



المحور الثاني
تأثر الفتوى بالتغييرات

المجلد الثالث





**تأثر الفتوى بالمصلحة العامة
في نوازل المالكية
-دراسة في ضوابط النظر والتنزيل-**



د. عبد الكريم بن محمد بناني

خريج كلية الشريعة - جامعة القرويين - فاس

رئيس جمعية البحث في الفكر المقاصدي /المغرب





بسم الله الرحمن الرحيم

"اعتناء الشرع بالمصالح العامة أوفر وأكثر من اعتناؤه بالمصالح الخاصة".

قاله العزّبن عبد السلام "قواعد الأحكام في مصالح الأنام".

الحمد لله الذي علمنا ما لم نعلم، وأفهمنا ما لم نفهم، والصلاة والسلام على سيدنا محمد الناطق بلسان الكمال، وعلى آله وصحبه وسلّم تسليمًا كثيرًا، وبعد:

فإنّ دين الإسلام هو خاتم الرسالات، أمّم الله بكماله النعمة على العباد، ولمّا كان الأمر كذلك فإنه دون أدنى شك صالح لأن يعمل به في كل زمان ومكان، ومما يجعله كذلك اتّسام تشريعاته باليسر والمرونة ودرئه للمفاسد ومراعاته للمصالح وتقديم العامة منها على الخاصة، وتقبّله لنمط التغيير الذي يقتضيه ما يحدث للناس من أفضية وحوادث دون الإحلال بالأحكام الشرعية، ففي مرونته وسعته ما يستوعب المتغيرات الزمانية والمكانية بتمثلاتها المختلفة وأنماطها المتنوعة، فمن خصوصية شريعتنا المحمدية أنّها "تفي بحاجات كل المجتمعات التي حكمتها، وأنّها تعالج كافة المشكلات، لأنّها- بجوار ما اشتملت عليه من متانة الأصول التي قامت على مخاطبة العقل، والسموّ بالفطرة، ومراعاة الواقع، والموازنة بين الحقوق والواجبات، وبين الروح والمادة، وبين الدنيا والآخرة وإقامة القسط بين الناس جميعًا، وجلب المصالح والخيرات ودرء المفاسد والشور، بقدر الإمكان - قد أودعها الله مرونة عجيبة جعلتها تتسع لمواجهة كل طريف، ومعالجة كل جديد، بغير عنت وإرهاق.

وهذه المرونة تجلّت فيما ثبت بالاستقراء من تحقيق المصالح للناس إما بجلب النفع لهم أو بدرء الفساد عنهم، فمضامين المقاصد الشرعية تتأسّس على الحكيم والمعاني

والغايات التي بمجموعها يتحقق النفع العام للناس في حياتهم ومن خلال التشريعات التي تسيّر وتحدّد مسار حياتهم، لذلك فالقيام برعاية هذه المقاصد في الفتوى تنظيراً وممارسة، قياماً "بعبءٍ ثقيلٍ وجَمَلٍ كبيرٍ من التكليف يهدي الله إليها من اختصّه بالتقريب من عباده"^(١).

ولذلك فـ"دوران الفتوى بدوران مصالح العباد من الأصول الكبرى التي تحكم حركة الاجتهاد في الشريعة الإسلامية المتجددة، وفي نظري أنه لن يتم للمسلمين تجديد الدين، والرقي بأحكام الفقه الإسلامي إلى المستوى الحضاري الجامع بين أصالة الأحكام ومتطلبات الزمان، إلا بمراعاة هذا الأصل ونظرائه من أصول السعة والمرونة في الشريعة الإسلامية"^(٢)، ذلك "أن الشارع لم يؤهل لمنصب الفتوى إلا متبحراً في العلم، موصوفاً بصفات فلا مستند له إلا أن يكون من أهل النظر في مصالح الشريعة"^(٣).

وإذا كانت غاية مدارس النوازل الوقوف على العطاء العلمي للفقهاء ومدى خدمتهم لأصولهم على مستوى الواقع المعاش، فإن دراسة نوازل المالكية له أبعاد أعمق

(١) انظر الموافقات في أصول الشريعة. إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي. تحقيق الشيخ عبد الله دراز. ٣٢٨/٢. ط. ١. دار الكتب العلمية. لبنان. ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م.

(٢) الاجتهاد وتغير الفتوى بتغير الزمان والمكان. د. حسن العلمي. ص ١٠٨. مطبوع ضمن ندوة "الاجتهاد الفقهي أي دور وأي جديد". منشورات كلية الآداب والعلوم الإنسانية بالرباط. رقم ٥٣. النجاح الجديدة. الدار البيضاء. ١٩٩٦.

(٣) المنحول. أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي. تحقيق وتعليق: محمد حسن هيتو. ٤٤١/١. دار الفكر المعاصر. بيروت لبنان. ط ٣/١٩٤١هـ-١٩٩٨.



وأشمل، لأنها تقوم على أصول مصلحية ترجع أسسها إلى فقه عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه المتشعب برعاية المصلحة العامة، والقائم لها بحدودها وتنزلاتها.

وانسجاما مع هذه المعاني المقاصدية، فإني آثرت أن أقدم هذه الدراسة لأظهر من خلالها مسالك النظر المصلحي الذي يؤدي إلى تغيير الفتاوى والنوازل وفق قواعد الأصول المقررة عند الفقهاء والمفتين، وهو وجه من وجوه الاجتهاد المقاصدي الذي في بعده ما هو إلا جلب منفعة أو دفع مفسدة كما ظهر من فتاوى فقهاء المالكية من خلال القضايا اليومية التي كانت تُعرض عليهم، وذلك بمنهجية علمية تروم التأصيل لهذا النظر من خلال ما جمع ودون عن المالكية من نوازل فقهية.

وقد جاءت الدراسة في تمهيد وخمسة مباحث، قبل أن تحتّم بخلاصة ونتائج:

تمهيد تناولت فيه المراد من الفتوى والمصلحة العامة وبيان ضوابط النظر فيها. المبحث الأول، خصصته لبيان المنهج التدريجي في بناء المصلحة العامة وأثره على تغيير الفتوى.

والمبحث الثاني، تحدثت فيه عن تأثير المصلحة العامة بالواقع وأثر ذلك على تغيير الفتوى. المبحث الثالث، أوضحت فيه تقديم المصلحة العامة على القول بمشهور المذهب وأثره على تغيير الفتوى.

والمبحث الرابع يرصد الترجيح بين المصالح العامة والمفاسد العامة وأثره على تغيير الفتوى. أما المبحث الخامس فيتناول الترجيح بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة وأثره على تغيير الفتوى.

فأقول وبالله التوفيق ومنه أستمد العون والهداية:



تمهيد في بيان المراد من الفتوى والمصلحة العامة وضوابط النظر فيها

أتناول في هذا التمهيد بيان المراد من إطلاق الفتوى من خلال التأصيل اللغوي والاصطلاحي للمفهوم، مع بيان علاقته بمفهوم النوازل، وكذا بيان المقصود من مفهوم المصلحة العامة.

أولاً: الفتوى في المفهوم اللغوي والاصطلاحي: اختلف أصحاب المعاجم اللغوية في تحديد أصل استعمال مادة (فتي) حيث أرجعها ابن فارس إلى أصلين الفتي والفتيا^(١)، أما ابن منظور الإفريقي فجعلها أصلاً واحداً، معناه: الإبانة، يقال: أفتاه في الأمر إذا أبانه له، وأفتى الرجل في المسألة واستفتيته فيها فأفتاني إفتاءً، إذا أجابه وأبان الحكم فيها، وفي الحديث أن قوماً تَفَاتُوا إليه معناه: تحاكموا إليه وارتفعوا إليه في الفُتْيَا^(٢).

قال الراغب الأصفهاني: الفُتْيَا والفَتْوَى: الجواب عما يشكل من الأحكام^(٣)، ويقال: أفتى الفقيه في المسألة إذا بيّن حكمها، واستفتيت إذا سألت عن الحكم^(٤).

(١) مقاييس اللغة. أحمد بن فارس بن زكريا. ص ٧٢٧. دار الحديث القاهرة. ١٤٢٩ هـ.

(٢) لسان العرب. ابن منظور الإفريقي. ١٤٧/١٤ - ١٤٨ (مادة فتا). ط. ١. دار صادر. بيروت. لبنان. ٢٠٠٠ م.

(٣) مفردات ألفاظ القرآن الكريم. تحقيق: صفوان عدنان داوود. ٤٨٢/٢. دار القلم دمشق. الدار الشامية بيروت. د. ت.

(٤) مقاييس اللغة. أحمد بن فارس. ص ٧٢٧.



من هذا المعنى اللغوي، يتبيّن أن الفتوى في اللغة تعني "السؤال عن أمر أو عن حكم مسألة، وهذا السائل يسمّى المستفتي، والمسؤول الذي يجيب هو المفتي، وقيامه بالجابوب هو الإفتاء، وما يجيب به هو الفتوى، فالإفتاء يتضمن وجود المستفتي والمفتي والإفتاء نفسه والفتوى"^(١).

كما أن هذا المعنى اللغوي، يمكّننا من بيان أوجه التلازم بين الفتوى والنازلة^(٢)، فـ"البيان والجابوب"، كلاهما إفادة للسائل بحكم معين يرتبط بما أصابه أو نزل به أو تعلق

(١) أصول الدعوة. د. عبد الكريم زيدان. ص ١٤٠. مؤسسة الرسالة. بيروت. ط ١٣٩٦/هـ ١٩٧٦.

(٢) عرفت "النازلة" في معجم لغة الفقهاء بأنها: "المصيبة ليست بفعل فاعل، وهي الحادثة التي تحتاج لحكم شرعي". معجم لغة الفقهاء. د. محمد رواس قلعة جي، ترجمة وتحقيق: د. حامد صادق قنيبي. ود. قطبسانو. ص. ٤٤١. دار النفائس. ٢٠٠٧.

وفي الاصطلاح العلمي، عرّفها الشيخ الجيزاني في كتابه "فقه النوازل" بقوله: "النوازل ما استدعى حكما شرعيا من الوقائع المستجدة أو هي الوقائع المستجدة الملحة". فقه النوازل: دراسة تأصيلية تطبيقية. د. محمد بن حسين الجيزاني، ١/٢٤. دار ابن الجوزي. ط ١٤٢٦/هـ ٢٠٠٦. كما عرفها د. محمد ناصر المتيوي، بقوله: "النوازل هي الوقائع التي حصلت في مختلف مجالات الحياة التي تتطلب حلولا أو أجوبة أو فتاوى وذلك وفق المذهب المعتمد". دور الفقه النوازلي في تثبيت المذهب المالكي في الغرب الإسلامي. د. محمد ناصر المتيوي. مشكوري. ١٣٢/٢. أعمال الندوة الدولية دور المذهب المالكي في تجرية الوحدة المرابطية لدول الغرب الإسلامي الكبير ٢٣-٢٤-٢٥ مارس ٢٠١٠. مطبعة البلابل. فاس. المغرب. ٢٠١١.

ومن هذين التعريفين يتضح جليا الترابط الوثيق بين الفتوى والنازلة، فقد تعدّدت التسميات

به دون إلزام، وهذا البيان الجوابي الذي يُفهم من المعنى اللغوي يجعل من القيام بأمر الفتوى قيام بعبء ثقيل لأنه يرتبط ببيان أحكام دين الله.

-أما المعنى الاصطلاحي، فتكاد تتفق تعاريف العلماء على فهم واحد للمفهوم مع اختلاف يسير في بعض العبارات، كلها اقتباس من المعنى اللغوي في إجابة السائل أو بيان حكم أو مسألة شرعية، لأن أهم خاصية في الفتوى أنها "مؤسسة على الإخبار بالحكم الشرعي للنازلة"^(١)، مع إضافة عبارة لا على وجه الإلزام لتمييزها عن القضاء^(٢)، لأن الحكم المراد معرفته هو حكم الله تعالى.

يقول الشاطبي رحمه الله (ت ٧٩٠هـ): "الفتوى بمعنى الإفتاء، وهو الإخبار بحكم الشرع لا على وجه الإلزام"^(٣).

=

لكن المعنى الشمولي واحد، فبعض البلاد الإسلامية تستعمل عبارة الفتوى للتعبير عن القضايا المستحقة والطائفة التي تتطلب حكماً شرعياً، فيما كان مصطلح النوازل سائداً في بلاد المغرب العربي وبعض بلاد المشرق العربي تعبيرا عن المسائل والقضايا الجديدة التي فرضتها التحولات المجتمعية، لذلك وجدنا كتب المسائل لا تفرق بين هذه المعاني: الفتاوى، المسائل، النوازل، الأجوبة، وكلها تتطلب حكماً شرعياً وجواباً آنياً، للواقعة أو المسألة.

(١) مصطلح الفتوى. دة. أمينة مزينة. ص ٣٥٠. مجلة الغنية يصدرها مركز دراس بن اسماعيل عن

الرابطة المحمدية للعلماء. العدد الثالث والرابع. ربيع الثاني ١٤٣٤هـ/مارس ٢٠١٣. ٢/١٩٩٠.

(٢) من الفروق التي تحدث العلماء عنها بين الفتوى والقضاء: "أن الفتوى إخبار عن الحكم الشرعي، والقضاء إنشاء للحكم بين المتخاصمين". انظر الجواهر الثمينة في بيان أدلة عالم المدينة. حسن بن محمد المشاط. تحقيق: عبد الوهاب بن إبراهيم أبو سليمان.

(٣) فتاوى الشاطبي. تحقيق: محمد أبو الأحناف. ص ٦٨. مطبعة الاتحاد العام التونسي. تونس.

=



وجاء في تعريف أحد الباحثين للفتوى: "الفتوى هي الإخبار - بالقول، أو الفعل، أو الإشارة، أو الكتابة... - بحكم الله تعالى جوابا عن سؤال، بدليل شرعي على غير وجه الإلزام"^(١).

ومع أن القيود التي جاءت في هذا التعريف بالأهمية الكبيرة التي تضبط معنى واضح للفتوى، غير أن هذه القيود ينقصها ضابط أحسب له من الأهمية ما يستدعي الإشارة إليه، وهو كون الفتوى "مستجدة" أي يقع بها استفهامٌ بمسّ حياة الناس، وإلا صارت إرشادا وتوجيها وليس فتوى، فلو سأل السائل عن كيفية أداء صلاة المغرب مثلا، أجابه الفقيه إرشادا وتوجيها وليس حكما على أصول الإفتاء والفتوى، التي ينبغي أن يراعي فيها ظروف السائل وأن يتعمق في فهم الواقع الذي انبثق منه السؤال، وأن يتبيّن مقاصد الشريعة الإسلامية، وتغيّر الظروف والعوائد وغيرها من الأدوات التي يحتاجها الفقيه لتنزيل فتواه على المستفتي أو المستفتين، لذلك حين تحدّث ابن رشد الجد(ت ٥٢٠هـ) عن شروط المفتي في سؤال وجه إليه، أجاز لمن توفرت فيه هذه الشروط، أن يتصدّر الفتوى فيما ينزل من النوازل^(٢)، في إشارة واضحة إلى كون الفتوى مرتبطة بالوقوع والجدّة، فيصير التعريف المختار في رأبي:

ط ١٩٨٤/١

(١) منهجية الفتوى في المدرسة الأندلسية: الإمام الشاطبي نموذجاً. ذة. دريد الزواوي. ص ١٧-

١٨ رسالة ماجستير. منشورة بموقع خزانة المذهب المالكي الالكترونية. malikiaa.blogspot.com

(٢) مسائل أبي الوليد بن رشد. تحقيق محمد الحبيب التحكاني. ١/١٣٩. دار الجيل بيروت. دار

الآفاق المغرب. ط ١٤١٤هـ-١٩٩٣.

الفتوى هي: "الإخبار عن حكم الشرع في القضايا والمسائل المستجدة - بالقول، أو الفعل، أو الإشارة، أو الكتابة أو غيرها من الوسائل الحديثة - لا على وجه الإلزام".

ثانيا: مفهوم المصلحة العامة وضوابط النظر فيها:

أ- مفهوم المصلحة العامة في اللغة والاصطلاح: المصلحة في اللغة: واحدة المصلح، والاستصلاح نقيض الاستفساد، وأصلح الشيء بعد فساده أقامه، وأصلح الله الدابة أحسن إليها فصلحت^(١). قال ابن منظور: "فكل ما كان فيه نفع سواء كان بالجلب والتحصيل كاستحصال الفوائد واللذائد أو بالدفع والانتقاء كاستبعاد المضار والآلام فهو جدير بأن يسمّى مصلحة"^(٢)، وهي خلاف المفسد^(٣)، وكل أمر خير فهو مصلحة.

وبما أن المصلحة ليس لها مرادف في اللغة تعرّف به، نجد علماء اللغة يعرفونها بالضد. فالضد واحد من الطرق التي تعرف بها الأشياء، كما قال أبو الطيب: ألا بضدّها تتميّز الأشياء.

و ضد المصلحة، المفسدة وهي كل ضرر ومنكر، قصد الشارع دفعه أو رفعه، عاجلا أو آجلا، عاما أو خاصا، ماديا أو معنويا.

وفي الاصطلاح: المصلحة هي المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم، ونفوسهم وعقولهم، ونسلهم، وأموالهم، طبق ترتيب معين فيما بينها... يقول

(١) لسان العرب. ابن منظور الإفريقي. ٥١٦/٢. مادة (صلح).

(٢) لسان العرب. ٥١٧/٢. مادة (صلح).

(٣) مقاييس اللغة. ٣٠٣/٣. مادة(صلح).



الغزالي(ت ٥٠٥هـ) رحمة الله تعالى عليه: "نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة، وهو أن يحفظ عليهم دينهم، ونفسهم، وعقلهم، ونسلهم، ومالهم، فكل ما يتضمّن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة، ودفعها مصلحة"^(١).

وذهب الإمام الشاطبي(ت ٧٩٠هـ) في الاعتصام إلى "أن المراد بالمصلحة... ما فهم رعايته في حقّ الخلق، من جلب المصالح ودرء المفاسد، على وجه لا يستقل العقل بذركه على حال، فإن لم يشهد الشرع باعتبار ذلك المعنى بل يرده، كان مردودا باتفاق المسلمين"^(٢).

والعامة: كل ما اجتمع وكثر... وهي خلاف الخاصة^(٣). ولفظ العامة يفيد التمام والاستغراق الشمولي الذي يتناول جميع الناس أو الجماهير الغفيرة منهم^(٤)، بمعنى:

(١) المستصفي من علم الأصول. أبو حامد الغزالي. دراسة وتحقيق: د. حمزة بن زهير، حافظ المدينة المنورة. ٤٨٢/٢. ط. ٢. كلية الشريعة. المدينة المنورة. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م.

(٢) الاعتصام. ابراهيم بن موسى اللحمي الشاطبي. ١٣/٢ وما بعدها. دار الكتب العلمية. بيروت. ط ٢ / ١٤١١هـ - ١٩٩١م. . والموافقات. الشاطبي. ٢٠/٢.

(٣) معجم مقاييس اللغة. ٤٢٣/١٢.

(٤) مقاصد الشريعة ووسائل التفعيل المؤسساتي: المصالح والمؤسسات العامة أمودجا. د. عبد النور بزا. ص ٥٨٧. مطبوع ضمن "مقاصد الشريعة والسياق الكوني المعاصر". أعمال الندوة العلمية الدولية التي نظمتها الرابطة المحمدية للعلماء. ٥ و٦ يونيو ٢٠١٢. مطبعة المعارف الجديدة. الرباط. ط ١-٤٣٤هـ/٢٠١٣.

ألاً تكون هذه المصلحة خيراً خاصاً بفرد متعيّن بذاته من الناس، بل بالمجموع الذي يفيد الاستغراق.

وقد عزّفها الغزالي (ت ٥٠٥هـ) بقوله: "المصالح العامة هي ما يتعلق بمصلحة الخلق كافة أو بمصلحة الأغلب"^(١).

بينما أشار ابن العربي المعافري (ت ٥٤٣هـ) إلى معنى المصلحة العامة، حين قال: "هي كل معنى قام به قانون الشريعة، وحصلت به المنفعة العامّة في الخليقة"^(٢)، أي أن ما يتحقق من نفع على مستوى الجمع الغفير من الناس وينضبط بقانون الشريعة فهو مصلحة عامة.

وهذا البيان الحدّي من المعنيين السالفين، يبيّن لنا أنّ المقصود بالمصلحة العامة "ما يعود بالنفع العام على كافة الناس أو أغلبهم، سواء تعلق الأمر بمصالحهم الضرورية أو الحاجةية أو التحسينية"^(٣)، ضمن أصول الشريعة ووكلياتها الخمس: الدين، النفس، العقل، النسل، والمال، ومعنى هذا أنه "لابدّ للمجتهد من الاعتصام بما ذكر من أصول الشريعة، والاحتكام إلى قواعدها الكلية، ومقاصدها العامة"^(٤)، لأن بها تتحقق معاني المصلحة العامة.

(١) شفاء الغليل. الغزالي. ص ١٠١. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. ط ١/١٤٢٠هـ/١٩٩٩.

(٢) القبس في شرح موطأ مالك بن أنس. دراسة وتحقيق محمد عبد الله ولد كريم. ص ٢/٧٧٩. دار الغرب الاسلامي. بيروت. لبنان. ط ١/١٩٩٢.

(٣) مقاصد الشريعة ووسائل التفعيل المؤسساتي: المصالح والمؤسسات العامة أمودجا. ٥٨٨.

(٤) مقاصد الشريعة قبله المجتهدين: أبو حامد الغزالي نموذجاً. د. محمد عبدو. ص ١١٠. ضمن "مقاصد الشريعة والاجتهاد: بحوث منهجية ونماذج تطبيقية". مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي



ثم إن القواعد المرتبطة بالمصلحة العامة هي قواعد قابلة للتغيير والتبدل، لأن المصلحة العامة لا تستقر إلا في بعض الأمور التي ضبط بها الشرع المصالح العامة، كوجوب الواجبات، وتحريم المحرمات، وتقدير الحدود، فهي مصالح عامة أبدية، لا تتغير بخلاف ما يتحقق به التغيير في الواقع والتحدّد في المجتمع وينضبط لكليات الشرع، لذلك تتغير الفتوى تبعاً لهذا الأمر، وتتبدل بما يتضح من مصالح عامة تستقر وتنتشر في المجتمع.

ب- ضوابط النظر في المصلحة العامة: من الضوابط التي يمكن الحديث عنها:

- الضابط الشرعي: المصلحة العامة كما عرفناها سابقاً هي المصلحة التي تحقق النفع لكافة الناس أو أغلبهم، غير أن هذا المعنى لا يمكن فهمه إلا ضمن إطار الضوابط الشرعية التي لا تناقض مقصود الشارع، بمعنى أن المصلحة العامة إذا نافت مصلحة الأحكام الشرعية وناقضت مقصود الشارع وأصوله الكلية لم تعتبر مصلحة عامة شرعية، إنما مصلحة وهمية تخرج المكلف عن حقيقة قصد الشارع "لأن مقصود الشارع إخراج المكلف عن داعية هواه"^(١)، فلا يمكن التوافق على مصلحة عامة وبناء الحكم الشرعي عليها في ظل منافاتها لمقاصد الشرع ولغاياته، وهذا يؤسس لفهم معاني المصالح الحقيقية، "فالأحكام الشرعية إنما جيء بها لضبط تصرفات المكلفين، من حيث أن المكلف قد يرى مصلحة يتوهم أنها حقيقية، ولكنها في حقيقة الأمر موهومة، نظراً لقصور العقل عن تصور وهميتها، ولكنها إذا عُرِضت على الأحكام الشرعية نافتها من حيث أن الأحكام الشرعية هي معيار التمييز بين الموهوم من المصالح، والحقيقي منها، إذ أن ما وافقها كان

ومركز دراسات مقاصد الشريعة الإسلامية. ط ١/٢٠٠٨.

(١) الموافقات في أصول الشريعة. ١٦٨/٢.

حقيقيا، وما خالفها كان غير ذلك^(١) فقد تظهر مصلحة عامة للأمة من أكل الخنزير مثلا، حين تجد التكلفة الأقل في لحومه مقارنة مع باقي الأنعام التي أباحها الله عزوجل، لكن هذه المصلحة وإن أظهرت النتائج الاقتصادية والاجتماعية نفعيتها على أمة إسلامية من الأمم، فتبقى مصلحة وهمية وليست حقيقية بالنظر في أصول الشريعة القطعية، وفي مقاصدها الشرعية التي تحرم لحم الخنزير تحريما قطعيا لا يقبل النظر والاجتهاد والتغير في الثوابت، لذلك تتحدد هنا قاعدة "لاعبرة بالمصالح المنافية للأحكام الشرعية" كقاعدة جوهرية ضرورية لفهم معنى المصلحة العامة، يقول عبد القادر الفاسي رحمه الله (ت ١٠٩١): "ومن الفساد الاستناد في الحكم والفتوى إلى أغراض الناس، واتباع أهوائهم من غير دليل شرعي، لأنه حلّ لعري الشريعة، ومناقض لحكمها، وتسليط الناس على مألوف أهوائهم"^(٢)، والشريعة جاءت لإخراج المكلف عن دائرة هواه، ليتبع هوى الشرع "فكل ما يراه العقل البشري من مصالح - وإن كانت عظيمة - وتتضمن أمورا منافية للنصوص الشرعية، ومنهيا عنها كمثل الغرر والمقامرة. . . ، فهي مصالح غير معتبرة"^(٣).

- الضابط الفطري: الشريعة الإسلامية تراعي مصالح العباد، وباب الاجتهاد مفتوح فيما لا نص فيه، ولكن للاجتهاد شروطه وللمصلحة ضوابطها وحدودها، فلا يرد تقدير

(١) فقه المقاصد. د. عبد السلام الرفعي. ص ٢٨٣.

(٢) النوازل الجديدة الكبرى. المهدي الوزاني. ٣٨٢/٧. طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمغرب. ١٩٩٦هـ - ١٤١٨هـ.

(٣) الاجتهاد الجماعي من خلال المجامع الفقهية: قضايا ونماذج فقهية معاصرة. بشرى الرطيع. ص ١٢٩. منشورات المجلس العلمي المحلي لسطات. ط ١/٤٣٣هـ / ٢٠١١. (د. ط.)



المصلحة العامة إلى تقرير الناس فيما يكون به الصلاح والنفع، فتقدير ما به الصلاح والفساد عائد إلى الشريعة نفسها، قد وضع ذلك في مقاصد الشريعة الخمسة: حفظ الدين، وحفظ النفس، وحفظ العقل، وحفظ النسل، وحفظ المال.

وهذا لا يتعارض مع كون الشارع الحكيم رحمة بعباده خلقهم مهيين فطريا للتمييز بين المصالح والمفاسد، وتبين ما يشمل بمنفعته العام وما يشمل بمنفعته الخاص، لأن الفطرة السليمة المتشعبة بروح الشريعة وكلياتها مهية فطريا للنظر والتمييز بين المصالح والمفاسد، فمناطق فهم المصالح على عمومها وخصوصها، وضوحها وخفيها مرده سلامة الفطرة من العوارض والمؤثرات التي قد تشوش على هذا الفهم السليم للمصالح، وهكذا "فالإنسان بفطرته يستطيع أن يفهم المصالح، ويميز بينها وبين المفاسد، فيميل إلى المصالح ما صفت فطرته، ونجت من عوامل التردل، والتعيب، كما يستطيع بها ترجيح أفضلها عن فاضلها"^(١) وعامتها من خاصها.

فخطاب الشرع ومعانيه لبنات تبين معاني المصالح العامة والخاصة، كما أن للفطرة الإنسانية السليمة النظر السديد في تحديد ما يحقق النفع لمجموع الأمة وما يحقق النفع لبعض أفرادها، وما يدفع عنها من المضار، تحقيقا سليما بعيد عن الشبهات والعوارض والمؤثرات، وبعيدا عن الإفراط والتفريط الذين لا يحددهما حدود، إذ بين هذا وذاك مدار الأحكام الشرعية.



(١) فقه المقاصد وأثره على الفكر النوازلي. ص ١١٨-١١٩.

المبحث الأول: المنهج التدريجي في بناء المصلحة العامة وأثره على تغير الفتوى

لقد ظهر في الفقه النوازي ثروة كبيرة من تأثيرات الأحكام بالمصالح العامة فرضتها الحاجة الزمنية والتطورات التشريعية، وهذه الثروة تشكل بحق مادة خصبة لتشكيل بنية علمية تتصدر فيها المصلحة العامة ركنا أساسيا في الفتوى.

وإذا كان المفتون - وخاصة منهم المالكية - لم ينظروا لهذا الفهم بشكل مباشر يستوعب ضوابط النظر النوازي وتأثره بالمتغيرات المصلحية، فإن منهجهم العملي أسهم بشكل كبير في إمالة اللثام وتوضيح بعض الرؤى المرتبطة بهذا النظر.

ذلك أن الناظر في النوازل متى أراد دراستها والتوصل إلى ضوابطها كان عليه أن يربطها بالمنهج التشريعي العام الذي يستند إلى التدرج في تشريع الأحكام، فالحوادث المستجدة والطارئة تتطلب من المفتي أن يستقري كليات الشريعة وأصولها ويبنى على فتاوى سابقه ممن تأسست فتاواهم على المصلحة العامة لأن "المصلحة هي مناط الإفتاء في الفقه النوازي"^(١)، فيتأسس له مفهوم جديد من المصالح يتوسع من خلاله في ضبط الحوادث والمسائل التي تنزل بالناس.

وإذا كان المنهج التدريجي في التشريع يعني مراعاة أحوال المكلفين في تنزيل الأحكام تيسيرا ورفعاً للحرج، فإنه في تغير الفتوى، يعني تغيير ما استقر عليه الناس بدءاً، وانتشر بينهم بمنهج تدريجي يتقبلونه انطلاقاً مما يتحقق لهم منه من مصالح، فالمنهج التدريجي

(١) دور الفقه النوازي. د. محمد ناصر المتوي مشكوري. ١٣٢/٢.



مهم في تتبع مراحل تغير الفتوى، تبعاً لتغير فعل الناس، الذي ينتقل من فعل محدود إلى متطور ثم إلى منتشر، فالأمر ينحصر في بداية نشأته قبل أن يتطور ثم ينتشر، فإذا انتشر استقرّ، وباستقراره تتغير الفتوى، مادام في ذاته مقبولاً، ولا ضرر يحيط به.

ومما يدخل في هذا الإطار ما نقل عن الزهري قوله: "لم يكن يهتم سلف المسلمين الصالح في شهادة الوالد لولده، ولا الولد لوالده، ولا الأخ لأخيه، ولا الزوج لامرأته، ثم دخل الناس بعد ذلك فظهرت منهم أمور حملت الولاية على اتهامهم فتركت شهادة من يتهم إذا كانت من قرابة، وصار ذلك من الولد والوالد والأخ والزوج والمرأة، فلم يتهم إلا هؤلاء في آخر الزمان"^(١).

فالحكم الذي انتشر بين الناس وعملوا به، هو قبول شهادة الوالد لولده، والزوج لزوجته، والأخ لأخيه، ما دام الضرر لا يتحقق به، وما دام في الأخلاق صلاح، لكن هذا البناء الحكمي ما لبث أن تطوّر، حين فسدت الذمم، وضاعت حقوق الناس ومصالحهم بسبب شهادة الوالد لولده والقريب لقريبه، فانتشر الأمر بينهم، وظهر ما يمنع قبول شهادة الوالد لولده، والولد لوالده، والأخ لأخيه، والزوج لامرأته لحماية للحقوق.

ولما كان هذا البناء المصلحي سندا شرعياً صدرت به الفتوى ردحاً من الزمن، توسّعت دائرته بعد ذلك ليشمل الأصهار والقراية وكلّ من له ملاطفة كصديق ونحوه، تحقيقاً لنفس المصلحة من حماية حقوق المتخاصمين، وحفاظاً على مصالح الناس التي قد

(١) اعلام الموقعين عن رب العالمين. ابن القيم الجوزية. ٩٠/١. دار الكتب العلمية. بيروت.

تضيق بسبب حمية القرابة، فاستقر الفعل بعد ذلك، فتغيرت الفتوى، التي نظرت في المصالح والحقوق، وتنزلاتها بين الناس.

فقد سئل المهدي الوزاني رحمه الله (ت ١٣٤٢هـ)^(١) عن رجل مات فاستظهرت امرأة بشهادة عدلين أن لها عليه أموالا ثقيلة وحوائج نفيسة وأمتعة كثيرة، لكن أحد الشاهدين صهر لها والآخر ثبت ببينة أنه ملاطفها ومن قرابتها. . الخ.

فأجاب: بأن شهادة العدلين أعلاه ساقطة، لأن الشاهد الأول صهر المرأة (زوج ابنتها)، وقد نص غير واحد على منع شهادته لها، قال في التحفة:

والأب لابنه وعكسه منع وفي ابن زوجة وعكس ذا اتبع

وأما شهادة الثاني، فلا تجوز أيضا، لأن الملاطفة والمقاربة كلاهما مظنة التهمة، قال أبو علي نقلا عن الجلاب ما نصه: لا تجوز شهادة الصديق الملاطف لملاطفه إذا كان تناله الصلة^(٢).

وقبل المهدي الوزاني، سئل اللخمي رحمه الله (ت ٤٧٨هـ) في مسألة "من شهد لزوج

(١) هو أبو عيسى بن محمد بن محمد العمراني الوزاني. ويرجع أصل سلفه إلى مضمودة إحدى قبائل غمارة. وهم ينتسبون للنسب الشريف من فرع الشرفاء العمرانيين، ويعرفون بأولاد أمقشار. ولد بمدينة وزان سنة ١٢٦٦هـ، ثم انتقل إلى مدينة فاس من أجل نحل العلوم. وتوفي سنة ١٣٤٢هـ. انظر ترجمته في: فهرس الفهارس والأثبات، لعبد الحي بن عبد الكبير الكتاني. ١١١٢/٢ - ١١١٤. دار الغرب الإسلامي. بيروت. ط ١٩٨٢/٢.

(٢) انظر النوازل الصغرى المسماة المنح السامية في النوازل الفقهية. أبي عبد الله سيدي محمد المهدي الوزاني. ٣١٦/٤. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمغرب. ١٤١٣هـ/١٩٩٣.



ابنته، فأجاب: لا تجوز شهادته"^(١)، لأنه من الأصهار.

فالبناء المصلحي للنوازل هنا، اعتمد التصور التدريجي انطلاقاً مما يتحقق بالمصلحة العامة من منافع، وما يدفعه هذا الحكم من مضار، فكلما اتسعت دائرة المصالح كلما تأثر بناء الأحكام عليها، وتوسّع في دائرتها، فلا يمكن تجاوز ما سطر في الفقه بالحديث عن ضياع الحقوق من الأصدقاء والأصهار دون المرور بالأقرب والأولى، فلما تحققت حماية المصالح انطلق هذا الفكر في بناء تشريعي يلائم التغيرات المصلحية التي تطرأ على العلاقات الاجتماعية.

ومنه أيضاً مسألة قراءة القرآن جماعة أو ما يسمّى في بلاد المغرب بـ"قراءة الحزب الراتب"، فبتتبع كتب المتقدمين والمتأخرين، يتبين أن تغير الفتوى وانتقال الحكم من المنع إلى "جواز قراءة القرآن جماعة" اعتمد مفهوم التدرج في بناء الفتوى انطلاقاً من أسس مصلحية رصينة.

فقد جاء في العتبية للإمام العتبي (ت ٢٥٥هـ): "سئل مالك عن القراءة في المسجد -يعني على وجه بخصوص كالحزب ونحوه- فقال: "لم يكن بالأمر القديم، وإنما هو شيء أحدث، ولن يأتي آخر الأمة بأهدى مما كان عليه أولها"^(٢)، فمنع رحمه الله اجتماع الناس بالمسجد على قراءة الحزب لأنه أمر لم يتقدم به عمل.

(١) فتاوى الشيخ أبي الحسن اللخمي القيرواني. جمع وتحقيق وتقديم: د. حميد لحر. ص ٩٦. دار المعرفة. الدار البيضاء. المغرب. د. ت.

(٢) انظر: المعيار المغربي عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب. أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. أخرج: محمد حجي. ١١٢/١١. دار الغرب الإسلامي. بيروت. د. ت.

غير أن بوادر تغيّر الحكم، جاءت مع ابن أبي زيد القيرواني (ت ٣٨٦هـ) حين سئل عن معلّم صبيان يعرض الصبيان عشية الأربعاء، هل يعرضون اثنين أو ثلاثة خشية ألا يستوعبهم في الجمعة أفراداً - يعني في الأسبوع-؟ فأجاب: "إن كان على يقين من حفظهم، أرجو ألا يكون به بأس، فإن لم يكن على يقين من حفظهم، فإنه لا يدري من يحفظ منهم، لأن بعضهم عون لبعض، ويفتح بعضهم على بعض، فأرى أن يمنعمهم من العرض ويأخذهم منفردين"^(١)، ثم أفتى أبو الحسن علي بن محمد بن خلف القابسي (ت ٤٠٣هـ) في "الرسالة المفصلة لأحوال المعلمين"، بذلك، جاء فيها: "وسئلت: هل للصبيان الصغار أو الكبار البالغين أن يقرؤوا في سورة واحدة وهم جماعة على وجه التعليم؟ قال: "فإن كنت تريد يفعلون ذلك عند المعلم، فينبغي على المعلم النظر فيما هو أصح لتعلمهم فيأمرهم به، ويأخذ عليهم فيه، لأن اجتماعهم في القراءة بحضرتة يخفي عنه قوي الحفظ من الضعيف، ولكن إن كان على الصبيان من ذلك خفة فيخبرهم أنه سيعرض كل واحد منهم في حزه"^(٢).

فهذه الفتوى لم تمنع قراءة القرآن جماعة، خاصة إذا تيقن المعلم من حفظ الطلبة، ولكنها استحسنت معارضة القرآن على المعلّم واحدا واحدا، حتى يظهر قوي الحفظ من غيره، غير أننا "نمضي في الزمن غير يسير حتى تتغير فتوى المالكية في استعمال القراءة الجماعية وسيلة للتعليم، وأيضا لقراءة الحزب من القرآن"^(٣)، حيث يتبين للعلماء ماتحقّقه

(١) المعيار. ٢٣٩/٨.

(٢) الرسالة المفصلة لأحوال المتعلمين وأحكام المعلمين والمتعلمين. أبو الحسن علي بن خلف القابسي المعافري. تحقيق: أحمد خالد. ٣٢٥-٣٢٦. الشركة التونسية للتوزيع. ط ١/١٩٨٦.

(٣) تغير الفتوى عند المالكية بتغير الحال واعتبار المال. د. عبد الهادي حميتو. ص ٥٢. مجلة الجذوة.



قراءة القرآن جماعة من مصالح للناس، تتضح جليّة في الحرص على خدمة القرآن الكريم وأهله وعمارة المسجد بالذكر.

فقد أورد صاحب المعيار فتوى سئل عنها القابسي (ت ٤٠٣ هـ) أيضا، تتعلق بالمجتمعين بعد صلاة الصبح يقرؤون الحزب من القرآن متفقيين فيه، هل يجوز أم لا؟ وكذا في الدعاء عند ختم القرآن؟ فأجاب: "إن كما لما يجدون في ذلك من القوة والنشاط في الحفظ والدراسة فلا بأس به، ولو قدر على الدراسة خاليا كان أفضل وأسلم"^(١)، وبعده أفتى الفقيه أبو عبد الله محمد بن علي المازري (ت ٥٣٦ هـ) في قراءة القرآن بالاجتماع بصوت واحد بالجواز - قال الشوشاوي بعد نقل ذلك: "...الجواز، قاله الإمام المازري رضي الله عنه، دليله أنه ثبت عن الصحابة رضي الله عنهم أنهم كانوا يجتمعون على قراءة سورة بصوت واحد"^(٢)، قال الفقيه محمد كنوني (ت ١٣٩٨ هـ) في الفتاوى: "واستشهد الإمام المازري بحديث صحيح: "ما اجتمع قوم في بيت من بيوت الله، ويدرسونه بينهم، إلا نزلت عليهم السكينة..."^(٣) الحديث، قال: ظاهر الحديث يبيح الاجتماع لقراءة

=

العدد الأول. السنة الأولى ٢٠١٣.

(١) المعيار. ١٦٩/١١.

(٢) الفوائد الجميلة على الآيات الجليلة. أبي علي الحسين بن علي بن طلحة الشوشاوي. دراسة وتحقيق: ادريس عزوزي. ٢٣٧. طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمغرب. ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩.

(٣) جزء من حديث رواه مسلم. ح ٢٦٩٩.

القرآن في المساجد، وإن كان مالك كره ذلك في المدونة، لأنه لم ير السلف يفعلونه، مع حرصهم على اتباع السنة، ولعله من البدع الحسنة كقيام رمضان^(١).

وقد أتى بعد هؤلاء، شيخ الجماعة بالأندلس الفقيه أبو سعيد بن لب (ت ٧٨٢هـ)، فأفتى بجواز قراءة الحزب في الجماعة، مبيّناً وجه استدلاله في المسألة، وموضحاً المنهج المصلحي الذي تأثرت به هذه المسألة بدءاً من المنع الذي أفتى به إمام المذهب وانتهاء بفتاوى المتأخرين، جاء في المعيار: "وسئل عن قراءة الحزب في الجماعة على العادة، هل فيه أجر مع ما نقل فيه ابن رشد من الكراهة؟ فأجاب: أما قراءة الحزب في الجماعة على العادة فلم يكرهه أحد، إلا مالكا، على عادته في إيثار الإتياع، وجمهور العلماء على جوازه واستحبابه، وقد تمسكوا في ذلك بالحديث الصحيح: ما اجتمع قوم في بيت من بيوت الله يتلون كتاب الله، ويتدارسونه بينهم، إلا نزلت عليهم السكينة، وحفتهم الملائكة، وغشيتهم الرحمة، وذكرهم الله فيمن عنده، قال ابن لب: ثم إن العمل بذلك قد تضافر عليه أهل هذه الأمصار والأعصار، وهذه مقاصد من يقصدها فلن يجيب من أجزها: منها: تعاهد القرآن حسبما جاء فيه من الترغيب في الأحاديث.

ومنها تسميع كتاب الله لمن يريد سماعه من المسلمين، إذ لا يقدر العامي على تلاوته فيجد سبيلاً إلى سماعه، ومنها: التماس الفضل المذكور في الحديث، إذ لم يخصص وقتاً دون وقت^(٢).

(١) الفتاوى. محمد كنون المذكوري. ص ١٤٢. نشر دار الفرقان للنشر الحديث الدار البيضاء. ٢٠٠٣م.

(٢) المعيار. ١٥٥/١-١٥٦.



وهكذا رفع الشيخ ابن لب كل لبس أو حرج يتعلق بفتوى "قراءة الحزب الراتب جماعة"، وأبان عن تضافر العمل بالجواز في سائر الأمصار والأعصار، وبيّن المقاصد التي تتوخى من فعلها والتي يتحقق بها النفع العام للأمة، وأنها مقاصد لا يجيب من أجزها من قصدها كما قاله رحمه الله، وعلى هذا الهدي تابعه المفتون بعد ذلك، لأن الأدلة العامة للشريعة الإسلامية في طلب تعاهد القرآن تشملها من جهات عديدة، وأقربها إلى الاعتبار وأجدرها: عمارة المساجد بالذكر، وتلاوة القرآن، وصيانته من الضياع بترك التعاهد، واعتبارها من التعاون على البر والتقوى ومن الأعمال التي تشمل بنفعها عموم الجماعة وتحقق لهم المصلحة.

وبذلك، يتضح أن منهج المالكية في جواز قراءة القرآن جماعة، اعتمد التصور التدريجي في فهم المصالح وتحققها على مستوى الواقع، حيث ظلت الفتوى لوقت غير يسير تعتمد على فهم ما أحدث في الدين، وبتبيّن ما يتحقق في المسألة من مصالح للناس خاصة بعد تطور الأمر وانتشاره، من الإقبال والقراءة والحفظ لكتاب الله، وعمارة المساجد بالذكر، واعتبارها من التعاون على البر والتقوى، تغيرت الفتوى لتعتمد هذا المنهج المصلحي.

كما أن تحقيق مناط عمل الناس وترتيب أصل بنائه بالمصلحة العامة تبين أنه من عمل المفتي، فكراهة الإمام مالك لقراءة الحزب جماعة بنيت في أساسها على ما استقر عليه الناس قبل أن يحدث ثم يتطور فينتشر بعد ذلك، لينظر المفتي في تحقق المصلحة العامة فيه ليبيّن حكما وفهما جديدا للمسألة.



المبحث الثاني: تأثير المصلحة العامة بالواقع وأثره على تغير الفتوى

عندما نتحدث عن البناء المصلحي للأحكام الشرعية، فإن الأمر يقتضي الحديث عن اختلاف أنظار المجتهدين، وتباين مناهجهم في الاستنباط، وإذا تعلق الأمر بالفتوى، فيزداد الأمر اتّضاحاً وبيانا، لأنه يرتبط بحياة الناس، وبواقعهم المعاش، وبحياتهم اليومية التي تتجدد أنماطها وتبديل فيها المصالح والمنافع، فما كان بالأمس مصلحة عامة، ظهر اليوم ما يقتضي تغييره بمصلحة عامّة أقوى وأعم، ونفعها أعظم وأبين، فالضوابط التي تحكم الشأن العام للمجتمع والحياة العامّة للناس هي التي تحدد المصلحة العامة.

فالناظر المدقق، والباحث المتفحص، يتأكد له وجود ترابط وتلازم بين وجلي بين المصلحة العامة وواقع الناس، لذلك فالفتوى تتغير بتغير تحقق المصلحة العامة في الواقع بما يفرضه تغير الزمان والمكان، وبما تجلّيه قواعد رفع الضرر، وما تتضمنه قواعد سد الذرائع وغيرها من القواعد الأخرى التي تضبط الواقع وتؤثر فيه.

وبما أن الفكر النوازي فكر مؤسس على وقائع وحوادث، فإنه بهذا الاعتبار قابل للتغير طبقاً لتأثر هذه الوقائع بالواقع، فيتغير الحكم بناء على ذلك، "فقد يؤلف المجتهد اجتهاداً ما ثم يغيّره أو ينظر إلى مصلحة ما تعدله عما يفترض أن يطرحه من اجتهاد وحكم"^(١)، أو يأتي بعده من يغيّر اجتهاده بناء على ما يصل إليه من فهم للواقع المعاش وضبط لفقهِ المصلحة العامة فيه، أو ما يتطلبه التجدد التشريعي من تطور على مستوى

(١) التغير في الفتوى: الأنماط والعوامل. يحيى محمد. ص ٢٥٨. مجلة قضايا إسلامية معاصرة.



منظومة المصالح والمفاسد، يقول ابن القيم رحمه الله (ت ٧٥٦هـ): "ولا يتمكن المفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم:

أحدهما: فهم الواقع والفقّه فيه. . . والنوع الثاني: فهم الواجب في الواقع، وهو فهم حكم الله الذي حكم به في كتابه ثُمَّ يُطَبَّقُ أَحدهما على الآخر"^(١).

لذلك جاءت فتاوى علماء المالكية ونوازلهم وفق هذا التصور العلمي المبني على دراسة أحوال الناس وواقعهم المعاش.

من ذلك، فتوى تضمين الصناع بما ضاع في أيديهم، فمحرّر في الفقه، أن يد الصانع لا تضمن ما هلك عنده عند عدم التقصير، لأنها يد أمانة، لكن مع هذا لجأ الفقهاء إلى تضمين الصناع بعد فساد الذمم، حماية للحقوق وحفاظا على مصالح الناس التي تضيع بسبب عدم الضمان، لما تبين لهم على مستوى تغير الواقع من فساد وتضييع للأمانة.

فعدم تضمين الصناع ما بأيديهم وعدم مطالبتهم بإقامة البيّنة على عدم تقصيرهم وتعديهم يرجع أساسا إلى الأمانة التي كانوا يتحلّون بها، فلما كانت النفوس مستقيمة تعلّق بناء الفتوى على مصلحة عامة تتحقق للصانع وربّ السلعة، لكن لما ضعفت النفوس ومالت في الواقع عن طريق الحق، وخان بعضهم الأمانة استدعى الأمر بناء وفهما جديدا لهذه المصلحة، ترجّح فيه مصلحة صاحب السلعة ضمانا للحقوق.

ومثل الصانع صاحب الفرن، الذي يأتيه الناس بالخبز، فقد سئل أبو عمران الفاسي رحمه الله، عن ذهب خبزته من الفرن، فأعطى له الفرن غير خبزته، هل يؤخذ بتضمين

(١) اعلام الموقعين عن رب العالمين. ٧٠/١.

الصانع، فأجاب: إذا ابتدأ^(١) خبزته في الفرن^(٢)، وكذلك ضمّن اللحمي (ت ٤٧٨هـ) صاحب الفرن إذا أحرق الخبز وتبيّن تفرطه وتقصيره، وقبله أفى محمد بن يقي بن زرب القرطبي (ت ٣٦٩هـ) بعدم الضمان^(٣).

وهذا الترجيح الذي أورده أبو عمران هنا، خالف به وأنكر من خلاله فتوى له سابقة، سئل فيها عن تضمين الصانع، "فأجاب: لا يضمّنون"^(٤)، فعوتب من أجل ذلك، خاصة لمخالفته مذهب مالك في المسألة، لكنه بيّن بعد ذلك ترجيحه المصلحي في الفتوى وجوابه عن الأمر^(٥).

يقول ابن رشد الحفيد (ت ٥٩٥هـ) في تأصيل مسألة تضمين الصانع: "وأما تضمين الصانع ما ادّعوا هلاكه عن المصنوعات المرفوعة إليهم فإنهم اختلفوا في ذلك (...). وتحصيل مذهب مالك على هذا أن الصانع المشترك يضمن، سواء عمل بأجر أو بغير أجر، وبضمنان الصانع قال علي وعمر، وإن كان قد اختلف عن علي في ذلك وعمدة من لم ير الضمان عليهم أنه شبه الصانع بالمودع عنده والشريك والوكيل، وأجير الغنم ومن ضمنه فلا دليل له إلاّ النظر إلى المصلحة وسدّ الذريعة"^(٦).

(١) أي تبدل.

(٢) فقه النوازل على المذهب المالكي. فتاوى أبو عمران الفاسي. جمع: د. محمد البركة. ص ١٥٣. أفريقيا الشرق ٢٠١٠.

(٣) ينظر نوازل المعيار. ٣٢٠/٨.

(٤) فقه النوازل. فتاوى أبي عمران الفاسي. ص ١٥٤.

(٥) المصدر نفسه ١٥٤-١٥٥.

(٦) بداية المجتهد ونهاية المقتصد. أبو الوليد بن رشد الحفيد. تحقيق وتعليق: الشيخ علي معوض.



ومثل تضمين الصناعات، تضمين المفتي، الذي هو مخبرٌ عن حُكم الشَّرع في الواقعة التي يسأل عنها، فيترتب على فتواه تعلق بحقوق الله، وحقوق الناس، ونظراً لخطورة الفتوى وأهميتها، فقد وجدنا علماء المالكية يُسألون فيما يخص ضمان المفتي فيما أتلف بفتواه من أموال الناس.

وبتتبع كتب الفتوى والنوازل، نجد أن للمصلحة العامة في علاقتها بالواقع أثراً بالغاً في تغيير البناء الحُكْمِي للمسألة، فقد سئل ابن رشد الجدل (ت ٥٢٠هـ) عن مسألة تتعلق بزنا رجل وامرأة أعقبه نكاح بغير استبراء من الماء الفاسد، وتوالداً أولاداً كثيرة، ثم إنهما تفرقا بطلاق، وتراجعا بعد الطلاق ثم تفرقا ثانية بطلاق، استفتيا فيها أهل العلم فأفتوا بفساد فعلهما وعدم استقامته، فتصدقوا بتركة الرجل بعد موته، فهل على المفتين ضمان، فيما تصدقوا به على المساكين.

فأجاب رحمه الله في النازلة التي سئل عنها، وأضاف أنه لا ضمان على المفتين، وإنما الضمان على من استفتاهم، وتسوّر على ميراثهم بفتواه فتصدق به دون تثبيت ولا أمر واجب على حال^(١).

غير أن هذه الفتوى ستجد من العلماء من يتنبّه إلى ضرورة تغييرها بناء على ما يتحقق في تغييرها من مصلحة عامة ونفع عام للناس، بحفظ حقوقهم وأموالهم حتى لا يتجرأ الناس على الفتوى دون علم ودون تيقن، خاصة مع قلة الورع وفساد الزمان، ومن

والشيخ عادل أحمد عبد الموجود. ٣٥٦/٢. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان.
ط ٢/١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠.

(١) مسائل ابن رشد. ص ٨٩٨-٨٩٩.

هؤلاء الذين أفتوا بغير ما ظهر لابن رشد، المازري رحمه الله (ت ٥٣٦هـ)، الذي شدّد في الفتوى بمشهور المذهب نظرا لما لاحظته من قلة ورع أهل زمانه^(١).

فقد سئل رحمه الله "عمن أفتى رجلا فأتلف بفتواه مالا، فأجاب: إن كان المفتي من أهل الاجتهاد والنظر لم يلزمه ضمان ما ذهب بسبب فتواه، وإن كان على غير ذلك فقد تكلف ما لا يجوز، ويضمن ما تلف، ويجب على الحاكم التخليط عليه، إذا قامت البينة عنده، ولو أدب لكان لذلك أهلا، إلا أن يكون له طلب في العلم فيسقط عنه الأدب، وينهى عن الفتوى إن لم يكن لذلك أهلا"^(٢).

فقد ظهر للمازري رحمه الله ما قد يترتب عن ضياع حقوق الناس بسبب فساد وقلة ورع أهل زمانه، فيصير تجرؤهم على الفتوى سببا في ضياع الحقوق والأموال، والشريعة الإسلامية جاءت برعاية الحقوق، وحفظه في إطار الكليات الخمس.

ومن الفتاوى أيضا التي كان للواقع المعاش أثر في تغييرها بناء على ما يتحقق من مصلحة عامة للناس بتبديلها، فتوى حكم القاضي بعلمه، أو بما ثبت عنده من الحجج والبيّنات، فمن تقدم من الفقهاء والمفتين صار إلى جواز ذلك، غير أن من تأخر من هؤلاء أفتى بغير ذلك، بعدما تبين له ما ظهر على القضاة وما غلب عليهم من فساد للذمم، وأخذ للرشاوى، مما قد تضيع به حقوق الناس ومصالحهم، فكان نظرهم ترجيحاً للمصلحة العامة التي قام عليها فهم الواقع المعاش وبيان لحقيقته في نفوس الناس، فإذا كان للقاضي أن يقضي بعلمه الشخصي في القضايا والحوادث التي تقع للناس، فإن

(١) انظر فتاوى المازري. تقدمت وجمع وتحقيق: د. الطاهر المعموري. ص ٩١. وما بعدها. الدار التونسية للنشر. مركز الدراسات الإسلامية بالقيروان. ط ١/١٩٩٤.

(٢) فتاوى المازري. ص ٣٠٦.



الترجيح المصلحي المبني على الواقع كان سببا في تغيير الفتوى بعدما لاحظ المتأخرون ما غلب على القضاة من فساد وقلة ورع.

وفي نوازل المهدي الوزائي، تقرير واضح لهذا الفهم، فقد جاء فيها، أن الشيخ الرهوني سئل عن "رجل مات وترك محجورين وأخذ من تركته ديون وصيّ فيها بعض الأملاك، وقال القاضي: ثبت عندي تلك الديون بموجب الثبوت وبعضها برسم منتسخ برسم التركة.

فأجاب: الحمد لله، المشهور في المذهب أن قول القاضي ثبت عندي كذا وحكمت بكذا بعد الإعذار والتأجيل كما يجب مقبول كاف، وفي الجلاب وغيره خلافه، واختاره المحققون كالشيخ أبي الحسن اللخمي وغيره مع اعترافهم بأن المشهور خلافه، وعلّوه بفساد الزمان وتغير أحوال القضاة في أزمنتهم، وجرت به الفتوى ممن بعد هذه الطبقة، ورأوا أن ما قاله اللخمي وغيره حق، وأنه في أزمنتهم أخرى من أزمنة اللخمي، ولم يزل من بعدهم من الشيوخ، يرجحون ذلك، وقد بالغ في ترجيح ذلك الشيخ أبو علي بن رحال في الحاشية والشرح قائلًا: إذا قال ذلك اللخمي في زمانه ومن بعده في أزمنتهم فكيف بزماننا، وإذا قال ذلك أبو علي في زمانه، فكيف بهذا الوقت"^(١).

فإذا كان قول القاضي قد اعتبر في فتاوى السابقين نظرا لأن العمل جرى على شهادته بالعلم اليقيني الذي يحقق بتنزيله المصالح للناس، فإن الواقع جرى بعد ذلك على غير ما ذكر، فظهر في وقت اللخمي ما يبرّر تغيير هذه الفتوى، والنظر فيها من جديد، بما يحقق النفع للناس، ويحمي مصالحهم المالية التي قد تضيع بفساد الذمم، فصارت

(١) النوازل الصغرى. ٢٦٣/٤-٢٦٤.

الفتوى بعد ذلك على هذا النسق المصلحي، خاصة مع بقاء هذه الذمم على حالها، مما يؤكد أن للواقع أثره البالغ في تغيير الفتوى، بحيث لو صلح أمر القضاة وظهر في زمان آخر براءة ذمتهم ودمائة أخلاقهم لصارت الفتوى بما يثبت لهم القول ويسري عليه العمل في مثل هذه الشهادات.





المبحث الثالث: تقديم المصلحة العامة على القول بمشهور المذهب وأثره على تغير الفتوى

تعارف فقهاء المالكية على بعض المصطلحات التي أسست لبنات الفقه المالكي، فوجدناهم يتحدثون عن القول الراجح والمشهور في المذهب، والمتفق عليه، والضعيف وغيرها، كما وجدناهم يضعون ضوابط منهجية تحدّد العمل بهذه الأقوال وتقديم بعضها على بعض، فمثلا يقدم القول الراجح على المشهور، وهكذا.

ولم ينأى الفكر النوازلي عن مراعاة هذه الضوابط، كما أن الفتاوى والنوازل تأثرت بهذا المنهج الذي تميز به علماء وفقهاء المالكية، فوجدنا بعض المفتين يشددون في ذلك، ويعتبرون الفتوى بغير المشهور من الأمور التي ينبغي التنبيه عليها خاصة مع قلة الورع، من هؤلاء إمام المالكية في وقته: المازري رحمه الله، الذي تّبّه إلى ذلك مشيرا إلى فساد أهل زمانه وقلة الورع التي قد تدفع إلى التمسك بالرخص وبالأقوال الضعيفة^(١)، على حساب القول المشهور، لما يستقر بها من مصالح عامة، فقد ثبت عند العلماء أن العمل إذا جرى على خلاف القول المشهور فإنه يعمل بما جرى به العمل، ويقدم على المشهور في المذهب.

قال الشيخ المسناوي^(٢): "وإذا جرى العمل ممن يُقتدى به بمخالفة المشهور لمصلحة وسبب، فالواقع في كلامهم أنه يُعمل بما جرى به العمل ممن يُقتدى به، وإن كان مخالفا

(١) انظر فتاوى المازري. ص ٩١.

(٢) أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد بن أبي بكر الدلائلي، كانت ولادته بالزاوية البكرية من إقليم تادلا سنة (١٠٧٢هـ)، وتوفي رحمه الله يوم السبت سادس عشر شوال سنة (١١٣٦هـ). انظر

للمشهور، وهذا ظاهرٌ إذا تحقق استمرار تلك المصلحة وذلك السبب، وإلا فالواجب الرجوع إلى المشهور"^(١).

وإذا كان القول المشهور يُعدل عنه لما جرى به العمل، فإن نوازل المالكية تفيد أن المصلحة العامة التي تتحقق لمجموع الناس لها أثرها في تغيير الفتوى رغم أن القول المشهور في المذهب والفتاوى المبنية عليه قد جرت على خلاف ذلك.

فالباحث يقف عند قضايا ومسائل متعدّدة، يجد أن سبب تغيير الفتوى فيها أو الحكم الشرعي منوط بما يظهر للمفتي أو النوازل من مصالح عامة، فيقدّمها على ما هو مشهور من قولٍ في المذهب، ولا يفتي به، تحقيقاً لهذا الأصل وعملاً به وتأسيساً لمنهج منضبط يرتبط بكليات الشريعة التي تراعي التطورات المجتمعية وتضبط العلاقات الإنسانية.

فقد جرى مذهب الإمام مالك مثلاً إلى التشدد في مسألة بيع المملك الحُبسي، حيث نصّ فقهاء مذهبه "على أن ملكية الموقوف لا تخرج أبداً عن ملكية واقفه، بل تبقى ثابتة له - حياً كان أو ميتاً - وأن ملكيته له تبقى مقيّدة بعدم بيعه، ولا هبته ولا إرثه"^(٢)، واستدلّ لذلك، كما ورد عن سحنون بما جرى عليه الأمر ممن مضى من سنة الأقدمين في بقاء العين الموقوفة خربة دون المساس بها، أو تغييرها، قال سحنون (ت ٢٤٠هـ):

ترجمته في شجرة النور الزكية. محمد بن محمد مخلوف. ص ٣٣٣-٣٣٤.

(١) الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني. محمد بن الحسن بن مسعود البناني. تحقيق: عبد السلام محمد أمين. ١٢٤/٧. دار الكتب العلمية. ط ٢٠٠٢.

(٢) انظر محاضرات في الوقف. محمد أبي زهرة. ص ١٦٤. دار الفكر العربي. ط ١٩٧١/٢.



"فبقاء هذه خرابا دليل على أن البيع فيها غير مستقيم لأنه لو استقام لما أخطأه من مضى من صدر هذه الأمة وما جهله من لم يعمل به حين تركت خرابا"^(١)، وحكى ابن أبي زيد القيرواني (ت ٣٨٦هـ) في رسالته اختلافا في بيع حبس حرب، ونصّ على عدم جواز بيعه، فقال: "ولا يباع الحبس وإن حرب"^(٢)، وبعده اختصر الشيخ خليل (ت ٧٧٦هـ) العبارة بقوله: "ولا عقار وإن حرب"^(٣)، وفي معرض جواب المهدي الوزاني رحمه الله "عمن أراد بيع حبس ليقضي به دين سُجن بسببه قال: لا وجه لبيع هذه الحبس في هذه المسألة"^(٤)، وقال ابن سهل^(٥) في أحكامه الكبرى: "أجمع مالك وأصحابه على منع بيع الأقباس. . . وقال ابن سلمون وأما العقار أي الحبس فلا يباع باتفاق"^(٦)، أي لا يباع العقار الوقفي وإن حرب وأصبح لا يحقّق نفعاً، وكذلك إذا احتجج إليه^(٧).

- (١) مسالك الدلالة في شرح مسائل الرسالة. أحمد بن محمد بن الصديق الغماري. ٣١٤. دار الكتب العلمية. ط ١٤٣٣/١هـ-٢٠٠٢. وانظر المعيار. ١/٢٤٥.
- (٢) الرسالة. ص ٨٧. دار الكتب العلمية. بيروت لبنان. ط ١٤١٨/١هـ. ١٩٩٨.
- (٣) مختصر الشيخ خليل. مطبوع مع منح الجليل شرح مختصر خليل. ١٥٤/٨. دارالفكر. ١٤٠٩هـ/١٩٨٩. د. ط.
- (٤) النوازل الصغرى. المهدي الوزاني. ١٤٨/٤.
- (٥) هو عيسى بن سهل بن عبد الله الأسدي يكنى أبا الأصبع، ولد بيجان سنة (٤١٣هـ/١٠٢٢م). انظر ترجمته في سير أعلام النبلاء. شمس الدين الذهبي.
- (٦) النوازل الصغرى. ١٤٨/٤.
- (٧) انظر كتاب البعد المقاصدي للوقف بالمغرب. للباحث. ص ٨٨. دار أفريقيا الشرق. المغرب. ط ٢٠١٤/١.

وبهذا أفتى الشيخ حسين إبراهيم المغربي رحمه الله^(١)، حيث قال: "لا يجوز بيع الوقف وإن خرب ولو بغيره من جنسه ولا يجوز استبداله بمثله غير خرب ولا يجوز بيع أنقاضه من أحجار وأخشاب"^(٢).

وقد بنى أهل الفتوى هذا الحكم، انطلاقاً من أن التصرف في أصل الوقف لا يجوز لعدم البحث في المصلحة من بيعه، وصارت هذه الفتاوى والأقوال من المشهور في المذهب، إلى أن ظهرت مصالح ومنافع من هذا البيع، بعدما تبين أن بقاء هذه الأحباس خراباً، لا تتحقق منها مصالح للأمة، بقدر ما تضيع بها المنافع، فظهر في نوازل المتأخرين ما يقدم المصلحة العامة عند التعارض، وما يبرز سبب تغير الفتوى، فمن ذلك ما جاء عن المهدي الوزاني، فقد سئل رحمه الله "عن عرصة محبس نصفها تحتاج إلى عناية من سقي، وحرث وخدمة، وتنقية، وتسوير ولم يوجد من ينفق عليها، لا من المحبس عليهم لفقروهم، ولا من الحبس، فأجاب: إن وجد من يتطوع بإجراء النفقة على النصف المحبس، وانتظار غلته في المستقبل إن وجدت، ليأخذ ما أنفق منها فلا سبيل إلى معاوضته بغيره، ولا إلى بيعه بالثمن واستبداله بغيره، وإن لم يوجد متطوع بذلك فإن القائم على الأحباس يرى ما هو أنفع من تعويضه بالأفضل، أو بيعه واستبداله بغيره إن عدت منفعته"^(٣).

(١) مفتى السادة المالكية بمكة المكرمة.

(٢) قرّة العين بفتاوى علماء الحرمين. أشرف على تصحيحه وضبط أصوله: الشيخ محمد علي بن حسين المالكي. ص ٢٥٩. مطبعة مصطفى محمد. ط ١/١٣٥٦هـ-١٩٣٧.

(٣) النوازل الكبرى. ٢٤٢/٨.



وجاء في المعيار للونشريسي: "قال فضل بن مسلمة في حبس المساكين يكون في البلد، فتييس أشجارها، وتقحط، فيحبس الماء عنه، فقال: يرى القاضي فيه رأيه في بيع أو غير ذلك، قال ابن اللباد: أرى أن يباع إذا كان لهذه الحال"^(١).

وقد بيّن الشيخ أبو العباس الأبار^(٢) مذهب العلماء في المسألة، فقال: "إن صلب المذهب وصميمه على المنع من بيع الأحباس، وأنه مذهب الجمهور صحيح مشهور، وهو في غير ما ديوان من دواوين العلماء مكتتب مشهور، بيد أن جماعة من الشيوخ ذوي الثبّت في العلم والرسوخ، أفتوا ببيعه ومعاوضته بغيره، إذا لم تكن فيه منفعة، أو قلّت، رعيًا للمصلحة التي اعتنى بها الشارع، واتباعًا لقصد المحبس"^(٣).

فتبيّن أن فتاوى المتأخرين قامت على مقاصد الشريعة والمتمثلة في المحافظة على المال والنهي عن إضاعته بالإهمال والإغفال الذي يطال الوقف إذا بقي خربًا لا يُنتفع به، فخالفوا مشهور المذهب عندما تعارض مع مصلحة حقيقية تستوجب حكمًا جديدًا وتغيير منهج الاستنباط بناء عليها.

(١) المعيار. ٥٥/٨.

(٢) أبو العباس أحمد بن علي بن مسلم الأبار من علماء الأثر ببغداد. انظر ترجمته الكاملة في: سير أعلام النبلاء. شمس الدين الذهبي. ٤٤٣/١٣. مؤسسة الرسالة. ط ٢٠٠١/٢٢٢/٤١هـ.

(٣) تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس. أبي عيسى المهدي الوزاني. تقديم وإعداد: هاشم العلوي. ص ٤٠٣-٤٠٤. طبع وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمغرب. ط ١٤٢٢/١هـ-٢٠٠١م.

ومثل بيع الملك الوقفي، نجد أيضا مناقلته أو معاوضته، والمناقلة كما عرفها الشيخ الدردير في باب الشفعة، هي: "بيع العقار بمثله"^(١)، ويسمّيها الفقهاء أيضا بالإبدال والاستبدال، ويعنون به بيع عين من أعيان الوقف ببدل من النقود أو الأعيان، وشراء عين أخرى بالبدل الذي بيعت به وقفاً محلها، أي أن يعمد إلى الملك الحبسي فتتمّ معاوضته بغيره، نظرا للحاجة إلى ذلك، وقد جرى مشهور المذهب على القول بالمنع.

حيث فرّق المالكية بين المنقول والعقار، فأفتوا بجواز استبدال المنقول بالبيع، ونصّوا على ذلك في كتب الفقه، جاء في الشرح الصغير: "وبيع ما لا ينتفع به فيما حبس عليه... كثوب وحيوان وعبد يهرم وكتب علم تبلى، ولا ينتفع في تلك المدرسة، وجعل (الثلث) في مثله كاملاً إن أمكن أو شقه، أي في جزء من ذلك الشيء إن لم يمكن شراء كامل... فإن لم يمكن تصدق بالثلث"^(٢)، وأما العقار، فاعتبروا فيه نقله بالإبدال والاستبدال كالبيع، "فلا يجوز ولا يصح بيع عقار وإن خرب وصار لا ينتفع به سواء كان داراً أو حوانيت أو غيرها ولو بغيره من جنسه كاستبداله بمثله غير خرب"^(٣).

وهذا الذي اشتهر عند المالكية، وصارت به فتاويهم ودوّنت في نوازلهم، تغيّر بظهور المصلحة العامة من مناقلته، فقد سئل المهدي الوزاني رحمه الله، عن مناقلة حبس دون مطالعة القاضي، وأخذ إذنه في ذلك، فأجاب بأنه "وقع فيها نزاع بين من قرب زمانه من

(١) الشرح الكبير. أبو البركات أحمد بن محمد الدردير مطبوع بهامش حاشية الدسوقي. ٤٧٦/٣.

دار الفكر. بيروت. د. ط. ت.

(٢) الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك. أبو البركات أحمد بن محمد الدردير.

٤١٢/٥. مطبعة عيسى البابي الحلبي. د. ط. ت.

(٣) الشرح الصغير. ٤١٤/٥.



علماء فاس، فأفتى سيدي محمد بن عبد القادر الفاسي ومن وافقه بأنها غير تامة، إذ لا بد من نظر القاضي، وأفتى آخر قضاة العدل سيدي العربي بردلة بأنها نافذة ماضية لوقوعها على السداد، قال: ويعد كل البعد أن تكون مطالعة القاضي من الأمور التعبدية، وإنما هي معقولة المعنى، وإذا كانت معقولة ووجد ذلك المعنى الذي هو المقصود منها فلا يبقى للفسخ محل^(١).

فما تضمّنه السؤال بخصوص مطالعة القاضي إشارة إلى كون الفتوى قد مضت بجواز ذلك مع إطلاعهم، وإخباره بما يتحقق من هذه المناقلة من مصلحة عامة تتحقق في بيعه واقتناء عوضٍ عن الملك الحبسي محل المناقلة، بدل تركه على حالة لا يستفيد منها الناس.

كما أن الاختلاف بخصوص هذه الفتوى استمرّ بتعاقب العلماء حيث وجد من أفتى بمنع هذه المناقلة، وبين من أفتى بالجواز بعد ذلك لما تبين لنظره واجتهاده ما يوافق هذا المعنى، فتضمّنت النازلة ما يشير إلى البناء الأصولي للواقعة، وهو كون مطالعة القاضي في أمر مناقلة ومعاوضة الملك الحبسي من المعاني المعقولة المعنى التي تظهر فيها الحكمة جليّة والمصلحة ظاهرة، فتتغير بناء على ما يتحقق من الحكم والمصالح في المناقلة، فتصير هي الضابط لتغير الفتوى.

ومن الفتاوى التي تغيّرت بناء على ترجيح المصلحة العامة، في تعارضها مع الأخذ بمشهور المذهب، الفتوى المتعلقة بتعدّد الجمعة بالمصر الواحد.

(١) النوازل الصغرى. ١٥٣/٤.

فالذي عليه المذهب، هو عدم الجواز "وهو المشهور المعلوم في المذهب عند الكثير والجمع الغفير من علماء الأمصار"^(١)، خاصة مع السعة والاختيار وانتفاء الأعذار والضرورات، وممن اشتهرت فتواه بذلك من شيوخ المذهب المالكي، وصار في فقهه على المنع الأئمة: "اللخمي والمازري وابن الجلاب وعبد الوهاب وابن بشير وغيرهم"^(٢)، واستدلوا في ذلك بأدلة، منها أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يقيمها إلا بمسجد واحد ولو جازت بغيره لبيته النبي صلى الله عليه وسلم قولاً وعملاً، قال المازري (ت ٥٣٦هـ): "لأنها صلاة غيرت من فرض إلى فرض وخصت بشروط فيجب اقتفاء الرسول فيها، ولم يقيمها الرسول ولا الخلفاء بعده إلا في مسجد واحد، وكانت تغلق المساجد، ولو جاز ذلك لم يعطلوا المساجد، وكان إقامتها في موضعين أولى"^(٣).

وهذا الذي جرى عليه العمل بمشهور المذهب، ظهر للعلماء النظر في تغير الفتوى بغيره بما يحقق مصلحة الناس، ويوافق الحكمة من تشريع صلاة الجمعة، خاصة أن الناس بدأت في التكاثر وبدأت المساجد تتباعده، فأجاز بعد ذلك العلماء تعدد الجمعة بالمصر الواحد، و"بهذا أفتى شيوخ الأندلس في نازلة أهل برشلونة من أرباض بسطه، فقالوا: لا يمنع أهل الريض المذكور فوق هذا من إقامة الجمعة في ريضهم، لما ذكروا من المشقة وصغر مسجد الريض الذي فيه الخطبة"^(٤).

(١) المعيار. ٢٣٩/١.

(٢) المصدر نفسه. ٢٣٩/١.

(٣) المصدر نفسه. ٢٣٩/١.

(٤) المصدر نفسه. ٢٤٠/١.



كما أفتى به ابن الحاج رحمه الله، حين سئل عن مسألة القرى المجاورة، فقال: "لو أراد أهل كل قرية أن يقيموا جمعة في قريتهم ولا يتكلفون مشقة المشي إلى غيرها لكان لهم ذلك، وفي هذا سعة"^(١).

والسعة ورفع الحرج، هي قواعد ترتبط برفع الضرر عن الناس التي تتغير وتتبدل بما يدفع الضرر عنهم، وارتباطها بالمصلحة العامة غني عن البيان، لأن برفعها يتحقق النفع للناس، ويرتبطون بالحكم الكلية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية.



(١) المصدر نفسه. ٢٤١/١.

المبحث الرابع: الترجيح بين المصالح العامة والمفاسد العامة وأثره على تغير الفتوى

نفي الضرر مقطوع به في الشريعة، قلّ أو كثر، ونفي الضرر الذي يحصل للعامة أولى بقطعه استقراء وتدبرا في نصوص الشريعة، فإذا تعارضت مفسدة تلحق الضرر بالجماعة مع مصلحة تجلب النفع لهم، فإن الفكر النوازلي لم يخرج عن السياق الفقهي العام في تقديم نفي الضرر تأسيسا على القواعد العامة في الترجيح بين المصالح والمفاسد، وذلك بدرء المفاسد إذا كانت أشدّ أو مساوية للمصالح "لأن اعتناء الشرع بالمنهيات أشد من اعتناؤه بالمأمورات"^(١)، أما إذا كانت المصالح أقوى فإنها تقدّم على المفاسد، فد "عناية الشرع بدرء المفاسد أشدّ من عنايته بجلب المصالح، فإن لم يظهر رجحان الجلب قدّم الدرء"^(٢)، من أجل ذلك وضع الفقهاء بعض القواعد المؤصّلة للأمر، منها:

- درء المفاسد مقدم على جلب المصالح.
- سد الذرائع مقدم على جلب المصالح.
- لا تترك المصالح الغالبة لأجل المفاسد النادرة.

(١) فقه المقاصد وأثره على الفكر النوازلي. ص ٢٦٨.

(٢) قواعد الفقه. أبي عبد الله محمد بن أحمد المقرئ. تحقيق: محمد الدردابي. ص ١٧٧. قاعدة ٢٠٠.
مطبوعة الأمنية. الرباط. ٢٠١٢. وانظر إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك. الونشريسي.
تحقيق: أحمد بوطاهر الخطابي. ص ٢١٩. هامش رقم ٢. طبع بإشراف اللجنة المشتركة بين
حكومة المملكة المغربية وحكومة دولة الإمارات العربية المتحدة. الرباط ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠.



وقد تأثرت الفتوى بهذا الفهم تأثراً كبيراً، فوجدنا ترجيحات المفتين والنوازلين تقوم على أساس فهم المصالح والمفاسد بالنظر إلى قوتها وغلبتها، ويظهر أثر هذا الفكر على مستوى النوازل بشكل عملي.

ومن الفتاوى التي توضّح بجلاء الفهم الرصين لمنهج الترجيح بين المصالح العامة والمفاسد العامة، الفتوى التي كانت رائجة في مطلع القرن العشرين والتي تتعلق بتلقيح الصبيان والحجامة ضد داء الجدري، الذي ظهر في المغرب في مطلع القرن العشرين وظهر قبله في مصر بنحو عشر سنوات، فقد أفقى الفقيه عليش (ت ١٢٩٩هـ)^(١) بتحريمه لما يحدثه من خطورة في بعض الحالات ولما يسببه من طول العمر والأعمار بيد الله^(٢)، غير أن هذا النظر لم يوازن بين ما يتحقق من التلقيح من منافع وما يدفعه من مفسد، لذلك ظهر للمتأخرين ضرورة النظر في الفتوى من جديد انطلاقاً من زاوية الترجيح بين المفاسد والمصالح، ذلك أن التداوي ضدّ هذا الداء فيه من المصلحة التي ظهرت ما لا يخفى، منها إنقاذ النسل الذي جاءت النصوص النبوية بالحثّ عليه، وقد ناقش الفقيه عليش في هذه الفتوى عدد من المفتين، منهم المهدي الوزاني (ت ١٣٤٢هـ) الذي تّبّه إلى ما خفي عليه من مصالح ومنافع وما يجويه حكم المنع من التداوي من مضار ومفاسد وجب الابتعاد عنها^(٣).

(١) أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد عليش (ت ١٢٩٩هـ)، مغربي الأصل، من أهل طرابلس الغرب. ولد بالقاهرة وتعلم بالأزهر وولي مشيخة المالكية فيه. انظر ترجمته الكاملة في: الأعلام.

خير الدين بن محمود الزركلي. ١٩/٦-٢٠. دار العلم للملايين. ط ١٥/٢٠٠٢.

(٢) ينظر النوازل الفقهية الكبرى. ١/٧٧-٨١.

(٣) ينظر النوازل الفقهية الكبرى. ١/٧٧-٨١.

قال المفتي المهدي الوزاني رحمه الله: "لم يظهر لي وجه القول بالمنع، إذ غاية ما هنالك أن الجذري داء ينزل بالصبيان من جملة الأدوية العارضة، والفصد على الكيفية المعلومة من جملة الدواء الجائز تعاطيه شرعا بعد نزول الداء، أو قبله، حفظا للصحة، كتعاطي الكيِّ والحجامة، من خوف نزول الأضرار التي ينشأ عنها الموت بمقتضى الحكمة الإلهية"^(١).

فتبيّن أن فتوى الفقيه عليش السابقة قامت على أسس تراعي ما يحققه التداوي والحجامة ضد داء الجذري من مفسدات تتمثل في الخطورة المتحصّلة في بعض الحالات من التداوي ضد مرض جديد لم يعهد سابقا ولم يعرف قبل ذلك، فقد يشكّل التداوي نفسه خطرا على الصبيان عند عدم التيقن من نسب النجاح، فكان سنده ما يقوم عليه الأمر في رمّته من مفسدات، أهمّها التأم وإمكان حصول آفة الشلل وهو داء أشد وأقوى مما يحققه الأمر بالتداوي من مصالح^(٢)، لذلك جاءت هذه الفتوى مرتبطة بالنظر الإيماني الذي يقتضي التسليم والرضى بالقضاء والقدر فيما يصيب الإنسان من ابتلاءات قد لا يتضح جليا وسائل الخروج منها، بينما ارتبطت الفتوى الجديدة للمهدي الوزاني بترجيح المصالح العامة حين تبين على أرض الواقع أنها أقوى من المفسدات العامة، ولهذا قيل هنا "وقد لوحظت مصلحة هذا التلقيح ولا عبرة بالندور"^(٣)، فظهر بالفهم الواقعي للحالات ما يحققه أمر التداوي ضد هذا الداء من مصالح للعامة، تقوم على أساس حفظ الكليات الشرعية: كلية النفس، وكلية النسل، لذلك أمكن القول أن "التداوي بأيّ نوع، إذا كان

(١) النوازل الفقهية الكبرى. ٨٠/١.

(٢) انظر فقه المقاصد. د. عبد السلام الرفعي. ص ٣٠٢.

(٣) المصدر نفسه. د. عبد السلام الرفعي. ص ٢٦٨.



الغالب فيه السلامة جازَ الإقدام عليه، وإذا كان الغالب فيه العطب حرم، وإن تساوى الأمران حرم كذلك"^(١)، لأن البناء المصلحي يقوم على أساس تقديم درء المفساد الأشد على جلب المصالح، ما لم تظهر المصالح العامة أقوى من المفساد العامة.

ومن الفتاوى أيضا التي تظهر منهج المالكية في تغيير الفتوى بناء على الترجيح بين المصالح العامة والمفساد العامة، تعويض العقوبة الشرعية بالعقوبة بالمال^(٢)، فقد تحدّث العلماء -ومنهم المالكية - عن العقوبة الشرعية، واستوعبوا الحُكم التشريعية من تشريعها، والغاية المرجوة من القيام بحدودها، فأجمعوا على عدم إلغائها أو استبدالها بغيرها، كتعويضها بالمال مثلا، وخاصة إذا وُجد الإمام، وقالوا: روح الشريعة هي مقاصدها، ومقاصدها هي جلب المصالح أو أكبرها، ودرء المفساد أو أكبرها عن العباد^(٣)، وأصلوا ما قالوا فأتوا بآيات وأحاديث وآثار وآراء فقهية قامت عليها فتاوى وأجوبة كثيرة.

(١) المصدر نفسه ص ٣٠٢.

(٢) العقوبة بالمال، تختلف عن العقوبة في المال، فالأولى: أخذ الحاكم من الجاني قدرا من المال على وجه التغميم تعزيرا وأدبا، والثانية جزاء يوقعه القاضي على الجاني بأخذ ماله الذي وقعت به المعصية أو كان سببا في وقوعها. انظر مطالع التمام ونصائح الأنام ومنجاة الخواص والعوام في رد القول بإباحة إغرام ذوي الجناية والإجرام زيادة على ما شرع الله من الحدود والأحكام. أبي العباس أحمد بن الشماخ. تحقيق: عبد الخالق أحمدون. مقدمة المحقق. ص ١٢. طبع وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمغرب. ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣.

(٣) انظر فقه المقاصد. د. عبد السلام رفعي. ص ١٣١-١٣٢.

جاء في النوازل الكبرى: "قال أبو العباس بن الشماع (ت ٨٣٣هـ)^(١) تمنع العقوبة بالمال، ويخطئ كل من يقول بجوازها، وبهذا قال أبو العباس الونشريسي، ونصّ العلماء على تخطئة من يقول بجوازها، مثل البرزلي الذي قال بتحليل المغرم الملقب بالخطأ"^(٢)، وهذه الفتوى من البرزلي، وجدت من علماء المغرب من أيدها، وقيد الجواز "بما تعذر إجراء الأحكام الشرعية في الحدود على أصلها وأمكن إيقاع الزواجر دونها، فإنه يؤتى بما تبلغه الاستطاعة في ذلك... قياسا على الرخص المباحة للضرورة، ودفعاً للمفسدة، وتوخياً لغير المنكر على قدر الاستطاعة، وعملاً بأحف الضررين، ورعيًا للمصلحة العامة، وحملوا فتوى البرزلي الضرورة"^(٣).

غير أن اختيار البرزلي رحمه الله في فقهه وفتواه، تبين للعلماء بعد ذلك أن المفسدة أقوى في تعويض العقوبة بالمال خاصة عند عدم وجود الإمام، حماية للحقوق من الضياع وأنها أولى بالتقديم من إهمال الحدود البتة، وأقامتها في ظل هذه الظروف رغم أن إقامتها تحقق المصلحة والحكمة من تشريع العقوبة في حفظ حقوق وأموال الناس وبالتالي مصالحهم العامة، و"قد سئل العربي الفاسي عن القبائل في هذا الزمان ظهر فيهم الفساد والحراية لعدم السلطان، فهل إذا أمكن رجوعهم بالعقوبة المالية ترتكب للضرورة إذا لم يمكن غيرها لعدم السلطان في الوقت، والتعرض لغيرها يوجب ما هو أفحش وأنكر.

(١) هو القاضي أبو العباس أحمد الشماع الهنتائي. انظر ترجمته الكاملة في: شجرة النور الزكية. محمد

بن محمد مخلوف. ٢٤٤/١. المطبعة السلفية ومكبتها. القاهرة. ١٣٤٩هـ.

(٢) النوازل الكبرى. المهدي الوزاني. ١٨٢/١٠.

(٣) مطالع التمام ونصائح الأنام. ص ١٤.



فأجاب: ما ذكر في السؤال من إغرام الحرابة وغيرهم من أهل الجنايات ما يكون زاجرا ورادعا لهم من باب العقوبة المالية، والمعروف عدم جوازها، فقد نصّ العلماء على أنها لا تجوز بحال، فما شرع الله فيه حدا معلوما لا يعدل عنه إلى المال اتفاقا، بل إجماعا إلا مع التعذر^(١).

فإذا تعذر تطبيق الحد، أفى رحمه الله بجواز الرجوع عليهم بالعقوبة المالية حتى لا تعظم المفسدة، وهو في ذلك يبيّن الأمر فيقول: "إذا خلا الوقت من السلطان وكان الناس فوضى لا إمام لهم وتعذّرت إقامة الحدود لعدم التمكن من إقامتها، فأمر الناس حينئذ دائر بين أمرين: إهمالها البتة بلا زجر عن موجبات الحدود، والتعازير وغيرها فتعظم المفسدة إلى حدّ ضياع حقوق الناس، وأموالهم ودمائهم، وهذا مناف للحكمة الشرعية أو زجرهم عن ذلك على قدر الاستطاعة، فتقلّ المفسدة أو تنعدم إلى حد حفظ حقوق الناس وأموالهم ودمائهم، وهذا موافق للحكمة الشرعية من حفظ الكليات على المعروف من الشريعة من تأكيد درء المفاسد والإتيان من الأمر بالمستطاع"^(٢).

فقد نص الفقهاء على أن العقوبة بالمال ممنوعة بأدلة ما لم تكن إضافية، ولكنهم قالوا: إنها في هذا الزمان في محل الضرورة، وفعلها عام المصلحة، كما أن تركها عام المفسدة^(٣).

فمقتضى محافظة الشريعة على النظام العام، ودفع المفاسد الأعظم، يترتب تأخير الحد إذا ظهر سبب لذلك، وإيقاع عقوبة زاجرة بدلا عنه كعقوبة المال هنا، ومع أن تركها مع

(١) النوازل الكبرى. ١٠/١٨٢-١٨٣.

(٢) النوازل الكبرى. ١٠/١٨٢.

(٣) فقه المقاصد. د. الرفعي. ص ١٣٣.

ترك الحد يرتب مفسد أعظم، تتطلب فهما رصينا من العلماء لما تبين لهم من معايير دقيقة للترجيح، دفعت العربي الفاسي إلى تبني الفتوى الجديدة بما يفيد ترجيح المفسد العامة لأنها أشد وأقوى هنا على ما يظهر من مصالح عامة طبقا لما اقتضته القواعد العامة في الترجيح بين المصالح والمفاسد.





المبحث الخامس: الترجيح بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة وأثره على تغير الفتوى

يرمي التشريع الإسلامي إلى صلاح الفرد والجماعة، وإذا تعارضت مصلحة الفرد مع مصلحة الجماعة قدّمت هذه الأخيرة لأنها المصلحة العامة، ولأنها تشمل بمنافعها مجموع الأفراد، ويؤكد العز بن عبد السلام (ت ٦٠٦ هـ) أهمية المصالح العامة، حين يقرر بأن "اعتناء الشرع بالمصالح العامة أوفر وأكمل من اعتنائه بالمصالح الخاصة"^(١)، بينما يؤصّل الإمام الشاطبي (ت ٧٩٠ هـ) رحمه الله لمبدأ رفع التعارض بين المصلحتين، بعد أن توقف طويلاً في بحث هذه القضية، وانتهى فيها إلى "ترجيح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة"^(٢)، فيقول: "إن تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة مقصد شرعي وأصل كلي لم يؤخذ من نص واحد ولم يدلّ عليه دليل معين، وإنما أخذ معناه من عدة نصوص وجملة أدلّة بطريق الاستقراء الذي يفيد القطع"^(٣).

وقد سارت الفتاوى والنوازل على هذا المنوال، فمطالعة نوازل الضرر عند المالكية، تجلّي هذا الفهم، وتبيّن بحق ما تميّز به فكر هؤلاء العلماء من تبيّن واضح للأصول، فلم يمنعهم مطالعة الحق والتعرف عليه من تغيير بعض الفتاوى التي ظهر لهم فيها من المصالح

(١) قواعد الأحكام. عز الدين بن عبد السلام. تحقيق نزيه كمال حماد ود. عثمان جمعة ضميرية.

١٩٨/١-١٩٩. دار القلم. دمشق. والدار الشامية بيروت. ط ١/٤٢١ هـ/٢٠٠١.

(٢) الاعتصام. ٢٣/٣.

(٣) الموافقات ٣٤/٢.

ما يجعل الحكم جليًا في الاستناد إليها، خاصة ما يتعلق بضابط التعارض بين المصلحة العامة والخاصة، والتي كان لها الأثر البالغ في تغير كثير من الفتاوى.

ففي فتوى الزيادة في الجامع ببيع الحوانيت المجاورة له، سئل ابن رشد رحمه الله (ت ٥٢٠هـ) أيام قضائه بمدينة سبتة في نازلة تتعلق بالزيادة في جامعها، لما ضاق عن أهله، وعمن يصلي فيه، واحتيج إلى الزيادة فيه، وحواليه حوانيت لقوم شتى، طلب منهم البيع من أجل التوسعة في المسجد، فامتنع منهم من امتنع، وادعى بعضهم التحبيس في ذلك، وأثبته بالحجة، فهل يجبرون على البيع لأجل ما ظهر من المصلحة العامة في الزيادة، أو يناقلون في ذلك بربع الجامع المذكور إن ثبت التحبيس، وقد فضل للجامع من كراء ربعة ما تشرى به الحوانيت المذكورة وأكثر.

وقبل إيراد جواب ابن رشد رحمه، والأسس التي اعتنى بها في التأصيل لما تبناه في النازلة، وجبت الإشارة، إلى أن بعض الشيوخ، أجاب سابقا في مسألة مماثلة، بأنه: "لا يكره الإمام أحدا على بيع داره للزيادة في الجامع، ولا يخرجها عنها إلا بطيب نفس، ويحتج لذلك بعموم حديث مروى عن النبي صلى الله عليه وسلم " لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه"^(١).

غير أن هذا الجواب، لا يدفع التعارض بين ما ظهر من مصلحة عامة في الزيادة في المسجد من حيث تحسين أداء الشعائر للمصلين، والتوسعة عليهم حفظا لكليتي الدين والنفس، لذلك وجدنا ابن رشد رحمه الله، يعيد النظر في النازلة، بما ترجح له من أصل تقديم المصلحة العامة على مصلحة أصحاب الحوانيت، فقال ما نصّه: "تصفت رحمتنا

(١) انظر مسائل أبي الوليد ابن رشد. ٢١٧/١. وانظر المعيار. ٢٤٤/١.



الله وإياك سؤالك، ووقفت عليه، وإذا ضاق المسجد الجامع عن أهل الموضع، واحتيج إلى الزيادة، فيه كما وصفت، ولم يكن حواليه ما يزداد فيه إلا الحوانيت التي أبي أربابها من بيعها، فالواجب في ذلك أن تؤخذ منهم بالقيمة، ويحكم عليهم بذلك، على ما أحبوا أو كرهوا، لمنفعة الناس بذلك وضرورتهم إليه... وكذلك يجب إذا ادعى أرباب الحوانيت المذكورة أنها محبسة عليهم أنبتوا ذلك أو لم يثبتوه، إذا أبوا من بيعها أن تؤخذ عنهم بالقيمة، جبراً على ما أحبوا أو كرهوا"^(١).

فلم يترك رحمه الله، أمر دفع ما قامت به الأجوبة السابقة بخصوص النازلة، فبعد أن بين ما خصّ به عموم الحديث المستدل به من طرف من تقدم، شرع في تبيين أسس بناءه المصلحي لدفع التعارض، فقال: "فإذا وجب بالسنن الثابتة في هذه المسائل التي ذكرناها، أن يخرج الرجل عما يملكه من الأموال بغير طيب نفسه، إن أبي أن يطوع بذلك لمنفعة رجل واحد، وإزالة الضرر عنه، فذلك أوجب في منفعة عامة المسلمين، وإزالة الضرر عن جميعهم، إذ لا يشك أحد ولا يمتري أن منفعة الناس بالزيادة في جامعهم الذي يضطرون إلى صلاة الجمعة فيه، ولا تجزيهم فيما سواه من المساجد أكثر، وأن الضرر الداخِل عليهم في الصلاة في الرحاب المتصلة والطرق المتصلة به إذا ضاق المسجد عليهم، لاسيما عند الطين والمطر أشد وأبين"^(٢).

وقد تابعه في هذه الفتوى لما ظهر فيها من ترجيح للمصلحة العامة، مفتي المالكية بمكة المكرمة، الشيخ حسين ابراهيم المغربي، في مسألة مثلها، فقال: "إذا ضاق المسجد

(١) مسائل ابن رشد. ٢١٦/١ و ٢١٨/١.

(٢) المصدر نفسه. ٢١٨/١.

بأهله، واحتاج إلى توسعته وبجانبه عقار وقف أو ملك، فإنه يجوز بيع الحبس لتوسعة المسجد وإن أبي صاحب الحبس أو الملك من بيع ذلك فالمشهور الجبر على البيع...^(١). فتبين إذن أن دفع التعارض بين المصلحة العامة والخاصة مرّده إلى ما تثبت به المصلحة العامة على مستوى الواقع من أسس يجعلها مقدمة على الخاصة، حيث بيّن ذلك ابن رشد رحمه الله، بقوله: "إذا لا يشك أحد ولا يمتري أن منفعة الناس"، كما أن هذا التعارض بين المصلحة العامة والخاصة يرتبط بشكل جلي بما يترتب عن بقاء التعارض من ضرر للعامة، لذلك جاء منهج ابن رشد في بناء الحكم في النازلة وتوضيح وجه الدليل ببيان منازل الضرر التي تندفع بتحقيق المصلحة العامة، وبيان الأولى بالإزالة، انطلاقاً من ميزان الترجيح بين رفع الضرر لمنفعة فرد واحد، وإزالته لمنفعة الجماعة. وتبين أيضاً من هذه المسألة أن البناء الأصولي للنوازل لا يمنع من تجدد مناهج النظر وفق الرؤى الاجتهادية التي تظهر للمفتي والنوازل والتي تتحصل له بملكته الاستنباطية الخاصة.



(١) قرّة العين بفتاوى علماء الحرمين. ص ٢٥٩.



الخاتمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه،
أما بعد؛

فإن الحديث عن المصلحة العامة وتأثيرها على الفتوى بالتفصيل دون الإجمال هو
مطلب علمي ضروري يتحقق به النفع للأمة في حياتها الحاضرة والمستقبلية، وينضبط به
منهج الفتوى الذي به سدادُ الشريعة الإسلامية وكَمالُ فهمها، والتأصيل لهذا الفهم عند
المالكية من خلال ما سطرَّ في نوازلهم، أبانَ عن سعة أفقهم، وحرصانة في فكرهم، فقد
تنوّعت المناهج التي أثّرت في تغير الفتوى بناءً على النظر بالمصلحة العامة بين المنهج
التدرجي الذي يتأسس على مبدأ تطور وانتشار الأمر بين الناس فتنقل به الفتوى من
حكم إلى آخر ما دام الفعل في ذاته مقبولاً ومنضبطاً لكليات الشريعة، وبين النظر في
الواقع المعاش، على اعتبار أن المصالح والمضار تتبدل وتتجدد تبعاً لتأثيرها بالواقع والمحيط.
كما أبانت الدراسة عن تأثير الفتوى بالمنهج الترجيحي سواء بين المصلحة العامة،
والأخذ بالقول المشهور في المذهب، أو بين المصالح العامة والمفاسد العامة في إطار قواعد
عامّة للترجيح بين المصالح والمفاسد، أو بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة التي اتضح
بالتنزيل تأثيرها على تغير كثير من الفتاوى.

وقد خلاص البحث إلى النتائج التالية:

- كما أن للواقع المعيش أثر كبير في تغير الفتوى، التي تتأثر بالمتغيرات الواقعية،
لأن تجدد حياة الناس، وتطورها يسهم في كشف المصالح الحقيقية النافعة لهم في وقت
معين، وزمن معين، قد يتغير النفع بتغير الواقع ويتغير نمط الحياة، لأن الضوابط التي تؤطر
الشأن العام للمجتمع هي التي تضبط المصلحة العامة.

- أن الحديث عن تأثير المصلحة العامة في الفتاوى والنوازل التي دوّنت عند المالكية، لا يعني مجاراتهم للعادات والأعراف، فلم يكن همهم تبريد الواقع، وتلمّس السند الشرعي له، بقدر ما كانوا يحرصون على مراجعة هذا الواقع وتبين المنهج المصلحي الذي يوائمه ويلائمه في إطار مرونة وسعة الشريعة الإسلامية، مع حرصهم على الانضباط لكليات الشريعة وأصولها العامة.

- إن إعطاء هذه النوازل أحكامها الشرعية المناسبة لها، مطالبة صريحة ودعوة جادّة إلى تحكيم الشريعة الإسلامية في جميع جوانب الحياة، وهو تطبيق عملي تبرز من خلاله محاسن الإسلام، ويظهر من خلاله سموّ تشريعاته، وملائمتها لواقع الناس.

- إن الحاجة قائمة اليوم إلى ضبط منهج الفتوى، وتوحيد الرؤى والتصورات بخصوص تقاسم الصورة الفضلى للشريعة الإسلامية في "المواقع الالكترونية والبرامج التلفزيونية والإذاعية" التي تعنى بهذه الصناعة، وهي دعوة في نفس الوقت إلى إيجاد معلمة متكاملة تستوعب جميع القضايا والمفاهيم المرتبطة بالفتوى، وتبين المنهج الشرعي الواضح والجلي بخصوص القضايا الكبرى التي تُعرض على الأمة وتستوجب فهما رصينا وارتباطا عميقا بمقاصد الشريعة الإسلامية التي تخدم المنهج الصحيح للفتوى.

وفي نهاية البحث أسأل الله أن يُوفّق الجميع لخدمة دينه القويم، وأن ينفع بهذا البحث المتواضع كاتبه، وأن ينفع بهذه الندوة، وأن يغفر لي ما فيه من خلل أو تقصير، وصلى الله وسلّم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، ، والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات.





المصادر والمراجع

- أصول الدعوة. د. عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة. بيروت ط ٣/١٣٩٦هـ/١٩٧٦.
- اعلام الموقعين عن رب العالمين. ابن القيم الجوزية. دار الكتب العلمية. بيروت. ط ١/١٤١١هـ-١٩٩١.
- الاجتهاد الجماعي من خلال المجامع الفقهية: قضايا ونماذج فقهية معاصرة. بشرى الرطيع. منشورات المجلس العلمي المحلي لسطات. ط ١/١٤٣٣هـ/٢٠١١. (د. ط.)
- الاجتهاد وتغير الفتوى بتغير الزمان والمكان. د. حسن العلمي. مطبوع ضمن ندوة "الاجتهاد الفقهي أي دور وأي جديد". منشورات كلية الآداب والعلوم الإنسانية بالرباط. رقم ٥٣. النجاح الجديدة. الدار البيضاء. ١٩٩٦.
- الاعتصام. ابراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي. دار الكتب العلمية. بيروت. ط ٢/١٤١١هـ-١٩٩١م.
- الأعلام. خير الدين بن محمود الزركلي. دار العلم للملايين. ط ١٥/٢٠٠٢.
- البعد المقاصدي للوقف بالمغرب. د. عبد الكريم بناني. دار أفريقيا الشرق. المغرب. ط ١/٢٠١٤.
- التغير في الفتوى: الأنماط والعوامل. يحيى محمد. مجلة قضايا إسلامية معاصرة. العدد ١٣. ١٤٣١هـ/٢٠١٠.
- الجواهر الثمينة في بيان أدلة عالم المدينة. حسن بن محمد المشاط. تحقيق: عبد الوهاب بن إبراهيم أبو سليمان. بيروت. ط ٢/١٩٩٠.

- الرسالة المفصلة لأحوال المتعلمين وأحكام المعلمين والمتعلمين. أبو الحسن علي بن خلف القابسي المعافري. تحقيق: أحمد خالد. الشركة التونسية للتوزيع. ط ١/١٩٨٦.
- الرسالة. ابن أبي زيد القيرواني. دار الكتب العلمية. بيروت لبنان. ط ١/١٤١٨هـ. ١٩٩٨.
- الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك. أبو البركات أحمد بن محمد الدردير. مطبعة عيسى البابي الحلبي. د. ط. ت.
- الشرح الكبير. أبو البركات أحمد بن محمد الدردير مطبوع بهامش حاشية الدسوقي. دار الفكر. بيروت. د. ط. ت.
- الفتاوى. محمد كنون المذكوري. نشر دار الفرقان للنشر الحديث الدار البيضاء. ٢٠٠٣م.
- الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني. محمد بن الحسن بن مسعود البناي. تحقيق: عبد السلام محمد أمين. دار الكتب العلمية. ط ١/٢٠٠٢.
- الفوائد الجميلة على الآيات الجليلة. أبي علي الحسين بن علي بن طلحة الشوشاوي. دراسة وتحقيق: ادريس عزوزي. طبع وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمغرب. ١٤٠٩هـ-١٩٨٩.
- القبس في شرح موطأ مالك بن أنس. دراسة وتحقيق محمد عبد الله ولد كريمة. دار الغرب الاسلامي. بيروت. لبنان. ط ١/١٩٩٢.
- المستصفي من علم الأصول. أبو حامد الغزالي. دراسة وتحقيق: د. حمزة بن زهير. حافظ المدينة المنورة. ط. ٢. كلية الشريعة. المدينة المنورة. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م.



- المعيار المغرب عن فتاوى أهل افريقية والأندلس والمغرب. أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. أخرجه: محمد حجي. دار الغرب الإسلامي. بيروت. د. ت.
- المنحول. أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي. تحقيق وتعليق: محمد حسن هيتو. دار الفكر المعاصر. بيروت لبنان. ط ٣/١٩٤١٩هـ-١٩٩٨.
- الموافقات في أصول الشريعة. ابراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي. تحقيق الشيخ عبد الله دراز. ط. ١. دار الكتب العلمية. لبنان. ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م.
- النوازل الجديدة الكبرى. المهدي الوزاني. طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمغرب. ١٤١٨هـ-١٩٩٦.
- النوازل الصغرى المسماة المنح السامية في النوازل الفقهية. أبي عبد الله سيدي محمد المهدي الوزاني. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمغرب. ١٤١٣هـ/١٩٩٣.
- إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك. الونشريسي. تحقيق: أحمد بوطاهر الخطابي. طبع بإشراف اللجنة المشتركة بين حكومة المملكة المغربية وحكومة دولة الإمارات العربية المتحدة. الرباط ١٤٠٠هـ-١٩٨٠.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد. أبو الوليد بن رشد الحفيد. تحقيق وتعليق: الشيخ علي معوض. والشيخ عادل أحمد عبد الموجود. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. ط ٢/١٤٢٠هـ-٢٠٠٠.
- تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس. أبي عيسى المهدي الوزاني. تقديم وإعداد: هاشم العلوي. طبع وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمغرب. ط ١/١٤٢٢هـ-٢٠٠١.

- تغير الفتوى عند المالكية بتغير الحال واعتبار المال. د. عبد الهادي حميتو. مجلة الجذوة. العدد الأول. السنة الأولى ٢٠١٣.
- دور الفقه النوازي في تثبيت المذهب المالكي في الغرب الإسلامي. د. محمد ناصر المتيوي مشكوري. أعمال الندوة الدولية دور المذهب المالكي في تجربة الوحدة المرابطية لدول الغرب الإسلامي الكبير. مطبعة البلابل. فاس. المغرب. ٢٠١١.
- سير أعلام النبلاء. شمس الدين الذهبي. مؤسسة الرسالة. ط ٢٠٠١/٢٢٢هـ.
- شجرة النور الزكية. محمد بن محمد مخلوف. المطبعة السلفية ومكبتها. القاهرة. ١٣٤٩هـ.
- شفاء الغليل. الغزالي. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. ط ١٤٢٠/١هـ-١٩٩٩.
- ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية. د. محمد سعيد رمضان البوطي. مؤسسة الرسالة. بيروت. الدار المتحدة. دمشق. ط ١٤٢١/٦هـ-٢٠٠٠م.
- فتاوى الشاطبي. تحقيق: محمد أبو الأجنان. مطبعة الاتحاد العام التونسي. تونس. ط ١٩٨٤/١.
- فتاوى الشيخ أبي الحسن اللخمي القيرواني. جمع وتحقيق وتقديم: د. حميد لحمري. دار المعرفة. الدار البيضاء. المغرب. د. ت.
- فتاوى المازري. تقديم وجمع وتحقيق: د. الطاهر المعموري. الدار التونسية للنشر. مركز الدراسات الإسلامية بالقيروان. ط ١٩٩٤/١.
- فقه النوازل على المذهب المالكي. فتاوى أبو عمران الفاسي. جمع: د. محمد البركة. أفريقيا الشرق ٢٠١٠.



- فقه النوازل: دراسة تأصيلية تطبيقية. د. محمد بن حسين الجيزاني. دار ابن الجوزي. ط ٢/١٤٢٦هـ/٢٠٠٦.
- فهرس الفهارس والأثبات، لعبد الحي بن عبد الكبير الكتاني. دار الغرب الإسلامي. بيروت. ط ٢/١٩٨٢.
- قرة العين بفتاوى علماء الحرمين. أشرف على تصحيحه وضبط أصوله: الشيخ محمد علي بن حسين المالكي. مطبعة مصطفى محمد. ط ١/١٣٥٦هـ-١٩٣٧.
- قواعد الأحكام. عز الدين بن عبد السلام. تحقيق نزيه كمال حماد ود. عثمان جمعة ضميرية. دار القلم. دمشق. والدار الشامية بيروت. ط ١/١٤٢١هـ/٢٠٠١.
- قواعد الفقه. أبي عبد الله محمد بن أحمد المقرئ. تحقيق: محمد الدردابي.. مطبعة الأمنية. الرباط. ٢٠١٢.
- لسان العرب. ابن منظور الإفريقي. ط. ١. دار صادر. بيروت. لبنان. ٢٠٠٠م.
- محاضرات في الوقف. محمد أبي زهرة. دار الفكر العربي. ط ٢/١٩٧١.
- مختصر الشيخ خليل. مطبوع مع منح الجليل شرح مختصر خليل. دار الفكر. ١٩٨٩هـ/١٤٠٩. د. ط.
- مدخل لدراسات الشريعة الإسلامية. د. يوسف القرضاوي. مكتبة وهبة. القاهرة. ط ١/١٩٩٧.
- مسالك الدلالة في شرح مسائل الرسالة. أحمد بن محمد بن الصديق الغماري. دار الكتب العلمية. ط ١/١٤٣٣هـ-٢٠٠٢.
- مسائل أبي الوليد بن رشد. تحقيق محمد الحبيب التجكاني. دار الجليل بيروت. دار الآفاق المغرب. ط ٢/١٤١٤هـ-١٩٩٣.

- مصطلح الفتوى. د. أمينة مزينة. مجلة الغنية يصدرها مركز دراس بن اسماعيل عن الرابطة المحمدية للعلماء. العدد الثالث والرابع. ربيع الثاني ١٤٣٤هـ/مارس ٢٠١٣.
- مطالع التمام ونصائح الأنام ومنجاة الخواص والعوام في رد القول بإباحة إغرام ذوي الجنابة والإجرام زيادة على ما شرع الله من الحدود والأحكام. أبي العباس أحمد بن الشماع. تحقيق: عبد الخالق أحمدون. مقدمة المحقق. طبع وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمغرب. ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣.
- معجم لغة الفقهاء. د. محمد رواس قلعة جي. ترجمة وتحقيق: د. حامد صادق قنيبي. ود. قطبسانو. دار النفائس. ٢٠٠٧.
- مفردات ألفاظ القرآن الكريم. تحقيق: صفوان عدنان داوود. دار القلم دمشق. الدار الشامية بيروت. د. ت.
- مقاصد الشريعة قبله المجتهدين: أبو حامد الغزالي نموذجاً. د. محمد عبدو. ضمن "مقاصد الشريعة والاجتهاد: بحوث منهجية ونماذج تطبيقية". مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي ومركز دراسات مقاصد الشريعة الإسلامية ط ١/٢٠٠٨.
- مقاصد الشريعة ووسائل التفعيل المؤسساتي: المصالح والمؤسسات العامة أنموذجاً. د. عبد النور بزا. مطبوع ضمن "مقاصد الشريعة والسياق الكوني المعاصر". أعمال الندوة العلمية الدولية التي نظمتها الرابطة المحمدية للعلماء. ٥ و٦ يونيو ٢٠١٢. مطبعة المعارف الجديدة. الرباط. ط ١-١٤٣٤هـ/٢٠١٣.
- مقاييس اللغة. أحمد بن فارس بن زكريا. دار الحديث القاهرة. ١٤٢٩هـ.
- منهجية الفتوى في المدرسة الأندلسية: الإمام الشاطبي نموذجاً. ذة. دريد الزواوي. رسالة ماجستير. منشورة بموقع خزانة المذهب المالكي الإلكترونية:

malikiaa.blogspot.com.



تأثير العرف في الفتوى



د. عبد الكريم حامدي

الجزائر





مُتَكَلِّمَاتٌ

إنّ الحمد لله، نحمده، ونستعينه، ونستغفره، ونعوذ به من شرور أنفسنا، من يهد الله فلا مضل له، ومن يضل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله، وأشهد أن محمداً عبده، ورسوله.

﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ وَلَا تَمُونُوا إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ﴾ (آل عمران)،
 ﴿يَأَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَجِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي الَّذِي نَسَاءَ لُونِ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾ (النساء)،
 ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا﴾ (٧٠) يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا﴾ (٧١) (الأحزاب) (١).

أما بعد؛ فإن خير الحديث كتاب الله، وخير الهُدى هدى محمد-صلى الله عليه وسلم-، وشر الأمور محدثاتها، وكل بدعة ضلالة (٢).

إن الفتيا تتسع لكلّ مناحي الحياة، وتستجيب لأسئلة الناس وما يقع لهم من نوازل في مختلف المجالات الدنيوية والدنيوية، فلكلّ سؤال جواب، ولكلّ نازلة حكم شرعي، سواء في ذلك أمور العقيدة، وقضايا الإيمان، ومسائل الغيب والشهادة، أو نوازل

(١) هذه خطبة الحاجة التي كان النبي-صلى الله عليه وسلم- يعلمها أصحابه. رواها جماعة، ومنهم: أبوداود في سننه (كتاب: النكاح، باب: في خطبة النكاح) ٢/ ٢٠٣ ورقمه/ ٢١٢٠. وينظر في ألفاظها، وطرقها: خطبة الحاجة للألباني.

(٢) هذا لفظ كان النبي-صلى الله عليه وسلم- يقوله في خطبته عقب حمد الله، والثناء عليه. رواه مسلم في (كتاب: الجمعة، باب: تخفيف الصلاة والخطبة) ٢/ ٥٩٢ ورقمه/ ٨٦٧.

العبادات من صلاة، وصيام، وزكاة، وحج، وإيمان ونذور وأضاحي، أو شئون المال والاقتصاد من بيع وإيجار وقراض، أو شئون الأسرة من زواج وطلاق وإرث وهبات ووصايا، إلى غير ذلك مما تدور حوله أسئلة الناس. ولا أدلّ على ذلك ما نراه من المصنّفات في الفتوى في القديم والحديث، في كلّ مذهب من المذاهب الفقهية، وكذا ما نشاهده من مجالس الإفتاء في قنوات الإعلام المسموعة والمرئية، وفي الصّحف والجرائد والمجالات.

إنّ هذا الإقبال الواسع على الاستفتاء لدليل على أهمية الفتوى وقدرتها على الإحاطة بنوازل الناس في مختلف المجالات. وليس هذا فحسب، بل إنّ ثقة الناس في دين الله وشرعه دافع آخر لهم على التوجّه إلى المفتين لمعرفة حكم الله في النازلة أو الواقعة.

إشكالية الموضوع:

لما كانت الفتوى تحتلّ مكانة هامة في المجتمع، كان على المفتي أن يميّز بين الأحكام الثابتة والمتغيّرة، فالأولى هي التي ثبتت بنصوص قاطعة، أو إجماعات، أو بالاستقراء التام من نصوص ظنيّة بلغت حدّ القطع، وكانت دلالتها على الحكم قاطعة لا تحتمل التأويل، فهذه لا مجال للاجتهاد فيها؛ لأنه لا اختلاف فيها.

أما الأحكام المتغيّرة فهي التي ثبتت بنصوص ظنيّة، وكانت دلالتها ظنيّة تحتمل التأويل والاختلاف، وهذا هو محلّ النّظر والاجتهاد عند الأئمّة، فإذا استفتي المفتي في مسألة محتملة وجب عليه النّظر في حكمها، وأن ينظر في أسباب تغيّر الفتوى وموجباتها.

وإنّ من أهم أسباب تغيّر الفتوى، تبدّل أعراف وعادات الناس، ومن ثم أصلّ الفقهاء تلك القاعدة التي مفادها أنه لا ينكر تغيّر الأحكام يتغيّر الأزمان، وهذا يدلّ



على مرونة الشريعة، وأنها تساير أحوال المجتمعات، وتلائم المستجدات، فلا تجمد على قانون واحد، أو حالة واحدة؛ لأنّ ذلك من العنت والشدة التي تتنافى وروح التشريع، ولو لم يعتبر الشارع عادات الناس لأدّى ذلك إلى التّكليف بما لا يطاق.

من هنا تطرح التساؤلات الآتية:

- ما المراد بالعرف، والفتوى؟
 - وما المقصود بتأثير العرف في الفتوى؟
 - وما هي الأدلة الدالة على تأثير العرف في الفتوى؟
 - وما هي الضوابط التي تضبط كلا من العرف، وتغيّر الفتوى؟
- هذه الأسئلة وغيرها هي التي تجيب عنها هذه المداخلة- إن شاء الله تعالى- ضمن المطالب الآتية:

المطلب الأول: معنى العرف والفتوى

المطلب الثاني: أقسام الفتوى باعتبار العرف

المطلب الثالث: الأدلة على تغيّر الفتوى بتغير العرف

المطلب الرابع: حكم العمل بالعرف الجديد

المطلب الخامس: ضوابط العرف المؤثّر في تغيير الفتوى

المطلب السادس: نماذج من الفتاوى المبنية على العرف... والله الموفق.



المطلب الأول: معنى العرف والفتوى

لما كان العرف والعادة متداخلان في الماهية، وكان العرف أخصّ من العادة؛ لذا بدأت بتعريف العادة، ومنشئها، وأنواعها، ثم عرّفت العرف؛ لأنه نوع من أنواع العادة.

الفرع الأول: العادة في اللغة والاصطلاح

أولاً: العادة في اللغة:

العادة: (كلّ ما اعتيد حتى صار يفعل من غير جهد، والحالة تتكرّر على نهج واحد، كعادة الحيض في المرأة، والجمع: عاد، وعادات، وعوائد)^(١)، أو (العادة كلّ ما تكرّر، واشتقاقها من عاد يعود، إذا رجع)^(٢)

ثانياً: العادة في الاصطلاح:

هي: (عبارة عمّا يستقرّ في النفوس من الأمور المتكرّرة المقبولة عند الطبائع السليمة)^(٣)، أو (هي ما استمرّ الناس عليه على حكم العقول، وعادوا إليه مرّة أخرى)^(٤)، أي إنّ التكرار إذا كان ناشئاً عن علاقة عقلية، كتكرار حدوث الأثر كلما حدث مؤثّره، بسبب أن المؤثّر علّة لا يتخلّف عنها معلولها، مثل: تحرك الخاتم بحركة

(١) المعجم الوسيط: إبراهيم مصطفى وأحمد الزيات (٢/ ٦٣٥).

(٢) التوقيف على مهمات التعاريف: محمد عبد الرؤوف المناوي (ص: ٤٩٥).

(٣) كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم: محمد بن علي التهاوني (٢/ ١١٥٦).

(٤) التعريفات: علي بن محمد بن علي الجرجاني (ص: ١٩٣).



الأصعب، وتبدّل مكان الشيء بتبدّل مكانه، فهذا لا يسمّى عادة مهما تكرر؛ لأنه ناشئ عن تلازم عقلي بين العلة والمعلول، وليس ناشئاً عن ميل أو طبع^(١).

والعادة إما فردية أو جماعية: فالعادة الفردية ما يعتاده الأفراد في حياتهم وعيشتهم، كعادة أكلهم، وشربهم، ونومهم، وحديثهم، وغير ذلك من الأفعال الفردية.

أما العادة الجماعية، فهو ما يعتاده الجمهور من الناس، ويكون ناشئاً عن اتجاه عقلي وتفكير، من محاسن الأقوال والأفعال أو قبائحها، وهذا ما يطلق عليه اسم العرف^(٢).

ثالثاً: منشأ العادة:

العادة تطلق على كل حالة متكررة، سواء كانت ناشئة:

- عن سبب طبيعي، مثل: إسراع بلوغ الأشخاص، ونضج الثمار في الأقاليم الحارة، وإبطاؤه في الباردة، وكثرة الأمطار في بعض الأقاليم صيفاً، وفي بعضها شتاء.

- أو ناشئة عن الشهوات والأهواء، وفساد الأخلاق، كالإضرار بالغير، وتفشي الكذب، وأكل المال الباطل، والفسق، والظلم، وغيره مما يسميه الفقهاء بفساد الزمان.

فكلّ ذلك من قبيل العادات عند الفقهاء، واعتبروها في القضاء والفتيا^(٣).

(١) المدخل الفقهي العام: مصطفى أحمد الزرقا (١٧١/٢)

(٢) المدخل الفقهي العام - المرجع نفسه - (١٧١/٢)

(٣) المدخل الفقهي العام - مرجع سابق - (١٧٣/٢)

الفرع الثاني: معنى العرف في اللغة والاصطلاح

أولاً: العرف في اللغة:

(العرف: ضدّ التّكر، يقال: أولاه عرفاً أي معروفاً، والمعروف والعارفة خلاف التّكر، والعرف والمعروف: الجود، وقيل: هو اسم ما تبذله وتسديه... وقوله تعالى: ﴿وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان: ١٥]، أي مصاحباً معروفاً، قال الزجاج: المعروف هنا ما يستحسن من الأفعال. وقوله تعالى: ﴿وَأَتِمُّوا يُبَيْتَكُمْ بِمَعْرُوفٍ﴾ [الطلاق: ٦]...، والإحسان، والعرف، والعارفة، والمعروف واحد ضدّ النكر، وهو كل ما تعرفه النفس من الخير وتطمئن إليه... وقد تكرر ذكر المعروف في الحديث: وهو اسم جامع لكلّ ما عرف من طاعة الله، والتقرّب إليه والإحسان إلى الناس، وكل ما ندب إليه الشرع ونهى عنه من المحسنات والمقبّحات. وهو من الصّفات الغالبة، أي أمر معروف بين الناس إذا رأوه لا ينكرونه).^(١)

أي أن العرف ماتعارف عليه الناس من الخير، واستحسنته نفوسهم، واطمأنت إليه، ولم تنكره.

ثانياً: العرف في الاصطلاح:

- عرّفه الشيخ أبو زهرة: (ما اعتاده الناس من معاملات، واستقامت عليه أمورهم)^(٢).

(١) لسان العرب: محمد بن مكرم بن منظور (٩/ ٢٣٦).

(٢) أصول الفقه: محمد أبو زهرة، ص: ٢٥٤.



- وعرفه الشيخ مصطفى شليبي: (ما تعودده الناس أو جمع منهم، وألفوه حتى استقرّ في نفوسهم من فعل شاع بينهم، أو لفظ كثر استعماله في معنى خاص بحيث يتبادر عند إطلاقه دون معناه الأصلي)^(١).

- وعرفه الشيخ الزرقا: (العرف عادة قوم، في قول أو فعل)^(٢)

ما يستفاد من التعاريف:

- العرف نوع من العادة، والعادة جنس أعمّ.
- لا يتحقّق العرف إلا ببلوغ نصاب عددي يمثّله قوم أو جماعة أو جمهور، فإذا لم يتحقّق النصاب كان من قبيل العادة وليس العرف.
- العرف ينقسم إلى أنواع باعتبارات مختلفة، كالعرف القولي واللفظي، والعرف العام والخاص.
- لا ينشأ العرف ولا ينبعث إلا عن التفكير والاختيار، كالتعارف على تقدير بعض الأشياء بالوزن، وبعضها بالكيل، وبعضها بالعدد، والتعارف على أنّ المرأة تشتري بمهرها مفروشات وملبوسات تحملها معها إلى بيت الزوج، والتعارف على تقسيم المهر إلى معجل ومؤجل، فلا يدخل في العرف ما يكون ناشئاً عن عوامل طبيعية، كالإسراع في البلوغ في بعض الأقاليم دون أخرى، فهذا وغيره يسمّى عادة؛ لأنه لم ينشأ عن قول أو فعل، أي عن تفكير وعقل^(٣).

(١) أصول الفقه الإسلامي: محمد مصطفى شليبي، ص: ٣٢٥.

(٢) المدخل الفقهي العام - مرجع سابق - (١٧٢/٢).

(٣) المدخل الفقهي العام - مرجع سابق - (١٧٤/٢).

الفرع الثالث: معنى الفتوى في اللغة والاصطلاح:

أولاً: الفتوى في اللغة:

(الْفَتْوَى: بالواو بفتح الفاء، وبالياء فتضم، وهي اسم من أفتى العالم: إذا بيّن الحكم، وَاسْتَفْتَيْتُهُ: سَأَلْتَهُ أَنْ يُفْتِيَ. ويقال: أصله من الْفُتْيِ، وهو الشَّابُّ الْقَوِيّ، والجمع: الْفَتَاوِي، بكسر الواو على الأصل، وقيل: يجوز الفتح للتخفيف)^(١)، (ويقال: أفتيت فلاناً رؤياً رآها، إذا عبرتها له، وأفتيته في مسأله إذا أجبتة عنها، وفي الحديث أن قوماً «تَفَاتُوا إِلَيْهِ»^(٢)، معناه: تحاكموا إليه وارتفعوا إليه في الفُتْيَا، يقال: أفتاه في المسألة يُفْتِيهِ إذا أجابه، والاسم الْفَتْوَى... والفتيا: تبيين المشكل من الأحكام، أصله من الفتى، وهو الشَّابُّ الْحَدِيثُ الَّذِي شَبَّ وَقَوِيَ، فكأنه يُقْوَى ما أشكل بيانه فيشَبُّ ويصير فَيْتاً قَوِيّاً، وأصله من الفتى، وهو الحديث السنّ. وأفتى المفتي: إذا أحدث حكماً، وفي الحديث: «الْإِثْمُ مَا حَاكَ فِي صَدْرِكَ وَإِنْ أَفْتَاكَ النَّاسُ عَنْهُ وَأَفْتَوْكَ»^(٣) أي وإن جعلوا لك فيه رخصة وجوازاً... والفتيا، والفتوى، والفتوى: ما أفتى به الفقيه)^(٤).

(١) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير: أحمد بن محمد بن علي الفيومي (٧/ ١٢٤).

(٢) الحديث أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف بلفظ: [تفاتوا فيه]، عن مجاهد، قال: اشترك أربعة رهط على عهد رسول الله ﷺ في زرع، فقال أحدهم: قبلي الأرض، وقال الآخر: قبلي الفدان، وقال الآخر: قبلي البذر، وقال الآخر: علي العمل، فلما استحصد الزرع تفاتوا فيه إلى النبي ﷺ فجعل الزرع لصاحب البذر، وألغى صاحب الأرض، وجعل لصاحب الفدان شيئاً معلوماً، وجعل لصاحب العمل درهما كل يوم، قال واصل: فحدثت به مكحولاً، فقال: لهذا الحديث أحب إلي من وصيف. مصنف ابن أبي شيبة (٧/ ١٢٣).

(٣) رواه أحمد في مسنده، تعليق شعيب الأرنؤوط: إسناده ضعيف. (٤/ ٢٢٨).

(٤) لسان العرب: - مصدر سابق- (١٥/ ١٤٥).



يتبين من هذه التعاريف أن أصل الفتوى في لغة العرب: الإبانة والإجابة على السؤال، وقد أشار القرآن الكريم إلى هذا المعنى في عدد من الآيات^(١).

ثانيا: الفتوى في الاصطلاح:

(الفتوى والفتيا: ذكر الحكم المسؤول عنه للسائل)^(٢)، أو (هو الإخبار بحكم الله تعالى عن دليل شرعي)^(٣)، لكن زاد عليه الشيخ محمد سليمان الأشقر، فقال: (الإفتاء: هو الإخبار بحكم الله تعالى باجتهاد عن دليل شرعي لمن سألته عنه في أمر نازل)^(٤). فالإخبار بحكم الله تعالى من غير سؤال لا يسمى إفتاء، بل هو إرشاد وتوجيه، والإخبار به عن سؤال في أمر غير نازل هو تعليم لا إفتاء^(٥).



-
- (١) انظر: سورة النساء: ١٢٧، ١٧٦، وسورة يوسف: ٤٣، وسورة الصافات: ١١.
 - (٢) التوقيف على مهمات التعاريف - مصدر سابق - (ص: ٥٥٠).
 - (٣) تعريف ابن حمدان نقلا عن الشيخ الأشقر في كتابه الفتيا ومناهج الإفتاء، ص: ١٣.
 - (٤) المرجع نفسه، ص: ١٣.
 - (٥) المرجع نفسه، ص: ١٤.

المطلب الثاني: أقسام الفتوى باعتبار العرف

تنقسم الفتوى من حيث الحكم الشرعي المسؤول عنه إلى فتاوى ثابتة، وأخرى متغيرة، وهذا التقسيم مرده إلى أنّ الأحكام الشرعية منها الثابت ومنها المتغير، وكذلك الأعراف منها ما هو ثابت ومنها ما هو متغير.

يقول الشاطبي: (قد تكون العوائد ثابتة، وقد تبدل... فالثابتة: كوجود شهوة الطعام والشراب، والوقاع والتظير، والكلام والبطش والمشى، وأشباه ذلك... والمتبدلة: منها ما يكون متبدلاً في العادة من حسن إلى قبح، وبالعكس، مثل: كشف الرأس، فإنه يختلف بحسب البقاع في الواقع، فهو لذوي المروءات قبيح في البلاد المشرقية، وغير قبيح في البلاد المغربية، فالحكم الشرعي يختلف باختلاف ذلك، فيكون عند أهل المشرق قادحا في العدالة، وعند أهل المغرب غير قادح. ومنها ما يختلف في التعبير عن المقاصد، فتتصرف العبارة عن معنى إلى عبارة أخرى... وهذا المعنى يجري كثيرا في الأيمان والعقود، والطلاق، ومنها ما يختلف في المعاملات ونحوها، كما إذا كانت العادة في النكاح قبض الصداق قبل الدخول، أو في البيع الفلاني أن يكون بالتقد لا بالتسيئة، أو بالعكس، أو إلى أجل كذا دون غيره، فالحكم أيضا جار على ذلك حسبما هو مسطور في كتب الفقه، ومنها ما يختلف بحسب أمور خارجة عن المكلف، كالبلوغ فإنه يعتبر فيه عوائد الناس من الاحتلام أو الحيض... فيحكم لهم شرعا بمقتضى العادة في ذلك الانتقال^(١).

(١) الموافقات في أصول الشريعة: إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي (٢/٢٨٤).



فهذا النص يدلّ على أن الأحكام الشرعية التي تتبع العوائد والأعراف، تختلف باختلافها ثباتاً وتغيّراً، فما كان مبنياً على عرف ثابت لا يتغيّر حكمه ولا فتواه، وما كان مبنياً على عرف متغيّر تغيّر حكمه من العرف القديم إلى العرف الحادث.

ويقرّر الشاطبي في موضع آخر أن العادات تنقسم بالنسبة إلى وقوعها في الوجود إلى قسمين: ثابتة، ومتغيّرة، يقول: (العوائد أيضاً ضربان بالنسبة إلى وقوعها في الوجود:

أحدها: العوائد العامة التي لا تختلف بحسب الأعصار والأمصار والأحوال، كالأكل والشرب، والفرح والحزن، والنوم واليقظة، والميل إلى الملائم والتّفور عن المنافر، وتناول الطيبات والمستلذّات، واجتناب المؤلّات والخبائث، وما أشبه ذلك.

الثاني: العوائد التي تختلف باختلاف الأعصار والأمصار والأحوال، كهيآت اللباس والمسكن، واللّين في الشدّة والشدّة فيه، والبطء والسّرعة في الأمور، والأناة والاستعجال، وما كان نحو ذلك.

فأما الأوّل فيقضى به على أهل الأعصار الحالية والقرون الماضية؛ للقطع بأن مجاري سنّة الله تعالى في خلقه على هذا السّبيل، وعلى سننه لا تختلف عموماً كما تقدم، فيكون ما جرى منها في الزمان الحاضر محكوماً به على الزمان الماضي والمستقبل مطلقاً، كانت العادة وجودية أو شرعية.

وأما الثاني فلا يصحّ أن يقضى به على من تقدّم البتّة، حتى يقوم دليل على الموافقة من خارج، إذ ذاك يكون قضاء على ما مضى بذلك الدليل، لا بمجرد العادة، وكذلك في المستقبل^(١).

(١) الموافقات - المصدر نفسه - (٢/٩٧٨٤).

من هنا يمكن تقسيم الفتاوى بحسب ثبات العرف وتغيره إلى قسمين: فتاوى ثابتة، وفتاوى متغيرة.

الفرع الأول: الفتاوى الثابتة التي لا تتأثر بتغير العرف:

فالثابت ما تعلق بأحكام العقائد، وأصول العبادات والمعاملات، والحلال والحرام، وغيرها مما ثبت بأدلة قاطعة، لا تقبل الاحتمال من جهة الثبوت والدلالة. فاعتقاد وحدانية الله تعالى وربوبيته، وأنه متّصف بكلّ كمال، ومنزه عن كلّ نقصان، والإيمان بأن محمداً ﷺ آخر الأنبياء والرسل، وأن القرآن آخر الكتب السماوية، وأن الشريعة الإسلامية آخر الشرائع التي نسخت كل الشرائع السابقة، وكذا الإيمان بالقضاء والقدر، وباليوم الآخر وما فيه من حساب وجزاء، كل ذلك وغيره مما يدخل في قضايا العقيدة والإيمان، ليس مجالاً للتغيير بالفتوى مهما تطوّرت أعراف الناس. وكذا أحكام العبادات من وجوب الصلاة والزكاة والصيام والحج والجهاد، حسب ما قرّرت النصوص، لا مجال لتغييرها بالفتوى بدعوى تغيير أعراف الناس. وكذا أحكام الحلال والحرام في الأكل والشرب واللباس، وفي البيع والشراء، والإيجار والكراء، وغيرها مما ثبت بنصوص محكمة لا تقبل التغيير بالعرف، وما قدره القرآن والسنة من حدود وعقوبات، لا قبل لأحد بتغييره بدعوى تطوّر أعراف المجتمعات.

فهذه الأحكام لا تتغير بتغير أعراف الناس، ولا سلطان للعرف عليها مهما تطوّرت الحضارات؛ لأن بها حفظ المصالح العليا، التي لا قيام للمجتمع إلا بقيامها وحفظها، وهي حفظ الدين، وحفظ النفس، وحفظ العقل، وحفظ النسل، وحفظ المال، فإذا تغيرت بالفتوى أدى ذلك إلى ضياعها.



الفرع الثاني: الفتاوى المتغيرة بتغير العرف:

أما مجال الفتاوى المتغيرة بالعرف، فهي أحكام الفروع الجزئية، ذات الدلالة الظنية، التي لم يتعرّض القرآن ولا السنة لتفصيلها، فهي تحتمل أكثر من وجه عند التفسير والتطبيق والتنزيل^(١):

ففي مجال تنزيل الأحكام وتطبيقها أوجب القرآن التّفقه على الزوج بنصّ مطلق: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ﴾ [الطلاق: ٧]، فأوجب التّفقه بقدر الوسع من غير بيان للمقدار، فقدّرها البعض بالقياس، وترك البعض تقديرها للعرف المتغيّر.

وأوجب الله العدالة في الشهود، واتفقوا على أنّها تسقط بما يخلّ بالمرءة، من الأقوال والأفعال، غير أنّهم اختلفوا في ضابط ما يخلّ بالمرءة، فتركوا أمر ضبطه للعرف المتغيّر. وأوجب الشّارع قطع اليد، إذا بلغ المسروق النّصاب، وكان في حرز، غير أنّه لم يضبط الحرز، فأوكله إلى أعراف الناس.

وأثبت الشّارع الخيار للمشتري في ردّ السلعة إذا وجد بها عيباً، غير أنّ تحديد العيب وضبطه بقي موكولاً إلى أعراف التّجار، وأرباب الصّناعات والحرفيين، فهم أقدر الناس على ذلك، وهذا العرف غير ثابت؛ لذا لا يمكن ضبطه.

وأعطى الشّارع حقّ خيار المجلس للمتبايعين ما لم يتفرّقا، وأن التفرّق مبطل له، لكن ترك تحديد التفرّق وضبطه موكولاً إلى عرف التّجار المتغيّر.

وفي مجال تفسير النّصوص يدخل العرف في بيان وتفسير الكثير من تصرفات المكلفين، في باب الأيمان والنذور والطلاق، فمن حلف ألا يأكل خبزاً لا يحنث إلا بأكل

(١) أصول الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص: ٣٣٨.

خبز بلده، ومن حلف ألا يدخل بيتا لا يحنث بدخوله الكعبة، أو مسجدا للعبادة، مع أن الله تعالى سماهما بيتا في كتابه، قال تعالى: ﴿إِنَّ أَوَّلَ بَيْتٍ وُضِعَ لِلنَّاسِ لَلَّذِي بِبَكَّةَ مُبَارَكًا وَهُدًى لِلْعَالَمِينَ﴾ [آل عمران: ٩٦]، وقال: ﴿فِي بُيُوتٍ أُذِنَ اللَّهُ أَنْ تُرْفَعَ وَيُذْكَرَ فِيهَا أَسْمُهُ﴾ [النور: ٣٦].

كما يدخل العرف في بيان الكثير من الحقوق عند التنازع، فمن ذلك إذا اختلف اثنان في شيء ولا بينة لأحد منهما، فالفاصل هو العرف، كتنازع الزوجين بعد الطلاق في متاع البيت، فيحكم لكل واحد منهما بما تعارف الناس عليه بأنه خاص به مع يمينه، وهذا مجال واسع لتغيير الفتوى بتغير العرف.

وإذا اختلف الأب وابنته فيما ساق من متاع إلى بيت زوجها، فقال الأب: هو عارية وطالب برده، وقالت: هو هبة وامتنعت عن الرد، حكّم العرف بينهما، الذي يتغير من زمان إلى زمان.

فالعرف له سلطان واسع في توليد الأحكام وتحديداتها، وتعديلها وتحديثها، وإطلاقها وتقيدتها، فهو يغني عن كثير من النصوص التفصيلية في الأحكام التشريعية، وفي عقود المعاملات، وقلّما لا يوجد باب من أبواب الفقه لا مدخل للعرف في أحكامه^(١):

ففي جريمة التعدي على العرض، كالسب والشتم والقذف، للعرف سلطان في معرفة ما يعدّ لدى الناس اعتداء على العرض، وهذا يتغير بتغير عادات الناس في الخطاب.

ولو شرط الواقف تعيين "ناظر" على وقفه، وكان عرف زمانه يحمله على المتولي

(١) المخل الفقهي العام - مرجع سابق - (٢/٨٨٠).



لإدارة الوقف من جباية وتعمير وإنفاق، حمل معنى "الناظر" على العرف القديم وهو المتولي. وإن كان معناه المشرف المراقب على المتولي، حمل عليه كما هو العرف الحديث. إذا تعارف الناس في بعض المناطق على إيقاع الطلاق بألفاظ مخصوصة، أو تعابير جديدة غير معروفة في مناطق أخرى، فإنه يقع الطلاق بها، ولو كانت في أصل اللغة لا تقتضي الطلاق، كلفظ الرجل: "عليّ الطلاق"، الذي يستعمله الرجال كثيرا في هذا الزمان، مع أن محلّ الطلاق هو المرأة وليس الرجل.

كما أن الألفاظ العامية من هذا القبيل، إذا تعارف الناس على استعمالها، وجرت بينهم في عقود المعاوضات، أو التبرعات، أو الزواج والطلاق، فإنها معتبرة شرعا.

قرّر الفقهاء أن التعاطي في العقود بمنزلة الإيجال والقبول، حيث ينعقد البيع وغيره من أنواع المعاملات المالية بالاستناد إلى العرف، وهو متغيّر بتغيّر أنواع المعاملات.

قرّر الفقهاء أن ما جرى عرف الناس في تبعيته للمبيع، يدخل في البيع بلا ذكر له أثناء العقد، ويستحقّه المشتري بلا ثمن إضافي، ففي بيع الدار يدخل مفتاحها، وفي بيع الدراجة يدخل منفاخها وحقيبة أدواتها، وفي بيع البعير يدخل خطامه الموجود عليه؛ لتعارف الناس على دخول هذه الأشياء ضمنا.

فهذه جملة من الأحكام التي بناها الفقهاء على العرف، سواء كان العرف قوليا أو عمليا، عاما أو خاصا، وهي تدلّ على مدى تدخل العرف في تفسير وتنزيل النصوص والأحكام في واقع الناس، وهذا المجال هو ما يتغيّر حكمه وفتواه بتغير الأعراف والعادات، ويدور معه كيفما دار، بنار على ما قرّره الفقهاء أن الحكم يدور مع علته وجودا وعدما، وتمثّيا مع القاعدة الفقهية المقررة: [لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان]^(١).

(١) المجلد الفقهي العام - مرجع سابق - (٢/١٩٤).

المطلب الثالث: الأدلة على تغيير الفتوى بتغيير العرف

لما كان للعرف سلطان في تفسير النصوص، وبيان الأحكام وتنزيلها، وتخصيصها وتقييدها، كان له سلطان أيضا في تغيير الفتوى؛ لأن من خصائص الأعراف أنها لا تبقى على حال واحدة، بل تتبدل وتتغير بتغيير أحوال الناس المعيشية والثقافية والحضارية، فتنشأ أعراف جديدة ملائمة للظروف المستحدثة، ومن ثم تتغير الفتوى ولا تجمد على المسطور في الكتب والمنقول عن الأئمة؛ لأن في ذلك تضييع لمصالح الخلق التي أمر الشارع بحفظها.

من هنا يأتي هذا المطلب لبيان حقيقة تغيير الفتوى، وتأثير العرف، والأدلة على ذلك.

الفرع الأول: معنى تغيير الفتوى:

إنّ تغيير الفتوى معناه إعطاء القضية المستفتى فيها جوابا يراعي فيه المفتي المتغيرات العرفية المحيطة بالمستفتي، وبالمسألة التي استفتي فيها. وهذا لا يتم إلا بعد أن يكون المفتي عالما بأحوال السائل المعيشية والثقافية، وأحوال البلد، وأن يكون مدركا لتصرفات المكلفين، وما طرأ عليها من أعراف جديدة لم تكن قائمة من قبل. فقد يجد المفتي للمسألة المسؤول عنها أجوبة قديمة لدى الفقهاء، لكنّها لم تعد صالحة لزمانه نظرا لتغيير عرف الناس، فلا يمكن والحال هذه أن يفتي بفتاوى قديمة، بل عليه أن يجتهد لإيجاد فتوى تتلاءم والمستجدات العرفية.

من هنا فإنّ تغيير الفتوى ليس تغييرا لأصل الحكم الشرعي أو تعطيلاً له أو نسخاً، بل هو إما تفسير وفق العرف الجديد السائد، أو تنزيل للحكم الشرعي تنزيلا عرفيا، وعليه فإن النصوص باقية ثابتة لا تتغير بالعرف، وإنما المتغير هو التفسير العرفي، أو التنزيل العرفي.



الفرع الثاني: الأدلة على تغيير الفتوى بتغيير العرف:

إنّ تغيير الفتوى وفق العرف دلّت عليه أدلة كثيرة ثابتة، نذكر منها^(١):

دليل السّنة النبوية:

ما رواه ابن مسعودا موقوفا عليه: [ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون سيّئا فهو عند الله سيء]^(٢)، أي أن ما تعارف عليه المسلمون من الأقوال الحسنة والأفعال، واستحسنوها ولم ينكروها، فإنها حسنة عند الله تعالى، يجوز الأخذ بها في التشريع والقضاء والفتوى، ومن ثمّ تتغيّر الفتوى بضابط العرف المتجدّد عند استحسانه من المسلمين.

ومن ذلك أن النبي ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان، فقال: [يا حكيم لا تبع ما ليس عندك]^(٣)، أي لا تبع ما لم يكن موجودا عندك، وكان غائبا عن مجلس العقد؛ لما في ذلك من الغرر، ولما قدم الرسول ﷺ إلى المدينة وجدهم يتعاملون بالسلف، وهو بيع أجل غير موجود أثناء العقد بعاجل، فغيّر النبي ﷺ فتواه القديمة، وأفتى بجواز البيع

(١) أصول الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص: ٣٣٠.

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرک على الصحيحين، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد و لم يخرجاه، قال الذهبي في التلخيص: وله شاهد أصح منه إلا أن فيه إرسالا (٣/ ٨٣)، وقال الحافظ ابن حجر: لم أجده مرفوعا، وأخرجه أحمد موقوفا على ابن مسعود بإسناد حسن، وكذلك أخرجه البزار والطيالسي والطبراني وأبو نعيم في ترجمة ابن مسعود، والبيهقي في كتاب الاعتقاد، وأخرجه أيضا من وجه آخر عن ابن مسعود. الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢/ ١٨٧).

(٣) عن حكيم بن حزام قال يا رسول الله يأتيني الرجل فيريد مني البيع ليس عندي، أفأبتاعه له من السوق، فقال: « لا تبع ما ليس عندك ». سنن أبي داود. محقق وتعليق الألباني (٣/ ٣٠٢).

ولو كان المبيع أثناء العقد غير موجود، وقال ﷺ مبيّنا الحكم الجديد: «من أسلف فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم»،^(١) وهذا الحكم مبناه العرف الجديد في المدينة.

ومن ذلك أيضا أن النبي ﷺ عندما فتح مكة قال: «إن هذا البلد حرام، لا يعضد شوكة، ولا يختلى خلاه، ولا ينفر صيده، ولا تلتقط لقطته إلا لمعرف»، فقال العباس: إلا الأذخر، فإنه لا بدّ منه فإنه للقيون والبيوت، فقال: «إلا الأذخر»^(٢)، والأذخر: حشيشة طيبة الرائحة تسقف بها البيوت فوق الخشب، والقيون: جمع قين، وهو الحداد والصائغ، والخلاء: الرطب من النبات، واختلاؤه: قطعه واحتشاشه. وينفر صيده: أي يصطاد.

فانظر كيف أنّ النبي ﷺ أفتى بمنع الناس من قطع ما في الحرم من نبات وحشيش، وجاء النهي عاما من غير تخصيص، لكنّه عاد واستثنى الأذخر مراعاة لعرف الناس في استعماله في البيوت.

(١) عن ابن عباس قال قدم النبي ﷺ المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والستين فقال: « من أسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم ». صحيح مسلم (٥ / ٥٥).
 (٢) عن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: قال رسول الله ﷺ يوم فتح مكة لا هجرة ولكن جهاد ونية، وإذا استنفرتم فانفروا وقال يوم فتح مكة إن هذا البلد حرمه الله يوم خلق السماوات والأرض فهو حرام بحرمه الله إلى يوم القيامة وإنه لم يحل القتال فيه لأحد قبلي ولم يحل لي إلا ساعة من نهار فهو حرام بحرمه الله إلى يوم القيامة لا يعضد شوكة، ولا ينفر صيده، ولا يلتقط لقطته إلا من عرفها، ولا يختلى خلاه فقال العباس يا رسول الله إلا الأذخر فإنه لقيتهم وليبوتهم قال: إلا الأذخر. صحيح البخاري (٤ / ١٢٧).



وقد نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط،^(١) والظاهر من النهي أنه عام لأنواع الشروط، لكن الفقهاء صحّحوا الشروط التي تعارفها الناس وعملوا بها؛ لأنّ علّة النهي ما يفضي إليه الشرط من النزاع، وتعارف الناس على الشروط المفضية إلى التراضي والتفاهم، فكان العرف رافعا للعلّة، وهذا يعني أن الفقهاء راعوا أعراف الناس الجديدة في البيوع، فلم يجمدوا على النصوص.

دليل الإجماع:

قرّر الفقهاء بإجماع أنّ الفتوى تتغيّر بتغيّر الأعراف والعادات، وأنه لا يجوز التّمادي على الفتاوى القديمة التي أصبحت لا تتلاءم والأعراف الجديدة؛ لأنّ في ذلك جمود على القديم من غير داع يدعو إليه، كما أن فيه تكريس للتقليد وتعطيل لملكة الاجتهاد، والنظر في المتغيّرات العرفية، وقد سئل القراني في السؤال التاسع والثلاثين: (ما الصحيح في هذه الأحكام الواقعة في مذهب الشافعي، ومالك وغيرهما، المرتّبة على العوائد والعرف اللذين كانا حاصلين حالة جزم العلماء بهذه الأحكام؟ فهل إذا تغيّرت تلك العوائد، وصارت العوائد تدل على ضدّ ما كانت تدلّ عليه أولاً، فهل تبطل هذه الفتاوى المسطورة في كتب الفقهاء، ويفتي بما تقتضيه العوائد المتجدّدة؟ أو يقال: نحن مقلّدون، وما لنا إحداث شرع؛ لعدم أهليتنا للاجتهاد، فنفتي بما في الكتب المنقولة عن المجتهدين؟

(١) روي («أنه ﷺ نهى عن بيع وشرط») بيض له الرافعي في التذنيب، واستغربه النووي، وقد رواه حزم في المحلى والخطابي في المعالم والطبراني في الأوسط والحاكم في علوم الحديث من طريق محمد بن سليمان الذهلي عن عبد الوارث بن سعيد عن أبي حنيفة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده به في قصة طويلة مشهورة. تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير (٣/ ٣٢).

فأجاب القراني بقوله: (إن استمرار الأحكام التي مدركها العوائد مع تغيير تلك العوائد خلاف الإجماع، وجهالة في الدين، بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد، يتغير الحكم فيه عند تغيير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة، وليس هذا تجديدا للاجتهاد من المقلدين حتى يشترط فيه أهلية الاجتهاد، بل هذه قاعدة اجتهاد فيها العلماء وأجمعوا عليها، فنحن نتبعهم فيها من غير استئناف اجتهاد)^(١).

فهذا الجواب من القراني يدل على أمور:

- إجماع العلماء على وجوب الفتوى بالأعراف المتجددة، والتخلي عن الفتاوى القديمة؛ لأنه لا محل لها في واقع الناس.

- إن التمسك بالفتاوى القديمة، والإعراض عن الأعراف المتجددة، جهل بالدين الذي يأمر بالنظر في علل التصوص، ومآلاتها عند التطبيق حتى تؤدي الغرض منها، من تحقيق لمصالح الخلق، فالمفتي مخبر عن حكم الله تعالى بما شرعه للخلق، فعليه مراعاة ما يعود من الفتوى من تحقيق للمصالح ودرء للمفاسد.

- إن الجمود على الفتاوى القديمة جهل بالواقع المتغير، الذي لا يجوز تجاهله أثناء الفتوى، فلا نحمل الناس على فتاوى لا تتماشى وما أفرزه الواقع الجديد.

- إن عدم مراعاة الأعراف المتجددة خطر على الشريعة ذاتها؛ لأن أحكامها تبقى ثابتة لا فرق بين المتغير وغير المتغير، مما يعرضها لانتقاد الأعداء ووصفها بالجمود.

(١) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام شهاب الدين القراني، ص: ٢٣١



دليل المصلحة:

أجمع العلماء على أن الشريعة الإسلامية جاءت بمراعاة مصالح المكلفين^(١)، والتمسك بالأعراف القديمة مفسدة؛ لما تلحقه من مضرة ومشقة بالناس في دينهم وديناهم، بخلاف مسايرة الأعراف المتجددة، فإنها تحقق مصالح الناس؛ لذا كانت مراعاتها في الفتوى أمراً مقصوداً شرعاً. يقول ابن القيم: (فصل في الفتوى بحسب الأمكنة والأزمنة والأحوال والنيات والعادات: هذا فصل عظيم النفع وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة، أوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه ما يعلم أن الشريعة الباهرة التي في أعلى رتب المصالح لا تأتي به، فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها ورحمة كلها ومصالح كلها وحكمة كلها، فكل مسألة خرجت من العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث، فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل)^(٢).

فهذا التوجيه من ابن القيم له دلالاته العميقة والدقيقة في اعتبار العوائد والأعراف في الأحكام؛ لما تحققه من مصالح الخلق، ومقاصد الشرع، فالفتي الذي لا يساير في فتواه تغير الأعراف، ولا يراعي بتجدد العادات، فإنه قد يخرج الناس بفتواه من العدل إلى الجور والظلم، ومن الرحمة إلى التكليف بما لا يطاق، ومن المصلحة التي يقتضيها العرف الجديد إلى المفسدة.

(١) الموافقات - مصدر سابق - (٢/٢١٢).

(٢) أعلام الموقعين عن رب العالمين: محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية: (٣/١٤).

وهذا ما قرّره أيضا ابن عابدين في رسائله؛ حيث أبرز الحكمة من مراعاة الأعراف المتجدّدة في الفتوى، يقول: (إن المسائل الفقهية إما أن تكون ثابتة بصريح النص، وإنما أن تكون ثابتة بضرب اجتهادي ورأي، وكثير منها يبيّنه المجتهد على ما كان في عرف زمانه، بحيث لو كان في زمان العرف الحادث لقال بخلاف ما قاله أولا؛ ولهذا قالوا في شرط الاجتهاد: إنه لا بدّ من مراعاة عادات الناس، فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولا للزم منه المشقّة والضّرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير، ودفع الضرر والفساد؛ لبقاء العالم على أحسن نظام وأتمّ إحكام)^(١).

فهذا التوجيه من ابن عابدين الحنفي، يبيّن أن الأخذ بالعرف المتجدّد مما يتفق ومقاصد الشريعة، المبنية على السّماحة والتيسير ورفع الحرج، ففي مراعاة أعراف الناس تخفيف عليهم، كما أن في ملاحظتها أثناء الفتوى تحقيق لمصالحهم المتجدّدة، وفي تجاهلها إلحاق المشقّة والضّرر بهم، ولذلك وحده يسير العالم على أحسن نظام وأتمّ إحكام.

دليل القاعدة: لا ينكر تغيير الأحكام بتغيير الأزمان:

معنى هذه القاعدة أن الأحكام المبنية على العرف، تتغير بتغيير العرف الذي بنيت عليه، أي يترك الحكم القديم ويؤخذ بالجديد الموافق للعرف الحادث، وعليه فياذ تغيّرت عادة قوم روعيت من قبل المفتين في بناء الفتوى.

(١) رسالة نشر العرف فيما بني من الأحكام على العرف: ابن عابدين (١٢٦/٢).



ومثال هذه القاعدة: أفتى المتقدمون من فقهاء الحنفية -غير زفر- أنه يكفي لسقوط خيار الرؤية عند شراء البيوت المبنية على نمط واحد، رؤية واحد منها، ولما تغير عرف الناس في البناء، وأصبحوا يبنون على كفاءات مختلفة أفتى المتأخرون بقول زفر، من أنه لا بدّ من رؤية كلّ البيوت حتى يسقط خيار الرؤية^(١).

وهذه نماذج من فتاويهم التي تغيرت بالعرف^(٢):

أ- كان أبو حنيفة يمنع بيع النحل ودود القرّ؛ لأنه كان يرى عدم ماليتها، وذلك قياساً على منع بيع هوام الأرض والصفادع، غير أن صاحبه محمد بن الحسن أفتى بجواز بيعهما لما وجد الناس يتبايعون من غير نكير، فقضى بالعرف.

ب- أفتى الإمام مالك بوجوب الرضاع على المرضعات، حملاً للأمر في قوله تعالى:

﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] على الوجوب، غير أنه أسقط الرضاع عن الشريقات التي جرى عرف بلدها على عدم الإرضاع، وهذا من تغير الفتوى بتغير العرف.

ت- ومعلوم أن الإمام الشافعي غير الكثير من فتاويه التي أفتاها بالعراق لما جاء إلى مصر، نظراً لتغير عادات وأعراف الناس حتى أصبح به مذهبان: قديم عراقي، وجديد مصري.

ث- اختلف الحنفية في ضمان الثوب المغصوب بعد صبغه، فإذا صبغ باللون الأسود فيرى أبو حنيفة أنه يضمن؛ لأنه نقص من قيمة الثوب، ويرى أصحابه أنه

(١) شرح القواعد الفقهية: أحمد محمد الزرقا، ص: ٢٢٧

(٢) أصول الفقه الإسلامي: - مرجع سابق - ص: ٣٣٠

لا يضمن؛ لأنه زيادة كما لو صبغه بالأصفر أو بالأمر، وهذا الاختلاف في الفتوى راجع إلى اختلاف العرف، فالذين تعارفوا أنّ اللون الأسود منقصة أوجبوا الضمان.

ج- كان لبس السواد مذموماً في عصر أبي حنيفة؛ لذا كان بنو أمية لا يلبسونه، وفي عصر صاحبيه كان محموداً؛ لذا كان بنو العباس يلبسونه، فاختلاف الحكم هنا راجع إلى اختلاف العرف.

ح- أفتى القدامى بعدم جواز أخذ الأجرة على الأذان، وتعليم القرآن؛ لأن الناس في ذلك الوقت كانوا يؤمنون ويؤدّون حسبة لله تعالى، أو يأخذون رزقهم من بين المال، ولما تغيّرت العادات والأعراف أفتى المتأخرون بجواز أخذ الأجرة، نظراً لغياب بيت المال، ولو أبقينا على الفتوى القديمة لضاع القرآن وتعطلت الشعائر.





المطلب الرابع: حكم العمل بالعرف الجديد

إذا ظهر عرف جديد، وكان الحكم مبنياً على العرف القديم، هل يجوز الفتوى بالقديم أم يجب بالجديد؟

من تتبع آراء الفقهاء في حجّية العرف، يظهر أن المفتي والقاضي يجب عليه العمل بالرأي الموافق للعرف للحادث، إذا تبين أنه مستوفٍ لشروط اعتباره، ويترك الرأي المبني على العرف القديم؛ لفوات المصلحة منه، أو لعدم العمل به، أو لوجود مشقة فيه، وهذه أقوال الفقهاء والأصوليين:

يقول القرافي: (فمهما تجدد من العرف اعتبره، ومهما سقط أسقطه، ولا تجمد على المسطور في الكتب طول عمرك، بل إذا جاءك رجل من غير إقليمك يستفتيك لا تجره على عرف بلدك، واسأله عن عرف بلده، وأجره عليه، وأفته به دون عرف بلدك، والمقرّر في كتبك، فهذا هو الحقّ الواضح، والجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين، وجهل بمقاصد علماء المسلمين، والسلف الماضين)^(١).

فهو يرى وجوب العمل بالعرف المتغيّر، والفتوى به، وترك القديم المدوّن في الكتب الذي تجاوزه الزّمن، وهذا الانتقال من العرف القديم إلى العرف الحادث أمر واجب على المفتي؛ لأن تركه ضرب من الضلال في الدين، وكأن المفتي الذي لا يراعي في فتواه تغيّر الأعراف قد أضلّ الناس عن الحقّ، كما أنه عزوف عن النّظر إلى مقاصد الناس

(١) الفروق: شهاب الدين القرافي (١/١٧٧).

وحاجاتهم المتغيرة والمتجددة، التي إذا لم تراعى وقع الناس في الضيق والحرج، وهو مخالف لمقصد الشراع في التيسير ورفع الحرج.

ويعتبر القرآني أنّ التمسك بالأعراف القديمة مع الإعراض عن الجديدة مخالفة للإجماع، يقول: (إنّ إجراء الأحكام التي مدرّكها العوائد مع تغيير تلك العوائد خلاف الإجماع، وجهالة بالدين، بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد، يتغير الحكم فيه عند تغيير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة)^(١)

وقال ابن القيم: (من أفتى الناس بمجرد المنقول في الكتب على اختلاف أعرافهم وعوائدهم وأزمنتهم وأمكنتهم وأحوالهم، فقد ضلّ وأضلّ، وكانت جنايته على الدين أعظم من جنابة من طبّ الناس كلهم على اختلاف بلادهم وعوائدهم وأزمنتهم وطبائِعهم لما في كتاب من كتب الطب على اختلاف أبدانهم)^(٢).

من هذه التّصوص نستخلص عظم جرم من أغفل في فتواه تغيير الأعراف والعادات، وأفتى مما هو مسطور في الكتب، وهو في ذلك كالطبيب الذي يعطي دواء واحدا لكلّ المرضى على اختلاف أمراضهم وعللهم، فحناية هذا الطبيب على صحّة الأبدان لا شكّ فيها، ولا يماري فيها أحد، فكذلك من يعطي فتوى واحدة لأناس اختلفت عاداتهم وأعرافهم.



(١) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام: - مصدر سابق -، ص: ٩٧.

(٢) أعلام الموقعين: - مصدر سابق - (٣/٧٨).



المطلب الخامس: ضوابط العرف المؤثر في تغيير الفتوى

إذا كانت الفتوى تتأثر بالعرف وتتغير، فإنّ هذا التأثير يجب أن يحقّق المصلحة من الفتوى بالنسبة للمستفتي، وبالنسبة للدين أيضاً.

أما المصلحة في جانب المستفتي فإن الفتوى ما شرعت إلا للإجابة عن أسئلته، وإيجاد الحلول لقضاياها، وتمكينه من مواكبة المتغيّرات العرفية، والعادات المستحدّة، حتى لا تكون الفتوى حجر عثرة أمامه.

وأما المصلحة في جانب الدين، فإن الفتوى شرعت لتفسير النصوص، أو تنزيلها، أو تأويلها وفق المتغيّرات العرفية والعادات، حتى تتفق مع مرونة الشريعة ومقاصدها، فتحفظ بذلك ديمومة التكليف وخلود الشريعة.

من هنا كان لا بدّ للفتوى أن تحقّق هذين المقصدين الجليلين، ولا يتم ذلك لها إلا إذا توفّرت فيها ضوابط تحميها من العود على تلك المقاصد بالبطلان، إذأ فما هي ضوابط العرف المؤثر في تغيير الفتوى؟

الضابط الأول: أن يكون محلّ الفتوى في الأحكام المتغيرة :

أي أن يكون مجال الفتوى في الأحكام المتغيرة وفق العادات والأعراف، ومعنى ذلك أن العرف لا يلغي أصل الحكم، وإنما يفسّره وفق ما تعارفه الناس من العادات اللّفظية، كما هو الحال في ألفاظ الأيمان والنذور والطلاق، وألفاظ العقود وما شاكل ذلك، التي تتغيّر بالاستعمال من بلد إلى آخر، أو منطقة إلى أخرى داخل البلد الواحد، أو تختصّ الفتوى بتنزيل حكم وفق ما تعارفه الناس واستحسنوه من غير نكير، كتقسيم الصّدّاق إلى معجّل ومؤجّل، وتعارف الناس على تجهيز المرأة من صداقها، وتوثيق عقد الزواج قبل الدخول، وتعارف التّجار على استعمال الشّيكات بدلا من التقابض يدا بيد، وعقد

الصّفقات عن طريق الهاتف أو الانترنت أو الفاكس، فهذا وأمثاله هو ما يتغيّر بتغيّر أعراف الناس وعاداتهم.

أما الأحكام الثابتة فإنها لا تتأثر بالمتغيّرات العرفية، مهما تطوّرت أوضاع الناس العلمية والفكرية والاقتصادية، كتحريم الرّبا، والزنا، والخلوة بالأجنبيات، والسّفرة من غير محرم، والتبرّج، والسّفور، والمساواة بين الذّكر والأنثى في الميراث، ومنع تعدّد الزوجات، وجعل القوامة بيد المرأة، وتبني اللّقطاء، وزواج المسلمة بغير المسلم، وإلغاء العدة واستبدالها بالكشف الطّي، وإباحة أنواع الكحول والمشروبات الرّوحية، وألوان القمار، وغيرها من الأحكام التي يراد لها أن تتغيّر لتغيّر أحوال الناس المعيشية والفكرية والاقتصادية. فهذه الأحكام وأمثالها لا تتغيّر مهما تغيّرت أحوال الناس وتطوّرت؛ لأن في بقائها حفظ لمقاصد الإسلام وكلياته الخمس، وهي حفظ الدّين، وحفظ النفس، وحفظ النّسل، وحفظ العقل، وحفظ المال، وفي تغيّرها ضياع لكل ذلك، فلا تغيير لثابت، ولا ثابت لمتغيّر.

الضابط الثاني: أن يقوم الدليل على تغيير العرف:

أي أن يعلم المفتي بتغيّر العرف في المسألة المستفتى فيها، فلا يفتي عن جهل، وأن يقوم الدليل الواضح البيّن على أن العرف قد تغيّر فعلا، وهذا باطلاعه على أعراف الناس، وسؤاله أهل البلد عن أعرافهم، وهذا ما قرّره القراني عندما قال في كتابه الفروق في الفرق الثامن والعشرين: (فمهما تجدد من العرف اعتبره، ومهما سقط أسقطه، ولا تجمد على المسطور في الكتب طول عمرك، بل إذا جاءك رجل من غير إقليمك يستفتيك، لا تجبه على عرف بلدك، واسأله عن عرف بلده، وأجره عليه، وأفته به دون



عرف بلدك، والمقرّر في كتبك، فهذا هو الحقّ الواضح، والجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين، وجهل بمقاصد علماء المسلمين، والسلف الماضين^(١).

الضابط الثالث: أن لا يكون العرف معارضاً لنصّ أو إجماع^(٢):

إذا ثبت تغيّر العرف، وأن مجال الفتوى وموضوعها المتغيّرات وليس الثوابت، وتبيّن ذلك بالدليل الواضح، فعلى المفتي أن يلاحظ أن العرف المتغيّر لا يتعارض مع نصّ أو إجماع، أو أصل كلّي مقطوع به؛ لأن ذلك يؤدّي إلى إهدار النصوص وتعطيلها، وإلغاء ما أجمع عليه المسلمون من القطعيّات التي لا سبيل لتغييرها، كتغيير حدّ الخمر إلى النّصف مما أجمعوا عليه، أو استبدال عقوبة القطع في السرقة بالسّجن، أو إلغاء الأذان، وغير ذلك.

ولقد ألقى الإسلام الكثير من أعراف الجاهلية، لأنها لا تتلاءم وروح الإسلام ومقاصده، كإلغاء نكاح الشغار، والعدّة مدّة حولين، والسّلم إلى أمد مجهول، وزواج الابن زوجة أبيه، وبيع الملاقيح والمضامين، وغيرها مما كان متعارفاً في الجاهلية؛ لكون تلك الأعراف مصادمة للفطرة وروح الشريعة القائمة على العدل والإنصاف.

ويستثنى من ذلك حالة واحدة، وهي ما إذا كان النصّ حين صدوره عن الشارع مبنيّاً على عرف قائم، ومعلّلاً به، فإنّ النصّ حينئذ يكون عرفياً، فيكون حكمه قابلاً للتغيّر مع تغيّر عرفه، ومثال ذلك: التّهي عن الرّبا فيما اتفق جنسه إذا تساوى البدلان، كبيع القمح بالقمح متفاضلاً، والذهب بالذهب متفاضلاً، فهذا الحكم الشرعي مبنيّ

(١) الفروق:- مصدر سابق-(١/١٧٦، ١٧٧).

(٢) انظر هذا الضابط وما بعده في المدخل الفقهي العام(٢/٨٩٧)، وأصول الفقه الإسلامي لوهبة الزحيلي(٢/١٢٠).

على أساس وجوب التساوي في الجنس الواحد في القدر بين البديلين، ومعلوم أن التساوي يعتبر شرعا بالمقياس العربي في كل صنف، فما كان وزنيا عرفا كالزيت والسمن، يجب التساوي فيه بالوزن، وما كان كيليا عرفا يجب التساوي فيه بالكيل، ومعلوم أن هذه المقاييس قابلة للتبدل حسب أعراف الناس، ومن هنا اختلف الفقهاء فذهب الجمهور، ومنهم أبو حنيفة إلى أنه يعتبر المقياس الذي ورد النص به أبدا، ولا عبرة لتبدل العرف، ففي القمح يجب اعتبار التساوي كيلا، لا وزنا، ولو تعارف الناس بيعه بالوزن كما هو اليوم، وذهب أبو يوسف إلى اعتبار المقياس العربي، وأنه يتبدل بتبدل العرف؛ لأن النص في مقياس الأصناف الستة الواردة معلل بالعرف، فبتغير تبعاً لتغير العرف.

ومثال ذلك أيضا أن النبي ﷺ اعتبر إذن البكر صماتها: «(إذنها صماتها)»^(١)، أي أن سكوتها عند استئذان وليها في تزويجها من رجل معين، يعتبر إذنا منها على الرضا والقبول، يقوم مقام الكلام، وهذا عرف متعارف عليه إلى اليوم بسبب الاستحياء الذي فرضته التربية والإسلامية والتقاليد الاجتماعية، لكن إذا دلّ الدليل على تغير هذا العرف في بعض الأقطار، وأصبح متعارفا بين الناس أن المرأة البكر لا يمنعها الحياء من التصريح بالرضا، فلا مانع من الأخذ بهذا العرف، ولا يعتبر ذلك معارضا للنص النبوي.

الضابط الرابع: أن يكون العرف مطّردا:

ومعناه أن يكون العرف المعمول به مستمرا ودائما لا يتخلف، فالعرف في تقسيم المهر إلى معجل ومؤجل يكون معتبرا إذا كان العمل به مطّردا في البلد في جميع حوادث

(١) عن عائشة - رضي الله عنها -، قالت: قال رسول الله ﷺ: البكر تستأذن، قلت: إن البكر تستحيي، قال: «(إذنها صماتها)». صحيح البخاري (٩/ ٣٣).



النكاح. والاطّراد: معناه الأغلبية العملية، لا الأغلبية العددية، فلا يشترط أن يكون العرف جارياً بين جميع أفراد البلد بل يكفي الغالب فيهم. وإذا تباع اثنان سلعة بدراهم، حمل الثمن على العرف الغالب الشائع.

الضابط الخامس: أن يكون العرف قائماً عند إنشاء التصرف:

ومعناه أن العرف الحاكم في تصرف من التصرفات بين الناس يجب أن يكون موجوداً عند وجود هذا التصرف؛ ليصحّ حمله عليه، وهذا احترازاً عن العرف الحادث، فإنه لا عبرة به إلى الماضي ولا يحكم فيه.

فالتصوص الشرعية يجب أن تفهم بحسب مدلولاتها اللغوية والعرفية القائمة أثناء نزول الوحي وصدور النص؛ لأنها هي مراد الشارع ومقصوده، ولا عبرة لتبدّل معاني تلك الألفاظ في الأعراف الزمنية المتأخّرة، فلفظ ﴿وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾ [التوبة: ٦٠]، من آية مصارف الزكاة معناه العربي وقت صدور النصّ الجهاد الشرعي، أو سبل الخيرات على اختلاف العلماء في ذلك، ولفظ ﴿وَأَبْنِ السَّبِيلِ﴾ [التوبة: ٦]، معناه العربي من ينقطع من الناس في السفر. فإذا تبدّل عرف الناس في استعمال هذه الألفاظ، كاستعمال معنى ﴿سَبِيلِ اللَّهِ﴾ في طلب العلم خاصة، وكاستعمال معنى ﴿وَأَبْنِ السَّبِيلِ﴾ في الطفل اللقيط الذي لا يعرف له أهل، فإن هذا الاستعمال المتأخّر لا يقدر على تغيير المعنى العربي المقارن لورود النصّ التشريعي؛ لأنه هو المراد والمقصود.

وكذلك لو تبدّل عرف الناس فيما يعدّ من العيوب في البيوع، أو فيما يدخل بالتّبع فيها، أو في تقسيم المهر إلى معجل ومؤجّل، فإنّ العرف الحادث لا عبرة به في التصرفات الماضية، ولا يبدّل من أحكامها شيئاً.

وكذلك الشأن إذا كان العرف يقتضي تأنيث الزوجية على الزوجة، ثم تغير هذا العرف وأصبح التأنيث على الزوج، فالعبرة بالعرف القائم أثناء إنشاء عقد الزواج، ولا عبرة بالسابق.

الضابط السادس: أن لا يصدر تصريح يدل على بطلان العمل بالعرف:

ويعني ذلك أن المتعارفين على حكم عرفي ما، في وقت ما يكون معمولاً به، إذا لم يصدر من الناس ما يدل على خلافه، وإلا كان عرفاً باطلاً.

ومثال ذلك: لو استعار شخص دابة للركوب أو للحمل عليها، فإنه يعتبر مأذوناً بركوبها أو بالحمل عليها القدر المعتاد المتعارف في أمثالها، فلو نهاه المعير صراحة عن ركوبها أكثر من مدة، كساعة مثلاً، أو عن الحمل عليها أكثر من مقدار حدده لها، كقنطار مثلاً، فإنه لا يجوز للمستعير أن يزيد عليه ولو مقداراً لا يتجاوز المعتاد المتعارف عليه، فإن زاد على المدة أو المقدار المحدد، كان في حكم الغاصب المعتدي.

هذه خلاصة الضوابط الواجب اعتبارها من قبل المفتين عند إجراء الفتوى، فلا يجوز إطلاق الفتوى من غير نظر في طبيعة الأعراف والعادات، والتّمييز بين الصالح منها والفساد، وما يتفق ومقاصد الدّين وما يتعارض معه، وخاصّة في العصر الحاضر حيث جدّت أعراف جديدة، تعارف الناس عليها متأثرين بالحضارة الغربية، فغيّرت الكثير من المفاهيم الشرعية، والتقاليد الإسلامية العريقة بدعوى التطوّر، والتحرّر من قيود الدّين وسلطان الشريعة. ومن هنا كان على المفتي أن يكون واسع الاطلاع على أعراف زمانه، واختلافها باختلاف البلدان والأقاليم، فلا يجعل الفتوى ثابتة أبداً ولا متغيّرة أبداً، ولا يطلق الفتوى ويعممها على كل الناس مع اختلاف أعرافهم وعاداتهم، فإنّ ذلك من الجهل بالدّين وأحوال المسلمين، بل عليه أن يكون خبيراً بما استجدّ في عالم الناس في كل لحظة، خاصّة مع سرعة المتغيّرات في هذا الزمن.



المطلب السادس: نماذج من الفتاوى المبنية على العرف

هذه نماذج من الفتاوى القديمة والحديثة، قائمة على تأثير العرف في الفتوى، وفيها تظهر مرونة الشريعة الإسلامية، وسماحتها في الأخذ بأعراف الناس وما استجد في حياتهم دون مخالفة النصوص الشرعية، أو تعطيلها، أو تأويلها بما لا يتلاءم ومقاصد الدين.

س: هل يدخل في نحو بيع دار مشتملة على علوّ وسفل ومخازن في السفل، لكن لا طريق إليها، وإنما أبوابها نافذة إلى الشارع مع أن الأبواب أيضاً في جدارها؟ وهل يصح بيع بعض هذه الدكاكين؟ وإذا صح فهل يصير الجدار الذي هي فيه مشتركاً بين المشترين لتلك الدكاكين أو لا؟.

ج: لا خفاء أنه يدخل في بيع الدار عند الإطلاق جميع ما أحاط به بنائها، وكذا ما اتصل بها مما بني لمصلحتها، كمستحمّ وغيره وإن خرج عن مسامتتها؛ لأن العرف قاض بأنه منها، وحيثئذ فالدكاكين المذكورة منها لا شتمال حيطانها عليها وإن نفذت أبوابها من الشارع، ولا فرق بين أن يكون في جهاتها الأربع أو بعضها، وإذا باع مخزناً أو مخزنين لاثنين صح ويكون الجدار المذكور عند الإطلاق مشتركاً، إذ ليس نسبته إلى أحدهما بأولى من غيرها^(١).

س: ما قولكم: في قوم عرفهم أن الحرام طلاق، وطراً عليهم عالم وأفتاهم بأن العمل جرى في المغرب بأن الحرام طلقة بائنة، فهل هذا العمل صحيح يصح العمل به أم لا؟

(١) فتاوى ابن حجر الهيتمي (٢/ ٢٧) .

ج: ألفاظ الطلاق مبنية على العرف، ولا يحل لأحد أن يفتي لقوم إلا بعرفهم كما ورد عن القراني، فأفتاه هذا العالم بأنه طليقة بائنة لمن عرفهم أن الحرام طلاق بالثلاث ضلال مبين، إذ لا يفتي لقوم بعرف آخرين^(١).

س: ما حكم من قال لزوجته: "أنت بتة، وحبلك على غاربك"؟

ج: هذه العبارات من الكنايات الظاهرة، ويلزم بها الثلاث في المدخول بها وغيرها على حسب العرف القديم، وأما عرفنا الآن فهما من الكنايات الخفية؛ لأن ألفاظ الأيمان مبنية على العرف، فلا يلزم شيء إلا بالنية، قال القراني في فروقه ما معناه: إن نحو هذه الألفاظ من "برية" و"حلية" و"حبلك على غاربك" و"رددتك لأهلك"، إنما قالوا يلزم فيها الثلاث لعرف مضى، وأما الآن فمن الكنايات الخفية، فلا تجد أحداً اليوم يطلق امرأته بخليّة ولا بريّة، والحاصل أنه لا يحل للمفتي أن يفتي بالطلاق حتى يعلم العرف في ذلك البلد. اهـ^(٢).

س: كثيراً ما نقرأ على الكتب عبارة تقول: [حقوق الطبع محفوظة للمؤلف]، فهل يجوز للمؤلف أو الناشر أن يحتفظ بحقوق الطبع ولا يسمح لغيره بنشر الكتاب؟ وهل يعتبر المنع من باب كتمان العلم؟

ج: إن مسألة حقوق الطبع والنشر، وحقوق التأليف والترجمة، ونحو ذلك من المنافع المعتبرة شرعاً على الصحيح من أقوال أهل العلم المعاصرين، حيث إن هذه الأمور لم تكن معروفة عند فقهاءنا المتقدمين، وإنما عرفت في العصر الحديث وصارت هذه الحقوق محمية

(١) قرّة العين بفتاوى علماء الحرمين (ص: ١٤٩).

(٢) قرّة العين بفتاوى علماء الحرمين (ص: ١٥٠).



بموجب القانون في الدول الغربية. وقد بحث الفقهاء المعاصرون هذه المسألة بتوسّع في الآونة الأخيرة، وصدرت فيها فتاوى وبحوث علمية موثقة، وقد ذهب أكثر العلماء المعاصرين إلى اعتبار هذه الحقوق مصونة شرعا، ويجوز شرعا لأصحابها التصرف فيها بالبيع والشراء، ولا يجوز الاعتداء على هذه الحقوق، فيجوز للمؤلف أن يحتفظ بحق الطبع لنفسه، كما يجوز له أن يبيع حقّه هذا لصاحب دار نشر، ولا يجوز لأحد أن يقوم بطبع كتاب ما لم يأذن مؤلّفه أو ناشره إذا شرطا حقوق الطبع لنفسيهما. وأما إذا أباحا ذلك للناس فلا بأس بطبعه ونشره كما يفعل بعض أهل العلم عندما يكتبون على كتبهم: يجوز نشره لمن أراد توزيعه مجانا، ويدل على جواز ذلك ما يلي:

- إن المنافع تعتبر أموالا عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، وهي من الأمور المعنوية، ولا ريب أن الإنتاج الذهني يمثل منفعة من منافع الإنسان، فيعد مالا تجوز المعاوضة عنه شرعا. والمراد بالمنافع: هي ما يستفاد من الأعيان: كسكنى الدار، وركوب السيارة. ويدل على كونها مالا أن طبع الإنسان يميل إليها كالأعيان فيسعى إلى اقتنائها، ولأن العرف العام في الأسواق يعتبرها أموالا...

- إن العرف العام جرى على اعتبار حق المؤلف في تأليفه وإبداعه، فأقرّ التعويض عنه والجائزة عليه، ولو كان هذا الحق لا يصلح محلاً للتبادل والكسب الحلال، لعدت الجائزة والتعويض عنه كسبا محرما. ومن المعلوم أن العرف العام يعدّ مصدرا من مصادر التشريع إذا لم يتصادم مع نصّ شرعي أو أصل عام في الشريعة الإسلامية، كما أن العرف له دخل كبير فيمالية الأشياء كما قال السيوطي: "لا يقع اسم المال إلا على ما له قيمة يباع بها وتلزمته وإن قلت وما لا يطرحه الناس".

ومفاد هذا أن **العرف** هو أساس مالية الأشياء؛ لقوله: "لا يقع اسم المال إلا على ما له قيمة"، أي بين الناس عرف بحيث أضحي محلا للمعاوضة، يباع بها، ومن المقرّر أن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي^(١).

س: جواز استعمال التقويم الميلادي في المعاملات دون العبادات.

ج: الأصل أن نستعمل التقويم الهجري، ولا بأس باستعمال التقويم الميلادي إلى جانبه، ولكن -ومع الأسف الشديد تحلّى المسلمون بشكل عام عن التقويم الهجري، واستعملوا التقويم الميلادي، وصار التقويم الميلادي هو المعتمد في كل شؤون الناس تقريبا، وفي مختلف شؤون الحياة. ومن ضمن ذلك عقود الاستئجار، وصار هذا **عرفا عاما** عند الناس، فإذا استأجر شخص بيتا لمدة سنة واحدة، على أن يدفع الأجرة في آخرها، **فالمعروف** عند الناس أنها سنة ميلادية، ويجب دفع الأجرة في ٣١ كانون الثاني.

واستعمال التقويم الميلادي بهذه الطريقة، واستبعاد التقويم الهجري لا شك أنه أمر مخزن، وهو من مظاهر ضعف المسلمين وهوانهم، والمشتكى إلى الله. ومع ذلك فإن **عرف** الناس باستعمال التقويم الميلادي في معاملاتهم معتبر شرعا، ويجب الالتزام به ما دام لم ينصّ على غيره، **والعرف والعادة** يجب الالتزام بهما شرعا عند عدم مخالفة نصّ شرعي، أو شرط لأحد المتعاقدين، وقد وضع الفقهاء عدة قواعد فقهية مبنية على اعتبار العرف والعادة منها قاعدة (العادة محكمة)، أي أن للعادة في نظر الشارع حاكمة تخضع لها

(١) فتاوى يسألونك: حسام الدين بن موسى عفانة (٦/ ٤٤٩) .



أحكام التصرفات، فتثبت تلك الأحكام على وفق ما تقتضي به العادة أو العرف، إذا لم يكن هناك نصّ شرعيّ مخالف لتلك العادة^(١).

س: إنه يعمل في إحدى المؤسسات العامة، وإن المؤسسة قد جعلت تحت تصرفه سيارّة ليستخدمها في العمل، فما مدى حرّيته في استخدام سيارّة المؤسسة؟

ج: إن السيارّة التي أعطتك إياها المؤسسة لتستخدمها في العمل يجب أن يكون استخدامها في نطاق العمل وما يخدمه، وبالتالي لا يجوز استخدامها في الأمور الخاصة، كالذهاب بها في الرّحلات أو العمل عليها، كسيارة أجرة ونحو ذلك، فهذا كسب لا شك حرام. ومثل ذلك استخدام تلفون المؤسسة، فينبغي أن يكون في الأصل في شؤون العمل.

وأما استخدام التلفون في الأمور الشخصية، كمن يتّصل بمن يريد من أهله وأقاربه خارج البلاد مستعملاً تلفون المؤسسة فلا يجوز ذلك. وقد يغضّ النظر عن بعض الاتصالات الداخلية التي يجريها الموظّف لبعض شؤونه الخاصة، وكذا استخدام بعض الأدوات اليسيرة في شؤونه الخاصة **مما تعارف الناس عليه**، كاستخدام ورقة أو تصويرها ونحو ذلك. ومن المعروف أن **العرف له اعتبار**؛ فلذا الحكم عليه قد يدار، ولكن لا يجوز التوسّع في هذا الباب؛ لأن الأصل حرمة المال العام. وأظن أنه يوجد في بعض المؤسسات العامة أنظمة وتعليمات لتنظيم استخدام الأموال العامة وما في حكمها، كالسيارات، فإن وجدت مثل هذه الأنظمة والتعليمات، فيجب الالتزام بها^(٢).

(١) فتاوى يسألونك (٨ / ٤٧٢).

(٢) فتاوى يسألونك (٨ / ٤٩٠).

س: هل تدخل نفقات العلاج والدواء في وجوب الإنفاق على الزوج لزوجته؟

ج: اتفق الفقهاء على وجوب النفقة على الزوج، واختلفوا في أنواع النفقة الزوجية، فأوجبوا على الزوج أن ينفق على زوجته فيما يتعلق بالمأكل والمشرب والملبس والمسكن، وذهب جمهور الفقهاء بما فيهم أصحاب المذاهب الأربعة إلى عدم وجوب أجره الطيب ولا ثمن العلاج على الزوج، وخالف آخرون فأوجبوا ذلك على الزوج. ويجب أن يعلم أولاً أن المسألة ليس فيها نصوص خاصة، وإنما هي مسألة اجتهادية، وللعرف فيها اعتبار. ولعل جمهور الفقهاء الذين قالوا بعدم وجوب أجره العلاج على الزوج بنوا هذا الحكم على ما كان معروفاً في زمانهم، وخاصة أن الناس كانوا يعتنون بصحتهم ويتعالجون بأدوية طبيعية غير مكلفة، وأما في زماننا فقد اختلفت الأمور كثيراً، وصار العلاج مكلفاً، وكذا ما يترتب على ذلك من أجور المستشفيات ونحوها، قال العلامة ابن عابدين الحنفي في منظومته: والعرف له اعتبار... فلذا الحكم عليه قد يدار^(١).

س: تم عقد قرانها وكتب عقد الزواج وسيتم الزفاف بعد سنة، أي بعد تخرجها من الجامعة فهل هي ملزمة بطاعة زوجها واستئذانه في أمورها خلال هذه الفترة أم أنها ملزمة بطاعة أبيها فقط أرجو الإفادة.

ج: يجب أن يعلم أن حق الزوج في طاعة زوجته له واستئذانه قبل الخروج من البيت، إنما يكون بعد أن تزفّ الزوجة لزوجها وبعد أن ينقلها إلى بيته، وأما ما دامت الزوجة في بيت أبيها ولما تزفّ بعد فحق الطاعة ثابت للأب لا للزوج، وكذا الاستئذان يكون

(١) فتاوى يسألونك (١٠ / ٤٢٩).



في هذه الفترة حقًا للأب لا للزوج؛ لأن الأب هو المسؤول عن البيت، وما دامت ابنته تعيش معه في بيته فحقّ الطاعة ثابت للأب لا للزوج. ومثل ذلك يقال أيضًا في المنع من المعاشرة الزوجية بين الزوج وزوجته خلال هذه الفترة - فترة العقد وقبل الزفاف -، فينبغي منع إقامة أي علاقة جنسية بينهما لما قد يترتب على المعاشرة الزوجية في الفترة التي تسبق الزفاف من مفساد. والمرجع في المنع من هذه الأمور هو **العرف الصحيح**، فإن المتعارف عليه بين الناس في بلادنا أن البنت ما دامت في بيت أبيها، فإن حقّ الطاعة ثابت لأبيها لا للعائد عليها، وكذلك فإنها تستأذن أباهما في الخروج من البيت فهو صاحب الأمر والنهي لا العائد عليها، وكذلك **جرى العرف** في بلادنا على أنه لا يجري بين العاقدين معاشره جنسية إلا بعد الزفاف، وكذلك فقد **جرى العرف** في بلادنا أن الأب هو الذي ينفق على البنت المعقود عليها ما دامت عند أبيها، ولا يطالب العائد بالإنفاق عليها إلا بعد الزفاف، ويجب شرعا مراعاة هذه **الأعراف الصحيحة** والتي لا تعارض الأحكام الشرعية، فالعرف الصحيح الذي لا يصادم النصوص الشرعية معتبر عند أهل العلم^(١).

س: ما حكم تعجيل الأجرة قبل استيفاء المنفعة؟

ج: تعجيل الأجرة أمر **تعارف الناس عليه** منذ عهد بعيد، وخاصّة في المنافع المضمونة، كما هو الحال فيمن يشتري تذكرة لركوب طائرة أو سفينة أو قطار أو سيارة، فإن دفع الأجرة يكون مقدّمًا، وكذا عند استئجار محلّ تجاري، فقد **جرى العرف عند كثير من الناس** على استيفاء بعض الأجرة مقدّمًا، كما أن **العرف** قد جرى على تأخير

(١) فتاوى يسألونك (١٠/٤٦٧).

دفع الأجرة إذا كانت الإجازة واردة على عمل الشخص، كمن يستأجر عاملاً ليشغل في أرضه مثلاً، فإنّ العرف قد جرى على أن تدفع الأجرة بعد أن ينتهي العامل من العمل، ومن المعلوم عند أهل العلم أن العرف معتبر^(١).



(١) فتاوى يسألونك (١٢ / ١٩٧).



الخاتمة

في آخر هذا البحث أقدم التوصيات الآتية:

أولاً: ضرورة تأهيل المفتين للقيام بالفتوى على أكمل وأحسن وجه، من خلال حسن التعليم، والتدريب، والتأهيل.

ثانياً: إنشاء أقسام خاصة بالفتوى بالكليات الشرعية، تضطلع بمهام التكوين، والتأطير، وتخريج المفتين.

ثالثاً: إنشاء دور للإفتاء، تتولى مهام الفتوى في العالم.

رابعاً: ضرورة التواصل بين علماء الأمة من أجل التشاور، والإفتاء في القضايا المصيرية.

خامساً: الاطلاع على ما يستجد من أعراف الناس، واعتبارها في الفتوى.

سادساً: حماية الفتوى من الأعراف الفاسدة، والعوائد التي يكون الباعث عليها الهوى، وإهدار القيم والأخلاق.



فهرس المصادر والمراجع

- الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام: شهاب الدين القرافي، عالم الكتب، بيروت، لبنان.
- أعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية، دار الجيل، بيروت، لبنان.
- أصول الفقه: محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر.
- أصول الفقه الإسلامي: محمد مصطفى شليبي، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت لبنان، ط ٤/٣/١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
- التوقيف على مهمات التعاريف: محمد عبد الرؤوف المناوي، دار الفكر، بيروت، ط ١/١٠/١٤١٠هـ.
- التعريفات: علي بن محمد بن علي الجرجاني، دار النفائس، ط ٢/ بيروت، لبنان، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.
- تاج العروس من جواهر القاموس: محمد بن محمد بن عبد الرؤوف الحسيني، دار الهداية، بيروت، لبنان.
- تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط ١/١٩/١٤١٩هـ - ١٩٨٩م .
- الجامع الصحيح: محمد بن إسماعيل البخاري، دار الشعب، القاهرة، مصر، ط ١/١٠/١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.



- الجامع الصحيح: أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، دار الجيل، بيروت، لبنان.
- الدراية في تخريج أحاديث الهداية: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
- سنن أبي داود: أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.
- شرح القواعد الفقهية: أحمد محمد الزرقا، دار القلم، دمشق، ط ٢/٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.
- الفتيا ومناهج الإفتاء: محمد سليمان الأشقر، دار النفائس، الأردن، ط ٣/١٩٩٣م.
- الفروق: شهاب الدين القرافي، عالم الكتب، بيروت، لبنان.
- فتاوى يسألونك: حسام الدين بن موسى عفانة، جريدة القدس، فلسطين.
- فتاوى ابن حجر الهيتمي: ابن حجر الهيتمي، دار الفكر، بيروت.
- قرة العين بفتاوى علماء الحرمين: حسين بن إبراهيم المغربي، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، مصر، ط ١/١٣٥٦هـ - ١٩٣٧م.
- كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم: محمد بن علي التهاوني، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، لبنان، ط ١/١٩٩٦م.
- لسان العرب: محمد بن مكرم بن منظور، دار صادر، بيروت، لبنان، ط ١/٤١٤هـ.
- الموافقات في أصول الشريعة: إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، نشر أحمد الباز، مكة المكرمة.
- المدخل الفقهي العام: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.

- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير: أحمد بن محمد بن علي الفيومي، دار الحديث، القاهرة، مصر، ط/١٤٢٤هـ-٢٠٠٢م.
- المعجم الوسيط: إبراهيم مصطفى وأحمد الزيات، نشر دار الدعوة، تحقيق مجمع اللغة العربية، القاهرة، مصر.
- المصنف في الأحاديث والآثار: أبو بكر بن أبي شيبة، مكتبة الرشد، الرياض، ط١/١٤٩٩هـ.
- مسند أحمد: أحمد بن حنبل، مؤسسة قرطبة، القاهرة، مصر.
- المستدرک علی الصحیحین: محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١/١٤١١هـ-١٩٩٠م.





أثر المتغيرات الطبية على الفتوى



د. عبد الله بالقاسم الشمrani

أستاذ مساعد بقسم الشريعة في كلية الشريعة

واصول الدين بجامعة نجران





مُتَكَلِّمًا

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على من لا نبي بعده وعلى آله وصحبه
ومن والاه.. وبعد

إن الفتوى لها منزلة عظيمة، ومكانة كبيرة في الدين، حيث إن المفتي يعتبر مخبراً عن
الله ﷻ، وموقِعاً عنه، وقد ورد في القرآن الكريم ما يؤيد ذلك، مثل: قوله تعالى:
﴿وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ﴾^(١). وقوله
﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ﴾^(٢).

وكان رسول الله ﷺ يتولى ذلك، وكان من مقتضى رسالته عليه الصلاة والسلام،
وكلفه الله بذلك، قال تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ
وَلَعَلَّهُمْ يَنْفَكِرُونَ﴾^(٣) فالمفتي خليفة رسول الله ﷺ والمخبر عن الله، ولا يخفى أن
حاجة الناس إلى العلم الشرعي والفتوى الفقهية من أعظم الحاجات ومن أهم المهمات،
حيث يتوقف عليها صلاح الدنيا والآخرة، ومعرفة الحلال من الحرام.

ولا بد للمفتي من استجماع طائفة من الشروط والضوابط التي تتعلق بالإفتاء، مثل:
إلمامه بعلم اللغة والناسخ والمنسوخ والمطلق والمقيد والعام والخاص ودرايته بالموازنات
الأصولية بين المصالح والمفاسد، ونحو ذلك، كما أنه ينبغي على المفتي في العصر الحاضر

(١) [سورة النساء: ١٢٧].

(٢) [السورة نفسها: ١٧٦].

(٣) [سورة النحل: ٤٤].

أن يكون على قدر من الإحاطة الواسعة، بالمستجدات العلمية التي لها تأثير على الفتاوى الشرعية، والقضايا التي تظهر بين الحين والآخر، لما لها من تأثير في عملية الفتوى الشرعية.

وهذا بحث بعنوان: (أثر المتغيرات الطبية على الفتوى) أقدمه إلى ندوة: (الفتوى بين التأثير والتأثر بالمتغيرات) والتي يقيمها كرسي سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ للفتوى وضوابطها، وذلك بالجامعة الإسلامية في شهر صفر لعام ١٤٣٦ هـ. ويقع هذا البحث ضمن المحور الثاني من محاور المؤتمر: (تأثر الفتوى بالمتغيرات). أسأل الله تعالى أن يعصمنا من الزلزل وأن يوقفنا في القول والعمل، وهو الموفق والمستعان.

ويعود سبب اختيار هذا الموضوع إلى عدة أمور منها مايلي:

أولاً: أهمية دراسة المسائل المعاصرة ومدى تأثيرها في تغير الفتوى بتغير الحال.

ثانياً: العناية بالدراسات الفقهية التأصيلية والتطبيقية لتغير الفتاوى الشرعية بسبب القفزات العلمية في المجالات المختلفة، وفي المجال الطبي - موضوع البحث - على وجه الخصوص.

ثالثاً: بيان مرونة الفقه الإسلامي وسعته وشموله لكل زمان وجيل، فتتجدد الفتاوى بتجدد العلوم، وما يلحقها من تطور.

رابعاً: لم أقف - في حد علمي - على بحث أو دراسة تناولت تغير الفتوى بسبب تغير أو تطور المستجدات الطبية.



خطة البحث:

جاءت خطة هذا البحث في مقدمة ومبحثين وخاتمة:

المقدمة: وفيها أهمية الموضوع وأسباب اختياره وخطة البحث ومنهجه.

المبحث الأول: مدى مشروعية تغير الفتوى وأدلتها وضوابطها. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مدى مشروعية تغير الفتوى.

المطلب الثاني: الأدلة على اعتبار تغير الفتوى.

المطلب الثالث: الضوابط الشرعية لتغير الفتوى.

المبحث الثاني: أثر المتغيرات الطبية على الفتوى. وفيه ثمانية مطالب:

المطلب الأول: قول الطبيب وشهادته.

المطلب الثاني: ظهور أمراض معاصرة. وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: حكم الفحص الطبي قبل الزواج.

الفرع الثاني: حكم منع عقد النكاح بسبب الأمراض المعاصرة.

الفرع الثالث: حكم فسخ النكاح بسبب الأمراض المعاصرة.

المطلب الثالث: اكتشاف علاج لبعض الأمراض.

المطلب الرابع: التقدم العلمي للأجهزة الطبية. وفيه أربعة فروع:

الفرع الأول: الكشف على بعض حالات العنة.

الفرع الثاني: الكشف عن العقم عند الرجل أو المرأة.

الفرع الثالث: إثبات عيوب النكاح بالوسائل المعاصرة.

الفرع الرابع: الكشف على السموم كالمخدرات ونحوها.

المطلب الخامس: الاختلاف في التكيف الفقهي لبعض القرائن الطبية

"كالتحاليل الطبية". وفيه فرعان:

الفرع الأول: التكيف الفقهي للبصمة الوراثية.

الفرع الثاني: التكيف الفقهي لتحاليل الطبية الأخرى.

المطلب السادس: إمكان علاج الأجنة المريضة داخل الأرحام

المطلب السابع: التطور في الجراحات الطبية.

المطلب الثامن: ختان الإناث.

الخاتمة: وفيها خلاصة البحث ونتائجه.

المراجع.

منهج البحث:

أولاً: بيان تأثير المستجدات الطبية المعاصرة على الفتاوى الشرعية.

ثانياً: إيراد بعض الأمثلة المبينة لتغير الفتاوى بتطور المستجدات الطبية.

ثالثاً: اعتمدت في هذا البحث على المنهج التحليلي لبعض الفتاوى التي تأثرت

بالتغيرات الطبية.

رابعاً: سلكت في هذا البحث المنهج المتبع في البحوث العلمية.

خامساً: التعريف بالعيوب والأمراض الطبية المعاصرة، من الكتب والمصادر الطبية

المعتبرة.

سادساً: الاستغناء عن تراجم الأعلام، دفعاً للإطالة.



أسأل الله تعالى أن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم، وأن ينفع به من قرأه أو طالعه، وأن يكون لبنة صغيرة وإسهاماً متواضعاً في هذا المؤتمر المبارك.

والله من وراء القصد .

والحمد لله رب العالمين .

وكتبه:

د . عبد الله بالقاسم الشمراني

المملكة العربية السعودية

جامعة نجران - كلية الشريعة

Abozyad4@gmail.com

٠٠٩٦٦٥٦٦٠٢٢١١٢

المبحث الأول: مدى مشروعية تغير الفتوى وأدلتها وضوابطها.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مدى مشروعية تغير الفتوى.

إذا كانت الفتوى إخباراً عن حكم الله تبارك وتعالى في الواقعة بالدليل، وإذا كان الدليل تارة يكون نصاً من الكتاب أو السنة النبوية، وتارة يكون استنباطاً منهما، فإن الفتوى تتنوع بحسب دليلها إلى نوعين هما:

النوع الأول: فتوى هي نقل لنص القرآن أو السنة النبوية في المسألة، حيث يقتصر عمل المفتي فيها على مجرد إبلاغ المستفتي بالنص، مع ملاحظة أن المفتي لا بد له من النظر في النص من جهة ثبوته - إن كان في السنة -، وفهم معناه، وتحقيق المناط، وتنزيل النص على الأحكام.

النوع الثاني: فتوى هي استنباط من المفتي للحكم من نصوص الشرع بحسب ما يظهر له^(١).

وإذا كانت الفتوى باعتبار دليلها على نوعين، فإنها باعتبار ثباتها وتغيرها على نوعين كذلك:

(١) انظر: تغير الفتوى ص (٣١) د. محمد عمر بازمول.



قال ابن القيم رحمه الله: الأحكام نوعان:

النوع الأول: لا يتغير عن حالة واحدة هو عليها، لا بحسب الأزمنة ولا الأمكنة، ولا اجتهاد الأئمة، كوجوب الواجبات، وتحريم المحرمات، والحدود المقدرة بالشرع على الجرائم، ونحو ذلك، فهذا لا يتطرق إليه تغيير، ولا اجتهاد يخالف ما وضع عليه.

والنوع الثاني: ما يتغير بحسب اقتضاء المصلحة له زماناً ومكاناً وحالاً، كمقادير التعزيرات، وأجناسها، وصفاتها، فإن الشارع ينوع فيها بحسب المصلحة، فشرع التعزير بالقتل لمدمن الخمر في المرة الرابعة^(١).

وأمثلة هذا النوع كثيرة منها: تنظيم جمع الزكاة وصرفها في مصارفها المقررة في الشريعة، وكالأحكام التي علقها الشارع على العرف، ولم يقيد بها بوصف سوى الحكم العام^(٢).

(ومما تجدر الإشارة إليه هنا: أن تغير الفتوى بهذا المعنى، إنما هو أعمال لما أمرت به الشريعة وراعاته في أصولها الكلية وجزئياتها الفرعية، إذ من الفتيا ما يكون من حيثيات الحكم فيها مراعاة العرف والمصلحة، فإذا تغير العرف أو تخلفت المصلحة، تغيرت الحثية، فتتغير لذلك الفتيا)^(٣).

(١) انظر: إغاثة اللفهان في مصاديد الشيطان: (١/٣٣٠-٣٣١).

(٢) انظر: تغير الفتوى ص (٣٢).

(٣) المصدر نفسه ص (٣٣).

المطلب الثاني: الأدلة على اعتبار تغير الفتوى.

هناك جملة من الأدلة على اعتبار تغير الفتوى من الكتاب ومن السنة، فمن ذلك:

أولاً: من الكتاب:

الآيات القرآنية في الناسخ والمنسوخ، على أن من العلماء من يرى أن بعض هذه الآيات ليست منسوخة، وإنما لكل منهما مجال تعمل فيه، وقد تمثل إحداها جانب العزيمة، والأخرى جانب الرخصة، أو تكون إحداها للإيجاب، والأخرى للاستحباب، أو إحداها في حال الضعف، والأخرى في حال القوة، وهكذا^(١).

ومن أمثلة ذلك:

١- قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا النَّبِيُّ حَرَضِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَى الْقِتَالِ إِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ عَشْرُونَ صَبِيرُونَ يَغْلِبُوا مِائَتِينَ وَإِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ مِائَةٌ يَغْلِبُوا أَلْفًا مِنَ الَّذِينَ كَفَرُوا بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَا يَفْقَهُونَ﴾^(٢) ثم قال سبحانه: ﴿أَلَكُنْ حَقَفَ اللَّهُ اللَّهُ عَنْكُمْ وَعَلِمَ أَنَّ فِيكُمْ ضَعْفًا فَإِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ مِائَةٌ صَابِرَةٌ يَغْلِبُوا مِائَتِينَ وَإِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ أَلْفٌ يَغْلِبُوا أَلْفِينَ بِإِذْنِ اللَّهِ وَاللَّهُ مَعَ الصَّابِرِينَ﴾^(٣).

وجه الدلالة: فنسخت الآية الأولى بالتي تليها^(٤)، قال صاحب المنار: إن أقل حالة للمؤمنين مع الكفار في القتال، أن ترجح المائة منهم على المائتين، والألف على الألفين،

(١) انظر: موجبات تغير الفتوى في عصرنا ص (٢٥).

(٢) [الأنفال: ٦٥].

(٣) [السورة نفسها: ٦٦].

(٤) انظر: أحكام القرآن للكميا الهراسي: (١٦٤/٢).



وهو وقت غزوة بدر، فقد كانوا لا يجدون ما يكفيهم من القوت، ولم يكن لديهم إلا فرس واحد أو فرسان، وكانوا أقل من ثلث المشركين. ولما كملت للمؤمنين القوة، أمرهم الله أن يقاتلوا عشرة أضعافهم أو أكثر^(١).

ثانياً: من السنة:

٢- عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَجُلًا سَأَلَ النَّبِيَّ ﷺ عَنِ الْمُبَاشَرَةِ لِلصَّائِمِ فَرَخَّصَ لَهُ وَأَتَاهُ آخِرُ فَسَأَلَهُ فَنَهَاهُ فَإِذَا الَّذِي رَخَّصَ لَهُ شَيْخٌ وَالَّذِي نَهَاهُ شَابٌّ^(٢).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ رخص للشيخ في التقبيل والمباشرة حال الصيام، بينما لم يرخص للشاب، وفيه دليل على مشروعية تنبه المفتي لاختلاف الجواب باختلاف الحال.

٣- عَنْ سَلَمَةَ بْنِ الْأَكْوَعِ قَالَ: قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: (مَنْ ضَحَّى مِنْكُمْ فَلَا يُصْبِحَنَّ بَعْدَ ثَالِثَةِ وَيَقِي فِي بَيْتِهِ مِنْهُ شَيْءٌ) فَلَمَّا كَانَ الْعَامُ الْمُقْبِلُ قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، نَفَعَلْ كَمَا فَعَلْنَا عَامَ الْمَاضِي؟ قَالَ: (كُلُوا وَأَطْعِمُوا وَادَّخِرُوا فَإِنَّ ذَلِكَ الْعَامَ كَانَ بِالنَّاسِ

(١) انظر: تفسير المنار: (٩٠/١٠).

(٢) أخرجه أبو داود: في كتاب: (الصوم) باب: (كراهيته للشاب "المباشرة والتقبيل أثناء الصيام") رقم الحديث: (٢٣٨٩) (٢٨٥/٢). وضعه التبريزي، وقال الألباني: إسناده حسن صحيح. انظر: مشكاة المصابيح: (٤٥٣/١)، وصحيح أبي داود: (١٤٨/٧).

جَهْدٌ فَأَرَدْتُ أَنْ تُعِينُوا فِيهَا^(١). وفي مسلم: (إِنَّمَا نَهَيْتُكُمْ مِنْ أَجْلِ الدَّافَةِ الَّتِي دَفَّتْ)^(٢).

وجه الدلالة: نهى النبي ﷺ عن ادخار لحوم الأضاحي بعد ثلاثة أيام لعل طارئة، قال ابن الأثير: (قوم من الأعراب يردون المصر يريد أنهم قوم قدموا المدينة عند الأضحى فنهاهم عن ادخار لحوم الأضاحي ليفرقوها ويتصدقوا بها فينتفع أولئك القادمون بها)^(٣). فأراد عليه الصلاة والسلام بنهيه عن الادخار أن يوفروا لهم كرم الضيافة، فلما زالت العلة زال الحكم بزوالها.

٤ - الإجابة عن السؤال الواحد بأجوبة مختلفة^(٤)، فمن ذلك ما ورد عن أبي هريرة رضي الله عنه أَنَّ رَجُلًا قَالَ لِلنَّبِيِّ ﷺ: أَوْصِنِي، قَالَ: (لَا تَغْضَبُ) فَرَدَّدَ مَرَارًا، قَالَ: (لَا تَغْضَبُ)^(٥).
٥ - وكذلك عن سُفْيَانَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الثَّقَفِيِّ قَالَ: قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، قُلْ لِي فِي الْإِسْلَامِ قَوْلًا لَا أَسْأَلُ عَنْهُ أَحَدًا بَعْدَكَ، وَفِي حَدِيثِ أَبِي أُسَامَةَ: غَيْرِكَ قَالَ: (قُلْ آمَنْتُ بِاللَّهِ فَاسْتَقِمُ)^(٦).

(١) أخرجه البخاري: في كتاب: (الأضاحي) باب: (ما يؤكل من لحوم الأضاحي وما يتزود منها) رقم الحديث: (٥٢٤٩) (٥/٢١١٥).

(٢) أخرجه مسلم: في كتاب: (الأضاحي) باب: (بيان ما كان من النهي عن أكل لحوم الأضاحي وبيان نسخه) رقم الحديث: (٥٢١٥) (٦/٨٠).

(٣) انظر: النهاية في غريب الحديث والأثر ص (٣٠٨).

(٤) انظر: موجبات تغير الفتوى في عصرنا ص (٣٣).

(٥) أخرجه البخاري: في كتاب: (الأدب) باب: (الحذر من الغضب) رقم الحديث: (٥٦٧٥) (٥/٢٢٦٧).

(٦) أخرجه مسلم: في كتاب: (الإيمان) باب: (جامع أوصاف الإسلام) رقم الحديث: (١٦٨)



٦- عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه قَالَ: سُئِلَ النَّبِيُّ صلى الله عليه وآله أَيُّ الْأَعْمَالِ أَفْضَلُ؟ قَالَ: (إِيمَانٌ بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ) قِيلَ: ثُمَّ مَاذَا؟ قَالَ: (جِهَادٌ فِي سَبِيلِ اللَّهِ)، قِيلَ: ثُمَّ مَاذَا؟ قَالَ: (حَجٌّ مَبْرُورٌ)^(١).

٧- عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ رضي الله عنه أَنَّ رَجُلًا سَأَلَ النَّبِيَّ صلى الله عليه وآله أَيُّ الْأَعْمَالِ أَفْضَلُ؟ قَالَ: (الصَّلَاةُ لَوْفَتِهَا، وَبِرُّ الْوَالِدَيْنِ، ثُمَّ الْجِهَادُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ)^(٢).

وجه الدلالة من مجموع هذه الأحاديث: اختلاف الأجوبة مع اتحاد الأسئلة، وفيه دليل على اختلاف الفتوى باختلاف الحال، وكذلك باختلاف الزمان وتغيره، قال ابن حجر رحمه الله: اختلاف الأجوبة في ذلك باختلاف الأحوال واحتياج المخاطبين، وذكر ما لم يعلمه السائل والسامعون، وترك ما علموه، فأجيب كل سائل بالحال اللائق به^(٣).

=

(٤٧/١).

(١) أخرجه البخاري: في كتاب: (الحج) باب: (فضل الحج المبرور) رقم الحديث: (١٤٤٧)

(٢) (٥٥٣/٢). ومسلم: في كتاب: (الإيمان) باب: (بيان كون الإيمان بالله تعالى أفضل الأعمال)

رقم الحديث: (٢٥٨) (٦٢/١).

(٣) أخرجه البخاري: في كتاب: (التوحيد) باب: (وسمى النبي صلى الله عليه وآله الصلاة عملاً) رقم الحديث:

(٧٠٩٦) (٢٧٤٠/٦).

(٣) انظر: فتح الباري: (٧٨-٧٩).

المطلب الثالث: الضوابط الشرعية لتغير الفتوى.

يمكن أن نستنتج الضوابط الشرعية لتغير الفتوى، وذلك من خلال تتبع بعض النصوص والنظر في كلام العلماء فيما يلي:

أولاً: ألا يكون الحكم تعبدياً محضاً. فالعبادات لا يسع المفتي الخروج عنها، أو تغيير أحكامها، ولا قياسها على غيرها قياساً محضاً. مثل: نفي النسب اعتماداً على نتائج البصمة الوراثية بدلاً من اللعان.

ثانياً: أن يكون الحكم معلقاً على علة، فيزول الحكم بزوالها. مثل: ما تقدم من النهي عن ادخار لحوم الأضاحي، وغيرها.

ثالثاً: الموازنة بين المصالح والمفاسد. مثل: ما قال ابن القيم رحمه الله: لما رأى الصحابة مفسدة تتابع الناس في إيقاع طلاق الثلاث لا تندفع إلا بإمضائها عليهم، رأوا مصلحة الإمضاء أقوى من مفسدة الوقوع، ولم يكن باب التحليل الذي لعن رسول الله ﷺ فاعله مفتوحاً بوجه ما، بل كانوا أشد خلق الله في المنع منه، وتوعد عمر رضي الله عنه فاعله بالرجم، وكانوا عالمين بالطلاق المأذون فيه وغيره، وأما في هذه الأزمان التي قد شكت الفروج فيها إلى رها من مفسدة التحليل، وقبح ما يرتكبه المحللون.. إلخ^(١).

رابعاً: تحقيق مقاصد الشريعة، ومراعاة أولوياتها وترتيبها. مثاله: أن عمر رضي الله عنه لم يقم حد السرقة في عام الجوع، والذي يسمى عام الرمادة، لما أصاب الناس فيها مسغبة، وحفظ النفس أعلى رتبة ودرجة وأولى في الاعتبار الشرعي من حفظ المال.

(١) انظر: إعلام الموقعين: (٤١/٣).



خامساً: استكمال المفتي لشروط الفتوى. قال ابن السمعاني: (المفتي مَنْ استكمل فيه ثلاث شرائط: الاجتهاد، والعدالة، والكف عن الترخيص والتساهل)^(١). فلا يكون دافع التغيير التسهيل المحض من غير حاجة، أو نقص في العدالة، أو أحد مقومات الاجتهاد.

سادساً: نفي الضرر. جاء الدين بنفي الضرر عن الناس، وكل ما كان فيه مشقة عليهم، مثاله: التيسير في أحكام الحج بسبب حصول المشقة والزحام، ومثل إسقاط طواف الوداع عن المرأة الحائض والنفساء، إذا كان لها رفقة ولا تستطيع البقاء لإتمام الطواف، ونحو ذلك.

سابعاً: ألا يعد التغيير في الفتوى أصلاً يقاس عليه. فلا ينسحب الحكم على التغيير في فتوى بعينها في مجال بعينه على مجالات أخرى. فلا ينسحب التغيير في المجال الطبي على المعاملات.

ثامناً: أن تكون الفتوى في فروع الشريعة، وهي المسائل التي تقبل الاختلاف بين الفقهاء ويتأتى فيها الاجتهاد.

فلا يدخل في ذلك مسائل الأصول المتفق عليها، سواء كانت في الفقه أو العقيدة أو غيرهما، وليست متعلقة بالثوابت الشرعية، أو بالعقائد، ونحو ذلك.



(١) انظر: البحر المحيط في أصول الفقه: (٤/٥٨٥).

المبحث الثاني: أثر المتغيرات الطبية على الفتوى.

وفيه ثمانية مطالب:

مدخل:

للفقيه النظر في المسائل الطبية المتعلقة بالأحكام الشرعية، والحكم على الشيء فرع عن تصوره فهماً وواقعاً وتخصصاً - سواء كان التخصص طبياً أو اقتصادياً أو غير ذلك - إلا أن الفتاوى الفقهية والأحكام الشرعية المترتبة على المسائل الطبية ليست مطلقة ولا دائمة، فقد تتغير بتغير الزمان أو الحال أو بالتقدم العلمي والتطور الطبي. وقد جاء في فتاوى الأزهر: أن النظريات الطبية في الأمراض وطرق علاجها ليست مستقرة ولا ثابتة، فلا يصح الاستناد إليها في إنكار حكم جاء به الشرع^(١). ولا غرابة أن تكون الفتوى متعلقة بالنظرة الطبية، لما ورد عن النبي ﷺ أنه قال: (لا ضرر ولا ضرار)^(٢). وهذا الحديث يمثل قاعدة فقهية كبرى، تتعلق بها جملة كبيرة من الفروع الفقهية، وتعم جميع أبواب الفقه.

(١) انظر: فتاوى الأزهر - فتوى ختان الإناث: (٢٠٨/٢).

(٢) أخرجه ابن ماجه في سننه: في كتاب: (الأحكام) باب: (من بنى في حقه ما يضر بغيره) عن عبادة بن الصامت، رقم الحديث: (٢٣٤٠-٢٣٤١) (٢/٧٨٤). وأخرجه مالك مرسلاً عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه، في كتاب: (الأفضية) باب: (القضاء في المرفق) رقم الحديث: (٣٦) ص(٦٣٨). وأخرجه الدارقطني في سننه: في كتاب: (البيوع) عن أبي سعيد، رقم الحديث: (٣٠٦٠) (٣/٦٤).

=



المطلب الأول: قول الطبيب وشهادته:

الفتاوى المتعلقة بالمسائل الطبية تعتمد على قول الأطباء وتوصيفهم، فالحكم على الشيء فرع عن تصوره، ويجب الرجوع إلى قول أهل الخبرة والاختصاص في شتى المجالات، والاعتماد على آرائهم والأخذ بأقوالهم، وقد يختلف قول الأطباء في العصر الحاضر، عنه في العصر الماضي، بل قد يختلف قول الطبيب من حالة مرضية لحالة أخرى مشابهة.

وفي بعض الأحيان قد يصدر عن الطبيب قولاً أو تقريراً مكتوباً لمريض معين، فيفتي له المفتي بكذا، وبعد فترة يتغير قول الطبيب، أو يختلف تقريره عن نفس الحالة، فيحتاج لفتوى مغايرة.

ولا شك أن الأمثلة في هذا الجانب كثيرة^(١)، سأكتفي بمثالين: الأول في قول الطبيب، والآخر في شهادته.

الفرع الأول: الموت الدماغي.

اختلفت الفتاوى الفقهية في حكم الميت موتاً دماغياً على قولين، وكان اختلاف الفقهاء مبنياً على اختلاف أقوال الأطباء وتوصيفهم الطبي.

قال ابن رجب الحنبلي بعد أن تتبع طرق الحديث: قال ابن عبد البر: لم يختلف عن مالك في إرسال هذا الحديث، قال: ولا يسند من وجه صحيح، وقال نقلاً عن النووي: إن بعض طرقه تقوى ببعض، قال ابن رجب: وهو كما قال.

انظر: جامع العلوم والحكم ص(٣٠٤).

(١) وقد ذكر د. إسماعيل مرحبا في بحثه: "توصيف الطبيب وأثره في الحكم الشرعي" جملة من الأمثلة المتعلقة باختلاف الفتوى تبعاً لاختلاف التوصيف الطبي. مجلة جامعة الجنان - العدد الثاني.

الرأي الطبي الأول: أن الموت الدماغى موت حتمى، كالموت بتوقف القلب والدورة الدموية والتنفس، وهو قول أكثر الأطباء^(١).

الرأي الطبي الثانى: أن الموت الدماغى ليس موتاً قطعياً، كالموت بتوقف القلب والدورة الدموية والتنفس، وهو رأي بعض الأطباء^(٢).

وقد اختلفت أقوال الفقهاء فى هذه المسائل اعتماداً على اختلاف آراء الأطباء على قولين:

القول الأول: أن الموت الدماغى يعدُّ موتاً شرعياً. وقد نتج هذا القول استناداً إلى الرأي الطبي الأول.

- صدرت بذلك توصية ندوة الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها فى المفهوم الإسلامى، حيث جاء فيها:

إن أياً من الأعضاء أو الوظائف الرئيسة الأخرى كالقلب والتنفس قد يتوقف مؤقتاً، ولكن يمكن إسعافه واستنقاذ عدد من المرضى ما دام جذع المخ حياً. أما إن كان جذع المخ قد مات، فلا أمل فى انقاذه، وإنما يكون المريض قد انتهت حياته، ولو

(١) انظر: الحياة الإنسانية داخل الرحم بدايتها ونهايتها ص(٨٢)، ونهاية الحياة البشرية ص(٣٧٧)،

ومتى تنتهى الحياة ص(٣٨٠)، والقلب وعلاقته بالحياة ص(٣٩٢)، وغيرها من البحوث الطبية.

(٢) انظر: تحديد المفهوم الحديث لموت الدماغ، ومفهوم وفاة الإنسان من الناحية العلمية، من ندوة

التعريف الطبي للموت، من خلال الموقع الإلكتروني الرسمي للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية:

<http://islamset.net/arabic/abioethics/death/moot/MAIN.htm>.



ظلت في أجهزة أخرى من الجسم بقية من حركة أو وظيفة هي بلا شك بعد موت جذع المخ صائرة إلى توقف وخمود تام.

خامساً: اتجه رأي الأطباء تأسيساً على هذا العرض من الأطباء، إلى أن الإنسان الذي يصل إلى مرحلة مستيقنة هي موت جذع المخ، يعتبر قد استدير الحياة وأصبح صالحاً لأن تجرى عليه بعض أحكام الموت، قياساً - مع فارق معروف - على ماورد في الفقه خاصاً بالمصاب الذي وصل إلى حركة المذبوح.

وتوصي الندوة بأن تجرى دراسة تفصيلية أخرى لتحديد ما يعجل وما يؤجل من الأحكام.

سادساً: بناء على ما تقدم اتفق الرأي على أنه إذا تحقق موت جذع المخ بتقرير لجنة طبية مختصة، جاز حينئذٍ إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعية^(١).

- كما قد صدر بذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي^(٢)، وجاء فيه:

(يعتبر شرعاً أن الشخص قد مات، وتترتب جميع الأحكام المقررة شرعاً للوفاة عند ذلك، إذا تبينت فيه إحدى العلامتين التاليتين:

- ١- إذا توقف قلبه وتنفسه توقفاً تاماً، وحكم الأطباء بأن هذا التوقف لا رجعة فيه.
- ٢- إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلاً نهائياً، وحكم الأطباء الاختصاصيون الخبراء بأن هذا التعطل لا رجعة فيه، وأخذ دماغه في التحلل.

(١) انظر: ندوة الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها في المفهوم الإسلامي ص(٦٧٧-٦٧٨).

(٢) برقم: ١٧ (٥/٣).

وفي هذه الحالة يسوغ رفع أجهزة الإنعاش المركبة على الشخص، وإن كان بعض الأعضاء، كالقلب مثلاً، لا يزال يعمل آلياً بفعل الأجهزة المركبة^(١).

القول الثاني: أن الموت الدماغي لا يعدُّ موتاً شرعياً. واستند القائلون بذلك إلى الرأي الطبي الثاني، الذي لا يعدُّ الموت الدماغي موتاً قطعياً.

- وقد صدرت بذلك فتوى لجنة الإفتاء الكويتية، حيث جاء فيها:
(إنه لا يحكم بالموت إلا بانتفاء جميع علامات الحياة، حتى الحركة والنبض والنبض، فلا يحكم بالموت بمجرد توقف النفس أو النبض أو موت جذع المخ، مع بقاء أي علامة من العلامات الظاهرة أو الباطنة التي يستدل بها على بقاء شيء من الحياة)^(٢).

- كما صدر بذلك قرار المجمع الفقهي الإسلامي، وفيه:
(المريض الذي ركبت على جسمه أجهزة الإنعاش، يجوز رفعها إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلاً نهائياً، وقررت لجنة من ثلاثة أطباء اختصاصيين خبراء أن التعطل لا رجعة فيه، وإن كان القلب والتنفس لا يزالان يعملان آلياً بفعل الأجهزة المركبة، لكن لا يحكم بموته شرعاً إلا إذا توقف التنفس والقلب توقفاً تاماً بعد رفع هذه الأجهزة)^(٣).

- وصادر بذلك قرار هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، وفيه:

(١) انظر: القرار الخامس بشأن: "أجهزة الإنعاش" من الدورة الثالثة، من خلال الموقع الإلكتروني التالي: <http://www.fiqhacademy.org.sa/qrarat/3-5.htm>.

(٢) انظر: مجموعة الفتاوى الشرعية الصادرة عن قطاع الإفتاء والبحوث الشرعية الكويتية (٣/٣٢٥-٣٢٦).

(٣) انظر: قرارات المجمع الفقهي الإسلامي-القرار الثاني من الدورة العاشرة، بشأن موضوع: (تقرير حصول الوفاة، ورفع أجهزة الإنعاش من جسم الإنسان) ص(٢١٦).



(لا يجوز شرعاً الحكم بموت الإنسان، الموت الذي تترتب عليه أحكامه الشرعية، بمجرد تقرير الأطباء أنه مات دماغياً، حتى يعلم أنه مات موتاً لا شبهة فيه، تتوقف معه حركة القلب والتنفس، مع ظهور الأمارات الأخرى الدالة على موته يقيناً؛ لأن الأصل حياته، فلا يعدل عنه إلا بيقين)^(١).

الفرع الثاني: شهادة الطبيب.

الأصل في مستند الشهادة العلم اليقين، لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾^(٢) وقوله تعالى: ﴿وَمَا شَهِدْنَا إِلَّا بِمَا عَلَّمْنَا﴾^(٣) قال صاحب المقدمات: كل من علم شيئاً بوجه من الوجوه الموجبة للعلم لشهد به.

ومدارك العلم أربعة من حصل له واحدة منها شهد به: العقل مع أحد الحواس الخمس، والخبز المتواتر، والنظر، والاستدلال ومثله الشهادة، ومنه شهادة الطبيب^(٤). قال المجد ابن تيمية: وذكر القاضي عند مسألة تعديل الواحد، أنه تجوز شهادة الطبيب في الجراحة، وكل موضع يضطر إليه فيه، مثل: القابلة إذا لم يكن إلا طبيب واحد، أو بيطار واحد، ومقتضى هذا؛ أنه في العيوب التي تحت الثياب إن وجد امرأتان، وإلا اكتفى بواحدة كما في البيطار انتهى كلامه^(٥).

(١) انظر: قرارات هيئة كبار العلماء في الدورة الخامسة والأربعين المنعقدة في مدينة الطائف

(٢-٣) ربيع الآخر ١٤١٧ هـ) القرار رقم: (٨١).

(٢) [الزخرف: ٨٦].

(٣) [يوسف: ٨١].

(٤) انظر: الذخيرة: (١٠/١٥٦).

(٥) انظر: المحرر في الفقه: (٢/٣٢٩).

وإذا اختلف في داءٍ يختص بمعرفته الأطباء، فظاهر كلام الخرقى: أنه إذا قُدر على طبيبين، لا يجزئ واحد، لأنه مما يطلع عليه الرجال، فلم تقبل فيه شهادة واحد، كسائر الحقوق، فإن لم يُقدر على اثنين، أجزأ واحد، لأنه لا يمكن كل واحد أن يشهد به، لأنه مما يختص به أهل الخبرة من أهل الصنعة، بمنزلة العيوب تحت الثياب، يقبل قول المرأة الواحدة، فقبول قول الرجل الواحد من باب أولى^(١).

ولا شك أن الحكم القضائي في العيوب الخفية، والتي تحت الثياب - كما عبر عنها الفقهاء - كالفصل بين الزوجين ونحوه، يترتب على شهادة الطبيب وتقريره الطبي. وكذلك أيضاً يحتاج إلى شهادة الطبيب في الفصل في القصاص من الجائفة^(٢) لأن الطبيب ذا دراية بوظائف الأعضاء، وما يتعلق ببتها، وما يمكن أن يؤدي إليه القصاص من آثار ومضاعفات، إلى غير ذلك.

ويمكن أن تقسم الأمراض إلى أقسام ثلاثة:

الأول: ما يكتفى فيه بطبيب واحد، وهذا في الأمراض التي يتخصص بسببها في العبادات، فلا يجب فيها شهادة طبيبين، بل يكفي شهادة طبيب واحد، بحيث يجوز له الترخيص في التيمم والإفطار مثلاً.

كما يكون في الأمراض العادية والمألوفة، كما ذهب إليه المالكية.

الثاني: ما يحتاج فيه إلى شهادة طبيبين، وهذا فيما إذا كان المرض غير مألوف، ويترتب عليه حق في النفس والمال.

(١) انظر: المغني: (١٦٢/١٢).

(٢) المغني: (١٦٢/١٢).



الثالث: ما يحتاج إلى لجنة طبية استصلاًحاً، وهذا حيث يكون المرض خطيراً، ويترتب عليه حقوق كبيرة كما في مرض الإيدز ونحوه^(١).

وإذا اختلفت شهادتان طبيتان، وجب التأكد من الإجراء الطبي وتكراره، وإلا وجب تقديم أرجحهما وأكدهما، فإن تساويتا تساقطتا.

فيجب على الناظر أن يلاحظ في الأمارات والعلامات إذا تعارضت، فما ترجح منها قضى بجانب الترجيح^(٢). وإذا تعارضت بينتان فتسقطان بالتعارض، كما لو لم تكن بينة^(٣).

المطلب الثاني: ظهور أمراض معاصرة. وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: حكم الفحص الطبي قبل الزواج.

هل يجوز للدولة إصدار تشريع بإجبار الراغبين في الزواج، باللجوء إلى الفحص قبل الزواج، وتجعله شرطاً لإتمام الزواج، بحيث يترتب على عدمه عدم إقدام الجهات الرسمية على توثيق العقد والاعتراف به؟

اختلف العلماء والباحثون المعاصرون في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: يجوز لولي الأمر إصدار قانون يلزم فيه كل المتقدمين للزواج، بإجراء الفحص الطبي، بحيث لا يتم الزواج إلا بعد إعطاء شهادة طبية، تثبت أنه لائق طبيّاً^(١).

(١) انظر: تقريب فقه الطبيب ص (٧٥-٧٦).

(٢) انظر: أحكام القرآن لابن العربي: (٤٠/٣-٤١)، والجامع لأحكام القرآن: (٩٩/٩).

(٣) انظر: المحرر في الفقه: (٢٢٨/٢)، والشرح الكبير لابن قدامة: (١٥٧/٢٩-١٥٨).

القول الثاني: لا يجوز إجبار أي شخص على إجراء الاختبار الوراثي، وينبغي تشجيع الناس ونشر الوعي بالوسائل المختلفة، بأهمية الاختبار الوراثي^(٢).
ومما استدل به أصحاب القول الثاني ما يلي:

أن عقد النكاح ليس عقداً جديداً حتى نبحث عن شروط جديدة لصحته، بل هو عقد تناوله الشرع بالتفصيل، من حيث أركانه وشروطه، بل له خصوصيته حيث أحاطها الشارع بمزيد من العناية والخصوصية، وبالتالي فإن إجبار العاقدين بوجود هذا الشرط (الفحص الطبي) مخالف لما ثبت عن الشرع، ويكون هذا الشرط باطلاً، لأنه يدخل في قوله ﷺ: «من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل»^(٣).

(١) ومن قال بذلك: د. محمد الزحيلي، د. ناصر الميمان، ود. حمداتي ماء العينين شبيهن، وعبدالله إبراهيم موسى، ود. محمد عثمان شبير، ود. عارف محمد عارف، وأسامة الأشقر، ود. محمد القضاة.

انظر: الفحص قبل الزواج د. عبدالرشيد قاسم، والفحص الطبي قبل الزواج «ضمن كتاب فقه القضايا الطبية المعاصرة» ص(٢٨٤)، والفحص الطبي قبل الزواج لصفوان عضيبيات ص: (٩٩-١٠١)، ومستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق ص(٩١-٩٢).

(٢) ومن قال بذلك: الشيخ عبدالعزيز بن باز، ود. عبدالكريم زيدان، ود. محمد عبدالغفار الشريف، ود. محمد رأفت عثمان.

انظر: الفحص الطبي قبل الزواج «ضمن كتاب فقه القضايا الطبية المعاصرة» ص(٢٨٣)، ومستجدات في قضايا الزواج والطلاق ص(٩٢)، والفحص قبل الزواج د. عبدالرشيد قاسم، والفحص الطبي قبل الزواج لصفوان عضيبيات ص(١٠٢).

(٣) أخرجه البخاري في: كتاب العتق، باب: المكاتب ونجومه في كل سنة نجم: رقم الحديث: (٢٤٢١) (٩٠٣/٢)، ومسلم في: كتاب العتق، باب: إنما الولاء لمن أعتق: رقم الحديث:



الفرع الثاني: حكم منع عقد النكاح بسبب الأمراض المعاصرة.

«إذا أقدم شخص عن رضا واختيار من التزوج من شخص مصاب بمرض خطير ومعدٍ كالإيدز، فما الحكم^(١)؟»

اختلف علماء مجمع الفقه الإسلامي في هذه المسألة:

فمنهم من قال: يجوز زواج المصاب من آخر مصاب أو حامل للمرض، سواء امتنعا عن الإنجاب عن طريق العزل أو لم يمتنعا.

ومنهم من قال: يمنع زواج المصابين بهذا الداء، وذلك لتعلق حق الطفل في الحياة، فلا يجوز حتى تزويج اثنين مصابين بالإيدز^(٢).

أما إذا كان أحدهما سليماً معافى، والآخر مريضاً به، ووافق الطرف السليم المعافى على الزواج بعلمه ورضاه واختياره، فما الحكم؟

فيقال: إن مثل هذا قد لا يكون عالماً بأخطار هذا المرض وآثار الزواج ممن هو مصاب به، ومن هنا يجب أن يلزمه القاضي بالاستماع إلى أهل العلم والخبرة بهذا المرض، كي يكون على بصيرة من أمره^(٣).

=

(٣٨٥٠) (٢١٣/٤). ولفظ مسلم: «... من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له وإن شرط مائة مرة، شرط الله احق واثق».

(١) حكم فسخ نكاح من أصيب بمرض الإيدز ص (٤٢٠).

(٢) انظر: أحكام مرضى نقص المناعة المكتسبة «الإيدز» في الفقه الإسلامي ص (٧٩).

(٣) انظر: حكم فسخ نكاح من أصيب بمرض الإيدز ص (٤٢٠).

وينبغي على من يعلم في نفسه الإصابة بمرض الإيدز ألا يقدم على الزواج حتى لا يكون متسببا في انتقال هذا المرض^(١).

الفرع الثالث: حكم فسخ النكاح بسبب الأمراض المعاصرة.

إن خطورة الأمراض الجرثومية ليست مقتصرة على الشخص المصاب وحده، بل تتعداه إلى من يحيط به، وعلى هذا فإن إصابة أحد الزوجين بأحد هذه الأمراض يميز للسليم مفارقة صاحبه المعيب، لأنها في واقع الأمر أشد أثراً وضرراً من تلك العيوب التي حكم جمهور الفقهاء بجواز التفريق بين الزوجين بسببها. ولذا فهي تلحق بها قياساً لاشتراكها مع ما نص عليه في العلة، وهي:

حصول الأذى، والنفرة، وتحقيق العدوى في بعضها كالسيلان^(٢)، والزهري، والسل، والإيدز^(٣)، كما أنها تعطل الكثير من مقاصد النكاح، وعلى هذا إذا نفذت طرق

(١) انظر: دور الزواج في الوقاية من مرض الإيدز والإصابة به أيضاً، د. وليد مساعد الطببائي ص(٢٨٦).

(٢) السيلان: هو مرض حاد يصيب الغشاء المخاطي للمجاري البولية والتناسلية في الجنسين، وقد يتحول إلى مرض مزمن إذا لم يعالج بسرعة. انظر: الأمراض المعدية د. عثمان الكاديكي ص(١٩٥).

(٣) الإيدز: هي كلمة مؤلفة من الأحرف الأولى بالإنكليزية لاسم مرض يدعى: "متلازمة العوز المناعي المكتسب". ومتلازمة: أي: مجموعة من الأعراض المرضية تتلازم وتترامن. وهو مكتسب: لأن الإنسان يكتسبه بالعدوى. ولما كان الجهاز المناعي في هذا المرض يتم تدميره تدميراً كبيراً، فإن الإنسان يصاب بعوز مناعي: أي نقص شديد في عناصر المناعة، ينجم عنه عجز الإنسان عن مجابهة سائر أنواع الجراثيم.

=



العلاج، ولم يتمكن من العثور على دواء ناجع، جاز استخدام الحق الشرعي في التفريق^(١).

بل إنا نجد أن كثيراً من الأمراض المعدية أخطر من الجذام^(٢) الذي نص عليه الفقهاء، كالإيدز، والزهري، والهريس^(٣) ونحوها من الأمراض، التي تعد الحياة الزوجية الأرض الخصبة في انتشارها، وزيادة إضرارها، لذا فهي أولى بالحكم من مرض الجذام الذي ذكره الفقهاء، فكانت أولى بالإعتبار، وبعض الأمراض التي أشار إليها الفقهاء تم اكتشاف العلاج المناسب لها - بحمد الله تعالى - ثم بتقدم الطب.

=

انظر: معلومات أساسية حول مرض الإيدز وسبل الوقاية منه وما يتعلق به من أحكام ص(٦٠-٦١).

(١) انظر: التفريق بالعيب بين الزوجين ص(٤٠٦).

(٢) الجذام: داء وبيل، وعلّة تحدث من انتشار السوداء في البدن كله، فيفسد مزاج الأعضاء وهيئاتها، فتتآكل منها الأعضاء والأطراف، ويتناثر اللحم من شدة التقيح.

انظر: القاموس المحيط ص(١٠٨٦)، معجم لغة الفقهاء ص(١٤٠)، المعجم الوسيط ص(١١٣).

(٣) هو بمثابة مرض عصبي جلدي حاد، يطال عصباً، أو عدة أعصاب دماغية، وبالتالي عدة عقد نخاعية شوكية، ويتواجد بشكل ملحوظ في منطقة الأعضاء التناسلية، ويظهر على شكل حبوب بارزة واضحة.

انظر: الأمراض المعدية د. حسان جعفر وغسان جعفر ص(١٥٦)، الهريس ص(٢٠).

ثم إنه لو تم التقييد بأمراض مخصوصة معينة وترك ما جد من الأمراض الأخرى التي لم تكن في أسلافنا، لكان هذا معارضاً لاستمرارية التشريع وصلاحيته، واتسامه بالمرونة التي تستلزم استيعاب كل المستجدات والحوادث^(١).

وحيثما نص بعض الفقهاء السابقين على التفريق بمرض الجذام، ولم يلحقوا به غيره؛ لأنه لم يكن في أزمانهم أشد ولا أفتك بصاحبه منه؛ فالإقتصار على أمراض معينة - تمثيلاً - لا يعني قصر الحكم، ومنع قياس غيرها عليها.

وأخطر هذه الأمراض - في الحياة المعاصرة - وأولها بهذا الحكم هو مرض الإيدز، وقد أقامت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية الندوة الفقهية السابعة بعنوان: «الإيدز ومشاكله الإجتماعية والفقهية»، وكان من توصيات هذه الندوة:

أنه يحق لكلا الزوجين طلب الفرقة من الزوج المصاب بمرض الإيدز، باعتبار أنه مرض معدٍ، تنتقل عدواه بصورة رئيسة بالإتصال الجنسي، ويستوي في ذلك أن يكون موجوداً قبل العقد أو وجد بعده^(٢).

وقد اختلفت نظرة الفقهاء رحمهم الله في اعتبار العلل الموجبة لفسخ النكاح، فمنهم من اعتبر العلة في ذلك ما كان حائلاً دون الوطاء والاستمتاع، ومنهم من اعتبر العلة نوعان: الحيلولة دون الوطاء - وهي أدواء الفرج -، والعلل المنفرة للنفوس كالجنون والبرص ونحوه، ومنهم من اعتبر العلة كل عيب منفر أو نقص لا تطيب به النفس.

(١) انظر: التفريق بين الزوجين للمرض المعدي في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الكويتي ص(٣٢٣-٣٢٤).

(٢) انظر: ندوة: "رؤية إسلامية للمشاكل الإجتماعية لمرض الإيدز" ص(٥٥٦) والمنعقدة في الكويت بتاريخ ٢٣ جمادى الآخرة ١٤١٤هـ.



وإذا كانت هذه العلة هي المعتبرة في التفريق بين الزوجين، فإن الحكم يدور مع علته وجودا وعدما، وجميع هذه الأوصاف ليست متحققة في الأمراض الغير معدية، كالأنيميا^(١)، ونحو ذلك.

وأما تعاطي المخدرات؛ فإن القضاء في المحاكم الشرعية السعودية يعتبره عيبا موجبا لفسخ النكاح حال ثبوت ذلك، ورغبة الزوجة في الفسخ، وقد نفذت كثير من الأحكام في هذا الشأن، وذلك لانتفاء شرط الكفاءة في الدين، ولما تمثله المخدرات من خطر وضرر على صاحبها، وعلى بيته وزوجه وأولاده^(٢).

أما بالنسبة لمرض السرطان - بصفة عامة - فالحكم فيه يختلف - والله أعلم - لأن العدوى غير متحققة فيه، وكذلك النفرة والأذى، فطبيعة هذا العيب من الناحية العضوية والنفسية، تجعل القول بالتفريق بسببه فيه مزيد ألم على المصاب به من أحد الزوجين، ولذا لا يأخذ حكم الأمراض السابقة. والله أعلم^(٣).

(١) الأنيميا: هي الاسم اليوناني لكلمة "فقر الدم" وتعني من الناحية العلمية: وجود نقص في الهيموجلوبين. وتستعمل هذه الكلمة لتشمل مجموعة من الأعراض التي تبرز نتيجة حدوث فقر في نوعية الدم أو في كميته، فليست الأنيميا مرض في حد ذاتها، ولكنها دائما تأتي نتيجة لخلل في شيء ما، كالقصور في نسبة الحديد أو الفيتامينات اللازمة للهيموجلوبين.

انظر: كيف تغلب على الأنيميا ص(٧-٨)، وفقر الدم ص(١٨).

(٢) إفادة الشيخ: عبدالرحمن بن عبدالعزيز العجيري، القاضي بمحكمة الاستئناف بمكة المكرمة.

(٣) انظر: التفريق بالعيب بين الزوجين ص(٤٠٦).

المطلب الثالث: اكتشاف علاج لبعض الأمراض.

لا شك أنه مع تطور الطب قد اكتشف بعض الأدوية لبعض الأمراض، والتي كان علاجها من قبل ضرب من المستحيل، ومن أمثلة ذلك:

- الشيق وقد ذكر الفقهاء رحمهم الله أن من أصيب به يفطر وعليه القضاء، فإن لم يستطع عدل إلى الإطعام، وقد أصبح علاجه طبيياً ممكناً. حيث يعد مرضاً نفسياً، وهو ضمن الفئة الخامسة للتصنيف العالمي للأمراض النفسية، وله أدوية وجلسات سيكولوجية، ولا بد في علاجه من طبيب بشري وطبيب نفسي "أخصائي علم السلوك".

وعليه فإن الفتوى بجواز الفطر والقضاء أو الكفارة، قد تتغير مع وجود العلاج الطبي لهذا المرض.

- العنة عند الرجل، قد يمكن علاجها في وقت يسير، وقد يحتاج العلاج إلى أكثر من سنة أو أقل، وهناك بعض الحالات في العنة لا يمكن علاجها نهائياً، كالضمور في الأعضاء التناسلية، ونحو ذلك.

وعلى ذلك فإن فتوى الفقهاء بتأجيل العنين سنة، قد تتغير بسبب هذه المستجدات الطبية، فالتأجيل قد تزيد مدته أو تقل بحسب الحالة، والله أعلم.

- العيوب الخلقية الخاصة بالنساء والموجبة لفسخ النكاح، مثل: التشنج المهبلي الذي يمتنع معه الإيلاج، يمكن علاجه على جلسات وموسعات لدهلينز المهبل، قد تصل إلى شهور طويلة.



وغشاء البكارة الأرتق، وهو المقفل تماماً، أصبح علاجه ممكناً بالجراحة الطبية^(١).

المطلب الرابع: التقدم العلمي للأجهزة الطبية. وفيه أربعة فروع:

الفرع الأول: الكشف على بعض حالات العنة.

الذي يظهر أنه لا يمكن إثبات العنة بالتحليل الطبي، وذلك لأنه لا يوجد تحليل طبي يكشف العنة على وجه التحديد.

ولأن العنة إنما هي نتيجة سبب أو مرض يُلمّ بالمرء فيفقد العضو الانتشار، ولا يمكن التحقق من ذلك بالتحاليل الطبية. وكذلك فإن هذه الأمراض المسببة للعنة، لا يُقطع حال وجودها بالعنة.

وقد أفادني بعض الأطباء بأن هذه الأسباب قد توجد ولا تحصل العنة، لا سيما في سن الشباب، فعلى سبيل المثال: قد يزيد الكوليسترول في الدم لدى الشاب ولا يسبب له العنة، والعكس كذلك^(٢).

وعليه فلا يظهر أن ثبوت العنة ممكن بالتحليل الطبي، والله أعلم.

إلا أنه قد يمكن الاستفادة من التحليل الطبي في نفي العنة، أو في الفصل بين الزوجين حال التنازع إن ادعت أنه عنين وأنكر ذلك، وادعى وطأها، فإن للطبيبة المختصة أن تأخذ مسحة طبية من داخل الرحم على شريحة زجاجية، ويتم فحصها وتحليلها للتأكد من وجود حيوانات منوية، (وذلك أن الحيوانات المنوية يمكن أن تبقى حية داخل الرحم إلى أسبوع)^(٣)، فإذا وجدت الطبيبة أثر الحيوانات المنوية في هذه المدة،

(١) إفادة د. ممدوح كمال زكي، مركز الطب الشرعي بجدة.

(٢) إفادة د. محمد علي البار.

(٣) انظر: مسؤولية الطب الشرعي ص(٢٩٢).

نستطيع الجزم بحصول الوطاء، وللتأكد من ذلك يمكن أخذ أكثر من مسحة طبية ومن أكثر من مكان من الرحم.

وهذه الطريقة قد لا تنفع في حال موت الحيوانات المنوية بالكلية، فإذا كان السائل المنوي للرجل لا يحتوي ولو على حيوان منوي واحد، فإنه لا يمكن أن يظهر بالتحليل الطبي ثبوت الوطاء وانتفاء العنة، وهذه حالة نادرة جداً.

وعلى ذلك فإن الكشف الطبي عن حصول الوطاء أصبح بالإمكان التيقن منه طبياً حال التنازع، وما ذكر من أقاويل الفقهاء الأقدمين في ذلك، يمكن الاستغناء عنه لتغير الحال وتطور الطب، كما أن الدلالة طبيياً قد تكون أكد من الوسائل الظنية البسيطة. ويمكن بالتحليل الطبي التأكد من الخارج هل هو مني أو لا؟

ومن أقوال الفقهاء في ذلك ما قاله القرافي رحمه الله: قال ابن حنبل: البكر ينظر إليها النساء، والثيب يقال: أخرج ماءك، فإن العين يعجز عن الإنزال، فإن تنازعا في كونه منياً، وضع على النار فإن المني يذوب، وفي الكتاب: يحلف، فإن نكل فرق بينهما، فإن نكلت بقيت زوجة.

ونزلت في المدينة فأفتى فيها غير مالك: بأن يجعل الصفرة في فرجها، وقيل: تجعل النساء معها، قال صاحب التنبهات الذي أفتى بالصفرة - هو ابن أبي صفرة -: لكن بعكس ما في الكتاب، قال: تجعل على ذكره، وتلتمس في فرجها. وقال ابن كنانة - مفسراً للكتاب -: تبطح على ظهرها في الأرض، ويكشف هو ما خلفها ليلاً، يجعل



الصفرة بإصبعه، ولم يقله غيره، بل مواضع الوطاء لا يصلها الإصبع، وقيل: يجعل النساء معها، وفي الجواهر وروى ابن حبيب: لا يحلف إلا بعد الأجل ودعوى الإصابة^(١).

وكذلك طبياً يمكن معرفة بكاره المرأة من عدمها في دعوى العنة، وقد قال الفقهاء: أن المرأة إذا ادعت البكاره أريت النساء، ولم يقبل بأقل من أربع، فإن شهدن ببكارتهما فالقول قولها للظاهر، وهل تحلف؟ وجهان^(٢).

الفرع الثاني: الكشف عن العقم عند الرجل أو المرأة.

أولاً: حكم منع عقد النكاح بسبب العقم.

تحصيل النسل والذرية مقصد عظيم من مقاصد النكاح، اعتبره الشارع وحث على نكاح الولود، وفي ذلك استحباب لتحصيل النسل، وقد اختلف الفقهاء رحمهم الله في اعتبار العقم عيباً من عيوب النكاح، فجمهور الفقهاء من الحنفية^(٣) والمالكية^(٤) والشافعية^(٥) والحنابلة^(٦) لا يرون العقم عيباً، ولو عدوه عيباً لأجازوا فسخ النكاح عند وجوده، وعليه فكل ما لا يمنع استدامة النكاح، لا يمنع ابتدائه.

ورأى بعض الفقهاء أنه يعد عيباً^(٧)، ولذلك أجازوا فسخ النكاح بسببه.

(١) انظر: الذخيرة: (٤/٤٣٠).

(٢) انظر: الكافي في فقه أحمد بن حنبل: (٣/١٥٥).

(٣) انظر: المبسوط (١٨/١٦٨).

(٤) انظر مواهب الجليل (٥/٢٠).

(٥) انظر: أسنى المطالب (٦/٤٣٠).

(٦) انظر: الفروع (٥/١٨٠).

(٧) انظر: الاختيارات العلمية (٤/٤٦٠).

وأصبح من الممكن طبياً معرفة بعض حالات العقم لدى الرجل أو المرأة، كانهدام الحيوانات المنوية عند الرجل بالكلية، ونحو ذلك، مما يستحيل معه الإنجاب طبيياً. وعلى ذلك، فإن القول باعتبار العقم عيباً، وعلم به أحد الزوجين قبل انعقاد العقد، وقبل الدخول، وجب عليه بيانه وعدم كتمانها، وكتمه يعتبر غشاً. ولم ينص الفقهاء رحمهم الله على ذلك، لأنه لم يكن بإمكانهم اكتشاف مثل هذه الحالات، وصار لهذا التطور الطبي في هذا الباب مزيد بيان للحكم الشرعي.

فالتطور الطبي قد يكون مغيراً للحكم، أو مفصلاً فيه، والله أعلم.

ثانياً: حكم التفريق بين الزوجين بسبب عقم أحدهما.

اختلف الفقهاء رحمهم الله في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: يثبت حق طلب التفريق بعيب العقم.

وهو قول عمر بن الخطاب^(١)، والحسن البصري^(٢)، وابن تيمية^(٣)، وغيرهم.

القول الثاني: لا يثبت التفريق لكلا الزوجين بعيب العقم.

وهو قول الحنفية^(٤)، والمالكية^(٥)، والشافعية^(٦)، والحنابلة^(٧).

(١) انظر: المصدر نفسه (٤/٤٦٠)، والفروع (٥/١٧٩).

(٢) انظر: المغني (٧/٥٧٩).

(٣) انظر: الاختيارات العلمية (٤/٤٦٠).

(٤) انظر: المبسوط (١٨/١٦٨).

(٥) انظر: مواهب الجليل (٥/٢٠).

(٦) انظر: أسنى المطالب (٦/٤٣٠)، والإقناع للماوردي ص (١٤٠)، والحاوي (٩/٣٤١).

(٧) انظر: الإقناع (٣/٣٦٤)، والفروع (٥/١٨٠)، والمبدع (٧/١٠٩).



ومما استدل به أصحاب القول الثاني ما يلي:

إن التحقق من كون أحد الزوجين عقيماً، أمرٌ لا يمكن القطع والجزم به، لأن الرجل أو المرأة قد لا ينجب وهو شاب، وإذا غدا شيخاً يولد له^(١).

فقد ولد لإبراهيم عليه السلام وزوجته سارة بعد أن أيست لكبر سنهما، وكذلك ولد لزكريا عليه السلام وكانت امرأته عاقراً من أول عمرها. فالعقم قد يزول في وقت من الأوقات^(٢).

وقد صار بالإمكان الجزم في بعض الحالات، بأن العقم طارئاً ويحتمل معه الإنجاب، أو دائماً يستحيل معه الإنسال، وعلى ذلك فلا استدلال بهذا الدليل، لا يستقيم طبيياً في بعض الحالات، والتعليل بهذه العلة، قد تعدُّ علةً عليلَةً في بعض الأحوال، والله أعلم.

الفرع الثالث: إثبات عيوب النكاح بالوسائل المعاصرة.

اتفق الفقهاء على أن الفرقة بالعيب تحتاج إلى حكم القاضي؛ لأن التفريق بالعيب أمرٌ مجتهد فيه، كما أن الزوجين يقف كل منهما أمام القاضي، ويتنازعان في ادعاء وجود العيب وعدم وجوده، لذا يفتقر إلى حكم القاضي لرفع الخلاف، إذا وجد أحد الزوجين بصاحبه عيباً يبيح طلب الفرقة، ولم يتيسر الاهتداء إلى طريق لمعالجته، رفع صاحب الحق دعوى إلى القاضي طالباً التفريق بينه وبين صاحبه، وعلى القاضي أن يعرف من هو المدعي والمدعى عليه من الزوجين، لما يترتب على ذلك من تكليف أحدهما بالإثبات دون الآخر.

(١) انظر: المغني (٥٧٩/٧).

(٢) انظر: الجامع لأحكام القرآن (٤٧/٩)، وتفسير القرآن العظيم (١٢٥/٣).

ولا يقبل قول الإنسان فيما يدعيه بمجرد دعواه، بل يحتاج إلى بينة أو تصديق المدعى عليه بيمينه^(١).

فعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال في خطبته: البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه»^(٢).

وطرق إثبات الحقوق في الشريعة الإسلامية:

- الإقرار من المدعى عليه. وهو أبلغ من الشهادة، ولذا يقال: سيد الأدلة، ويسمى بالشهادة على النفس^(٣).

- الشهادة من العدول لصحة ما ادعاه المدعي.

- اليمين يخلفها المدعى عليه، أو المدعي في بعض الأحوال.

- قول أهل الخبرة والمعرفة.

«إذا ادعى أحد الزوجين وجود عيب في الآخر، فإما أن يكون العيب ظاهراً للقاضي كالبرص والحذام الواضحين، وإما أن يثبت بإقرار المدعى عليه كأن يقر بالعنة، أو تقر بالرتق، أو ببينة على إقراره بأن يشهد الشهود أن فلاناً أقر عندنا بمرض،

(١) انظر: التفريق بالعيب بين الزوجين ص(٢٤٧-٢٥٠).

(٢) أخرجه الترمذي في كتاب: الأحكام عن رسول الله، باب: ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه (١٩/٣). حديث صحيح، وهو في الصحيحين بلفظ: (ولكن اليمين على المدعى عليه).

انظر: البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار: (٤٥٠/٩)، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي: (٤٠٥/٤).

(٣) انظر: التفريق بالعيب بين الزوجين ص(٢٥٧).



وقد لا توجد بينة على إقراره، ولكن توجد بينة رأته هذا العيب إذا كان خفياً كالجلب والخصي مثلاً، فإن ثبت بأحد هذه الوسائل فلا إشكال، وما على القاضي إلا التحقق من تكامل شروط التفريق ثم إجراؤه»^(١).

قال في المجموع: «فيستدعي الحاكم الآخر ويسأله، فإن أقر به أو كان ظاهراً، انفسخ النكاح بينهما، وإن أنكر وكان خفياً فعلى المدعي البينة، فإذا أقام البينة فسخ النكاح»^(٢).

فإن لم يمكن إثبات العيوب بأحد الوسائل السابقة إما لامتناع المعيب عن تمكينه الشهود من النظر إلى مكان العيب إذا كان بالفرج، أو لعدم معرفة العيب بالنظر كالعنة مثلاً، فهل يجبر المعيب على تمكين الشهود من النظر إليه أو لا؟

قال بعض المالكية: لا ينظر جبراً ما دام العيب بالفرج إلا برضى المدعى عليه، وقال بعضهم: يجبر المعيب على التمكين من النظر، ووافقهم الحنابلة لأن الحاجة تندفع بذلك^(٣).

وهذا ما ينبغي ترجيحه وذلك لأنه لو لم يجبر على النظر لمنع منه إذا تحقق وجود العيب فيه، فتضيع الحقوق بهذا المنع ويمتنع التفريق^(٤).

وأما إذا كان العيب لا تتوقع معرفته بالنظر كالعنة مثلاً، فقد ذكر الفقهاء طرفاً تفيد لترتب الحكم عليها، فمن ذلك ما ذكره بعض فقهاء الحنفية لطرق معرفة البكر من

(١) التفريق بين الزوجين بحكم القاضي ص (٥٠).

(٢) المجموع: (٢٥٧/١٧).

(٣) انظر: حاشية الدسوقي: (١١٤/٣)، ومواهب الجليل: (١٥٥/٥)، وكشاف القناع (٩٧/٤).

(٤) انظر: التفريق بين الزوجين بحكم القاضي ص (٥١).

الثيب، منها: أن يدخل في فرجها بيضة، فإن دخلت فهي ثيب، وإن لم تدخل أو تكسرت فهي بكر.

كما ذكر بعض الحنابلة أن من ادعت أن وطأه يؤذيها، وخافت على نفسها الإفضاء، لكونها صغيرة الجسم لا تحمل مثله، بأنه لا بأس بنظر امرأة إليهما وقت اجتماعهما للحاجة إلى ذلك^(١).

ولا شك أن هذه الوسائل البدائية لمعرفة ما يدعي به المدعي هي الوسائل التي توصلوا إليها في أزمانهم، وقد حصل بديل لها في هذا العصر، وأصبح من السهل معرفة وجود المدعى به، أو عدم وجوده بالفحص الطبي، فمثلاً العقم والعنة كان لا يتوصل إلى معرفتها بالشهادة النظرية، لأنه لا مطلع للشهود عليه أما الآن فقد أمكن معرفة بعض ذلك بالكشف الطبي، فالعنة المرضية تعرف بمجرد الكشف، أما العنة النفسية فقد لا يتوصل إلى معرفتها إلا بالإقرار، وذلك لأن المصاب بالعنة النفسية قد يظاً غير هذه المرأة من النساء.

وكذلك العقم قد توصل الطب إلى معرفته، فإذا كشف الطبيب تبين له إن كان أحدهما مصاباً بعقم أو لا، وذلك بأن يتحقق من وجود الحيوانات المنوية في الرجل، ومن وجود الحبل المنوي والخصيتين فيه، وفي المرأة يتحقق من وجود المبايض والرحم، وإن فقد شيء من ذلك كان العقم.

وعلى هذا ينبغي أخذ رأي الطبيب المسلم وتقديره في كل حالة^(٢).

(١) انظر: التفريق بين الزوجين بحكم القاضي ص(٥٢-٥٣).

(٢) انظر: التفريق بين الزوجين بحكم القاضي ص(٥٣).



كما أن كثيراً من الأمراض الجرثومية كالسل^(١)، والزهري^(٢)، إذا ادعى أحد الزوجين وجودها في الآخر، فلا بد من عرضها على الطبيب للتأكد من وجودها. وبعض الأمراض التي لا تحدث إلاّ عند الجماع أصبح من الممكن معرفتها بالكشف الطبي، فمثلاً: بخر الفرج، والعذيفة^(٣)، أمكن معرفة وجودهما بالكشف الطبي، وما على القاضي في مثل هذه الدعوى إلاّ تحويل المريض إلى الأطباء الموثوقين لأخذ رأيهم في وجود ما ادعى به المدعي وعدم وجوده، ثم إجراء الحكم الشرعي^(٤).

وكذلك يُرجع إلى أهل المعرفة والخبرة من النساء، فيما يتعلق بعيوبهن التي تكون تحت الثياب، فيما لا يطلع عليه الرجال.

(١) السل: مرادف للدرن أو التدرن، وهو مرض معد تسببه عصية كوخ، أو الجرثومة السلية، ويمكن أن يصيب أي جزء من الإنسان. وأهم طرق انتقال العدوى فيه: الرذاذ، والفم وأهمها اللبن، والجلد.

انظر: الأمراض المعدية د. حسان جعفر وغسان جعفر ص(٢٦٣)، والأمراض المعدية د. عثمان الكاديكي ص(١٤١).

(٢) وهو من الأمراض الخطيرة التي تصيب الأماكن الحساسة، وقد تمر بمرحلة أولية لا يكون فيها مؤلماً. ويؤثر على أهم عضوين في الجسم: القلب والجهاز العصبي. وأهم طريقة ينتقل بها الاختلاط الجنسي.

انظر: الأمراض المعدية د. عثمان الكاديكي ص(٢٠٠).

(٣) عَدَطَ عَدَطًا، وَعَدَيْطَ عَدَيْطَةً، وَالْعَدَيْطُ: الرجل الذي يحدث عند الجماع، وامرأة عَدَيْطُوتة: إذا كانت كذلك.

انظر: لسان العرب: (١٠٩/٩)، والمصباح المنير ص(٢٠٧).

(٤) انظر: التفريق بين الزوجين بحكم القاضي ص(٥٤).

ومما يلحق بهذا الفحص الطبي الذي يقوم به أهل الطب لمعرفة مدى وجود العيب المدعى به كالعقم وأنواع السرطانات.

والتقارير الطبية التي تكتب نتيجة الفحص الطبي تعتبر بمثابة بينة تساند موقف المدعي من أحد الزوجين متى خرجت من طبيب ثقة^(١).

الفرع الرابع: الكشف على السموم كالمخدرات ونحوها.

توصل الطب إلى طرق أخرى للكشف عن المخدرات منها استخدام عينة الشعر أو الدم أو اللعاب أو حتى العرق.

وقد ورد من حديث سليمان بن بريدة عن أبيه قال: جاء ماعز بن مالك إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله، طهرني، وفيه:.. فقال: أشرب خمراً؟ فقام رجل فاستنكهه فلم يجد منه ريح خمر، قال: فقال رسول الله ﷺ: أزنيت؟ قال: نعم، فأمر به فرجم^(٢).

وجه الدلالة من الحديث: أن النبي ﷺ حينما سأل الرجل هل شربت خمراً؟ فقال: أراد أن يتثبت من ذلك ويستيقن، فأمر رجلاً أن يستنكه من فيه رائحة الخمر. وفي ذلك دليل على مشروعية الكشف عن المواد المسكرة، وما يدل على المسكرات تُلحق به المخدرات على قياس الأولى.

وقد كان يُعمل بذلك - بشم الرائحة - للتأكد من السلامة من المخدرات أو المسكرات، إلا أن العمل بذلك يمكن الاستعاضة عنه بالتحليلات الطبية المؤكدة. وفي

(١) انظر: التفريق بالعيب بين الزوجين ص(٢٩٣).

(٢) أخرجه مسلم في كتاب: الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنى: رقم الحديث: (٤٥٢٧) (١١٩/٥).



الحديث دليل على أصل المشروعية، وإن اختلف وصف الوسيلة المتاحة والمحققة لتلك المشروعية. ولا شك أن الاستكاه تحليل بالطرق التي كانت ممكنة قديماً.

المطلب الخامس: الاختلاف في التكييف الفقهي لبعض القرائن الطبية "كالتجليل الطبية". وفيه فرعان:

الفرع الأول: التكييف الفقهي للبصمة الوراثية.

يمكن القول أن الفقهاء المعاصرين قد اختلفوا في نتائج الحامض النووي بين طرق الإثبات، وهل تُعد دليلاً أم قرينة؟ على أربعة أقوال:

القول الأول: تعد نتائج الحامض النووي، " البصمة الوراثية" قرينة قطعية وليست دليلاً، وذهب إلى ذلك المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية^(١)، واختاره جمع من العلماء المعاصرين^(٢).

(١) انظر: ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني ص(١٠٥٠).

(٢) ومنهم: د. نصر فريد، انظر: البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها ص(٩٣)، ود. سعد الدين الهلالي، انظر: البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية ص(٢٧٣)، ود. علي محيي الدين قره داغي، انظر: البصمة الوراثية من منظور الفقه الاسلامي ص(٥٧)، وعقيد خبير: عبدالقادر الحياط وأ. فريدة الشمالي، انظر: تقنيات البصمة الوراثية في قضايا النسب وعلاقتها بالشرعية الإسلامية، ص(١٤٩١)، ود. عبدالرشيد قاسم، انظر: البصمة الوراثية وحجيتها ص(٧٨)، من مجلة العدل - العدد (٢٣)، ود. وهبة الزحيلي في قوله الثاني، انظر: البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها ص(١٦)، ضمن أعمال وبحوث الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة.

القول الثاني: تعد نتائج الحامض النووي قرينة ظنية ولا تصل إلى القرائن القطعية. وهو قول بعض العلماء المعاصرين^(١).

القول الثالث: قول متفرق لبعض الفقهاء الذين خرجوا عن القولين السابقين^(٢).

- اعتبر المجمع الفقهي البصمة الوراثية بمثابة دليل يمكن الاعتماد عليه في الحالات التالية:

١- إثبات الجرائم التي لا يترتب عليها حد شرعي.

٢- إثبات النسب.

"ف نجد أن المجمع الفقهي لم يقرر أهى دليل أم بمثابة دليل أم قرينة تكاد تكون قطعية أم ظنية"^(٣).

- يرى بعض العلماء: أنها قرينة قوية جداً، وذلك نظراً لجواز العمل بالقرائن في مجالات الإثبات^(٤).

(١) وممن قال به: د. عمر السبيل، انظر: البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنابة ص(٧٤)، ود. أحمد الكبيسي، انظر: مسؤولية الطب الشرعي ص(٤٥٥)، ود. الهادي حسين الشبيلي، انظر: استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب: نظرة شرعية ص(٥٣)، ود. وهبة الزحيلي، انظر: البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها ص(٣٤)، ود. سعد العنزى، انظر: البصمة الوراثية ومدى حجيتها في إثبات أو نفي النسب ص(٤٣٣) ضمن أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني.

(٢) انظر: مسؤولية الطب الشرعي ص(٤٥٥).

(٣) مسؤولية الطب الشرعي ص(٤٥٦).

(٤) انظر: البصمة الوراثية هل تصلح وسيلة إثبات أو نفي في مجال النسب والجريمة؟ ص(٣٢٥).



- ويرى بعضهم: أنها طريق صحيحة شرعاً، ولم يظهر هل هي دليل أم قرينة قطعية أم ظنية^(١).

- ويرى بعضهم: أنها قرينة شبه قطعية للإثبات^(٢).

القول الرابع: أن نتائج الحمض النووي تعتبر دليلاً مباشراً، وليست قرينة، وذلك للفرق بين الدليل والقرينة، فالقرينة هي استنباط واقعة مجهولة من واقعة معلومة. والحمض النووي هو فحص فعلي لسوائل وأنسجة جسم الإنسان مباشرة، ونتائجه قاطعة ١٠٠٪. إثباتاً ونفيًا^(٣).

الفرع الثاني: التكييف الفقهي للتحاليل الطبية الأخرى.

اختلف العلماء المعاصرون في تكييف نتائج التحاليل الطبية الأخرى - غير البصمة الوراثية - على رأيين:

الرأي الأول: أن نتائج التحاليل الطبية الأخرى تعتبر قرينة ظاهرة تضاف إلى جملة القرائن، وقد تقوى القرائن بعضها ببعض إذا اجتمعت. ولا يمكن الاعتماد عليها

=

ضمن كتاب: (المادة الوراثية الجينوم. قضايا فقهية)، د. محمد رأفت عثمان.

(١) انظر: إثبات النسب بالبصمة الوراثية ص(٤٥٥)، ضمن أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني - الجزء الأول، د. محمد الأشقر.

(٢) انظر: البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب ص(٦٧)، د. ناصر الميمان.

(٣) انظر: دور البصمة الوراثية في قضايا إثبات النسب والجرائم الجنسية ص(١٤)، د. إبراهيم أحمد عثمان.

واعتبارها دليلاً قاطعاً أو قرينة قاطعة في أمر أو حادثة معينة^(١).

الرأي الثاني: أن نتائجها تعتبر قرينة قاطعة تبنى عليها الأحكام الشرعية^(٢).

وبناءً على ما سبق من بيان التكييف الفقهي للتحاليل الطبية على وجه العموم، والبصمة الوراثية - لدقتها - على وجه الخصوص، فإن من العلماء من اعتبر البصمة الوراثية دليلاً أو قرينة قاطعة يستطيع الجزم بها، ومنهم من اعتبر التحاليل الطبية الأخرى قرائن قاطعة، خاصة في مجال النفي، وعليه فإن الحكم بقصر القرائن على أنواع محددة نص عليه الفقهاء، أو الاكتفاء بالإقرار والشهادة في الجنايات أو النسب ونحو ذلك، يكون محلاً للنظر والبحث، لا سيما مع قطعية هذه القرائن والجزم بها في بعض الأحوال.

المطلب السادس: إمكان علاج الأجنة المريضة داخل الأرحام.

يعد فحص الأجنة لكشف عن التشوهات الجينية، أو التشوهات الخلقية، ميداناً من ميادين الطب الجديدة، والسريعة التغير، ونسبة حدوث هذه التشوهات تتراوح ما بين ٣-٥٪ وتختلف شدتها وتأثيرها على الأجنة والمواليد، فمنها ما يتعارض مع إمكانية الحياة، ومنها ما هو ذو تأثير طفيف على المواليد.

ومعظم تشوهات الأجنة تحدث في مرحلة مبكرة جداً من تكوين الجنين، حيث إن الخلل قد يكون في النطف والأمشاج، ومن نعم الله أن غالبية هذه الحالات يتم سقوطها تلقائياً في وقت مبكر من الحمل، وأحياناً قبل أن تعلم المرأة بالحمل، حيث وجد أن ٦٠-٧٠٪ من حالات الإسقاط المبكر سببها الرئيس خلل في الصبغيات الجينية.

(١) انظر: المعايير الشرعية والنفسية في التحقيق الجنائي (٢/٢٦١).

(٢) انظر: حجية القرائن في الشريعة الإسلامية ص (٢٠٥-٢٠٦).



ومن المعلوم أن الأمراض أو التشوهات الخلقية البسيطة، أو العيوب التي يمكن علاجها، سواء بعد الحمل أو بعد الولادة لا تستدعي الإجهاض^(١).

وقد اتفق الفقهاء من الحنفية^(٢) والمالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥) على حرمة إجهاض الجنين بعد نفخ الروح فيه، بينما لم يرد عن الفقهاء الأقدمين حكم إجهاض الجنين المشوّه، لأنه مستجد طبي لم يكن معروفاً من قبل، وهو ما تناوله العلماء المعاصرون، وتعددت فيه البحوث والدراسات.

المطلب السابع: التطور في الجراحات الطبية.

مما لا شك فيه أن التطور الطبي والقفزات العلمية الطبية، قد خطت خطوات واسعة في المجال الطبي عموماً، وفي الجراحات الطبية خصوصاً، وسأكتفي بذكر مجالين في ذلك، جراحات التوائم الملتصقة، وجراحات فتق غشاء البكارة، على النحو التالي:

الفرع الأول: جراحات التوائم الملتصقة.

ورد عن الصحابة والتابعين فتاوى وأقضية في مسائل جراحات فصل التوائم الملتصقة، ولا شك أن النظرة الفقهية قد اختلفت في العصر الحاضر، بسبب التطور الطبي الحاصل.

(١) انظر: إجهاض الأجنة المشوّهة ص(١-٢).

(٢) انظر: شرح فتح القدير: (٣/٤٠١-٤٠٤).

(٣) انظر: حاشية الخرشبي: (٣/٢٢٥).

(٤) انظر: حاشية الجمل: (٥/٤٩١).

(٥) انظر: أحكام النساء ص(٩٢).

ومن ذلك ما ورد عن أبي حنيفة النعمان أن امرأة ولدت ولدين ظهرهما واحد، فمات أحدهما، فقال علماء الكوفة: يدفنان جميعاً، وقال أبو حنيفة: يدفن الميت ويتوصل بالتراب إلى قطع الاتصال، ففعلوا فانفصل الحي وعاش، وكان يسمى مولى أبي حنيفة^(١).

ورآى الشافعي رحمه الله امرأتين ملتصقتين في اليمن، وقد تم فصلهما بعد وفاة إحداهما، قال: إني نزلت عنها وخرجت من ذلك البلد، فأقمت برهة من الزمن، أحسبه قال: سنتين، ثم عدت إلى ذلك البلد، فسألت عن ذلك الشخص، فقيل لي: أحسن الله عزاءك في الجسد الواحد، فقلت: ما كان من شأنه؟ قال: إنه توفي الجسد الواحد، فعمد إليه فربط من أسفله بجبل وثيق وترك حتى ذبل فقطع ودفن، قال الشافعي: فلعهدي بالجسد الواحد في السوق ذاهباً وجائياً^(٢).

وذكر ابن الجوزي رحمه الله عن توأمي أرمييا أن أباهما أراد أن يفرق بينهما، فقيل له: إنهما يتلفان؛ لأن التزاقهما من جانب الخاصرة، وأن لا يجوز أن يسلمتا^(٣).

ويتضح مما سبق مدى محاولات فصل التوائم التي حاول السلف إجرائها، أو قاموا بتنفيذها بالفعل، تخليصاً للحي من الميت، أو محاولة للتيسير على التوأمين بفصلهما حتى يتمكنوا من ممارسة حياتهما، ومعظم الحالات التي أُشير بها أو نفذت بالفعل، كانت

(١) انظر: الخيرات الحسان في مناقب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان ص(١٧٦-١٧٧)، وطبقات الحنفية: (٤٨٥/١).

(٢) انظر: حلية الأولياء وطبقات الأصفياء: (١٢٨/٩-١٢٩).

(٣) انظر: المنتظم: (١٥١/١٤).



محاولات بسيطة، تنبع من واقع إمكانيات المجتمع وقتئذٍ، كالفصل بالتراب، أو الفصل بربط أحد التوأمين حتى يجف، وهكذا^(١).

وفي العصر الحاضر تم إجراء العشرات من العمليات الجراحية لفصل التوائم الملتصقة، والتي نجح منها الكثير.

ويذكر أنه قد أُجريت حتى عام ٢٠٠٦ أكثر من (٢٠٠) عملية فصل ناجحة لتوائم ملتصقة^(٢).

الفرع الثاني: جراحات فتق غشاء البكارة.

ما جاء في فتوى دار الإفتاء المصرية تحت عنوان: (نزول المريض على رأي الأطباء) حول إجراء جراحة فتق البكارة، وهي فتوى رفعت من إحدى الفتيات المسلمات الأمريكيات وجاء في الطلب المقدم منها.

(أنها طالبة تبلغ من العمر ثلاثين عاماً، وأنها بكر... وتبين من الفحص الطبي أن لديها أوراماً في الرحم مما يتطلب معه إدخال آلة في الرحم، لأخذ عينات من هذه الأورام، وهذا الإجراء يترتب عليه فض غشاء البكارة، وقد توقفت في الأمر حين عرضه على الفقهاء) وكان نص السؤال كما يلي:

هل إجراء مثل هذه العملية من الناحية الدينية جائز أو يعتبر زناً؛ وإذا جاز لها إجراء تلك العملية، فما الخطوات التي تتبعها ليعرف الأهل ما حدث^(٣).

(١) انظر: أحكام الجنايات الخاصة بالتوائم الملتصقة ص(٤١٦).

(٢) انظر: المرجع السابق ص(٤١٨).

(٣) صدرت الفتوى بتاريخ ٢٦ شعبان ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠/٧/٩م، مجموعة فتاوى دار الإفتاء المصرية: (٢٧٠/٧) نشر المجلس الأعلى للشئون الإسلامية.

وكان الجواب على النحو التالي:

أنه قد صح عن رسول الله ﷺ أنه تداوى وأمر بالتداوي، فقد روى عن أسامة بن شريك قال: (جاء أعرابيٌّ فقال: يا رسولَ الله، أنتَ دَاوَى قَالَ تَدَاوُوا فَإِنَّ اللَّهَ لَمْ يُنَزَلْ دَاءً إِلَّا أَنْزَلَ لَهُ شِفَاءً عِلْمُهُ مَنْ عِلْمُهُ وَجَهْلُهُ مَنْ جَهْلُهُ)^(١)، وفي لفظ: (قَالَتْ الْأَعْرَابُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَلَا نَتَدَاوَى؟ قَالَ: نَعَمْ يَا عِبَادَ اللَّهِ، تَدَاوُوا فَإِنَّ اللَّهَ لَمْ يَضَعْ دَاءً إِلَّا وَضَعَ لَهُ شِفَاءً، أَوْ قَالَ: دَوَاءً إِلَّا دَاءً وَاحِدًا، قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَمَا هُوَ؟ قَالَ: الْهَرْمُ)^(٢).

لما كان ذلك، وكان الظاهر من السؤال أن الذين تولوا فحص السائلة، قد قرروا لزوم أخذ جزء من الأورام الداخلية بالرحم، لتحليلها لمعرفة نوعها، وتشخيص المرض، وتحديد طرق العلاج، كان على السائلة النزول عند رأيهم؛ لأن التداوي من المرض من الضرورات في الإسلام للمحافظة على النفس من التلف، ففي القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾^(٣). وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾^(٤) ولا شك أن إهمال العلاج من باب إهلاك النفس الإنسانية ومؤدٍ إلى

(١) أخرجه أحمد في مسنده: رقم الحديث: (٣٥٧٨) (٣٧٧/١).

(٢) أخرجه الترمذي في: أبواب الطب، باب: ما جاء في الدواء والحث عليه: رقم الحديث:

(٢٠٣٨) (٥٦١/٣)، وأبو داود في: كتاب الطب، باب: في الرجل يتداوى: رقم الحديث:

(٣٨٥٥) (٥/٤). قال الترمذي: حديث حسن صحيح، وصححه الألباني. انظر: نصب الرأية

لأحاديث الهداية: (٢٨٣/٤)، وصحيح سنن أبي داود: (٤٦١/٢).

(٣) [البقرة: ١٩٥].

(٤) [النساء: ٢٩].



قتلها، وهو محرم ومنهي عنه شرعاً، من هذه النصوص، وإذا تيسر وجود الطبيب المسلم كان أولى، وإلا جاز ذلك للطبيب غير المسلم للضرورة، أو أخذاً بمذهب الإمام مالك - رحمه الله - الذي يجيز العمل برأي الطبيب غير المسلم الثقة.

ومن ثم فعلى السائلة المبادرة إلى إجراء هذا الفحص، حماية لنفسها عن الهلاك، امتثالاً لأمر الله بالمحافظة على النفس في القرآن الكريم، وترخيص الرسول ﷺ في التداوي؛ بل وأمره به، وعليها أيضاً أن تطلع أولياء أمرها على رأي الأطباء، ليكونوا على علم ودراية بسبب زوال غشاء البكارة، وأنه ضرورة علاج للمحافظة على صحتها، وعليهم أن يباشروا معها كل ذلك^(١).

المطلب الثامن: ختان الإناث.

صدرت فتوى شيخ الأزهر الدكتور محمد سيد طنطاوي، ومفتي الجمهورية الدكتور علي جمعة، بتحريم عمليات ختان الإناث، وعلقوا التحريم في ذلك بضعف أسانيد الأحاديث الدالة على الختان، ولما يلحقه الختان بالفتاة من أضرار نفسية وجسدية^(٢). والأضرار الصحية تتمثل في النزيف، والالتهابات، والأكياس والخراج، واحتباس البول في الأيام الأولى، وتعسر الولادة، وتأثر الجنين بتعثر الولادة، وحمى النفاس بعد الولادة، وتهتك العجان، وتكرار العدل^(٣).

(١) انظر: فتاوى دار الإفتاء المصرية: (٧/٢٧٠).

(٢) انظر: طريق الإسلام من خلال الموقع الإلكتروني التالي:

<http://ar.islamway.net/article/2362>

(٣) انظر: الموقع الإلكتروني التالي:

<http://forums.way2allah.com/showthread.php?t=32541>.

كما قد جاء في فتوى الأزهر حول ختان الإناث ما يلي:

(وأنه من محاسن الفطرة، وله أثر محمود في السير بها إلى الاعتدال - أما آراء الأطباء مما نشر في مجلة الدكتور وغيرها عن مضار ختان الأنثى، فإنها آراء فردية لا تستند إلى أساس علمي متفق عليه، ولم تصبح نظرية مقررة، وهم معترفون بأنه إلى الآن لم يحصل اختبار للنساء المختنات، وأن نسبة الإصابة بالسرطان في المختنتين من الرجال أقل منها في غير المختنتين، وبعض هؤلاء الأطباء يرمى بصراحة إلى أن يعهد بعملية ختان الأنثى إلى الأطباء دون الخاتنات الجاهلات، حتى تكون العملية سليمة مأمونة العواقب الصحية، على أن النظريات الطبية في الأمراض وطرق علاجها ليست مستقرة ولا ثابتة، بل تتغير مع الزمن واستمرار البحث - فلا يصح الاستناد إليها في استنكار الختان الذي رأى فيه الشارع الحكيم الخبير العليم حكمته، وتقويماً للفطرة الإنسانية، وقد علمتنا التجارب أن الحوادث على طول الزمن تظهر لنا ما قد يخفى علينا من حكمة الشارع فيما شرعه لنا من أحكام، وهدانا إليه من سنن، والله يوفقنا جميعاً إلى سبيل الرشاد)^(١).



(١) انظر: فتاوى الأزهر - فتوى ختان الإناث: (٢٠٨/٢).



الخاتمة

توصلت من خلال البحث إلى جملة من النتائج، من أهمها ما يلي:

أولاً: مكانة الفتوى عظيمة، ولا بد للمفتي من استجماع شروط وضوابط الإفتاء، ومنها الإحاطة بالمستجدات العلمية والطبية التي لها تأثير على الفتاوى الشرعية.

ثانياً: تنقسم الأحكام إلى نوعين: نوع على حالة واحدة لا يتغير عنها بحسب الأزمنة ولا الأمكنة، ولا اجتهاد الأئمة، ونوع يتغير بحسب اقتضاء المصلحة له زماناً ومكاناً وحالاً.

ثالثاً: خلص الباحث إلى استنتاج بعض الضوابط الشرعية لتغير الفتوى، استنباطاً من بعض النصوص، وبالنظر إلى كلام العلماء رحمهم الله تعالى.

رابعاً: النظريات الطبية في الأمراض وطرق علاجها، ليست مستقرة ولا ثابتة، فلا يصح الاستناد إليها في إنكار حكم جاء به الشرع.

خامساً: اختلفت أقوال الفقهاء في حكم الميت موتاً دماغياً على قولين، استناداً إلى أقوال الأطباء وآرائهم.

سادساً: لو تم التقييد في فسخ النكاح والتفريق بين الزوجين بأمراض مخصوصة معينة، وترك ما جد من الأمراض الأخرى التي لم تكن في أسلافنا، لكان هذا معارضاً لاستمرارية التشريع وصلاحيته، واتسامه بالمرونة التي تستلزم استيعاب كل المستجدات والحوادث.

سابعاً: فتوى الفقهاء بتأجيل العنين سنة، قد تتغير بسبب تطور الطب واكتشاف علاج لبعض حالاتها، فبعضها يمكن علاجها في وقت يسير، وبعضها يحتاج علاجها إلى سنة أو أكثر أو أقل، وبعضها لا يمكن علاجها نهائياً.

ثامناً: يمكن الاستفادة من التحليل الطبي في نفي العنة، أو في الفصل بين الزوجين حال التنازع إن ادعت أنه عنين وأنكر ذلك، وادعى وطأها، وذلك بأخذ مسحة طبية من داخل الرحم، فإذا وُجد أثر الحيوانات المنوية في المدة المعينة، نستطيع الجزم بحصول الوطء، وهذه الطريقة قد لا تنفع في حال موت الحيوانات المنوية بالكلية، وهي حالة نادرة جداً.

تاسعاً: الحكم بقصر القرائن على أنواع محددة نص عليه الفقهاء، أو الاكتفاء بالإقرار والشهادة في الجنائيات أو النسب ونحو ذلك، يكون محلاً للنظر والبحث، لا سيما مع قطعية بعض القرائن الطبية كالبصمة الوراثية، فبعضهم يعدونها دليلاً أو قرينة قاطعة.

عاشراً: لم يرد عن الفقهاء الأقدمين رحمهم الله حكم إجهاض الجنين المشوّه، لأنه مستجد طبي لم يكن معروفاً من قبل، وهو ما تناوله العلماء المعاصرون، وتعددت فيه البحوث والدراسات.





المراجع

١. إثبات النسب بالبصمة الوراثية، د. محمد سليمان الأشقر، ضمن أعمال ندوة: "الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني" الكويت ١٤١٩هـ.
٢. إجهاض الأجنة المشوهة، د. عبدالوهاب سليمان الجباري، ورشة عمل ضمن مؤتمر: تطبيق القواعد الفقهية على المسائل الطبية بالرياض محرم ١٤٢٩هـ.
٣. أحكام الجنايات الخاصة بالتوائم المتصقة الواقعة منها أو عليها في ضوء الفقه الإسلامي، د. محمد شافعي مفتاح، نسخة مكتبة الأزهر، كلية الشريعة والقانون.
٤. أحكام القرآن، لعماد الدين بن محمد الطبري المعروف بالكياء الهراسي (ت ٥٠٤هـ) دار الكتب العلمية، ط. الأولى ١٤٠٣هـ.
٥. أحكام القرآن، لمحمد بن عبدالله المعروف بابن العربي (ت ٤٣هـ) دار الفكر، ط. الأولى عام ١٤٠٨هـ.
٦. أحكام النساء، لأبي الفرج بن الجوزي، تحقيق: جمال محمود، دار الفجر، ط. الأولى ١٤١٩هـ.
٧. أحكام مرضى نقص المناعة المكتسبة "الإيدز" في الفقه الإسلامي، لحنان محمد فوزي عبدالرحمن إسماعيل، نابلس - فلسطين ١٤٢٢هـ.
٨. الاختيارات العلمية في اختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية، دار المعرفة - بيروت، ط. الأولى ١٤٠٩هـ. ضمن كتاب: الفتاوى الكبرى.
٩. استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب: نظرة شرعية، د. الهادي حسين الشبيلي، مجلة نايف - العدد (٣٥).

١٠. أسنى المطالب شرح روض الطالب، لزكريا الأنصاري الشافعي (ت ٩٢٦هـ) دار الكتب العلمية، ط. الأولى ١٤٢٢هـ.
١١. إعلام الموقعين عن رب العالمين، لأبي عبدالله، محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي المعروف بابن القيم، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل، ط. ١٩٧٣م.
١٢. إغاثة اللفهان من مصائد الشيطان، لأبي عبدالله، محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي المعروف بابن القيم الجوزية، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار المعرفة، ط. الثانية ١٣٩٥هـ.
١٣. الإقناع في الفقه الشافعي، تأليف: أبي الحسن، علي بن محمد بن حبيب الماوردي (ت ٤٥٠هـ) تحقيق: خضر محمد خضر، مكتبة دار العروبة، ط. الأولى ١٤٠٢هـ.
١٤. الإقناع لطالب الإنتفاع، لموسى بن أحمد بن موسى بن سالم أبي النجا الحجاوي المقدسي (ت ٩٦٨هـ)، تحقيق: د. عبدالله عبدالمحسن التركي بالتعاون مع: مركز البحوث والدراسات العربية والإسلامية بدار هجر، ط. الثالثة ١٤٢٣هـ.
١٥. الأمراض المعدية، د. حسان جعفر ود. غسان جعفر، دار المناهل-بيروت، ط. الأولى ١٤١٩هـ.
١٦. الأمراض المعدية، د. عثمان الكاديكي، الدار الجماهيرية-ليبيا، ط. الثالثة ١٩٩٨م.
١٧. البحر المحيط في أصول الفقه، لمحمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي (ت ٧٩٤هـ) تحقيق: د. محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية-بيروت، ط. ١٤٢١هـ.
١٨. البدر المنير في تخريج الأحاديث والأثار الواقعة في الشرح الكبير، لابن الملقن، عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (ت ٨٠٤هـ) تحقيق: مصطفى أبو الغيط و عبدالله بن سليمان وياسر بن كمال، دار الهجرة-الرياض، ط. الأولى ١٤٢٥هـ.



١٩. البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، د. علي محيي الدين قررة داغي، مجلة
المجمع الفقهي الإسلامي-العدد(١٦) ١٤٢٤هـ.
٢٠. البصمة الوراثية وحجيتها، د. عبدالرشيد محمد أمين قاسم، مجلة العدل-العدد(٢٣)
١٤٢٥هـ.
٢١. البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي وإثبات النسب، أ. د.
ناصر بن عبدالله الميمان، ضمن كتاب: النوازل الطبية، دار ابن الجوزي، ط. الأولى
١٤٣٠هـ.
٢٢. البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، د. سعد الدين مسعد الهلالي، مجلس النشر
العلمي بجامعة الكويت ١٤٢١هـ.
٢٣. البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، د. نصر فريد واصل، مجلة المجمع الفقهي
الإسلامي- العدد(١٧) ١٤٢٥هـ.
٢٤. البصمة الوراثية ومدى حجيتها في إثبات أو نفي النسب، د. سعد العنزي، ضمن
أعمال ندوة: "الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني" الكويت
١٤١٩هـ.
٢٥. البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنائية، د. عمر بن محمد
السبيل، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي-العدد(١٥) ١٤٢٣هـ.
٢٦. تحديد المفهوم الحديث لموت الدماغ، د. صفوت حسن لطفي، ضمن "ندوة
التعريف الطبي للموت".
٢٧. تغير الفتوى، د. محمد عمر سالم بازمول، دار ابن عفان-دار الهجرة، ط. الأولى
١٤٢٥هـ.

٢٨. التفريق بالعيب بين الزوجين والآثار المترتبة عليه. " دراسة فقهية مقارنة"، د. وفاء بنت عمر بن سليمان الحمدان، مكتبة كنوز المعرفة - ط. الأولى ١٤١٩هـ.
٢٩. التفريق بين الزوجين بحكم القاضي، د. سعود بن مسعود بن مساعد الثبيتي، مكتبة دار التراث-مكة.
٣٠. التفريق بين الزوجين للمرض المعدي في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الكويتي، د. فهد سعد الفالح اديس الرشيد، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، السنة: الحادية والعشرون، العدد (٦٧) ذو القعدة ١٤٢٧هـ.
٣١. تفسير القرآن الحكيم الشهير بتفسير المنار، للسيد محمد رشيد رضا، دار المنار- مصر، ط. الثانية ١٣٦٨هـ.
٣٢. تفسير القرآن العظيم، لإسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي (ت ٧٧٤هـ)، دار الخير، ط. الثانية ١٤١٢هـ.
٣٣. تقريب فقه الطبيب، لفهد بن عبدالله الحزمي.
٣٤. تقنيات البصمة الوراثية في قضايا النسب وعلاقتها بالشريعة الإسلامية، عقيد خبير: عبدالقادر خياط، وأ. فريدة الشمالي، ضمن مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون-جامعة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة ٢٢-٢٤ صفر ١٤٢٣هـ.
٣٥. التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، لأحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢هـ)، دار الكتب العلمية، ط. الأولى ١٤١٩هـ.
٣٦. الجامع الصحيح المختصر، لأبي عبدالله، محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، تحقيق: د. مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، ودار اليمامة، ط. الثالثة ١٤٠٧هـ.
٣٧. الجامع الصحيح المسمى صحيح مسلم، لأبي الحسين، مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، دار الجيل، دار الأفاق الجديدة.



٣٨. جامع العلوم والحكم، لأبي الفرج، عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، دار المعرفة، ط. الأولى ١٤٠٨هـ.
٣٩. الجامع الكبير، لمحمد بن عيسى الترمذي (ت ٢٧٩هـ) تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، ط. الثانية ١٩٩٨م.
٤٠. الجامع لأحكام القرآن، لمحمد بن أحمد الأنصاري القراطي، دار الكتب العلمية، ط. الخامسة ١٤١٧هـ.
٤١. حاشية الجمل، لسليمان بن منصور العجيلي المصري "الجمل" على شرح المنهج لتركيب الأنصاري، دار الفكر.
٤٢. حاشية الخرشبي على مختصر خليل، لمحمد بن عبد الله الخرشبي (ت ١١٠١هـ) دار الفكر.
٤٣. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لمحمد بن أحمد عرفة الدسوقي (ت ١٢٣٠هـ) دار الكتب العلمية، ط. الثانية ١٤٢٤هـ.
٤٤. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي رحمته الله، لعلي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، تحقيق: علي محمد معوض و عادل أحمد عبدالموجود، دار الكتب العلمية، ط. ١٤١٩هـ.
٤٥. حجية القرائن في الشريعة الإسلامية البصمات - القيافة - دلالة الأثر - تحليل الدم، لعبدنان حسن عزائزة، دار عمار، ط. الأولى ١٩٩٠م.
٤٦. حكم فسخ نكاح من أصيب بمرض الإيدز، د. عمر سليمان عبدالله الأشقر.
٤٧. حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، لأحمد بن عبدالله الأصفهاني (ت ٤٣٠هـ) دار الكتب العلمية، ط. الأولى ١٤٠٩هـ.

٤٨. الحياة الإنسانية داخل الرحم بدايتها ونهايتها، د. عبدالله باسلامة، ضمن ندوة "الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها في المفهوم الإسلامي" الكويت، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ١٤٠٥هـ.
٤٩. الخيرات الحسان في مناقب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، لأحمد بن محمد بن حجر الهيتمي المكي (ت ٩٧٤هـ) تحقيق: نور الدين مريو بنجر الاندونيسي المكي، ط. مجلس البيخري للتحفة في الدين، ط. الأولى ١٤١٨هـ.
٥٠. دور البصمة الوراثية في قضايا إثبات النسب والجرائم الجنسية، د. إبراهيم أحمد عثمان، ضمن المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، جامعة نايف للعلوم الأمنية ١٤٢٨هـ.
٥١. دور الزواج في الوقاية من مرض الأيدز والإصابة به أيضا، لوليد مساعد الطببائي، ضمن أعمال ندوة: "رؤية إسلامية لبعض المشاكل الاجتماعية لمرض الأيدز" سلسلة مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ١٩٩٤م.
٥٢. الذخيرة، لأحمد بن إدريس القراني، تحقيق محمد حجي، دار الغرب، ١٩٩٤م.
٥٣. سنن ابن ماجه، للإمام محمد بن أحمد بن ماجه القزويني، دار الريان للتراث، بدون تاريخ.
٥٤. سنن أبي داود، لأبي داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، دار الكتاب العربي، في التعليق حكم الألباني.
٥٥. السنن، للإمام أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي (ت ٢٩٧هـ) دار الفكر، بدون تاريخ.
٥٦. السنن، للإمام علي بن عمر الدارقطني (ت ٣٨٥هـ) تحقيق وتعليق: مجدي بن منصور سيد الشوري، دار الكتب العلمية، ط. الأولى ١٩٩٦م.



٥٧. الشرح الكبير، لعبدالرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة، تحقيق: د. عبدالله بن عبدالمحسن التركي، دار عالم الكتب، ط. ١٤٢٦ هـ
٥٨. شرح فتح القدير، لمحمد بن عبدالواحد بن السيواس المعروف بالكمال بن الهمام (ت ٦٨١ هـ) دار الفكر.
٥٩. صحيح أبي داود، لمحمد ناصر الدين الألباني (ت ١٤٢٠ هـ) مؤسسة غراس، ط. الأولى ١٤٢٣ هـ.
٦٠. طبقات الحنفية، لعبدالقادر بن أبي الوفا محمد بن أبي الوفاء القرشي (ت ٧٧٥ هـ) مطبعة مير محمد كتب خاتنة، د. ت.
٦١. فتاوى الأزهر من خلال موقع وزارة الأوقاف المصرية: <http://www.islamic-council.com>
- فتاوى دار الإفتاء المصرية، موقع وزارة الأوقاف المصرية من خلال الموقع الإلكتروني التالي: <http://www.islamic-council.com>
٦٢. فتح الباري شرح صحيح البخاري، لأبي الفضل، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني الشافعي، دار المعرفة، ط. ١٣٧٩ هـ.
٦٣. الفحص الطبي قبل الزواج "دراسة شرعية قانونية تطبيقية"، لصفوان محمد عضيبات، دار الثقافة، ط. الأولى ١٤٣٠ هـ.
٦٤. الفحص الطبي قبل الزواج ودوره في الوقاية من الأمراض من منظور الفقه الإسلامي، أ. د. علي محيي الدين القره داغي وأ. د. علي يوسف المحمدي، ضمن كتاب: "فقه القضايا الطبية المعاصرة"، دار البشائر الإسلامية، ط. الثانية ١٤٢٧ هـ.
٦٥. الفحص قبل الزواج، د. عبدالرشيد قاسم، موقع صيد الفوائد.

٦٦. الفروع، لأبي عبدالله، محمد بن مفلح المقدسي الحنبلي (ت ٧٦٢هـ) تحقيق: حازم القاضي، دار الكتب العلمية، ط. الأولى ١٤١٨هـ.
٦٧. القاموس المحيط، لمحمد بن يعقوب الفيروزآبادي. (ت ٨١٧هـ). تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، ط. السادسة ١٤١٩هـ.
٦٨. قرارات الجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، من الدورة الأولى إلى السادسة عشرة، رابطة العالم الإسلامي.
٦٩. قرارات مجمع الفقه الإسلامي، من خلال الموقع الإلكتروني التالي:
<http://www.fiqhacademy.org.sa/qarat/3-5.htm>
٧٠. قرارات هيئة كبار العلماء في الدورة الخامسة والأربعين المنعقدة في مدينة الطائف (٣-١٢ ربيع الآخر ١٤١٧هـ).
٧١. القلب وعلاقته بالحياة، د. أحمد القاضي، ضمن ندوة "الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها في المفهوم الإسلامي" الكويت، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ١٤٠٥هـ.
٧٢. الكافي في فقه الإمام المبحل أحمد بن حنبل، لعبد الله بن قدامة المقدسي.
٧٣. كشاف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس بن ادريس البهوتي، تحقيق: محمد أمين الضناوي، دار عالم الكتب، ط. الأولى ١٤١٧هـ.
٧٤. كيف تغلب على الأنيميا، د. جوان جوميز، دار الفاروق، ط. الأولى ٢٠٠٥م.
٧٥. لسان العرب، للعلامة ابن منظور. (ت ٧١١هـ). دار إحياء التراث، ط. الثانية ١٤١٨هـ.
٧٦. المادة الوراثية الجينوم قضايا فقهية، د. محمد رأفت عثمان، مكتبة وهبة، ط. الأولى ١٤٣٠هـ.



٧٧. المبدع في شرح المقنع، لإبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح الحنبلي (ت ٨٨٤هـ)، المكتب الإسلامي، ط. الثالثة ١٤٢١هـ.
٧٨. المبسوط، لمحمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي الحنفي (ت ٤٩٠هـ) تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، ط. الأولى ١٤٢١هـ.
٧٩. متى تنتهي الحياة، د. حسان حتحوت، ضمن ندوة "الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها في المفهوم الإسلامي" الكويت، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ١٤٠٥هـ.
٨٠. المجموع شرح المهذب، ليحيى بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ)، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، دار عالم الكتب، ط. ١٤٢٣هـ.
٨١. مجموعة الفتاوى الشرعية الصادرة عن قطاع الإفتاء والبحوث الشرعية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ.
٨٢. المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لعبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد ابن تيمية الحراني، (ت ٦٥٢هـ) مكتبة المعارف، ط. الثانية ١٤٠٤هـ.
٨٣. مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، لأسامة عمر سليمان الأشقر، دار النفائس، ط. الأولى ١٤٢٠هـ.
٨٤. مسند الإمام أحمد بن حنبل، للإمام أحمد بن حنبل الشيباني، مؤسسة قرطبة، الأحاديث مزيلة بأحكام شعيب الأرناؤوط عليها.
٨٥. المسند، للإمام أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني (ت ٢٤١هـ) تحقيق: أحمد محمد شاكر، دار المعارف، ط. ١٩٥٠م.
٨٦. مسؤولية الطب الشرعي. دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، د. خالد محمد شعبان، دار الفكر الجامعي - ط. الأولى ٢٠٠٨م.

٨٧. مشكاة المصابيح، لمحمد بن عبد الله الخطيب التبريزي، تحقيق: تحقيق محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، ط. الثالثة ١٤٠٥هـ.
٨٨. المصباح المنير، لأحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المكتبة العصرية، ط. ١٤٢٥هـ.
٨٩. المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بمصر، مكتبة الشروق الدولية، ط. الرابعة ١٤٢٥هـ.
٩٠. معجم لغة الفقهاء، أ. د. محمد رواس قلعة جي، دار النفائس، ط. الأولى ١٤١٦هـ.
٩١. معلومات أساسية حول مرض الأيدز وسبل الوقاية منه وبعض ما يتعلق به من أحكام، د. محمد هيثم الخياط ومحمد حلمي وهدان، ضمن أعمال ندوة: "رؤية إسلامية للمشاكل الاجتماعية لمرض الأيدز" سلسلة مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ١٩٩٤م.
٩٢. المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، لعبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، دار الفكر، ط. الأولى ١٤٠٥هـ.
٩٣. مفهوم وفاة الإنسان من الناحية العلمية، د. مختار المهدي، ضمن "ندوة التعريف الطبي للموت".
٩٤. المنتظم، لعبد الرحمن بن علي بن محمد بن الجوزي (٥٩٧هـ) تحقيق: محمد عبدالقادر عطا و مصطفی عبدالقادر عطا، دار الكتب العلمية، ط. الأولى ١٤١٢هـ.
٩٥. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، لمحمد بن محمد بن عبدالرحمن المغربي المعروف بالخطاب الرعييني (ت ٩٥٤هـ) دار الكتب العلمية، ط. الأولى ١٤١٦هـ.



٩٦. موجبات تغير الفتوى في عصرنا، د. يوسف القرضاوي، الاتحاد العالمي لعلماء المسلمين-لجنة التأليف والترجمة.
٩٧. الموطأ، للإمام مالك بن أنس بن مالك الأصبحي (ت ١٧٩هـ) دار الأفاق الجديدة، ط. الثالثة ١٩٨٥م.
٩٨. ندوة الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها في المفهوم الإسلامي، المنعقدة بتاريخ ٢٤ ربيع الآخر ١٤٠٥هـ، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية-الكويت.
٩٩. ندوة: "الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني - رؤية إسلامية"- الكويت (الجزء الثاني) الإرشاد الجيني والتوصيات، مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية-الكويت ١٤٢١هـ.
١٠٠. ندوة: "رؤية إسلامية للمشاكل الإجتماعية لمرض الأيدز" والمنعقدة في الكويت، سلسلة مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ١٩٩٤م.
١٠١. نهاية الحياة البشرية، د. أحمد شوقي إبراهيم، ضمن ندوة "الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها في المفهوم الإسلامي" الكويت، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ١٤٠٥هـ.
١٠٢. النهاية في غريب الحديث والأثر، لأبي السعادات، المبارك بن محمد الجزري الشهير بابن الأثير، دار ابن الجوزي، ط. الأولى ١٤٢١هـ.





تغير الاجتهاد وأثره في تغير الفتوى

اجتهاد الإمام الشافعي في القديم والجديد أنموذجاً



أ. د. عبد الله بن إبراهيم الموسى

أستاذ الفقه المقارن بجامعة الملك فيصل





مُتَكَلِّمَةٌ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد المرسلين، وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

فإن موضوع الفتوى وما يتعلق بها، يتبوأ منزلة رفيعة في شريعتنا الإسلامية، ويحظى باهتمام الفقهاء قديماً وحديثاً؛ لما له من أهمية وخطورة في حياة المسلمين، كيف لا والفتوى هي طريق إصدار الأحكام، والإعلان عن الحلال والحرام، ولا عجب أن تعقد من أجلها الندوات والمؤتمرات، وأن يحدث لها الكراسي العلمية، فما كل ذلك إلا تعبير عن أهميتها، والعناية بها.

وانطلاقاً من هذا المعنى فإنني أقدم هذا البحث لإخوتي طلبة العلم الشرعي، محاولة لأداء بعض الواجب، ووضع لبنة في بناء هذا الصرح العظيم من تراثنا الفقهي، والذي أسميته (تغير الاجتهاد وأثره في تغير الفتوى - اجتهاد الإمام الشافعي في القديم والجديد أنموذجاً)، أرجو من الله تعالى أن يقبله، وينفع به.

الدراسات السابقة: وأبرزها:

- ١ - مصطلح (ما جرى به العمل) وأثره على تغير الفتوى في المدرسة المالكية بالغرب الإسلامي، د. عبد الفتاح الزيني.
- ٢ - قاعدة تغير الفتوى بتغير الزمان والأحوال، وأثرها في بيان حكم القضايا الفقهية المعاصرة، د. رشاد صالح الكيلاني.
- ٣ - تغير الفتوى، د. وليد بن علي الحسين.
- ٤ - تغير الفتوى بين الانضباط والفوضى، د. طه جابر العلواني.
- ٥ - أثر قاعدة تغير الفتوى بتغير الزمان والأحوال، د. أحمد بن باكر الباكري.

وقد أفدت من معظمها، واعتمدت عليها وعلى غيرها في بناء هذا البحث.

أما موقع بحثي من هذه الدراسات:

فهو تجميع لشتات الموضوع، حيث عني كل بحث من الدراسات السابقة بتغيّر الفتوى من جانب اجتهادي معين. أما بحثي فكان تجميعاً لصور الاجتهاد، التي عملت في تغيّر الفتوى، إضافة إلى الجانب التطبيقي الذي أضفته، وهو اجتهاد الشافعي في مذهبه: القديم والجديد أنموذجاً.

أهمية البحث:

لا يخفى على الباحث أهمية تناول جانب من جوانب الفتوى بصورة عامة، وتغيّرها بصورة خاصة، وأثر ذلك على المسلمين والمجتمع الإسلامي عامة، الذي ينهض على قواعد الشريعة وأصولها، ويحرك مجريات حياته عامل الحلال والحرام.

خطة البحث:

هذا، وقد جاء البحث مكوناً من: تمهيد، ومبحثين، وخاتمة، على النحو التالي:

- التمهيد: وتناول: تعريف الفتوى، والاجتهاد، والتغيّر في الفتوى.
- المبحث الأول: تغيّر الفتوى تبعاً لتغير الاجتهاد. ويشمل مطلبين:
 - المطلب الأول: تغير الفتوى استناداً للمصادر الاجتهادية.
 - المطلب الثاني: تغيّر الفتوى استناداً لطبيعة الواقعة.
- المبحث الثاني: اجتهادات الشافعي بين القديم والجديد وأثرها في تغير الفتوى. ويشمل مطلبين:
 - المطلب الأول: التعريف بالقديم والجديد في مذهب الشافعي.



- المطلب الثاني: صور من الفتاوى المتغيرة بتغيير الاجتهاد بين القديم والجديد.

- الخاتمة: وتشمل أبرز النتائج والتوصيات.

منهجية البحث:

وقد سلكت المنهج العلمي القائم على النقاط التالية:

- الاقتصار على فقه وكتب المذاهب الأربعة، التي تمثل الفقه الإسلامي.
- التوثيق العلمي من المصادر والمراجع المعتمدة.
- عزوت الآيات إلى سورها في المتن مباشرة، ذاكراً اسم السورة ورقم الآية.
- خرجت الأحاديث من مظانها المعتمدة، ذاكراً رقم الحديث، والكتاب والباب اللذين اندرج تحتها.
- اقتصرنا في ترجمة الأعلام على غير المشهورين.
- اعتمدت نقل النصوص الفقهية من الكتب المعتمدة، توثيقاً للحكم الشرعي، ولكي يطمئن القارئ أكثر.

هذا، فإن أصبت فله الفضل والمنة أولاً وآخرًا، وإن كانت الأخرى، فمن نفسي والشيطان، وأرجو الله تعالى، أن أنتفع بملاحظات وإرشادات إخوتي القراء، فالمؤمن مرآة أخيه المؤمن، فغايتنا جميعًا النهوض بمكتبتنا الإسلامية؛ تحقيقاً لمقاصد شريعتنا الغراء، أدامها الله علينا إلى يوم الدين.

والحمد لله رب العالمين، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

أ.د. عبد الله بن إبراهيم الموسى

١٤٣٥/٨/٢٦ هـ

التمهيد

تعريف الفتوى، الاجتهاد، التغيير في الفتوى:

أولاً: تعريف الفتوى، وصاتها بالقضاء:

١ - تعريف الفتوى:

لغة: اسم من أفتى يفتي، تقول: أفتى العالم: إذا بيّن الحكم، واستفتيته: سألته أن يفتي^(١). قال ابن فارس (ت: ٣٩٥هـ): «الفاء والتاء والحرف المعتل: أصلان، أحدهما يدل على طراوة وجدة، والآخر على تبيين الحكم»^(٢). وأصل ذلك: الفتى الشاب الحدث، الذي شبّ وقوي، فكان المفتي يقوي ما أشكل بيانه، فيشبّ ويصير فتياً قوياً، والمستفتي: هو طالب الجواب عن الأمر المشكل، ومنه قوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنْ أَمْرُهُمْ هَلْكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ فَإِنْ كَانَتَا أُثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلَّذَكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَنْ تَضِلُّوا وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴿١٧٦﴾﴾ (النساء: ١٧٦)، أي: يسألونك سؤال تعلم. وتجمع الفتوى على فتاوى وفتاوي، ويقال: فتوى وفتيا^(٣).

(١) ر: المصباح المنير ص (٢٣٩) (فتي).

(٢) مقاييس اللغة ص (٧٢٧ - ٧٢٨) (فتي).

(٣) ر: لسان العرب (١٤٧/١٥ - ١٤٨) (فتا).



أما اصطلاحاً فهي: الجواب عما يشكل من الأحكام^(١).

ويستخدم لفظ الفتيا لعدة معانٍ، أبرزها:

أ- التهكم والسخرية، كقوله تعالى: ﴿ فَاسْتَفْنِهِمْ أَهْمٌ أَشَدُّ خَلْقًا مِّنْ خَلْقِنَا إِنَّا خَلَقْنَاهُمْ مِّن طِينٍ لَّازِبٍ ۝۱۱ ﴾ (الصفات: ١١)، وقوله تعالى: ﴿ فَاسْتَفْتِهِمُ الرِّبَّكَ الْبَنَاتُ وَلَهُمُ الْبُتُوكُ ۝۱۴۹ ﴾ (الصفات: ١٤٩)، وكل ذلك يبين فيه المولى ﷺ مدى سخفهم وسفاههم، وبطلان دعواتهم وافتراءاتهم.

ب- طلب المشورة والنصيحة، كقوله تعالى: ﴿ قَالَتْ يَا أَيُّهَا الْمَلَأُ أَفْتُونِي فِي أَمْرِي مَا كُنْتُ قَاطِعَةً أَمْرًا حَتَّى تَشْهَدُونِ ۝۳۲ ﴾ (النمل: ٣٢)، فقد طلبت بلقيس^(٢) من قومها الرأي والمشورة والنصيحة؛ لتتخذ الموقف الملائم تجاه رسالة سليمان عليه السلام، وإنذاره لها ولقومها^(٣).

ج- طلب تعبير الرؤيا، كما في قوله تعالى: ﴿ وَقَالَ الْمَلِكُ إِنِّي أَرَى سَبْعَ بَقَرَاتٍ سِمَانٍ يَأْكُلُهُنَّ سَبْعٌ عِجَافٌ وَسَبْعٌ سُنبُلَاتٍ خُضْرٍ وَأُخَرَ يَابِسَاتٍ يَا أَيُّهَا الْمَلَأُ أَفْتُونِي فِي رَأْيِنِي إِن كُنْتُمْ لِلرُّءْيَىٰ تَعْبُرُونَ ۝٤٣ ﴾ (يوسف: ٤٣).

(١) ر: المفردات في غريب القرآن ص (٣٧٥).

(٢) هي: بلقيس بنت الهداد، الحميرية، يمانية، ملكة سبأ، وليت العهد من أبيها في مأرب، آمنت بسيدنا سليمان عليه السلام، وتزوج بها، توفيت في تدمر، لم يعرف لها تاريخ وفاة. ر: الأعلام (٧٣/٢).

(٣) ر: بحوث ندوة: نحو منهج علمي أصيل لدراسة القضايا الفقهية المعاصرة (٢/٦٩٣)، بحث للدكتور طه جابر العلواني بعنوان: (تغير الفتوى بين الانضباط والفضوى).

والمعنى الجامع لهذه المعاني: طلب بيان الشيء، وإن كان عمدتها: طلب بيان الحكم الشرعي.

٢ - صلة الفتوى بالقضاء:

أ- تعريف القضاء:

لغة: الحكم، والجمع أقضية، والقضية مثله، والجمع قضايا، على وزن فعالي، وهي الأحكام، واحدها قضية، ومنها عمرة القضية، حيث قاضى النبي ﷺ أهل مكة.

وثمة معانٍ أخرى للقضاء، مردّها إلى انقطاع الشيء وتمامه، فكل ما أحكم عمله، أو أتم، أو ختم، أو أوجب، أو أعلم، أو نفذ، أو أمضى: فقد قضى^(١).

وأما اصطلاحاً: فقد عرفه ابن عرفة (ت: ٨٠٣هـ) بقوله: «صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي، ولو بتعديل أو تجريح، لا في عموم مصالح المسلمين»^(٢).

والصفة الحكمية: معناها تقديري، ليخرج بذلك المعنى الحسي، كالسواد، والبياض، والعقلي، كالعلم والقدرة^(٣).

وقوله: «توجب لموصوفها نفوذ حكم شرعي»: أخرج من ليس له هذه الصفة، كالمفتي، فإنه لا ينفذ حكمه ولا يجب، وهذه الصفة توجب إيجاباً شرعياً إمضاء ما حكم به الموصوف بها^(٤).

(١) ر: لسان العرب (١٨٦/١٥) (قضي).

(٢) حدود ابن عرفة مع شرع الرضاع (٥٦٧/٢).

(٣) ر: المرجع السابق (١٧٢/١).

(٤) ر: المرجع السابق (٥٦٧/٢ - ٥٦٨).



وثمة تعريفات أخرى للقضاء لدى فقهاء المذاهب، محورها: الإخبار عن الحكم الشرعي على سبيل الإلزام.

ب- العلاقة بين القضاء والفتوى:

يبدو أن الفرق واضح لمن وقف على تعريف كل منهما، فلما كانت الفتوى إخباراً عن الحكم الشرعي دون إلزام، فالقضاء إخبار عنه مع الإلزام. فقد نقل الشرييني (ت: ٩٧٧هـ) عن ابن عبد السلام^(١) قوله: «الحكم الذي يستفيده القاضي بالولاية هو: إظهار حكم الشرع في الواقعة فيمن يجب عليه إمضاؤه، بخلاف المفتي، فإنه لا يجب عليه إمضاؤه»^(٢).

ثانياً: تعريف الاجتهاد، وصلته بالفتوى:

١- تعريف الاجتهاد:

لغة: بذل الوسع والمجهود في طلب الأمر^(٣)، وجاء في حديث معاذ بن جبل رضي الله عنه: "أجتهد رأياً ولا آلو"^(٤) أي: أبذل قصارى جهدي في المسألة، دون استهانة أو تقصير.

(١) هو: عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن، السلمي، الدمشقي، عز الدين، الملقب بسليمان العلماء، فقيه شافعي، بلغ رتبة الاجتهاد، ولد ونشأ في دمشق، وتولى فيها الخطابة والتدريس بزواية الغزالي، والجامع الأموي، وتوفي فيها. من مؤلفاته: قواعد الشريعة، الفوائد، قواعد الأحكام في إصلاح الأنام. ر: الأعلام (٢١/٤).

(٢) مغني المحتاج (٣٧٢/٤).

(٣) ر: لسان العرب (١٣٥/٣) (جهد).

(٤) أبو داود (٣٥٩٢) كتاب الأفضية، باب: اجتهاد الرأي في القضاء.

قال الشوكاني (ت: ١٢٥٥هـ): «وهو في اللغة: مأخوذ من الجهد، وهو المشقة والطاقة، فيختص بما فيه مشقة، ليخرج عنه ما لا مشقة فيه. قال في المحصول: وهو في اللغة: عبارة عن استفراغ الوسع في أي فعل كان، يقال: استفرغ وسعه في حمل الثقل، ولا يقال: استفرغ وسعه في حمل النواه»^(١).

اصطلاحاً: هو بذل الوسع في نيل حكم شرعي عملي بطريقة الاستنباط^(٢).

فبقولنا: (بذل الوسع) يخرج ما يحصل مع التقصير، فإن معنى بذل الوسع: أن يحسن من نفسه العجز عن مزيد الطلب.

ويخرج بقولنا: (شرعي): اللغوي والعقلي والحسي، فلا يسمى من بذل وسعه في تحصيلها مجتهداً اصطلاحاً، وكذلك بذل الوسع في تحصيل الحكم العلمي لا يسمى اجتهاداً عند الفقهاء، وإن كان يسمى اجتهاداً عند المتكلمين.

ويخرج بقولنا: (بطريق الاستنباط): نيل الأحكام من النصوص ظاهراً، أو حفظ المسائل، أو استعلامها من المفتي، أو بالكشف عنها في كتب العلم، فإن ذلك وإن كان يصدق عليه الاجتهاد اللغوي، فإنه لا يصدق عليه الاجتهاد الاصطلاحي^(٣).

(١) إرشاد الفحول ص (٢٥٠).

(٢) ر: المرجع السابق نفسه.

(٣) ر: المرجع السابق نفسه ص (٢٥٠).



٢ - صلة الفتوى بالاجتهاد :

ينبغي ملاحظة حالتين:

الأولى: أن لا يكون المفتي من أهل الاجتهاد، وهو الذي ينقل الحكم من نصوص الفقهاء، كعامة المفتين في زماننا، إذ ليس عنده مؤهلات الاجتهاد، فبهذه الحالة لا علاقة له بالاجتهاد، إذ هو منفك عنه تمامًا، فهو مفتي مقلد. وهو بعيد عن الإفتاء في النوازل؛ لأنها تنهض على الاجتهاد، وهو فاقد له تمامًا.

الحالة الثانية: أن يكون المفتي من أهل الاجتهاد، وبهذه الحالة تكون الصلة وثيقة بين الفتوى والاجتهاد؛ لأن الاجتهاد هو طريق الفتوى في النوازل والمستجدان، وهو أساس بنائها.

ثالثًا: تعريف التغير في الفتوى، وضوابطه:

١- تعريف التغير:

التغير لغة: من غيّر يغيّر، فهو متغيّر. قال ابن فارس (ت: ٣٩٥هـ): «الغين والياء والراء: أصلان صحيحان: يدل أحدهما على صلاح وإصلاح ومنفعة، والآخر على اختلاف شيئين. فالأول: الغيرة، وهي الميرة، بما صلاح العيال، يقال: غرثُ أهلي غيرةً وغيارًا، أي: مرثمهم... والأصل الثاني: قولنا: هذا الشيء غير ذلك، أي: سواه وخلافه»^(١).

وأما اصطلاحًا: فيبدو أن المقصود بتغير الفتوى هنا: المعنى الثاني، ألا وهو اختلاف شيئين، والذي يدل على التبدل والتحوّل والاختلاف، وإن كان ذلك متضمنًا للصلاح

(١) مقاييس اللغة ص (٧٠٣) (غير).

والمنفعة، فهو إذن: انتقال الحكم من حالة كونه مشروعاً إلى حالة كونه ممنوعاً، أو أن يكون ممنوعاً فيصبح مشروعاً باختلاف درجات المشروعية والمنع^(١).

ولقد عرفه الدكتور وليد حسين بقوله: «تحويل الحكم إلى حكم آخر لموجب شرعي، وفقاً لمقاصد التشريع»^(٢).

ومعنى قوله: (تحويل الحكم إلى حكم آخر) هو أن الحكم يتبدل، كأن يتغير من وجوب إلى تحريم، أو من تحريم لإباحة.

وقوله: (لموجب شرعي) أي: أن تبدل الحكم وتغير كان لسبب اقتضى تغييره، وهذا السبب معتبر شرعاً، ويخرج بهذا ما لو كان تغير الحكم بغير سبب شرعي، فإنه لا يعتبر.

وقوله: (وفقاً لمقاصد التشريع) معناه: أن التغير جارٍ على وفق ما تقتضيه مقاصد التشريع، فإن التغير إنما يكون في ظاهر الحكم، أما في باطن الأمر وحقيقته فإنه موافق لمقاصد الشريعة. ويخرج بهذا تعيّر الحكم المخالف لمقاصد الشريعة، فإنه غير مقبول^(٣).

٢- ضوابط التغير في الفتوى:

درج كثيرون على ترديد القاعدة المشهورة: (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان)^(٤)،

(١) ر: بحوث ندوة: (نحو منهج علمي أصيل لدراسة القضايا الفقهية المعاصرة) (٢/٧٨٤)، بحث

للدكتور أحمد بن باكر الباكري، بعنوان: (أثر قاعدة تعيّر الفتوى بتغير الزمان والأحوال).

(٢) ر: تغير الفتوى، ضمن بحوث ندوة: (نحو منهج علمي أصيل لدراسة القضايا الفقهية المعاصرة)

(١/٢١٣ - ٢١٤).

(٣) ر: المرجع السابق نفسه.

(٤) القاعدة (٣٨) من قواعد الزرقاء، المادة (٣٩) من مجلة الأحكام العدلية.



وهي قاعدة فقهية معتبرة، ومندرجة تحت القاعدة الكلية: (العادة محكمة)^(١)، لكن الناس استرسلوا فيها ومضوا إلى غايات تجاوزت حدود الاجتهاد وضوابطه. ومن أمثلة ذلك على مستوى الأمة:

١- المناداة (بالديموقراطية) على أنها مماثلة للشورى، مع أن ثمة فارقاً كبيراً بينهما، فالشورى تنطلق من البحث عما هو حق بدليله أو صحيح ظاهر الصحة أو راجحها، أما (الديموقراطية) فهي تحكم الإنسان في سائر قضاياها انطلاقاً من فكرة قائمة على مركزية الإنسان وتحييد الإله!.

٢- القول بالمواطنة، متجاهلين الفقه الإسلامي الذي يؤصل لأمان المواطنين، بحيث يكون المواطنون فريقين: فريق يأمن بأمان الإسلام، باعتباره مسلماً، وفريق يأمن في ذمة الإسلام والمسلمين، أي يكون أمانه قائماً على عقد الذمة بينه وبين أمير المسلمين، ومثل هذا كثير. لذلك فإن عمليات التراجع في الفتاوى الإسلامية استمرت انطلاقاً من تلك القاعدة وغيرها، حتى تمّ تميم قضايا كبرى، لم تتساهل فيها أية أمة قبلنا، ولا معاصرة لنا!^(٢). بل إن سائر الأمم تهتم بتلك القضايا، وتسميها (قضايا سيادية) لا تتنازل عنها، ولا تتهاون بها؛ لأنها رمز وجودها وكرامتها.

يقول الدكتور طه جابر العلواني: «لو استعرضنا جميع الفتاوى، منذ دخول نابليون مصر حتى يومنا هذا، فسوف نجد المئات من فتاوى الأمة وكلها خطير، قد بنيت على

(١) القاعدة (٣٥) من قواعد الزقا، المادة (٣٦) من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) ر: تغير الفتوى بين الانضاط والفوضى، للدكتور طه جابر العلواني، ضمن بحوث ندوة: (نحو

منهج علمي أصيل لدراسة القضايا الفقهية المعاصرة) (٢/٦٩٥ - ٦٩٦).

أقيسة الشبه، وعلى مجرد الظنون، وعلى الأدلة الواهية القائمة على مجرد انطباعات بعيدة كل البعد عن عميق الدراسات... ولا مخرج من هذا النوع من الفتن إلا كتاب الله»^(١).
فالخلاصة أنه ينبغي أن يكون لتغير الفتوى ضوابطه، وأن لا تلقى جزافاً تحت ستار هذه القاعدة (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان)، فلا بد من اجتهاد عميق، ولجانٍ متخصصة من مختلف العلوم الإسلامية، والاجتماعية، والسياسية، والعلاقات الدولية، والنظم والقوانين والتشريعات الجنائية، ونحوها، حتى يكون هذا التغير متوافقاً مع ما تقتضيه مقاصد الشريعة.



(١) المرجع السابق (٢/٦٩٧).



المبحث الأول: تغير الفتوى تبعاً لتغير الاجتهاد

ويشمل مطلبين:

المطلب الأول: تغير الفتوى استناداً للمصادر الاجتهادية.

المطلب الثاني: تغير الفتوى استناداً لطبيعة الواقعة.

المطلب الأول: تغير الفتوى استناداً للمصادر الاجتهادية:

من أبرز هذه المصادر التي تتغير بها الفتوى: المصلحة، الاستحسان، العرف، ما جرى عليه العمل.

أولاً: تغير الفتوى استناداً للمصلحة^(١):

المصلحة الشرعية هي قطب الرحى في الأحكام الشرعية كلها، فحيث تحققت المصلحة، كان الجواز وطلب الفعل، وإن خالفت الأصل أحياناً، ومن أمثلة ما تغيرت به الفتوى استناداً للمصلحة ما يلي:

١- ما أفتى به الحنفية من جواز حرق أموال الغنيمة إذا عُجز عن حملها؛ لئلا ينتفع بها العدو. قال الموصلي (ت: ٦٨٣هـ): «ويحرق الأسلحة والأمتعة، وما لا يحرق

(١) المصالح ثلاثة أقسام:

- ١- مصلحة ملغاة: وهي كل منفعة دل الشرع على عدم الاعتداد بها، وعدم اعتبارها، مثالها: ما في الزنى من لذة قضاء الشهوة، وما في الربا من ربح، ونحو ذلك.
- ٢- مصلحة معتبرة: وهي كل منفعة اعتبرها الشارع وراعها، كحفظ الضروريات الخمس.
- ٣- مصلحة مرسله: وهي التي لم يشهد لها الشارع اعتباراً ولا إلغاءً، فحيثما تحققت منفعة للدين والدنيا، ولم تخالف نصاً، فهي معتبرة، وهي هنا محور حديثنا.

يدفن في موضع لا يقدر الكفار عليه؛ إبطاً للمنفعة عليهم»^(١).

فأصل الفتوى، أنه لا يجوز إتلاف مال الغنيمة؛ لأنه مال محترم، ويتملكه المقاتلون بعد القسمة، ولكن لما كانت المصلحة بإتلافه؛ لعدم قدرة المسلمين على حمله، ولئلا يستفيد منه الأعداء، فقد تغيرت الفتوى، وجاز ذلك تبعاً لهذه المصلحة.

٢- ما أفتى به الإمام مالك من جواز شهادة الصبيان على بعضهم في الجراحات، إن لم يوجد غيرهم، وذلك لمصلحة ألا تضيع الحقوق، مع أن الأصل عدم قبول شهادتهم.

قال الفناري^(٢): «إجماع أهل المدينة على قبول شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الدماء قبل تفرقهم، كما يروي مالك، فعلى تقدير تسليمه كان لضرورة أن لا يضيع حقوق الجنايات»^(٣).

ويعلى ابن رشد (الحفيد ت: ٥٩٥هـ) جواز هذه الفتوى، وأن رائدها المصلحة قائلاً: «واختلفوا في شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراح وفي القتل، فردها جمهور فقهاء الأمصار، لما قلناه من وقوع الإجماع على أن من شرط

(١) الاختيار (٤/١٢٦).

(٢) هو: محمد بن حمزة بن محمد، شمس الدين الفناري (أو الفنري)، عالم بالمنطق والأصول، ولي قضاء بروسة، عمي ثم شفي. من مؤلفاته: فصول البدائع في أصول الشرائع، أمودج العلوم، شرح الفرائض السراجية. توفي سنة (٨٣٤هـ). ر: الأعلام (٦/١١٠).

(٣) فصول البدائع (٢/٢٥٣).



الشهادة العدالة، ومن شرط العدالة البلوغ، ولذلك ليست في الحقيقة شهادة عند مالك، وإنما هي قرينة حال، ولذلك اشترط فيها: ألا يتفرقوا لثلاً يجنبوا»^(١). وتغير الفتوى تبعاً لتحقيق المصلحة ظاهر، إذ الأصل عدم قبول شهادتهم، ولكن اعتمدت تحقيقاً لمصلحة ألا تضيع الحقوق.

٣- ما أفتى به به الحنابلة من جواز إلزام ولي الأمر أصحاب الحرف التي يحتاجها الناس بالعمل إذا امتنعوا عن ذلك. قال ابن القيم (ت: ٧٥١هـ): «أن الناس إذا احتاجوا إلى أرباب الصناعات، كالفلاحين وغيرهم، أجبر - أي ولي الأمر - على ذلك بأجرة المثل، وهذا من التسعير الواجب»^(٢).

فالأصل عدم الإلزام بالعمل، ولكن لما تعينت المصلحة بإلزامهم، تغيرت الفتوى تبعاً للمصلحة.

ثانياً: تغيير الفتوى استناداً للاستحسان:

الاستحسان: هو العدول بحكم مسألة عن نظائرها، لدليل خاص من كتاب أو سنة^(٣).

ومعنى أن الفتوى تتغير بالاستحسان: أنه إذا عرضت على المفتي مسألة يتنازعها قياسان: الأول ظاهر جلي يقتضي حكماً معيناً، والثاني قياس خفي يقتضي حكماً

(١) بداية المجتهد (٤/٢٤٦). ومعنى ألا يجنبوا: أي: لثلاً يمارس عليهم بعض الضغوط والتخويف من الآخرين، فيحجمون عن الشهادة، بسبب صغرهم وخوفهم، فلذلك اشترط أخذ إفادتهم قبل التفرق.

(٢) الطرق الحكمية ص (٢١٣).

(٣) روضة الناظر (٢/٥٣١).

آخر، فإذا قام في نفس المفتي دليل يقتضي ترجيح القياس الثاني على القياس الأول، أو العدول عن مقتضى القياس الجلي إلى مقتضى القياس الخفي، فيكون هذا الترجيح هو الاستحسان، ونكون أمام تعيّر في الفتوى واضح، إذ الأصل الحكم بمقتضى القياس الأول (الجلي) وانتقالنا إلى القياس الثاني (الخفي) تغيير للحكم.

ومثاله: أن حقوق الارتفاق^(١) لا تدخل في عقد البيع عند الحنفية دون النص عليها^(٢)، لكن هل يثبت هذا الحكم نفسه عند وقفها إذا لم ينص عليها أم لا؟ قال الحنفية: القياس عدم دخولها، والاستحسان دخولها. وتوضيح ذلك: أن وقف الأرض الزراعية يتجاوزها قياسان: الأول: قياس على البيع، والثاني: قياسها على الإجارة. والقياس الأول هو الأظهر والمتبادر إلى الذهن، بجامع ما في البيع والوقف من إخراج الملك من مالكه. وبمقتضى هذا القياس الجلي لا تدخل حقوق الارتفاق في الوقف تبعاً للأرض، بدون ذكرها أو النص عليها، كما هو في البيع.

وأما القياس الثاني: قياسها على الإجارة مبناه أن كلاً من الإجارة والوقف يفيد ملك الانتفاع بالعين، ولا يفيد تملك رقبتهما، وهذا قياس خفي، لا يتبادر إلى الذهن، بل يحتاج إلى شيء من التأمل، وبمقتضاه فإن حقوق الارتفاق تدخل في الوقف تبعاً للأرض الموقوفة، دون الحاجة للنص عليها، كما هو الحكم في الإجارة.

ولقد لجأ المفتي المجتهد إلى هذا القياس الأخير (الخفي) وتغيّر من مجرى فتواه؛ لأن المقصود بالوقف الانتفاع من الموقوف، لا تملك الرقبة، وحيث إن الانتفاع لا يتأتى بدون

(١) وهي: حق الشرب والمسيل والمرور إلى الأراضي الزراعية.

(٢) ر: بدائع الصنائع (٦/١٨٩).



حقوقها الارتفاقية، فيلزم دخولها في الوقف تبعًا، كما هو الحكم في الإجارة^(١).

ومثل ذلك تضمين الأجير المشترك، إذ الأصل عدم الضمان؛ لأنه أمين، ولا يضمن إلا بالتعدي والتقصير، وهو قول أبي حنيفة وزفر والحسن بن زياد، والأصح عند الشافعية وقول عند الحنابلة^(٢)، وهو القياس. لكن ذهب الصحابان إلى تضمين الأجير المشترك استحسانًا، ووجه الاستحسان حفظ أموال الناس. قال صاحب الهداية: «لأن تضمين الأجير المشترك نوع استحسان عندهما - أي الصحابين - لصيانة أموال الناس»^(٣). فهو استحسان سنده المصلحة. والخلاصة أن الفتوى تتغير من موجب القياس إلى غيره، استحسانًا، وذلك لدليل شرعي يقتضي ذلك، سواء أكان المصلحة أو العرف أو غيره، وهو ما يتوافق مع مقاصد الشريعة.

ثالثًا: تغير الفتوى استنادًا للعرف:

فالأحكام المبنية على الأعراف تتغير بتغير هذه الأعراف، سواء أكانت عامة أم خاصة، قولية أم عملية.

ومثال ذلك: مسألة استئجار الأجير ببعض ما يخرج من عمله.

فالأصل في الإجارة أن تكون الأجرة معلومة بلا خلاف، قال ابن قدامة (ت: ٦٢٠هـ): «يشترط في عوض الإجارة كونه معلومًا، لا نعلم في ذلك خلافًا؛ وذلك

(١) ر: الوجيز في أصول الفقه، زيدان ص (٢٣١ - ٢٣٢).

(٢) ر: البناية شرح الهداية (٣١٢/١٠)، وأسنى المطالب (٤٣٣/٥)، ومعني المحتاج (٣٥٢/٢)، المغني (١١٩/٦).

(٣) البناية شرح الهداية (٣٢٠/١٠).

لأنه عوض في عقد معاوضة، فوجب أن يكون معلومًا كالثمن في البيع»^(١). أما لو كانت الأجرة بعض عمل الأجير، فهي فاسدة، كالاستئجار على نسج غزل ببعضه منسوجًا، أو خبز طعام ببعضه مخبوزًا، أو حصاد زرع ببعضه محصودًا؛ وذلك لحديث أبي سعيد رضي الله عنه قال: «نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن عسب الفحل»^(٢)، وعن قفيز الطحان»^(٣). ومعنى النهي عن قفيز الطحان: النهي عن طحن الطعام بجزء منه مطحونًا، وهذا هو المفتى به.

إلا أن الفتوى قد تتغير تبعًا للعرف، المتغير بحسب الأمكنة والأزمنة، قال الكاساني (ت: ٥٨٧هـ): «ولو دفع إلى حائك غزلًا لينسجه بالنصف، فالإجارة فاسدة؛ لأن الحائك ينتفع بعمله، وهو الحياكة، وكذا هو في معنى قفيز الطحان، فكان الاستئجار عليه منهيًا عنه، وإذا حاكه فللحائك أجر مثله عمله، لاستيفاء المنفعة بأجرة فاسدة، وبعض مشايخنا يبلخ»^(٤) جؤز هذه الإجارة، وهو محمد بن سلمة، ونصر بن يحيى»^(٥).

إلا أن هذا العرف الذي يترك به القياس، ينبغي أن يكون عامًا؛ لأن العرف الخاص لا يصلح للتخصيص والتقييد.

(١) المغني (١٥/٦).

(٢) عسب الفحل: طرق الفحل، أي: ضرابه، يقال: عسب الفحل الناقة يعسبها، وقيل: هو ماء الفحل، فرسًا كان أو بعيرًا. ر: لسان العرب (١/٥٩٨) (عسب).

(٣) السنن الكبرى، للبيهقي (١٠٨٥٤)، باب النهي عن عسب الفحل، وسنن الدارقطني (١٩٥) كتاب البيوع.

(٤) بلخ: مدينة مشهورة بخراسان. ر: معجم البلدان (١/٤٧٩).

(٥) بدائع الصنائع (٤/١٩٢).



يقول الدكتور أحمد فهمي أبو سنه: «قال المانعون: إن الفساد ثابت بدلالة نهيهِ ﷺ عن قفيز الطحان، وقال الآخرون: إن هذا العقد صحيح، فإن أهل بلخ تعارفوا هذا الأمر، والعرف يترك به القياس، ويخص الأثر، كما في الاستصناع^(١). ورُدَّ عليهم بأنه ليس كل عرف شأنه هذا، بل هو شأن العرف العام، كما في الاستصناع؛ لأنه يؤول إلى الإجماع، أما العرف المستدلّ به فهو عرف خاص ببعض البلاد، وهو لا يقضي على قياس، ولا يخص أثرًا؛ لأن التخصيص والتقييد شأن الأدلة، وهذا ليس بدليل، وبه تبين فساد التنظير بالاستصناع»^(٢).

فعلى هذا يمكن القول: إن ما يفعله المزارعون في كثير من البلاد بإعطاء الحصبّاد أجره بنسبه معينة مما يحصده، كأن تكون عشرة بالمائة أو نحوها، أمر جائز فيما لو جرى بذلك عرف عام.

رابعًا: تغيير الفتوى استنادًا لما جرى به العمل:

ما جرى به العمل، أصل عند المالكية، ويراد به: الأخذ بقول ضعيف أو شاذ في مقابل الراجح أو المشهور، لمصلحة أو ضرورة أو عرف، أو غيره من الأسس^(٣). ومعنى ذلك أن يختار المفتي أو مجتهد المذهب قولاً ضعيفاً أو شاذاً فيفتي به، أو قاضٍ مجتهد من أهل الترجيح، فيحكم به؛ لباعث اجتماعي، فيه تحقيق مصلحة، أو سيادة

(١) فقد تعارض العرف العام (الاستصناع) مع القياس، وهو بيع المعدوم، للحديث: "لا تبع ما ليس عندك" فرجح العرف العام.

(٢) العرف والعادة في رأي الفقهاء ص (١٤٥ - ١٤٦).

(٣) ر: السجل العلمي لندوة: (نحو منهج علمي أصيل لدراسة القضايا الفقهية المعاصرة) (١٢١٦/٣)، بحث للدكتور عبد الفتاح الزينفي، بعنوان: (ما جرى به العمل).

عرف، أو وجود ضرورة، أو إصلاح قضية اجتماعية، اعتباراً منهم أن درء المفسد مقدم على جلب المصالح، وأن تغيّر الأحكام عند تغيّر الأسباب ليس خروجاً عن المشهور، بل فيه جريٌّ على أصل المذهب في المحافظة على المصالح المعتبرة شرعاً.

فمصطلح (ما جرى به العمل) ليس هو مسايرة لأهواء الناس، وتصرفات العوام، بل غايته أن تبقى الأحكام الشرعية مطبقة في حياة الناس لما علم، توافقاً مع مقتضيات مقاصد الشريعة^(١).

ومن أمثلة الفتوى المتغيرة استناداً لما جرى به العمل:

١ - مسألة غرس الأشجار في المساجد:

يذهب المالكية إلى منع غرس الأشجار في المسجد، قال أبو سعيد قاسم بن فرج بن غالب الغرناطي (ت: ٧٨٢هـ): «مذهب مالك المنع الغرسة في المسجد، وإن غرس فيه شيء قُلع، ومذهب الأوزاعي جواز ذلك، وذكر ابن الفرضي في تاريخ علماء الأندلس أن صعصعة الشامي بن سلام (ت: ١٨٠هـ) ولي الصلاة بقرطبة، وفي أيامه غرست الشجر في المسجد الجامع»^(٢).

والشاهد من ذلك، أن الفتوى تغيرت بما جرت به العمل في الأندلس، فغرست الأشجار، بعد أن كانت ممنوعة.

(١) ر: المرجع السابق (٣/١٢١٦ - ١٢١٧).

(٢) تاريخ العلماء والرواة للعلم بالأندلس (١/٢٤٠).



٢- مسألة سهم الفرس:

فقد روى مالك (ت: ١٧٩هـ) بلاغاً عن عمر بن عبد العزيز (ت: ١٠١هـ) أنه كان يقول: للفرس سهمان، وللراجل سهم. قال مالك: ولم أزل أسمع ذلك^(١). وقال ابن عبد البر (ت: ٦٣٤هـ): «والقسمة: للفرس ثلاثة أسهم: له سهم، ولفرسه سهمان، وللراجل سهم»^(٢).

لكن جرى العمل عند مالكية الأندلس بمذهب أبي حنيفة، الذي يسهم للفرس سهمًا واحدًا، وسهمًا لفرسه، فيكون للفرس سهمان، وليس ثلاثة، وللراجل سهم واحد^(٣).

٣- مسألة رفع تكبير الأذان الأول:

قال ابن عبد البر (ت: ٦٣٤هـ): «واتفق مالك والشافعي على الترجيع في الأذان الأول، ولا خلاف بين مالك والشافعي في الأذان، إلا في التكبير في أوله»^(٤)، فإن مالكا يجعل في الأذان (الله أكبر) مرتين، بخلاف الشافعي، الذي يجعله أربع مرات.

والمشهور في المذهب المالكي إخفاء الصوت في أول الأذان، والرفع في الترجيع، لكن ما جرى به العمل بالأندلس والمغرب رفع صوت المؤذن في التكبير الأول لمنتهاه،

(١) الموطأ (٩٨٤) كتاب الجهاد، باب: القسم للخيل في الغزو.

(٢) الكافي (٤٧٥/١).

(٣) ر: مصطلح (ما جرى به العمل)، د. عبد الفتاح الزيني، مرجع سابق، بحوث الندوة (١٢٣٣/٣).

(٤) التمهيد (٢٨/٢٤).

ثم يخفضه بالشهادتين دون التكبير، بحيث يسمع الناس، ثم رفع صوته بهما بحيث يساوي رفعه بالتكبير أولاً^(١).

فهذه بعض فتاوى المالكية، نلاحظ أنها تغيرت تبعاً لما جرى به العمل.

المطلب الثاني: تغيير الفتوى استناداً لطبيعة الواقعة

قد تتغير الفتوى تبعاً لطبيعة الحدث أو الواقعة، وذلك استناداً لزوال العلة، وتغيير المال، وعموم البلوى، وتكرر حدوثها.

أولاً: تغيير الفتوى استناداً لزوال العلة:

العلة هي: الوصف الظاهر المنضبط المناسب للحكم^(٢).

فلما كانت العلة هي مناط الأحكام، والمؤثرة فيه، فإن الأحكام تتغير بتغير عللها؛ لأنها مرتبطة بها وجوداً وعدماً، فإذا زالت العلة زال الحكم.

ومما يؤكد هذا المعنى ما يلي:

١- مسألة النهي عن ادخار لحوم الأضاحي:

فقد نهي عن ذلك ﷺ بقوله: "إنما نهيتمكم من أجل الدافّة"^(٣) التي دفت، فكلوا وادخروا وتصدقوا"^(٤). فقد تغيرت الفتوى بزوال العلة، التي من أجلها نهي ﷺ عن ادخار لحوم الأضاحي، ألا وهي مغادرة هذه الجماعة الغريبة (الدافّة) المدينة إلى أهلها.

(١) ر: مواهب الجليل (٢/٧٤ - ٧٥).

(٢) ر: أصول الفقه، أبو زهرة ص (٢٣٧).

(٣) الدافّة: الجماعة التي تسير سيراً لينا. ر: المصباح المنير ص (١٠٤) (دفف).

(٤) مسلم (١٩٧١)، كتاب الأضاحي، باب: ما كان من النهي عن أكل لحوم الأضاحي بعد



٢- مسألة إيقاف سهم المؤلف قلوبهم:

فالصحابة الكرام ربطوا الأحكام بعقلها، فقد منع عمر بن الخطاب رضي الله عنه إعطاء المؤلف قلوبهم من الزكاة؛ لأن العلة من أعطائهم هي تأليف قلوبهم، وقد زالت هذه العلة في زمنه، حيث قوي الإسلام، وصار غنيًا عن تأليف القلوب ^(١). وهكذا تغيرت الفتوى بزوال العلة التي ناسبت الحكم.

٣- مسألة جمع الناس في صلاة التراويح:

فقد جمع عمر رضي الله عنه الناس في صلاة التراويح على إمام واحد، مع أن النبي صلى الله عليه وسلم ترك القيام في رمضان ^(٢)؛ لأن العلة هي خوف الفرضية، وقد زالت بانقطاع الوحي. وهكذا فإن الفتوى في عهد أمير المؤمنين تغيرت في التجميع على صلاة التراويح، عما كانت عليه في عهد النبي صلى الله عليه وسلم.

٤- مسألة النهي عن كتابة الحديث الشريف:

فقد أجاز الفقهاء كتابة السنة وتدوينها، مع أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك بقوله: "لا تكتبوا عني، ومن كتب عني غير القرآن فليمحاه، وحدثوا عني ولا حرج، ومن كذب عليّ متعمدًا فليتبوأ مقعده من النار" ^(٣). فقد تبين أن علة المنع كانت خشية أن

=

ثلاث في أول الإسلام، وبيان نسخه وإباحته إلى متى شاء.

(١) ر: الجامع لأحكام القرآن (١٠/٢٦٦)، سورة التوبة.

(٢) البخاري (٢٠١٠) كتاب صلاة التراويح، باب فضل من قام رمضان.

(٣) مسلم (٣٠٠٤) كتاب الزهد والرقائق، باب: التثبت في الحديث، وحكم كتابة العلم.

يختلط القرآن بغيره، وقد زالت هذه العلة بوفاة ﷺ^(١). وبذلك تكون الفتوى تغيرت بزوال موجب الحكم، ألا وهو العلة.

فهذه بعض الأحاديث والآثار، تبين لنا من خلالها تغيير الفتوى بزوال علة الحكم الأسبق، وأن الحكم يدور مع علته وجودًا وعدمًا.

ثانيًا: تغيير الفتوى تبعًا لتغير المآل:

من أسباب تغير الفتوى تغيير المآل، وذلك بأن تتغير المصلحة أو المفسدة التي يفضي إليها الحكم، فما كان يؤول إلى مصلحة يمنع إذا صار يؤول إلى مفسدة، وما كان يؤول إلى مفسدة يصير مباحًا أو مشروعًا إذا صار يؤول إلى مصلحة. ودليل ذلك:

- قوله ﷺ لعائشة رضي الله عنها: "لولا حداثة عهد قومك بالكفر لنقضت الكعبة، وجعلتها على أساس إبراهيم"^(٢). وبمقتضى هذا أفنى الإمام مالك (ت: ١٧٩هـ) الأمير حين أراد أن يردّ البيت على قواعد إبراهيم فقال له: لا تفعل؛ لئلا يتلاعب الناس ببيت الله^(٣).

- وفي حديث الأعرابي الذي بال في المسجد، أمر النبي ﷺ بتركه حتى يتم بوله، وقال: "لا تزرموه"^(٤)، إذ أنهم لو نهره لأفسدوا عليه دينه، وارتدّ عن الإسلام.

(١) وهذا لا يعارض أذنه ﷺ لبعض أصحابه بكتابة الحديث، كعبد الله بن عمرو رضي الله عنهما، حيث اطمأن إلى تثبته، فكانت صحيفته (الصادقة).

(٢) مسلم (٣٢١٩) كتاب الحج، باب: بناء الكعبة.

(٣) ر: الموافقات (٤/١٩٧ - ١٩٨).

(٤) البخاري (٥٦٧٩) كتاب الأدب، باب: الرفق في الأمر كله.



- النهي عن قطع الأيدي في الغزو. فعن جنادة بن أمية قال: كنا مع بسر بن أرطأة في البحر، فأتي بسارق يقال له مصدر، قد سرق بخيثة^(١)، فقال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: "لا تقطع الأيدي في السفر" ولولا ذلك لقطعته^(٢). قال ابن تيمية (ت: ٧٥١هـ): «وقد نهي - النبي ﷺ - عن إقامته في الغزو خشية أن يترتب عليه ما هو أبغض إلى الله، من تعطيله أو تأخيره من حقوق صاحبه بالمشركين، حمية وغضباً»^(٣).

قال الشاطبي (ت: ٧٩٠هـ): «وجميع ما مر في تحقيق المناط الخاص مما فيه هذا المعنى، حيث يكون العمل في الأصل مشروعاً، ولكن ينهى عنه لما يؤول إليه من المفسدة، أو ممنوعاً، لكن يترك النهي عنه؛ لما في ذلك من مصلحة، وكذلك الأدلة على سد الذرائع كلها، فإن غالبها تدرع بفعل جائز إلى عمل غير جائز، فالأصل المشروعية، لكن مآله غير مشروع»^(٤).

فهذه النصوص والآثار تؤكد تغير الفتوى بتغير المآل.

(١) البخيتة: لفظ دخيل على العربية، أعجمي معرب، وهي الإبل الخراسانية، تنتج من بين عربي وفالج، يقال: جمل بختي، وناقاة بختية. ر: لسان العرب (٩/٢) (بخت).

(٢) أبو داود (٤٤٠٨) كتاب الحدود، باب: في الرجل يسرق في الغزو، أيقطع؟.

(٣) إعلام الموقعين (١٣/٣).

(٤) الموافقات (١٩٨/٤).

ومن تطبيقات الفقهاء لهذا الأصل ما يلي:

- ١ - أفتى الحنفية بجواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن والأذان والإمامة، خلافاً لفتوى أئمة المذهب بعدم الجواز، بناء على أن الأصل عدم جواز الاستئجار على الطاعات، وهذا ما يفضي إلى مفسدة ضياع القرآن، وإهمال الشعائر الدينية^(١).
- ٢ - جواز تشريح الجثة لمصلحة، كاستخراج الجنين الحي من بطنها، أو لغرض علمي، أو تحقيق جنائي، ونحو ذلك، بعد أن كان ممنوعاً عند الأقدمين، قال ابن قدامة (ت: ٦٢٠هـ): «والمرأة إذا ماتت وفي بطنها ولد يتحرك، فلا يشق بطنها، ويسطو عليه القوابل فيخرجنه. معنى يسطو عليه القوابل: أن يدخلن أيديهن في فرجها، فيخرجن الولد من مخرجه... ولنا أن هذا الولد لا يعيش عادة، ولا يتحقق أن يجيا، فلا يجوز هتك حرمة متيقنة لأمر موهوم، وقد قال عليه السلام: "كسر عظم الميت ككسر عظم الحي"^(٢)»^(٣).

فهو نص صريح بعدم جواز تشريح الجثة، على أن المفسدة الحاصلة بهتك حرمة الميت أعظم من المصلحة المتوهمة، ولكن البقاء على هذه الفتوى لدى الأقدمين، يؤول إلى تفويت مصالح راجحة في هذا الزمن، كاستخراج الجنين الحي مع تقدم العلوم الطبية،

(١) ر: المبسوط (٣٧/١٦).

(٢) أبو داود (٣٢٠٧) كتاب الجنائز، باب: في الحفار يجد العظم، هل يتكف ذلك المكان، ابن ماجه (١٦١٦) كتاب الجنائز، باب: النهي عن كسر عظم الميت.

(٣) المغني (٤١٣/٢ - ٤١٤).



وكالوقوف على حقيقة الجناية، فقد تغيّر الحكم بتغير المآل، وذلك برجحان المصالح الكثيرة على المفسد التي كانت راجحة سابقاً، فكانت الفتوى بجواز تشريح الجثة^(١).

٣- الأصل في القضاة العدالة، فلا يقضي غير العادل، ولكن أجاز الفقهاء المتأخرون إقامة الأصلاح والأقلّ فجوراً؛ لئلا يؤول الأمر إلى ضياع المصالح والحقوق، وتتعطل الأحكام، وبذلك تغيّرت الأحكام بتغيّر المآلات^(٢).

٤- الأصل في قبض المنقول أنه لا يكون إلا باليد، ولكن لما تعقدت شؤون الحياة، وكثر استيراد السلع من الخارج؛ لشدة الحاجة إلى ذلك، عندها تعذر تسليم المبلغ في مجلس العقد، كما كان سابقاً، فصحح الفقهاء المعاصرون صوراً من القبض حديثة، منها: القبض المصرفي لمبلغ من المال في حساب العميل، كأن يودع في حسابه مباشرة مبلغاً من المال، أو بحوالة مصرفية^(٣)، فاعتبر ذلك قبضاً؛ لأنه لو لم يعتبر قبضاً لآل الأمر إلى التعذر والمشقة في كثير من المعاملات المالية المعاصرة. فهذه بعض الصور من فتاوى الفقهاء، التي تغيرت بتغيّر المآل.

ثالثاً: تغيّر الفتوى استناداً لعموم البلوى:

نقصد بعموم البلوى: ما يحتاج إليه الناس حاجة متأكدة متكررة^(٤).

(١) ر: مجلة البحوث الإسلامية، عدد (٤).

(٢) ر: شرح القواعد الفقهية، الزرقا ص (٢٢٩).

(٣) ر: قرار مجمع الفقه الإسلامي، المنعقد في جدة، في دورته السادسة، رقم (٦/٤/٥٣) ما بين (١٧ - ٢٣/٨/١٤١٠هـ).

(٤) ر: أصول الفقه، د. عياض السلمي ص (١١٦).

فلما كان من مقاصد الشريعة رفع الحرج، فقد بنيت كثير من الأحكام على هذا الأساس، وللفقهاء اجتهادات في ذلك، مبنية على التخفيف ورفع الحرج، ولا سيما عندما يصبح الأمر محتاجاً إليه متكرراً، ومن ذلك:

١ - مسألة البناء على الصلاة عند سبق الحدث، وهذا عند الحنفية^(١)، على أن مما تعم به البلوى^(٢). فقد تغير الفتوى استناداً لذلك، إذ الأصل بطلان الصلاة بوقوع الحدث، وعليه الاستئناف.

٢ - مسألة التخفيف في النجاسات التي يتعذر الاحتراز عنها، فقد جاء في الاختيار: «قالوا: وبول ما يؤكل لحمه، وبول الفرس، ودم السمك، ولعاب البغل والحمار،

(١) ر: المبسوط (١/٨٩).

(٢) من شروط الحنفية في قبول خبر الواحد، ألا يكون مما تعم به البلوى. ر: تبيين الحقائق (١/٩٠). وعلى هذا فقد ردوا حديث بسرة بنت صفوان، الذي سمعته من النبي ﷺ قال: "إذا مسّ أحدكم ذكره فليتوضأ" [النسائي (١٦٤) كتاب الطهارة، باب: الوضوء من مسّ الذكر]. قالوا: ليس من المعقول أن يسكت النبي ﷺ عن بيان نقض الوضوء بمسّ الذكر لعموم الناس، مع أن أكثرهم لا يلبس السراويل، مما يجعل إفشاءه بيده إلى ذكره كثير الحدوث. ثم كيف تختص بسماع هذا الحديث امرأة، مع أن المقصود به في المقام الأول الرجال؟!.

كما ردوا حديث جابر بن سمرة الذي يأمر به النبي ﷺ بالوضوء من أكل لحوم الإبل [مسلم (٣٦٠) كتاب الحيض، باب: الوضوء من لحم الإبل]. وقالوا: إن عادة أكل لحوم الإبل كانت منتشرة في عهد الصحابة، فلو كان لحم الإبل ناقضاً للوضوء لتكرر من الرسول ﷺ التنبيه عليه وإبلاغه إلى عامة الناس، ولو فعل لم يقتصر نقله على واحد أو اثنين من الصحابة. ر: أصول الفقه، د. عياض السلمي ص (١١٦).



وخرَّه ما لا يؤكل لحمه من الطيور نجاسته مخففة... لعموم البلوى»^(١).

فقد تغيرت الفتوى، استناداً لعموم البلوى، فالأصل أنها نجاسة مغلظة، لكنها نزلت إلى مرتبة التخفيف؛ لتعذر الاحتراز عنها.

٣- مسألة إتيان المحظور في الصلاة، عندما يقصر زمانه. قال العز بن عبد السلام (ت: ٦٦٠هـ): «من أتى بمحظور الصلاة مع النسيان، فإن قصر زمانه عفي عنه اتفاقاً، وإن طال زمانه ففيه مذهبان: أحدهما: يعفى عنه؛ لأنه ينتهك الحرمة به، والثاني: لا يعفى عنه؛ لأن الشرع قد فرّق في الأعذار بين غالبها ونادرها، فعفى عن غالبها؛ لما في اجتنابه من المشقة الغالبة... فإننا نفرّق بين فضلة الاستحمار؛ لغلبة الابتلاء بها، وبين غيرها من النجاسات»^(٢).

والخلاصة أن الفتوى تتغير استناداً لعموم البلوى، إذ يكون أصل حكم المسألة شيئاً، فإذا عمت به البلوى صار الحكم شيئاً آخر، وكل ذلك من باب التخفيف على الناس، وتماشياً مع مقاصد الشريعة.

رابعاً: تغيير الفتوى بسبب تكرار الحدوث:

إذا أفتى المفتي بحدثة، ثم تكررت بعد زمن، وتغيرت الظروف المحيطة بها، فعليه أن يجدد اجتهاده، ويغيّر فتواه تبعاً لذلك، ولا يجوز أن يكتفي بفتواه القديمة قائلاً: لنا فتوى سابقة في هذه المسألة^(٣). فقد أرسل أمير المؤمنين عمر بن الخطاب إلى أبي موسى

(١) الاختيار (٣٤/١).

(٢) قواعد الأحكام (٤/٢).

(٣) ر: السجل العلمي لندوة: (نحو منهج علمي أصيل لدراسة القضايا الفقهية المعاصرة)

الأشعري رضي الله عنهما كتاباً قال فيه: "لا يمنعك قضاء قضيته بالأمس راجعت فيه نفسك، وهديت به إلى رشدك، أن تراجع الحق، فإن الحق قديم، ومراجعة الحق خير من التماذي في الباطل"^(١). قال ابن القيم (ت: ٧٥١هـ): «يريد أنك إذا اجتهدت في حكومة، ثم وقعت لك مرة أخرى، فلا يمنعك الاجتهاد الأول من إعادته، فإن الاجتهاد قد يتغيّر، ولا يكون الاجتهاد الأول مانعاً من العمل بالثاني إذا ظهر أنه الحق، فإن الحق أولى بالإيثار؛ لأنه قديم سابق على الباطل»^(٢).

والمستقرئ لكلام الأصوليين في هذه المسألة يلحظ أن تجدد الاجتهاد في الواقعة المتكررة يرجع في الغالب إلى الأسباب التالية:

- ١- أن مجرد تكرار الواقعة المستجمعة شروط الاجتهاد يدعو المجتهد إلى إعادة النظر في الواقعة مرة أخرى.
- ٢- حصول ما يقتضي تجديد الاجتهاد يقيناً، كالعثور على دليل لم يطلع عليه سابقاً.
- ٣- قيام الاحتمال المظنون بخطأ الاجتهاد الأول.
- ٤- أن يكون ذاكرةً للفتوى الأولى، ناسياً لدليلها، فإنه يكرر النظر، فرمما ظهر له من الأدلة ما كان خافياً عنه.
- ٥- اختلاف الزمن وتغيّر حاجات الناس ومصالحهم.

(٣/١١٠٥)، بحث للدكتور فيصل الحليبي، بعنوان: (تجدد الاجتهاد في الواقعة لتكرر حدوثها).

(١) سنن الدارقطني (٤/٢٠٦)، رقم (١٥) كتاب الأفضية.

(٢) إعلام الموقعين (١/٨٦).



- ٦ - اختلاف عوائد البلدان وأعرافهم.
 - ٧ - اعتبار النظر في المصالح التي يؤول إليها الفعل.
 - ٨ - مراعاة الضرورة الداعية إلى تطور المستحدثات.
 - ٩ - العمل بالاحتياط؛ لأنه قد يظهر له في الاجتهاد الثاني ما لم يظهر له في الأول.
- أن يجدد النظر ورعاً، بحيث يستشعر المجتهد الخوف من الله تعالى، أن يقصر في النظر، فيحدد الاجتهاد بتكرر الواقعة^(١).



(١) ر: تجدد الاجتهاد في الواقعة لتكرر حدوثها، د. فيصل الحلبي، مرجع سابق، سجل الندوة (١١١٥/٣ - ١١٢٠).

المبحث الثاني: اجتهادات الشافعي بين القديم والجديد وأثرها في تغير الفتوى

ويشمل مطلبين:

المطلب الأول: التعريف بالقديم والجديد في مذهب الشافعي.

المطلب الثاني: صور من الفتاوى المتغيرة بتغير الاجتهاد بين القديم والجديد.

المطلب الأول: التعريف بالقديم والجديد في مذهب الشافعي:

أولاً: تعريف القديم والجديد:

- ١- القديم: هو ما أملاه الشافعي وقرره ببغداد من آراء وأقوال فقهية، ورواها عنه تلاميذه العراقيون^(١)، وقد جمع هذا الفقه كتابه (الحجة) ويسمى العراقي^(٢).
- ٢- الجديد: هو الفقه الذي قرره الشافعي وأملاه في مصر، ورواه عنه تلاميذه المصريون^(٣).

(١) أشهرهم:

- ١- إبراهيم بن خالد اليماني، أبو ثور (ت: ٢٤٠ هـ).
- ٢- أحمد بن حنبل، أبو عبد الله (ت: ٢٤١ هـ).
- ٣- الحسين بن علي، الكرابيسي، أبو علي (ت: ٢٤٥ هـ).
- ٤- الحسن بن علي، الزعفراني، أبو علي (ت: ٢٦٠ هـ).

ر: مقدمة نهاية المطلب ص (١١٥).

(٢) ر: المرجع السابق ص (١٦٢).

(٣) وأشهرهم:

=



ثانياً: مدى الاختلاف بين القديم والجديد:

قد يتبادر إلى الذهن أن الشافعي أضرب عن القديم كاملاً، وأبطله كله، فكان الجديد ناسخاً له تماماً. وقد يساعد على ذلك ما نقله الشرييني (ت: ٩٧٧هـ) قائلاً: «وقد رجح الشافعي عنه - القديم - وقال: لا أجعل في حلّ من رواه عني، وقال الإمام^(١): لا يحلّ عدّ القديم من المذهب، وقال الماوردي في أثناء كتاب الصداق: غير الشافعي جميع كتبه القديمة في الجديد إلا الصداق... . وإذا كان في المسألة قولان: قديم وجديد، فالجديد هو المعمول به إلا في مسائل يسيرة، نحو السبعة عشر، أفتي فيها بالقديم»^(٢). والواقع ليس كذلك، فإن ما يروى من خلاف بين القديم والجديد قدر محصور من فقه الشافعي، وعلى هذا فما رواه تلاميذ الشافعي العراقيون، مما أملاه وقرره بالعراق، يعد مذهباً للشافعي، غير مرجوع عنه، ما لم يرد ما يخالفه من رواية تلاميذه

- ١- يوسف بن يحيى، أبو يعقوب، البويطي (ت: ٢٣٢هـ).
 - ٢- حرملة بن يحيى بن عبد الله بن حرملة (ت: ٢٤٣هـ).
 - ٣- الربيع بن سليمان بن داود، الجيزي (ت: ٢٥٦هـ).
 - ٤- إبراهيم بن يحيى بن إسماعيل، المزني (ت: ٢٦٤هـ).
 - ٥- يونس بن عبد الأعلى بن موسى (ت: ٢٦٤هـ).
 - ٦- الربيع بن سليمان، أبو محمد، المرداوي (ت: ٢٧٠هـ).
- ر: المرجع السابق ص (١١٥ - ١١٨).

(١) إذا أطلق الإمام في كتب الفقه الشافعية، فالمراد به إمام الحرمين، أبو المعالي، عبد الملك الجويني (ت: ٤٧٨هـ). ر: معالم في منهجية البحث الفقهي ص (٧٠).

(٢) مغني المحتاج (١/١٣).

المصريين^(١). قال النووي (ت: ٦٧٦هـ): «واعلم أن قولهم: القديم ليس مذهباً للشافعي، أو مرجوع عنه، أو لا فتوى عليه، المراد به قديم نصّ في الجديد على خلافه. أما قديم لم يخالفه في الجديد، أو لم يتعرض لتلك المسألة في الجديد، فهو مذهب الشافعي واعتقاده، ويعمل به ويفتي به»^(٢).

ثالثاً: المسائل التي يفتى بها بالقديم:

وقد جمع النووي (ت: ٦٧٦هـ) هذه المسائل في المجموع، وهي:

- ١- مسألة التثويب في أذان الصبح، القديم: استحبابه.
- ٢- مسألة التباعد عن النجاسة في الماء الكثير، القديم: أنه لا يشترط.
- ٣- مسألة الاستنجاء بالحجر فيما جاوز المخرج، القديم: جوازه.
- ٤- مسألة لمس المحارم، القديم: لا ينقض الوضوء.
- ٥- مسألة الماء الجاري، القديم: لا ينجس إلا بالتغيّر.
- ٦- مسألة تعجيل العشاء: القديم: أفضل.
- ٧- مسألة وقت المغرب، القديم: امتداده إلى غروب الشفق.
- ٨- مسألة المنفرد إذا نوى الاقتداء أثناء الصلاة، القديم: جوازه.
- ٩- مسألة أكل جلد الميتة المدبوغ، القديم: تحريمه.
- ١٠- مسألة وطء المحرم بملك اليمين، القديم: أنه يوجب الحدّ.
- ١١- مسألة تقليص أظفار الميت، القديم: كراهته.
- ١٢- مسألة شرط التحلل من الإحرام بمرض ونحوه، القديم: جوازه.

(١) ر: مقدمة نهاية المطلب ص (١٦٣).

(٢) المجموع (١/١١٠).



- ١٣- مسألة اعتبار النصاب في الزكاة، القديم: لا يعتبر.
 - ١٤- مسألة الجهر بالتأمين للمأموم في الصلاة الجهرية، القديم: استحبابه.
 - ١٥- مسألة من مات وعليه صوم، القديم: يصوم عنه وليه.
 - ١٦- مسألة الخط بين يدي المصلي إن لم يكن معه عصا ونحوها، القديم: استحبابه.
 - ١٧- مسألة إذا امتنع أحد الشريكين عن عمارة الجدار، القديم: يجبر عليه.
 - ١٨- مسألة أن الصداق بيد الزوج، القديم: مضمون ضمان اليد^(١).
- فهذه المسائل التي قال عنها الأصحاب يفتى بها بالقديم، وإن كانت مخالفة للمذهب الجديد.

المطلب الثاني: صور من الفتاوى المتغيرة بتغير الاجتهاد بين القديم والجديد :

- فقد اخترت خمس مسائل، تغير فيها اجتهاد الشافعي بين القديم والجديد، منها ما يفتى به بالقديم، ومنها ما يفتى به بالجديد وهي:
- ١- مسألة الماء الجاري إذا لاقته نجاسة.
 - ٢- مسألة بيع الجلد المدبوغ.
 - ٣- مسألة: هل الدين يمنع الزكاة؟.
 - ٤- مسألة بيع الفضولي.
- فهذه المسائل أعرضها بإيجاز، غايي من ذلك إبراز الجانب التطبيقي لتغير الفتوى بتغير الاجتهاد، وذلك على النحو التالي:

(١) ر: المجموع (١/١٠٨ - ١٠٩)، والأشباه والنظائر، للسيوطي ص (٥٤٠)، معالم في منهجية البحث الفقهي ص (٦٨).

أولاً: مسألة الماء الجاري إذا لاقته نجاسة:

لا خلاف بين القديم والجديد في أن الماء الجاري إذا لاقته نجاسة مائعة أو جامدة، وتغيّر طعمه أو لونه أو ريحه، فإنه نجس، وقد أجمع الفقهاء على ذلك. قال النووي (ت: ٦٧٦هـ): «قال ابن المنذر: أجمعوا أن الماء القليل أو الكثير إذا وقعت فيه نجاسة، فغيّرت طعمًا أو لونًا أو ريحًا فهو نجس»^(١).

لكن ما حكم الماء الجاري إذا لاقته نجاسة ولم يتغير أحد أوصافه؟

القديم: لا ينجس إلا بالتغير، قليلاً كان أو كثيراً، والسبب: أن الجاري يرد على النجاسة. قال الشيرازي (ت: ٤٧٦هـ): «في القلم: إنه لا ينجس الماء الجاري إلا بالتغير؛ لأنه ماء ورد على النجاسة، فلم ينجس من غير تغيّر، كالماء المزال به النجاسة»^(٢).

الجديد: أن الماء الجاري كالراكد في الحكم، فلا ينجس بملاقاة النجاسة، إذا كان قلتين فأكثر، إلا إذا تغيّر أحد أوصافه. ودليله: قوله ﷺ: "إذا كان الماء قلتين لم يحمل الخبث"^(٣).

(١) المجموع (١/١٦٠).

(٢) المهذب مع المجموع (١/١٩٥).

(٣) أبو داود (٦٣) كتاب الطهارة، باب: ما ينجس الماء، والترمذي (٣٢٩) كتاب الطهارة، والنسائي (٥٢) كتاب = = الطهارة، باب التوقيت في الماء.

قال عنه الخطابي (ت: ٣٨٨هـ): «ورواه محمد بن إسحاق بن يسار عن محمد بن جعفر بن الزبير، فالخطأ من إحدى روايته متروك، والصواب معمول به، وليس في ذلك ما يوجب توهين الحديث، وكفى به شاهداً على صحته أن نجوم الأرض من أهل الحديث صححوه وقالوا به.

=



وسبب تغير هذه الفتوى، راجع إلى ظهور دليل جديد من أدلة الاجتهاد، وهو الحديث السابق. أما في القديم فقد كان يرى الإمام الشافعي أن الماء لا ينجس إلا بالتغير، سواء كان كثيراً أم قليلاً؛ لحديث: "إن الماء طهور لا ينجسه شيء"^(١)، ثم ثبت للشافعي صحة حديث القلتين، من رواية عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: "إذا كان الماء قلتين لم يحمل الخبث"، فدل بمفهوم المخالفة على أنه ينجس فيما دون القلتين.

فسبب تغير الفتوى راجع إلى تغير اجتهاد الشافعي، وهو هنا ثبوت حديث لم يكن قد اطلع عليه وثبت عنده، وهو حديث القلتين، الذي فرّق بين الماء القليل والماء الكثير. ثانياً: مسألة بيع الجلد المدبوغ:

لا خلاف في جواز الانتفاع بجلد الميتة إذا دبغ؛ لقوله ﷺ: "هلا أخذتم إهابها فدبغتموه فانتفعتم به"^(٢)، أما بيعه مدبوغاً ففيه خلاف بين القديم والجديد. القديم: لا يجوز بيعه؛ حرمة التصرف به بالموت. الجديد: يجوز ذلك؛ لزوال نجاسته بالدبغ.

=

وهم القدوة، وعليهم المعول في هذا الباب «. معالم السنن مع سنن أبي داود (٥٢/١).

(١) أبو داود (٦٦) كتاب الطهارة، باب: ما جاء في بئر قضاة، والنسائي (٣٢٨) كتاب المياه، باب: ذكر بئر قضاة.

(٢) مسلم (٣٦٣) كتاب الحيض، باب: طهارة جلود الميتة بالدباغ، وأبو داود (٤١٢٠) كتاب اللباس، باب: في أهب الميتة.

قال الشيرازي (ت: ٤٧٦هـ): «وهل يجوز بيعه؟ فيه قولان: قال في القديم: لا يجوز؛ لأنه حرم التصرف فيه بالموت، ثم رخص في الانتفاع به، فبقي ما سوى الانتفاع على التحريم. وقال في الجديد: يجوز؛ لأنه منع من بيعه لنجاسته، وقد زالت النجاسة، فوجب أن يجوز البيع، كالخمر إذا تخللت»^(١). قال النووي (ت: ٦٧٦هـ): «هذان القولان في صحة بيع جلد الميتة بعد الدباغ مشهوران، والصحيح منهما عند الأصحاب هو الجديد، وهو صحته، وبه قال أبو حنيفة وجمهور العلماء»^(٢).

وسبب تغير هذه الفتوى بين القديم والجديد، راجع إلى تغير اجتهاد الشافعي، تعالى في المسألة، فقد كان يرى في القديم المنع من بيع جلود الميتة؛ لظاهر الحديث، وهو جواز الانتفاع فقط، فبقي ما وراء ذلك على أصل التحريم؛ لأنه جزء من الميتة، يشبه ذلك المنع من بيع أم الولد، والوقف، والطعام في دار الحرب:

- فأم الولد: يجوز الانتفاع بها، ولا يجوز بيعها لاستحقاقها الحرية.
 - والوقف: لا يملكه الموقوف عليه، وإن كان له حق الانتفاع به.
 - والطعام في دار الحرب: لا يملكه المسلم، وإن أبيع له أكل قدر الحاجة^(٣).
- ثم عندما ذهب الشافعي إلى مصر، تبدت له أشياء جديدة، وهي:
- ١- قناعته بأن الجلد المدبوغ صار طاهرًا ظاهرًا وباطنيًا، وبذلك جاز بيعه، كغيره من الأعيان الطاهرة المنتفع بها.

(١) المهذب مع المجموع (١/٢٨٣).

(٢) المرجع السابق نفسه.

(٣) ر: المرجع السابق نفسه.



٢- أن العوامل الاقتصادية والاجتماعية في مصر، أدت بالإمام الشافعي إلى تغيير رأيه، فعندما قدم مصر وجدها متقدمة في صناعة الجلود، التي تعتبر من العوامل الهامة في تنشيط الاقتصاد، وتحقيق المصلحة العامة، فلو بقي على فتواه في القديم، لأدى ذلك إلى تفويت المصلحة العامة، وتضييق شريان الاقتصاد الوطني للبلاد. وتحقيق المصلحة من مقاصد شريعتنا، ما لم تتعارض مع النصوص^(١).

ثالثاً: مسألة: هل الدّين يمنع الزكاة؟

في المسألة قولان:

القديم: لا تجب فيه الزكاة؛ لأن ملكيته غير مستقرة.

الجديد: فيه الزكاة؛ لأنها حق يتعلق بالعين، لا بالذمة.

قال الشيرازي (ت: ٤٧٦هـ): «فإن كان له ماشية أو غيرها من أموال الزكاة، وعليه دين يستغرقه، أو ينقص المال عن النصاب، ففيه قولان:

قال في القديم: لا تجب فيه الزكاة؛ لأن ملكه غير مستقر؛ لأنه ربما أخذه الحاكم لحق الغرماء.

وقال في الجديد: تجب الزكاة فيه؛ لأن الزكاة تتعلق بالعين، والدين يتعلق بالذمة، فلا يمنع أحدهما الآخر»^(٢).

(١) ر: الإمام الشافعي، د. أحمد نخراوي عبد السلام ص (٤٦١ - ٤٦٢).

(٢) المهذب مع المجموع (٣١٧/٥).

قال النووي (ت: ٦٧٦هـ): «الدين هل يمنع وجوب الزكاة؟ فيه ثلاثة أقوال^(١): أصحابها عند الأصحاب، وهو نص الإمام الشافعي رحمته الله في معظم كتبه الجديدة: تجب^(٢)».

ويبدو أن الخلاف بين القديم والجديد هنا مبني على خلاف: هل تجب الزكاة في العين أم في الذمة؟ ففي القديم: تجب في الذمة، والعين مرتحنة بها، ووجهه: أنها لو كانت واجبة في العين لم يجز أن يعطى حق الفقراء من غيرها، كحق المضارب والشريك. وفي الجديد: تجب في العين، وهي موجودة، ولأنه حق تعلق بالمال، ويسقط بهلاكه^(٣).

والملاحظ أن الإمام الشافعي^٤ تعالى، غير رأيه وفتواه في المسألة لما هو أصلح وأنفع للفقراء والمساكين، وغيرهم من مستحقي الزكاة، وهو الرأي الذي يتوافق والنواحي التشريعية والاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية، من حيث إنه سد الباب بإحكام أمام ضعفاء الذمم للتهرب من أداء الحقوق^(٤).

(١) هذا القولان، اللذان في القديم والجديد، وأما الثالث، فقال: «حكاه الخراسانيون أن الدين يمنع وجوب الزكاة في الأموال الباطنية، وهي الذهب والفضة، وعروض التجارة، ولا يمنعها في الظاهرة، وهي الزروع والثمار والمواشي والمعادن، والفرق: أن الظاهرة نامية بنفسها، وبهذا القول قال مالك». المجموع (٣١٧/٥).

(٢) المرجع السابق نفسه.

(٣) ر: الإمام الشافعي، د. أحمد نحراوي عبد السلام ص (٥٤٣).

(٤) المرجع السابق ص (٥٤٥).



رابعاً: مسألة من فاتته الصوم قبل القضاء:

لا خلاف بين القديم والجديد، أن من فاته شيء من رمضان، أو غيره، من نذر أو كفارة بعذر، فمات قبل إمكان القضاء، كأن استمر مسافراً أو مريضاً، والمرأة حاملاً أو مرضعاً إلى قابل، فلا تدرك له بفدية ولا قضاء، فلا إثم عليه؛ لأنه فرض لم يتمكن من فعله إلى الموت^(١).

أما لو مات بعد التمكن، ففيه خلاف:

في القديم: يتخير وليه بين الصيام عنه والإطعام، وهو مدّ عن كل يوم، ودليله حديث: "من مات وعليه صيام صام عنه وليه"^(٢). قال الرملي (ت: ١٠٠٤هـ): «والقديم أنه لا يتعين الإطعام، بل يجوز للولي الصوم عنه، بل يستحب ذلك^(٣).

وفي الجديد: تتعين الفدية في تركته لكل يوم مد طعام، ولا يصح الصوم عنه، قال الرملي: «لم يصم عنه وليه في الجديد، أي: لا يصح؛ إذ الصوم عبادة بدنية، لا تدخلها النيابة في الحياة، فكذلك بعد الممات، كالصلاة، وسواء في ذلك ما فات بعذر أم بغيره»^(٤).

ويبدو أن الراجح في هذه المسألة المذهب القديم؛ لأنه القول المبني على حديث صحيح. قال الرملي: «قلت: القديم هنا أظهر والله أعلم، وعبر عنه في التصحيح^(٥)

(١) ر: نهاية المحتاج (٣/١٨٩).

(٢) مسلم (١١٤٧) كتاب الصيام، باب: قضاء الصيام عن الميت.

(٣) نهاية المحتاج (٣/١٩٠).

(٤) المرجع السابق (٣/١٨٩).

(٥) أي: تصحيح المنهاج، لنجم الدين، أبي الفضل، محمد بن عبد الله، ابن قاضي عجلون (ت):

=

بالمختار، وفي الروضة^(١) بالصواب، وأنه الذي ينبغي الجزم به للأحاديث الصحيحة، وليس للجديد حجة من السنة، والحديث الوارد في الإطعام ضعيف.. . وقال البيهقي: لو وقف الشافعي على جميع طرق هذه الأحاديث وتظاهرها لم يخالفها إن شاء الله تعالى. قال السبكي: وهو كما قال، ويتعين أن يكون هو المختار والمفتى به»^(٢).

وهذه المسألة من المسائل التي يفتى بها في القديم، كما سلف ذكره.

خامساً: مسألة بيع الفضولي:

لا خلاف بين القديم والجديد، على أن من شروط البيع أن يكون المبيع مملوكاً لمن يباشر العقد، أو مأذوناً فيه، كأن يكون له ولاية عليه أو وكالة. قال الشيرازي (ت: ٤٧٦هـ): «ولا يجوز بيع ما لا يملكه من غير إذن مالكة، لما روى حكيم بن حزام أن النبي ﷺ قال: "لا تبع ما ليس عندك"^(٣)، ولأن ما لا يملكه لا يقدر على تسليمه، فهو كالطير في الهواء أو السمك في الماء»^(٤).

=

٨٧٦هـ). ر: كشف الظنون (١٨٧٥/٢).

(١) روضة الطالبين وعمدة المفتين، لأبي زكريا، يحيى بن شرف النووي (ت: ٦٧٦هـ). ر: كشف الظنون (٩٢٩/١).

(٢) نهاية المحتاج (١٩٠/٣).

(٣) أبو داود (٣٥٠٣) كتاب البيوع والإجازات، باب: في الرجل يبيع ما ليس عنده.

(٤) المهذب مع المجموع (٣١١/٩).



أما لو باع مال غيره، بغير إذنٍ من ولاية أو وكالة، فللشافعية فيه مذهبان: القديم: أن العقد ينعقد موقوفاً على إجازة المالك، إن أجاز صح البيع وإلا لغا، ويسمى هذا بيع الفضولي.

قال النووي (ت: ٦٧٦هـ): «قال الشيخ أبو محمد الجويني: وحيث قلنا بالقدم فشرطه أن يكون للعقد مجيز في الحال، مالكا كان أو غيره، حتى لو أعتق عبد الصبي، أو طلق امرأته، لا يتوقف على إجازته بعد البلوغ بلا خلاف. والمعتبر إجازة من يملك التصرف عند العقد، حتى لو باع مال الطفل فبلغ وأجاز لم ينفذ»^(١).

ودليل أنه موقوف، عموم قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا مُحَلُّوا شَعَيْرَ اللَّهِ وَلَا الشَّهْرَ الْحَرَامَ وَلَا الْهُدَىٰ وَلَا الْقَلْتَيْدَ وَلَا ءَامِينَ الْبَيْتِ الْحَرَامِ بَيْنَعُونَ فِضْلًا مِّن رَّبِّهِمْ وَرِضْوَانًا وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ أَن صَدُّوكُمْ عَنِ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ أَن تَعْتَدُوا وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ ﴿٢﴾﴾ (المائدة: ٢). واستدلوا بحديث حكيم بن حزام رضي الله عنه "أن رسول الله ﷺ بعث معه بدينار يشتري له أضحية، فاشتراها بدينار، وباعها بدينارين، فرجع فاشترى له أضحية بدينار، وجاء بدينار إلى النبي ﷺ، فنصدق به النبي ﷺ، ودعا له أن يبارك له في تجارته" ^(٢).

(١) المجموع (٩/٣١٤).

(٢) أبو داود (٣٣٨٦) كتاب البيوع والإحارات، باب: في المضارب يخالف، والترمذي (١٢٥٧) كتاب البيوع.

الجديد: أن العقد باطل، قال النووي (ت: ٦٧٦هـ): «الصحيح أن العقد باطل، وهذا نصه في الجديد، وبه قطع المصنف وجماهير العراقيين وكثيرون أو الأكثرون من الخراسانيين»^(١).

واستدل هؤلاء أيضاً بحديث حكيم بن حزام رضي الله عنه قال: يا رسول الله، يأتيني الرجل فيريد مني البيع ليس عندي، أفأبتاعه له من السوق؟ فقال: "لا تبع ما ليس عندك"^(٢). وهكذا تغيرت فتوى الشافعي بين القديم والجديد، إذ تغير اجتهاده في المسألة، ورجع عن القديم، ويبدو أن سبب ذلك الوقوف على ضعف حديث حكيم بن حزام، الذي اعتمده في القديم، من إجازة بيع الفضولي، مرجحاً حديثه في الجديد: "لا تبع ما ليس عندك". قال الدكتور أحمد نحرأوي عبد السلام: «وأجابوا عن الآية الكريمة بأنه ليس من البر والتقوى، وإنما هو من الإثم والعدوان. وعن حديث حكيم بن حزام بأنه حديث ضعيف؛ لأن في إسناده شيخ مجهول، وفي إسناده الترمذي انقطاع بين حديث ابن أبي ثابت وحكيم بن حزام، أو أنه محمول على أنه كان وكيلاً للنبي صلى الله عليه وسلم وكالة مطلقة، يدل عليه أن باع الشاة وسلمها للمشتري»^(٣).

فهذه بعض المسائل التي تغير فيها اجتهاد الشافعي بين القديم والجديد، وبذلك تغيرت الفتوى، تبعاً لهذا الاجتهاد، ذكرتها بإيجاز، مبيناً الفرق بين الاجتهادين: القديم والجديد، وأثر ذلك في تغير الفتوى.



(١) المجموع (٣١٢/٩).

(٢) أبو داود (٣٥٠٣) كتاب البيوع والإجازات، باب: في الرجل يبيع ما ليس عنده.

(٣) الإمام الشافعي ص (٥٨٧).



الخاتمة

وبعد، فهذه لمحة سريعة، وقفنا من خلالها على تغيّر الفتوى بسبب تغير الاجتهاد، واستعرضنا تطبيقاً عملياً من خلالها في المذهب الشافعي، وكيف تغيرت فتواه بين القديم والجديد، وبذلك يمكن استخلاص أبرز النتائج على النحو التالي:

١- أن الفتوى هي: الجواب عما يشكل من الأحكام، وأما صلتها بالقضاء فهي: أن القضاء ملزم، وهي غير ملزمة. وصلتها في الاجتهاد في أن الاجتهاد طريق الفتوى في النوازل والمستجدات.

٢- أن تغيّر الفتوى معناه: تحول الحكم إلى حكم آخر لموجب شرعي، وفقاً لمقاصد الشريعة، وأن لهذا التغير ضوابط ينبغي التقيّد بها، وذلك وفق قواعد الاجتهاد وضوابطه.

٣- أن الفتوى تتغير استناداً للمصادر الاجتهادية: المصالح، الاستحسان، العرف، ما جرى به العمل.

٤- أن الفتوى تتغير استناداً لطبيعة الواقعة، مثل: تغيّر العلة، تغيّر المآل، عموم البلوى، تكرر الحدوث.

٥- أن مذهب الشافعي القديم هو: ما أملاه الشافعي وقرره ببغداد من آراء وأقوال فقهية، رواها عنه تلاميذه العراقيون.

٦- أن المذهب الجديد هو: الفقه الذي قرره الشافعي وأملاه بمصر، ورواه عنه تلاميذه المصريون.

- ٧- أن الخلاف بين مذهبي الشافعي القديم والجديد محصور ببعض المسائل، وليس المقصود أن المذهب القديم مرجوع عنه.
- ٨- أن ثمة مسائل يفتى بها بالقديم، وهي ثماني عشرة مسألة معروفة.
- ٩- أنه تم عرض خمس مسائل، تغيّر فيها اجتهاد الشافعي بين القديم والجديد، منها ما هو مفتى به بالقديم.

وأما التوصيات فهي:

- ١- أن تولى الدراسة النصية للمذاهب الفقهية عناية خاصة، وذلك بأن يقف طلبة العلم الدارسون على خفايا وظواهر هذه النصوص، واستنباط الأحكام الشرعية منها.
- ٢- أن تعقد دورات متخصصة في الفقه والأصول ومنهجية الاستنباط للقضاة والمفتين بين الحين والآخر، لإعادة تأهيلهم.
- والحمد لله رب العالمين، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.





المصادر والمراجع

- ١ - أثر قاعدة تغير الفتوى بتغير الزمان والمكان، د. أحمد بن باكر الباكري، بحث منشور ضمن بحوث ندوة: (نحو منهج علمي أصيل لدراسة القضايا الفقهية المعاصرة)، جامعة الإمام محمد ابن سعود الإسلامية، ١٤٣١ هـ.
- ٢ - الاختيار لتعليل المختار، عبد الله بن محمود بن مودود، الموصلي (ت: ٦٨٣ هـ)، نشر: مطبعة الحلبي، القاهرة، ١٣٥٦ هـ - ١٩٣٧ هـ.
- ٣ - إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، محمد بن علي محمد، الشوكاني (ت: ١٢٥٥ هـ)، نشر: دار الفكر، بيروت.
- ٤ - أسنى المطالب شرح روض الطالب، القاضي زكريا، أبو يحيى، الأنصاري (ت: ٩٢٦ هـ)، عناية: د. محمد محمد ثامر، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت، ط/ ١، ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م.
- ٥ - الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، عبد الرحمن، جلال الدين، السيوطي (ت: ٩١١ هـ)، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت، ط/ ١، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م.
- ٦ - أصول الفقه، محمد أبو زهرة، نشر: دار الفكر العربي.
- ٧ - أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، أ.د. عياض بن نامي السلمي (معاصر)، نشر: دار التدمرية، الرياض، ط/ ٣، ١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م.
- ٨ - الأعلام، خير الدين بن محمود بن محمد، أبو الغيث، الزركلي (ت: ١٣٩٦ هـ)، نشر: دار العلم للملايين، ط/ ١١، ١٩٩٥ م.

- ٩ - إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر، أبو عبد الله، شمس الدين، ابن قيم الجوزية (ت: ٧٥١هـ)، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت، ط/ ٢، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
- ١٠ - الإمام الشافعي في مذهبيه القديم والجديد، د. أحمد نحراوي عبد السلام، ط/ ١، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.
- ١١ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد، محمد بن أحمد، أبو الوليد، ابن رشد (الحفيد) (ت: ٥٩٥هـ)، نشر: دار الحديث، القاهرة، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
- ١٢ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين، ملك العلماء، الكاساني (ت: ٥٨٧هـ)، نشر: دار الكتاب العربي، بيروت، ط/ ٩، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م.
- ١٣ - البناية شرح الهداية، محمود بن أحمد بن موسى، بدر الدين، العيني (ت: ٨٥٥هـ)، تحقيق: أيمن صالح شعبان، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت، ط/ ١، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.
- ١٤ - تاريخ العلماء والرواة للعلم بالأندلس، عبد الله بن محمد، ابن الغضائري (ت: ٤٠٣هـ)، نشر: مكتبة الخانجي، القاهرة، ط/ ٢، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.
- ١٥ - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، عثمان بن علي، فخر الدين، الزيلعي (ت: ٧٤٣هـ)، نشر: المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، ط/ ١، ١٣١٣هـ.
- ١٦ - تجدد الاجتهاد في الواقعة لتكرار حدوثها، د. فيصل الحليبي، بحث منشور ضمن بحوث ندوة: (نحو منهج علمي أصيل لدراسة القضايا الفقهية المعاصرة)، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤٣١هـ.



- ١٧- تغير الفتوى بين الانضباط والفوضى، د. طه جابر العلواني، بحث منشور ضمن بحوث ندوة: (نحو منهج علمي أصيل لدراسة القضايا الفقهية المعاصرة)، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤٣١هـ.
- ١٨- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، يوسف بن عبد الله، أبو عمر، ابن عبد البر، الأندلسي (ت: ٤٦٣هـ)، ط: وزارة الأوقاف المغربية.
- ١٩- الجامع لأحكام القرآن، محمد بن أحمد بن أبي بكر، القرطبي (ت: ٦٧١هـ)، تحقيق: عبد الله التركي، نشر: مؤسسة الرسالة، بيروت، ط/ ١، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.
- ٢٠- حدود ابن عرفة، محمد الأنصاري، الرصّاع (ت: ٨٩٤هـ)، تحقيق: د. محمد أبو الأجنان، د. الطاهر المعموري، نشر: دار الغرب الإسلامي، ط/ ١، ١٩٩٣م.
- ٢١- روضة الناظر وحنة المناظر، عبد الله بن أحمد، أبو محمد، ابن قدامة (ت: ٦٢٠هـ)، تحقيق: د. عبد الكريم النملة، نشر: مكتبة الرشد، الرياض، ط/ ٧، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
- ٢٢- سنن الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة، أبو عيسى، الترمذي (ت: ٢٧٩هـ)، تحقيق: أحمد محمد شاكر، نشر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.
- ٢٣- سنن الدارقطني، علي بن عمر، الدارقطني (ت: ٣٨٥هـ)، تحقيق: السيد عبد الله هاشم يماني المدني، نشر: دار المعرفة، بيروت، ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م.

- ٢٤- سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث، السجستاني، الأزدي (ت: ٢٧٩هـ)، تحقيق: عزة عبيد الدعاس، نشر: دار الحديث، بيروت، ط/ ١، ١٣٨٩هـ - ١٩٧٠م.
- ٢٥- السنن الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى، البيهقي (ت: ٤٥٨هـ)، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت، ط/ ٣، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
- ٢٦- سنن ابن ماجه، محمد بن يزيد، أبو عبد الله، القزويني (ت: ٢٧٥هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، نشر: دار إحياء الكتب العلمية.
- ٢٧- سنن النسائي، أحمد بن شعيب بن علي بن سنان، النسائي (ت: ٣٠٢هـ)، نشر: دار ابن حزم، بيروت، ط/ ١، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.
- ٢٨- شرح القواعد الفقهية، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا (ت: ١٣٥٧هـ)، تحقيق: ولده الشيخ مصطفى أحمد الزرقا (ت: ١٤٢٠هـ)، نشر: دار العلم، دمشق، ط/ ٤، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.
- ٢٩- شرح المجلة، سليم رستم الباز (ت: ١٣٣٨هـ)، نشر: دار إحياء التراث، بيروت.
- ٣٠- صحيح البخاري مع فتح الباري، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم، أبو عبد الله، البخاري (ت: ٢٥٦هـ)، نشر: دار الريان، القاهرة، ط/ ١، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.
- ٣١- صحيح مسلم مع شرح النووي، مسلم بن الحجاج بن مسلم، أبو الحسين، القشيري، النيسابوري (ت: ٢٦١هـ)، نشر: دار القلم، بيروت، ط/ ١.
- ٣٢- الطرق الحكمية، محمد بن أبي بكر، شمس الدين، ابن قيم الجوزية (ت: ٧٥١هـ)، نشر: مكتبة دار البيان.



- ٣٣- العرف والعادة في رأي الفقهاء، د. أحمد فهمي أبوسنه (معاصر)، نشر: مطبعة الأزهر، ١٩٤٧م.
- ٣٤- فصول البدائع في أصول الشرائع، محمد بن حمزة بن محمد الفناري (ت: ٨٣٤هـ)، تحقيق: محمد حسين إسماعيل، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت، ط/ ١، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.
- ٣٥- قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، نشر: دار القلم، عنابة: د. عبد الستار أبو غدة، نشر: دار القلم، دمشق، ط/ ٢، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.
- ٣٦- قواعد الأحكام في مصالح الأنام، عبد العزيز بن عبد السلام، سلطان العلماء (ت: ٦٦٠هـ)، نشر: مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ١٤١٤هـ.
- ٣٧- الكافي في فقه أهل المدينة، يوسف بن عبد الله بن محمد، ابن عبد البر، القرطبي (ت: ٤٦٣هـ)، تحقيق: محمد ولد ماديك الموريتاني، نشر: مكتبة الرياض الحديثة، ط/ ٢، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م.
- ٣٨- ما جرى به العرف، د. عبد الفتاح الزينفي، بحث منشور ضمن بحوث ندوة: (نحو منهج علمي أصيل لدراسة القضايا الفقهية المعاصرة)، جامعة الإمام محمد ابن سعود الإسلامية، ١٤٣١هـ.
- ٣٩- المبسوط، محمد بن أحمد بن سهل، أبو بكر، شمس الدين، السرخسي (ت: ٤٨٣هـ)، نشر: دار المعرفة، بيروت، ط/ ٣، ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م.
- ٤٠- مجلة البحوث الإسلامية، صادرة عن هيئة كبار العلماء، المملكة العربية السعودية، عدد (٤).

- ٤١- المجموع شرح المذهب، يحيى بن زكريا، بن شرف، النووي (ت: ٦٧٦هـ)، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، نشر: دار إحياء التراث العربي، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.
- ٤٢- المصباح المنير، أحمد بن محمد بن علي، أبو العباس، الفيومي (ت: ٧٧٠هـ)، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، نشر: المكتبة العصرية، بيروت، ط/ ١، ١٤١٧هـ - ١٩٨٦م.
- ٤٣- معالم السنن، محمد بن إبراهيم، أبو سليمان، الخطابي (ت: ٣٨٨هـ)، مطبوع مع سنن أبي داود، تحقيق: عزة عبيد الدعاس، نشر: دار الحديث، بيروت، ط/ ١، ١٣٨٨هـ - ١٩٦٩م.
- ٤٤- معالم في منهجية البحث الفقهي، د. عبد الله بن إبراهيم الموسى، نشر: جامعة الملك فيصل، ط/ ١، ١٤٣٥هـ - ٢٠١٣م.
- ٤٥- معجم البلدان، ياقوت الحموي، الرومي (ت: ٦٢٦هـ)، نشر: دار صادر، بيروت، ط/ ٨، ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م.
- ٤٦- المغني، عبد الله بن أحمد بن محمد، أبو محمد، ابن قدامة (ت: ٦٢٠هـ)، نشر: دار الفكر، بيروت، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
- ٤٧- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد بن أحمد، شمس الدين، الشربيني (ت: ٩٧٧هـ)، نشر: مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط: ١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م.
- ٤٨- المفردات في غريب القرآن، الحسين بن محمد، أبو القاسم، الراغب الأصفهاني (ت: ٥٠٢هـ)، تحقيق: محمد خليل عيتاني، نشر: دار المعرفة، بيروت، ط/ ٢، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.



- ٤٩ - مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكريا، أبو الحسين (ت: ٣٩٥هـ)، نشر: دار الحديث، القاهرة، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م.
- ٥٠ - المذهب، إبراهيم بن علي بن يوسف، أبو إسحاق، الشيرازي (ت: ٤٧٦هـ)، مطبوع مع المجموع، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، نشر: دار إحياء التراث العربي، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.
- ٥١ - الموافقات في أصول الشريعة، إبراهيم بن موسى، اللخمي، الغرناطي (ت: ٧٩٠هـ)، تحقيق: الشيخ عبد الله دراز، نشر: دار المعرفة، بيروت.
- ٥٢ - مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، محمد بن أحمد المغربي، الخطاب (ت: ٩٥٤هـ)، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت، ط / ١، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م.
- ٥٣ - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، محمد بن أبي العباس، أحمد بن حمزة، الرملي (ت: ١٠٠٤هـ)، نشر: مكتبة مصطفى الباي الحلبي، مصر، ١٣٨٦هـ - ١٩٦٧هـ.
- ٥٤ - نهاية المطلب في دراية المذهب، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف، الجويني، إمام الحرمين (ت: ٤٧٨هـ)، تحقيق: د. عبد العظيم محمد ديب، نشر: وزارة الأوقاف القطرية، ط / ١، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.
- ٥٥ - الوجيز في أصول الفقه، د. عبد الكريم زيدان (ت: ١٤٣٥هـ)، نشر: مؤسسة الرسالة، بيروت، ط / ٧، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.

والحمد لله رب العالمين





أهمية اعتبار المال في الفتوى مراعاة المصالح أنموذجاً



د. عبد الله بن محمد الخليفي

المملكة المغربية





مُتَكَلِّمًا

الحمد لله الذي أنزل الكتاب تبياناً وتفصيلاً لكل شيء، وختتم بمحمد النبوت، وجعله هادياً مهدياً إعلالاً لقدره وامتناناً على العالمين، ثم أورث هذه الأمة النبوة والكتاب وجعلها أمة وسطاً شاهدة على الناس أجمعين، وكلفها بأمانة التبليغ والبيان إلى يوم الدين، واستخلف زمرة من علمائها وأناطهم بالفتوى والتوجيه، والصلاة والسلام على خير معلم ومبلغ، نشهد انه أدى الأمانة وبلغ الرسالة ونصح للأمة وجاهد في الله حق جهاده حتى أتاه اليقين؛ فصلى الله عليه وعلى آله الأطهار وصحابته الأخيار. أما بعد:

فإن من نعمه سبحانه و تعالى أن قيّض لهذا الدين من يبين معالمه، تبييناً للحق الذي أمر بتبيينه، وأداءً للأمانة التي حملها أنبياءه، وعهدوا بها إلى العلماء المخلصين من بعدهم، فبدلوا من أجلها قصارى جهودهم، فأضحت الشريعة واضحة وثابتة، لا يعترها تبديل ولا تحريف، حفظا لها من عبث العابثين، وجرأة المجترئين على الإفتاء بغير علم ولا كتاب منير.

ولعل أهم ما يتعين على العالم الرشيد والمفتي الحكيم، أن يراعي مقاصد التشريع العامة التي يتوقف فهم الأحكام عليها، ويعمل وفق قواعد الدين الكلية المراعية للمصلحة العاجلة والآجلة، إذ ليس من الفقه والحكمة والبصيرة إجابة المستفتي بحكم شرعي دون تقدير لمآل تلك الفتوى وما يترتب عليها من المصالح والمفاسد.

فعلى المفتي أن يراعي في فتاواه مصالح الناس دون مغالاة إلى حد إغفال النص، وإلا بطلت فتواه، ولذلك فلا بد من مراعاة المصالح المتغيرة و المستجدة التي اقتضتها ضرورات العصر وحاجياته.

ومراعاة المصالح أو المفسد قد يختلف أحياناً باختلاف أحوال الناس وعوائدهم وظروف أزمنتهم وأمكنتهم، لهذا وجب على المفتي المجتهد أن يكون في غاية التحفظ والحذر إبان إصدار حكم أو اجتهاد أو فتوى. ، ، ويجذر من الجمود على ما كتبه الفقهاء قديماً في الإجابة عن بعض المسائل، مراعاة لوقائع معينة ماضية، أو أعراف صحيحة متغيّرة، يجعله ينزل أحكاماً قديمة على وقائع جديدة، وأعرافٍ وعوائدٍ مختلفة.

إن اعتبار المآل يقتضي معرفة المتوقع من الأمور، ومعرفة المتوقع يستوجب المعرفة التامة الصحيحة والدقيقة بما هو واقع وكائن، ومن هنا فإن معرفة المآل ثمرة من ثمرات معرفة الواقع، يلزم على المفتي المعاصر الإحاطة به. ولذلك فقيمة اعتبار المآل في الفتوى تتجلى فيما تؤتيه وما ينتج عنها من ثمرات في تطبيقها لجلب المصالح ودرء المفسد، وهذه المصالح لا بد أن تكون قائمة على حفظ مقاصد التشريع الخمسة: حفظ الدين والنفس والنسل والعقل والمال، وكل ما يفوت هذه الأصول أو بعضها فهو مفسدة يلزم منع وقوعها.

غير أنه يلاحظ أحياناً حصول بعض التضارب إلى حد الاختلاف الحاد بين الآراء في الاجتهاد والتناقض في الفتوى والسبب في ذلك اعتبار النظر إلى مآل الحكم الشرعي عند تنزيهه في الواقع من عدمه، لذلك وجب على المفتي التنبُّه إلى ذلك. فإن كان الحكم في الفتوى مبنياً على المآل، و رأى المفتي أن الحكم الذي أفتى به سيؤدي إلى مقصده أمضاه، وإن كان لا يؤدي إلى مقصده عدّل عنه أو غيره بحسب طبيعة المآل.

من أجل هذا كله، عنت لي فكرة معالجة هذا الموضوع للتأكيد على أهمية:

* الوقوف على حقيقة اعتبار المآل ومعرفة أهميته و أثره في الفتاوى التي تصدر من خلال اجتهادات فردية أو جماعية خاصة المعاصرة منها. لبيان ضرورة استحضار المآلات فيها.



* النظر في الفتاوى التي تولي اهتماماً كبيراً ببحث قضايا الناس ومشاكلهم الحادثة، وما استجدّ لهم من مسائل معاصرة، والغرض استحضار الأخذ باعتبار المآل مراعاة للمصلحة وفقه الواقع والمتوقع فيها.

خطة البحث:

المبحث الأول: بيان حقيقة اعتبار المآل.

المطلب الأول: مفهوم الاعتبار ومفهوم المآل.

١- مفهوم الاعتبار.

* الاعتبار لغة.

* الاعتبار اصطلاحاً.

٢- مفهوم المآل.

* المآل لغة.

* المآل اصطلاحاً.

المطلب الثاني: مفهوم اعتبار المآل.

المبحث الثاني: مفهوم الإفتاء المعاصر: واقعه ومدى الحاجة إليه.

المطلب الأول: مفهوم الإفتاء المعاصر.

* الإفتاء لغة.

* الإفتاء والإفتاء المعاصر اصطلاحاً.

المطلب الثاني: واقع الإفتاء المعاصر.

المطلب الثالث: الحاجة إلى الإفتاء المعاصر وشروط ممارسه.

١- معرفة مقاصد الشريعة.

٢- معرفة المصالح وفقه الموازنات.

٣- الموازنة بين المصالح والمفاسد.

٤- فقه الواقع والنظر الى المتوقع.

المبحث الثالث: مراتب المال التي يجب أن يعرفها المتعرض للفتوى.

١- مال قطعي التحقق.

٢- مال ظني التحقق:

الوجه الأول: ما كان مظنوناً ظناً غالباً.

الوجه الثاني: ما كان مظنوناً ظناً غير غالب.

٣- مال نادر التحقق.

المبحث الرابع: اشتراط فقه اعتبار المال في المفتي وحاجة المفتي إلى مراعاة المصلحة فيه.

المبحث الخامس: خطورة المآلات المراعية للمصلحة وأهمية اعتبارها لدى المفتي.

المبحث السادس: كيفية تعرف المفتي على صور المال المحققة للمصالح.

١- تصريح النص الشرعي

٢- تصريح الفاعل

٣- الظن المعتبر واستعمال العقل

٤- القرائن والملايسات ومقتضى الحال

٥- التجارب و الأبحاث العلمية

ثم الخاتمة.

والله اسأل أن يكون هذا البحث الذي أقدمه بين أيديكم لبنة جادة وجيدة في

معالجة الموضوع من جانب اعتبار المصلحة في الفتوى بنوع من التدقيق والاختصار بما

يفي بالحاجة ويجلي الفكرة.



المبحث الأول: بيان حقيقة اعتبار المال

المطلب الأول: مفهوم الاعتبار ومفهوم المال

١ - مفهوم الاعتبار:

* الاعتبار لغة:

الاعتبار من عَبَرَ الشَّيْءَ واعتبره، ومن معانيه في اللغة:

- الاختبار والامتحان، ومنه قولهم عبرتُ الدرّاهم واعتبرتها^(١).

- الاتّعاظ والتذكّر، نحو قوله تعالى: ﴿فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِيَ الْأَبْصَارِ﴾^(٢).

قال الخليل: العبرة الاعتبار بما مضى أي الاتّعاظ والتذكّر^(٣).

- الاعتداد بالشّيء في ترتّب الحكم ونحوه^(٤).

- الاستدلال بالشّيء على الشّيء^(٥). وردّ الشّيء إلى نظيره.

وعموماً فإن الاعتبار في اللغة يعني العبور والمجازة والانتقال، وكل هذه المعاني تدور على الانتقال الجسدي إذا كان هذا العبور حسياً كعبور النهر أو الطريق، أو الانتقال الذهني من موضع إلى آخر إذا كان هذا العبور معنوياً.

(١) المصباح المنير، الفيومي، ص ٢٠٢.

(٢) الحشر: ٢.

(٣) مجمل اللغة، ابن فارس ص ٦٤٣.

(٤) المصباح المنير للفيومي ص: (٢٠٢).

(٥) "لسان العرب" لابن منظور (١٧/٩-١٨).

* الاعتبار اصطلاحاً:

عرفه الطاهر ابن عاشور بقوله^(١): " الاعتبار: النظر في دلالة الأشياء على لوازمها وعواقبها وأسبابها "

وعرّفه الجرجاني فقال: هو النظر في الحكم الثابت، أنه لأيّ معنى ثبت، وإلحاق نظيره به، وهذا عين القياس^(٢).

أما الغزالي فقد سمى العبور من المنظور فيه إلى غيره بالتنبه لمعنى يناسب المنظور فيه: اعتباراً^(٣).

والجامع بين كل هذه التعاريف: النظر في المسألة أوفي حكمها وعبور الذهن إلى نظائرها والانتقال إلى لوازمها وعواقبها.

أما الدكتور عبد الكريم عكوي: فقال: " الاعتبار هو النظر في المسألة مع استحضار نظائرها والالتفات إلى لوازمها ومراعاة نقائصها، مع صحة المناسبة"^(٤) وهو تعريف جمع به ما تفرق من تعاريف الاعتبار لدى الكثير من العلماء في فنون شتى وفي مواضع شتى، وارتباطاً بذلك فاقترح التعريف التالي: " الاعتبار هو البحث والنظر في المسألة مع استحضار أمور أخرى خارجة عنها، لها صلة معتبرة بها".

(١) التحرير والتنوير، الطاهر بن عاشور، ج ٢٨ - ص ٧٢.

(٢) التعريفات، الجرجاني، ص ٢٤.

(٣) أساس القياس، الغزالي، ص ١٠٥.

(٤) نظرية الاعتبار في العلوم الإسلامية، عبد الكريم عكوي، ص ٣٧ بعدما سرد فيه ست عشرة تعريفاً للاعتبار من ص ٢٨-٣٥.



ويلاحظ أن الأصوليين من القدامى والمحدثين يستعملون الاعتبار إما بلفظه ذاته أو باستعمال ألفاظ أخرى لها علاقة به، مثل الالتفات، أو المراعاة، أو الاستصحاب أو غيرها... فنجدهم مثلاً يتحدثون عن اعتبار المصالح و اعتبار المقاصد و اعتبار مآلات الأفعال والتصرفات و اعتبار الحكم والغايات...

٢- مفهوم المال:

* المال لغة:

المال مفرد المآلات، وهو مصدر ميمي من آل الشيء يؤول أولاً. ويأتي في اللغة بمعان مختلفة منها:

- الرجوع والارتداد، يقال: آل الشيء يؤول أولاً ومالاً: رجع^(١)، والمؤئل: المرجع وزناً ومعنى، وأؤل إليه الشيء أرجعه. وألث عن الشيء ارتددت، وآل عنه: ارتد، ويقال: آل العصير إلى الثلث أو الربع، أي رجع.

- الإصلاح والسياسة، يقال: - آل المال: أصلحه وساسه، وأصلح الرعية، قال الأصمعي: آل الرجل رعيته يؤولها إذا أحسن سياستها. و آل على القوم أولاً وإيالاً وإيالاً: ولي^(٢).

وتقول العرب في أمثالها: ألنا وإيل علينا أي سئنا وساسنا غيرنا. وآل الرجل أهل بيته من هذا أيضاً، لأنه إليه ما لهم وإيهم ماله^(٣).

(١) اللسان ابن منظور مادة أول.

(٢) " القاموس المحيط " للفيروز آبادي (٤٥٢/٣)، و"لسان العرب" (٢٦٤/١)، و"المصباح المنير" ص: ٢٠.

(٣) انظر لسان العرب، ابن منظور، (القاهرة: دار المعارف، د. ت)، ١٢/١٧١ وما بعدها.

- العاقبة: فتأويل الكلام، عاقبته وما يؤول إليه، وذلك قوله تعالى: ﴿ هَلْ يَنْظُرُونَ إِلَّا

تَأْوِيلَهُ ﴾^(١) أي ما يؤول إليه وقت بعثهم ونشورهم^(٢)

يلحظ أن "المأل" في التعريفات السابقة مرتبط بانتهاء أمر بعد ابتداءه، وبذلك فلا

يخرج في معناه اللغوي عن كثير من المرادفات: المرجع، والعاقبة، والمصير، والنتيجة. . .

وأما علماء البلاغة فقد عرفوه بأنه: " هو النظر إلى الشيء بما سيكون عليه في

الزمن المستقبل"^(٣). ولهم في ذلك شواهد من القرآن الكريم كثيرة، إذ سمي الشيء في كثير

من المواضع بما سيؤول إليه، قال **عَبَّادٌ**: ﴿ قَالَ أَحَدُهُمَا إِنِّي أَرَانِي أَعْصِرُ خَمْرًا ﴾^(٤) أي عنبا

يؤول بعد العصر خمرا.

وقال سبحانه: ﴿ وَقَالَ الْأَخْرَجِيْنِي أَرَانِي أَحْمِلُ فَوْقَ رَأْسِي خُبْرًا تَأْكُلُ الطَّيْرُ مِنْهُ ﴾^(٥) أي برا

سيصير خبزا، وهو الذي تأكل منه الطير لا من الخبز.

* المأل اصطلاحا:

كلما عاد الباحث إلى المؤلفات القديمة في مجال الفقه وأصوله للبحث عن تعريف

جامع لمصطلح " المأل" استطاع ان يجزم أن أصحابها من المالكية وغيرهم- رحمهم الله -

لم يحرصوا على تعريفه التعريف الشامل -إذا استثنينا استدلال الإمام الشاطبي بأصل

(١) الأعراف ٥٣.

(٢) المقاييس: أول.

(٣) علوم البلاغة، أحمد مصطفى المراغي، ص: ٢٦٠.

(٤) نفسه.

(٥) يوسف: ٣٦.



المال - وإنما اكتفوا باعتباره وإعماله في كثير من المسائل التطبيقية^(١). أما من المحدثين فأعتقد أن الدكتور فريد الأنصاري رحمه الله هو أول من اعتنى بهذا المصطلح عناية خاصة^(٢). حيث قال: ففي اصطلاح أبي إسحاق الشاطبي فهو "أصل كلي أو دليل جزئي يقتضي اعتباره تنزيل الحكم على الفعل بما يناسب عاقبته المتوقعة استقبالا"^(٣).

وقد يرد المال بمعنيين آخرين ثانويين لا علاقة لهما بالسياق الاجتهادي، وهما: الجزء الأخرى المترتب عن الأعمال التكليفية أمراً ونهياً^(٤) والمصالح أو المفاصد الدنيوية المترتبة عن دخول المكلف في الأسباب بإطلاق^(٥).

وعرفه الدكتور محمد حامد عثمان^(٦): "أثر الفعل وما يصير إليه ويترتب عليه من مصلحة أو مفسدة قصد الفاعل ذلك أم لم يقصد".

وقد أشار الشاطبي عند استدلاله لأصل النظر في مآلات الأفعال إلى معناه فقال: "وأما المصالح الدنيوية فإن الأعمال إذا تأملتها، مقدمات لنتائج مصالح، فإنها أسباب لمسببات هي مقصودة للشارع، والمسببات هي مآلات الأسباب، فاعتبارها في جريان

(١) ينظر: بداية المجتهد: ٢ / ١٠٤، والقوانين الفقهية: ٨٣، والمحصول في علم أصول الفقه:

٦ / ١٤٢، والمبسوط: ٣٠ / ٥١، وإعلام الموقعين: ١ / ٢٢١ وغيرها. ويرجع إلى: أصل اعتبار

المال بين النظرية والتطبيق، عمر جدية، ص ٢٦ إلى ص ٣٠.

(٢) انظر: المصطلح الأصولي عند الشاطبي، فريد الأنصاري من ص ٤٢٧ إلى ٤٥٠ .

(٣) نفسه، ص ٤٢٨ و ٤٣٢ .

(٤) نفسه، ص ٤٣٧ .

(٥) نفسه، ص ٤٣٨ .

(٦) قاعدة سد الذرائع وأثرها في الفقه الإسلامي، ص: ٢١١ .

الأسباب مطلوب، وهو معنى النظر في المآلات^(١) ولهذا فالمآلا تتكون عبارة عن آثار مترتبة على السبب وغالبا ما ترد مقابل الحال، إذ كل ما يترتب على الشيء من أثر أو نتيجة أو عاقبة يؤول إليها ذلك الشيء فهو مآله.

المطلب الثاني: مفهوم اعتبار المآل:

إن قلة العناية بهذا الموضوع - في اعتقادي - كانت سببا في ندرة التعاريف التي تضبط حقيقته وتوضح ماهيته، وللاقتراب من مفهومه لا بد من جمع ما تناثر في أبحاث بعض الباحثين.

فاعتبار المآل كما يعرفه الدكتور عبد الرحمن بن معمر السنوسي هو: "تحقيق مناط الحكم بالنظر في الاقتضاء التبعية الذي يكون عليه عند تنزيله؛ من حيث حصول مقصده، والبناء على ما يستدعيه ذلك الاقتضاء"^(٢).

وعرفه محمود عثمان بأن يأخذ الفعل حكما يتفق مع ما يؤول إليه، سواء أكان الفاعل يقصد ذلك الذي آل إليه الفعل أم لا يقصده. فإذا كان الفعل يؤدي إلى مطلوب فهو مطلوب، وإن كان لا يؤدي إلا إلى شر فهو منهى عنه^(٣).

أما الدكتور الريسوني فقال: معناه النظر فيما يمكن أن تؤول إليه الأفعال والتصرفات والتكاليف موضوع الاجتهاد والإفتاء والتوجيه وإدخال ذلك في الحساب عند الحكم

(١) الموافقات: ١/١٩٤.

(٢) اعتبار المآل ومراعاة نتائج التصرفات، عبد الرحمن بن معمر السنوسي، ص: ١٩.

(٣) القاموس المبين في اصطلاحات الأصوليين، لمحمود حامد عثمان، الكلمة ٣٣٣ "مآلات الأفعال" ص ١٩٢.



والفتوى^(١).

بعد استقراء وتأمل دقيقين في تراث الإمام أبي إسحاق الشاطبي وبالخصوص في النص الذي أورده في شأن مشروعية هذا الأصل وما أضافه أيضا بعض الباحثين المعاصرين^(٢)، فقد خلص الدكتور عمر جدية إلى أن اعتبار المال هو: " اعتبار ما يصير إليه الفعل أثناء تنزيل الأحكام الشرعية على محالها، سواء أكان ذلك خيرا أم شرا، وسواء أكان بمقصد الفاعل أم بغير قصده^(٣)."

وبالتدقيق في هذه التعريفات فإن معنى اعتبار المال هو أنّ المجتهد لا يقوم بالحكم على التصرف، قولا كان ذلك التصرف أو فعلا، إلا بعد النظر في ماله ونتائجه وتقدير ما سيتمخض عنه تطبيق ذلك التصرف، ثم يوظف بعد ذلك تلك النتائج المتوقعة في تكوين مناط الحكم وتكليفه، إذ ذاك يستطيع الحكم على التصرف بالمشروعية أو عدم المشروعية- أو بالإقدام عليه أو الإحجام عنه -بناء على المال الذي اعتمده. والضابط في ذلك هو مدى تحقيق ذلك المال لمقاصد الشريعة القائمة على رعاية المصلحة. فإن وجد المال يخرم تلك المقاصد أو يخالفها حكم على أسبابه بعدم المشروعية، وإن كان محققاً للمقاصد مؤيداً لها حكم على أسبابه: بالمشروعية عليه حكما، وبالإقدام عليه عملا.

وأقترح تعريفا مختصرا جامعا هو: "أصل يقتضي النظر والحكم على التصرفات القولية والفعالية بناء على نتائجها وعواقبها ومدى تحقيقها للمقاصد المرجوة منها".

(١) نظرية المقاصد عند الامام الشاطبي، ص ٦٧.

(٢) أصل اعتبار المال بين النظرية والتطبيق، عمر جدية، ص ٣٦. وينظر من ص ٢٦ الى ٣٦.

(٣) نفسه، ص: ٢٨.

فاعتبار المال، من أعظم الأصول الشرعية التي تدل على لزوم النظر في المستقبل ومراعاته من أجل معرفة الغاية التي استهدفها الشارع من سنّ الحُكْم، والكشف عن وجوه هذه الغاية في الحادثة الواقعة، والنازلة المستفتى فيها ومدى تحقيقها للمصلحة المرجوة.

وبإسقاط حكم النتيجة والغاية على حكم الوسائل والأسباب المفضية إلى تلك النتائج، يصل المجتهد أو الفقيه أو المفتي إلى الحكم الصحيح والمناسب، إذ: ما أدى إلى مضرة حكم بإزالته، وما أدى إلى مفسدة حُكْم بمنعه، وما أوصل إلى منفعة رُغِب فيه. فلا يصح القول بمشروعية تصرف معين أو بعدمها إلا بعد أن يراعي المفتي المجتهد مآله، قال الإمام الشاطبي: "وهو مجال للمجتهد صعب المورد، إلا أنه عذب المذاق، محمود الغب^(١)، جار على مقاصد الشريعة"^(٢). وجريانه هذا على مقاصد الشريعة كفيل بالعمل على مراعاتها ووضعها في الحسبان إبان إصدار الفتوى في كل نازلة.



(١) الغب: العاقبة.

(٢) الموافقات، الشاطبي (٤/١٩٤).



المبحث الثاني: مفهوم الإفتاء المعاصر: واقعته ومدى الحاجة إليه.

المطلب الأول: مفهوم الإفتاء المعاصر:

* الإفتاء لغة:

يدور معنى الإفتاء في اللغة على: الإبانة والقوة.

فقد جاء في القاموس: الفتيا، الفتوى، تضم وتفتح، ما أفتى به الفقيه، وأفتاه في الأمر: أبانه له^(١).

وأورد صاحب لسان العرب أن الفتوى مشتقة من اسم الفتى، وهو الشاب الحدث الذي شب وقوي، فكأنه يقوى ما أشكل بيانه فيشب ويصير فتياً قوياً^(٢).

وقد جمع أبو الحسين أحمد بن فارس بين الأصلين لكلمة الفتوى: وهما الإبانة، والقوة فقال:

فتى، الفاء والتاء والحرف المعتل أصلان: أحدهما يدل على طراوة وجدة، والآخر على تبين حكم^(٣).

(١) القاموس المحيط، ج: ٤ ص: ٣٧٥ لمجد الدين الفيروزبادي. وأنظر ترتيبه ج: ٣ ص: ٤٤٧ للظاهر أحمد الزواوي.

(٢) لسان العرب لابن منظور ج: ١٥ ص: ١٤٨.

(٣) مقاييس اللغة ج: ٤ ص: ٤٧٣. وجاء في أساس البلاغة للزمخشري: وفلان من أهل الفتوى والفتيا، وتعالوا ففاتونا، وتفاتوا إلينا: تحاكموا ص: ٦٩٩. وانظر مفردات القرآن ص: ٣٧٣ للراغب الأصفهاني. م. س. وانظر الفتوى في الإسلام ص: ٤٦ لجمال الدين القاسمي.

غير أن الأستاذ محمد سليمان الأشقر^(١) ذهب الى أن الفتوى مأخوذة من الإفتاء بمعنى الإبانة والظهور على عكس ما ذهب إليه ابن فارس في كونها تدل على القوة والجدّة والحداثة.

إن الإفتاء يصدق في الأصل في كل علم، فكل من بين مسألة فقد أفتاه، ولكن اشتهر في العرف إطلاقه في الشرعية فقط^(٢). أي أن للفتوى حقيقة عرفية وهي إطلاقها على ما يتعلق بالشرع دون غيره من المجالات.

فمعنى الفتوى دائر لا محالة على السؤال والجواب، لكونها مرتبطة بهما، قال ابن حجر العسقلاني: فتيا أصله السؤال ثم سمي الجواب به^(٣). إذ السؤال ما هو إلا: استدعاء معرفة أو ما يؤدي إلى المعرفة^(٤). وما الفتوى إلا جواب عنه. قال الراغب: "الفتيا والفتوى: الجواب عما يشكل من الأحكام. ويقال: استفتيته فأفتاني بكذا"^(٥)

* الإفتاء اصطلاحاً:

الفتوى في الاصطلاح: تبيين الحكم الشرعي عن دليل لمن سأل عنه^(٦).

(١) أنظر الفتيا ومناهج الافتاء، هامش ص: ٨.

(٢) للإشارة فإن الإمام جلال الدين السيوطي ألف كتابه الحاوي في الفتاوي، بناء على المفهوم العام للفتوى لأنه يتعلق بموضوعات مختلفة، ومثله الفتاوي الحديثية لابن حجر الهيتمي. وفتاوي الشيخ أحمد ابن تيمية إلا أنها ممتزجة بالفتاوي الشرعية.

(٣) هدي الساري مقدمة فتح الباري، ابن حجر، ص: ١٧٤،

(٤) مفردات الراغب ص: ٢٥٠. م. س.

(٥) المفردات: فتى.

(٦) صفة الفتوى والمستفتي، ابن حمدان، ص ٤.



وعرفها القرآني بأنها "إخبار عن الله تعالى في إلزام أو إباحة"^(١).
وكما تطلق الفتوى على الإخبار بحكم الشرع دون إلزام، فإنها تدل على الحكم الذي وقع الإفتاء به، فيقال فتوى مشهورة أو ضعيفة^(٢).
وتطلق الفتاوى والأجوبة على المسائل أحيانا على مسمى واحد، وهو ما يجيب به المفتي عن سؤال المستفتي.
أما الإمام الشاطبي فالفتوى عنده أو الفُتْيُ: "إعلام المستفتي للحكم الشرعي في خصوص نازلته، نقلا أو استنباطا على وجه الإلزام الشرعي"^(٣).
هذا فيما يخص الفتوى إجمالا، أما الفتوى المعاصرة فهي إعلام بالحكم الشرعي في واقعة معينة وتتم باستشارة أهل العلم المختصين في العلوم الشرعية وفي جميع العلوم التي تدخل في مجالات الحياة المختلفة بما فيها السياسة والاقتصاد والاجتماع. . . انطلاقا من شمولية الإسلام، وقد تصدر من شخص فتسمى فردية وقد تصدر من جماعة فتسمى جماعية.
وبصيغة أخرى أكثر دقة وأوجز كلاما: الفتوى هي كل ما اعتمد على دليل شرعي معتبر، وكانت متسقة مع المقاصد الشرعية، وتمت بالاستفادة من ذوي الخبرات في مجالات الحياة المختلفة، في حدود تخصصاتهم.

(١) الفروق ج: ٤، ص: ٥٣. م. س.

(٢) منار السالك إلى مذهب الإمام مالك ص: ١٧ للرجاعي المطبعة الجديدة فاس ١٣٥٩ -
١٩٤٠. وانظر الهاللي على المختصر ص: ١٠٨. م. س.

(٣) الموافقات: ١٤٣/٣.

المطلب الثاني: واقع الإفتاء المعاصر:

إن الحاجة إلى الإفتاء في عالمنا اليوم شديدة، فقد تمخض الزمان عن نوازل لا عهد للسابقين بها، وعرضت للأمة قضايا لم يخطر ببال أحد وقوعها، وجدت وسائل للفتيا وطرق معاصرة لإصدارها، وهذا كله يتطلب ضبطاً وإحكاماً يتناسب وأهمية الفتيا وعظيم خطرها.

وإذا تأملنا واقع الإفتاء اليوم فإننا نوقن أن الإفتاء في حاجة إلى أمور، أجمالها في أربعة وهي:

- ١- الحاجة إلى الترشيد والتسديد إبان إصدار الفتوى.
 - ٢- عدم الإفراط والتفريط عموماً مما يؤدي إلى التشدد والتنطع من جهة أو إلى التسبب من جهة أخرى.
 - ٣- ضرورة مواكبة تطور العصر في جميع المجالات.
 - ٤- عدم المغالاة في سد الذرائع.
- ف"المفتي قائم مقام النبي"^(١)، بتعبير الشاطبي، بل هو "موقع عن رب العالمين"^(٢) بتعبير ابن القيم، والمفتي ينطلق من النص لتنزيله على الواقع، أو من الواقع للبحث له عن حلفي النص من غير إفراط ولا تفريط.
- كما يجب الحذر من الوقوع في الزلل بالفتاوى أيام الفتن والمحن، فقد حذر العلماء من ذلك، فمن قواعدهم التي برهنوا عليها في نصوص الوحيين ومنهج الصحابة قولهم:

(١) الموافقات: ٤/٦٠٧-٦٢٥.

(٢) إعلام الموقعين: ٣/١٣١.



"مما لا يُطلب نشره: ما يؤدي إعلانه إلى مفسدة أو ضرر أو إثارة فتنة أو غوغاء، أو ما يؤدي إلى تأثير بالمنهج العام للأمم، أو يؤدي إلى الحيرة والفساد في دنيا الناس ودينهم"، ومثّلوا لذلك بالأقوال الشاذة والخلافات الضعيفة واستجلاب الرُخص المخالفة للنصوص^(١).

وعلى المفتي مراجعة اجتهاداته، ومواكبة تطورات العلوم السريعة في جل التخصصات والميادين، ليحقق المقاصد الشرعية والمصالح المرعية. وإلا صار هذا المفتي غير أهل للفتوى والإفتاء، فيأثم لأنه قد يفسد أكثر مما يصلح.

فقد قال العلامة ابن القيم: من أفتى الناس وليس بأهل للفتوى، فهو آثم عاص، ومن أقره من ولاة الأمور على ذلك فهو آثم أيضاً. قال أبو الفرج ابن الجوزي رحمه الله: ويلزم ولي الأمر منعهم كما فعل بنو أمية، وهؤلاء بمنزلة من يدل الركب وليس له علم بالطريق، وبمنزلة الأعمى الذي يرشد الناس إلى القبلة، وبمنزلة من لا معرفة له بالطب وهو يطب الناس، بل هو أسوأ حالا من هؤلاء كلهم! وإذا تعين على ولي الأمر منع من لم يحسن التطب من مداواة المرضى، فكيف بمن لم يعرف الكتاب والسنة ولم يتفقه في الدين!!؟^(٢).

فهنا تتجلى أهمية فقه الواقع وفقه الواجب فيه عند العالم الفقيه والمفتي، فالإمام الشافعي غير بعض معالم مذهبه في مصر، وأفتى بفتاوى مغايرة لما كان عليه مذهبه الأول

(١) خطورة الفتوى - ١٤٣٠/٣/١٦ - خطبة بالمسجد النبوي - alminbar.net . حسين بن

عبد العزيز آل الشيخ .

(٢) إعلام الموقعين: ٤/١٩٩-٢٠٠.

في العراق، حتى اشتهر بأن له مذهبين: مذهباً قديماً ومذهباً جديداً؛ وليس ذلك إلا بيانا لمراعاته لتغير المكان والزمان والحال.

كما أن المبالغة في الأخذ بقاعدة سد الذرائع يؤدي إلى تعطيل مصالح راجحة مقابل مصالح أو مفساد متوهمة في ظن الفقيه؛ فيسارع الى إغلاق الباب إساءةً للشرع من حيث لا يعلم. كمن ذهب إلى منع زراعة العنب خشية اتخاذه خمراً، والمنع من المجاورة في البيوت خشية الزنا، فهذه الأمثلة وغيرها قد اتفقت الأمة على عدم سده، لأن مصلحته راجحة فلا تترك لمفسدة مرجوحة متوهمة^(١).

ولعل الناظر في النوازل المعاصرة في مجال الاقتصاد والطب وفنون العلم الأخرى ليرى أنها في غالبها قادمة من الدول الكافرة فيذهب الى تعميم الحكم بالرفض بناءً على مصدره ومنشئه فيحصل بذلك تحجر وتشدد وتضييق. وما دام الناس في تواصل واتصال مع الأمم الأخرى إلا وردت عليهم من المستجدات والوقائع -بحكم اتصالهم ذاك- من العادات والنظم ما لو أغلق المفتي فيه على الناس الحكم وشدد من غير دليل وحجة؛ لانفض الناس من حول الدين وغرقوا فيها من غير حاجة للسؤال، ولذلك كان من المهم سد الذرائع المفضية إلى مفساد راجحة وإن كانت ذريعة في نفسها مباحة كما ينبغي فتح الذرائع إذا كانت تفضي إلى طاعات وقربات ومصالحها راجحة^(٢).

(١) انظر: شرح تنقيح الفصول للقراني ص ٤٤٨-٤٤٩؛ الفروق للقراني ٢ / ٣٣؛ مقاصد الشريعة الإسلامية د. البيوي ص ٥٧٤-٥٨٤.

(٢) انظر: شرح تنقيح الفصول ص ٤٤٩، إعلام الموقعين ٣ / ١٠٩.



المطلب الثالث: الحاجة إلى الإفتاء المعاصر وشروط ممارسته :

غرضي من هذا المطلب أن أبين الحاجة الماسة للإفتاء و الحاجة الماسة أيضا إلى من يمارس هذا الإفتاء في هذا العصر، ولا يتأتى ذلك إلا بذكر الشروط الضرورية التي يجب توفرها في المتصدر للفتوى.

فما دامت أحوال الناس المعاصرة قد أصابها من التغيّر والتطور ما لم يسبق له مثيل، تأكّدت للمفتي المعاصر أهمية معاودة النظر في كثير من المسائل الفقهية كنوازل المعاملات المعاصرة من أنواع البيوع والسلم والضمانات وغيرها، أو كنوازل الأزمات. . كالتي تمر بالأمة هذه الأوقات وما تجر إليه من محن وفتن، وقد يكون التمسك بنصوص بعض الفقهاء وشروطهم التي ليس فيها نصٌ صريح أو إجماع من التضييق والتشدد الذي ينافي يسر الإسلام وسماحته.

فمن هذه المعطيات الأنفة الذكر تكمن الحاجة إلى إفتاء معاصر يتمخض عنه إصدار فتوى معاصرة تراعي الظروف الزمانية والمكانية، ولا يتأتى ذلك للمفتي إلا إذا كان ملما بمعرفة مايلي^(١):

١ - معرفة مقاصد الشريعة:

جعل الإمام الشاطبي فهم مقاصد الشريعة أول شروط المجتهدين، وجعل بقية الشروط وسيلة موصلة إليه، قال رحمه الله: إنما تحصل درجة الاجتهاد لمن اتصف بوصفين أحدهما فهم مقاصد الشريعة على كمالها. الثاني: التمكن من الاستنباط بناءً على فهمه

(١) انظر: رفع الحرج في الشريعة الاسلامية، عدنان محمد جمعة، من ص ٢٤٨ الى ٢٥٧.

فيها...^(١) فالشريعة مبنية على اعتبار المصالح وأن المصالح إنما اعتبرت من حيث وضعها الشارع.

٢- معرفة المصالح وفقه الموازنات:

ما من دليل شرعي إلا وقد شرع لتحقيق غاية وحكمة، وأن هذه الحكم والغايات كلها مصالح للعباد. فاعتبار الشارع للمصالح عند تشريع الأحكام وعند تطبيقها واهتمامه بمآلات الأمور ونتائجها أمر تعارف عليه المجتهدون.

٣- الموازنة بين المصالح والمفاسد:

كثيرة هي المصالح التي فوتت والمفاسد التي ارتكبت لعدم إعمال الموازين الشرعية في الترجيح بين المصالح والمفاسد. وإن كانت النيات الصادقة حاضرة عند أهلها. والموازنة بين المصالح والمفاسد هو تقديم المصالح الأكثر نفعاً عند تزاممها أو تعارضها، ودفع المفاسد الأكثر ضرراً عند تزاممها أيضاً، واختيار الأنفع في حالة تقابل المصالح والمفاسد في محل واحد، ولكثرة مصالح الناس الخاصة والعامة وتعارض تلك المصالح وتزاممها كان من الطبيعي أن يكون هناك نظام وقانون يحفظ لهم أقصى استفادة من مجموع تلك المصالح. فالموازنة والترجيح بين المصالح لا يخص العلماء وحدهم وإن كانوا هم من يقوم بذلك، ولا يتعلق بالمصالح الكلية العامة وحدها وإن كانت هي أحوج ما تكون لذلك، ولكنه يخص كل مسلم في أموره الخاصة والعامة...

(١) الموافقات: ٤/١٧٤.



٤- فقه الواقع والنظر الى المتوقع:

أساس اتصاف الفعل الواقع بكونه مصلحة أو مفسدة إنما يكون بالنظر إلى ما يتمخض عنه في المتوقع من النتائج، وبناء على هذا فلا يسلم بترجيح مصلحة على أخرى إن كانت متوهمة مهما بلغت أهميتها أو درجة شمولها.



المبحث الثالث: مراتب المآل التي يجب أن يعرفها المتعرض للفتوى:

المآل عموماً وفي الفتوى خصوصاً له ثلاث مراتب من حيث توقع حدوثه، وهي: ما يقطع بوقوعه وهو الآكد وجوداً وما يظن وقوعه إما ظناً غالباً أو مرجوحاً وما يندر وقوعه أو قد يستحيل.

١- مآل قطعي التحقق:

أو المآل المتحقق قطعاً: وهو ذلك المآل الذي يقطع المجتهد بوقوعه جازماً أن هذا التصرف يؤدي إلى تلك النتيجة لا محالة، سواء كانت مصلحة أو مفسدة. أيما كانت الوسيلة المؤدية إلى حصوله ذات إفضاءٍ قويٍّ، بحيث يترتب المآل الممنوع عنها على وجه القطع واليقين^(١) إذا كان يفضي إلى مفسدة. ومثال هذا النوع حفر بئر في طريق عام يقطع بوقوع أحد فيه، ووضع السم في الطعام مما يقطع بتضرر آكله^(٢).

فمآل هاتين الوسيلتين وهما الحفر و وضع السم: المفسدة قطعاً. ولذلك وجب اعتبار هذا النوع من المآلات بالإجماع^(٣). والمصلحة الجائزة.

(١) اعتبار المآلات ومراعات نتائج التصرفات، عبد الرحمن بن معمر السنوسي ص ٢٧.

(٢) الفروق ٣٢/٢ والموافقات ٦٢٩/٢

(٣) الموافقات ٦٣٦/٢ ونقل د وليد بن علي الحسين أنه لا يقدح في دعوى الإجماع إنكار الشافعية والظاهرية لسد الذرائع، لأن ما قطع بتحقيقه من المآلات خارج عن محل النزاع وإنما وقع الاختلاف في تسميته. انظر اعتبار مآلات الأفعال وأثرها الفقهي ص ٦٣ الهامش.



٢ - مآل ظني التحقق:

أو المآل المظنون: وهو ما كان إفضاؤه إلى المآل الممنوع أو المفسدة المحرمة، أو المآل الجائر غالباً على الظن ولا يتخلف إلا نادراً، "وذلك مثل بيع السلاح في الفتنة أو بيع العنب للخمر"^(١)، وهذا يلحق بالذي سبقه في الاعتداد.

وهو يحتمل وجهين اثنين: ما هو مظنونٌ على وجه الغلبة، وما هو مظنونٌ على وجه الكثرة التي لا تبلغ مبلغ الغلبة.

الوجه الأول: ما كان مظنوناً ظناً غالباً:

والمقصود به ما يغلب على الظن إفضاء الوسيلة المؤدية إليه، إلى المآل الممنوع والمفسدة المحرمة، أو المآل الجائر والمصلحة الجائزة، ولا يتخلف ذلك إلا في النادر.

مثال ذلك: بيع السلاح في الفتنة، وبيع العنب للخمر ونحو ذلك؛ وهذا النوع موضع خلاف بين العلماء من حيث الاعتبار وعدمه^(٢).

الوجه الثاني: ما كان مظنوناً ظناً غير غالب:

وهو ما كانت وسيلته تفضي إلى حصوله إفضاء كثيراً كثيرة غير غالبية في أكثر الأحوال، وأداؤه إلى المفسدة أو المصلحة ليس على وجه القطع الذي يحكم العقل

(١) الموافقات ٢/٦٢٩.

(٢) جعل القرابي ما يغلب على الظن في حكم ما يقطع بتحقيقه، والشاطبي احتمل وجود خلاف في اعتبارها، اما العز بن عبد السلام فيعتبر أن الشرع أقام الظن مقام العلم في أكثر الأحوال - انظر اعتبار مآلات الأفعال وأثرها الفقهي ص ٦٤ وليد بن علي الحسين.

برجحانه، كحكم القاضي بعلمه فإنه قد يفضي إلى الجور في الحكم، ويوسع الآجال فإنها تفضي كثيراً إلى الربا^(١).

٣ - مآل نادر التحقق:

أو المآل الموهوم: وهو ما كان إفضاء التصرف فيه إلى المآل نادراً فهذا لا يمنع الحكم ولا يؤثر فيه لأن الشاذ والقليل لا يعتد به.

ويقصد به أيضاً ما كانت الوسيلة المؤدية إلى وقوعه لا تفضي إليه إلا في نادر الأحوال، والغالب فيها السلامة.

ومن أمثلته: حفر البئر بموضع لا يؤدي غالباً إلى وقوع أحد فيه^(٢)، وأكل الأغذية التي لا تضر في العادة أحداً، وكذا المنع من زراعة العنب حتى لا تؤول زراعتها إلى شرب الخمر^(٣).

وهذا القسم باقٍ على أصله من الإذن، لأنه إذا غلب جانب المصلحة: فلا اعتبار بالنُدور في انحرافها، إذ تقرّر أنّ المصالح المحضة أو المفسدة المحضة نادرة الوجود في العادة^(٤).



(١) ينظر: الفروق للقرافي ٣٢/٢ والموافقات ٦٢٩/٢.

(٢) الموافقات ٦٢٩/٢.

(٣) الفروق ٣٢/٢.

(٤) اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، عبد الرحمن السنوسي ص ٣٢.



المبحث الرابع: اشتراط فقه اعتبار المال في المفتي وحاجة المفتي إلى مراعاة المصلحة فيه

إن اعتبار مآلات الأحكام هو أمر عظيم، إذ لولا هل أمكن أن تؤدي الفتاوى والآراء الاجتهادية إلى عكس مقصود الشارع من النصوص المستخدمة في استثمار تلك الأحكام.

والمقصود باعتبار المآلات في الفتوى هو أن المجتهد حين يجتهد والمفتي حين يفتي عليه أن يقدر مآلات الأحكام والأفعال التي هي محل حكمه وإفتائه، وأن يقدر عواقب حكمه وفتواه وألا يعتبر أن مهمته تنحصر في "إعطاء حكم شرعي" بل مهمته أن يحكم في الفعل وهو يستحضر مآله أو مآلاته؛ وأن يصدر الحكم وهو ناظر إلى أثره أو آثاره فإذا لم يفعل فهو إما قاصر عن درجة الاجتهاد أو مقصر فيها؛ كما يقول د. أحمد الريسوني^(١)، ومعناه أيضاً أن ينظر المجتهد في مدى تحقيق المقاصد أثناء تطبيق الحكم؛ لذلك ينبغي للناظر في النوازل والوقائع عدم التسرع بالحكم والفتيا إلا بعد أن ينظر إلى ما يؤول إليه الفعل.

فمن المعروف أن الفتوى تتغير بتغير الزمان والمكان والحال والشخص والمآل، وهذا كله اعتبار لفقه الواقع وفقه المتوقع، قال ابن القيم بيانا لهذا الأمر وإشادة بأهميته: "فصل" في تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد: هذا فصل عظيم النفع جداً وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة، أوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه، ما يعلم أن الشريعة الباهرة التي في أعلى رتب المصالح

(١) نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي. ص: ٣٥٣.

لا تأتي به، فإن الشريعة مبناهما وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها ورحمة كلها ومصالح كلها وحكمة كلها، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور وعن الرحمة إلى ضدها وعن المصلحة إلى المفسدة وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة، وإن أدخلت فيها بالتأويل، فالشريعة عدل الله بين عباده ورحمته بين خلقه وظله في أرضه، وحكمته الدالة عليه وعلى صدق رسوله - ﷺ - أتم دلالة وأصدقها"^(١).

ومما يجب مراعاته في المفتي النظر في مآلات الفتاوى، وتقدير عواقب فتواه، وما يترتب عليها في الحاضر والمستقبل، يقول ابن القيم رحمه الله: "فإذا كان في المسألة نصٌّ أو إجماعٌ فعليته تليغه بحسب الإمكان، فمن سئل عن علم فكتمه أجمه الله يوم القيامة بلجام من نار، هذا إذا أمن المفتي غائلة الفتوى، فإن لم يأمن من غائلتها وخاف من ترتب شر أكبر أمسك عنها ترجيحاً لدفع أعلى المفسدتين باحتمال أدناهما"^(٢)، فمن شأن الاهتمام باعتبار المآلات أن يجعل عند المفتي المقبل على إصدار فتواه نظرة مستقبلية تمنعه من الإقدام على فتوى تفوق مضرتها مصلحتها، وتحمله على ترجيح المصلحة على المفسدة كلما أفتى، معتبرا مال كل فعل أو تصرف يفتي فيه. وإلا وقع المفتي نفسه في غائلة الفتوى بل قد يوقع فيها السائل إذا كان الجواب لا يولي اهتماما بحاله، قال: "وكذلك إذا كان عقل السائل لا يحتمل الجواب لما سأل عنه، وخاف المسؤول أن يكون فتنة له أمسك عن جوابه"^(٣).

(١) إعلام الموقعين: (٣/٣).

(٢) نفسه: (٤/٣).

(٣) إعلام الموقعين: (٦/٣).



إذ من الأمور المهمة في أي اجتهاد أو إفتاء أن ينظر المجتهد أو المفتي إلى ما ستؤول إليه فتواه، وهذا معتبر مقصود شرعاً.

فلا يجوز أن يوقع المجتهد أو المفتي الحكم مجرداً عاماً كما هو دون اعتبار لأي أمور مؤثرة في النظر، ودون اعتبار لتداعيات تعدية الحكم دون التفات إلى العوارض والملايسات المحتفة بالملكف في واقعه، ودون عناية بالاقتضاء التبعي للواقع ومكوناته، وأي إهمال لهذا الاقتضاء التبعي يعني بالضرورة مناقضة قصد الشرع، وكل عمل لا يترتب عنه مقصوده فهو باطل^(١).

كما لا ينبغي للمفتي أن يبني فتواه على الواقع فقط، بل ينظر فيما يصير إليه حال مستفتيه، وذلك باستشراق ما يؤول إليه، قال أهل الحكمة: "واجبٌ على كل حكيم أن يحسن الارتياح لموضع البغية، وأن يبين أسباب الأمور ويمهد لعواقبها، فإنما حمدت العلماء بحسن الثبوت في أوائل الأمور، واستشفافهم بعقولهم ما تجيء به العواقب، فيعلمون عند استقبالها ما تؤول به الحالات في استدبارها، وبقدر تفاوتهم في ذلك تستبين فضائلهم، فأما معرفة الأمور عند تكشفها وما يظهر من خفياتها فذاك أمرٌ يعتدل فيه الفاضل والمفضول، والعالمون والجاهلون"^(٢)، ولأن النظر في المال يحصل فيه خير ونفع عظيم، ففيها إغلاق لباب الشر وحفظ للعباد من كل مفسدة. كما أن فيها فتح لباب الخير والمصلحة والنفع العظيم للعباد.

(١) ينظر: اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، للدكتور عبد الرحمن السنوسي، ص: ٢٠.

(٢) ينظر: مجموع رسائل الجاحظ. ص: ١٢٢.

وبدهي أن هذا لا يقع عن طريق التشهي، ولكن يقع عن طريق تحقيق المناطفي كل شخص وكل نازلة، وذلك باعتبار أن الأمور تُحَلُّ وتُحَرَّمُ بمآلاتها، إذ المآل ليس شيئاً سوى المصالح والمفاسد المتوقعة^(١) أو الواقعة تقريباً أو تغليبا.

وكل هذه المصالح المتوقعة يجب أن تراعى في الفتوى نفسها، كما تراعى في حال المفتي المتصدر للفتوى والمستفتي الطالب للفتوى وكذا الفعل أو الأمر المُفْتَى به، ففي الفتوى ينظر المجتهد إلى ما يترتب عليها من الوقوع إما في مفسدة مفضية إلى مشقة وحرَج، وإما إلى تفويت مصلحة معينة، ويراعى زمن الفتوى من حيث فساد الزمان ومدى تورعهم عن الوقوع في المحرمات، من أجل ردعهم والتشديد عليهم في الفتوى، ومعرفة حال الواقع وتغير الظروف والعوائد والأحوال، وتطور الزمان،.

وفي حال المستفتي ينظر المُفْتَى إلى مآل الحكم في حق المستفتي فيفتي كل مكلف بما يناسب حاله إما ردعا وزجرا من أجل التشديد عليه، وإما تسهلا وترخيصا من أجل التيسير عليه كما يُنظر في قصد المكلف من الفعل، ويحذر من مكر الناس وخداعهم، ويراعي حالة المستفتي ومدى قدرته وطاقته وما يفضي إليه الفعل في حقه، وعليه أن يتدرج في تبليغ الأحكام بما يناسب حال المكلف.

وفي حال المفتي ينظر المجتهد في مآل الفعل من حيث اقتداء الناس به، فيتترك الفعل غير الواجب إذا كان فعله مفضياً إلى اعتقاد وجوبه، أو مفضيا إلى الوقوع في الحرَج والمشقة أو المفسدة، كما يترك الأخذ بالرخصة إذا كان الأخذ بها يفضي إلى مفسدة.

وفي الفعل المفتي فيه ينظر إلى ما يفضي إليه الحكم وما هو وسيلة إليه ومدى تحقيقه للمقصد التشريعي.

(١) ينظر: المصطلح الأصولي عند الإمام الشاطبي، للدكتور فريد الأنصاري، ص: ٤١٦.



المبحث الخامس: خطورة المآلات المراعية للمصلحة وأهمية اعتبارها لدى المفتي

قد يقع للمفتي في بعض الأحيان قدر من التردد في الجزم ببعض الأحكام الشرعية إبان إصدار فتواه، وموجب ذلك ما يتنازعها من أصل جواز الفعل مع ما يؤول إليه ذلك الفعل من المفسدة من جهة، أو من أصل ترك الفعل وما يؤول إليه من دفع مفسدة راجحة من جهة أخرى، فعند هذا التردد يظهر الفقيه حقاً من المتفقيه، ولذلك فإن اعتبار مآلات الأحكام الشرعية وما يترتب عليها من المفاصد والمصالح باب عزيز من العلم لا بد للنظر فيه أن يكون على قدر راسخ من العلم والتحقيق، مع بعد نظر وأفق واسع في معرفة أحوال المكلفين، وأحوال الأمة وما يحتف بها من التغيرات، وقد سبق أن أشرت إلى قول الشاطبي: «وهو مجال للمجتهد صعب المورد إلا أنه عذب المذاق، محمود الغب، جار على مقاصد الشريعة»^(١).

وفي عصرنا هذا أصبح استقراء الوقائع علماً قائماً بذاته، يقوم على قوانين وقواعد دقيقة منضبطة في الإحصاء والتصنيف والاستنتاج، وأصبحت تُبنى على نتائجه الخطط والبرامج والمشاريع، استدلالاً بما هو كائن على رسم ما ينبغي أن يكون لتفادي مفاصد وتحريّ مصالح، وهو ما ينبغي على الفقيه المجتهد أن يستعمله مسلماً في التعرّف على مآلات الأفعال كما يجري بها الواقع، حتى إذا ما علم بيقين أو بظنّ غالب أنّ تلك المآلات هي التي ستقع مستقبلاً، بنى أحكامه وفتاواه على اعتبارها بحيث يتحقّق المقصد

(١) الموافقات: ٥/١٧٨ و ٤/١٩٤.

الشرعيّ منها، فهذا مسلك يتوقّف عليه فقهاء اليوم بأوضح وأقوم ما كان بين يدي السابقين^(١).

لقد أصبح استشراف المستقبل وعلم الاستراتيجيات علوما قائمة الذات، تقنن القوانين وتقعّد القواعد، ومن خلال تلك القوانين والقواعد تُستطلع الآراء، وتُحلّل وتُجمع المؤشّرات مما يجري من الأحداث والوقائع، ثم يُبنى عليها للوصول إلى ما يتوقع من نتائج.

أما الذي لا يعير اهتماما بالنظر في المآلات فهو خلل سببه قصور في المفاهيم ومنتهاه خطأ في الإفتاء، لأنه لا ينظر إلى النتائج التي تؤدي إليها أقواله التي تصدر عنه دون أن يستيقن أن مآلها مصالح أو مفاسد ولأن إطلاق الأحكام الشرعية والحديث في الشرع دون مراعاة لمآلاته إنما هو نوعٌ من العبث، وأقصر الطرق إلى الإضلال من غير علم.

ولقد تنبّه الإمام الشاطبي لخطورة المآلات، فقال في كلام مفصّل مقصدي يبين أهمية اعتبارها: "النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا، سواء كانت الأفعال موافقةً أو مخالفةً، وذلك أنّ المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام إلّا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل، فقد يكون مشروعاً لمصلحة فيه تُستجلب، أو لمفسدةٍ تُدرأ...، ولكنّ له مآلاً على خلاف ما قُصد فيه، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه، أو مصلحة تندفع به، ولكنّ له مآلاً على خلاف ذلك، فإذا أُطلق القول في الأول بالمشروعية، فرمّا أدى استجلاب المصلحة فيه إلى مفسدة تساوي

(١) اعتبار المآلات في فقه الأقليات، عبد المجيد النجار، ص ٢٥.



المصلحة أو تزيد عليها، فيكون هذا مانعاً من إطلاق القول بالمشروعية، وكذلك إذا أُطلق القول في الثاني بعدم المشروعية، ربما أدى استدفاع المفسدة إلى مفسدةٍ تساوي أو تزيد، فلا يصحُّ إطلاق القول بعد ما لمشروعية، وهو مجالٌ للمجتهد صعبُ المَورد، إلا أنه عذب المذاق، تحمّود الغبّ، جارٍ على مقاصد الشريعة^(١).

فإذا ثبت بما لا يدع مجالاً للشك أن وضع الشرائع إنما هو لمصالح العباد في العاجل والآجل معاً^(٢)؛ كان لزاماً على المجتهد والمفتي في الوقائع الحادثة اعتبار ما فيه مصلحة للعباد ودرء ما فيه مفسدة عليهم.

فيستحيل أن تأمر الشريعة بما فيه مفسدة أو تنهى عما فيه مصلحة بدليل استقراء آيات القرآن الكريم وأحاديث النبي ﷺ، يقول الإمام البيضاوي -رحمه الله-: "إن الاستقراء دل على أن الله سبحانه شرع أحكامه لمصالح العباد"^(٣).

ويؤكد على ذلك الإمام ابن القيم -رحمه الله- وهو من المعتنين بذلك بقوله: "القرآن وسنة رسول الله ﷺ مملوءان من تعليل الأحكام والمصالح وتعليل الخلق بها، والتنبيه على وجوه الحكيم التي لأجلها شرع الأحكام ولأجلها خلق تلك الأعيان ولو كان هذا في القرآن والسنة في نحو مائة موضع أو مائتين لسقناهما، ولكنه يزيد على ألف موضع بطرق متنوعة"^(٤).

(١) الموافقات: ٤٤٠/٥. تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان. دار ابن عفان. الطبعة الأولى

١٤١٧هـ / ١٩٩٧م.

(٢) الموافقات ٢ / ٩.

(٣) نهاية السؤل في شرح المنهاج ٤ / ٩١.

(٤) مفتاح دار السعادة ص ٤٠٨.

فينبغي عندئذٍ أن يراعي الناظر في النوازل تحقيق المصالح في حكمه وفتواه حتى لا يخرج عن كليات الشريعة ومقاصدها العليا.

ويقول الشاطبي رحمه الله بعد أن يقرر أنه ليس كل حق ينشر، وليس كل كلام يقال على المأل، يقول: "فتنبه لهذا المعنى وضابطه أنك تعرض مسألتك على الشريعة فإن صحت في ميزانها فانظر في مآلها بالنسبة إلى حال الزمان وأهله، فإن لم يؤد ذكرها إلى مفسدة فاعرضها في ذهنك على العقول، فإن قبلتها فلك أن تتكلم فيها إما على العموم إن كانت مما تقبلها العقول على العموم، وإما على الخصوص إن كانت غير لائقة بالعموم، وإن لم يكن لمسألتك هذا المساغ فالسكوت عنها هو الجاري على وفق المصلحة الشرعية والعقلية"^(١).



(١) الموافقات الشاطبي (٤/١٩١).



المبحث السادس: كيفية تعرف المفتي على صور المال المحققة للمصالح

يحتاج المفتي إلى طريقة للتحقق من صور المال من أجل معرفتها وكشفها حتى لا يكون تقديره من قبيل الظن غير المعبر، وبالتالي تكون أحكامه التي يبنى عليها غير سليمة، وطرق المآلات عدة منها:

١ - تصريح النص الشرعي^(١):

فقد ذكر الشارع الحكيم أن بعض التصرفات والأفعال تفضي بالضرورة إلى مآلات ونتائج خاصة، و لذلك شرع الأحكام بناء على اعتباره لتلك المآلات لأنها وضعت لمصالح العباد في العاجل والآجل معاً، والمآلات المعبرة في النصوص الشرعية قسمان:

١ - مآلات كلية أو عامة: وهي مآلات الشريعة عامة والمقاصد العامة للتشريع كقوله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾^(٢)، وقوله سبحانه: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾^(٣).

ب- مآلات جزئية أو خاصة: وهي مآلات الشريعة الخاصة في فرع معين من فروع الشريعة وهي المقاصد من عبادات أو تصرفات معينة مثل قوله تعالى: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا

(١) سماه د. وليد بن علي الحسين ب"تصريح المشرع انظر اعتبار مآلات الأفعال وأثرها الفقهي ص ٢٤٧ وسماه عبد الرحمن بن معمر السنوسي ب"تصريح الشارع، وأورده تحت دائرة التصريح النصي، انظر اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات ص ٣٨١.

(٢) سورة الأنبياء: الآية ١٠٧.

(٣) سورة الحديد: الآية ٢٥.

بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ ﴿١﴾ وقوله سبحانه: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴿١٨٣﴾﴾^(٢)، وهذا ما قرره الامام الشاطبي بقوله: " إن أحكام الشريعة تشتمل على مصلحة كلية في الجملة وعلى مصلحة جزئية في كل مسألة على الخصوص"^(٣).

وهذا لا يعني أن كل النصوص بينت مآلات جميع الأحكام بل وردت أحكام في النصوص من غير بيان مآلتها كالزنا وشهادة الزور والأمر بكفالة اليتيم. لذا وجب على المفتي أن يكون قادرا على اقتباس تصريح الشارع واستيعابه الاستيعاب الذي يحصل به الفهم السديد القادر على استنباط المراد من النص الشرعي عند كل ورود.

٢ - تصريح الفاعل^(٤):

الذي يقرأنه سيفعل كذا لأجل كذا او بغية شيء معين، فتصريحه هذا يبنى عليه الحكم الشرعي لأنّ دلالته على المال دلالة قوية. فمآل التصرف إذا صرح به فاعله قبل الشروع فيه فإنه يؤدي إلى التأثير في الحكم.

فإذا كان الفعل يؤول إلى ما يوافق التصريح، فقد يؤول الفعل أيضا إلى ما يوافق النية وقد يؤول إلى ما يخالفها، إلا أنّ نية الفاعل ومقصده من فعله هي عنصر مهم من العناصر المحددة لنتائجه وآثاره. فمن تزوج بقصد مضمر للتحليل اتجه إلى فعله حكم

(١) سورة العنكبوت: الآية ٤٥.

(٢) سورة البقرة: الآية ١٨٣.

(٣) الموافقات ج ٢-٣٨٦.

(٤) سماه د. وليد بن علي الحسين ب"تصريح المكلف لأنه يتحدث عن مآلات الأفعال، غير أن التصرف قد يكون من مكلف وغيره، انظر اعتبار مآلات الافعال وأثرها الفقهي ص ٢٤٨.



الحرمة فباء بالإثم، وليس يتّجه إليه المنع في الخارج بالقضاء، وأمّا إذا كان القصد ظاهراً بالقرائن الكافية فإنّ المنع يتّجه إليه فيُحظر وقوعه من قبل من بيده الحظر.

٣ - الظنّ المعتبر واستعمال العقل:

المراد به الاعتقاد الراجح مع احتمال النقيض والظنّ الغالب أقوى من مجرد الظنّ المرجوح - الوهم -، والعقل هو الذي يحسم في معرفته وذلك عن طريق الحس والمشاهدة أو باستحضار العرف والعادة فالعقول السليمة تدرك أن الخمر والميسر والربا والزنا إنّما حرمت لما تؤول إليه من المفساد التي يؤكدها واقع الحال يقول ابن حجر " إنّ الحلال حيث يخشى أن يؤول فعله مطلقاً إلى مكروه أو محرم ينبغي اجتنابه كالإكثار مثلاً من الطيبات فإنه يوجب إلى كثرة الاكتساب الموقع في أخذ مالا يستحق أو يفضي إلى بطر النفس، وأقل ما فيه الاشتغال عن مواقف العبودية وهذا معلوم بالعادة مشاهد بالعيان"^(١).

بل إن المخططات اليوم تبنى على الظنّ الراجح، إذ "كثيراً ما ينتهي إلى تلك النتائج بالظنّ الغالب؛ ولذلك فإنّه تُبنى عليه اليوم المخططات المستقبلية في الاقتصاد والسياسة والاجتماع، فيمكن إذن استثماره مسلوكاً في معرفة مآلات الأفعال، تحريماً لما هو من قواعده ينتج نتائجه بالظنّ الغالب، لتكون تلك المآلات معتبرة في تطبيق الأحكام الشرعية المفوضية إلى مقاصدها"^(٢).

(١) فتح الباري ج١ - ١٢٧.

(٢) اعتبار المآلات في فقه الأقليات، عبد المجيد النجار.

٤ - القرائن والملايسات ومقتضى الحال :

القرائن غالباً ما تحتف بالتصرفات والملايسات المقترنة بالأحوال ولذلك فوجود قرائن معينة معروفة قد يشير إشارة قوية بأن هذا التصرف سيؤول إلى تلك النتيجة.

يقول د. الريسوني " قرر العلماء أن الفتوى تقدر زمانا ومكانا وشخصا، واعتبار المآلات في زماننا هذا الذي نحن فيه، يحتاج إلى كل هذا، يحتاج إلى معرفة أحوال الزمان والمكان والأشخاص لكي يتأتى للمفتي تقدير مآلات الأفعال وآثار فتواه عليها"^(١)، وهذا ما سماه الشاطبي بتحقيق المناط الخاص إذ يقول " العالم والمجتهد يبحث عن المناط الخاص للحكم بالنسبة للشخص المعين في زمان معين ومكان معين لمعرفة ما يناسب حاله من أحكام الشرع"^(٢) والامثلة على ذلك كثيرة، نذكر منها ما حكاه ابن القيم عن شيخه ابن تيمية قال " مررت أنا وبعض أصحابي في زمن التتار يقوم يشربون الخمر فأنكر عليهم من كان معي، فأنكرت عليه وقلت إنما حرم الله الخمر لأنها تصد عن ذكر الله وعن الصلاة وهؤلاء يصدهم الخمر عن قتل النفوس وسبي الذرية وأخذ الأموال فدعهم"^(٣).

يقرر الإمام ابن تيمية رحمه الله هنا ضرورة مراعاة مآلات الأفعال فإن كانت تؤدي إلى مطلوب فهي مطلوبة وإن كانت لا تؤدي إلا إلى شر فهي منهي عنها كما يقرر أن الغاية من إنكار المنكر هي حدوث المعروف، فإذا كان إنكار المنكر يستلزم ما هو أنكر منه فإنه لا يسوغ إنكاره.

(١) نظرية المقاصد ٣٥٥.

(٢) الموافقات ج ٤ - ٩٨.

(٣) إعلام الموقعين ابن القيم (٥/٣).



٥ - التجارب والأبحاث العلمية:

التجارب اختبار المحرب إلى أن يصل إلى ما يقارب العلم أو الظن، فدراسة المآلات إذن مسالك اجتهادية تحتاج إلى أقدار كبيرة من التحقيق والتثبت بالتجربة، فالكل يتفق على اعتبار التجارب في استشراف المستقبل أمراً ضرورياً وقد اعتمدت الشريعة بالتجارب في اعتبار المآلات.

وأصبح من الممكن في أحوال كثيرة استشراف مآلات ونتائج العديد من التصرفات البشرية بناء على المقدمات التي تنطلق منها.

وعلى المفتي الناظر المحرب أن يُحسن النظر وأن يتحرى أقصى التحري، ويبني على ذلك العلم المسبق بالمآلات كل الأحكام الفقهية التي تناسب المال المحقق للمصلحة، ويتفادى الأحكام التي تنتهي إلى مآل لا تتحقق فيها تلك المصلحة أو يؤدي إلى المفسدة.



الخاتمة

نخلص مما سبق إلى أن فقه المال ومراعاته للمصلحة: نظر اجتهادي يجمع بين الواقع والمتوقع أثناء إصدار الفتوى. لذلك فواجب المفتي لا ينحصر فقط في تحديد الحكم الشرعي الأصلي، وإنما يتعداه إلى بذل الوسع لإنجاح تنزيل الحكم في الواقع بصورة تفضي إلى تحقيق المقاصد والمصالح المتوخاة منه شرعا ويتأكد من أنها لن تؤول إلى مفسدة مساوية للمصلحة أو راجحة عنها، فهو إذن فقه يتشوف الحال مستقبلا ليجنب المسلم التطبيق الآلي المفضي إلى سوء النتائج والعواقب.

ولهذا فواجب المفتين أن يبذلوا قصارى جهودهم لفهم واقع الحال ومتوقع المآل وذلك باستشارة العلماء الاقتصاديين والأطباء وغيرهم. . للاستفادة من التصورات التي تتوفر لديهم حتى يتمكنوا من تحقيق المناط لتنزيل الحكم على كل واقع.

نسأل الله أن ينفعنا ويوفقنا إلى كل خير. انه ولي ذلك والقادر عليه وصلى الله على

سيدنا محمد.





فهرس المصادر والمراجع

- ١- المصحف الشريف: طبع بالرسم العثماني على رواية الإمام حفص عن عاصم
- ٢- أساس البلاغة للزمخشري: مطابع الشعب بالقاهرة ١٩٦٠.
- ٣- أصل اعتبار المال بين النظرية والتطبيق، د. عمر جدية، دار ابن حزم، ط ١، ١٤٣٠ هـ - ٢٠١٠ م
- ٤- اعتبار المآلات في فقه الأقليات، عبد المجيد النجار.
- ٥- اعتبار المآلات ومراعات نتائج التصرفات، د. عبد الرحمن بن معمر السنوسي، دار ابن الجوزي، ط ١، ١٤٢٤ هـ.
- ٦- اعتبار مآلات الأفعال وأثرها الفقهي، د. وليد بن علي الحسين، دار التدمرية الرياض، ط ١، ١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م.
- ٧- إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن قيم الجوزية (٧٥١ هـ)، راجعه وقدم له طه عبد الرؤوف سعد، دار الجبل، بيروت.
- ٨- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، للإمام القاضي أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الأندلسي الشهير بابن رشد الحفيد ٥٩٥ هـ دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت د. ت.
- ٩- تاج العروس من جواهر القاموس للإمام محب الدين أبي فيض السيد محمد مرتضي الحسيني الواسطي الزبيدي (١٢٠٥ هـ) دار الفكر للطباعة والنشر بيروت (دت)
- ١٠- التحرير والتنوير لمحمد الطاهر بن عاشور ١٣٧٩ هـ مكتبة العلوم والحكم المدينة النبوية

- ١١- التعريفات للرجحاني الشريف علي بن محمد الحسيني الجرجاني الحنفيت ٨١٦هـ،
حققه وقدم ووضع فهرسه إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي بيروت، الطبعة
الثانية ١٤١٣هـ-١٩٩٢م
- ١٢- خطورة الفتوى، حسين بن عبد العزيز آل الشيخ - - ١٦/٣/١٤٣٠-خطبة
بالمسجد النبوي- alminbar.net.
- ١٣- رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، د. يعقوب الباحثين، مكتبة الرشد، الرياض،
الطبعة الثالثة، ١٤٢٠هـ.
- ١٤- شرح تنقيح الفصول لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي
المعروف بالقراقي، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية
بمصر ١٩٧٣م.
- ١٥- صفة الفتوى والمستفتي، لاحمد بن حمدان الحراني ٦٩٥هـ، تخرىج وتعليق محمد
ناصر الدين الالباني، المكتب الاسلامي، بيروت، الطبعة الرابعة ١٤٠٤هـ،
- ١٦- علوم البلاغة، أحمد مصطفى المراغي، م
- ١٧- فتاوي الشيخ أحمد بن عبد الحلیم ابن تيمية الحراني أبو العباس ٧٢٨هـ، تحقيق
حسنين محمد مخلوف، دار المعرفة بيروت الطبعة الأولى ١٣٨٦هـ.
- ١٨- فتح الباري شرح صحيح البخاري: للامام الحافظ احمد بن علي بن حجر
العسقلاني ٨٥٢هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الاولى، ١٤١٠هـ-
١٩٨٩م.
- ١٩- الفتوى في الإسلام- لجمال الدين القاسمي ط: ١، ١٤٠٦ - ١٩٨٦ - بيروت.



- ٢٠- الفتيا ومناهج الافتاء، الأستاذ محمد سليمان الأشقر، دار النفائس الأردن الطبعة الثالثة ١٤١٣هـ.
- ٢١- الفروق للإمام شهاب الدين أبي العباس احمد بن ادريس القراني ت ٦٨٤هـ مطبعة دار إحياء الكتب العربية مصر الطبعة الأولى ١٣٤٤هـ.
- ٢٢- قاعدة سد الذرائع وأثرها في الفقه الإسلامي للدكتور محمود حامد عثمان دار الحديث القاهرة الطبعة الأولى ١٤١٦هـ.
- ٢٣- القاموس المبين في اصطلاحات الأصوليين، لمحمد حامد عثمان، الكلمة ٣٣٣ "مآلات الأفعال". دار الحديث القاهرة الطبعة الأولى ١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م
- ٢٤- القاموس المحيط - مجد الدين الفيروزبادي. وأنظر ترتيبه ج: ٣ ص: ٤٤٧. للطاهر أحمد الزاوي.
- ٢٥- القوانين الفقهية: لابن جزي محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي ت ٧٤١هـ، طبعة جديدة منقحة.
- ٢٦- لسان العرب، ابن منظور، (القاهرة: دار المعارف، د. ت)
- ٢٧- المبسوط: لأبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (ت ٤٩٠هـ) دار المعرفة بيروت ١٤٠٦هـ
- ٢٨- المحصول في علم أصول الفقه: لفخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي تحقيق طه جابر فياض العلواني مؤسسة الرسالة بيروت ١٩٩٢م
- ٢٩- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للعلامة أحمد بن محمد علي المقرئ الفيومي ت ٧٧٠هـ طبع بولاق مصر الطبعة الثالثة ١٣١٦هـ

- ٣٠- المصطلح الأصولي عند الإمام الشاطبي، فريد الانصاري دار السلام، الطبعة الأولى ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م
- ٣١- مفردات القرآن - للراغب الأصفهاني. م. س.
- ٣٢- مقاصد الشريعة الإسلامية د. اليوبي.
- ٣٣- مقاييس اللغة لابي الحسين أحمد بن فارس ابن زكريا، تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون، دار الجيل بيروت ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م
- ٣٤- منار السالك إلى مذهب الإمام مالك للرجاجي المطبعة الجديدة فاس ١٣٥٩ - ١٩٤٠.
- ٣٥- الموافقات للشاطبي تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ / ١٩٩٧م.
- ٣٦- الموطأ مع تنوير الحوالك م. س. صححه ورقمه محمد فؤاد عبد الباقي، دار الحديث، مصر، ط ٢، ١٤١٣هـ
- ٣٧- نظرية الاعتبار في العلوم الإسلامية، عبد الكريم عكوي المعهد العالمي للفكر الإسلامي الطبعة الأولى ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م
- ٣٨- نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي. أحمد الريسوني، دار الأمان الرباط، الطبعة الأولى جمادى الثانية ١٤١١هـ يناير ١٩٩١م
- ٣٩- هدي الساري مقدمة فتح الباري، ابن حجر العسقلاني





تغير الفتوى بين فقه الحال ومراعاة المآل - مفهومه وقواعده -



د. عبد الواحد الوزاني

عضو هيئة التدريس بالأكاديمية الجهوية للتربية والتكوين

جهة الدار البيضاء الكبرى

المملكة المغربية





مُتَكَلِّمَاتٌ

إِنَّ الْحَمْدَ لِلَّهِ، نَحْمَدُهُ، وَنُسْتَعِينُهُ، وَنَسْتَغْفِرُهُ، وَنَعُوذُ بِهِ مِنْ شَرِّهِ أَنْفُسَنَا، مِنْ يَهْدِ اللَّهُ
فَلَا مَضِلَّ لَهُ، وَمَنْ يَضِلُّ فَلَا هَادِيَ لَهُ، وَأَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ، وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا
عَبْدَهُ، وَرَسُولَهُ.

﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ﴾ (آل عمران)،
﴿يَأَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَجِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا
اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾ (النساء)، ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ
وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا﴾ (٧٠) يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا
عَظِيمًا﴾ (٧١) (الأحزاب) (١).

أما بعد؛ فإن خير الحديث كتاب الله، وخير الهدي هدي محمد-صلى الله عليه
وسلم-، وشر الأمور محدثاتها، وكل بدعة ضلالة (٢).

إن عملية تنزيل الأحكام الفقهية على النوازل والمستجدات المتغيرة عملية دقيقة
جدا، تتطلب من المجتهد حدق وخبرة ليست بالعادية، لكي يكون الحكم الفقهي
المستنبط مناسبا لأحوال الناس وتغيرات الزمان والمكان ومستجدات العصر، فالفقيه

(١) هذه خطبة الحاجة التي كان النبي-صلى الله عليه وسلم- يعلمها أصحابه. رواها جماعة، ومنهم: أبوداود
في سننه (كتاب: النكاح، باب: في خطبة النكاح) ٢/ ٢٠٣ ورقمه/ ٢١٢٠. وينظر في ألفاظها،
وطرقها: خطبة الحاجة للألباني.

(٢) هذا لفظ كان النبي-صلى الله عليه وسلم- يقوله في خطبته عقب حمد الله، والثناء عليه. رواه مسلم في
(كتاب: الجمعة، باب: تخفيف الصلاة والخطبة) ٢/ ٥٩٢ ورقمه/ ٨٦٧.

كالطبيب المعالج لمريض بعينه أو حالة مرضية مستجدة، حيث يشترط فيه إلى جانب علمه بقواعد الطب وفنونه، الإلمام الدقيق بحال المريض ودرجة مرضه وأعراض سقمه، من خلال الفحوص و الاختبارات، كما يشترط فيه مراعاة مآلات ما يقدمه له من الوصفات العلاجية. وهذه العملية - كما هو معلوم - دقيقة جدا ومعقدة، تتطلب جهدا جهيدا وخبرة وروية، حفاظا على النفس البشرية وصونا لها من الآفات والمخاطر.

فإذا ما تبين من خلال هذا المثال درجة خطورة عمل الطبيب ودقته، وجمال ما يقدم عليه، فإن عمل المجتهد في استنباط الأحكام وتنزيلها على القضايا المستجدة، تتطلب منه التناسب والتكامل بين الاقتضاءات والوقائع من جهة، وبين الأحكام والمآلات من جهة أخرى، كما يلزمه ربط النص الشرعي بمقاصده وغاياته. لأن إساءة فهم هذا الأمر وإجرائه على غير قواعده يؤدي إلى اضطراب في التصورات والنتائج، ويجر إلى أنواع من الشطط والانحرافات والمبالغات، إما في الاعتماد بالمصالح مجردة عن النصوص الشرعية، وإما في إهدار تلك المقاصد والإمعان في التمسك بظواهر النصوص ومضامينها التجريدية، وفي هذا البحث سأحاول - إن شاء الله - بيان أهمية فقه حال المكلف وواقعه، ومآل الفتوى وآثارها المستقبلية على الفرد والمجتمع في تغير الفتوى، وذلك من خلال التصميم التالي:

- تمهيد (وهو الذي نحن بصدده).
- المبحث الأول: تغير الفتوى؛ مفهومها، وأدلة مشروعيتها.
- المطلب الأول: مفهوم تغير الفتوى.
- المطلب الثاني: أدلة مشروعية تغير الفتوى.
- المبحث الثاني: تغير الفتوى وفقه الحال.
- المطلب الأول: قواعد تغير الفتوى في الظروف العادية.



- المطلب الثاني: قواعد تغير الفتوى في الظروف الاستثنائية.
 - المبحث الثالث: تغير الفتوى ومراعاة المآل.
 - المطلب الأول: مفهوم مراعاة المآل.
 - المطلب الثاني: مسالك التحقق من المآل الشرعي في الاجتهاد والفتوى.
- والله أسأل أن يجعل هذا العمل خالصا لوجهه الكريم وأن يوفقنا للصواب في القول والعمل، وجزى الله الإخوة الساهرين على هذه الندوة المباركة خير الجزاء، وبارك الله في أعمارهم وصالح أعمالهم.



المبحث الأول: تغير الفتوى؛ مفهومه وأدلة مشروعيته.

المطلب الأول: مفهوم تغير الفتوى:

سأعمد إن شاء الله في هذا المطلب إلى تعريف كل من التغير، والفتوى لغة واصطلاحاً، لأنقل إلى تعريف المصطلح المركب منهما.

معنى التغير:

قال ابن فارس: «الغين والراء أصلان صحيحان، يدل أحدهما على صلاح وإصلاح ومنفعة، والآخر على اختلاف شيئين. فالأول الغيرة، وهي الميرة بما صلاح العيال، يقال: غرت أهلي غيرة وغياراً، أي: مِرْتُهُمْ، وغارهم الله بالغيث يُغَيِّرُهُمْ وَيَغَوِّرُهُمْ، أي: أصلح شأنهم ونفعهم... والأصل الآخر: قولنا: هذا الشيء غَيْرَ ذاك، أي: هو سواه وخلافه، ومن الباب الاستثناء بغير...»^(١).

ويقال: تغير الشيء عن حاله، بمعنى تحول، وغيره، أي حوله وبدله، كأنه جعله غير ما كان، ويقال: غَيَّرَ الدهر أي أحواله المتغيرة، ويقال: غيرت الشيء تغيراً أي أزلته عما كان عليه فتغير^(٢).

والمعنيان معا يتكاملان، إلا أن أقربها لمأخذ الاصطلاح هو المعنى الثاني، الذي يفيد: انتقال الشيء من حالة إلى حالة أخرى^(٣).

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس مادة (غ ي ر)

(٢) ينظر لسان العرب لابن منظور مادة (تغير) والمصباح المنير للفيومي مادة (غير)

(٣) - التعريفات للجرجاني ص ٨٧.



معنى الفتوى:

الفتوى لغة: تدل كلمة الفتوى في المعاجم اللغوية على معنيين، الأول: القوة والطلاوة والجدة، والثاني: بيان ما يشكل من الأحكام.

يقول ابن فارس رحمه الله: «فتى: الفاء والتاء والحرف المعتل أصلان: أحدهما يدل على طراوة وجددة، والآخر على تبيين الحكم، والفتي الطري من الإبل والفتى من الناس: واحد الفتيان، والفتاء: الشباب، ومنه قول الشاعر:

إذا عاش الفتى مائتين عاما فقد ذهب البشاشة والفتاء

والأصل الآخر: الفتيا، يقال: أفتى الفقيه في المسألة إذا بين حكمها، واستفتيت إذا سألت عن الحكم، قال الله تعالى:

﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ﴾^(١) ويقال فيه فتوى وفتيا»^(٢).

وجاء في لسان العرب في مادة (فتا): «الفتاء: الشباب، والفتى والفتية: الشاب والشابة، والفعل: فتو يفتو فتاء، وأفتاه في الأمر: أبانه له، وأفتى الرجل في المسألة واستفتيته فيها فأفتاني إفتاء»^(٣).

نخلص مما سبق أن المعنى الثاني الذي هو "تبيين الشيء وبيان حكمه" هو الأقرب والأنسب للتعريف الاصطلاحي.

(١) سورة النساء الآية ٥٩.

(٢) معجم مقاييس اللغة لابن فارس مادة (فتى) بتحقيق عبد السلام هارون.

(٣) لسان العرب لابن منظور مادة (فتا).

الفتوى اصطلاحاً:

عرف ابن رشد - الجد - الإفتاء بقوله: «هو إظهار الأحكام الشرعية بالانتزاع من الكتاب والسنة والإجماع والقياس»^(١).

انطلاقاً من هذا التعريف المتميز، يمكن استخلاص مجموعة من الخصائص المهمة، التي تعتبر محددات أساسية لتمييز الفتوى عما سواها، حذراً من الوقوع في الخلط والتلبس، وهي:

- أن الفتوى هي عملية إظهار للحكم الشرعي، قائمة على قواعد وضوابط شرعية.
- أنها لا تصدر إلا عن مجتهد، لأنها عملية انتزاع للحكم من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس، والمقلد أو الناقل للحكم الشرعي لا يستطيعان ذلك لعدم توفرهما على المكنة العلمية وآليات الاستنباط الاجتهادية.
- لم يشر ابن رشد إلى مسألة إلزام الفتوى من عدمه، وهو قيد صار شائعاً عند من جاء بعده. ومن بينهم:

القرافي رحمه الله الذي قال في تعريفه لها: «الفتوى إخبار عن حكم الله تعالى في إلزام أو إباحة»^(٢) ومما يجدر الإشارة إليه في هذا المقام أنه رحمه الله في سياق تمهيده لهذا التعريف بين أن الفتوى والحكم كلاهما ملزمان للمكلف على الجملة حيث قال: «الفتوى والحكم كلاهما إخبار عن حكم الله تعالى ويجب على السامع اعتقادهما وكلاهما

(١) مسائل ابن رشد، أبو الوليد بن رشد الجد ١٣٢٢/٢ بتحقيق الحبيب التحكاني.

(٢) الفروق للإمام شهاب الدين القرافي ١١٨٣/٤ بتحقيق محمد أحمد سراج وعلي جمعة محمد.



يلزم المكلف من حيث الجملة»^(١) غير أنه رحمه الله لم يبين نوعية هذا الإلزام، هل هو إلزام قضائي أم دياي شرعي؟ وإن كان الظاهر أنه إلزام دياي، كما أنه لم يشر إلى مصدر الحكم، هل يكون استنباطا وانتزاعا من الأدلة مباشرة كما أكد على ذلك ابن رشد قبله؟ أم أنه مجرد نقل من كتب الفقه ودواوين المذاهب؟ كما لم يشر إلى وقوع النازلة محل الحكم من عدمه؟.

أما المتأخرين من العلماء المالكية فقد نصوا في تعاريفهم على مسألة عدم إلزام الفتوى، ولعل ما دفعهم إلى ذلك هو خوفهم من اختلاط الفتوى بالحكم القضائي، حيث قال الشيخ الخطاب في مواهب الجليل: الإفتاء هو «الإخبار عن حكم شرعي لا على وجه الإلزام»^(٢) وعرفها الشيخ إبراهيم اللقاني بقوله: «الإخبار عن الحكم على غير وجه الإلزام»^(٣) والحق أن الفتوى وإن كانت غير ملزمة قضاءً لأن المفتي ليس له جبر مستفتيه على التزام فتواه لأن ذلك وظيفة القاضي ودينه، إلا أنها ملزمة ديانة وشرعا لأن المجتهد قائم مقام الشرع، وقوله دليل العامي، ولأن فقدان المفتي بالنسبة للعامي كفقدان الدليل بالنسبة للعالم، ولا تكليف إلا بدليل.

تعريف تغير الفتوى:

رغم عناية العلماء المتقدمين بالحديث عن الفتوى، والأسباب الموجبة لتغيرها، ورغم أن دلالتها متقررة في أذهانهم، واضحة جلية من خلال الأمثلة والتطبيقات التي ساقوها

(١) نفسه.

(٢) مواهب الجليل شرح مختصر خليل ١/٥٤. ضبطه وخرج آياته وأحاديثه الشيخ زكرياء عميرات.

(٣) منار أصول الفتوى للشيخ إبراهيم اللقاني ص ٢٣١ تحقيق الدكتور عبد الله الهلالي.

في مصنفاتهم، إلا أنني لم أقف على تعريف لهم لهذا المصطلح - حسب ما اطلعت عليه - وانطلاقاً من التعاريف التي سقتها للمفردتين المكونتان لهذا المصطلح، أمكن اقتراح تعريف لهذا المصطلح، وهو: "انتقال المفتي بالمستفتي من حكم شرعي لآخر لموجب اقتضى ذلك".

شرح التعريف:

- انتقال: عبرت عن تغير الفتوى بالانتقال، لأنها تحمل من المعاني والدلالات اللغوية المعربة عن أمر تغير الفتوى وتبدلها لتغير موجباتها.
- أما قولي المفتي: فذلك احتراز عما سواه، والمفتي في الاصطلاح الأصولي لا يكون إلا مجتهداً متمكناً من آلة الاستنباط وتحقيق المناطات ومراعاة المآلات، أما ناقل الفتوى فهو مرشد للعوام بما عليه الفتوى في المذهب، ولا يحق له تغيير الفتوى لانعدام الشروط فيه.
- بالمستفتي: وذلك للدلالة على الانتقال من حكم شرعي لآخر إنما يكون لمستفت بعينه، سواء أكان شخصاً أو مؤسسة أو أهل بلد اشتركوا في نفس النازلة، وأن هذه الفتوى لا تجوز لمن لم تتحقق فيه نفس صورة النازلة المستفتى فيها.
- من حكم شرعي لآخر: وذلك للاحتراز عن الأحكام النابعة عن الهوى أو التعصب، أو التي لا تستند إلى دليل شرعي معتبر...، وفي هذا التعبير إشارة إلى أن المستفتى يبقى دائماً في إطار المشروعية في جميع أحواله، فالمفتي ينتقل به من حكم شرعي مبني على دليل إلى حكم شرعي آخر مبني على دليل مناسب لنازلته.
- لموجب اقتضى ذلك: وفي هذا دلالة على أنه لا يجوز تغيير الفتوى إلا لاعتبار شرعي يقتضي من المفتي تغيير الفتوى، راجع لأمر حال بالمستفتي أو مآل متوقع أو تغير عرف أو عادة.



المطلب الثاني: أدلة مشروعية تغير الفتوى:

من القواعد الشرعية المقررة أن نصوص الوحي قرآنا وسنة مبناها وأساسها مراعاة مصالح العباد في المعاش والمعاد، وأنها عدل كلها ورحمة كلها وحكمة كلها، لهذا كانت مراعية لظروف المخاطبين بها وأحوالهم وما يصلح شأنهم حالا ومآلا على الوسط المعتاد، بلا غلو وتطرف ولا تفسخ وانحلال.

والأدلة على تغير الفتوى بالاعتبارات التي سبق ذكرها من الكتاب والسنة كثيرة أكتفي في هذا المقام بإيراد جمل منها:

أولا: من القرآن الكريم.

لقد كان غالب استدلال من قال بتغير الفتوى بالسنة النبوية، وهي وإن كانت كافية للدلالة على ما نحن فيه - لأنها وحي من الله على لسان نبيه، وهي مبينة ومكملة للقرآن الكريم - إلا أن في القرآن الكريم نفسه ما يدل على حجية هذه القاعدة.

فقد ذهب بعض الباحثين إلى أن مجموعة من الآيات قال عنها المفسرون بأنها من باب الناسخ والمنسوخ، وهي ليست كذلك في الواقع، وإنما لكل منها مجال تعمل وتطبق فيه، فقد تمثل إحداها جانب العزيمة والأخرى جانب الرخصة، أو تمثل إحداها جانب الإلزام والأخرى جانب الندب والاستحباب^(١).

(١) ولا يفهم من هذا القول بعدم وجود النسخ، بل إن "عامة أهل الشريعة على إثبات النسخ والتحذير من الجهل به" (الموافقات ٨٧/٤) وأنه "لا يجوز لأحد أن يفسر كتاب الله إلا بعد أن يعرف منه الناسخ من المنسوخ" (البرهان للزركشي ٢٨/٢).

ومن تلك الآيات قوله سبحانه وتعالى: ﴿يَأْتِيهَا النَّيُّ حَرَضِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَى الْقِتَالِ إِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ عَشْرُونَ صَابِرُونَ يَغْلِبُوا مِائَتِينَ وَإِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ مِائَةٌ يَغْلِبُوا أَلْفًا مِّنَ الَّذِينَ كَفَرُوا بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَا يَفْقَهُونَ﴾ (٦٥) الأنفال: ٦٥، ﴿أَلَكُنْ خَفَّفَ اللَّهُ عَنْكُمْ وَعَلَّمَ أَنَّ فِيكُمْ سَعْفًا فَإِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ مِائَةٌ صَابِرَةٌ يَغْلِبُوا مِائَتِينَ وَإِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ أَلْفٌ يَغْلِبُوا أَلْفَيْنِ بِإِذْنِ اللَّهِ وَاللَّهُ مَعَ الصَّابِرِينَ﴾ (٦٦) (١).

يقول الشيخ رشيد رضا في تفسير هذه الآيات: «وبعد أن بين الله تعالى هذه المرتبة العليا للمؤمنين التي ينبغي أن تكون لهم في حالة القوة وهو ما يسمى بالعزيمة، قفى عليه بيان ما دونها من مرتبة الضعف وهي ما يسمى بالرخصة... والمعنى أن أقل حالة للمؤمنين مع الكفار في القتال أن ترجح المائة منهم على المائتين والألف على الألفين، وأن هذه الحالة رخصة خاصة بحال الضعف، كما كان عليه المؤمنون في الوقت الذي نزلت فيه هذه الآيات وهو وقت غزوة بدر» (٢).

وروى الإمام البخاري عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «ثم لما نزلت: ﴿إِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ عَشْرُونَ صَابِرُونَ يَغْلِبُوا مِائَتِينَ﴾ شق ذلك على المسلمين حين فرض عليهم أن لا يفر واحد من عشرة، فجاء التخفيف، فقال: ﴿أَلَكُنْ خَفَّفَ اللَّهُ عَنْكُمْ

(١) سورة الأنفال الآية ٦٦.

ومن الذين قالوا بأن هذه الأيتين ليستا من الناسخ والمنسوخ: الإمام الزركشي في البرهان ٤٢/٢-٤٣ والسيوطي في الإتقان ٦١/٣. والنحاس في الناسخ والمنسوخ ٤٧٠/١-٤٧١. والشيخ رشيد رضا في تفسير المنار ٩٠/١٠.

(٢) تفسير المنار للشيخ رشيد رضا تفسير سورة الأنفال الآية ٦٦.



وَعَلِمَ أَنَّ فِيكُمْ ضَعْفًا فَإِن يَكُن مِّنْكُمْ مِّائَةٌ صَابِرَةٌ يَغْلِبُوا مِائَتَيْنِ وَإِن يَكُن مِّنْكُمْ أَلْفٌ يَغْلِبُوا أَلْفَيْنِ بِإِذْنِ اللَّهِ وَاللَّهُ مَعَ الصَّابِرِينَ ﴿٦٦﴾ قال: فلما خفف الله عنهم من العدة نقص من الصبر بقدر ما خفف عنهم»^(١) وهذا الحديث في سبب نزول هذه الآية دليل على أن الآية الثانية تخفيف ورحصة وليست ناسخة للآية التي قبلها وأن كلا منهما يعمل به في بابه ومحله.

قال النحاس في الناسخ والمنسوخ تعليقا على هذا الآية: «أنزل الله تعالى التخفيف، فجعل على الرجل أن يقاتل الرجلين، فخفف عنهم ونقصوا من النصر بقدر ذلك، قال أبو جعفر: وهذا شرح بين حسن، أن يكون هذا تخفيفا لا نسخا، لأن معنى النسخ رفع حكم المنسوخ ولم يرفع حكم الأول، لأنه لم يقل فيه لا يقاتل الرجل عشرة، بل إن قدر على ذلك فهو الاختيار له، ونظير هذا إفطار الصائم في السفر، لا يقال: إنه نسخ الصوم وإنما هو تخفيف ورحصة، والصيام له أفضل»^(٢).

بناء على ما سبق نخلص إلى أنه ليس بين الآيتين نسخ وإنما الآية الأولى دالة على حالة العزيمة حين يكون المسلمون في حال القوة والمنعة، والثانية في حالة الرخصة عندما يكون المسلمون في حال من الضعف وقلة العتاد، وأن كلا منهما يعمل به في محله ووفق شروطه وفي هذا دليل على ما نحن فيه من تأصيل لتغير الأحوال.

(١) صحيح البخاري باب الآن خفف الله عنكم وعلم أن فيكم ضعفا الآية إلى قوله والله مع الصابرين رقم الحديث ١٧٠٦/٤.

(٢) الناسخ والمنسوخ للنحاس ص ٤٧٠-٤٧١ وانظر نظير هذا الكلام لابن الجوزي في نواسخ القرآن ص ١٦٨-١٦٩.

ومن ذلك أيضا آيات الصبر، والصفح، والعفو، والإعراض عن المشركين، ونحو ذلك مما قال فيه كثير من المفسرين نسختها آية السيف، والحق أن لكل من هذه الآيات وقتها ومجالها، ولآية السيف وقتها ومجالها.

ثانيا: من السنة النبوية.

إن المستقرب للسننة النبوية يجدها حافلة بالأمثلة الدالة على تغير الفتوى، فقد كان عليه السلام يجيب كل سائل بما يناسب حاله وما هو أصلح له، مع أن السؤال واحد، وقد يأمر عليه السلام في مسألة نازلة بالمسلمين بشيء، ثم يأمر فيما يستقبل بخلاف ذلك لموجب شرعي اقتضى ذلك، وفيما يلي جملة من الأحاديث النبوية الدالة على هذا الأمر:

١. روى الإمام أحمد في مسنده، حديث عبد الله بن عمرو بن العاص -رضي الله عنهما- قال: «كنا عند النبي -صلى الله عليه وسلم- فجاء شاب، فقال: يا رسول الله، أقبّل وأنا صائم؟ قال: لا، فجاء شيخ، فقال: يا رسول الله، أقبّل وأنا صائم؟ قال: نعم، فنظر بعضنا إلى بعض، فقال رسول الله: "قد علمت نظر بعضكم إلى بعض، إن الشيخ يملك نفسه»^(١).

يدل هذا الحديث بشكل واضح على مسألة تغير الفتوى لتغير حال السائل، فرغم كون السؤال الموجه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم واحداً، فإن حال كل سائل تختلف عن الآخر، لهذا أجاب عليه السلام كل سائل بما هو الأصلح له في دينه وعاقبة، فمنع الشاب لأن عنفوان الشباب وقوته قد تدفعه في التمادي حتى يقع في المحذور، بينما

(١) رواه الإمام أحمد في مسنده، مسند عبد الله بن عمرو بن العاص، رقم الحديث ١٣٨.



أباح القبلة للشيخ لأنه أملك لنفسه وإربه.

٢. حديث سلمة بن الأكوع - رضي الله عنه - قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم: «من ضحى منكم، فلا يصبحن بعد ثلاثة ويبقى في بيته منه شيء. فلما كان العام المقبل قالوا: يا رسول الله، نفعل كما فعلنا في العام الماضي؟ قال: كلوا وأطعموا وادخروا؛ فإن ذلك العام كان بالناس جهد - أي شدة وأزمة - فأردت أن تعينوا فيها»^(١). وفي بعض الروايات: «إنما نهيتمكم من أجل الدافّة^(٢) التي دفت^(٣).

أفاد هذا الحديث الشريف أن النبي صلى الله عليه وسلم نهي عن ادخار لحوم الأضاحي بعد ثلاثة أيام في حالة معينة، ولعلّة طارئة، وهي وجود ضيوف وافدين على المدينة، مما يجب معه توفير لحم الضحايا لضيفتهم وحسن وفادتهم، إلا أنه لما انتهى هذا الظرف العارض، وزالت هذه العلة الطارئة في العام المقبل، زال الحكم الذي أفتى به الرسول صلى الله عليه وسلم تبعاً لها، إذ المعلول يدور مع علته وجوداً وعدماً، وتغيرت الفتوى من المنع إلى الإباحة، كما جاء في بعض الروايات: «كنت نهيتمكم عن لحوم الأضاحي فوق ثلاثة أيام، فكلوا وادخروا»^(٤).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأضاحي، باب ما يؤكل من لحوم الأضاحي ويتزود منها، حديث رقم: ٥٥٦٩.

(٢) المراد بهم من ورد من ضعفاء الأعراب للمواساة. شرح النووي لصحيح مسلم ٣ / ١٥٦١.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الضحايا، باب بيان ما كان من التهي عن أكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث في أول الإسلام، وبيان نسجه وإباحته إلى متى شاء، حديث رقم: ١٩٧١.

(٤) أخرجه ابن ماجة في سننه، باب ادخروا لحوم الأضاحي، حديث رقم: ٣١٦٠، قال الشيخ الألباني: صحيح.

المبحث الثاني: تغير الفتوى وفقه الحال.

من المعلوم أن الأحكام الشرعية الأصلية ثابتة لا يعترضها التبدل والتغير، وإنما الذي يعترضه التغير والتبدل هو أحوال المكلفين الاجتماعية والسياسية والاقتصادية... باختلاف الزمان والمكان والقرائن والأحوال، مما يستوجب تغير الفتوى بما يتناسب مع أحوال المكلفين ويحقق مقاصد الشرع في ذات النازلة المعروضة على نظر المجتهد، يقول الدكتور عبد الرزاق وورقية: «لو حدد الشرع جميع الأحكام والمقادير ولم يترك مساحة للاختلاف الموجود بين البلدان والأقوام والأزمان لدخل الحرج على المكلفين، وصعبت عليهم الاستجابة لتطبيق الشريعة، وانتفت بذلك مقاصد الشرع. ولأن القول بالاحتكام إلى أعراف النموذج التطبيقي الأول (أي: العرب في عهد النزول) لا يستقيم مطلقاً، ذلك أن أعراف النموذج الأول صالحة لفهم الخطاب لأن عليه أنزل، ولكن على مستوى تطبيق الأحكام فالأمر مختلف، لذلك اتفقت كلمة العلماء على "أن العادتين متى كانتا في بلدين ليستا سواء أن حكمهما ليس سواء" (١)» (٢).

لهذا فإن مهمة المجتهد هي معرفة المقتضى الأصلي للحكم وفهمه كما ورد عن الشارع، وتنزيله على المقتضى التبعي الواقع على المحل والذي يختلف باختلاف الأحوال والزمان والمكان والأعراف، يقول الإمام الشاطبي رحمه الله: «اقتضاء الأدلة للأحكام بالنسبة إلى محالها على وجهين:

(١) الإحكام للقرابي ص ٢٣٢.

(٢) الاجتهاد التنزيلي في ضوء الكليات المقاصدية، د. عبد الرزاق وورقية ص ٢٩٠.



أحدهما: الاقتضاء الأصلي قبل طرور العوارض، وهو الواقع على المحل مجردا عن التوابع والإضافات، كالحكم بإباحة الصيد والبيع والإجارة وسن النكاح وندب الصدقات غير الزكاة وما أشبه ذلك.

والثاني: الاقتضاء التبعي، وهو الواقع على المحل مع اعتبار التوابع والإضافات، كإباحة النكاح لمن لا أرب له في النساء، ووجوبه على من خشى العنت، وكراهية الصيد لمن قصد فيه اللهو، وكراهية الصلاة لمن حضره الطعام، أو لمن يدافعه الأخبثان وبالجملة كل ما اختلف حكمه الأصلي لاقتران أمر خارجي»^(١).

وقد تولى رحمه الله الإبانة عن حقيقة هذا الاقتضاء التبعي، وفصل مقتضياته في موضع آخر من الموافقات؛ حيث أطلق على هذا النوع من الاقتضاء "تحقيق المناط الخاص" في مقابل تحقيق المناط العام الذي يكتفي صاحبه بفهم الأحكام التجريدية على وجهها، ثم ينزلها على محلها دون مراعاة للخصوصيات والأحوال والعوائد والأعراف، يقول رحمه الله: «وعلى الجملة فتحقيق المناط الخاص نظر في كل مكلف بالنسبة إلى ما وقع عليه من الدلائل التكليفية... فهو - أي المجتهد - يحمل على كل نفس من أحكام النصوص ما يليق بها، بناء على أن ذلك هو المقصد الشرعي في تلقي التكاليف، فكأنه يخص عموم المكلفين والتكاليف بهذا التحقيق»^(٢).

(١) الموافقات ٣/٥٩١ (تحقيق آل سلمان).

(٢) نفسه ٥/٢٤-٢٥.

ومن أمثلة ذلك من السنة النبوية أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يُسأل عن الشيء الواحد، في أوقات مختلفة فيجيب كل سائل وفق حاله وما يناسبه، بحيث لو حمل كل واحد منها على إطلاقه أو عمومه لاقتضى مع غيره التضاد في التفصيل.

فقد دعا عليه السلام لأنس بكثرة المال بقوله: «اللَّهُمَّ أَكْثِرْ مَالَهُ وَوَلَدَهُ وَبَارِكْ لَهُ فيما أعطيته»^(١) فبورك له في ماله وولده، وقال لثعلبة بن حاطب حين سأله الدعاء له بكثرة المال: «قليل تؤدي شكره خير من كثير لا تطيقه»^(٢) وقال لأبي ذر: «يا أبا ذر إني أراك ضعيفا، وإني أحب لك ما أحب لنفسي، لا تأمرن على اثنين، ولا تولين مال يتيم»^(٣) ومعلوم أن كلا العملين من أفضل الأعمال لمن قام فيه بحق الله، حيث قال عليه الصلاة والسلام في الإمارة والحكم: «إن المقسطين عند الله على منابر من نور عن يمين الرحمن وكلتا يديه يمين، الذين يعدلون في حكمهم وأهلهم وما ولوا»^(٤) وقال في كفالة

(١) أخرجه ابن حبان في صحيحه، باب دعاء المصطفى صلى الله عليه وسلم لأنس بن مالك بالبركة فيما آتاه الله، رقم الحديث: ٧١٧٨.

(٢) أخرجه الطبراني في "المعجم الكبير" ٢٦٠/٨ رقم ٧٨٧٣، وأبو النعيم في "المعرفة" ٢٧٢/٣، والواحدي في "أسباب النزول" ص ٢٥٢، وابن عبد البر في "الاستيعاب" ٢٠٤/١ عن أبي أمامة الباهلي رفعه، فيه معاذ بن رفاعة لين الحديث، وعلي بن يزيد الألهاني متروك، فإسناده ضعيف جدا، كما قال ابن حجر في "الكافي الشاف" ص ٧٧.

(٣) أخرجه مسلم في "صحيحه" كتاب الإمارة، باب كراهة الإمارة بغير ضرورة ١٤٥٧/٣ رقم ١٨٢٦ وأبو داود في "السنن" كتاب الوصايا باب ما جاء في الدخول في الوصايا رقم ٢٨٦٨.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه كتاب الإمارة، باب فضيلة الإمام العادل ١٤٥٨/٣ رقم ١٨٢٧.



اليتميم: «أنا وكافل اليتيم كهاتين في الجنة»^(١) ثم نجاه عنهما لما علم له خصوصا في ذلك من الصلاح.

وعموما فإن اعتبار المقتضى التبعية المؤثر في تغير الفتوى والأحكام، قد يكون في الظروف العادية الطبيعية، وقد يكون في الظروف الاستثنائية، وكل له خصوصياته وقواعده، فماذا عن تغير الفتوى في الظروف العادية؟

المطلب الأول: قواعد تغير الفتوى في الظروف العادية:

تغير الفتوى في الظروف العادية بحسب تغير المقتضى التبعية لا يطال إلا الأحكام الاجتهادية، فلا سبيل له إلى الأحكام القطعية التي لم يرخص الله سبحانه وتعالى بمخالفتها والانتقال إلى حالات الاستثناء فيها إلا في حالات الضرورة أو الحاجة التي تنزل منزلتها. أما الأحوال العادية فإن تغير الفتوى فيها يطال فقط الأحكام الاجتهادية التي تتعلق باختلاف العوائد والأعراف، وتعارض المصالح، والتي سأحاول بيانها وجمل من قواعدها فيما يلي:

أولاً: العرف وقواعده في تغير الفتوى:

عرف الشريف الجرجاني العرف بقوله: "العرف ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطبائع بالقبول وهو حجة أيضا لكنه أسرع إلى الفهم"^(٢)، فهو شامل لما

(١) أخرجه الترمذي في سننه كتاب البر والصلة باب ما جاء في رحمة اليتيم رقم ١٨٤١ وقال هذا حديث حسن صحيح.

(٢) التعريفات للشريف للجرجاني ص ١٢٦.

عرفته النفوس وألفته سواء كان قولاً أو فعلاً ولم ينكره أصحاب الذوق السليم. ويحصل بالاستقراء في النفوس والقبول للطباع بالاستعمال المتكرر الصادر عن الميل والرغبة.

ويخرج من ذلك العرف الفاسد، وهو ما استقر لا من جهة العقول، كتعاطي المسكرات وأنواع الفجور التي تستقر من جهة الأهواء والشهوات، كما يخرج ما لم تتلقاه الطباع السليمة بالقبول؛ كالكشف عن العورات، وعدم الاحتشام، واستخدام الألفاظ القبيحة^(١).

وغالب استعمال الفقهاء في قواعدهم إنما هو للفظ "العرف" إلا أنهم قد يعبرون بلفظ "العادة"، ومنها قاعدة: "العادة محكمة" وهي إحدى القواعد الفقهية الخمس الكبرى، فهل هناك فرق بينهما؟

قيل في الفرق بينهما ثلاثة أقوال؛ الأول: أنه لا فرق بينهما، فهما بمعنى واحد. والثاني: أنَّ العرف مخصوص بالقول، والعادة مخصوصة بالعمل. والثالث: أن بينهما عموم وخصوص مطلق، فالعادة أعم، إذ تطلق على العادة الجماعية وهي العرف، كما تطلق على العادة الفردية فكل عرف عادة، ولا عكس، ولعل هذا هو الأرجح.

إن رعاية العرف الصحيح في الاستنباط من الأدلة، وتنزيل أحكام الله على المكلفين، والتخريج على قواعد الأئمة، والترجيح بين أقوالهم في كل زمان، قاعدة محكمة، ونظرية صحيحة سامية، فيها تحقيق لمقاصد الشرع، وصيانة لحقوق المكلفين، لهذا اعتبر العلماء أن: «إجراء الأحكام التي مدركها العوائد مع تغيير تلك العوائد خلاف الإجماع، وجهالة

(١) العرف والعادة للدكتور أحمد أبو سنة ص ٨.



في الدين، بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة»^(١).

ولكي لا يقع المفتي في خلاف الإجماع أو الجهالة في الدين، ينبغي له أن لا يجمد على المسطور في كتب مذهبه وفتاوى أئمة بل يعتبر العرف مهما تجدد وتبدل، لهذا وجّه الإمام القرآني رحمه الله النصح لكل من تحمل أمانة الفتوى بقوله: «...فمهما تجدد في العرف اعتبره، ومهما سقط أسقطه، ولا تجمد على المسطور في الكتب طول عمرك، بل إذا جاء رجل من غير إقليمك يستفتيك لا تجره على عرف بلدك والمقرر في كتبك، فهذا هو الحرج الواضح، والجمود على المنقولات أبدا ضلال في الدين، وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين»^(٢).

ومن نفس الأمر حذر الإمام ابن القيم رحمه الله فقال: «من أفتى الناس بمجرد المنقول من الكتب على اختلاف عرفهم وعاداتهم، وأزمنتهم، وأمكنتهم، وأحوالهم، وقرائن أحوالهم، فقد ضل وأضل، وكانت جنايته على الدين أعظم من جناية من طبب الناس كلهم على اختلاف بلادهم وعوائدهم وأزمنتهم وطبائعهم بما في كتاب من كتب الطب على أبدانهم»^(٣).

لهذا اشترط الأصوليون في المفتي أن يكون عالما بأعراف الناس وأحوالهم وما جد من هذه الأعراف في الزمن الحاضر. قال ابن عابدين رحمه الله: «...لهذا قالوا في شروط

(١) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام للقرآني ص ٢١٨.

(٢) الفروق للقرآني ١/١٧٦-١٧٧.

(٣) إعلام الموقعين ٣/٩٨.

الاجتهاد أنه لا بد فيه من معرفة عادات الناس، فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان، لتغير عرف أهله، ولحدوث ضرورة، أو فساد الزمان، بحيث لو بقي على ما كان عليه أولاً للزم منه المشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير، ودفع الضرر والفساد، لبقاء العالم على أتم نظام، ولهذا ترى مشايخ المذهب خالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناء على ما كان في زمنه، لعلمهم بأنه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به أخذاً من قواعد مذهبه»^(١).

ونظراً لأهمية هذه القاعدة الكلية في عملية الاجتهاد، والمؤثرة في الفتوى بالتغيير والتبديل، فقد وضع علماء الأمة مجموعة من القواعد الفقهية الحاكمة لكي لا تزيغ بالمفتي الأهواء، والتي منها:

- العادة محكمة.
- المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.
- الثابت بالعرف كالثابت بالنص.
- العبرة للغالب الشائع لا للقليل النادر.
- استعمال الناس حجة يجب العمل بها.
- تترك الحقيقة بدلالة العادة.
- ليس للمفتي ولا القاضي أن يحكما بظاهر الرواية ويتركا العرف.

(١) مجموعة رسائل ابن عابدين ٢/١٢٥.



ثانياً: المصلحة وقواعدها في تغير الفتوى:

من القواعد المقررة أن الشريعة الإسلامية موضوعة لرعاية مصالح العباد في العاجل والآجل، فما من حكم من أحكامها إلا فيه جلب لمصلحة راجحة أو دفع لمفسدة مرجوحة، والأدلة على ذلك بالغة مبلغ العلم الضروري، يقول الإمام ابن القيم رحمه الله: "إن الشريعة مبناهما وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها، وكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة"^(١).

والمصالح على المستوى العملي تنقسم إلى: ضرورة تنعدم حياة الناس بدونها، وحاجية يلحقهم بفقدانها حرج ومشقة، وتحسينية بما تكمل البهجة والنعمة. أما على المستوى النظري فهي تنقسم إلى: مقاصد الشارع ومقاصد المكلف.

ومعلوم أن هناك تفاوت بين المصالح، من حيث قوتها، ومن حيث أثرها، ومن حيث عمومها وخصوصها... أما التفاوت والاختلاف بين مقاصد الشارع ومقاصد المكلف فهو كله فاسد، إلا ما وفق فيه قصد المكلف قصد الشارع ظاهراً وباطناً. ويترتب عن هذا التفاوت تزاخم بين المصالح من جهة، وتعارض بينها وبين المفاسد من جهة أخرى، مما يترتب عنه تغير الحكم والفتوى كي تتناسب مع التغير الحاصل في المصالح والمفاسد والقصود، والترجيح والموازنة بين المتعارض منها، والأصول الشرعية الدالة على الترجيح والموازنة وتقدم الأولى كثيرة، أكتفي بذكر اثنين منها:

(١) إعلام الموقعين ١١/٣.

قوله سبحانه وتعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْفَعٌ لِلنَّاسِ وَإِنَّهُمَا آكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا وَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلِ الْعَفْوَ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَتَفَكَّرُونَ﴾ (البقرة: ٢١٩). فهذه الآية الكريمة أصل في الموازنة بين المصالح والمفاسد، وترجيح كفة درء المفاسد على جلب المصالح، لما يترتب عن الخمر والميسر من مفاسد عظيمة، ومضار كثيرة تصيب الفرد والأسرة والمجتمع، مقابل بعض المصالح الموهومة، لهذا كان درء المفاسد المحققة مقدم على جلب المصالح الموهومة.

١- الأحاديث التي ورد فيها أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يسأل عن أفضل الأعمال، أو أحب الأعمال، أو نحو ذلك، فيجيب كل سائل بما يناسب ويليق به من أعمال^(١).

ووجه الاستدلال بتلك الأحاديث على تأصيل مسألة الأرحح والأولى في كل أمر يظهر من وجهين^(٢) :

أحدهما: إقراره من يسأله على سؤاله يفيد أن الأعمال الصالحة متفاوتة عند الله وليست بمنزلة واحدة، والتفاوت بينها إنما يكون بحسب ما تنطوي عليه من مصالح. ثانيهما: اختلاف إجابته دليل على مراعاته صلى الله عليه وسلم الأصلح فالأصلح، والأنسب فالأنسب لكل سائل، ولو لم تكن المصالح تتأرجح في ميزان التقديم والأولية بحسب الأحوال والظروف؛ لم يكن لاختلاف جوابه معنى.

(١) ينظر قواعد الأحكام لابن عبد السلام ٦٥/١.

(٢) ينظر: قواعد في الترجيح بين المصالح المتعارضة، للدكتور عبد المجيد الصالحين ص ٥١، مجلة الشريعة والقانون، العدد ٢٤ رجب ١٤٢٦هـ.



وقد وضع علماء الأمة مجموعة من القواعد الشرعية العاصمة من الزلل والخطأ في الفتوى، تمكن من أخذ بزمامها وإعمالها من المجتهدين من الإصابة وسداد الرأي - بإذن الله تعالى - ومن أهمها^(١):

- المصالح الضرورية مقدمة في الاعتبار على الحاجة والتحسينية.
- لا يلزم من اختلال المصالح الحاجية والتحسينية اختلال الضرورية ما لم تمس ماهيتها.
- لا اعتبار بمعارضة الجزئيات في صحة وضع الكليات للمصالح.
- إذا تساوت مصلحتان في نفس الرتبة سواء أكانتا ضروريتين أم حاجيتين أم تحسينيتين، ترجح أعلاهما نوعاً.
- درء المفسدات أولى من جلب المصالح.
- تنزل المفسدة المظنونة الغالبة منزلة المفسدات المقطوعة.
- إذا اجتمعت المصالح والمفسدات وتعذر الدرء والتحصيل، قدم الدرء إن ترجح جانب المفسدة، والتحصيل إذا ترجح جانب المصلحة والتوقف عند التساوي.
- لا عبرة بالمفسدة النادرة بجانب المصلحة الغالبة.
- تتحمل المشقة الناتجة عن جلب المصالح ودرء المفسدات.
- المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة ما لم تلحق الخاصة مضرة لا تنجبر.
- لا تقوى العوارض الخاصة سواء أكانت دنيوية أم أخروية مانعا من جلب المصالح العامة.

(١) هذه القواعد استخرجتها من كتاب الموافقات في بحث الإجازة الذي كان بعنوان: "قواعد الترجيح بين المصالح والمفسدات المتعارضة عند الإمام الشاطبي من خلال كتاب المقاصد".

المطلب الثاني: قواعد تغير الفتوى في الظروف الاستثنائية:

من الأمور التي يجب أن يتنبه إليها المجتهد في عملية الفتوى، الأحوال الاستثنائية التي تطرأ للمكلفين، فتجعل التزامهم بالأحكام الشرعية بما تقتضيه القواعد والأدلة والقياس شاقاً وغير مقدور ولا ممتيسر إلا بكلفة وحرص شديدتين، يقول العز بن عبد السلام رحمه الله: "قاعدة في المستثنيات من القواعد الشرعية: اعلم أن الله شرع لعباده السعي في تحصيل مصالح عاجلة وآجلة تجمع كل قاعدة منها علة واحدة، ثم استثنى منها ما في ملابسته مشقة شديدة أو مفسدة تربي^(١) على تلك المصالح، وكذلك شرع لهم السعي في درء مفسد في الدارين أو في أحدهما تجمع كل قاعدة منها علة واحدة، ثم استثنى ما في اجتنابه مشقة شديدة أو مصلحة تربي على تلك المفسد، وكل ذلك رحمة بعباده ونظر لهم ورفق، ويعبر عن ذلك كله بما خالف القياس، وذلك جار في العبادات والمعاوضات وسائر التصرفات..."^(٢).

وهذا الضرر الذي يلحق المكلف قد يكون في أعلى درجاته، وهي مرتبة الضرورة والتي يؤدي زوالها إلى فقدان المهج أو بعض الأعضاء، وقد يتسبب هذا الضرر في حرج وضيق غير مقدور عليه لكنه لا يؤدي إلى فوات الحياة أو الفوز بالنعيم الآخروي، وهي مرتبة الحاجة. وقد وقع بسبب الخلط بين الرتبين فوضى في الفتوى، وتيسير في غير محله، جراء تنزيل إحداها على مقتضى حكم الأخرى، لهذا أحب أن أنبه على أهم الفروق الجوهرية بينهما، وعلى جمل من قواعدهما.

(١) لعل الصواب هو تربي.

(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام ١٦١/٢-١٦٢.



- أهم الفروق الجوهرية بين الضرورة والحاجة^(١):
 - الضرورة في معناها الفقهي الأخص شدة وضيق في المرتبة القصوى، لهذا فهي تبيح المحرم لذاته، بينما المشقة في الحاجة الفقهية في مرتبة وسطى تؤدي إلى الوقوع في حرج وضيق لكن لا تؤدي إلى الوقوع في الهلاك، ومن ثم فهي لا تبيح إلا المحرم لغيره.
 - الضرورة في معناها الأصولي كلي ينتظم الأحكام التي بها قوام الأديان والأبدان لهذا فإن عدم اعتبارها موقع في التهاجر وانعدام الحياة، أما الحاجة في معناها الأصولي كلي أورت عدم اعتباره مشقة وحرجا عاما، وأدى اعتباره إلى سهولة ويسر، فكان أصلا لعقود منصوصة حادت عن القياس، أو خرجت عن قاعدة كلية، أو أدى إليها اجتهاد مجتهد استصلاحا واستحسانا.
 - الضرورة الفقهية لا تحتاج إلى نص في كل حالة تنزل فيها، بل إن الإذن بها عام سوى ما استثني لأدلة أخرى وقرائن، بينما الحاجة الفقهية تفتقر إلى نص لإثبات اعتبارها وأكثر الأمثلة المذكورة كالإجارة والقراض والمساقاة منصوصة.
 - الضرورة الفقهية ترفع النص وغيره، بينما الحاجة الأصولية مجالها هو تخصيص العموم، خاصة ما كان تناوله للعموم ضعيفا، وقد تخالف قياسا وتستثنى من قاعدة^(٢).

(١) كنت قد تطرقت لجملة الفروق الجوهرية بين الضرورة والحاجة في بحث الدكتوراه، الذي كان بعنوان: "المقاصد الحاجية وتنزيلاتها الفقهية دراسة أصولية فقهية مقارنة" جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، المملكة المغربية سنة ٢٠١٣ م.

(٢) أثر الضرورة والحاجة على أحكام ممارسة الأقليات المسلمة للدكتور صالح الدرويش ص ٢٠ بحث

- الضرورة ترفع نهيًا في مرتبة عليا من سلم المنهيات كما ترفع غيره، بينما الحاجة لا ترفع ما حرم تحريم المقاصد، بل تتوخى محرمات الوسائل.
- الضرورة تبيح العقود التي يكون الخلل فيها أصليا أو تابعا، أما الحاجة فلا تبيح إلا العقد الذي يكون فيه الخلل تابعا أو مضافا.
- الضرورة لا تختص بعقد دون آخر، والحاجة تبيح الممنوع أحيانا في سياق إرفاق ومعروف، دون قصد المكايسة^(١).
- الحكم الاستثنائي الذي يتوقف على الضرورة مؤقت من باب الرخصة بالمعنى الأخص، وهي تغيير حكم لعذر مع قيام علة الحكم الأصلي، بينما الحكم الذي يثبت بناء على الحاجة العامة يكون ثابتا بشكل مستمر سواء أكان منصوحا معللا بها كالسلم والإجارة... أو منسوبا إليها استحسانا كالاستصناع للحاجة، أو استصلاحا^(٢) كجواز تلاوة الحائض للقرآن إذا خافت النسيان عند مالك^(٣).

• أهم قواعد الضرورة:

- الضرورات تبيح المحظورات
- ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها.

مقدم إلى المؤتمر الخامس لمجمع فقهاء الشريعة بأمريكا.

(١) نفس المرجع والصفحة.

(٢) ينظر المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا ٢/٩٩٩.

(٣) ينظر إرشاد السالك لشهاب الدين البغدادي ١/١٨ والدخيرة للقرافي ١/٣١٥ ومواهب الجليل للحطاب ١/٥٥٥.



- الضرر يزال.
- الضرر لا يزال بالضرر.
- إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أحفهما.
- الضرر يدفع بقدر الإمكان.
- ما جاز لعذر بطل بزواله.
- أهم قواعد الحاجة:
 - الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة.
 - ما أبيح للحاجة يقدر بقدرها.
 - الاحتياج لا يبطل حق الغير.
 - لا ينظر للمفسدة المقتضية للحظر إلا مع الحاجة الموجبة للإذن.
 - المصالح الحاجية إذا اكتنفها من الخارج أمور لا ترضى شرعا، فإن الإقدام على جلب المصالح صحيح من غير حرج.
 - كل ما نهي عنه لغيره يباح للحاجة وكل ما نهي عنه لذاته يباح للضرورة.
 - حكم الشيء مع الحاجة يخالف حكمه مع عدم الحاجة.



المبحث الثالث: تغير الفتوى ومراعاة المآل.

المطلب الأول: مفهوم تغير المآل:

إن مراعاة المآل عند التطبيق وتنزيل الأحكام أمر مقرر عند علماء الشريعة، وهو محل اتفاق فيما بينهم، اللهم إذا استثنينا علماء الظاهرية الذين خالفوا جمهور العلماء لزعمهم أن ذلك عمل بالظن المنهي عنه شرعاً^(١). وما ذهب إليه الظاهرية هو خلاف الواقع، بحيث ثبت أن مآلات الأفعال لها تأثير قوي على مجرى الأحكام الشرعية، حتى أنه تقرر عند أهل هذا الشأن أن: «النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً كانت الأفعال موافقة أو مخالفة»^(٢).

ويكتسب اعتبار المآل قيمة كبيرة في الاجتهاد والفتوى، لكونه يجمع بين الواقع والمتوقع أثناء تنزيل الأحكام الشرعية على محالها، يقول الدكتور فريد الأنصاري رحمه الله: "المآل باعتباره نظراً اجتهادياً يمثل أرقى مراتب الاجتهاد، وأنضج صوره، وأدقها على الإطلاق، وذلك لبعد نظر الناظر فيه وعمقه، بحيث أن المجتهد لا يراعي فيه الواقع فحسب، بل يراعي المتوقع أيضاً، ويرسم ملامحه استشرافاً بمقتضاه... وهو - أي: المآل - من الخفاء والصعوبة بمكان، بل قلما ينتبه إليه لقوة حضور (الواقع)، وحجبه الأول عن الأنظار

(١) يقول الإمام ابن حزم رحمه الله: «فكل من حكم بتهمة أو احتياط لم يستيقن أمره، أو بشيء خوف ذريعة إلى ما لم يكن بعد، فقد حكم بالظن، وإذا حكم بالظن فقد حكم بالكذب والباطل وهذا لا يحل وهو حكم بالهوى وتجنب للحق» الإحكام في أصول الأحكام ١٣/٦.

(٢) الموافقات ١٧٧/٥ بتحقيق آل سلمان.



والاستبصار..^(١) لهذا فالاستغراق كلياً في تتبع صورة النازلة وجزئياتها دون النظر إلى مآلاتها موقع لا محالة في الخطأ والزلل، والبعد عن تحقيق مقاصد الشرع ومصلحة الخلق، لهذا فإن المفتي الرباني الحكيم - حسب تعبير الإمام الشاطبي - هو الذي تحقق بالفقه وصار له وصفا جبلياً، فصار: "يتحقق بالمعاني الشرعية، منزلة على الخصوصيات الفرعية (٠٠٠) ومن خاصته أمران؛

أحدهما: أنه يجيب السائل على ما يليق به في حالته على الخصوص، إن كان له في المسألة حكم خاص (٠٠٠)

والثاني: أنه ناظر في المآلات قبل الجواب عن السؤالات"^(٢) فالفعل قد يكون في أصله مشروعاً لمصلحة، أو ممنوعاً لمفسدة، فإذا اقترن بمآل معين، انقلب الصلاح فساداً، أو الفساد صلاحاً، وقد وضع ذلك الإمام الشاطبي بقوله: "النَّظْرُ فِي مآلاتِ الأفعالِ مُعْتَبَرٌ مَقْصُودٌ شَرْعاً كَانَتْ الأفعالُ مُوَافِقَةً أَوْ مُخَالَفَةً، وَذَلِكَ أَنَّ المُجْتَهِدَ لَا يَحْكُمُ عَلَى فِعْلِ مِنْ الأفعالِ الصَّادِرَةِ عَنِ المُكَلَّفِينَ بِالإقدامِ أَوْ بِالإحجامِ إِلاَّ بَعْدَ نَظَرِهِ إِلَى ما يُؤُولُ إِلَيْهِ ذَلِكَ الفِعْلُ، مَشْرُوعاً لِمَصْلَحةٍ فِيهِ تُسْتَجَلَبُ، أَوْ لِمَفْسَدَةٍ تُدْرَأُ، وَلَكِنْ لَهُ مآلٌ عَلَى خِلافِ ما قُصِدَ فِيهِ، وَقَدْ يَكُونُ غَيْرَ مَشْرُوعٍ لِمَفْسَدَةٍ تُنشَأُ عَنْهُ أَوْ مَصْلَحةٍ تُندَفِعُ بِهِ، وَلَكِنْ لَهُ مآلٌ عَلَى خِلافِ ذَلِكَ، فَإِذَا أَطْلَقَ القَوْلُ فِي الأَوَّلِ بِالمَشْرُوعِيَّةِ، فَرُبَّمَا أَدَّى اسْتِجْلابُ المَصْلَحةِ فِيهِ إِلَى المَفْسَدَةِ تُساوي المَصْلَحةَ أَوْ تَزِيدُ عَلَيْها، فَيَكُونُ هَذَا مانِعاً مِنْ إِطْلاقِ القَوْلِ بِالمَشْرُوعِيَّةِ وَكَذَلِكَ إِذَا أَطْلَقَ القَوْلُ فِي الثَّانِي بِعَدَمِ المَشْرُوعِيَّةِ رُبَّمَا أَدَّى اسْتِدْفَاعُ المَفْسَدَةِ إِلَى مَفْسَدَةٍ تُساوي أَوْ تَزِيدُ، فَلَا يَصِحُّ إِطْلاقُ القَوْلِ بِعَدَمِ المَشْرُوعِيَّةِ

(١) المصطلح الأصولي عند الإمام الشاطبي لأستاذنا فضيلة الدكتور فريد الأنصاري ص ٤٢٢.

(٢) الموافقات ٤/٢٣٢.

وَهُوَ مَجَالٌ لِلْمُجْتَهِدِ صَعْبُ الْمُرْدِ، إِلَّا أَنَّهُ عَذْبُ الْمَذَاقِ مَحْمُودُ الْعَبِّ، جَارٍ عَلَى مَقَاصِدِ الشَّرِيعَةِ"^(١).

وقد لخص الكلام عن أهمية مراعاة المآل في الاجتهاد والفتوى وقيّمته العلمية، وبيان الفرق بينه وبين الفتوى المجردة، الدكتور فريد الأنصاري بقوله: "المآل في الاعتبار الاجتهادي يقتضي نظرا تطوريا، أي: غير سكوني. ذلك أن اعتبار المآل في تنزيل الحكم الشرعي، هو نظر إلى الواقع في صيرورته الحركية. فالمآل هو ذلك الواقع المصار إليه، بعد حركة الواقع المشاهد. وفرق بين هذا، وبين نظر الفقيه في الفتوى إلى الواقع، باعتبار حاله دون مآله. فهذا نظر سكوني وتأمل ثابت. أما النظر في المآل؛ فهو رصد الحركة المتغيرة، المؤثرة على الحكم الشرعي بعد تنزيله، وإلباسه ظروف الزمان والمكان المتوقعة"^(٢).

إلا أن السؤال الملح والضروري الذي يجب طرحه هاهنا، هو كيف نتوصل إلى معرفة المآل؟ وهل ثمة طرق يسلكها المجتهد لمعرفة عاقبة الفعل المتوقعة حتى يتمكن من تنزيل الحكم الشرعي تنزيلا سليما؟

المطلب الثاني: مسالك التحقق من المآل الشرعي في الاجتهاد والفتوى:

تتبع الدكتور عبد الرحمن بن معمر السنوسي في كتابه "اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات" المسالك التي اتبعها العلماء للتحقق من المآل الشرعي، اخترت منها أربعة مسالك^(٣)، وهي كالاتي:

(١) الموافقات ٥ / ١٧٧-١٧٨.

(٢) المصطلح الأصولي عند الإمام الشاطبي للدكتور فريد الأنصاري رحمه الله ص ٤١٨ - ٤١٩.

(٣) ينظر "اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات" للدكتور عبد الرحمن بن معمر السنوسي،



المسلك الأول: التصريح النصي:

هو أظهر هذه المسالك، والمستند الأول للمجتهدين والمفتين في الإثبات الحكمي للأمر المتوقع؛ وهذا التصريح نوعان:

النوع الأول: تصريح الشارع.

والمقصود به أن الوسيلة التي يحكم بإفضائها إلى مآل ما قد ثبت بتنصيب الشارع إفضاؤها إلى ذلك المآل؛ بحيث يعتبر مجرد العمد إلى القيام بتلك الوسيلة في حكم القيام بإيقاع المآل نفسه، سواء كان هذا المآل مشروعاً أو ممنوعاً.

ولهذا المسلك تعلق (بمسلك النص) من مسالك العلة في الأحكام القياسية؛ ووجه ذلك أن مبدأ المآلات ناظر في الغالب إلى العلل البعيدة والحكم التي هي متعلق المناطات الشرعية؛ ولما كان الأصوليون قد اهتموا بتقعيد العلل القياسية أكثر من اهتمامهم بأمر الحكمة والعلل البعيدة نظراً لدقتها وعدم انضباطها، فإن هذه الأخيرة وسعها ما يسمى عند نظار الأصوليين «قوة الأثر» أو «قوة المعنى» وهو ما نجده ملموساً في أخذهم بالاستحسان ومراعاة الخلاف وسد الذرائع^(١).

=

ص ٣٨١ - ٣٩٥.

(١) ينظر "اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات" للدكتور عبد الرحمن بن معمر السنوسي،

ص ٣٨٢.

ومن أمثلة ذلك في باب الاستحسان: «القرض مثلاً، فإنه ربا في الأصل، لأنه الدرهم بالدرهم إلى أجل، ولكنه أبيع لما فيه من المرفقة والتوسعة على المحتاجين، بحيث لو بقي على أصل المنع لكان ذلك ضيق على المكلفين»^(١).

ومن جملة ما حرم في الشريعة لما يفضي إليه من المآل المذموم سدا للذريعة، ما ثبت من حديث عبد الله بن مسعود قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إذا كنتم ثلاثة فلا يتناجى اثنان دون صاحبهما؛ فإن ذلك يحزنه»^(٢).

النوع الثاني: تصريح الفاعل:

والمقصود بتصريح الفاعل: أن المتسبب في وقوع المآل أو المباشر له ينص صراحة على أنه يريد من فعله هذا تحقيق غاية معينة.

وأكثر ما يتعلق النظر الاجتهادي في رعاية المآلات بحالة الإفضاء الممنوع؛ لأن تصريح المكلف بإرادة غير مشروعة لا أثر له في الإذن والمنع إلا من جهة الشارع لا من جهة الاجتهاد، وغالب اهتمام مبدأ المآلات بالأحوال الاستثنائية التي لم تتضمنها الاقتضات الأصلية؛ لذا كانت المشروعات على أصل الإذن، ولا يؤثر سلبا تصريح المكلف بكونه مريدا بفعلها نفس ما أَرَادَهُ الشارع منها، وإنما يكون لتصريحه أثر فيما إذا صرح بما يناقض مقصود الشارع من وضعها.

(١) الموافقات ٤/١٤٩.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه باب تحريم مناجاة اثنين دون الثالث، حديث رقم: ٢١٨٤.



المسلك الثاني: الظنون المعتمدة.

ذهب الدكتور عبد الرحمن السنوسي إلى أن جمهور المالكية والحنابلة وبعض الشافعية يعتبرون أن من مسالك التعرف على القصود والمآلات الظنون المعتمدة؛ التي ليست وليدة توهم أو وسواس أو مبالغة في التخمين والشك.

وأن المعهود من تصرفات الشريعة، البناء على الظن فيما لا يحصى من الفروع؛ كما هو جار في أحكام الرواية والشهادة^(١) وما لا يحيط به الحصر من المسائل والقضايا. وقد بين العز بن عبد السلام صحة الاستناد إلى الظن بقوله: «القسم الثاني: ما يغلب ترتب مسببه عليه - وقد ينفك عنه نادرا - فهذا أيضا لا يجوز الإقدام عليه؛ لأن الشرع أقام الظن مقام العلم في أكثر الأحوال»^(٢).

المسلك الثالث: القرائن والملابسات^(٣).

من المسالك الدالة على مراعاة مآلات الأفعال، القرائن المحتفة بالتصرفات، والملابسات المقارنة للأحوال العارضة. والشريعة الإسلامية جارية على اعتبار هذه القرائن والاحتكام إليها عند انعدام ما هو أقوى منها؛ لأن إهمالها ليس يعني إلا تفويت كثير من المصالح والحقوق التي تتوقف عليها.

فقد ثبت في الشرع الاستناد إليها في ثبوت النسب؛ وليست القيافة سوى مجرد أمارات وقرائن، وسار على هذا الصحابة والتابعون، وأخذ بها من الأئمة المجتهدين مالك

(١) ينظر الفروق للقرائي ١ / ٤ - ١٨.

(٢) قواعد الأحكام ١ / ٨٥.

(٣) ينظر: اعتبار المآلات للسنوسي ص ٣٨٦ - ٣٨٧ بتصرف.

وأحمد والشافعي وغيرهم^(١).

وقد جاء رجل إلى ابن عباس رضي الله عنه فسأله: أَلمن قتل مؤمنا متعمدا توبة؟ قال: «لا، إلا النار»؛ فقال له جلساؤه بعد أن ذهب الرجل: كنت تفتينا يا ابن عباس أن لمن قتل توبة مقبولة؟ قال: «إني لأحسبه رجلا مغضبا يريد أن يقتل مؤمنا»^(٢).

فابن عباس رضي الله عنه في هذه النازلة التي أفتى فيها بأن من قتل مؤمنا متعمدا لا توبة له مع أنه كان يفتي بعكس ذلك، إنما استند إلى القرائن التي تلامس حال هذا الشخص الذي تدل القرائن على أنه كان يهمل بارتكاب جريمة القتل، وأنه أراد أن يستوثق من إمكانية التوبة بعد شفاء غيظه بقتل أخيه.

ومن الجدير بالذكر أن مراعاة هذه القرائن والملابسات، هي مما رتب الشاطبي رحمه الله على رعايته تقرير أهلية الاجتهاد الراسخ، حيث اعتبر الاجتهاد الذي ينوب فيه صاحبه عن النبي صلى الله عليه وسلم هو ما كان ناظرا في المآلات قبل الجواب عن السؤالات^(٣) وتتحقق هذه الرتبة بمراعاة الخصوصيات التي تتشخص عادة في قرائن الأحوال وعوارضها.

(١) ينظر: أفضية الرسول صلى الله عليه وسلم لابن فرحون القرطبي ص ١١٢، والطرق الحكمية لابن القيم ص ٩.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف، رقم الحديث: ٢٧٧٥٣، ورجاله ثقات كما في تلخيص الحبير لابن حجر ٤/١٨٧.

(٣) الموافقات ٤/٢٣٢-٢٣٣.



المسلك الرابع: التجارب^(١).

من المسالك التي تعرف بها المآلات : التجارب. وأصل التجربة: اختبار الشيء مرة بعد أخرى إلى أن يتحصل للمرء المحرب ما يقارب العلم أو الظن.

إذ العقلاء متفقدون على صحة الاستناد إلى التجارب في تعاطي الأمور، لأن العلم الحاصل عن التجربة يقارب مرتبة القطع والعلم الضروري عند كثير من النظائر، وفي أقل أحواله يأخذ حكم الظن الغالب بوجود الشيء أو حصوله. يقول الإمام الغزالي رحمه الله: «والضروري عند الأكثرين: عبارة عن الأولي لا ما نجد أنفسنا مضطرين إليه...، وكذلك العلم بصدق خبر التواتر، ويقرب منه العلم المستفاد من التجربة التي يعبر عنها باطراد العادات، كقولنا: الماء مُرٌّ، والخمر مسكر»^(٢)

وقد جرى على العمل بمقتضى التجارب سائر الفقهاء والمجتهدين، وربطوا مسائل كثيرة بمفادات التجارب، من شواهد ذلك قول ابن رشد رحمه الله: «وهذه الأقاويل كلها، المختلف فيها عند الفقهاء في أقل الحيز وأكثره، وأقل الطهر، لا مستند لها إلا التجربة والعادة»^(٣).

ومما يظهر به دور التجربة وأثرها في معرفة المآلات، أن «العادة» جعلت إحدى قواعد الفقه الكلية «العادة محكمة» وجعلت حاکمة على ما لا يحصى من المشروعات

(١) ينظر: اعتبار المآلات للسوسي ص ٣٩١ - ٣٩٣ بتصرف.

(٢) المستصفي ٣٩٨/١.

(٣) بداية المجتهد وكفاية المقتصد ٥١/١ (كفاية المقتصد هو الصواب لا نهاية المقتصد وهذا مثبت في

نسخة نادرة لهذا الكتاب بالزاوية الحمزية بشرق المملكة المغربية).

والمقدرات، ومعلوم أن مبنى الاعتماد على معنى التجربة وتكرار المشاهدة، مثال ذلك المشاق التي تقتضي التخفيف في الشرع، فإن الشاطبي رحمه الله جعل الضابط في تعيينها الاعتماد الجاري في الناس^(١)، وذلك بلا شك لا يعلم إلا من جهة التجريب والمشاهدة المتكررة، ويظهر أثر اعتبار المآل في هذا الاختيار في أن المشقة لو ضبطت بمعنى ثابت لا يتغير، لتمخض عن ذلك من الحرج ما لا حد له، إذ الناس يختلفون في هذا من عصر إلى آخر، ومن بيئة إلى أخرى، لذلك ترك الشارع تحديد مضمونها إلى المتغيرات المطردة في الخلق، نظرا إلى ما يجره التعيين الثابت من العنت في مثل هذه الأمور.

وأكثر ما يعتمد على ضابط الاعتماد في هذا الباب: في المآلات الواقعة فإن المفاصد والأضرار إذا حدثت، فالمرجع في معرفة مشروعيتها رفعها، والعلم بتحقيق المعنى الموجب لإزالتها، إنما هو العرف الجاري في الناس، فكل ما خالف العادة وجاوزها فهو ضرر معتبر واجب الإزالة.



(١) ينظر الموافقات ١٥٦/٢.



خاتمة

الحمد لله الذي لا تتم الصالحات إلا به، أحمدده سبحانه على توفيقه ولطفه وإرشاده، ونسأله عز وجل توفيقه وهدايته.

يجدر بي في نهاية هذا البحث المتواضع، أن أقدم بين السادة الكرام العلماء والباحثين والحضور المنيف، جملة من الخلاصات العلمية التي أمكن التوصل إليها كما تقتضيه الأعراف الأكاديمية، وهي كما يلي:

- استنادا إلى التعريف اللغوي لكل من الفتوى والتغير، والتعريف الاصطلاحي للفتوى اقترحت تعريفا لتغير الفتوى قلت فيه: "هو انتقال المفتي بالمستفتي من حكم شرعي لآخر لموجب اقتضى ذلك".
- الأحكام الشرعية الأصلية ثابتة لا يعتريها التغير والتبدل، وإنما الذي يعتريه التغير والتبدل هو أحوال المكلفين العادية والاستثنائية، وعاداتهم وأعرافهم ... مما يستوجب تغيير الفتوى بما يتناسب مع هذه الأحوال.
- المجتهد مطالب بالتمييز بين الأحوال والظروف، وذلك بتحقيق المناط الخاص بالنازلة المعروضة عليه، ومعرفة مقتضياتها وتوابعها ومآلها، لا الاكتفاء بالنظر المجرد فيها.
- تنقسم أحوال الناس من حيث السعة والمشقة إلى ظروف عادية مرتبطة أساسا بالعرف والعادة ومراعاة المصالح، وظروف استثنائية، قد تكون في رتبة الضرورة أو رتبة الحاجة.. ولكل من هذه الأقسام ما يناسبه من الأحكام الشرعية.
- تغير الفتوى لتغير العرف والعادة قاعدة شرعية محكمة، ونظرية صحيحة سامية، مجمع عليها بين العلماء.

- إفتاء الناس بمجرد المنقول من الكتب على اختلاف أعرافهم وعاداتهم وأحوالهم، ضلال في الدين، وجهل بمقاصد الشرع الحكيم، واجتهاد سلف علماء المسلمين.
- تفاوت المصالح من حيث العموم والخصوص، ومن حيث القوة والأثر... يترتب عنه تزامها فيما بينها من جهة، وتعارضها مع المفاصد من جهة أخرى، الشيء الذي يستوجب الموازنة فيما بينها عند التزاحم، والترجيح فيما بينها عند التعارض.
- من أهم ما يُؤثر في تغيير الفتوى وتبدلها، الضروريات والحاجيات والظروف الطارئة، التي توقع المكلفين في الشدة والخرج الشديدين، مما يستوجب حملهم على فقه التيسير والترخيص بضوابطهما الشرعية.
- إن ما تبيحه المشقة الواقعة في مرتبة الضروريات غير ما تبيحه المشقة الواقعة في مرتبة الحاجيات، لهذا وجب على المفتي معرفة الفروق الجوهرية فيما بينهما، تفاديا للوقوع في اللبس والخلط في الفتوى، وقد استقصيت جملة من الفروق المميزة بين المرتبتين وهي مبينة في محلها من هذا البحث.
- تغيير الفتوى باعتبار المآل أمر مقرر عند علماء الشريعة، وهو محل اتفاق فيما بينهم باستثناء الظاهرية.
- اعتبار المآل له قيمة كبيرة في الاجتهاد والفتوى، لكونه يجمع بين الواقع والمتوقع في العملية الاجتهادية، لهذا كان الاستغراق كليا في تتبع صور النازلة وجزئياتها دون النظر إلى مآلاتها موقع لا محالة في الخطأ والزلل.
- لقد تعددت المسالك التي اتبعتها العلماء لمعرفة المآل المتوقع من الحكم الشرعي المنزل على النازلة، إلا أن أهمها أربعة:
- التصريح النصي؛ وهو نوعان تصريح صادر عن الشارع، وتصريح صادر عن الفاعل.
- الظنون المعتبرة التي ليست وليدة توهم أو وسواس أو مبالغة في التخمين والشك.
- القرائن والملابسات.
- التجارب والعادات.



لائحة المصادر والمراجع

- القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.
- الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، للإمام شهاب الدين القرافي، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، الطبعة الثانية: ١٤١٦ هـ ١٩٥٥ م، دار البشائر الإسلامية، بيروت - لبنان.
 - اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، للدكتور عبد الرحمن بن معمر السنوسي، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى: ١٤٢٤ م.
 - إعلام الموقعين عن رب العالمين، لمحمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت ٧٥١ هـ)، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١١ هـ - ١٩٩١ م.
 - أنوار البروق في أنواء الفروق، لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (ت ٦٨٤ هـ)، الناشر: عالم الكتب، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
 - بداية المجتهد وكفاية المقتصد، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (ت ٥٩٥ هـ)، الناشر: دار الحديث - القاهرة، تاريخ النشر: ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م.
 - التعريفات، لعلي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (ت: ٨١٦ هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت لبنان، الطبعة: الأولى ١٤٠٣ هـ.
 - تفسير القرآن الحكيم (تفسير المنار)، لمحمد رشيد بن علي رضا (ت ١٣٥٤ هـ)، الناشر: الهيئة المصرية العامة للكتاب، سنة النشر: ١٩٩٠.

- الجامع الكبير - سنن الترمذي، محمد بن عيسى بن سَورة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (المتوفى: ٢٧٩هـ)، المحقق: بشار عواد معروف، الناشر: دار الغرب الإسلامي - بيروت، سنة النشر: ١٩٩٨ م.
- الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، للإمام محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، الناشر: دار طوق النجاة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ.
- سنن ابن ماجه، المؤلف: ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد (ت ٢٧٣هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي
- ضوابط الاجتهاد التنزيلى في ضوء الكليات المقاصدية، للدكتور عبد الرزاق وورقية، الناشر: دار لبنان للطباعة والنشر- لبنان، الطبعة الأولى: ١٤٢٤هـ ٢٠٠٣م.
- العرف والعادة في رأي الفقهاء، عرض نظرية في التشريع الإسلامي، للشيخ أحمد فهمي أبو سنة، مطبعة الأزهر ١٩٤٧م.
- لسان العرب، لمحمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقى، (ت ٧١١هـ)، الناشر: دار صادر بيروت، الطبعة: الثالثة - ١٤١٤ هـ.
- المستصفى في أصول الفقه، لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (ت ٥٠٥هـ)، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣م.



- مسند الإمام أحمد بن حنبل، لأبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (ت ٢٤١هـ)، المحقق: أحمد محمد شاكر، الناشر: دار الحديث - القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م.
- المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، للإمام مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (ت ٢٦١هـ)، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- المصطلح الأصولي عند الشاطبي، للدكتور فريد الأنصاري، الناشر: المعهد العالمي للفكر الإسلامي في إطار اتفاقية مع معهد الدراسات المصطلحية بفاس، الطبعة الأولى: ١٤٢٤ هـ / ٢٠٠٤ م.
- معجم مقاييس اللغة، لأحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي (ت ٣٩٥هـ)، المحقق: عبد السلام محمد هارون، الناشر: دار الفكر، عام النشر: ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م.
- الموافقات في أصول الشريعة، لإبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشهير بالشاطبي (ت ٧٩٠هـ)، المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، الناشر: دار ابن عفان، الطبعة الأولى ١٤١٧ هـ / ١٩٩٧ م.





**أثر الفتوى على الرقابة الشرعية
للمصارف الإسلامية
فتاوى الجمعيات الفقهية أنموذجا**



د. علي نجم

٥٠١ سكتور ١١ إضافي حي السلام سلا

المملكة المغربية





بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، وبعد،،،
يجنح المسلمون للتعامل بالحلال بعيداً عن المعاملات الربوية، وقد منَّ الله تعالى عليهم بانبعث المصارف الإسلامية وانتشارها، حيث أحيطت بسياجٍ رقابيٍّ يدقق في معاملاتها، ويتحرى مطابقتها للشريعة الإسلامية، مع التنويه على أن بعضها يتخذ الإسلام شارحاً و الرقابة ذريعةً صوريةً، يتخفى وراءهما لتسويق المنتوجات المشبوهة.
وقد يخطط المصرف لمشروعٍ يُرتقب أن يُدر عليه الأرباح الطائلة، ثم يعدل عنه لفتوى أملتها عليه الهيئة الرقابية، وفي المقابل يمكن للفتوى أن تستجلب للمصرف مخرجاً شرعياً يحوّل له صيغةً ماليةً تُغدق عليه بتلك الأرباح التي فاتته.

ولا شك أن عمل الهيئات الرقابية لا ينفك عن النصوص الشرعية والقواعد والمقاصد العامة، ولذلك فإن أعضائها يحتاجون أحياناً لفتاوى يُحرجون عليها النوازل المالية التي تعرض لهم؛ ومن ذلك فتاوى الجمععات الفقهية، المنبثقة عن اجتهادٍ جماعيٍّ مدروسٍ.

وتتجلى مشكلة البحث في التداخل الذي يسم أثر الفتوى في الرقابة الشرعية، لأن الفتوى تارةً تكون وافدةً على الهيئة من جهاتٍ أخرى كالجمععات الفقهية؛ وتارةً تكون صادرةً عن الهيئة نفسها ومعبرةً عن اجتهاداتها، وسأعمل بإذن الله على تجلية هذا التداخل بين الأثرين.

ويهدف هذا البحث لما يلي:

- أولاً: بيان أثر الفتوى على الرقابة الشرعية للمصارف الإسلامية.
- ثانياً: إبراز سبل تدبير أثر الفتوى على الرقابة الشرعية للمصارف الإسلامية.

ثالثاً: إظهار أثر الفتوى الجماعية على الرقابة الشرعية للمصارف الإسلامية من خلال فتاوى المجامع الفقهية.

وأما الدراسات السابقة، فقد وقعت عليها أثناء إعدادي للبحث، ومنها الآتي:
 أولاً: أثر اختلاف فتاوى الهيئات الشرعية، لمحمد المختار السلامي^(١). وهذا متعلق كما يبدو بمجال اختلاف الفتاوى، وليس بأثر الفتوى على الرقابة.
 ثانياً: اختبار الفتاوى المالية، هل المشكلة في الفتوى أم في التطبيق، لرفيق يونس المصري^(٢). والهدف هنا هو في اختبار الفتاوى بين النص والتنزيل.
 ثالثاً: دور المجامع الفقهية في ترشيد مسيرة المصارف الإسلامية آليات وصيغ عملية، لمحمد عبد اللطيف الفرفور^(٣). وهو خاص بدور المجامع الفقهية وليس بالكلام عن أثر الفتوى عموماً.

رابعاً: الفصل بين الفتوى والتدقيق تحديات ومعوقات حوكمة المؤسسات المالية الإسلامية، لعبد الباري مشعل^(٤). والموضوع هو الفصل بين مهمة المفتي وبين عملية تنزيلها في العملية التدقيقية.

(١) بحث مقدم لمؤتمر الدوحة الثاني للمال الإسلامي الذي نظمه بيت المشورة للاستشارات المالية، أكتوبر ٢٠١١.

(٢) حوار الأربعاء بتاريخ ١٢-١٠-١٤٢٨ الموافق ل ٢٤-١٠-٢٠٠٧، مركز النشر العلمي، مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي بجامعة الملك عبد العزيز، ص ١٦-٢٩.

(٣) بحث مقدم للدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دولة الإمارات العربية المتحدة بالشارقة، من ١ إلى ٥ جمادى الأولى ١٤٣٠هـ الموافق ٢٦ - ٣٠ أبريل ٢٠٠٩م.

(٤) بحث مقدم للمؤتمر التاسع للهيئات الشرعية، المنامة- البحرين ، ٢٦ - ٢٧ ماي ٢٠١٠ .



ويُفَرَّق هذا البحث عن سابقه، بكونه يُظهر أثر الفتوى الوافدة على عمل هيئات الرقابة الشرعية من جهةٍ، وأثر فتاوى هذه الهيئات على العملية الرقابية للمصارف الإسلامية من جهةٍ أخرى؛ ثم يبين ذلك من خلال فتاوى الجامع الفقهيّة. وسأحاول الالتزام ببعض الضوابط كمنهج في هذا البحث، لإنجاح هذا العمل بفضل الله تعالى، ومن ذلك:

أولاً: محاولة تصور المسألة، ثم تصويرها على الوجه الصحيح.

ثانياً: سؤق أدلة على المسائل المذكورة، مع عزوها للمراجع الأصلية.

ثالثاً: توخي الأمثلة والنماذج التطبيقية لبيان المقصود.

رابعاً: الجمع بين الجانبين الفني والفقهي ما أمكن.

خامساً: كتابة الآيات بالخط العثماني مع ذكر مواطنها في المصحف.

سادساً: تخريج الأحاديث وبيان درجتها ما لم تكن في الصحيحين أو أحدهما.

فكيف تؤثر الفتوى على عمل هيئات الرقابة الشرعية للبنوك؟

وما هي تدبير أثر الفتوى على الرقابة الشرعية للمصارف الإسلامية؟

وهل للمجمعات الفقهيّة دورٌ في إسعاف هيئات الرقابة الشرعية للبنوك؟

وإني لأطمح للإجابة على هذه الأسئلة من خلال تمهيدٍ، وأربعة مباحث، وخاتمةٍ،

فأما المباحث فهي كالآتي:

المبحث الأول: مظاهر أثر الفتوى على الرقابة الشرعية للمصارف الإسلامية.

المبحث الثاني: تدبير أثر الفتوى على الرقابة الشرعية للمصارف الإسلامية.

المبحث الثالث: تطبيقات لأثر الفتوى على الرقابة الشرعية للمصارف الإسلامية.

المبحث الرابع: أثر الاجتهاد الجماعي على الرقابة الشرعية للمصارف الإسلامية - الجامع

الفقهيّة أمودجا-.

مَهَيِّدٌ

ارتأيت إدماج هذا التمهيد توطئةً بين يدي البحث، أتطرق فيه باختصارٍ لبعض المفاهيم التي تدعو الحاجة إليها، ولأجل ذلك ركزت على العنصرين التاليين:
أولاً: تعريف الرقابة الشرعية للمصارف الإسلامية.

ثانياً: التكليف الفقهي للرقابة الشرعية للمصارف الإسلامية.

أولاً: تعريف الرقابة الشرعية للمصارف الإسلامية.

آثرت الاكتفاء بتعريف الرقابة الشرعية للمصارف الإسلامية باعتبارها علماً ولقباً، وتفاديت التعريف المركب التحليلي لأنه سيطول بنا، والمقام لا يسمح بذلك؛ وقد عُرفت الرقابة الشرعية للمصارف الإسلامية بتعريفاتٍ كثيرةٍ أذكر منها ما يلي:

أولاً: هي الفحص والتأكد من مدى التزام ومطابقة أنشطة المؤسسة للشريعة الإسلامية، حسب الفتاوى الصادرة والقرارات المعتمدة من جهة الفتوى^(١).

ثانياً: إصدار الفتاوى والأحكام الشرعية المتعلقة بنشاط المؤسسة المالية ومتابعة تنفيذها، والتأكد من أن معاملات المصارف الإسلامية تتم وفقاً للأحكام الشرعية.

ويظهر جلياً مناسبة التعريفين لبحثنا، حيث صُرح فيهما بالإفتاء وما ينجم عنه من تدقيقٍ ومتابعةٍ، وهما دور هيئة الرقابة كما سيأتي.

وتتكون هيئة الرقابة الشرعية من مجموعةٍ من العلماء لا يقل عددهم عن ثلاثة، متخصصون في الفقه الإسلامي وبالأخص في فقه المعاملات، ويجوز أن يكون أحد

(١) الرقابة الشرعية والتدقيق الشرعي، لسمير الشاعر، ص ١٢.



الأعضاء من غير الفقهاء بشرط اختصاصه في مجال المؤسسات المالية الإسلامية، وتتحقق فيهم الأهلية العلمية والدراية بالواقع العملي؛ ويقومون بإصدار الفتاوى والمراجعة للتأكد من أن جميع معاملات المؤسسة متوافقة مع أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، وتقدم تقريراً بذلك للجمعية العامة، وتكون قراراتها ملزمة^(١). ولذا فهذه الهيئات هي القلب الذي يُصدّر الدم، فيغذي بقية أقسام المصرف عن طريق الشرايين وهم المراقبون الشرعيون، ويعود إليه عن طريق الأوردة وهي الأسئلة والاستفسارات، لينقيه ويرسله متدفقاً سيالاً سليماً إلى سائر أعضاء الجسم الذي هو المصرف^(٢).

فالرقابة الشرعية تعني وضع الضوابط الشرعية ومتابعة تنفيذها، وأما هيئة الرقابة الشرعية: فهي التي تصدر الفتاوى وتضع المعايير الشرعية^(٣)؛ وقد تنوعت مسمياتها ومن ذلك^(٤): هيئة الفتوى والرقابة الشرعية، لجنة الإفتاء، هيئة الإفتاء، هيئة الفتوى، لجنة الرقابة الشرعية، اللجنة الدينية، المجلس الشرعي، الهيئة الشرعية.

ونلاحظ ظهور الفتوى في التسمية عند بعض الهيئات. ورغم اختلاف التعاريف والمسميات، فالمعنى واحد؛ والعبرة هاهنا بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني.

(١) قرار رقم ١٧٧ (١٩/٣)، بشأن دور الرقابة الشرعية في ضبط أعمال البنوك الإسلامية، مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورته التاسعة عشرة في إمارة الشارقة (دولة الإمارات العربية المتحدة)، من ١ إلى ٥ جمادى الأولى ١٤٣٠ هـ، الموافق ٢٦ - ٣٠ نيسان (أبريل) ٢٠٠٩ م.

(٢) دراسة لهيئات الفتوى والرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية واقعاً وتقيماً (تعارض الفتوى أمودجاً)، بحث لإبراهيم العبيدي.

(٣) الرقابة الشرعية على المصارف، بحث ليوسف الشبيلي.

(٤) هيئات الفتوى والرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية (دراسة وتقييم)، بحث لعبد الحق حميش.

ثانياً: التكيف الفقهي للرقابة الشرعية للمصارف الإسلامية.

اختلف العلماء المعاصرون في التكيف الفقهي لأعمال الهيئات الشرعية في المصارف، نظراً لأنه تتجاذبها مجالاتٌ وصورٌ عدة، فهي تقوم بعمل المفتي من خلال إبداء الاستشارات، وتقوم أيضاً بعمل المحتسب من خلال ممارستها دوراً رقابياً على العقود التي تبرمها المؤسسة المالية مع عملائها، وتقوم أيضاً بعمل الأجير الخاص من خلال قيامها بإنتاج صيغ العقود المتسقة وأحكام الشريعة الإسلامية^(١)؛ قال محمد أنس الزرقا: "والمحصلة هي أن عمل الهيئة الشرعية بعضه فتوى، وبعضه شهادة للجمهور بعدم مخالفة المؤسسة لأحكام الشريعة. لكن يلاحظ أن فتوى الهيئة الشرعية لها صفة الإلزام للمؤسسة، فهي بذلك أقوى من الفتوى عموماً وأشبه بالقضاء، لكنها بخلاف القضاء لا تلزم غير المؤسسة"^(٢)، وإن كان هذا ليس على إطلاقه.

إن تكيف عمل هذه الهيئات على أنه إفتاء يرد عليه أن الفتوى ليست ملزمة^(٣)، لكن فتاوى هيئات الرقابة الشرعية لا انفكاك لها عن الإلزام، فهي تشبه الحكم القضائي، وإذا تجردت عن الإلزام صارت في حكم الهيئة الاستشارية. وسواء أدت هذه الهيئات دور المفتي أو المستشار أو المراقب أو المدقق، فإن وجودها مجلبةً لثقة المتعاملين مع هذه المصارف في التزامها بالشريعة، باعتبار أن المفتي أو الرقيب الشرعي يتحمل هذه المسؤولية عنهم، وإذا لم يعترض فالأمور على ما يرام^(٤).

(١) هيئات الفتوى والرقابة الشرعية ودورها في المصارف الإسلامية، بحث لعبد المجيد محمود الصلاحين.

(٢) الهيكل الشرعي للصناعة المالية الإسلامية، بحث لمحمد أنس الزرقا.

(٣) إعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن قيم الجوزية، ٣١/١.

(٤) تقوم عمل هيئات الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية، للجنة من الأساتذة الخبراء الاقتصاديين والشرعيين والمصرفيين، ص ١٠.



المبحث الأول: مظاهر أثر الفتوى على الرقابة الشرعية للمصارف الإسلامية.

تتمتع الفتوى بسلطةٍ على المصارف الإسلامية أصالةً، وعلى الهيئات الرقابية تبعاً؛ لأن هذه المؤسسات ألزمت نفسها بالشريعة الإسلامية بحكم الاسم الذي تحمله. والرقابة المصرفية أنواعٌ تتدخل الفتوى في كل أطرافها ولا تستطيع أن تبقى بمعزلٍ عنها، ولا اكتمال هذه العلاقة يجب الفصل بين العملية الإفتائية وبين تنزيلها في التدقيق الشرعي، كما يستحسن العناية بالمعايير الشرعية الصادرة عن الجهات المختصة؛ ولمعالجة هذه الطروحات سطرت المطالب التالية:

المطلب الأول: سلطة الفتوى على الأعمال الرقابية للمصارف الإسلامية.

المطلب الثاني: أنواع الرقابة الشرعية للمصارف الإسلامية وعلاقتها بالفتوى.

المطلب الثالث: بين الفتوى والتدقيق المصرفي الإسلامي.

المطلب الرابع: بين الفتوى المصرفية والمعايير الشرعية.

المطلب الأول: سلطة الفتوى على الأعمال الرقابية للمصارف الإسلامية.

يقتضي انتساب المصارف الإسلامية لهذا الدين أن تكون تابعةً لشريعته، وما تُنصب الهيئات الشرعية إلا لهذا الغرض، ومن ثمّ فلها سلطةٌ رقابيةٌ على العمل المصرفي، وهي خاضعةٌ بدورها للفتوى بقوة الشرع، ما دامت محتاجةً إليها في الإشارة على المصارف ومراقبتها. وتستمد هذه العلاقة جذورها من نصوص الوحيين، ومن ذلك قوله

تعالى: ﴿يُوسَفُ أَيُّهَا الصِّدِّيقُ أَفْتِنَا فِي سَبْعِ بَقَرَاتٍ سِمَانٍ يَأْكُلُهُنَّ سَبْعٌ عِجَافٌ وَسَبْعِ سُنبُلَاتٍ خُضِرٍ وَأُخْرَىٰ يَأْبَسَتِ لَعَلَّيَّ أَرْجِعُ إِلَى النَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَعْلَمُونَ ﴿٤٦﴾ قَالَ

تَزْرَعُونَ سَبْعَ سِنِينَ دَابًّا فَمَا حَصَدْتُمْ فَذَرُوهُ فِي سُنْبُلِهِ إِلَّا قَلِيلًا مِمَّا نَأْكُلُونَ ﴿٤٧﴾ ثُمَّ يَأْتِي مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ سَبْعٌ شِدَادٌ يَأْكُلْنَ مَا قَدَّمْتُمْ لَهُنَّ إِلَّا قَلِيلًا مِمَّا تُحْصِنُونَ ﴿٤٨﴾ ثُمَّ يَأْتِي مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ عَامٌ فِيهِ يُغَاثُ النَّاسُ وَفِيهِ يَعَصِرُونَ ﴿٤٩﴾^(١)، فقد استفتي يوسف عليه السلام ثم أفتى بفتوى تنص على تدبير الشأن الاقتصادي، بإدخار محصول سنوات الري لسنوات القحط؛ وكذلك تفعل الهيئات الشرعية حين تفتي بفتاوى لتدبير الشأن المصرفي، بحيث تشير على المصرف بما يبقيه في دائرة الشرع، وتسعفه بأدواتٍ شرعيةٍ ترفع من مداخيله أو تقيه من مغبة الوقوع في الخسائر المَهولة.

وقد استعمل رسول الله ﷺ رجلاً على صدقات بني سليم، يُدعى ابن اللثبية، فلما جاء حاسبه، قال: هَذَا مَالِكُمْ وَهَذَا هَدِيَّةٌ. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: "فَهَلَّا جَلَسْتَ فِي بَيْتِ أَبِيكَ وَأُمَّكَ، حَتَّى تَأْتِيكَ هَدِيَّتُكَ إِنْ كُنْتَ صَادِقًا" ثُمَّ حَطَبْنَا، فَحَمِدَ اللَّهُ وَأَثْنَى عَلَيْهِ، ثُمَّ قَالَ: "أَمَّا بَعْدُ، فَإِنِّي أَسْتَعْمِلُ الرَّجُلَ مِنْكُمْ عَلَى الْعَمَلِ مِمَّا وَلاَئِي اللَّهِ، فَيَأْتِي فَيَقُولُ: هَذَا مَالِكُمْ وَهَذَا هَدِيَّةٌ أُهْدِيَتْ لِي، أَفَلَا جَلَسَ فِي بَيْتِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ حَتَّى تَأْتِيَهُ هَدِيَّتُهُ، وَاللَّهِ لَا يَأْخُذُ أَحَدٌ مِنْكُمْ شَيْئًا بَعِيرٍ حَقَّهُ إِلَّا لَقِيَ اللَّهَ يَحْمِلُهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ"^(٢)، ويمكن اعتبار قرار النبي ﷺ فتوى وجهت الشخصية الرقابية لابن اللثبية رضي الله عنه؛ ويستفاد منها عدم جواز استغلال أعضاء الهيئات الشرعية وظيفتهم للحصول على هدايا من العملاء أو من المصرف يكون لها تأثيرٌ على عملهم الرقابي.

(١) سورة يوسف، الآيات: ٤٦-٤٩.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحيل، باب احتيال العامل ليهدى إليه، ٢٨/٩.

وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الإمارة، باب تحريم هدايا العمال، ٣/١٤٦٣.



لقد نشأت المؤسسات المصرفية الإسلامية الأولى في أوائل السبعينات، وظهر احتياجها الفوري إلى فتاوى مستفيضة، لقضايا كلها جديدٌ صعبٌ؛ ولم تكن جهات الفتوى الرسمية قادرةً على تقديم المطلوب كمّاً ولا نوعاً، فشكّلت كل مؤسسة هيئةً شرعيةً تقدم لها الفتاوى، كما تعطي الجمهور المتعامل الثقة بأن المؤسسة تلتزم أحكام الشريعة حسب اجتهاد هيئتها الشرعية^(١).

إن المصارف الإسلامية لا تستقيم بدون رقابةٍ شرعيةٍ، ولا رقابةً شرعيةً بدون فتوى؛ لأن العاملين في الرقابة لا ينفكون عن الفتوى ابتداءً وانتهاءً، فهم يستندون إلى فتاوى سابقهم في الحكم على النوازل المعروضة عليهم، ثم ينتجون على إثر ذلك فتاوى تسعف المؤسسة المالية وقد تكون ركيزةً لمفتين آخرين، فالفتوى تحيط بالرقابة الشرعية من جميع الجوانب، كما يبين ذلك الشكل التالي:



(١) راجع: الهيكل الشرعي للصناعة المالية الإسلامية، مرجع سابق.

وعليه، فإن لهيئة الرقابة الشرعية بناءً على فتوى، أن توقف أيّ عملية للمصرف، كما لها إمكانية إسعافه بمنتوج تمويليّ أو استثماريّ يحل له المشاكل، وثبت في دراسة^(١) أن نسبة ٩٧،٦ ٪ من أعضاء الرقابة الشرعية وإدارة البنك على أن لهيئة الرقابة الشرعية صلاحية وقف أو إلغاء أي نشاط للبنك إذا كان غير مطابق للشرعية الإسلامية. إن للفتوى أثراً كبيراً في تطوير الأعمال المصرفية، وذلك بتطبيق القواعد الشرعية على العقد واستثناء ما جاء مخالفاً للشرعية سعياً وراء إيجاد بديل شرعيّ بعيداً عن الحيل الذميمة.

المطلب الثاني: أنواع الرقابة الشرعية للمصارف الإسلامية وعلاقتها بالفتوى^(٢)

الرقابة الشرعية أنواعٌ، بحسب المهمة الرقابية، وبحسب العلاقة بالمصرف، وبحسب المرحلة، أو بحسب اعتباراتٍ أخرى؛ ومهما يكن نوع الرقابة المصرفية الإسلامية فلا غنى لها عن الفتوى، ولتوضيح ذلك أقترح التقسيم الموالي:

هناك نوعان من الرقابة: داخلية وخارجية.

فأما الرقابة الداخلية فهي جزءٌ من العمل الداخلي للمصرف، وتكون في شكل وظيفتين أساسيتين:

الوظيفة الأولى: وضع المعايير الشرعية لضبط عمل المؤسسة المالية، وهذه الوظيفة تأخذ حكم الفتوى، وتكلف بها هيئة الفتوى.

(١) أثر الرقابة الشرعية واستقلاليتها على معاملات البنك الإسلامي، لفارس أبي معمر، ص ١٩.
(٢) راجع: الاستثمار والرقابة الشرعية في البنوك والمؤسسات الإسلامية، لعبد الحميد البعلبي، ص ٢١٠-٢١١.

وأيضاً: قرار رقم ١٧٧ (١٩/٣)، مرجع سابق.



الوظيفة الثانية: التأكد من سلامة تنفيذ المؤسسة للمعايير والأحكام الصادرة عن هيئة الفتوى، وفحص مدى التزامها بتلك الأحكام في جميع أنشطتها. وهذه مهمة هيئة التدقيق الداخلي، التي تضم مجموعة من المراقبين الشرعيين ممن لهم إلمام بالضوابط الشرعية، ولا يلزم أن يكونوا من الفقهاء فقد يكونون محاسبين أو قانونيين أو غيرهم.

وقد تبين جلياً أن اسم الفتوى يتكرر في هذه الرقابة الداخلية بل هي قطب رحاها. وأما الرقابة الخارجية فتتم من خلال مكاتب تدقيقٍ خارجيٍّ لا تنتمي للمصرف^(١)، وتضم هيئة فتوى ومراقبين شرعيين، يتفقدون أعمال مؤسساتٍ ماليةٍ متعددة، على غرار المعمول به في المكاتب المحاسبية الخارجية. وقد تتم عن طريق الرقابة الشرعية المركزية التابعة للدولة، التي تشرف على أعمال هيئات الرقابة الشرعية الداخلية وتدقق فيها، مع وضع اللوائح والمعايير المنظمة للأنشطة المصرفية المنضوية تحت لوائها.

وهذه الرقابة الخارجية محتاجةٌ في ممارسة أعمالها أيضاً للفتوى، لأنها تناقش في الغالب فتاوى الهيئة الداخلية وتنزيلاتها.

ويطمح العديد من المختصين إلى إيجاد هيئة رقابةٍ عليا على مستوى الدول، لتمثيل الهيئات المركزية، وهنا أيضاً ستكون مهمة الفتوى موكلةً لجهةٍ عالميةٍ كالمجمعات الفقهية.

والخص هذه العلاقة الوطيدة بين الفتوى ومختلف أنواع الرقابة في أنموذجٍ أقرحه من خلال الشكل الموالي:

(١) قضايا ومواضيع في الرقابة الشرعية، توصيات اللجنة العربية للرقابة المصرفية، ص ٣٧-٣٩.



شكل مقترح لتوضيح أثر الفتوى على أنواع الرقابة المصرفية الإسلامية.

المطلب الثالث: بين الفتوى والتدقيق المصرفي الإسلامي.

تدعو الحاجة إلى تقويم أعمال هيئات الفتوى، بعد مرور أكثر من ثلاثين عاماً عليها^(١)، وإن الغالب عليها أن دورها لا يتجاوز الإفتاء النظري وتبقى بعيدة عن متابعة أعمال المصارف^(٢)، حيث فرض النمو السريع للمصارف الإسلامية إيقاعاً عالياً على هذه الهيئات بالأخص مع قلة أعضائها وانشغالهم، فصار يصعب عليها متابعة مدى

(١) اختبار الفتاوى المالية: هل المشكلة في الفتوى أم في التطبيق، لرفيق يونس المصري، ص ١٦-٢٩.

(٢) راجع: أثر الرقابة الشرعية على التزام المصارف الإسلامية بالأحكام الشرعية، بحث لعبد الرزاق الهيتي.

وأيضاً: الحاجة إلى تقنين الرقابة الشرعية، بحث لعبد الستار الخويلدي.



التزام إدارات المصرف بالفتاوى التي تصدرها، وتحتّم لأجل ذلك تكليف أجهزةٍ أخرى بهذه المهمة، وهي هيئات التدقيق الشرعي، لتشرف على متابعة تنفيذ الفتاوى وتدقيق المعاملات^(١).

يعتبر التدقيق من مهام هيئة الرقابة الشرعية للمؤسسة، لكن ظهر من خلال دراساتٍ أنها غلّبت جانب الفتوى على التدقيق، فأصبحت تبّدع وتراكم الفتاوى على حساب ضعفٍ في الناحية المهنية الفنية المتمثلة في ممارسة التدقيق الشرعي^(٢)، فالغرض الأساسي من الفتوى هو التنفيذ، كما قال ابن القيم: "المفتي محتاج إلى قوة في العلم وقوة في التنفيذ"^(٣). وفي هذا الصدد يقول محمد أنس الزرقا: "إن إصدار الفتاوى وإنشاء المعايير الشرعية يتطلب علماً ومهارةً تختلف عما يتطلبه مراقبة تطبيق المؤسسات لتلك المعايير، وهذا نظير ملاحظة أن وضع قواعد سير المركبات في الطرق العامة يتطلب مهارات مهندسي الطرق وخبراء المواصلات، بينما مراقبة تقيد السائقين بتلك المعايير يتطلب مهارات ضباط المرور"^(٤). وقد أوجد التساهل في هذا الأمر خللاً ملحوظاً في عمل بعض الهيئات الشرعية حتى صار العملاء يُقبلون على منتوجاتٍ على أنها مجازةٌ من الهيئة والواقع أن أعضاءها يفتون على المنابر بتحريمها، ناهيك عن عدم التناسب بين عدد

(١) راجع: الفصل بين الفتوى والتدقيق تحديات ومعوقات حوكمة المؤسسات المالية الإسلامية، بحث لعبد الباري مشعل.

(٢) الالتزام الشرعي للبنوك الإسلامية، محاضرة لعبد الباري مشعل، حوالي الدقيقة ١١.

<https://www.youtube.com/watch?v=RIZp1VPDRb4>

(٣) إعلام الموقعين عن رب العالمين، ١٥٦/٤، مرجع سابق.

(٤) الهيكل الشرعي للصناعة المالية الإسلامية، مرجع سابق.

المراقبين الشرعيين وحجم العمل المنوط بهم^(١)، ففي دراسة^(٢) أجريت في عام ٢٠٠٧ على شريحة تضم أحد عشر مصرفاً إسلامياً، وتضم خمسة عشر وألف فرع، وبحجم تمويل بلغ أكثر من مئة مليار دولار، تبين أن عدد المراقبين الشرعيين لم يتجاوز ثمانية عشر، وكثيرٌ منهم مشغولٌ بأعمالٍ أخرى غير الرقابة!!.

وعلى هذا، فلا يجب الاكتفاء بالفتاوى المجردة بل يجب متابعة تطبيقها، من خلال الجمع بين الناحيتين الفنية والفقهية^(٣).

المطلب الرابع: بين الفتوى المصرفية والمعايير الشرعية.

تحتاج المصارف الإسلامية لمعرفة حكم الله في المسائل التي تُعرض عليها، وهذه مهمة الهيئات الشرعية، ولذلك كانت الحاجة ماسةً لإيجاد المعايير الشرعية في صورة فتاوى^(٤). ويقصد بها مجموعة المعايير المعتمدة لدى المؤسسة المالية، سواءً كانت معايير خاصةً وهي الصادرة عن الهيئة الشرعية الخاصة بالمؤسسة المالية، أو عامةً وهي المعايير الدولية مثل تلك الصادرة عن المجلس الشرعي بهيئة المحاسبة والمراجعة.

وتُستمد هذه المعايير من مجموعة القرارات والفتاوى والتوصيات الشرعية الصادرة عن الهيئات الشرعية، وعلى المدقق إعادة صياغتها بصورة قوانين معيارية ضابطة مقسمة

(١) الرقابة الشرعية على المصارف، مرجع سابق.

(٢) قام بإعداد هذه الدراسة مركز الأواثل للاستشارات الاقتصادية.

(٣) واقع الرقابة الشرعية في الكويت، ورقة عمل لأحمد عبد الله العومي.

(٤) نظرة إلى منهج عمل الهيئات الشرعية وبنيتها في المؤسسات المالية الإسلامية، بحث لمحمد أنس الزرقا.

وأيضاً: هيئات الفتوى والرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية (دراسة وتقييم)، مرجع سابق.



لبنود وعناصر^(١). فالهيئة الشرعية تضع المعايير: وهي الفتاوى التي تتخيرها من بحر الفقه العميق أو تنشئها باجتهادها الذاتي، ثم تراقب مدى التزام المؤسسة بهذه المعايير^(٢).

وتخضع المعايير الشرعية الصادرة عن المجلس الشرعي بهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية للمراجعة الدورية على ضوء ما يظهر لأعضائه من ملاحظاتٍ، وما يتلقاه من اقتراحاتٍ من المؤسسات المالية الإسلامية. وتنظم هذه الهيئة مؤتمراً سنوياً خاصاً ببيئات الرقابة الشرعية، لدراسة الموضوعات المحتاجة لرأيٍ جماعيٍّ^(٣).

وقد أفرز مجلسها الشرعي عدة معايير، وألصقها بموضوعنا هو المعيار الشرعي رقم ٢٩: بشأن ضوابط الفتوى وأخلاقياتها في إطار المؤسسات^(٤)، والذي يتطرق كما هو ظاهرٌ لجانب الفتوى ببيئات الرقابة المصرفية الإسلامية، ومن أهم ما ورد فيه النقاط التالية:

- تتعين الفتوى على الهيئة بناءً على الارتباط الذي بينها وبين المؤسسة.
- الأصل أن للمستفتي أن يختار - بحسب طاقته - الأعلم أو الأتقى من المفتين، ولو في كل مسألةٍ على حدةٍ، ولكن المؤسسات - بحسب نظمها ولوائحها - مقيدةٌ باستفتاء هيئتها.

(١) هيئات الفتوى والرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية بين النظرية والتطبيق، بحث لرياض منصور الخليلي.

(٢) الهيكل الشرعي للصناعة المالية الإسلامية، مرجع سابق.

(٣) أسباب اختلاف فتاوى الهيئات الشرعية للمؤسسات المالية، بحث لعبد الستار أبو غدة.

(٤) المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ص ٣٩٧-٤٠٨.

- يلزم المؤسسة العمل بالفتوى الصادرة عن الهيئة بمجرد إصدارها ولا يتوقف ذلك على قناعة الإدارة.
 - ينبغي إعادة الاستفتاء في موضوع سبق الفتوى فيه، إذا كان لدى المؤسسة معطيات جديدة.
 - ليس للمؤسسة مطالبة الهيئة بالإفتاء طبقاً لمذهب معين، ولو كان المذهب الرسمي في بلد مقر المؤسسة، أو المذهب الذي التزمت به جهة الفتوى الرسمية.
- ورغم أن الهدف من هذه المعايير هو توحيد الفتاوى الصادرة عن الهيئات الشرعية، إلا أنها لم تحقق الغاية التي سعت إليها^(١)، وفي هذا الصدد يقول عبد الباري مشعل: "وعلى الرغم من أن الهيئات الشرعية الخاصة على مستوى البنوك والمؤسسات الإسلامية تمثل مصدر الفتوى والتشريع للمؤسسات التي تشرف عليها؛ بيد أن هناك عدة عوامل لها صلة بالمعايير ستعمل على تقليص الحاجة إلى دور الهيئات الخاصة في الفتوى والتشريع وتعزيز دور الهيئات الشرعية الدولية كالمجلس الشرعي التابع لهيئة المحاسبة والمراجعة كمصدر رئيس للفتوى والتشريع"^(٢).



(١) أثر اختلاف فتاوى الهيئات الشرعية، بحث محمد المختار السلامي.

(٢) دور المعايير الشرعية والمحاسبية في توجيه وتنظيم المصرفية الإسلامية، بحث لعبد الباري مشعل.



المبحث الثاني: تدبير أثر الفتوى على الرقابة الشرعية للمصارف الإسلامية.

تقرر لدينا أن الفتوى تحتلط بعظم وشحم الرقابة الشرعية، وهي مركوزة فيها حتى النخاع، مما يستدعي تدبير هذا الأثر البالغ حتى يعطي ثماره المرجوة، لأنه إذا فسد الأصل تداعى الفرع للفساد، فتحتم صلاح الأصل وإصلاحه ويتمثل ذلك في العناية بالفتوى الرقابية، لصلاح الفرع وهو العمل الرقابي؛ وأقترح لتحقيق ذلك استحضار صناعة رصينة للفتوى، وترجمتها على مستوى هندسة المراحل لضمان استرسالها في نسقٍ مقننٍ منضبطٍ، طلباً لترشيد المشاكل الناجمة عن الفتوى الرقابية بالمصارف الإسلامية، ولاجتناب امتطاء الفتاوى في التحايلات الرقابية.

وإني لأتوخى مناقشة هذه النقاط عبر المطالب التالية:

المطلب الأول: صناعة الفتوى الرقابية بالمصارف الإسلامية.

المطلب الثاني: ترشيد المشاكل الناجمة عن الفتوى الرقابية بالمصارف الإسلامية.

المطلب الثالث: امتطاء الفتاوى في التحايلات الرقابية.

المطلب الأول: صناعة الفتوى الرقابية بالمصارف الإسلامية.

تتوقف نجاعة العملية الإفتائية في الرقابة المصرفية الإسلامية على صناعة رصينة محكمة، تقوم على شروطٍ ضرورية التحقيق، وتتم عبر مراحلٍ متتابعةٍ تفضي إلى الفتوى المنشودة وتتجاوزها إلى روح العملية التنزيلية وتحقيق المناط.

إن تطوير هذه الصناعة الإفتائية كفيلاً بتحسين المنتج الرقابي، وتحقيق الطمأنينة في نفوس العاملين والمتعاملين؛ وكلما كانت هذه الصناعة أقوم، كلما توطدت الثقة في المصارف الإسلامية.

ولإلقاء الضوء على هذه الصناعة، استحضرت الفرعين التاليين:

الفرع الأول: شروط الفتوى الرقابية بالمصارف الإسلامية.

الفرع الثاني: مراحل الفتوى الرقابية بالمصارف الإسلامية.

الفرع الأول: شروط الفتوى الرقابية بالمصارف الإسلامية.

إن المفتي موقعٌ عن رب العالمين، فكيف إذا اقترنت فتواه بكونه شاهداً ومحتسباً أيضاً؟، فالفتوى الرقابية التي لم يَتَّقِ فيها المفتي وجه الله تعالى، قد تدر على المصرف أموالاً طائلةً، يكون وزرها على المفتي؛ وقد يكون ذلك على سبيل الخطأ والوهم، فناسب لاجتناب هذا المشكل تأهيل المفتين وصناعتهم بما يتوافق ومتطلبات وأحوال المؤسسات المالية، وتحري مجموعةٍ من الشروط اللازمة لقبولهم والسماح لهم بدخول هذا المعترك الوعر، ومن بين تلك الشروط أسرد ما يلي:

✓ مراعاة ضوابط الفتوى عموماً، ومن ذلك ما صدر عن مجمع الفقه الإسلامي الدولي^(١). مع مراعاة مقاصد الشريعة ومآلات الأفعال، وتجنب الأقوال الشاذة وتتبع الرخص^(٢).

(١) قرار رقم ١٥٣ (١٧/٢)، بشأن الإفتاء: شروطه وآدابه، مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورته السابعة عشرة بعمان (المملكة الأردنية الهاشمية)، من ٢٨ جمادى الأولى إلى ٢ جمادى الآخرة ١٤٢٧هـ، الموافق ٢٤ - ٢٨ حزيران (يونيو) ٢٠٠٦م.

(٢) قرار رقم ٧٠ (٨/١)، بشأن الأخذ بالرخصة وحكمه، مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد

=



✓ التصور الجيد للنازلة: فالعلم بالحق مقدمة للحكم به، كما يجب أن يكون الحكم مفسراً، و المحل الذي ينزل عليه الحكم مؤثراً في الفتوى، مع مراعاة أصول تنزيل الفتوى^(١).

✓ يجب أن تكون هيئة الرقابة الشرعية مستقلة وأعضاء الهيئة الشرعية ذوي شخصية قوية، فقد بينت إحصاءات دقيقة أن استقلالية الهيئة الشرعية تؤدي إلى أن تكون نسبة الحلال في معاملات البنك حلالاً بنسبة ١٠٠٪^(٢)؛ ومن الاستقلالية ألا يحصل المفتي على مستحقاته المالية من المصرف، وقد ذكر عبد السلام بلاجي^(٣) أننا أمام مفتيين: مفت يأخذ الأجرة على الفتوى من البنك فتعتريه الشبهة، ومفت يأخذها من الدولة^(٤). ومن الاستقلالية أيضاً عدم الجمع بين الرقابة وعضوية مجلس الإدارة، وعدم الإسهام في رأس المال، لنفي شبهة المصلحة الخاصة.

=

في دورة مؤتمره الثامن بيندر سيدي بيجوان، بروناي دار السلام، من ١ - ٧ محرم ١٤١٤ هـ الموافق ٢١ - ٢٧ حزيران (يونيو) ١٩٩٣ م،
(١) الهيئات الشرعية في المصارف الإسلامية بين استقلالية الفتوى والتبعية، مقال لسمو الأمير عبدالعزيز بن سطات آل سعود.

(٢) هيئات الفتوى والرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية (دراسة وتقويم)، مرجع سابق.

وقرار رقم ١٧٧ (١٩/٣)، مرجع سابق.

(٣) رئيس الجمعية المغربية للاقتصاد الإسلامي.

(٤) تقويم التمويلات البديلة في أفق إنشاء البنوك التشاركية، محاضرة لعبد السلام بلاجي، حوالى الدقيقة ٥٩.

<https://www.youtube.com/watch?v=0ZPQxwrAqWg>

- ✓ يجب أن تكون قرارات الهيئة إلزامية ما لم يطعن فيها الغير أمام القضاء^(١)، فإن الالتزام شرعي قبل أن يكون رسمياً^(٢)، وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: "فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له"^(٣).
- ✓ يستحسن الالتزام بقرارات هيئات الاجتهاد الجماعي بما في ذلك المجتمعات الفقهية.
- ✓ اختيار الأكفاء في المعاملات المالية المعاصرة، مع مراعاة خدمة الدين لا المصالح الشخصية^(٤).
- ✓ استعانة هيئة الفتوى بمختصين في المعاملات المصرفية، كما قال ابن تيمية: " والمرجع في كل شيء إلى الصالحين من أهل الخبرة به"^(٥)؛ ويرجى أن يجمع أعضاء الهيئة بين العلوم الشرعية والقانون والاقتصاد، وهذا قليل على أرض الواقع كما كشفت عنه الدراسة المدونة نتائجها في الجدول التالي^(٦):

التخصص	الشرعية	الشرعية والقانون	الشرعية والقانون والاقتصاد	تخصصات اخرى
النسبة المئوية	٧٦,٦	٨,٦	١١,٤	٣,٤

- (١) قانون تنظيم العمل المصرفي السوداني لسنة ٢٠٠٤، الفصل الثالث: الهيئة العليا للرقابة الشرعية.
- (٢) أهداف ومهام المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، بحث لعجيل النشمي، ص ١٧.
- (٣) أخرجه الدارقطني في سننه، ٣٦٨/٥. وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى، ١٠ / ٢٥٢.
- (٤) نظرة إلى منهج عمل الهيئات الشرعية وبنيتها في المؤسسات المالية الإسلامية، مرجع سابق.
- (٥) مجموع الفتاوى، لابن تيمية، ٢٩/٣٦.
- (٦) تقييم عمل هيئات الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية، ٢/١٢٨-١٢٩، مرجع سابق.



فيظهر جلياً التركيز على علوم الشريعة وانخفاض التنوع في التخصصات المهمة الأخرى، قال حسن يوسف داود: "يصعب وجود الفقيه المتخصص في المعاملات المصرفية والمسائل الاقتصادية، مما نتج عنه عدم استطاعة الفقيه إبداء الرأي في عددٍ من المسائل الاقتصادية أو المصرفية"^(١).

إن اجتماع هذه الشروط في شخصٍ واحدٍ صعب المنال، لكن يكفي أن ينال عضو الهيئة الرقابية حظاً وافراً من كل واحدٍ منها، حتى إذا اجتمعت فيه تلك الأنصبه، كان أهلاً لتحمل المسؤولية على أحسن وجهٍ.

الفرع الثاني: مراحل الفتوى الرقابية بالمصارف الإسلامية.

تمر الفتوى الرقابية بمراحل عدةٍ قبل خروجها لأرض الواقع، وأثناء مسيرتها هذه، تتلاقح مع مجموعةٍ من المجالات والتخصصات، في حلقةٍ مغلقةٍ تدور فيها الفتوى لتوصل النشاطات المصرفية إلى بر الأمان الشرعي؛ فهناك رقابةٌ سابقةٌ للتنفيذ، ورقابةٌ متزامنةٌ مع التنفيذ، وأخرى لاحقةٌ له^(٢)، وللفتوى تمثيليةٌ في كل مرحلةٍ من هذه المراحل، فالهيئة الشرعية تمتلك وضع المعايير من الجهة الإفتائية والتأكد من تطبيقها بعد ذلك من الجهة التدقيقية: فهي رقابةٌ سابقةٌ ولاحقةٌ معاً، بل ومصاحبةٌ أيضاً^(٣)، وفيما يلي مقترحٌ تصويريٌّ لتسلسل هذه المراحل:

(١) الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية، لحسن يوسف داود، ص ٢٤.

(٢) الهيئات الشرعية، بحث لعبد الستار أبو غدة، ص ٢٠.

وأيضاً: مراحل الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية، بحث لعبد الله بن عبد الرحمن السلطان.

(٣) أساسيات العمل المصرفي الإسلامي، أشرف محمد دواية، ص ٢١٠-٢١١.

المرحلة الأولى: دراسة الموضوع المستفسر عنه دراسةً وافيةً مع الاستعانة بمقدم الاستفسار ومن يُحتاج إليه من المتخصصين^(١). وذكر راشد العليوي أن الفتوى الصحيحة هي التي تستقصي أولاً تكييف الواقعة وتصورها وتصوراً صحيحاً مطابقاً للواقع^(٢). فهذه المرحلة مفادها التوصيف الجيد للنازلة على أمل الحصول على تكييفٍ فقهيةٍ مناسبٍ لها، لأن الحكم عن الشيء فرعٌ عن تصوره.

المرحلة الثانية: البحث عن الأدلة الشرعية المناسبة للتوصيف والتكييف المنجزين في المرحلة الأولى، بغية تحقيقاً للمناط والوصول للحكم الشرعي^(٣)، فهذه مرحلةٌ تنزيليةٌ للأدلة على صورة المسألة.

المرحلة الثالثة: التطبيق الميداني لمطابقة الأنشطة المصرفية للفتاوى، ويقوم بذلك هيئة التدقيق، بالتعاون مع هيئة الفتوى، لإنجاح عملية المراقبة والتتبع^(٤)، وهذا هو الجانب التنزيلى للفتوى على المعاملات المصرفية .

المرحلة الرابعة: مراجعة الفتاوى والعقود بعد فترةٍ من العمل بها، لتصحيح الأخطاء وإزالة التعارض^(٥)؛ كما يُنصح بتدوين هذه الفتاوى ليستفاد منها.

(١) هيئات الفتوى والرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية (دراسة وتقييم)، مرجع سابق.
(٢) تفاوت "صيغ العقود" طبيعي لكن لا يتجاوز إلى التطبيق والإخلال بـ "الفتوى"، جريدة الرياض.

(٣) هيئات الفتوى والرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية (دراسة وتقييم)، مرجع سابق.
(٤) بحوث في فقه البنوك الإسلامية - دراسة فقهية اقتصادية-، لعلي القره داغي، ص ١٩٧.
(٥) واقع الرقابة الشرعية في الكويت، مرجع سابق.



فهذا المد والجزر لبحر الفتوى الرقابية يجعلها رائدةً النشاط المصرفي السليم، مانحةً الثقة للعملاء، ورافعةً للصورة المشوهة التي أعطتها بعض المصارف جراء تلاعبها بالفتاوى.

وإن الخلل الذي يحصل في شروط الفتوى أو مراحلها، لجديرٌ بأن يوقع المؤسسة في



رؤية مقترحة لتصور مراحل صناعة الفتوى المصرفية

الحرام ويفقد المصرفية الإسلامية هيبتها، فاتحاً الباب أمام المغرضين للطعن في هذا الخير حسداً من عند أنفسهم وطعناً في الدين، في حين أن الواقع ينص على أن هذا الخلل إنما حصل في الطريق الموصلة إلى الهدف، وأما الهدف نفسه فمحميٌ من لدن حكيمٍ خبيرٍ.

المطلب الثاني: ترشيد المشاكل الناجمة عن الفتوى الرقابية بالمصارف الإسلامية.

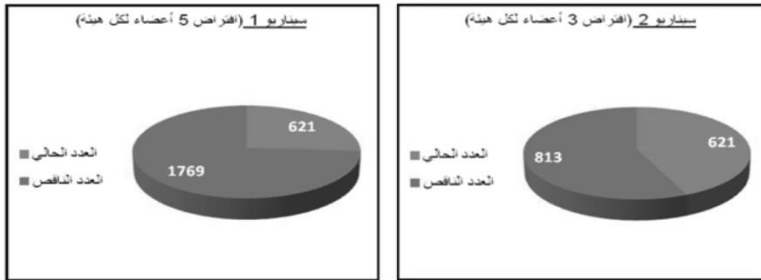
إن إصدار الفتوى أو تنزيلها، لأمران من الأهمية بمكان، لكن قد تعترضها بعض المشاكل والمعوقات التي تعرقل العملية الرقابية، سواء كان ذلك بقصد كالتحايلات، أو بغير قصد كتعارض الاجتهادات. وهو ما سأطرق إليه بواسطة الفرعين الموالين:

الفرع الأول: توصيف مشاكل الفتوى الرقابية.

الفرع الثاني: تعارض الفتاوى الرقابية.

الفرع الأول: توصيف مشاكل الفتوى الرقابية.

تعاني البنوك الإسلامية من نقصٍ شديدٍ في أعداد أعضاء الهيئات الشرعية، وأظهرت دراسة^(١) أن الاحتياجات الفعلية ترتفع إلى ٢٣٩٠ عضواً شرعياً بافتراض توافر خمسة أعضاء في كل هيئة شرعية مع عدم تكرار العضوية في أكثر من مؤسسة، أما بافتراض الحد الأدنى وهو ثلاثة أعضاء في كل هيئة شرعية فإن الاحتياجات تصل إلى ١٤٣٤ عضواً على النحو الذي يوضحه الشكل التالي:



المصدر: المجلس العام للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية بالتعاون مع مؤسسة BDO Jordan

للإستشارات المالية الإسلامية

الاحتياجات الفعلية من أعضاء الهيئات الشرعية في عام 2009

(١) البنك الإسلامي النموذجي بين النظرية والتطبيق، لعبد الحليم عمار غربي، ص ٧٦.



وقد نجم عن قلة عدد الفقهاء المتخصصين في مجال المعاملات المصرفية والمسائل الاقتصادية الحديثة؛ عدم وجود تصور واضح للمسائل، ومن ثم صعوبة الوصول للحكم الشرعي الصحيح فيها^(١)؛ علاوةً على صعوبة مسايرة التطور السريع والكبير للمعاملات المصرفية، وإضافةً إلى عدم استجابة إدارة المصرف وموظفيه لفتاوى الهيئة، وقد أسهم كل ذلك في صعوبة إيجاد الفتوى المناسبة، وفي تفاقم المخالفات الشرعية، وهناك مشكل آخر، وهو تكرار الأسماء نفسها من العلماء المشهورين في الهيئات الشرعية، مما شغل كاهلهم وشتت أعمالهم وتركيزهم^(٢).

كما أن أسلوب عمل الهيئات غير واضح ولا معلوم في أحوال كثيرة تبلغ نسبتها ٢٧٪، وقد اقتصرَت على إبداء الرأي فيما يعرض من مسائل بنسبة ٧٥٪ في مجموعة البنوك الإسلامية في مصر، و ٥٠٪ في الخليج، وتبلغ نسبة هذا الأسلوب إجمالاً ٤٨,٥٪، أما الأسلوب الذي يقوم على اختيار عيناتٍ من أنشطة البنك وتدقيقها فينحصر في نسبة ٦,٢٪ على وجه الإجمال و ١٧٪ في بنوك الخليج^(٣).

ويتكرس هذا المشكل إذا ما أضفنا إليه عدم التنسيق بين أعضاء هيئة الفتوى والعاملين بالمصرف، لأن الهيئة مهما بذلت من جهودٍ فلن تستطيع الإمام بكل المخالفات الشرعية التي يرتكبها موظفو المصارف^(٤).

(١) التمويل الإسلامي ودور القطاع الخاص، لفؤاد السرطاوي، ص ٩٠.

وأيضاً: أثر الرقابة الشرعية واستقلاليتها على معاملات البنك الإسلامي، ص ٣٥، مرجع سابق.

(٢) هيئات الفتوى والرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية (دراسة وتقييم)، مرجع سابق.

(٣) تقويم عمل هيئات الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية، ١١٨/٢-١١٩، مرجع سابق.

(٤) أساسيات الاقتصاد الإسلامي وتطبيقاته المعاصرة، سيدي محمد الوردی، ص ٢٣٨.

الفرع الثاني: تعارض الفتاوى الرقابية.

نتج الاختلاف في فتاوى هيئات الرقابة الشرعية للمصارف الإسلامية في شتى أنحاء العالم، عن ممارسة الاجتهاد المستمر من قبل الفقهاء، وهذا صحيٌّ إذا رُوِّعَتْ قيوده؛ لأنه من الطبيعي أن تختلف الآراء، فقد يرى أحدهم منهج التشديد في حين يرى آخر منهج التيسير^(١).

ويرجع ذلك إلى أسبابٍ متعددة، فقد تكون المسألة مما اختلف فيه الفقهاء المتقدمون، فانبئ عليه اختلاف المعاصرين، وقد يكون الاختلاف لفظياً، وهو ما يطلق عليه أهل العلم اختلاف التنوع؛ وأكثر الخلاف الذي ينشأ في هذا المجال سببه تصور المعاملة، والذي يؤثر بشكلٍ كبيرٍ على التكييف الفقهي، فيفتي البعض بتحريم عقد من العقود، لاشتماله على بعض المحظورات الشرعية، وينفيها آخرون فيفتون بالجواز؛ ومن الأمثلة على ذلك عقد الإجارة المنتهية بالتمليك، حيث صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي بجوازه، بينما حرّمه مجلس هيئة كبار العلماء بالملكة العربية السعودية، والواقع أنه ليس هناك تعارضٌ بين القرارين، لأن صورة العقد مختلفةٌ فيهما^(٢).

وذكر محمد البوطي أن ذلك ينبثق من الأسباب التالية^(٣):

السبب الأول: عدم النضج الفقهي والملكة الفقهية في المعاملات المالية الإسلامية.

- (١) أثر هيئات الفتوى والرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية، بحث لسليمان نعيم الراعي.
- (٢) دراسة لهيئات الفتوى والرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية واقعا وتقييما (تعارض الفتوى أمودجا)، مرجع سابق.
- (٣) سبل إمكانية التجانس في الفتاوى المالية في أعمال هيئات الرقابة الشرعية، بحث لمحمد سعيد رمضان البوطي .



السبب الثاني: عدم الاستئناس بفتاوى الجمع الفقهي، وبمدونة المعايير الشرعية.
السبب الثالث: عدم وجود منهجٍ معروف وملزمٍ للبحث في أحكام الشريعة الإسلامية، وموضحٍ لمظاهر الفرق بين عمل المفتي وعمل الناقل للأحكام من مراجعها المعتمدة.

وقد ينتج الاختلاف عن أسبابٍ أخرى، كتغير فتوى المفتي، فأحد المشايخ كان يرى أن المحققين من أهل العلم على أن التورق ذريعةٌ إلى الربا وإن كان ظاهره سلامة التعامل، وبعد أن صار عضواً في العديد من الهيئات الشرعية أصبح يجيزه ويذكر أن ذلك قول جمهور الفقهاء^(١).

وهناك مجهوداتٌ للتقريب ودرء التعارض كما ورد في اختصاصات هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية^(٢)، حيث نص مجلسها على ضرورة تحقيق التطابق أو التقارب في التصورات والتطبيقات بين هيئات الرقابة الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية^(٣).

والواقع أن توحيد الفتاوى أمرٌ عسيرٌ، وفي الوقت نفسه يؤدي إلى التحجير، فديننا

(١) اختبار الفتاوى المالية: هل المشكلة في الفتوى أم في التطبيق، مرجع سابق.

(٢) يتكون المجلس الشرعي حسب النظام الأساسي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية من أعضاء لا يزيد عددهم عن عشرين عضواً، يعينهم مجلس الأمانة لمدة خمس سنوات، من الفقهاء الذي يمثلون هيئات الرقابة الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية الأعضاء في الهيئة، وهيئات الرقابة الشرعية في البنوك المركزية. للمزيد، راجع: المعايير الشرعية، الصفحات من "ل" إلى "س"، مرجع سابق.

(٣) أنظر موقع الهيئة:

دين سعة، واختلاف الفتاوى لم يسلم منه حتى عهد الصحابة رضوان الله عليهم، لكن المطلوب هو ضبط الفتاوى والتنسيق بين جهاتها لتضييق الخلاف وتجنب تضارب الفتاوى والتناقض عند تطبيقها^(١).

المطلب الثالث: امتطاء الفتاوى في التحايلات الرقابية.

لقد استحدثت هيئات الرقابة الشرعية عقوداً وصيغاً جديدةً، منها ما هو من قبيل المخارج الشرعية المبنية على الاجتهاد القويم، ومنها ما هو تحايلٌ وتسترٌ محضٌ خلف الدين. فمثلاً بيع المراجعة للآمر بالشراء يعتبر تطويراً لعقد المراجعة المعروف في الفقه، ولقد قامت اللجنة الشرعية بالمعهد العالمي للفكر الإسلامي، بإنشاء نموذج جديدٍ تحت اسم "عقد مواعدة منتهٍ بالبيع" يعالج في نظرهم كافة الاعتراضات الواردة على المراجعة للآمر بالشراء. كما استحدثت الفتاوى صيغاً وأساليب استثماريةً جديدةً تقوم على الربط بين أكثر من عقدٍ شرعيٍّ، كالربط بين السلم والاستصناع^(٢).

وقد يفتي المفتي بفتوى، ثم يفتي بأخرى، وكذلك غيره، وتتراكم الفتاوى لتعطي مشهداً شاملاً من الحيل، وإذا بالمصرف الإسلامي شبيهةً بالمصرف التقليدي^(٣)؛ وينتج ذلك أحياناً عن الضغوط التي قد تمارسها إدارة المصرف على الهيئة لإباحة بعض التصرفات، معتمدةً على عدم إمامها الكامل بدقائق المعاملات المصرفية، فتقوم مثلاً بصياغة السؤال بطريقةً مُلبَّسةً، ثم تقدمه للهيئة التي تبيح المعاملة بناءً على طريقة السؤال الذي تَلَقَّته، في حين أن الواقع خلاف ذلك، لأنه لو أُلقي السؤال مطابقاً للحقيقة والواقع لَأَفَّت بالحرمه^(٤).

(١) أسباب اختلاف فتاوى الهيئات الشرعية للمؤسسات المالية، مرجع سابق.

(٢) تقويم عمل هيئات الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية، ١٥٠/٢-١٥١، مرجع سابق.

(٣) اختبار الفتاوى المالية: هل المشكلة في الفتوى أم في التطبيق، مرجع سابق.

(٤) البنوك الإسلامية، لجمال الدين عطية، ص ٦٩ - ٧٣.



إن العملية المشروعة هي التي تتطابق مع أحكام الشريعة الإسلامية وقواعدها ومقاصدها، لكن المحرم المردود هو إذا كان عمل المفتي مقتصراً على البحث عن الحيل التي تجعل الحرام حلالاً، عندما تكون العملية في ظاهرها جائزة، وفي حقيقتها محرمة. وقد يرتاح المفتي إلى مجرد النقل لأن بعض الفتاوى خاضعة لضغط العمل اليومي، فيبحث عن المخارج الجاهزة في كتب الفقه القديمة، وبهذا يستريح من عناء الابتكار والبحث العلمي الجاد؛ وقد يفتي بفتوى يصل بها المصرف الإسلامي إلى ما يفعله المصرف التقليدي، ولكن بشيء من اللف والدوران، الذي قد يكلف المصرف تكاليف إضافية يثقل بها كاهل العملاء، فيوصف بعدم الكفاءة لارتفاع تكلفة العمليات مقارنةً بنظيره التقليدي^(١).

تحصل لنا من هذا المبحث أن تدبير الفتوى المصرفية مستندٌ إلى صناعةٍ جيدةٍ وترشيدهٍ للمشاكل، كما يبين ذلك النموذج المنشور في الشكل الآتي:



يقتضي تدبير الفتوى المصرفية انخراطها في مجالاتٍ عدةٍ

(١) اختبار الفتاوى المالية: هل المشكلة في الفتوى أم في التطبيق، مرجع سابق.

المبحث الثالث: تطبيقات لأثر الفتوى على الرقابة الشرعية للمصارف الإسلامية.

سأتى بنماذج تطبيقية لبعض الفتاوى المصرفية استجلاءً لصورة أثر الفتوى الرقابية، لعلّي ألقى مزيداً من الضوء عليها، واخترت أيضاً النموذج المغربي لبيان أثر الهيئة المركزية وفتاويها على العمل الرقابي للهيئات الشرعية بالمصارف الإسلامية، وتفصيل ذلك في المطلبين المواليين:

المطلب الأول: نماذج من استثمار الفتاوى المصرفية.

المطلب الثاني: حالة القانون المغربي للبنوك التشاركية.

المطلب الأول: نماذج من استثمار الفتاوى المصرفية.

بينت بما فيه الكفاية أثر الفتوى في العمل الرقابي للهيئات الشرعية، استيراداً وتصديراً، وفيما يلي نماذج توضح ذلك:

أولاً: نصت فتوى هيئة الفتوى والرقابة الشرعية لبنك دبي الإسلامي على أن دراسة الجدوى هي المعتمدة في الحفاظ على رأس المال والأرباح المقترحة إلا إذا أثبت الشريك بالبينة أن فوات ذلك ناتج عن ظروف خارج استطاعته^(١). فهذه الفتوى تُفصّل النزاع بين الشريكين في حالة فشل المشروع، حيث نصت الهيئة الشرعية على أهمية دراسة الجدوى في قيام الشركة، وجعلتها بينةً للمدعي عند النزاع.

(١) إدارة المخاطر في البنوك الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٩٢-١٩٤.



ثانياً: استجابت كافة البنوك الإسلامية في المملكة الأردنية لفتوى أصدرتها دائرة الإفتاء الأردنية^(١)، تنص على عدم جواز فرض غرامة على الأقساط التي يتأخر العميل عن سدادها في عقد المراجعة، لأن الزيادة على القسط مقابل التأخر في الوفاء هو من الربا، وقد تم سحب ذلك الشرط من عقود جميع المصارف الإسلامية^(٢)، فتجلى بوضوح أثر الفتوى وقوتها، وكيف سخر الله على يديها التخلص من هذا الشرط المحرم الذي كان قابلاً في قوانين هذه المصارف.

ثالثاً: قامت مؤسسة من مؤسسات البنوك الإسلامية الموريتانية بمباركة غريبة من طرف هيئتها الشرعية، بإلغاء الوعد الملزم في المراجعة للأمر بالشراء، والذي أقره مجمع الفقه الإسلامي الدولي^(٣)، فأبطلت هذه الهيئة الشرعية معاملةً بفتوى خالفت فيها مجماً فقهيًا^(٤).

(١) الموضوع: هل يجوز فرض غرامة على الأقساط التي يتأخر سدادها؟، رقم الفتوى ٢٥٨، التاريخ: ٢٣/٤/٢٠٠٩.

<http://www.aliftaa.jo/Question.aspx?QuestionId=258>

(٢) البنوك الإسلامية تستجيب لدار الإفتاء بعدم جواز غرامة الأقساط المتأخرة، مقال ليوسف محمد ضمرة.

(٣) قرار رقم: ٤٠-٤١ (٥/٢ و ٥/٣) في المجلس المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من ١-٦ جمادى الأولى ١٤٠٩ هـ الموافق ١٠-١٥ كانون الأول (ديسمبر) ١٩٨٨ م.

(٤) الوعد الملزم وإلغاؤه من طرف بعض البنوك في بلادنا، مقال لمحمد الأمين ولد عالي، موقع أقلام الموريتاني. <http://www.aqlame.com/article15945.html>.

المطلب الثاني: حالة القانون المغربي للبنوك التشاركية^(١).

صدر مشروع قانون^(٢) يرخص في قسمه الثالث بإنشاء بنوك إسلامية بالمغرب تحت اسم "البنوك التشاركية"، وتطرق في جزئه الثاني إلى الحديث عن هيئة الرقابة الشرعية تحت اسم "هيئات المطابقة"، والتي تتجلى في المجلس العلمي الأعلى لعلماء المغرب وفي لجنة التدقيق. وعبر محمد أحمين^(٣) عن ارتياحه لهذه الصيغة بحصر الفتوى فيمن تتوفر فيه شروطها، ونظراً لتساهل المؤسسات المالية في اختيار أعضاء الهيئات المفتية، فقد ذكر أن أنسب من يقوم بتعيينها هم العلماء أنفسهم عن طريق الأطر التنظيمية التي تجمعهم كالمجلس العلمي الأعلى في المغرب، بشرط أن تكون ذات تمثيلية حقيقية لعلماء البلد^(٤).

وحوى هذا المشروع نقطة إيجابية أخرى تتمثل في الفصل بين الفتوى وعملية التدقيق الشرعي، فهذه السابقة التي جاء بها المغرب أوكلت للفتوى في شخص المجلس الأعلى صلاحية الإشراف على الهيئات الشرعية للمؤسسات المالية، والتي ترفع له تقارير كاشفة عن أعمالها، فتتحقق هاهنا نوع من الاستقلالية حينما تكفلت بالفتوى جهة مستقلة عن المصرف، بل ومهيمنة عليه؛ لكن الذي طالب به المُعقبون، هو أن تخضع المؤسسات للشريعة الإسلامية وليس لرأي المجلس العلمي الأعلى، فلا ضير أن يكون مشرفاً، لكن الإشكال هو أن يكون قطباً وحيداً؛ كما أكد المتتبعون أيضاً على أن يكون أعضاء هذا المجلس مستقلين عن كل ما يوجه العملية الإفتائية.

(١) مقومات الرقابة الشرعية ودورها في ترشيد العمل المصرفي الإسلامي، بحث لمحمد الوردى.

(٢) رقم ١٠٣/١٢، وهو المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها.

(٣) مغربي، مراقب شرعي بينك قطر الدولي.

(٤) الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية، مستنسخ لمحمد أحمين، ص: ٨-٩.



المبحث الرابع: أثر الاجتهاد الجماعي على الرقابة الشرعية للمصارف الإسلامية- الجامع الفقهيّة نموذجاً.-

عمل المجتهدون بالاجتهاد الجماعي منذ فجر الإسلام، كيف لا، والإجماع هو المصدر الثالث من مصادر الشريعة الإسلامية. وتتأكد الحاجة للاجتهاد الجماعي عندما يتعلق الأمر بالمعاملات المالية، التي تتسم بالتعقيد وتتداخل التخصصات، فاحتيج إلى مشارب من تخصصاتٍ مختلفةٍ للبتِّ فيها.

وتعتبر المجتمعات الفقهيّة من أهم منابر الاجتهاد الجماعي في عصرنا، ولها مجموعة من الفتاوى المنبثقة عن دراساتٍ مستفيضةٍ وعميقةٍ في المعاملات المالية، هذه الآراء التي أسعفت العديد من الهيئات الشرعية في مهامها الإفتائية والرقابية.

وتحرير هذا الكلام مبثوثٌ في المطالب التالية:

المطلب الأول: دور الاجتهاد الجماعي في الفتوى المصرفية.

المطلب الثاني: نحو هيئةٍ عليا للفتوى المصرفية الإسلامية.

المطلب الثالث: الجامع الفقهيّة نموذجٌ للاجتهاد الجماعي في الفتوى المصرفية.

المطلب الأول: دور الاجتهاد الجماعي في الفتوى المصرفية.

لا شك أن رأي الجماعة أقرب إلى الصواب من رأي الفرد، لأن الشخص قد يحفظ ما يغيب عن غيره، وهذا من بركات الشورى، ومن ثمار العمل الجماعي، والذي يقني

الأمة مشاكل الاختلاف كما عبر عنها عبد الوهاب خلاف بالفوضى التشريعية^(١)، بالأخص لما ظهرت مستجدات يصعب أن يفتي فيها الفرد لتداخل تخصصات متباينة.

إن الحاجة ماسة لتأطير الاجتهاد الجماعي في المسائل المالية، نظراً لكثرة النوازل المصرفية وقلّة أعضاء الهيئات الشرعية، ونظراً لتعارض الفتاوى والحاجة إلى التنسيق بين مختلف الهيئات الشرعية؛ وإذا لم تجد الهيئة ضالتها في النصوص وفي فتاوى الفقهاء المتقدمين، فلها أن تفتي باجتهادها مستنيرةً بأراء ومقررات المجامع الفقهية والندوات العلمية^(٢)؛ قال مناع القطان: "وإذا تعذر الاجتهاد المطلق أو اجتهاد المذهب، فإن الاجتهاد الجماعي أمرٌ ممكنٌ؛ وهنا تأتي فكرة مجمع الفقه الإسلامي الذي يضم أشهر فقهاء العالم الإسلامي المستنيرين، ويضم الخبراء المختصين في شؤون الاقتصاد والاجتماع، والقانون، والطب، ونحو ذلك، حتى يكون البحث الفقهي معتمداً على خبرة فنية"^(٣).

ويستحسن الحرص على موافقة القرارات والمعايير الصادرة عن هيئات الاجتهاد الجماعي، وبالأخص قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ومعايير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية^(٤).

(١) راجع: مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، لعبد الوهاب خلاف، ص ١٣.

وأيضاً: الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، ليوسف القرضاوي، ص ١٨٢-١٨٤.

وأيضاً: الاجتهاد الجماعي ودور المجامع الفقهية في تطبيقه، لشعبان محمد إسماعيل، ص ٢٧-٢٩.

(٢) هيئات الفتوى والرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية (دراسة وتقويم)، مرجع سابق.

(٣) تاريخ التشريع الإسلامي، لمناع القطان، ص ٤٢٣.

(٤) الرقابة الشرعية على المصارف، مرجع سابق.



المطلب الثاني: نحو هيئة عليا للفتوى المصرفية الإسلامية.

إن التعاون بين الهيئات الشرعية على المستوى المحلي أو الوطني ولم لا الدولي، لأمرٌ جديرٌ بالتحقيق، لما في ذلك من تبادل الخبرات والحصول على الاستشارات، ولا شك أن جمع شتات هذه المؤسسات تحت لواء هيئة عليا، ميسرٌ لعملية التنسيق بينها، في اتجاه تقاربٍ في الفتاوى وتوحيدٍ نسبيٍّ للآراء.

وقد بدأت أول محاولةٍ لإيجاد هيئةٍ عليا للفتوى أواخر عام ١٩٨٣، بغرض تحقيق الضبط وتضييق الخلاف بين الهيئات الشرعية؛ حيث تداعت لإنشائها المصارف الإسلامية الأعضاء بالاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية بقرارٍ من مجلس إدارة الاتحاد^(١). حيث قرر تشكيل هيئةٍ عليا للفتوى والرقابة الشرعية من خمسة عشر عضواً^(٢). كما يُرجى أن تنشأ في كل بلدٍ هيئةٌ عليا للفتوى والرقابة المالية وتكون مستقلةً تماماً، ومن المفيد أن ترتبط بالمصرف المركزي^(٣)، وتضطلع بمهمتين رئيسيتين هما^(٤):

أ- الإشراف على العمليات التابعة لها .

ب- التأكد من فعالية الرقابة الشرعية على مستوى المؤسسات.

(١) أسباب اختلاف فتاوى الهيئات الشرعية للمؤسسات المالية، مرجع سابق.

(٢) الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية، لحمزة عبد الكريم حماد .

(٣) الهيكل الشرعي للصناعة المالية الإسلامية، مرجع سابق.

(٤) قرار رقم ١٧٧ (١٩/٣)، مرجع سابق.

ويُرام أيضاً تأسيس هيئةٍ دوليةٍ عليا تجمع الهيئات العليا الوطنية وتكون مرتبطةً بمؤسسات الاجتهاد الجماعي، ومن أبرز أعمالها^(١):

- أ- دراسة الفتاوى الصادرة عن الأعضاء سعياً إلى تقارب الآراء والتنسيق البناء.
- ب- إبداء الرأي الشرعي في المسائل المصرفية والمالية التي استعصت على الهيئات المركزية أو تضاربت المعطيات حولها.

المطلب الثالث: المجامع الفقهية أنموذجٌ للاجتهاد الجماعي في الفتوى المصرفية.

إن توالي المستجدات المصرفية وتعقدها، باعثٌ على تضافر الجهود لاستيعابها، ولا يتحقق ذلك إلا باجتهادٍ جماعيٍّ، كالذي توفره المجامع الفقهية، والتي صاغت الفقه الإسلامي المصرفي صياغةً جديدةً، للتأكد من مشروعية المعاملات المصرفية في المصارف الإسلامية. فينبغي اقتراح جهةٍ مهيمنةٍ تتمتع بسلطةٍ مركزيةٍ وتستطيع فرض التوجيه الصحيح على المصارف الإسلامية وترشيد مسيرتها وهذا بالضبط دور المجامع الفقهية^(٢)؛ ولتوضيح هذا المطلب، أقترح الفرعين التاليين:

الفرع الأول: دور المجامع الفقهية في الفتوى المصرفية.

الفرع الثاني: نماذج من آثار المجامع الفقهية على الرقابة المصرفية.

(١) الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية، حمزة عبد الكريم، مرجع سابق.

(٢) دور المجامع الفقهية في ترشيد مسيرة المصارف الإسلامية آليات وصيغ عملية، بحث لمحمد عبد اللطيف الرففور.



الفرع الأول: دور المجامع الفقهية في الفتوى المصرفية.

للمجامع الفقهية دورٌ مهمٌ في تحقيق الاجتهاد الجماعي^(١)، فهي تتصدى لكثيرٍ من النوازل الفقهية والقضايا المعاصرة، مظهرةً لمرونة الفقه الإسلامي وصلاحيته لكل زمانٍ ومكانٍ. ولا شك أن الاجتهاد الجماعي الذي تمثله المجامع الفقهية، مقدمٌ على الاجتهاد الفردي الذي يصدر عن أفراد الفقهاء، كما أن فيه تحقيقاً لمبدأ الشورى في الاجتهاد^(٢).

ومن بين المجامع الفقهية هناك:

أولاً: مجمع الفقه الإسلامي الدولي، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي.

ثانياً: المجمع الفقهي الإسلامي، التابع لرابطة العالم الإسلامي.

ثالثاً: المجلس الأوربي للإفتاء والبحوث.

وتسهم هذه المجامع في ضبط الفتاوى وتوحيدها، ولذلك أوصى مجمع الفقه الإسلامي الدولي الممارسين للإفتاء بأخذ قرارات المجامع الفقهية بعين الاعتبار^(٣)، وحتى يكون هذا الدور ناجعاً، فيجب أن يكون أعضاء المجامع مستقلين وليسوا أعضاءً في هيئاتٍ مصرفيةٍ^(٤).

(١) الاجتهاد الجماعي ودور المجامع الفقهية في تطبيقه، ص ١٢٧، مرجع سابق.

(٢) مرجعية الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية البنك الإسلامي الفلسطيني كمثل تطبيق، بحثٌ لحسام الدين عفانة.

(٣) القرار: ١٠٤ (١١/٧) والقرار: ١٥٣ (١٧/٢).

(٤) اختبار الفتاوى المالية: هل المشكلة في الفتوى أم في التطبيق، مرجع سابق.

ومن الخدمات التي تقدمها المجمع الفقهي للمصارف أذكر ما يلي^(١):

أولاً: إبداء الرأي الشرعي وتقديم المشورة فيما يُحال عليها من معاملات المصارف.

ثانياً: مراجعة تقارير الجهات الرقابية الخارجية كالبنك المركزي مثلاً.

ثالثاً: إصدار التوصيات و القرارات التي تصلح لتكون مرجعاً معتبراً للهيئات الشرعية.

إن الالتزام بقرارات الجمعيات الفقهيّة الإسلاميّة هو الأصل الذي لا يسوغ الخروج عنه إلا لسببٍ معللٍ، لكن لا يعني هذا أن قراراته معصومةٌ، إلا أن اختيار ما قد يتعارض معها لا بد فيه من التوجيه المقنع من الهيئة التي تقوم على ذلك، مع السعي إلى تعديل قرار المجمع بالطريقة العلمية، ويؤكد هذا أن الجمعيات تعدل عن بعض قراراتها بإصدار قراراتٍ أخرى، كما في قرار زكاة أسهم الشركات، والتعديل لبعض القرارات أو العدول عنها دليلٌ على استمرار التطلع إلى التجويد والإتقان^(٢).

وعلى كل حالٍ، يجب تفعيل دور المجمع الفقهيّة لأن الواقع أن دورها لا يتعدى غالباً الإفتاء النظري.

الفرع الثاني: نماذج من آثار المجمع الفقهيّة على الرقابة المصرفية.

تساعد فتاوى الجمعيات الفقهيّة الهيئات الشرعية للمصارف، حين تقدم لها وسيلةً من بين الوسائل التي يمكن الرجوع إليها عند افتقاد الحكم الشرعي، وبعد است فراغ الوسع في البحث عنه بالوسائل المعهودة؛ فإذا لم تتمكن الهيئة من الوصول للفتوى المنشودة، فيمكنها تلمّس ذلك من خلال استثمار فتاوى المجمع الفقهيّة، والتي اجتمع لها من

(١) دور المجمع الفقهيّة في ترشيد مسيرة المصارف الإسلاميّة آليات وصيغ عملية، مرجع سابق.

(٢) أسباب اختلاف فتاوى الهيئات الشرعية للمؤسسات المالية، مرجع سابق.



الإمكانات ما لم يجتمع للهيئة الشرعية؛ وفيما يلي بعض النماذج من الفتاوى التي أصدرتها المجمع الفقهي، وصارت تتردد على ألسنة أعضاء الهيئات الشرعية، ويتسلح بها الباحثون في إنتاج المعرفة المصرفية الإسلامية:

أولاً: التورق.

كثر الكلام عن التورق في الأوساط المصرفية إلى درجة أن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، أجازَه بضوابط في دورته الخامسة عشرة^(١)، لكن بعض المصارف استغلت هذه الفتوى في غير محلها، وحَوَّرَها لتقوم بما يسمى بالتورق المنظم، حيث أخذت تُجرى بعض التعديلات والتأويلات لهذا البيع، حتى أُفرغ من محتواه تماماً؛ ليعود المجمع ويصدر فتوى أخرى قرر فيها عدم جواز هذه المعاملة^(٢) في الدورة السابعة عشرة^(٣).

ونلاحظ هنا أن الفتوى الأولى اَمْتَطَّتْها بعض الهيئات لتمرير معاملةٍ محرمةٍ، وأن الفتوى الثانية أماطت اللثام عن هذا التحايل، ووضحت اللبس للهيئات الجادة والملتزمة، لتمكينها من اجتناب هذا المكر.

(١) القرار الخامس من الدورة المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من ١١ إلى ١٦ رجب ١٤١٩ هـ الموافق ٣١/١٠/١٩٩٨ م.

(٢) حين تبين أن التورق الذي تجرّه بعض المصارف هو عملٌ صوريٌّ نمطيٌّ.

(٣) القرار الثاني من الدورة المنعقدة بمكة المكرمة، في الفترة من ١٩-٢٣/١٠/١٤٢٤ هـ الموافق ١٣-١٧/١٢/٢٠٠٣ م.

ثانياً: الوفاء بالوعد والمراوحة للآمر بالشراء.

لقد تعددت صور بيع المراوحة من مصرفٍ إسلاميٍّ لآخر^(١)، وأثيرت حولها سجالاتٌ كثيرةٌ، بالأخص لما تلبست بها الحيل المصرفية، وقد قرر مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي^(٢) أن بيع المراوحة للآمر بالشراء إذا وقع على سلعةٍ بعد دخولها في ملك المأمور، وحصول القبض المطلوب شرعاً، هو بيع جائزٌ.

وتجوز المواعدة في بيع المراوحة بشرط الخيار للمتواعدين، كليهما أو أحدهما. وكل التفاصيل التي أتى بها القرار، يمكن أن تكون مقادير كافيةً لإعداد وصفاتٍ ماليةٍ شهيبةٍ من طرف الهيئات الشرعية، يقوم بتحضيرها موظفو المصارف الإسلامية.

ثالثاً: الشرط الجزائي في العقود.

يؤكد مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي^(٣) قراراته السابقة بالنسبة للشرط الجزائي، بعدم جواز اشتراط الزيادة في الديون عند التأخير، في العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً، لأن هذا من الربا الصريح، وبناءً على هذا، لا يجوز الشرط الجزائي مثلاً

(١) المجموع في الاقتصاد، لرفيق المصري، ص ٣٦٤-٣٦٥.

(٢) قرار رقم: ٤٠-٤١ (٥/٢ و ٥/٣) بشأن الوفاء بالوعد والمراوحة للآمر بالشراء، في المجلس المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من ١-٦ جمادى الأولى ١٤٠٩ الموافق ١٠-١٥ كانون الأول (ديسمبر) ١٩٨٨م.

(٣) قرار رقم ١٣٣ (١٤/٧) بشأن مشكلة المتأخرات في المؤسسات المالية الإسلامية، في المجلس المنعقد في دورته الرابعة عشرة بالدوحة بدولة قطر، في الفترة من ٨-١٣ ذو القعدة ١٤٢٣ هـ الموافق ١١-١٦ يناير ٢٠٠٣ م.



في البيع بالتقسيط بسبب تأخر المدين عن سداد الأقساط المتبقية، سواءً أكان بسبب الإعسار أو المماطلة.

ودوننا تقارير الهيئات الشرعية، سنجد فيها لا محالة من أبطل معاملات بناءً على هذا القرار أو اعتضاداً به.

رابعاً: الخطيئة من الدين المؤجل.

اقترح حسام الدين عفانة^(١) ضوابط للسداد المبكر في البنك الإسلامي الفلسطيني^(٢)، ذاكراً أن مجمع الفقه الإسلامي الدولي أجازها في قراره^(٣) حول الخطيئة من الدين المؤجل^(٤) لأجل تعجيله، سواءً أكانت بطلب الدائن أو المدين، ولا تدخل في الربا المحرم إذا لم تكن بناءً على اتفاقٍ مسبقٍ، وما دامت العلاقة بين الدائن والمدين ثنائيةً؛ فإذا دخل بينهما طرفٌ ثالثٌ لم تجز، لأنها تأخذ عندئذٍ حكم حسم الأوراق التجارية.

(١) فقيه ومفتي، وهو رئيس هيئة الرقابة الشرعية لشركة بيت المال الفلسطيني.
(٢) مرجعية الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية البنك الإسلامي الفلسطيني كمثالٍ تطبيقي، مرجع سابق.

(٣) قرار رقم: ٦٤ (٧/٢) بشأن البيع بالتقسيط، في المجلس المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية، من ٧-١٢ ذي القعدة ١٤١٢ الموافق ٩ - ١٤ أيار (مايو) ١٩٩٢م،

(٤) هي الشهيرة بمسألة: "ضع وتعجل".

وهذا اقتراحٌ لصيغةٍ ماليةٍ احتجاجاً بقرارٍ لمجمعٍ فقهيٍّ، ومن طرفٍ مفتٍ ورئيسٍ لهيئةٍ شرعيةٍ.

إن للمجامع الفقهية دوراً كبيراً في ترشيد أنشطة المصارف الإسلامية، فناسب أن تعني بها الهيئات الشرعية بمحاولة الالتزام بقراراتها، مع إمكانية مخالفتها لاجتهادٍ مستساغٍ.





الخاتمة

بعد هذه الرحلة المضنية في صحراء الرقابة الشرعية مستعيناً ببوصلة الفتوى، حطت الرحال عند نتائج وتوصياتٍ أتوخى منها أن تكون خلاصة هذا البحث وجامعة شتاته، فأما النتائج التي توصلت إليها فمنها:

أولاً: إن المصارف الإسلامية لا تستقيم بدون رقابةٍ شرعيةٍ، ولا رقابةً شرعيةً بدون فتوى. ثانياً: تتمتع الفتوى بسلطةٍ على المصارف الإسلامية أصالةً، وعلى الهيئات الرقابية تبعاً، حيث تتدخل في كل أنواعها، وتتصف بالإلزام للمؤسسة.

ثالثاً: إن التدقيق من مهام هيئة الرقابة الشرعية لكن غلب عليها الإفتاء النظري بمعزلٍ عن متابعة أعمال المصارف، وهذا من أهم أسباب وقوع المخالفات الشرعية.

رابعاً: رغم أن الهدف من المعايير الشرعية هو التقريب ودرء التعارض، إلا أنها لم تحقق الغاية التي سعت إليها، لأن الواقع أن توحيد الفتاوى أمرٌ عسيرٌ.

خامساً: تمر الفتوى الرقابية بمراحل قبل خروجها لأرض الواقع، وتتلاقح مع مجموعةٍ من التخصصات.

سادساً: إن الخلل الذي يحصل في شروط الفتوى أو مراحلها لجديراً بأن يوقع المؤسسة في الحرام.

سابعاً: تتأكد الحاجة للاجتهاد الجماعي عندما يتعلق الأمر بالمعاملات المالية، وتعتبر المجمعات الفقهية من أهم منابره في عصرنا.

ثامناً: الأصل في تحريجات هيئات الفتوى أنها من قبيل المخارج الشرعية المبنية على الاجتهاد القويم، لكن منها ما هو تحايلٌ وتسترٌ محضٌ خلف الدين.

وأما التوصيات، فأقترح منها ما يلي:

أولاً: العناية بالتصور الجيد للنازلة، والفصل بين مهمة الإفتاء وبين ممارسة التدقيق الشرعي.

ثانياً: تطوير صناعة الفتوى، وترجمتها على مستوى هندسة المراحل لضمان استرسالها في نسقٍ منضبطٍ.

ثالثاً: اجتناب امتطاء الفتاوى في التحايلات الرقابية.

رابعاً: ضرورة استقلال هيئة الفتوى ومن ذلك عدم حصول المفتي على مستحقاته المالية من المصرف.

خامساً: تدعيم هيئات الفتوى بمختصين في المعاملات المصرفية وفي القانون.

سادساً: إنشاء هيئة عليا للفتوى والرقابة المالية في كل بلد، وتأسيس هيئة دولية تجمع الهيئات الوطنية، وتكون مرتبطة بمؤسسات الاجتهاد الجماعي.

سابعاً: تأطير الاجتهاد الجماعي، وتفعيل دور الجامع الفقهي في المسائل المالية.

ثامناً: إنتاج معلمة فتاوى الهيئات الشرعية والسعي إلى إصدار معلمة اقتصادية إسلامية شاملة تضم كل ما تحتاج إليه المصارف الإسلامية.





المراجع والمصادر

[١]

- ❖ أثر اختلاف فتاوى الهيئات الشرعية، محمد المختار السلامي، بحث مقدم لمؤتمر الدوحة الثاني للمال الإسلامي الذي نظمه بيت المشورة للاستشارات المالية، أكتوبر ٢٠١١.
- ❖ أثر الرقابة الشرعية على التزام المصارف الإسلامية بالأحكام الشرعية عبد الرزاق الهيبي، بحث مقدم لمؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول، المنعقد بدي من ٧ إلى ١٠ جمادى الآخرة ١٤٣٠ هـ الموافق ل ٣١ ماي إلى ٠٣ يونيو ٢٠٠٩ م.
- ❖ أثر الرقابة الشرعية واستقلاليتها على معاملات البنك الإسلامي، فارس أبو معمر، البنك الإسلامي الأردني، ١٩٩٤م.
- ❖ أثر هيئات الفتوى والرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية، سليمان نعيم الراعي، بحث مقدم للمؤتمر العلمي السنوي الرابع عشر كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة.
- ❖ الاجتهاد الجماعي ودور المحامع الفقهية في تطبيقه، شعبان محمد إسماعيل، (دار البشائر الإسلامية: لبنان - بيروت/ دار الصابوني: سوريا- حلب، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٩٨م).
- ❖ الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، يوسف القرضاوي، (دار القلم: الكويت، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ-١٩٩٦م).

- ❖ اختبار الفتاوى المالية: هل المشكلة في الفتوى أم في التطبيق، رفيق يونس المصري، حوار الأربعاء بتاريخ ١٢/١٠/١٤٢٨ الموافق ل ٢٤/١٠/٢٠٠٧، مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي بجامعة الملك عبد العزيز.
- ❖ أساسيات الاقتصاد الإسلامي وتطبيقاته المعاصرة، سيدي محمد الوردى، (طوب بريس: المغرب-الرباط، ٢٠١١م).
- ❖ أساسيات العمل المصرفي الإسلامي، أشرف محمد دوابة، (دار السلام: مصر-القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٣٣هـ-٢٠١٢م).
- ❖ أسباب اختلاف فتاوى الهيئات الشرعية للمؤسسات المالية، عبد الستار أبو غدة، بحث مقدم لمؤتمر الدوحة الثاني للمال الإسلامي الذي نظمه بيت المشورة للاستشارات المالية، أكتوبر ٢٠١١.
- ❖ إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن قيم الجوزية، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، (دار الكتب العلمية: لبنان- بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩١م).
- ❖ الالتزام الشرعي للبنوك الإسلامية، عبد الباري مشعل، محاضرة من تنظيم مركز الاقتصاد والتمويل، الدوحة ٢٥ يناير ٢٠١٤.
- ❖ أهداف ومهام المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، عجيل النشمي، بحث مقدم للمؤتمر الأول للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، بمملكة البحرين خلال الفترة ٢٢ - ٢٣ رجب ١٤٢٢هـ الموافق ٩ - ١٠ أكتوبر ٢٠٠١م.



[ب]

- ❖ بحث في فقه البنوك الإسلامية -دراسة فقهية اقتصادية-، علي محيي الدين القره داغي، (دار البشائر الإسلامية: لبنان- بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ/٢٠٠٧م).
- ❖ البنك الإسلامي النموذجي بين النظرية والتطبيق، عبد الحليم عمار غربي، (مجموعة دار أبي الفداء العالمية: سوريا - حماة، الإصدار الإلكتروني الأول، مارس ٢٠١٤).
- ❖ البنوك الإسلامية تستجيب لدار الإفتاء بعدم جواز غرامة الأقساط المتأخرة، يوسف محمد ضمرة، مقال منشور بصحيفة الغد، ١٠/٢٤/٢٠١٠.
- ❖ البنوك الإسلامية، جمال الدين عطية، (كتاب الأمة: قطر، الطبعة الأولى، ١٤٠٧هـ).

[ت]

- ❖ تاريخ التشريع الإسلامي، مناع القطان، (مكتبة وهبة: مصر-القاهرة، الطبعة الخامسة، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م).
- ❖ تفاوت "صيغ العقود" طبيعي لكن لا يتجاوز إلى التطبيق والإخلال ب "الفتوى" ، مقال منشور بجريدة الرياض الثلاثاء ٣ ربيع الأول ١٤٣٤ هـ - ١٥ يناير ٢٠١٣م - العدد ١٦٢٧٦.
- ❖ تقويم التمويلات البديلة في أفق إنشاء البنوك التشاركية، محاضرة في إطار الأنشطة التي تقوم بها وحدة الدراسات الاقتصادية بمركز الدراسات والبحوث الانسانية بمدينة وحدة في يونيو ٢٠١٣.

- ❖ تقويم عمل هيئات الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية، إعداد لجنة من الأساتذة الخبراء الاقتصاديين والشرعيين والمصرفيين، المعهد العالمي للفكر الإسلامي القاهرة، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.
- ❖ التمويل الإسلامي ودور القطاع الخاص، فؤاد السرطاوي، (دار المسيرة : الأردن - عمان، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م).
- ❖ الحاجة إلى تقنين الرقابة الشرعية، عبد الستار الخويلدي، بحث مقدم للمؤتمر الثاني للمدققين الشرعيين، المنعقد بالكويت بتنظيم شركة شورى للاستشارات الشرعية، بتاريخ ٢ / ٦ / ٢٠١٠م.

[د]

- ❖ دراسة لميئات الفتوى والرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية واقعا وتقييما (تعارض الفتوى أتمودجا)، إبراهيم العبيدي، بحث مقدم لمؤتمر دبي للمصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول، والذي تنظمه دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي في فندق البستان بدبي للفترة من ٧-١١/٦/١٤٣٠هـ ومن ٣١ ماي إلى ٠٢ يونيو ٢٠٠٩.
- ❖ دور المجامع الفقهية في ترشيد مسيرة المصارف الإسلامية آليات وصيغ عملية، محمد عبد اللطيف الفرفور، بحث مقدم للدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دولة الإمارات العربية المتحدة بالشارقة، من ١ إلى ٥ جمادى الأولى ١٤٣٠هـ الموافق ٢٦ - ٣٠ إبريل ٢٠٠٩م.
- ❖ دور المعايير الشرعية والمحاسبية في توجيه وتنظيم المصرفية الإسلامية، عبد الباري مشعل، بحث مقدم لمؤتمر الخدمات المالية الإسلامية الثاني، طرابلس - ليبيا، ٢٧ - ٢٨ أبريل ٢٠١٠.



[ر]

- ❖ الرقابة الشرعية على المصارف ضوابطها وأحكامها ودورها في ضبط عمل المصارف، يوسف بن عبد الله الشيبلي، بحث مقدم للدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دولة الإمارات العربية المتحدة بالشارقة، من ١ إلى ٥ جمادى الأولى ١٤٣٠هـ الموافق ٢٦ - ٣٠ إبريل ٢٠٠٩م.
- ❖ الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية، حسن يوسف داود، (المعهد العالمي للفكر الإسلامي: مصر - القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م).
- ❖ الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية، حمزة عبد الكريم حماد، (ملخص رسالة ماجستير في الفقه وأصوله، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية، ٢٠٠٤م).
- ❖ الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية، محمد أحمين، مراجعة وتقديم عبد الستار أبو غدة، (مطبوع تسلمته إثر تكوين أطره صاحب المؤلف في الرقابة الشرعية بالرباط، غشت ٢٠١٣).
- ❖ الرقابة الشرعية والتدقيق الشرعي، سمير الشاعر، (الدار العربية للعلوم: لبنان - بيروت، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م).

[س]

- ❖ سبل إمكانية التجانس في الفتاوى المالية في أعمال هيئات الرقابة الشرعية، محمد سعيد رمضان البوطي، بحث مقدم للمؤتمر السابع للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية، في المنامة مملكة البحرين، الأربعاء ٢٣ جمادى الأولى ١٤٢٩هـ، الموافق ٢٨ آذار / مايو ٢٠٠٨ م .
- ❖ سنن البيهقي، أحمد البيهقي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، (دار الكتب العلمية: لبنان - بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م).

❖ سنن الدارقطني، علي بن عمر الدارقطني، تحقيق: شعيب الارنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة: لبنان - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م).

[ص]

❖ صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل البخاري، (الطبعة السلطانية المطبعة الأميرية، مصر - القاهرة، ١٣١١ هـ).

❖ صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج، الطبعة التركية للمطبعة العامرة.

[ف]

❖ الفصل بين الفتوى والتدقيق تحديات ومعوقات حوكمة المؤسسات المالية الإسلامية، عبد الباري مشعل، بحث مقدم للمؤتمر التاسع للهيئات الشرعية، المنامة - البحرين، ٢٦ - ٢٧ ماي ٢٠١٠.

[ق]

❖ قانون تنظيم العمل المصرفي السوداني لسنة ٢٠٠٤.
❖ قرارات الجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي.
❖ قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي.
❖ قضايا ومواضيع في الرقابة الشرعية، توصيات اللجنة العربية للرقابة المصرفية، ص ٣٧-٣٩، (صندوق النقد العربي/أمانة مجلس محافظي المصارف المركزية ومؤسسات النقد العربي: الإمارات العربية المتحدة - أبو ظبي، ٢٠٠٣ م).

[م]

❖ مجموع الفتاوى، ابن تيمية، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، (مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف: السعودية - المدينة النبوية، ١٤١٦ هـ/١٩٩٥ م).



- ❖ المجموع في الاقتصاد، رفيق يونس المصري، (دار المكتبي: سوريا-دمشق، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦م).
- ❖ مراحل الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية، عبد الله بن عبد الرحمن السلطان، بحث مقدم لندوة المصارف الإسلامية بين تحديات الواقع ورهانات المستقبل، حضرتهما بفاس- المغرب، ١١-١٢ جمادى الثانية ١٤٣٥ هـ الموافق ل ١١-١٢ أبريل ٢٠١٤م.
- ❖ مرجعية الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية البنك الإسلامي الفلسطيني كمثال تطبيقي، حسام الدين عفانة، بحثٌ مقدّم لمؤتمر المصارف الإسلامية في فلسطين، نظمه مركز القدس للدراسات والإعلام الإسلامي، رام الله - فلسطين المحتلة، الثاني من رجب ١٤٣١ هـ وفق ١٤/٦/٢٠١٠م).
- ❖ مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، عبد الوهاب خلاف، (دار القلم: الكويت، الطبعة السادسة، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م).
- ❖ مصحف المدينة المنورة للنشر الحاسوبي.
- ❖ المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، (هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: البحرين - المنامة، ١٤٣١ هـ - ٢٠١٠م).
- ❖ مقومات الرقابة الشرعية ودورها في ترشيد العمل المصرفي الإسلامي، محمد الوردی، بحث مقدم لندوة المصارف الإسلامية بين تحديات الواقع ورهانات المستقبل، حضرتهما بفاس: ١١-١٢ ابريل ٢٠١٤، مختبر البحث في الأصول الشرعية للكونيات والمعاملات بكلية الآداب والعلوم الإنسانية سايس - فاس. والهيئة الإسلامية العالمية للاقتصاد والتمويل.
- ❖ موقع دائرة الإفتاء العام بالمملكة الأردنية الهاشمية.

❖ موقع هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.

[ن]

❖ نظرة إلى منهج عمل الهيئات الشرعية وبنيتها في المؤسسات المالية الإسلامية، محمد أنس الزرقا، بحث مقدم للمؤتمر الثاني للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، المنعقد في مملكة البحرين، خلال الفترة ١٨ - ١٩ شعبان ١٤٢٣ هـ الموافق ٢٩ - ٣٠ أكتوبر ٢٠٠٢ م.

[هـ]

❖ الهيكل الشرعي للصناعة المالية الإسلامية: جوانب الخلل وطريق الإصلاح، محمد أنس الزرقا، بحث مقدم لندوة القيم والاخلاق لعمل المؤسسات الاقتصادية، التي عقدها اللجنة الاقتصادية باللجنة الاستشارية العليا للعمل على استكمال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية بالكويت في ٢٢ ربيع الأول ١٤٢٩ هـ = ٢٠٠٨/٣/٣٠ م.

❖ الهيئات الشرعية في المصارف الإسلامية بين استقلالية الفتوى والتبعية، سمو الأمير عبدالعزيز بن سطاتم بن عبدالعزيز آل سعود، مقال منشور بملحق الرسالة بجريدة المدينة، عدد رقم: ١٧٥٣٧ بتاريخ: ٢٩/٠٤/٢٠١١ .

❖ الهيئات الشرعية: تأسيسها، أهدافها، واقعها، عبد الستار أبو غدة، ص ٢٠، بحث مقدم للمؤتمر الأول للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، المنعقد في مملكة البحرين، خلال الفترة ٢٢ - ٢٣ رجب ١٤٢٢ هـ الموافق ٩ - ١٠ أكتوبر ٢٠٠١ م.



- ❖ هيئات الفتوى والرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية (دراسة وتقييم)، عبد الحق حميش، بحث مقدم للمؤتمر العلمي السنوي الرابع عشر، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة.
- ❖ هيئات الفتوى والرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية بين النظرية والتطبيق، رياض منصور الخليفي، بحث مقدم للمؤتمر العلمي السنوي الرابع عشر كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة.
- ❖ هيئات الفتوى والرقابة الشرعية ودورها في المصارف الإسلامية، عبد المجيد محمود الصلاحين، بحث مقدم للمؤتمر العلمي السنوي الرابع عشر، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة.

[و]

- ❖ واقع الرقابة الشرعية في الكويت، أحمد عبد الله العموي، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر الثاني للمدققين الشرعيين المنعقد بالكويت بتنظيم شركة شوري للاستشارات الشرعية، بتاريخ ٢٠١٠/٦/٢م.
- ❖ الوعد الملزم وإلغاؤه من طرف بعض البنوك في بلادنا، محمد الأمين ولد عالي، مقال منشور بموقع أقلام الموريتاني، الثلاثاء ٢٦-١١-٢٠١٣.





**أثر العمل بفقہ الموازنات في تغير الفتوى
(الإمامان ابن تيمية وابن القيم أنموذجاً)**



د. قاسم عمر حاج أحمد

جامعة غرداية

الجزائر





مُتَكَلِّمَاتٌ

إِنَّ الْحَمْدَ لِلَّهِ، نَحْمَدُهُ، وَنَسْتَعِينُهُ، وَنَسْتَغْفِرُهُ، وَنَعُوذُ بِهِ مِنْ شَرِّهِ أَنْفُسَنَا، مَنْ يَهْدِ اللَّهُ فَلَا مَضِلَّ لَهُ، وَمَنْ يَضِلَّ فَلَا هَادِيَ لَهُ، وَأَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ، وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ، وَرَسُولُهُ.

﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ ۚ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ﴾ [١٠٢] ﴿١﴾

﴿يَتَأْتِيهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَجِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا

رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ ۚ وَالْأَرْحَامَ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾ [١] ﴿١﴾

النِّسَاءِ، ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا﴾ [٧٠] ﴿٧٠﴾ يُصَلِّحْ لَكُمْ أَعْمَلَكُمْ

وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ ۗ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا﴾ [٧١] ﴿٧١﴾ [الأحزاب (١)].

أما بعد؛ فإن خير الحديث كتاب الله، وخير الهدي هدي محمد -ﷺ-، وشر الأمور

محدثاتها، وكل بدعة ضلالة^(٢).

(١) هذه خطبة الحاجة التي كان النبي -صلى الله عليه وسلم- يعلمها أصحابه. رواها جماعة، ومنهم: أبو داود في سننه (كتاب: النكاح، باب: في خطبة النكاح) ٢/ ٢٠٣ ورقمه/ ٢١٢٠. وينظر في ألفاظها، وطرقها: خطبة الحاجة للألباني.

(٢) هذا لفظ كان النبي -صلى الله عليه وسلم- يقوله في خطبته عقب حمد الله، والثناء عليه. رواه مسلم في (كتاب: الجمعة، باب: تخفيف الصلاة والخطبة) ٢/ ٥٩٢ ورقمه/ ٨٦٧.

يبرز النظر في مصنفات السلف الصالح من علماء الأمة مدى اهتمامهم واعتبارهم بفقهاء الموازنات، وعنايتهم بإدراك مقاصد الشريعة في كل حكم أو مسألة تعرض عليهم، وشمل ذلك معظم أبواب الفقه من العبادات والمعاملات والسياسة الشرعية.

ولهذا النوع من الفقه أثر كبير في تغيير الفتوى من زمن لآخر ومن مكان لآخر بين العلماء، أو عند عالم واحد بجد ذاته.

ومن العلماء الفطاحل الذي بينوا أصول هذا العلم، وجسدوا في كتبهم خصائص الشريعة الإسلامية من المرونة والتيسير ومراعاة المقاصد الإمامان ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، إذ كانا مثالا للفكر الفقهي المعتدل، ومن أجله مظاهره عدم تخطئة المخالف في الاجتهاد، والقول بتغيير الفتوى كلما اقتضى الواقع وروح التشريع ذلك، ولهما من صنيع الصحابة والتابعين مستند لذلك.

يقول ابن تيمية: "وقد اتفق الصحابة في مسائل تنازعوا فيها على إقرار كل فريق للفريق الآخر على العمل باجتهادهم كمسائل في العبادات والمناكح والموارث والعطاء والسياسة وغير ذلك، وحكم عمر أول عام في الفريضة الحمارية بعدم التشريك، وفي العام الثاني بالتشريك في واقعة مثل الأولى، ولما سئل عن ذلك قال: تلك على ما قضينا وهذه على ما نقضي، وهم الأئمة الذين ثبت بالتصوُّص أنهم لا يجتمعون على باطل ولا ضلالة، ودلّ الكتاب والسنة على وجوب متابعتهم"^(١).

كما عقد ابن القيم فصلا حافلا في كتابه إعلام الموقعين عن هذه المسألة أسماء: فصل في تغيير الفتوى واختلافها بحسب تغيير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد

(١) ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم الحراني، مجموع الفتاوى، تحقيق: أنور الباز - عامر الجزائر، الناشر: دار الوفاء، الطبعة الثالثة، ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م: ١٩/١٢٢.



فصل في تغيير الفتوى واختلافها بحسب تغيير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد. وأرود فيه أمثلة كثيرة لمسائل تغيرت فيها أقوال العلماء تبعاً لمقتضيات الظرف ومراعاة روح التشريع في جلب المصالح ودفع المفاسد.

وأحاول في هذا البحث بيان ذلك بتطبيقات وأمثلة من اجتهادات هذين الإمامين الجليلين، حيث طفحت كتبهما بمراعاة المقاصد والنظر في المصالح والمفاسد، وأدى ذلك إلى تغيير فتاويهما أو التعقيب والاستدراك على فتاوى غيرهما تبعاً لذلك النظر.

ويندرج هذا البحث ضمن المحور الثاني للمؤتمر: تأثير الفتوى بالمتغيرات، العنصر الثالث: تأثير الفتوى بالمصلحة العامة والخاصة.

وقسمت البحث وفق الخطة الآتية:

المطلب الأول: مفهوم المصالح والمفاسد، وعلاقتها بفقّه الموازنات.

المطلب الثاني: مراعاة جلب المصلحة وأثره في تغيير الفتوى.

المطلب الثالث: مراعاة درء المفسدة وأثره في تغيير الفتوى.

خاتمة.



المطلب الأول: مفهوم المصالح والمفاسد، وعلاقتها بفقه الموازنات.

الفرع الأول: مفهوم المصلحة والمفسدة.

المعنى اللغوي: الصَّلاح ضدّ الفساد، صَلَحَ يَصْلُحُ، وَيَصْلُحُ صَلَاحاً وَصُلُوحاً...، والمَصْلُحة الصَّلاح، وفي الأمر مَصْلَحةٌ، أي خير، والجمع: المَصَالِحُ، والمُفْسَدَةُ خلاف المَصْلَحة^(١).

المعنى الاصطلاحي: تعددت تعريفات العلماء للمصلحة والمفسدة، وهي لا تخرج عن المعنى اللغوي للمفردتين، وقد يفسرون إحداهما بضدّ الأخرى، قال ابن تيمية: "كلّ ما يأمر الله به لا بد أن تكون مصلحته راجحة على مفسدته، والمصلحة هي المنفعة، والمفسدة هي المضرة"^(٢).

قال الغزالي: "المصلحة هي في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة"^(٣)، وبه قال ابن قدامة: "المصلحة هي جلب المنفعة ودفع المضرة"^(٤).

(١) ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، الناشر: دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى، دت: ٥١٦/٢ - الفيومي، محمد المقري، المصباح المنير، الناشر: دار القلم، بيروت: ٣٤٥/١.

(٢) ابن تيمية، مجموع الفتاوى: ١٦٥/١٦.

(٣) الغزالي، محمد بن محمد أبو حامد، المستصفى في علم الأصول، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٣: ص ١٧٤.

(٤) ابن قدامة، عبد الله بن أحمد المقدسي أبو محمد، روضة الناظر وجنة المناظر، تحقيق: د. عبد العزيز عبد الرحمن السعيد، الناشر: جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، الطبعة

=



ويفصل العزّ بن عبد السلام القول في المصلحة، ويميز بين معينين لها، مجازي وحقيقي، فالمعنى الحقيقي لها هو المنفعة بحد ذاتها، والمعنى المجازي ينصرف إلى ما يحصل تلك المنافع، وقد يدخل فيها حتى ما يعتبر مفسدة في الشرع والعقل والعرف، إذا كانت تؤدي إلى مصلحة معتبرة شرعا.

قال: "المصالح ضربان: أحدهما حقيقي وهو الأفرح واللذات، والثاني مجازي، وهو أسبابها، وربما كانت أسباب المصالح مفسد فيؤمر بها، أو تباح لا لكونها مؤدية إلى المصالح، وذلك كقطع الأيدي المتأكلة حفظاً للأرواح، وكالمخاطرة بالأرواح في الجهاد، وكذلك العقوبات الشرعية كلها ليست مطلوبة لكونها مفسد، بل لكونها المقصودة من شرعها، كقطع يد السارق وقطع الطريق، وقتل الجناة، ورحم الزناة وجلدهم وتغريبهم، وكذلك التعزيرات، كل هذه مفسد أوجبها الشرع لتحصيل ما رتب عليها من المصالح الحقيقية، وتسميتها بالمصالح من مجاز تسمية السبب باسم المسبب"^(١).

وفي هذا النصّ لابن تيمية بيان لأنواع من المصالح والمفاسد، قال: "والشريعة تأمر بالمصالح الخالصة والراجحة كالإيمان والجهاد، فإنّ الإيمان مصلحة محضة، والجهاد وإن كان فيه قتل النفوس فمصالحته راجحة، وفتنة الكفر أعظم فسادا من القتل، كما قال تعالى: ﴿وَأَلْفَتْنَةٌ أَكْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ﴾ [البقرة: ٢١٧]، ونهى عن المفاسد الخالصة والراجحة،

=

الثانية، ١٣٩٩: ص ٣١٣.

(١) ابن عبد السلام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن أبي القاسم بن الحسن السلمى الدمشقي، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تحقيق: محمود بن التلاميذ الشنقيطي، الناشر: دار المعارف بيروت، لبنان، دت: ١٢/١.

كما نهي عن الفواحش ما ظهر منها وما بطن، وعن الإثم والبغي بغير الحق، وأن تشركوا بالله ما لم ينزل به سلطانا، وأن تقولوا على الله ما لا تعلمون، وهذه الأمور لا يبيحها قطّ في حال من الأحوال، ولا في شرعة من الشرائع، وتحريم الدّم والميتة ولحم الخنزير والخمر، وغير ذلك مما مفسدته راجحة، وهذا الضرب تبيحه عند الضرورة؛ لأن مفسدة فوات النفس أعظم من مفسدة الاغتذاء به" (١).

ويضع لنا مقياسا عاما لتمييز المصلحة عن المفسدة، وهي أوامر الله تعالى ونواهيه، فكل ما أمر الله به تعالى فهو مصلحة محضة، وإن ظهرت بخلاف ذلك، وكل ما نهي عنه فهو مفسدة، وإن ظهرت بخلاف ذلك، قال: "يكفي المؤمن أن يعلم أنّ ما أمر الله به فهو لمصلحة محضة أو غالبية، وما نهي الله عنه فهو مفسدة محضة أو غالبية، وأنّ الله لا يأمر العباد بما أمرهم به لحاجته إليهم ولا نهاهم عما نهاهم بخلافة عليهم، بل أمرهم بما فيه صلاحهم ونهاهم عما فيه فسادهم، ولهذا وصف نبيه ﷺ بأنه: ﴿يَأْمُرُهُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَاهُمْ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧]" (٢).

(١) ابن تيمية، كتب ورسائل وفتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي، الناشر مكتبة ابن تيمية: ٢٣٠/٢٧.

(٢) ابن تيمية، مجموع الفتاوى: ٩١/٢٧.



الفرع الثاني: مفهوم فقه الموازنات:

المعنى اللغوي: الموازنة في اللغة من الوزن، وهو معرفة قدر الشيء، ويعني أيضا: ثقل الشيء بشيء مثله. ومنه فعل: وازن. يقال: وازنْتُ بين الشيئين مُوازِنَةً ووزاناً، وهذا يُوازِنُ هذا، إذا كان على زنته، أو كان مُحاذِيَةً^(١).

المعنى الاصطلاحي: تُطلق الكلمة في الاصطلاح مضافا إليها كلمة الفقه دائما، فيقال: فقه الموازنة أو الموازنات، ويعني عند بعض المعاصرين: "المفاضلة بين المصالح والمفاسد المتعارضة، لتقدم أو تأخير الأولى بالتقدم أو التأخير"^(٢).

ويمكن تعريفه أيضا بأنه: جملة من القواعد والاعتبارات التي يَرَجَّحُ بموجبها بين المصالح المتعارضة أو المفاسد المتعارضة، فتقدم المصلحة الأرجح، أو تدفع المفسدة الأعظم.

وهذا الاصطلاح المركب حادث عند الفقهاء، وإن كان مضمونه وتطبيقاته واسعة مشهورة عندهم، ذلك أن الشريعة كلها إنما جاءت لتحقيق مصلحة العباد في دنياهم وآخرتهم ودفع ما يضرهم ويفسدهم، فأى حكم وارد بنص الكتاب أو السنة أو الاجتهاد فهو ينطلق بالضرورة من هذا المبدأ أو يتغياه.

(١) ابن منظور، لسان العرب: ٤٤٦/١٣. الفيومي، المصباح المنير: ٤٧٢/١، الرازي، محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، تحقيق محمود خاطر، الناشر: مكتبة لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٥/١٤١٥: ص ٧٤٠.

(٢) أبو عجوة، حسين أحمد، فقه الموازنة بين المصالح والمفاسد ودوره في الرقي بالدعوة الإسلامية، بحث مقدم لمؤتمر الدعوة الإسلامية، الجامعة الإسلامية، غزة، ٢٠٠٥ م.

وقد عبّر ابن القيم عن هذه الحقيقة بقوله: "الشريعة مبناهما وأساسها على الحكيم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلّها، ورحمة كلّها، ومصالح كلّها، وحكمة كلّها، فكلّ مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث، فليست من الشريعة، وإن أدخلت فيها بالتأويل"^(١).

الفرع الثالث: علاقة المصلحة والمفسدة بفقهاء الموازنات.

يتبين لنا من التعريفات السابقة أن المصلحة والمفسدة هما مجال هذا الفنّ الدقيق، أي فقه الموازنات، فالفقهاء إنما يعملون هذا العلم عند تعارض المصالح وتفاوتها فيما بينها، أو عند تعارض المصالح مع المفسدات في الأمر الشرعي الواحد، وقد اعتبر ابن القيم أن جلّ الأحكام الشرعية تعتورها هذه الأحوال من تنازع المصالح والمفسدات، مما يبين قيمة هذا الفقه وضرورة التضلع فيه، قال: "فالأعمال إمّا أن تشتمل على مصلحة خالصة أو راجحة، وإمّا أن تشتمل على مفسدة خالصة أو راجحة، وإمّا أن تستوي مصلحتها ومفسدتها، فهذه أقسام خمسة، منها أربعة تأتي بها الشرائع، فتأتي بما مصلحته خالصة أو راجحة أمره به مقتضية له، وما مفسدته خالصة أو راجحة فحكمها فيه النهي عنه وطلب إعدامه، فتأتي بتحصيل المصلحة الخالصة والراجحة أو تكميلهما بحسب

(١) ابن القيم، محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله، إعلام الموقعين عن رب العالمين وعباده المرسلين، تحقيق: محمد المعتصم البغدادي، الناشر: دار الكتاب العربي، بيروت، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م: ص ٥٩٩.



الإمكان، وتعطيل المفسدة الخالصة أو الراجحة أو تقليلها بحسب الإمكان، فمدار الشرائع والديانات على هذه الأقسام الأربعة"^(١).

كما أنّ نصوص العلماء تبين أن هذا الفقه مبناه في الأصل نصوص الشرع التي تبين غالباً الحكمة من التشريع وتشرح المفسدة والمصلحة، ولكن لا يمنع عند غياب النص الاستعانة بالنظر والاجتهاد العقلي، عند حدوث التعارض بين الأمر الشرعي وواقع الحال، قال ابن تيمية: "إذا تعارضت المصالح والمفاسد والحسنات والسيئات أو تزاومت، فإنّه يجب ترجيح الرّاجح منها فيما إذا ازدحمت المصالح والمفاسد، وتعارضت المصالح والمفاسد. فإنّ الأمر والنهي - وإن كان متضمناً لتحصيل مصلحة ودفع مفسدة - فينظر في المعارض له، فإن كان الذي يفوت من المصالح أو يحصل من المفاسد أكثر لم يكن مأموراً به، بل يكون محرماً إذا كانت مفسدته أكثر من مصلحته.

لكن اعتبار مقادير المصالح والمفاسد هو بميزان الشريعة، فمتى قدر الإنسان على اتباع النصوص لم يعدل عنها، وإلا اجتهد برأيه لمعرفة الأشباه والنظائر، وقلّ أن تعوز النصوص من يكون خبيراً بها وبدالاتها على الأحكام"^(٢).

ويفصل ابن القيم دور الشرع في الترجيح بين المصالح والمفاسد، والصور التي لا بد للعقل أن يسلم فيه لنصوص الشريعة فيها، وهي كالآتي:

- صورة الفعل المشتمل على مصلحة ومفسدة، دون معرفة الرّاجح منهما فيه.
- صورة الفعل المشتمل على مصلحة أو مفسدة خاصة بشخص بعينه دون سواه.

(١) ابن القيم، مفتاح دار السعادة، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت: ١٤/٢.

(٢) ابن تيمية، الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، الناشر: وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤١٨ هـ: ص ٠٤.

- صورة الفعل المشتمل على مفسدة عظيمة في الظاهر وفي ضمنه مصلحة أكيدة، أو العكس.

فيقول مبينا حكم كل صورة: "وكذلك الفعل يكون مشتملا على مصلحة ومفسدة، ولا تعلم العقول مفسدته أرجح أم مصلحته، فيتوقف العقل في ذلك، فتأتي الشرائع ببيان ذلك وتأمّر براجح المصلحة، وتنهى عن راجح المفسدة.

وكذلك الفعل يكون مصلحة لشخص مفسدة لغيره، والعقل لا يدرك ذلك فتأتي الشرائع ببيانه فتأمّر به من هو مصلحة له، وتنهى عنه من حيث هو مفسدة في حقه.

وكذلك الفعل يكون مفسدة في الظاهر وفي ضمنه مصلحة عظيمة لا يهتدي إليها العقل فلا يعلم إلا بالشرع كالجهاد والقتل في الله ويكون في الظاهر مصلحة وفي ضمنه مفسدة عظيمة لا يهتدي إليها العقل فتجيء الشرائع ببيان ما في ضمنه من المصلحة والمفسدة الراجحة.

هذا مع أن ما يعجز العقل عن إدراكه من حسن الأفعال وقبحها ليس بدون ما تدركه من ذلك، فالحاجة إلى الرسل ضرورية بل هي فوق كل حاجة، فليس العالم إلى شيء أحوج منهم إلى المرسلين صلوات الله عليهم أجمعين"^(١).

وللنظر في المصالح والمفاسد أثر كبير في تجلية روح الشريعة الإسلامية وسماحتها ومرونتها، كما أن هذا المنهج هو سبب ما نجد من تغير للفتوى عند العلماء تبعاً لتغير الظروف والأشخاص.

(١) ابن القيم، مفتاح دار السعادة: ١١٧/٢.



فأي مسألة فقهية قد تعثر بها الأحكام الخمسة من الوجوب، الندب، الحظر، الكراهة، أو التحريم، وذلك تبعاً لملايساتها وظروفها والشخص المعني بها، وقد ينتقل الفقيه من الحكم الأصلي للمسألة إلى حكم آخر رعاية لمصلحة مرجوة لا يمكن تحقيقها بالحكم الأصلي لها، وقد تتغير الفتوى من التحريم إلى الإباحة أو العكس تبعاً لذلك، قال ابن تيمية: "الشرعة جميعها مبنية على أن المفسدة المقتضية للتحريم إذا عارضتها حاجة راجحة أبيض المحرم، فكيف إذا كانت المفسدة منفية"^(١).

وقال في موضع آخر: "فالعمل الواحد يكون فعله مستحباً تارة، وتركه تارة، باعتبار ما يترجح من مصلحة فعله وتركه، بحسب الأدلة الشرعية"^(٢).

وقال في موضع آخر: "إِنَّ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ مِنْهُ مَا هُوَ مَحْدُودٌ بِالشَّرْعِ: كَالصَّلَاةِ، وَطَوَافِ الْأَسْبُوعِ بِالْبَيْتِ، وَمِنْهُ مَا يَرْجَعُ فِي قَدْرِهِ إِلَى اجْتِهَادِ الْمَأْمُورِ فَيَزِيدُهُ وَيَنْقُصُهُ بِحَسَبِ الْمَصْلَحَةِ الَّتِي يُجِبُّهَا اللَّهُ"^(٣).

وسأحاول في المطلبين الآتيين ذكر نماذج لمسائل فقهية كان للنظر في باب المصلحة والمفسدة أثر في تغيير أحكامها وفتاويها.



(١) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، تحقيق: محمد عبدالقادر عطا، مصطفى عبدالقادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٧ م: ٣١/٤.

(٢) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى: ٣٥٥/٢.

(٣) ابن تيمية، بيان الدليل على بطلان التحليل، تحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨-١٩٩٨: ٤٥٠/٣.

المطلب الثاني: مراعاة جلب المصلحة وأثرها في تغير الفتوى.

المثال الأول: تخيير الإمام بين الستر على العبد الزاني وبين استتابته.

الأصل في العبد المرتكب لفاحشة الزنى إقامة الحد عليه إن جاهر بمعصيته، وإن أخفاها، ففيه حكمان: إما الستر عليه دون عقوبة، وإما استتابته ومعاقبته، والفاصل في ذلك رجحان إحدى المصلحتين على الأخرى، فإما الستر عليه لتحقيق مصلحة التوبة، وإما العقوبة لتحقيق مصلحة الردع عن الوقوع في المعصية، فأبي المصلحتين ترجحت وجب الحكم تبعاً لها.

قال ابن تيمية: "والرقيق إن زنى علانية وجب على السيد إقامة الحد عليه، وإن عصى سرّاً فينبغي أن لا يجب عليه إقامته، بل يخيّر بين ستره أو استتابته بحسب المصلحة في ذلك. كما يخيّر الشهود على من وجب عليه الحدّ بين إقامتها عند الإمام وبين الستر عليه واستتابته بحسب المصلحة، فإنه يرجح أن يتوب إن ستره، وإن كان في ترك إقامة الحدّ ضرر على الناس كان الرّاجح فعله"^(١).

المثال الثاني: التخيير بين التصدّق بثلاث الأضحية أو التصدّق بأكثر من الثلث.

ورد في باب الأضحية أحاديث عدة تحت على الصدقة منها للفقراء والمساكين، وحددها الرسول ﷺ بالثلث، كما في حديث عائشة رضي الله عنها قالت: ذفّ النَّاسُ مِنْ أَهْلِ الْبَادِيَةِ، فَحَضَرْتُ لِأُضْحِيٍّ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «ادَّخِرُوا الثُّلُثَ، وَتَصَدَّقُوا بِمَا بَقِيَ». قَالَتْ: فَلَمَّا كَانَ بَعْدَ ذَلِكَ، قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَدْ كَانَ النَّاسُ يَنْتَفِعُونَ بِضَحَايَاهُمْ، يَحْمِلُونَ مِنْهَا الْوَدَكَ وَيَتَّخِذُونَ مِنْهَا الْأَسْقِيَةَ. قَالَ: وَمَا ذَاكَ؟ قَالَ: نَهَيْتُ

(١) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى: ٥/٥٣٥.



عَنْ إِمْسَاكِ لُحُومِ الْأَضَاحِيِّ بَعْدَ ثَلَاثٍ. فَقَالَ: إِنَّمَا كُنْتُ نَهَيْتُكُمْ لِلدَّاقَّةِ الَّتِي دَقَّتْ، فَكُلُوا، وَتَصَدَّقُوا، وَتَزَوَّدُوا»^(١).

إلا أن المصلحة قد تقتضي التصدق بأكثر من الثلث، فينتقل النذب بالثلث إلى النذب بأكثر منه تبعا لتلك المصلحة، قال ابن تيمية: "ونحن إذا قلنا في الهدى والأضحية: يستحب أن يأكل ثلثا ويتصدق بثلث، فإنما ذلك إذا لم يكن هناك سبب يوجب التفضيل، وإلا فلو قدر كثرة الفقراء لاستحبنا الصدقة بأكثر من الثلث، وكذلك إذا قدر كثرة من يُهدى إليه على الفقراء وكذلك الأكل، فحيث كان الأخذ بالحاجة أو المنفعة كان الاعتبار بالحاجة والمنفعة بحسب ما يقع"^(٢).

المثال الثالث: التخيير في مقدار ما يؤخذ من الجزية من أهل الذمة بحسب أحوالهم

ورد في السيرة النبوية أنّ النبي ﷺ لم يأخذ من أهل الذمة الجزية بالسوية بين الأقطار، وإنما أخذ من كل قطر ما يناسب بحسب يسار أهله، فقد أخذ من أهل اليمن دينارا أو ما يعده، كما في حديث معاذ بن جبل رضي الله عنه: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لَمَّا وَجَّهَهُ إِلَى الْيَمِينِ، أَمَرَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ كُلِّ حَالِمٍ - يَعْنِي مُحْتَلِمٍ - دِينَارًا، أَوْ عَدْلَهُ مِنَ الْمَعَاوِرِ»^(٣). وأخذ من أهل الشام أربعة دنانير. والمعافري: ثياب تكون باليمن.

(١) أبو داود، سنن أبي داود، الناشر: دار الكتاب العربي، بيروت، دت، كتاب الضحايا، باب

في حبس لحوم الأضاحي، رقم ٢٨١٤: ٥٨/٣.

(٢) ابن تيمية، كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه: ٢٥٨/١٩.

(٣) أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الخراج، باب في أخذ الجزية، رقم ٣٠٤٠: ١٣١/٣.

وذكر البخاري سبب ذلك التفريق، فروى بسنده عن ابن أبي نجيح: "قلت لمجاهد: ما شأن أهل الشام عليهم أربعة دنانير وأهل اليمن عليهم دينار؟، قال: جعل ذلك من قبل اليسار"^(١).

وبهذا علل ابن القيم هذا الاختلاف، وبنى على صنيع رسول الله ﷺ هذا جواز اجتهاد الإمام في هذه المسألة بحسب ما يراه من المصلحة، قال: "إنّ النبي لم يقدرها (أي الجزية) تقديراً عاماً لا يقبل التغيير، بل ذلك موكول إلى المصلحة واجتهاد الإمام، فكانت المصلحة في زمانه أخذها من أهل اليمن على السواء، وكانت المصلحة في زمن خلفائه الراشدين أخذها من أهل الشام ومصر والعراق على قدر يسارهم وأموالهم. وهكذا فعل رسول الله، فإنه أخذها من أهل نجران حللاً في قسطين، قسط في صفر وقسط في رجب"^(٢).

المثال الرابع: التخيير في الإذن للكفار بدخول المساجد أو منعهم منها.

نهى الشرع نهيًا قاطعاً عن دخول الكفار والمشركين المسجد لاسيما في الحرم، بدليل قول الله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نجسٌ فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَذَا وَإِنْ خِفْتُمْ عَيْلَةً فَسَوْفَ يُغْنِيكُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ ۗ إِنْ شَاءَ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾. [التوبة: ٢٨].

(١) البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله، صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، الناشر: دار طوق النجاة، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ، باب الجزية والموادعة مع أهل الحرب، ٩٦/٤.

(٢) ابن القيم، أحكام أهل الذمة، تحقيق: يوسف أحمد البكري - شاکر توفيق العاروري، الناشر: رمادي للنشر - دار ابن حزم، الدمام-بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨ - ١٩٩٧: ١٣٥/١.



وهذا حكم متأخر عن الحكم الأول في بداية عهد الدعوة، حيث كان الرسول ﷺ يستقبلهم في مسجده تأليفاً لقلوبهم، وبالنظر لتواردهم عليه من حين لآخر، وبغياب هذين السببين جاء الأمر بالنهي عن دخولهم المسجد لانتفاء المصلحة في ذلك، ولكن إذا ظهر سبب موجب لتغيير الحكم بما تفرضه مصلحة المسلمين جاز الإذن لهم بذلك.

قال ابن القيم مبيناً هذا الأمر: "وأما دخول الكفار مسجد النبي فكان ذلك لما كان بالمسلمين حاجة إلى ذلك؛ ولأنهم كانوا يخاطبون النبي في عهودهم ويؤدون إليه الرسائل ويحملون منه الأجوبة ويسمعون منه الدعوة؛ ولم يكن النبي ليخرج من المسجد لكل من قصده من الكفار، فكانت المصلحة في دخولهم إذ ذاك المسجد لكل من قصده من الكفار، فكانت المصلحة في دخولهم إذ ذاك أعظم من المفسدة التي فيه...، وأما الآن فلا مصلحة للمسلمين في دخولهم مساجدهم والجلوس فيها، فإن دعت إلى ذلك مصلحة راجحة جاز دخولها بلا إذن، والله أعلم"^(١).

المثال الخامس: تخيير الإمام بين انتزاع كنائس أهل الذمة المملوكة لهم، أو تركها.

أورد ابن القيم في أحكام أهل الذمة مسألة الأمصار التي أنشأها المشركون ومصروها ثم فتحها المسلمون عنوة وقهراً بالسيف ما كان فيها من المعابد والكنائس قبل الفتح فهل يجوز إبقاؤه أو يجب هدمه؟، وذكر أقوال العلماء فيها، ثم رجح أن الحكم يدور مع المصلحة جوازاً أو منعاً.

قال: "وفصل الخطاب أن يقال: إن الإمام يفعل في ذلك ما هو الأصلح للمسلمين، فإن كان أخذها منهم أو إزالتها هو المصلحة لكثرة الكنائس أو حاجة المسلمين إلى بعضها وقلة أهل الذمة فله أخذها أو إزالتها بحسب المصلحة، وإن كان تركها أصلح

(١) ابن القيم، أحكام أهل الذمة: ٤٠٨/١.

لكثرتهم وحاجتهم إليها وغنى المسلمين عنها تركها، وهذا الترك تمكين لهم من الانتفاع بها لا تمليك لهم رقابها، فإنها قد صارت ملكا للمسلمين، فكيف يجوز أن يجعلها ملكا للكفار، وإنما هو امتناع بحسب المصلحة، فلإمام انتزاعها متى رأى^(١).

المثال السادس: تخيير إمام الصلاة بين الإطالة في القراءة أو التقصير فيها.

يشرع للإمام في صلاة الجماعة التخفيف على المأمومين ترفقا بذوي الحاجات والأعدار، وهذا هو الأصل في المسألة، والمستنبط من حديث أبي مسعود الأنصاري قال: «قال رجل: يا رسول الله، لا أكاد أدرك الصلاة مما يطول بنا فلان، فما رأيت النبي ﷺ في موعظة أشد غضبا من يومئذ، فقال: أيها الناس، إنكم منقرون، فمن صلى بالناس فليخفف، فإنّ فيهم المريض، والضعيف، وذا الحاجة»^(٢).

ويرى ابن تيمية أن ذلك حكم عام، قد يتخلف إذا لم تقتض الضرورة التقصير، بأن لم يوجد صاحب عذر بين المصلين، فيطول الإمام القراءة طلبا للثواب، قال: "ومن المعلوم أن طول العبادة وقصرها يتنوع بتنوع المصالح، فتستحب إطالة القيام تارة، وتخفيفه أخرى، في الفرض والنفل، بحسب الوجوه الشرعية، من غير أن يكون المشروع هو التسوية بين مقادير ذلك في جميع الأيام، فعلم أن التسوية في مقادير العبادات البدنية في الظاهر لا اعتبار به إذا قارنه مصلحة معتبرة، ولا يلزم من التساوي في القدر التساوي في الفضل"^(٣).

(١) ابن القيم، أحكام أهل الذمة: ٣/١٢٠٠.

(٢) البخاري، صحيح البخاري، كتاب العلم، باب الغضب في الموعظة والتعليم إذا رأى ما يكره، رقم ٩٠: ٣٠/١.

(٣) ابن تيمية، مجموع الفتاوى: ٤١٤/١٣.



المثال السابع: تجويز الفضل تحقيقاً لمصلحة الجماعة.

من أمثلة تغيير الحكم الشرعي باعتبار المصلحة ما ورد من الرخص في العبادات، والأطعمة، والألبسة في زمن الحرب تخفيفاً على المسلمين وترهيباً للعدو، ومن ذلك تجويز ربا الفضل، ولبس الحرير... إلخ، استناداً إلى قاعدة: ما حرّم للذريعة يباح للمصلحة الراجحة، يقول ابن القيم: "النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة، إنما كان لأنه ذريعة إلى النسيئة في الربويات، فإنّ البائع إذا رأى ما في هذا البيع من الربح لم تقتصر نفسه عليه، بل تجرّه إلى بيع الربوي كذلك، فسدّ عليهم الذريعة، وأباحه يداً بيدٍ، ومنع من النساء فيه، وما حرّم للذريعة يُباح للمصلحة الراجحة، كما أباح من المزابنة العرايا للمصلحة الراجحة، وأباح ما تدعو إليه الحاجة منها، وكذلك بيع الحيوان بالحيوان نسيئة متفاضلاً في هذه القصة، وفي حديث ابن عمر إنما وقع في الجهاد، وحاجة المسلمين إلى تجهيز الجيش، ومعلوم أن مصلحة تجهيزه أرجح من المفسدة في بيع الحيوان بالحيوان نسيئة، والشريعة لا تُعطلّ المصلحة الراجحة لأجل المرجوحة.

ونظير هذا جواز لبس الحرير في الحرب، وجواز الخيلاء فيها، إذ مصلحة ذلك أرجح من مفسدة لبسه، ونظير ذلك لباسه القباء الحرير الذي أهداه له ملك "أيلة" ساعة، ثم نزعها للمصلحة الراجحة في تأليفه وجبره، وكان هذا بعد النهي عن لباس الحرير.

ونظير هذا نهيه ﷺ عن الصلاة قبل طلوع الشمس، وبعد العصر، سداً للذريعة التشبه بالكفار، وأباح ما فيه مصلحة راجحة من قضاء الفوائت، وقضاء السنن، وصلاة الجنابة، وتحية المسجد، لأن مصلحة فعلها أرجح من مفسدة النهي، والله أعلم^(١).

(١) ابن القيم، زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق: محمد بن زيادي خاطر، الناشر: دار الآثار،

القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥: ٤٨٨/٣

المثال الثامن: تخيير الإمام بين قتل شارب الخمر وبين جلده.

اختلف الفقهاء في حد شارب الخمر لاختلاف الأحاديث والآثار الواردة فيه، بين من يقول بقتله إن شرب في الرابعة، وبين من يكتفي بمجرد التعزيز مهما بدر منه ذلك الفعل، ويرى ابن تيمية أن الإمام مخير بين القتل أو الاكتفاء بالجلد وكذا تحديد مقداره وكيفيته، بالنظر إلى ما يراه أصلح وأردع للحاجي ولغيره قال: "يجوز قتله إذا رأى الإمام المصلحة في ذلك، فإنّ ما بين الأربعين إلى الثمانين ليس حدًا مقدراً في أصح قولي العلماء، كما هو مذهب الشافعي وأحمد في إحدى الروايتين، بل الزيادة على الأربعين إلى الثمانين ترجع إلى اجتهاد الإمام في فعلها عند المصلحة، كغيرها من أنواع التعزير، وكذلك صفة الضرب، فإنه يجوز جلد الشارب بالجرید والنعال وأطراف الثياب، بخلاف الزاني والقاذف، فيجوز أن يقال: قتله في الرابعة من هذا الباب"^(١).



(١) ابن تيمية، كتاب الإيمان الأوسط، تحقيق: محمود أبو سن أبو يحيى، الناشر: دار طيبة، الطبعة الأولى، ١٤٢٤: ص ١٠٠.



المطلب الثالث: مراعاة دفع المفسدة وأثرها في تغيير الفتوى.

قد يؤدي اعتبار المفسدة إلى تغيير الحكم الشرعي في بعض المسائل، من الحل إلى الحرمة، أو من الاستحباب إلى الكراهة، أو غير ذلك من الأحكام، ذلك لأن الشريعة كما جاءت لجلب المصالح، فإنها جاءت لدرء المضار والمفاسد، بناء على قاعدة التيسير ورفع الحرج.

وفي ذلك يقول ابن تيمية مستدلاً بفعل الرسول ﷺ: "والمسلم قد يترك المستحب إذا كان في فعله فساد راجح على مصلحته، كما ترك النبي ﷺ بناء البيت على قواعد إبراهيم، وقال لعائشة: «لولا أن قومك حديثو عهد بالجاهلية لنقضت الكعبة، ولألصقتها بالأرض ولجعلت لها بابين، بابا يدخل الناس منه، وبابا يخرجون منه»، والحديث في الصحيحين^(١).

فترك النبي ﷺ هذا الأمر الذي كان عنده أفضل الأمرين للمعارض الراجح، وهو حدثان عهد قريش بالإسلام لما في ذلك من التنفير لهم، فكانت المفسدة راجحة على المصلحة^(٢).

ويقول أيضاً: "إن من الأمور المباحة بل والمأمور بها إيجاباً أو استحباباً ما يعارضها مفسدة راجحة تجعلها محرمة أو مرجوحة، كالصيام للمريض وكالطهارة بالماء لمن يخاف

(١) مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، كتاب الحج، باب نقض الكعبة وبنائها، رقم ١٣٣٣: ٩٦٥/٢.

(٢) ابن تيمية، الفتاوى: ١٩٥/٢٤.

عليه الموت، كما قال: «قتلوه قتلهم الله، هلا سألوا إذا لم يعلموا، فإنما شفاء العبيّ السؤال»^(١).

وعلى هذا الأصل يبنى جواز العدول أحيانا عن بعض سنة الخلفاء كما يجوز ترك بعض واجبات الشريعة وارتكاب بعض محذوراتها للضرورة، وذلك فيما إذا وقع العجز عن بعض سنتهم، أو وقعت الضرورة إلى بعض ما نھوا عنه، بأن تكون الواجبات المقصودة بالإمارة لا تقوم إلا بما مضرته أقل^(٢).

ويبين لنا النص الآتي لابن القيم وجه تحريم الشرع لبعض التصرفات التي تبدو في ظاهرها مشروعة لا ضرر فيها، إلا أن الشريعة منعتها لكونها ذريعة مفضية إلى فساد، قال: "ومنع من نكاح الأمة لكونه ذريعة ظاهرة إلى استرقاق ولده ثم جوّز وطأها بملك اليمين لزوال هذه المفسدة.

ومنع من تجاوز أربع زوجات لكونه ذريعة ظاهرة إلى الجور وعدم العدل بينهن، وقصر الرجال على الأربع فسحة لهم في التخلص من الزنى، وإن وقع منهم بعض الجور، فاحتماله أقلّ مفسدة من مفسدة الزنى"^(٣).

كما بيّن أثر مراعاة دفع المفسدة في تغيير الفتوى والحكم الشرعي، فقال: "الفعل إن كان منشأ المفسدة الخالصة أو الراجحة فهو المحرم، فإن ضعفت تلك المفسدة فهو المكروه، ومراتبه في الكراهة بحسب ضعف المفسدة، هذا إذا كان منشأ للمفسدة،

(١) أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الطهارة، باب في المجرح يتيمم، رقم ١٣٦: ١/١٣٢.

(٢) ابن تيمية، كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه: ٢٩/٣٥.

(٣) ابن القيم، إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان، تحقيق: محمد حامد الفقي، الناشر: دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٩٥-١٩٧٥: ١/٣٦٥.



وأما إن كان مفضيا إليها فإن كان الإفشاء قريبا فهو حرام أيضا كاخلوة بالأجنبية والسفر بها ورؤية محاسنها، فهذا القسم يسلب عنه اسم الإباحة وحكمها.

وإن كان الإفشاء بعيدا جدا لم يسلب اسم الإباحة ولا حكمها، كخلوة ذي رحم المحرم بها وسفره معها، وكنظر الخاطب الذي مقصوده الإفشاء إلى المصلحة الراجحة، فإن قرب الإفشاء قريبا ما فهو الورع وهو في المراتب على قدر قرب الإفشاء وبعده، وكلما قرب الإفشاء كان أولى بالكراهة والورع، حتى ينتهي إلى درجة التحريم^(١).

كما أبرز أن تقدير العقوبة على الجرائم غير المنصوص على حدودها في الشرع مبني على النظر في مقدار مفسدتها، وبحسب من بدرت منهم، فقد يتحد الفعل من أشخاص كثيرين وتختلف عقوبتهم بقدر ما أحدثوه من مفسدة، وأعطى لذلك مثالا بالعلاقة غير الشرعية مع المرأة الأجنبية فعقوبتها تختلف باختلاف نوع الاعتداء بأن يكون مجرد نظرة أو خلوة أو ملامسة، قال: "لما كانت مفسدات الجرائم بعد متفاوتة غير منضبطة في الشدة والضعف والقلّة والكثرة، وهي ما بين النظرة والخلوة والمعانقة، جعلت عقوبتها راجعة إلى اجتهاد الأئمة وولاية الأمور بحسب المصلحة في كل زمان ومكان، وبحسب أرباب الجرائم في أنفسهم، فمن سوى بين الناس في ذلك، وبين الأزمنة والأمكنة والأحوال، لم يفقه حكمة الشرع"^(٢).

وفيما يلي بعض الأمثلة من تغيير الفتوى باعتبار النظر في المفسد.

(١) ابن القيم، الفوائد، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٩٣-١٩٧٣: ٧٢٢/٣.

(٢) ابن القيم، إعلام الموقعين: ١٢٨/٢.

المثال الأول: نزع حق الحضانة من الأب وجعله للأم.

الأصل في حضانة البنت أنها تكون للأب كما هو مذهب جمهور الفقهاء، نظراً لأهليته وقدرته على القيام بواجب الرعاية والتربية لها، لكن قد يقتضي الأمر نزع الحق منه وإسناد الحضانة للأم إن ظهرت مفسدة معتبرة تقع على البنت ببقائها في حضانة أبيها لفسقه أو عجزه، فتسند إلى الأم استثناءً، كما قد يحرم الولد من اختياره البقاء مع والده إن ظهر ضرر ذلك عليه، يقول ابن تيمية: "وأحمد وأصحابه إنما يقدمون الأب إذا لم يكن عليها (أي الصبية) في ذلك ضرر، فلو قدر أن الأب عاجز عن حفظها وصيانتها أو يهمل حفظها لاشتغاله عنها أو لقلّة دينه والأم قائمة بحفظها وصيانتها، فإنّه تقدّم الأم في هذه الحال.

فكلّ من قدّمناه من الأبوين إنّما نقدمه إذا حصل به مصلحتها واندفعت به مفسدتها، فأما مع وجود فساد أمرها مع أحدهما فالآخر أولى به بلا ريب، حتى الصغير إذا اختار أحد أبويه وقدّمناه إنّما نقدمه بشرط حصول مصلحته وزوال مفسدته، فلو قدرنا أن الأب أقرب لكن لا يصونه والأم تصونه لم يلتفت إلى اختيار الصبي، فإنه ضعيف العقل"^(١).

ويشرح ابن القيم موجب تغيير الحكم في الأولى بالحضانة بين الزوجين فيقول: "الزوج إذا رضي بالحضانة، وآثر كونَ الطفل عنده في حجره، لم تسقط الحضانة، هذا هو الصحيح، وهو مبني على أصل، وهو أن سقوط الحضانة بالنكاح هو مراعاةً لحقّ الزوج، فإنه يتنصص عليه الاستمتاع المطلوب من المرأة لحضانتها لولد غيره، ويتنكّد عليه عيشه

(١) محمد بن عبد الرحمن بن قاسم، المستدرک علی مجموع الفتاوى، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ:



مع المرأة، لا يُؤمن أن يحصل بينهما خلاف المودة والرحمة، ولهذا كان للزوج أن يمنعها من هذا مع اشتغالها هي بحقوق الزوج، فتضيع مصلحة الطفل، فإذا أثر الزوج ذلك وطلبه، وحرص عليه، زالت المفسدة التي لأجلها سقطت الحضانة، والمقتضي قائم، فيترتب عليه أثره، يوضحه أن سقوط الحضانة بالنكاح ليست حقاً لله، وإنما هي حق للزوج وللطفل وأقاربه، فإذا رضي من له الحق جاز، فزال الإشكال على كل تقدير^(١).

المثال الثاني: جواز السكوت عن إنكار المنكر إذا ترتب عن إنكاره مفسدة أكبر.

مما ورد الأمر بالنهي عنه شرعاً محاربة البدع وأهلها لما تحدثه البدع من فتنة في الدين والأمة، وهذا الحكم من الوجوب دلت عليه نصوص شرعية واضحة، لكن إذا كان في القيام بذلك الواجب مفسدة أكبر من تعرض الناهي عن البدعة إلى هلاك نفسه أو عرضه فلا يشرع له حينها القيام بذلك الواجب، قال ابن تيمية: "لا يجوز إنكار المنكر بما هو أنكر منه؛ ولهذا حرم الخروج على ولاية الأمر بالسيف؛ لأجل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر؛ لأن ما يحصل بذلك من فعل المحرمات وترك واجب أعظم مما يحصل بفعلهم المنكر والذنوب، وإذا كان قوم على بدعة أو فجور ولو نحووا عن ذلك وقع بسبب ذلك شر أعظم مما هم عليه من ذلك ولم يمكن منعهم منه ولم يحصل بالنهي مصلحة راجحة لم ينهوا عنه"^(٢).

(١) ابن القيم، زاد المعاد: ٤٨٤/٥

(٢) ابن تيمية، مجموع الفتاوى: ٤٧٢/١٤

ويقول ابن القيم: " إن النبي ﷺ شرع لأمته إيجاب إنكار المنكر ليحصل بإنكاره من المعروف ما يحبه الله ورسوله، فإذا كان إنكار المنكر يستلزم ما هو أنكر منه وأبغض إلى الله ورسوله، فإنه لا يسوغ إنكاره، وإن كان الله يبغضه ويمقت أهله"^(١).

المثال الثالث: تغيير عمر بن الخطاب لرأيه في موجب وقوع الطلاق البائن.

عرف عن عمر بن الخطاب قوله في إيقاع الطلاق البائن بينونة كبرى إن تلفظ به الزوج ثلاث مرات في مجلس واحد، وكان الأمر بخلاف ذلك حيث يقع طلقة واحدة فقط، وقد توخى عمر بذلك الاجتهاد زجر الناس عن التساهل فيه، لكن تراجع عن قوله بعد لما عرف ما وقع فيه الناس من العنت والحرَج، يقول ابن القيم: "إنما كان أوقعها لاعتقاده جواز ذلك، ولذلك قال: إن الناس قد استعجلوا في شيء كانت لهم فيه أناة فلو أمضيته عليهم. وهذا كالصريح في أنه غير حرام عنده، وإنما أمضاه لأنَّ المطلق كانت له فسحة من الله تعالى في التفريق، فرغب عما فسحه الله تعالى له إلى الشدة والتغليظ، فأمضاه عمر ﷺ عليه، فلما تبين له بأخرة ما فيه من الشر والفساد ندم على أن لا يكون حرّم عليهم إيقاع الثلاث ومنعهم منه، وهذا هو مذهب الأكثرين: مالك وأحمد وأبي حنيفة رحمهم الله"^(٢).

ويؤصل المسألة بإيجاز فيقول: "هذه المسألة مما تغيرت الفتوى بها بحسب الأزمنة كما عرفت لما رأتها الصحابة من المصلحة لأنهم رأوا مفسدة تتابع الناس في إيقاع الثلاث لا تندفع إلا بإمضائها عليهم فأروا مصلحة الإمضاء أقوى من مفسدة الوقوع"^(٣).

(١) ابن القيم، إعلام الموقعين: ٤/٣.

(٢) ابن القيم، إغاثة اللهفان: ٣٣٦/١.

(٣) ابن القيم، إعلام الموقعين: ٤١/٣.



المثال الرابع: نهي النساء عن الخروج لزيارة القبور.

يرى الإمام ابن القيم أن إباحتها النبي ﷺ زيارة القبور مقتصر على الرجال فقط دون النساء^(١)، وعارض من يرى أن خطابه عليه السلام للرجال يشمل النساء كما هو معهود في اللغة، على أن المنع لم يكن بسبب حرمة الفعل بحد ذاته، فقد أجازته السنة بلفظ صريح، وإنما لما يصاحبه من مظاهر تؤدي إلى الشرك كتعظيم القبور وتعليق التمام وغيرها، وأغلب النساء يقعن فيه، وهي مفسدة عظيمة إذا ما قورنت بمصلحة ومنفعة زيارة القبور من نيل الثواب والتذكير بالآخرة كما ورد في تعليل النبي ﷺ في الحديث.

يقول: "فإنّ هذه المصلحة - وإن كانت مطلوبة منهن - لكن ما يقارن زيارتهن من المفسدات التي يعلمها الخاص والعام من فتنة الأحياء وإيذاء الأموات والفساد الذي لا سبيل إلى دفعه إلا بمنعهن منها أعظم مفسدة من مصلحة يسيرة تحصل لهن بالزيارة، والشريعة مبناها على تحريم الفعل إذا كانت مفسدته أرجح من مصلحته، ورجحان هذه المفسدة لا خفاء به، فمنعهن من الزيارة من محاسن الشريعة"^(٢).

المثال الخامس: النهي عن تخصيص بعض الأيام بالصوم خشية إلحاقها بالفرائض.

من الأحكام المتغيرة باعتبار المفسدة النهي عن مداومة بعض المباحات التي فيها منفعة ومصلحة وثواب، إذا خشي من ذلك وقوع الابتداع في الدين ما ليس منه،

(١) مسلم النيسابوري، صحيح مسلم، الناشر: دار الجيل، دار الآفاق، بيروت، دت، كتاب الأضاحي، باب بيان ما كان من النهي عن أكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث في أول الإسلام وبيان نسخه وإباحته إلى متى شاء، رقم ٥٢٢٨: ٨٢/٦.

(٢) ابن القيم، حاشية ابن القيم على سنن أبي داود، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، ٤٤/٩: ١٤١٥هـ.

بأن يتحول ذلك المباح بكثرة المداومة عليه إلى فرض يتكلفه الناس من تلقاء أنفسهم، إذ الأصل في العبادات التوقيف.

فالنهى عن المداومة على المباح يحقق مصلحة كبرى هي غلق باب الابتداع، مع ما في ذلك من تفويت مصلحة أقل وهي نيل الثواب والفضل.

والمثال الذي تنطبق عليه هذه الصورة ما ورد من نهي النبي ﷺ عن تخصيص يوم الجمعة بعبادة الصوم دون سواه^(١)، إذ في ذلك نوع من التشبه باليهود والنصارى الذين خصصوه للتجرد من أعمالهم الدنيوية، فهذا المنع قائم على مبدأ سدّ الذرائع، ونوعها هنا: وسيلة موضوعة للمباح لم يقصد بها التوسل إلى المفسدة، لكنها مفضية إليها غالباً، ومفسدتها أرجح من مصلحتها، فتمنع لذلك.

قال ابن القيم بعد أن ذكر بعض معاني ذلك النهي: "المأخذ الثالث: سدّ الذريعة من أن يلحق بالدين ما ليس فيه، ويوجب التشبه بأهل الكتاب في تخصيص بعض الأيام بالتجرّد عن الأعمال الدنيوية.

وينضم إلى هذا المعنى: أنّ هذا اليوم لما كان ظاهر الفضل على الأيام كان الداعي إلى صومه قويا فهو في مظنة تتابع الناس في صومه واحتفالهم به ما لا يحتفلون بصوم يوم غيره، وفي ذلك إلحاق بالشرع ما ليس منه.

(١) أحمد بن حنبل، المسند، الناشر: مؤسسة قرطبة، القاهرة، دت، رقم ٩١١٦ : ٣٩٤/٢.



ولهذا المعنى -والله أعلم- نهي عن تخصيص ليلة الجمعة بالقيام من بين الليالي، لأنها من أفضل الليالي، حتى فضلها بعضهم على ليلة القدر، وحكى رواية عن أحمد، فهي في مظنة تخصيصها بالعبادة، فحسم الشارع الذريعة وسدها بالنهي عن تخصيصها بالقيام، والله أعلم^(١).



(١) ابن القيم، زاد المعاد: ٢١٧/١.

الخاتمة

يمكن في ختام هذا البحث استخلاص النتائج الآتية:

- يظهر من خلال نصوص الإمامين ابن تيمية وابن القيم وفتاويهما وأحكامهما اهتمام السلف الصالح بمراعاة المصالح والمفاسد، وعنايتهم بإدراك مقاصد الشريعة في كل حكم أو مسألة تعرض عليهم.
- يعد تغير الفتوى عند العلماء مظهرا من مظاهر المرونة والتيسير في الشريعة الإسلامية، مما يجعلها صالحة لكل زمن ومكان.
- لم يقتصر تغير الفتوى على مسائل بعينها في الفقه الإسلامي، بل شمل معظم مجالات الفقه من العبادات والمعاملات والسياسة الشرعية.
- أبرز البحث أن لكل حكم شرعي علته التي تتمثل في جلب مصلحة أو دفع مفسدة، وأن الحكم يتغير بالضرورة كلما ظهر للفقهاء تخلف تلك الحكمة أو معارضتها بما هو أقوى.
- يمكن أن يستنبط من اجتهادات الإمامين ما يمكن إسقاطه على القضايا المعاصرة، لاسيما علاقة المسلمين بغيرهم، وكيفية معاملتهم ودعوتهم، ذلك أن الاختلاف الحاصل بين العصور إنما هو في الأشكال والوسائل والمسميات لا أكثر.
- مؤلفات ابن تيمية وابن القيم طافحة بالحديث عن المصالح والمفاسد ومنهجية الترجيح بينها، ويتميز عملهما بالتأصيل من القرآن والسنة وأقوال السلف لكل قاعدة في هذا الباب، ولذا من المهم أن تخصص لهما دراسات معمقة تكون مرجعية هامة للفقهاء المعاصرين في حكمهم على ما يعرض عليهم من النوازل والمشكلات، والله أعلم.

وسبحانك اللهم ومجمدك، أشهد أن لا إله إلا أنت، أستغفرك وأتوب إليك،

والحمد لله رب العالمين .



قائمة المصادر والمراجع

- أبو داود، سنن أبي داود، الناشر: دار الكتاب العربي، بيروت، دت.
- أبو عجوة، حسين أحمد، فقه الموازنة بين المصالح والمفاسد ودوره في الرقي بالدعوة الإسلامية، بحث مقدم لمؤتمر الدعوة الإسلامية، الجامعة الإسلامية، غزة، ٢٠٠٥م.
- ابن القيم، محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله، إعلام الموقعين عن رب العالمين وعباده المرسلين، تحقيق: محمد المعتصم البغدادي، الناشر: دار الكتاب العربي، بيروت، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م.
- ابن القيم، مفتاح دار السعادة، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، دت.
- ابن القيم، أحكام أهل الذمة، تحقيق: يوسف أحمد البكري - شاعر توفيق العاروري، الناشر: رمادي للنشر - دار ابن حزم، الدمام-بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
- ابن القيم، زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق: محمد بن زيادي خاطر، الناشر: دار الآثار، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥م.
- ابن القيم، إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان، تحقيق: محمد حامد الفقي، الناشر: دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٩٥هـ-١٩٧٥م.
- ابن القيم، الفوائد، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٩٣هـ-١٩٧٣م.
- ابن القيم، حاشية ابن القيم على سنن أبي داود، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٥هـ.

- ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم الحراني، مجموع الفتاوى، تحقيق: أنور الباز - عامر الجزائر، الناشر: دار الوفاء، الطبعة الثالثة، ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م
- ابن تيمية، كتب ورسائل وفتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي، الناشر مكتبة ابن تيمية، دت.
- ابن تيمية، الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، الناشر: وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤١٨ هـ.
- ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، تحقيق: محمد عبدالقادر عطا، مصطفى عبدالقادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٧ م.
- ابن تيمية، بيان الدليل على بطلان التحليل، تحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨-١٩٩٨.
- ابن تيمية، كتاب الإيمان الأوسط، تحقيق: محمود أبو سن أبو يحيى، الناشر: دار طيبة، الطبعة الأولى، ١٤٢٤ هـ.
- ابن عبد السلام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تحقيق: محمود بن التلاميذ الشنقيطي، الناشر: دار المعارف بيروت، لبنان، دت.
- ابن قدامة، عبد الله بن أحمد المقدسي أبو محمد، روضة الناظر وجنة المناظر، تحقيق: د. عبد العزيز عبد الرحمن السعيد، الناشر: جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، الطبعة الثانية، ١٣٩٩.
- ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، الناشر: دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى، دت.



- أحمد بن حنبل، المسند، الناشر: مؤسسة قرطبة، القاهرة، دت.
- البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله، صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، الناشر: دار طوق النجاة، الطبعة الأولى ١٤٢٢ هـ .
- الرازي، محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، تحقيق محمود خاطر، الناشر: مكتبة لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٥/١٩٩٥.
- الغزالي، محمد بن محمد أبو حامد، المستصفى في علم الأصول، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٣
- الفيومي، محمد المقري، المصباح المنير، الناشر: دار القلم، بيروت، دت.
- محمد بن عبد الرحمن بن قاسم، المستدرک على مجموع الفتاوى، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ.
- مسلم النيسابوري، صحيح مسلم، الناشر: دار الجيل، دار الآفاق، بيروت، دت.





العرف وأثره في الفتوى



د. كامل صبحي كامل صلاح

عضو هيئة التدريس بجامعة أم القرى

مكة المكرمة





مُكَلِّمَاتُ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

فإنه مما لا شك ولا ريب فيه أن الناس لهم عادات وتقاليد وأعراف يمارسونها في حياتهم ومعاشهم، وفي ليلهم ونهارهم، وفي عباداتهم ومعاملاتهم، وأقوالهم وأفعالهم، وإن هذه الأعراف والعادات ليست كلها مردودة ممنوعة في شرعنا الحكيم، وليست كلها مقبولة كذلك في شرعنا الحنيف، بل منها المباح المقبول والمشروع، ومنها المحرم المردود الممنوع، ومنها ما يحمل ضوابط بوجودها وتوفرها يكون مقبولاً، وبانتفائها يكون ممنوعاً. ومن المعلوم أن الأصل في أمور الدنيا الجواز والإباحة إلا بدليل يجرم ويمنع، وأن الأصل في الدين الامتناع إلا بنص ودليل، كما قرر ذلك العلماء المتقدمون منهم والمتأخرون.

وتكمن مشكلة البحث في كثرة الأعراف، والعادات، والتقاليد التي عليها الناس في هذا الزمان، فهل لهذه الأعراف والعادات أثر في الأحكام الشرعية والفتاوى؟ بحيث أنها تؤثر فيها وتنقلها من الجواز إلى الحرمة، أو العكس، وعند النظر والتأمل تبين أن ثمة تأثير على الأحكام الشرعية والفتاوى من قبل الأعراف والتقاليد والعادات، ويكثر هذا التأثير في معاملات الناس ومبادلاتهم التجارية ومبايعاتهم للسلع التي ينتفعون منها، سواء كانت مبادلات أو مبايعات، في زماننا هذا.

وهذا من الأسباب الرئيسة للبحث في هذا الموضوع، ولذا اقتضت الحاجة إلى بيان الحكم الشرعي في ذلك؛ لكثرة الأعراف والتقاليد التي عليها الناس في هذا الزمان؛

ولاختلاف أماكنهم وديارهم. وهذا ما قصدت وأردت النظر فيه من خلال بحثي هذا، وقد قسمت بحثي إلى ما يلي:

المبحث الأول: معنى العرف والعادة والفتوى لغة واصطلاحاً.

المبحث الثاني: مكانة العرف واعتباره في الأحكام.

المبحث الثالث: أنواع العرف والعادة.

المبحث الرابع: مجالات عمل العادة والعرف.

المبحث الخامس: العرف والنصوص الشرعية.

المبحث السادس: شروط اعتبار العرف.

المبحث السابع: تخصيص العام بالعرف والعادة.

المبحث الثامن: القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف.

المبحث التاسع: تطبيقات العرف والعادة في الفروع الفقهية.

والله الموفق والهادي إلى سواء السبيل

الباحث

د. كامل صبحي كامل صلاح

عضو هيئة التدريس - جامعة أم القرى - مكة المكرمة.



المبحث الأول

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: معنى العرف لغة واصطلاحاً.

العرف لغة: قال ابن فارس (عَرَفَ) العين والراء والفاء أصلاً صحيحان يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلاً بعضه ببعض، والآخر على السكون والطمأنينة^(١). فالأول: (العرف) عُرف الفرس، وسمي بذلك لتتابع الشعر فيه. ويقال: جاء القُطا عرفاً عرفاً: أي بعضها خلف بعض. وأما الثاني: (المعرفة والعرفان) تقول: عرف فلان فلاناً عرفاناً ومعرفة، وهذا أمر معروف.

والعرف (المعروف) سمي بذلك لسكون النفوس إليه^(٢). وقال ابن منظور: والعرف والمعروف الجود، وقيل هو اسم لما تبذله وتسديه، والمعروف كالعرف. وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ جَاهِدَاكَ عَلَىٰ أَنْ تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا وَصَاحِبَهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا وَاتَّبِعْ سَبِيلَ مَنْ أَنَابَ إِلَيَّ ثُمَّ إِلَىٰ مَرْجِعِكُمْ فَأُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ﴾ [لقمان: ١٥]، أي مصاحباً معروفاً^(٣).

(١) مقاييس اللغة، ابن فارس، ٤ / ٢٨١.

(٢) المصدر نفسه ٤ / ٢٨١.

(٣) لسان العرب، ابن منظور، ٩ / ٢٣٩ - ٢٤٢.

والعرف والعارفة والمعروف ضد المنكر وهو: كل ما تعرفه النفس من الخير وتبسأ به - أي تُسَرُّ - وتطمئن إليه، وعُرف الأرض ما ارتفع منها، والجمع أعراف، وأعراف الرياح والسحاب أوائلها وأعاليتها، وأحدها عُرف^(١).

وقال الفيروز آبادي: والمعروف بالشيء الدال عليه، واعترف به أقر، وفلان سألته عن خبر ليعرفه، وتعارفوا عرف بعضهم بعضاً^(٢).

العرف اصطلاحاً:

لقد عرّف علماء الأصول العرف بتعاريف وألفاظ مختلفة، وإن كانت في مجملها متقاربة في المفهوم والمعنى، وفيما يلي أورد بعضها:

١- عرفه صاحب المستصفي: "ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول"^(٣).

٢- وعرفه الجرجاني بقوله: "العرف ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول، ثم قال: "وكذا العادة، وهذا في الحقيقة هو الجامع بين العادة والعرف"^(٤).

٣- وعرفه ابن عابدين بقوله: "العادة مأخوذة من المعاودة، فهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة، مستقرة في النفوس والعقول، متلقاة بالقبول من غير

(١) المصدر نفسه ٩ / ٢٣٩ - ٢٤٢.

(٢) القاموس المحيط، الفيروزآبادي، ٣ / ١٧٩ - ١٨٠.

(٣) المستصفي، الغزالي، ص ٦٥.

(٤) التعريفات، الجرجاني، ص ٨٤.



علاقة ولا قرينة، حتى صارت حقيقة عرفية، فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث الفرد والأفراد، وإن اختلفا من حيث المفهوم^(١).

٤- وقال ابن عابدين: "العرف عبارة عما استقر في النفوس من الأمور المتكررة المعقولة عند الطباع السليمة"^(٢).

٥- وعرفها القرابي بقوله: "والعادة غلبة معنى من المعاني على الناس"^(٣).

٦- وعرفها ابن أمير حاج بقوله: "وهي الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية"^(٤).

وعند النظر إلى هذه التعاريف نجد أن هذه التعاريف متقاربة في المعنى والمفهوم، وإن كانت مختلفة في اللفظ والمنطوق.

وأن العرف لا يبد فيه من اعتياد الناس كلهم على شيء ما سواء كان فعلاً، أو قولاً، وأن العرف قد يكون قولياً أو عملياً، وقد يكون عاماً أو خاصاً، وهو بجميع هذه الأنواع قد يكون صحيحاً أو فاسداً^(٥).

وإن بعض - كما تقدم - ممن عرف العرف من أهل الفقه والأصول. قد سوى بين العرف والعادة.

وإن بعضهم قد قصر العرف على المعاملات، وهذا لا يستقيم، فهو شامل وعمام؛ لأن العرف وإن كان غالباً في المعاملات، فإنه يكون في وسائل العبادات والجنايات والعبادات.

(١) رسالة نشر العرف، ابن عابدين، ص ١٣٩ (بتصرف).

(٢) المصدر نفسه ص ١٤٠.

(٣) شرح تنقيح الفصول، الفروق، القرابي، ص ٣٥٦.

(٤) التقرير والتحبير، ابن أمير الحاج، ١/٣٤٥.

(٥) الوجيز في أصول الفقه، عبدالكريم زيدان، ص ٢٠١.

المطلب الثاني: معنى العادة لغة واصطلاحاً:

العادة لغة: الديدن يعاد إليه، معروفة وجمعها عاد وعادات وعيد، والأخير ليس بالقوي. والمعادة: الرجوع للأمر الأول. يقال للشجاع: بطل معاود^(١). والعادة: هي الديدن، والمعاد المواظب والبطل، وأعادته إلى مكانه رجعه، والكلام كرهه^(٢). والعود الرجوع إلى الشيء بعد الانصراف عنه إما انصرفاً بالذات أو بالقول والعزيمة^(٣).

قال الله تعالى: ﴿أُولَئِكَ هُمُ الْوَارِثُونَ﴾ [المؤمنون: ١٠]، وقوله تعالى: ﴿بَلْ بَدَأَهُمْ مَا كَانُوا يُخْفُونَ مِنْ قَبْلٍ وَلَوْ رُدُّوا لَعَادُوا لِمَا نُهُوا عَنْهُ وَإِنَّهُمْ لَكَاذِبُونَ﴾ [الأنعام: ٢٨].

العادة اصطلاحاً: إن معنى العادة في الاصطلاح يختلف عند الأصوليين عنه عند الفقهاء. فعرف الأصوليون العادة بقولهم: "هي الأمر المتكرر ولو من غير علاقة عقلية"^(٤).

وعرف الفقهاء العادة بقولهم: "هي عبارة عما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المعقولة عند الطباع السليمة"^(٥).

(١) لسان العرب، ابن منظور، ٣/ ٣١٧.

(٢) القاموس المحيط، الفيروزآبادي، ١/ ٣٣٠.

(٣) المفردات، الراغب الأصفهاني، ٢٣٥١.

(٤) تيسير التحرير، محمد أمين الشهير بأمير بادشاه، ٢/ ٢٠.

(٥) الأشباه والنظائر، ابن نجيم، ص ٩٣.



وقولهم كذلك: " العادة: هي ما استمر الناس عليه على حكم المعقول، وعادوا إليه مرة بعد أخرى" (١).

ولعل الراجح هو في تعريف العادة أنها: "الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية" (٢).
ويفترق تعريف الفقهاء عن تعريف الأصوليين بأنه لم يشترط نفي العلاقة العقلية، فتعريف الأصوليين أخص وتعريف الفقهاء أعم من هذا الوجه.
ومع أن تعريف الفقهاء للعادة يتضمن قبولها عند الطباع السليمة لكن إطلاق لفظ العادة عند الفقهاء يتضمن ما يلي (٣):

١. يطلق لفظ العادة على ما يعتاده الفرد من الناس في شئونه الخاصة، كعادته في نومه وأكله، ونوع مأكوله وملبوسه وحديثه وكثير من أفعاله، وهذا يسمى عادة فردية.
٢. يطلق أيضاً على ما تعتاده الجماعات مما ينشأ في الأصل عن اتجاه عقلي وتفكير حسناً كان ذلك أو قبيحاً، وهذا يسمى عند الأكثرين عرفاً (٤).
٣. كما تطلق العادة على كل حال متكررة سواء كانت ناشئة عن سبب طبيعي كإسراع بلوغ الأشخاص ونضج الثمار في الأقاليم الحارة، وإبطائه في الباردة وكثرة الأمطار في بعضها صيفاً وفي بعضها شتاءً.

(١) التعريفات، الجرجاني، ص ٨٥.

(٢) التقرير والتحجير، ابن أمير الحاج، ٢/ ٢٨٢.

(٣) المدخل الفقهي العام، الزرقا، ٢ / ٨٣٦، الوجيز في القواعد الفقهية، البورنو، ص ٢٧٤ (بتصرف).

(٤) المصدران السابقان ٢ / ٨٣٦، وص ٢٧٤ (بتصرف).

أم كانت ناشئة عن الأهواء والشهوات وفساد الأخلاق، كالتقاعس عن فعل الخيرات، والسعي بالضرر والفساد، وتفشي الكذب وأكل المال بالباطل والفسق والظلم، مما يسميه الفقهاء فساد الزمان.

أم كانت ناشئة عن حادث خاص، كفضو اللحن من اختلاط العرب بالأعاجم، فكل ذلك يعتبر في نظر الفقهاء من قبيل العادة^(١).

المطلب الثالث: معنى الفتوى لغة واصطلاحاً:

الفتوى لغة: يأتي مفهوم الفتوى في اللغة على عدة معان^(٢):

- ١- تأتي الفتوى بمعنى البيان. يقال: أفتاه في الأمر: أبانه له.
 - ٢- وتأتي الفتوى بمعنى الجواب على السؤال. يقال: أفتاه في المسألة يفتيه إذا أجابه.
 - ٣- وتأتي الفتوى بمعنى بيان المشكل والجواب عما أشكل؛ حيث إن أصلها من الفَتَى، وهو الشاب الحدث، الذي شب وقوي، فكأنه يقوي ما أشكل ببيانه.
- ويقال: الفتوى والفتيا والفتوى، والجمع: فتاوي بكسر الواو، ويجوز فتاوى بفتحها للتحفيف^(٣).

(١) المصدران السابقان ٢ / ٨٣٧، وص ٢٧٥ (بتصرف).

(٢) أساس البلاغة، الزمخشري، ص ٣٣٤، النهاية في غريب الحديث والأثر، ابن الأثير، ص ٦٩١، المصباح المنير، الفيومي، ص ٤٦٢، لسان العرب، ابن منظور، ١٥/١٤٧، القاموس المحيط، الفيروزآبادي، ٤/٣٧٥.

(٣) أساس البلاغة، الزمخشري، ص ٣٣٤، النهاية في غريب الحديث والأثر، ابن الأثير، ص ٦٩١، المصباح المنير، الفيومي، ص ٤٦٢، لسان العرب، ابن منظور، ١٥/١٤٧، القاموس المحيط، الفيروزآبادي، ٤/٣٧٥.



معنى الفتوى اصطلاحاً^(١).

الفتوى اصطلاحاً: الإخبار عن حكم الله تعالى في إلزام أو إباحة^(٢).

وقيل: هي الإخبار بحكم الله تعالى عن دليل شرعي^(٣).

وقيل: هي الإخبار بالحكم الشرعي مع المعرفة بدليله^(٤).

والحكم الشرعي هو: "حكم الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين"^(٥).

وقد تضمن تعريف الفتوى أموراً ثلاثة:

الأول: قوله: الإخبار يفيد أن الفتوى من باب الإخبار المحض؛ إذ المفتي إنما يخبر بفتواه من استفتاه، فإن شاء قبل قوله وإن شاء تركه، ولا يلزمه بالأخذ بها.

وفي هذا احتراز عن حكم الحاكم وقضاء القاضي؛ فإن الحاكم أو القاضي يخبر الخصوم بقوله على سبيل الإلزام. "فيشترك هو والمفتي في الإخبار عن الحكم، ويتميز القاضي بالإلزام"^(٦).

قال القراني: "أن المفتي مع الله تعالى كالمترجم مع القاضي؛ ينقل ما وجدته عن القاضي واستفاده منه بإشارة، أو عبارة، أو فعل، أو تقرير، أو ترك.

(١) صفة الفتوى والمفتي والمستفتي، أحمد بن حمدان الحراني، ص ٤، الفروق، القراني، ٤/٤٨-٥٤، إعلام الموقعين، ابن القيم، ٤/١٩٦.

(٢) الفروق، القراني، ٤/٥٢.

(٣) صفة الفتوى والمفتي والمستفتي، أحمد الحراني، ص ٤.

(٤) التعريفات، الجرجاني، ص ١٢٣.

(٥) المرجع نفسه.

(٦) إعلام الموقعين، ابن القيم، ٤/١٩٦.

والحاكم مع الله تعالى كئائب الحاكم؛ ينشئ الأحكام والإلزام بين الخصوم، وليس بناقل ذلك عن مستنبيه، بل مستنبيه قال له أي شيء حكمت به على القواعد فقد جعلته حكمي.

فكلاهما موافق للقاضي ومطيع له وساع في تنفيذ مواده، غير أن أحدهما ينشئ، والآخر ينقل نقلاً محضاً من غير اجتهاد له في الإنشاء. كذلك المفتي والحاكم؛ كلاهما مطيع لله تعالى قابل لحكمه، غير أن الحاكم منشئ والمفتي مخبر محض^(١).

الثاني: قوله: بالحاكم الشرعي يدل على أن الفتوى تختص ببيان الحكم الشرعي، دون غيره من الأحكام.

وفي هذا احتراز عن بيان الأحكام غير الشرعية؛ كاللغوية والطبية والعقلية؛ فإن ذلك لا يدخل تحت الفتوى بمعناها الشرعي الخاص، وإن كان داخلاً تحت المعنى اللغوي العام للفتوى، وهو البيان والجواب.

الثالث: قوله: مع المعرفة بدليله يفيد أن الفتوى إنما تصدر عن من يعرف الدليل، وذلك هو العالم بالشرع، وهو الفقيه المجتهد، وهذا يشمل: ما أخبر به المفتي عما فهمه عن الله ورسوله - ﷺ -، مما نص عليه الكتاب والسنة، أو أجمعت عليه الأمة، ولما استنبطه وفهمه باجتهاده، ويشمل أيضاً ما أخبر به عما فهمه عن إمامه الذي قلده من كتاب أو ألقاه هذا الإمام^(٢).

(١) الفروق، القرافي، ٤/٤٨-٥٤.

(٢) إعلام الموقعين، ابن القيم، ٤/١٧٤-١٧٥.



لذا فقد ذهب كثير من الأصوليين إلى أن المفتي هو المجتهد، وأنه لا يفتي إلا مجتهداً، وهذا يشمل المجتهد المطلق ومجتهد المذهب^(١).

وهذا فيه احتراز عن العامي المقلد؛ فإنه مجرد ناقل لقول غيره، وفيه احتراز أيضاً عن الراوي؛ فإنه يخبر عن الحكم الشرعي، وإنما هو ناقل للفظه فقط، مع أن كلا من المقلد والراوي يشترك مع المفتي في بيان الحكم الشرعي.

قال ابن القيم: حكم الله ورسوله يظهر على أربعة السنة: لسان الراوي، ولسان المفتي، ولسان الحاكم، ولسان الشاهد.

فالراوي: يظهر على لسانه لفظ حكم الله ورسوله.

والمفتي: يظهر على لسانه معناه وما استنبطه من لفظه.

والحاكم: يظهر على لسانه الإخبار بحكم الله وتنفيذه.

والشاهد: يظهر على لسانه الإخبار بالسبب الذي يثبت حكم الشارع.

والواجب على هؤلاء الأربعة أن يخبروا بالصدق المستند إلى العلم؛ فيكونوا عاملين بما يخبرون به، صادقين في الإخبار به، وآفة أحدهم الكذب والكتمان^(٢).

الفرق بين العرف والعادة: لو نظرنا إلى التعريفات السابقة للعرف والعادة؛ نرى أنه قد اشتُرط في العرف: "الاستقرار، وتلقي الطباع السليمة لما يعهد ويجري بين الناس بالقبول، وأن يقر الشارع ذلك الذي تعارفه الناس واستمروا عليه أو لا يعارضه بحال من الأحوال".

(١) الإحكام في أصول الأحكام، الأمدي، ٢٢١/٤-٢٢٢، شرح الكوكب المنير، الفتوح الحنبلي، ٥٥٧/٤.

(٢) إعلام الموقعين، ابن القيم، ١٧٤/٤-١٧٥.

ولقد ورد أن من تعريفات العادة عند بعض الفقهاء: أنها ما تكررت مرة بعد أخرى. وذلك لأنها مأخوذة من المعاودة والتكرار.

ولقد انقسمت آراء العلماء في تحديد النسبة بين العرف والعادة إلى ثلاثة أقسام: القسم الأول: فريق لا يرى أن هناك فرقاً بين العرف والعادة، وأنهما مترادفان على معنى واحد، ومن هؤلاء الشيخ عبد الله بن أحمد النسفي الحنفي - كما سبق في تعريفه لهما حيث قال: "العادة والعرف ما استقر في النفوس، وتلقته الطباع السليمة بالقبول"^(١). ومنهم أيضاً ابن عابدين الحنفي حيث قال في تعريفه: "فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث المعنى، وإن اختلفا من حيث المفهوم"^(٢).

وقد سار على نهجهما في عدم التفريق بعض المعاصرين حيث قالوا: "العرف: هو ما تعارفه الناس وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك، ويسمي العادة، وفي لسان الشرعيين لا فرق بين العرف والعادة"^(٣).

القسم الثاني: وسار بعض الفقهاء على التفرقة بين العرف والعادة حيث يذكر الدكتور السيد صالح عوض أن صاحب "التحرير" يذكر أن المراد بالعادة العرف العملي، والمراد بالعرف العرف القولي.

ويذكر أن صاحب "فصول البدائع في أصول الشرائع" فيما تترك به الحقيقة يقول: وحصرها المشايخ في خمسة: ما بدلالة العرف قولاً: والعادة فعلاً.

(١) العرف والعادة في رأي الفقهاء، أحمد أبو سنة، ص ٨.

(٢) حاشية، ابن عابدين، ٢ / ١١٦.

(٣) علم أصول الفقه د. عبد الوهاب خلاف، ص ٩٠.



ويذكر قول صاحب "التلويح على التوضيح": وقد يفرق بينهما باستعمال العادة في الأفعال والعرف في الأقوال^(١).

نخلص إلى أن هذا القسم قد فرّق بين العرف والعادة حيث خص العرف بالقول، وخص العادة بالفعل.

القسم الثالث: وهي أن النسبة بينهما العموم والخصوص المطلق^(٢)، فالعادة أعم العرف مطلقاً، حيث تطلق على العادة الجماعية - العرف - وعلى العادة الفردية، فكل عرف عادة ولا عكس. وقد قال بهذا الشيخ أحمد أبو سنة^(٣)، ومصطفى الزرقا^(٤)، وصاحب كتاب "أصول الفقه وابن تيمية" الدكتور صالح بن عبد العزيز آل منصور^(٥).



- (١) أثر العرف في التشريع الإسلامي، عوض، السيد صالح، ص ٦٠.
- (٢) العموم والخصوص المطلق: هي النسبة بين معنى ومعنى آخر، مخالف له في المفهوم. وأحدهما ينطبق على كل ما ينطبق عليه الآخر من أفراد دون العكس، (ضوابط المعرفة وأصول الاستدلال والمناظرة، للميداني، ص ٥٧).
- (٣) العرف والعادة في رأي الفقهاء، أحمد أبو سنة، ص ١٣.
- (٤) المدخل الفقهي العام، الزرقا، ٨٤١/٢.
- (٥) أصول الفقه وابن تيمية، د. صالح آل منصور، ٥١٢/٢.

المبحث الثاني: مكانة العرف واعتباره في الأحكام:

وردت أدلة كثيرة يستفاد منها أثر العرف في بناء الأحكام الشرعية عليه، وهذا يدل دلالة واضحة على مكانته ومنزلته في الشريعة الإسلامية، وهذه بعض الأدلة: أولاً: الأدلة من القرآن الكريم:

١. قوله تعالى: ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴾ [الأعراف: ١٩٩].

٢. وقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرْبُ بِالْحَرْبِ

وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَىٰ بِالْأَنْثَىٰ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَإِنْبَاعُهُ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءُهُ إِلَيْهِ بِإِحْسَنٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ مِّن رَّبِّكُمْ فَمَنْ أَعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ

أَلِيمٌ ﴿١٧٨﴾ [البقرة: ١٧٨].

٣. وقوله تعالى: ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ

لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُنْقِنِينَ ﴾ [البقرة: ١٨٠].

٤. وقوله تعالى: ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ

يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤْمِنُنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَبِعُولِهِنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ

وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴿٢٢٨﴾ [البقرة: ٢٢٨].

٥. وقوله تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْمِ

الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا



تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَالِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ ۖ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ۗ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا ءَاتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴿٣٣٣﴾ [البقرة: ٢٣٣].

٦. وقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ مَتْعٌ بِالْمَعْرُوفِ ۗ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: ٢٤١].

وقد ورد لفظ المعروف في القرآن العظيم في "سبعة وثلاثين موضعاً"، كما أن أثر العادة والعرف والمعروف ورد في السنة تارة مصرحاً به وتارة لم يصرح به ولكن بني الحكم عليه.

ثانياً: الأدلة من السنة:

- ١- قوله ﷺ لهند زوجه أبي سفيان رضي الله عنهما: "خذي ما يكفيك وولديك بالمعروف" (١).
- ٢- وقوله عليه الصلاة والسلام: "لا جناح على من وليها أن يأكل بالمعروف" (٢).
- ٣- "للمملوك طعامه وكسوته بالمعروف" (٣).

(١) رواه البخاري، (٥٣٦٤) البيوع والنفقات والأقضية، ومسلم، (٤٤٧٧).

(٢) المصدران السابقان، (٥٣٦٧)، و(٤٤٧٩).

(٣) موطأ مالك، كتاب الاستئذان، رقم ٤٠.

ومما ورد فيه أثر العرف والعادة وبناء الأحكام عليهما وإن لم يصرح بهما:

٤- عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قدم المدينة وهم يسلفون في الشمر السنة والسنتين. وربما قال: السنتين والثلاث، فقال: "من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم وأجل معلوم"^(١).

فالرسول ﷺ أجاز السلم - وهو بيع معدوم - لأن الناس كانوا يتعاملون به فأقرهم ﷺ، ونظم عملية التبادل ليقطع النزاع.

وهذا من العرف العملي، ويكون السلف جائزاً بإقرار رسول الله ﷺ بناءً على العرف الموجود والعادة المتبعة بينهم، ومثل ذلك في السنة كثير.



(١) رواه البخاري، (٥٣٦٤) البيوع والنفقات والأفضية، ومسلم، (٤٤٧٧).



المبحث الثالث: أنواع العرف والعادة

قسم العلماء العرف أو العادة باعتبارات مختلفة ومتباينة إلى عدة أقسام:

أولاً: باعتبار الموضوع إلى قسمين: العرف العملي، والعرف القولي:

- العرف العملي: وهو اعتاد الناس على شيء من الأفعال العادية أو المعاملات المدنية^(١) أو ما جرى عليه عمل الناس وتعارفوه واعتادوه في معاملاتهم وتصرفاتهم^(٢).
ومن أمثلة العرف العملي: اعتياد الناس تعطيل بعض أيام الأسبوع عن العمل، وكاعتيادهم أكل نوع خاص من المأكول أو استعمال نوع من الملابس أو الركوب، والحرق والزرع.

تعارف بعض البلدان والأقطار تقسيم المهر في الزواج إلى مقدم ومؤخر، وإن الذي يجب دفعه قبل الزواج هو المقدم، وأما الثاني فلا يجب إلا بالموت أو الطلاق أيهما أقرب. وتعارف الناس تقديم الأجرة قبل استيفاء المنفعة في إجارة الأماكن شهرياً أو سنوياً. اعتياد بعض الناس عند بيع الأشياء الثقيلة أن تكون حملتها إلى مكان المشتري على البائع.

مثال للعرف العملي المخصص، لو وكل شخص آخر بأن يشتري له خبزاً أو لحماً، ومن عادة الناس في تلك البلدة أكل خبز خاص ولحم خاص، فليس للوكيل أن يشتري

(١) المدخل الفقهي، الزرقا، ٢ / ٨٤٥.

(٢) الوجيز في أصول الفقه، عبدالكريم زيدان، ص ٢٠١، الأعراف البشرية في ميزان الشريعة الإسلامية، د. عمراً الأشقر، ص ٦٢.

للموكل خبزاً من نوع آخر أو لحمًا غير ما اعتادوه، اعتماداً على إطلاق الموكل، لأن العرف هنا يخص به الإطلاق، فيسمى عرفاً عاماً مخصصاً^(١).

ثانياً: العرف القولي:

وهو أن يشيع بين الناس استعمال بعض الألفاظ بينهم على إطلاق لفظ على معنى معين، بحيث يتبادر منه هذا المعنى العرفي عند إطلاقه بدون حاجة إلى قرينة ولا علاقة عقلية^(٢).

وعرفه ابن عابدين: هو أن يتعارف قوم إطلاق لفظ لمعنى، بحيث لا يتبادر عند سماعه إلا ذلك المعنى^(٣).

وقد أطلق عليه الأصوليون لفظ " الحقيقة العرفية "^(٤)، لأن المعنى اللغوي صار مهجوراً لا يقصد من اللفظ إلا بقرينة تدل على إرادته. أمثله:

من قال لآخر اشتر لي دابة، والمتعارف عندهم أن لفظ الدابة يطلق على الحمار مثلاً فليس له أن يشتري فرساً أو بغلاً، استنباطاً من أن لفظ الدابة يطلق عند آخرين على ذات الأربع، ومثل استعمال لفظ " البيت " في بعض البلدان بمعنى الغرفة، وبعضهم بمعنى الدار.

(١) المدخل الفقهي العام، الزرقا، ٢ / ٨٣٦، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، د. محمد الشبير، ص ٢٤٠، الوجيز في القواعد الفقهية، البورنو، ص ٢٧٤.

(٢) المدخل الفقهي، الزرقا، ٢/٨٤٥.

(٣) تنبيه الرقود على مسائل النقود، ابن عابدين، مجموعة رسائله، ٢/٥٦.

(٤) الحقيقة العرفية هي: ما صار اللفظ دالاً فيها على المعنى بالعرف لا باللغة، وقد يكون يكون أعم من المعنى اللغوي: كالرقبة تطلق في العرف على جميع البدن (مجموع الفتاوى، ابن تيمية، ٧/٩٨).



ثانياً: باعتبار عمومته وخصوصه، إلى عام وخاص:

أ-عادة عرفية عامة - أو عرف عام: هو عرف هيئة غير مخصوصة بطبقة من طبقاتها وواضعه غير متعين، وهو العرف الجاري منذ عهد الصحابة رضوان الله عليهم حتى زماننا، وهو العرف الذي قبله المجتهدون وعملوا به - ولو كان مخالفاً للقياس ويثبت به حكم عام. وهو العرف المعتبر الذي تخص به النصوص ويترك به القياس - أي القواعد العامة - ولكن لا يعتبر ذلك العرف إلا في زمن الرسالة، وأما الأعراف المستجدة بعد زمن الرسالة مهما عمت فلا تخص بها النصوص ولا يترك بها القياس. وإنما ينزل الناس على حكمها فيما يتعاملون به ولم ينص على خلافه.

والعموم قد يكون عمومًا زمنيًا فيكون العرف عامًا في الأزمنة كلها منذ عهد الصحابة إلى الآن، أو في عصر من العصور، وقد يكون عمومًا مكانيًا، بمعنى أن العرف يعم الأمكنة كلها ويعمل به في جميع البلاد أو أكثرها. ومن أمثلة العادة العرفية العامة: إذا حلف إنسان أن لا يضع قدمه في دار فلان - فهو يحنث ولو دخلها محمولاً وبقية قدمه خارجها - ولا يحنث لو وضع قدمه فيها وبقي هو خارجها؛ لأن المراد بوضع القدم عند الجميع هو الدخول وليس مجرد وضع قدم فقط.

وتعارف الناس عقد الاستصناع وهو الاتفاق على صنع أشياء معينة بأوصاف معينة محددة وهو من بيع المعلوم ولكن جاز لتعارف الناس وتعاملهم به من العصر الأول، وهذا العرف يصلح مخصصاً للنص ويترك به القياس، كجواز السلم وغيره، وكبيع المعاطاة، وتقسيم مهر الزوجة إلى معجل ومؤجل وهكذا^(١).

(١) المدخل الفقهي العام، الزرقا، ٢ / ٨٣٦، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، د. محمد الشبير،

ص ٢٤٠، الوجيز في القواعد الفقهية، البورنو، ص ٢٧٤.

ب- عادة عرفية خاصة، أو عرف خاص، وذلك ما كان عرفاً لإقليم خاص، أو طائفة مخصوصة، أو اصطلاحاً لطائفة مخصوصة، أو هو الذي يختص ببلد أو فئة من الناس دون أخرى، مثل: الرفع عند النحاة، فإنه عندهم اسم لما هو علم الفاعلية. والفرق والجمع والنقض عند علماء الجدل والمناظرة، فإن الفرق عندهم هو أن يبين في الأصل - المقيس عليه - وصف له مدخل في العلية لا يوجد في الفرع، فلا يصح القياس، والجمع هو أن يجمع بين الأصل والفرع بعلة مشتركة بينهما فيقع القياس، والنقض هو تخلف الحكم المدعى عن الدليل، مع أن معاني هذه الألفاظ اللغوية مختلفة عن هذه المعاني الاصطلاحية، وكذا العرف بين التجار فيما يعدّ عيباً أو لا يعد، وهكذا^(١).

ثالثاً: باعتبار نص الشارع على اعتبارها أو عدم نصه إلى شرعية وجارية بين الخلق مما ليس فيه نص شرعي^(٢).

أ- فالعادات الشرعية: هي التي كلف بها الشرع وأمر بها إيجاباً أو ندباً أو نهي عنها كراهية أو تحريماً أو أذن فيها فعلاً أو تركاً وثبت في ذلك بالنص من كتاب أو سنة أو إجماع.

وهذه العادات ثابتة أبداً كالأمر بالصلاة وستر العورة وما أبيح من المعاملات والأمر بإزالة النجاسة ومشروعية الزواج والطلاق.

(١) المراجع نفسها.

(٢) الموافقات، الشاطبي، ٢، ٢٨٣، المدخل الفقهي العام، الزرقا، ٢ / ٨٣٦، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، د. محمد الشبير، ص ٢٤٢ - ٢٤٣، الوجيز في القواعد الفقهية، البورنو، ص ٢٧٤.



ب-والعادات الجارية بين الخلق مما ليس فيه نص شرعي (العادات غير الشرعية) وتنوع إلى نوعين:

الأول: العادات الجارية الثابتة، وهي لا تختلف باختلاف الأزمان والأماكن والأشخاص والأحوال؛ لأنها تعود إلى طبيعة الإنسان وفطرته وغرائزه. كشهوة الطعام والشراب والحزن و الفرح، وميل الإنسان إلى ما يلائمه ونفوره عما لا يلائمه. ولما كانت تلك العادات أسباباً لمسببات حكم بما الشارع واعتبرها وبني عليها الأحكام.

الثاني: العادات الجارية (غير شرعية) المتبدلة: وهي ما كان للزمان أو المكان أو الحال دخل في تبديلها وتغيرها وهي على عدة صور:

الأولى: العادات التي تختلف باختلاف البقاع والبيئات، فتكون في بعضها حسنة وفي البعض الآخرة قبيحة: مثل كشف الرأس، فإنها لذوي المروءات قبيح في البلاد المشرقية، وغير قبيح عند أهل المغرب. وهذا في الماضي أما الآن فقد تغير عند أهل المشرق أيضاً. كالأكل في الشوارع والأسواق، فقد ذكر الفقهاء أنه يقدر في العدالة؛ لأنه محل بالمروءة. وقد أصبح الآن غير قبيح عند كثير من الناس. فإذا تغير مناط الحكم تغير الحكم.

الثانية: العادات التي تختلف باختلاف المقاصد والألفاظ المعبرة عن المقاصد والنيات، وكذلك المصطلحات المستخدمة بين أهل الحرف والمهن والمذاهب، فيحمل اللفظ على عادة المتكلم بحسب ما يفهم عند أمثاله، كالألفاظ المستعملة في الأيمان والعقود والطلاق كناية وتصريحاً.

الثالثة: العادات التي تختلف باختلاف الأفعال في المعاملات: كالعادة في البيع والشراء نقداً أو نسيئة، والعادة في قبض الصداق.

الرابعة: العادات التي تختلف بحسب أمور خارجة عن إرادة المكلف، كاختلاف الأقطار حرارة أو برودة، وأثر ذلك في الإسراع بالبلوغ في الأقطار الحارة، وببطئه في البلاد الباردة، وكذلك أثرها في مدة الحيض ومدة الحضانة وسن اليأس وغير ذلك.

الخامسة: ما يكون في أمور خارقة للعادة: كبعض الناس تصير له خوارق العادات عادة جارية فإن الحكم عليه ينتزل على مقتضى عاداته الجارية لا المطردة الدائمة بشرط أن تصير عادة الأولى الزائلة لا ترجع إلا بخارطة أخرى. ومن الأمثلة على ذلك البائل أو المتغوط من جرح حدث له حتى صار كالمخرج المعتاد له أما المخرج المعتاد في الناس فأصبح في حكم العدم^(١).



(١) الموافقات، الشاطبي، ٢، ٢٨٣، المدخل الفقهي العام، الزرقا، ٢ / ٨٣٦، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، د. محمد الشبير، ص ٢٤٢ - ٢٤٣، الوجيز في القواعد الفقهية، البورنو، ص ٢٧٤ (بتصرف).



المبحث الرابع: مجالات عمل العادة والعرف

يعتبر العرف والعادة حجة وحكماً عند عدم مخالفته لنص شرعي أو شرط لأحد المتعاقدين، وفي حالة انعدام النص الموافق له؛ لأنه إذا وجد نص موافق للعرف، فالمعتبر النص دون العرف، ولذلك قالوا: (إن العادة تحكم فيما لا ضبط له شرعاً أو لا نص لأحد المتعاقدين فيه)^(١).

وقد اعتمد الفقهاء^(٢) على العرف في مسائل كثيرة جداً ومنها:

- أقل سن الحيض والبلوغ.
 - وفي قدر الحيض والنفاس أقله وأكثره وأغلبه.
 - وفي حرز المال المسروق.
 - وفي كثرة الأفعال المنافية للصلاة.
 - وفي التأخير المانع من الرد بالعيب.
 - وفي الشرب وسقي الدواب من الجداول.
- وأما إذا كان هناك نص أو شرط مخالف للعرف فلا اعتبار للعرف هنا.
- كما لو استأجر شخص آخر ليعمل له من الظهر إلى العصر فقط بأجرة معينة، فليس للمستأجر أن يلزم الأجير بالعمل من الصباح إلى المساء بحجة أن عرف البلدة كذلك، بل يتبع المدة المشروطة بينهما وقد بوب البخاري رحمه الله في صحيحه

(١) المنشور في القواعد، الزركشي، ٣٥٦/٢.

(٢) المصدر نفسه ٣٥٦/٢، الأشباه والنظائر، السيوطي، ص ٩، الأشباه والنظائر، ابن نجيم، ص ٩٣.

بقوله: (باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والكيل والوزن وسننهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة^(١) .

قال ابن المنير وغيره: "مقصوده بهذه الترجمة إثبات الاعتماد على العرف وأنه يقضي به على ظواهر الألفاظ ولو أن رجلاً وكل رجلاً في بيع سلعة فباعها بغير النقد الذي عرف الناس لم يجز، وكذا لو باع موزوناً أو مكيلاً بغير الكيل أو الوزن المعتاد"، وذكر القاضي الحسين من الشافعية أن الرجوع إلى العرف أحد القواعد الخمس التي يبنى عليها الفقه فمنها الرجوع إلى العرف في معرفة أسباب الأحكام من الصفات الإضافية، كصغر ضبة الفضة وكبرها وغالب الكثافة في اللحية ونادرها وقرب منزله وبعده وكثرة فعل أو كلام وقتله في الصلاة، ومقابلاً بعبوض في البيع وعيناً، وثمن مثل ومهر مثل وكفء نكاح ومؤنة ونفقة وكسوة وسكنى، وما يليق بحال الشخص من ذلك ومنها الرجوع إليه في المقادير، كالحيض والطمهر وأكثر مدة الحمل، وسن اليأس ومنها الرجوع إليه في فعل غير منضبط يترتب عليه الأحكام كأحياء الموات والأذن في الضيافة ودخول بيت قريب وتبسط مع صديق وما يعد قبضاً وإيداعاً وهدية وغصباً وحفظ وديعة وانتفاعاً بعارية ومنها الرجوع إليه في أمر مخصص كألفاظ الأيمان وفي الوقف والوصية والتفويض ومقادير المكايل والموازين والنقود وغير ذلك^(٢) .



(١) فتح الباري، ابن حجر، ٤/٤٧٤ .

(٢) المرجع نفسه.



المبحث الخامس: العرف والنصوص الشرعية

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: العرف والعادة أمام النصوص الشرعية:

أولاً: إذا وافق العرف والعادة الدليل الشرعي فيجب مراعاته وتطبيقه؛ لأن العمل في الحقيقة بالدليل الشرعي لا بالعرف وإنما يستأنس بالعرف فقط.

ثانياً: إذا خالف العرف الدليل الشرعي فالنظر إلى ذلك من أوجه:

الأول: أن يخالف العرف الدليل الشرعي من كل وجه، وهو ما يعبر عنه بمصادمة النص، ويلزم من اعتبار العرف ترك النص، فهذا لا شك في رده وعدم اعتباره، لأن العرف والعادة إنما تعتبر حكماً لإثبات حكم شرعي إذا لم يرد نص في ذلك الحكم المراد إثباته، فأما إذا ما ورد النص فيجب العمل بموجبه، ولا يجوز ترك النص للعمل بالعادة أو العرف لأسباب ثلاثة:

الأول: لأنه ليس للعابد حق تغيير النصوص.

الثاني: ولأن النص أقوى من العرف.

الثالث: ولأن العرف قد يكون مستنداً على باطل، وأما نص الشارع فلا يجوز أن يكون مبنياً على باطل، فلذلك لا يترك القوي لأجل العمل بالضعيف.

ومن أمثلة مخالفة العرف للنصوص:

تعارف الناس كثيراً من المحرمات، كالمعاملة بالربا وفوائد البنوك وشرب الخمر والتبرج ولبس الحرير والتختم بالذهب للرجال، وغير ذلك مما ورد تحريمه نصاً.

الثاني: أن تكون مخالفة العرف للدليل الشرعي لا من كل وجه، وذلك بأن يرد الدليل عاماً والعرف خالفه في بعض أفرادها، أو كان الدليل قياساً، فإن العرف يعتبر إذا

كان عرفاً عاماً، وهو المتعارف في جميع البلاد أو أكثرها، لأن العرف العام يصلح مخصصاً ويترك به القياس، كما سبق بيانه، وذلك كما في جواز السلم والاستصناع، ودخول الحمام، والشرب من السقاء، وكثير من مسائل الفقه، مذكورة في أبوابه، وأما إذا كان العرف خاصاً فلا يعتد به عند الأكثرين.

الثالث: أن يكون النص الذي جاء العرف بمخالفته مبنياً على العرف والعادة السائدين في زمان نزوله، فإنه عند بعض الأئمة يترك النص ويصار إلى العرف والعادة إذا تبدلت بتبدل الزمان. مثال ذلك:

الأموال الربوية إما وزنية كالذهب والفضة وما يقاس عليها، وإما كيلية كالتمر والبر والشعير والملح وما يقاس عليها، فعند جمهور الفقهاء وأئمة المذاهب أنه لا يجوز بيع الوزني بجنسه إلا وزناً، ولا بيع الكيلوي بجنسه إلا كيلاً؛ لأن النص ورد فيها كذلك فلو تغير عرف الناس وأصبح الذهب يباع عدداً مثلاً، والتمر ما معه يباع وزناً، فلا يجوز استبدال الذهب والفضة بجنسهما إلا وزناً، وكذلك لا يجوز استبدال التمر أو أحد أخواته إلا كيلاً، وإلا كان رباً فيحرم، ولكن بعض الفقهاء رأى أنه إذا تبدل العرف فيجوز استعمال الناس بالعرف الحادث، ومنهم أبو يوسف صاحب أبي حنيفة، والشيخ تقي الدين ابن تيمية حيث قال: إن بيع المكيل بشيء من جنسه وزناً ساغ^(١).

(١) المقنع، ابن قدامة، ٦٤/٢، نهاية المحتاج، الرملي، ٤١٧/٣، الفروع، ابن مفلح، ١٥٧/٤، شرح
المجلة، الأتاسي، ٦٦/١.



وقال في الفروع: ويتوجه من جواز بيع حب بدقيقه وسويقه جواز بيع مكيل وزناً وموزون كيلاً، وفي هذا في الحقيقة تسهيل ورفع حرج عظيم عن الناس فيما اعتادوه من استعمال ما نص عليه الشارع مكيل موزوناً وبالعكس^(١).

الوجه الرابع: أن يخالف العرف مسائل فقهية لم تثبت بصريح النص، بل بالاجتهاد والرأي، وكثير منها بناه المجتهد على ما كان في عرف زمانه، بحيث لو كان في الزمان الذي حدث فيه العرف الجديد لقال بخلاف ما قال أولاً، فهذا يعتبر فيه عرف الحادثة ولو خالف حكماً سابقاً مبنياً على عرف مخالف، وهذا مبني على قاعدة: " لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان"^(٢).

ولهذا قالوا في شروط الاجتهاد: إنه لا بد فيه من معرفة عادات الناس، فكثير من الأحكام يختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله، أو لحدوث ضرورة أو فساد أهل الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً للزم منه المشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد. ولهذا ترى كثيراً من العلماء خالفوا ما نص عليه المجتهدون في مواضع كثيرة بناء على ما كان في زمنهم، لعلمهم بأنهم لو كانوا في زمنهم لقالوا بما قالوا به أخذاً من قواعد مذهبهم^(٣).

(١) المصادر نفسها ٦٤/٢، و٤١٧/٣، و١٥٧/٤ (بتصرف).

(٢) المصادر نفسها ٦٤/٢، و٤١٧/٣، و١٥٧/٤، وشرح المحلة، الأتاسي، ١/ ٦٦.

(٣) المراجع نفسها.

أمثلة وفروع على القاعدة:

إفتاؤهم بجواز الاستئجار على تعليم القرآن ونحوه لانقطاع عطاء المعلمين، إذ لو اشغل المعلمون بالتعليم بلا أجره يلزم ضياعهم وضياع عيالهم، ولو اشتغلوا بالاكْتساب من حرفة أو صناعة يلزم ضياع القرآن والدين، فأفتوا بأخذ الأجره على التعليم، وكذلك على الإمامة والأذان، مع أن ذلك مخالف لما اتفق عليه كثير من أئمة المذاهب من عدم جواز الاستئجار وأخذ الأجره عليها كبقية الطاعات من الصوم والصلاة والحج وقراءة القرآن ونحو ذلك^(١).

ومن ذلك تضمين الساعي بالفساد، مع أن ذلك مخالف لقاعدة (الضمان على المباشر دون المتسبب) ولكن أفتوا بضمانه زجراً بسبب كثرة السعاة المفسدين. ومن ذلك منع النساء عما كن عليه في زمن ﷺ من حضور المساجد لصلاة الجماعة.

- وإفتاؤهم بمنع الزوج من السفر بزوجه بغير رضاها، وإن أوفاهها المهر المعجل.
- وعدم قبولهم قول الزوج: إنه استثنى بعد الحلف بطلاق زوجته، أي قوله بعد الطلاق: إن شاء الله، إلا ببينة لفساد الزمان^(٢).

إلى غير ذلك من الشواهد على تغيير الأحكام لتغيير الأعراف والأحوال. ولكن لا بد للمفتي والحاكم من نظر سديد وتبحر مديد في الأحكام الشرعية أصلاً وفروعاً، مع الوقوف على أحوال الزمان وأهله وعاداتهم، ومعرفة أن هذا العرف خاص

(١) المقنع، ابن قدامة، ٦٤/٢، نهاية المحتاج، الرملي، ٤١٧/٣، الفروع، ابن مفلح، ١٥٧/٤، شرح المحلة، الأتاسي، ١/٦٦.

(٢) المراجع نفسها.



أو عام، وأنه مخالف للنص أولاً، وعن هذا قال أحد المحققين: " لا بد للحاكم من فقه في أحكام الحوادث الكلية، وفقه في نفس الواقع وأحوال الناس، يميز به بين الصادق والكاذب والمحقق والمبطل، ثم يطابق بين هذا وهذا، فيعطي الواقع حكمه من الواجب، ولا يجعل الواجب مخالفاً للواقع.

وكذلك المفتي الذي يفتي بالعرف لا بد له من معرفة الزمان وأحواله أهله، ومعرفة أن هذا العرف عام أو خاص، وأنه مخالف للنص أو غير مخالف"^(١).

المطلب الثاني: الفتوى والحكم الشرعي:

فإنه قبل الحديث عن العرف وما يتعلق به من مسائل وأحكام، فإنه يحسن التكلم عن الفتوى والحكم الشرعي.

فالحكم الشرعي: "عبارة عن حكم الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين"^(٢).

والفتوى والفتيا: "ذكر الحكم المسؤول عنه للسائل"^(٣)، أي "جواب المفتي"^(٤).

و"الإفتاء: بيان حكم الواقع المسؤول عنه"^(٥)، فالإفتاء هو عمل المفتي، والفتوى هو ما يصدر عن المفتي.

(١) رسالة نشر العرف، ابن عابدين، ص ١٢٥ (بتصرف).

(٢) التعريفات، الجرجاني، ٣٣/١.

(٣) أنيس الفقهاء، القونوي، ٣٠٩/١.

(٤) التعاريف، المناوي، ٥٥/١.

(٥) المرجع نفسه.

والغالب أن الحكم الشرعي هو الحكم المتعلق بأفعال العباد على وجه العموم من غير التفات إلى واقع معين يرتبط به الحكم، كالقول بوجوب الصلاة وحرمة شرب الخمر وهكذا.

والغالب أن الفتوى هي ما كانت مرتبطة بواقع ما، فالفتوى على ذلك هي تطبيق الحكم الشرعي على الواقع، وإن كان في بعض الأحيان يأتي أحدهما بمعنى الآخر فهما مرتبطان، ولا تكون الفتوى صحيحة إلا إذا كان الحكم الشرعي منطبقاً على الواقع انطباقاً صحيحاً، يقول ابن القيم - رحمه الله - في بيان علاقة الفتوى بالحكم الشرعي: "ولا يتمكن المفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم: أحدهما: فهم الواقع والفقهاء فيه، واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات حتى يحيط به علماً.

والنوع الثاني: فهم الواجب في الواقع، وهو فهم حكم الله الذي حكم به في كتابه أو على لسان رسوله في هذا الواقع، ثم يطبق أحدهما على الآخر"^(١).

وعندما استفتي ابن تيمية - رحمه الله - في قتال التتار بيّن ذلك الارتباط وأفتى بقوله: " نعم يجب قتال هؤلاء، بكتاب الله وسنة رسوله واتفاق أئمة المسلمين، وهذا مبني على أصلين: أحدهما المعرفة بحالهم، والثاني: معرفة حكم الله في مثلهم"^(٢).

قال ابن القيم: "تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد"^(٣).

(١) إعلام الموقعين، ابن القيم، ١/٨٧.

(٢) مجموع الفتاوى، ابن تيمية، ٢٨/٥١١.

(٣) إعلام الموقعين، ابن القيم، ٣/٣٣.



أولاً: أدلة ثبات الأحكام الشرعية:

والمراد بالثبات هنا بقاء الحكم الشرعي على ما هو عليه ودوامه وعدم تغييره لا بزمان ولا بمكان ولا بغير ذلك.

والأدلة على ذلك كثيرة كما قدمنا، ومنها:

١ - قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّيَّتُهُ وَالِدَهُ وَالْحَمُّ الْحَنْزِيرُ وَمَا أَهَلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَفَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبْعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصَبِ وَأَنْ تَسْنَقَسِمُوا بِالْأَزْلَمِ ذَلِكُمْ فَسُقُ الْيَوْمَ يَيْسَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ دِينِكُمْ فَلَا تَحْشَوْهُمْ وَأَخْشَوْنَ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمْ الْإِسْلَامَ دِينًا فَمَنْ اضْطَرََّ فِي مَخْصَصَةٍ غَيْرِ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴿٣﴾﴾ [المائدة: ٣]، فالدين قد كمل، والنعمة تمت، والتغيير فيما قد كمل ناقص، وما لم يكن يوماً ديناً فلن يكون بعدُ ديناً، والقول بجواز تغيير الحكم الشرعي يلزم عنه عدم التصديق بأن الله أكمل الدين، وهو في الوقت نفسه رفض لنعمة الله التي أتمها علينا.

٢ - قوله تعالى: ﴿وَتَمَّتْ كَلِمَتُ رَبِّكَ صِدْقًا وَعَدْلًا لَا مُبَدَّلَ لِكَلِمَاتِهِ وَهُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ ﴿١١٥﴾﴾ [الأنعام: ١١٥]، قال ابن كثير - رحمه الله -: "أي صدقاً في الأخبار، وعدلاً في الأوامر والنواهي" (١)، والحكم الشرعي هو في باب الأمر والنهي، وحيث تغير العدل كان الظلم.

(١) تفسير القرآن العظيم، ابن كثير، ١٩/٢ .

٤ - قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ كَادُوا لَيَفْتِنُونَكَ عَنِ الَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ لِتَفْتَرِيَ عَلَيْنَا

غَيْرِهِ وَإِذَا لَاتَخَذُوكَ حُلِيلاً ﴾ [٧٣] وهو يبين أن تغيير الحكم الشرعي إنما هو من الافتراء على الله ﷻ، والافتراء على الله لا يجوز عند أحد من المسلمين، فظهر من ذلك أن تغيير الحكم الشرعي أو القول بجواز ذلك محرم لا يجوز القول به ولا الإقدام عليه، وهذه الآية تدل على مدى حرص الكفار وورغبتهم في تغيير الحكم الشرعي، حتى إنهم ليتخذون من يفعل ذلك أو يقوم به "حليلاً"، والحللة أعلى درجات المحبة، قال ابن جرير - رحمه الله - : " والصواب من القول في ذلك أن يقال: إن الله تعالى ذكره أخبر عن نبيه ﷺ أن المشركين كادوا أن يفتنوه عما أوحاه الله إليه ليعمل بغيره، وذلك هو الافتراء على الله" (١).

٥ - قال الله تعالى: ﴿ اتَّبِعُوا مَا أَنْزَلَ إِلَيْكُم مِّن رَّبِّكُمْ وَلَا تَتَّبِعُوا مِن دُونِهِ أَوْلِيَاءَ قَلِيلًا

مَّا تَدَّكَّرُونَ ﴾ [الأعراف: ٣]، فأمر الله الناس أن تتبع ما أنزل إليها من رها خالقها ورازقها، ويبيّن أن من اتبع غير ذلك فقد اتبع أولياء من دونه، والقول بجواز تغيير الحكم الشرعي مؤد لاتباع الأولياء من دون الله. ثم تهدد الله وتوعد من يتبع الأولياء من دونه، فقال تعالى عقب الآية المتقدمة: ﴿ وَكُم مِّن قَرِيْبَةٍ أَهْلَكْنَاهَا فَجَاءَهَا بِأَسْنَانٍ بَيِّنَاتٍ أَوْ هُمْ قَائِلُونَ ﴾ [الأعراف: ٤].

٦ - قال الله تعالى: ﴿ ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيْعَةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ

الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ ﴾ [الجاثية: ١٨]، فأمر الله تعالى رسوله ﷺ باتباع الشريعة

(١) تفسير ابن جرير الطبري، ١٣٠/١٥.



التي أوحاها إليه، وبَيَّن أن ترك شيء من هذه الشريعة إنما هو اتباع لأهواء الذين لا يعلمون، ولا يمكن اتباع الشريعة كاملة مع القول بعدم ثبات الأحكام الشرعية أو بعضها وجواز تغييرها، ثم بيَّن الله تعالى أن هؤلاء الداعين إلى ترك إتباع الشريعة بتغيير الحكم الشرعي ظالمون، وأنهم لن يغنوا عن أحد شيئاً أو يدفوا عنه شيئاً من عذاب الله، فقال تعالى عقب الآية المتقدمة: ﴿إِنَّهُمْ لَنْ يُغْنُوا عَنْكَ مِنَ اللَّهِ شَيْئاً وَإِنَّ الظَّالِمِينَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَاللَّهُ وَلِيُّ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [الجاثية: ١٩].

٧- ﴿سَلِّ بَنِي إِسْرَائِيلَ كَمَا آتَيْنَاهُمْ مِنْ آيَاتِنَا بَيْنَهُ وَمَنْ يُدِلْ نِعْمَةَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَتْهُ فَإِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ﴾ [البقرة: ٢١١].

فقد توعد الله ﷻ بالعقاب الشديد من يبدل نعمته التي أنعمها على العباد، والأحكام الشرعية التي باتباعها استقامة العباد وصلاح الدنيا، والنجاة من النار والفوز بالجنة من أجل النعم التي أنعم الله بها، والقول بعدم ثبات الحكم الشرعي وجواز تغييره هو من تبديل نعمة الله.

٨- قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا تُلِيَتْ عَلَيْهِمْ آيَاتُنَا بَيِّنَاتٍ قَالَ الَّذِينَ لَا يَرْجُونَ لِقَاءَنَا أَنتِ بِقُرْآنٍ غَيْرِ هَذَا أَوْ بَدَّلَهُ قُلْ مَا يَكُونُ لِي أَنْ أُبَدِّلَهُ مِنْ تَلْقَائِي نَفْسِي إِنْ أَتَّبِعُ إِلَّا مَا يُوحَى إِلَيَّ إِنِّي أَخَافُ إِنْ عَصَيْتُ رَبِّي عَذَابَ يَوْمٍ عَظِيمٍ﴾ [يونس: ١٥].

وفي هذا من الدلالة على رغبة الكفار في أن يقع المسلمون في تغيير الأحكام الشرعية أو تبديل الوحي المنزل، وقد بينت الآيات أنه ليس لأحد ولو كان رسول الله ﷺ أن يغير الحكم الشرعي من تلقاء نفسه، بل عليه أن يتبع الأحكام الشرعية التي يوحىها

الله تعالى إليه؛ لأن من فعل ذلك فقد عرض نفسه للعذاب العظيم، قال القرطبي - رحمه الله - : "إني أحشى من الله إن خالفت أمره وغيرت أحكام كتابه وبدلت وحيه فعصيته بذلك عذاب يوم عظيم هوله"^(١).

وقد دلت السنة على ما دل عليه القرآن في ذلك، فمن ذلك:

١ - قوله ﷺ: "من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد"^(٢)، أي مردود عليه، والقول بتغيير الحكم الشرعي لإحداث في الدين لم يأت به كتاب ولا سنة، ولا أثر عن أصحاب رسول الله ﷺ، فهو مردود على صاحبه.

٢ - قوله ﷺ: "عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين، عضوا عليها بالنواجذ، وإياكم ومحدثات الأمور، فإن كل بدعة ضلالة"^(٣).

فبيّن الرسول ﷺ أن النجاة في اتباع سنته وسنة الخلفاء الراشدين المهديين الذين اتبعوه وساروا على سنته، وأمر أن يُعص على ذلك بالنواجذ تمسكاً بها، وعدم الحيد عنها قيد أمثلة، وحذر من محدثات الأمور، وبيّن أن المحدثات في الدين ضلالة، والقول بجواز تغيير الحكم الشرعي يخالف كل ذلك، فهو يخالف التمسك بالسنة ويوقع في المحدثات.

٣ - قوله ﷺ: "تركتم فيكم ما إن تمسكتم به لن تضلوا بعدهما: كتاب الله وسنتي"^(٤).

(١) الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، ٣١٩/٨.

(٢) أخرجه البخاري، كتاب الصلح، رقم: (٢٤٩٩)، و مسلم، كتاب الأفضية، رقم: (٣٢٤٢).

(٣) أخرجه ابن حبان، ١٧٩/١، و الحاكم في المستدرک، ١٧٤/١، وقال: صحيح ليس له علة، و الترمذي، ٤٤/٥، قال: هذا حديث حسن صحيح.

(٤) أخرجه الحاكم في المستدرک، ١٧٢/١.



فمن تمسك بالكتاب والسنة لم يضل أبداً، والمفهوم من ذلك أن من لم يتمسك يضل، والقول بجواز تغيير الحكم الشرعي مؤد لعدم التمسك بالكتاب والسنة أو ببعضها الذي تغير، والأدلة على ذلك من السنة كثيرة أيضاً.

وبالنظر إلى أصول الفقه نجد أن علماء أصول الفقه يعرفون الحكم الشرعي بأنه: "خطاب الشارع المتعلق بأفعال العباد أمراً أو نهيماً أو تخييراً أو وضعاً"^(١).

وخطاب الشارع هو الكتاب والسنة، والقول بأنه يمكن تغيير الحكم الشرعي مكافئ للقول بإمكانية تغيير خطاب الشارع، وخطاب الشارع لا يملك أحد من البشر أن يغيره، وبالتالي فمن غير المستطاع القول بجواز تغيير الحكم الشرعي، ومن وجهة نظر ثانية فإن القول بتغيير الحكم الشرعي بتغير الزمان هو نسخ للحكم الشرعي، هذا هو معنى النسخ عند الأصوليين، فالنسخ يراد به عندهم "رفع الحكم الشرعي بخطاب" أو "رفع الحكم الشرعي بدليل شرعي متأخر"^(٢)، فمضمون النسخ على ذلك هو تغيير الحكم الشرعي الثابت وإلغاء الحكم الشرعي القائم واستحداث حكم جديد، لكن النسخ لا يكون إلا من الله تعالى أو من رسوله ﷺ، وهو ما يعني أن النسخ قد انقطع بموت رسول الله ﷺ، فعلى ذلك الأحكام الشرعية ثبتت على ما مات عليه رسول الله ﷺ، وقد بين الرسول ﷺ أنه يدعو يوم القيامة على من بدل شيئاً من الدين بعده فقال ﷺ: "ألا ليُذادَنَّ رجال عن حوضي كما يذاد البعير الضال، أناديهم ألا هلم! فيقال: إنهم قد بدلوا بعدك.

(١) البحر المحیط، الزركشي، ١١٧/١ - ١٣٢.

(٢) الإحكام في أصول الأحكام، الأمدي، ١١٦/٣، والبحر المحیط، الزركشي، ٦٤/٤، ٦٨، وإرشاد الفحول، الشوكاني، ص ٢٧٦.

فأقول: سُحِقاً سُحِقاً^(١)، وفي رواية: " سحِقاً سحِقاً لمن بدل بعدي "، والقائل بجواز تغيير الحكم الشرعي لا شك أنه داخل في هذا الحديث.

وقد بيّن ابن تيمية - رحمه الله - أن من يجوّز النسخ بعد موت رسول الله ﷺ فهو "يُجَوِّزُ تبديل المسلمين دينهم بعد نبينهم، كما تقول النصارى أن المسيح سوغ لعلمائهم أن يجرّموا ما رأوا تحريمه مصلحة، ويحلّوا ما رأوا تحليله مصلحة، وليس هذا دين المسلمين"^(٢).

قال الشاطبي - رحمه الله - في بيان ثبات الأحكام الشرعية وعدم تغييرها: "فلذلك لا تجد فيها بعد كما لها نسخاً، ولا تخصيصاً لعمومها، ولا تقييداً لإطلاقها، ولا رفعاً لحكم من أحكامها، لا بحسب عموم المكلفين، ولا بحسب خصوص بعضهم، ولا بحسب زمان دون زمان ولا حال دون حال، بل ما أثبت سبباً فهو سبب أبداً لا يرتفع، وما كان شرطاً فهو أبداً شرط، وما كان واجباً فهو واجب أبداً أو مندوباً فمندوب، وهكذا جميع الأحكام فلا زوال لها ولا تبدل، ولو فرض بقاء التكليف إلى غير نهاية لكانت أحكامها كذلك"^(٣).

وسئل الإمام القرافي^(٤) - رحمه الله - عن الأحكام المدونة في الكتب المرتبة على العوائد والأعراف التي كانت موجودة زمن جزم العلماء بهذه الأحكام، هل إذا تغيرت العوائد وصارت لا تدل على ما كانت تدل عليه أولاً، هل يُفتي بما تدل عليه

(١) أخرجه مسلم في صحيحه، ٢١٨/١.

(٢) مجموع الفتاوى، ابن تيمية، ٩٤/٣٣.

(٣) الموافقات، الشاطبي، ٧٨/١ - ٧٩.

(٤) الفروق، القرافي، ٤٨/٤ - ٥٤.



العوائد والأعراف الجديدة، أو يفتي بما هو مدون في الكتب؟ فأجاب - رحمه الله - بقوله: « إن إجراء الأحكام التي مدرکہا العوائد مع تغير تلك العوائد، خلاف الإجماع وجهالة في الدين، بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة" ثم شرع يفصل فقال: " ألا ترى أنهم لما جعلوا أن المعاملات إذا أطلق فيها الثمن يحمل على غالب النقود، فإذا كانت العادة نقداً معيناً حملنا الإطلاق عليه، فإذا انتقلت العادة إلى غيره عيّننا ما انتقلت العادة إليه، وألغينا الأول لانتقال العادة عنه"، إلى أن يقول: " بل ولا يشترط تغيير العادة، بل لو خرجنا نحن من تلك البلد إلى بلد آخر عوائدهم على خلاف عادة البلد الذي كنا فيه، وكذلك إذا قدم علينا أحد من بلد عاداته مضادة للبلد الذي نحن فيه؛ لم نفتحه إلا بعاداته دون عادة بلدنا، ومن هذا الباب ما روي عن مالك: إذا تنازع الزوجان في قبض الصداق بعد الدخول؛ أن القول قول الزوج مع أن الأصل عدم القبض، قال القاضي إسماعيل: هذه كانت عادتهم بالمدينة أن الرجل لا يدخل بامرأته حتى تقبض جميع صداقها، واليوم عادتهم على خلاف ذلك، فالقول قول المرأة مع يمينها لأجل اختلاف العوائد، وينبغي أن يعلم أن معنى العادة في اللفظ أن ينقل إطلاق لفظ واستعماله في معنى حتى يصير هو المتبادر من ذلك اللفظ عند الإطلاق مع أن اللغة لا تقتضيه، فهذا هو معنى العادة في اللفظ، وهو الحقيقة العرفية، وهو المجاز الراجح في الأغلب، وهو معنى قول الفقهاء إن العرف يقدم على اللغة عند التعارض، وكل ما يأتي من هذه العبارات"^(١).

(١) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، القراني، ص ١١١، ١١٢.

وبوّب ابن القيم في كتابه إعلام الموقعين: "فصل في تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد"^(١).

وهنا يظهر أمران:

الأول: أن الفتوى هي التي تتغير وليس الحكم الشرعي.

الثاني: أن الفتوى التي تتغير يكون حكمها الشرعي مرتباً على العوائد والأعراف.

ومن الأمثلة التي يذكرها الفقهاء على ذلك: ما يخرج في صدقة الفطر، فإن الحديث جاء بإخراج صاع من تمر أو شعير أو زبيب أو أقط، فرأى العلماء أن هذه الأقوات كانت هي غالب القوت عندما قال رسول الله ﷺ ذلك الحديث في ذلك الزمان، فكأنه قال: أخرجوا صاعاً من غالب قوت البلد التي أنتم فيها، وعلى ذلك أفتى بعض العلماء بجواز إخراج صاع من الأرز والذرة ونحوه إذا كان هذا هو غالب قوت البلد في زمنهم.



(١) إعلام الموقعين، ابن القيم، ١٤/٣.



المبحث السادس : شروط اعتبار العرف

اشترط الفقهاء والأصوليون لاعتبار العرف وبناء الأحكام الشرعية عليه عدة

شروط، وهي:

الشرط الأول: أن لا يخالف نصاً ثابتاً أو أصلاً شرعياً قطعياً.

لأن في ذلك ذهاباً للشريعة وهدماً لأركانها، فالناس اليوم قد تعارفوا شتى أصناف المنكرات، وقد عمت بها البلوى كشرب الخمر، والحكم بالتشريعات الوضعية والنظم الغربية، وفتح الحانات، والتعامل بشتى أنواع العقود الفاسدة، والغرر، والجهالة، ولبس الحرير، والذهب للرجال، ولعب القمار، واليانصيب، والحجاب المتبرج فضلاً عن التبرج، ومضاحكة الرجل للمرأة والاختلاط، والانفراد بالنساء، وتشجيع الجنائز مع النساء وملامسة النساء للرجال في الأماكن العامة، ووسائل النقل، والفن الهابط والوضيع، والتمثيل الفاضح والخليع، والبناء على المقابر وتسريحها وغيرها من صنوف الفساد الأخلاقي والاجتماعي، والاقتصادي مما لا يمكن أن يستحله إلا فاسق وخارج عن الملة بالإجماع^(١).

الشرط الثاني : أن تكون العادة مطردة أو غالبية بحيث يعمل بها في جميع

الحوادث، أو في أغلبها.

قال السيوطي: "إنما تعتبر العادة إذا اطردت فإن اضطربت فلا"^(٢)، ومعنى هذا أن العادة يجب أن تكون معمولاً بها في كل الأوقات وأن تكون سمة غالبية لبلد معين

(١) مجموعة رسائل ابن عابدين، ١١٥/٢.

(٢) الأشباه والنظائر، السيوطي، ص ٩٢.

تنصرف الأذهان إليها عند كل إطلاق في معاملاتهم، ومعنى اضطرابها أن يتردد معنى اللفظ في معاملات الناس وإطلاقهم بين معانٍ مشتركة تساوت في القوة فلا يدري على ماذا يحمل قصدهم، وهنا يجب البيان حال المعاملة بما يزيل كل إبهام أو إشكال. وقد مثل لها السيوطي^(١) وغيره على هذا الشرط بأمثلة منها:

منها: من باع شيئاً بدراهم وأطلق، نزل على النقد الغالب فلو اضطرت العادة في البلد وجب البيان وإلا يبطل البيع.

ومنها: استأجر للخياطة والنسخ والكحل، فالخيط والحبر والكحل على من؟ خلاف صحح الرافعي في الشرح الرجوع فيه إلى العادة فإن اضطرت وجب البيان وإلا فتبطل الإجارة.

وهنا نصطدم مع إشكال وهو هل يلزم من كونها مطردة ألا يكون فيها انحرام في آحاد هذه العادة؟ أي هل حكمها أغلبي أم كلي؟.

من المعلوم عند الفقهاء أن مبنى الأحكام الشرعية يكون للغالب ولا عبرة بالشذوذ أو انحرام بعض آحاد القواعد، وبعض الوقائع القليلة النادرة؛ لكون كل قاعدة فقهية لها استثناءات، وعمامة هذه الاستثناءات لا ترقى لمستوى إبطال القاعدة وإسقاطها، فالنادر في الشرع لا حكم له، وهو ما عبر عنه العلماء بقولهم: "إنما العبرة بالغالب".

فيقول الشاطبي رحمه الله: "وإذا كانت العوائد معتبرة شرعاً فلا يقدر في اعتبارها انحرافها ما بقيت عادة على الجملة وإنما ينظر في انحرافها، ومعنى انحرافها أنها تزول بالنسبة

(١) نقس المرجع.



إلى جزئي فيخلفها في الموضوع حالة إما من حالات الأعذار المعتادة في الناس أو من غير ذلك^(١).

وكذلك يشترط أن تكون العادة غالبية شائعة بين الناس فلا اعتبار لعادة يعمل بها فئة من الناس ولا يعمل بها آخرون^(٢).

قال ابن نجيم: "إنما تعتبر العادة إذا إطردت أو غلبت"^(٣).

ويقول عزت عبید الدعاس: "إنما العادة المعتبرة التي تبني عليها الأحكام الشرعية إنما هي المطردة أو الغالبة، وإن الشيعوع في الأكثر كاف إذ لا عبرة للأقل، والعادة المطردة تنزل منزلة الشرط"^(٤).

الشرط الثالث: العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر، بمعنى أن تكون سابقة للتصرف أو مقارنة له.

قال الرافي^(٥): العادة الغالبة إنما تؤثر في المعاملات لكثرة وقوعها و رغبة الناس فيما يروج في النفقة غالباً ولا يؤثر في التعليق و الإقرار بل يبقى اللفظ على عمومه فيها.

قال السيوطي: " العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر"^(٦).

(١) الموافقات، الشاطبي، ٢/٢٨٨.

(٢) موسوعة القواعد الفقهية، (٧/٣٣٨)، شرح القواعد الفقهية، الزرقا، ص ٢٣٣.

(٣) الأشباه والنظائر، ابن نجيم، ص ٩٩.

(٤) القواعد الفقهية مع الشرح الموجز، عزت دعاس، ص ٥٠.

(٥) الأشباه والنظائر، السيوطي، ص ١٣٦.

(٦) الأشباه والنظائر، السيوطي، ص ٩٦.

وقال ابن نجيم: "ولذا لا عبرة بالعرف الطارئ"^(١)؛ لأن ما له عرف أو عادة في لفظ ما، يحمل لفظه على اللفظ السائد.

وقال مصطفى الزرقا: "إنما تعتبر العادة إذا كانت سابقة، فلا عبرة بالعرف الطارئ"^(٢).

ومعنى هذا أن هذا القيد مهم جدا لكون معاملات الناس يجب أن تحمل على ما تعارفوه من عادات وقت إنجازها، ولا يمكن حمل إطلاقاتهم ومقاصدهم على ما طرأ وحدث من عادات بعد ذلك، ما لم يوجد تصريح بخلافه وقت المعاملة فيعد نقلا عن الأصل المتعارف عليه وبالتالي يجب المصير إليه ولا بد، لأن العرف المطردة ينزل منزلة الشرط كما يقول الفقهاء، فالتصريح بخلافه تصريح بإلغائه صراحة^(٣).
ومثال ذلك:

ولو أقر بألف مطلقة في بلد دراهمه ناقصة لزمه الناقصة في الأصح و قيل يلزمه وافية لعرف الشرع و لا خلاف أنه لو اشترى بألف في هذه البلد لزمه الناقصة لأن البيع معاملة و الغالب: أن المعاملة تقع بما يروج فيها بخلاف الإقرار^(٤).

الشرط الرابع: أن لا تعارض العادة شرطاً للعاقدين أو أحدهما بعدم العمل بها.
كما ذكر العز ابن عبد السلام: "كل ما ثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد صح، فلو شرط المستأجر على الأجير أن استوعب النهار بالعمل

(١) الأشباه والنظائر، ابن نجيم، ص ١٠١.

(٢) شرح القواعد الفقهية، الزرقا، ص ٢٣٣.

(٣) موسوعة القواعد الفقهية، ٧/٣٣٨، شرح القواعد الفقهية، الزرقا، ص ٢٣٣.

(٤) الأشباه والنظائر، السيوطي، ص ١٣٦.



من غير أكل وشرب لزمه ذلك، لأن تلك الأوقات إنما خرجت على الاستحقاق بالعرف القائم مقام الشرط، فإذا صرح بخلاف ذلك مما يجوز الشرع، ويمكن الوفاء به جاز"^(١).
وورد في درر الحكام شرح مجلة الأحكام: "إن العرف والعادة يكون حجة إذا لم يكن مخالفاً لنص أو شرط لأحد المتعاقدين"^(٢).



(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، العزبن عبدالسلام، ١٨٥/٢.

(٢) مجلة درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٤٦/١.

المبحث السابع: تخصيص العام بالعرف والعادة^(١)

اتفق الأصوليون على أن العرف القولي مخصص للفظ العام^(٢)، وأما العادة الفعلية ففيها مذهبان، وذلك كما إذا كان من عادتهم أن يأكلوا طعاماً مخصوصاً وهو البر مثلاً، فورد النهي المذكور وهو بيع الطعام بجنسه، وفي ذلك مذاهب:

المذهب الأول: وهو مذهب الحنفية^(٣) وجمهور المالكية^(٤): الذين قالوا بتخصيص العام بالعرف العملي.

واستدلوا بأدلة منها:

- قاسوا العرف العملي على العرف القولي؛ لكون التفريق بينهما هو تحكم بلا دليل، فما ينقض اعتبار العرف العملي يصلح ناقضاً للقولي أيضاً.
- وأجيب عنه بكون العرف القولي صار حقيقة عرفية غلبت على الإسم عند الإطلاق، أما العملي يحتاج إلى قرينة الفعل و معاودته، فصار قياساً مع الفارق.

(١) شرح الكوكب المنير، الفتوحى، ٣ / ٣٨٧، التقرير والتحجير، ابن أمير الحاج، ١ / ٣٤٠، المستصفي، الغزالي، ٣ / ٣٢٩، المحصول، الرازي، ٣ / ١٣١، الإحكام في أصول الأحكام، الأمدي، ٢ / ٤٠٧، شرح تنقيح الفصول، القراني، ص ١٦٥، البحر المحيط، الزركشي، ٣ / ٣٩١، نهاية السؤل، الأسنوي، ص ٢١٧، قواطع الأدلة، الدبوسي، ١ / ٣٩٢، الإبهاج شرح المنهاج، السبكي، ٢ / ١٨١، العدة، المقدسي، ٢ / ٥٩٣، إرشاد الفحول، الشوكاني، ٢ / ٦٩٧.

(٢) التقرير والتحجير، ابن أمير الحاج، ١ / ٣٤٠، نهاية السؤل، الأسنوي، ص ٢١٧.

(٣) تبيين الحقائق، الزيلعي، ٣ / ١١٦، بدائع الصنائع، الكاساني، ٣ / ٣٨، رسائل ابن عابدين، ١ / ٣٠٤، تحفة الفقهاء، السمرقندي، ٢ / ٤٤٦.

(٤) بداية المجتهد، ابن رشد، ١ / ٣٩٨، الشرح الكبير، الدردير، ٢ / ١٣٥.



- قالوا يتخصص به كتخصص الدابة بالعرف والنقد بالغالب.
 - وأجيب بأنه إن غلب الاسم عليه كالدابة اختص بخلاف غلبة تناوله.
 - قاسوا العام على المطلق لكون العرف العملي يقيد المطلق بالاتفاق.
 - وأجيب بأن ذلك قرينة قيدت المطلق، أما العموم فأخرج بعضه يحتاج إلى دليل.
- أما المذهب الثاني: فمذهب الجمهور من الشافعية^(١) والحنابلة^(٢) وبعض المالكية، الذين قالوا بإجراء العموم على عمومه. هكذا نقله الآمدي وابن الحاجب وغيرهما، وقال في المحصول: اختلفوا في التخصيص بالعادات، والحق أنها إن كانت موجودة في عصره -عليه الصلاة والسلام- وعلم بها وأقرها، كما إذا اعتادوا مع الموز بالموز متفاضلاً بعد ورود النهي وأقره، فإنها تكون مخصصة، ولكن المخصص في الحقيقة هو التقرير، وإن لم تكن بهذه الشروط فإنها لا تخصص؛ لأن أفعال الناس لا تكون حجة على الشرع، نعم إن أجمعوا على التخصيص لدليل آخر فلا كلام.

واستدلوا بأدلة منها:

- الاعتبار بعموم اللسان، ولا اعتبار بعموم ذلك الاسم على ما اعتادوه، لأن الخطاب إنما يقع بلسان العرب على حقيقة لغتها، فلو خصصناه بالعادة للزم تناوله بعض ما وضع له؟ وحق الكلام العموم، ولسنا ندري: هل أراد الله تعالى ذلك أم لا؟ فالحكم للاسم، حتى يأتي دليل يدل على التخصيص وهذا كله بالنسبة إلى خطاب الله وخطاب رسوله، فأما خطاب الناس فيما بينهم في المعاملات وغيرها، فينزل على موضوعاتهم كنفق البلد في الشراء والبيع، وغيره، إذا أرادوه، وإلا عمل بالعام.

(١) المذهب، الشيرازي، ٢، ١٣١، مغني المحتاج، الشريبي، ٤، ٣٣٥.

(٢) العدة شرح العمدة، المقدسي، ٥٩٣/٢.

- لا يجوز التخصيص بالعادة، مثل أن يرد خبر عن النبي ﷺ في بيع أو غيره، وعادة الناس تخالفه، فيجب الأخذ بالخبر، وطرح تلك العادة، لأن الخبر إنما يرد لنقل الناس عن عادتهم، فلا يترك بها^(١).
- لأن الحجة إنما هي في اللفظ الوارد، وهو مستغرق لمعناه بلفظه، ولا ارتباط له بالعوائد، وهو حاكم على العوائد، فلا تكون العوائد حاکمة عليه.
- فإن قيل: إذا منعت من تجويز تخصيص العموم بالعادة وتنزيل لفظ الطعام على ما هو المعتاد المتعارف عند المخاطبين، فما الفرق بينه وبين تخصيص اللفظ ببعض مسمياته في اللغة، بالعادة، وذلك كتخصيص اسم الدابة بذوات الأربع، وإن كان لفظ الدابة عاما في كل ما يدب، وتخصيص اسم الثمن في البيع بالنقد الغالب في البلد، حتى إنه لا يفهم من إطلاق لفظ الدابة والثمن غير ذوات الأربع والنقد الغالب في البلد.
- قلنا: الفرق بين الأمرين أن العادة في محل النزاع إنما هي مطردة في اعتياد أكل ذلك الطعام المخصوص، لا في تخصيص اسم الطعام بذلك الطعام الخاص، فلا يكون ذلك قاضيا على ما اقتضاه عموم لفظ الطعام مع بقاءه على الوضع الأصلي، وهذا بخلاف لفظ الدابة، فإنه صار بعرف الاستعمال ظاهراً في ذوات الأربع وضعا، حتى إنه لا يفهم من إطلاق لفظ الدابة غير ذوات الأربع، فكان قاضيا على الاستعمال الأصلي، حتى إنه لو كانت العادة في الطعام المعتاد أكله قد خصصت بعرف الاستعمال اسم الطعام بذلك الطعام، لكان لفظ الطعام منزلا عليه دون غيره ضرورة

(١) البحر المحیط، الزركشي، ٣/٣٩١.



تنزيل مخاطبة الشارع للعرب، على ما هو المفهوم لهم من لغتهم، وفيه دقة مع وضوحه^(١).

والذي يظهر والله أعلم أن الراجح هو قول الجمهور لأن عموم اللفظ مستغرق، وحصر هذا الاستغراق يحتاج إلى دليل قوي أما العرف فمتغير وغير ثابت، والشرع جاء لتغيير العوائد وتهذيبها، أي هو حاكم عليها وليس محكوماً، فإذا تعذر فهم الحقائق وجب المصير إليه في ما لم يقدره النص، أما فتح هذا الباب فهو طريق لإهمال النصوص والتحكم في دلالاتها بلا موجب، يفتح باب شر على الأمة.

قال الشوكاني: "والعجب ممن يخصص كلام الكتاب والسنة بعادة حادثة بعد انقراض زمن النبوة تواطأ عليها قوم وتعارفوا بها، ولم تكن كذلك في العصر الذي تكلم فيه الشارع، فإن هذا من الخطأ البين والغلط الفاحش"^(٢).



(١) الإحكام في أصول الأحكام، الآمدي، ٤٠٧/٢.

(٢) إرشاد الفحول، الشوكاني، ٦٩٩/٢.

المبحث الثامن: القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف

إن الناظر والمدقق في كلام الفقهاء والأصوليين على اختلاف مذاهبهم يجد أنهم متفقون على اعتبار العرف بصفة عامة دليلاً من الأدلة التي يبنى عليه كثير من الأحكام الفقهية.

ولذا فإنهم بنوا على ذلك مجموعة من القواعد الفقهية ومنها^(١):

- ١- قاعدة الثابت بالعرف كالثابت بالنص.
- ٢- وقاعدة العادة محكمة.
- ٣- وقاعدة العادة كالشرع.
- ٤- وقاعدة الممتنع عادة كالممتنع حقيقة.
- ٥- وقاعدة الحقيقة تترك بدلالة العرف والعادة.
- ٦- والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.
- ٧- وقاعدة استعمال الناس حجة يجب العمل بها.
- ٨- وقاعدة العبرة للغالب الشائع لا للنادر.
- ٩- وقاعدة العرف بين التجار كالمشروط بينهم.
- ١٠- وقاعدة إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت.
- ١١- وقاعدة الثابت بالعرف ثابت بالدليل الشرعي.
- ١٢- وقاعدة لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان.

(١) شرح الزرقاني على الموطأ، ٤ / ٢٠٤.



والمقصود بتغيير الزمان تغيير العادات والأحوال من زمن إلى زمان أو من مكان إلى مكان واستناد التغيير للزمان وللمكان مجاز لأن الزمن لا يتغير، وإنما الناس هم الذين يطرأ عليهم التغيير في أفكارهم وصفاتهم وعاداتهم وسلوكهم، مما يؤدي إلى وجود عرف عام أو خاص ويترتب عليه تبدل الأحكام المبنية على الأعراف والعادات من كل الأحكام الاجتهادية المستنبطة بالقياس أو المصلحة أو الاستحسان أو غيرها من الأدلة الفرعية، أما الأحكام الأساسية التي مصدرها النصوص من الأوامر والنواهي فلا تتبدل ولا تتغير فوجوب الصلاة والزكاة والجهد وأداء الأمانة والصدق والإخلاص والقول والعمل وإباحة البيع والشراء والميراث وأنصائه ونحوها كحرمة الزنا وشرب الخمر وأكل الميتة وشهادة الزور والفرار من المعركة فهذه كلها أحكام مستقرة لا يؤثر فيها تغيير الزمان ولا المكان ولا الأشخاص، أما ما كان منشأ بنائه على العادات أو على صحة أو فساد الأخلاق، فهذا هو الذي يختلف فيه أنظار الأئمة والمجتهدين من زمن إلى زمان ومن مكان إلى مكان ومن شخص إلى شخص، وقد قال مالك: تحدث للناس فتاوى بقدر ما أحدثوا ذلك الأمر^(١).



(١) شرح الزرقاني على الموطأ، ٤ / ٢٠٤.

المبحث التاسع: تطبيقات على العرف والعادة في الفروع الفقهية.

لا شك أن أقرب شيء لفهم الأمر المجرد هو ضرب أمثلة لتقريبه والتعود على تطبيقه، لذا يتوجب ضرب أمثلة تبين تخريج الفروع الفقهية على أصل العرف والعادة، وفيما يلي أمثلة تطبيقية:

الأول: هل الأيمان مبنية على العرف أو النية أو صيغة اللفظ؟

قال الحنفية^(١): الأيمان مبنية على العرف والعادة لا على المقاصد والنيات؛ لأن غرض الحالف: هو المعهود المتعارف عنده، فيتقيد بغرضه. هذا هو الغالب عندهم، وقد تبنى الأيمان عندهم على الألفاظ لا على الأغراض.

وقال مالك في المشهور من مذهبه^(٢): المعتبر في الأيمان التي لا يقضى على حالفها بموجبها وكذلك النذور هو النية - أي نية الحالف في غير الدعاوى ففيها تعتبر نية المستحلف كما بان سابقاً -، فإن عدمت قرينة الحال، فإن عدمت فعرف اللفظ أي ما قصد الناس من عرف أيمانهم، فإن عدم فدلالة اللغة، وقيل: لا يراعى إلا النية أو ظاهر اللفظ اللغوي فقط، وقيل: يراعى النية وبساط الحال أي السبب الحامل على اليمين، أو المقام وقرينة السياق في اصطلاح علم المعاني. ولا ينفع في النذر الاستثناء بالمشيئة.

(١) تبيين الحقائق، الزيلعي، ١١٦/٣، بدائع الصنائع، الكاساني، ٣٨/٣، رسائل ابن عابدين، ٣٠٤/١، تحفة الفقهاء، السمرقندي، ٤٤٦/٢.

(٢) بداية المجتهد، ابن رشد، ٣٩٨/١، الشرح الكبير، الدردير، ١٣٥/٢.



وأما الأيمان التي يقضى بها على صاحبها: ففي مجال الاستفتاء تراعى هذه الضوابط على هذا الترتيب، وإن كان مما يقضى بها عليه لم يراع فيها إلا اللفظ إلا أن يؤيد ما ادعاه من النية قرينة الحال أو العرف.

وقال الشافعية^(١): الأيمان مبنية على الحقيقة اللغوية أي بحسب صيغة اللفظ، لأن الحقيقة أحق بالإرادة والقصد، إلا أن ينوي شيئاً فيعمل بنيته، مثاله: لو حلف إنسان ألا يأكل رؤوساً، فأكل رؤوس حيتان (مفرده: حوت) فمن راعى العرف قال: لا يحنث، ومن راعى دلالة اللغة قال: يحنث. وكذلك يحنث من حلف لا يأكل لحماً، فأكل شحماً مراعاة لدلالة اللفظ، وقال الآخرون: لا يحنث.

والخلاصة: أن الشافعي يتبع مقتضى اللغة تارة، وذلك عند ظهورها وشمولها، وهو الأصل العام، وتارة يتبع العرف إذا اشتهر واطرد.

قال الشاطبي^(٢): من مذهب مالك أن يترك الدليل للعرف، فإنه رد الأيمان إلى العرف، مع أن اللغة تقتضي في ألفاظها غير ما يقتضيه العرف. كمن حلف لا يدخل بيتاً: لا يحنث بدخول المسجد؛ لأنه لا يسمى بيتاً في العرف.

وقال الحنابلة^(٣): يرجع في الأيمان إلى النية أي نية الحالف، فإن نوى بيمينه ما يحتمله اللفظ انصرفت يمينه إليه، سواء أكان ما نواه موافقاً لظاهر اللفظ، أم مخالفاً له لقول النبي ﷺ: "إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى"^(٤) فإن لم ينو شيئاً رجع

(١) المهذب، الشيرازي، ٢، ١٣١، مغني المحتاج، الشريبي، ٤، ٣٣٥.

(٢) الإعتصام، الشاطبي، ١٤١/٢.

(٣) المغني، ابن قدامة، ٧٦٨/٨.

(٤) رواه البخاري، ٧٢/١، ومسلم، رقم (١٩٠٧).

إلى سبب اليمين وما هيجهها أو أثارها لدلالته على النية. فإن حلف لا يأوي مع امرأته في هذه الدار، فإن كان سبب يمينه غيظاً من جهة الدار لضرر لحقه منها أو منة عليه بها، اختصت يمينه بها. وإن كان لغیظ لحقه من المرأة يقضي جفاءها ولا أثر للدار فيه، تعلق ذلك بإيوائه معها في كل دار.

الثاني: ما معيار الاستعمال غير المعتاد وترتب ضرر للغير؟

إذا استعمل الإنسان حقه على نحو غير معتاد في عرف الناس، ثم ترتب عليه ضرر للغير، كان متعسفاً، كرفع صوت المذياع المزعج للجيران والتأذي به، واستئجار دار، ثم ترك الماء في جدرانها وقتاً طويلاً، أو استئجار سيارة ثم يحملها أكثر من حمولتها، أو دابة ثم يضربها ضرباً قاسياً أو يحملها ما لا تطيق.

ففي كل ذلك يعتبر متعسفاً، فيمنع من تعسفه، ويعوض المتضرر عما أصابه من ضرر.

كذلك يمنع من استعمال حقه، إذا استعمل حقه استعمالاً غير معتاد، ولم يترتب عليه ضرر ظاهر؛ لأن الاستعمال على هذا النحو لا يخلو من ضرر، وعدم ظهور الضرر لا يمنع من وجوده في الواقع، وإن كان يمنع من الحكم عليه بالتعويض لعدم وضوح الضرر، فإن كان الاستعمال معتاداً مألوفاً، ووقع الضرر فلا يعد تعسفاً، ولا يترتب على ذلك ضمان، كالطبيب الجراح الذي يجري عملية جراحية معتادة، ويموت المريض، فلا يضمن. ومثله من يوقد فرناً يتأذى الجيران بدخانها، أو يدير آلة يتضرر الجيران بصوتها المعتاد، فلا ضمان؛ لأن كل ذلك معتاد مألوف.

وبناء عليه: من يشعل ناراً في أرضه، فطار منها شرر أحرق شيئاً لجاره، إن كان ذلك في أحوال عادية فلا ضمان عليه. وإن كان ذلك في وقت هبوب الرياح واشتدادها، فعليه الضمان.



وكذلك سقاية الأرض، إن كان سقياً عادياً، فتسرب الماء إلى أرض الجار، فلا ضمان، وإن كان سقياً غير عادي بماء لا تحتمله الأرض عادة، فعليه ضمان الضرر اللاحق بالغير.

والمقياس في ذلك هو العرف الذي يحدد كون التصرف معتاداً أو غير معتاد، وعليه تطبق أحكام التعامل مع الخباز والكواء إذا أحرق ما سلم له، يضمن إذا تصرف تصرفاً غير معتاد بزيادة وقود النار، وحرارة الكهرياء^(١).

الثالث: العرف هو المقياس في إحياء الموات عند الشافعية^(٢).

الإحياء الذي يملك به: يختلف بحسب الغرض المقصود من الأرض، ويرجع فيه إلى العرف، والعرف يمثل المصلحة عادة؛ لأن الشرع أطلقه، ولا حد له في اللغة، فيرجع فيه إلى العرف كالقبض في المبيع والموهوب، والحرز في السرقة: وهو في كل شيء بحسبه، والضابط: التهيئة للمقصود.

فإن أزداد إحياء الموات مسكناً، اشترط فيه تحويط البقعة بأجر أو لبن أو قصب بحسب عادة ذلك المكان. والمعتمد أنه لا يكتفى بالتحويط من غير بناء، بل لا بد من البناء، ويشترط سقف بعض الأرض ليتهيأ للسكنى، وتعليق (نصب) باب؛ لأن العادة في المنازل أن يكون لها أبواب، ولا تصلح الأرض للسكنى بما دون ذلك (أي بالبناء والسقف وتركيب باب).

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، الزحيلي، ٣/ ٣٩٩.

(٢) المهذب، الشيرازي، ٢/ ١٣١، مغني المحتاج، الشربيني، ٤/ ٣٣٥.

وإن أراد إحياء الموات زريبة دواب أو نحوها، كحظيرة لجمع ثمار وغلات وغيرها، فيُكتفى بالتحويط بالبناء بحسب العادة، ولا يشترط سقف شيء؛ لأن العادة فيها عدمه. ولا بد فيه من تركيب باب على الأرجح مع البناء أو التحويط بالبناء.

وإن أراد إحياء الموات مزرعة، فيطلب جمع التراب حولها، وتسوية الأرض، وترتيب ماء لها بشق ساقية من نهر، أو بحفر بئر أو قناة أو نحوها، إن لم يكفها المطر المعتاد. ولا تشترط الزراعة فعلا في الأصح، لأنه استيفاء منفعة الأرض، وهو خارج عن الإحياء، كما لا يعتبر في إحياء الدار سكتها. والخلاصة: أنه بالتحويط وتسوية الأرض وإيجاد الماء.

وإن أراد إحياء الموات بستانا، فيشترط جمع التراب حول الأرض كالمزرعة، والتحويط حيث جرت العادة به عملاً بها، وهيئة ماء كما تقرر في المزرعة. ويشترط أيضا في البستان غرس البعض على المذهب. فهذا الإحياء يكون بالتحويط وتسوية الأرض وإيجاد الماء والغرس.

الرابع: الرجوع إلى العرف في المساقاة عند عدم الاتفاق الصريح.

مثل ساقيتك على هذا النخل بثلاث أو ربع ثمره، أو سلمته إليك لتعهده، أو اعمل في نخلي أو تعهد نخلي بكذا من ثمره. ولو ساقاه عند الشافعية^(١) بلفظ الإجارة لم يصح في الأصح؛ لأن لفظ الإجارة صريح في عقد آخر. وتصح عند الحنابلة بلفظ المساقاة والمعاملة والمفالحة، ولفظ الإجارة، كما تصح المزارعة بلفظ الإجارة، أي بإجارة أرض بجزء شائع معلوم، مما يخرج منها، لأن القصد المعنى، فإذا أتى به بأي لفظ دل عليه، صح العقد، كالبيع. وتصح أيضا بالمعاطاة.

(١) المهذب، الشيرازي، ٢، ١٣١، مغني المحتاج، الشريبي، ٤، ٣٣٥.



ويشترط عند الشافعية^(١) القبول لفظاً من الناطق، للزومها كإجارة وغيرها، وتصح بإشارة الأخرس المفهمة، ككتابته، دون تفصيل الأعمال فيها، فلا يشترط التعرض له في العقد، ويحمل المطلق في كل ناحية على العرف الغالب فيها في العمل، إذ المرجع في مثله إلى العرف^(٢).

وقال الحنابلة^(٣): لا تفتقر المساقاة (ومثلها المزارعة) إلى القبول لفظاً، بل يكفي الشروع في العمل قبولاً كالوكالة.

الخامس: مرجع الاختلاف في قبض المهر المعجل.

إذا اختلف الزوجان في قبض المعجل من المهر، بأن ادعى الزوج أنه وافاها كل المعجل، وقالت الزوجة: لم تقبض شيئاً منه، أو قبضت بعضه. فقال الحنفية: إن كان الخلاف بينهما قبل الدخول، كان القول للزوجة بيمينها، وعلى الزوج أن يثبت ما يدعيه بالبينه. وإن كان الخلاف بينهما بعد الدخول؛ فإن لم يكن هناك عرف بتقديم شيء، فالقول قول الزوجة بيمينها، وإن كان هناك عرف فيحكم العرف في النزاع على أصل القبض، بأن قالت الزوجة: لم تقبض شيئاً، فإن جرى العرف بتقديم النصف أو الثلثين، قضي عليها به، ويكون العرف مكذباً للزوجة في ادعائها عدم قبض شيء من المهر قبل الزفاف. وقد أفتى متأخرو الحنفية بعدم تصديق المرأة بعد الدخول بما بأنها لم تقبض المشروط تعجيله من المهر، مع أنها منكرة للقبض؛ لأن العرف جرى بأن المرأة تقبض المعجل قبل الزفاف. وإن كان النزاع في قبض بعض المعجل، بأن قالت الزوجة: إنها

(١) المراجع نفسها.

(٢) المراجع نفسها.

(٣) المغني، ابن قدامة، ٧٦٨/٨.

قبضت بعض مهرها، وادعى الزوج أنه سلمها كامل المهر، فالقول قول الزوجة يمينها؛ لأن الناس يتساهلون عادة في المطالبة بتسليم كل المهر بعد قبض بعضه، ويتم الزفاف قبل قبضه.

ووافق المالكية^(١) الحنفية في حالة الخلاف في قبض المعجل قبل الدخول أي القول قولها، وأما بعد الدخول: فالقول قوله بعد الدخول يمينه، إلا إذا كان هناك عرف يرجع إليه. ووافق الشافعية والحنابلة^(٢) الحنفية بدون تفرقة بين ما قبل الدخول وبعده، فقالوا: إن اختلف الزوجان في قبض المهر، فادعاه الزوج، وأنكرت المرأة، فالقول قولها؛ لأن الأصل عدم القبض، وبقاء المهر.

وإن كان الصداق تعليم سورة، فادعاه الزوج، وأنكرت المرأة، فإن كانت لا تحفظ السورة، فالقول قولها؛ لأن الأصل عدم التعليم. وإن كانت تحفظها ففيه وجهان: أحدهما: أن القول قولها؛ لأن الأصل أنه لم يعلمها. والثاني: أن القول قوله؛ لأن الظاهر أنه لم يعلمها غيره.

والخلاصة: إن اختلف الزوجان في القبض، فقالت الزوجة: لم أقبض، وقال الزوج: قد قبضت، فقال الجمهور^(٣) (الشافعي وأحمد والثوري وأبو ثور) القول قول المرأة. وقال مالك: القول قولها قبل الدخول، والقول قوله بعد الدخول. وقال بعض أصحابه: إنما قال ذلك مالك؛ لأن العرف بالمدينة كان عندهم ألا يدخل الزوج حتى يدفع الصداق. فإن

(١) بداية المجتهد، ابن رشد، ٣٩٨/١، الشرح الكبير، الدردير، ٢/١٣٥.

(٢) المذهب، الشيرازي، ٢، ١٣١، مغني المحتاج، الشريبي، ٤، ٣٣٥، المغني، ابن قدامة، ٨/٧٦٨.

(٣) المراجع نفسها.



كان بلد ليس فيه هذا العرف، كان القول قولها أبداً، والقول بأن القول قولها أبداً أحسن؛ لأنها مدعى عليها. ولكن مالك راعى قوة الشبهة التي له إذا دخل بها الزوج. وإن اختلف الزوجان فيما يرسله الرجل إلى زوجته، فادعى أنه المهر، وادعت المرأة أنه هدية، فالقول قوله بيمينه، والبينة لها عند الحنفية^(١) والشافعية^(٢).

السادس: المبيع المطلق هل ينعقد مؤجلاً أم معجلاً.

المبيع المطلق ينعقد معجلاً أما إذا جرى العرف في محل على أن يكون البيع المطلق مؤجلاً أو مقسطاً بأجل معلوم ينصرف البيع المطلق إلى ذلك الأجل. مثلاً لو اشترى رجل من السوق شيئاً بدون أن يذكر تعجيل الثمن ولا تأجيله لزم عليه أداء الثمن في الحال. أما إذا كان جرى العرف والعادة في ذلك المحل بإعطاء جميع الثمن أو بعض معين منه بعد أسبوع أو شهر لزم إتباع العادة والعرف في ذلك^(٣).

إذا وجد المشتري في الحنطة أو الشعير وأمثالهما من الحبوب المشتراة تراباً فإن كان ذلك التراب يعد قليلاً في العرف صح البيع وإن كان كثيراً بحيث يعد عيباً عند الناس يكون المشتري مخيراً.

البيض والجوز وما شاكلهما إذا ظهر بعضها فاسداً، فلا يستكثر في العادة والعرف كالأثنين والثلاثة في المائة يكون معفواً وإن كان الفاسد كثيراً كالعشرة في المائة، كان للمشتري رد جميعه للبائع واسترداد ثمنه منه كاملاً^(٤).

(١) تبيين الحقائق، الزيلعي، ١١٦/٣، بدائع الصنائع، الكاساني، ٣٨/٣، رسائل ابن عابدين، ٣٠٤/١، تحفة الفقهاء، السمرقندي، ٤٤٦/٢.

(٢) المهذب، الشيرازي، ٢، ١٣١، مغني المحتاج، الشربيني، ٤، ٣٣٥.

(٣) المادة (٢٥١) من مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء.

(٤) المادتان ٣٥٣ - ٣٥٤ من المصدر نفسه.

يصح استئجار الدار بدون بيان كونه لأي شيء وأما كيفية استعماله فتصرف وترجع إلى العرف والعادة^(١).

لو استكرت دابة من دون بيان مقدار الحمل ولا التعيين بإشارة يحمل مقداره على العرف والعادة^(٢).

إذا كانت العارية من الأشياء النفيسة، كالمجوهرات يلزم في ردها أن تسلم ليد المعير نفسه، وأما ما سوى ذلك من الأشياء فيأصلها إلى المحل الذي يعد التسليم فيه في العرف والعادة تسليمًا وكذا إعطاؤها إلى خادم المعير رد وتسليم. مثلاً الدابة المعارة تسليمها إيصالها إلى إصطبل المعير وتسليمها إلى سائسه^(٣).

السابع: دخول الحمامات وركوب السيارات بدون تحديد مقدار الأجرة.

إن الأصل في عقود الإجارة كون المدة والمنفعة معلومتين، إلا في بعض الصور التي أجازها الفقهاء دون تحديد المدة والمنفعة المعقود عليها مثل دخول الحمامات والركوب على جمل أو فرس أو في وقتنا المعاصر سيارة، فجرت عادة الناس في دخول الحمامات من غير تحديد لمدة المكث فيها، أو دون تحديد لكمية الماء المستخدمة، إلا أن أجرة ذلك محددة عنهم عرفاً^(٤).

قال ابن الهمام: "أم أجرة الحمام فلتعارف الناس لم تعتبر الجهالة فيه بإجماع المسلمين"^(٥)، ولا شك أن فيه تيسير على الناس ودفع للحرص والمشقة عنهم.

(١) المادة ٥٢٧ من المصدر نفسه.

(٢) المادة ٥٢٩ من المصدر نفسه.

(٣) المادة ٨٢٩ من المصدر نفسه.

(٤) تبيين الحقائق، الزيلعي، ١٣٢ / ٥.

(٥) فتح القدير، الشوكاني، ٩ / ٩٧، البحر الرائق، ابن نجيم، ٨ / ٢٤.



الثامن: خوارم المروءة تختلف باختلاف الأعراف.

فكشفت الرأس أمام الناس من خوارم المروءة ومن الهوان، ويعزر به في مصر والعراق، وأما في الأندلس فليس من خوارم المروءة وليس بهوان، وكان الحكم على كل شخص مرجعه إلى ما تعارف عليه قومه في بلده^(١).

قال الشاطبي: "كشفت الرأس يختلف بحسب البقاع في الواقع، فهو لذوي المروءات قبيح في البلاد المشرقية، وغير قبيح في البلاد المغربية، والحكم الشرعي يختلف باختلاف ذلك، فيكون عند أهل المشرق قادحاً في العدالة، وعند أهل المغرب غير قادح"^(٢).

التاسع: تقدير النقص والعيب في المغصوبات يرجع إلى العرف:

اتفق الفقهاء على الغاصب على أن الغاصب يضمن النقص الذي يحدثه بالمغصوب، كفوات جزء منه، أو صفة مرغوبة فيه.

وعليه فلو غصب إنسان ثوباً وصبغه بالسواد. فهل يلزمه دفع ما نقص من الثوب أم أن الصبغ زيادة؟

ذهب أبو حنيفة^(٣) إلى أن الصبغ بالسواد نقص وصاحبه بالخيار، بين أن يأخذ الثوب وأرش ما حصل فيه من نقص، أو المطالبة بقيمته. وذهب صاحبان^(٤) إلى أن الصبغ بالسواد زيادة، فالمالك مخير بين أخذ قيمة ثوبه، وبين أخذ الثوب ودفع الزيادة للغاصب.

(١) الفروق، القرابي، ٤/ ١٨٥، الموافقات، الشاطبي، ٢/ ٤٩٠.

(٢) الموافقات، الشاطبي، ٢/ ٢٨٥.

(٣) تبيين الحقائق، الزيلعي، ٣/ ١١٦، بدائع الصنائع، الكاساني، ٣/ ٤٠، تحفة الفقهاء، السمرقندي، ٢/ ٤٤٧.

(٤) المراجع نفسها.

كيف نرجح بين القولين؟

إن الأمر راجع إلى اختلاف الأعراف. ففي زمن أبي حنيفة كان صبغ الثوب بالسواد نقصاً، بخلاف زمن الصاحبين عده كان زيادة، فأعراف الناس تختلف وتتغير^(١).

العاشر: الحقوق المعنوية المعاصرة فُقومة مالياً حسب العرف المعاصر.

فقد جاء في مجلة مجمع الفقه الإسلامي^(٢) ما نصه:

" إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من ٦-١

جمادى الأول ١٤٠٩ هـ الموافق ١٠-١٥ كانون الأول (ديسمبر) ١٩٨٨ م،

بعد اطلاعه على البحوث المقدمة من الأعضاء والخبراء في موضوع الحقوق المعنوية،

واستماعه للمناقشات التي دارت حوله، قرر ما يلي:

أولاً: الإسم التجاري، والعنوان التجاري، والعلامة التجارية، والتأليف والاختراع أو الابتكار، هي حقوق خاصة لأصحابها، أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتمول الناس لها. وهذه الحقوق يعتد بها شرعاً، فلا يجوز الاعتداء عليها.

ثانياً: يجوز التصرف في الاسم التجاري أو العنوان التجاري أو العلامة التجارية ونقل أي منها بعوض مالي، إذا انتقى الغرر والتدليس والغش، باعتبار أن ذلك أصبح حقاً مالياً.

ثالثاً: حقوق التأليف والاختراع أو الابتكار مصنونة شرعاً، ولأصحابها حق التصرف فيها، ولا يجوز الاعتداء عليها والله أعلم"^(٣).

(١) تبيين الحقائق، الزيلعي، ١١٦/٣، بدائع الصنائع، الكاساني، ٣٨/٣، رسائل ابن عابدين، ٣٠٤/١، تحفة الفقهاء، السمرقندي، ٤٤٦/٢.

(٢) (ع ٥، ج ٣ ص ٢٢٦٧).

(٣) - مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من ٦-١ جمادى الأول ١٤٠٩ هـ الموافق ١٠-١٥ كانون الأول (ديسمبر) ١٩٨٨ م.



الحادي عشر: جواز شراء السلع بشرط الرد إذا انتهت الصلاحية لجريان العرف.
جواز شراء السلع بشرط الرد إذا انتهت الصلاحية، وعليه يجوز الاتفاق على شرط المنتجات الغذائية التي تنتهي صلاحيتها عند المشتري، وذلك بتعويضه عيناً أو قيمة لجريان العرف العام عليه، كالأدوية وغيرها.

الثاني عشر: حكم إرجاع شبكة الخطبة حسب ما يجري به عرف الناس.

إن إرجاع شبكة الخطبة حسب ما يجري به عرف الناس، فإن تم الاتفاق عليها أنها من المهر، وإن لم يتم الاتفاق عليها فبحسب عرف الناس: فإن كان عرفهم أنها من المهر فهي منه ويلزم إرجاعها، وإن كان عرفهم أنها ليست من المهر فلا يلزم إرجاعها، ولا ينبغي للخاطب المطالبة بها، لعدم جواز الرجوع في الهبة، "العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يرجع في قيئه"^(١).

الثالث عشر: الضابط في التقابض في المبيعات يرجع إلى العرف.

لا شك أن الأصل في بيع النقود وشرائها كونها يداً بيد، بل لا بد من التقابض بين العقادين في نفس المجلس، وإن الضابط في التقابض في المبيعات يرجع إلى العرف، وقبض كل شيء بحسبه، وجنسه، ونوعه، ووصفه.

الرابع عشر: الزي واللباس يرجع إلى ما تعارف عليه الناس.

يرى الشيخ ابن عثيمين وغيره من أهل العلم والتحقيق أن الزي واللباس يرجع إلى ما تعارف عليه الناس ما لم يشتمل على مخالفة شرعية، إذ إن السنة فيما فعله رسول الله ﷺ على وجه العادة متابعته في جنسه لا في نوعه، فاتباع عادة الناس في لباسهم هو السنة^(٢).

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

(١) البخاري، ٢٨٧٨ - ٢٤٧٩، كتاب الهبات، ومسلم، ١٦٢٢، باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة.

(٢) الشرح الممتع على زاد المستقنع، ابن عثيمين، ٦٠٩ / ٢.

الخاتمة

نتائج البحث:

- ١- اختلفت عبارات الفقهاء في تعريفهم للعرف، والعادة، والفتوى، ولكنها اتفقت في المعنى والمضمون. فالعرف ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطباعة السليمة بالقبول والعادة هي: الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية، والفتوى هي: الإخبار عن حكم الله تعالى في إلزام أو إباحة.
- ٢- وردت أدلة كثيرة يستفاد منها تأثير العرف في بناء الأحكام الشرعية، وهذا يدل دلالة واضحة على مكانته ومنزلته في الشريعة الإسلامية.
- ٣- يتنوع العرف إلى أنواع وهي على اعتبارات مختلفة، باعتبار الموضوع إلى قسمين: العرف العملي، والعرف القولي، باعتبار عمومه وخصوصه، إلى عام وخاص، باعتبار نص الشارع على اعتبارها أو عدم نصه إلى شرعية وجارية بين الخلق مما ليس فيه نص شرعي.
- ٤- يعتبر العرف والعادة حجة وحكماً عند عدم مخالفته لنص شرعي في مجالات كثيرة، ومنها: أقل سن الحيض والبلوغ، وفي قدر الحيض والنفاس أقله وأكثره وأغلبه، وفي حرز المال المسروق، وفي كثرة الأفعال المنافية للصلاة، وغيرها من المجالات.
- ٥- إذا وافق العرف والعادة الدليل الشرعي فيجب مراعاته وتطبيقه؛ لأن العمل في الحقيقة بالدليل الشرعي لا بالعرف وإنما يستأنس بالعرف فقط، أما إذا خالف العرف الدليل الشرعي فلا يعتبر.
- ٦- اشترط الفقهاء والأصوليون لاعتبار العرف وبناء الأحكام الشرعية عليه عدة شروط وهي: أن لا يخالف نصاً ثابتاً أو أصلاً شرعياً قطعياً، وأن تكون العادة مطردة



أو غالبية بحيث يعمل بها في جميع الحوادث، أو في أغلبها، وأن العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر.

٧- هناك مجموعة من القواعد الفقهية بنيت على العرف، ومنها: قاعدة الثابت بالعرف كالثابت بالنص، العادة محكمة، والعادة كالشرع، والممتنع عادة كالممتنع حقيقة، والحقيقة تترك بدلالة العرف والعادة، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، وغيرها من القواعد الفقهية.



المصادر والمراجع

- ١- القرآن الكريم.
- ٢- آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي (١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م).
القاموس المحيط. ط٧، تحقيق مكتبة التراث، إشراف محمد نعيم العرقسوسي،
مؤسسة الرسالة، بيروت.
- ٣- آل منصور، صالح، أصول الفقه وابن تيمية.
- ٤- الآمدي، سيف الدين أبو الحسن علي بن أبي محمد (١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م).
الإحكام في أصول الأحكام. ط١، تعليق عبدالرزاق عفيفي، دار الصميعي، وابن
حزم، بيروت.
- ٥- ابن الأثير، مجد الدين أبي السعادات المبارك محمد الجزري (١٤٢٢هـ -
٢٠٠١م). النهاية في غريب الحديث والأثر. ط١، تحقيق خليل مأمون شيحا،
دار المعرفة، بيروت.
- ٦- ابن أمير الحاج، محمد بن محمد بن محمد بن حسن (١٩٨٣م)، التقرير والتحجير.
ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ٧- ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني، مجموع
الفتاوى، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف.
- ٨- ابن حبان، الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي (١٤١٨هـ - ١٩٩٧م).
صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان. ط٣، تحقيق شعيب الأرنؤوط، مؤسسة
الرسالة، بيروت.



- ٩- ابن حجر، الإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م). فتح الباري شرح صحيح البخاري. ط١، تعليق الشيخ العلامة عبدالعزيز بن باز، دار السلام، الرياض.
- ١٠- ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م). بداية المجتهد ونهاية المقتصد. تحقيق عبد المجيد طعمة حلي ط١، دار المعرفة، بيروت.
- ١١- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز (١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م). حاشية ابن عابدين. ط٢، تحقيق، عبد المجيد طعمة حلي، دارالمعرفة، بيروت.
- ١٢- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز (١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م). رسالة نشر العرف.
- ١٣- ابن عثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع. مؤسسة الشيخ ابن عثيمين.
- ١٤- ابن فارس، أبي الحسن أحمد بن فارس بن زكريا الرازي (١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م). معجم مقاييس اللغة. ط٢، ضبط ابراهيم شمس الدين، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ١٥- ابن قدامة، أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد (د. ت). المقنع. دار البصائر.
- ١٦- ابن قدامة، أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد (د. ت). المغني والشرح الكبير. دار البصائر.
- ١٧- ابن قيم الجوزية، شمس الدين أبي عبدالله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي (١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م). إعلام الموقعين عن رب العالمين. ط٤، تحقيق، شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرئؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت.



- ١٨- ابن كثير، عماد الدين أبي الفداء اسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي (١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م). تفسير القرآن العظيم. ط ٢، تقديم عبدالقادر الأرناؤوط، دار الفيحاء، دمشق، ودار السلام، الرياض.
- ١٩- ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين بن محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري (١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م). لسان العرب. ط ١، دار صادر، بيروت.
- ٢٠- ابن مفلح، شمس الدين محمد بن مفلح (٢٠٠٣ م). الفروع. ط ١، تحقيق عبدالله بن عبدالمحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت.
- ٢١- ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم بن محمد (١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م). الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان. ط ١، تخريج، زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ٢٢- ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم بن محمد (١٩٩٧ م). البحر الرائق شرح كنز الدقائق. ط ١، ضبط وتخرّيج الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ٢٣- أبو حيان، محمد بن يوسف (د. ت). البحر المحيظ. دار احياء التراث، بيروت.
- ٢٤- أبوسنة أحمد، العرف والعادة في رأي الفقهاء، دار البصائر للطباعة والنشر.
- ٢٥- الأشقر، الأعراف البشرية في ميزان الشريعة الإسلامية.
- ٢٦- أمير بادشاه، محمد أمين (د. ت). تيسير التحرير. ط ١، دارالكتب العلمية، بيروت.
- ٢٧- الأتاسي، محمد طاهر الأتاسي، شرح المجلة، مطبعة حمص، ٢٠٠٧ م.
- ٢٨- الأصفهاني، أبو القاسم الحسين بن محمد (٢٠٠١ م). المفردات في غريب القرآن. تحقيق محمد خليل عيتاني، ط ٣، دارالمعرفة، بيروت.



- ٢٩- البخاري، أبو عبدالله محمد ابن اسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة الجعفي (١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م). صحيح البخاري. ط ١، اعتناء عز الدين ضلي وآخرون، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت.
- ٣٠- البورنو، محمد صدقي بن أحمد بن محمد، الوجيز في القواعد الفقهية، ط مؤسسة الرسالة، ١٤١٦ هـ.
- ٣١- الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة (١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م). الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي. ط ١، حققه عادل مرشد، دار الأعلام، عمان.
- ٣٢- الجرجاني، علي بن محمد (١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م). التعريفات. ط ١، اعتنى به، مصطفى أبو يعقوب، مؤسسة الحسيني، الدار البيضاء.
- ٣٣- الحاكم، أبو عبدالله محمد بن عبدالله (٢٠٠٢ م). المستدرک على الصحيحين. ط ١، تحقيق محمود مطرجي، دار الفكر، بيروت.
- ٣٤- الحرابي، أحمد بن حمدان، صفة الفتوى والمفتي والمستفتي، المكتب الإسلامي، بيروت.
- ٣٥- حيدر علي، درر الحکام شرح مجلة الأحكام، دار عالم الكتب، بيروت.
- ٣٦- خلاف، عبد الوهاب (١٤٣١ هـ - ٢٠١٠ م). علم أصول الفقه. ط ١، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت.
- ٣٧- الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد (د. د). الشرح الكبير، دارالفكر، بيروت.
- ٣٨- دعاس، عزت دعاس، القواعد الفقهية مع الشرح الموجز.



- ٣٩- الرازي، فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي (١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م)،
المحصل في علم الأصول. ط ١، تحقيق شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة ناشرون،
بيروت.
- ٤٠- الرملي، شمس الدين محمد بن أحمد بن حمزة الشهير بالشافعي الصغير (١٤٣٠ هـ -
٢٠٠٩ م). نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. ط ١، دار الكتب العلمية، اعتنى به،
محمد عبد القادر عطا، بيروت.
- ٤١- الزحيلي، وهبه (١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م). الفقه الإسلامي وأدلته. ط ٤، دار
الفكر، دمشق.
- ٤٢- الزرقا، مصطفى أحمد الزرقا (١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م). المدخل الفقهي العام.
ط ٢، دار القلم، دمشق.
- ٤٣- الزركشي، بدرالدين محمد بن بهادر بن عبدالله، المنشور في القواعد، دار الكتب
العلمية، ١٤٢١ هـ.
- ٤٤- الزمخشري، جار الله أبي القاسم محمود بن عمر (١٩٩٦ م). أساس البلاغة. ط ١،
مكتبة لبنان، بيروت.
- ٤٥- الزيلعي، فخرالدين عثمان بن علي (٢٠٠٠ م)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق.
ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ٤٦- زيدان، عبدالكريم زيدان (١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م). الوجيز في أصول الفقه. ط ١،
مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت.
- ٤٧- السبكي، علي عبد الكافي، الإبهاج في شرح المنهاج، دار البحوث للدراسات
الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط ١، ١٤٢٤ هـ / ٢٠٠٤ م
- ٤٨- السمرقندي، علاء الدين (د. ت). تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت.



- ٤٩- السيوطي، جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر (١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م). الأشباه والنظائر. ط٣، تحقيق محمد حسن الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ٥٠- الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي المالكي (١٤١٧هـ - ١٩٩٧م). الموافقات في أصول الشريعة. ط١، تحقيق، مشهور حسن سلمان، دار ابن عفان، الرياض.
- ٥١- الشبير، محمد عثمان، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ط دار النفائس، عمان، ١٤٢٨هـ.
- ٥٢- الشربيني، شمس الدين محمد بن الخطيب (١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م). مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. ط٣، اعتنى به، محمد خليل عيتاني، دار المعرفة، بيروت.
- ٥٣- شرح الزرقاني على الموطأ، محمد عبدالباقي الزرقاني، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ٥٤- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد (١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م). إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول.
- ٥٥- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد (١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م). فتح القدير. ط١، مكتبة الإيمان، المنصورة.
- ٥٦- الشيرازي، أبو اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي (١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م). المهذب في فقه الإمام الشافعي. ط١، تحقيق، عادل أحمد عبد الموجود، والشيخ علي محمد عوض، دار المعرفة، بيروت.
- ٥٧- الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير (١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م). جامع البيان في تأويل القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ٥٨- العزبن عبدالسلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار القلم، ١٤٢١هـ.

- ٥٩- عوض، السيد صالح، أثر العرف في التشريع الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، القاهرة.
- ٦٠- الغزالي، أبو حامد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، دارصادر، بيروت.
- ٦١- الفتوحى، أحمد الفتوحى، شرح الكوكب المنير، ط السنة المحمدية.
- ٦٢- الفيومى، أحمد بن محمد بن علي (١٩٨٧م). المصباح المنير، مكتبة لبنان، بيروت.
- ٦٣- القراني، أحمد بن ادريس، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ط المطبوعات الاسلامية، حلب.
- ٦٤- القراني، أحمد بن ادريس، شرح تنقيح الفصول، دار الفكر.
- ٦٥- القراني، أحمد بن ادريس (١٩٩٤م)، الفروق، تحقيق محمد حجي، دار العرب، بيروت.
- ٦٦- القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي (١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م). الجامع لأحكام القرآن. ط ٥، تحقيق عبد الرزاق المهدي، دار الكتاب العربي، بيروت.
- ٦٧- القونوي، قاسم بن عبد الله، أنيس الفقهاء، دار الوفاء، جدة.
- ٦٨- الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الحنفي (١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ط ٢، تحقيق وتعليق، الشيخ علي محمد عوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ٦٩- مالك، مالك بن أنس الأصبحي (١٣٩٨هـ - ١٩٨٧م)، الموطأ، دار الفكر، دمشق.
- ٧٠- محمد جمال علي، العرف وأثره في الأحكام.



- ٧١- مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري (٢٠٠٩م). صحيح مسلم، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت.
- ٧٢- مجلة الأحكام العدلية، مجموعة من العلماء، المطبعة الأدبية، بيروت - لبنان.
- ٧٣- مجموع رسائل ابن عابدين، محمد أمير أفندي المشهور بابن عابدين الحنفي، المكتبة الأزهرية للتراث.
- ٧٤- المناوي، محمد بن عبدالرؤوف المناوي، التعريفات، دار الفكر، بيروت، ١٤١٠هـ.
- ٧٥- الموسوعة الفقهية الكويتية، مجموعة من العلماء (١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م). ط٢، وزارة الأوقاف الكويتية.
- ٧٦- نهاية السؤل للأسنوي، مع شرح البدخشي، مطبعة صبيح، القاهرة.



ملخص البحث

لقد اختلفت عبارات الفقهاء عند تعريفهم للعرف، والعادة، والفتوى، ولكنها اتفقت في المعنى والمضمون. فالعرف ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطباعة السليمة بالقبول، والعادة هي: الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية، والفتوى هي: الإخبار عن حكم الله تعالى في إلزام أو إباحة، وقد وردت أدلة كثيرة على تأثير العرف في بناء الأحكام الشرعية، وهذا يدل دلالة واضحة على مكانته ومنزلته في الشريعة الإسلامية، وقد تنوع العرف إلى أنواع، وهي باعتبارات مختلفة، باعتبار الموضوع إلى: العرف العملي، والقولي، وباعتبار عمومته وخصوصه، إلى عام وخاص، وباعتبار نص الشارع على اعتبارها أو عدم نصه إلى شرعية وجارية بين الخلق مما ليس فيه نص شرعي، ويعتبر العرف والعادة حجة وحكماً عند عدم مخالفته لنص شرعي في مجالات كثيرة، ومنها: أقل سن الحيض والبلوغ، وفي قدر الحيض والنفاس أقله وأكثره وأغلبه، وغيرها، إذا وافق العرف والعادة الدليل الشرعي فيجب مراعاته وتطبيقه، أما إذا خالف العرف الدليل الشرعي فلا يعتبر، وقد اشترط الفقهاء لاعتبار العرف وبناء الأحكام الشرعية عليه عدة شروط وهي: أن لا يخالف نصاً ثابتاً أو أصلاً شرعياً قطعياً، وأن تكون العادة مطردة أو غالبية بحيث يعمل بها في جميع الحوادث، أو في أغلبها، وأن العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر، وثمة مجموعة من القواعد الفقهية بنيت على العرف، ومنها: قاعدة الثابت بالعرف كالثابت بالنص، والعادة محكمة، والعادة كالشرع، والممتنع عادة كالممتنع حقيقة، وغيرها من القواعد الفقهية.

والله الموفق والهادي إلى سواء السبيل





فهرس المحتويات





الصفحة	المحتويات	م
٣	تأثر الفتوى بالمصلحة العامة في نوازل المالكية -دراسة في ضوابط النظر والتنزيل- د. عبد الكريم بن محمد بناني	١
٦١	تأثير العرف في الفتوى د. عبد الكريم حامدي	٢
١٠٧	أثر المتغيرات الطبيعية على الفتوى د. عبد الله بالقاسم الشمراي	٣
١٧١	تغير الاجتهاد وأثره في تغير الفتوى اجتهاد الإمام الشافعي في القديم والجديد أنموذجاً أ.د. عبد الله بن إبراهيم موسى	٤
٢٢٧	أهمية اعتبار المال في الفتوى مراعاة المصالح أنموذجاً د. عبد الله بن محمد الخليفي	٥
٢٧١	تغير الفتوى بين فقه الحال ومراعاة المال - مفهومه وقواعده - د. عبد الواحد الوزاني	٦
٣١٥	أثر الفتوى على الرقابة الشرعية للمصارف الإسلامية فتاوى المجمعات الفقهية أنموذجاً د. علي نجم	٧



الصفحة	المحتويات	م
٣٧١	أثر العمل بفقہ الموازنات في تغيير الفتوى (الإمامان ابن تيمية وابن القيم أنموذجا) د. قاسم عمر حاج محمد	٨
٤٠٥	العرف وأثره في الفتوى د. كامل صبحي كامل صلاح	٩
٤٧٩	فهرس المحتويات	١٠

