

الفصل الثاني

أثر فقه الواقع في الاجتهاد وبناء الأحكام

أولاً: أثر الواقع في تكوين شخصية المجتهد الفقيهية

ذكر الإمام ابن القيم أن جملة شروط من يتصدر للإفتاء معرفة حال الناس في زمانه ومكانه فقال: «فهذا أصل عظيم يحتاج إليه المفتي والحاكم، فإن لم يكن فقيهاً فيه، فقيهاً في الأمر والنهي، ثم يطبق أحدهما على الآخر؛ وإلا كان ما يفسد أكثر مما يصلح؛ فإنه إذا لم يكن فقيهاً في الأمر، له معرفة بالناس، تصور له الظالم بصورة المظلوم وعكسه، والمحق بصورة المبطل وعكسه، وراج عليه المكر والخداع والاحتيال، وتصور له الزنديق في صورة الصديق، والكاذب في صورة الصادق، ولبس كل مبطل ثوب زور، تحتها الإثم والكذب والفجور، وهو لجهله بالناس وأحوالهم وعوائدهم وعرفياتهم، لا يميز هذا من هذا، بل ينبغي له أن يكون فقيهاً في معرفة مكر الناس وخداعهم، واحتيالهم، وعوائدهم، وعرفياتهم؛ إذ إن الفتوى تتغير بتغير الزمان والمكان والعوائد والأحوال، وذلك كله من دين الله»⁽¹⁾.

(1) ابن القيم. إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج4، ص 472. وممن سبق ابن القيم في ذلك الإمام الجويني حيث قال: «وأهم المطالب في الفقه التدرب في مآخذ الظنون في مجال الأحكام وهذا الذي يسمى فقه النفس، وهو أنفس صفات علماء الشريعة». انظر: الجويني، أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله. غياث الأمم في التياث الظلم، بيروت: دار الكتب العلمية، 2003م، ص181. وهناك كثير من العلماء نص على ذلك ولا مجال لسرد ذلك، وإنما اقتصر على ما قاله ابن القيم لإحاطته تعبيراً بالمعنى المقصود. وانظر: ابن عابدين. نشر العرف، مرجع سابق، ج2، ص117.

إن هذا العلم والفقه بواقع الناس لا يحصل إلا بعد الدراسة والتحقيق في مختلف الجوانب ما خفي منها وما ظهر، ومن تلك الجوانب: طبيعة الأفعال ذاتها وتفاصيل أحداثها، ومعرفة دوافعها وأسبابها المباشرة وغير المباشرة؛ التي تضرب بجذورها في النفس الإنسانية وفي تركيبة المجتمع. إضافة إلى ضرورة إدراك الآثار والنتائج التي تنشأ عن هذه الأفعال، ما كان منها قريباً ظاهراً، وما كان منها بعيداً خفياً⁽²⁾.

إن وسيلة تحصيل هذا العلم بهذه الأبعاد تكون في العلوم الاجتماعية والإنسانية، فالعلوم الاجتماعية والإنسانية هي جزء من علوم الوسائل التي لا يستقيم الاجتهاد ولا يكتمل دون النظر فيها، فالحكم الشرعي له أركان هي: الحاكم، والمحكوم عليه، والمحكوم فيه، فالإنسان هو المحكوم عليه، والفعل الإنساني هو الذي يتم الحكم فيه، وأهلية المحكوم عليه وتفاصيل ما يتعلق بفعله، كل هذه الأمور من الصعب جداً البحث فيها من غير هذه الخبرات التي تزود المجتهد بها العلوم الاجتماعية والإنسانية⁽³⁾.

وبناء عليه، وجدنا الفقهاء المتقدمين قد فهموا هذه القضية جيداً، ولذلك كانوا يضيفون إلى علمهم بالفقه علوماً متعددة؛ لكي يحيطوا علماً بالواقع المراد دراسته. ويكفي أن نعلم أنه بحكم الخبرة والممارسة العملية لأبي حنيفة بالسوق والتجارة، اتخذ فتاواه طابعاً خاصاً، حيث كان يترك العمل بالقياس لصالح العرف والاستحسان، لا سيما فيما يتعلق بموارد البيع والشراء⁽⁴⁾. وقد كان للواقع الذي يعيشه الإمام أبو حنيفة تأثير كبير في طريقة صياغة أصول مذهبه، ومن جملة ذلك، الشروط المتشددة في قبول الأحاديث؛ وذلك لكثرة الوضع في الحديث في ذلك الزمان، وليئة العراق السياسية التي تعاقبت فيها الحضارات والولاءات. مما ألزمهم بالاعتداد بالكليات والعموميات، ولذلك

(2) النجار. خلافة الإنسان، مرجع سابق، ص 120.

(3) العلواني، طه جابر. فقه الواقع، في: القاسمي، مجاهد الإسلام. بحوث فقهية من الهند، بيروت: دار الكتب العلمية، 2003م، ص 35.

(4) يحيى، محمد. الفقه ومقتضيات الزمان، مجلة قضايا إسلامية معاصرة، عدد: 7 (سنة: 1999م) ص 207.

كانت دلالة العام عندهم قطعية، فلا يخصصون العام إلا بقطعي. ومن ثم لا يخصص العام عندهم بخبر الواحد والقياس، خلافاً لجمهور الأصوليين⁽⁵⁾.

وكذا الحال بالنسبة للإمام مالك، فقد كان يرقب واقع المسلمين في المدينة، ويتعمق في فهمه؛ ليتخذ منه أصلاً من أصول التشريع، وهو ما عرف بعمل أهل المدينة⁽⁶⁾، وكان الإمام مالك يعمل بالاستحسان والمصلحة المرسلة تأثراً بما كان عليه الخلفاء الراشدون من طريقة في التعامل مع الأحداث المستجدة، الأمر الذي يعني تأثره بواقع الدولة وأحكامها التي فرضها الواقع بقوة، وهو يتسق مع إقراره بأن الاستحسان عبارة عن تسعة أعشار العلم. حيث إن من مصادر الاستحسان هو الترجيح بالعرف والمصلحة، وكلاهما ينضمان تحت لواء الواقع؛ أي أن صياغة الأحكام تكون تبعاً لمراعاة الواقع، وذلك بجعل الأحكام ذات صبغة واقعية غير مجردة استناداً إلى مقاصد الشرع؛ لذلك صرح أصبغ -من فقهاء المالكية- من أن المغرق في القياس يكاد يفارق السنة، وأن الاستحسان عماد العلم⁽⁷⁾.

ومن جهة أخرى، كان الإمام الشافعي ينطلق في اجتهاده الفقهي من واقع الناس، في معاملاتهم وأعرافهم وعاداتهم؛ لذلك كان له مذهبان المذهب القديم في العراق، والمذهب الجديد في مصر، كما هو معروف، وما ذلك إلا لمراعاة الواقع الذي تغير من العراق إلى مصر.

نخلص مما تقدم إلى أن الواقع وفقهه كان له أثر في تكوين شخصية الفقيه، ومن ثم كان له أثر في اجتهاده، بل حتى في طريقة صياغة أصول المذهب. كما أن البيئة العملية، والنسق المعرفي كان له تأثير على الكيف

(5) انظر: تفصيل ذلك عند صدر الشريعة، ابن مسعود، عبيد الله. حاشية كتاب التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، مرجع سابق، ج 1/ص 76. وتسمى هذه الحاشية (التوضيح شرح التنقيح).

(6) النجار. في فقه الدين، مرجع سابق، ج 1، ص 130.

(7) يحيى. الفقه ومقتضيات الزمان، مجلة قضايا إسلامية معاصرة، مرجع سابق، ص 208. الأقوال المنقولة عن أصبغ من المالكية نقلها الشاطبي. الموافقات في أصول الشريعة، مرجع سابق، ج 4، ص 565.

العلمي والفقهية لدى الفقهاء؛ لذلك عرفت عصور في الفقه الإسلامي شهد فيها الفقه ازدهاراً كبيراً كما في الدور الفقهية الرابع الذي يمتد من أوائل القرن الثاني إلى منتصف القرن الرابع⁽⁸⁾، ثم شهد الفقه فترات ظهر فيها التعصب المذهبي والتقليد، وظهرت الدعوة إلى إغلاق باب الاجتهاد كما في الدور الفقهية السادس الذي يمتد من منتصف القرن السابع إلى ظهور مجلة الأحكام العدلية سنة 1286هـ.، حيث ظهر فقه الاختصارات والشروح دون إبداع في المضمون!⁽⁹⁾ وهذا النسق المعرفي بالجملة كان من أسبابه تأثير البيئة العلمية السائدة والجو العام الذي يدعو إلى التقليد وعدم الاجتهاد.

وقد غالى بعض المعاصرين عند تحليل بعض الاجتهادات الفقهية، وبيّن أن مردّ الاختلاف فيها يرجع إلى اختلاف الواقع، حيث قُصروا مرد الاختلاف في فتاوى الفقهاء على اختلاف الواقع، وقصروا السبب على ذلك، يقول عبد الحميد أبو سليمان: «اختلاف علماء السلف في فتاويهم، ومن ضمنها أحكام الأسرة سببه اختلاف الظروف والإمكانات والتقاليد في الزمن الواحد، كاختلاف المذهب المالكي في المدينة المنورة والجزيرة العربية - التي تشدّد فيها الحساسيات القبلية والاعتداد بالأحساب والأنساب - عن المذهب الحنفي في العراق، مهد الحضارات الغابرة من بابل حتى فارس، والتي تركت آثارها الحضرية على مفاهيم العلاقات الاجتماعية، وتنمية القدرات الفردية، لتنعكس هذه الفروقات، والتقاليد الزمانية، والمكانية على مفهوم المذهبيين في شروط عقود النكاح في أمر الولاية والكفاءة»⁽¹⁰⁾.

نلاحظ أن أبو سليمان قد قصر أسباب الاختلاف في شروط عقد النكاح

(8) الزرقا. المدخل الفقهية العام، مرجع سابق، ج1، ص203. وهناك عدد من العلماء كتب في تطور الفقه الإسلامي مثل محمد علي السائيس في كتابه تاريخ التشريع الإسلامي وغيره الكثير.

(9) الزرقا. المدخل الفقهية العام، مرجع سابق، ج1، ص211. وانظر أيضاً:
- أبو زهرة، محمد. الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، القاهرة: دار الفكر العربي، 1976م، ص39.

(10) أبو سليمان، عبد الحميد. ضرب المرأة وسيلة لحل الخلافات الزوجية رؤية منهجية، مجلة إسلامية المعرفة، عدد: 24 (سنة: 2001م) ص122.

في أمر الولاية والكفاءة، على تأثر كل من المذهبين بالواقع الذي نشأ فيه المذهب، وهذا كلام لا يسعفه التحليل الدقيق؛ إذ إن أسباب اختلاف الفقهاء متعددة؛ منها ما يرجع إلى القواعد الأصولية، ومنها ما يرجع إلى أصول المذهب، ومنها ما يرجع إلى شروط المذهب في قبول الحديث، إلى غير ذلك من أسباب اختلاف الفقهاء المعروفة لدى المتخصصين في الفقه وأصوله. ومما يضاف إلى ذلك أن البيئة التي نشأ فيها الإمام أبو حنيفة هي البيئة نفسها التي نشأ فيها الإمام أحمد بن حنبل -وهي العراق، ومع ذلك فرأي الإمام أحمد يخالف رأي الإمام أبي حنيفة في هذه المسائل، لا سيما اشتراط الولاية في عقد النكاح⁽¹¹⁾.

ثانياً: النصوص التي يؤثر فيها البعدان الزماني والمكاني في التشريع

أقصد بالنصوص التي تتأثر بالبعد الزماني والمكاني؛ أي: النصوص التي تتناول أحكاماً تخضع للاجتهاد ضمن البعدين الزماني والمكاني، وهذه النصوص -عند المتقدمين- نوعان: ⁽¹²⁾ نصوص يؤثر فيها البعد الزماني والمكاني من حيث بقاء الالتزام بها، وهو ما يتعلق بالأفعال الجبلية، والتجارب البشرية. والمقصود بالأفعال الجبلية: ملبسه ﷺ ومأكله ومشربه، وما شابه ذلك، فقد كان يلبس ما تيسر دون تكلف، وكذلك كان يأكله وملبسه، ودليل ذلك ما رواه البخاري في باب: قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ﴾ [الأعراف: 32]، عن النبي ﷺ قال: «كُلُوا وَاشْرَبُوا وَالْبُسُوا وَتَصَدَّقُوا فِي غَيْرِ إِسْرَافٍ وَلَا مَخِيلَةٍ». وَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: «كُلْ مَا شِئْتَ، وَابْسُ مَا شِئْتَ مَا أَخْطَأَتْكَ اثْنَتَانِ سَرَفٌ أَوْ مَخِيلَةٌ»⁽¹³⁾. أما التجارب البشرية فيؤثر فيها البعد الزماني والمكاني من حيث الالتزام الشرعي. وبيان

(11) انظر: رأي الحنابلة عند: البهوتي. شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج 2، ص 635.

(12) انظر: في ذلك ما خلص إليه بوهراوة، سعيد بن محمد. البعد الزماني والمكاني وأثرهما في التعامل مع النص الشرعي، عمان: دار النفائس، 1999م، 66-67.

(13) البخاري. الصحيح، مرجع سابق، كتاب: اللباس، باب: قول الله تعالى: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ﴾ أول الباب، ص 1132.

ذلك ما رواه مسلم في صحيحه من حديث عائشة وأنس رضي الله عنهما ما: «أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَرَّ بِقَوْمٍ يُلَقَّحُونَ، فَقَالَ: لَوْ لَمْ تَفْعَلُوا لَصَلَحَ قَالَ: فَخَرَجَ شَيْصًا! فَمَرَّ بِهِمْ، فَقَالَ: مَا لِنَحْلِكُمْ؟ قَالُوا: قُلْتَ كَذَا وَكَذَا. قَالَ: أَنْتُمْ أَغْلَمُ بِأَمْرِ دُنْيَاكُمْ»⁽¹⁴⁾.

والنوع الثاني: نصوص يؤثر فيها البعد الزمني والمكاني من حيث التنزيل وهي: النصوص التي تناولت جانب الإفتاء والإمامة والقضاء - وستتناول هذا المبحث تفصيلاً لاحقاً - والنصوص التي قصد فيها النبي صلى الله عليه وسلم تحقيق مصلحة، مستعملاً الوسيلة والعرف والعادة المتاحة لديه، والمرتبطة بالزمان والمكان والحال. فهذه كذلك يؤثر فيها البعد الزمني والمكاني من حيث مراعاة المصلحة، مع استعمال الوسيلة المناسبة للزمان، والمكان، والحال. ومثالهم في هذا حديث: «المكيال مكيال أهل المدينة، و الوزن وزن أهل مكة»⁽¹⁵⁾. فتعيين الميزان هو من باب الوسائل القابلة للتغير بتغير الزمان، والمكان، والحال. أما الهدف - وهو التأكيد على الدقة في المقياس - فهو لا يتغير بتغير الزمان، والمكان، والحال. وكذلك حديث ضوال الإبل، فقد سئل النبي صلى الله عليه وسلم عن ضوال الإبل فقال: «مالك ولها؟ معها سقاؤها، وحذاؤها، ترد الماء، وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها»⁽¹⁶⁾. فالحديث ينهى في ظاهره عن التقاط

(14) مسلم. الصحيح، مرجع سابق، كتاب: الفضائل، باب: وجوب امتثال ما قاله شرعاً دون ما ذكره صلى الله عليه وسلم من معاش الدنيا...، حديث رقم: 2363، ص 923. والمقصود بالتلقيح: تلقيح النخل، وهو ما يسمى في أيامنا هذه بالتركيب. ومعنى شيصاً: هو التمر الرديء.

(15) النسائي. سنن النسائي، مرجع سابق، كتاب: الزكاة، باب: كم الصاع، حديث رقم: 2520، ص 272. وقال عنه الألباني: صحيح، في: الألباني، صحيح سنن الترمذي، مرجع سابق، حديث رقم: 2359، ج 2، ص 530. وسيأتي التأصيل الفقهي للمسألة عند الحديث عن العرف الحادث ومدى اعتباره.

(16) البخاري. الصحيح، مرجع سابق، كتاب اللقطة، باب: إذا لم يوجد صاحب اللقطة بعد سنة فهي لمن وجدها، حديث رقم: 2429، ص 456. وانظر أيضاً:
- مسلم. الصحيح، مرجع سابق، كتاب اللقطة، حديث رقم: 1722، ص 684. معها سقاؤها: أي أنها تقوى على ورود المياه، حذاؤها: تقوى على السير وقطع الطرق، انظر أيضاً:

ضوال الإبل، ولكن عثمان بن عفان - رضي الله عنه - فهم أن هذا النص يقصد منه المحافظة على الإبل بالوسيلة المتاحة زماناً، ومكاناً، ومحلاً. وقد وجد أن هذه الوسيلة قد لا تصلح لحفظ الإبل حتى يعرفها صاحبها لذا أمر بالتقاطها؛ لأن في التقاطها تحقيقاً للمصلحة الشرعية التي أرادها النبي صلى الله عليه وسلم.

وقد سجل الإمام مالك في موطنه سبب التقاطها، حيث أورد سماعه للزهري يقول: «كَانَتْ ضَوَالُ الْإِبِلِ فِي زَمَانِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ إِبِلًا مُؤَبَّلَةً (وهي التي تتخذ لغير التجارة) تَتَنَاجُ (أي؛ تتوالد وتتكاثر) لَا يَمَسُّهَا أَحَدٌ حَتَّى إِذَا كَانَ زَمَانُ عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ أَمَرَ بِتَعْرِيفِهَا ثُمَّ تُبَاعُ، فَإِذَا جَاءَ صَاحِبُهَا أُعْطِيَ ثَمَنَهَا»⁽¹⁷⁾. والنصوص التي يؤثر فيها البعد الزمني والمكاني - من حيث المراوحة في التنزيل، ويمثل غالب هذا الأمر - النصان الشرعيان المتعارضان إذا وجدت إمكانية تطبيق كل واحد منها في: الزمان، والمكان، والمحل الذي يصلح له. ومثالهم في هذا حديث الأراضى المفتوحة، وقد أثرت هذه المسألة في زمن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - حين فتح أراضي العراق ومصر والشام، وتوقف في تقسيمها على الفاتحين، فقد قال المتقدمون بأن تقسيم الأراضى المفتوحة ورد فيه نصان مختلفان: نص موجب للقسمة على المقاتلين كما في خيبر، ونص لم يقسم فيه النبي الأرض على المقاتلين كما في مكة المكرمة، فقد ذكر ابن تيمية بأن الفعلين يدلان على الجواز، وعلى إمكانية إعمالهما وفق ظروف كل واحد منهما من خلال البعد الزمني والمكاني⁽¹⁸⁾. والنصوص التي ارتبطت بشروط لتنزيلها، بحيث إذا لم تتوفر شروط لا يطبق الحكم كما تقدم معنا في أثناء الحديث عن الأدلة المعتمدة في

= شرح النووي على الحديث في: النووي. المنهاج بشرح صحيح مسلم، مرجع سابق، نفس الكتاب والباب، ص 1327.

(17) مالك. الموطأ، مرجع سابق، كتاب: اللقطة، باب: القضاء في الضوال، حديث رقم: 3245، ص 456.

(18) انظر: تفصيل المسألة عند ابن تيمية، أبو العباس أحمد عبد الحليم الحراني. كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي، د.م، مكتبة ابن تيمية، دت، ج 28، ص 582.

فقه الواقع في اجتهاد الصحابة، والنصوص المعللة⁽¹⁹⁾. فكل ما ثبت كونه شرعاً معللاً، فإنّ تغير الحكم فيه إنما يكون بالنظر لانتفاء العلة ووجودها، وذلك يعرف من خلال تحقيق المناط⁽²⁰⁾. ومن أمثلة ذلك حديث النهي عن ادخار لحوم الأضاحي الذي ذكر سابقاً⁽²¹⁾.

إن معرفة الثابت من المتغير من الأحكام يمهد للفقهاء أن يضع كل حكم في نصابه، مما يجعل عجلة الفقه تدور مع الزمن؛ لتحقيق صالح الإنسان في كل زمان ومكان. إن ما سبق بيانه يمثل الإطار الكلي لتغير الأحكام في الواقع، والآن ندخل إلى التفاصيل من خلال الآتي.

ثالثاً: الأحكام المعللة بالمصالح والأعراف والذرائع وفقه تطبيقها

1. الأحكام المعللة من حيث التنقيح والتحقيق

إن تعليل الأحكام وربط الحكم بعلمته وجوداً وعدمياً أعطى الفقهاء منهجية منضبطة في تطبيق الأحكام الشرعية في الأزمنة والأماكن والأحوال المتغيرة. وعلى الفقيه يقع عبئ استكناه العلة من النص بطرقه ومسالكه المعروفة، والتحقق من وجود العلة في الفرع المقيس الذي يراد تطبيق الحكم عليه؛ تحقيقاً لمقصود الشارع من جلب المصلحة، ودفع المفسدة. وهي المنهجية التي قام عليها فقه الصحابة كما في موقفهم من المؤلفة قلوبهم، وخروج النساء إلى المسجد، وقيام رمضان، وضالة الإبل، وتقدير الدية⁽²²⁾.

ولقد سار على هذا النهج الفقهاء الأعلام، وانتهجوا هذا الطريق في اجتهاداتهم الفقهية. ومن أقوالهم في هذا المجال: ما قاله ابن القيم في كتابه

(19) انظر ص 65 وما بعدها من الكتاب.

(20) أبو مؤنس، رائد. الثوابت والمتغيرات في التشريع الإسلامي، (رسالة دكتوراه، الجامعة الأردنية، 2004م)، ص 337.

(21) انظر: ص 53-54.

(22) شلبي. تعليل الأحكام، مرجع سابق، ص 37، وقد مرّ معنا سابقاً تحليل لبعض هذه الأمثلة عند الحديث عن أدلة اعتبار فقه الواقع في اجتهاد الصحابة.

إعلام الموقعين عن رب الالمين حيث أفرد فصلاً أسماه: «فصل في تغيير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد بناء الشريعة على مصالح العباد في المعاش والمعاد» هذا فصل عظيم النفع جداً، وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة، وأوجب 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؛ إذ إن كل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث لا تعد من الشريعة، وإن أدخلت فيها بالتأويل؛ فالشريعة عدل الله بين عباده، ورحمته بين خلقه، وظله في أرضه، وحكمته الدالة عليه⁽²³⁾. كما قال العز بن عبد السلام: «كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل»⁽²⁴⁾. وقال الشاطبي: «تخلف آحاد الجزئيات عن مقتضى الكلبي إن كان لغير عارض؛ فلا يصح شرعاً، وإن كان لعارض فذلك راجع إلى المحافظة على ذلك الكلبي من جهة أخرى، أو على كلي آخر، فالأول يكون قادحاً تخلفه في الكلبي، والثاني لا يكون تخلفه قادحاً»⁽²⁵⁾. يقصد الشاطبي بالجزئي النصوص الشرعية، والكلبي القواعد العامة التي اكتسبت درجة القطعية في قبولها، ورعايتها من قبل الشارع. ومن ضمن الكلبي مقاصد الشريعة، ويقصد بالعارض الظروف التي تحتف بالواقعة مما يجعل تطبيق النص الجزئي على الواقعة يفضي إلى غير مقصوده. وبناء عليه يطبق على المسألة ما يفرضه الاقتضاء التبعي للأحكام، الذي فصله الشاطبي عند الحديث عن تحقيق المناط الخاص.

ويلزم الفقيه عند التطبيق أن يفقه النص في ظل مقصده، فلا تعارض بين النص الجزئي والمقصد الكلبي، فإن بدا هناك تعارض فيمكن ذلك في

(23) ابن القيم. إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج3، ص3.

(24) العز، أبو محمد عز الدين بن عبد السلام. قواعد الأحكام في مصالح الأنام، بيروت: دار الكتب العلمية، دت، ج2، ص121.

(25) الشاطبي. الموافقات في أصول الشريعة، مرجع سابق، ج2، ص374.

الطوارئ العارضة التي يفرزها واقع معين، ومن ثم يتخلف الحكم في تلك الحالة الجزئية التي لم يتناولها النص ابتداءً»⁽²⁶⁾. ونسوق أمثلة على أحكام معللة نبين كيف تم استخراج الوصف المناسب المؤثر وهو ما يشكل مقصود الشارع من جلب المصلحة ودفع المفسدة ومن ثم نرى كيفية تطبيق هذا الحكم المعلل في الواقع المتغير.

- الدية وتغير مفهوم العاقلة بين عصر الرسول وصحابته الكرام

كانت الدية في عصر الرسول في القتل الخطأ وشبه العمد على العاقلة في زمن النبي عليه الصلاة والسلام⁽²⁷⁾، ثم صارت على أهل الديوان في زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، ثم جعلها في زمننا على المؤسسات التي ينتسب لها المتسبب مثل النقابات، فقد بحث الفقهاء في علة إناطة النبي الدية بالعاقلة، ومن ثم جعلها في الديوان زمن عمر بن الخطاب، وممن فصل في ذلك ابن تيمية حيث بين أن العلة هي النصر، ذلك أن العاقلة كانت محور النصر والمعونة. فقال ابن تيمية: «النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدية على العاقلة، وهم الذين ينصرون الرجل ويعينونه، وكانت العاقلة على عهده هم عصبته، فلما كان في زمن عمر جعلها على أهل الديوان، ولهذا اختلف فيها الفقهاء، فيقال: أصل ذلك أن العاقلة هم محدّدون بالشرع، أو هم من ينصره ويعينه من غير تعيين. فمن قال بالأول لم يعدل عن الأقارب؛ فإنهم العاقلة على عهده. ومن قال بالثاني جعل العاقلة في كل زمان ومكان من ينصر الرجل ويعينه في ذلك

(26) انظر: تفصيل الحديث عن هذه المنهجية الدقيقة والموازنة بين النص الجزئي والمقاصد الشرعية من خلال الأمثلة التي طرحها الشاطبي. الموافقات في أصول الشريعة، مرجع سابق، ج3، ص13. قال عبد الله دراز في تعليقه على كلام الشاطبي: «أي فلا بد من النظر المطلق في مقاصد الشرع بواسطة الكليات، ولا بد من تتبع النصوص أيضاً مع ذلك وهي الجزئيات. وبالأمرين معاً تصدر من الناظر صور صحيحة الاعتبار عند الشارع، وما أصعب هذا العمل! وبه يعرف المدعون للاجتهاد من هؤلاء أشباه العوام قيمة دعواهم».

(27) مسلم. الصحيح، مرجع سابق، كتاب: القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب: دية الجنين ووجوب الدية في قتل الخطأ وشبه العمد على عاقلة الجاني، حديث رقم: 1681، ص665. والعاقلة هم عصابة الرجل.

الزمان والمكان، فلما كان في عهد النبي ﷺ إنما ينصره ويعينه أقاربه؛ كانوا هم العاقلة؛ إذ لم يكن على عهد النبي ﷺ ديوان ولا عطاء. فلما وضع عمر ﷺ الديوان كان معلوماً أن جند كل مدينة ينصر بعضه بعضاً، ويعين بعضه بعضاً، وإن لم يكونوا أقارب؛ فكانوا هم العاقلة، وهذا أصح القولين، وأنها تختلف باختلاف الأحوال، وإلا فرجل قد سكن بالمغرب، وهناك من ينصره ويعينه. كيف تكون عاقلته من بالمشرق في مملكة أخرى؟! ولعل أخباره قد انقطعت عنهم»⁽²⁸⁾.

إن اجتهاد ابن تيمية انصب على فقه واقع النص باستخراج الوصف المناسب للحكم، وهو النصرة التي تحققت زمن النبي في العاقلة - وهم عصابة الرجل، ثم تحققت هذه العلة في زمن عمر بن الخطاب ﷺ في الديوان الذي استحدثه. فاجتهاد عمر ﷺ كان في فقه واقع تطبيق النص، وتحقيق مناطه فكان محل المناط في الديوان، ولم تعد العاقلة محلاً للمناط. وقد أفتى القرضاوي بأن العاقلة اليوم يمكن أن تنتقل إلى (النقابات) المهنية، فإذا قتل الطبيب خطأ، فديته على نقابة الأطباء، والمهندس على نقابة المهندسين. وهكذا⁽²⁹⁾. ويشهد لما ذهب إليه القرضاوي قاعدة الغرم بالغنم، التي تتحقق في النقابات، من حيث الاشتراكات التي تُؤخذ من الأعضاء، والله أعلم.

- تلقيح الفحل لإناث الحيوان: روى البخاري في صحيحه عن ابن عمر

(28) ابن تيمية. كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه، مرجع سابق، ج 19، ص 256. وبالنسبة لتأجيل الدية قال ابن تيمية: «وكذلك تأجيلها ثلاث سنين، فإن النبي لم يؤجلها، بل قضى بها حالة. وعمر أجلها ثلاث سنين، فكثير من الفقهاء يقولون: لا تكون إلا مؤجله كما قضى به عمر. ويجعل ذلك بعضهم إجماعاً! وبعضهم قال: لا تكون إلا حالة. والصحيح أن تعجيلها وتأجيلها بحسب الحال والمصلحة». وهنا يرى ابن تيمية أن فعل النبي ﷺ في التعجيل كان حسب المصلحة أي بوصفه إماماً وليس بوصفه شرعاً بدليل فعل عمر بن الخطاب ﷺ.

(29) القرضاوي، يوسف. كيف نتعامل مع السنة النبوية، القاهرة: دار الشروق، 2002م، ص 155. وقد جعل الدكتور هذا المثال ضمن ما بني على أعراف متغيرة، ويصدق فيه أيضاً مبدأ تحقيق المناط، فالعلة غير متحققة في العاقلة في زمن عمر ﷺ، وإنما تحققت في الديوان.

رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَالَ: «نَهَى النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ عَسْبِ الْفَحْلِ»⁽³⁰⁾. وعند الإمام مسلم عن جُرَيْجٍ عن جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ يَقُولَا: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ ضِرَابِ الْجَمَلِ، وَعَنْ بَيْعِ الْمَاءِ، وَالْأَرْضِ لِتُحْرَثَ، فَعَنْ ذَلِكَ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ»⁽³¹⁾. ومعنى الحديث: النهي عن أخذ الأجرة على تلقيح الذكر لإناث الحيوان، وقد بحث الفقهاء هذه المسألة وكان لهم رأيان: الرأي الأول: الاستئجار على التلقيح باطل وحرام، ولا يستحق فيه عوض، ولو أنزاه المستأجر لا يلزمه المسمى من أجرة، ولا أجرة مثل، ولا شيء من الأموال. وإلى هذا الرأي ذهب الجمهور من الحنفية، والشافعية، والحنابلة⁽³²⁾. أما الرأي الثاني فقال: بجواز استئجاره لضراب مدة معلومة، أو لضربات معلومة. وإلى هذا ذهب المالكية، وابن عقيل من الحنابلة، وابن مفلح، ورواية للشافعية⁽³³⁾.

(30) البخاري. الصحيح، مرجع سابق، كتاب الإجارة، باب: عسب الفحل، حديث رقم:

2284، ص 426. معنى العسب: أجرة الجماع.

(31) مسلم. الصحيح، مرجع سابق، كتاب: المساقاة، باب: تحريم بيع فضل الماء الذي يكون بالفلاة ويحتاج إليه...، حديث رقم: 1656، ص 609.

(32) وانظر: مذاهب الفقهاء في:

- الكاساني، علاء الدين. بدائع الصنائع، بيروت: دار الكتاب العربي، 1982م، ج 4، ص 175.

- الشرييني، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب. مغني المحتاج، بيروت: دار الفكر، دت، ج 2، ص 30.

- ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد المقدسي. المغني، بيروت: دار الفكر، 1405هـ، ج 4، ص 148.

(33) لمزيد من التفصيل راجع الكتب الآتية:

- القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس. الذخيرة، تحقيق: محمد حجي، بيروت: دار الغرب، 1994م، ج 5، ص 413.

- ابن مفلح، أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله. المبدع شرح المقنع، بيروت: المكتب الإسلامي، 1400هـ، ج 4، ص 29.

- ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد المقدسي. الكافي في فقه ابن حنبل، بيروت: المكتب الإسلامي، 2003م، ج 2، ص 302.

- الشرييني. مغني المحتاج، مرجع سابق، ج 2، ص 30.

ووجه المنع في ما ذهب إليه الفريق الأول هو الحديث السابق. وقد عللوا المنع بعلة عدة وهي أن ذلك يتعلق باختيار الفحل وغير مقدور التسليم وللغرر⁽³⁴⁾، وأن الماء لا قيمة له⁽³⁵⁾. وقد بين القرافي وجهة نظر المالكية في صحة إجارة الفحل للضراب، وقد علل سبب منع النبي له لعلة الغرر، وعليه إذا زالت علة المنع يعود الحكم إلى الإباحة؛ لما له من منفعة واضحة. قال القرافي: «تجوز إجارة الفحل للإنزاء أكوماً معروفة، أو شهراً بكذا؛ إذ إنها منفعة مقصودة مضبوطة. وتمتنع على نزوة؛ حتى يكل الإنزاء للغرر، ومنعه الأئمة مطلقاً؛ لنهييه عن عسب الفحل، أو لأنه يُعجز عن تسليمه؛ لأنه باختيار الفحل، أو لأنه تافه لا يقابل بالأعواض، أو لأن فيه استيفاء عين، وكلها مبطلات. والجواب عن الأول أن النهي محمول على ما فيه غرر»⁽³⁶⁾. نلاحظ أن اجتهاد المالكية كان في استخراج الوصف المناسب للحكم، وقد عللوا النهي بالغرر، فإذا زال الغرر فيجوز استئجار الفحل؛ لما له من منفعة، أما الأوصاف الأخرى التي علل بها المانعون فلم يروها أوصافاً مؤثرة في النهي.

وقد سلك د. محمد الخير مسلكاً آخر في فهم واقع النص؛ إذ جعل العلة علة ظرفية تتعلق بالبيئة أيام النبي ﷺ. حيث قال: الفحول في السابق لم تكن تحبس في البيوت والمنازل، وإنما كانت سائبة، تأكل رزقها مما يرزقها الله الرازق، ولكن عندما أصبحت تربي محبوسة؛ إما كسباً، أو تجارةً، أو حفاظاً عليها، أصبح حصول الفحول السائبة من الصعوبة بمكان، ومن ثم أصبح تلقيح الأنثى من العسير، وهو حاجة مقصودة ملحة، ومن ثم ينبغي أن يفتى بجواز استئجار الفحل دون قيد، أو شرط. ولعل هذا ما جعل النبي أباح أخذ الهدية عليه دون اتفاق مسبق. روى الترمذي بسنده عن أنس بن مالك: «أَنَّ رَجُلًا مِنْ كِلَابٍ، سَأَلَ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ عَسْبِ الْفَحْلِ؟ فَتَهَاهُ.

(34) ابن قدامة. المغني، مرجع سابق، ج4، ص148.

(35) الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي. المهذب، بيروت: دار الفكر، دت، ج1، ص394.

(36) القرافي. الذخيرة، مرجع سابق، ج5، ص413. والمقصود بالإنزاء: الجماع.

فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّا نُنْظِرُكَ الْفَحْلَ فَنُكْرِمُ، فَرَخَّصَ لَهُ فِي الْكِرَامَةِ»⁽³⁷⁾.

إن الذي ذهب إليه د. محمد الخير دعوى تحتاج إلى بينة. والقول بأنها كانت سائبة متناقض؛ لأن النبي ﷺ منع أخذ الأجرة لصاحبها فكيف تكون سائبة، ولها من ينتفع بثمرها ويوجهها. والذي أميل إليه أن ما صدر من النهي كان على وجه الكراهة لا الحرمة بدليل إباحة أخذ الهدية لصاحبها، وهذه قرينة تصرف النهي من الحرمة للكراهة، ولعل ذلك ما جعل الإمام الترمذي يجعل عنوان الباب كراهية عسب الفحل.

وإذا أجرينا السبر والتقسيم فيما يصلح أن يكون علة للنهي فما علل به من أن الماء لا قيمة له ليس دقيقاً؛ لأن فيه منفعة وهذه المنفعة لها قيمة معتبرة. أما العلة التي علل بها المالكية الحكم وهي الغرر فهي علة معتبرة ومقصودة لئلا يحدث النزاع بين صاحب الفحل والمستأجر، فإذا تم الاتفاق بما يمنع النزاع فلا بأس في الاستئجار لحصول المنفعة والله أعلم. وهذا في جملته من فقه تطبيق الحكم المعلل.

- إخراج زكاة الفطر نقداً

من الثابت أن رسول ﷺ كان يخرج زكاة الفطر، ويأمر بإخراجها بعد صلاة الفجر، وقبل صلاة العيد من يوم الفطر. وكان الوقت كافياً لإخراجها وإيصالها إلى مستحقيها؛ لصغر حجم المجتمع، ومعرفة أهله بعضهم لبعض، ومعرفة أهل الحاجة منهم وتقارب منازلهم، فلم يكن في ذلك مشكلة. فلما كان عصر الصحابة اتسع المجتمع، وتباعدت مساكنه، وكثر أفرادها، ودخلت

(37) الترمذي. جامع الترمذي، مرجع سابق، كتاب: البيوع عن رسول الله، باب: ما جاء في كراهية عسب الفحل، حديث رقم: 1274، ص310. وقال عنه الإمام الترمذي: حديث حسن غريب. وقال عنه الألباني: صحيح، في: الألباني. صحيح سنن الترمذي، مرجع سابق، حديث رقم: 1024-1297، ج2، ص22. والكرامة: المقصود بها الهدية. وانظر أيضاً:

- الخير آبادي، محمد أبو الليث. منهجية التعامل مع البعدين الزماني والمكاني في السنة عند المحدثين. مجلة إسلامية المعرفة، عدد: 37-38 (2004م) ص95.

فيه عناصر جديدة، فلم تعد فترة ما بين صلاة الصبح وصلاة العيد كافية، فكان من فقه الصحابة أن كانوا يعطونها قبل العيد بيوم أو يومين. روى البخاري في عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: «فَرَضَ النَّبِيُّ ﷺ صَدَقَةَ الْفِطْرِ، أَوْ قَالَ رَمَضَانَ عَلَى الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى وَالْحُرِّ وَالْمَمْلُوكِ، صَاعًا مِنْ تَمْرٍ، أَوْ صَاعًا مِنْ شَعِيرٍ، فَعَدَلَ النَّاسُ بِهِ نِصْفَ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ. فَكَانَ ابْنُ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا يُعْطِي التَّمْرَ، فَأَعْوَزَ أَهْلُ الْمَدِينَةِ مِنَ التَّمْرِ فَأَعْطَى شَعِيرًا. فَكَانَ ابْنُ عُمَرَ يُعْطِي عَنِ الصَّغِيرِ وَالْكَبِيرِ، حَتَّى إِنْ كَانَ لِيُعْطِيَ عَن بَنِي وَكَانَ ابْنُ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا يُعْطِيهَا الَّذِينَ يَقْبَلُونَهَا، وَكَانُوا يُعْطُونَ قَبْلَ الْفِطْرِ يَوْمٍ أَوْ يَوْمَيْنِ»⁽³⁸⁾. وفي عصر الأئمة المتبوعين من الفقهاء المجتهدين ازداد المجتمع توسعاً وتعقداً فأجازوا إخراجها من منتصف رمضان، كما في المذهب الحنبلي في قول، بل من أول رمضان كما في المذهب الحنفي والشافعي⁽³⁹⁾. ولم يقفوا عند الأئمة المنصوص عليها في السنة، بل قاسوا عليها كل ما هو غالب قوت البلد. قال ابن القيم في ذلك: «إن صدقة الفطر لا تتعين في أنواع، وذكر أن الأصناف المذكورة في الحديث كانت غالب أقوات المدينة». ثم قال: «فأما أهل بلدٍ أو محلة قوتهم غير ذلك، فإنما عليه صاعٌ قوتهم كائناً ما كان»⁽⁴⁰⁾.

وقد ذهب الحنفية إلى جواز إخراج القيمة⁽⁴¹⁾، لا سيما إذا كان أنفع للفقير، إذ المقصود إغناء المساكين عن السؤال في هذا اليوم الكريم، والإغناء كما يتحقق بالطعام يتحقق بدفع قيمته، وربما كانت القيمة أوفى

(38) البخاري. الصحيح، مرجع سابق، كتاب الزكاة، باب صدقة الفطر على الحر والمملوك، حديث رقم: 1511، ص 294.

(39) ابن قدامة. المغني، مرجع سابق، ج 2، ص 359. وانظر أيضاً:
- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر. رد المحتار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار (حاشية ابن عابدين)، بيروت: دار الفكر، 1421هـ، ج 2، ص 359.
- النووي، أبو زكريا، يحيى بن شرف الدين. المجموع، بيروت: دار الفكر، 1997م، ج 6، ص 103.

(40) ابن القيم. إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج 2، ص 10.

(41) انظر: ابن الهمام. شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج 2، ص 279.

بمهمة الإغناء من الطعام، لاسيما في عصرنا، وفي هذا رعاية لمقصود النص النبوي، وتطبيق لروحه. والحنفية في اجتهادهم أعملوا فقه الواقع في تنقيح مناط الحكم بمعنى آخر هل الإغناء يحصل بخصوص الوارد عن النبي ﷺ أو مطلقاً بحذف خصوص وصف الطعام؟ وقد انتهى اجتهادهم في تنقيح المناط إلى حذف خصوص الوصف وهو الطعام، وإناطة الحكم بالوصف الأعم وهو الإغناء.

يقول القرضاوي: «الرسول ﷺ راعى ظروف البيئة والزمن، فأوجب زكاة الفطر مما في أيدي الناس من الأطعمة، وكان ذلك أيسر للمعطي، وأنفع للآخذ. فقد كانت النقود عزيزة عند العرب، لاسيما أهل البوادي، وكان إخراج الطعام ميسوراً لهم، والمساكين محتاجون إليه، لهذا فرض الصدقة من الميسور لهم. حتى إنه رخص في إخراج الأقط - وهو اللبن المجفف المنزوع زبده - لمن كان عنده وسهل عليه، مثل أصحاب الإبل والغنم والبقر من أهل البادية. فإذا تغير الحال، وأصبحت النقود متوافرة، والأطعمة غير متوافرة، أو أصبح الفقير غير محتاج إليها في العيد، بل محتاجاً إلى أشياء أخرى لنفسه أو لعياله؛ كان إخراج القيمة نقداً هو الأيسر على المعطي، والأنفع للآخذ. وكان هذا عملاً بروح التوجيه النبوي ومقصوده»⁽⁴²⁾. وهذا الذي قال به القرضاوي هو تحقيق لمناط الحكم الذي ذهب إليه الحنفية، وهو حصول الإغناء مطلقاً دون خصوص وصف الطعام؛ تحقيقاً لمقصود الشارع، وربطاً للحكم بمقصوده. وهذا ما يتعلق بفقه واقع التطبيق.

- عقد الجزية وفرضيته

ذهب الحنفية إلى أن الجزية إنما وجبت على أهل الذمة بدلاً عن نصرتهم لدار الإسلام؛ فالعلة في فرضية الجزية هي عدم مشاركتهم في نصرة دار الإسلام، ولذلك لم تؤخذ الجزية من الأعمى، والشيخ الفاني، وأصحاب الأعدار مع مشاركتهم لغيرهم في سكنى الدار. قال السرخسي: «إن الجزية في

(42) القرضاوي. كيف نتعامل مع السنة النبوية، مرجع سابق، ص 156.

حق المسلمين خلف عن النصره⁽⁴³⁾. وذهب كثير من المالكية، والشافعية، والحنابلة، إلى أن الجزية وجبت مقابل الإقامة في دار الإسلام والحماية⁽⁴⁴⁾. وهذا ما صرح به الخطيب الشربيني في مغني المحتاج، وابن قدامة في المغني، والبهوتي في كشف القناع، وغيرهم من الفقهاء⁽⁴⁵⁾.

وقد رجح مجموعة من الباحثين المعاصرين رأي الحنفية وهو: أن الجزية وجبت بدلاً عن الحماية. منهم عبد الكريم زيدان، ووهبة الزحيلي، وقد استدلا لهذا الرأي بعمل الصحابة، منها: ما كتبه خالد بن الوليد رضي الله عنه لأهل الحيرة وقد جاء فيه: «فإن منعناكم فلنا الجزية، وإلا فلا حتى نمنعكم»⁽⁴⁶⁾. وكذلك كتاب سويد بن مقرن قائد جيش المسلمين في بلاد فارس في زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى ملك جرجان، وقد جاء فيه: «إن لكم الذمة وعلينا المنعة»⁽⁴⁷⁾. يقول عبد الكريم زيدان: «فهذه العهود كلها تشير إلى أن الجزية وجبت بدلاً عن الحماية، ولم ينقل لنا خلاف في هذه المسألة فتكون من مسائل الإجماع السكوتي»⁽⁴⁸⁾.

(43) السرخسي، شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي السهل. المبسوط، بيروت: دار المعرفة، ج10، ص78.

(44) القرافي. الذخيرة، مرجع سابق، ج3، ص451. وانظر أيضاً:

- الدسوقي، شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق: محمد عليش، بيروت: دار الفكر، دت، ج2، ص200.

(45) الشربيني. مغني المحتاج، مرجع سابق، ج4، ص253. وانظر أيضاً:

- ابن قدامة. المغني، مرجع سابق، ج9، ص263.

- البهوتي، منصور بن يونس. كشف القناع عن متن الإقناع، تحقيق: هلال مصيلحي هلال، بيروت: دار الفكر، 1402هـ، ج3، ص117. وقد ذكرت الموسوعة الفقهية الكويتية عند الحديث عن حقيقة الجزية قولاً ثالثاً: أن حقيقة الجزية صلة مالية دون العوض. انظر:

- الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت: طباعة ذات السلاسل، 1987م، ج15، ص164.

(46) الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير. تاريخ الأمم والملوك، القاهرة: المطبعة الحسينية، 1917م، ج4، ص16.

(47) المصدر السابق، ج5، ص254.

(48) زيدان، عبد الكريم. أحكام الذميين والمستأمنين، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1982م، =

وعلى هذا الأساس رجّح الزحيلي: أن الذميين القاطنين اليوم في بلاد الإسلام، والذين يلتزمون بالخدمة العسكرية، ويشتركون في الحرب ضد الأعداء، أو يكونون عرضة لذلك؛ لا تجب عليهم الجزية، وقد استدل أيضاً بفعل الصحابة عندما أسقطوا الجزية عن أهل الذمة حين شاركوا المسلمين الدفاع عن دار الإسلام، ومن هذه الأمثلة على سبيل المثال لا الحصر كتاب سويد بن مقرن الذي سبق ذكره وقد جاء فيه: «ومن استعنا به منكم فله جزاؤه في معونته عوضاً عن جزائه»⁽⁴⁹⁾.

وقد ذهب العوا إلى أن عقد الذمة الذي عقده الدولة الإسلامية مع أهل الذمة انتهى بدخول الاستعمار الغربي. يقول العوا: «والجزية التي كانت شرطاً لهذا العقد، كانت مترتبة على عدم مشاركة غير المسلمين في الدفاع عن دار الإسلام، إذ كان الدين هو محور هذا الدفاع، وكان تكليفهم به تكليفاً بما يشق أو لا يطاق، فأسقطه عقد الذمة في مقابل الجزية، ولذلك فقد أسقطها الصحابة والتابعون عمّن قبل من أهل الكتاب المشاركة في الدفاع عن دار الإسلام»⁽⁵⁰⁾. ويرى العوا: أن عقد الذمة مرتبط بأداء الجزية، ولذلك عبّر عن انتهاء عقد الذمة بدخول الاستعمار الغربي إلى بلاد الإسلام، ذلك أن المسلمين لم يستطيعوا الدفاع عن أهل الذمة عند دخول الاستعمار الغربي، وبما أن الجزية هي مقابل الحماية فتسقط الجزية؛ لعدم تحقيق الحماية.

وقد ردّ على من استدل بعموم قوله تعالى: ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ [التوبة: 29] بكون

= ص145. وانظر أيضاً:

- الزحيلي، وهبة. آثار الحرب في الفقه الإسلامي، دمشق: دار الفكر، 1981م، ص699.

(49) الطبري. تاريخ الطبري، مرجع سابق، ج5، ص16. وانظر أيضاً:

- الزحيلي. آثار الحرب في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص699.

(50) العوا، محمد سليم. الفقه الإسلامي في طريق التجديد، بيروت: المكتب الإسلامي، 1998م، ص75-76.

هذه الآية من العام الذي أريد به الخصوص، فقد نزلت في الروم الذين قاتلوا المسلمين، واعتدوا عليهم، وليست عامة في أهل الكتاب كلهم بدليل: أن النبي عاهد نصارى نجران، ولم يقاتلهم وأعطاهم في هذا العهد كل حقوقهم⁽⁵¹⁾. وكذلك فإن اليهود الذين كانوا في المدينة مع النبي، وتحت رئاسة الدولة الإسلامية، لم تؤخذ منهم الجزية. وقد كان هؤلاء مواطنين بحكم صحيفة المدينة، وبقوا في المدينة إلى أن أجلاهم عمر بن الخطاب رضي الله عنه، ولم يأخذ الرسول، ولا أبو بكر، ولا عمر منهم جزية أصلاً⁽⁵²⁾. وحكم هؤلاء أقرب ما يكون -بل قد يكون هو نفسه- حكم المواطنين غير المسلمين في الدولة الإسلامية الحديثة.

ثم إن النص المعلل بعلّة محددة، نصاً، أو استنباطاً يدور مع هذه العلة وجوداً وعدمًا، وقد علل الفقهاء الجزية -في أصح أقوالهم- بعدم المشاركة في الدفاع عن دار الإسلام، ونصوا بسقوطها عن غير المسلمين بقيامهم بهذا الدفاع، وقد فعلوا، فأين موضع الجزية؟ وقاس العوا: الجزية على وقف عمر رضي الله عنه سهم المؤلفلة قلوبهم بجامع عدم تحقق العلة في ذلك الزمن⁽⁵³⁾. وشاهدنا في هذه المسألة -بعد هذا الاستطراد المهم في تجلية هذه المسألة- أن الحكم المعلل بعلّة إذا انتفت العلة في ظرف ما فإن الحكم يتغير تبعاً لانتفاء العلة، وهذا من فقه تطبيق النص بالنظر إلى تحقق العلة من عدمه في الواقع الجديد.

2. الأحكام المبنية على العرف والتي تتغير بتغيره

إن مما يدخل فيما سبق، أو يلحق به: أن النظر فيما بني من النصوص

(51) المباركفوري، أبو العلا، محمد عبد الرحمن عبد الرحيم. تحفة الأحوذى، بيروت: دار الكتب العلمية، 2001م، ج 8، ص 279. وقد صالحهم النبي صلى الله عليه وسلم على ألفي حلة في كل عام.

(52) لم أجد النص الذي يدل على عدم أخذ الجزية كما ذكر العوا فهي دعوى تحتاج إلى إثبات.

(53) العوا. الفقه الإسلامي في طريق التجديد، مرجع سابق، ص 75-76.

والأحكام على عرف زمني كان قائماً في عصر النبوة، ثم تغير في عصر لاحق؛ ينبغي أن يعاد النظر فيه بناءً على العرف الجديد. يقول القرافي: «إن أمر الأحكام التي مدرکہا 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»⁽⁵⁴⁾. وسيكون محور بحثنا حول العرف الحادث، وعلاقته مع النص التشريعي؛ لما للعرف الحادث من علاقة بفقہ الواقع المتغير، والذي يعود على بعض الأحكام بالتغيير.

بحث مصطفى الزرقا هذه المسألة، ووجد من خلال الاستقراء أن العرف الحادث يعتبر، ويؤخذ به ولو خالف النص التشريعي في حالتين؛ الحالة الأولى: إذا كان النص التشريعي نفسه معللاً بالعرف؛ أي: مبنياً على عرف عملي قائم عند وروده، فعندئذٍ إذا تبدل ذلك العرف يتبدل تبعاً له حكم النص، ولو كان النص خاصاً بالموضوع، وهذا الرأي انفرد به أبو يوسف من الحنفية، وهو الرأي الأقوى مدركاً وحجة، وإن كان الجمهور على خلافه⁽⁵⁵⁾. يشير الزرقا إلى فهم أبي يوسف لحديث النبي في الأصناف الربوية كما ورد عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «التمر بالتمر، والحنطة بالحنطة، والشعير بالشعير، والملح بالملح، مثلاً بمثل، يدا بيد، فمن زاد أو استزاد فقد أربى»⁽⁵⁶⁾. فأبو يوسف يرى أن اعتبار ما ذكر من الأصناف مكيلاً، أو موزوناً بني على العرف، فإذا تغير العرف، وأصبح التمر، أو الملح مثلاً يباع بالوزن - كما في عصرنا - وجب العمل بما صار إليه العرف الجديد، فيجوز بيع التمر والملح مثلاً بالتمر والملح وزناً متساوياً، وإن تفاوتتا كيلاً.

(54) القرافي، شهاب الدين، أحمد بن إدريس. الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، تحقيق: أحمد فريد المزيدي، بيروت: دار الكتب العلمية، 2004م، ص72.

(55) الزرقا. المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص923.

(56) مسلم. الصحيح، مرجع سابق، كتاب: المساقاة، باب: الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً، حديث رقم: 1587، ص616.

ويجّلي لنا الأمر ابن عابدين في رسالته القيمة (نشر العرف فيما بُني من الأحكام على العرف) فيقول: «رُوي عن أبي يوسف اعتبار العرف في الأشياء المنصوصة حتى جَوَزَ التساوي بالكيل في الذهب، وبالوزن في الحنطة إذا تعارفه الناس، فهذا فيه اتباع العرف اللازم منه ترك النص، فيلزم عنده ما شابهه من تجويز الربا، ونحوه للعرف، وإن خالف النص. قلتُ (أي ابن عابدين): حاشا لله أن يكون مراد أبي يوسف ذلك، وإنما أراد تعليل النص بالعادة، بمعنى أنه إنما نصّ على البر، والشعير، والتمر، والملح، بأنها مكيلة، وعلى الذهب، والفضة، بأنها موزونة؛ لكونهما كانا في ذلك الوقت كذلك، فالنص في ذلك الوقت إنما كان للعادة، حتى لو كانت العادة في ذلك -أي الوقت- وزن البر وكيل الذهب؛ لورد النص على وفقها، فحيث كانت العلة للنص على الكيل في البعض والوزن في البعض هي العادة، تكون العادة هي المنظور إليها. فإذا تغيرت؛ تغير الحكم، فليس في اعتبار العادة المتغيرة الحادثة مخالفة للنص، بل فيه اتباع النص»⁽⁵⁷⁾. أما الحالة الثانية: إذا كان النص التشريعي معللاً بعلّة ينفى العرف الحادث، سواء أكانت علة النص مصرحاً بها فيه، أو مستنبطة بطريق الاجتهاد. ففي مثل هذه الحال يعد العرف الحادث ويحترم، وإن خالف النص؛ لأن هذه المخالفة تصبح ظاهرة غير حقيقية، ما دامت علة النص تنتفي بوجود العرف، إذ من المقرر في قواعد الأصول أن الحكم الشرعي يدور مع علته، فيثبت عند ثبوتها، وينتفي بانتفائها⁽⁵⁸⁾. وهناك عدة شواهد على ذلك:

- الشاهد الأول: يذكر فقهاء الحنفية عند الحديث عن الشروط المفسدة في عقود المعاوضات، كالبيع، أن من الشروط المفسدة لعقد المعاوضات كل شرط تشترط فيه منفعة خارجة عن الحكم الأصلي للعقد، وما لا يلائمه كشرط المشتري على البائع طحن الحنطة المشتراة، أو حمل البضاعة على حسابه، أو إصلاح الآلة المبيعة إذا تعطلت عند المشتري... فكل ذلك تعد

(57) ابن عابدين. رسالة نشر العرف، مرجع سابق، ج2، ص118.

(58) الزرقا. المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص923.

شروطاً فاسدة عندهم، وقد أخذ الحنفية بظاهر حديث «نهى عن بيع وشروط»⁽⁵⁹⁾، وقد استثنوا من هذا النص نوعين من الشروط التعاقدية حكموا بصحتها وهما: الشرط الذي ورد بجوازه نص شرعي، كشرط الخيار، والشرط الذي تعارف الناس اشتراطه؛ لذلك صححوا بيع الوفاء لجريان العرف به، رغم أنه في الأصل يقوم على أساس اشتراط مفسد عندهم، وقد أفتوا أولاً بفساده قبل أن يفشوا فيه العرف، ومستند الفقهاء في ذلك هو النظر إلى علة الحديث النبوي الذي نص على منع الشرط في البيع، فقد عدوا أن الغرض التشريعي منه هو منع سبب المنازعة؛ لأن هذه الشروط الزائدة على أصل عقد البيع يفضي تنفيذها إلى النزاع غالباً، فأروا أن العرف إذا جرى على بعضها ينفي النزاع، إذ يجعل الأمر مألوفاً. فلا يكون العرف قاضياً على النص بل موافقاً لغرضه وروحه، ولو كان عرفاً حادثاً⁽⁶⁰⁾.

وقد علّق الزرقا على رأي الحنفية السابق فقال: «يتضح من ذلك، أن اعتبار العرف الحادث المخالف في الظاهر لعموم النص التشريعي العام ليس من قبيل تخصيص النص العام بعرف حادث؛ لأن من شرائط تخصيص النص التشريعي العام أن يكون دليل تخصيصه مقارناً له في الوجود... ولكن اعتبار العرف الحادث، الذي يزيل علة النص هو نتيجة لاعتبار النص مخصصاً بمقتضى علته، فهو تخصيص بالعلة لا بالعرف_الحادث، فالنص المانع للشرط

(59) الطبراني، أبو القاسم سليمان بن أحمد. المعجم الأوسط، تحقيق: طارق بن عوض الله الحسيني، القاهرة: دار الحرمين، 1995م، ج4، ص335، برقم (4361)، وانظر أيضاً:

- الزيلعي، عبد الله بن يوسف: نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، تحقيق: محمد يوسف البنوري، مصر: دار الحديث، 1357هـ، ج4، ص17. ونقل عن القطان أنه معلول.

(60) بيع الوفاء: هو أن يبيع المحتاج إلى النقد عقاراً على أنه متى وفى الثمن استردّ العقار. ويفترق عن الرهن في غايته من حيث أن غاية الرهن توثيقية فقط، وغاية بيع الوفاء توثيق الدين، وانتفاع المشتري الدائن بالعقار. وقد حدث هذا البيع ببخارى أواخر القرن الخامس الهجري واستقر أخيراً رأي الفقهاء فيه على أنه يشبه ثلاثة عقود: البيع الصحيح، والبيع الفاسد، والرهن. فأعطي من كل واحد من هذه العقود ما يناسب غايته من الأحكام. انظر: الزرقا. المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج1، ص232.

في البيع بعد أن حدّد الاجتهاد علة المنع فيه، يعد حين صدوره مخصوصاً، ومقصوراً على الحالات التي تتحقق فيها علته، دون سواها من الحالات التي تنتفي فيها تلك العلة، ومن هذه الحالات التي تنتفي فيها علة النص صيرورة الشرط متعارفاً، فالتخصيص هنا في الحقيقة إنما هو تخصيص بعلّة النص، وما اعتبار العرف الحادث إذا كان نافياً لتلك العلة إلا تطبيق لذلك التخصيص السابق الاعتبار⁽⁶¹⁾.

- الشاهد الثاني: في قضية تفاوت وزن الدنانير: فقد قرر ابن عابدين في رسالته (نشر العرف) أنه إذا تعددت أصناف النوع الواحد من النقود، وكان أحدهما أثقل والآخر أخفّ؛ فإن هذا الفرق في الوزن - وإن كان ظاهراً في جميع الموازين - يجوز معه دفع الأثقل بدلاً من الأخف، أو العكس، في المداينات والقروض والعقود، ولا يكون رباً محرماً ما دامت القيمة واحدة⁽⁶²⁾. وقد علل ذلك بأن الناس لا ينظرون إلى هذا التفاوت في الوزن ما لم تختلف به القيمة، وقد ركز هذا العرف في عقولهم من عالم وجاهل، فيتعيّن الإفتاء به، تخريجاً على رأي أبي يوسف في النص المعلل بالعرف⁽⁶³⁾. وإذا كان للعرف الحادث المزيل لعلّة الحكم هذا التأثير تجاه النص العام، أو الخاص كما في الشاهدين المتقدمين، فإنه بطريق الأولوية يكون له التأثير نفسه أيضاً تجاه الأحكام القياسية التي مستندها القياس، كما يتضح من الشاهد الفقهي التالي.

- الشاهد الثالث: جواز اقتراض الخبز عدداً بين الجيران دون نظر إلى تفاوت الوزن. وهذا الرأي هو رأي الإمام محمد بن الحسن، وهو الراجح المفتى به في المذهب الحنفي. وقد استند محمد بن الحسن إلى العرف الشائع، محتجاً بأن الجيران قد تعارفوا إهدار فرق الوزن، واعتبار العدد

(61) الزرقا. المرجع السابق. وانظر: رأي الحنفية وتعليقاتهم في:

- ابن عابدين. رسالة نشر العرف، مرجع سابق، ج2، ص121.

(62) وهذا الذي يجري بين الناس في واقعنا وزماننا فلا فرق بين الدينار الورقي، والدينار من المعدن.

(63) ابن عابدين. رسالة نشر العرف، مرجع سابق، ج2، ص119.

فقط⁽⁶⁴⁾. ووجه مخالفة العرف للقياس: أن الخبز مال ربويّ من صنف الموزونات، ونصوص الشريعة توجب مبادلة الأموال الربوية بجنسها وزناً في الموزونات، وكيلاً في المكيالات، وتعدّ الفضل الزائد في أحدها من الآخر رباً محرماً، وتستلزم اعتبار عقده باطلاً، أو فاسداً، وذلك في الربويات المنصوص عليها في الحديث⁽⁶⁵⁾. وقاس الفقهاء على تلك الأصناف الستة ما يشبهها في الوصف والعلة، كالمطعمات، أو كل مالين يجمع بينهما صفتان مشتركتان هما وحدة الجنس، ووحدة المقياس، كالخبز وسائر المعادن الأخرى غير الذهب والفضة، وعدوا شبهة الربا متحققه في الحرمة والمنع باتفاق الفقهاء.

يقول الزرقا معلقاً على اجتهاد محمد بن الحسن: «وبذلك أصبح هذا التعامل غير صالح؛ لأن يتخذ طريقاً للمراباة الممنوعة شرعاً، فكانت علة النصوص العامة في تحريم الربا (وهي الاسترباح) غير متحققة بهذا الطريق، والحكم يدور مع علته. ولا يوجد نص خاص يمنع اقتراض الخبز عدداً بين الجيران على سبيل التخصيص والتعيين ليكون هذا العرف مصادماً للنص الصريح، فأصبح المقياس المنظور إليه هو علة النصوص العامة في منع المراباة، وهذه العلة لا تتحقق في هذا العرف بين الجيران؛ إذ أنهم لا يعدون فرق الوزن بين الأربعة⁽⁶⁶⁾، ويستأنس أيضاً إضافة لما ذهب إليه الزرقا بأن النبي ﷺ رخص في العرايا⁽⁶⁷⁾؛ لكون علة الربا غير متحققة فيها، والعرايا هي: بيع الرطب في رؤوس النخل خرساً -تقديراً- بالتمر على وجه الأرض

(64) انظر: ابن الهمام. شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج 7، ص 37. وذكر ابن الهمام أن فتوى المتأخرين على رأي أبي يوسف. وهو إهدار العدد وليس الوزن.

(65) انظر الحديث ص 92.

(66) الزرقا. المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج 2، ص 927.

(67) البخاري. الصحيح، مرجع سابق، كتاب: البيوع، باب: بيع الزبيب بالزبيب والطعام بالطعام، حديث رقم: 2173، ص 407. وانظر أيضاً:

- مسلم. الصحيح، مرجع سابق، كتاب: البيوع، باب: تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا، حديث رقم: 1539، ص 593.

كياً فيما دون خمسة أوسق لمن به حاجة إلى أكل الرطب ولا ثمن معه⁽⁶⁸⁾.

هذه طائفة من الشواهد الفقهية المقررة تنطق هي وتعليقاتها المنقولة عن الفقهاء بأن العرف إذا كانت تزول وتنتفي به علة النص المعارض يحترم شرعاً، ولو كان عرفاً حادثاً. أما إذا كانت علة النص المعارض لا ينفيتها العرف الحادث، فلا عبرة لهذا العرف تجاه عموم النص؛ لأن اعتبار العرف الحادث عندئذٍ يكون نسخاً للنص، والعرف ليس له هذا السلطان. فإذا اعتاد الناس بعض العادات المنكرة شرعاً بمقتضى النصوص الشرعية العامة وتعارفوها في بعض المواسم أو المآتم، كاعتیاد الحداد على الموتى بصورة تتجاوز الحدود المشروعة فيه مدةً أو مظهرًا، وكرقص الرجال مع النساء في الأفراح والاحتفالات مما يعدّ في الشرع فسقاً منكراً، أو تعارفوا الربا في بعض الأحوال، أو المقادير، فإنه لا يكون في اعتيادهم لذلك وأمثاله مسوّغ، ولا حجة، بل يجب منعه وقمعه؛ لأن المحرمات والمنكرات جميعاً إنما منعتها الشريعة لما فيها من مفساد ومساوئ تفسد الأسرة والمجتمع، وتخرج بالحياة الاجتماعية عن سنن الصلاح والكمال، الذي تهدف الشريعة إلى التوجيه إليه. فاعتیاد الناس شيئاً من هذه المنكرات والمفاسد المقبوحة شرعاً، لا يزيل علة تحريمها؛ لأن تحريمها لم يكن مستنداً إلى عدم اعتيادها، بل إلى خبث نتائجها، وهذا يعمّ ويزداد باعتيادها ولا يقل⁽⁶⁹⁾.

إن الذي ذهب إليه الزرقا وافقه عليه البوطي وقال عنه بعد أن نقل كلام الزرقا: «وهذا الذي يراه الزرقا دقيق ووجيه، ولا أظن إلا أنه الحقّ الذي ينبغي أن يقول به عامة الأصوليين»⁽⁷⁰⁾، وقد ضرب مثلاً فقهياً على ذلك: ما أثبتته النص الشرعي من منع بني هاشم من أخذ الزكاة، معللاً هذا المنع بأن الله قد عوضهم عنها بخمس الخمس. قال رسول الله فيما رواه الطبراني: «يا

(68) ابن الجوزي، عبد الرحمن بن علي. غريب الحديث، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، بيروت: دار الكتب العلمية، 1985م، ج2، ص90.

(69) الزرقا. المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص927.

(70) البوطي، محمد سعيد رمضان. ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1982م، ص290.

بني هاشم إن الله كره لكم غسالة أيدي الناس وأوساخهم، وعوضكم عنهم بخمس الخمس»⁽⁷¹⁾ وفي رواية أخرى: «لا يحل لكم أهل البيت من الصدقات شيء ولا غسالة الأيدي، إن لكم في خمس الخمس لما يغنيكم، أو يكفيكم»⁽⁷²⁾. ونظراً للقاعدة المعروفة في الأصول، وهي قولهم: إذا بطلت العلة زال الحكم، وإذا زال المانع عاد الممنوع⁽⁷³⁾، فقد كان حكم منع الزكاة عن بني هاشم محل بحث بين الفقهاء، عندما رأوا أن بني هاشم لم يعودوا ينالون شيئاً من خمس الخمس كما كان الوضع عليه في السابق، ولذلك رأينا أن في مذهب الحنفية مَنْ يرى أنه لا مانع من إعطائهم من الزكاة⁽⁷⁴⁾، كما رجح الاصطخري من فقهاء الشافعية هذا المذهب أيضاً⁽⁷⁵⁾، أما الذين لم يذهبوا هذا المذهب، ليس ذلك منهم مخالفة لهذه القاعدة، بل لأن النص الذي ذكرناه لم يوثق عندهم⁽⁷⁶⁾.

(71) الطبراني، أبو القاسم سليمان بن أحمد. المعجم الكبير، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد، الموصل: مكتبة العلوم والحكم، 1404هـ، ج 20، ص 287.

(72) الطبراني. المعجم الكبير، مرجع سابق، ج 11، ص 217، رقم الحديث: (11543). قال محقق الكتاب وفيه حسين بن قيس وهو مختلف فيه، ولذلك جرى الاختلاف في تصحيح الحديث.

(73) ابن القيم. إعلام الموقعين، مرجع سابق ج 4، ص 394. وانظر أيضاً:

- السرخسي. أصول السرخسي، مرجع سابق، ج 2، ص 183.

- الزرقا، أحمد. شرح القواعد الفقهية، دمشق: دار القلم، 2001م. القاعدة: 23، ص 191.

(74) انظر مذهب الحنفية عند:

- المرغناني، أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل. الهداية شرح البداية، بيروت: المكتبة الإسلامية، د.ت، ج 2، ص 148.

- الزيلعي، فخر الدين، عثمان بن علي. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، القاهرة: دار الكتاب الإسلامي، 1313هـ، ج 1، ص 303.

- الكاساني. بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 2، ص 50.

(75) انظر رأي الاصطخري عند: النووي. روضة الطالبين، مرجع سابق، ج 2، ص 322 وأضاف النووي لمن اختار هذا الرأي أبا سعيد الهروي، ومحمد بن يحيى من فقهاء الشافعية.

(76) البوطي. ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 290.

وتجدر الإشارة إلى أن البوطي خالف الزرقا في كون العلة مستنبطة، فرأيه أنه ينبغي اشتراط كون العلة في مثل هذا النص ثابتة بالإجماع، أو بدلالة النص نفسه، كما في المثال الذي ذكره، وقال في سبب ذلك: حتى نظمئن إلى أن اختلاف العرف وطروءه المؤثر في العلة الثابتة، مؤثر في الحكم المرتبط به أيضاً، وإلا فلا يبعد أن تلتبس الحكمة على الباحث بالعلة، ويحكم بناءً على ذلك ببطلان دلالة النص بسبب تخلف تلك الحكمة، نظراً للعرف الجديد، ظاناً أنها العلة التي أناط الشارع الحكم بها.

أقول، لا داعي لهذا التخوف؛ لأن العلة المستنبطة لها مسالك معروفة لدى الأصوليين مثل المناسبة، والإيماء، الخ. وبناء عليه فإن استنباط العلة يجري ضمن قواعد ضابطة ومعايير محددة لاستنباط العلة.

ومن الأمثلة المعاصرة التي تدخل في هذا الباب: وجود نصابين للنقود، فمن الأمثلة البارزة على أن النص قد يبنى على عرف ثم يتغير: ما ثبت من تقدير النبي ﷺ نصابين لزكاة النقود، أحدهما: بالفضة وقدره مائتا درهم تقدر بـ 595 غراماً، وأخرى بالذهب وقدرها عشرون مثقالاً، أو ديناراً (تقدر 85 غراماً)⁽⁷⁷⁾ وكان صرف الدينار يساوي في ذلك الوقت عشرة دراهم .

ذهب القرضاوي إلى أن النبي عليه الصلاة والسلام لم يقصد وضع نصابين متفاوتين للزكاة، بل هو نصاب واحد، من ملكه عُدَّ غنياً تجب عليه الزكاة،

(77) نصاب الفضة مأخوذ من الحديث الصحيح: «ليس فيما دون خمس أواقٍ من الورق صدقة». مسلم. الصحيح، مرجع سابق، كتاب: الزكاة، باب: ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة، حديث رقم: 980، ص352. والورق: النقود المضروبة من الفضة، والأوقية: تساوي 40 درهم، والخمس أواقٍ: تساوي 200 درهم. يقول القرضاوي استناداً إلى كلام النووي: «يبدو أن النقود الفضية كانت هي الشائعة والكثيرة الاستعمال عند العرب في عصر النبوة؛ ولذلك نصت عليها الأحاديث المشهورة. أما النقود الذهبية فلم يجرى في نصابها أحاديث في قوة أحاديث الفضة وشهرتها، ولذا لم يظفر نصاب الذهب بالإجماع كالفضة، غير أن الجمهور الأكبر من الفقهاء ذهبوا إلى أن نصابه عشرون ديناراً. انظر: القرضاوي، يوسف. فقه الزكاة، لبنان: مؤسسة الرسالة، 1985م، ج1، ص261-265.

وإنما قدر بعملتين لما جرى عليه العرف من تعامل بهما في عصر النبوة، فجاء النص بناءً على هذا العرف القائم، وحُدد النصاب بمبلغين متعادلين تماماً. فإذا تغير الحال في عصرنا، وانخفض سعر الفضة بالنسبة لسعر الذهب انخفاضاً هائلاً لم يجز لنا أن نقدر النصاب بمبلغين متفاوتين غاية التفاوت، فنقول مثلاً: إنَّ النصاب ما يعادل قيمة (85 غراماً) من الذهب، أو ما يعادل (595 غراماً) من الفضة، وقيمة نصاب الذهب حينئذٍ تزيد على قيمة نصاب الفضة حوالي عشرة أضعاف، وهذا لا يعقل: أن نقول لشخص معه مبلغ معين من الدنانير الأردنية أو الكويتية مثلاً، أو الجنيهات المصرية، أو الريالات السعودية: أنت غني إذا قدرنا نصابك بالفضة، ونقول لمن يملك أضعاف ذلك: أنت فقير إذا قدرنا نصابك بالذهب. والمخرج من ذلك هو تحديد نصاب واحد في عصرنا للنقود، يعرف الحدّ به الأدنى للغنى الشرعي الموجب للزكاة، وقد اختار القرضاوي نصاب الذهب؛ لجريان التعامل به في واقعنا، ولثباته النسبي. ولا يعد هذا الرأي مخالفاً للنص كما قد يُتوهم، بل النص هنا مبنيٌّ على عرف، يزول حكمه بزواله⁽⁷⁸⁾.

ومن المسائل التي تدخل في موضوعنا بالنسبة لاعتبار العرف الحادث، وتقدير الواقع عند بناء الأحكام ما ذكره ابن عابدين في رسالته: انعقاد النكاح بلفظ التجويز، ذكر ابن عابدين من جملة العرف الحادث تصحيف لفظ الزواج إلى التجويز -بتقديم الجيم- وقد نقل أقوال أهل المذهب في ذلك، وممن أفتى بصحة عقد الزواج من المذهب علاء الدين السمرقندي⁽⁷⁹⁾ حيث قال: «لو اتفق قوم على النطق بهذه الغلطة، وصدرت عن قصد، كان ذلك وصفاً جديداً» وممن وافق على هذه الفتوى خير الدين الرملي، والمولى أبو السعود⁽⁸⁰⁾. قال ابن عابدين: «المصرح به عند عامة كتب الشافعية أنه لا

(78) القرضاوي. كيف نتعامل مع السنة النبوية، مرجع سابق، ص153.

(79) السمرقندي: من علماء الحنفية صاحب كتاب تحفة الفقهاء وهو أصل لكتاب بدائع الصنائع للكاساني انظر: ترجمته عند: زادة، طاشكبري. الشقائق النعمانية والعقد المنظوم، بيروت: دار الكتاب العربي، 1975م، ج1، ص51.

(80) أبو السعود: هو المولى أبو السعود محمد بن محمد العمادي، لقب بمفتي الروم =

يضر من عامي إبدال الزاي جيماً، مع أنه أضنّ منا بألفاظه⁽⁸¹⁾؛ إذ لا يصح عندهم إلا بلفظ التزويج والإنكاح⁽⁸²⁾. وشاهدنا من هذه المسألة هو أثر العرف الحادث في تطبيق النص الشرعي، فما بني من الأحكام على وصف عرفي؛ إذ إن تغيير العرف الذي بني عليه الحكم يتغير الحكم تبعاً له؛ لأن العرف هو الوصف المؤثر في الحكم.

ومن الأمثلة كذلك عقد التوريد، وتخريجه على العرف الحادث. وعقد التوريد؛ هو أن يتعاقد مورد مع جهة ما على أن يورد السلعة بسعر معلوم خلال مدة معينة مجهول الكمية في أصل العقد. ومن المعلوم أن من شرائط صحة عقد البيع خلوه من الجهالة، والجهالة هنا تكمن في كمية السلعة، وقد ورد سؤال الزرقا في مدى صحة هذا العقد، وكيفية تخريجه. وكانت الإجابة أن العقد صحيح، واستدل على ذلك بأن الحاجة العامة اليوم تدعو إلى ممارسة عقد التوريد، كما أنه أصبح متعارفاً. وقد نص الحنفية على أن العرف يصحح الشروط الفاسدة إذا عرفت، وجرى التعامل بها؛ إذ إنه بالتعارف ينتفي من طريقها النزاع إذ تصبح مألوفة، ويبني العاقدان عليها حسابهما، فلا تكون مفاجأة غير مألوفة، قد تخل بالتوازن بينهما، تؤدي إلى النزاع، ولا يخفى أن عقد التوريد قد أصبح عرفاً شاملاً فيه، لا سيما بعد أن قررته القوانين⁽⁸³⁾.

= لأنه عاش بقربة من قراهم، له تفسير أبي السعود المشهور، وهو من علماء الحنفية. وانظر: حاجي خليفة، مصطفى بن عبد الله القسطنطيني الرومي الحنفي. كشف الظنون، بيروت: دار الكتب العلمية، 1992م، ج1، ص65. وقد عقد له أكثر من ترجمة عند الحديث عن كتب التفسير والمواظع. والإمام خير الدين الرملي حنفي له كتاب الفتاوى الخيرية وهو يختلف عن الشهاب الرملي صاحب كتاب فتاوى الرملي. انظر: الأقوال السابقة عند ابن عابدين، رسالة نشر العرف، مرجع سابق، ج2، ص139.

(81) أفتى بذلك شهاب الدين الرملي من الشافعية في باب الطلاق حيث قال: «الطلاق بتقديم الجيم على الزاي، إذا قال عليّ الطلاق من جوزتي (ويقصد من زوجتي)، وقد أجاب بأنه يعدّ من باب الكناية التي لا تقع إلا بالنية. انظر: الرملي، شهاب الدين أحمد بن حمزة. فتاوى الإمام الرملي (مطبوع بهامش فتاوى الإمام ابن حجر الهيتمي)، بيروت: دار الكتب العلمية، 1983م، ج3، ص223.

(82) ابن عابدين. رسالة نشر العرف، مرجع سابق، ج2، ص139.

(83) الزرقا، مصطفى. فتاوى الزرقا، دمشق: دار القلم، 1999م، ص487 وما بعدها، =

نلاحظ هنا عدم التطبيق الآني للأحكام دون النظر إلى الواقع التعاملي، وإلى مقاصد الشروط والحكم التي بنيت من أجلها؛ إذ إن الواقع العرفي والسلوكي جعل هذه الجهالة غير مفضية إلى النزاع. كما لا تعد كل جهالة مفسدة للعقد، وإنما الجهالة المفسدة للعقد هي: الجهالة الفاحشة التي تؤدي إلى النزاع، الذي تتساوى فيه حجة الطرفين.

3. الأحكام المعللة بسد الذريعة وتغيير حكمها بانتفاء العلة

لعل هذه المسألة تتداخل مع المسائل السابقة، ورأيت أن أفردتها في مسألة مستقلة لما لسد الذريعة من أهمية في الاجتهاد من خلال النظر إلى واقع تطبيق النص وما سيؤول إليه التطبيق من نتائج تحكم مشروعية الفعل من عدمه عند بناء الحكم الشرعي. وقد شهد لهذا الأصل الاجتهادي القرآن والسنة، ومن هذه الأدلة:

قال تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ كَذَلِكَ زَيْنًا لِكُلِّ أُمَّةٍ عَلَيْهِمْ نُجْمٌ إِلَىٰ رَبِّهِمْ مَرْجِعُهُمْ فَيُنَبِّئُهُمْ بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ﴾ [الأنعام: 108] ففي هذه الآية نهى الله تعالى عن سب المشركين وألتهم، حتى لا يؤول الأمر إلى أن يسبوا الذات الإلهية؛ إذ إن مفسدة سب الذات الإلهية أعظم من منفعة سب المشركين وشتمهم .

قال رسول الله ﷺ: «إِنَّ مِنْ أَكْبَرِ الْكِبَائِرِ أَنْ يَلْعَنَ الرَّجُلُ وَالِدَيْهِ، قِيلَ يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَكَيْفَ يَلْعَنُ الرَّجُلُ وَالِدَيْهِ؟ قَالَ: يَسُبُّ الرَّجُلُ أَبَا الرَّجُلِ فَيَسُبُّ أَبَاهُ وَيَسُبُّ أُمَّهُ» (84). ووجه الدلالة: منع التسبب في شتم الأبوين عن طريق سب الابن لأبائه الآخرين .

قول النبي ﷺ لعائشة رضي الله عنها في شأن بناء الكعبة: «يا عائشة لولا حدثان

= وانظر في شروط البيع:

- الزرقا، مصطفى. عقد البيع، دمشق: دار القلم، 1999م، ص36.

(84) البخاري. الصحيح، مرجع سابق، كتاب: الأدب، باب: لا يسب الرجل والديه، حديث رقم: 5973، ص1158.

قومك بالكفر؛ لنقضت البيت حتى أزيد فيه من الحجر فإن قومك قصرُوا في البناء»⁽⁸⁵⁾، فامتناع النبي عن إعادة بناء الكعبة، وإدخال الحجر في البناء كان نتيجة النظر إلى مآل تطبيق ذلك، وهو خروج على ما ألفه العرب مما قد يؤول إلى مفسدة كبيرة تضاهي مصلحة إعادة البناء. وهذا النهج التشريعي هو الذي جعل الإمام مالك ينظر إلى مآل التطبيق عندما سئل عن إعادة بناء الكعبة كما أراد النبي عليه الصلاة والسلام فأفتى بالمنع، وعلل ذلك؛ لئلا يتلاعب الناس ببيت الله الحرام⁽⁸⁶⁾.

قال النبي ﷺ: «نهيتكم عن زيارة القبور، فزوروها»⁽⁸⁷⁾. لعل سبب النهي في أول الإسلام؛ لأن الناس كانوا قريبي عهدٍ بالإسلام، فربما يخشى على إيمانهم من الشرك، لا سيما وأن أصحاب القبور هم من المشركين لقلّة المسلمين. فلمّا زال السبب أو الذريعة نُسخ الحكم، وهنا نسخٌ لزوال علة المنع إلى غير رجعة⁽⁸⁸⁾.

أقول إن كان الحكم معللاً بهذه العلة، فإذا وجدت في حق بعض الأفراد فيحرم عليهم الزيارة؛ لانطباق مناط المنع عليهم. والأمثلة كثيرة جداً على اعتبار سد الذريعة⁽⁸⁹⁾ والتعليل بها والنظر إلى مآل التطبيق عند بناء الحكم الشرعي، وعلى هذا المنهج كان اجتهاد الصحابة من بعد. ونضرب مثلاً واحداً ونقتصر عليه لما سيمر معنا تباعاً في اعتبار هذا الأصل عند الحديث عن تغير الأحكام الاجتهادية. وهو إيقاع الطلاق ثلاثاً في عهد عمر لمن تلفظ به، فقد كان الطلاق ثلاثاً في عهد رسول الله ﷺ يقع طلقاً واحدة، وفي عهد عمر ابن الخطاب رضي الله عنه لمّا رأى الناس قد تهاونوا في إيقاع الطلاق؛ جعل

(85) مسلم. الصحيح، مرجع سابق، كتاب: الحج، باب: نقض الكعبة وبنائها، حديث رقم: 1333، ص498.

(86) الشاطبي. الموافقات في أصول الشريعة، مرجع سابق، ج4، ص554.

(87) مسلم. الصحيح، مرجع سابق، كتاب: الجنائز، باب: استئذان النبي ربه في زيارة قبر أمه، حديث رقم: 977، ص349.

(88) النووي. المنهاج، مرجع سابق، ص1007-1008.

(89) ابن القيم. إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج3، ص105. فقد حشد تسعة وتسعين دليلاً على اعتبار سد الذريعة.

التلفظ بالطلاق ثلاثاً يقع ثلاثاً، بمعنى أن الطلاق يقع بائناً بينونة كبرى.

يقول ابن القيم في تحليل اجتهاد عمر: «ألزم عمر الناس بالطلاق الثلاث إذا جمعوها؛ ليكفوا عنه، إذا علموا أن المرأة تحرم به، وأنه لا سبيل إلى عودها بالتحليل. فلما تغير الزمان، وبُعِدَ العهد بالسنة، وآثار القوم، وقامت سوق التحليل ونفقت في الناس، فالواجب أن يرد الأمر إلى ما كان عليه في زمن النبي ﷺ، وخليفته، من الإفتاء بما يعطل سوق التحليل، أو يقللها ويخفف شرها. وإذا عرض على من وفقه الله وبصره بالهدى وفقهه في دينه، مسألة كون الثلاث واحدة، ومسألة التحليل، ووازن بينهما تبين له التفاوت وعلم أي المسألتين أولى بالدين وأصلح للمسلمين»⁽⁹⁰⁾. وهنا يشير ابن القيم إلى الاجتهاد في هذه المسألة في زمانه فالمصلحة تقتضي الرجوع إلى إيقاع طلاق الثلاث طلقة واحدة؛ لأن الناس اتخذوا إيقاعه ثلاثاً -في زمن ابن القيم- ذريعة لرواج سوق التحليل، وهو الزواج من المطلقة بقصد تحليل المرأة لمطلقها. وهو ينافي مقصود الشارع.

نلاحظ اتفاق الاجتهاد بناءً على الفهم المقاصدي، مع الاختلاف في التطبيق بناءً على تغير وفهم الواقع المعاش. وبناء عليه يتبين لك صلة فقه الواقع في الاجتهاد وبناء الأحكام، وتنزيل النصوص على الواقع التطبيقي.

رابعاً: عوامل تغير الأحكام الاجتهادية في الواقع

تغير الواقع سنة من سنن الله تعالى في كونه. وحكم الله فيه ثوابت تتعلق بالقيم التي لا تتغير ولا تتبدل، وفيه متغيرات تسمح بتغيير الحكم وفقاً لتغير الواقع بما يحفظ الثوابت ويحقق معناها. وقد جاءت نصوص الشريعة بما يتفق مع هذا الوضع، فوجدت منذ البداية ترتيبات شرعية لهذا الموضوع ويمكن إجمالها بما يلي: ورود نصوص محدودة، بينما الوقائع المتجددة غير محدودة، بما يترك مساحة واسعة من الواقع لا تنطبق فيها النصوص انطباقاً مباشراً، وتترك بذلك مجالاً للاجتهاد. وكذلك وجد منذ بداية التشريع التفرقة

(90) ابن القيم. إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج3، ص37.

بين ما هو قطعي الثبوت والدلالة، وما هو ظني في أحدهما أو كليهما، وفي المساحة التي ينطبق عليها هذا الجزء الظني من نصوص الكتاب والسنة مجال كذلك للاجتهاد، الذي يأخذ في الاعتبار إلى جانب عناصر أخرى مراعاة مصالح الناس؛ أي واقعهم.

إضافة إلى ما سبق، فقد نشأ على مدى القرون قاعدة فقهية هي: أنه لا ينكر تغيير الأحكام المبنية على العرف والمصلحة بتغيير الأزمنة والأمكنة والظروف⁽⁹¹⁾. ثم هناك آلية خاصة للتغيير الوقتي الذي يطرأ على الواقع بصورة مؤقتة، وهذا هو حكم الرخص الشرعية في مقابلة العزائم، فالرخصة ليست إلا حكماً مؤقتاً يعفي من الحكم الدائم وهو العزيمة، لظروف مؤقتة تجعل إعمال العزيمة لا يحقق مقصد الشارع من التيسير على الناس ورفع الحرج عنهم.

ومع تطور الفقه وتعميق الفقهاء النظر في أحكامه نشأ علم مقاصد الشريعة وميّز بين الأحكام التي تعد من المقاصد، والأحكام التي تعدّ من الوسائل لتحقيق تلك المقاصد، ووضعت قاعدة تبعية الوسائل للمقاصد، بل صنّفت المقاصد إلى مراتب: الضروريات والحاجيات، والتحسينات، كما ميّزت مصالح الناس إلى: حفظ الدين، والنفس، والعقل، والعرض، والمال.

(91) شاع استخدام عبارة «هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان» انظر استخدام العبارة عند:

- الشيباني، أبو عبد الله محمد بن الحسن. الجامع الصغير، بيروت: عالم الكتب، 1406هـ، ج 1، ص 256، 394.

- ابن الهمام. شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج 7، ص 378. وغيرها الكثير خاصة في كتب المتأخرين، ثم استقرت هذه القاعدة حتى عرفت بهذا الاسم، وممن تناول هذه القاعدة بالبيان والتفصيل القرافي في كل كتبه منها كتابه:

- أنوار البروق في أنواع الفروق، مرجع سابق، ج 1، ص 176 .
- والإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، مرجع سابق، السؤال 39، وقد استخدمها ابن القيم في كتابه:

- ابن القيم. إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج 3، ص 3-58 تحت عنوان تغيير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والنيات والعوائد.

ورتبت الأولويات بين هذه المصالح بحيث يراعى الأهم على حساب الأقل أهمية إذا تعارضاً في واقع الحياة عند التطبيق. والذي يستقرئ تلك الحقائق يجد أن الشريعة منذ بداية أمرها، والفقهاء على مرّ العصور يولون أهمية خاصة لتغيير الواقع وأثره على الحكم⁽⁹²⁾، وستكون دراستنا في نقطتين:

1. تغيير الأحكام الاجتهادية بسبب فساد الزمان

فساد الزمان هو: فساد الناس وانحدار أخلاقهم، وفقدان الورع، وضعف التقوى. مما يؤدي إلى تغيير الأحكام تبعاً لهذا الفساد⁽⁹³⁾، والفساد يكون بالعموم بمعنى أن تغلب على الناس هذه الصفات، وإلا فلا يخلو الزمان من هذه الفئات، والعبرة إذن بالأغلب. ومن المسائل التي تغيير الاجتهاد فيها تبعاً لفساد الزمان:

- جعل الدين من عوارض الأهلية

من المقرر في أصل المذهب الحنفي أنّ المدين تنفذ تصرفاته في أمواله بالهبة والوقف وسائر وجوه التبّع، ولو كانت ديونه مستغرقة أمواله كلّها، باعتبار أن الديون تتعلّق بذمّته، فتبقى أعيان أمواله حرة، فينفذ فيها تصرفه، وهذا مقتضى القواعد القياسية. ثمّ لما فسدت ذمم الناس، وكثر الطمع، وقلّ الورع، وأصبح المدينون يعمدون إلى تهريب أموالهم من وجه الدائنين عن طريق وقفها، أو هبتها لمن يثقون به من قريب أو صديق؛ أفتى المتأخرون من فقهاء المذهب الحنفي بعدم نفاذ هذه التصرفات من المدين إلاّ فيما يزيد عن وفاء الدين من أمواله⁽⁹⁴⁾.

(92) عطية، جمال الدين. الواقع والمثال في الفكر الإسلامي المعاصر، بيروت: دار الهادي، 2001م، ص208، ومسألة تغيير الحكم أحدثت اختلافاً بين الفقهاء حول تغيير الحكم أم الفتوى، وهذا ما سنبحثه تفصيلاً في المبحث القادم

(93) الخياط، عبد العزيز. نظرية العرف، عمان: مكتبة الأقصى، 1977م، ص85.

(94) الزرقا. المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص945. وانظر مذهب الحنفية عند: - ابن الهمام. شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج6، ص201. وقد وافقهم بعض الحنابلة منهم ابن رجب، وقال عن هذا الرأي إنه اختيار ابن تيمية، وانتصر له =

- ضمان الغاصب :

في أصل المذهب الحنفي⁽⁹⁵⁾ أن الغاصب لا يضمن قيمة منافع المغصوب في مدة الغصب، بل يضمن العين فقط إذا هلكت أو تعيبت؛ لأن المنافع عندهم ليست متقومة في ذاتها، وإنما تقوم بعقد الإجارة، ولا عقد في الغصب. ولكن المتأخرين من فقهاء المذهب الحنفي نظروا تجرؤ الناس على الغصب، وضعف الوازع الديني في نفوسهم؛ فأفتوا بتضمين الغاصب أجره المثل عن منافع المغصوب إذا كان المغصوب مال وقف، أو مال يتيم، أو معداً للاستغلال على خلاف الأصل القياسي في المذهب؛ زجراً للناس عن العدوان لفساد الزمان. أما الأئمة الثلاثة فقد ذهبوا إلى عكس ما ذهب إليه الاجتهاد الحنفي، فعادوا المنافع متقومة في ذاتها، كالأعيان، وأوجبوا تضمين الغاصب أجره المثل عن المال المغصوب مدة الغصب، سواء استوفى الغاصب منافعه أو عطلها⁽⁹⁶⁾. ولذلك جاء في شرح المجلة استثناء العمل بقاعدة لا يجتمع أجر، وضمنان في مال اليتيم والأوقاف؛ قطعاً للأطماع⁽⁹⁷⁾. يقول الزرقا: «وعلى هذا استقر العمل، واستناداً إلى العلة نفسها نستطيع أن نقول: إن قواعد الاجتهاد الحنفي تتقبل مبدأ التضمين عوضاً عن منافع المغصوب مطلقاً في جميع الأموال، لا في هذه الأنواع الثلاثة فقط؛ لازدياد

= ابن رجب، واستدل له من المذهب. انظر:

- ابن رجب، أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد. القواعد، بيروت: دار المعرفة، د.ت، ص14.

(95) المقصود في أصل المذهب كتب ظاهر الرواية في المذهب الحنفي، أما إذا ذكر كتاب الأصل فهو كتاب المبسوط لمحمد بن الحسن الشيباني. انظر: ابن عابدين، رسم المفتي، في: رسائل ابن عابدين، ج1، ص19.

(96) الزرقا. المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص945. ثم قال: وهذا الاجتهاد أوجه وأصلح، أي اجتهاد الجمهور. وانظر رأي الحنفية عند:

- السرخسي. المبسوط، مرجع سابق، ج11، ص77. وانظر رأي الفقهاء وتفصيل المسألة عند:

- ابن رشد. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج2، ص241.

(97) حيدر، علي. درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، السعودية: دار عالم الكتب، 2003م، ج1، ص48.

فساد الذمم، وكثرة الأطماع في أموال الغير، والتجاوز على الحقوق. وهذا التعميم توجهه النصوص القانونية لدينا اليوم، وفيه المصلحة»⁽⁹⁸⁾.

- متابعة الزوجة إذا قبضت معجّل مهرها تُلزم بمتابعة زوجها حيث شاء:

وهذا في أصل المذهب الحنفي، ولكن المتأخرين لحظوا انقلاب الأخلاق وغلبة الجور، وأن كثيراً من الرجال يسافرون بزوجاتهم إلى بلاد نائية، ليس لهنّ فيها أهل ولا نصير، فيسيئون معاملتهنّ ويجورون عليهنّ، فأفتى المتأخرون بأنّ المرأة لو قبضت معجّل مهرها لا تجبر على متابعة زوجها إلى مكان إلا إذا كان وطناً لها، وقد جرى فيه عقد الزواج بينهما؛ وذلك لفساد الزمان وأخلاق الناس، وعلى هذا استقرت الفتوى والقضاء في

(98) الزرقا. المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص945. والخراج بالضمان هو نص حديث عن النبي، ورد في حادثه خلاصتها أن شخصاً اشترى عبداً واستغله زمناً، ثم وجد فيه عيباً قديماً. فخاصم البائع إلى الرسول ﷺ، ف قضى برده إلى البائع. فقال يا رسول الله: إنه قد استغل غلامي! ف قضى النبي ﷺ أن الخراج بالضمان. انظر:

- أبو داود. السنن، مرجع سابق، كتاب: البيوع، باب: فيمن اشترى عبداً فاستعمله، حديث رقم: 3510، ص712، وقال عنه محقق الكتاب: حديث حسن.

- الترمذي. جامع الترمذي، مرجع سابق، كتاب: البيوع عن رسول الله، باب: ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد فيه عيباً، حديث رقم: 1285، ص313. وقال عنه الترمذي: حديث حسن صحيح. وقال عنه الألباني: حسن، في: الألباني. صحيح سنن الترمذي، مرجع سابق، حديث رقم: 1033-1308، ج2، ص25. ومعنى الخراج: الغلة التي تحصل منه، كمنافع الشيء، وأجرة الدابة. والضمان: هو التزام بتعويض مالي عن ضرر الغير. والخراج المقصود بهذا الحكم فيما يظهر هو ما كان غير متولد، وذلك كالمنافع والأجرة على أن يكون مستنداً إلى حالة مشروعة، كالشراء، وفقاً لما يدل عليه مورد الحديث، وعلى ذلك فإذا كان الضمان جزائياً بسبب غير مشروع كالغضب، فإنه لا يبيح للضامن خراج الشيء المضمون، ولذا لا تباح للغاصب منافع المغصوب وإن كان ضامناً له، وهذا رأي جمهور الفقهاء خلافاً للحنفية. أما الزوائد المتولدة، كولد الدابة ولبنها وصفوفها وثمر الشجر، فإنه تحكم فيها قاعدة شرعية أخرى تجعلها لمالك أصلها المتولدة منه دون النظر إلى الضمان وعدمه؛ لأن من أسباب الملكية التولد من المملوك. انظر: الزرقا شرح قاعدة الخراج بالضمان من كتاب المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص1037. وهذا من جملة فقه الواقع وهو معرفة سبب الورد الذي يعين على فهم النص، وإنزاله على الواقع التطبيقي.

المذهب⁽⁹⁹⁾. يقول القرضاوي: «إذا نظرنا إلى طبيعة عصرنا، وجدنا ظروف العمل اليوم كثيراً ما تقتضي الاغتراب من قُطر إلى آخر، وفي القطر الواحد من إقليم إلى إقليم، فلو لم ترافق المرأة زوجها لأصابه ضرر كبير أيضاً، كما أن الخوف الذي كان يحدث في الماضي من انقطاع المرأة عن أهلها بالغربة لم يعد قائماً الآن؛ لسهولة الاتصالات البريدية والبرقية، والهاتفية فوجب حينئذٍ تغيير الفتوى مرة أخرى، والعودة إلى الحكم القديم»⁽¹⁰⁰⁾.

نلاحظ أن اجتهاد القرضاوي بني على أن العلة التي كانت مناط المنع انتفت في الواقع الحالي، وعليه تبدل الفتوى لانتهاء العلة في الواقع الجديد، وما كان هذا التغيير إلا لظروف التقدم العلمي الذي سيكون محور حديثنا في المطلب القادم.

- القاضي يقضي بعلمه الشخصي في الحوادث:

وهذا في أصل المذهب الحنفي وغيره⁽¹⁰¹⁾ أي: أن علمه بالوقائع المتنازع فيها يصح مستنداً لقضائه، ويغني المدعي عن إثبات مدعاه بالبيّنة، فيكون علم القاضي بواقع الحال هو البيّنة، وفي ذلك أفضيةٌ مأثورة عن عمر - رضي الله عنه - وغيره، ولكن لوحظ فيما بعد أن القضاة قد غلب عليهم الفساد والسوء وأخذ الرشاوي، ولم يعد يختار للقضاء الأوفر ثقة، وعفة، وكفاية، بل الأكثر ترلُفاً إلى الولاية، وسعيّاً إلى استرضائهم، وإلحافاً في الطلب؛ لذلك أفتى المتأخرون بأنه لا يصحّ أن يقضي القاضي بعلمه الشخصي في القضاء، بل لا بدّ أن يستند قضاؤه إلى البيّنات المثبتة في مجلس القضاء. حتى لو شاهد القاضي بنفسه عقداً، أو قرضاً، أو واقعة ما بين اثنين خارج مجلس القضاء،

(99) الحصكفي، علاء الدين. الدر المختار، بيروت: دار الفكر، 1386هـ، ج3، ص124.
(100) القرضاوي. السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، مرجع سابق، ص299.

(101) ابن عابدين. حاشية ابن عابدين، مرجع سابق ج5، ص438-439. وانظر أيضاً:
- السغدّي، أبو الحسن علي بن الحسين. فتاوى السغدّي، تحقيق: صلاح الدين الناهي، عمان: دار الفرقان، 1984م، ج2، ص637.

ثم ادعى به أحدهما، وجحدها الآخر، فليس للقاضي أن يقضي للمدعي بلا بينة، إذ لو ساغ ذلك بعدما فسدت ذمم كثير من القضاة، لزعموا العلم بالوقائع زوراً، وميلاً إلى الأقوى وسيلة من الخصمين، فهذا المنع وإن أضع بعض الحقوق لفقدان الإثبات لكنّه يدفع باطلاً كثيراً، وهكذا استقر عمل المتأخرين على عدم نفاذ قضاء القاضي بعلمه. وعلى أنّ للقاضي أن يعتمد على علمه في غير القضاء من أمور الحسبة والتدابير الإدارية الاحتياطية، كما لو علم ببينونة امرأة مع استمرار الخلطة بينها وبين زوجها، أو علم بغصب مال؛ فإنّ له أن يحول بين الرجل ومطلقته، وأن يضع المال المغصوب عند أمين إلى حين الإثبات⁽¹⁰²⁾.

وهناك أمثلة كثيرة لا يتسع المجال لإيرادها، وأحيل المستزيد إلى ما فصله ابن عابدين في رسالته القيّمة نشر العرف فيما بُني من الأحكام على العرف⁽¹⁰³⁾، وما كتبه الزرقا في المدخل الفقهي العام عند الحديث عن نظرية العرف وملحقاتها⁽¹⁰⁴⁾.

وأختم الحديث بما قاله الزرقا بعد أن حشد مجموعة كبيرة من الأمثلة: «الأحكام الواردة في السنة النبوية نفسها إذا كان منها شيء مبنياً على رعاية أحوال الناس وأخلاقهم في عصر النبوة، ثم تبدلت أحوالهم وفسدت أخلاقهم؛ وجب تبديل الحكم النبوي تبعاً لذلك إلى ما يوافق غرض الشارع في جلب المصالح ودرء المفاسد وصيانة الحقوق، وعلى هذا المبدأ سار الصحابة الكرام، كما في مسألة ضوَالّ الإبل⁽¹⁰⁵⁾».

(102) الزرقا. المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص948.

(103) ابن عابدين. رسالة نشر العرف، مرجع سابق، ج2، ص125 وما بعدها.

(104) الزرقا. المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص948. ومن الأمثلة قبول شهادة الأمثل فالأمثل، لندرة العدالة في الناس لفساد الناس. وكذلك أخذ الأجرة على تعليم القرآن لقلة المتبرعين، وأمثلة عديدة ذكرت فلتراجع.

(105) المرجع السابق، ج2، ص950. ومسألة ضوَالّ الإبل سبق الإشارة إليها، وكان اجتهاد عثمان على التقاطها وبيعها، على خلاف ما أمر به النبي لتبدل الحال، وفساد الأخلاق، والذمم. وإن كان فعله مخالفاً لأمر النبي في الظاهر، ولكنه موافق لمقصوده.

2. تغيير الأحكام الاجتهادية بسبب التقدم العلمي وتطور الوسائل

إن التقدم العلمي الذي أفرزته الأبحاث العلمية، كان له أثر كبير في تصحيح المفاهيم، وبناء أحكام شرعية سليمة مستمدة من الحقائق العلمية الثابتة. ونضرب مثلاً يبين لنا أثر التقدم العلمي في الاجتهاد، وكيف أن التقدم العلمي يساهم في إنارة الطريق للاجتهاد الحقّ المطابق للحقّ.

- مسألة أكثر مدّة الحمل :

نقل ابن العربي عند بيان الأحكام المتعلقة بقوله تعالى: ﴿اللَّهُ يَعْلَمُ مَا تَحْمِلُ كُلُّ أُنْثَىٰ وَمَا تَغِيصُ الْأَرْحَامُ وَمَا تَزْدَادُ وَكُلُّ شَيْءٍ عِنْدَهُ بِمِقْدَارٍ﴾ [الرعد: 8] تسعة أقوال في أكثر مدة الحمل! وقد أوصلت بعض الأقوال أكثر مدة الحمل إلى عشرة أعوام! وأوسع الدم على من جعل أكثر مدة الحمل تسعة أشهر فقط! (106) قال الإمام القرافي في كتابه الفروق في الفرق (239) بين قاعدة ما عدّ من الغالب، وبين قاعدة ما ألغى من الغالب، وقد يعد النادر معه، وقد يلغيان ما ألغى الغالب، وقُدّم النادر وأثبت حكمه دونه رحمةً بالعباد. قال: «إذا جاء الولد بعد خمس سنين من امرأة طلقها زوجها دار بين أن يكون زنا وهو الغالب، وبين أن يكون تأخر في بطن أمه، وهو نادر بالنسبة إلى وقوع الزنا في الوجود، فقد ألغى الشارع الغالب، وأثبت حكم النادر، وهو تأخر الحمل؛ رحمةً بالعباد لحصول الستر عليهم، وصون أعراضهم من الهتك» (107).

نلاحظ أثر التقدم العلمي في عدم اعتبار هذه الآراء في واقعنا، ذلك أن الأقوال التي نقلها ابن العربي في أكثر مدة الحمل من السنتين إلى العشرة يكذبها الواقع عن طريق الكشف بواسطة الأجهزة الحديثة. والرأي الذي استنكره هو الذي أثبتته البحث الطبي، وصدّقه الواقع الحسي، وما ذهب إليه القرافي في فروقه، من تقديم النادر على الغالب في المثال الذي ذكره لا

(106) ابن العربي. أحكام القرآن، مرجع سابق، ج3، ص80.

(107) القرافي. أنوار البروق، مرجع سابق، ج4، ص1262.

ينطبق الآن؛ لأن النادر الذي عدّه هو في الحقيقة مستحيل علمياً -أقصد استمرار الحمل مدة خمس سنوات. وبناء على هذه الحقائق العلمية وضعت التشريعات والقوانين، ومن ذلك المادة (147) من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (61) لسنة 1976م ونصها: «لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد، ولا ولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها، ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة»⁽¹⁰⁸⁾.

- علم الكيمياء والتطور العلمي: لقد أدى التقدم العلمي إلى تغير النظرة إلى كثير من العلوم كما في علم الكيمياء أو السيمياء⁽¹⁰⁹⁾. وعلم الكيمياء: علم يعرف به طرق سلب الخواص من الجواهر المعدنية وجلب خاصية جديدة إليها⁽¹¹⁰⁾. ويعود ظهور هذا العلم إلى زمن موغل في القدم، وقد اصطبغت به الحضارة القديمة التي سادت كلا من الهند والصين، وكانت الكيمياء لصيقة بكثير من الخرافات والأخيلة التي تشبه السحر؛ ولذلك فقد حرّمها ابن تيمية؛ لما اختلط بها من السحر والشعوذة حيث قال: «إن أهل الكيمياء من أعظم الناس غشاً»⁽¹¹¹⁾.

إن هذه النظرة لهذا العلم بنيت على الواقع الذي عاشه ابن تيمية، أما واقعنا الحالي ومن خلال المنهج التجريبي، والتقدم العلمي التقني يبين لنا أن هذا العلم من العلوم المهمة التي يحتاجها الإنسان في الحياة العملية.

لم يجمد الحكم الشرعي على الوسائل التي لم ترد لذاتها، ولم ينط

(108) قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 61 لسنة 1976، وقد جاء في الأسباب الموجبة لوضع هذه المادة والخروج عن المذهب الحنفي فيها، الحقائق العلمية الناتجة عن التطور العلمي

(109) بلمهدي، يوسف. البعد الزماني والمكاني وأثرهما في الفتوى، دمشق: دار الشهاب، 2002م، ص129. وسميت بالسيمياء؛ لأنها تدخل فيها السموم.

(110) خليفة، حاجي. كشف الظنون، مرجع سابق، ج2، ص1526. هذا التعريف يذكر إحدى وظائف علم الكيمياء، وبعد التقدم العلمي تعددت وظائف وفوائد هذا العلم إلى ما لا يمكن حصره.

(111) ابن تيمية. كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه، مرجع سابق، ج29، ص371.

الحكم بها دون غيرها، والعبرة بالمآلات والمقاصد والغايات. ولذلك فرق علماؤنا بين ما هو في حكم الوسائل وبين ما يمثل مقصداً بذاته، ومن الأمثلة على تغير الأحكام الاجتهادية بفعل تطور الوسائل:

- أوجب الشرع الإسلامي على كلِّ زوجة تطلق من زوجها عدّة تعتمدها، وهي أن تمكث مدة معيّنة يمنع فيها زواجها برجل آخر؛ وذلك لمقاصد شرعية تعدّ من النظام العام في الإسلام، أهمها، تحقّق فراغ رحمها من الحمل؛ منعاً لاختلاط الأنساب. وكان في الحالات التي يقضي فيها القاضي بالتطليق، أو بفسخ النكاح، اعتبار المرأة داخلة في العدّة، ويبدأ حساب عدّتها من فور قضاء القاضي بالفرقة، لأنّ حكم القاضي في الماضي كان يصدر مبرماً واجب التنفيذ فوراً؛ لأنّ القضاء كان مؤسساً شرعاً على درجة واحدة، وليس فوق القاضي أحد له حق النظر في قضائه.

لكن اليوم قد أصبح النظام القضائي لدينا يجعل قضاء القاضي خاضعاً للطعن بطريق الاستئناف، أو بطريق النقض، أو بكليهما، وهذا التنظيم القضائي الجديد لا ينافي الشرع؛ لأنه من الأمور الاستصلاحية الخاضعة لقاعدة المصالح المرسلة. فإذا قضى القاضي اليوم بالفرقة بين الزوجين وجب أن لا تدخل المرأة في العدّة إلّا بعد أن يصبح قضاؤه مبرماً غير خاضع لطريق من طرق الطعن القضائي. وذلك إمّا بانقضاء المهل القانونية دون طعن من الخصم، أو بإبرام الحكم المطعون فيه، لدى المحكمة المطعون لديها، ورفضها للطعن حين ترى الحكم موافقاً للأصول. فمن هذا الوقت يجب اليوم أن تدخل المرأة في العدّة ويبدأ حسابها لا من وقت صدور الحكم الابتدائي؛ لأنها لو اعتدت منذ صدور الحكم الابتدائي لربما تنقضي عدتها، وتتحرّر من آثار الزوجية قبل الفصل في الطعن المرفوع على حكم القاضي الأول بانحلال الزوجية، ثمّ ينقض هذا الحكم لخلل تراه المحكمة العليا فيه، وهذا النقض يرفع الحكم السابق، ويوجب عودة الزوجية. فكيف يمكن ذلك بعد أن تصبح المرأة متحررة من آثار الزواج بانقضاء عدتها، وقد ساغ لها أن تتزوج زوجاً آخر، وقد تكون تزوجت فعلاً؟!

وقد عد الزرقا أن الحكم الابتدائي الأول بالفرقة كحكم معلق على

الإبرام، أي؛ يعدّ مشروع فرقة لا تسري نتائجه -لاسيما العدة- إلا بعد صيرورته مبرماً⁽¹¹²⁾. قال إسماعيل كوكسال: «إذا كان الغاية من الحجر على السفية أن لا يفعل شيئاً، فهذا ممكن بالتشهير والإعلان؛ لأن الإعلان والتشهير يكفیان للحجر، ويناسبان المصلحة أكثر». ⁽¹¹³⁾ أقول إنّ المسألة تخضع للموازنة في تقدير الضرر بالحجر عليه، أو بالتشهير، فقد تكون المفسدة بالتشهير والإعلان أكبر من المصلحة، لسمعة الشخص والعائلة. ويقول علي جمعة عند تعليقه وفهمه لحديث النبي ﷺ: «لا تبع ما ليس عندك»⁽¹¹⁴⁾ يقول في تفسير «عندك» ظرف زمان، ومكان، وملك، والحكم بمعنى حكمك، فإن جعلنا الكاف في «عندك» موجهة إلى التاجر الفرد الذي تحكم تجارته قواعد السوق البسيطة، فإن «عند» هنا تكون ظرف مكان، كما فقهها الفقهاء السابقون. أما إذا حكم السوق أعراف أخرى لاختلاف طبائع الاتصال، وطبائع أحجام الأعمال، وغيرها من تأثير مكونات الواقع، وعوامل إنتاجه الحقيقية المتمثلة بتطور المعرفة، وإرادة أعراف التجار، فلا بدّ أن تفسّر «عندك» بمعنى في حكمك، وتحت سيطرتك، وتخرج من ظرفية المكان⁽¹¹⁵⁾.

نلاحظ أثر اختلاف الواقع بما يتعلق بتطور الوسائل والتقدم العلمي، واختلاف العرف التعامل في تفسير دلالات النص بما يحقق مقاصده وغاياته ضمن الإطار اللغوي، فالاجتهاد لا بدّ أن ينضبط بالإطار اللغوي والمقصد الشرعي.

(112) الزرقا. المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص956.

(113) كوكسال، إسماعيل. تغيير الأحكام في الشريعة الإسلامية، بيروت: مؤسسة الرسالة، 2000م، ص151.

(114) الترمذي. جامع الترمذي، مرجع سابق، كتاب: البيوع عن رسول الله، باب: ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، حديث رقم: 1232، ص300، وقال عنه الترمذي: حديث حسن. وقال عنه الألباني: حديث صحيح، في: الألباني. صحيح سنن الترمذي، مرجع سابق، حديث رقم: 986-1255، ج2، ص9.

(115) جمعة، علي. قضية تجديد أصول الفقه، القاهرة: دار هداية، 1993م، ص50. وانظر أيضاً:

- أبو مؤنس. الثواب والمتغيرات في التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص337.

وممن فصل في هذا المجال - تغير الأحكام الاجتهادية بفعل التقدم العلمي وتتطور الوسائل - جمال الدين عطية في كتابه الواقع والمثال في الفكر الإسلامي المعاصر، في باب: أثر تغير الواقع في الحكم تغيراً واستحداثاً، وقد حشد جملة من الأمثلة الفقهية التي تغير الاجتهاد فيها تبعاً لهذا التقدم بما يحقق مقاصدها والغايات التي جاءت لتحقيقها، ونذكر جملة من هذه الأمثلة التي دعا إلى إعادة النظر في الاجتهاد فيها:

- ما طرأ على مجلس العقد، إن التقدم العلمي المتسارع الذي أفرز وسائل الاتصالات من هواتف وفاكس، وشراء المأكولات عن طريق الصناديق وسحب النقود عن طريق بطاقات الائتمان، الخ. كل ذلك لا يتحقق فيه الإيجاب والقبول اللفظي الذي بحثه المتقدمون من الفقهاء. يقول جمال الدين عطية: «الاجتهاد الذي ينبغي يحتاج إلى تنظيم المسألة تنظيمًا لا ينطلق من صورة مجلس العقد التي جاءت بها الأحكام الأصلية، وإنما ينطلق من مقصد هذه الأحكام، وهو ضبط الإيجاب الصادر من أحد الطرفين، وتحديد المدة التي يبقى فيها هذا الإيجاب ملزماً وصالحاً لملاقة القبول عليه من الطرف الآخر مع تحديد صورة القبول، وضبط وسائل الإثبات، وكل ذلك بما ينفي الجهالة والنزاع. ومن الضروري الاطلاع على الوسائل التي لجأت إليها القوانين الوضعية لمقابلة هذه التطورات للاستفادة منها .

- اشتراط التسليم يداً بيد في عقد الصرف:

وصل التشديد في منع تأجيل دفع أحد البديلين إلى عدم جواز استمهال أحدهما إلى الآخر للدخول إلى منزله، وإحضار البديل المقابل. ولكن تطور المعاملات، واختلاف مكان تسليم كل من البديلين أظهر إلى بؤرة النشاط المالي عقود السفتجة⁽¹¹⁶⁾ وحوالة النقود من بلد إلى آخر. وبعد ظهور البنوك

(116) السفتجة: كتاب لصاحب المال إلى وكيله في بلد آخر ليدفع إليه بدله، وفائدته السلامة من خطر الطريق ومؤونة الحمل. انظر: البعلي، أبو عبد الله محمد بن أبي الفتح. المطلع على أبواب المقنع، تحقيق: محمد بشير الأدلبي، بيروت: المكتب الإسلامي، 1981م، ج1، ص261. وقال القونوي في أصل الكلمة: تعريب سفتته، وهي شيء محكم، أو مجوف سمّي هذا القرض بها؛ لأنه لإحكام أمره، أو لأنه شبه له بوضع =

الحديثة أصبحت عملية الصرف من عملة إلى أخرى، أو حوالة العملة الواحدة من مكان إلى آخر تستلزم فترة زمنية بين دفع البديلين في مكان ما، واستلام البديل الآخر في مكان آخر. بل إن العمل في بورصة الذهب في لندن يجري على إرجاء التسليم (36) ساعة نظراً لأن العقد يتم داخل مكان البورصة، بينما عين الذهب تكون مودعة في خزائن البائعين، أو بنوكهم المتناثرة في أنحاء العالم .

وأمام هذا التطور نشأ اصطلاح التسليم الحكمي، وأعطى حكم التسليم الحقيقي، مع أنه لا تتوافر فيه شروط التسليم وفقاً للفقه التقليدي. وهنا يلزمنا عند تطوير هذا الحكم أن نعود إلى الحكمة من اشتراط التسليم يداً بيد، وهي تحاشي أن يكون تأجيل دفع البديل الآخر قد عدّ عند تحديد سعر المبادلة، وبذلك يكون قد دخلها عنصر ربوي هو الزيادة مقابل الأجل⁽¹¹⁷⁾.

ومن المسائل التي دعا إلى الاجتهاد فيها: النقود وأحكامها، وذلك لأن الصور الحديثة للنقود لا تقوم بكامل الوظائف التي كانت تقوم بها النقود الذهبية والفضية، بل إن بعضها لا يؤدي إلا وظيفة واحدة منقوصة غير كاملة. فالنقود وظيفتها أنها أداة للتبادل، ومقياس للقيمة، ومخزن للقيمة أيضاً، فالنقود الورقية تقوم بوظيفة التبادل، ولكن قيامها بوظيفتي القياس والمخزن للقيم يشوبه كثير من الاضطراب؛ بسبب تذبذب قوتها الشرائية، وتدهورها على المدى المتوسط والطويل. والاجتهاد الذي ينبغي: هو تحليل الأحكام التقليدية للنقود وربطها بوظائفها المختلفة حتى يتيسر نقل الحكم القديم مرتبطاً بوظيفة النقود إلى الصورة الجديدة بما تؤديه من وظيفة كلية أو جزئية⁽¹¹⁸⁾.

وقبل أن نتجاوز هذه القضية أختتم بكلمة جامعة يلخصها لنا الزرقا: «إن

= الدراهم في الأشياء المحجوفة. انظر: القنوي، قاسم بن عبد الله بن أمير. أنيس الفقهاء، تحقيق: أحمد عبد الزراق الكبيسي، جدة: دار الوفاء، 1406هـ، ج 1، ص 226. (117) عطية. الواقع والمثال في الفكر الإسلامي المعاصر، مرجع سابق، ص 211-212. بتصرف.

(118) المرجع السابق، بتصرف. وهناك أمثلة عديدة لا يتسع المجال لتعدادها ومن رام الاستزادة فليرجع إلى الكتاب المذكور.

الأحكام الاجتهادية التي أسسها الاجتهاد في ظروف مختلفة عن واقعنا، والتي لا تحقق الغاية الشرعية عند تطبيقها في زمننا، يجب أن تتغير إلى الشكل الذي يتناسب مع الأوضاع القائمة، ويحقق الغاية الشرعية من الحكم الأصلي. وذلك نظير السفينة الشراعية التي تقصد اتجاهاً معيناً في ربح شمالية مثلاً فإن شراعها يقام على شكل يسير بالسفينة في الاتجاه المطلوب. فإذا انحرف مهبّ الريح، وجب تعديل وضع الشراع إلى شكل يضمن سير السفينة في اتجاهها المقصود، وإلا انحرفت أو توقفت⁽¹¹⁹⁾.

3. الفرق بين الحكم الشرعي والفتوى والقضاء

سبق بيان معنى الفقه، وهو العلم بالأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية. وكما بينا معنى الحكم الشرعي، وهو: هو خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين طلباً، أو اقتضاءً، أو تخيراً⁽¹²⁰⁾. والحكم الشرعي كما سبق بيانه يتصف بالتجريد والعموم غالباً، بمعنى آخر يأخذ صفة التأسيس، والتفصيل دون التطبيق. أما الإفتاء: كما عرفه المناوي في التعاريف: هو بيان حكم الواقع⁽¹²¹⁾. وبناء عليه فهو يأخذ صفة التطبيق، وفي ذلك يقول محمد الطاهر بن عاشور: «الفتوى والقضاء كلاهما تطبيق للتشريع، ويكونان في الغالب لأجل المساواة بين الحكم التشريعي والحكم التطبيقي، بحيث تكون المسألة، أو القضية جزئياً من القاعدة الشرعية الأصلية، بمنزلة لزوم المقدمة الصغرى للكبرى في القياس»⁽¹²²⁾.

ويزيد الأمر وضوحاً تقسيم علي جمعة الأحكام الشرعية إلى ثلاثة مستويات، على مستوى الفقه، وعلى مستوى الفتوى، وعلى مستوى القضاء، أما الذي على

(119) الزرقا. المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص957. بتصرف بسيط.

(120) انظر: ص14.

(121) المناوي، محمد عبد الرؤوف. التعاريف، تحقيق: محمد رضوان الدايه، بيروت: دار الفكر المعاصر، 1410هـ، ج1، ص79.

(122) ابن عاشور، محمد الطاهر. مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق: محمد الطاهر الميساوي، عمان: دار النفائس، 2001م، ص214.

مستوى الفقه فهو معرفة الحكم الشرعي، والواقع المطبق فيه دون تأثير فيه، بينما الحكم الشرعي على مستوى القضاء فيقتضي من القاضي معرفة حكم الله، والواقع الذي أمامه، وقدرته على التغيير فيه، أما المفتي فيعرف حكم الله، ويعرف الواقع الذي سيطبق فيه دون أن يكون له إلزام في التغيير⁽¹²³⁾. وعلى أساس هذا التقسيم كان هناك مراتب للكتب في الفقه الحنفي؛ فهناك كتب مسائل الأصول التي تعرف بكتب ظاهر الرواية، وهي التي تحوي كتب محمد بن الحسن الشيباني الستة⁽¹²⁴⁾، ثم تأتي كتب النوازل في المرتبة الثانية⁽¹²⁵⁾، ثم في المرتبة الثالثة مسائل الفتاوى، أو النوازل، أو الوقاعات. وهي المسائل التي استنبطها المجتهدون المتأخرون فيما سئلوا عنه من مسائل واقعة لم يجدوا فيها رواية لأهل المذهب المتقدمين. مثل كتاب النوازل للسمرقندي، والوقاعات للصدر الشهيد، وفتاوى قاضي خان وغيرها⁽¹²⁶⁾.

وعلى هذا الأساس ألف الإمام القرافي كتابه المعنون الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام عندما فرّق بين الفتاوى والأحكام وتصرفات القاضي والإمام. وألف ابن حمدون أدب المفتي والمستفتي. يقول علي جمعة: «ولذلك رأينا كتب الفتاوى في النسق التعليمي متأخرة عن المتون وعن الشراح والحواشي، ومن أمثلة ذلك فتاوى ابن الصلاح، وابن حجر الهيتمي، وفتاوى الرملي، ابن تيمية وغيرها»⁽¹²⁷⁾.

(123) جمعة، علي. أصول الفقه وعلاقته بالفلسفة الإسلامية، القاهرة: المعهد العالمي للفكر الإسلامي، 1996م، ص34.

(124) وهذه الكتب تضمنت آراء أبي حنيفة، وأبي يوسف، ومحمد رحمهم الله. وكتب محمد الستة هي الأصل؛ المبسوط، الجامع الصغير، الجامع الكبير، السير الصغير، السير الكبير، والزيادات.

(125) وهي المسائل التي رويت عن أصحاب المذهب في غير الكتب الستة.

(126) انظر: تفصيل ذلك عند ابن عابدين، رسم المفتي، ج1، ص17. وانظر أيضاً:

- الحفناوي، محمد إبراهيم. الفتح المبين في تعريف مصطلحات الفقهاء والأصوليين، القاهرة: دار السلام، 2005م، ص52.

(127) جمعة، علي. «كيف نتعامل مع الواقع»، مجلة المسلم المعاصر، عدد: 75-76 (1995م) ص234.

من خلال هذا العرض نخلص إلى نتيجة مفادها أن الحكم الشرعي يتضمن الحكم المجرد، أو ما سماه الشاطبي الاقتضاء الأصلي للحكم، والفتوى والقضاء يبني أساساً على الواقع، فيجعل الظروف المحيطة بالواقعة عنصراً أساسياً في بناء الحكم الشرعي مما يستدعي الاقتضاء التبعية للحكم، وعمل الفقيه والقاضي هنا يكمن في التوفيق بين الحكم التشريعي العام، والحكم التطبيقي الخاص، وهذا يحتاج إلى تحقيق المناط العام وتحقيق المناط الخاص، وكل ذلك من صلب العلم بالواقع. يقول طه جابر العلواني: «الأصل في الفتوى أنها رخصة من مفت مؤهل للفتوى درس الواقعة بجوانبها المختلفة دراسة عميقة، مكنته من حسن تكييفها وتحويلها إلى سؤال فقهي، ثم أحسن الإجابة عنها استناداً إلى الدليل، وإدراكاً للتعليل، وفقهاً لكليات التنزيل»⁽¹²⁸⁾.

وعلى هذا الأساس لا مانع من التعبير بتغيير الأحكام، ذلك أن الحكم الشرعي على ثلاثة مستويات، والتغير يكون في مستوى الفتوى - الأحكام الاجتهادية - كما عبّر عنها الزرقا. ولذلك حرص القرضاوي عند تعليقه على قاعدة «لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان» على تقييد الأحكام بالاجتهادية، أو الاستعاضة عن تعبير الأحكام بالفتوى كما صاغ ذلك ابن القيم في إعلام الموقعين⁽¹²⁹⁾. ونقل القرضاوي الخلاف في تغير الحكم أم الفتوى عن بعض المعاصرين، والحقيقة أن التغير يصيب الحكم ولكنه الحكم الاجتهادي المسمّى بالفتوى من قبل المجتهد، وليس كل حكم.

4. أثر فقه الواقع في ترجيح الآراء الفقهية

إنّ الآراء والنظريات الفقهية في المذاهب المعتمدة، سواء منها الراجح والمرجوح، كلها ثروة تشريعية قيّمة يُحتاج إليها، وقد يظهر تطور المصالح

(128) العلواني. مقاصد الشريعة، مرجع سابق، ص 164 الحاشية.

(129) القرضاوي. السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، مرجع سابق، ص 297. وانظر أيضاً:

- ابن القيم. إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج 3، ص 3.

الزمنية، وإعادة النظر أن ما كان من الآراء الفقهية مرجوحاً هو الذي يجب أن يكون الراجح، وما كان يظن ضعيف المبنى هو في الحقيقة أقوى وأكثر سداداً، ولكن مرأى نظر صاحبه قد كان أمام قافلته بمسافات لا تدركها أبصارهم، فيبقى غير معتمد عليه حتى تصل العصور بالأجيال إلى مرمى ذلك النظر، فإذا هو البصر الحديد، والفهم الرشيد⁽¹³⁰⁾. إن فقه تطبيق الحكم الشرعي في الواقع أرخى بظلاله على الآراء الفقهية المرجوحة في نظر المجتهد ولا أدل على ذلك مما عرف عند المالكية بأصل مراعاة الخلاف.

5. معنى مراعاة الخلاف:

إعطاء كل من دليل القولين ما يقتضيه الآخر أو بعض ما يقتضيه: ففي المسائل المختلف فيها يعمل بأحد القولين ولو كان مرجوحاً؛ استثماراً للخلاف في معالجة ما تؤول إليه الواقعة من مفاصد بعد وقوعها، فيصرف الحكم الذي تترتب عليه مفاصد ولو كان راجحاً، ويطبق عليه الذي تترتب عليه مصالح ولو كان مرجوحاً⁽¹³¹⁾. ومن الأمثلة التي استدلت عليها الشاطبي؛ أن كل نكاح فاسد اختلف في حكمه؛ فإنه يثبت به الميراث، ويفتقر في فسحه إلى الطلاق مراعاة لما يؤول إليه التطبيق من الحاجة إلى إثبات النسب، وغيره⁽¹³²⁾. فإجراء المالكية النكاح الفاسد مجرى الصحيح في هذه الأحكام وفي حرمة المصاهرة، وغير ذلك دليل على الحكم بصحته على الجملة؛ وإلا لكان في حكم الزنا. ومن الأمثلة التي يستشهد بها الشاطبي دخول المأموم مع

(130) الزرقا. المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج1، ص568. ويقول القرضاوي في هذا المعنى: «إن الأفهام المرجوحة من دلالات الأحكام لا ينبغي أن تُسقط في التراث الفقهي، كما جرى عليه الحال في عهود الجمود؛ إذ هي ذخيرة اجتهادية، قد تتكشف الأيام في حياة الأمة عن أوضاع تصلح لها تلك الأفهام علاجاً، فتدرج ضمن ما يراد من خطط الإصلاح المتجددة». انظر:

- القرضاوي، يوسف. شريعة الإسلام، بيروت: المكتب الإسلامي، 1397هـ، ص134.

(131) الشاطبي. الموافقات في أصول الشريعة، مرجع سابق، ج4، ص516.

(132) المرجع السابق.

الإمام في الركوع وتكبيره للركوع ناسياً تكبير الإحرام، ففي هذه الحالة له أن يكمل مع الإمام مراعاة لدليل قول من قال: إن تكبيرة الركوع تجزئ عن تكبيرة الإحرام حيث إن دليل هذا القول عدم جواز إبطال الأعمال⁽¹³³⁾.

وقد سمي القرضاوي الترجيح الفقهي المأخوذ من المذاهب الفقهية الذي ينظر إلى فقهه واقع تطبيق النص بالاجتهاد الانتقائي، والذي يعني: اختيار أحد الآراء المنقولة في تراثنا الفقهي العريض للفتوى أو القضاء به، ترجيحاً له على غيره من الآراء والأقوال الأخرى عن طريق الموازنة بين الأقوال بعضها وبعض، ومراجعة ما استندت إليه من أدلة نصية أو اجتهادية، لنختار في النهاية ما نراه أقوى حجة، وأرجح دليلاً، وفق معايير الترجيح، وهي كثيرة، ومنها: أن يكون القول أليق بأهل زماننا، وأرفق بالناس، وأقرب إلى يسر الشريعة، وأولى بتحقيق مقاصد الشرع، ومصالح الخلق، ودرء المفاسد عنهم⁽¹³⁴⁾.

6. العوامل التي تؤثر في الاجتهاد الانتقائي

وقد ذكر القرضاوي جملة من العوامل التي تؤثر في الاجتهاد الانتقائي نستعرض أهمها:

- التغيرات الاجتماعية والسياسية المحلية والعالمية:

إنّ مما لا ينازع فيه أحد أن عصرنا قد حدثت فيه تغيرات ضخمة في الحياة الاجتماعية، والاقتصادية، والسياسية، والثقافية. وهذه تفرض على الفقيه أن يراجع بعض الأقوال القديمة التي لم تعد تلائم الأوضاع الجديدة بحال، وأن يختار بعض الآراء التي لم يكن لها الأرجحية من قبل، بل لعلها كانت مرجوحة، أو مهجورة. وقد مثل القرضاوي لذلك بأمثلة متعددة منها: منع المرأة من الذهاب للمسجد، حيث يقول: «فهذا إن قيل به في العصور

(133) الشاطبي. الموافقات في أصول الشريعة، مرجع سابق، ج4، ص516.

(134) القرضاوي، يوسف. الاجتهاد المعاصر بين الانضباط والانفراط، بيروت: المكتب الإسلامي، 1998م، ص24.

الماضية يوم كانت المرأة حبيسة بيتها، لا يجوز أن يقال به اليوم، بعد أن خرجت المرأة إلى: المدرسة، والجامعة، والسوق، والمنزله، والعمل. وأصبح المكان الوحيد المحرم عليها هو المسجد! وغدونا نرى كل نساء العالم يذهبن إلى معابدهن: النصرانية تذهب إلى الكنيسة، واليهودية إلى البيعة، والوثنية إلى المعبد. والمسلمة هي الوحيدة المحرومة من المشاركة في العبادة في مساجد الإسلام. على أن المسجد ليس داراً للعبادة فحسب، بل هو جامع للعبادة، وجامعة للعلم ومنتدى للتعارف، ومركز للنشاط، يلتقي فيه أبناء البلد، أو الحي، فيتفقهون، ويتأدبون، ويتعارفون، ويتآلفون، ويتعاونون. وهذا يشمل المؤمنين والمؤمنات: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٌ﴾ [التوبة: 71]. وإذا كان الفقهاء السابقون قد وكلوا إلى الأب، أو الزوج تعليم المرأة، وتفقيها في دينها، فالواقع يقول: إن الآباء والأزواج لم يقوموا بمهمتهم؛ لأنهم أنفسهم كانوا ولا زالوا في حاجة إلى من يفقههم، وفاقد الشيء لا يعطيه. هذا مع أن الحديث الصحيح يقول: «لا تمنعوا إماء الله مساجد الله»⁽¹³⁵⁾، وكان النساء في عصر النبوة يذهبن إلى المسجد، ويحضرن الجماعة، ولازال «باب النساء» في المسجد النبوي معروفاً إلى اليوم.

ومن ذلك ما ذهب إليه الشافعية، والمالكية، ومعظم الحنابلة: أن من حق الأب أن يجبر ابنته البكر البالغة الرشيدة على الزواج بمن يريد، وإن لم يستأذنها بل يزوجها وإن كانت كارهة رافضة؛ بناء على أن الأب أعلم بمصلحتها، وغير متهم في أمرها⁽¹³⁶⁾. وربما يقبل هذا في زمن لم تكن تعرف الفتاة، عمن يتقدم لخطبتها شيئاً إلا عن طريق وليها وأهلها. ولكن

(135) مسلم. الصحيح، مرجع سابق، كتاب: الصلاة، باب: خروج النساء إلى المساجد إذا لم يترتب عليه فتنه، حديث رقم: 422، ص 171.

(136) القرضاوي. الاجتهاد المعاصر بين الانضباط والانفراط، مرجع سابق، ص 32. وانظر أيضاً:

- ابن رشد. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج 2، ص 4. مقدمات كتاب

النكاح. وقد وافق أبا حنيفة في عدم جواز الإيجاب الثوري والأوزاعي وأبو ثور. انظر:

- الشربيني. مغني المحتاج، مرجع سابق، ج 3، ص 147. البهوتي. شرح منتهى

الإرادات، مرجع سابق، ج 2، ص 635.

- ابن الهمام. شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج 3، ص 261.

الظروف الاجتماعية الحديثة التي هيأت للمرأة أن تتعلم، وتثقف وتعمل، وتطلع على الكثير من شؤون الحياة والمجتمع والعالم، تجعل الفقيه المعاصر يختار في هذه القضية مذهب أبي حنيفة، وأصحابه ومن وافقهم من الأئمة، الذي جعل الأمر إلى الفتاة، واشترط رضاها وإذنها، وهو ما دلت عليه الأحاديث الصحيحة: أن البكر تستأذن وإذنها صمتها كما في الصحيحين⁽¹³⁷⁾، وفي سنن النسائي: أن أباً زوج ابنته من ابن أخيه وهي له كارهة، فشكت ذلك إلى النبي ﷺ، فجعل الأمر إليها. فلما تقرر لها هذا الحق قالت: «يا رسول الله قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أردت أن يعلم الآباء أن ليس لهم من الأمر شيء»⁽¹³⁸⁾.

ومن التغيرات المعاصرة المهمة: التغير في المجال الاقتصادي، ولا سيما ما كان في صالح الفئات الضعيفة والمسحوق في المجتمع، وهذا ما يوجه الفقه الاقتصادي إلى ترجيح الأقوال التي تشد أزر هؤلاء، وتقلل الفوارق بين الطبقات، فتحد من طغيان الأغنياء، وترفع من مستوى الفقراء. ومن هنا رجح الفقه المعاصر قول أبي يوسف: «كل ما يضر بالناس حبسه فهو احتكار، سواء كان قوتا أم غيره»⁽¹³⁹⁾. وهذا ما رجحه محمد فتحي الدريني في دراسته المفصلة لنظرية الاحتكار ومن ثم اتبع ذلك بجواز التسعير، بل وجوبه إذا تلاعب التجار بالأسعار، واحتكروا السلع؛ لرفع الضرر عن الناس، وإلزام التجار بالعدل الذي ألزمهم الله به⁽¹⁴⁰⁾.

(137) البخاري. الصحيح، كتاب: النكاح، باب: لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها، حديث رقم: 5136، ص 1018، مسلم. الصحيح، مرجع سابق، كتاب: النكاح، باب: استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، حديث رقم: 1419، ص 528.

(138) النسائي. سنن النسائي، مرجع سابق، كتاب: النكاح، باب: البكر يزوجه أبوها وهي كارهة، حديث رقم: 3269، ص 346. وقال عنه الألباني: ضعيف شاذ، في: الألباني، محمد ناصر الدين. ضعيف سنن النسائي، أشرف على استخراج وطباعته: زهير الشاويش، بيروت: المكتب الإسلامي، 1990م، حديث رقم: 3269-208، ص 117-118.

(139) قول أبي يوسف عند: ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، بيروت: دار المعرفة، د.ت، ج 8، ص 229.

(140) الدريني. نظرية الاحتكار في الفقه الإسلامي، ضمن كتاب: بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مرجع سابق، ص 443-529.

وفي المجال السياسي عرف الناس في عصرنا تنظيم حق الشعوب في اختيار حكامها ومحاسبتهم وتقييد سلطتهم، وعزلهم إذا خانوا دستور البلاد. ومثل هذا المناخ الفكري يجعل القول بأن الشورى معلمة لا ملزمة، لم يعد قولاً مقبولاً في هذا العصر. وغدا القول المنصور اليوم في نظر الفقه العصري: أن الشورى ملزمة. ولا يجوز للحاكم المسلم أن يستشير أهل الحل والعقد ثم يضرب بآرائهم -أو بآراء أغلبيتهم- عرض الحائط، وينفذ ما يراه هو، وأي قيمة للشورى حينئذ إذا كان رأي الحاكم هو الذي يمضي؟ وماذا يحل أو يعقد أهل الحل والعقد إذا كانوا يشاورون ويخالفون؟⁽¹⁴¹⁾.

- معارف العصر وعلومه

ومن العوامل المؤثرة في ترجيح رأي على آخر في عصرنا، ما توافر لدينا اليوم من علوم ومعارف لم تكن لدى أسلافنا من فقهاء الأمة، لاسيما في مجال العلوم الطبيعية والكونية التي يعرف منها التلميذ في المرحلة الابتدائية في عصرنا ما لم يكن يعرفه أكبر الفلاسفة في العصور الماضية.

فهذه المعارف الجديدة قد صححت للمعاصرين كثيراً من المعلومات القديمة في الطبيعة، أو الفلك، والكيمياء، والأحياء، والطب، والتشريح، ووظائف الأعضاء، وغيرها. كما أنها أعطت الإنسان أدوات للمعرفة الصحيحة، ومقاييس لاختيارها، لم تكن معروفة من قبل. وهذه المعارف التي تتسع وتنمو يوماً بعد يوم، بل ساعة بعد ساعة، تمنح الفقيه المعاصر قدرة على أن يحكم على بعض الأقوال الفقهية الموروثة بالضعف، وعلى أخرى بالصحة والرجحان⁽¹⁴²⁾.

(141) انظر: الرأي الذي رجّحه عبدالله زيد الكيلاني في كتابه القيود الواردة على سلطة الدولة في الإسلام وضماناتها، عمان: دار البشير، 1997م، ص155 وما بعدها

(142) القرضاوي. الاجتهاد المعاصر بين الانضباط والانفراط، مرجع سابق، ص34. ومن الأمثلة على ذلك ما ذكرناه عن أقصى مدة الحمل راجع ص111 وما بعدها.

- ضرورات العصر وحاجاته

وعامل آخر له أهميته في مجال الاجتهاد الانتقائي، وهو ضرورات العصر وحاجاته، التي تفرض على الفقيه المعاصر الاتجاه إلى مراعاة الواقع، والتيسير والتخفيف في الأحكام الفرعية العملية، سواء في العبادات، أم المعاملات. ولا سيما من كان يجتهد لعموم الناس، فإن المطلوب منه رعاية الضرورات، والأعدار، والحالات الاستثنائية، عملاً بالتوجيه القرآني: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: 185]، والتوجيه النبوي: «يسروا ولا تعسروا»⁽¹⁴³⁾، ولذلك وجدت قاعدة فقهية: «الحاجة تنزل منزلة الضرورة سواء كانت عامة، أو خاصة»⁽¹⁴⁴⁾.

هذه الضرورات هي التي جعلت الكثيرين من أهل الفتوى يأخذون برأي ابن تيمية وابن القيم في جواز طواف الحائض في الحج طواف الإفاضة -بعد تحفظها واحتياطها من نزول الدم- إذا كانت لا تستطيع التخلف عن رفقتها، ومواعيد رجوعها في الباخرة، أو الطائرة ونحوها⁽¹⁴⁵⁾. وهي التي جعلتهم يفتون أيضاً بجواز الرمي قبل الزوال في منى، نظراً لضرورات الزحام الهائل الذي جعل الناس يرمون من الصباح إلى منتصف الليل ولا تنقطع الأمواج البشرية المتلاطمة.

وقد أيد القرضاوي هذا الرأي، ونقل فتوى عبد الله بن زيد المحمود في رسالته «يسر الإسلام» إلى جواز الرمي قبل الزوال في الحج، موافقاً في ذلك رأي فقيهين من فقهاء التابعين هما: عطاء وطاووس، ومستنداً إلى عدد من الحجج والاعتبارات الشرعية القوية، منها: الحاجة التي تبلغ مبلغ الضرورة

(143) البخاري. الصحيح، مرجع سابق، كتاب: الأدب، باب: قول النبي يسروا ولا تعسروا، حديث رقم: 6125، ص 1181. وانظر أيضاً:

- مسلم. الصحيح، مرجع سابق، كتاب: الجهاد والسير، باب: في الأمر بالتيسير وترك التنفير، حديث رقم: 1732، ص 689.

(144) الزرقا، أحمد محمد. شرح القواعد الفقهية، اعتنى بها: د.عبد الستار أبو غدة، دمشق: دار القلم، 2001م، القاعدة 31. ص 209.

(145) انظر: تفصيل المسألة عند ابن القيم. إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج 3، ص 11-22.

في بعض الأعوام حينما يشتد الزحام حتى يهلك الناس تحت الأقدام، كما في المواسم المتأخرة من عام 1403هـ وما بعدها؛ إذ بدأ تزايد الحجاج على ثلاثة ملايين حاج. إن اليسر الذي قامت عليه الشريعة بصفة عامة، وفي الحج بصفة خاصة، يستوحى من حديث النبي ﷺ، ما سئل عن أمر قدم ولا أخر من أفعال الحج إلا قال: «افعل ولا حرج»⁽¹⁴⁶⁾. وإن الرمي من الأمور التي تحدث بعد التحلل النهائي من الإحرام بالحج. وإن القصد من الرمي هو الذكر كما في الحديث «إنما جعل رمي الجمار، والسعي بين الصفا والمروة، لإقامة ذكر الله تعالى»⁽¹⁴⁷⁾. وقال تعالى: ﴿وَأَذْكُرُوا اللَّهَ فِي أَيَّامٍ مَّعْدُودَاتٍ﴾ [البقرة: 203]⁽¹⁴⁸⁾ وأجمع العلماء على أنها أيام التشريق الثلاثة من الحادي عشر إلى الثالث عشر من ذي الحجة⁽¹⁴⁹⁾. وذكر الله في هذه الأيام هو التكبير في أدبار الصلوات، والدعاء والتكبير عند رمي الجمار؛ ولهذا كان النبي ﷺ يخصص هذا المقام بتطويل الوقوف للذكر والدعاء والابتهاال. وأجاز أبو حنيفة الرمي قبل الزوال، وأجاز الحنفية تأخير الرمي إلى الليل⁽¹⁵⁰⁾، وكذلك أجاز معظم الحنابلة تأخير الرمي إلى اليوم الأخير وإلى الليل⁽¹⁵¹⁾. وكذلك لم يأت نص بالنهي عن الرمي قبل الزوال، وكل ما ورد أن النبي ﷺ رمى بعد الزوال.

(146) البخاري. الصحيح، مرجع سابق، كتاب: الحج، باب: الفتيا على الذابة عند الجمرة، حديث رقم: 1736، ص 331. وانظر أيضاً:

- مسلم، الصحيح، مرجع سابق، كتاب: الحج، باب: من حلق قبل النحر أو نحر قبل الرمي، حديث رقم: 1306، ص 486.

(147) الترمذي. جامع الترمذي، مرجع سابق، كتاب: الحج عن رسول الله، باب: ما جاء كيف ترمى الجمار، حديث رقم: 902، ص 222. قال عنه الألباني: ضعيف، في: الألباني، محمد ناصر الدين. ضعيف سنن الترمذي، أشرف على استخراج وطباعته: زهير الشاويش، بيروت: المكتب الإسلامي، 1991م، حديث رقم: 154-910، ص 105.

(148) والآية هي: ﴿وَأَذْكُرُوا اللَّهَ فِي أَيَّامٍ مَّعْدُودَاتٍ فَمَنْ تَعَجَّلَ فِي يَوْمَيْنِ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ وَمَنْ تَأَخَّرَ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ لِمَنِ اتَّقَىٰ وَآتَقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّكُمْ إِلَيْهِ تُحْشَرُونَ﴾ [البقرة: 203].

(149) الجصاص. أحكام القرآن، مرجع سابق، ج 1، ص 393. انظر أيضاً:

- القرطبي. الاجتهاد المعاصر بين الانضباط والانفراط، مرجع سابق، ص 34.

(150) الكاساني. بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 2، ص 138.

(151) وأجاز ابن الجوزي الرمي قبل الزوال كما نقل عنه المرادوي، أبو الحسن، علي =

ومجرد فعله ﷺ لا يدل على أكثر من المشروعية، أو الاستحباب، أما الجوب فلا بد له من دليل آخر. وقوله ﷺ: «لتأخذوا مناسككم، فإنني لا أدري لعلّي لا أحج بعد حجتي هذه»⁽¹⁵²⁾ لا يدل على أن كل أفعال الحج مأخوذة عنه واجبة، كما أن قوله: «صلوا كما رأيتموني أصلي»⁽¹⁵³⁾ لا يدل على أن كل أفعال الصلاة المرورية عنه واجبة ففيها الركن، والواجب، والمستحب⁽¹⁵⁴⁾.

خامساً: أثر الواقع في الترجيح الفقهي

مراعاة الواقع إبان الاجتهاد كان له دور في ترجيح الآراء الفقهية سواء في المذهب الواحد، أو في المذاهب المختلفة للمجتهد المعاصر المتحرر من ربة التقليد المذهبي. وأضرب جملة من الأمثلة تبين أثر الواقع في الترجيح الفقهي مبتدئاً من الترجيح على مستوى المذهب الواحد، ومن ثم أثر الواقع المعاصر في الترجيح الفقهي.

1. أثر الواقع في الترجيح الفقهي على مستوى المذهب الواحد

ومثال ذلك هو من يؤخذ منه عشر الأراضي، المستأجر أم من المؤجر؟ ذكر ابن عابدين هذه المسألة في رسالته نشر العرف، وذكر آراء فقهاء المذهب، حيث كان رأي أبي حنيفة أن العشر يؤخذ من المؤجر، بينما كان رأي الإمامين أبي يوسف ومحمد أن العشر يؤخذ من المستأجر. يقول ابن عابدين: «وقد وقعت هذه الحادثة في زماننا، وتكرّر السؤال عنها، وملت فيها إلى الجواب بقول الإمامين؛ لأنه يلزم على قول الإمام في زماننا حصول ضرر

= ابن سليمان. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق: محمد حامد الفقي، بيروت: دار إحياء التراث، د.ت، ج4، ص45.
(152) مسلم. الصحيح، مرجع سابق، كتاب: الحج، باب: استحباب رمي جمرة العقبة يوم النحر ركباً، حديث رقم: 1297، ص483.
(153) البخاري. الصحيح، مرجع سابق، كتاب: الأذان، باب: الأذان للمسافر، حديث رقم: 631، ص137.

(154) القرضاوي. الاجتهاد المعاصر بين الانضباط والانفراط، مرجع سابق، ص29.

عظيم على جهة الأوقاف وغيرها لا يقول به أحد، وذلك أنه جرت العادة في زماننا أن أصحاب الثمار والزعماء الذين هم وكلاء مولانا السلطان - نصره الله - يأخذون العشر والخراج من المستأجرين، وكذا جرت العادة أيضاً أن حكام السياسة يأخذون الغرامات الواردة على الأراضي من المستأجرين أيضاً، وغالب القرى والمزارع أوقاف، والمستأجر بسبب ما ذكرناه لا يستأجر الأرض إلا بأجرة يسيرة جداً. وقد تكون قرية كبيرة أجرة مثلها أكثر من ألف درهم فيستأجرها بنحو عشرين درهماً! لما يأخذه منه حكام السياسة من الغرامات الكثيرة⁽¹⁵⁵⁾. نلاحظ كيف أن ابن عابدين نظر إلى الواقع، والعرف الجاري في زمانه وبنى اجتهاده على ذلك. وكيف نظر إلى المال وجعله في الحساب عند اختيار الرأي الأرجح الذي يناسب زمانه وما يجري عليه أهل زمانه.

ومثال آخر هو لزوم عقد الاستصناع بعد انعقاده في الاجتهاد الحنفي عند المتأخرين⁽¹⁵⁶⁾؛ إذ يجوز فسخ عقد الاستصناع لكل من الطرفين في أصل المذهب الحنفي بلا خلاف ما دام الشيء لم يصنع. أما بعد صنعه وإحضاره فيكون للمستصنع حق في الفسخ من قبيل خيار الرؤية على الرأي الراجح⁽¹⁵⁷⁾. غير أن مجلة الأحكام العدلية في المادة (392) أخذت بلزوم العقد في حق الطرفين منذ انعقاده، إلا إذا جاء المصنوع مغايراً للأوصاف المعينة في العقد⁽¹⁵⁸⁾، وجاء في لائحة الأسباب الموجبة لهذا الترجيح، وانتقاء هذا الرأي من المذهب الحنفي - وهو رأي أبي يوسف - وفقاً لما تقتضيه المصلحة الزمنية⁽¹⁵⁹⁾.

(155) ابن عابدين، محمد أمين أفندي. نشر العرف، ج2، ص142.

(156) الاستصناع: هو شراء ما سيصنع بطريق التوصية. انظر: الزرقا. المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج1، ص532.

(157) الشيباني. الجامع الصغير، مرجع سابق، ج1، ص325. وانظر أيضاً:

- ابن نجيم. البحر الرائق، مرجع سابق، ج6، ص186. ابن عابدين. حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج5، ص224

(158) مجلة الأحكام العدلية، تحقيق: نجيب هواويني، تركيا: كارخانه تجارت كتب، دت، المادة 392، ج1، ص76.

(159) الزرقا. المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج1، ص532.

2. أثر الواقع في الترجيح الانتقائي على مستوى المذاهب الفقهية

- ميراث المسلم من غير المسلم

فمن المسائل القديمة الحديثة مسألة ميراث المسلم من غير المسلم، ذلك أن من يسلم ممن كان على غير الإسلام، إذا علم أن إسلامه سيكون حائلاً بينه وبين أموال مورثه، كأبيه وأمه وغيرهما ربماً يجعله متردداً، أو متقاعساً عن المبادرة لإعلان إسلامه.

وقد بحث الفقهاء هذه المسألة، وكذلك خاض فيها المتقدمون، ومن أوائل من درسها دراسة مقارنة وانتقى من أقوال السابقين مرجحاً ومعللاً ومستدلاً شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم. وقد سطر لنا ابن القيم هذه المسألة في كتابه أحكام أهل الذمة. وقبل أن نستعرض المسألة نحرر محل النزاع، إذ لا خلاف بين الفقهاء في ميراث الكافر من المسلم، والخلاف في ميراث المسلم من غير المسلم، وخلاصة الآراء في المسألة ريان؛ الرأي الأول: لا يرث المسلم من الكافر كما لا يرث الكافر المسلم، وهذا هو المعروف عند الأئمة الأربعة، وأتباعهم⁽¹⁶⁰⁾. والرأي الثاني: يرث المسلم الكافر دون العكس. وهذا قول معاذ بن جبل، ومعاوية بن أبي سفيان، ومحمد بن الحنفية، ومحمد بن علي بن الحسين، وسعيد بن المسيب، ومسروق بن الأجدع، وعبد الله بن مغفل، ويحيى ابن يعمر، وإسحق بن راهويه، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية، قالوا: نرثهم ولا يرثوننا كما ننكح نساءهم

(160) ابن القيم، محمد بن أبي بكر. أحكام أهل الذمة، تحقيق: صبحي الصالح، دمشق:

مطبعة جامعة دمشق، 1961م، ج2، ص462. وانظر أيضاً:

- ابن الهمام. شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج4، ص316.
- الزرقاني. شرح الزرقاني، مرجع سابق، ج3، ص155.
- الشافعي، أبو عبد الله، محمد بن إدريس. الأم، بيروت: دار المعرفة، 1973م، ج1، ص263.
- النووي. روضة الطالبين، مرجع سابق، ج2، ص29.
- ابن قدامة. المغني، مرجع سابق، ج6، ص246.

ولا ينكحون نساءنا⁽¹⁶¹⁾. أما حجة الجمهور فهو الحديث المتفق عليه: «لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم»⁽¹⁶²⁾ وحجة الرأي الثاني جملة من الأدلة، منها: قول النبي ﷺ: «الإسلام يزيد ولا ينقص»⁽¹⁶³⁾، ومناسبة الحديث يذكرها الإمام أحمد عن أبي الأسود الدبلي قال: كَانَ مُعَاذٌ بِالْيَمَنِ، فَارْتَفَعُوا إِلَيْهِ فِي يَهُودِيٍّ مَاتَ وَتَرَكَ أَحَاً مُسْلِمًا، فَقَالَ مُعَاذٌ: إِنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ: إِنَّ الْإِسْلَامَ يَزِيدُ وَلَا يَنْقُصُ، فَوَرَّئَهُ⁽¹⁶⁴⁾، ومعنى الحديث: أن الإسلام يكون سبباً لزيادة الخير لمعتقه، ولا يكون سبب حرام ونقص. وقول النبي ﷺ: «الإسلام يعلو ولا يعلى»⁽¹⁶⁵⁾ ووجه الدلالة:

(161) ابن القيم. أحكام أهل الذمة، مرجع سابق، ج2، ص462. وذكر الزرقاني جملةً من قال بهذا الرأي مع أدلتهم.

(162) البخاري. الصحيح، مرجع سابق، كتاب: الفرائض، باب: لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم، حديث رقم: 6764، ص 1290-1291. وانظر أيضاً:

- مسلم. الصحيح، مرجع سابق، كتاب: الفرائض، حديث رقم: 1614، ص 627.

(163) أبو داود. السنن، مرجع سابق، كتاب: الفرائض، باب: هل يرث المسلم الكافر، حديث رقم: 2912، ص 597. قال عنه المحقق: ضعيف. وأخرجه الإمام أحمد، في:

- ابن حنبل، أحمد. الموسوعة الحديثية مسند الإمام أحمد بن حنبل، المشرف العام: عبد الله التركي، المشرف على التحقيق: شعيب الأرنؤوط، بيروت: مؤسسة الرسالة، 2001م، حديث رقم: 22005، ج36، ص331، وقال عنه المحقق: إسناده ضعيف؛ لانقطاعه. وقد أخرج هذا الحديث:

- الحاكم. المستدرک على الصحيحين، مرجع سابق، حديث رقم: 8006، ج4، ص383. وقال عنه: هذا الحديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه، وقال محقق الكتاب مصطفى عبد القادر عطا: قال الذهبي صحيح، إلا أن الألباني ضعفه.

(164) المرجع السابق.

(165) البخاري. الصحيح، مرجع سابق، كتاب: الجنائز، باب: إذا أسلم الصبي. لم يرفعه إلى النبي، مقدمة الباب، ص263 وقال ابن حجر كنت أظنه من كلام ابن عباس ولكنه وجدته موصولاً كما البيهقي. وانظر أيضاً:

- البيهقي. سنن البيهقي الكبرى، مرجع سابق، كتاب: اللقطة، باب: ذكر بعض من صار مسلماً بإسلام أبيه أو أحدهما...، حديث رقم: 12155، ج6، ص338. وقد يتنا سبب ورود الحديث وهو أن أبا سفيان والعائذ بن عمرو جاء النبي، فقال الصحابة: لقد جاء أبو سفيان والعائذ -معلمين لشأنهما- فقال النبي: الإسلام يعلو ولا يعلى. بينما بين البخاري سبباً آخر لهذا القول عن ابن عباس: أن الولد إذا أسلم أحد أبويه =

أن المسلم أعلى قدراً من غيره، وعليه فإنه يستحق الميراث دون غيره؛ لأن الإسلام يعلو على غيره، ولا يُعلَى عليه. واستدلوا بالقياس: أننا ننكح نساء أهل الكتاب، ولا ينكحون نساءنا، فكذلك نرثهم ولا يرثوننا وقد أفاض ابن تيمية بالاحتجاج لهذا الرأي، وردّ على أدلة المانعين كما نقله لنا تلميذه ابن القيم، ونورد جملة من استدلالات ابن تيمية وردوده على الفريق الأول. ومما أورده ابن القيم ردّ ابن تيمية على القائلين بمنع ميراث المسلم من غير المسلم؛ فالميراث مداره على النصره الظاهرة لا على إيمان القلوب، والموالاته الباطنة. قال ابن القيم: «والذين منعوا الميراث عمدتهم حديث النبي: «لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم»⁽¹⁶⁶⁾، وهو عمدة من منع ميراث المنافق الزنديق، وميراث المرتد. قال شيخنا [ابن تيمية] وقد ثبت بالسنة المتواترة أن النبي ﷺ كان يجري الزنادقة المنافقين في الأحكام الظاهرة مجرى المسلمين فيرثون ويورثون»⁽¹⁶⁷⁾.

«وقد مات عبد الله بن أبي وغيره ممن شهد القرآن بنفاقهم، ونهي الرسول ﷺ عن الصلاة عليه، والاستغفار له وورثهم ورثتهم المؤمنون، كما ورث عبد الله بن أبي ابنه، ولم يأخذ النبي ﷺ من تركة أحد من المنافقين شيئاً، ولا جعل شيئاً من ذلك شيئاً، بل أعطاه لورثتهم وهذا أمر معلوم بيقين. فعلم أن الميراث مداره على النصره الظاهرة، لا على إيمان القلوب والموالاته الباطنة، والمنافقون في الظاهر ينصرون المسلمين على أعدائهم، وإن كانوا من وجه آخر يفعلون خلاف ذلك. وأما المرتد فالمعروف عن الصحابة مثل علي، وابن مسعود أن ماله لورثته من المسلمين أيضاً، ولم يدخلوه في

= فإنه ينسب للمسلم منهما؛ لأن الإسلام يعلو ولا يُعلَى. ولعل سبب الورود ما رواه الدراقطني، والبيهقي، وما ذكره البخاري كان مناسبة أخرى لابن عباس ليستدل بهذا الحديث. انظر:

- ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي العسقلاني. فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق: محبّ الدين الخطيب، بيروت: دار المعرفة، 1379هـ، ج3، ص220.

(166) سبق تخريجه.

(167) ابن القيم. أحكام أهل الذمة، مرجع سابق، ج2، ص462.

قوله ﷺ لا يرث المسلم الكافر، وهذا هو الصحيح»⁽¹⁶⁸⁾.

- حمل الكافر في الحديث «لا يرث المسلم الكافر» على الحربي وليس الذمي

قال ابن تيمية: «الكافر وإن كان قد يعم كل كافر فقد يأتي لفظه والمراد به بعض أنواع الكفار كقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ جَامِعُ الْمُنَافِقِينَ وَالْكَافِرِينَ فِي جَهَنَّمَ جَمِيعًا﴾ [النساء: 140]، فهنا لم يدخل المنافقون في لفظ الكافرين، وكذلك المرتد؛ فالفهاء لا يدخلونه في لفظ الكافر عند الإطلاق، ولهذا يقولون: إذا أسلم الكافر لم يقض ما فاته من الصلاة، وإذا أسلم المرتد ففيه قولان. وقد حمل طائفة من العلماء قول النبي ﷺ: «لا يقتل مسلم بكافر» على الحربي دون الذمي، ولا ريب أن حمل قوله: «لا يرث المسلم الكافر» على الحربي أولى، وأقرب محملاً؛ فإنّ في توريث المسلمين منهم ترغيباً في الإسلام لمن أراد الدخول فيه من أهل الذمة؛ فإن كثيراً منهم يمنعهم من الدخول في الإسلام خوف أن يموت أقاربهم؛ ولهم أموال فلا يرثون منهم شيئاً. وقد سمعنا ذلك منهم من غير واحد منهم شفاهاً، فإذا علم أن إسلامه لا يسقط ميراثه ضعف المانع من الإسلام، وصارت رغبته فيه قوية، وهذا وحده كاف في التخصيص، وهم يخصون العموم بما هو دون ذلك بكثير⁽¹⁶⁹⁾، فإنّ هذه مصلحة ظاهرة يشهد لها الشرع بالاعتبار في كثير من تصرفاته، وقد تكون مصلحتها أعظم من مصلحة نكاح نسائهم. وليس في هذا ما يخالف الأصول؛ فإنّ أهل الذمة إنما ينصرهم ويقاتل عنهم المسلمون ويفتدون أسراهم، والميراث يستحق بالنصرة فيرثهم المسلمون، وهم لا ينصرون المسلمين فلا يرثونهم، فإن أصل الميراث ليس هو بموالاتة القلوب ولو كان هذا معتبراً فيه، كان المنافقون لا يرثون ولا يورثون، وقد مضت السنة بأنهم يرثون ويورثون»⁽¹⁷⁰⁾.

(168) المرجع السابق، ج2، ص462.

(169) أي الجمهور؛ القائلون بمنع ميراث المسلم من غير المسلم.

(170) ابن القيم. أحكام أهل الذمة، مرجع سابق، ج2، ص465 بتصرف.

نلاحظ أن اجتهاد ابن تيمية كان في فقه واقع النص عن طريق تنقيح مناط الحكم، بمعنى هل الكفر وصف مناسب لمنع الميراث أم لا؟ وقد نظر إلى واقع تطبيق النص زمن النبي ﷺ؛ فقد ورث المنافقين بعضهم من بعض مع أن المنافقين يصدق عليهم وصف الكفر، وكذلك المرتدين فقد ورث المسلمون منهم، ومن ثم وصل إلى أن الوصف المناسب للميراث هو النصره. وبناءً على ذلك كان المقصود بالكافر في الحديث الكافر الحربي، وليس مطلق الكافر، ثم نظر إلى فقه واقع تطبيق النص ومآله من خلال قوله: «فإن كثيراً منهم يمنعهم من الدخول في الإسلام خوف أن يموت أقاربهم؛ ولهم أموال فلا يرثون منهم شيئاً. وقد سمعنا ذلك منهم من غير واحد منهم شفاهاً»⁽¹⁷¹⁾. وهذا نظر إلى واقع تطبيق النص ومن ثم كان هذا المآل كافياً في تخصيص الحكم بالكافر الحربي.

وقد تبني هذا الرأي يوسف القرضاوي في كتابه فقه الأقليات المسلمة، وجعل المصلحة في الأخذ بهذا الرأي لاسيما في الغرب؛ لكي لا يمتنع من أراد الدخول في الإسلام من الدخول فيه، طمعاً في مال مورثه⁽¹⁷²⁾. والذي أميل إليه في هذه المسألة بالنسبة للمسلمين في الغرب، هو تطبيق ما يجري عليهم من قوانين؛ فإن كان القانون لديهم يسمح بتوارث أهل ملتين من الأقارب فلا مانع من الأخذ برأي ابن تيمية؛ لما فيه من المصلحة للمسلم، وبما لا يضر بغيره. وبالنسبة لبلاد المسلمين تخضع المسألة للاجتهاد، والموازنة من أهل الرأي والاجتهاد.

- إسلام الزوجة دون زوجها والتفريق بينهما

نقل ابن القيم تسعة أقوال في إسلام المرأة دون زوجها، هل يفرق بينهما: واختار منها ابن القيم -بعد المناقشة- الرأي السادس، وهو: أن المرأة يجوز لها أن تنتظر زوجها غير المسلم، ولو مكثت سنين. وقال عن هذا الرأي: وهو أصح الأقوال في هذه المسألة وعليه تدل السنة، وهو اختيار شيخ

(171) المرجع السابق، ج 2، ص 465.

(172) القرضاوي. في فقه الأقليات المسلمة، مرجع سابق، ص 130.

الإسلام ابن تيمية⁽¹⁷³⁾. واستدل لهذا الرأي بجملة من الأدلة، منها: أن الرسول ﷺ لم يجدد نكاح من أسلم من أحد الزوجين دون الآخر. كما ردّ زينب ابنته على أبي العاص بن الربيع بالنكاح الأول بعد ست سنين، ولم يحدث النبي شهادة ولا صداقاً⁽¹⁷⁴⁾. وكذلك لم يفرق النبي بين أم حكيم وزوجها عكرمة كما نقل ذلك لنا الإمام مالك في الموطأ عن ابن شهاب «أنَّ أُمَّ حَكِيمِ بِنْتَ الْحَارِثِ بْنِ هِشَامٍ وَكَانَتْ تَحْتَ عِكْرِمَةَ بْنِ أَبِي جَهْلٍ، فَأَسْلَمَتْ يَوْمَ الْفَتْحِ، وَهَرَبَ زَوْجُهَا عِكْرِمَةُ بْنُ أَبِي جَهْلٍ مِنَ الْإِسْلَامِ حَتَّى قَدِمَ الْيَمَنَ، فَأَرْتَحَلَتْ أُمَّ حَكِيمٍ حَتَّى قَدِمَتْ عَلَيْهِ بِالْيَمَنَ، فَدَعَتْهُ إِلَى الْإِسْلَامِ فَأَسْلَمَ، وَقَدِمَ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَامَ الْفَتْحِ، فَلَمَّا رَأَى رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَثَبَ إِلَيْهِ فَرِحًا، وَمَا عَلَيْهِ رِذَاءٌ حَتَّى بَايَعَهُ فَثَبَّتَا عَلَى نِكَاحِهِمَا ذَلِكَ»⁽¹⁷⁵⁾.

وقد بحث هذه المسألة القرضاي في كتابه فقه الأقليات المسلمة، واختار رأي عليّ ابن أبي طالب الذي نقله ابن القيم عنه: وهو أن الزوج أملك ببضعها ما دامت في دار هجرتها، وفي رواية أخرى: هو أملك بها ما لم تخرج من مصرها. وقد استدل لهذا الرأي بجملة من الأدلة، منها: أن علي بن أبي طالب -كرم الله وجهه- قد بعته رسول الله إلى اليمن في حياته، وتولى الخلافة بعد عثمان، ولا بدّ أن يكون قد باشر ذلك بنفسه، فحكمه في هذه القضية، فيه معنى الفتوى ومعنى القضاء⁽¹⁷⁶⁾. واستدل القرضاي لهذا الرأي

(173) ابن القيم. أحكام أهل الذمة، مرجع سابق، ج 2، ص 657.

(174) أحمد. المسند، مرجع سابق، حديث رقم: 2366، ج 4، ص 195، وقال عنه المحقق: إسناده حسن.

(175) مالك. الموطأ، مرجع سابق، كتاب: النكاح، باب: نكاح المشرك إذا أسلمت زوجته قبله، حديث رقم: 2369، ص 328، وقال عنه المحقق: إسناده منقطع. وفي نفس الباب لم يفرق النبي بين بنت الوليد بن المغيرة عندما أسلمت، وبين زوجها صفوان بن أمية الذي هرب فبعث له النبي الأمان فجاء مسلماً بعد شهرين، فأقره النبي على زواجه الأول ولم يجدد العقد، حديث رقم: 2368، ص 327-328.

(176) القرضاي. فقه الأقليات المسلمة، مرجع سابق، ص 122. والواقع أنه لا حجة في هذا الاستدلال، إلا إذا تبين أن اجتهاد عليّ كرم الله وجهه في هذا المسألة كان في =

الكثيرين من أهل العلم، لأنه خلاف ما ألفوه وتوارثوه⁽¹⁷⁸⁾.

وقد لخص القرضاوي بحث عبدالله جديع في هذه المسألة، وما توصل إليه من نتائج، تتضمنت ردوداً على من يقولون بالتفريق استدلالاً بأية الممتحنة، منها: أن آية الممتحنة جاءت لقطع العلاقات بين المسلمة والزوج المحارب لدينها، وبين المسلم وزوجته المحاربة لدينه، لا في مطلق الكفار. يقول القرضاوي: في هذه الحالة يتحول عقد الزواج من عقد لازم إلى عقد جائز، والعلة تعذر رجوعها إلى زوجها المحارب، وما يرد عليها من الحرج بفوات الزوج؛ لذلك رفعت الآية الجناح في نكاح المؤمنة المهاجرة. منعت الآية إمساك الرجل المسلم زوجته الكافرة التي لم تهجر إليه من دار الكفر إلى دار الإسلام، أو هربت مرتدة إلى المحاربين، والحكمة من ذلك خشية أن تبقى العلاقة الزوجية سبباً للميل إلى الكفار ضد المسلمين، كالذي وقع من حاطب بن أبي بلتعة حين كتب إلى أرحام له من المشركين بوجهة المسلمين إلى فتح مكة - الأمر الذي يعدّ خيانة بالمفهوم العسكري؛ لأنه إفشاء لخطة عسكرية تعتمد السرية - كان ذلك بسبب أرحام له بمكة⁽¹⁷⁹⁾.

نلاحظ أن اجتهاد ابن تيمية كان في فقه واقع النص من خلال واقع تطبيق النص زمن النبي ﷺ بدلالة عدم تجديد العقد والإبقاء على العقد القديم، بينما كان اجتهاد القرضاوي منصباً على فقه واقع تطبيق النص في الحاضر من خلال البعد الواقعي، والنظر إلى مآل التطبيق. والذي أميل إليه، ويترجح لي في هذه المسألة رأي ابن تيمية وتلميذه ابن القيم؛ لاعتبارات عدة، منها: أن القول بما ذهب إليه القرضاوي يستلزم جواز المعاشرة بين المسلمة وغير المسلم، والآية الكريمة في سورة الممتحنة تقول: ﴿فَلَا تَرْجُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾ [الممتحنة: 10]، فنفي الحل يستلزم الحرمة، لاسيما في المعاشرة، كما أن اللفظ عام فلا يجوز تخصيصه إلا بدليل، ولم يوجد دليل صريح على حل المعاشرة في حالة إسلام المرأة مع بقاء زوجها على

(178) القرضاوي. في فقه الأقليات المسلمة، مرجع سابق، ص 123.

(179) المرجع السابق، ص 123، بتصرف.

الكفر. وبقاء الزوجة مع زوجها وتحت سلطانه قد يعرضها إلى فتنة الردة، لا سيما أنها حديثة العهد بالإسلام، وهي ذات العلة التي من أجلها حُرِّمَ زواج المسلمة من غير المسلم ابتداءً. وهذا الرأي لا يمنع حُسن الصلة بينها وبين زوجها، مما قد يأخذ بيده لاسترجاها إذا أسلم، كما فعلت أم الحكيم بنت الحارث كما سبق بيانه. والمسألة تخضع للاجتهد، ولا أدل على ذلك من نقل تسعة أقوال في المسألة، وشاهدنا في هذه المسألة أثر الواقع في الاجتهاد الترجيحي الانتقائي، حيث إنَّ الواقع كان له دور في ترجيح بعض الآراء على غيرها بما يحقق المصلحة من التشريع.

وهذا المبحث يقودنا إلى الضوابط التي ينبغي استصحابها في حالة الاجتهاد في الواقع المعاصر، حتى يحقق الاجتهاد أهدافه في إصابة الحق الذي ينشده المجتهد. وهذا ما سنبحثه لاحقاً.

سادساً: نماذج لأثر فقه الواقع في الاجتهاد والفتوى

لقد كان لفقه الواقع بأبعاده المختلفة، والذي له تأثير في علة الحكم ومقصده؛ تأثير كبير في الاجتهاد والفتوى كما بينا سابقاً، وفي هذا المبحث الختامي في هذا الفصل نستعرض نماذج مختلفة عند المتقدمين، والمتوسطين، والمتأخرين في كيفية اعتبار الواقع والظروف المحيطة عند الاجتهاد، ووضعها في الحساب عند الإفتاء.

1. ترجيح الرازي مذهب التيسير في الاجتهاد وتعليله بالبعد النفسي

سمى الرازي هذه الطريقة «التمسك بطريقة الاحتياط»، وقد أوردها حين ذكر أن هناك طرقاً أخرى سوى القياس، كالتمسك بالمصالح المرسلة، والتمسك بطريقة الاحتياط في تنزيل اللفظ على أكثر مفهوماته، أو أقل مفهوماته. وقد ضرب مثلاً لهذه القاعدة، وهو: من يقول لزوجته أنت عليّ حرام. وقد نقل أقوال الفقهاء في حكم من يقول ذلك، وهي خمسة أقوال: بعض الصحابة والفقهاء جعلوه في حكم التطبيقات الثلاث، أو أنه في حكم تطليقة واحدة، بئنة أو رجعية على اختلاف بينهم، أو أنه يمين تلزم فيه

الكفارة. أو أنه في حكم الظهار. أو أنه لا شيء.

وقد شرح وجهات هذه المذاهب مورداً القاعدة فقال: أما من ذهب إلى كونه يميناً فيحتمل أنه إنما ذهب إليه استدلالاً بقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ لِرَ حُرْمِ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ تَبَغَّى مَرْصَاتَ أَرْوَجِكَ وَاللَّهُ عَفُورٌ رَحِيمٌ قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ وَاللَّهُ مَوْلَانِكُمْ وَهُوَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ﴾ [التحریم: 1-2] ومن ذهب إلى أنه لا اعتبار به تمسك بقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تُحَرِّمُوا طَيِّبَاتٍ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ وَلَا تَعَدُّوا إِنَّا اللَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾ [المائدة: 87] والنهي يدل على الفساد، أو على البراءة الأصلية. ومن ذهب إلى أنه للطلقات الثلاث زعم أنه قد يجعل كناية عن الطلقات الثلاث، فوجب تنزيله على أعظم أحواله، وهو الطلقات الثلاث ثم أدخله تحت قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرَجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبِينَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ [الطلاق: 1] ومن ذهب إلى أنه يعدّ طليقة واحدة فقد أنزلوا اللفظ على أقل أحواله. ثم أكد أن هذا من تنزيل اللفظ على أقل المفهومات أو على الأكثر. ثم قال: موطن الاحتياط فيمن أخذ بالأكثر: أنه نظر جانب الشرع. ومن أخذ بالأقل، نظر جانب المكلفين. وحقوق العباد مقدمة على حقوق الله؛ والسبب فيه أن حقوق العباد مبنية على الشح، والضنة؛ لكثرة حاجاتهم، وسرعة رجوعهم عن دواعيهم وصوارفهم⁽¹⁸⁰⁾.

إن كلام الرازي يتجه في حالة عدم وجود قرائن تكشف عن مقصوده من الكلام، وإلا فإن السياق الحالي لللافظ يكشف عن مقصوده في التزامه بأسباب شرعية تقتضي أحكاماً، والمذهب الذي رجحه اعتمد على فقه الطبيعة النفسية للمكلف مع مراعاة مقصد الشارع من رفع الحرج، وفقه الطبيعة النفسية للمكلف هو جزء من فقه الواقع مما كان له أثر في الاجتهاد عند الرازي.

يقول محمد أحمد الراشد: «وهذه الملاحظة الاجتماعية مهمة جداً، وهي

(180) الرازي. المحصول، مرجع سابق، ج5، ص114-127 بتصرف. وقد رجح في النهاية مذهب القائلين بأنه يعتبر طليقة واحدة.

جزء من (الفقه النفسي) كما أراها، وبها نفس حدود ما يعنيه الناس إذا باعوا، أو وهبوا هبةً، أو طلقوا، أو عبّروا عن أيّ معنى من المعاملات بألفاظ تحتمل أكثر من درجة من درجات الفهم والتأويل. فترجّح جانب الطبيعة النفسية البشرية التي فيها بخل وحرص على المصالح الذاتية، وتقلّب في العواطف والقرارات والمواقف، ولذلك لا نرهق الالفاظ بأكثر مفهومات لفظه؛ لئلا يستثقل تكاليف الشرع، بل نيسر عليه، ونغلق أبواب الوسوسة الشيطانية التي تدعوه إلى التفلت من الخضوع للفتوى»⁽¹⁸¹⁾.

2. ربط الحكم الفقهي بالبعد الاجتماعي عند الإمام الشوكاني

لقد كان الواقع الاجتماعي معطى أساسياً بالنسبة للإمام الشوكاني في تحليل النصوص الشرعية، واستنباط الأحكام منها، إذ قدّر في اجتهاداته الفقهية الخاصة بقضايا المجتمع ما ينبغي أن يكون انطلاقةً مما هو كائن في حياة الناس من أوضاع وأعراف وعادات. يظهر ذلك جلياً في إبطاله لبعض التصرفات المالية الجائزة أصلاً؛ كالهبة، والنذر، والوقف، والوصية. التي اتخذها سكان بعض المناطق اليمينية وسيلة لحرمان البنات من الميراث⁽¹⁸²⁾. حيث عمد الناس إلى التحايل بطريق الهبة والوصية لأولاد أولادهم؛ لتقليل نصيب بناتهم من الميراث. يقول الشوكاني: «ومن جملة ما تلتطف به من له أولاد ذكور وإناث أن يعمدوا إلى أولاد أولادهم الذكور فينذرون عليهم ويوصون لهم، ويقولون أنهم فعلوا ذلك لغير وارث، ولم يفعلوا ذلك إلا لقصد تقليل نصيب بناتهم، وتوفير نصيب الذكور، وهذه الذريعة الشيطانية قد عمّت وطمّت، خصوصاً أهل البادية»⁽¹⁸³⁾. وقد قام الشوكاني بمسح اجتماعي لذلك، حيث قال: «وقد تتبعت هذا فما وجدت أحداً يوصي لأولاد أولاده أو

(181) الراشد. أصول الإفتاء والاجتهاد التطبيقي، مرجع سابق، ج 2، ص 217.

(182) بوكروشة، حليلة. معالم تحديد المنهج الفقهي؛ أنموذج الشوكاني، قطر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، كتاب الأمة، عدد: 90-91، 2002م، ص 191.

(183) الشوكاني، محمد بن علي. أدب الطلب ومنتهى الأرب، تحقيق: يوسف علي بدوي، وحسن سويدان، دمشق: دار اليمامة، 2000م، ص 241.

ينذر عليهم، إلا ومعه بنات، أو له ميل إلى بعض الأولاد دون بعض، ولا يفعلون ذلك لمقصد صالح إلا في أندر الحالات وأقلها»⁽¹⁸⁴⁾.

3. فتوى الهيئة العامة للفتوى بالكويت

ورد للجنة سؤال نوره من سائله كما ورد لأن السؤال الذي كان في طياته تصوير لواقع الحال كان له دور في بناء الحكم الشرعي للمسألة كما أفتت الهيئة: ما هو الحكم الشرعي في شراء بيت في أميركا بقرض من البنك يجر فائدة، والمعلوم في هذه المسألة أن المشتري يخضم له من حساب الضرائب بنسبة ما يتحمل من فائدة، ولأعط مثلاً، أنا قد اشتريت بيتاً في شهر يونيو 1985م بمبلغ (280) ألف دولار، على أن يُدفع سنوياً مبلغ 45 ألف دولار وفاء لثمن البيت، وسداداً لفوائد القرض، وأنا يترتب عليّ مبلغ 40 ألف دولار للضريبة الاتحادية، ولكن بما أنني اشتريت البيت بقرض من البنك، فإن الواجب دفعه عليّ هو: ما بين (5-7) آلاف دولار فقط؛ لأن الضريبة تخضم لي من قسط البيت. فهل يجوز لي أن اشتري البيت في أميركا بمثل هذا القرض؟ وأقدم لكم هذه الملاحظات: إن عامة البيوت المستأجرة قد اشتريت بقرض من البنك. وإذا كان المستأجر ذا أسرة صغيرة فيسعه أن يستأجر شقة اليوم، ولكنه لا يسعه أن يجد ذلك لو كان ذا أسرة كبيرة، وقد يضطر لشراء بيت آنذاك بأن يقترض من البنك، وإلا فقد يلقي بأسرته في أحضان الشارع؟

جواب اللجنة: «إن الظروف والملابسات المحيطة بهذه القضية بالنسبة للمسلمين المتواجدين في تلك البلاد، وفي غيبة البدائل المشروعة من قبل مؤسسة مالية تتبع بالأقساط، تجعل هناك شبه ضرورة، وهو ما يسميه الفقهاء «الحاجة العامة التي تنزل منزلة الضرورة»، ولذلك ترى اللجنة بأنه يجوز الإقدام على شراء البيت في أميركا بقرض من البنك يجر فائدة في هذه الظروف؛ بسبب الحاجة العامة المنزلة منزلة الضرورة، وذلك إلى تحقيق

(184) المرجع السابق ص 241.

البدائل المشروعة، ويجب السعي الحثيث لنجاح المشاريع المطروحة للبدائل المشروعة»⁽¹⁸⁵⁾.

نلاحظ كيف أن فقه الواقع المحيط بالمسألة كان له دور في بناء الحكم الشرعي، والاقتضاء التبعية للحكم كان حاضراً لَمَّا تعذر تطبيق الاقتضاء الأصلي للحكم وهو الحرمة، حيث إن تطبيقه يوقع المكلف في الحرج والمشقة.

(185) رقم الفتوى 42، ع، 85، نص الفتوى صوّره يوسف القرضاوي من أرشيف اللجنة ووضعه في كتابه فقه الأقليات المسلمة، مرجع سابق، ص164. وممن أفتى بهذا الرأي الزرقا، انظر:

- الزرقا. فتاوى مصطفى الزرقا، ص62. وما بعدها .
- القرضاوي، يوسف. في فقه الأقليات المسلمة، مرجع سابق، ص164.