---

(١) الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام: ص ٧٩، ٨٠ ؛ تبصرة الحكام: ١ / ٦٦ ؛ فتاوى عليش: ١ / ٦٤،

(٢) البهجة في شرح التحفة ٤١/١ بتصرف المؤلف : أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي دار النشر : دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت - ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨م الطبعة : الأولى تحقيق : ضبطه وصححه: محمد عبد القادر شاهين

(٣) البهجة في شرح التحفة ٤١/١ مع تصرف يسير

(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ١٩٣/١ الأشباه والنظائر: لعبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي، سنة الوفاة ٩١١، الناشر: دار الكتب العلمية، سنة النشر ١٤٠٣هـ.

الأولى : الترجيح ولو على خلاف الأكثر .

الثانية: الحكم بالشاذ الغريب وهذا باطل .

الثالثة الحكم خارج المذهب يجوز بشرط عدم المنع من الإمام عرفا ، أو لفظا و قال الماوردي : إذا كان الحاكم شافعيا و أداه اجتهاده في قضية أن يحكم بمذهب أبي حنيفة جاز و منع منه بعض الشافعية ،لتوجه التهمة إليه ؛ و لأن السياسة تقتضي مدافعة استقرار المذاهب و تمييز أهلها (١).

الفرع الثاني :المقلد.

ويتضح مما سبق أن المقلد لا يحكم بالشاذ أو المرجوح ، ولا بخلا ف المذهب قال ابن الصلاح : لا يجوز لأحد أن يحكم في هذا الزمان بغير مذهبه فإن فعل نقض لفقد الاجتهاد في أهل الزمان(٢)

المسألة الثانية : نقل المنع عن جماعات من العلماء قال ابن مهدي(٣): «لا يكون إماماً في العلم من يحدث بالشاذ من العلم»(٤).

وقال أبو داود: «لا يحتج بحديث غريب، ولو كان من رواية مالك، ويحيى بن سعيد(٥) ، والثقات من أئمة العلم»(٦). لمخالفة ما عليه العمل عند السلف.

وانظر إلى قول ابن وهب(٧): «لولا مالك بن أنس، والليث بن سعد(٨) لهلكت، كنت أظن أن كل ما جاء عن عن النبي ﷺ يعمل به»(٩).

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية١٩٣/١ للسيوطي

(٢) انظر: الأشباه والنظائر ١٩٣/١

(٣) هو: عبد الرحمن بن مهدي بن حسان العنبري، الحافظ الإمام العلم، روى له الجماعة، توفى ١٩٨هـ، التهذيب٢٧٦/٦ برقم ٥٥٢.

(٤) شرح علل الترمذي، ١/ص ٢٣٤. شرح علل الترمذي لابن رجب المؤلف : الإمام العالم الحافظ النّقّاد زين الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد البغدادي المعروف (بابن رجب الحنبلي المحقق : د.نور الدين عتر ، مع مقدمة تحقيق د.همام عبد الرحيم سعيد.

(٥) يحيى بن سعيد بن قيس بن عمرو الإمام أبو سعيد الانصاري قاضي السفاح عن أنس وابن المسيب وعنه مالك والقطان حافظ فقيه حجة مات ١٤٣هـ الكاشف للذهبي ٣٦٦/٢

(٦) المصدر نفسه، ١/ص ٢٣٤ ، وهو من كلام الإمام أبي داود صاحب السنن في رسالته إلى أهل مكة.

(٧) عبد الله بن وهب المصري الفقيه، أخرج له الجماعة، توفي ١٩٧هـ، تهذيب التهذيب ٧١/٦

(٨) الليث بن سعد المصري الإمام، من الثقات الكبار أخرج له الجماعة، توفي ١٧٥هـ، تهذيب التهذيب، برقم (٥٨٨٠).

(٩) شرح علل الترمذي لابن رجب الحنبلي، ١/ص ٢٣٤.

ولذلك قال وكيع(١): «حديث الفقهاء أحب إليّ من حديث المشايخ...إلخ»(٢) لاعتناء الفقهاء **بما يعمل به، به، وما لا يعمل به.**

وقد حرص العلماء على هذا المنهج في الاستدلال، فلم يأخذوا بكل أثر ورد، بل نظروا إلى ما عمل به العلماء فعملوا به وما تركوه ترك.

قال إبراهيم بن يزيد النخعي(٣) الفقيه المشهور: «إني لأسمع الحديث فآخذ منه ما يؤخذ به، وأدع سائره»(٤) سائره»(٤) وقال الإمام أبو داود صاحب السنن «إذا تنازع الخبران عن النبي ﷺ ينظر بماذا أخذ أصحابه»(٥). أصحابه»(٥).

الإمام أحمد يبين منهجية الاستدلال: وهذا الإمام أحمد إمام أهل السنة يبين المنهجية الصحيحة ، في الاستدلال والاستنباط قائلاً: «إذا كان عند الرجل الكتب المصنفة فيها قول رسول الله ﷺ ، واختلاف الصحابة، والتابعين، فلا يجوز أن يعمل بما شاء ويتخير فيقضي به، ويعمل به حتى يسأل أهل العلم ما يؤخذ منه، فيكون يعمل على أمر صحيح»(٦).

و «ينبغي لمن أفتى أن يكون عالماً بقول من تقدم وإلا فلا يفتي»(٧).

ولهذا «كان شديد الكراهية، والمنع للإفتاء في المسألة التي ليس فيها أثر عن السلف.

كما قال لبعض أصحابه: إياك أن تتكلم في مسألة ليس لك فيها إمام»(٨).

وقد سئل رحمه الله عن تفسير حديث: «أجرؤكم على الفتيا أجرؤكم على النار» فقال: «يفتي بما لم يسمع»(١).

---

(١) وكيع بن الجراح أبو سفيان الرؤاسي أحد الأعلام عن الاعمش وهشام بن عروة وعنه أحمد وإسحاق وإبراهيم بن عبد الله القصار ولد سنة ١٢٨ ١٢٨ قال أحمد ما رأيت أوعى للعلم منه ولا أحفظ كان أحفظ من بن مهدي وقال حماد بن زيد لو شئت لقلت إنه أرجح من سفيان وقال أحمد لما ولي حفص بن غياث القضاء هجره وكيع مات بفيد يوم عاشوراء ١٩٧ ع الكاشف برقم ٦٠٥٦ -

(٢) الكفاية في علم الرواية للخطيب البغدادي، ص ٤٣٦.

(٣) إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود بن عمرو بن ربيعة بن ذهل النخعي أبو عمران الكوفي الفقيه. وكان مفتي أهل الكوفة وكان رجلا صالحا فقيها متوقيا قليل التكلف ومات وهو مختف من الحجاج

قال أبو نعيم مات سنة "٩٦" تهذيب التهذيب ١٧٨/١

(٤) شرح علل الترمذي لابن رجب الحنبلي، ١/ص ٢٣٤

(٥) سنن داود عند كلامه على حديث رقم (١٨٤٧) باب لحم الصيد للمحرم، تحقيق محمد عوامة.

(٦) أعلام الموقعين عن الله رب العالمين، لابن القيم، ٤٥/١ والحديث عند الدارمي ٦٩/١برقم١٧٩

(٧) المصدر نفسه، وهو من كلام أحمد كذلك، ٨٤/٢.

(٨) المصدر نفسه: ٦٠/٢.

وكان ينصح أصحابه بعدم الشذوذ، والمخالفة، والاستنباطات الغريبة حتى قال لبعضهم: «إياك أن تتكلم في مسألة ليس لك فيها إمام»(٢).

قال ابن خلكان(٣): «كان أبو القاسم الداركي(٤) يتهم بالاعتزال، وكان ربما يختار في الفتوى فيقال له ذلك، فيقول: ويحكم فلان عن فلان عن رسول الله بكذا وكذا والأخذ بالحديث أولى من الأخذ بقول الشافعي وأبي حنيفة»(٥).

علق عليه الذهبي في السير بعد إيراده هذه القصة: «هذا جيد لكن بشرط أن يكون قد قال بذلك الحديث إمام من نظراء هذين الإمامين ».

وبأن يكون الحديث ثابتاً سالماً من علة.

وبأن لا يكون حجة أبي حنيفة والشافعي حديثاً صحيحاً معارضاً للآخر.

أما من أخذ بحديث صحيح وقد تنكبه سائر أئمة الاجتهاد فلا.

كخبر : فإن شرب في الرابعة فاقتلوه(٦). وحديث: لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده(٧)(٨).

لذلك نهى العلماء عن تتبع الرخص والبحث عن القول الأخف، بلا ملاحظة لراجح أو دليل، وحذروا من تتبع الأقوال الشاذة وزلات المفتين، وسأسوق طائفة يسيرة من أقوال العلماء في الباب: قال سليمان التيمي(٩): «لو أخذت برخصة كل عالم اجتمع فيك الشر كله»(١).

---

(١) المصدر نفسه: ٢/٦٠.

(٢) المصدر نفسه: ٢/٦٠.

(٣) .. أحمد بن محمد بن إبراهيم بن أبي بكر بن خلكان قاضي القضاة شمس الدين أبو العباس البرمكي الإربلي ولد بإربل سنة ثمان وستمائة تفقه بالموصل كان إماما عالما وأديبا بارعا وحاكما عادلا ومؤرخا جامعا وله الباع الطويل في الفقه والنحو والأدب غزير الفضل كامل العقل وقال الذهبي وكان إماما فاضلا بارعا متفننا عارفا بالمذهب حسن الفتاوى جيد القريحة بصيرا بالعربية علامة في الأدب والشعر وأيام الناس كثير الاطلاع حلو المذاكرة وافر الحرمة من سروات الناس كريما جوادا ممدحا وقد جمع كتابا نفيسا في وفيات الأعيان توفي في رجب سنة إحدى وثمانين وستمائة ودفن بالصالحية قال الإسنوي خلكان قرية كذا قال وهو وهم وإنما هو اسم لبعض أجداده طبقات الشافعية . لابن قاضى شهبة ١٦٨/٢المؤلف : أبو بكر بن أحمد بن محمد بن عمر بن قاضي شهبة دار النشر : عالم الكتب - بيروت - ١٤٠٧ هـ الطبعة : الأولى عدد الأجزاء / ٤ تحقيق : د. الحافظ عبد العليم خان

(٤) هو: عبد العزيز بن عبد الله الداركي، أحد أئمة الشافعية المتوفى ٣٧٥هـ، ترجمته في سير أعلام النبلاء: ١٦/٥.

(٥) سير أعلام النبلاء: ١٦/٤٠٤.

(٦) أخرجه أبو داود عن معاوية ٢/٢٨٠ برقم ٧٧٤٨

(٧) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه ٦/ ٢٤٩٣ ، برقم (٦٤١٤) .

(٨) سير أعلام النبلاء: ١٦/٤٠٥ -٤٠٦.

(٩) هو: سليمان بن طرخان التيمي أبو المعتمر البصري أخرج له الستة أحد الثقات، انظر: التهذيب: ٣/٤٨٦، برقم (٢٦٥١).

ولما ذكر هذا ابن عبد البر قال: هذا إجماع لا أعلم فيه خلافاً(٢).

وقال الأوزاعي(٣): «ومن أخذ بنوادر العلماء خرج من الإسلام»(٤).

وقال إبراهيم بن أحمد(٥): «من أراد أن يتعطل ويتبطل فليلزم الرخص»(٦).

وقال يوسف بن الحسين(٧): «إذا رأيت المريد يشتغل بالرخص فاعلم أنه لا يجيء بشي»(٨).

ونص العلماء أنه «لا يجوز للمفتي ولا لغيره تتبع الحيل المحرمة والمكروهة، ولا تتبع الرخص لمن أراد نفعه، فإن تتبع ذلك فسق وحرم استفتاؤه»(٩) «وهو إجماع»(١٠).

وقال الشاطبي: « زلة العالم لا يصح اعتمادها من جهة، ولا الأخذ بها تقليداً له، وذلك لأنها موضوعة على المخالفة للشرع، ولذلك عدت زلة، وإلا فلو كانت معتداً بها لم يجعل لها هذه الرتبة، ولا نسب إلى صاحبها الزلل فيها»(١١) «فإذا صار المكلف في كل مسألة عنت له يتبع رخص المذاهب وكل قول وافق فيها هواه، فقد خلع ربقة التقوى، وتمادى في متابعة الهوى، ونقض ما أبرمه الشارع وأخر ما قدمه»(١٢).

---

(١) جامع بيان العلم لابن عبد البر، ص٢/ ١٨٥، وسير أعلام النبلاء: ١٩٨/٦.

(٢) المصدر نفسه.

(٣) عبد الرحمن بن عمرو الأوزاعي، الفقيه المشهور، أحد الإثبات ع الستة، مات سنة سبع وخمسين ومائة غداة الأحد لليلتين خلتا من صفر التهذيب: ١٤٨/٥ برقم (٤٠٧٨) و التعديل والتجريح ، لمن خرج له البخاري في الجامع الصحيح ٨٧٣/٢ المؤلف : سليمان بن خلف بن سعد أبو الوليد الباجي الناشر : دار اللواء للنشر والتوزيع – الرياض الطبعة الأولى ، ١٤٠٦ – ١٩٨٦ تحقيق : د. أبو لبابة حسين.

(٤) سير أعلام النبلاء: ٣٩٢/١٥.

(٥) إبراهيم بن أحمد المحدث الصادق الصالح، أخذ عنه الدارقطني وآخرون، توفي بالموصل، في سنة ثمان وخمسين وثلاث مئة.
قال الخطيب: كان ثقة صالحاً، ترجمته في سير أعلام النبلاء: ١٣٦/١٦.

(٦) سير أعلام النبلاء: ٣٩٢/١٥. وفي سير أعلام النبلاء للذهبي كذلك ٤٦٥/١٣: «عن إسماعيل القاضي قال دخلت مرة على المعتضد قال فدفع المنتصر بالله إليَّ كتاباً فنظرت فيه فإذا هو قد جمع له فيها الرخص من زلل العلماء. فقلت: مصنف هذا زنديق. فقال: ألم تصح هذه الأحاديث؟ قلت: بلى. ولكن من أباح المسكر لم يبح المتعة،و من أباح المتعة لم يبح الغناء، وما من عالم إلا وله زلة، ومن أخذ بكل زلات العلماء ذهب دينه، فأمر بالكتاب فأحرق»

(٧) هو: يوسف بن الحسين الرازي الإمام العارف شيخ الصوفية، قال السلمي: كان إمام وقته مات سنة ٣٠٤هـ، وقد عمر دهراً، السير: ٢٤٨/١٤.

(٨) سير أعلام النبلاء: ٢٢٩/١٤.

(٩) كشاف القناع عن متن الإقناع في الفقه على مذهب الإمام أحمد للبهوتي: ٣٠٧/٦.

(١٠) هداية العقول إلى غاية السؤول في علم الأصول للحسين بن القاسم: ٦٨٣/٢ في أصول الزيدية.

(١١) الموافقات للشاطبي: ١٧٠/٤.

(١٢) المصدر السابق: ١٢٣/٣.

فإن «الترخيص إذا أخذ به في موارده على الإطلاق كان ذريعة إلى انحلال عزائم المكلفين في التعبد بإطلاق، فإذا أخذ بالعزيمة كان حرياً بالثبات في التعبد، والأخذ بالحزم فيه»(١).

المطلب الثاني

متى يجوز العمل بالشاذ ؟

المسألة الأولى : مذهب المالكية العمل بالشاذ إذا جرى به العمل

الفرع الأول: جواز العمل بالشاذ للمصلحة العامة:

اختلف فقهاء المذهب في تضمين صاحب الحمام ما ذهب من الثياب، فقال مالك في المدونة : لا ضمان عليه ، وقال آخرون: يضمن لأنه أجير مشترك.

قال بن عبد البر : كلا القولين معمول به على حسب الاجتهاد .

و ما قاله ابن عبد البر من ضمانه هو الذي ينبغي أن يعمل به في هذه الأزمنة التي قل فيها الصدق عند من يظن به فضلاً عن غيره ، وعدل عن المشهور إلى الحكم بالشاذ مراعاة للمصلحة العامة التي شهد لها الشرع بالاعتبار. (٢)

الفرع الثاني : جواز العمل بالشاذ إن جرى عليه العمل تيسيرا:

إن جرى العمل من العلماء به، فيقدم على المشهور بعد أن يثبت بشهادة العدول الاثبات العارفين بمعاني المشهور والشاذ :

أن العمل جرى به غير ما مرة من العلماء المقتدى بهم .

حتى أصبح عادة عرفية جارية ، لا تناقض الشرع مع كونها مطردة عامة ، أو خاصة لجهة . فهنا يعمل بالشاذ تيسيرا .

جاء في البهجة: ولا يثبت العمل المذكور بقول عوام العدول ممن لا خبرة له بمعنى لفظ المشهور أو الشاذ فضلاً عن غيره جرى العمل بكذا ، فإذا سألته عمن أفتى به أو حكم به من العلماء توقف وتزلزل ، فإن مثل هذا لا يثبت به مطلق الخبر فضلاً عن حكم شرعي اه . (٣)

---

(١) المصدر نفسه: ٣٣١/١.

(٢) البهجة في شرح التحفة ٤٦٩/٢ - ٤٧١

(٣) راجع بتوسع البهجة في شرح التحفة ٤١/١

ثم إن العمل الجاري ببلد لأجل عرفها الخاص لا يعم سائر البلدان بل يقصر على ذلك العرف في أي بلد وجد لأن مبناه عليه . (١)

وهذا في العرف الذي تنبني عليه الأحكام وهو ما لم يخرج عن أصول الشريعة وإلاَّ فلا عبرة به ، وأما العمل الجاري لمصلحة عامة أو سبب كذلك فظاهر عمومه ما دامت تلك المصلحة ،وذلك السبب وإلاَّ وجب الرجوع للمشهور ، وهذا هو الظاهر .

وقد يعبرون بالعمل عما حكمت به الأئمة لرجحانه عندهم لا لعرف ولا لمصلحة ثم هذا العمل الذي يعبرون به عن الراجح يجب أن يستمر على حاله ، ولا تجوز مخالفته حتى يثبت عن قضاة العدل وأهل الفتوى من ذوي العلم المقتدى بهم أنهم رجعوا عنه وعملوا بخلافه لمصلحة أو ظهور دليل قوي (٢)

المسألة الثانية : مذهب الحنفية يعمل بالشاذ ضرورة

يجوز العمل بالشاذ وما عليه العمل بحسب تغير العرف والحال أو في حق نفسه ، للضرورة. جاء في الدر المختار : فإن قلت: قد يحكون أقوالا بلا ترجيح، وقد يختلفون في الصحيح.

قلت: يعمل بمثل ما عملوا من اعتبار تغير العرف وأحوال الناس، وما هو الأوفق وما ظهر عليه التعامل وما قوي .انتهى(٣)

ووكذلك جوز فقهاء المذهب العمل بالضعيف لغير العامي في حق نفسه كما نص عليه بن عابدين .

وبين أن التقيد بالمذهب والمشهور يخرج منه حالة الضرورة ، وكذا للعالم فقال :

: العالم الذي يعرف معنى النصوص والأخبار وهو من أهل الدراية يجوز له أن يعمل عليها وإن كان مخالفا لمذهبه ...ولو أفتى مفت بشئ من هذه الأقوال في مواضع الضرورة طلبا للتيسير كان حسنا اه.

وكذا قول أبي يوسف(٤) في المني إذا خرج بعد فتور الشهوة لا يجب به الغسل ضعيف، وأجازوا العمل به للمسافر أو الضيف الذي خاف الريبة كما سيأتي في محله، وذلك من مواضع الضرورة.(١)

---

(١) فإن قيل : جرى العمل بأن النحاس مثلاً يحكم به للنساء عند اختلافهن مع الأزواج لأن عرف البلد أنه من متاعهن لم يعم البلد الذي لا عرف لهم بذلك ، وإذا تغير العرف في ذلك البلد في بعض الأزمان سقط العمل المذكور ووجب الرجوع للمشهور . البهجة في شرح التحفة ١/ ٤١

(٢) البهجة في شرح التحفة ١/ ٤١ بتصرف يسير

(٣) الدر المختار ٨٣/١

(٤) القاضي أبو يوسف هو الإمام المجتهد ، العلامة المحدث، قاضي القضاة، أبو يوسف، يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن حبيش بن سعد بن بجير بن معاوية الانصاري الكوفي.

وسعد بن بجير له صحبة، وهو سعد ابن حبتة، وهي أمه، وهو بجلي

المسألة الثالثة :عند الشافعية يعمل بالشاذ إذا ترتب ضرر :

في التزام ما جرى عليه العمل ويترتب على العمل بالمعتمد ضرر(٢)

فتحصل من كلامهم أن العمل بالشاذ جائز في :

١. عند الضرورة.

٢. إذا جرى عليه العمل العام عند الناس وكان العمل بالمعتمد فيه تعذر وعسر .

٣. تيسيرا عند الحاجة الملجئة لذلك .

من حلفاء الانصار، شهد الخندق وغيرها.صاحب أبي حنيفة

مولد أبي يوسف في سنة ثلاث عشرة ومئة توفي أبو يوسف يوم الخميس خامس ربيع الأول سنة

اثنتين وثمانين ومئة السير للذهبي ٨٥٣/٨

(١) رد المحتار ٨٠/١

(٢) ففي بغية المسترشدين ص ١٦٢ /المساقاة والمغارسة والمخابرة والمناشرة

(مسألة :) : اعلم أن المغارسة المعروفة بحضرموت جارية على خلاف المعتمد من المذهب ، والعمل مستمر عليها في الجهات ، وللعاملين بها على القول بها أحوال اصطلاحية جرت بها عادتهم واستمر عليها فعلهم من غير نكير ولا تقريع عليها ، فعلى المعتمد إذا ساقى آخر على سقي نخله إلى التعتيق وله ثلث النخل مثلاً لا يستحق المساقي الجزء المشروط له ، سواء قبل التعتيق وبعده ، بل له أجرة المثل نقداً ، كما لا يستحق مالك الأرض إلا أجرة مثل أرضه نقداً أيضاً ، ويكون النخل كله لمالك الوديّ أي النقيل .

ولا يجوز لحاكم ولا مفت أن يحكم أو يفتي بخلاف المعتمد من مذهب إمامه هذا ، ولما كان المشي بهذه المعاملة على جادة المذهب يترتب عليه أنواع من الضرر لوقوع الخاص والعام فيها ، اختاروا العمل فيها بأوجه مرجوحة وأحوال اصطلاحية بينهم معلومة ، إذ لا يمكن العمل في الجهة بغيرها .

قال في القلائد : قال شيخنا عبد الله بلحاج : وجوازها أي المغارسة وجه مرجوح ، وعمل أهل جهتنا عليه ، وقد اصطلحوا على ذلك بحيث لا يرجعون لقول مفت إذا تنازعوا وشاع وذاع اهـ.

ونقل عن أحمد مؤذن أنه يقسط الجزء المشروط للعامل على حسب ما عمل ، حيث وقع نزاع واختلال شروط المساقاة أو فسخت أو ثبت تقصير .

وأفتى بعض الفقهاء بأن العامل لا يستحق المشروط إلا بالفراغ وهو بلوغ الغرس التعتيق المعتاد قياساً على الجعالة ، وأما بيع المساقي الجزء المشروط له قبل التعتيق فلا يصح للجهل بما يستحقه على القول بالتقسيط ، أو لعدم استحقاقه له الآن على القول الثاني ، وأما على المذهب فلا يستحق في النخل شيئاً أصلاً كما تقدم.

الكتاب : بغية المسترشدين في تلخيص فتاوى بعض الأئمة من العلماء المتأخرين المؤلف : عبد الرحمن بن محمد بن حسين بن عمر باعلوي دار النشر : دار الفكر

جامعة الناصر
AL-NASSER UNIVERSITY