IJTIHAD JOURNAL
for Islamic and Arabic Studies

Volume 1 - Issue 1, January - June 2024
مجلد 1 - عدد 1، يناير – يونيو 2024

ضوابط النظر المقاصدي في فتاوى المعاملات المالية المستجدة

الدكتور رضوان غنيمي

الكلية المتعددة التخصصات، تارودانت

جامعة ابن زهر، أكادير المغرب

ilyasmar@hotmail.com

IJTIHAD CENTER
FOR STUDIES AND TRAINING

OPEN ACCESS

تاريخ الاستلام: 11 يناير 2024

تاريخ التعديل: 23 فبراير 2024

تاريخ القبول: 30 مارس 2024

المعرف الرقمي: DOI: 10.5281/zenodo.12546933

الملخص:

لا خلاف في أن خطر الفتوى جسيم لما لها من الأثر الكبير على الفرد والمجتمع، ولما ينبني عليها من حفظ الدين أو تضييعه، خاصة وأنها تتعلق ببيان الحكم الشرعي الصادر في أصله عن الله، ويكون المفتي بذلك موقعا عن الله. لذلك نجد من العلماء من اعتبر المفتي في مقام النبي من حيث المسؤولية، كما يذهب الشاطبي في كتابه الموافقات.

لأجل هذه الأمانة الصعبة، والمهمة الخطيرة، فإن هناك من العلماء المسلمين من يتورع عن الفتوى، بل وكان الواحد منهم يتمنى لو سئل غيره. إن تحرجهم من التصدي للإفتاء كان بدافع الورع والاحتياط للدين. لكن حيث إن نصوص الشرع محدودة متناهية، والنوازل والقضايا متجددة غير متناهية، وحيث إن الواقع ينبغي أن يُخضع لشرع الله، لتبقى هذه الشريعة صالحة لكل زمان ومكان، كان لزاما وجود فئة من العلماء المجتهدين امتلكوا آليات الاجتهاد للتصدي لهذه المستجدات وبيان حكم الله فيها. فكانت الحاجة مع ذلك لوجود منهج علمي واضح يلتزمه الفقيه المجتهد ضبطا لعملية الاجتهاد.

الكلمات المفتاحية:

الفتوى؛ النوازل؛ المستجدات المالية؛ منهج الفقهاء؛ المعاملات المالية.

Rules for Objective Consideration of New Fatwas on Financial Transactions

Dr. Radouane Rhenimi

Faculty of Letters and Human Sciences

Ibn Zohr University - Agadir Morocco

ilyasmar@hotmail.com

OPEN ACCESS

Date received: Jan 11, 2024

Date revised: Feb 23, 2024

Date accepted: Mar 30, 2024

DOI: 10.5281/zenodo.12546933

ABSTRACT

There is no disputing the profound impact of fatwa's on both the individual and society, given its potential to preserve or compromise religious integrity, especially since it involves interpreting legal rulings originally issued by God. Thus, the mufti acts on behalf of God, and some scholars, including Al-Shatibi in his book Al-Muwafaqat, consider the mufti's position to carry a responsibility comparable to that of the Prophet. Given this responsibility, some Muslim scholars refrain from issuing fatwas, with one even wishing the query had been directed to another. Their reluctance stems from a deep sense of piety and caution towards religion. However, since the source texts of Sharia law are limited in number yet hold infinite significance, and as calamities and issues continued to emerge, it was imperative that the mechanisms for interpreting and applying God's law, evolved to effectively address these challenges. This necessity has led to the emergence of a group of diligent scholars equipped to tackle these issues and interpret God's rule through rational reasoning, known as ijtihad.

KEYWORDS:

Fatwa; Incidents; Financial Updates; Jurists Methodology; Financial Transactions.

مقدمة[1]

في عصر أصبحت فيه الأفكار والمعارف منفتحة على بعضها، مؤثرة ومتأثرة ببعضها البعض، لاشك أن المسؤولية تزداد على المسلمين أكثر من غيرهم لتجسيد خاصية مرونة الشريعة وصلاحيتها لكل زمان ومكان لأنهم أصحاب رسالة، وهم مطالبون بتقديمها للإنسانية على حقيقتها المجلية لمقصد تحقيق المصالح ودرء المفاسد، ذلك أن الشريعة الإسلامية تتميز بمرونتها وقابليتها لمواجهة التطور البشري، والتغيّر الزماني والمكاني، ما يجعلها صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان، وأنها لم تقف يوماً من الأيام عاجزة أمام وقائع الحياة المتغيرة، منذ عهد الصحابة فمن بعدهم، بل ظلت القانون المقدس المعمول به في الإسلام حوالي ثلاثة عشر قرناً من الزمان إلى أن جاء عهد الاستعمار الذي حاول إبعادها عن واقع الناس فاستبدلها بتشريعاته الوضعية القاصرة في وقت استطاعت الشريعة الإسلامية أن تفي بحاجات كل المجتمعات التي احتكمت إليها بوصفها تشريعا ربانيا محكما، فعالجت كافة المشكلات في كافة البيئات التي حلت بها بأعدل الحلول وأصلحها، لأنها – إضافة إلى ما اشتملت عليه، من متانة الأصول التي قامت على مخاطبة العقل، ومراعاة الواقع، والموازنة بين الحقوق والواجبات، وجلب المصالح ودرء المفاسد بقدر الإمكان - قد أودعها الله مرونة عجيبة جعلتها تتسع لمعالجة كل جديد بغير عنت ولا إرهاق، وحيث إن نصوص الشرع محدودة وقضايا الناس ونوازل حياتهم مستمرة متجددة فقد ترك الشرع الحكيم أمر هذه القضايا وهذه النوازل الطارئة للمجتهدين والعلماء وأولي الأمر في الأمة يجتهدون فيها ويطبقون عليها ما يناسبها من قواعد أصول الفقه المستمدة من النصوص الشرعية الأساسية مراعية واقع هذه النوازل ومقاصدها ومآلاتها، ولأن الشريعة الإسلامية وضعت سبلاً لعلاج ما يجدّ من أقضية والمشكلات مما لا نص فيه.

إن الإسلام الذي ختمت به الشرائع والرسالات السماوية، أودع الله فيه عنصر الثبات والخلود، وعنصر المرونة والتطور معاً، حيث كان الثبات على الأهداف والغايات، وحفظ الأصول والكليات، والمرونة في الوسائل والأساليب والفروع والجزئيات، وبعد ذلك كله مراعاة الواقع المتغير المتجدد، وبهذه المزية فقط استطاع الفقه الإسلامي، أن يعيش ويستمر بل ويرتقي، ثابتاً على أصوله وقيمه وغاياته

[1] **To cite this article:**
RHENIMI, Radouane, Rules for Objective Consideration of New Fatwas on Financial Transactions, Ijtihad Center for Studies and Training, Belgium, Vol. 1, Issue 1, June 2024, 211-234.
رضوان غنيمي، ضوابط النظر المقاصدي في فتاوى المعاملات المالية المستجدة، مركز اجتهاد للدراسات والتكوين، بلجيكا، مج. 1، ع. 1، يونيو 2024، 211-234.

ومقاصده، متطوراً في معارفه وأساليبه وأدواته. فالشريعة ولا شك جاءت لتحقيق مصالح الخلق ودرء المفاسد عنهم، لأجل ذلك اقتصرت نصوصها التفصيلية على الأحكام التي لا تتغير بتغير الزمان والمكان، وفتحت بالمقابل باب الاجتهاد، بل وقد أوجبته فيما لا نص فيه على أن يجري في ظل قواعد عامة تُقر مصالح العباد، وتعترف باختلاف الأحكام الجزئية باختلاف البيئات مراعاة لاختلاف أعراف الناس وواقع حياتهم وأساليب عيشهم.

وإنَّ من المجالات الحيوية التي عرفت وتعرف تطورا مطردا ما يشهده القطاع المالي من توسُّع كبيرٍ وامتدادٍ للمصرفية الإسلامية مع تضاعف حجم أصولها وعملائها من المسلمين وغيرهم في البلاد الإسلامية وغيرها من البلدان التي أدركت حقيقة الصيرفة الإسلامية.

ومع تحقق هذا التوسع الكبير للمصرفية الإسلامية، يبقى الأهم منه السعي إلى تطويرها كما وكيفا من خلال تعميق النظر المصلحي في مفرداتها لتقويم مسيرة سوق المالية الإسلامية من الناحية الفقهية، وإعادة تقويم الخدمات والمنتجات التمويلية الاستثمارية التي تقدمها لعملائها، والتأكد من مطابقتها لأحكام الشريعة وقواعدها على مستويي التنظير والتطبيق، والتأكد من أن مسيرة المصرفية الإسلامية في النهج الصحيح، وأنها محققة لمقاصد الشريعة وأهداف وغايات الاقتصاد الإسلامي، ومن هذا المنطلق تأتي هذه المقالة لرصد منهج الفقهاء في التصدي للعقود المالية المستجدة في إطار إعمال النظر المقاصدي المؤسس على اعتبار الواقع وعدم إغفاله.

ونقصد في هذه الورقة البحثية الحديث عن الجانب الفقهي في شقه التطبيقي المتعلق بالتنصيص على الضوابط المنهجية المعتبِرة للواقع، المستصحبة للحال، المراعية للمآل، في التصدي للنوازل والقضايا المستجدة في العقود المالية المعاصرة، وتظهر هذه الأهمية في مراعاة هذه الضوابط لواقع البيئة التي تنشأ فيها هذه العقود خصوصا من خلال إعمال أصل العرف الذي يعد من أصول المالكية الخاصة التي أعطت الواقع مساحة كبيرة من الاعتبار عند إصدار الفتوى.

وفي ظل تنامي وانتشار فوضى الإفتاء بين الناس بشكل يبعث على الخوف والقلق، ويفرض ضرورة تحصين المجتمع من تبعات هذه الفوضى، وقد أصبحت الأصوات تتعالى بضرورة إقرار الحرية في اتباع عموم المكلفين لأي مجتهد – دون اعتبار لمذهبه-، بل الحق في اختيار الفتوى التي يراها ملائمة لوضعه وحاله الذي هو عليه، وأن على الفقيه والمفتي أن يبسط الأقوال الفقهية المتعددة في النازلة الواحدة ليبقى للمكلف - العامي- حق انتقاء ما يراه مناسبا وملائما له، دون اعتبار لمذهب البلد، ولا يخفى خطر هذا الأمر مما يوضح ضرورة الوقوف عنده، خاصة عندما يتعلق باجتهادات فردية من خارج مذهب البلد، فيما له صلة بثوابت الأمة، أو أعراف البلد وعوائده ومن شأنه إثارة الفتنة والانقسام بين أفراد

المجتمع، وغير ذلك من الأمور التي يتطلب النظر فيها الالتزام بالمذهب وضرورة الإلمام بواقع الناس وأحوال حياتهم، كما هو مقرر عند علماء أصول الفقه، يقول الإمام الشاطبي: "الأفعال لا تقع في الوجود مطلقة وإنما تقع معينة مشخصة فلا يكون الحكم واقعا عليها إلا بعد المعرفة بأن هذا المعين يشمله ذلك المطلق أو ذلك العام"[1].

وقد انتظم عقد هذا المقال في مبحثين؛ الأول في بيان منهج الفقهاء في التصدي للعقود المستجدة قبل الحكم، والثاني في بيان منهجهم في التصدي لها أثناء الحكم.

المبحث الأول: ضوابط التصدي لمعالجة العقود المستجدة قبل الحكم

إن أهم الضوابط التي يحتاجها المتصدي لمعالجة العقود المستجدة قبل الحكم فيها، تتحدد في: تحقق الوقوع، كون المستجدات موضوعا للاجتهاد، دقة الفهم للقضية، التثبت والتحري، استشارة المختصين، وإخلاص النية لله تعالى وسؤاله الفتح والوفيق.

الفرع الأول: تحقق الوقوع

يراد بالواقعة المستجدة الحادثة أو القضية التي تحتاج الى حكم شرعي [2].وهي تعم جميع أنواع الفقه الإسلامي، وتشمل العبادات، والمعاملات وغير ذلك .والأصل في القضايا المستجدة حدوثها ووقوعها في واقع الأمر، لأجل ذلك ينبغي للمتصدي التحقق من حدوثها والتأكد من وقوعها، ومن ثم استنباط حكمها الشرعي. أما القضايا التي لم تقع، أو يستبعد وقوعها فلا شك في كراهية التصدي لها[3]، بل ذهب بعض العلماء إلى التشديد في ذلك والنهي عنه.[4]

ويروى عن الصحابة رضوان الله عليهم في ذلك آثار كثيرة منها:

- أن رجلا جاء إلى ابن عمر رضي الله عنهما فسأله عن شيء، فقال له ابن عمر رضي الله عنهما: "لا تسأل عما لم يكن فإني سمعت عمر بن الخطاب رضي الله عنه يلعن من سأل عما لم يكن".[5]

---

[1] أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، تح. عبد الله دراز ، دار الكتب العلمية، 2003، 4 / 90.

[2] محمد رواس قلعه جي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، الطبعة الأولى، 1996، ص 143.

[3] أبو القاسم، محمد بن جُزَي المالكي تقريب الوصول، تح. محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 2003، ص 422.

[4] ابن الصلاح، أداب المفتي والمستفتي، تح. موفق بن عبد الله، مكتبة العلوم والحكم، ط1، 1986، ص 109.

[5] أخرجه الدارمي في المسند الجامع المعروف بسنن الدارمي، تح. حسين سليم أسد الداراني، دار المغني للنشر والتوزيع، السعودية، ط1، 2000، 50/1.

- كان زيد بن ثابت رضي الله عنه إذا سأله إنسان عن شيء قال: "آلله أكان هذا؟ فإن قال: نعم، نظر وإلا لم يتكلم[1]."

- ويروى عن عبد الملك بن مروان رحمه الله أنه سأل ابن شهاب رحمه الله فقال له ابن شهاب: أكان هذا يا أمير المؤمنين؟ قال: لا، قال: فدعه، فإنه إذا كان، أتى الله عز وجل له بفرج[2].

توضح لنا هذه الآثار وغيرها كثير، بأن الصحابة والتابعين حرصوا على عدم الخوض في مسائل لم تقع سواء بالسؤال عنها والجواب فيها لأن التصدي لها أو البحث عنها لا ينفع.

وفي هذا يقول الإمام ابن القيم بعد أن حكى امتناع من تقدم من علماء هده الأمة عن الإجابة في ما لم يقع: "والحق التفصيل، فإن كان في المسألة نص من كتاب الله أو سنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أو أثر عن الصحابة لم يكره الكلام فيها، وإن لم يكن فيها نص ولا أثر فإن كانت بعيدة الوقوع أو مقدرة لا تقع لم يستحب له الكلام فيها، وإن كان وقوعها غير نادر ولا مستبعد وغرض السائل الإحاطة بعلمها ليكون منها على بصيرة إذا وقعت استحب له الجواب بما يعلم، لاسيما إن كان السائل يتفقه بذلك ويعتبر بها نظائرها ويقرع عليها، فحيث كانت مصلحة الجواب راجحة كان هو الأولى، والله أعلم"[3].

الفرع الثاني: كون المستجدات موضوعا للاجتهاد

إن على المتصدي أن يعرف ما يسوغ النظر فيه من المسائل وما لا يسوغ لكي يترك التي لا يسوغ فيها النظر لعدم الفائدة والنفع من وراءها. وكذا ألا يلقى المتصدي بالأسئلة التي يريد بها أصحابها المراء والجدال أو الامتحان والتعجيز لأنها تضر ولا تنفع وتهدم ولا تبني وقد تفرق ولا تجمع. ويؤيد ذلك ما ورد عنه النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن الغلوطات.[4]

وعلى المتصدي أيضا ألا يقحم نفسه ويتصدى لمعالجة القضايا التي ورد بها النص، إذ القاعدة فيها: "لا مساغ للاجتهاد في مورد النص[5]."

---

[1] أخرجه الدارمي في سننه، 50/1.

[2] ابن عبد البر القرطبي المالكي، جامع بيان العلم وفضله، تح. أبو الأشبال الزهيري، دار ابن الجوزي، الدمام، 1994، 1067/2.

[3] شمس الدين ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تح. محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1991، 170/4.

[4] أبو داود سليمان بن الأشعث السِّجِسْتاني، سنن أبي داود، تح. محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، 243/4، كتاب العلم، باب التوقي في الفتيا، رقمه : 3656.

[5] الدكتور محمد الروكي، نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، منشورات كلية الآداب والعلوم الإنسانية، الرباط، 1994.

وقد بين الإمام الزركشي معنى هذه القاعدة بقوله: "إن المجتهد فيه وهو كل حكم شرعي عملي أو علمي يقصد به العلم ليس فيه دليل قطعي[1]."

الفرع الثالث: دقة الفهم للقضية

يقصد بالعقود المستجدة موضوعات لم تطرق من قبل، ولم يرد فيها عن الفقهاء القدماء قول، بل يغلب على معظمها طابع العصر الحديث المتميز بابتكار وسيلة واستحداث عقود لم تكن تخطر ببال الناس قبل وقوعها. فلابد للمتصدي لمعالجتها من فهمها فهما دقيقا واضحا كافيا، يجعله متصورا حقيقة القضية تصورا صحيحا قبل البدء في بحث حكمها ليحسن بعدها أن يحكم بما يراه الحق فيها، لأن القاعدة المقررة أن الحكم على الشيء فرع عن تصوره.

ولذلك قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه في رسالة القضاء المشهورة: "أما بعد، فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة، فاهم إذا أدلى إليك، فإنه لا ينفع تكلم بالحق لا نفاذ له، ثم الفهم الفهم فيما أدلى إليك مما ورد عليك مما ليس في قرآن ولا سنة ثم قايس الأمور عنه ذلك، واعرف الأمثال ثم اعمد فيما ترى إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق[2]."

من خلال كتاب عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنهما يفيد أهمية هذا الضابط وهو ضرورة الفهم الدقيق للقضية. وعلق الإمام بن القيم على هذا الكتاب وشرحه بقوله:

"ولا يتمكن المفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم:

أحدهما: فهم الواقع والفقه فيه واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات حتى يحيط بها علما.

والنوع الثاني: فهم الواجب في الواقع وهو فهم حكم الله الذي حكم به في كتابه أو على لسان رسوله في هذا الواقع ثم يطبق أحدهما على الآخر[3]."

"فالمفتي ابن زمانه عليه أن يلم بما يجري حوله، لأنه قد يسأل عنه، فلا يكفي الآن في عصرنا العلم بالأحكام الشرعية وبالرغم من ضعف هذا العلم بها، وإنما لابد للمفتي من معرفة عامة بالاقتصاد، والقانون، والعلوم الحديثة من طبيعيات، وطب وغيرها فإن لم يكن له علم المتخصص فعلى الأقل أن

[1] أبو عبد الله بدر الدين الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتبي، ط1، 1994، 227/6.

[2] أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى، تح. محمد عبد القادر عطا، 15/10، رقم : 20324.

[3] أعلام الموقعين : 69/1.

يلم بمبادئها والتعرف على مواضعها وما يجري به العمل فيها حتى إذا سئل عن شيء من ذلك، علم كيف يجري عليه الحكم الشرعي بعد فهم واقعة والملابسات المحيطة به، والعلة المناطة بأحواله، إذ الحكم يدور مع علته وجودا وعدما[1]."

الفرع الرابع: التثبت والتحري

مما ينبغي للمتصدي لمعالجة العقود المستجدة، زيادة التثبت والتحري للقضية والتأني في نظره لها وعدم الاستعمال في الحكم عليها. فقد يطرأ ما يغير واقع المسألة أو يصل إليه علم بنا في حقيقتها وما يلزم منها، فإذا أفتى أو حكم من خلال نظر قاصر أو قلة بحث وتثبت وترو فقد يخطيء الصواب ويقع في محذور يزل فيه خلق كثير[2].

ومما يؤيد التثبت والتحري في التصدي لمعالجة العقود المستجدة الأدلة الكثير منها:

1. قوله صلى الله عليه وسلم: "من أفتي بفتيا غير ثبت، فإنما أثمه على من أفتاه[3]."
2. قوله صلى الله عليه وسلم: "أجرأكم على الفتيا أجرأكم على النار[4]."
3. كان ابن مسعود رضي الله عنه يُسأل عن المسألة فيتفكر فيها شهرا، ثم يقول: "اللهم إن كان صوابا فمن عندك، وإن كان خطأ فمن ابن مسعود[5]."
4. وفي الإمام مالك أسوة في هذا المجال حيث كان يقول: "ربما وردت على المسألة فأسهر فيها عامة ليلتي".

وكان إذا سئل عن المسألة قال للسائل: انصرف حتى أنظر فيها[6]."

يتبين هنا أن الإمام مالك كان ينظر إلى المسائل والوقائع متأنيا، متثبتا فلم يكن همه الجواب بقدر ما كان قصده الوصول إلى الحق بأي طريق، مهتديا في كل ذلك بآثار من سبقه من أئمة الصحابة والتابعين.

[1] محمد رياض، أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، 1996، ص 224.

[2] الخطيب البغدادي، أحمد بن علي، الفقيه والمتفقه، تح. عادل بن يوسف العزازي، دار ابن الجوزي، 1996، 390/2.

[3] أخرجه أبو داود في سننه، 243/4، كتاب العلم، باب التوقي في الفتيا، رقمه : 3649.

[4] أخرجه الدارمي في سننه، 69/1.

[5] أعلام الموقعين، 64/1.

[6] الموافقات، 286/4.

وإنه من باب التحري في التصدي لمعالجة القضايا المستجدة عدم القطع في مسائل الحلال والحرام[1] فلا يجوز التصريح بأن هذا "حرام " أو "حلال".

الفرع الخامس: استشارة المختصين

ومما ينبغي أن يراعى المتصدي استشارة أهل الاختصاص، وخصوصا في النوازل المعاصرة المتعلقة بأبواب الاقتصاد والمعاملات المالية وغير ذلك، والرجوع إلى علمهم في مثل تلك التخصصات عملا بقوله تعالى: {فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ}[2].

فالعقود المستجدة متعلقة بالاقتصاد والمعاملات المالية والقانون فيرجع حينئذ لأصحاب الاختصاص في الاقتصاد والقانون أو للمراجع المتخصصة في ذلك الشأن. فالمتصدي الذي لا يعرف حقيقة عقود الاستثمار المصرفي الإسلامي المستجدة مثلا غير مؤهل لتقديم فتوى صحيحة في شأنها بالحل أو الحرمة إلا إذا تصورها حق تصورها واتضحت له خطواتها العملية وعناصرها ووقف على آلية عملها، فيستطيع حينئذ أن يعطى الحكم المناسب لكل حالة[3].

ولعل في اتباع هدى النبي ﷺ في الاستشارة ضمان للمفتي من القول بلا علم خصوصا فيما ينزل من مسائل معاصرة، والاجتهاد الجماعي في وقتنا الحاضر المتمثل بالمجامع الفقهية وهيئات الافتاء ومراكز البحث العلمي تحقق الدور المنشود الذي ينبغي للمفتي أو المجتهد مراعاته والالتزام به لتتسع دائرة العلم وتزداد حلقة المشورة من أجل الحيطة والكفاية في البحث والنظر.

لقد علق الخطيب البغدادي على أهمية ذلك بقوله: "ثم يذكر المسألة – أي المفتي – لمن بحضرته ممن يصلح لذلك من أهل العلم ويشاورهم في الجواب، ويسأل كل واحد منهم عما عنده، فإن في ذلك بركة واقتداء بالسلف الصالح، وقد قال الله تعالى: {وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ}، وأشار النبي صلى الله عليه وسلم في مواضع كثيرة إلى ضرورة المشاورة، وكان الصحابة يتشاورون في الفتاوى والأحكام[4]."

الفرع السادس: إخلاص النية لله تعالى وسؤاله الفتح والتوفيق

---

[1] أبو الفضل القاضي عياض، ترتيب المدارك وتقريب المسالك، تح. عبد القادر الصحراوي، مطبعة فضالة، المحمدية، المغرب ط1، 1970، 179/2 بتصرف.

[2] سورة الأنبياء : 7.

[3] عبد الناصر موسى أبو البصل، المدخل إلى فقه النوازل، بحث مقدم في ندوة النوازل الفقهية وأثرها في الاجتهاد والفتوى، جامعة الحسن الثاني، المغرب.

[4] الفقيه والمتفقه، 390/2، أدب المفتي والمستفتي، 138.

هذا من أهم الضـوابط التي ينبغي أن يراعيها المجتهد ليوفق للصـواب ويفتح عليه بالجواب في القضـايا المسـتجدة، لذلك وجب على المتصـدي أن يصـحح بداية أي عمل بالرجوع فيه إلى الله كما قيل: "من علامات النجاح في النهايات، الرجوع إلى الله في البدايات[1]."

وكذا أن يتضـرع إلى الله في كل خطوة ولحظة حتى تكون فتواه مشـمولة بالتوفيق، "ينبغي للمفتي الموفق إذا نزلت به المسـألة أن ينبعث من قلبه الافتقار الحقيقي إلى ملهم الصـواب ومعلم الخير وهادي القلوب أن يلهمه الصـواب ويفتح له طريق السـداد ويدله على حكمه الذي شـرعه لعباده في هذه المسـألة، فمتى قرع هذا البابا فقد قرع باب التوفيق.

المبحث الثاني: ضوابط التصدي لمعالجة العقود المستجدة أثناء الحكم

أما أهم الضوابط التي يحتاج إليها المتصدي أثناء الحكم فهي ما يلي:

الفرع الأول: بذل الجهد في البحث عن الحكم الفقهي للمستجدات

ويتم ذلك بتتبع طرق الاستنباط المعروفة والجري في ذلك على سنن النظر المعهودة، فقد يجد المتصدي الحكم منصـوصـا عليه أو قريبا منه، وقد يلجأ إلى القياس على الأدلة، أو التخريج على أقوال الأئمة، مع مراعاة عدم مصـادمة حكمه للنصـوص والإجماعات الأخرى أو مخالفتها للعقول الصـحيحة والفطرة السـليمة فهذا مسـلم اعتباره في الشـريعة. لكن ينبغي للمتصـدي مراعات الآداب من خلال هذا الضـابط وهي ما يلي:

1. ذكر دليل الحكم ومأخذه في المستجدات

ذكر الدليل يرجع إلى حال السـائل وطبيعة المسـتجدات[2]، فإذا كان السـائل له علم بالشـرع، ودراية بمعاني الأدلة، أو طلب معرفة الدليل فينبغي للمتصـدي ذكر الدليل والحجة أو الحكمة من المشـروعية تطمينا لقلب السائل وزيادة في علمه وتوثيقا لفهمه.

[1] عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، أدب الفتيا، تح. محيي الدين هلال السرحان، دار الآفاق العربية، القاهرة ، ط 1، 2007، ص 67.

[2] لعل هذا الرأي أقرب إلى الصـواب حيث رأى الإمام ابن القيم ضـرورة ذكر الدليل في الفتوى، وخالفه الإمام الصـيمري – شـافعي المذهب وحافظ المذهب وصـاحب الايضـاح في المذهب – حيث رأى عدم مطالبة المفتي بذكر الدليل في فتواه. أعلام الموقعين، 200/4 و 12. تهذيب الأسماء واللف، 2م542، أدب المفتي والمستفتي، 152، المجموع، 90/1.

أما لو كان السائل أميا لا يفقه معنى الدليل فذكره له مضيعة للوقت وخطاب لمن لا يفهم. وكذلك لو كانت المستجدات تتعلق بمهام الدين ومصالح المسلمين أو بها غموض قد يطرأ في الذهن، فينبغي كذلك للمفتي ذكر الدليل والحجة، والاهتمام ببسط الأدلة ما أمكنه ذلك[1].

2. بيان البديل المباح عند المنع من المحظور

لقد تكاثرت المستجدات الواقعة في عصرنا الحاضر كالمستجدات المالية والمصرفية وغيرها، سواء داخل البلاد الإسلامية أو خارجها من البلاد التي استوطنها المسلمون فأصبحت أوطانا لهم فيحتاج المتصدي لهذه المستجدات أن يقر ما هو مقبول مباح شرعا، ويمنع ما هو محظور محرم شرعا مع بيانه لحكمة ذلك المنع وفتح العوض المناسب والاجتهاد في وضع البدائل المباحة شرعا حماية للدين واصلاحا للناس، وهذا من الفقه والنصح في دين الله عز وجل.

كما قال الإمام ابن القيم: "من فقه المفتي ونصحه إذا سأله المستفتي عن شيء فمنعه منه وكانت حاجته تدعو إليه، ان يدله على ما هو عوض له منه، فيسد عليه باب المحظور ويفتح له باب المباح وهذا لا يتأتى إلا من عالم ناصح قد تاجر مع الله.

الفرع الثاني: مراعاة مقاصد الشريعة

المراد بمقاصد الشريعة هي: الغايات التي وضعت الشريعة لأجل تحقيقها لمصلحة العباد[2]. فهذه الاسرار والغايات التي وضعت الشريعة لأجلها من حفظ الضروريات وإصلاح لأحوال العباد في الدارين معرفتها ضرورية على الدوام ولكل الناس، فالمجتهد يحتاج إليها عند استنباط الأحكام وفهم النصوص وغير المجتهد للتعرف على أسرار الشريعة، ولذلك كان الناظر في النوازل في أمسّ الحاجة إلى مراعاتها عند فهم النصوص لتطبيقها على الوقائع وإلحاق حكمها بالنوازل والمستجدات، وكذلك إذا أراد الترجيح بين الأدلة المتعارضة في ذهنه فإنه لابد وأن يستعين بمقصد الشرع، وإن دعته الحاجة إلى بيان حكم الله في مسألة مستجدة عن طريق القياس أو الاستصلاح أو الاستحسان أو العرف المعتبر تحرى بكل دقة أهداف الشريعة ومقاصدها[3].

---

[1] الفقيه والمتفقه، 2/407-406.

[2] أحمد الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط1، 1995، ص7.

[3] الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، تح. محمد الحبيب ابن الخوجة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 2004، ص 7.

من أجل ذلك فعلى المتصدي للمستجدات اعتبار ما فيه مصلحة للعباد ودرء ما فيه مفسدة عليهم أثناء الحكم والفتوى حتى لا يخرج عن كليات الشريعة ومقاصدها العليا، إذ أن وضع الشرائع إنما هو لمصلحة العباد في العاجل والآجل معا.[1]

فيستحيل أن تأمر الشريعة بما فيه مفسدة أو تنهى عما فيه مصلحة بدليل استقراء آيات القرآن الكريم وأحاديث النبي صلى الله عليه وسلم، يقول الإمام البيضاوي –رحمه الله- : "إن الاستقراء دل على أن الله سبحانه شرع أحكامه لمصالح العباد[2]."

ومن الخطوات الأساسية التي ينبغي على المتصدي للمستجدات أن يراعيها: ارتباطا بمراعاته لمقاصد الشريعة ما يلي:

1- اعتبار تحقيق المصلحة الشرعية عند التصدي، وهو من مقاصد الشرع الذي حافظ على ما يُجلب به النفع ويُدفع فيه الضرر. ويشهد واقعنا المعاصر على اجتهاد المتصدى في كثير من المسائل المستجدة بناء على اعتبار حجية المصلحة المرسلة التي لم يرد في الشرع نص على اعتبارها بعينها أو بنوعها ولا على استبعادها ولكنها داخلة ضمن مقاصد الشرع الحنيف وجمهور العلماء على اعتبار حجيتها.

ولذلك جاء في الإحكام للآمدي: "فلو لم تكن المصلحة المرسلة حجة أفضى ذلك أيضا إلى خلو الوقائع عن الأحكام الشرعية لعدم وجود النص أو الاجماع أو القياس فيها[3]."

وإذا لم يكن للمتصدي فهم وادراك لمقاصد الشريعة لتعلق بالمنع على كثير من المباحات أو فتحه على مصراعيه بتجويز كثير من المحظورات.

من أجل ذلك ذكر الأصوليون عدة ضوابط لابد للمتصدي أن يلتزمها عند معالجة المستجدات من أجل تحقيق المصلحة المعتبرة والعمل بها، وهذه الضوابط في حقيقتها شروط مقررة عند علماء الأصول للعمل بأصل المصلحة المرسلة منها:

- أن تكون مصلحة معقولة مدركة غير متوهمة، لأن الأصل أن اعتبار المصلحة المرسلة كالعلة في القياس لأن الحكم ينبني عليها، ولأن الاستصلاح كالقياس غير أنه أوسع وأعم منه.
- أن تكون هذه المصلحة ملائمة للمقاصد العامة للشريعة.
- ألا تخالف نصوص الكتاب والسنة.
- أن تكون المصلحة قطعية أو يغلب على الظن وجودها.

[1] الموافقات، 9/2.

[2] جمال الدين الإسنوي الشافعي، نهاية السول في شرح منهاج الوصول، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1999، 91/4.

[3] أبو محمد علي بن أحمد بن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، تح. الشيخ أحمد محمد شاكر، دار الآفاق الجديدة، بيروت، 32/4.

- أن تكون المصلحة كلية.
- ألا يفوت اعتبار المصلحة مصلحة أهم منها أو مساوية لها[1].

2- اعتبار قاعدة رفع الحرج[2]: المراد برفع الحرج التيسير على المكلفين بإبعاد المشقة عنهم في مخاطبتهم بتكاليف الشريعة الإسلامية.[3] قال الله تعالى: {مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ}[4]. وقال صلى الله عليه وسلم: "إن هذا الدين يسر[5]."

فرفع الحرج أصل مقطوع به في الشريعة، من أجل ذلك لابد للمتصدي أن يراعى هذه القاعدة فيما يعالج من قضايا مستجدة بحيث لا يحمل الناس على ما لا يطيقون مما خففه عليهم الشرع الحكيم، وقد نص عدد من الباحثين على ضرورة اعتبار هذا الأصل، قال الباحسين: كما لابد له أن يراعى الترخيص في الفعل أو الترك على المكلفين الذين تتحقق فيهم الأعذار والمسوغات الشرعية المبيحة لذلك[6].

وقد ذكر الأصوليون جملة من الضوابط التي لابد للمتصدي أن يلتزم بها عند اعتباره لقاعدة رفع الحرج في إطار سعيه لمعالجة المستجدات، ومنها:

- أن يكون الحرج حقيقيا.
- وهو ما له سبب معين واقع، كالمرض والسفر، أو ما تحقق بوجوده مشقة خارجة عن المعتاد، ومن ثم فلا عبرة بالحرج الوهمي الذي لا وجود للسبب المرخص لأجله.
- أن لا يعارض نصا.
- أن يكون الحرج عاما[7].

3- اعتبار المآلات: ونقصد بذلك أن ينظر المتصدي إلى مآلات الحكم هل سيؤدي إلى تحقيق مقصده أم لا؟ فلا ينبغي للمتصدي في المستجدات التسرع بالحكم إلا بعد أن ينظر إلى ما يؤول إليه هذا الحكم وما

---

[1] أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، تح. عبد الله محمود محمد عمر دار الكتب العلمية، بيروت، 296/1.

[2] يقصد بالحرج : "كل ما يؤدى إلى مشقة زائدة في البدن أو النفس أو المال حالا أو مآلا".

[3] عدنان محمد جمعة، رفع الحرج، دار العلوم الإنسانية، دمشق، ص 25.

[4] سورة المائدة : 6.

[5] محمد بن إسماعيل البخاري، في صحيحه، تح. جماعة من العلماء، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، كتاب الإيمان، باب الدين يسر، رقمه: 38.

[6] يعقوب عبد الوهاب الباحسين، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية دراسة أصولية تأصيلية، مكتبة الرشد، الرياض، ط 4، 2001 ص 42.

[7] قال ابن العربي معلقا على هذا الشرط : "إذا كان الحرج في نازلة عامة في الناس فإنه يسقط وإذا كان خاصا لم يعتبر عندنا، وفي بعض أصول الشافعي اعتباره وذلك يعرض في مسائل الخلاف". أحكام القرآن لابن العربي، 310/3.

سيترتب عليه، وهذا ولا شك يحتاج إلى استعانة الفقيه المجتهد بأصول المذهب التي تبنى عليها الأحكام كسد الذرائع مثلا. وقد دلت الأدلة على اعتبار المآلات من نصوص الكتاب والسنة الكثيرة بالاستقراء التام[1].

قال تعالى: {وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ}[2]. وقوله صلى الله عليه وسلم حين أشير إليه بقتل من ظهر نفاقه: "أخاف أن يتحدث الناس أن محمدا يقتل أصحابه"[3].

وقد نص الإمام الشاطبي على أهمية اعتبار هذا الأصل والنظر في المآلات عند الاجتهاد والنظر فقال: "النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا كانت الأفعال موافقة أو مخالفة. وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل. فقد يكون مشروعا لمصلحة قد تستجلب أو لمفسدة قد تدرأ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيه، وقد يكون غير مشروع، لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحة تندفع به، ولكن له مآل على خلاف ذلك، فإذا أطلق القول في الأول بالمشروعية، فربما أدى استجلاب المصلحة فيه إلى مفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها، فيكون هذا مانعا من انطلاق القول بالمشروعية وكذلك إذا أطلق القول في الثاني بعدم المشروعية ربما أدى استدفاع المفسدة إلى مفسدة مثلها أو تزيد، فلا يصح اطلاق القول بعدم المشروعية، وهو مجال للمجتهد صعب المورد، إلا أنه عذب المذاق، ... جار على مقاصد الشريعة".[4]

الفرع الثالث: مراعاة أعراف الناس وعوائدهم

العرف في حقيقته لا يعدو أن يكون ضربا من الاستصلاح، ذلك أن الفقيه المجتهد حين يراعي عادات الناس وأعرافهم للفصل بينهم فيما نشأ بينهم، إنما يراعي في الحقيقة مصالحهم المرسلة المعتبرة دون تصريح، أي التي لم ينص عليها الشرع بنص خاص اعتبارا أو إلغاء لكن شهدت لها عمومات الشريعة، وقد أُعمل هذا الدليل بهذا المعنى من قِبل الفقهاء جميعا، لكن توسع الإمام مالك في الأخذ به، واعتباره دليلا مستقلا ينبني عليه حكم شرعي، حتى صار وكأنه خاص به، ويسمى هذا الأصل كذلك بالعادة والعمل، قال ابن عابدين:

والعرف في الشرع له اعتبار /// لذا عليه الحكم قد يدار[5]

---

[1] الموافقات، 179/5.

[2] سورة الأنعام : 108.

[3] أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المناقب، باب ما ينهى عن دعوة الجاهلية، رقمه : 3257.

[4] الموافقات، 178/4.

[5] ابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، المطبعة العثمانية، ط1، 112/2.

وقد عرف بتعاريف كثيرة منها ما عرفه به ابن عابدين حيث يقول: العادة مأخوذة من المعاودة، فهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة، مستقرة في النفوس والعقول متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة، حتى صارت حقيقة عرفية، فالعادة والعرف بمعنى واحد.[1] والملاحظ في هذا التعريف أنه يساوي بين العادة والعرف بشكل تام، خلافا لمن ذهب إلى أن العرف خاص بالمعاملات كما هو الحال مع بعض المتأخرين أمثال عبد الوهاب خلاف الذي عرف العرف بقوله: العرف ما اعتاده الناس من المعاملات واستقامت عليه أمورهم.[2] وعرفه النسفي في مستصفاه بقوله: "ما استقرت في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول[3]". -وهو المختار عندي-.

أنواع العرف

ينقسم العرف باعتبارات متعددة إلى أنواع مختلفة منها:

1- باعتباره عرفا قوليا وفعليا

أ- العرف القولي:

وهو ما اعتاده الناس من إطلاق بعض الألفاظ على بعض المعاني، كالدابة مثلا يفيد بوضعه كل ما يدبّ على الأرض، لكن اقتضى عرف الناس أنه إذا أطلق انصرف الذهن إلى ذوات الأربع، وتعارفهم أيضا على أن الولد إذا أطلق أريد به الذكر، مع أن معنى اللفظ بوضعه يفيد الذكر والأنثى قال تعالى: {يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ}[4] وتعارفهم على أن السمك ليس لحما والله تعالى يقول: {وَهُوَ ٱلَّذِي سَخَّرَ ٱلْبَحْرَ لِتَأْكُلُواْ مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا}[5].

ب- العرف الفعلي:

عرف عملي، وهو ما اعتاده الناس من أعمال أو أفعال، حتى يصير هذا العمل حقيقة عرفية فيه، ويكون الأصل اللغوي مهجوراً أو كالمهجور، ومن ذلك تخصيص المغاربة يوم الجمعة بطعام معين، ودخول الحمام دون تعيين الوقت وقدر الماء، وكذلك الجلوس في المقاهي.

[1] مجموع رسائل ابن عابدين، 114/2.

[2] عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، دار القلم، ص 273.

[3] حافظ الدين النسفي، المستصفى، تح. أحمد بن محمد بن سعد آل سعد الغامدي، ص 50.

[4] سورة النساء: 11.

[5] سورة النحل: 14.

2- باعتبار العرف العام والعرف الخاص

أ- العرف العام: وهو العرف الذي يجري على كافة أهل البلد فلا تختص به طائف دون أخرى، كتعجيل جزء من الصداق وتأجيل الباقي.

ب- العرف الخاص: وهو العرف الذي يجري على فئة دون غيرها، كالتجار والصناع والحرفيين، وهذا النوع يرجع إليه للفصل بين أهله فقط.

3- باعتبار العرف المشروع والعرف الممنوع

أ- العرف المشروع: وهو الذي يوافق الشريعة، وهذا هو المقصود بالعرف إذا أطلق، وهو المعتبر دليلا، وهو محل بحثنا.

ب- العرف غير المشروع: وهو العرف أو الأعراف التي اعتادها الناس، وربما ألفوها ولكنها في حقيقتها تصادم الشريعة وتخالفها، وما أكثر الأعراف الفاسدة في أعراس الناس ومآثمهم، ومعاملاتهم، وبيوعاتهم، وأقوالهم، قال الدكتور الزرقا: "إذا كانت العادة مصادمة للأدلة الشرعية فلا عبرة بها[1]". وقال محمد مولود الشنقيطي:

فالعرف إن صادم أمر الباري /// وجب أن ينبذ بالبراري[2]

دليل حجية العرف

احتج المالكية بجملة من الأدلة الشرعية من نصوص الوحي، قرآنا وسنة، على جواز مشروعية العرف باعتباره دليلا يرجع إليه لمعرفة الأحكام وبنائها عليه، وقد أشرنا من قبل إلى أن العرف لا يعدو كونه ضربا من الاستصلاح، وبالتالي تكون أدلة الفرع هي أدلة الأصل، لكن لا بأس بإيراد بعض الأدلة الخاصة التي احتج بها المالكية ومن ذلك:

أ- من القرآن الكريم

1- قول الله تعالى: {خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ}.[3]

فالخطاب في الآية موجه للنبي صلى الله عليه وسلم يأمره بأخذ العفو والأمر بما تعارف الناس عليه بطباعهم السليمة المحكومة بالشرع، ووجه الاستدلال أن أمر الله عز وجل نبيه بتحكيم العرف دليل على

[1] مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط2، 2004، 902/1.

[2] محمد بن المختار الشنقيطي، شرح زاد المستقنع، ص127.

[3] سورة الأعراف: 199.

اعتباره في الشـــرع، وقد أقرت الشـــريعة بالفعل أعرافا كثيرة كانت معروفة في الجاهلية، بعد أن عدّلتها وصححتها وأزالت عنها ما التصق بها من شوائب الجهل، ومعالم الفطر المنحرفة، ومثال ذلك عدة المتوفى عنها: قَالَتْ زَيْنَبُ: وَسَمِعْتُ أُمِّي أُمَّ سَلَمَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تَقُولُ: "جَاءَت امْرَأَةٌ إِلَى النبيّ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَـــلَّمَ فَقَالَتْ: يَا رَسُـــولَ الله، إِنَّ ابْنَتِي تُوُفِّيَ عَنْهَا زَوْجُهَا وَقَدْ اشْـــتَكَتْ عَيْنَيْهَا أَفَتَكْحُلُهُمَا؟ فَقَالَ رَسُولُ الله صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: لَا، مَرَّتَيْنِ، أَوْ ثَلَاثًا، كُلُّ ذَلِكَ يَقُولُ لَا، ثُمَّ قَالَ: إِنَّمَا هِيَ أَرْبَعَة أَشْهُرٍ وَعَشْر، وَقَدْ كَانَتْ إِحْدَاكُنَّ فِي الْجَاهِلِيَّةِ تَرْمِي بِالْبَعْرَةِ عَلَى رَأْسِ الْحَوْلِ، قَالَ حُمَيْدُ بْنُ نَافِعٍ: فَقُلْتُ لِزَيْنَبَ: وَمَا تَرْمِي بِالْبَعْرَةِ عَلَى رَأْسِ الْحَوْلِ؟ فَقَالَتْ زَيْنَبُ: كَانَتْ الْمَرْأَةُ إِذَا تُوُفِّيَ عَنْهَا زَوْجُهَا دَخَلَتْ حِفْشًـــا وَلَبِسَـــتْ شَـــرَّ ثِيَابِهَا وَلَمْ تَمَسَّ طِيبًا وَلَا شَـــيْئًا حَتَّى تَمُرَّ بِهَا سَـــنَةٌ، ثُمَّ تُؤْتَى بِدَابَّةٍ حِمَارٍ أَوْ شَـــاةٍ أَوْ طَيْرٍ فَتَفْتَضُّ بِهِ، فَقَلَّمَا تَفْتَضُّ بِشَـــيْءٍ إِلَّا مَاتَ، ثُمَّ تَخْرُجُ فَتُعْطَى بَعْرَةً فَتَرْمِي بِهَا ثُمَّ تُرَاجِعُ بَعْدُ مَا شَـــاءَتْ مِنْ طِيبٍ أَوْ غَيْرِهِ قَالَ مَالِكٌ: وَالْحِفْشُ الْبَيْتُ الرَّدِيءُ، وَتَفْتَضُّ تَمْسَحُ بِهِ جِلْدَهَا كَالنُّشْرَةِ[1]."

كانت هذه الأعراف الفاسدة سائدة في المجتمع الجاهلي، فلما جاء الإسلام أبطل هذه العادات والأعراف الفاسدة، وأقر الأصل الذي هو العدة.

2- استدلوا أيضا بقول الله تعالى: {وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف}[2].

ووجه الدلالة أن الآية نص في الاحتكام إلى العرف في بعض التقديرات الشـــرعية كالطلاق، إذا وقع فقد وجبت النفقة على المطلقة ومولودها، فإن لم يتفقا في تقديرها فإن الشـــرع يحيلهما على عرف البلد، ضـــابطا لمقدار هذه النفقة، وهو المعنى الذي ذهب إليه الإمام الطبري، في معرض تفســـيره للمعروف في الآية حين قال: إذا كان الله ذكره قد علم تفاوت أحوال خلقه بالغنى والفقر، وأن منهم الموسع والمفتر وبين ذلك، فأمر كلا أن ينفق على من لزمته نفقته من زوجته وولده على قدر ميسرته[3].

3- استدلوا أيضا بقوله تعالى: {وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ}[4].

ووجه الدلالة هنا أن النص رد الضـابط في حقوق وواجبات الزوجة إلى العرف، فلا تطالب بما هو خارج عنه، ولا تُحرم ما هو منصوص عليه به.

ب- من السنة النبوية

[1] مالك بن أنس، الموطأ، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، أبو ظبي، ط1، 2004، كتاب الطلاق باب ما جاء في الإحداد.

[2] سورة البقرة: 233.

[3] محمد بن جرير الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، دار التربية والتراث، مكة المكرمة، 509/2.

[4] سورة البقرة: 228.

1- استدلوا بالحديث الموقوف عن عبد الله بن مسعود: "ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن"[1].

ووجه الدلالة هنا أن ما تعارف عليه المسلمون وألفوه واطمأنت إليه نفوسهم -ولا تطمئن نفوسهم وفطرهم السليمة إلى لما يقبله الشرع- فهو عند الله مقبول مشروع.

2- عن عائشة أن هند بنت عتبة قالت يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف[2].

ووجه الاستدلال هنا، أن النبي صلى الله عليه وسلم قد احتكم إلى العرف في استفتاء هند جواز الاستمرار في الأخذ من مال زوجها دون علمه بسبب بخله، فأحالها النبي صلى الله عليه وسلم على العرف.

ج- استدلوا أيضا بمجموعة من القواعد الفقهية المتفق عليها:

العادة محكمة[3]، المعروف عرفا كالمشروط شرطا[4]، المعلوم بالعادة كالمشروط بالنص أو العرف كالشرط والعرف كالنص[5]، التعيين بالعرف كالتعيين بالنص[6].

بعض التطبيقات الفقهية للعرف عند المالكية

- أحال الإمام مالك على العرف في مواضع كثيرة منها: تحديد مقدار النفقة على الزوجة أو المطلقة في قول الله تعالى: {لينفق ذو سعة من سعته}[7]بحيث أرجع الأمر إلى العرف السائر في البلد.

- أحال أيضا على العرف لتحديد حقيقة الحرز الموجب للقطع في السرقة، قال ابن رشد: "والحرز عند مالك بالجملة هو كل شيء جرت العادة بحفظ ذلك الشيء المسروق[8]."

وذهب مالك إلى أن البيت في الدار المشتركة حرز يقطع بإخراج المتاع منه ولو لم يخرجه من جميع الدار، قال في الموطأ:

---

[1] هذا حديث موقوف على عبد الله بن مسعود وتكملته: "ما رآه المسلمون سيئاً فهو عند الله سيء"، أخرجه الحاكم في المستدرك، كتاب معرفة الصحابة رقم (4465)، وقال: حديث صحيح الإسناد.

[2] صحيح البخاري، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف.

[3] ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999، ص 93.

[4] جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، ط1، 1990، ص 92.

[5] محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة،345/1.

[6] المصدر نفسه، 1 / 349.

[7] سورة الطلاق: 7.

[8] ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تح. ماجد الحموي، دار ابن حزم، 1995، 2/ 411.

"الأمر عندنا أنه إذا كانت دار رجل مغلقة عليه، ليس معه فيها غيره فإنه لا يجب على من سرق منها شيئا قطع حتى يخرج من الدار كلها، لأن الدار كلها هي حرزه، فإن معه في الدار ساكن غيره، وكان كل إنسان منهم يغلق عليه بابه، وكانت حرزا لهم جميعا، فمن سرق من بيوت تلك الدار شيئا يجب عليه القطع، فخرج به من الدار، فقد أخرجه من حرزه إلى غير حرزه، ووجب عليه فيه القطع[1]."

- بل إن الإمام مالك ذهب إلى أبعد من هذا في إعمال العرف والاحتكام إليه لما جعله مخصصا للعام في قوله تعالى: {والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين}[2].

فسياق الآية من الخبر الذي يراد منه الطلب أي يجب على الوالدات أن يرضعن أولادهن، و"أل" في الوالدات تفيد العموم أي كل والدة دون تمييز، لكن وجدنا الإمام مالك يخصص هذه الآية بالعرف إذ نُقل عنه أن الشريفة التي لم يجر العرف بإرضاع مثيلاتها لا يجب عليها الإرضاع بل على الزوج استئجار من تُرضع له، قال ابن رشد: "وأما حقوق الزوج على الزوجة بالرضاع وخدمة البيت على اختلاف بينهم في ذلك، ... أوجبوا ذلك على الدنيئة ولم يوجبوه على الشريفة إلا أن يكون الطفل لا يقبل إلا ثديها، وهو مشهور قول مالك[3]".

- أحال على العرف في معرفة أقل الحيض بخلاف من يحدده من الفقهاء لأن مالكا يرى ذلك من المسائل العرفية الخاصة بالنساء، تتعلق بعاداتهن وأحوالهن، وكذلك أطول مدة الحمل.

- أحال أيضا على العرف لفض النزاع بين الزوجين في ملكية متاع البيت، إذ المعلوم أن ما كان خاصا بالرجال فهو للزوج، وما كان خاصا بالنساء فهو للزوجة لكن إذا اختلفا في هذا أيضا فالحكم للعرف، فما تعارف الناس على أنه للرجال كان له، وما تعارفوا عليه أنه للنساء كان لها.

- أحال أيضا على العرف للفصل في مقدار صداق المثل.

شروط العمل بالعرف عند المالكية

إذ كان المالكية قد توسعوا في إعمال هذا الأصل والاحتكام إليه فقد اشترطوا لذلك شروطا منها:

1- أن يكون العرف مطردا أو غالبا:

[1] الموطأ ،كتاب الحدود، باب جامع القطع.

[2] سورة البقرة: 233.

[3] بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 2 / 56.

ويُقصـــد بهذا أن هذا العرف الذي نحتكم إليه، ينبغي أن يكون مما ألفه الناس واعتادوه، وكرروه بينهم باســـتمرار دون انقطاع، أو انقطع مرة أو مرات، أما ما فعله الناس مرّة أو مرات لا يســـمى عرفا، ومثال العرف المطّرد تعجيل الناس لجزء من الصـــداق وتأجيل الباقي، قال الســـيوطي: إنما تعتبر العادة إذا اطردت، فإن اضطربت فلا[1] .

وانخراق العرف مؤقتا لا يقدح في اعتباره لأن الغالب متحقق كما نص على ذلك الشـــاطبي في موافقاته حيث يقول: "وإذا كانت العوائد معتبرة شرعا فلا يقدح في اعتبارها انخراقها، ما بقيت عادة على الجملة[2]."

2- ألا يكون طارئا:

ومن ذلك قاعدة "لا عبرة بالعرف الطارئ[3]"، ونقصـــد بذلك أن هذا العرف الذي نريد أن نلجأ إليه، ينبغي أن يكون ســـابقا للنازلة، متداولا بين الناس في مثلها، بحيث لو وقع النزاع في عقد من العقود مثلا وأردنا الاحتكام إلى العرف، فلم نجد عرفا قائما، فإنه لا مجال للقول بأن هذه النازلة الحالّة هي بداية ما سيصير عرفا بعد ذلك ثم نحتكم إليه، لأن هذا من العبث المميّع للشريعة، يقول آل بورنو: "العرف الذي يوجب العمل يجب أن يكون مقارناً للعمل مصاحباً له، وسابقاً له في الوجود؛ لأن العرف لا يشتهر إلا بعد مضي أزمان على وجوده، وأما العرف اللاحق للعمل الحادث بعده فلا اعتداد به ولا اعتبار له[4]".

الفرع الرابع: فقه الواقع المحيط بالمستجدات

يعنى هذا الضابط أن يراعى المتصدي للمستجدات عند اجتهاده تغير الواقع المحيط بالمستجدات سواء كان تغيرا على مســـتوى الزمان أو المكان، أو تغيرا في الأحوال والظروف وعلى المتصـــدي تبعا لذلك مراعاة هذا التغير في فتواه وحكمه. فكم من حكم كان تدبيرا أو علاجا ناجحا لبيئة في زمن معين، فأصـــبح بعد جيل أو أجيال لا يوصل إلى المقصود منه، أو أصبح يفضى إلى عكسه بسبب تغير الأوضاع والوسائل والأخلاق.

لذلك وجدنا طائفة من الفقهاء المتأخرين في جميع المذاهب الفقهية وقد أفتوا في كثير من المســـائل بعكس ما أفتى به أئمة مذاهبهم وفقهائهم مصرحين بأن سبب اختلاف فتواهم عمن سبقهم هو اختلاف

[1] السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، ص 185.

[2] الشاطبي، الموافقات، 575/2/1 .

[3] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 96.

[4] محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو، موسوعة القواعد الفقهية،مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 2003، 401/7.

الزمان وفساد الأخلاق في المجتمعات، والحقيقة أنهم غير مخالفين لجوهر سلفهم، بل لو وجد الأئمة الأولون في عصر المتأخرين وعايشوا اختلاف الزمان وأوضاع الناس لعدلوا إلى ما قال المتأخرون[1].

ومن ذلك ما حكاه العلامة النفراوي في شرحه لرسالة مالك الصغير: ابن أبي زيد القيرواني فقد ذكر: أن الشيخ ابن أبي زيد صاحب الرسالة في فقه المالكية، انهدم حائط بيته، وكان يخاف على نفسه من شر بعض الطوائف في زمنه، خصوصا الشيعة، فربط في موضعه كلبا اتخذه للحراسة، فقيل له: إن مالكا يكره ذلك، فقال رحمه الله: لو أدرك مالك زماننا لاتخذ أسداً ضارياً."[2]

والقاعدة الفقهية: "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان[3]." ومن أمثلتها: حيث يرى الإمام أبو حنيفة عدم لزوم تزكية الشهود ما لم يطعن فيهم الخصم، اكتفاء بظاهر العدالة، وأما عند صاحبيه أبي يوسف ومحمد فيجب على القاضي تزكية الشهود بناء على تغير أحوال الناس[4] .

وكذلك جواز اغلاق أبواب المساجد في غير أوقات الصلاة في زماننا مع أنه مكان للعبادة ينبغي أن لا يغلق وإنما جوّز الأغلاق صيانة للمسجد من السرقة والعبث[5]، إلى غيرها من الأمثلة الكثيرة التي غير فيها الفقهاء المتأخرون كثيرا من الفتاوى بسبب تغير الأزمنة واختلاف أحوال الناس.[6]

من أجل ذلك، ينبغي للمتصدي في المستجدات أن يراعى أثناء اجتهاده الظروف العامة للعصر والبيئة والواقع المحيط بالناس، فرب فتوى تصلح لعصر ولا تصلح لآخر، وتصلح لبيئة ولا تصلح لأخرى، وتصلح لشخص ولا تصلح، لغيره، وقد تصلح لشخص في حال ولا تصلح له نفسه في حال أخرى.

خاتمة

بعد هذه الجولة السريعة بين ما قرره الفقهاء المجتهدون بشأن التصدي للمستجدات الطارئة يمكن القول بأن حضور الفكر الوسطي لدى الفقيه المجتهد نقطة ارتكاز لا محيد له عنها وهو يسعى إلى إخضاع الواقع بمستجداته لشرع الله. يقول الإمام الشاطبي في موافقاته: المفتي البالغ ذِروة الدرجة هو

[1] المدخل الفقهي العام، 2/924-923.

[2] شهاب الدين النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، 1995، 2/344.

[3] أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، 1989، ص 227.

[4] عثمان بن علي الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الرقائق، المطبعة الأميرية الكبرى، بولاق، 6/211.

[5] محمد آل بورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة العالمية، بيروت، ط4، 1996، ص 255.

[6] ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تح. زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، 2011، ص 162.

الذي يَحمِلُ الناس على المعهود الوسـط فيما يليق بالجمهور، فلا يذهب بهم مذهبَ الشِّـدَّة، ولا يميل بهم إلى طرف الانحلال.[1]

لائحة المصادروالمراجع

- ابن الصلاح، آداب المفتي والمستفتي، تح. موفق بن عبد الله، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، ط1، 1986.
- ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تح. زكريا عميرات، دار الكتب العلمية بيروت، ط 1، 2011 .
- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تح. ماجد الحموي، دار ابن حزم، بيروت، 1995.
- ابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، المطبعة العثمانية، إسطنبول، ط1، 1321هـ.
- ابن عبد البر القرطبي المالكي، جامع بيان العلم وفضله، تح. أبو الأشبال الزهيري، دار ابن الجوزي، الدمام، 1994.
- ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999.
- أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات، دار بن عفان، القاهرة، 2003.
- أبو الفضل القاضي عياض، ترتيب المدارك وتقريب المسالك، تح. عبد القادر الصحراوي، مطبعة فضالة، المحمدية، المغرب، ط1، 1970.
- أبو القاسم، محمد بن جُزَي المالكي تقريب الوصول، تح. محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 2003
- أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى، تح. محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.
- أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، تح. عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، 2022.
- أبو داود سليمان بن الأشعث السِّجِسْتاني، سنن أبي داود، تح. محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، 1983.

[1] الموافقات، 5\276

– أبو عبد الله بدر الدين الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتبي، ط1، 1994.

– أبو محمد علي بن أحمد بن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، تح. الشيخ أحمد محمد شاكر، دار الآفاق الجديدة، بيروت، 1983.

– أحمد الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، بيروت، ط1، 1995.

– أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، 1989.

– جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1990 .

– جمال الدين الإسنوي الشافعي، نهاية السول في شرح منهاج الوصول، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1999.

– حافظ الدين النسفي، المستصفى، تح. أحمد بن محمد بن سعد آل سعد الغامدي، (أطروحة دكتوراه)، جامعة أم القرى، مكة المكرمة،2011.

– الخطيب البغدادي، أحمد بن علي، الفقيه والمتفقه، تح. عادل بن يوسف العزازي، دار ابن الجوزي، السعودية، 1996.

– الدارمي، المسند الجامع المعروف بسنن الدارمي، تح. حسين سليم أسد الداراني، دار المغني للنشر والتوزيع، السعودية، ط1، 2000.

– شرح زاد المستقنع في اختصار المقنع، الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء، المملكة العربية السعودية، 2007.

– شمس الدين ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تح. محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1991.

– شهاب الدين النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، دمشق، 1995.

– الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، تح. محمد الحبيب ابن الخوجة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 2004.

– عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، أدب الفتيا، تح. محيي الدين هلال السرحان، دار الآفاق العربية، القاهرة، ط 1، 2007.

– عبد الناصر موسى أبو البصل، المدخل إلى فقه النوازل، بحث مقدم في ندوة النوازل الفقهية وآثرها في الاجتهاد والفتوى، جامعة الحسن الثاني، المغرب (د.ط).

– عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، دار القلم، الكويت، ط 8، 1977.

– عثمان بن علي الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الرقائق، المطبعة الأميرية الكبرى، بولاق، القاهرة، 1314 هـ.

– عدنان محمد جمعة، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية أصول التشريع الإسلامي، دار العلوم الإنسانية، دمشق، ط 3، 1933.

– مالك بن أنس، الموطأ، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، أبو ظبي، ط1، 2004.

– محمد آل بورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة العالمية، بيروت، ط4، 1996.

– محمد الروكي، نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، منشورات كلية الآداب والعلوم الإنسانية، الرباط، 1994.

– محمد بن إسماعيل البخاري، في صحيحه، تح. جماعة من الباحثين، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، 1311 هـ.

– محمد بن جرير الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، دار التربية والتراث، مكة المكرمة، (بدون تاريخ).

– محمد رواس قلعه جي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، عمان، الأردن، ط1، 1996.

– محمد رياض، أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1996.

– محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو، موسوعة القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة، بيروت،2003.

– محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، دمشق، ط1، 2006.

– مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط2، 2004.

– يعقوب عبد الوهاب الباحسين، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية دراسة أصولية تأصيلية، مكتبة الرشد، الرياض، ط 4، 2001.