

تَغْيِيرُ الْأَجْتِهَادِ
دِرَاسَةُ تَأْصِيلِيَّةٍ تَطْبِيقِيَّةٍ

٦

ح دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع الرياض ١٤٣٣هـ

فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر

الشيبيان، أسامة محمد

تغير الاجتهاد (دراسة تأصيلية تطبيقية)/

أسامة محمد الشيبيان - الرياض ١٤٣٣هـ ٣مج

٤٣٨ صفحة ١٧×٢٤

ردمك: ٢-٧٦-٨٠٩٧-٦٠٣-٩٧٨ (مجموعة)

٦-٧٨-٧٨-٦٠٣-٩٧٨ (ج٢)

أ- العنوان

الاجتهاد (أصول الفقه)

١٤٣٣/٤٠٨١

ديوي ٢٥١.١٥

رقم الإيداع: ١٤٣٣/٤٠٨١هـ

ردمك: ٢-٧٦-٨٠٩٧-٦٠٣-٩٧٨ (مجموعة)

٦-٧٨-٧٨-٦٠٣-٩٧٨ (ج٢)

ساعد على نشره ليبيع بسعر التكلفة

فاعل خير

جزاه الله خير الجزاء

وغفر له ولوالديه

جميع حقوق الطبع محفوظة

الطبعة الأولى

١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م

دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع

المملكة العربية السعودية ص.ب ٢٧٢٦١ الرياض ١١٤١٧

هاتف: ٤٩١٤٧٧٦ - ٤٩٦٨٩٩٤ فاكس: ٤٤٥٣٢٠٣

E-mail: eshbelia@hotmail.com



الصندوق الخيري لنشر البحوث والرسائل العلمية

(٧٠)

الدراسات الأصولية

(٥)

تغيير الاجتهاد

دراسة تأصيلية تطبيقية

تأليف

د. أسامة بن محمد بن إبراهيم السبيك

عضو هيئة التدريس بكلية الشريعة
بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

الجزء الثاني

دار كوكب سبيلنا

للنشر والتوزيع

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الباب الثاني

أسباب تغير الاجتهاد

وفيه عشرة فصول:

الفصل الأول: أسباب تغير الاجتهاد العائدة إلى طرق النظر في المسألة.

الفصل الثاني: تغير الاجتهاد بسبب تحقيق المصالح.

الفصل الثالث: تغير الاجتهاد بسبب سد الذرائع.

الفصل الرابع: تغير الاجتهاد بسبب الاستحسان.

الفصل الخامس: تغير الاجتهاد بسبب مراعاة الخلاف.

الفصل السادس: تغير الاجتهاد بسبب اعتبار المآلات.

الفصل السابع: تغير الاجتهاد بسبب تغير العادات والأعراف.

الفصل الثامن: أسباب تغير الاجتهاد العائدة إلى الواقعة المجتهد فيها.

الفصل التاسع: أسباب تغير الاجتهاد العائدة إلى حال المحكوم عليه.

الفصل العاشر: أسباب تغير الاجتهاد العائدة إلى خلل في اجتهاد المجتهد.



توطئة

سبق أن بينت مشروعية تغير الاجتهاد، وأنه مشروع وفق ضوابط معينة، فإذا توافرت تلك الضوابط في المسألة وفي حق المجتهد ساغ له تغير اجتهاده وإعادة نظره في المسألة، ونقض ما بنى على اجتهاده السابق وما ترتب عليه من قضاء أو فتوى، ومن ثم فإنه يفتي أو يقضي بناء على اجتهاده الجديد اللاحق، وما غلب على ظنه فيه، وقد ذكرت من جملة الضوابط التي لا بد منها ليكون الاجتهاد مشروعاً: وجود سبب شرعي موجب لتغيير الاجتهاد وإعادة النظر فيما توصل إليه المجتهد بغالب الظن، يكون مسوغاً لانتقال المجتهد من قوله أو فتواه في المسألة الاجتهادية إلى قول آخر أو فتوى أخرى وفقاً لهذا السبب الموجب للتغيير، وفي هذا الباب تفصيل لما أجملته هناك، وبياناً للأسباب الداعية لأن يغير المجتهد رأيه، ويفتي أو يقضي بما غلب على ظنه بعد تجديد اجتهاده وإعادة نظره في المسألة.

وأسباب تغير الاجتهاد التي سيكون الحديث عنها في هذا الباب إجمالاً هي:

١- تغير النظر في الأصول المعتمدة في الاستنباط.

٢- تغير النظر في بعض طرق الاستنباط.

٣- تحقيق المصالح.

٤- سد الذرائع.

٥- الاستحسان.

٦- مراعاة الخلاف.

٧- اعتبار المآلات.

٨- تغير العادات والأعراف.

٩- تحقيق المناط.

- ١٠- عموم البلوى.
- ١١- تغير النيات.
- ١٢- فساد الأخلاق وضعف التدين.
- ١٣- اطلاع المجتهد على نصوص لم يكن علم بها من قبل.
- ١٤- زوال توهم وقوع النسخ أو عدمه.
- ١٥- ثبوت ما سبق ظن عدم ثبوته من الأحاديث.
- ١٦- عدم ثبوت ما سبق ظن ثبوته من الأحاديث.
- ١٧- العلم بالإجماع بعد جهله.
- ١٨- وضوح ما التبس فهمه من دلالات النصوص.
- ١٩- تنبه المجتهد إلى عدم تصوره للمسألة المسؤول عنها تصوراً تاماً.

هذه أسباب تغير الاجتهاد، وسأوردها مبيناً المراد بكل سبب، وبعض الأمثلة والتطبيقات التي تبين تغير اجتهاد بعض العلماء والأئمة في بعض الحوادث والمسائل بسببه، محاولاً ربط المثال بالسبب، ليظهر التأصيل لهذه التطبيقات، وأن هؤلاء الأئمة لم يكونوا ليغيروا أقضيتهم وفتاواهم لمجرد الهوى والتشهي، وإنما استندوا في ذلك إلى أسباب أوجبت عليهم تغيير النظر وإعادة الاجتهاد وتجديده ليحكموا فيها بما تقتضيه المصلحة أو العرف، مراعين في ذلك تغير مناط المسألة وعدم تحققه في الفتوى السابقة، ليفتوا فيها بما يحقق مناط الحكم، وليتحقق بذلك المعنى الذي من أجله شرع الحكم.

فأسباب تغير الاجتهاد كثيرة، ويتداخل بعضها مع بعض، وعماد كثير منها المصلحة، فتغير الاجتهاد لأجل سد الذرائع إنما هو تحقيق للمصلحة، وتغيره بسبب الاستحسان إنما هو لأجل المصلحة، وكذا بناء الأحكام على العرف ومراعاة تغيره إنما ذلك لأجل تحقيق

ما يصلح للناس من أحكام تناسب زمانهم ومكانهم، ومثل ذلك يقال في تغير الاجتهاد بسبب اعتبار المآلات، أو مراعاة الخلاف، أو تحقيق المناط، أو عموم البلوى، أو تغير النيات، أو فساد الأخلاق، ونحوها.

وتجدر الإشارة إلى أن كثيراً من الفتاوى والأحكام الاجتهادية المتغيرة في كثير من الوقائع والحوادث يتنازعها أكثر من سبب، فالاجتهاد قد يتغير لأكثر من موجب، فقد يتغير سواء أكان قضاءً أم فتوى لأجل تحقيق المصالح وسد الذرائع ولفساد الأخلاق ونحو ذلك.

وأيضاً أنه إلى أن بعض الأمثلة تتكرر في أكثر من سبب، فتدخل مرة في تغير الاجتهاد بسبب تحقيق المصالح، وتدخل مرة أخرى في تغير الاجتهاد بسبب سد الذرائع، كما أنها قد تدخل تحت تغير الاجتهاد بسبب تغير العرف أو لفساد الزمان أو لعموم البلوى أو نحو ذلك، ويعود ذلك إلى تداخل هذه الأسباب، كما يعود إلى اختلاف وجهات النظر إلى هذه الأمثلة، فليس بينها تناقض وتعارض، فقد يثبت الشيء عرفاً وتكون فيه مصلحة راجحة، وقد تعم به البلوى، ونحو ذلك، فهو في هذه الحالة جامع لكل هذه الوجوه، فمن نعته بأي وجه منها كان ناظراً إلى تلك الجهة دون غيرها، وهو لا يعارض أن تكون الأوجه الأخر ثابتة له أيضاً.

وفيما يأتي تفصيل للأسباب الداعية لتغير الاجتهاد مع تطبيقاتها:



الفصل الأول

أسباب تغير الاجتهاد

العائدة إلى طرق النظر في المسألة

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: تغير الاجتهاد بسبب تغير النظر في

الأصول المعتمدة في الاستنباط.

المبحث الثاني: تغير الاجتهاد بسبب تغير النظر في

بعض طرق الاستنباط.

المبحث الأول

تغير الاجتهاد بسبب تغير النظر

في الأصول المعتمدة في الاستنباط

وفيه تمهيد ومطلبان:

التمهيد

المراد بالأصول المعتمدة في الاستنباط

أعني بالأصول المعتمدة في الاستنباط هنا: المصادر التي يحتكم إليها المجتهد ويعتمد عليها عند النظر في المسائل، مما اختلف في الاحتجاج به، كقول الصحابي^(١)، والمصلحة المرسلة^(٢)، والاستحسان^(٣)، والاستصحاب^(٤)، وسد الذرائع^(٥)، وشرع من

(١) قول الصحابي هو: رأيه المنتشر أو فتواه أو قضاؤه في المسألة الاجتهادية التي لم يرد فيها نص من كتاب الله أو سنة رسوله ﷺ ولم يحصل عليها الإجماع، والمختلف فيها بين الصحابة. انظر: القواطع (٣/٢٨٩)، الإحكام للآمدي (٤/١٤٩، ١٥٤)، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي (ص/٣٣٩)، غاية الوصول إلى دقائق علم الأصول - الأدلة المختلف فيها (ص/١٦٤-١٦٦).

(٢) المصلحة المرسلة هي: المنفعة التي تدعو الحاجة إليها، ولا يشهد لها أصل خاص من الشرع بالاعتبار ولا بالإلغاء، ولا تكون مخالفة لمقاصد الشارع. انظر: شفاء الغليل (ص/٢٠٧) وما بعدها، شرح مختصر الروضة (٣/٢٠٤، ٢١٤)، الموافقات (٣/٤١، ١٦٠)، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي (ص/٣٥).

(٣) سبق تعريفه (١/٢٤٣-٢٤٥).

(٤) الاستصحاب هو: «الحكم بثبوت أمر في الزمان الثاني بناء على أنه كان ثابتاً في الزمان الأول»، كشف الأسرار (٣/٦٦٢).

(٥) سد الذرائع: منع الوسائل التي تكون في ظاهرها مباحة ويمكن التوصل بها إلى محرم. انظر: الفروق

(٢/٣٢)، الموافقات (٥/١٨٣)، شرح الكوكب المنير (٤/٤٣٤).

قبلنا^(١)، وغيرها من الأدلة التي وقع الخلاف في حجيتها^(٢)، وأما المتفق عليه فلا يكون سبباً لتغير الاجتهاد؛ لأن اعتباره لا يتخلف.

وعليه فإن المراد بتغير النظر في الأصول المعتمدة في الاستنباط: تغير موقف المجتهد من هذه المصادر التشريعية، من حيث الاحتجاج بها والاحتكام إليها من عدمه، فيتغير اجتهاده في حجيتها، بحسب ما يظهر له من الدلائل في ذلك؛ بحيث يؤدي النظر فيها إما إلى الاحتجاج بها بعد أن كان نافياً لحجيتها، أو إلى عدم الاعتداد بها بعد أن كانت حجة عنده.

المطلب الأول

وجه كون تغير النظر في الأصول المعتمدة

في الاستنباط سبباً لتغير الاجتهاد

بينت فيما سبق المراد بالأصول المعتمدة في الاستنباط التي تكون سبباً لتغير الاجتهاد، والمقصود بتغير النظر فيها، ومن هنا فإن هذا السبب من أوجب ما يتغير الاجتهاد لأجله، ويظهر ذلك من كونه متعلقاً بالأصول التشريعية التي هي مصادر الأحكام، ومستند

(١) شرع من قبلنا: ما ثبت عندنا بالكتاب أو السنة أنه كان شرعاً لمن كانوا قبلنا، ولم يثبت نسخه عنهم ولا عناء، وسُكت عن شرعيته لنا أو عدم شرعيته. انظر: أصول البزدوي مع كشف الأسرار (٣/٣٩٨)، العدة (٣/٧٥٣)، الإحكام للآمدي (٤/١٤٠)، شرح مختصر الروضة (٣/١٦٩) وما بعدها، الشرائع السابقة ومدى حجيتها في الشريعة الإسلامية للدكتور عبدالرحمن الدرويش (ص/٢٦٢-٢٦٨).

(٢) انظر في كون هذه الأدلة مختلفاً في الاحتجاج بها: المستصفي (١/١٠٠)، روضة الناظر (١/٢٦٤)، الإحكام للآمدي (١/١٥٨)، التحبير شرح التحرير (٣/١٢٢٩)، شرح الكوكب المنير (٢/٦٠٥)، معجم مصطلحات أصول الفقه (ص/٤٨، ٤٩)، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي (ص/١٨)، أصول الفقه الإسلامي. د. بدران أبو العينين (ص/٤٧).

الفتاوى، ففي تغير نظر المجتهد فيها أو في أحدها من حيث الحجية أثر كبير في اجتهاده وما يتبعه من فتاوى وأحكام.

وبيان ذلك: أنه إذا وجب الاعتداد عليها والاحتكام إليها في المسائل، والأخذ بما دلت عليه، وردُّ ما سواها مما يعارضها في حال الاحتجاج بها، فإن المجتهد سيحكم ويفتي بما جاءت به ودلت عليه، وسيجتهد في معرفة ملائمتها ومطابقتها للواقعة، وتنزيل أحكامها عليها.

وأما حين يتبين له ضعفها وعدم حجيتها، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة وسينقض حكمه المبني على ذلك الاجتهاد لتغيره؛ وكذلك تنتقض فتواه وتغير بناء على ذلك؛ لأن حكمه في المسألة كان مبنياً على اجتهاد مستند إلى أحد هذه الأدلة، ثم ظهر له ضعفه وعدم حجيته، فانتقض ما بني عليه.

فإذا وقعت حادثة واجتهد فيها المجتهد، ولم يجد لها حكماً في الكتاب أو السنة، ولم يقع فيها إجماع، ثم حكم فيها باجتهادٍ بناه على القول بأحد هذه الأصول والاحتجاج به، ثم تغير نظره في هذا الأصل، فصار من النافين لحجيته بعد أن كان محتجاً به، فإنه بناء على ذلك سيتغير اجتهاده في الحادثة بناء على تغير نظره في أصل ذلك الاجتهاد، وسيتغير حكمه فيها بناء على تغير اجتهاده.

وعلى هذا فمن أسباب تغير اجتهاد المجتهد ورجوعه عنه تغير نظره في الأصول والمصادر التي اعتمد عليها في اجتهاده، سواء أكان هذا التغير متمثلاً في الاحتجاج بها بعد أن كان من النافين لحجيتها، أم كان بعكس ذلك.

وفما يأتي بيان عدد من الأمثلة لتغير الاجتهاد بسبب تغير النظر في الأصول المعتمدة في الاستنباط.

المطلب الثاني

أمثلة لتغير الاجتهاد بسبب تغير النظر
في الأصول المعتمدة في الاستنباط

من الأمثلة التي يتضح بها هذا السبب ما يأتي :

أولاً: لو أفتى المجتهد باجتهاده في المسألة، وكان مستنداً في تلك الفتوى إلى قول أحد الصحابة في قضاء له أو فتوى، بناء على أنه كان يرى أن قول الصحابي حجة ودليل معتبرٌ يلزم الأخذ به عند عدم وجود النص، ثم تغير نظره في حجية هذا المصدر، وبأن له وجاهة قول من لم ير قول الصحابي حجة، وظهر له ضعف ما كان يتمسك به ويستند إليه في الاحتجاج بهذا الدليل، فإنه حينئذٍ سيتغير اجتهاده السابق في المسألة، وسينقض فتواه المبنية على ذلك الاجتهاد لتغيره؛ لأن فتواه في المسألة كانت مبنية على اجتهاد مستندٍ إلى دليل، وهو قول الصحابي، ثم بان له ضعف هذا الدليل وعدم حجيته، فانتقض بذلك ما بُني عليه.

ومن أمثلة ذلك ما يأتي:

١ - قد يفتي المجتهد بأن سجود التلاوة سنة وليس بواجب، استناداً في ذلك إلى قول الصحابي، وهو ما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قرأ سجدة وهو على المنبر يوم الجمعة، فنزل وسجد، وسجد الناس معه، ثم قرأها يوم الجمعة الأخرى، فتهياً الناس للسجود، فقال: (يا أيها الناس إنا نمرّ بالسجود، فمن سجد فقد أصاب، ومن لم يسجد فلا إثم عليه)، ولم يسجد^(١).

فإذا تغير رأي المجتهد في حجية هذا الدليل، وظهر له أن قول الصحابي ليس بحجة، فإنه سيتغير اجتهاده في حكم سجود التلاوة، وستتغير فتواه في هذه المسألة؛ لأنها مبنية على القول بحجية قول الصحابي، ولذا سينقض المجتهد فتواه السابقة، ليفتي بفتوى جديدة، بحسب ما يظهر له من الأدلة في المسألة.

(١) سبق تخريجه في (١/٤٠١).

٢- أن المجتهد قد يفتي بأنه إذا اجتمعت صلاة الجمعة وصلاة العيد في يوم واحد، فإن صلاة العيد تجزئ عن صلاة الجمعة لمن صلى العيد، ويكون في ذلك مستنداً إلى فعل عثمان بن عفان رضي الله عنه، فقد روي عنه أنه صلى العيد ثم انصرف فخطب وقال: (إنه قد اجتمع لكم في يومكم هذا عيدان، فمن أحب من أهل العالية أن ينتظر الجمعة فلينتظرها، ومن أحب أن يرجع فقد أذنت له)^(١).

فإذا تغير رأي المجتهد في حجية قول الصحابي، وظهر له أنه ليس بحجة، فإنه سيتغير اجتهاده في حكم هذه المسألة، وستتغير فتواه فيها؛ لأن اجتهاده كان مبنياً على القول بحجية هذا الدليل، ومن هنا سيفتي في هذه المسألة بفتوى جديدة تخالف ما أفتى به فيها سابقاً.

٣- لو أن المجتهد أفتى بوجوب الزكاة في مال الصبي والمجنون، معتمداً في ذلك على قول عمر بن الخطاب وفعل عائشة رضي الله عنها، حيث روي أن عمر رضي الله عنه قال: (اتجروا في أموال اليتامى لا تأكلها الزكاة)^(٢)، كما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها كانت تلي يتيمن في حجرها، وكانت تخرج من أموالهم الزكاة^(٣).

فإن المجتهد حين يتغير نظره في حجية قول الصحابي، ويرى عدم حجيته، فإنه سيتغير اجتهاده في هذه المسألة، لأنه كان مبنياً على الاحتجاج بهذا الدليل، وستتغير فتواه فيها، وسينقض فتواه السابقة لانتقاض ما بُنيت عليه.

(١) أخرجه الإمام مالك وابن حبان والبيهقي، انظر: الموطأ (١/١٧٨)، رقم (٤٢٩)، وصحيح ابن حبان (٨/٣٦٥) باب ذكر الزجر عن صيام يوم العيد للمسلمين، رقم (٣٦٠٠)، وسنن البيهقي الكبرى (٣/٣١٨) باب اجتماع العيدين بأن يوافق يوم العيد يوم الجمعة، رقم (٦٠٨٥).

(٢) أخرجه الإمام مالك في الموطأ (١/٢٥١) باب زكاة أموال اليتامى والتجارة لهم فيها، رقم (٥٨٨).

(٣) أخرجه الإمام مالك في الموضع السابق نفسه، عن عبدالرحمن بن القاسم عن أبيه، رقم (٥٨٩).

٤ - لو أفتى المجتهد بأن الحلي المستعمل لا زكاة فيه، مستنداً على ذلك بعمل الصحابي، وهو ما روي أن عائشة رضي الله عنها كانت تلي بنات أخيها يتامى في حجرها، لهن حلي، ولا تخرج من حليهن الزكاة^(١).

وكذا ما روي عن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما أنه كان يحلي بناته وجواريه الذهب، ثم لا يخرج من حليهن الزكاة^(٢).

فلو تغير رأي المجتهد وموقفه من الاحتجاج بقول الصحابي، وترجع عنده عدم حجيته، فإنه سيتغير اجتهاده في هذه المسألة المبنية عليه، وسيفتي فيها بخلاف فتواه السابقة.

٥ - لو أن المجتهد أفتى بتحريم بيع العينة، مستنداً في ذلك إلى ما نقل عن عائشة رضي الله عنها في هذه المسألة^(٣)، حيث روي: (أن امرأة قالت لها: يا أم المؤمنين كانت لي جارية فبعتها من زيد بن أرقم^(٤) بثمانمائة إلى أجل، ثم اشتريتها منه بستمائة، فنقدته الستائة وكتبت عليه ثمانمائة، فقالت عائشة: بئس والله ما اشتريت، وبئس والله ما اشترى، أخبرني زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب، فقالت المرأة لعائشة:

(١) أخرجه الإمام مالك في الموطأ عن عبدالرحمن بن القاسم عن أبيه (٢٥٠/١) باب ما لا زكاة فيه من الحلي والتبر والعنبر، رقم (٥٨٦).

(٢) أخرجه الإمام مالك في الموطأ عن نافع مولى ابن عمر (٢٥٠/١) باب ما لا زكاة فيه من الحلي والتبر والعنبر، رقم (٥٨٧).

(٣) كما ذهب إليه بعض الفقهاء، انظر: الهداية (٤٧/٣).

(٤) هو: الصحابي أبو عمر، وقيل: أبو عامر زيد بن أرقم بن زيد الخزرجي الأنصاري، استصغر يوم أحد، وأول مشاهده الخندق، وقيل: المريسيع، غزا مع النبي ﷺ سبع عشرة غزوة، وشهد صفين مع علي بن أبي طالب رضي الله عنه. توفي بالكوفة سنة ٦٦ هـ.

انظر: الاستيعاب (٥٣٥/٢)، والإصابة (٥٨٩/٢).

أرأيت إن أخذت رأس مالي ورددت عليه الفضل، قالت: ﴿فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَاتَّهَىٰ فَلَهُ مَا سَلَفَ﴾^(١).

فلو أن المجتهد أفتى بتحريم هذه المسألة بناء على قول الصحابي الوارد فيها، ثم تغير رأيه وموقفه من حججة هذا الدليل، حيث رأى بعد ذلك عدم صحة الاحتجاج به، فإنه بناء على ذلك سيتغير اجتهاده وفتواه في المسألة التي بناها عليه، وهي مسألة العينة، وسيفتي بجواز هذا البيع^(٢).

٦ - لو أفتى المجتهد بأن من تزوج امرأة في عدتها ودخل بها فإنه يفرق بينهما، ولا تحل له أبداً، وكان مستنداً في ذلك إلى قضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه وفتواه في تلك المسألة، وذلك فيما رواه الإمام مالك بسنده: (أن عمر بن الخطاب فرّق بين طليحة الأسدية وبين زوجها لما تزوجها في العدة من زوج ثان، وقال: أيها امرأة نكحت في عدتها، فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرّق بينهما، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول، ثم كان الآخر خاطباً من الخطاب، وإن كان دخل بها فرّق بينهما، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول، ثم اعتدت من الآخر، ثم لا يجتمعان أبداً)^(٣).

فلو أفتى المجتهد بذلك بناء على قول عمر في المسألة، ثم تغير نظره وموقفه من الاحتجاج بقول الصحابي، وأصبح لا يرى حججه بعد أن كان حجة عنده، فإنه سيتغير

(١) جزء من الآية: (٢٧٥) من سورة البقرة.

والأثر أخرجه عبدالرزاق والبيهقي والدارقطني، انظر: المصنف (١٨٥/٨) باب الرجل يبيع السلعة ثم يريد اشتراها بنقد، رقم (١٤٨١٢)، وسنن البيهقي الكبرى (٣٣٠/٥) باب الرجل يبيع الشيء إلى أجل ثم يشتريه بأقل، رقم (١٠٥٨٠)، وسنن الدارقطني (٥٢/٣) رقم (٢١١)، وهذا الأثر في سننه أم محبة والعالية وهما مجهولتان لا يحتج بهما، انظر: تخريج الأحاديث الضعاف من سنن الدارقطني، للغساني (٢٧٣/١).

(٢) كما هو مذهب الإمام الشافعي، انظر: الأم (٧٨/٣)، (٧٩).

(٣) سبق تخريجه في (٤١٠/١).

اجتهاده في هذه المسألة، وستتغير بناء على ذلك فتواه، وسيفتي بأن من نكح امرأة في عدتها ودخل بها فإنه يفرق بينهما، فإذا انتهت عدتها منها كان الثاني خاطباً من الخطاب، كما هو مذهب كثير من الفقهاء.

يقول ابن رشد^(١): «واختلفوا فيمن تزوج امرأة في عدتها ودخل بها:

فقال مالك والأوزاعي والليث^(٢): يُفَرَّقُ بينهما ولا تحلّ له أبداً.

وقال أبو حنيفة والشافعي والثوري^(٣): يُفَرَّقُ بينهما، وإذا انقضت العدة بينهما، فلا

بأس في تزويجه إياها مرة ثانية.

(١) هو: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الأندلسي، ويلقب بابن رشد الحفيد تمييزاً له عن جده، ولد عام ٥٢٠هـ، فقيه مالكي، وفيلسوف عني بكلام أرسطو وترجمته إلى العربية، وزاد عليها، وكان دمث الأخلاق حسن الرأي. من مؤلفاته: بداية المجتهد، والتحصيل في اختلاف مذاهب العلماء، والضروري في أصول الفقه، وفصل المقال فيما بين الحكمة والشريعة من الاتصال، وتهافت التهافت، وغيرها. توفي في مراكش عام ٥٩٥هـ.

انظر: التكملة لكتاب الصلة (٢/٥٥٣)، وعيون الأنباء (ص/٥٣٠)، وتاريخ قضاة الأندلس (ص/١١١)، والديباج المذهب (ص/٢٨٤).

(٢) هو: أبو الحارث الليث بن سعد بن عبدالرحمن الفهمي، ولد بمصر سنة ٩٤هـ، عالم الديار المصرية ومحدثها، وأحد الأئمة في عصره في الورع والفضل والعلم والنجدة والسخاء، وكان الإمام الشافعي يتأسف على فواته، ويقول: (هو أفقه من مالك إلا أن أصحابه لم يقوموا به). توفي سنة ١٧٥هـ.

انظر: الطبقات الكبرى (٧/٥١٧)، ومشاهير علماء الأمصار (ص/١٩)، وتذكرة الحفاظ (١/٢٢٤).

(٣) هو: أبو عبدالله سفيان بن سعيد بن مسروق بن حبيب الثوري، الكوفي، ولد بالكوفة سنة ٩٧هـ، إمام الحفاظ، وشيخ الإسلام، محدث، فقيه، ورع، أدرك جماعة من كبار التابعين وأخذ عنهم، وأخذ عنه كثير من العلماء والأئمة، ووصف بأمر المؤمنين في الحديث. توفي بالبصرة سنة ١٦١هـ.

انظر: الطبقات الكبرى (٦/٣٧١)، تاريخ بغداد (٩/١٥١)، البداية والنهاية (١٠/١٣٤)، وفيات الأعيان (٢/٣٨٦)، تذكرة الحفاظ (١/٢٠٣)، حلية الأولياء (٦/٣٥٦)، طبقات المفسرين (١/١٩٣)، النجوم الزاهرة (٢/٣٩)، صفة الصفوة (٣/١٤٧).

وسبب اختلافهم: هل قول الصحاب حجة أم ليس بحجة؟ وذلك أن مالكا روى عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار^(١) أن عمر بن الخطاب فرّق بين طليحة الأسدية وبين زوجها... الأثر^(٢).

٧- لو أفتى المجتهد بأنه لا قطع على العبد أو الخادم إذا سرق من مال سيده، لقضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه في هذه المسألة^(٣)، وذلك فيما رواه الإمام مالك بسنده: (أن عبد الله ابن عمرو الحضرمي^(٤) جاء بغلام له إلى عمر بن الخطاب، فقال له: اقطع يد غلامي هذا، فإنه سرق، فقال له عمر: ماذا سرق؟ فقال: سرق امرأة لامرأتي ثمنها ستون درهماً، فقال عمر: أرسله فليس عليه قطع، خادكم سرق متاعكم)^(٥).

لكن لو أن المجتهد رأى بعد ذلك أن قول الصحابي ليس بحجة، فإنه سيغير اجتهاده في هذه المسألة، وسينقض فتواه فيها، حيث سيفتي بأن عليه القطع، كما هو رأي بعض

(١) هو: أبو عبد الرحمن، وقيل: أبو أيوب، سليمان بن يسار، مولى ميمونة أم المؤمنين رضي الله عنها، أعتقه وإخوته، روى عنها، وعن أم سلمة، وابن عباس، وزيد بن ثابت، وغيرهم، وروى عنه الزهري، ونافع، وقتادة، وكان إماماً في الدين والفقهاء السبعة. توفي سنة ١٠٧هـ.

انظر: تهذيب التهذيب (٤/٢٢٨)، وفيات الأعيان (٢/٣٩٩)، وسير أعلام النبلاء (٤/٤٤٤).

(٢) بداية المجتهد (٢/٣٥).

(٣) انظر: الأم (٦/١٥١).

(٤) هو: عبد الله بن عمرو الحضرمي، من أهل الحجاز، ولد على عهد النبي ﷺ، وروى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وهو حليف بني أمية، وابن أخي العلاء بن الحضرمي، قُتل أبوه في السنة الأولى من الهجرة النبوية كافراً، وقد ذكر ابن حجر أن مقتضى موت أبيه أن يكون له عند وفاة النبي ﷺ نحو تسع سنين.

انظر: تقريب التهذيب (١/٣١٦)، وتهذيب الكمال (١٥/٣٧٤)، والإصابة (٤/١٩٠).

(٥) الموطأ (٢/٨٣٩) باب ما لا قطع فيه، رقم (١٥٢٩).

الفقهاء، لعموم قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾^(١).

ثانياً: لو أفتى المجتهد باجتهاده في المسألة، وكان مستنداً في تلك الفتوى إلى العمل بالمصلحة المرسلة، حيث كان يرى أنها حجة ودليل معتبر، ثم تغير نظره في حجية هذا الدليل، وبأن له ضعف متمسكه في الأخذ بها والعمل بمقتضاها، ورأى بعد ذلك أنها ليست بحجة، فإنه سيتغير اجتهاده السابق في المسألة، وسينقض فتواه المبنية على ذلك الاجتهاد؛ لأن فتواه في المسألة كانت مبنية على اجتهاد مستند إلى دليل، وهو المصلحة المرسلة، ثم بان له ضعف هذا الدليل وعدم حجيته، فانقض بذلك ما بُني عليه. ومن أمثلة ذلك ما يأتي:

١ - لو أفتى المجتهد بضمان الأجير المشترك لما تلف في يده مطلقاً، معتمداً في ذلك على العمل بالمصلحة المرسلة، ووجه المصلحة في تضمينه: المحافظة على أموال الناس من الضياع أو التلف؛ نظراً لكثرة الخيانة وقلة الأمانة بين الناس.

يقول ابن رشد: «ومن ضمّنه فلا دليل له إلا المصلحة وسد الذريعة»^(٢).

فإذا تغير رأي المجتهد في حجية هذا الدليل، وظهر له أن المصلحة المرسلة ليست بحجة، وأنه لا يسوغ العمل بها مجردة عن أي دليل آخر، فإنه سيتغير اجتهاده وستتغير فتواه في هذه المسألة التي بناها على القول بحجية هذا الدليل، وسيفتي بأن الأجير المشترك لا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط، لأن هذا هو الأصل، وهو مقتضى عقد الإجارة، فهو مؤتمن، والعين في يده أمانة، لأن قبضها حصل بإذن المالك، فهو في ذلك كالأجير الخاص والمودع.

(١) الآية: (٣٨) من سورة المائدة.

(٢) بداية المجتهد (١٧٥ / ٢).

٢- لو أن المجتهد أفتى بمشروعية قتل الجماعة بالواحد قصاصاً، واعتمد في تلك الفتوى على النظر إلى المصلحة المرسله، حيث إن المصلحة تقضي بذلك، إذ لو لم يقتل الجماعة بالواحد لأصبح القتل الجماعي ذريعة إلى سقوط القصاص، فيستعين كل من أراد القتل بغيره ليأمن القصاص^(١).

فلو تغير رأي المجتهد في حجية المصلحة المرسله، ورأى أنها ليست بحجة، فإنه سيتغير اجتهاده في هذه المسألة، وسيفتي بأن الجماعة لا تقتل بالواحد، بل تجب عليهم الدية، إذ هذا هو الأصل، لعدم المساواة بين الجماعة والواحد، وهذا التفاوت يمنع القصاص لعموم قوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ...﴾^(٢)، وقوله تعالى: ﴿أَلْحَرْ بِأَلْحَرْ وَأَلْعَبُدْ بِأَلْعَبُدِ وَالْأُنْثَىٰ بِالْأُنْثَىٰ...﴾^(٣).

٣- لو حكم المجتهد بتغريب الزاني البكر - زيادة على الجلد - إن كان ذكراً، دون الأنثى، فقال يغرب الرجل ولا تغرب المرأة، واعتمد في هذا التفريق بين الذكر والأنثى على المصلحة، ووجه المصلحة في ذلك: أن المرأة تحتاج إلى حفظ وصيانة، فإذا غرِّبت بغير محرم كان ذلك إغراءً لها بالفجور، وتمكيناً لها منه، وتضييعاً لها، وهذا ينافي قصد الشارع من وجوب الحد، إذ إنه لم يشرع إلا زجراً عن الزنا، على أنه لا يجوز أن تُغرب وتسافر بغير محرم، لقول النبي ﷺ: (لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة إلا مع ذي محرم)^(٤) وإن غربت بمحرم أفضى ذلك إلى تغريب من ليس بزان ولا

(١) انظر: بداية المجتهد (٢/٢٩٩، ٣٠٠).

(٢) جزء من الآية: (٤٥) من سورة المائدة.

(٣) جزء من الآية: (١٧٨) من سورة البقرة.

(٤) أخرجه البخاري ومسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه، انظر: صحيح البخاري (١/٣٦٩) كتاب الصلاة،

باب في كم يقصر الصلاة وسمى النبي ﷺ يوماً وليلة سفراً، رقم (١٠٣٨)، وصحيح مسلم

(٢/٩٧٧) باب سفر المرأة مع محرم إلى حج وغيره، رقم (١٣٣٩).

ذنب له، وإن كُلفت أجرته ففي ذلك زيادة على عقوبتها على ما ورد به النص، وهو لا يجوز^(١).

يقول ابن رشد: «ومن خصص المرأة من هذا العموم^(٢)، فإنما خصصه بالقياس؛ لأنه رأى أن المرأة تعرض بالغربة لأكثر من الزنا، وهذا من القياس المرسل، أعني: المصلحي»^(٣).

فالمجتهد لو تغير موقفه من الاحتجاج بالمصلحة، ورأى أن المصلحة المرسله ليست بحجة، فإن ذلك سبب لتغير اجتهاده وحكمه في هذه المسألة، وسيحكم بتغريب الزاني البكر سواء أكان ذكراً أم أنثى، لعموم النص الوارد في ذلك.

٤ - قد يفتي المجتهد بأن الرجل إذا آلى من امرأته ومضت مدة الإيلاء، ورفع الأمر إلى القاضي، فطلب منه أن يطلق أو أن يفيء، فأبى، فإن للقاضي أن يطلق عليه، تحقيقاً للمصلحة، ورفعاً للضرر.

يقول ابن رشد: «ومن راعى الضرر الداخل من ذلك على النساء قال: يُطلق السلطان، وهو نظرٌ إلى المصلحة العامة»^(٤).

فلو تغير رأيه في العمل بالمصلحة المرسله، ورأى عدم حجيتها، فإنه سيتغير اجتهاده في هذه المسألة، وسيفتي بأنه ليس للقاضي أن يطلق على هذا الزوج؛ لأن الطلاق حقٌّ له، فلا

(١) انظر: أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، د. مصطفى ديب البغا (ص/١٠٦، ١٠٧).

(٢) يعني عموم النص الوارد بإيجاب تغريب الزاني البكر، وهو قول النبي ﷺ في حديث عبادة بن الصامت: (البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة)، أخرجه مسلم في صحيحه (٣/١٣١٦) كتاب الحدود، باب حد الزنا، رقم (١٦٩٠).

(٣) بداية المجتهد (٢/٣٢٧).

(٤) المرجع السابق (٢/٧٧).

يقع إلا منه، وللقاضي أن يجسسه ويضيق عليه حتى يفيء أو يطلق هو بنفسه، كما هو مذهب بعض الفقهاء^(١).

ثالثاً: لو أفتى المجتهد باجتهاده في المسألة، وكان مستنداً في تلك الفتوى إلى الاستحسان، حيث كان يرى حجيته، وأنه دليل معتبر، ثم تغير نظره في حجية هذا الدليل، فرأى بعد النظر والتأمل عدم حجيته، وأنه لا يجوز التمسك به والاستناد إليه في أحكام المسائل، فإنه حينئذ سيتغير اجتهاده في المسألة التي أفتى فيها، وسينقض فتواه السابقة؛ لأنها كانت مبنية على اجتهاد مستند إلى العمل بالاستحسان، وقد ظهر له أنه لا يصح الاحتجاج به، فينتقض بذلك ما انبنى عليه، ولذا سيفتي في المسألة بفتوى جديدة بخلاف فتواه السابقة.

ومن أمثلة ذلك ما يأتي:

١ - لو أفتى المجتهد بتضمين الأجير المشترك استحساناً لمصلحة الناس - كما سبق - ثم تغير رأيه في حجية الاستحسان، ورأى عدم حجيته، فإنه سيتغير اجتهاده، وستتغير فتواه تبعاً لذلك، وسيفتي بعدم ضمانه إلا حين يتعدى أو يفرط، إذ ذلك هو الأصل في مقتضى عقد الإجارة، فلا يكون ضامناً لما تلف عنده كالأجير الخاص.

٢ - قد يفتي المجتهد بأن الرجل حين يعلق طلاق الأجنبية على الزواج منها، ويعتم جميع النساء، كأن يقول: كل امرأة أتزوجها فهي طالق، لم يلزم الطلاق إذا تزوج بأي امرأة، وأما إن خص بعض النساء، كأن يقول: إن تزوجت فلانة، أو كل امرأة أتزوجها من بني فلان، أو من بلد كذا فهي طالق، فإنه يلزمه الطلاق إذا تزوج بواحدة من هؤلاء المخصوصات، فقد يفتي بذلك ويعتمد في تفريقه بين التعميم والتخصيص على الاستحسان المستند إلى المصلحة؛ وذلك أن الأصل أن يلزم بما ألزم به نفسه، ولكن لو ألزم بذلك في حالة تعميمه جميع النساء، لوقع في حرج ومشقة، حيث لا يتمكن من الزواج حينئذ، ولربما وقع في الحرام، بخلاف حال

(١) انظر: المغني (٧/٤٣٦)، وبداية المجتهد (٢/٧٧).

تخصيصه للمطلقات، حيث يمكنه في تلك الحال التزوج بغير المخصوصات، دون حرج في ذلك، فليس هناك ما يدعو لإلغاء ما ألزم به نفسه^(١).

فلو أن المجتهد - بعد ذلك - ترجح عنده أن الاستحسان ليس بدليل معتبر، وأنه لا يمكن الاحتجاج به، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة التي أفتى فيها استناداً إليه، وسيفتي فيها بأن الطلاق يلزمه عقب زواجه، سواء عمّ جميع النساء أو خصص، استناداً إلى الأصل.

٣- أن المجتهد قد يفتي بأن من تصدق بجميع ماله ولم ينو الزكاة فإن الزكاة تسقط عنه، ويستند في ذلك إلى الاستحسان، وذلك أن القياس والأصل عدم سقوط فرضها عنه، لأن النفل والفرض كلاهما مشروعان، فلا بد من التعيين، كما في الصلاة، ولكن وجه الاستحسان: أن الواجب جزء من جميع ماله، فإذا أخرج الجميع كان متعيناً، والمتعين لا يحتاج إلى التعيين، إذ الحاجة إلى تعيين الواجب إنما هو للمزاومة بين الجزء المؤدى وسائر الأجزاء، ولكن حين يتصدق بكل ماله لله تعالى، فإن أداء الواجب متحقق، فلا حاجة إلى تعيينه، وعليه يسقط عنه فرض الزكاة^(٢).

فلو تغير رأي المجتهد - بعد ذلك - في حجية الاستحسان، وترجح لديه عدم حجيته، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة السابقة؛ لأنه مبني على هذا الدليل، وسيفتي بخلاف ما أفتى به فيها، اعتماداً على الأصل والقياس في حكم المسألة.

٤- قد يفتي المجتهد بجواز شرط الخيار لغير المتعاقدين، فإذا شرطه لأجنبي عنها صح البيع ولزم الشرط، استحساناً؛ فمع أن الأصل والقياس أنه لا يجوز؛ لأن الخيار من أحكام العقد، فلا يجوز اشتراطه لغير المتعاقدين، إلا أنه لما كان الخيار قد شرع للحاجة إليه، لاستخلاص الرأي وتحصيل الأحظ للمتبايعين، فقد تدعو الحاجة إلى اشتراطه

(١) انظر: بداية المجتهد (٢/٦٣).

(٢) انظر: الهداية (١/٩٨)، وشرح العناية على الهداية (١/٤٩٣).

لأجنبي عن العقد، كأن يكون أعرف بالمبيع أو العقد منها، ويمتاز بجودة رأيه ومعرفته بالقيم ونحو ذلك، فإذا شُرط الخيار له حصل المقصود من شرعيته، فيجب تصحيحه، إذ أصبح الاحتياج إليه كالاحتياج إلى الخيار نفسه^(١).

فلو تغير موقف المجتهد من الاستحسان، ورأى عدم حجيته، فإنه سيتغير اجتهاده السابق، وسيفتي بعدم جواز شرط الخيار لغير المتعاقدين، فإذا شُرط لغيرهما لم يصح البيع وبطل الشرط.

وعلى هذا فسبب تغير اجتهاده وفتواه في هذه المسألة هو تغير نظره ورأيه في مستند هذا الاجتهاد، وهو الاستحسان.

٥ - قد يفتي المجتهد بأنه إذا قام بالسرقة جماعة، فدخل الحرز اثنان أو أكثر، وأخرج بعضهم المتاع دون الباقين، فإنهم يُقطعون جميعاً، استحساناً؛ لأنه وإن كان الأصل أنه لا يقطع إلا من أخرج المتاع من الحرز وتولى الأخذ دون غيره، إلا أن هتك الحرز وإن قام به البعض، لكنه في المعنى يعتبر من الكل، لتعاونهم واشتراكهم في ذلك، إذ المعتاد فيما بين السُّراق أن يحمل البعض المتاع، ويتهياً الباقون للدفاع والحماية، فلو امتنع القطع على الحماية في هذه الحال لأدى ذلك إلى سد باب الحد^(٢).

فلو تغير نظر المجتهد - بعد ذلك - في حجية الاستحسان، وذهب إلى أنه ليس بحجة، فإنه سيتغير اجتهاده وفتواه في تلك المسألة، لأنها مبنية على العمل بالاستحسان، وسيفتي فيها بما يقتضيه القياس والأصل العام، من أن القطع لا يكون إلا لمن تولى إخراج المتاع وأخذه من الحرز دون غيره.

(١) انظر: الهداية (٣/ ٣٠).

(٢) انظر: أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي (ص/ ١٧٥).

٦- قد يفتي المجتهد بأن من اشترى أضحية سليمة ثم حدث فيها العيب قبل الذبح فإنها تجزؤه، ويعتمد في تلك الفتوى على الاستحسان - كما هو رأي بعض الفقهاء في تلك المسألة - فمع أن الأصل عدم إجزائها لعموم الحديث الوارد في ذلك^(١)، إلا أنها تجزئ استحساناً، ووجه الاستحسان: أن حالة الذبح ومقدماته ملحقة بالذبح، فكأن العيب حصل بالذبح، فلم يمنع الإجزاء^(٢).

جاء في الهداية: «ولو أضجعها فاضطربت فانكسرت رجلها فذبحها، أجزأه استحساناً»^(٣).

فلو تغير رأي المجتهد في حجية الاستحسان، ورأى عدم حجيته، فإنه سيتغير اجتهاده في هذه المسألة، وسيفتي فيها بعدم إجزاء الأضحية المعيبة، سواء تعيبت قبل الشراء أو قبيل الذبح، اعتماداً على الأصل.

٧- قد يفتي المجتهد بأن من نذر التصدق بجميع ماله فإنه يلزمه التصدق بكل ما يملك من الأموال التي تجب فيها الزكاة، كالنقدين والسوائم، وأموال التجارة، ولا يلزمه التصدق بأمواله التي لا تجب فيها الزكاة، ويعتمد في ذلك على الاستحسان - على ما ذهب إليه بعض الفقهاء في تلك المسألة - فمع أن الأصل أن لفظ النذر ينصرف إلى جميع

(١) وهو قول النبي ﷺ: (أربع لا تجزئ في الأضاحي: العوراء البين عورها، والمریضة البین مرضها، والعرجاء البین ظلُّعُها، والكسيرة التي لا تنقي)، أخرجه الإمام أحمد وابن ماجه والترمذي، انظر: المسند (٢٨٤/٤)، وسنن ابن ماجه (١٠٥٠/٢) كتاب الأضاحي، باب ما يكره أن يضحي به، رقم (٣١٤٤)، وسنن الترمذي (٨٥/٤)، كتاب الأضاحي، باب ما لا يجوز من الأضاحي، رقم (١٤٩٧)، وقال: «هذا حديث حسن صحيح، والعمل على هذا الحديث عند أهل العلم».

(٢) انظر: أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي (ص/١٧٨).

(٣) (٧٥/٤).

أمواله، سواء أكانت أموال الزكاة أم غيرها، إلا أن الاستحسان يقضي أن ينصرف النذر إلى أموال الزكاة دون غيرها^(١)، ووجه الاستحسان هنا: «أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى، فينصرف إيجابه إلى ما أوجب الشارع فيه الصدقة»^(٢).

فلو تغير رأي المجتهد في حجية الاستحسان، وذهب إلى أنه ليس بحجة، فإنه سيتغير اجتهاده في هذه المسألة وسيفتي فيها بغير ما أفتى سابقاً.

رابعاً: لو أفتى المجتهد باجتهاده في المسألة، وكان مستنداً في تلك الفتوى إلى الاستصحاب، ثم تغير نظره في حجية هذا الدليل، ورأى بعد النظر والتأمل عدم حجيته، وأنه لا يجوز التمسك به والاستناد إليه في إثبات الأحكام، فإنه حينئذ سيتغير اجتهاده في المسألة التي أفتى فيها، وسينقض فتواه السابقة؛ لأنها كانت مبنية على اجتهاد مستند إلى العمل بالاستصحاب، وقد ظهر له أنه لا يصح الاحتجاج به، فانتقض بذلك ما انبنى عليه، ولذا سيفتي في المسألة بفتوى جديدة بخلاف فتواه السابقة.

ومن أمثلة ذلك ما يأتي:

١ - قد يفتي المجتهد بأن الخارج من البدن من النجاسات إن كانت من غير السيلين فلا تنقض الوضوء، ويعتمد في ذلك على الاستصحاب - كما هو مذهب بعض الفقهاء - وذلك أن الأصل عدم النقص، فيستصحب هذا الأصل حتى يثبت الدليل بخلافه، ولم يثبت، فيبقى على الأصل من عدم النقص^(٣).

(١) انظر: شرح فتح القدير (٣/١٧٨).

(٢) الهداية (٣/١١٣)، وانظر في وجه هذا الاستحسان أيضاً: بدائع الصنائع للكاساني (٦/٢٢١)، وشرح فتح القدير لابن الهمام (٧/٣٥٢)، وتبيين الحقائق للزيلعي (٤/٢٠٢).

(٣) انظر: المجموع للنووي (٢/٦٨).

فهنا بنى المجتهد اجتهاده على دليل الاستصحاب، فلو أنه تغير موقفه من حجية هذا الدليل، وترجح عنده أن الاستصحاب ليس بدليل معتبر، وأنه لا يمكن الاحتجاج به، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة التي أفتى فيها استناداً إليه، وسيفتي فيها بخلاف فتواه السابقة.

٢- قد يفتي المجتهد بأن المتيمم إذا وجد الماء أثناء الصلاة فإنه لا يبطل تيممه، وصلاته صحيحة، وليس عليه قطعها، بل يتمها بتيممه، ويحتج في تلك الفتوى بالاستصحاب - كما ذهب إليه بعض الفقهاء - وذلك أنه شرع بصلاته - وصلاته صحيحة بتيممه - فُتُصَحَّبَ هذه الصحة حتى آخر صلاته؛ لأن ما جاز له في أول الصلاة جاز له في آخرها.

يقول الزنجاني - مبيناً انبناء هذه المسألة على القول باستصحاب حكم الإجماع في محل الخلاف - : «ويتفرع عن هذا الأصل مسائل:

منها : أن المتيمم إذا رأى الماء في أثناء صلاته لا تبطل صلاته عند الشافعي رحمته الله؛ لأن الإجماع قد انعقد على صلاته حالة الشروع، والدليل الدال على صحة الشروع دال على دوامه إلا أن يقوم دليل الانقطاع»^(١).

فلو أن المجتهد - بعد ذلك - ترجح عنده أن الاستصحاب ليس بحجة، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة، وستتغير فتواه السابقة، لأنها مبنية على القول بهذا الدليل والاحتجاج به، ولذا سيفتي ببطلان تيمم من وجد الماء أثناء الصلاة، وبطلان صلاته، وأنه يجب عليه استعمال الماء واستئناف الصلاة.

٣- قد يفتي المجتهد بأن المتمتع إذا لم يجد الهدي وشرع في الصوم ثم وجده فإنه لا يلزمه الخروج من الصوم، بل ينتقل الواجب عليه من الهدي إلى الصوم؛ استصحاباً، على

(١) تخريج الفروع على الأصول (ص/٧٦).

ما ذهب إليه بعض الفقهاء، وهي نظير المسألة السابقة: «حكم التيمم إذا وجد الماء أثناء الصلاة».

ووجه الاستصحاب في هذه المسألة: أن المتمتع إذا شرع في الصوم كان هو الواجب عليه، وأجزأه، فيُستصحب هذا الحكم حتى بعد أن وجد الهدي، فلا يلزمه الخروج من الصوم^(١).

فهنا بنى المجتهد فتواه على الاستصحاب، فلو أنه ترجح عنده أن الاستصحاب ليس بحجة، فإنه سيتغير اجتهاده في هذه المسألة، وسيفتي فيها بأن المتمتع إذا وجد الهدي بعد شروعه في الصوم فإنه يجب عليه الخروج من الصوم إلى الهدي - كما هو مذهب الحنفية - وذلك أن الصوم بدل عن الهدي، فإذا قدر على الأصل بطل البدل^(٢).

٤ - قد يفتي المجتهد بأن الطلاق الواقع بالإيلاء طلاق رجعي، سواء طلق الزوج بنفسه أو طلق عليه الحاكم، وذلك استصحاباً للأصل؛ حيث إن الأصل في الطلاق إذا وقع على الزوجة أن يكون رجعياً، ولا يُعدل عن الأصل إلا بدليل، ولا دليل هنا على أنه يكون طلاقاً بائناً، فيقع رجعياً، وقد ذهب إلى ذلك بعض الفقهاء.

فلو أن المجتهد ترجح لديه بعد ذلك عدم حجية الاستصحاب، وأنه لا يصح الاستناد إليه في إثبات الأحكام، فإنه سيتغير اجتهاده هنا، وقد يفتي بالقول الآخر للفقهاء في المسألة وهو أن الطلاق الذي يقع بالإيلاء طلاق بائن؛ لأن المقصود من إيقاع الطلاق في تلك الحالة تخليص الزوجة من الضرر الواقع عليها بالتعليق، ولا يحصل تخليصها إلا بالحكم بينونتها في هذا الطلاق، لئلا يجبرها على الرجعة، فيرجع إليها الضرر.

(١) انظر: المغني (٣/٢٥٠)، وبداية المجتهد (١/٢٦٩).

(٢) انظر: شرح فتح القدير (٢/٥٣٠).

يقول ابن قدامة - عن الطلاق الواقع بالإيلاء - : «إنه طلاق صادم مدخولاً بها... فكان رجعيًا، كالطلاق في غير الإيلاء»^(١).

ويقول ابن رشد - حاكياً الخلاف في المسألة - : «فأما الطلاق الذي يقع بالإيلاء، فعند مالك والشافعي أنه رجعي؛ لأن الأصل أن كل طلاق وقع بالشرع أنه يُحمل على أنه رجعي إلى أن يدلّ الدليل على أنه بائن.

وقال أبو حنيفة وأبو ثور^(٢) : هو بائن؛ وذلك أنه إن كان رجعيًا لم يزل الضرر عنها بذلك، لأنه يجبرها على الرجعة»^(٣).

٥ - قد يفتي المجتهد بأن المفقود الذي لا تعلم حياته ولا موته يعتبر حياً في حق نفسه فلا يرثه أحد، وكذلك في حق غيره بأن يحتفظ له بنصيبه لو مات من يرثه إلى أن يُعلم حياته أو موته، أو يمضي من الزمان ما لا يعيش إلى مثله غالباً، ويكون المجتهد معتمداً في تلك الفتوى على الاستصحاب؛ حيث إن الأصل حياته، فيستصحب هذا الأصل حتى يثبت خلافه^(٤).

(١) المغني (٧/٤٣٦، ٤٣٧).

(٢) هو: إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي البغدادي، ولد سنة ١٧٠هـ، فقيه أهل بغداد، كان إماماً جليلاً ورعاً خيراً، وكان من أصحاب الرأي حتى حضر الشافعي إلى بغداد، فاختلف إليه، ورجع عن الرأي إلى الحديث، وصار معدوداً في طبقة أصحاب الشافعي، سمع من سفيان بن عيينة، ووكيع، وابن عليه، والشافعي، وغيرهم، وروى عنه أبو داود السخيتاني، ومسلم بن الحجاج، وغيرهما. توفي سنة ٢٤٠هـ ببغداد.

انظر: الفهرست (ص/٢٩٧)، وفيات الأعيان (١/٢٦)، تاريخ بغداد (٦/٦٥)، تذكرة الحفاظ (٢/٥١٢)، البداية والنهاية (١٠/٣٢٢)، سير أعلام النبلاء (١٢/٧٢)، طبقات الشافعية للإسنوي (١/٢٥)، طبقات المفسرين (١/٩).

(٣) بداية المجتهد (٢/٧٦).

(٤) انظر: مغني المحتاج (٣/٢٧).

وإذا ثبت أنه لا يورث استصحاباً لحياته، ثبت توريثه من مورثه إذا مات؛ لأن الاستصحاب حجة في الإثبات كما هو حجة في الدفع^(١).

فلو قُدِّرَ أن المجتهد تغير موقفه من الاستصحاب، ورأى - بعد ذلك - أنه ليس بحجة، فإنه سيتغير اجتهاده في هذه المسألة، وسينقض فتواه فيها، ليفتي بفتوى جديدة.

٦ - قد يحكم القاضي في دعوى ادعى فيها اثنان عيناً في يد ثالث، وأقام كل منهما بينة، وصاحب اليد منكر لهما، بأن العين لصاحب اليد وتسقط البيتان لتعارضهما، عملاً بالاستصحاب^(٢).

ولكن لو تغير موقف القاضي من حجية الاستصحاب، وترجع لديه كونه ليس بحجة، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة وسيحكم في أمثالها بخلاف ما حكم به فيها، لأن حكمه السابق فيها كان مبنياً على الاحتجاج بهذا الدليل والاستناد إليه، ثم ظهر له عدم حجيته، فينتقض بذلك ما انبنى عليه، ولذا فقد يحكم في مثل هذه المسألة بأن العين تنزع من صاحب اليد، وتقسم بين صاحبي البينة بالسوية ويقضى بها بينهما، عملاً بالبيتين، كما هو رأي بعض الفقهاء^(٣).

٧ - قد يفتي المجتهد بأن المدعي إذا لم تكن لديه بينة، وطولب المدعى عليه باليمين فنكل ولم يحلف، لم يُقَضَ عليه بالمدعى به بمجرد النكول، وإنما تُرَدُّ اليمين على المدعي، فإن حلف أخذ ما ادعى به، وإلا فلا، وذلك عملاً بالاستصحاب - على رأي بعض الفقهاء - وذلك أن الأصل براءة ذمة المدعى عليه حتى يقوم الدليل على شغلها، والنكول لا ينهض

(١) انظر: أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي (ص/ ٢٢٢).

(٢) انظر: تحريج الفروع على الأصول للزنجاني (ص/ ١٥٨).

(٣) انظر: الهداية (٣/ ١٦٨).

دليلاً على ذلك؛ لأن النكول كما يحتمل أن يكون تحرزاً عن اليمين الكاذبة، كذلك يحتمل أن يكون تورعاً عن اليمين الصادقة، ولا قضاء مع التردد^(١).

يقول الزنجاني - مبيناً المسائل المتفرعة على العمل بالاستصحاب - «ومنها: أنه لا يُقضى على الناكل بمجرد نكوله، بل يعرض اليمين على المدعي عندنا؛ لأن الأصل أن لا يحكم إلا بما يعلم، أو يظن ظناً يقارب العلم، فإذا أعوز بقينا على النفي، استصحباً للبراءة الأصلية»^(٢).

فلو أن المجتهد ترجح لديه - بعد ذلك - عدم حجية الاستصحاب، فإنه سيتغير اجتهاده هنا، وستتغير فتواه فيها، وسيفتي بالقول الآخر للفقهاء في المسألة، وهو أن المدعى عليه إذا نكل عن اليمين قُضي عليه بالنكول، وألزم ما ادعى به عليه، ولا ترد اليمين على المدعي^(٣)، لعموم قول النبي ﷺ: (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه)^(٤).

خامساً: لو أفتى المجتهد باجتهاده في المسألة، وكان دليله في تلك الفتوى عمل أهل المدينة، حيث كان يرى أن ما اتفقوا عليه يكون إجماعاً، يلزم الأخذ به وتحرم مخالفته، ثم إنه بعد ذلك ترجح عنده عدم الأخذ به والاستناد إليه، وأنه لا يعدُّ اتفاقهم إجماعاً، فإنه حينئذٍ سيتغير اجتهاده في المسألة، وسينقض فتواه السابقة فيها؛ لأن هذا الاجتهاد كان مبنياً على العمل بهذا الدليل، وقد ظهر له بطلان العمل به، فبطل ما بني عليه.

(١) انظر: الأم (٧/٩٥) و(٦/٢٢٦)، ومغني المحتاج (٤/٤٧٧).

(٢) تخريج الفروع على الأصول (ص/١٥٨).

(٣) انظر: بداية المبتدي (١/١٦٤)، والدر المختار (٥/٥٤٩).

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (٣/١٣٣٦) كتاب الأفضية، باب اليمين على المدعى عليه، رقم (١٧١١).

ومن أمثلة ذلك ما يأتي:

١ - قد يفتي المجتهد بأن المأموم يستحب له أن يقرأ فيما لا يجهر فيه الإمام، ويترك القراءة فيما يجهر فيه، لعمل أهل المدينة، كما هو رأي الإمام مالك^(١).
فلو أن المجتهد رأى - بعد ذلك - أنه لا يصح الاحتجاج بعمل أهل المدينة في أحكام المسائل، فإنه سيتغير اجتهاده في هذه المسألة، وستتغير فتواه فيها، وسيفتي بما يترجح لديه من الأدلة، فقد يفتي بوجوب قراءة الفاتحة في كل ركعة، سواء أكانت الصلاة سرية أم جهرية، لعموم قول النبي ﷺ: (لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب)^(٢)، ولفعله ﷺ مع قوله: (صلوا كما رأيتموني أصلي)^(٣).
وقد يفتي بأن المأموم لا يقرأ خلف الإمام بشيء، لا الفاتحة ولا غيرها، سواء أكانت

(١) انظر: الموطأ (٨٦/١) باب ترك القراءة خلف الإمام فيما جهر فيه، رقم (١٩٢).

(٢) أخرجه البخاري ومسلم عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه.

انظر: صحيح البخاري (٢٦٣/١) كتاب صفة الصلاة، باب وجوب القراءة للإمام والمأموم في الصلوات كلها في الحضر والسفر وما يجهر فيها وما يخافت، رقم (٧٢٣)، وصحيح مسلم (٢٩٥/١) كتاب الصلاة، باب وجوب قراءة الفاتحة في كل ركعة، رقم (٣٩٤).

(٣) أخرجه البخاري وأحمد وابن حبان من حديث مالك بن الحويرث قال: أتينا إلى النبي ﷺ ونحن شبيبة متقاربون فأقمنا عنده عشرين يوماً وليلة... الحديث، وفيه أن النبي ﷺ قال لهم: (ارجعوا إلى أهليكم فأقيموا فيهم وعلموهم ومروهم وصلوا كما رأيتموني أصلي فإذا حضرت الصلاة فليؤذن لكم أحدكم وليؤمكم أكبركم). انظر: صحيح البخاري - كتاب الأذان - باب بين كل أذنين صلاة لمن شاء (٢٢٦/١) حديث (٦٠٥)، والمسند (٥٣/٥)، وصحيح ابن حبان - باب صفة الصلاة - ذكر البيان بأن على المصلي رفع اليدين عند إرادته الركوع وبعد رفعه رأسه منه كما يرفعها عند ابتداء الصلاة (١٩٠/٥)، حديث (١٨٧٢).

الصلاة سرية أم جهرية، لقول النبي ﷺ: (من كان له إمام فقراءة الإمام له قراءة)^(١).
وبالجمله فالمجتهد حين يتغير موقفه من الاحتجاج بعمل أهل المدينة، فإن ذلك يكون
سبباً لتغير اجتهاده في المسائل المبنية على الاحتجاج بهذا الدليل.

٢ - قد يفتي المجتهد بأن أدنى الوتر ثلاث ركعات، ولا يجزئ أقل من ذلك، لعمل
أهل المدينة، فقد جاء في الموطأ: «أن عبدالله بن عمر كان يسلم بين الركعتين والركعة في
الوتر، حتى يأمر ببعض حاجته،.. وأن سعد بن أبي وقاص كان يوتر بعد العتمة بواحدة.
قال مالك: وليس على هذا العمل عندنا، ولكن أدنى الوتر ثلاث»^(٢).

فلو رأى المجتهد - بعد ذلك - أن عمل أهل المدينة ليس بحجة، فإنه حينئذ سيتغير
اجتهاده وتتغير فتواه في هذه المسألة، وسيفتي بأن أدنى الوتر ركعة واحدة، لما روى ابن
عمر أن النبي ﷺ قال: (صلاة الليل مثنى مثنى، فإذا خشي أحدكم الصبح صلى ركعة
واحدة توتر ما قد صلى)^(٣)، ولما روت عائشة: (أن النبي ﷺ كان يصلي بالليل إحدى

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه عن جابر ﷺ (٢٧٧/١) كتاب إقامة الصلاة والسنة فيها، باب إذا قرأ
الإمام فأنتصوا، رقم (٨٥٠). وهذا الحديث قد ضعفه وأعلّ إسناده جمع من المحدثين، انظر: سنن
الدارقطني (٤٠٢/١)، ومعرفة السنن والآثار (٥٠/٢)، والتمهيد لابن عبدالبر (٤٨/١١)،
والعلل المتناهية (٤٢٨/١)، وتخريج الأحاديث الضعاف من سنن الدارقطني (١٤٩/١)، ونصب
الراية (٩/٢)، وفتح الباري (٢٤٢/٢)، وتلخيص الحبير (٢٣٢/١)، وعمدة القاري (١٢/٦)،
وفيض القدير (١٧٠/٦).

(٢) (١٢٥/١) رقم (٢٧٤، ٢٧٥).

(٣) أخرجه البخاري ومسلم، انظر: صحيح البخاري (٣٣٧/١) كتاب الوتر، باب ما جاء في الوتر،
رقم (٩٤٦)، وصحيح مسلم (٥١٦/١) كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب صلاة الليل مثنى
مثنى والوتر ركعة من آخر الليل، رقم (٧٤٩).

عشرة ركعة، يوتر منها بواحدة^(١).

٣- قد يفتي المجتهد بأن المسافر إذا فاتته الصلاة في السفر وصلّاها وهو مقيم فإنه يقضيها صلاة مسافر ولا يتمها - وهو قول بعض الفقهاء - لعمل أهل المدينة.

جاء في الموطأ: «من أدرك الوقت وهو في سفر فأخر الصلاة ساهياً أو ناسياً حتى قدم وقد ذهب الوقت، فليصل صلاة المسافر؛ لأنه إنما يقضي مثل الذي كان عليه»^(٢).

وجاء في الهداية: «ومن فاتته صلاة في السفر قضاها في الحضر ركعتين»^(٣).

قال الإمام مالك - بعد كلامه السابق - : «وهذا الأمر هو الذي أدركت عليه الناس وأهل العلم ببلدنا»^(٤).

فلو تغير موقف المجتهد من عمل أهل المدينة، ورأى أنه ليس بحجة، فإن هذا سبب لتغير اجتهاده في هذه المسألة التي أفتى فيها، ولذا ستتغير فتواه، وسيفتي فيها بخلاف فتواه السابقة بحسب ما يظهر له ويترجح لديه من أدلة المسألة.

٤- قد يفتي المجتهد بعدم مشروعية قراءة الفاتحة في صلاة الجنائز، لعمل أهل المدينة، كما هو مذهب مالك وغيره^(٥).

فلو أن المجتهد تغير موقفه من الاحتجاج بعمل أهل المدينة، ورأى عدم حجتيه، وأنه

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (٥٠٨/١) كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب صلاة الليل وعدد ركعات النبي ﷺ في الليل، رقم (٧٣٦).

(٢) (١٢/١).

(٣) (٨٢/١).

(٤) الموطأ (١٢/١).

(٥) انظر: بداية المجتهد (١٧١/١).

لا يستقلّ دليلاً لإثبات الأحكام، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة السابقة، وسيفتي فيها بوجوب قراءة الفاتحة في صلاة الجنائز - على ما ذهب إليه بعض الفقهاء^(١).

٥ - قد يفتي المجتهد بعدم مشروعية خيار المجلس، وأنه غير ثابت، وأنه متى تم الإيجاب والقبول من المتبايعين لزوم البيع، وليس لأحد منها فسخه، سواء تفرقا أو لم يتفرقا - كما هو مذهب الإمام مالك وغيره - لعدم عمل أهل المدينة بذلك.

وأما الحديث الوارد في المسألة في إثبات خيار المجلس، وهو قول النبي ﷺ: (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا...) ^(٢)، فإنه ترك العمل به، لأنه لم يجد عمل أهل المدينة عليه، كما قال الإمام مالك - بعد أن روى الحديث - : «وليس لهذا عندنا حدٌ معروف ولا أمرٌ معمول به فيه» ^(٣).

ولكن لو أن المجتهد رأى - بعد ذلك - أن عمل أهل المدينة ليس دليلاً شرعياً يستند إليه في إثبات الأحكام أو نفيها، وأنه لا يمكن الاحتجاج به أو ردّ أخبار الآحاد به، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة السابقة، وسيفتي فيها بثبوت خيار المجلس والقبول به، للحديث السابق - كما هو مذهب كثير من الفقهاء - وأن البيع لا يلزم بعد الإيجاب والقبول ما دام المتبايعان في المجلس الذي عقدا فيه عقد البيع، ولكل واحد منهما أن يفسخ العقد ما لم يتفرقا بأبدانهما، فإن تفرقا لزم البيع.

(١) انظر: الأم (١/ ٢٧٠)، والمغني (٢/ ١٨٠).

(٢) أخرجه البخاري ومسلم من حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه. انظر: صحيح البخاري (٢/ ٧٣٢) كتاب البيوع، باب إذا بين البيعان ولم يكتبها ونصحها، رقم (١٩٧٣)، وصحيح مسلم (٣/ ١١٦٤) كتاب البيوع، باب الصدق في البيع والبيان، رقم (١٥٣٢).

(٣) الموطأ (٢/ ٦٧١).

٦ - قد يفتي المجتهد بأن قليل الرضاع وكثيره سواء في ثبوت التحريم، وليس هناك مقدار محدد في ذلك، لعمل أهل المدينة - كما هو مذهب الإمام مالك وغيره - .

جاء في الموطأ: «الرضاعة قليلها وكثيرها تحرم»^(١).

كما روى مالك عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: (ما كان في الحولين وإن كان مصة واحدة فهو يحرم)^(٢).

ولم يأخذ بما روي عن عائشة رضي الله عنها من أن المحرم خمس رضعات، لأن عمل أهل المدينة على خلافه، فقد روي عن عائشة أنها قالت: (كان فيما أنزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرم، ثم نسخت بخمس معلومات، فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن فيما يقرأ من القرآن)^(٣).

قال مالك - بعد روايته للحديث - : «وليس على هذا العمل»^(٤).

فلو أن المجتهد رأى - بعد ذلك - أن عمل أهل المدينة ليس بحجة، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة، وسيفتي فيها بخلاف فتواه السابقة، وسيأخذ بما روي عن عائشة رضي الله عنها في ذلك، وأن التحريم لا يثبت إلا بخمس رضعات، على ما ذهب إليه بعض الفقهاء^(٥).

(١) (٦٠٤/٢).

(٢) الموطأ (٦٠٢/٢).

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٠٧٥/٢) كتاب الرضاع، باب التحريم بخمس رضعات، رقم (١٤٥٢).

(٤) الموطأ (٦٠٨/٢).

(٥) انظر: الأم (٢٧/٥).

٧- قد يفتي المجتهد بأن المسلم لا يقتل بالكافر إلا أن يقتله قتل غيلة، فيقتل به، لعمل أهل المدينة كما هو مذهب الإمام مالك، حيث قال: «الأمر عندنا أن لا يقتل مسلم بكافر إلا أن يقتله مسلم قتل غيلة فيقتل به»^(١).

فلو أن المجتهد تغير موقفه من عمل أهل المدينة، ورأى عدم حجيته، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة، وسيفتي بخلاف فتواه السابقة.

سادساً: لو أفتى المجتهد باجتهاده في المسألة، وكان معتمداً في تلك الفتوى على العمل بسدّ الذرائع، حيث كان يرى أنه حجة في إثبات الأحكام، ثم تغير نظره في حجية هذا الدليل، وبأن له ضعف ما كان يتمسك به في الاحتجاج به والعمل بمقتضاه، فإنه سيتغير اجتهاده السابق في المسألة، وسينقض فتواه المبنية على ذلك الاجتهاد لتغيره. ومن أمثلة ذلك ما يأتي:

١- قد يفتي المجتهد بمشروعية قتل الجماعة بالواحد قصاصاً، عملاً بسدّ الذرائع، حيث إنه لو لم يقتل الجماعة بالواحد لاتخذ القتل الجماعي ذريعة إلى سقوط القصاص، فيستعين كل من أراد القتل بغيره ليأمن القصاص^(٢).

فلو تغير رأي المجتهد في حجية سدّ الذرائع، ورأى أنه ليس بحجة، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة، وسيفتي بأن الجماعة لا تقتل بالواحد، بل الواجب عليهم الدية، عملاً بالأصل، لعدم المساواة بين الجماعة والواحد، وهذا التفاوت يمنع القصاص، كما سبق بيان ذلك.

٢- قد يفتي المجتهد بتوريث الزوجة من زوجها إذا طلقها طلاقاً بائناً في مرض موته؛ سداً للذريعة، ومعاملة له بنقيض مقصوده، لأنه متهم في أن يكون إنهما طلقها في مرضه ليمنعها نصيبها من الميراث، ولذلك يجب توريثها منه سداً للذريعة، وهي ذريعة الفرار

(١) الموطأ (٢/ ٨٦٤).

(٢) انظر: المغني (٨/ ٢٣١)، وبداية المجتهد (٢/ ٣٠٠)، ومغني المحتاج (٤/ ٢٠).

من إرث المرأة بالطلاق، كما هو اجتهاد عثمان بن عفان رضي الله عنه في هذه المسألة^(١). فلو تغير رأي المجتهد في العمل بسد الذرائع، وترجع عنده عدم حجيته، وأنه لا يمكن الاعتماد عليه والتمسك به والعمل بمقتضاه في أحكام الحوادث، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة السابقة، وستتغير فتواه فيها، لأن هذا الاجتهاد كان مبنياً على الاحتجاج بسد الذرائع وقد بان له عدم حجيته، فانتقض بذلك ما بني عليه.

٣- قد يفتي المجتهد بأن من نكح في مرض موته فنكاحه باطل؛ سداً للذريعة، وذلك أنه متهم بقصد الإضرار بالورثة بإدخال وارث جديد زائد يزاحمهم في الميراث، ولذلك يمنع من هذا النكاح، ويُعدُّ نكاحاً باطلاً، لئلا يتخذ ذريعة للإضرار بالورثة والتشفي منهن - كما ذهب إلى ذلك الإمام مالك في المشهور عنه -^(٢).

فلو أن المجتهد تغير موقفه من العمل بسدِّ الذرائع، ورأى عدم حجيته، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة، وسيفتي بصحة النكاح، عملاً بالأصل، وقياساً على حال الصحة - كما هو مذهب أكثر الفقهاء -^(٣).

٤- قد يفتي المجتهد بأنه إذا اشترك اثنان أو أكثر - وهم محرمون - في قتل صيد واحد، فإنه يجب الجزاء على كل واحد منهم، سداً للذريعة؛ فإنه إذا سقط الجزاء عن كل

(١) حيث ورث زوجة عبدالرحمن بن عوف رضي الله عنه منه بعد أن طلقها طلاقاً بائناً في مرض موته، وقد سبق تخريج هذه المسألة في (ص/ ٣٩٢) من الكتاب.

(٢) انظر: المدونة (٤/ ٢٤٦)، ومواهب الجليل (٣/ ٤٨١)، والذخيرة (٤/ ٢٩)، وبداية المجتهد (٢/ ٣٥).

(٣) انظر: الأم (٤/ ١٠٣)، والمحلى (١٠/ ٢٦)، والحاوي للماوردي (٨/ ٢٧٩)، والمغني (٦/ ٢٦٥)، وروضة الطالبين (٦/ ١٣٢)، والمبدع (٦/ ٢٤٦)، ومجموع الفتاوى (٣٢/ ١٩)، والهداية (٣/ ١٨٩)، وبداية المجتهد (٢/ ٣٥)، وحاشية ابن عابدين (٨/ ١٥٩).

واحد منهم وأوجبنا عليهم جزاءً واحداً كانت العقوبة غير رادعة، وأتخذ ذلك ذريعة إلى قتل الصيد وارتكاب المحرم، إذ يلجأ كل من أراد الصيد وهو محرم إلى الاشتراك مع غيره، لتخفيف الجزاء عن نفسه - كما هو مذهب بعض الفقهاء^(١).

فلو أن المجتهد رأى - بعد ذلك - عدم حجية سد الذرائع، وأنه لا يصح العمل بمقتضاه ولا بناء الأحكام الاجتهادية عليه، فإنه - حينئذٍ - سيتغير اجتهاده في هذه المسألة، وسيفتي فيها بخلاف فتواه السابقة، وأن الجماعة حين يشتركون في قتل الصيد، وهم محرمون، فإنه يجب جزاء واحد على الجميع - كما هو مذهب بعض الفقهاء^(٢).

٥ - قد يفتي المجتهد بأنه لا تصح شهادة الأصول للفروع ولا شهادة الفروع للأصول، سداً للذريعة - على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء - وذلك أن الأب متهم في الشهادة لولده بميله ومحاباته له، مما قد يحمل على الشهادة بغير الحق، ولذا ترد شهادته لموضع التهمة فيه، وسداً للذريعة، وما يقال في الأب بالنسبة لابنه يقال في الابن بالنسبة لأبيه^(٣).

فلو أن المجتهد تغير موقفه من الاحتجاج بسد الذرائع، حيث رأى - بعد ذلك - أنه ليس بحجة، فإنه سيتغير اجتهاده في المسائل التي بناها على هذا الدليل، ومنها هذه المسألة، ولذا سيرجع عن فتواه السابقة، وسيفتي في هذه المسألة بصحة شهادة الأصول للفروع، وشهادة الفروع للأصول، على ما ذهب إليه بعض الفقهاء، بشرط أن يكونوا عدولاً؛ لأن شهادة العدل لا ترد، فتقبل شهادة الأب لابنه، وشهادة الابن لأبيه، إذا كان عدلاً، لعموم قوله تعالى: ﴿يَتَأَيَّمُوا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ

(١) انظر: بداية المجتهد (١/٢٦٢، ٢٦٣)، والهداية (١/١٧٦).

(٢) انظر: الأم (٢/٢٠٧)، والمغني (٣/٢٧٧).

(٣) انظر: الأم (٧/٤٦)، والمغني (١٠/١٨٦)، والهداية (٣/١٢٢)، ومختصر الخرقى (١/١٤٥).

أَنْفُسِكُمْ أَوْ آلِ الَّذِينَ وَالْأَقْرَبِينَ»^(١)، والأمر بالشيء يقتضي أجزاء الأمور به، إلا ما حُصِّص بالإجماع من ردّ شهادة المرء لنفسه، ثم إن رد الشهادة بالجملة إنما هو لموضع الاتهام بالكذب، وهذه التهمة قد أعملها الشارع في الفاسق، ومنع إعمالها في العدل، لأن العدالة لا تجتمع مع التهمة^(٢).

٦ - وأيضاً: قد يفتي المجتهد بأنه لا تصح شهادة كل من الزوجين للآخر، فلا تقبل شهادة الزوج لزوجته، ولا الزوجة لزوجها، سداً للذريعة - كما ذهب إليه بعض الفقهاء - وذلك أن كل واحد منهما متهمٌ بالنسبة للآخر، بجلب النفع إلى نفسه، لأن الانتفاع بينهما متصل، فكل منهما يتبسّط في مال الآخر عادة، ويرثه من غير حجب، فصارت شهادة كل واحد منهما للآخر شهادة لنفسه من وجه، فلا تقبل كشهادته لنفسه^(٣).

فلو تغير رأي المجتهد وموقفه من الاحتجاج بسد الذرائع، فصار من النافين لحجتيه بعد أن كان حجة عنده، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة، وسيفتي فيها بجواز شهادة أحد الزوجين للآخر وصحتها - على ما ذهب إليه بعض الفقهاء^(٤).

٧ - قد يجتهد الفقيه ويرى أن القاضي لا يجوز له أن يقضي بعلمه دون بينة أو إقرار؛ سداً للذريعة - كما ذهب إليه بعض الفقهاء - حيث إنه لو جُوز له القضاء بعلمه لَلْحَقَّتْهُ التهمة في ذلك، ويكون قضاؤه بعلمه وسيلة للجور والظلم في الحكم بين الخصوم، فيمنع

(١) جزء من الآية (١٣٥) من سورة النساء.

(٢) انظر: بداية المجتهد (٢/٣٤٧، ٣٤٨).

(٣) انظر: المرجع السابق (٢/٣٤٧)، والهداية (٣/١٢٢).

(٤) انظر: الأم (٧/٤٦).

من ذلك سداً لذريعة التهمة والجور والظلم^(١).

وقد أشار الشافعي إلى علة المنع من أن يقضي القاضي بعلمه - مع أنه قد اختار جواز قضاء القاضي بعلمه في غير الحدود - بقوله: «وأما القضاة اليوم فلا أحب أن أتكلم بهذا كراهية أن أجعل لهم سبيلاً إلى أن يجوروا على الناس»^(٢).

لكن لو أن هذا الفقيه ترجح عنده أن سد الذرائع ليس بحجة، فإنه سيتغير اجتهاده في هذه المسألة، وسيفتي فيها بخلاف فتواه السابقة.

٨ - قد يفتي المجتهد بأنه لا يجوز للنساء الشابات الخروج إلى الجماعة، سداً للذريعة - على ما ذهب إليه بعض الفقهاء - لما يترتب على خروجهن من الفتنة المحرمة^(٣).
فلو رأى المجتهد - بعد ذلك - عدم حجية سد الذرائع، وأنه لا يُعدُّ دليلاً مستقلاً تُبنى عليه الأحكام، فإنه سيتغير اجتهاده في هذه المسألة، وسيفتي فيها بالجواز، عملاً بالأصل.

سابعاً: لو أفتى المجتهد باجتهاده في المسألة، وكان معتمداً في تلك الفتوى على العمل بشرع من قبلنا، وأنه حجة إذا لم يأت في شرعنا ما ينسخه، ثم تغير موقفه في حجية هذا الدليل، وبان له ضعف ما كان يتمسك به في الاحتجاج بهذا الأصل، فإنه سيتغير اجتهاده السابق في المسألة، وسينقض فتواه المبنية على ذلك الاجتهاد لتغيره؛ لأن فتواه السابقة كانت مبنية على اجتهادٍ مستندٍ إلى العمل بشرع من قبلنا والاحتجاج به، وقد ظهر له عدم حجيته فانتقض بذلك ما انبنى عليه.

(١) انظر: الأم (٤٨/٧)، والمغني (١٠١/١٠)، وبداية المجتهد (٣٥٢/٢)، ومختصر الخرقى (١٤٣/١).

(٢) الأم (٤٨/٧).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (١٥٧/١).

ومن أمثلة ذلك ما يأتي:

١ - قد يفتي المجتهد بجواز الجعالة^(١) - كما هو مذهب جمهور الفقهاء^(٢) - عملاً بشرع من قبلنا، حيث استدل المجوزون لها بقوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾^(٣)، ومن المتقرر أن الخطاب الوارد في الآية كان في شرع من قبلنا، ولم يأت في شرعنا ما ينسخه.

ولكن لو أن المجتهد تغير موقفه - بعد ذلك - من الاحتجاج بهذا الأصل، وترجع عنده أن شرع من قبلنا ليس بشرع لنا، ولا يمكن الاحتجاج به في شرعنا، فإنه سيعتبر اجتهاده في المسألة السابقة، وسيفتي فيها بخلاف فتواه السابقة، حيث سيفتي بأن الجعالة لا تجوز - كما هو رأي بعض الفقهاء^(٤) - لما فيها من الغرر، وهي إجارة، والإجارة تفسدها جهالة المنفعة المقود عليها، والجعالة تتضمن عقداً على منفعة مجهولة، فلا تصح^(٥).

(١) الجعالة - بفتح الجيم وكسرهما وضمها - : ما يجعل للعامل على عمله، وقيل: ما يعطاه الإنسان على الأمر يفعله.

انظر: التعريفات (ص/ ١٠٤)، والمطلع على أبواب المقنع (ص/ ٢٨١)، وأنيس الفقهاء (١/ ١٦٩).
وعرفها ابن رشد بأنها: «الإجارة على منفعة مضمون حصولها، مثل مشاركة الطبيب على البرء، والمعلم على الحذاق، والناشد على وجود العبد الأبق» بداية المجتهد (٢/ ١٧٧).

(٢) انظر: الحاوي للياوردي (٨/ ٣١)، والمهذب للشيرازي (١/ ٤١١)، والمغني (٦/ ٢٠)، والذخيرة (٦/ ٥)، وبداية المجتهد (٢/ ١٧٧)، والإقناع للشربيني (٢/ ٣٥٣)، ومغني المحتاج (٢/ ٤٢٩)، ومواهب الجليل (٥/ ٤٥٢)، والفواكه الدواني (٢/ ١١٠)، وكشاف القناع (٤/ ٢٠٢)، وشرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٧٢).

(٣) جزء من الآية (٧٢) من سورة يوسف.

(٤) انظر: المحلى (٨/ ٢٠٤)، وبداية المجتهد (٢/ ١٧٧)، والذخيرة (٦/ ٥).

(٥) انظر: الهداية (٣/ ٢٣١)، وبداية المجتهد (٢/ ١٧٧).

٢- قد يحكم القاضي بضمنان أصحاب المواشي والدواب ما أفسدته بالليل، وعدم ضمائمهم ما أفسدته بالنهار، عملاً بشرع من قبلنا - على ما ذهب إليه بعض الفقهاء^(١) - .
يقول ابن رشد - مبيناً اختلاف العلماء في هذه المسألة، ووجه استدلال أصحاب هذا المذهب بشرع من قبلنا - : «اختلف العلماء في القضاء فيما أفسدته المواشي والدواب على أربعة أقوال:

أحدها: أن كل دابة مرسله فصاحبها ضامن لما أفسدته.

والثاني: أن لا ضمان عليه.

والثالث: أن الضمان على أرباب البهائم بالليل، ولا ضمان عليهم فيما أفسدته بالنهار.

والرابع: وجوب الضمان في غير المنفلت ولا ضمان في المنفلت.

ومن قال يضمن بالليل ولا يضمن بالنهار : مالك والشافعي...

فعمدة مالك والشافعي في هذا الباب شيثان:

أحدهما: قوله تعالى: ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَخْرُجَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَسَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ﴾^(٢)، والنفس عند أهل اللغة لا يكون إلا بالليل، وهذا الاحتجاج على مذهب من يرى أننا مخاطبون بشرع من قبلنا^(٣).

فلو أن القاضي تغير موقفه من الاحتجاج بشرع من قبلنا، وترجع عنده عدم حججته، فإنه سيتغير اجتهاده في هذه المسألة؛ لأنها مبنية على العمل بهذا الأصل، وسيحكم فيها بخلاف حكمه السابق.

(١) انظر: أحكام القرآن لابن العربي (٣/٢٦٧)، والحاوي للساوري (١٣/٤٦٧)، والمغني

(٩/١٥٦)، وبداية المجتهد (٢/٢٤٢)، والذخيرة (١٢/٢٦٨).

(٢) جزء من الآية (٧٨) من سورة الأنبياء.

(٣) بداية المجتهد (٢/٢٤٢).

٣ - قد يفتي المجتهد بأن من نذر أن يذبح ولده فإنه يلزمه الهدي، عملاً بشرع من قبلنا - على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء^(١) - وذلك ما ورد في قصة إبراهيم عليه السلام من أمر الله تعالى له بذبح ولده، ثم فدائه بذبح كبش، وذلك في قوله تعالى: ﴿فَأَتَا بَلْعَ مَعَهُ السَّعْيَ قَالَ يَبْنِي لِي إِنِّي أَرَى فِي الْمَنَامِ أَنِّي أَذْبَحُكَ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿وَقَدَّيْنَهُ بِذَبْحٍ عَظِيمٍ﴾^(٢)، فقد ذكر الله تعالى هذه القصة من غير إنكار ولا بيان نسخ، فدل ذلك على أنه شرع لنا^(٣).

فلو أن المجتهد أفتى بالفتوى السابقة معتمداً على العمل بشرع من قبلنا، ثم تغير رأيه في هذا الأصل، وترجح لديه عدم حجيته، وأنه لا يصلح دليلاً لإثبات الأحكام، فإنه سيتغير اجتهاده في هذه المسألة، وسيفتي فيها بخلاف فتواه السابقة.

يقول ابن رشد - مبيناً الخلاف في هذه المسألة وسببه - : «واختلفوا في الواجب على من نذر أن ينحر ابنه في مقام إبراهيم؛ فقال مالك : ينحر جزوراً فداءً له.

وقال أبو حنيفة: ينحر شاة... وقال أبو يوسف والشافعي: لا شيء عليه... وسبب اختلافهم قصة إبراهيم عليه الصلاة والسلام، أعني هل ما تقرب به إبراهيم هو لازم للمسلمين، أم ليس بل لازم؟ فمن رأى أن ذلك شرعٌ خصَّ به إبراهيم، قال: لا يلزم النذر، ومن رأى أنه لازم لنا، قال: النذر لازم»^(٤).

(١) انظر: المدونة (٣/١٠٠)، وأحكام القرآن للجصاص (٥/٢٥١)، والمحلى (٨/١٥)، والحاوي للماوردي (١٥/٤٨٩)، والمبسوط (٨/١٤٠)، والمغني (٩/٤٠٨)، وبداية المجتهد (١/٣١٢)، والدر المختار (٣/٧٣٩)، وحاشية ابن عابدين (٣/٧٣٩).

(٢) الآيات (١٠٢-١٠٧) من سورة الصافات.

(٣) انظر: المغني (٩/٤٠٨)، والدر المختار (٣/٧٣٩)، وحاشية ابن عابدين (٣/٧٣٩).

(٤) بداية المجتهد (١/٣١٢).

وانظر بناء الفروع الفقهية السابقة على الاختلاف في هذه الأدلة في: تخريج الفروع على الأصول للزنجاني، وأثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي للدكتور مصطفى ديب البغا، وتخريج الفروع

على الأصول لعثمان شوشان.

المبحث الثاني تغير الاجتهاد بسبب تغير النظر في بعض طرق الاستنباط

وفيه تمهيد ومطلبان:

التمهيد

المراد بطرق الاستنباط

طرق الاستنباط: ما يستند إليه المجتهد في معرفة الحكم الشرعي، ويكون طريقاً لفهمه وتحديده عند النظر في المسائل، وأعني ببعض طرق الاستنباط الواردة في العنوان: ما سبق مما عدا الأصول المعتمدة في الاستنباط، فيشمل ذلك كثيراً من القواعد والمسائل الأصولية التي يبنى على الخلاف فيها الاختلاف في الفروع، سواء أكانت هذه القواعد متعلقة بالأدلة الشرعية التي هي مصادر الاستنباط، أم بالأحكام الشرعية سواء التكليفية أو الوضعية، أم بدلالات الألفاظ، أم بالتعارض والترجيح.

ومن أبرز القواعد والمسائل الأصولية التي يكون تغير نظر المجتهد فيها سبباً لتغير اجتهاده المبني عليها ما يأتي:

١- القواعد والمسائل المتعلقة بالأدلة الشرعية، سواء المتفق عليها أو المختلف فيها، ومنها: الخلاف في القرآن الكريم، هل هو اسم للنظم والمعنى جميعاً، أو هو اسم للمعنى فقط؟ والخلاف في حجية القراءة الشاذة، وفي الزيادة على النص هل تعتبر نسخاً؟ والخلاف في حجية الحديث المرسل، وفي حجية خبر الواحد فيما تعم به البلوى، وكذا في حجية الحديث الذي أنكره راويه، أو عمل بخلافه، وفي حجية الحديث المخالف للقياس، والخلاف في تقديم خبر الواحد على القياس عند التعارض، وفي دلالة أفعال النبي ﷺ المجردة، هل تحمل على الوجوب أو على الندب أو على الإباحة؟ والخلاف في بعض ما يشترط لخبر الواحد، مثل اشتراط عرض الحديث على الكتاب والسنة،

واشترط أن يكون المحدث فقيهاً إذا خالف قياس الأصول، واشترط انتشار الحديث وظهوره إذا كان مما تعم به البلوى، ونحو ذلك. وأيضاً: هل انقراض العصر يُعدُّ شرطاً في انعقاد الاجماع؟ وهل يدخل من بلغ درجة الاجتهاد من أهل العصر التالي مع المجمعين؟ وأيضاً: الاختلاف في حجية قياس الشبه وقياس العكس، وفي علة القياس، هل يجوز أن تكون قاصرة؟ وهل يجوز التعليل بالوصف المركب؟ وهل تثبت العلة بالدوران أو الطرد أو الشبه أو نحو ذلك، أو لا تثبت؟ وهل يجوز القياس على حكم ثابت بالقياس، أو لا بد أن يكون حكم الأصل منصوصاً؟ وهل يجري القياس في الحدود والكفارات والمقدرات؟ وهل يجري القياس في اللغة؟ وهل يجوز القياس على ما عدل به عن القياس؟ وغير ذلك من القواعد والمسائل الأصولية المؤثرة في الاستنباط والمتعلقة بالأدلة الشرعية ومصادر التشريع المتفق عليها والمختلف فيها.

٢- القواعد والمسائل المتعلقة بالأحكام الشرعية، التكليفية والوضعية، ومن أبرزها: الخلاف فيما لا يتم الواجب إلا به، هل هو واجب؟ والخلاف في إثبات الواجب الموسع، وفي الجزء الذي يتعلق به الوجوب فيه، وفي توجه الخطاب في الواجب الكفائي، وفيما يتعلق به الإيجاب في الواجب المخير، وفي الحكم إذا نسخ الوجوب، هل يبقى الجواز؟ وفي حكم الزيادة على مقدار الواجب، وهل المنذوب مأمور به؟ وما لا يتم ترك الحرام إلا به، هل هو محرم؟ وهل الحرمة تلازم الفساد والإثم؟ والأمر المطلق هل يتناول المكروه؟ والقضاء هل يكون بالأمر الأول أو بأمر جديد؟ والفساد والباطل هل هما مترادفان؟ وهل الكفار مخاطبون بفروع الشريعة؟

٣- القواعد والمسائل المتعلقة بدلالات الألفاظ، ويشمل ذلك ما يتعلق بالأمر والنهي، والعام والخاص، والمطلق والمقيد، والمجمل والمبين، والظاهر والمؤول، والمنطوق والمفهوم و.....، ومن أبرزها: الاختلاف في الأمر ومقتضاه الحقيقي عند الإطلاق، هل

يقتضي الوجوب؟ وهل للقرائن أثر في دلالة الأمر وصرفه عن الوجوب؟ وما حكمه إذا ورد بعد الحظر؟ وهل يقتضي المطلق منه الوحدة أو التكرار؟ وهل هو على الفور أو التراخي؟ والاختلاف في النهي ومقتضاه الحقيقي عند الإطلاق، هل يقتضي التحريم؟ وهل يقتضي الفساد والبطلان؟ والاختلاف في دلالة العام، هل هي قطعية أو ظنية؟ وفي حجية العام المخصوص، وفي المقتضى، وهل له عموم؟ وهل العبرة بعموم اللفظ، أو بخصوص السبب؟ وكذا الخلاف في دلالة العام وتعارضه مع الخاص، وفي جواز تخصيص العموم بالإجماع، وجواز تخصيص المتواتر بخبر الواحد، وفي التخصيص بالاستثناء بعد الجمل المتعاطفة، وفي حمل المطلق على المقيد في بعض صورته، والخلاف في جواز استعمال المشترك في جميع معانيه، إن لم يكن بينها تضاد، وفي حمل اللفظ على الحقيقة أو المجاز، وفي جواز استعماله في معنیه الحقيقي والمجازي في وقت واحد، والاختلاف في حجية المفهوم، سواء أكان مفهوم موافقة أم مخالفة، إلى غير ذلك من القواعد والمسائل المؤثرة في الاستنباط والمتعلقة بدلالات الألفاظ.

٤- القواعد والمسائل المتعلقة بالتعارض والترجيح، فهناك الاختلاف في الجمع والترجيح والنسخ، أيها يقدم فيبدأ به؟ وهناك الترجيح في الأخبار يكون من جهة المتن، ومن جهة السند، ومن جهة أمر خارج، فهل تقدم رواية المثبت على رواية النافي؟ وإذا تعارض الحاضر والمبنيح، فما المقدم؟ وكذا في تعارض العموم ودليل الخطاب، ما الأقوى عند تعارضهما فيقدم؟ وهناك التعارض بين الأقيسة والعلل، والاختلاف في طرق دفعه..... إلخ.

وبوجه عام، فإن المراد ببعض طرق الاستنباط: القواعد الأصولية التي يعتمد عليها المجتهد للوصول إلى أحكام المسائل الفقهية، ويكون ما توصل إليه بعد النظر والاجتهاد نتيجة وثمره لهذه القواعد.

وعليه فإن المراد بتغير النظر في بعض طرق الاستنباط: تغير موقف المجتهد من هذه القواعد، من حيث الاحتجاج بها والاستناد إليها من عدمه، فيتغير اجتهاده في حجيتها، بحسب ما يظهر له من الدلائل في ذلك؛ بحيث يؤدي النظر فيها إما إلى الاحتجاج بها بعد أن كان نافياً لحجيتها، أو إلى عدم الاعتداد بها بعد أن كانت حجة عنده.

المطلب الأول

وجه كون تغير النظر في بعض طرق الاستنباط

سبباً لتغير الاجتهاد

بينت فيما سبق المراد ببعض طرق الاستنباط والمقصود بتغير النظر فيها، ومن هنا فإن هذا السبب من أبرز ما يتغير الاجتهاد لأجله، ويظهر ذلك من كونه متعلقاً بالأسس والمناهج التي يعتمدها المجتهد ويضعها نصب عينيه عند الشروع في الاستنباط، ليشيد عليها صرح مذهبه، ويكون ما يتوصل إليه نتيجة وثمرة لهذه القواعد، التي هي أهم وسائل الاستنباط، ومستند الفتاوى، ففي تغير نظر المجتهد فيها أو في أحدها من حيث الحجية أثر كبير في اجتهاده وما يتبعه من فتاوى وأحكام.

وبيان ذلك: أنه إذا وجب الاعتماد عليها والاستناد إليها في معرفة أحكام المسائل، والأخذ بما دلت عليه، وردّ ما سواها مما يعارضها في حال الاحتجاج بها، فإن المجتهد سيحكم ويفتي بما تدل عليه وتقضي به، وسيجتهد في معرفة ملائمتها ومطابقتها للواقعة، وتنزيل أحكامها عليها.

وأما حين يتبين له ضعفها وعدم حجيتها، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة وسينقض فتواه المبنية على ذلك الاجتهاد لتغيره؛ إذ هذه الفتوى كانت مبنية على اجتهاد مستند إلى إحدى هذه القواعد، ثم ظهر له ضعفها وعدم حجيتها، فانتقض ما بني عليها.

فلو أفتى المجتهد باجتهاده في نازلة بفتوى، وكان مستنداً في ذلك إلى حجية قاعدة أصولية، حيث استدل بها على فتواه، ثم تغير رأيه في حجية هذه القاعدة، وبأن له وجهة قول من لم يحتج بها، وظهر له ضعف ما كان يتمسك به ويستند إليه في الاحتجاج بها، فإنه حينئذ سيتغير اجتهاده السابق في النازلة، وسيرجع عن فتواه المبنية على ذلك الاجتهاد لتغيره، لأن هذه الفتوى كانت مبنية على اجتهاد مستند إلى هذه القاعدة الأصولية، وقد بان له ضعفها وعدم حجيتها فانقض بذلك ما بُني عليها.

ومما يؤكد ذلك أيضاً: أن الاختلاف في طرق الاستنباط من أهم أسباب اختلاف الفقهاء في أحكام الفروع، ذلك أن الفقهاء مختلفون في إثبات كثير من القواعد الأصولية، فمنهم من يثبت قاعدة معينة، ويقررها، ويعتمدها طريقاً لاستنباط أحكام المسائل، ومنهم من يرى بطلانها وعدم صحتها، ومن ثم لا يحتج بها، ولا يعتمدها في الاستنباط، ولذلك نجد كثيراً من الاختلاف بين الفقهاء في الفروع بسبب هذا الأمر؛ فالمجتهد قد يفتي في المسألة بناء على استنباط حكمها من القاعدة الأصولية الدالة عليها، حيث يرى دخول المسألة في تلك القاعدة، بينما يرى مجتهد آخر أو فريق آخر من المجتهدين في المسألة رأياً مخالفاً، ويفتون به، لعدم تسليمهم للقاعدة واحتجاجهم بها، ومن ثم عدم تسليمهم للفروع المستنبطة منها والمخرجة عليها.

ومن هنا فقد صرح عدد من الأئمة والفقهاء بأن الاختلاف في القواعد الأصولية يُعدُّ من أهم الأسباب التي أدت إلى الاختلاف بين الفقهاء في فروع الشريعة^(١)؛ يقول ابن

(١) انظر: تقريب الوصول لابن جزري (ص/٤٩٨)، ورفع الملام عن الأئمة الأعلام لشيخ الإسلام ابن تيمية (ص/٣٦، ٢٧)، ودراسات في الاختلافات الفقهية لليبانوني (ص/٧٠)، وأثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، د. مصطفى سعيد الخن (ص/١١٧، ١١٨)، والتخريج عند الفقهاء والأصوليين، د. يعقوب الباحسين (ص/٩٦-٩٨)، وأثار اختلاف الفقهاء في الشريعة لأحمد الأنصاري (ص/٣٦).

جزئي - وهو بصدد عدّ أسباب الخلاف بين المجتهدين - : «السبب الخامس: الاختلاف في قاعدة من الأصول يبنى عليها الاختلاف في الفروع، كحمل المطلق على المقيد، وشبه ذلك»^(١).

ثم ذكر بعد ذلك أسباباً أخرى للخلاف، هي بيان لما أجمله، وأمثلة لهذا السبب؛ حيث قال: «السبب العاشر: الاختلاف في حمل اللفظ على العموم أو الخصوص... السبب الحادي عشر: الاختلاف في حمل اللفظ على الحقيقة أو على المجاز»^(٢). ثم قال: «السبب الرابع عشر: الاختلاف في حمل الأمر على الوجوب أو على الندب، وهذا أيضاً أوجب كثيراً من الخلاف.

السبب الخامس عشر: الاختلاف في حمل النهي على التحريم أو على الكراهة. السبب السادس عشر: الاختلاف في فعل النبي ﷺ، هل يحمل على الوجوب، أو على الندب، أو الإباحة»^(٣).

ويقول شيخ الإسلام ابن تيمية - في بيانه للأعذار التي تلتمس للأئمة في مخالفة بعضهم بعضاً - : «السبب الرابع: اشتراطه في خبر الواحد العدل الحافظ شروطاً يخالفه فيها غيره، مثل اشتراط بعضهم عرض الحديث على الكتاب والسنة، واشتراط بعضهم أن يكون المحدث فقيهاً إذا خالف قياس الأصول، واشتراط بعضهم انتشار الحديث وظهوره إذا كان فيما تعم به البلوى»^(٤).

(١) تقريب الوصول (ص/٤٩٨).

(٢) المرجع السابق (ص/٥٠٢، ٥٠٣).

(٣) المرجع السابق (ص/٥٠٥، ٥٠٦).

(٤) رفع الملام عن الأئمة الأعلام (ص/٢٧).

ثم ذكر أسباباً أخرى لوقوع الاختلاف بين الأئمة في الفروع، ثم قال: «السبب السابع: اعتقاده أن لا دلالة في الحديث... بأن عرف جهة الدلالة، لكن اعتقد أنها ليست صحيحة، بأن يكون له من الأصول ما يرد تلك الدلالة، سواء كانت في نفس الأمر صواباً أو خطأ.

مثل: أن يعتقد أن العام المخصوص ليس حجة، أو أن المفهوم ليس بحجة، أو أن العموم الوارد على سبب مقصورٍ على سببه، أو أن الأمر المجرد لا يقتضي الوجوب، أو لا يقتضي الفور، أو أن المعرف بالألف واللام لا عموم له، أو أن الأفعال المنفية لا تنفي ذواتها ولا جميع أحكامها، أو أن المقتضى لا عموم له، فلا يدعي العموم في المضمرات والمعاني، إلى غير ذلك مما يتسع القول فيه، فإن شطر أصول الفقه تدخل مسائل الخلاف منه في هذا القسم»^(١).

وإذا كان الاختلاف في القواعد الأصولية التي هي طرق الاستنباط يُعدُّ أهم أسباب اختلاف الفقهاء في أحكام الفروع، فإنه يكون من أهم أسباب اختلاف رأي المجتهد وتغير اجتهاده من حال إلى حال، بحسب نظره إلى هذه القاعدة أو تلك، واحتجاجه بها، وتسليمه لها، مما يستدعي تغير نظره واحتجاجه بها نظراً جديداً واجتهاداً مغايراً لاجتهاده ونظره السابق، ويفضي ذلك إلى اختلاف نتائج الاجتهاد بين الحالتين، واختلاف الفتاوى والأحكام المترتبة على كلا الاجتهادين.

فإذا كان المجتهد يرى رأياً في مسألة أصولية في زمن من الأزمان، ثم ذهب في زمن لاحق إلى خلاف ذلك الرأي، فإنه سيتغير اجتهاده في المسائل الفرعية بناءً على تغيره في الأصول.

(١) رفع الملام عن الأئمة الأعلام (ص/ ٣٥، ٣٦).

وأيضاً: فإنه كما كان تغيير النظر في الأصول المعتمدة في الاستنباط من أوجب الأسباب التي تؤدي إلى تغيير الاجتهاد، فكذلك يُعدُّ تغيير النظر في بعض طرق الاستنباط من أبرز أسباب التحول في الاجتهاد واختلاف الفتاوى.

ومن هنا فإنه إذا وقعت حادثة واجتهد فيها المجتهد، ثم أفتى فيها باجتهادٍ بناه على القول بإحدى القواعد الأصولية والاحتجاج بها، ثم تغير نظره فيها، فصار من النافين لحجيتها بعد أن كان محتجاً بها، فإنه بناء على ذلك سيتغير اجتهاده في الحادثة بناء على تغيير نظره في أصل ذلك الاجتهاد، وستتغير فتواه فيها بناء على تغيير اجتهاده.

وبهذا يتقرر أن من أسباب تغيير اجتهاد المجتهد ورجوعه عنه تغير نظره في بعض طرق الاستنباط، وهي القواعد التي اعتمد عليها في اجتهاده، سواء أكان هذا التغيير متمثلاً في الاحتجاج بها بعد أن كان من النافين لحجيتها، أم كان بعكس ذلك، حيث أدى تغيير النظر في تلك القواعد إلى تغيير الاجتهاد والخروج بنتائج مخالفة ومغايرة لتلك التي خرجت حين البناء عليها واعتمادها طريقاً لمعرفة الحكم قبل تغيير النظر فيها.

المطلب الثاني

أمثلة لتغيير الاجتهاد بسبب تغيير النظر في بعض طرق الاستنباط

سبق بيان أن المجتهد حين يستند في اجتهاده وفتواه في المسألة الفقهية إلى إحدى القواعد الأصولية، ثم يتغير موقفه من هذه القاعدة من حيث العمل والاحتجاج بها والاعتماد عليها، فيرى عدم الاحتجاج بها مثلاً بعد أن كانت حجة عنده، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة وتتغير فتواه فيها تبعاً لذلك؛ لأن هذا الاجتهاد وتلك الفتوى مبنيان على العمل بالقاعدة والاستناد إليها والاحتجاج بها، فلما تبين له عدم حجيتها انتقض بذلك ما بني عليها.

ومن الأمثلة التي يتضح بها هذا السبب ما يأتي:

أولاً: لو أفتى المجتهد باجتهاده في مسألة فقهية بفتوى معينة، وكان مستنداً في ذلك إلى أن القرآن اسم للنظم والمعنى، ثم تغير رأيه في هذه القاعدة، حيث رأى بعد ذلك أن القرآن اسم للمعنى فقط، فإنه حينئذ سيتغير اجتهاده في المسألة السابقة، لأنه مبني على رأيه السابق في القاعدة، وستتغير فتواه إلى ما يوافق رأيه الجديد في القاعدة الأصولية. ومن أمثلة ذلك:

١ - قد يفتي المجتهد بعدم جواز قراءة الفاتحة في الصلاة بغير اللغة العربية - كما هو مذهب جمهور الفقهاء^(١)، استناداً في ذلك إلى أن القرآن عنده اسم للنظم والمعنى معاً، ولكن حين يتغير رأيه في هذه القاعدة، ويرى أن القرآن اسم للمعنى دون النظم فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة السابقة، وسيفتي بجواز قراءة الفاتحة في الصلاة بغير اللغة العربية كما ذهب إلى ذلك بعض الفقهاء^(٢).

٢ - قد يفتي المجتهد بعدم جواز ترجمة القرآن وصياغة معانيه بألفاظ غير عربية - كما هو مذهب جماهير الفقهاء^(٣)، استناداً إلى أن القرآن اسم للنظم والمعنى معاً، ولكن حين يتغير رأيه في هذه القاعدة، ويرى أنه اسم للمعنى فقط، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة،

(١) انظر: المحلى (٢٥٤/٣)، والحاوي للهاوردي (٩٦/٢)، والمهذب للشيرازي (٧٣/١)، والقوانين الفقهية لابن جزي (٤٤/١)، والمجموع للنووي (٣٣٠/٣)، والمغني (٢٨٨/١)، ومغني المحتاج (١٥٩/١)، والمبدع (٤٤١/١)، وحاشية الدسوقي (١٢٥/١)، والإنصاف للمرداوي (٥٣/٢).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي (٣٧/١)، وبدائع الصنائع (١١٢/١)، وتحفة الفقهاء (١٣٠/١)، والهداية (٤٧/١)، وتبيين الحقائق (١١٠/١).

(٣) انظر: المحلى (٢٥٤/٣)، والمجموع (٣٣٠/٣)، والقوانين الفقهية (٤٤/١)، والمبدع (٤٤١/١)، ومغني المحتاج (١٥٩/١)، والإنصاف للمرداوي (٥٣/٢)، وحاشية الدسوقي (١٢٥/١).

وسينقض فتواه السابقة، ليفتي بجواز ترجمة القرآن وصياغة معانيه بألفاظ غير عربية - كما ذهب إلى ذلك بعض الفقهاء^(١).

ثانياً: لو أفتى المجتهد باجتهاده في مسألة فقهية بفتوى معينة، وكان مستنداً في ذلك إلى عدم الاحتجاج بالقراءة الشاذة، وأنه لا يصح التمسك بها في إثبات الأحكام، ثم تغير رأيه في هذه القاعدة، حيث رأى بعد ذلك أن القراءة الشاذة حجة، فإنه حينئذ سيتغير اجتهاده في المسألة السابقة، وستتغير فتواه إلى ما يوافق رأيه الجديد في هذه القاعدة. ومن أمثلة ذلك:

١ - قد يفتي المجتهد بعدم اشتراط التابع في صيام كفارة اليمين، ويكون مستنداً في ذلك إلى ظاهر الآية، وهي قوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّرْتُهُمْ إِطْعَامَ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفْرَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾^(٢)، فالآية لم يرد فيها اشتراط التابع في صيام كفارة اليمين، وهو ممن لا يرى حجية القراءة الشاذة، فلا حجة عنده في قراءة أبيّ وعبدالله بن مسعود رضي الله عنهما، وهي: (فصيام ثلاثة أيام متتابعات)^(٣)، ولكن حين يتغير موقفه من هذه القاعدة، ويرى بعد ذلك حجية القراءة الشاذة، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة، وسيفتي بوجوب التابع في

(١) انظر: كشاف القناع (١/٣٤٠)، والإنصاف للمرداوي (٢/٥٣).

(٢) جزء من الآية: (٨٩) من سورة المائدة.

(٣) انظر: الموطأ (١/٣٠٥)، والمستدرک (٢/٣٠٣)، ومصنف ابن أبي شيبة (٣/٨٨)، وسنن البيهقي

الكبرى (١٠/٦٠)، وأحكام القرآن للجصاص (١/٢٦٠)، ومعاني القرآن للنحاس (٢/٣٥٤)،

والتفسير الكبير للرازي (١٢/٦٥)، وتفسير البيضاوي (٢/٣٦١)، وتفسير ابن كثير (٢/٩٢).

صيام كفارة اليمين، اعتماداً على القراءة الواردة في ذلك - على ما ذهب إليه بعض الفقهاء-^(١).

٢- قد يفتي المجتهد بوجوب النفقة على كل ذي رحم محرم، محتجاً بقراءة ابن مسعود رضي الله عنه: (وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك)^(٢) على ما ذهب إليه بعض الفقهاء^(٣).
يبد أنه لو تغير موقفه من حجية القراءة الشاذة، ورأى أنها ليست بحجة، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة، وسيفتي بأن النفقة واجبة على كل وارث، محرماً كان أو غير محرم، استدلالاً بظاهر الآية، كما هو مذهب بعض الفقهاء^(٤).

٣- قد يفتي المجتهد بوجوب التتابع في قضاء رمضان، مستنداً في ذلك إلى قراءة أبي ابن كعب رضي الله عنه: (فعدة من أيام أخر متتابعات)^(٥) - وهي قراءة شاذة - على ما ذهب إليه بعض الفقهاء^(٦).

لكن لو أن المجتهد رأى بعد ذلك أن القراءة الشاذة ليست بحجة، ولا يصح التمسك بها في إثبات الأحكام أو نفيها، فإنه حينئذ سيتغير اجتهاده في المسألة التي أفتى فيها؛ لأن فتواه السابقة كانت مبنية على العمل بالقراءة الشاذة والاحتجاج بها، ولذا فإنه سيرجع عن

(١) انظر: المغني (١٠/١٥، ١٦)، والهداية (٢/٧٤).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي (٥/٢٠٩، ٢٢٣)، وبدائع الصنائع (٤/٣١)، والهداية (٢/٤٧)، وشرح فتح القدير (٤/٤٢٠)، والبحر الرائق (٤/٢٢٨)، وروح المعاني للألوسي (٢/١٤٧).

(٣) انظر: الهداية (٢/٤٧).

(٤) انظر: المبسوط (٥/٢٢٣)، وبدائع الصنائع (٤/٣١).

(٥) انظر: التفسير الكبير للرازي (١٢/٦٥)، وفتح الباري (٤/١٨٩)، وعمدة القاري (١٨/١٠٤)، والكشاف للزمخشري (١/٢٥٢)، والبحر المحيط لأبي حيان (٢/٤١).

(٦) انظر: المحلى (٦/٢٦١)، والموطأ (١/٣٠٤)، والاستذكار لابن عبد البر (٣/٣٤٥٥)، والحاوي للهاوردي (٣/٤٥٤)، والمبسوط للسرخسي (٣/٨٢)، والقوانين الفقهية لابن جزي (١/٨٢)، وشرح الزرقاني (٢/٢٤٩)، والتاج والإكليل (٢/٤١٣)، وتبيين الحقائق (١/٣٣٦).

هذه الفتوى، وسيفتي بعدم وجوب التتابع في قضاء رمضان، كما هو مذهب الجمهور^(١).
 ثالثاً: لو أفتى المجتهد باجتهاده في مسألة، وكان مستنداً في ذلك إلى حديث من أخبار
 الأحاد، وفيه زيادة على نص قرآني، وهو يرى أن الزيادة على النص ليست بنسخ، ثم تغير
 رأيه في هذه القاعدة الأصولية، حيث ترجح لديه بعد ذلك أن الزيادة على النص تُعدُّ نسخاً،
 فإنه حينئذ سيتغير اجتهاده في المسألة السابقة، وسيفتي بخلاف ما أفتى به فيها سابقاً، حيث
 سيأخذ بما دلَّ عليه النص، ولن يعمل بالزيادة الثابتة بالحديث؛ لأن الزيادة على النص عنده
 تعتبر نسخاً، ولا يجوز نسخ المتواتر بخبر الواحد.
 ومن أمثلة ذلك:

١- قد يفتي المجتهد بأن النية شرط من شروط الوضوء - كما هو مذهب كثير من الفقهاء^(٢) -
 - استناداً إلى عموم قول النبي ﷺ: (إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى)^(٣)، مع أن
 الآية الواردة في الوضوء لم توجب النية، وهي قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا قُمْتُمْ

(١) انظر: المدونة (٢١٣/١)، والموطأ (٣٠٤/١)، والأم (٦٦/٧)، وأحكام القرآن للجصاص (٢٥٨/١)،
 والحاوي للماوردي (٤٥٤/٣)، والاستذكار لابن عبد البر (٣/٣٤٥)، والمبسوط
 للسرخسي (٨٢/٣)، وبدائع الصنائع (١٠٢/٢)، والمغني لابن قدامة (٨٤/١٠)، وروضة الطالبين
 (٣٧١/٢)، والقوانين الفقهية لابن جزي (٨٢/١)، والفروع لابن مفلح (٦٧/٣)، ومغني المحتاج
 (٣٢٨/٤)، وتبيين الحقائق (٣٣٦/١)، والتاج والإكليل (٤١٣/٢)، والبحر الرائق (٢٧٨/٢)،
 والإنصاف للمرداوي (٣٣٢/٣)، والروض المربع (٤٣٥/١)، وشرح منتهى الإرادات
 (٤٧٥/١)، وحاشية ابن عابدين (٤٤٣/٢)، والسيل الجرار للشوكاني (١٣٣/٢).

(٢) انظر: الحاوي للماوردي (٩٠/١)، والمهذب للشيرازي (١٩/١)، وروضة الطالبين (٩٩/١١)،
 والشرح الكبير للدردير (٩٩/١)، وبداية المجتهد (٦/١)، والإقناع للشربيني (٣٧/١)، ومواهب
 الجليل (١٨٢/١)، وشرح منتهى الإرادات (٥١/١)، والإنصاف للمرداوي (١٤٣/١).

(٣) أخرجه البخاري ومسلم من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

انظر: صحيح البخاري (٣/١) باب بدء الوحي رقم (١)، وصحيح مسلم (٣/١٥١٥) كتاب
 الإمارة، باب قوله ﷺ: (إنما الأعمال بالنية)، رقم (١٩٠٧).

إِلَى الصَّلَاةِ فَأَغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ...^(١)، فاشتراط النية في الوضوء مستفاد من الحديث، وهو أمر زائد على ما أفادته الآية، ولا إشكال في ذلك لأن الزيادة على النص -عنده- ليست بنسخ.

لكن لو أن المجتهد تغير رأيه في هذه القاعدة الأصولية، وترجح لديه أن الزيادة على النص تعتبر نسخاً، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة، وسيفتي بأن النية في الوضوء ليست شرطاً في صحته، بل يصح الوضوء بدونها - كما ذهب إلى ذلك بعض الفقهاء^(٢) - لأن اشتراط النية أمر زائد على النص، وهو آية الوضوء السابقة، وهذا باطل؛ لأنه يقتضي نسخ الآية بخبر الواحد، ولا يجوز نسخ النص إلا بنص مثله في الرتبة.

٢ - قد فتى المجتهد بوجوب الترتيب في غسل الأعضاء في الوضوء والموالاتة بينها - كما هو مذهب كثير من الفقهاء^(٣) - استناداً إلى قول النبي ﷺ: (ابدأ بما بدأ الله به)^(٤)، فهذا الحديث وإن كان واردًا في الحج إلا أنه عام يشمل الوضوء، إذ العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، واستدلالاً بفعل النبي ﷺ حيث لم يكن يتوضأ إلا مرتباً، فلو لم يكن الترتيب واجباً لتركه في وقت من الأوقات ولم يواظب عليه، وقد توضأ النبي ﷺ مرتباً،

(١) جزء من الآية (٦) من سورة المائدة.

(٢) انظر: أحكام القرآن للجصاص (٣/٣٣٥)، والمبسوط (١/٧٢)، والبحر الرائق لابن نجيم (١/٢٧)، وحاشية ابن عابدين (١/١٠٦)، وشرح فتح القدير (١/١٣١).

(٣) انظر: الحاوي للماوردي (١/١٣٧)، والذخيرة (١/٢٧٩)، والمغني (١/٩٣)، والمبدع (١/١١٤)، ومواهب الجليل (١/٢٥٠)، وكشاف القناع (١/٨٣)، وشرح منتهى الإرادات (١/٥٠)، والسيل الجرار للشوكاني (١/٨٧).

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (٢/٨٨٨) كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ، رقم (١٢١٨).

وقال: (هذا وضوء لا يقبل الله الصلاة إلا به)^(١)، فيجاب الترتيب مستفاد من السنة ولم يرد في آية الوضوء السابقة، وهذا أمر زائد على النص، ولا إشكال في ذلك؛ لأن الزيادة على النص - عنده - ليست بنسخ.

لكن لو أن المجتهد تغير موقفه ورأيه في هذه القاعدة الأصولية، وترجع لديه أن الزيادة على النص تعدُّ نسخاً، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة، وسيفتي بعدم وجوب الترتيب في

(١) أخرجه البيهقي في سننه عن ابن عمر رضي الله عنهما (٨٠ / ١) جماع أبواب سنة الوضوء وفرضه، باب فضل التكرار في الوضوء، رقم (٣٨٥)، وأخرجه الطبراني في المعجم الأوسط عن بريدة رضي الله عنه (٧٨ / ٤) رقم (٣٦٦١)، وهذا الحديث ضعفه عدد من المحدثين، كما روي من أوجه وطرق عدة عن غير واحد من الصحابة كلها ضعيفة، ففي إسناد البيهقي: القاسم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن عقيل، وفيه كلام، وفي إسناد الطبراني: ابن لهيعة، وهو ضعيف أيضاً، يقول ابن حجر في "تلخيص الحبير" (٥٧ / ١): «القاسم متروك عند أبي حاتم، وقال أبو زرعة: منكر الحديث، وكذا ضعفه أحمد وابن معين، وانفرد ابن حبان بذكره في الثقات، ولم يلتفت إليه في ذلك، وقد صرح بضعف هذا الحديث ابن الجوزي والمنذري وابن الصلاح والنووي وغيرهم»، ويقول في "فتح الباري" (٢٣٣ / ١): «حديث ضعيف، وله طرق أخرى كلها ضعيفة».

ويقول الشوكاني في "السييل الجرار" (٨٣ / ١): «وفي إسناد القاسم بن محمد بن عبد الله بن عقيل، وفيه كلام»، ويقول في "نيل الأوطار" (١٧٥ / ١): «فيه مقال لا أظنه ينتهض معه»، وقد تَوَّاه الصنعاني في "سبل السلام" (٥١ / ١) حيث قال: «وله طرق يشدُّ بعضها بعضاً»، وأنكر ذلك الشوكاني بقوله: «وقد خلط فيه بعض المتأخرين فخرجه من طرق، وجعل بعضها شاهداً لبعض، وليس الأمر كما ذكر»، نيل الأوطار (١٧٥ / ١).

وانظر في تضعيف إسناد هذا الحديث أيضاً: المجرّوحين لابن حبان (١٦١ / ٢)، والمجموع (٤٩٢، ٤٩٣)، ومجمع الزوائد (٢٣١ / ١)، ونصب الراية (٢٧ / ١)، والبدر المنير لابن الملقن

غسل أعضاء الوضوء، وإنما هو سنة من سنن الوضوء - كما هو مذهب بعض الفقهاء^(١) - لأن إيجابه زيادة على النص، وهو آية الوضوء السابقة، وهذا لا يصح؛ لأن الزيادة على النص نسخ، فهو يقتضي نسخ الآية بهذه الأخبار، ولا يجوز النسخ في مثل هذه الحالة؛ لعدم التماثل والتساوي بين النسخ والمنسوخ في الرتبة.

يقول الجصاص: «وقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهِمُ الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ﴾ الآية، يدل من ثلاثة أوجه على سقوط فرض الترتيب... وإذا ثبت أنه ليس في الآية إيجاب الترتيب فموجبه في الطهارة مخالف لها، وزائد فيها ما ليس منها؛ وذلك يوجب نسخ الآية عندنا؛ لحظه ما أباحتها، فثبت جواز فعله غير مرتب»^(٢).

ويقول - في موضع آخر، مبيناً عدم اشتراط الموالاة في صحة الوضوء -: «والدليل على صحة ما قلناه: قوله تعالى: ﴿فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ﴾ الآية، فإذا أتى بالغسل على أي وجه فعّله فقد قضى عهدة الآية، ولو شرطنا فيه الموالاة وترك التفريق كان فيه إثبات زيادة في النص، والزيادة في النص توجب نسخه»^(٣).

٣ - قد يفتي المجتهد بأن قراءة الفاتحة ركن في كل ركعة من ركعات الصلاة، لا تصح الصلاة بدونها - كما هو رأي أكثر الفقهاء^(٤) - مستدلاً بقول النبي ﷺ: (لا صلاة لمن لم

(١) انظر: بدائع الصنائع (٢٢/١)، وتحفة الفقهاء للسمرقندي (١٣/١)، والهداية (١٣/١)، وتبيين الحقائق (٦/١).

(٢) أحكام القرآن (٣/٣٦٨، ٣٦٩).

(٣) المرجع السابق (٣/٣٦٣).

(٤) انظر: الكافي لابن عبد البر (٤٠/١)، والمجموع (٢٧٢/٣)، والمغني (٢٨٣)، والمبدع (٤٣٦/١)، وبداية المجتهد (٩١/١)، ومغني المحتاج (٣٤١/١)، والبحر الرائق (٣١٢/١)، ونهاية المحتاج (٤٧٢/٢)، وكشاف القناع (٣٣٦/١)، والفواكه الدواني (١٧٨/١)، ونيل الأوطار (٢/٢٢٩).

يقرأ بفاتحة الكتاب^(١)، وقوله: (من صلى صلاة لم يقرأ فيها بأم القرآن فهي خداج)^(٢)، مع أن تعيين قراءة الفاتحة لم يرد في القرآن، وإنما جاء قوله تعالى: ﴿فَأَقْرءُوا مَا تَيَسَّرَ مِنَ الْقُرْآنِ﴾^(٣)، عاماً شاملاً للفاتحة وغيرها، فتعيّن الفاتحة وجعلها ركناً أمراً زائداً على النص، ولا إشكال في ذلك؛ لأن الزيادة على النص - عنده - ليست بنسخ.

لكن لو تغير موقف المجتهد ورأيه في هذه المسألة الأصولية، ورأى بعد ذلك أن الزيادة على النص تعدّ نسخاً، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة التي أفتى فيها، وسيفتي بعدم تعيّن قراءة الفاتحة، وإنما الغرض قراءة سورة من القرآن دون تعيين، لمقتضى الآية - كما هو مذهب بعض الفقهاء^(٤) - لأن إيجاب قراءة الفاتحة بعينها، وجعلها ركناً في كل ركعة أمر زائد على النص، وهذا باطل؛ لأن الزيادة على النص نسخ، فهو يقتضي نسخ الآية بالخبر، ولا يجوز نسخ النص إلا بنص يساويه أو يكون فوقه في الرتبة.

٤ - قد يفتي المجتهد بأن الطهارة شرط في صحة الطواف، مستدلاً على ذلك بقول النبي

(١) أخرجه البخاري ومسلم عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه. انظر: صحيح البخاري (٢٦٣/١) كتاب صفة الصلاة، باب وجوب القراءة للإمام والمأموم في الصلوات كلها في الحضر والسفر وما يجهر فيها وما يخافت، رقم (٧٢٣)، وصحيح مسلم (٢٩٥/١) كتاب الصلاة، باب وجوب قراءة الفاتحة في كل ركعة، رقم (٣٩٤).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه عن أبي هريرة رضي الله عنه (٢٩٦/١) كتاب الصلاة، باب وجوب قراءة الفاتحة في كل ركعة، رقم (٣٩٥).

(٣) جزء من الآية (٢٠) من سورة المزمل.

(٤) انظر: المبسوط (١٩/١)، وبيدائع الصنائع (١٦٠/١)، وتبيين الحقائق (١٠٥/١)، والهداية (٤٨/١)، وشرح فتح القدير (٢٤/١)، ومجمع الأنهر (١٣١/١)، وإحكام الأحكام (٧/٢).

ﷺ: (خذوا عني مناسككم)^(١)، وقد ورد في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها: (أن أول شيء بدأ به النبي ﷺ حين قدم أنه توضأ ثم طاف بالبيت)^(٢).

فكان هذا الفعل مبيّناً لقوله، ومستدلاً بقوله عليه السلام: (الطواف بالبيت صلاة إلا أن الله قد أذن فيه بالمنطق)^(٣). - ومن المقرر اشتراط الطهارة للصلاة، فكذلك الطواف، واستدلال المجتهد بهذه الأحاديث على فتواه إنما يستقيم حين يكون ممن يقول إن الزيادة على النص ليست بنسخ.

(١) أخرجه البيهقي بهذا اللفظ من طريق أبي الزبير عن جابر. انظر: سنن البيهقي الكبرى - كتاب الحج - باب الدفع من المزدلفة قبل طلوع الشمس (١٢٥/٥)، حديث (٩٣٠٧). وأخرجه مسلم وأبو داود من طريق أبي الزبير عن جابر بلفظ: (لتأخذوا مناسككم)، انظر: صحيح مسلم - كتاب الحج - باب استحباب رمي جمرة العقبة يوم النحر راكباً، وبيان قوله عليه السلام: (لتأخذوا مناسككم). (٩٤٣/٢) حديث (١٢٩٧)، وسنن أبي داود - كتاب المناسك - باب في رمي الجمار (٢٠١/٢) حديث (١٩٧٠).

(٢) صحيح البخاري (٥٩١/٢) كتاب الحج، باب الطواف على وضوء، رقم (١٥٦٠)، وصحيح مسلم (٩٠٦/٢) كتاب الحج، باب ما يلزم من طاف بالبيت وسعى من البقاء على الإحرام وترك التحلل، رقم (١٢٣٥).

(٣) أخرجه ابن حبان والنسائي والبيهقي وابن أبي شيبة عن ابن عباس رضي الله عنهما. انظر: صحيح ابن حبان (١٤٣/٩) كتاب الحج، باب دخول مكة، ذكر الإخبار عن إباحة الكلام للطائف حول البيت العتيق وإن كان الطواف صلاة، رقم (٣٨٣٦)، وسنن النسائي الكبرى (٤٠٦/٢) باب إباحة الكلام في الطواف، رقم (٣٩٤٥)، وسنن البيهقي الكبرى (٨٧/٥) باب الطواف على طهارة، رقم (٩٠٨٥)، ومصنف ابن أبي شيبة (١٣٧/٣) رقم (١٢٨٠٨). وقد ذكر النووي والمنذري وغيرهما أن هذا الحديث لا يصح رفعه، وأن الصحيح عند الحفاظ أنه موقوف على ابن عباس، انظر: شرح النووي على صحيح مسلم (٢٢٠/٨)، والبدر المنير (٤٨٧/٢)، وتلخيص الحبير (١٢٩/١)، ونيل الأوطار (٢٦١/١).

أما حين يتغير رأيه في هذه القاعدة الأصولية، ويترجح لديه أن الزيادة على النص تعتبر نسخاً، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة التي أفتى فيها، وسيفتي بأن الطهارة ليست بشرط في صحة الطواف، لعموم قوله تعالى: ﴿وَلَيَطُوفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾^(١)، فهذا أمر عام لم يقيد بالطهارة، فاشتراط الطهارة زيادة على النص، والزيادة على النص نسخ، وقد ثبتت تلك الزيادة بخبر الواحد، وخبر الواحد لا يصلح ناسخاً للآية، فمن ثم لا يعمل بهذه الزيادة. يقول السرخسي: «وحيثنا في ذلك: أن المأمور به بالنص هو الطواف، قال الله تعالى: ﴿وَلَيَطُوفُوا﴾: اسم للدوران حول البيت، وذلك يتحقق من المحدث والطاهر، فاشتراط الطهارة فيه زيادة على النص، ومثل هذه الزيادة لا تثبت بخبر الواحد، ولا بالقياس؛ لأن الركنية لا تثبت إلا بالنص»^(٢).

٥ - قد يفتي المجتهد بجواز القضاء بيمين وشاهد واحد في الأموال، عملاً بفعل النبي ﷺ؛ حيث روي عنه ﷺ: (أنه قضى بيمين وشاهد)^(٣). وهذا حين يرى المجتهد أن الزيادة على النص ليست بنسخ.

لكن حين يتغير رأيه في هذه القاعدة، ويترجح لديه أن الزيادة على النص تُعدُّ نسخاً، فإنه حينئذ سيتغير اجتهاده في المسألة، وسيفتي بعدم جواز القضاء بشاهد ويمين في الأموال، بل لا بد من شاهدين رجلين، أو رجل وامرأتين عملاً بقوله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا شَهِدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ يَمْنَنَ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى..﴾^(٤)، فالآية لم تذكر في الشهادة إلا رجلين،

(١) جزء من الآية (٢٩) من سورة الحج.

(٢) المبسوط (٣٨/٤).

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه عن ابن عباس رضي الله عنهما (٣/١٣٣٧) كتاب الأفضية، باب القضاء باليمين والشاهد، رقم (١٧١٢).

(٤) جزء من الآية (٢٨٢) من سورة البقرة.

أو رجلاً وامرأتين، وعلى هذا فالقضاء بشاهد ويمين زيادة على نص الآية، وقد ثبت بخبر الواحد، والزيادة على النص نسخ، ونسخ الآية لا يصح بخبر الواحد، فلا يعمل بالزيادة الواردة فيه.

رابعاً: لو أفتى المجتهد باجتهاده في مسألة فقهية، وكان مستنداً في ذلك إلى الاحتجاج بالحديث المرسل، ثم تغير رأيه في هذه القاعدة، حيث رأى بعد ذلك أن الحديث المرسل غير مقبول، ولا يحتج به، ولا يصلح متمسكاً في إثبات الأحكام، فإنه حينئذٍ سيتغير اجتهاده في المسألة الفقهية التي أفتى فيها، وسينتقض فتواه السابقة المبنية على الاحتجاج بالمرسل، وسيفتي بما يوافق رأيه الجديد في هذه القاعدة.

ومن أمثلة ذلك:

١ - قد يفتي المجتهد بأن قهقهة المصلي تنقض وضوءه، مستنداً على ذلك بما روي عن النبي ﷺ: (أنه أمر رجلاً ضحك بالصلاة أن يعيد الوضوء والصلاة)^(١). وهذا حديث مرسل، وهو ممن يرى الاحتجاج به.

لكن لو تغير موقف المجتهد من الاحتجاج بالمرسل، وترجع لديه أنه ليس بحجة، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة التي أفتى فيها، وسيفتي بأن الوضوء لا ينتقض بالقهقهة أثناء الصلاة، لأن ذلك قد ثبت في حديث مرسل، وهو غير حجة.

يقول ابن قدامة - محتجاً لمذهب القائلين بعدم النقض - «ولنا: أنه معنى لا يبطل الوضوء خارج الصلاة، فلم يبطله داخلها، كالكلام، وأنه ليس بحدث ولا يفضي إليه،

(١) أخرجه البيهقي والدارقطني، انظر: سنن البيهقي الكبرى (١/١٤٦) كتاب الطهارة، باب ترك الوضوء من القهقهة في الصلاة، رقم (٦٦٠)، وقال: (فهذا حديث مرسل، ومراسيل أبي العالية ليست بثيء، كان لا يبالي بمن أخذ حديثه) وسنن الدارقطني (١/١٦٢) كتاب الطهارة، باب أحاديث القهقهة في الصلاة وعللها.

فأشبهه سائر ما لا يبطل، ولأن الوجوب من الشارع، ولم ينص عن الشارع في هذا إيجاب الوضوء، ولا في شيء يقاس هذا عليه، وما رووه مرسل لا يثبت»^(١).

٢ - قد يفتي المجتهد بأن من أفسد صوم التطوع وجب عليه قضاء ما أفطره، مستدلاً على ذلك بحديث عائشة رضي الله عنها قالت: أصبحت أنا وحفصة صائمتين متطوعتين، فأهدي إلينا طعام فأفطرنا عليه، فقال رسول الله ﷺ: (اقضيا مكانه يوماً آخر)^(٢). وهذا الحديث مرسل، والمجتهد ممن يرى الاحتجاج به.

لكن لو تغير رأي المجتهد في هذه القاعدة، ورأى بعد ذلك عدم حجية الحديث المرسل، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة، وسيفتي بعدم وجوب القضاء على من أفسد صوم التطوع، ولن يعمل بالحديث السابق؛ لأنه مرسل، وهو غير حجة عنده.

يقول الشافعي: «وإن أفطر المتطوع من غير عذر كرهته له ولا قضاء عليه، وخالفنا في هذا بعض الناس، فقال: عليه القضاء، وإذا دخل في شيء فقد أوجبه على نفسه، واحتج بحديث الزهري أن النبي ﷺ أمر عائشة وحفصة أن يقضيا يوماً مكان يومهما الذي أفطرتا فيه، قال الشافعي: فقيل له ليس بثابت، إنما حدثه الزهري عن رجل لا نعرفه»^(٣).

(١) المغني (١/١١٦).

(٢) أخرجه الإمام مالك وابن حبان وأبوداود والبيهقي وابن أبي شيبة، انظر: الموطأ (١/٣٠٦) كتاب الصيام، باب قضاء التطوع، رقم (٦٧٦)، وصحيح ابن حبان (٨/٢٨٤) كتاب الصوم، باب قضاء الصوم، ذكر الأمر بالقضاء لمن نوى صيام التطوع ثم أفطر، رقم (٣٥١٧)، وسنن أبي داود (٢/٣٣٠) كتاب الصوم، باب من رأى عليه القضاء، رقم (٢٤٥٧)، وسنن البيهقي الكبرى (٤/٢٧٩) كتاب الصيام، باب من رأى عليه القضاء، رقم (٨١٤٧)، وقد ذكر البيهقي أن هذا الحديث رواه ثقات الحفاظ من أصحاب الزهري عنه منقطعاً، ومصنف ابن أبي شيبة (٢/٢٩٠) باب في الرجل يصوم تطوعاً ثم يفطر، رقم (٩٠٩٢).

(٣) الأم (٢/١٠٣).

٣ - قد يفتي المجتهد بأن الوضوء لا ينتقض بلمس المرأة، استدلالاً بما روي عن عائشة رضي الله عنها مرسلًا: (أن النبي ﷺ كان يقبل بعض أزواجه ثم يصلي ولا يتوضأ)^(١). لكن لو تغير رأي المجتهد في الأخذ بالحديث المرسل، ورأى بعد ذلك أنه لا يصح الاحتجاج به، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة التي أفتى فيها، وسيفتي بأن لمس المرأة ناقض للوضوء مطلقاً، عملاً بعموم قوله تعالى: ﴿أَوْ لَمَسْتُمُ النِّسَاءَ..﴾^(٢)، ولن يأخذ بالحديث السابق؛ لأنه مرسل، وهو غير حجة عنده.

خامساً: لو أفتى المجتهد باجتهاده في مسألة فقهية، وكان مستنداً في ذلك إلى أن خبر الواحد يقدم على القياس عند التعارض، ثم تغير رأيه في هذه القاعدة، حيث رأى بعد ذلك تقديم القياس وعدم العمل بخبر الواحد حين يكون معارضاً له، فإنه حينئذ سيتغير اجتهاده في المسألة الفقهية التي أفتى فيها، وسينقض فتواه السابقة، ليفتي بما يوافق القياس. ومن أمثلة ذلك:

١ - قد يفتي المجتهد بأن مَنْ اشترى شاة أو ناقة مصرّاة، ولم يعلم بهذا العيب قبل العقد، فإن له الخيار في الردّ بعد أن يجلبها، إن شاء أمسكها، وإن شاء ردّها، وحينئذٍ عليه أن يردّ صاعاً من تمر بدل اللبن الذي احتلبه، استناداً إلى قول النبي ﷺ: (لا تصرّوا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يجلبها، إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردّها وصاعاً من تمر)^(٣).

(١) أخرجه أبو داود والنسائي والدارقطني. انظر: سنن أبي داود (٤٥/١) كتاب الطهارة، باب الوضوء من القبلة، رقم (١٧٨)، وسنن النسائي الكبرى (٩٧/١) كتاب الطهارة، باب ترك الوضوء من القبلة، رقم (١٥٥)، وسنن الدارقطني (١٣٧/١) رقم (١٥) وقال أبو داود عن هذا الحديث: «وهو مرسل، إبراهيم التيمي لم يسمع من عائشة».

(٢) جزء من الآية (٦) من سورة المائدة.

(٣) سبق نخرجه في (١/٣٢٢).

فهذا الخبر وإن كان مخالفاً للقياس، إلا أن المجتهد أفتى بموجبه؛ لأنه يرى أن خبر الواحد مقدم على القياس عند التعارض.

ووجه مخالفته للقياس: أن القياس في الضمان أن ما له مثل يضمن بمثله، وما ليس له مثل يضمن بقيمته، فاللبن إن كان مثلياً فإنه يضمن بمثله، وإن كان قيمياً يضمن بقيمته، فأيجاب التمر بدله يكون مخالفاً للقياس^(١).

لكن لو تغير رأي المجتهد في هذه القاعدة الأصولية، ورأى بعد ذلك تقديم القياس على خبر الواحد عند التعارض، فإنه سيتغير اجتهاده في هذه المسألة التي أفتى فيها، وسيقتي بأن على المشتري إذا ردها أن يردّ بدل اللبن الذي احتل به لبناً مثله؛ لأن هذا هو الأصل والقياس فيما له مثل حال الضمان، وأما إيجاب ردّ صاع من تمر فهو مخالف للقياس، وقد ثبت ذلك بخبر الواحد، وحين يتعارض مع القياس، فإنه يقدم القياس.

٢- قد يحكم القاضي بثبوت مهر المثل لمن مات عنها زوجها قبل الدخول، ويكون مستنداً في ذلك إلى ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه سئل عن هذه المسألة فقال: (أقول فيها برأبي، فإن كان صواباً فمن الله، وإن كان خطأ فمني، أرى لها صداق امرأة من نساها، لا وكس ولا شطط، وعليها العدة، ولها الميراث)، فقام معقل بن سنان^(٢) الأشجعي فقال:

(١) انظر: كشف الأسرار للبخاري (٢/٧٠٥).

(٢) هو: الصحابي أبو سنان، وقيل: أبو عبدالرحمن، وقيل غير ذلك، معقل بن سنان بن مظهر الأشجعي، من كبار أهل الحرة، وحامل لواء أشجع يرم الفتح، وكان موصوفاً بالجمال، وكان بالكوفة، فوفد على يزيد بن معاوية فرأى منه أموراً منكراً، فسار إلى المدينة وخلعه. توفي سنة ٦٣ هـ وله نيف وسبعون سنة.

انظر: سير أعلام النبلاء (٢/٥٧٦)، والإصابة (٦/١٨١).

أشهد لقضيت فيها بقضاء رسول الله ﷺ في بروع بنت واشق^(١) (٢).

فهذا الخبر وإن كان مخالفاً للقياس، إلا أن القاضي حكم بموجبه؛ لأنه يرى أن خبر الواحد مقدم على القياس عند التعارض.

ووجه مخالفته للقياس: أن الصداق عوض، ولما لم يحصل المعوض لم يجب العوض، قياساً على البيع^(٣).

(١) هي: الصحابية بروع بنت واشق الرؤاسية الكلاية أو الأشجعية، زوج هلال بن مرة، وقد توفي عنها ولم يفرض لها صداقاً، فقضى لها رسول الله ﷺ بصداق نساها.
انظر: الاستيعاب (٤/١٧٩٥)، وأسد الغابة (٧/٤٢).

(٢) أخرجه الإمام أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن حبان والحاكم والبيهقي وعبدالرزاق وابن أبي شيبة.

انظر: المسند (٤/٢٧٩) رقم (١٨٤٨٣)، وسنن أبي داود (٢/٢٣٧) كتاب النكاح، باب فيمن تزوج ولم يسم صداقاً حتى مات، رقم (٢١١٤)، وسنن الترمذي (٣/٤٥٠)، كتاب النكاح، باب ما جاء في الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها قبل أن يفرض لها، وسنن النسائي الكبرى (٣/٣٩٢) كتاب النكاح، باب عدة المتوفي عنها زوجها قبل أن يدخل بها، رقم (٥٧١٨)، وصحيح ابن حبان (٩/٤١٠) باب ذكر وصف الحكم في المتوفي عنها زوجها حيث لم يفرض لها الصداق في العقد ولم يدخل، رقم (٤١٠١)، والمستدرک (٢/١٩٦) رقم (٢٧٣٧)، وسنن البيهقي الكبرى (٧/٢٤٦) كتاب الصداق، باب أحد الزوجين يموت ولم يفرض لها صداقاً ولم يدخل بها، رقم (١٤١٩٥)، ومصنف عبدالرزاق (٦/٤٨٠) باب الرجل يتزوج فلا يفرض صداقاً حتى يموت، رقم (١١٧٤٦)، ومصنف ابن أبي شيبة (٣/٥٥٦) رقم (١٧١١٧).

وهذا الحديث صحيح، فقد قال الترمذي: «حديث ابن مسعود حديث حسن صحيح»، وقال عنه الحاكم: «هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه»، كما صحح إسناده البيهقي.

(٣) انظر: بداية المجتهد (٢/٢٠).

لكن لو تغير رأي القاضي في هذه القاعدة، وترجح لديه تقديم القياس على خبر الواحد عند التعارض، فإنه سيتغير اجتهاده في هذه القضية، وسيحكم في مثلها بعدم ثبوت المهر لمن مات عنها زوجها قبل الدخول؛ لأن هذا مقتضى القياس، وأما إثبات المهر لها في هذه الحالة فهو أمر ثابت بخبر الواحد، وقد خالف القياس، وإذا تعارض القياس وخبر الواحد قُدِّم القياس.

٣- قد يفتي المجتهد بأن للمتبايعين حق الخيار في مجلس العقد ما لم يتفرقا، فإن تفرقا عنه وجب البيع، ما لم يكن هناك خيار شرط، ويستند في ذلك إلى قول النبي ﷺ: (إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً، أو يخير أحدهما الآخر، فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع)^(١).

فهذا الخبر وإن كان مخالفاً للقياس، إلا أن المجتهد أفتى بموجبه؛ لأنه يرى أن خبر الواحد يقدم على القياس عند التعارض.

ووجه مخالفته للقياس: أنه لا فرق بين التفرق وعدمه، فمنع الغير من إبطال حق الغير ثابت بعد التفرق قطعاً، وما قبل التفرق في معناه، ثم إنه عقد معاوضة فلم يكن لخيار المجلس فيه أثر، قياساً على سائر العقود^(٢).

لكن لو أن المجتهد ترجح لديه بعد ذلك تقديم القياس على خبر الواحد عند التعارض، فإنه سيتغير اجتهاده في هذه المسألة، وسيفتي فيها بأنه لا حق للمتبايعين في خيار المجلس، بل إذا وقع الإيجاب والقبول فقد لزم البيع، لأن هذا مقتضى القياس، وأما إثبات خيار المجلس للمتبايعين فهو مخالف للقياس، وقد ثبت بخبر الواحد، وإذا حصل التعارض بين القياس وخبر الواحد فإنه يقدم القياس.

(١) أخرجه البخاري ومسلم من حديث ابن عمر رضي الله عنهما. انظر: صحيح البخاري (٧٤٤/٢) كتاب

البيوع، باب إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع فقد وجب البيع، رقم (٢٠٠٦)، وصحيح مسلم

(٣/١١٦٣) كتاب البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين، رقم (١٥٣١).

(٢) انظر: بداية المجتهد (١٢٩/٢).

٤ - قد يفتي المجتهد بأن للمرتهن الحق في الانتفاع بالرهون إذا كان مركوباً أو مخلوباً على قدر نفقته - كما هو مذهب كثير من الفقهاء -^(١)، ويكون المجتهد في تلك الفتوى مستنداً إلى قول النبي ﷺ: (الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدرّ يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يشرب ويركب النفقة)^(٢).

فهذا الحديث مخالف للقياس، ومع هذا عمل به المجتهد واعتمده وأفتى بموجبه؛ لأنه يرى تقديم خبر الواحد على القياس عند التعارض.

ووجه مخالفته للقياس: أنه جوّز لغير المالك أن يركب ويشرب بغير إذن المالك، كما أنه جعل الضمان بالنفقة لا بالقيمة^(٣).

لكن لو أن المجتهد تغير رأيه في مسألة تعارض الخبر مع القياس، وترجح لديه تقديم القياس على خبر الواحد عند التعارض، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة التي أفتى فيها، وسيفتي بعدم جواز الانتفاع بالرهون من قبل المرتهن؛ لأن هذا مقتضى القياس، ولن يعمل بظاهر الحديث؛ لكونه وارداً على خلاف القياس.

سادساً: لو أفتى المجتهد باجتهاده في مسألة فقهية، وكان مستنداً في ذلك إلى قبول خبر الواحد والعمل به حتى وإن كان وارداً في أمر تعم به البلوى، ثم تغير رأيه في هذه القاعدة، حيث ترجح لديه بعد النظر والتأمل، عدم قبوله فيما تعم به البلوى، فإنه حينئذٍ سيتغير اجتهاده في المسألة الفقهية؛ لأن الفتوى فيها كانت مبنية على الاحتجاج بخبر الواحد مطلقاً، وقد رأى عدم الاحتجاج به فيما تعم به البلوى، فانتقض بذلك ما بني عليه.

(١) انظر: المغني (٤/٢٥١).

(٢) أخرجه البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه (٢/٨٨٨) كتاب الرهن، باب الرهن مركوب ومخلوب، رقم (٢٣٧٧).

(٣) انظر: فتح الباري (٥/١٤٤).

ومن أمثلة ذلك:

١ - قد يسأل المجتهد عن نقض الوضوء بمسّ الذكر، فيفتي بأن مسّ الذكر باليد ناقض للوضوء، استناداً في ذلك إلى حديث بسرة بنت صفوان^(١) أن النبي ﷺ قال: (من مسّ ذكره فليتوضأ)^(٢). فهذا الحديث خبر واحد ورد في قضية تعم بها البلوى، ومع هذا عمل به المجتهد وأفتى بموجبه؛ لأنه يرى قبول خبر الواحد فيما تعم به البلوى.

لكن لو أن المجتهد تغير موقفه من هذه القاعدة الأصولية، وترجح لديه بعد ذلك ردّ أخبار الآحاد الواردة فيما تعم به البلوى وعدم قبولها، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة التي

(١) هي: بسرة بنت صفوان بن نوفل بن أسد بن عبد العزى بن قصي القرشية الأسدية، بنت أخي ورقة ابن نوفل، وقيل: هي بنت صفوان بن أمية، وهي أخت عقبة بن أبي معيط لأمه، وزوج المغيرة بن أبي العاص، من السابقات إلى الإسلام، ومن المهاجرات شهدت بيعة الرضوان مع النبي ﷺ.
انظر: الاستيعاب (٤/١٧٩٦)، وأسد الغابة (٥/٤١٠)، وتهذيب الأسماء واللغات (٢/٣٣٢)، والإصابة (١٢/١٥٨).

(٢) أخرجه مالك وأحمد وأبو داود والترمذي وابن حبان والبيهقي والحاكم وعبد الرزاق والدارقطني وابن أبي شيبة.

انظر: الموطأ (١/٤٢) كتاب الطهارة، باب الوضوء من مسّ الفرج، رقم (٨٩)، والمسند (٢/٢٢٣) رقم (٧٠٧٦)، وسنن أبي داود (١/٤٦) كتاب الطهارة، باب الوضوء من مسّ الذكر، رقم (١٨١)، وسنن الترمذي (١/١٢٦) كتاب أبواب الطهارة، باب الوضوء من مسّ الذكر، رقم (٨٢) وقال عنه: «هذا حديث حسن صحيح»، وصحيح ابن حبان (٣/٤٠٠) رقم (١١١٦)، وسنن البيهقي الكبرى (١/١٢٩) كتاب الطهارة، باب الوضوء من مسّ الذكر، رقم (٦١٣)، والمستدرک (١/٢٣١) رقم (٤٧٤)، ومصنف عبد الرزاق (١/١١٦) كتاب الطهارة، باب الوضوء من مسّ الذكر، رقم (٤٢١)، وسنن الدارقطني (١/١٤٧) كتاب الطهارة، باب ما روي في لمس القبل والدبر والذكر، والحكم في ذلك، ومصنف ابن أبي شيبة (١/١٥٠) كتاب الطهارات، باب من كان يرى من مسّ الذكر وضوءاً، رقم (١٧٢٥).

أفتى فيها، وسيفتي بأن مسّ الذكر غير ناقض للوضوء، استناداً إلى حديث قيس بن طلق^(١) عن أبيه أنه سأل النبي ﷺ عن مسّ ذكره، هل عليه أن يتوضأ؟ فقال: (لا، هل هو إلا بضعة منك)^(٢). وأما الحديث الوارد في نقض الوضوء بمسّ الذكر، فهو خبر واحد، وقد ورد في مسألة تعم البلوى بها، فلا يقبل؛ إذ لو كان ثابتاً لانتشر ذلك بين الصحابة رضوان الله عليهم، ولنقلوه، فلما لم ينقله إلا واحد دلّ على عدم صحته وثبوته^(٣).

٢- قد يُسأل المجتهد عن المواضع التي تُرفع فيها اليدين في الصلاة، ففتي بأن المصلي يرفع يديه عند تكبيرة الإحرام وعند الركوع والرفع منه، مستنداً في ذلك إلى حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: (كان رسول الله ﷺ إذا قام للصلاة رفع يديه حتى تكونا حذو منكبيه ثم كبر، فإذا أراد أن يركع فعَلَّ مثل ذلك، وإذا رفع من الركوع فعل مثل ذلك، ولا يفعله حين يرفع رأسه من

(١) هو: قيس بن طلق بن علي بن المنذر الحنفي الياامي، تابعي مشهور، روى عن أبيه، وروى عنه ابنه هوزة، ووثقه العجلي، وابن حبان، وضعفه الإمام أحمد، وأبو حاتم، وأبو زرعة.

انظر: الضعفاء والمتروكين (٣/ ٢٠)، وميزان الاعتدال (٥/ ٤٨١)، وتهذيب التهذيب (٨/ ٣٥٦).

(٢) أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وابن حبان وغيرهم، انظر: سنن أبي داود (١/ ٤٦).

كتاب الطهارة، باب الرخصة في ترك الوضوء من مسّ الذكر، وسنن الترمذي (١/ ١٣١) كتاب

أبواب الطهارة، باب ما جاء في ترك الوضوء من مسّ الذكر، رقم (٨٥)، وسنن النسائي (١/ ٩٩)

كتاب الطهارة، باب الرخصة في ترك الوضوء من مسّ الذكر، رقم (١٦٠)، وسنن ابن ماجه

(١/ ١٦٣) كتاب الطهارة وسننها، باب الرخصة في ترك الوضوء من مسّ الذكر، رقم (٤٨٣)،

وصحيح ابن حبان (٣/ ٤٠٣) رقم (١١٢٠)، وسنن الدارقطني (١/ ١٤٩) رقم (١٥)، ومصنف

ابن أبي شيبة (١/ ١٥٢) كتاب الطهارات، باب من كان يرى من مسّ الذكر وضوءاً، رقم

(١٧٤٥)، وهذا الحديث صححه ابن حزم والطحاوي وابن حجر، انظر: المحلى (١/ ٢٣٨)، وشرح

معاني الآثار (١/ ٧٦)، وتلخيص الحبير (١/ ١٢٥).

(٣) انظر: المبسوط (١/ ٦٦).

السجود^(١)، وإلى رواية للبخاري: (ولا يفعل ذلك حين يسجد، ولا حين يرفع رأسه من السجود)^(٢). فهذا الحديث من أخبار الآحاد، وقد ورد في مسألة تعم بها البلوى، ومع هذا عمل به المجتهد وأفتى بمقتضاه؛ لأنه يرى قبول خبر الواحد فيما تعم به البلوى.

لكن لو تغير رأي المجتهد في هذه المسألة الأصولية، وترجح لديه بعد ذلك عدم قبول أخبار الآحاد فيما تعم به البلوى، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة الفقهية السابقة، وسيفتي بعدم مشروعية رفع اليدين في الصلاة إلا عند تكبيرة الإحرام، بدليل حديث ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال: (ألا أصلي بكم صلاة رسول الله ﷺ، فصلى فلم يرفع يديه إلا مرة واحدة)^(٣)، وقوله ﷺ أيضاً: (صليت مع النبي ﷺ وأبي بكر وعمر فلم يرفعوا أيديهم إلا عند التكبيرة الأولى في افتتاح الصلاة)^(٤).

(١) أخرجه البخاري ومسلم واللفظ له، انظر: صحيح البخاري (٢٥٨/١) كتاب صفة الصلاة، باب رفع اليدين إذا كبر وإذا ركع وإذا رفع، رقم (٧٠٣)، وصحيح مسلم (٢٩٢/١) كتاب الصلاة، باب استحباب رفع اليدين حذو المنكبين مع تكبيرة الإحرام والركوع وفي الرفع من الركوع وأنه لا يفعله إذا رفع من السجود، رقم (٣٩٠).

(٢) صحيح البخاري (٢٥٨/١) كتاب صفة الصلاة، باب إلى أين يرفع يديه، رقم (٧٠٥).

(٣) أخرجه الإمام أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي، انظر: المسند (٣٨٨/١) رقم (٣٦٨١)، وسنن أبي داود (١٩٩/١) كتاب الطهارة، باب من لم يذكر الرفع عند الركوع، رقم (٧٤٨)، وسنن الترمذي (٤٠/٢) كتاب أبواب الطهارة، باب ما جاء أن النبي ﷺ لم يرفع إلا في أول مرة، رقم (٢٥٧)، وسنن النسائي الكبرى (٢٢١/١) كتاب التطبيق، باب الرخصة في ترك رفع اليدين حذو المنكبين عند الرفع من الركوع، رقم (٦٤٥)، وقد حسن الترمذي هذا الحديث بقوله: «حديث ابن مسعود حديث حسن».

(٤) رواه الدارقطني والبيهقي، انظر: سنن الدارقطني (٢٩٥/١) باب ذكر التكبير ورفع اليدين عند الافتتاح والركوع والرفع منه وقدر ذلك واختلاف الروايات، رقم (٢٥)، وسنن البيهقي الكبرى (٧٩/٢) باب من لم يذكر الرفع إلا عند الافتتاح، رقم (٢٣٦٥).

وأما حديث ابن عمر السابق فهو خبر واحد، وقد ورد في مسألة تعم البلوى بها، فلا يصح الاحتجاج به؛ لعدم ثبوته، إذ لو كان ثابتاً لكان من حقه أن يشتهر ولم يشتهر.

٣- قد يفتي المجتهد بحرمة صيد المدينة وشجرها استدلالاً بقول النبي ﷺ: (المدينة حرم ما بين ثور إلى عَيْر)^(١)، وهذا الحديث خبر آحاد ورد فيها تعم به البلوى، وقد أفتى المجتهد استناداً إليه؛ لأنه يرى قبول خبر الواحد حتى فيها عمت به البلوى.

لكن لو أن المجتهد تغير رأيه في الاحتجاج بأخبار الآحاد في تلك الأحوال، وترجع لديه عدم صحة الأخذ بها فيما تعم به البلوى، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة التي أفتى فيها، وسيفتي بعدم حرمة صيد المدينة وشجرها، إذ الحديث الوارد في إثبات حرمتها من أخبار الآحاد، وهي مسألة من حقه أن تشتهر، إذ البلوى بها عامة، ولا يقبل خبر الواحد فيما تعم به البلوى^(٢).

سابعاً: لو أفتى المجتهد باجتهاده في مسألة فقهية، وكان مستنداً في ذلك إلى أن إنكار الراوي للحديث أو عمله بخلافه لا يؤثر في قبول الحديث، ثم تغير رأيه في هذه القاعدة، حيث ترجع لديه بعد التأمل والنظر عدم قبول الحديث إذا أنكره الراوي أو عمل بخلافه، فإنه حينئذ سيتغير اجتهاده في المسألة الفقهية، وسينقض فتواه السابقة، ليفتي بما يوافق رأيه الجديد في هذه القاعدة.

(١) أخرجه البخاري ومسلم من حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه. انظر: صحيح البخاري (٦٦١/٢) أبواب فضائل المدينة، باب حرم المدينة، رقم (١٧٦٨)، وصحيح مسلم (٩٩٥/٢) كتاب الحج، باب فضل المدينة، رقم (١٣٧٠).

(٢) انظر: المغني (١٧١/٣).

ومن أمثلة ذلك:

١ - قد يفتي المجتهد بأنه لا يصح النكاح بغير ولي، استناداً إلى ما روته عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحلت من فرجها)^(١)، فهذا الحديث قد أفتى بموجبه المجتهد مع أن راوي الحديث قد عمل بخلافه - كما سيأتي - وذلك لأنه لا يرى ردّ الحديث لإنكار راويه له أو لعمله بخلافه.

لكن لو تغير موقف المجتهد من هذه القاعدة، وترجح لديه بعد ذلك سقوط العمل بالحديث إذا أنكره راويه أو عمل بخلافه، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة التي أفتى فيها، وسيفتي بصحة عقد النكاح من غير ولي، احتجاجاً بقول النبي صلى الله عليه وسلم: (الأيام أحق بنفسها من وليها)^(٢)، وسيردّ الحديث السابق، لعمل راويه بخلافه؛ حيث إن عائشة رضي الله عنها - وهي

(١) أخرجه الإمام أحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه وابن حبان والحاكم وعبدالرزاق والبيهقي والدارقطني، وقد حسنه الترمذي، وصححه ابن حبان والحاكم. انظر: المسند (٤٧/٦) رقم (٢٤٢٥١)، وسنن أبي داود (٢٢٩/٢) كتاب النكاح، باب في السوي، رقم (٢٠٨٣)، وسنن الترمذي (٤٠٨/٣) كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، رقم (١١٠٢)، وسنن ابن ماجه (٦٠٥/١) كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، رقم (١٨٧٩)، وصحيح ابن حبان (٣٨٤/٩) ذكر بطلان النكاح الذي نكح بغير ولي، رقم (٤٠٧٤)، والمستدرک (١٨٢/٢) كتاب النكاح، رقم (٢٧٠٦) وقال: «هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه»، ومصنف عبدالرزاق (١٩٥/٦) باب النكاح بغير ولي، رقم (١٠٤٧٢)، وسنن البيهقي الكبرى (١٠٥/٧) باب لا نكاح إلا بولي، رقم (١٣٣٧٦) وسنن الدارقطني (٢٢١/٣) كتاب النكاح، رقم (١٠).

(٢) أخرجه مسلم من حديث ابن عباس رضي الله عنهما. انظر: صحيح مسلم (١٠٣٧/٢) كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، رقم (١٤٢١).

راوية الحديث - زوّجت ابنة أخيها حفصة^(١) بنت عبد الرحمن^(٢) من غير إذن وليها، وقد كان غائباً، فقد جاء في الموطأ عن عائشة رضي الله عنها: أنها زوجت حفصة بنت عبد الرحمن من المنذر بن الزبير^(٣)، وعبد الرحمن غائب بالشام، فلما قدم عبد الرحمن قال: ومثلي يفتات عليه في بناته، فكلمت عائشة رضي الله عنها المنذر بن الزبير، فقال: إن ذلك بيد عبد الرحمن، وقال عبد الرحمن: ما كنت لأردّ أمراً قضيته فقررت حفصة عند المنذر، ولم يكن ذلك طلاقاً^(٤).

٢ - قد يفتي المجتهد بأنه إذا ولغ الكلب في إناء فلا يطهر حتى يغسل سبع مرات، استدلالاً بحديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إذا ولغ الكلب في إناء أحدكم فليرقه ثم ليغسله سبع مرات)^(٥).

(١) هي: حفصة بنت عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق زوجة المنذر بن الزبير، تابعة ثقة، روت عن أبيها عبد الرحمن، وعمتها عائشة، وأم سلمة، وروى عنها عراك بن مالك، وعبد الرحمن بن سابط، ويوسف بن ماهك، وعون بن عباس.

انظر: تهذيب التهذيب (٤٣٩/١٢)، والكاشف في معرفة من له رواية في الكتب الستة (٥٠٥/٢)، وتهذيب الكمال (١٥٣/٣٥)، والطبقات الكبرى (٤٦٨/٨).

(٢) هو: عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق، يكنى أبا عبدالله، وقيل: أبا محمد، وهو شقيق عائشة، شهد بدرًا وأحدًا مع قومه كافرًا، ودعى إلى المبارزة، فخرج إليه أبوه ليبارزه، ثم أسلم وحسن إسلامه، وشهد الجمل. توفي سنة ٥٣ هـ، وقيل: سنة ٥٥ هـ.

انظر: الاستيعاب (٣٩٩/٢)، وتهذيب التهذيب (١٤٦/٦).

(٣) هو: المنذر بن الزبير بن العوام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى بن قصي، أمه أسماء بنت أبي بكر الصديق، ولد في خلافة عمر بن الخطاب، وقد غزا المنذر القسطنطينية مع يزيد بن معاوية وقتل بمكة في حصارها مع أخيه عبدالله سنة ٦٤ هـ.

انظر: سير أعلام النبلاء (٣٨١/٣)، والبداية والنهاية (٢٤٦/٨)، والطبقات الكبرى (١٨٢/٥).

(٤) الموطأ (٥٥٥/٢)، كما روى ذلك أيضاً: ابن أبي شيبة في مصنفه (٤٥٧/٣) برقم (١٥٩٥٥).

(٥) أخرجه مسلم في صحيحه (٢٣٤/١) كتاب الطهارة، باب حكم ولوغ الكلب، رقم (٢٧٩).

فهذا الحديث قد أفتى المجتهد بموجبه، مع أن راوي الحديث قد عمل بخلافه - كما سيأتي - وذلك لأنه لا يرى ردّ الحديث لإنكار راويه له أو لعمله بخلافه.

لكن لو تغير موقف المجتهد من هذه القاعدة، فرأى بعد ذلك عدم قبول الحديث وسقوط العمل به حين ينكره راويه أو يعمل بخلافه، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة السابقة، وسينقض فتواه فيها، وسيفتي بطهارة الإناء إذا غسل ثلاث مرات، وسيردّ الحديث السابق لعمل راويه بخلافه؛ حيث روي موقفاً على أبي هريرة رضي الله عنه أنه يغسل من ولوغه ثلاث مرات^(١).

٣- ما سبق ذكره في مسألة رفع اليدين عند الركوع والرفع منه، فقد يفتي المجتهد - القائل بعدم ردّ الحديث حين ينكره راويه أو يعمل بخلافه - بمشروعية رفع اليدين عند الركوع والرفع منه، استدلالاً بحديث ابن عمر رضي الله عنهما، قال: (كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا قام للصلاة رفع يديه حتى تكونا حذو منكبيه، ثم كبر، فإذا أراد أن يركع فعل مثل ذلك، وإذا رفع من الركوع فعل مثل ذلك، ولا يفعله حين يرفع رأسه من السجود)^(٢). قد يفتي المجتهد بذلك استناداً إلى هذا الحديث، مع أن راويه قد عمل بخلافه - كما سيأتي - عملاً برأيه في هذه القاعدة من أنه لا يؤثر إنكار الراوي أو عمله بخلاف الحديث في صحته.

لكن لو تغير موقف المجتهد من هذه القاعدة، وترجع لديه بعد ذلك سقوط العمل بالحديث الذي أنكره راويه أو عمل بخلافه، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة التي أفتى فيها، وسيفتي بخلاف فتواه السابقة، وسيردّ الحديث؛ لعمل راويه بخلاف مقتضاه؛ حيث روي عن ابن عمر - وهو راوي الحديث - أنه لم يكن يرفع يديه إلا في تكبيرة الإحرام^(٣).

(١) انظر: سنن الدارقطني (١/٦٦) باب الأسار، رقم (١٧).

(٢) سبق تحريجه في (٢/٧٥).

(٣) انظر: كشف الأسرار (٣/١٣٤، ١٣٥).

ثامناً: لو أفتى المجتهد باجتهاده في مسألة فقهية، وكان مستنداً في ذلك إلى أن القياس يجري في الحدود والكفارات والمقدرات، ثم تغير رأيه في هذه القاعدة، حيث ترجح لديه بعد ذلك عدم صحة جريان القياس في هذه الأمور، فإنه حينئذٍ سيتغير اجتهاده في المسألة التي أفتى فيها، وسيفتي بخلاف فتواه السابقة، وبما يوافق رأيه الجديد في هذه القاعدة الأصولية. ومن أمثلة ذلك:

١ - قد يفتي المجتهد بوجوب الكفارة على قاتل النفس عمداً، قياساً على المخطئ؛ لأن الكفارة إذا وجبت في قتل الخطأ ففي قتل العمد أولى؛ إذ أنه أكبر جرماً، وأشد حاجة إلى تكفير الذنب^(١).

فهذه الفتوى حاصلها قياس المتعمد على المخطئ في إيجاب الكفارة، وهي منسجمة مع رأي المجتهد في جواز جريان القياس في الحدود والكفارات.

لكن لو تغير رأيه في هذه القاعدة الأصولية، وترجح لديه عدم صحة جريان القياس في الحدود والكفارات، فإنه سيتغير اجتهاده، وسيرجع عن فتواه السابقة، وسيفتي بأنه لا كفارة على القاتل عمداً، ولا يصح قياسه على المخطئ؛ إذ لا قياس في الحدود.

٢ - قد يفتي المجتهد بتعدد الكفارة بتعدد الإفطار بالوطء في أيام رمضان، فمن وطئ في يوم من رمضان، ولم يكفّر، ثم وطئ في يوم آخر، فيلزمه لكل يوم كفارة، لأن كل يوم عبادة مستقلة، فهما كرمضانين وكحجتين^(٢).

فهذه الفتوى مبنية على رأي المجتهد في حجية إجراء القياس في الحدود والكفارات.

(١) انظر: المهذب للشيرازي (٢/٢١٧)، والمغني (٨/٤٠٢)، ومغني المحتاج (٤/١٠٧)، وتخريج الفروع على الأصول للزنجاني (ص/١٢٧)، والإنصاف للمرداوي (١٠/١٣٦).

(٢) انظر: تخريج الفروع على الأصول (ص/١٢٦)، والمغني (٣/٣٣)، والمبدع (٣/٣٤)، وكشاف القناع (٢/٣٢٦).

لكن لو تغير رأي المجتهد في هذه القاعدة الأصولية، وترجح لديه بعد ذلك عدم صحة إجراء القياس في الحدود والكفارات، فإنه سيتغير اجتهاده في هذه المسألة، وسيرجع عن فتواه السابقة، وسيفتي بأن مَنْ تعدد منه الإفطار بالوطء ولم يكفر أجزأته كفارة واحدة، لأنها جزاء جنائية تكرر سببها قبل استيفائها فيجب أن تتداخل^(١)، ولا يصح إثبات تعدد الكفارة بالقياس؛ لأن القياس لا يصح إجراؤه في الكفارات.

٣- قد يحكم القاضي - إذا كان ممن يرى جريان القياس في الحدود - بقطع يد النباش، قياساً على السارق، بجامع أخذ المال خفية من حرز.

لكن لو أن القاضي تغير موقفه من هذه القاعدة، ورأى بعد ذلك عدم صحة إجراء القياس في الحدود، فإنه سيتغير اجتهاده في هذه المسألة، وسيحكم فيما بعد هذه الحادثة بعدم القطع، وسيجتهد في إيجاد حكم مناسب للنباش، ولن يقيسه على السارق؛ لأن الحدود عنده لا يجري فيها القياس.

٤- قد يفتي المجتهد - إذا كان ممن يرى جواز جريان القياس في الكفارات - بوجوب الفدية على المحرم إذا أخذ من أظفاره، قياساً على حلق الشعر.

لكن حين يتغير رأيه في هذه القاعدة، ويترجح لديه أن الكفارات لا يجري فيها القياس، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة، وسيفتي بأنه لا فدية عليه؛ لأنه لم يرد ذلك في الشرع، ولا يمكن قياس أخذ أظفاره على حلق رأسه في إيجاب الفدية؛ لأنه لا قياس في الكفارات^(٢).

٥- قد يفتي المجتهد - حين يكون ممن يرى جواز جريان القياس في المقدرات - باستحباب قسمة الوقف على الأولاد للذكر مثل حظ الأنثيين، كالميراث، لكن لو تغير

(١) انظر: المغني (٣/ ٣٣)، والمبدع (٣/ ٣٤).

(٢) انظر: المغني (٣/ ٢٦١، ٢٦٢).

رأيه بعد ذلك، وترجح لديه عدم صحة إجراء القياس في المقدرات، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة، وسيفتي بأن المستحب التسوية بين الذكر والأنثى في قسمة الوقف، لاستوائهم في القرابة، ولا يصح قياس هذه المسألة على الميراث؛ لأن المقدرات لا يجري فيها القياس^(١).

تاسعاً: لو أفتى المجتهد باجتهاده في مسألة فقهية، وكان مستنداً في ذلك إلى جريان القياس في الأسماء اللغوية، ثم تغير رأيه في هذه القاعدة، حيث ترجح لديه بعد ذلك عدم صحة جريان القياس فيها، فإنه حينئذ سيتغير اجتهاده، وسينقض فتواه السابقة، وسيفتي بما يوافق رأيه الجديد في القاعدة.

ومن أمثلة ذلك:

١ - أن القاضي - الذي يرى جريان القياس في الأسماء اللغوية - قد يحكم على اللائظ بحد الزاني، وعلى النباش بحد السارق، وعلى شارب النبيذ بحد شارب الخمر، لكن حين يتغير رأيه في القاعدة، ويرى عدم صحة إجراء القياس في اللغة، فإنه سيحكم على هؤلاء بحكم مخالف لما حكم به فيهم^(٢).

٢ - قد يفتي المجتهد بحرمة شرب النبيذ المتخذ من غير العنب، قليله وكثيره، سواء أسكر أم لم يسكر؛ لأنه خمر، وهذا بناء على أنه يرى جريان القياس في اللغة.

لكن لو تغير موقفه من هذه القاعدة، وترجح لديه بعد ذلك أنه لا يصح إجراء القياس في الأسماء اللغوية، فإنه حينئذ سيتغير اجتهاده، وسيرجع عن فتواه السابقة، وسيفتي بجواز شرب القليل من النبيذ المتخذ من غير العنب إذا لم يصل إلى مرتبة الإسكار، وأن المحرم من النبيذ هو المقدار المسكر؛ لأن العلة في الأصل الإسكار، فلا يحرم النبيذ ما لم

(١) انظر: المغني (٥/ ٣٦٠).

(٢) انظر: أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء (ص/ ٥١٦).

توجد به العلة؛ لأنه لا يسمى خمراً، إذ الخمر هو عصير العنب إذا على واشتد وقذف بالزبد، ولا يصح قياسه على الخمر؛ لأنه لا يصح القياس في اللغة^(١).

عاشراً: لو أفتى المجتهد باجتهاده بفتوى، وكان مستنداً في ذلك إلى قياس شبه أو قياس عكس، ثم تغير رأيه في الاحتجاج بهما، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة، وسيفتي بخلاف فتواه السابقة، لأنها كانت مبنية على أنهما حجة، فلما ترجح لديه عدم صحة الاحتجاج بهما، بطل بذلك ما بني عليهما.

ومن أمثلة ذلك في قياس الشبه:

أن المجتهد قد يفتي بأنه لا قضاء على المغمى عليه لما فاته وقته من العبادات فهو لم يرد في بيان حكمه دليل، لكن يمكن إلحاقه بما يشبهه، وقد أشبه المجنون والنائم، فهو متردد في إلحاقه بأي منهما في الحكم، ذلك أن المجنون لا يقضي ما فاته بعد خروج وقته إذا أفاق، بخلاف النائم. والمغمى عليه أكثر شبهاً بالمجنون منه بالنائم، فيأخذ حكمه.

فهذه الفتوى مبنية على الاحتجاج بقياس الشبه.

يقول ابن عبد البر: "وأصح ما في هذا الباب في المغمى عليه يفيق أنه لا قضاء عليه لما فاته وقته... وهذا هو القياس عندي - والله أعلم -... وذلك أنهم أجمعوا على أن المجنون المطبق لا شيء عليه بخروج الوقت من صلاة ولا صيام إذا أفاق من جنونه وإطباقه، وكان المغمى عليه أشبه به منه بالنائم؛ إذ لا يجتذبه غير هذين الأصلين، ووجدناه لا يتبته إذا نُبّه، وكان ذلك فرقاً بينه وبين النائم.

وفرق آخر: أن النوم لذة ونعمة، والإغماء علة ومرض من الأمراض، فحاله بحال من يُجَنُّ أشبه منه بحال النائم"^(٢).

(١) انظر: أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء (ص/٥١٦، ٥١٧)، وانظر أيضاً:

الهداية (٤/١١١)، وحاشية ابن عابدين (٨/١٩٨).

(٢) التمهيد (٣/٢٩٠، ٢٩١).

لكن لو أن المجتهد تغير موقفه من حجية قياس الشبه، وترجح لديه بعد ذلك عدم حجيته، وأنه لا يصح أن يكون طريقاً لإثبات الأحكام، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة التي أفتى فيها، وسيفتي بخلاف فتواه السابقة.

ومن أمثلة ذلك في قياس العكس:

أن المجتهد قد يفتي بطهارة الشعر المتصل بالجلد المدبوغ، مستدلاً على ذلك بقياس العكس ومفاده: أنه كما يحكم بنجاسة الشعر تبعاً للعضو المحكوم بنجاسته حين يقطع في حال الحياة، فكذلك يحكم بطهارة الشعر المتصل بالجلد إذا حكم بطهارة الجلد بالدباغ، تبعاً له.

يقول السيوطي - في معرض استدلاله لهذه المسألة -: «استدلال آخر من طريق القياس المسمى عندهم قياس العكس؛ قالوا: إذا جُزَّ الشعر من الحيوان الحي المأكول فهو طاهر؛ لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ أَصْوَابِهَا وَأَوْبَارِهَا وَأَشْعَارِهَا أَثْنَا وَمَتْنَعًا إِلَى حِينٍ﴾^(١)، امتنَّ به فكان طاهراً، والمأخوذ من المدبوح لا يفي بالحاجة في مثل ذلك؛ فكان شاملاً لما جُزَّ في حال الحياة، فلو قطع في الحياة عضو عليه شعر حُكِمَ بنجاسة الشعر تبعاً للعضو المحكوم بنجاسته؛ لقوله ﷺ: (ما أبين من حيِّ ميِّت)^(٢)، فكما حُكِمَ بنجاسة الشعر تبعاً للجزء

(١) جزء من الآية (٨٠) من سورة النحل.

(٢) لم أجده بهذا اللفظ، وقد أخرجه الإمام أحمد وأبو داود والترمذي والدارمي عن أبي واقد الليثي رضي الله عنه بلفظ: (ما قطع من البهيمة وهي حية فهي ميِّتة)، وقد حسنه الترمذي، وأخرجه ابن ماجه من حديث ابن عمر رضي الله عنهما بلفظ: (ما قطع من البهيمة وهي حية فما قطع منها فهو ميِّتة)، انظر: المسند (٢١٨/٥) رقم (٢١٩٥٤)، وسنن أبي داود (١١١/٣) كتاب الصيد، باب في صيد قطع منه قطعة، رقم (٢٨٥٨)، وسنن الترمذي (٧٤/٤) كتاب أبواب الصيد، باب ما قطع من الحي فهو ميِّت، رقم (١٤٨٠)، وسنن الدارمي (١٢٨/٢) كتاب الصيد، باب في الصيد يبين منه العضو، رقم (٢٠١٨)، وسنن ابن ماجه (١٠٧٢/٢) كتاب الصيد، باب ما قطع من البهيمة وهي حية، رقم (٣٢١٦).

المتصل به المحكوم بنجاسته، كذلك قياس عكسه إذا حُكِمَ بطهارة الجلد بالدباغ يحكم بطهارة الشعر المتصل به تبعاً^(١).

لكن لو أن المجتهد تغير موقفه من حجية قياس العكس، وترجح لديه بعد ذلك عدم حجيته، وأنه لا يصح أن يكون دليلاً وطريقاً لإثبات الأحكام، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة التي أفتى فيها، وسيفتي بفتوى جديدة تخالف فتواه السابقة.

حادي عشر: لو أفتى المجتهد باجتهاده في مسألة فقهية، وكان مستنداً في ذلك إلى أن الكفار غير مخاطبين بفروع الشريعة، ثم تغير رأيه في هذه المسألة، حيث رأى بعد ذلك أنهم مخاطبون، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة الفقهية السابقة، وسيفتي فيها بما يوافق رأيه الجديد في القاعدة.

ومن أمثلة ذلك:

أن الإمام مالكا كان يرى أن للمسلم نكاح النصرانية مطلقة النصراني بعد استبائنها بحيضة واحدة، ثم تغير اجتهاده في هذه المسألة، ورجع عن هذا القول، حيث رأى بعد ذلك أن عدتها كعدة المسلمة في الطلاق والوفاء، وأنه لا يجوز للمسلم نكاحها حتى تحيض ثلاث حيض^(٢).

وقد ذكر ابن رشد^(٣) أن سبب تغير اجتهاد الإمام مالك ورجوعه عن قوله في هذه

(١) الحاوي للفتاوي (١/٣١).

(٢) انظر: البيان والتحصيل (٥/٤٧١، ٤٧٢)، والمقدمات الممهدة (١/٥٢٣).

(٣) هو: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد، ولد في قرطبة عام ٤٥٠ هـ، تولى القضاء في قرطبة، من أبرز أعلام المالكية، وهو جد ابن رشد محمد بن أحمد المعروف بابن رشد الحفيد. من مؤلفاته: المقدمات والممهدة، والبيان والتحصيل، ومختصر شرح معاني الآثار للطحاوي، والفتاوى، والمسائل فيها مجموعة من فتاويه، وغيرها. توفي في قرطبة عام ٥٢٠ هـ.

انظر: الصلة (٢/٥٧٦)، وبغية الملتبس (ص/٥١)، وتاريخ قضاة الأندلس (ص/٩٨)، والديباج

المذهب (ص/٢٧٨).

المسألة هو الخلاف في أصل آخر، وهو: هل الكفار مخاطبون بشرائع الإسلام أو لا؟^(١) حيث كان مالك يرى أنهم غير مخاطبين بشرائع الإسلام، ولذلك رأى أن للمسلم أن يتزوج مطلقة النصراني بعد استبرائها بحيضة واحدة، ثم رجع إلى أنهم مخاطبون بشرائع الإسلام، فرجع عن قوله السابق، وأفتى بأنه لا يجوز للمسلم أن يتزوجها إلا بعد أن تحيض ثلاث حيض.

ثاني عشر: لو أفتى المجتهد باجتهاده في مسألة فقهية، وكان مستنداً في ذلك إلى أن الأمر إذا تجرد عن القرائن اقتضى الوجوب، ثم تغير رأيه في هذه القاعدة، حيث ترجح لديه بعد ذلك أن الأمر المطلق يقتضي الندب أو الإباحة، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة التي أفتى فيها، وسينقض فتواه السابقة، وسيفتي بها يوافق رأيه الجديد في القاعدة. ومن أمثلة ذلك:

١ - أن المجتهد قد يفتي بوجوب ترتيب غسل الأعضاء في الوضوء، استدلالاً بقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ...﴾^(٢)، فهذا أمر وقد اقتضى الترتيب، والأمر يقتضي الوجوب.

يقول ابن قدامة - في معرض استدلاله لهذه المسألة بالآية السابقة - : «وجملة ذلك أن الترتيب في الوضوء على ما في الآية واجب عند أحمد.

وحكى أبو الخطاب رواية أخرى عن أحمد أنه غير واجب...

ولنا: أن في الآية قرينة تدل على أنه أريد بها الترتيب، فإنه أدخل ممسوحاً بين مغسولين، والعرب لا تقطع النظر عن نظيره إلا لفائدة، والفائدة هنا الترتيب.

(١) انظر: البيان والتحصيل (٥/٤٧٢).

(٢) جزء من الآية (٦) من سورة المائدة.

فإن قيل: فائدته استحباب الترتيب. قلنا: الآية ما سيقت لإليان الواجب، ولهذا لم يُذكر فيها شيء من السنن؛ ولأنه متى اقتضى اللفظ الترتيب كان مأموراً به، والأمر يقتضي الوجوب^(١).

لكن لو أن المجتهد تغير موقفه من هذه القاعدة، وترجح لديه بعد ذلك أن الأمر عند الإطلاق يقتضي الندب، فإنه سيرجع عن فتواه السابقة، وسيفتي بأن ترتيب غسل الأعضاء في الوضوء مستحب وليس بواجب.

٢- أن المجتهد قد يفتي بوجوب تعجيل أداء فريضة الحج، استدلالاً بحديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (تعجلوا إلى الحج - يعني الفريضة - فإن أحدكم لا يدري ما يعرض له)^(٢)، فهذا أمر بتعجيل أداء فريضة الحج، والأمر عند الإطلاق يقتضي الوجوب^(٣).

لكن لو أن المجتهد تغير رأيه في هذه القاعدة، وترجح لديه أن الأمر إذا أطلق اقتضى الندب، فإنه سيفتي باستحباب تعجيل أداء الحج لا بوجوبه.

ثالث عشر: لو أفتى المجتهد في مسألة فقهية بفتوى، وكان مستنداً في ذلك إلى أن الأمر يقتضي الوجوب في جميع أحواله حتى لو كانت هناك قرينة تصرفه عن الوجوب ولا يعدل عن هذا الظاهر إلا بنص أو إجماع، ثم تغير رأيه في هذه القاعدة، وترجح لديه بعد ذلك أن الأمر عند الإطلاق يقتضي الوجوب، وعند وجود القرينة الصارفة له عن الوجوب يكون المراد من الأمر ما دلت عليه القرينة، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة التي أفتى فيها، وسيرجع عن فتواه السابقة، ليفتي بما تدل عليه القرينة.

(١) المغني (١/٩٢، ٩٣).

(٢) رواه الإمام أحمد في المسند (١/٣١٣) برقم (٢٨٦٩) وقد حسنه الألباني في إرواء الغليل (٤/١٦٨).

(٣) انظر: شرح العمدة (٢/٢٠٦).

ومن أمثلة ذلك:

١ - قد يفتي المجتهد بوجوب كتابة الدين والإشهاد عليه - كما هو مذهب الظاهرية - عملاً بقوله تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْب كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيَمْلِكِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسَ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُعَلِّمَ هُوَ فَلْيَمْلِكْ وَلِيَهُ بِالْعَدْلِ ؕ وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَآمْرَاتَانِ..﴾^(١).

فهذه الآية قد نصّت على الأمر بكتابة الدين والإشهاد عليه في قوله: (اكتبوه) وقوله: (استشهدوا) وهو يقتضي الوجوب، ولا يترك هذا الظاهر إلا بنص أو إجماع^(٢).

لكن لو تغير رأي المجتهد في هذه القاعدة الأصولية، وترجع لديه بعد ذلك أن الأمر إذا تجرد عن القرائن اقتضى الوجوب، وإذا كانت هناك قرينة صارفة له عن الوجوب إلى غيره كان الحكم يتبع القرينة، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة الفقهية، وسيرجع عن فتواه السابقة، وسيفتي بأن كتابة الدين مندوبة، وكذا الإشهاد عليه، لوجود القرائن الصارفة له عن الوجوب إلى الندب، منها: ما عليه عمل جماهير المسلمين في جميع ديار الإسلام، حيث يبيعون بالأثمان المؤجلة من غير كتابة ولا إشهاد، وهذا إجماع منهم على عدم وجوبها، كما أن في إيجابها على الناس أعظم التشديد، وهذا مما يتعارض مع يسر الشريعة وسماحتها، وقد قال النبي ﷺ: (بعثت بالحنيفية السمحة)^(٣)، ثم إنه لم ينقل عن الصحابة والتابعين

(١) جزء من الآية (٢٨٢) من سورة البقرة.

(٢) انظر: المحل (٨/ ٨٠).

(٣) أخرجه الإمام أحمد في المسند (٥/ ٢٦٦) برقم (٢٢٣٤٥) عن أبي إمامة الباهلي رضي الله عنه. وقد ضعف إسناده الهيثمي في مجمع الزوائد (٥/ ٢٧٩) حيث قال: «فيه علي بن يزيد الألهاني، وهو ضعيف».

ومن بعدهم من فقهاء الأمصار أنهم كانوا يوجبون كتابة الدين والإشهاد عليه، أو يتشددون في ذلك، بل كانت المبايعات والمداينات تقع بينهم من غير كتابة أو إشهاد، دون أن ينكر ذلك أحد منهم^(١).

٢ - قد يفتي المجتهد بوجوب إعداد وليمة للعرس، عملاً بالأمر في قول النبي ﷺ لعبدالرحمن بن عوف رضي الله عنه حين تزوج: (أولم ولو بشاة)^(٢)، فهذا الحديث نص على الأمر بالوليمة، والأمر للوجوب، ولا يترك ظاهر الأمر إلا بنص أو إجماع، ولم يوجد. لكن لو تغير رأي المجتهد في هذه القاعدة، وترجع لديه بعد ذلك أن الأمر يتبع القرينة، فإنه سيتغير اجتهاده، وسيرجع عن فتواه السابقة، وسيفتي بأن وليمة العرس مندوبة وليست بواجبة لوجود القرينة الصارفة له عن الوجوب إلى الندب.

يقول ابن قدامة - عن وليمة العرس - : «وليست واجبة في قول أكثر أهل العلم، وقال بعض أصحاب الشافعية: هي واجبة؛ لأن النبي ﷺ أمر بها عبدالرحمن بن عوف، ولأن الإجابة إليها واجبة، فكانت واجبة.

ولنا: أنها طعام لسرور حادث، فأشبهه سائر الأطعمة، والخبر محمول على الاستحباب بدليل ما ذكرناه، وكونه أمر بشاة، ولا خلاف في أنها لا تجب، وما ذكره من المعنى لا أصل له، ثم هو باطل بالسلام ليس بواجب، وإجابة المسلم واجبة»^(٣).

(١) انظر: التفسير الكبير للرازي (٩٦/٧).

(٢) أخرجه البخاري ومسلم من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه. انظر: صحيح البخاري (١٩٨٣/٥) كتاب النكاح، باب الوليمة ولو بشاة، رقم (٤٨٧٢)، وصحيح مسلم (١٠٤٢/٢) كتاب النكاح، باب الصداق، رقم (١٤٢٧).

(٣) المغني (٧/٢١٢).

٣- قد يفتي المجتهد بوجوب قبول المحال الحوالة إذا أحيل على مليء، استدلالاً بالأمر في قول النبي ﷺ: (مطل الغني ظلم، وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع)^(١). فهذا أمر صريح للمحال في أن يقبل الحوالة إذا كانت على مليء، والأمر يقتضي الوجوب، ولم يمنع من ذلك نص أو إجماع.

لكن لو تغير رأي المجتهد في هذه القاعدة، ورأى بعد ذلك أن الأمر بحسب القرينة، فإذا كانت هناك قرينة تصرفه عن الوجوب عمل بها، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة التي أفتى فيها، وسيفتي بعدم وجوب قبول المحال الحوالة، حتى لو أحيل على مليء، وأن الأمر في الحديث للندب، قياساً على سائر المعاوزات، ولقول النبي ﷺ: (لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه)^(٢)، أو يفتي بإباحة قبول المحال الحوالة، وأن الأمر في الحديث للإباحة - كما هو مذهب الحنفية -^(٣).

رابع عشر: لو أفتى المجتهد باجتهاده في مسألة فقهية، وكان مستنداً في ذلك إلى أن الأمر المطلق لا يقتضي التكرار، ثم تغير موقفه من هذه القاعدة، وترجح لديه بعد ذلك اقتضاؤه للتكرار، فإنه حينئذ سيتغير اجتهاده في المسألة التي أفتى فيها، وسيرجع عن فتواه السابقة، وسيفتي بما يوافق رأيه الجديد في القاعدة.

(١) أخرجه البخاري ومسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه. انظر: صحيح البخاري (٧٩٩/٢) كتاب الحوالات، باب في الحوالة وهل يرجع في الحوالة، رقم (٢١٦٦)، وصحيح مسلم (١١٩٧/٣) كتاب المساقاة، باب تحريم مطل الغني، وصحة الحوالة، واستحباب قبولها إذا أحيل على مليء، رقم (١٥٦٤).

(٢) أخرجه الإمام أحمد والبيهقي عن أبي حرة الرقاشي عن عمه، انظر: المسند (٧٢/٥) رقم (٢٠٧١٤)، وسنن البيهقي الكبرى (١٠٠/٦) كتاب الغصب، باب من غصب لوحاً فأدخله في سفينة أو بنى عليه جداراً، رقم (١١٣٢٥)، وهذا الحديث ضعف إسناده النووي وابن حجر وغيرهما، انظر: المجموع (٤٨/٩)، وتلخيص الحبير (٤٦/٣)، ومجمع الزوائد (١٧٢/٤).

(٣) انظر: شرح فتح القدير (٢٣٩/٧).

ومن أمثلة ذلك:

أن المجتهد قد يفتي بأن المتيمم له أن يصلي بالتييمم ما شاء من الفرائض والنوافل، ولا ينقض التيمم إلا بما ينتقض به الوضوء، أو برؤية الماء، فلا يجب عليه التيمم لكل فريضة، استدلالاً بالأمر المطلق بالتييمم عند عدم الماء في قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فَاطَّهَّرُوا وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَىٰ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ أَوْ لَمَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ مِنْهُ﴾^(١).

فهذا أمر بالتييمم عند عدم وجود الماء، وهو أمر مطلق، والأمر المطلق يقتضي فعل الشيء مرة واحدة ولا يقتضي التكرار، ولهذا يكفي فاقد الماء تيمم واحد لكل فريضة ولا يلزمه التكرار.

لكن لو أن المجتهد تغير موقفه من هذه القاعدة، ورأى بعد ذلك أن الأمر المطلق يقتضي التكرار، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة، وسيفتي بأن المتيمم لا يصلي بالتييمم إلا فريضة واحدة، وعليه فيجب التيمم لكل فريضة.

خامس عشر: لو أفتى المجتهد باجتهاده في مسألة فقهية، وكان مستنداً في ذلك إلى أن الأمر المطلق يقتضي الفور، ثم تغير رأيه في هذه القاعدة، ورأى بعد ذلك أن الأمر المطلق دالٌّ على طلب الفعل مجرداً عن تعلقه بزمن معين، فلا دلالة له على فور ولا تراخ، فإنه حينئذ سيتغير اجتهاده في المسألة التي أفتى فيها، حيث سيرجع عن فتواه السابقة، ليفتي بما يناسب رأيه الجديد في القاعدة.

(١) جزء من الآية (٦) من سورة المائدة.

ومن أمثلة ذلك:

١ - قد يفتي المجتهد بوجوب المبادرة إلى أداء الزكاة على من ملك النصاب وحال عليه الحول؛ لأن الأمر بالزكاة مطلق، والأمر المطلق يقتضي الفور. يقول ابن قدامة: «وتجب الزكاة على الفور، فلا يجوز تأخير إخراجها مع القدرة عليه والتمكن منه، إذا لم يخش ضرراً»، ثم قال في معرض الاستدلال لهذه المسألة -: «ولنا أن الأمر المطلق يقتضي الفور، على ما يذكر في موضعه، ولذلك يستحق المؤخر للامتنال العقاب»^(١).

لكن لو تغير رأي المجتهد في هذه القاعدة الأصولية، وترجع لديه بعد النظر عدم دلالة الأمر على الفور، فإنه سيتغير اجتهاده، وسيرجع عن فتواه السابقة، حيث سيفتي بعدم وجوب المبادرة إلى أداء الزكاة، وأن للمزكي التأخير ولا يَأثم بذلك - كما هو مذهب بعض الفقهاء - يقول الكاساني^(٢): «وقال عامة مشايخنا: إنها على سبيل التراخي، ومعنى التراخي عندهم: أنها تجب مطلقاً عن الوقت، ففي أي وقت أدى يكون مؤدياً للواجب، ويتعين ذلك الوقت للوجوب، وإذا لم يؤد إلى آخر عمره يتضيق عليه الوجوب، بأن بقي من الوقت قدر ما يمكنه الأداء فيه، وغلب على ظنه أنه لو لم يؤدّ فيه يموت، فيفوت، فعند ذلك يتضيق عليه الوجوب، حتى إنه لو لم يؤد فيه حتى مات يَأثم»^(٣).

(١) المغني (٢/٢٨٩).

(٢) هو: أبو بكر علاء الدين بن مسعود بن أحمد الكاساني، نسبة إلى كاسان، يلقب بملك العلماء، فقيه حنفي من أهل حلب، أخذ العلم عن علاء الدين السمرقندي وغيره، وتزوج ابنته، وكان وجيهاً شجاعاً. من مؤلفاته: السلطان المين في أصول الدين، وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. توفي في حلب سنة ٥٨٧هـ.

انظر: الجواهر المضية (٤/٢٥)، وتاج التراجم (ص/٨٤)، والفوائد البهية (ص/٥٣).

(٣) بدائع الصنائع (٢/٣).

٢ - قد يفتي المجتهد بوجوب المبادرة إلى قضاء الصوم لمن أفطر في رمضان بعذر، كسفر أو مرض أو حيض، فلو أخره مع تمكنه منه إلى أن جاء رمضان آخر أثم، استدلالاً بالأمر في قوله تعالى: ﴿فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ..﴾^(١)، والأمر المطلق يقتضي الفور^(٢).

لكن لو تغير رأي المجتهد في هذه القاعدة، وترجح لديه بعد ذلك عدم دلالة الأمر المطلق على الفورية، فإنه سيتغير اجتهاده، وسيفتي بأن قضاء رمضان على التراخي، ولا تلزم المبادرة إلى القضاء، بل له أن يصوم ما شاء من النوافل قبل أن يقضي ما عليه.

٣ - قد يفتي المجتهد بوجوب المبادرة إلى أداء فريضة الحج، وأن الحج فرض على الفور، فمن وجب عليه الحج، وملك زاداً وراحلة، وأمكنه فعله، وجب عليه أن يبادر إلى أدائه، ولا يجوز له التأخير، فإن أخره لغير عذر عصي بذلك وكان آثماً، تمسكاً بالأمر في قوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا..﴾^(٣)، وقوله: ﴿وَأْتُمُوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾^(٤)، والأمر المطلق يقتضي الفور.

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: «ومتى ملك الزاد والراحلة وجب عليه أن يحج على الفور، فإن أخره بعد ذلك عصي بذلك»^(٥).

ثم استدل على ذلك بمسلكين: عام وخاص، قال: «أما العام: فهو أن الأمر المطلق يقتضي فعل المأمور به على الفور»^(٦).

(١) جزء من الآية (١٨٥) من سورة البقرة.

(٢) أحكام القرآن للجصاص (١/٢٦٠).

(٣) جزء من الآية (٩٧) من سورة آل عمران.

(٤) جزء من الآية (١٩٦) من سورة البقرة.

(٥) شرح العمدة (٢/١٩٨).

(٦) المرجع السابق (٢/٢٠٤).

سادس عشر: لو أفتى المجتهد باجتهاده في مسألة، وكان مستنداً في تلك الفتوى إلى أن الأمر إذا ورد بعد الحظر والتحريم فإنه يقتضي الإباحة، ثم تغير رأيه في هذه القاعدة، ورأى بعد ذلك أن الأمر بعد الحظر يقتضي الاستحباب أو الوجوب، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة التي أفتى فيها، وسيرجع عن فتواه السابقة، ليفتي بما يوافق رأيه في القاعدة الأصولية.

ومن أمثلة ذلك:

١ - أن المجتهد قد يفتي بإباحة زيارة القبور للرجال، لقول النبي ﷺ: (كنت نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها)^(١)، وهذا أمر قد ورد بعد حظر، فيقتضي الإباحة. لكن لو تغير رأي المجتهد في هذه القاعدة الأصولية، وترجع لديه بعد ذلك أن الأمر بعد الحظر يقتضي الاستحباب، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة، وسيفتي باستحباب زيارة القبور للرجال لذلك^(٢).

٢ - أن المجتهد قد يفتي بإباحة النظر إلى المخطوبة، لحديث المغيرة بن شعبة رضي الله عنه قال: خطبت امرأة، فقال لي رسول الله ﷺ: (أنظرت إليها)، قلت: لا، قال: (فانظر إليها فإنه

(١) أخرجه مسلم وأحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه عن بريدة بن الحصيب رضي الله عنه. انظر: صحيح مسلم (٦٧٢/٢) كتاب الجنائز، باب استئذان النبي ﷺ ربه ﷻ في زيارة قبر أمه، رقم (٩٧٧)، والمسند (١٤٥/١) رقم (١٢٣٥)، وسنن أبي داود (٢١٨/٣) كتاب الجنائز، باب في زيارة القبور، رقم (٣٢٣٥)، وسنن الترمذي (٣٧٠/٣) كتاب الجنائز، باب ما جاء في الرخصة في زيارة القبور، رقم (١٠٥٤)، وسنن النسائي الكبرى (٢٢٥/٣) كتاب الجنائز، رقم (٥١٦٢)، وسنن ابن ماجه (٥٠١/١) كتاب الجنائز، رقم (١٥٧١)، وقال الترمذي عن هذا الحديث: «حديث بريدة حديث حسن صحيح، والعمل على هذا عند أهل العلم، لا يرون بزيارة القبور بأساً».

(٢) انظر تفرع هذه المسألة على القاعدة في: القواعد والفوائد الأصولية (ص/٢٢٩).

أحرى أن يؤدم بينكما^(١)، فهذا أمر بالنظر إلى المخطوبة، وقد ورد بعد حظر، فيقتضي الإباحة.

لكن لو تغير رأي المجتهد في هذه القاعدة، ورأى أن الأمر بعد الحظر للاستحباب، فإنه سيتغير اجتهاده في هذه المسألة، وسيفتي باستحباب النظر إلى المخطوبة، للحديث السابق^(٢).

سابع عشر: لو أفتى المجتهد في مسألة بالتحريم، وكان مستنداً في ذلك إلى أن النهي المطلق يقتضي التحريم، ثم تغير رأيه بعد ذلك، وترجح لديه أنه يقتضي الكراهة، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة التي أفتى فيها، وسيرجع عن فتواه السابقة، وسيفتي في المسألة بالكراهة.

ومن أمثلة ذلك:

١- أن المجتهد قد يفتي بتحريم بيع الإنسان على بيع أخيه، استدلالاً بقول النبي ﷺ: (لا يبيع بعضكم على بيع بعض)^(٣)، فالنهي عن البيع في الحديث مطلق، والنهي المطلق يقتضي التحريم.

لكن لو أن المجتهد تغير رأيه في هذه القاعدة الأصولية، وترجح لديه أن النهي المطلق لا يقتضي التحريم، بل الكراهة، ولا يصرف عنها إلا بقريضة، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة، وسيرجع عن فتواه السابقة، وسيفتي بكراهة بيع المسلم على بيع أخيه، للنهي الوارد في الحديث^(٤).

(١) سبق تخريجه في (١/٣٠٤).

(٢) انظر: تفرع هذه المسألة على القاعدة في: القواعد والفوائد الأصولية (ص/٢٣٢).

(٣) سبق تخريجه في (١/٣٢٠).

(٤) انظر: أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء (ص/٣٣٥).

٢ - قد يفتي المجتهد بتحريم الصلاة في الأمكنة المنهي عن الصلاة فيها، وهي المقبرة والحمام وأعطان الإبل، استدلالاً بالأحاديث الواردة في ذلك، ومنها: قول النبي ﷺ: (الأرض كلها مسجد إلا المقبرة والحمام)^(١)، وقوله ﷺ: (صلوا في مرائب الغنم ولا

(١) أخرجه الشافعي وأحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه وابن حبان وابن خزيمة والبيهقي وابن أبي شيبة والحاكم عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه. انظر: مسند الإمام الشافعي (٢٠ / ١)، ومسند الإمام أحمد (٨٣ / ٣) رقم (١١٨٠١)، وسنن أبي داود (١٣٢ / ١) باب في المواضع التي لا تجوز فيها الصلاة، رقم (٤٩٢)، وسنن الترمذي (١٣١ / ٢) كتاب أبواب الطهارة، باب ما جاء أن الأرض كلها مسجد إلا المقبرة والحمام، رقم (٣١٧)، وسنن ابن ماجه (٢٤٦ / ١) كتاب المساجد والجماعات، باب المواضع التي تكره فيها الصلاة، رقم (٧٤٥)، وصحيح ابن حبان (٩٢ / ٦) رقم (٢٣٢١)، وصحيح ابن خزيمة (٧ / ٢) كتاب الصلاة، باب الزجر عن الصلاة في المقبرة والحمام، رقم (٧٩١)، وسنن البيهقي الكبرى (٤٣٤ / ٢) باب ما جاء في النهي عن الصلاة في المقبرة والحمام، رقم (٤٠٧٠)، ومصنف ابن أبي شيبة (١٥٣ / ٢) باب ما تكره الصلاة إليه وفيه، رقم (٧٥٧٤)، والمستدرک (٣٨١ / ١) رقم (٩٢٠).

وهذا الحديث صحيح، فقد صححه ووثق إسناده جمع من المحدثين، يقول الشافعي: «وجدت هذا الحديث في كتابي في موضعين، أحدهما منقطع، والآخر عن أبي سعيد الخدري عن النبي ﷺ»، مسند الشافعي (٢٠ / ١)، وقد وصفه الترمذي بالاضطراب، ولكن صححه الحاكم وابن حبان وابن خزيمة، ووثق إسناده ابن حجر وغيره، يقول الترمذي: «هذا حديث فيه اضطراب»، سنن الترمذي، الموضوع السابق، ويقول الحاكم - بعد أن أورد عدة روايات لهذا الحديث -: «هذه الأسانيد كلها صحيحة على شرط البخاري ومسلم ولم يخرجاه»، المستدرک، الموضوع السابق، ويقول ابن حجر: «رجالها ثقات، لكن اختلف في وصله وإرساله، وحكم مع ذلك بصحة الحاكم وابن حبان»، فتح الباري (٥٢٩ / ١)، وانظر في ذلك أيضاً: تنخيص الخبير (٢٧٧ / ١)، ونصب الرامية للزيلعي (٣٢٤ / ٢).

تصلوا في أعطان الإبل»^(١).

فالنهي عن الصلاة في هذه الأماكن مطلق، والنهي المطلق يقتضي التحريم. لكن لو تغير رأي المجتهد في هذه القاعدة، ورأى بعد ذلك أن النهي المطلق يقتضي الكراهة، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة، وسينقض فتواه السابقة، وسيفتي بأن الصلاة في تلك المواضع مكروهة وليست محرمة.

ثامن عشر: لو أفتى المجتهد في مسألة، وكان قد بنى هذه الفتوى على أن النهي المطلق يقتضي الفساد والبطلان، ثم تغير موقفه من هذه القاعدة، وترجح لديه بعد ذلك أن النهي

(١) أخرجه الإمام أحمد والنسائي وابن ماجه من حديث عبدالله بن مغفل المزني رضي الله عنه، وأخرجه الترمذي وابن حبان وابن خزيمة والبيهقي والدارمي وابن أبي شيبة من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، وقال عنه الترمذي: «حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح، وعليه العمل عند أصحابنا». انظر: المسند (٨٦/٤) رقم (١٦٨٤٥)، وسنن النسائي الكبرى (١/٢٦٧) كتاب المساجد، باب ذكر نهي النبي ﷺ عن الصلاة في أعطان الإبل، رقم (٨١٤)، وسنن ابن ماجه (١/٢٥٣) كتاب المساجد والجماعات، باب الصلاة في أعطان الإبل ومراح الغنم، رقم (٧٦٩)، وسنن الترمذي (٢/١٨٠) كتاب أبواب الطهارة، باب ما جاء في الصلاة في مرايض الغنم وأعطان الإبل، رقم (٣٤٨)، وصحيح ابن حبان (٤/٥٩٩) باب شروط الصلاة، رقم (١٧٠٠)، وصحيح ابن خزيمة (٢/٨) كتاب الوضوء، باب النهي عن الصلاة في معادن الإبل، رقم (٧٩٥)، وسنن البيهقي الكبرى (٢/٤٤٩) باب كراهية الصلاة في أعطان الإبل دون مراح الغنم، رقم (٤١٥١)، وسنن الدارمي (١/٣٧٥) كتاب الصلاة، باب الصلاة في مرايض الغنم ومعادن الإبل، رقم (١٣٩١)، ومصنف ابن أبي شيبة (١/٣٣٨) باب الصلاة في أعطان الإبل، رقم (٣٨٨٠). وقد ذكر ابن حزم أن أحاديث النهي عن الصلاة في أعطان الإبل متواترة تواتراً يوجب العلم. وعلق الحافظ العراقي على ذلك بقوله: «لم يُرد التواتر الأصولي، بل الشهرة والاستفاضة». انظر: المحلى (٤/٢٥)، وفيض القدير (٤/٢٠١).

المطلق يقتضي التحريم فقط، لكن لا يقتضي البطلان، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة التي أفتى فيها، وسيفتي بما يوافق رأيه الجديد في القاعدة.

ومن أمثلة ذلك:

١ - قد يفتي المجتهد بأن من نذر صيام يوم العيد وصامه، فلا ينعقد نذره وصيامه باطل، لورود النهي عن صيام هذا اليوم، وذلك فيما رواه البخاري ومسلم عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه: (أن رسول الله ﷺ نهى عن صوم يومين: يوم الفطر ويوم النحر)^(١).

فالنهي في الحديث مطلق، والنهي المطلق يقتضي التحريم والفساد.

لكن لو أن المجتهد تغير رأيه في مقتضى النهي عند الإطلاق، حيث ترجح لديه أن النهي المطلق يقتضي التحريم وحسب، لكن لا يقتضي الفساد والبطلان، فلا يمنع من صحة فعل المنهي عنه، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة السابقة، وسيفتي بانعقاد هذا النذر، وأن الناذر يجب عليه الفطر، ويقضي ما نذره في يوم آخر، ولو صام يوم العيد صح صيامه مع التحريم.

٢ - قد يفتي المجتهد بفساد نكاح المحرم وبطلانه، للنهي عنه، وذلك فيما رواه مسلم عن عثمان بن عفان رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: (لا يَنْكِحُ المحرم ولا يُنْكَحُ ولا يَخْطُبُ)^(٢)، فورد النهي عن نكاح المحرم مطلقاً، والنهي المطلق كما يقتضي التحريم يقتضي الفساد والبطلان أيضاً.

لكن لو تغير نظر المجتهد في هذه القاعدة، وترجح لديه عدم اقتضاء النهي المطلق للفساد، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة، وسيفتي بانعقاد نكاح المحرم وصحته مع تحريمه.

(١) صحيح البخاري (٧٠٢/٢) كتاب الصوم، باب صوم يوم الفطر، رقم (١٨٩٠)، وصحيح مسلم

(٢) (٨٠٠/٢) كتاب الصيام، باب النهي عن صوم يوم الفطر ويوم الأضحى، رقم (٨٢٧).

(٢) سبق تخريجه في (٣٠٩/١).

٣- قد يفتي المجتهد بفساد نكاح الشغار^(١) وبطلانه للنهي الوارد عنه، ففي الصحيحين عن ابن عمر رضي الله عنهما: (أن النبي ﷺ نهى عن الشغار)^(٢).

فهذا نهى مطلق، والنهي المطلق يقتضي الفساد والبطلان^(٣).

لكن لو أن المجتهد تغير نظره وموقفه من هذه القاعدة، وترجع لديه أن النهي المطلق لا يقتضي الفساد، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة، وسيفتي بصحة هذا النكاح وانعقاده وعدم بطلانه وفساده، ولكن مع الإثم - كما هو مذهب بعض الفقهاء -^(٤).

٤ - قد يفتي المجتهد بفساد بعض البيوع، للنهي عنها، كما في النهي عن بيع العينة، بقوله ﷺ: (إذا تبايعتم بالعينة، وأخذتم بأذناب البقر، ورضيتم بالزرع، وتركتم الجهاد، سلط الله عليكم ذلاً لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم)^(٥)، وكما في النهي عن بيع وسلف، بقوله ﷺ: (لا يجلُّ سلف وبيع)^(٦)، والنهي عن بيعتين في بيعة، بقوله ﷺ: (من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا)^(٧)، والنهي عن تلقي الركبان، وعن بيع الرجل على

(١) الشغار: (أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق) صحيح البخاري (١٩٦٦/٥)، وصحيح مسلم (١٠٣٤/٢)، وغريب الحديث لابن سلام (١٢٨/٣)، وغريب الحديث لابن قتيبة (٢٠٧/١)، والنهاية في غريب الأثر لابن الأثير (٤٨٢/٢)، وأنيس الفقهاء (١٤٧/١).

(٢) صحيح البخاري (١٩٦٦/٥) كتاب النكاح، باب الشغار، رقم (٤٨٢٢)، وصحيح مسلم (١٠٣٤/٢)، كتاب النكاح، باب تحريم نكاح الشغار وبطلانه، رقم (١٤١٥).

(٣) انظر: الأم (١٧٤/٥)، والمغني (١٣٤/٧).

(٤) انظر: الهداية (٢٠٦/١).

(٥) سبق تحريجه في (٣١٨/١).

(٦) سبق تحريجه في (٣١٨/١).

(٧) سبق تحريجه في (٣١٩/١).

بيع أخيه، وعن النجش، وعن بيع الحاضر للباد، بقوله عليه السلام: (لا تلقوا الركبان، ولا بيع بعضكم على بيع بعض، ولا تناجشوا، ولا بيع حاضر لباد)^(١)، والنهي عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، وبيع النخل قبل أن يزهو، كما في حديث أنس بن مالك رضي الله عنه: (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تزهي) فقيل له: وما تزهي؟ قال: (حتى تحمر)^(٢)، وكذا النهي عن بيع المبيع قبل قبضه، بقوله عليه السلام: (من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه)^(٣)، وعن التصرية، بقوله عليه السلام: (لا تصروا الغنم)^(٤)، وعن بيع المحاقلة والمزابنة والمخابرة^(٥)، وعن بيع المنابذة والملاسة^(٦)، وعن بيع الحصة^(٧)، وعن بيع جبل الحبلبة^(٨).

فالنهي عن هذه البيوع ورد مطلقاً، والنهي المطلق يقتضي الفساد والبطلان.

لكن لو أن المجتهد تغير موقفه من هذه القاعدة، وترجح لديه أن النهي المطلق يقتضي التحريم، لكن لا علاقة له بالفساد والبطلان، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة، وسيصح هذه البيوع مع تأثيم فاعلها.

تاسع عشر: لو أفتى المجتهد في مسألة أو رأى فيها رأياً، وكان مستنداً في ذلك إلى أن العام دلالة قطعية، ثم تغير اجتهاده في هذه القاعدة، حيث ترجح لديه بعد ذلك أن

(١) سبق تخريجه في (١/٣٢٠).

(٢) سبق تخريجه في (١/٣٢١).

(٣) سبق تخريجه في (١/٣٢١).

(٤) سبق تخريجه في (١/٣٢٢).

(٥) سبق تخريجه في (١/٣٢٢).

(٦) سبق تخريجه في (١/٣٢٣).

(٧) سبق تخريجه في (١/٣٢٣).

(٨) سبق تخريجه في (١/٣٢٣).

دلالة ظنية، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة الفقهية السابقة، وسيرجع عن فتواه أو رأيه فيها، وسيفتي بما يوافق رأيه الجديد في القاعدة.

ومن أمثلة ذلك:

١ - قد يفتي المجتهد بعدم جواز أكل الذبيحة المتروكة التسمية عند ذبحها - كما هو مذهب بعض الفقهاء - استدلالاً بالعموم الوارد في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذَكِّرْ أَسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾^(١).

فالآية عامة، وقد دلّت على تحريم الأكل من كل ذبيحة لم يذكر اسم الله عليها، سواء أكان الذابح مسلماً أم غير مسلم، وسواء أكان ترك التسمية عمداً أم سهواً، ولا يصلح أن تخصص الآية بالأحاديث الدالة على جواز ذلك - وسيأتي ذكرها - لأنها ظنية، والآية عامة، ودلالة العام قطعية، والظني لا يخص القطعي، يقول ابن حزم: «ولا يحل أكل ما لم يسم الله تعالى عليه بعمد أو نسيان، برهان ذلك: قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذَكِّرْ أَسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾، فعمّ تعالى ولم يخص»^(٢).

لكن لو تغير رأي المجتهد في هذه القاعدة، ورأى أن دلالة العام على أفرادها دلالة ظنية، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة، وسيفتي فيها بحلّ الذبيحة المتروكة التسمية، سواء أكان ترك التسمية عمداً أم سهواً؛ لأن التسمية سنة، فقد وردت أحاديث تميز الأكل مما لم يذكر اسم الله عليه، فيخص بها عموم الآية السابقة، ولا مانع من ذلك؛ لأن العموم دلالة ظنية، فلا يمنع من تخصيصه.

ومن تلك الأحاديث: ما أخرجه البخاري عن عائشة رضي الله عنها أن قوماً قالوا: يا رسول الله، إن قوماً يأتوننا باللحم، لا ندرى أذكر اسم الله عليه أم لا. فقال: (سمّوا عليه أنتم

(١) جزء من الآية: (١٢١) من سورة الأنعام.

(٢) المحلى (٤١٢/٧).

وكلوه^(١)، وما روي أن النبي ﷺ قال: (ذبيحة المسلم حلال، ذكر اسم الله أو لم يذكر)^(٢)، وما روي عن أبي هريرة ؓ أنه قال: سألت رجل النبي ﷺ: الرجل منا يذبح وينسى أن يسمي الله، قال: (اسم الله على فم كل مسلم)^(٣).

(١) صحيح البخاري (٢٠٩٧/٥) كتاب الذبائح والصيد، باب ذبيحة الأعراب ونحوهم، رقم (٥١٨٨).

(٢) رواه أبو داود في المراسيل، والبيهقي في سننه، انظر: المراسيل (٢٧٨/١) باب ما جاء في الضحايا والذبائح، وسنن البيهقي الكبرى (٢٤٠/٩) كتاب الصيد والذبائح، باب من ترك التسمية وهو ممن تحل ذبيحته، رقم (١٨٦٧٤)، وذكر ابن حجر أن في إسناده ضعفاً، وأن ابن الجوزي قد أعلنه بمعقل بن عبيدالله، انظر: تلخيص الخبير (١٣٧/٤)، وقال ابن القطان: «وفيه مع الإرسال أن الصلت السدوسي لا يعرف له حال ولا يعرف بغير هذا، ولا روى عنه غير ثور بن زيد»، نصب الراية (١٨٣/٤).

(٣) أخرجه الدارقطني والبيهقي والطبراني، انظر: سنن الدارقطني (٢٩٥/٤) رقم (٩٤)، وسنن البيهقي الكبرى (٢٤٠/٩) كتاب الصيد والذبائح، باب من ترك التسمية وهو ممن تحل ذبيحته، رقم (١٨٦٧٣)، والمعجم الأوسط (٩٤/٥) رقم (٤٧٦٩).

وهذا الحديث ضعيف، ففي إسناده مروان بن سالم الغفاري وهو ضعيف، ضعفه غير واحد من المحدثين، يقول الدارقطني: «ومروان بن سالم ضعيف»، سنن الدارقطني (٢٩٥/٤)، ويقول البيهقي: «عامه حديث مروان بن سالم مما لا يتابعه الثقات عليه»، وقال أيضاً: «مروان بن سالم ضعيف ضعفه أحمد بن حنبل والبخاري وغيرهما، وهذا الحديث منكر بهذا الإسناد»، سنن البيهقي (٢٤٠/٩) وقال ابن حجر - عن هذا الحديث - «وأعله ابن القطان أيضاً به، وقال: هو مروان بن سالم الغفاري وهو ضعيف»، ثم قال: «ورواه ابن عدي في "الكامل" وأسند تضعيفه عن أحمد والنسائي ووافقهما، وقال: عامة ما يرويه لا يتابعه الثقات عليه»، نصب الراية (١٨٣/٤) وقال الهيثمي: «فيه مروان بن سالم الغفاري وهو متروك»، مجمع الزوائد (٣٠/٤). وانظر في تضعيف هذا الحديث أيضاً: عمدة القاري للعينبي (٤٩/١٣)، والبدر المنير لابن الملقن (٢٦٣/٩)، وتخريج الأحاديث الضعاف من سنن الدارقطني للغساني (٣١٧/١).

٢ - قد يذهب المجتهد إلى أن الجاني خارج الحرم إذا لجأ إلى الحرم فإنه لا يقتص منه، ولكنه يُلجأ إلى الخروج؛ بعدم إطعامه وسقيه وكلامه، حتى إذا خرج من الحرم اقتص منه، استدلالاً بالعموم في قوله تعالى: ﴿وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِنًا...﴾^(١)، فهذه الآية عامة، وقد دلت على أن من دخل الحرم يُعطى الأمان، ولا يصلح أن تخصص بالقياس - كما سيأتي بيانه - لأن القياس ظني، والآية عامة، ودلالة العام قطعية، والظني لا يقوى على تخصيص القطعي.

لكن لو رأى المجتهد بعد ذلك أن العام ظني الدلالة، فإنه سيتغير اجتهاده، وسيدع مذهبه السابق، وسيأخذ بقول من قال من الفقهاء: إن من وجب عليه حد في النفس، ثم لجأ إلى الحرم فإنه يقتص منه، قياساً على من جنى في داخل الحرم، حيث إن قتله جائز، استدلالاً بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُقْتَلُوهُمْ عِنْدَ الْحَرَامِ حَتَّىٰ يُقْتَلُوا فِيهِ فَإِن قَتَلْتُمْ فَأَقْتُلُوهُمْ...﴾^(٢)، فهذا القياس يُخص به عموم الآية السابقة، ولا مانع من ذلك؛ لأن العموم دلالة ظنية، فلا يمنع من تخصيصه.

يقول الزنجاني: «فالشافعي رحمته الله خصص عموم هذا النص بالقياس، لقيام موجب الاستيفاء، وبُعد احتمال المانع، إذ لا مناسبة بين اللياذ إلى الحرم وإسقاط حقوق الأدميين المبنية على الشح والضمنة والمضايقة، كيف وقد ظهر إلغاؤه فيما إذا أنشأ القتل في الحرم»^(٣).

٣ - قد يفتي المجتهد - حين يكون ممن يرى أن دلالة العام قطعية - بعدم جواز بيع الثمر الذي على النخل بخرصه تمرأ - وهي مسألة العرايا - سواء أكان ذلك أقل من خمسة أوسق أم أكثر، استدلالاً بالعموم قول النبي ﷺ: (التمر بالتمر والحنطة بالحنطة والشعير

(١) جزء من الآية (٩٧) من سورة آل عمران.

(٢) جزء من الآية (١٩١) من سورة البقرة.

(٣) تخريج الفروع على الأصول (ص/٢٨٦).

بالشعير والملح والملح مثلاً بمثل يدأ بيد^(١).

والمائلة هنا غير معلومة، وبعموم ما روي عن النبي ﷺ: (أنه نهى عن بيع المزابنة)^(٢).

وفسرت المزابنة فيما رواه البخاري ومسلم عن ابن عمر رضي الله عنهما: (أن يبيع الرجل ثمر حائطه إن كان نخلاً بتمر كيلاً، وإن كزماً أن يبيعه بزبيب كيلاً، وإن كان زرعاً أن يبيعه بكيل طعام)^(٣)، فهذه أحاديث عامة، والعام قطعي في دلالته، فلا يقبل التخصيص.

يقول السرخسي: «وحجتنا في ذلك قوله ﷺ: (التمر بالتمر...)، وما على رؤوس النخل تمر، فلا يجوز بيعه بالتمر إلا كيلاً بكيل، وهذا الحديث عام متفق على قبوله، فيترجح على الخاص المختلف في قبوله والعمل به»^(٤).

لكن لو أن المجتهد رأى بعد ذلك أن العام دلالة ظنية وليست قطعية، فإنه سيتغير اجتهاده، وسيرجع عن فتواه السابقة، وسيفتي بجواز بيع العرايا، حيث سيخصص عموم الأحاديث السابقة بالحديث الخاص الوارد في الترخيص في العرايا، وهو ما أخرجه البخاري ومسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه: (أن النبي ﷺ رخص في بيع العرايا في خمسة أوسق)^(٥)، وما

(١) أخرجه مسلم في صحيحه عن أبي هريرة رضي الله عنه (٣/١٢١١) كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً، رقم (١٥٨٨).

(٢) سبق تخريجه في (ص/٣٢٢).

(٣) صحيح البخاري (٢/٧٦٨) كتاب البيوع، باب بيع الزرع بالطعام كيلاً، رقم (٢٠٩١)، وصحيح مسلم (٣/١١٧٢) كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا، رقم (١٥٤٢).

(٤) المبسوط (١٢/١٩٢، ١٩٣).

(٥) صحيح البخاري (٢/٧٦٤) كتاب البيوع، باب بيع الثمر على رؤوس النخل بالذهب والفضة، رقم (٢٠٧٨)، وصحيح مسلم (٣/١١٧١) كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا، رقم (١٥٤١).

أخرجه من حديث زيد بن ثابت رضي الله عنه: (أن النبي ﷺ رخص في بيع العرايا أن تباع بخرصها كيلاً) ^(١).

يقول ابن قدامة - وهو بصدد عرض الخلاف والاستدلال في مسألة العرايا - : «وقال أبو حنيفة: لا يخلّ بيعها؛ لأن النبي ﷺ: (نهى عن بيع المزبنة) - والمزبنة بيع الثمر بالتمر - متفق عليه.

ولنا: ما روى أبو هريرة: (أن النبي ﷺ رخص في العرايا في خمسة أوسق، أو دون خمسة أوسق) متفق عليه.

ولو قُدِّر تعارض الحديثين وجب تقديم حديثنا لخصوصه؛ جمعاً بين الحديثين، وعملاً لكلا النَّصَّيْنِ ^(٢).

٤ - قد يفتي المجتهد - حين يكون ممن يرى أن دلالة العام قطعية - بوجوب الزكاة فيما يخرج من الأرض، سواء أكان قليلاً أم كثيراً، استدلالاً بالعموم في قول النبي ﷺ: (فما سقت السماء والعيون أو كان عثرياً العشر، وما سقي بالنضح نصف العشر) ^(٣)، فهذا الحديث عام، والعام قطعي الدلالة، فيعمل به بعمومه، ولا يدخله التخصيص.

لكن لو تغير رأي المجتهد في هذه القاعدة، وترجح لديه بعد ذلك أن دلالة العام ظنية، فإنه سيتغير اجتهاده في هذه المسألة، وسيفتي بأن نصاب ما يخرج من الأرض خمسة أوسق، فما كان أقل من ذلك فلا زكاة فيه، حيث سيخصص عموم الحديث السابق بقول

(١) سبق تخريجه في (١/٣٠٢).

(٢) المغني (٤/٥٧، ٥٨).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه عن سالم بن عبدالله عن أبيه رضي الله عنه (٢/٥٤٠) كتاب الزكاة، باب

العشر فيما يسقى من ماء السماء وبالماء الجاري، رقم (١٤١٢).

النبي ﷺ: (ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة)^(١).

٥ - قد يفتي المجتهد - حين يكون ممن يرى أن دلالة العام قطعية - بأن المسلم يقتل بالذمي كما يقتل بالمسلم، استدلالاً بعموم النصوص الواردة في ذلك، كقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كَيْبَ عَلَيْهِمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ﴾^(٢)، وقوله تعالى: ﴿وَكُنْتُمْ عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ نَفْسَ بِالْأَنْفُسِ﴾^(٣)، وقوله تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَنًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ﴾^(٤).

فهذه الآيات عامة، فلا يصح تخصيصها بالأحاديث المتضمنة عدم قتل المسلم بالكافر؛ لأن العام قطعي الدلالة.

لكن لو رأى المجتهد بعد ذلك أن العام ظني الدلالة، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة، وستختلف فتواه فيها، حيث سيفتي بأن المسلم لا يقتل بالكافر الذمي، حيث سيخصص عموم الآيات السابقة بالأحاديث الخاصة الواردة في هذه المسألة، ومنها: ما رواه أبو جحيفة رضي الله عنه^(٥) قال: (قلت لعلي رضي الله عنه): هل عندكم شيء من الوحي إلا ما في كتاب

(١) أخرجه البخاري ومسلم من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

انظر: صحيح البخاري (٥٤٠/٢) كتاب الزكاة، باب ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة، رقم (١٤١٣)، وصحيح مسلم (٦٧٣/٢) كتاب الزكاة، رقم (٩٧٩).

(٢) جزء من الآية (١٧٨) من سورة البقرة.

(٣) جزء من الآية (٤٥) من سورة المائدة.

(٤) جزء من الآية (٣٣) من سورة الإسراء.

(٥) هو: وهب بن عبد الله السوائي الكوفي، من صغار الصحابة، قيل: مات النبي ﷺ قبل أن يبلغ الحلم، وكان يقال له: وهب الخير، وكان صاحب شرطة علي رضي الله عنه في الكوفة، حدث عن النبي ﷺ وعلي رضي الله عنه والبراء رضي الله عنهم أجمعين. توفي سنة ٧٤ هـ.

انظر: الإصابة (٦/٦٢٦)، والطبقات الكبرى (٦/٦٣)، وسير أعلام النبلاء (٣/٢٠٢).

الله؟ قال: والذي فلق الحبة وبرأ النسمة، ما أعلمه إلا فهماً يعطيه الله رجلاً في القرآن، وما في هذه الصحيفة. قلت: وما في هذه الصحيفة؟ قال: العقل، وفكك الأسير، وأن لا يقتل مسلم بكافر^(١)، وكذلك ما روي عن علي بن أبي طالب عليه السلام أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (المؤمنون تتكافأ دماؤهم، وهم يدٌ على من سواهم، ويسعى بذمتهم أدناهم، ألا يقتل مؤمن بكافر، ولا ذو عهد في عهده)^(٢).

عشرون: لو أفتى المجتهد في مسألة، وكان مستنداً في ذلك إلى نص عام قد ورد على سبب خاص، وهو يرى أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، ثم تغير نظره في هذه القاعدة، وترجح لديه أن العبرة بخصوص السبب، لا بعموم اللفظ، وأن الحكم الوارد على سبب خاص يكون مختصاً بهذا السبب ولا يتعداه إلى غيره، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة التي أفتى فيها، وسيرجع عن فتواه السابقة، ليفتي بخلافها، ولن ينظر إلى النص الوارد فيها، لأنه وارد على سبب خاص.

ومن أمثلة ذلك:

أن المجتهد قد يفتي بأن الفطر في السفر أفضل بإطلاق، سواء أكانت هناك مشقة في

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٣/ ١١١٠) كتاب الجهاد والسير، باب فكك الأسير، رقم (٢٨٨٢).

(٢) أخرجه الإمام أحمد وأبو داود والنسائي وابن حبان والحاكم وصححه. انظر: المسند (١/ ١١٩) رقم (٩٥٩)، وسنن أبي داود (٣/ ٨٠) كتاب الجهاد، باب في السرية تُرَدُّ على أهل العسكر، رقم (٢٧٥١)، وسنن النسائي الكبرى (٥/ ٢٠٨) كتاب السير، باب إعطاء العبد الأمان، رقم (٨٦٨١)، وصحيح ابن حبان (١٣/ ٣٤١) باب ذكر نفي القصاص في القتل وإثبات التوارث بين أهل ملتين، رقم (٥٩٩٦)، والمستدرک (٢/ ١٥٣) رقم (٢٦٢٣) وقال الحاكم: "هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه".

الصوم أم لا، أخذاً بعموم قول النبي ﷺ: (ليس من البر الصوم في السفر)^(١)، فهذا الحديث وإن كان وارداً على سبب خاص^(٢)، إلا أن العبرة بعموم اللفظ، لا بخصوص السبب^(٣).

لكن لو تغير رأي المجتهد في هذه القاعدة، وترجح لديه عدم الاعتداد باللفظ العام حين يكون وارداً على سبب خاص، وأن العبرة بخصوص السبب لا بعموم اللفظ، فإنه سيتغير اجتهاده، وستغير فتواه في المسألة، فقد يفتي بأن الفطر في السفر يكون أفضل إذا كانت هناك مشقة في الصيام، أما إذا لم تكن هناك مشقة فالصوم أفضل، فهنا تغير اجتهاده لتغير رأيه في هذه القاعدة الأصولية.

حادي وعشرون: لو أن المجتهد أفتى في مسألة، وكان قد بنى تلك الفتوى على مذهبه في أنه لا يجوز تخصيص العموم بالإجماع، ثم تغير رأيه في هذه القاعدة، ورأى أن الإجماع يُخصُّ به العموم، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة، وسيفتي بخلاف فتواه السابقة.

(١) أخرجه البخاري بهذا اللفظ من حديث جابر بن عبد الله الأنصاري رضي الله عنه. انظر: صحيح البخاري (٦٨٧/٢) كتاب الصوم، باب قول النبي ﷺ: لمن ظلل عليه واشتد الحر ليس من البر الصوم في السفر، رقم (١٨٤٤).

وأخرجه مسلم عن جابر بن عبد الله بلفظ: (ليس من البر أن تصوموا في السفر). انظر: صحيح مسلم (٧٨٦/٢) كتاب الصيام، باب جواز الصوم والفطر في شهر رمضان للمسافر في غير معصية إذا كان سفره مرحلتين فأكثر، وأن الأفضل لمن أطاقه بلا ضرر أن يصوم، ولمن يشق عليه أن يفطر، رقم (١١١٥).

(٢) وهو أن النبي ﷺ كان في سفر فرأى رجلاً قد اجتمع الناس عليه، وقد ظلل عليه، فقال: ما له؟ قالوا: رجل صائم، فقال رسول الله ﷺ: (ليس من البر الصوم في السفر)، انظر: المصدرين السابقين.

(٣) انظر بناء المسألة على القاعدة في: القواعد والفوائد الأصولية (ص/ ٣٢٢).

ومن أمثلة ذلك :

أن المجتهد قد يفتي بعدم جواز لبث الجنب في المسجد حتى لو توضأ - كما هو مذهب أكثر الفقهاء - لعموم قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنُبًا إِلَّا عَابِرِي سَبِيلٍ حَتَّى تَغْتَسِلُوا...﴾^(١)، وقول النبي ﷺ: (لا أحل المسجد لحائض ولا جنب)^(٢)، فهذه نصوص عامة، وهي صريحة في الدلالة على المنع، وأما ما روي: (أن الصحابة كانوا يتحدثون في المسجد على غير وضوء، وكان الرجل يكون جنباً فيتوضأ، ثم يدخل فيتحدث)^(٣)، وأن هذا إجماع منهم على الجواز، فإن هذا الإجماع لو انعقد فلا يصلح لتخصيص عموم النصوص السابقة.

(١) جزء من الآية (٤٣) من سورة النساء.

(٢) أخرجه أبو داود وابن خزيمة والبيهقي عن عائشة رضي الله عنها. انظر: سنن أبي داود (٦٠/١) كتاب الطهارة، باب في الجنب يدخل المسجد، رقم (٢٣٢)، وصحيح ابن خزيمة (٢٨٤/٢) كتاب فضائل القرآن، باب الزجر عن جلوس الجنب والحائض في المسجد، رقم (١٣٢٧)، وسنن البيهقي الكبرى (٤٤٢/٢) باب الجنب يمر في المسجد ماراً ولا يقيم فيه، رقم (٤١٢١). وهذا الحديث صححه ابن خزيمة وحسنه ابن القطان، انظر: بيان الوهم والإيهام في بيان الأحكام لابن القطان (٦٦٩/٥)، وتلخيص الحبير لابن حجر (١٤٠/١)، وتحفة المحتاج لابن الملقن (٢٠٣/١).

(٣) لم أقف عليه، ولكن ذكره ابن قدامة وابن كثير والشوكاني عن زيد بن أسلم، جاء في "المغني" (٩٨/١): «واحتج أصحابنا بما روي عن زيد بن أسلم، قال: كان أصحاب رسول الله ﷺ يتحدثون في المسجد على غير وضوء، وكان الرجل يكون جنباً فيتوضأ، ثم يدخل فيتحدث»، وجاء في "تفسير ابن كثير" (٥٠٣/١): «روى سعيد بن منصور في سننه بسند صحيح عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار قال: رأيت رجلاً من أصحاب رسول الله ﷺ يجلسون في المسجد وهم مجنبون إذا توضؤوا وضوء الصلاة. وهذا إسناد صحيح على شرط مسلم. وروى حنبل بن إسحاق - صاحب أحمد - عنه زيد بن أسلم قال: كان أصحاب رسول الله ﷺ يتحدثون في المسجد وهم على غير وضوء، وكان الرجل يكون جنباً فيتوضأ ثم يدخل المسجد فيتحدث»، ولم أجد هذا النص في المواطن التي أحال إليها ابن كثير. وقد ذكر الشوكاني ما أورده ابن كثير بنصه، ثم قال: «وفي كلا الإسنادين هشام بن سعد، وقد قال أبو حاتم: إنه لا يحتج به. وضعفه ابن معين وأحمد والنسائي»، نيل الأوطار (١/٢٨٨، ٢٨٩).

لكن لو تغير رأي المجتهد في هذه القاعدة، ورأى جواز تخصيص العموم بالإجماع، فإنه سيتغير اجتهاده، وسيرجع عن فتواه السابقة، وسيفتي بجواز اللبث في المسجد للجنب إذا توضعاً؛ لإجماع الصحابة رضوان الله عليهم على ذلك - كما هو رأي بعض الفقهاء - وهذا الإجماع يخص العموم السابق.

يقول ابن قدامة: «إذا توضعاً الجنب، فله اللبث في المسجد في قول أصحابنا... وقال أكثر أهل العلم: لا يجوز؛ للآية والخبر.

واحتج أصحابنا بما روي عن زيد بن أسلم^(١)، قال: كان أصحاب رسول الله ﷺ يتحدثون في المسجد على غير وضوء، وكان الرجل يكون جنباً فيتوضعاً، ثم يدخل فيتحدث، وهذا إشارة إلى جميعهم، فيكون إجماعاً يُخصُّ به العموم»^(٢).

ثاني وعشرون: لو أن المجتهد أفتى في مسألة، وكان مستنداً في ذلك إلى أنه لا يصح تخصيص المتواتر بخبر الواحد، ثم تغير رأيه في هذه القاعدة، وترجح لديه جواز تخصيصه به، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة، وسيرجع عن فتواه فيها، وسيفتي بما يناسب رأيه الجديد في القاعدة.

ومن أمثلة ذلك:

أن المجتهد - حين يكون ممن يرى عدم جواز تخصيص المتواتر بالآحاد - قد يفتي بوجوب الزكاة فيما يخرج من الأرض، سواء أكان قليلاً أم كثيراً - وقد سبق بيان هذه

(١) هو: أبو عبدالله زيد بن أسلم العمري مولاهم، فقيه مفسر من أهل المدينة، وكان ثقة في الحديث، روى عن مولاة عبدالله بن عمر، وجابر بن عبدالله، وأنس بن مالك، وغيرهم، وعنه مالك والسفيانان، وغيرهم.

انظر: تذكرة الحفاظ (١/١٣٢)، والأعلام (٣/٩٥).

(٢) المغني (١/٩٨).

المسألة - استدلالاً بقول النبي ﷺ: (فيما سقت السماء والعيون أو كان عثرياً العشر)^(١).

لكن لو أن المجتهد رأى جواز تخصيص المتواتر بخبر الواحد، فإنه سيتغير اجتهاده في هذه المسألة، وسيفتي بعدم وجوب الزكاة في شيء من الزروع والثمار حتى تبلغ خمسة أوسق؛ لقول النبي ﷺ: (ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة)^(٢)، فهذا خبر آحاد، وهو خاص، فيخص به عموم الحديث السابق.

يقول ابن قدامة - في معرض بيانه لأحكام زكاة الخارج من الأرض - : "الحكم الثاني: أن الزكاة لا تجب في شيء من الزروع والثمار حتى تبلغ خمسة أوسق، هذا قول أكثر أهل العلم... لا نعلم أحداً خالفهم إلا مجاهداً^(٣) وأبا حنيفة ومن تابعه، قالوا: تجب الزكاة في قليل ذلك وكثيره؛ لعموم قوله ﷺ: (فيما سقت السماء العشر).

ولنا: قول النبي ﷺ: (ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة) متفق عليه، وهذا خاص يجب تقديمه، وتخصيص عموم ما رووه به"^(٤).

ثالث وعشرون: لو أفتى المجتهد في مسألة، وكان قد بنى تلك الفتوى على أن المطلق يحمل على المقيّد فيما إذا اتحد الحكم واختلف السبب، ثم عدل عن رأيه في هذه القاعدة،

(١) سبق تحريجه في (٢/١٠٥).

(٢) سبق تحريجه في (٢/١٠٦).

(٣) هو: أبو الحجاج مجاهد بن جبر المكي الأسود، مولى السائب بن أبي السائب المخزومي، شيخ القراء والمفسرين، روى عن ابن عباس فأكثر، وعنه أخذ القرآن والتفسير والفقه، كما روى عن أبي هريرة، وعائشة، وسعد بن أبي وقاص، وغيرهم، وروى عنه عكرمة، وطاووس، وعطاء، وسليمان الأعمش، وغيرهم. توفي سنة ١٠٢ هـ، وقيل غير ذلك.

انظر: ميزان الاعتدال (٣/٤٣٩)، وسير أعلام النبلاء (٥/٣٧٧).

(٤) المغني (٢/٢٩٦).

ورأى عدم جواز حمل المطلق على المقيد، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة، وسيرجع عن فتواه فيها، ليفتي بما يناسب رأيه الجديد في القاعدة.

ومن أمثلة ذلك:

١ - قد يفتي المجتهد بأنه لا يجزئ في كفارة الظهار إلا رقبة مؤمنة، حملاً للإطلاق في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا...﴾^(١) على التقييد في قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ...﴾^(٢)، فجاءت الرقبة مطلقة في كفارة الظهار في الآية الأولى، ومقيدة بالإيمان في كفارة القتل الخطأ في الآية الثانية، فيحمل المطلق على المقيد، وعليه لا يجزئ في كفارة الظهار إلا رقبة مؤمنة.

لكن لو رجع المجتهد عن رأيه في هذه القاعدة الأصولية، وترجح لديه بعد ذلك عدم حمل المطلق على المقيد، فإنه سيتغير اجتهاده، وسيرجع عن فتواه في المسألة، حيث سيفتي بإجزاء الرقبة الكافرة في كفارة الظهار، وفي كفارة القتل لا تجزئ إلا الرقبة المؤمنة؛ إعمالاً للمطلق في موضعه، والمقيد في موضعه^(٣).

٢ - قد يفتي المجتهد بأن المقدار المحرّم في الرضاع هو خمس رضعات فصاعداً، حملاً للإطلاق في قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّيْتَى أَرْضَعْنَكُمْ...﴾^(٤)، وقول النبي ﷺ: (يحرم

(١) جزء من الآية (٣) من سورة المجادلة.

(٢) جزء من الآية (٩٢) من سورة النساء.

(٣) انظر بناء المسألة على القاعدة في: أشر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء (ص/ ٢٦١، ٢٦٢)، تخریج الفروع على الأصول لعثمان شوشان (٢/ ٧٩٧).

(٤) جزء من الآية (٢٣) من سورة النساء.

من الرضاع ما يحرم من النسب^(١)، على التقييد فيما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: (كان فيما أنزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرم من، ثم نسخن بخمس معلومات، فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهنّ فيما يقرأ من القرآن)^(٢)، فجاء الرضاع مطلقاً من غير تقييد بعدد في الآية والحديث السابق، وجاء مقيداً بخمس رضعات في خبر عائشة رضي الله عنها، فيحمل المطلق على المقيد، وعليه لا يكون الرضاع محرّماً ما لم يبلغ خمس رضعات.

لكن لو تغير رأي المجتهد في هذه القاعدة، وترجع لديه بعد ذلك عدم جواز حمل المطلق على المقيد، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة، وستتغير فتواه فيها، حيث سيفتي بأن الرضاع المحرّم ما يسمى رضاعاً، سواء في ذلك القليل والكثير، فإذا حصل الرضاع في الحولين تعلق به التحريم، عملاً بالإطلاق في النصوص السابقة.

٣- قد يذهب المجتهد إلى عدم وجوب زكاة الفطر على السيد في أرقائه غير المسلمين، حملاً للإطلاق في الحديث: (أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بصدقة الفطر عن الصغير والكبير والحر والعبد ممن تمونون)^(٣) على التقييد في حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: (فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر صاعاً من تمر أو صاعاً من شعير على العبد والحر والذكر والأنثى

(١) أخرجه البخاري في صحيحه من حديث ابن عباس رضي الله عنهما (٢/٩٣٥) كتاب الشهادات، باب الشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض والموت القديم...، رقم (٢٥٠٢)، وأخرجه مسلم عن عائشة رضي الله عنها بلفظ: (يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة)، صحيح مسلم (٢/١٠٦٨) كتاب الرضاع، باب يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة، رقم (١٤٤٤).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (٢/١٠٧٥) كتاب الرضاع، باب التحريم بخمس رضعات، رقم (١٤٥٢).

(٣) رواه الدارقطني عن ابن عمر رضي الله عنهما، انظر: سنن الدارقطني (٢/١٤١) كتاب زكاة الفطر، رقم (١٢)، وقال: «رفعه القاسم، وليس بقوي، والصواب موقوف».

والصغير والكبير من المسلمين^(١)، فجاء إيجاب زكاة الفطر عن العبد مطلقاً في الحديث الأول، ومقيداً بالإسلام في الحديث الثاني، فيحمل المطلق على المقيد، وعلى ذلك لا تجب زكاة الفطر على السيد إلا في أرقائه المسلمين.

لكن لو تغير موقف المجتهد من هذه القاعدة الأصولية، وترجع لديه بعد ذلك عدم جواز حمل المطلق على المقيد، فإنه سيتغير اجتهاده في هذه المسألة، وسيذهب إلى أن المسلم يجب عليه أن يخرج زكاة الفطر عن عبده، سواء أكان مسلماً أم كافراً، عملاً بالإطلاق في الحديث الأول.

رابع وعشرون: لو أفتى المجتهد في مسألة، وكان مستنداً في ذلك إلى أن المقتضى له عموم، ثم تغير رأيه في هذه القاعدة، حيث ترجح لديه بعد ذلك أن المقتضى لا عموم له، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة، وسيفتي بخلاف فتواه السابقة.
ومن أمثلة ذلك:

١ - قد فتى المجتهد بعدم بطلان صلاة من تكلم في صلاته، سواء أكان ناسياً أم جاهلاً، لعموم المقتضى في قول النبي ﷺ: (إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)^(٢)، فالمقتضى المقدر في الحديث هو رفع الحكم، والمقتضى عام، فيجب أن يشمل ذلك الحكم الدينوي وهو عدم البطلان، والحكم الأخروي وهو عدم المؤاخذه.

(١) أخرجه البخاري ومسلم، واللفظ للبخاري، انظر: صحيح البخاري (٥٤٧/٢) كتاب الزكاة، أبواب صدقة الفطر، باب فرض صدقة الفطر، رقم (١٤٣٢)، وصحيح مسلم (٦٧٧/٢) كتاب الزكاة، باب زكاة الفطر على المسلمين من التمر والشعير، رقم (٩٨٤).

(٢) أخرجه ابن ماجه وابن حبان والبيهقي والحاكم عن ابن عباس رضي الله عنهما. انظر: سنن ابن ماجه (٦٥٩/١) كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، رقم (٢٠٤٣)، وصحيح ابن حبان (٢٠٢/١٦) ذكر الإخبار عما وضع الله بفضل من هذه الأمة، رقم (٧٢١٩)، وسنن البيهقي الكبرى (٣٥٦/٧) كتاب الخلع والطلاق، باب ما جاء في طلاق المكره، رقم (١٤٨٧١)، والمستدرک (٢١٦/٢) رقم (٢٨٠١) وقال الحاكم: «هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه».

ويدل على ذلك حديث ذي اليمين^(١)، فعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: (صلى بنا رسول الله ﷺ صلاة العصر، فسلم في ركعتين، فقام ذو اليمين فقال: أقصرت الصلاة يا رسول الله أم نسيت؟ فقال رسول الله ﷺ: (كل ذلك لم يكن). فقال: قد كان بعض ذلك يا رسول الله، فأقبل رسول الله ﷺ على الناس فقال: (أصدق ذو اليمين؟) فقالوا: نعم يا رسول الله، فأتم رسول الله ﷺ ما بقي من الصلاة، ثم سجد سجدتين وهو جالس بعد التسليم)^(٢).

يقول ابن حجر - عند شرحه لحديث ذي اليمين - : «واستدل به على أن المقدر في حديث: (رفع عن أمي الخطأ والنسيان) أي: إثمها وحكمها، خلافاً لمن قصره على الإثم»^(٣).

لكن لو أن المجتهد تغير رأيه في هذه القاعدة الأصولية، وترجع لديه بعد ذلك أن المقتضى لا عموم له، فإنه سيتغير اجتهاده، وسيرجع عن فتواه السابقة؛ لأنها مبنية على القول بعموم المقتضى، وسيفتي بطلان صلاة من تكلم فيها، سواء أكان عامداً أم ناسياً، وسواء أكان عالماً أم جاهلاً؛ للحديث السابق، حيث إنه محمول على رفع الحكم الأخروي فقط، وهو عدم المؤاخذه ورفع الإثم، ولا يشمل الحكم الديني؛ لأن المقتضى لا عموم له.

(١) هو: الخرباق بن عمرو، من بني سليم، لُقّب بذي اليمين؛ لأن في يديه طولاً، كان ينزل بذي خشب من ناحية المدينة، أسلم عام خيبر بعد بدر بأعوام، وصحب النبي ﷺ، وعاش بعده طويلاً، حتى روى عنه المتأخرون من التابعين.

انظر: الإستيعاب (١/٤٤٨)، تهذيب الأسماء واللغات (١/١٨٥)، الإصابة (١/٤٢٢)، أسد الغابة (١٦٢/٢).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١/٤٠٤) كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب السهو في الصلاة والسجود له، رقم (٥٧٣).

(٣) فتح الباري (٣/١٠٢).

يقول ابن الهمام: «وقوله: (رفع عن أمتي)، أو (إن الله وضع عنهم) من باب المقتضى، ولا عموم له؛ لأنه ضروري، فوجب تقديره على وجه يصح، والإجماع على أن رفع الإثم مراد، فلا يراد غيره، وإلا لزم تعميمه، وهو في غير محل الضرورة، ومن اعتبره في الحكم الأعم من حكم الدنيا والآخرة فقد عممه من حيث لا يدري، إذ قد أثبتته في غير محل الضرورة من تصحيح الكلام»^(١).

٢ - قد يفتي المجتهد بأن من أكل ناسياً أو مكرهاً أو مخطئاً وهو صائم، فصيامه صحيح، ولا قضاء عليه لعموم المقتضى في الحديث السابق، وهو قول النبي ﷺ: (إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) ذلك أن المقتضى في الحديث هو رفع الحكم، فيشمل ذلك الحكم الديني والحكم الأخروي - كما سبق بيانه - لعموم المقتضى.

ولقول النبي ﷺ في الناسي: (إذا نسي فأكل وشرب فليتم صومه، فإنها أطعمه الله وسقاه)^(٢)، والمكره يلحق بالناسي في تصحيح صيامه وعدم إبطاره، بل هو أولى منه في ذلك؛ لأنه مخاطب بالأكل لدفع الضرر عن نفسه.

يقول النووي: «واحتجوا لعدم البطلان: بأنه بالإكراه سقط أثر فعله، ولهذا لا يآثم بالأكل؛ لأنه صار مأموراً بالأكل، لا منهياً عنه، فهو كالناسي، بل أولى منه بأن لا يفطر؛ لأنه مخاطب بالأكل لدفع ضرر الإكراه عن نفسه، بخلاف الناسي، فإنه ليس بمخاطب بأمر ولا نهي»^(٣).

(١) شرح فتح القدير (١/٣٩٦).

(٢) سبق تخريجه في (١/٣٥٧).

(٣) المجموع (٦/٣٣٦).

لكن لو تغير رأي المجتهد في عموم المقتضى، وترجع لديه بعد ذلك عدم عموم المقتضى؛ لأن العموم من عوارض الألفاظ، والمقتضى معنى، فلا عموم له، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة السابقة، وسيرجع عن فتواه فيها، حيث سيفتي ببطلان صيام من أكل أثناء النهار، سواء أكان مخطئاً أم مكرهاً، وأنه يجب عليه القضاء، لكن لا إثم عليه في ذلك، للحديث السابق، حيث إنه محمول على رفع الحكم الأخرى وهو رفع الإثم وعدم المؤاخذة، ولا يشمل ذلك الحكم الديني؛ لأن المقتضى لا عموم له.

وأما الناسي فصيامه صحيح، ولا قضاء عليه؛ للنص الوارد في ذلك، ولا يقاس عليه المكره؛ لأن تصحيح صيام الناسي قد ثبت على خلاف القياس، وما ثبت على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس^(١).

٣- قد يفتي المجتهد بأن طلاق المكره لا يقع؛ لعموم المقتضى في الحديث السابق، وهو قول النبي ﷺ: (إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)، ووجه الدلالة كما سبق.

لكن لو أن المجتهد تغير رأيه في هذه القاعدة، ورأى أن المقتضى لا عموم له، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة التي أفتى فيها، وسيفتي بوقوع طلاق المكره، للحديث السابق، حيث إنه محمول على رفع الإثم فقط، فهو من باب المقتضى، ولا عموم له.

خامس وعشرون: لو أن المجتهد أفتى في مسألة، وكان قد بنى تلك الفتوى على الاحتجاج بمفهوم المخالفة، ثم تغير موقفه من الاحتجاج بهذا المفهوم، حيث ترجح لديه بعد ذلك أن مفهوم المخالفة ليس بحجة في إثبات الأحكام أو نفيها، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة، وسيفتي فيها بخلاف فتواه السابقة.

(١) انظر: المبسوط (٣/٦٥)، والهداية (١/١٢٢)، وشرح فتح القدير (٢/٣٢٧).

ومن أمثلة ذلك:

١ - قد يفتي المجتهد - إن كان ممن يرى الاحتجاج بمفهوم المخالفة - بعدم جواز نكاح الأمة مع القدرة على طول الحرية، أو عدم جواز نكاح الأمة الكتابية عند فقدان طول الحرية، أو عدم جواز نكاحها مع عدم خوف العنت، أخذاً من مفهوم المخالفة في قوله تعالى: ﴿ وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مَنِ فَتَيْتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ۖ ﴾^(١).

فقد دلّت هذه الآية بمنطوقها على جواز نكاح الأمة بشرط عدم استطاعة طول الحرية، وبأن تكون الأمة مؤمنة، كما دلّت على جواز نكاح الأمة الكتابية بشرط خوف العنت، وهو الوقوع في الزنا، فتدلّ بمفهومها المخالف على تحريم الزواج بالأمة مع القدرة على طول الحرية، وتحريم الزواج بالأمة الكتابية حتى عند فقدان طول الحرية، وتحريم الزواج بها أيضاً مع عدم خوف العنت^(٢).

لكن لو تغير موقف المجتهد من الاحتجاج بهذا المفهوم، وترجح لديه بعد ذلك أن مفهوم المخالفة ليس بحجة، فإنه سيتغير اجتهاده وفتواه في المسألة السابقة، حيث سيفتي بجواز نكاح الأمة مطلقاً، سواء أكان قادراً على طول الحرية أم لم يكن كذلك، وسواء أكانت الأمة مؤمنة أم كتابية، وسواء خشي العنت أم لم يخش، أخذاً من عموم قوله تعالى: ﴿ فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ۗ ﴾^(٣)، ومن قوله تعالى - بعد أن ذكر المحرمات من

(١) جزء من الآية (٢٥) من سورة النساء.

(٢) انظر: الأم (٦/٥).

(٣) جزء من الآية (٣) من سورة النساء.

النساء-: ﴿وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ..﴾^(١)، فجواز نكاح الأمة مطلقاً - على ما سبق - مندرج تحت عموم هاتين الآيتين، وأما تحريم النكاح ومنعه فلم تدل عليه الآية السابقة إلا عن طريق المفهوم المخالف، وهو ليس بحجة، كما أنه لا يقوى على معارضة منطوق الآيتين السابقتين؛ لأن المنطوق أقوى من المفهوم، فيقدم عليه.

٢ - قد يفتي المجتهد - إن كان يرى الاحتجاج بمفهوم المخالفة - بأن النفقة لا تجب للمطلقة البائن إذا لم تكن حاملاً، أخذاً من مفهوم المخالفة في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْ أَوْلَتْ حَمَلًا فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ..﴾^(٢).

فقد دلت الآية بمنطوقها على وجوب النفقة للباين بشرط أن تكون حاملاً، ودلت بمفهومها المخالف على عدم وجوب النفقة لها إن لم تكن ذات حمل، حيث ينتفي الحكم عند انتفاء الشرط.

لكن لو تغير رأي المجتهد في هذه القاعدة، وترجح لديه عدم الاحتجاج بمفهوم المخالفة، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة، وسيفتي فيها بوجوب النفقة للمطلقة ثلاثاً، سواء أكانت حاملاً أم لا - كما هو مذهب بعض الفقهاء - حيث إن الآية السابقة قد صرحت بوجوب النفقة للحامل، ولم تتعرض لحكم النفقة بالنسبة لغيرها، فيبقى الحكم على أصله، وهو وجوب النفقة؛ لأن الزوجة قبل طلاقها كانت نفقتها واجبة على الزوج، فيستصحب هذا الأصل، لعدم ورود ما ينافيه ويعارضه^(٣).

(١) جزء من الآية (٢٤) من سورة النساء.

(٢) جزء من الآية (٦) من سورة الطلاق.

(٣) انظر: المبسوط (٢٠٢/٥)، وبدائع الصنائع (٢٠٩/٣)، وتبيين الحقائق (٦٠/٣)، والهداية

٣- قد يفتي المجتهد - إن كان يرى الاحتجاج بمفهوم المخالفة - بأن للأب إيجاب ابنته البكر البالغة على الزواج - كما هو رأي أكثر الفقهاء^(١) - أخذاً من مفهوم المخالفة في قول النبي ﷺ: (الطيب أحق بنفسها من وليها)^(٢)، حيث دلّ الحديث بمنطوقه على أن الطيب أحق بنفسها من وليها، فليس لوليها أن يجبرها على النكاح، ودلّ مفهومه المخالف على أن ما سوى الطيب، وهي البكر ليست أحق بنفسها من وليها، فللأب إجبارها على النكاح.

لكن لو رأى المجتهد بعد ذلك أن مفهوم المخالفة ليس بحجة، فإنه سيتغير اجتهاده في المسألة، وسيفتي بأنه ليس للأب إجبار ابنته على الزواج - كما هو مذهب بعض الفقهاء^(٣) - سواء أكانت بكر أم ثيباً، حيث إن الحديث قد دلّ على أنه ليس للأب إجبار الطيب على النكاح، ولم يتعرض للحكم الإيجاب بالنسبة للبكر إلا عن طريق مفهوم المخالفة، وهو ليس بحجة^(٤).

سادس وعشرون: لو أفتى المجتهد باجتهاده في مسألة فقهية، وكان مستنداً في ذلك إلى أنه إذا تعارض العموم ودليل الخطاب فإنه يقدم دليل الخطاب؛ لأنه أقوى، ثم تغير رأيه في هذه القاعدة ورأى بعد ذلك تقديم العموم على دليل الخطاب عند التعارض، فإنه

(١) انظر: الاستذكار لابن عبد البر (٥/٤٠١)، والحاوي الكبير للهاوردي (٩/٥٢)، والمهذب

(٢/٣٧)، وبداية المجتهد (٢/٤)، والإقناع للشرييني (٢/٤١٥).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه من حديث ابن عباس رضي الله عنهما، انظر: صحيح مسلم (٢/١٠٣٧)، كتاب

النكاح، باب استئذان الطيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت، رقم (١٤٢١).

(٣) انظر: تبين الحقائق (٢/١١٨)، وشرح فتح القدير (٣/٢٦٢).

(٤) انظر بناء الفروع الفقهية السابقة على القواعد الأصولية في: تخريج الفروع على الأصول للزنجاني، ومفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول للتلمساني، والقواعد والفوائد الأصولية، وأثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء للدكتور مصطفى سعيد الخن، وتخريج الفروع على الأصول لعثمان شوشان.

سيستغير اجتهاده في المسألة الفقهية المفرعة على هذه القاعدة، وسيرجع عن فتواه السابقة، ليفتني بما يوافق رأيه الجديد في القاعدة.

ومن أمثلة ذلك:

أن الإمام مالكا كان يرى أن الأعرور إذا فقأ عين الصحيح عمداً وكانت مماثلة لعينه فليس للمجني عليه سوى القصاص، استدلالاً بعموم الأدلة الواردة في تعين القصاص، كقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى..﴾^(١)، وقوله تعالى: ﴿وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ..﴾^(٢)، وقوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ..﴾^(٣)، وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ..﴾^(٤)، وقول النبي ﷺ: (كتاب الله القصاص)^(٥).

ثم رجع مالك عن قوله السابق، وذهب إلى أن المجني عليه مخير بين القصاص وأخذ نصف الدية^(٦).

وقد استدل الإمام مالك على رأيه الجديد بالأدلة التي ورد فيها التخيير بين الأمرين، كقوله تعالى: ﴿فَمَنْ عَفَىٰ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدِّ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ..﴾^(٧)،

(١) جزء من الآية (١٧٨) من سورة البقرة.

(٢) جزء من الآية (٤٥) من سورة المائدة.

(٣) جزء من الآية (١٩٤) من سورة البقرة.

(٤) جزء من الآية (١٢٦) من سورة النحل.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه من حديث أنس بن مالك ؓ، انظر: صحيح البخاري (٢/ ٩٦١)

كتاب الصلح، باب الصلح في الدية، رقم (٢٥٥٦).

(٦) انظر: المنتقى للبايجي (٧/ ٨٣).

(٧) جزء من الآية (١٧٨) من سورة البقرة.

وقول النبي ﷺ: (من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يودي، وإما أن يقاد)^(١)، والأعضاء تأخذ حكم النفس في ذلك.

فلعل سبب تغيير اجتهاد الإمام مالك ورجوعه عن رأيه في هذه المسألة، هو تبدل الاجتهاد عنده في الأقوى عند التعارض، دليل الخطاب أو العموم؟ فبنى رأيه الأول على أن دليل الخطاب أقوى، ذلك أن ظاهر تلك النصوص يدل على أن في العمدة القصاص، وتدل بمفهومها المخالف على أن لادية في العمدة، وبنى رأيه الجديد على تقديم العموم على دليل الخطاب حيث إن فيه إعمالاً لعموم النصوص التي ورد فيها التخيير بين القصاص وبين أخذ الدية^(٢).

(١) أخرجه البخاري ومسلم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه. انظر: صحيح البخاري (٦/٢٥٢٢) كتاب الديات، باب من قتل له قتيل فهو بخير النظرين، رقم (٦٤٨٦)، وصحيح مسلم (٢/٩٨٨) كتاب الحج، باب تحريم مكة وصيدها وخلاتها وشرجها ولقطنها إلا لمنشد على الدوام، رقم (١٣٥٥).

(٢) انظر: المسائل الفقهية التي رجع فيها الإمام مالك في غير العبادات لعبد الحكيم بلمهدي (ص ٣٤٨).

الفصل الثاني

تغير الاجتهاد بسبب تحقيق المصالح

وفيه تمهيد ومبحثان:
التمهيد: حقيقة المصالح وشروط اعتبارها.
المبحث الأول: وجه كون المصالح سبباً لتغير
الاجتهاد.
المبحث الثاني: أمثلة لتغير الاجتهاد بسبب تحقيق
المصالح.



التمهيد

حقيقة المصالح وشروط اعتبارها

أولاً: معنى المصلحة:

المعنى اللغوي:

المصلحة في اللغة مشتقة من الفعل "صلح" والصاد واللام والحاء أصل واحد يدل على خلاف الفساد^(١)، فالصلاح ضد الفساد، تقول: صَلَحَ الشيء يَصْلُحُ صلاحاً وصلوحاً.

وعلى هذا فالمصلحة واحدة المصالح، وهي في اللغة بمعنى المنفعة^(٢).

«فكل ما كان فيه نفع - سواء أكان بالجلب والتحصيل كاستحصال الفوائد واللذائذ،

أو بالدفع والالتقاء، كاستبعاد المضار والآلام - فهو جدير بأن يسمى مصلحة»^(٣).

المعنى الاصطلاحي:

اختلفت عبارات الأصوليين في تعريف المصلحة، ومن أقرب هذه التعريفات إلى

حقيقة المصلحة في نظري ما يأتي:

١ - تعريف الغزالي لها بأنها: «المحافظة على مقصود الشرع»^(٤)، ثم بين مقصود الشرع

بقوله: «ومقصود الشرع من الخلق خمسة، وهو أن يحفظ عليهم دينهم، ونفسهم،

وعقلهم، ونسلهم، وما لهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة،

وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة، ودفعها مصلحة»^(٥).

(١) انظر: مادة "صلح" في مقاييس اللغة (٣/٣٠٣).

(٢) انظر: مادة "صلح" في لسان العرب (٢/٥١٦، ٥١٧)، والقاموس المحيط (١/٤٧٣)، ومختار

الصحيح (ص/١٧٨)، والمصباح المنير (١/٣٤٥).

(٣) ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، للدكتور محمد سعيد رمضان البوطي (ص/٣٧).

(٤) المستصفى (١/٢٨٦، ٢٨٧).

(٥) المرجع السابق (١/٢٨٧).

فضابط المصلحة عنده الملاءمة لمقصود الشارع بالمحافظة على الكليات الخمس.
 ٢ - وقريب منه تعريف الخوارزمي^(١)، حيث عرف المصلحة بأنها: «المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفسد عن الخلق»^(٢).

٣ - وعرفها الدكتور محمد سعيد البوطي، بأنها: «المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم طبق ترتيب معين فيما بينها»^(٣).

وهذا التعريف مستفاد من تعريف الغزالي السابق، غير أنه أقرب إلى حقيقة المصلحة، ومن أجمع التعريفات التي قيلت فيها؛ حيث عرّفها بحقيقتها اللغوية، وهي المنفعة، كما بيّن تفاوت مصالح هذه الكليات الخمس، وأن بعضها مقدم على بعض عند التعارض، وذلك بإضافته القيد الأخير في التعريف، وهو قوله: «طبق ترتيب معين فيما بينها».

ولعل من المناسب أن يكون تعريف المصلحة متضمناً للمنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده... وللمنفعة الملائمة لمقصود الشارع، ليشمل التعريف نوعي المصلحة المعتبرة في الشرع، وهما: المصلحة المعتبرة، والمصلحة المرسلّة، ولذلك عرفها أحد الباحثين بأنها: «كل منفعة قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم، أو كانت ملائمة لمقصوده وفق شروط معينة»^(٤).

(١) هو: أبو محمد منصور بن أحمد بن يزيد الخوارزمي الحنفي، عالم بالأصول، وقد شرح كتاب المغني في أصول الفقه للخبازي. توفي سنة ٧٧٥هـ.

انظر: هدية العارفين (٦/٤٧٤)، والأعلام (٨/٢٣٤).

(٢) البحر المحيط (٦/٧٦).

(٣) ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، للبوطي (ص/٣٧).

(٤) المصالح المرسلّة وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي (ص/٣٠).

ثم قال: «فما قصده الشارع: يشمل المصلحة المعتبرة التي شهدت النصوص الخاصة لعينها أو لنوعها، وما كان ملائماً لمقصوده: يشمل المصلحة المرسلّة التي شهدت مجموع النصوص أو القواعد الكلية لجنسها»^(١).

ثانياً: أقسام المصلحة:

تنقسم المصلحة إلى أقسام عدة باعتبارات مختلفة، وهي كما يأتي:

التقسيم الأول: من حيث اعتبار الشارع:

تنقسم المصلحة من حيث اعتبار الشارع لها وعدم اعتباره إلى ثلاثة أقسام^(٢):

القسم الأول: المصلحة المعتبرة: وهي المصلحة التي شهد الشرع باعتبارها وراعاها في أصل معين يمكن القياس عليه، فهذه المصلحة هي التي تتضمنها العلة في القياس، وتسمى بالمناسبة.

ومن أمثلتها: المصلحة الموجودة في تحريم الخمر، والمتمثلة في حفظ العقل، فهي مصلحة اعتبرها الشارع.

وأيضاً: المصلحة الموجودة في تشريع القصاص، والمتمثلة في حفظ النفس، فهي مصلحة اعتبرها الشارع.

وهذه المصلحة قد اتفق العلماء على اعتبارها والعمل بها والقياس عليها.

القسم الثاني: المصلحة الملغاة: وهي المصلحة التي شهد الشرع ببطلانها وإلغائها.

ومن أمثلتها: المصلحة الموجودة في الربا، وفي مساواة الذكر والأنثى في الميراث، وفي المنع من زراعة العنب لئلا يتخذ خمرًا.

(١) المرجع السابق، الصفحة نفسها.

(٢) انظر: المستصفي (١/٢٨٤)، والمحصول للرازي (٦/١٦٢)، وروضة الناظر (٢/٥٣٧)،

والإحكام للآمدي (٣/٢٨٢)، وشرح تنقيح الفصول (ص/٣٥٠)، ونهاية الوصول للهندي

(٩/٣٩٩٦)، وتقريب الوصول (ص/٤٠٥)، والاعتصام للشاطبي (٢/٣٧٤).

وهذه المصلحة قد دَلَّ الشرع على عدم الاعتداد بها، وعدم مراعاتها في الأحكام؛ لأنها تتضمن مفسدة أعظم منها، أو لتفويتها مصلحة أكبر.

وقد اتفق العلماء على إلغاء هذه المصلحة وعدم الاعتداد بها لمصادمتها نصوص الشريعة.

القسم الثالث: المصلحة المرسلّة: وهي المصلحة التي لم يشهد لها الشرع بالاعتبار ولا بالإلغاء، ولكنها ملائمة لتصرفات الشارع.

فهذه المصلحة قد اعتبر الشارع جنسها، ولكن لم يشهد لعينها بالاعتبار نص معين حتى يمكن القياس عليه.

ومن أمثلتها: المصلحة الناتجة من جمع القرآن في مصحف واحد، فهذا التصرف يحقق مصلحة حفظ الدين، لكنه لم يرد في ذلك نص خاص يدل على حفظ الدين بهذا العمل.

وقد نقل الأصوليون خلافاً في الاحتجاج بهذه المصلحة، وليس هذا مقام بسطه، لكني أنبه إلى أن هذا الخلاف لا يعدو أن يكون خلافاً لفظياً، لانفاق الفقهاء على العمل بها في فروعهم الفقهية، فلا يكاد يخلو مذهب فقهي من التعليل بها، ولذلك فإن اختلاف الأصوليين في حجية هذه المصلحة يعود إلى عدم تحديد المراد بها، أو إلى عدّها دليلاً مستقلاً، أو إلى تقديمها على النصوص، أو حين تكون ظنية أو معارضة لمثلها، وبهذا يكون الاحتجاج بالمصلحة المرسلّة محل وفاق^(١).

وقد صرح بذلك الغزالي حيث قال: «من ظن أنه أصل خامس فقد أخطأ؛ لأننا رددنا المصلحة إلى حفظ مقاصد الشرع، ومقاصد الشرع تعرف بالكتاب والسنة والإجماع، فكل مصلحة لا ترجع إلى حفظ مقصود فهم من الكتاب والسنة والإجماع، وكانت من المصالح الغريبة التي لا تلائم تصرفات الشارع فهي باطلة مطرحة، ومن صار إليها فقد شرّع، كما

(١) انظر: المستصفي (١/٣١٠، ٣١١)، وشرح تنقيح الفصول (ص/٣٠٦)، والبحر المحييط (٥/٢١٥)، وضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية (ص/٣٩٨، ٤١٩).

أن من استحسن فقد شرع، وكل مصلحة رجعت إلى حفظ مقصود شرعي علم كونه مقصوداً بالكتاب والسنة والإجماع فليس خارجاً من هذه الأصول، لكنه لا يسمى قياساً، بل مصلحة مرسله^(١).

ثم قال: «وإذا فسرنا المصلحة بالمحافظة على مقصود الشرع فلا وجه للخلاف في اتباعها، بل يجب القطع بكونها حجة، وحيث ذكرنا خلافاً لذلك عند تعارض مصلحتين ومقصودين وعند ذلك يجب ترجيح الأقوى»^(٢).

ويقول القرافي: «وأما المصلحة المرسله فالمنقول أنها خاصة بنا، وإذا تفقدت المذاهب وجدتهم إذا قاسوا وجمعوا وفرقوا بين المسألتين لا يطلبون شاهداً بالاعتبار لذلك المعنى الذي به جمعوا وفرقوا، بل يكتفون بمطلق المناسبة، وهذا هو المصلحة المرسله، فهي حيثئذ في جميع المذاهب»^(٣).

التقسيم الثاني: من حيث قوة المصلحة:

تنقسم المصلحة من حيث قوتها إلى ثلاثة أقسام^(٤):

القسم الأول: المصلحة الضرورية: وهي المصلحة التي «لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد وتهاجر وفوت حياة، وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم، والرجوع بالخسران المبين»^(٥).

(١) المستصفى (١/٣١٠، ٣١١).

(٢) المرجع السابق (١/٣١١).

(٣) شرح تنقيح الفصول (ص/٣٠٦).

(٤) انظر: المستصفى (١/٢٨٦)، وشفاء الغليل (ص/١٦١)، والمحصول (٦/١٦٣)، وروضة الناظر

(٢/٥٣٨، ٥٣٩)، والموافقات (٢/١٧)، والتحرير مع التقرير والتجبير (٣/١٤٣-١٤٥)،

ومقاصد الشريعة الإسلامية، لابن عاشور (ص/٢١٨)، وضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية،

للبيوطي (ص/٢٦٢).

(٥) الموافقات (٢/١٧، ١٨).

وعرفها الدكتور يوسف العالم بقوله: «هي ما لا بد منها لقيام نظام العالم وصلاحه بحيث لا يبقى النوع الإنساني مستقيم الحال بدونه»^(١).

وعرّفت كذلك بأنها: «المصالح التي تتضمن حفظ مقصود من المقاصد الخمسة وهي حفظ الدين، والنفس، والعقل، والمال، والنسب»^(٢).

وهذه التعريفات متقاربة، فالمؤدى منها واحد؛ حيث إن حفظ مقاصد الشريعة الخمسة واقع موقع الضرورة، من حيث إن العالم لا يستقيم إلا بها، وفي ضياعها هلاك له، وإيقاع له في الفساد في الدنيا، والخسران في الآخرة^(٣).

فالمصالح الضرورية ترجع إلى الكليات الخمس السابقة، ولا تتحقق إلا بها، ولذلك فإنها تُعدُّ أعلى أنواع المصالح التي قصد الشارع المحافظة عليها، إذ لا بد منها في حفظ هذه الأمور الخمسة: الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال^(٤).

وحفظ هذه الضروريات يكون بأمرين:

الأول: ما يقيم أركانها ويثبت قواعدها، وهو مراعاتها من جانب الوجود.

الثاني: ما يدرأ عنها الاختلال الواقع أو المتوقع فيها، وهو مراعاتها من جانب العدم^(٥).

فحفظ الدين يكون بأمرين:

الأول: حفظه من جانب الوجود، بإقامة أركانه وتثبيت قواعده، ولذلك شرعت

أصول العبادات، كالإيمان والنطق بالشهادتين، والصلاة، والزكاة، والصوم، والحج، وسائر الطاعات.

(١) المقاصد العامة للشريعة الإسلامية (ص/ ١٦١).

(٢) مقاصد الشريعة الإسلامية، لليوبي (ص/ ١٨٢).

(٣) المرجع السابق (ص/ ١٨٣).

(٤) انظر: الموافقات (٢/ ٢٠).

(٥) انظر: المرجع السابق (٢/ ١٨).

الثاني: حفظه من جانب العدم بما يدرأ عنه الاختلال الواقع أو المتوقع، ولذا شرع الجهاد لمحاربة المعتدين، وحماية المستضعفين، والدفاع عن المظلومين، وشرعت العقوبات لمنع الفساد وردع المفسدين، وشرع النهي عن المنكر لاستدفاع المفساد الدينية والدنيوية، ولئلا يتسرب الضلال إلى الأمة.

وحفظ النفس يكون بأمرين:

الأول: حفظها من جانب الوجود، بتناول الطعام والشراب واللبس والمسكن، مما يتوقف عليه بقاء الحياة البشرية وصون الأبدان.

الثاني: حفظها من جانب العدم، بتحريم الاعتداء على النفس، وتشريع القصاص والعقوبات، وكذا بإباحة فعل المحرمات عند الضرورة.

وحفظ العقل يكون بأمرين:

الأول: حفظه من جانب الوجود، بتغذيته بالعلم النافع وتزكيته من برائن الخرافات، والأمر بالتفكير والتدبر، والنهي عن التقليد.

الثاني: حفظه من جانب العدم، بتحريم ما يزيل العقل أو يخل به من المسكرات، وإقامة العقوبة عليها.

وحفظ النسل يكون بأمرين:

الأول: حفظه من جانب الوجود، بالحث على ما يحصل به بقاءه واستمراره وتكثيره، كالحث على النكاح والترغيب فيه، وإيجاب النفقة والحضانة.

الثاني: حفظه من جانب العدم، وذلك بمنع ما يقطع النسل أو يقلله، وعقوبة من يساهم في اختلاطه، ولذا حرم الزنا واللواط والقذف، وشرع الحد على من ارتكب هذه الأفعال.

وحفظ المال يكون بأمرين:

الأول: حفظه من جانب الوجود، بالحث على الصدقة، وعلى التكسب بالحلال، وتنمية المال تنمية مشروعة، ولذا شرع البيع والشراء وسائر التجارات.

الثاني: حفظه من جانب عدم، وذلك بتحريم السرقة والغصب والغش والرشوة، وإقامة العقوبات على من ارتكب شيئاً من ذلك، وكذلك حُرِّم الإسراف والتبذير وإضاعة المال، وشرع الحجر على السفية الذي لا يحسن التصرف في ماله^(١).

القسم الثاني: المصلحة الحاجية: وهي المصلحة التي يفتقر «إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب، فإذا لم تُراعَ دخل على المكلفين - على الجملة - الحرج والمشقة، ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادي المتوقع في المصالح العامة»^(٢).

وعرفها الطاهر بن عاشور بأنها: «ما تحتاج الأمة إليه لاقتناء مصالحها وانتظام أمورها على وجه حسن، بحيث لولا مراعاته لما فسد النظام، ولكنه على حالة غير منتظمة»^(٣).

والمصالح الحاجية جارية في العبادات، والعادات، والمعاملات، والجنايات:

ومثالها في العبادات: الرخص المخففة للمشقة المترتبة على السفر والمرض، كقصر الصلاة في السفر، والفطر في نهار رمضان للمريض والمسافر.

ومثالها في العادات: التمتع بالطيبات مما هو حلال مأكلاً ومشرباً وملبساً ومسكناً ومركباً.

(١) انظر: الموافقات (١٨/٢) وما بعدها، المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، للدكتور يوسف العالم (ص/٢٢٦) وما بعدها، مقاصد الشريعة، لليوبي (ص/١٩٤) وما بعدها، مقاصد الشريعة الإسلامية، للدكتور زياد أحمدان (ص/٩١) وما بعدها، نظرية المقاصد عند الشاطبي، للدكتور أحمد الريسوني (ص/٢٩٣)، مقاصد الشريعة عند ابن تيمية، للدكتور يوسف البدوي (ص/٤٦٢) وما بعدها، علم مقاصد الشارع، للدكتور عبدالعزيز الربيع (ص/١٣٢، ١٣٣) المصالح المرسله وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي (ص/٣٩) وما بعدها.

(٢) الموافقات (٢١/٢).

(٣) مقاصد الشريعة الإسلامية (ص/٢٢٣).

ومثالها في المعاملات: إباحة الإجارة، والمساقاة، والسلم، وإلغاء التوابع في العقد على المتبوعات، كثمر الشجر ومال العبد.

ومثالها في الجنایات: تشريع القسامة، والحكم باللوث، وضرب الـدية على العاقلة، وتضمن الصناع، وما أشبه ذلك^(١).

القسم الثالث: المصلحة التحسينية: وعرفها إمام الحرمین الجويني^(٢) بأنها: «ما لا يتعلق به ضرورة حاقة ولا حاجة عامة، ولكنه يلوح فيه غرض في جلب مكرمة أو في نفي نقيض لها»^(٣).

فهي: «من قبيل رعاية أحسن المناهج في محاسن العادات»^(٤).
ولذلك عرفها الشاطبي بأنها: «الأخذ بما يليق من محاسن العادات، وتجنب المندسّات التي تأنفها العقول الراجحات، ويجمع ذلك قسم مكارم الأخلاق»^(٥).

(١) انظر: روضة الناظر (٢/٥٣٩)، والمواقفات (٢/٢١، ٢٢).

(٢) هو: أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني الطائي النيسابوري، الملقب بضياء الدين، والمشهور بإمام الحرمین، المتكلم، الأصولي، الفقيه الشافعي، مقدم الشافعية في عصره وإمامهم، ولد سنة ٤١٩هـ، وقيل: سنة ٤١٧هـ، وشهرته تغني عن الإطالة في التعريف به.

من مؤلفاته: الشامل في أصول الدين، والإرشاد في أصول الدين، والبرهان في أصول الفقه، والتلخيص في أصول الفقه، وهو مختصر التقريب والإرشاد للباقلاني، والورقات في أصول الفقه، والكافية في الجدل، ونهاية المطلب في دراية المذهب في الفقه، وغيرها. توفي في نيسابور سنة ٤٧٨هـ.

انظر: تبیین كذب المفتری (ص/٢٧٨)، وفيات الأعيان (٣/١٦٧)، سير أعلام النبلاء (١٨/٤٦٨)، طبقات الشافعية للإسنوي (١/١٩٧)، البداية والنهاية (١٢/١٢٨)، النجوم الزاهرة (٥/١٢١).

(٣) البرهان (٢/٦٠٣) ف (٩٠٣).

(٤) التقرير والتحير (٣/١٤٥).

(٥) المواقفات (٢/٢٢).

فهذه المصلحة لا يتضرر الناس بتركها ولا يلحقهم بذلك حرج؛ حيث لا تقتضيها ضرورة ولا تدعو إليها حاجة، ولكنها ترجع إلى التحسين والتزيين ورعاية مكارم الأخلاق^(١).

والمصالح التحسينية جارية أيضاً في العبادات، والعادات، والمعاملات، والجنايات: ومثالها في العبادات: الطهارات كلها، وإزالة النجاسة، وستر العورة، وأخذ الزينة، والتقرب بنوافل الخيرات من الصدقات والقربات.

ومثالها في العادات: آداب الأكل والشرب، ومجانبة المأكّل النجسة، والمشارب المستخبثة، والإسراف والإقتار في المتناولات.

ومثالها في المعاملات: المنع من بيع النجاسات، وفضل الماء والكلاء، وسلب العبد منصب الشهادة والإمامة، وسلب المرأة منصب الإمامة وإنكاح نفسها، وطلب العتق وتوابعه من الكتابة والتدبير.

ومثالها في الجنايات: المنع من قتل الحر بالعبد، أو قتل النساء والصبيان في الجهاد، والنهي عن التمثيل بالقتلى، وعن الغدر^(٢).

التقسيم الثالث: من حيث العموم والخصوص:

تنقسم المصلحة من حيث العموم والخصوص إلى ثلاثة أقسام^(٣):

القسم الأول: المصلحة العامة: وهي المصلحة المتعلقة بحق الخلق كافة، كمصلحة قتل المبتدع الداعي إلى بدعته، إذا غلب على الظن ضرره وكان هذا الضرر عاماً، وكمصلحة قتل الزنديق، ومصلحة الجهاد.

(١) انظر: علم مقاصد الشارع، د. عبدالعزيز الربيع (ص/ ١٣٧).

(٢) انظر: الموافقات (٢/ ٢٢، ٢٣).

(٣) انظر: شفاء الغليل (ص/ ٢١٠)، ومقاصد الشريعة الإسلامية، لابن عاشور (ص/ ٢٠٤، ٢٢٨).

القسم الثاني: المصلحة الغالبة: وهي المصلحة المتعلقة بحق غالب الخلق، كمصلحة تضمين الصناع، إذ التضمين مصلحة لعامة أرباب السلع، وليسوا هم كل الأمة.

القسم الثالث: المصلحة الخاصة: وهي المصلحة المتعلقة بحق آحاد الخلق، كمصلحة القاضية بفسخ نكاح زوجة المفقود، وانقضاء عدة من تباعدت حيضاتها بالأشهر.

ثالثاً: شروط اعتبار المصلحة:

يشترط لاعتبار المصلحة والعمل بها مايلي:

١ - أن تكون المصلحة حقيقية، أي قطعية أو ظنية لا وهمية، ويثبت ذلك بالبحث والاستقراء، والتأمل وإمعان النظر، فيكون بناء الحكم عليها يجلب نفعاً أو يدفع ضرراً، وأما مجرد توهم المصلحة من غير تأمل وبحث دقيق، ومن غير موازنة عادلة بين وجوه النفع ووجوه الضرر، فهذه مصلحة وهمية لا يسوغ بناء الحكم عليها.

٢ - أن تكون المصلحة ملائمة لمقاصد الشارع، بحيث لا تنافي أصلاً من أصوله، ولا دليلاً من دلائله. فينبغي أن تتفق مع المصالح التي يقصد الشارع إلى تحصيلها، بأن تكون من جنسها وإن لم يشهد لها دليل خاص.

٣ - ألا تعارض نصاً من الكتاب أو السنة، أو تعارض إجماعاً صحيحاً، فإن عارضت المصلحة الكتاب أو السنة أو الإجماع فلا اعتبار لها؛ لأنها مصلحة ملغاة، إما لانطوائها على مفسدة أعظم، أو لتفويتها مصلحة أعظم منها.

٤ - ألا تعارض مصلحة أخرى مساوية لها أو أعظم منها، فإذا حصل تعارض بين مصليحتين، بأن كان العمل بإحدهما وبناء الحكم عليها مفوّتاً للمصلحة الأخرى، فحينئذ يتم الترجيح بينهما بقوة الأثر وعموم النفع وبأكثرهما دفعاً للمفسدة.

٥ - أن تكون المصلحة عامة أو غالبية لا خاصة، أي أن بناء الحكم عليها يجلب نفعاً لعامة الناس أو أكثرهم، بصرف النظر عن مصلحة الأفراد؛ لأنها إذا كانت عامة، كانت

مقصودة للشارع، بخلاف ما لو كانت مصلحة شخصية ينتفع منها فرد أو أفراد محدودون، ويتضرر منها بقية الناس.

ومن هنا فإذا حصل التعارض بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة بفرد أو فئة قدمنا المصلحة العامة.

٦ - أن تكون المصلحة معقولة المعنى في ذاتها، جارية على الأوصاف المناسبة، بحيث إذا عرضت على أهل العقول السليمة تلقتهما بالقبول، فلا مدخل للمصالح في العبادات وما جرى مجراها من الأمور الشرعية، كالكفارات والمقدرات، لأن عامة العبادات لا يعقل لها معنى على التفصيل، فالأصل في العبادات بالنسبة إلى المكلف التبعيد، دون الالتفات إلى المعاني، وبناءً عليه يكون مجال اعتبار المصلحة المعاملات والعادات وما جرى مجراها^(١).

(١) انظر: المستصفى (١/٣٠١، ٣١٠)، وشفاء الغليل (ص/٢١٠)، والمحصول (٢/١٦٤)، وشرح تنقيح الفصول (ص/٣٥١)، والموافقات (٢/٥١٣) و(٣/٢٨٥)، والاعتصام (٢/٣٨٦)، وضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، د. البوطني (ص/١٣١، ١٤١، ١٧٦، ٢٦٠)، وأثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، للدكتور مصطفى البغا (ص/٥٨).

المبحث الأول

وجه كون المصالح سبباً لتغير الاجتهاد

إن الشريعة الإسلامية مبنية على تحصيل المصالح وتكميلها، وتعطيل المفاسد وتقليلها في الحال أو في المآل، وجميع التكاليف ترجع إلى مصالح العباد في الدنيا والآخرة، وهذا منهج عام في جميع الأحكام الشرعية^(١).

ولأجل هذا فإن مراعاة المصلحة من روح التشريع الإسلامي، واعتبار تحقيقها عند النظر هو من مقصود الشارع، لذا فإن الشارع علل الأحكام في كثير من التشريعات ليرشدنا إلى أن الحكم يتبع علته، ويتغير بتغيرها، وبخاصة في مسائل المعاملات التي كثيراً ما تتأثر بتغير الزمان واختلاف المكان.

ومما يدل على أن مراعاة مصالح الناس في أمور معاملاتهم أمر أساسي في التشريع توسُّع الشارع في بيان عللها؛ ليدور الحكم مع علته وجوداً وعدمًا، ويلزم من ذلك أن تتأثر الأحكام الاجتهادية بالبيئة وتغير الأزمان والمصالح، فتتبدل وتتغير تبعاً لذلك، ولعل ثبوت النسخ والتدرج في التشريع ونزول الأحكام تبعاً للحوادث والمناسبات يدلُّ بوضوح على تغير الأحكام تبعاً لتغير المصالح^(٢).

ويوضح الشاطبي وجه علوية المصالح في تغير الأحكام، وكونها مناطاً لها بقوله: «لما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد كانت الأعمال معتبرةً بذلك؛ لأنه مقصود الشارع فيها كما تبين، فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية فلا إشكال، وإن كان الظاهر موافقاً والمصلحة مخالفةً فالفعل غير صحيح وغير مشروع؛ لأن الأعمال الشرعية

(١) انظر: مجموع الفتاوى (٥١٢/١٠)، وإعلام الموقعين (٣/٣)، وقواعد الأحكام في مصالح الأنام

(٢/٢٤٠)، والموافقات (٩/٢)، والفوائد في اختصار المقاصد (ص/٥٣).

(٢) انظر: مباحث في أحكام الفتوى، للدكتور عامر الزبياري (ص/٦٣، ٨٥).

ليست مقصودةً لأنفسها، وإنما قُصد بها أمورٌ أُخرٌ هي معانيها، وهي المصالح التي شرعت لأجلها، فالذي عمل من ذلك على غير هذا الوضع فليس على وضع المشروعات»^(١).

فهنا بين الشاطبي أن الحكم على الأعمال يتبع المصالح؛ لأنها الغاية من تشريع الأحكام، فإذا كان العمل موافقاً للمصلحة كان مشروعاً، وإذا كان مخالفاً لها حُكِمَ عليه بعدم المشروعية، وعليه فتغير المصالح علة لتغير الأحكام، فتتغير تلك الأحكام وفق تغير تلك المصالح.

وحين يتقرر كون الشريعة لا غرض لها سوى مصالح العباد، وأن جميع نصوصها وأحكامها إنما تروم تحقيق تلك المصالح مع ما تستلزمه من درء المفسد، فإن على المجتهد سواء أكان قاضياً أم مفتياً أن يتعامل مع كافة نصوص الشريعة وأحكامها على هذا الأساس؛ بحيث يفهمها فهماً مصلحياً، ويطبقها تطبيقاً مصلحياً^(٢)، ويتخذها معياراً لضبط المصالح المعتبرة وتقديرها، وتمييز المصلحة من المفسدة، وتمييز المصالح العليا من المصالح الدنيا، وتمييز المفسد الكبرى من المفسد الصغرى.

وحين يكون مقصد الشريعة هو تحقيق مصالح الناس في كل ما يحتاجون إليه يصبح تحقيق المصلحة وفق مبادئ الشريعة وروحها ومقاصدها هو معيار صلاحية الاجتهاد وسلامته من الخطأ والزلل^(٣).

وضابط النصوص التي ينبغي للمجتهد أن يفهمها فهماً مصلحياً ويطبقها في فتاواه تطبيقاً مصلحياً أن تكون مطلقة لا مقيدة، بحيث تكون معقولة المعنى، بمعنى أن التفسير

(١) الموافقات (٢/٣٨٥).

(٢) انظر: الاجتهاد، النص، الواقع، المصلحة، للدكتور أحمد الريسوني (ص/٤٩، ٥٠).

(٣) انظر: المرجع السابق (ص/١٢٤).

المصلحة يجب أن يقتصر على النصوص المتعلقة بالأمر العادية، وليست المتعلقة بالعبادات المحضة.

كما أن فهم هذه النصوص وتفسيرها تفسيراً مصلحياً يجب أن يكون ملائماً لمقاصد الشريعة، وموافقاً للقواعد الشرعية العامة.

يقول الشاطبي: «كل دليل شرعي ثبت في الكتاب مطلقاً غير مقيد، ولم يجعل له قانون ولا ضابط مخصوص، فهو راجع إلى معنى معقول وُكِّل إلى نظر المكلف، وهذا القسم أكثر ما تجده في الأمور العادية التي هي معقولة المعنى، كالعدل، والإحسان، والعفو، والصبر، والشكر في الأمور، والظلم، والفحشاء، والمنكر، والبغي، ونقض العهد في المنهيات. وكل دليل ثبت فيها مقيداً غير مطلق، وجعل له قانون وضابط، فهو راجع إلى معنى تعبدى لا يمتدي إليه نظر المكلف ولو وُكِّل إلى نظره، إذ العبادات لا مجال للعقول في أصلها، فضلاً عن كيفياتها، وكذلك في العوارض الطارئة عليها؛ لأنها من جنسها»^(١).

ومن التطبيق المصلحة للنصوص تطبيق شعيرة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بحسب ما تقتضيه المصلحة وما يمليه المقصد الشرعي في الأمر بها في قوله تعالى: ﴿وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْحَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾^(٢)، كما أن المفتي يصدر فتواه في شأن هذه الشعيرة بحسب ما يقتضيه تحقيق المصلحة الشرعية، وهي مختلفة باختلاف الأحوال المحيطة بالواقعة، وباختلاف حالة المستفتي وحالة المنكر عليه وأثر الإنكار، فقد يمنع المفتي من النهي عن المنكر وتغييره في واقعة معينة أو في حق شخص معين حين يكون ذلك مفضياً إلى حصول منكر أعظم، فكل ذلك يختلف باختلاف تحقيق المصلحة^(٣).

(١) الموافقات (٤٦/٣).

(٢) جزء من الآية (١٠٤) من سورة آل عمران.

(٣) انظر: إعلام الموقعين (٤/٣٣٩).

وبناء عليه يجب أن تكون الفتوى الشرعية موافقة لمقصود الشارع في جلب المصالح ودفع المفاسد، حيث ثبت أن الشريعة مبنية على تحصيل المصالح وتعطيل المفاسد، وأن الشرائع إنما وضعت لمصالح العباد في الدنيا والآخرة.

ثم إن الحكم على الفعل بكونه يحقق مصلحة لا يكون إلا بعد التحقق من أن هذه المصلحة حقيقية، وقد توافرت فيها الشروط اللازمة لاعتبار المصالح شرعاً، لثلاث تكون مصلحة متوهمة أو ملغاة لمخالفتها لنص شرعي أو لمناقضتها لمقاصد الشريعة، أو لأن اعتبارها يفضي إلى تفويت مصلحة أعظم منها أو الوقوع في مفسدة أشد. ولهذا اشترط الأصوليون شروطاً لاعتبار المصلحة من أجل توخي المصلحة الملائمة لتصرفات الشارع، وضبط العمل بها من الاضطراب ومناقضة مقاصد الشريعة، وللحذر من أن تُتخذ ذريعة من قبل أهل الأهواء^(١).

يقول ابن التلمساني^(٢): «إن الشارع وإن اعتبر المصالح إلا أنه قيد اعتبارها بقيود وشرائط واصطلاحات لا تهتدي العقول إليها، وغاية العقل أن يحكم بأن جلب المصلحة ودفع المفسدة مطلوبان، لكن تحصيلهما بالطريق المعين ودفعهما بالطريق الخاص لا يُهتدى إليه، فلا بد من دليل شرعي يوصل إلى أن هذا الطريق من مقاصد الشرع»^(٣).

(١) انظر: اعتبار مآلات الأفعال وأثرها الفقهي، للدكتور وليد الحسين (١/ ٢٩٤).

(٢) هو: أبو محمد عبدالله بن محمد بن علي الفهري المصري، الملقب بشرف الدين، والمعروف بابن التلمساني، ولد سنة ٥٦٧هـ، أحد أئمة الشافعية، كان عالماً بالأصول والفروع، ومشاركاً في أصول السدين. من مؤلفاته: شرح معالم أصول الفقه للرازي في الأصول، وشرح المعالم في أصول الدين، والمغني شرح التنبيه، وإرشاد السالك إلى أبين المسالك، وغيرها. توفي سنة ٦٥٨هـ، وقيل: سنة ٦٤٤هـ. انظر: كشف الظنون (٢/ ١٧٢٧)، معجم المؤلفين (٦/ ١٣٣).

(٣) شرح المعالم (٢/ ٤٧٤، ٤٧٥).

ولهذا نصّ الأصوليون على اشتراط أن يكون الحكم بمقتضى المصلحة صادراً ممن هو أهلٌ للاجتهاد ليكون عارفاً بمقاصد التشريع من أجل أن يكون تقدير المصلحة وفق المقاصد الشرعية، فقد نقل القرافي عن الإمام مالك أنه قال: «يشترط في المصلحة أهلية الاجتهاد ليكون الناظر متكيفاً بأخلاق الشريعة، فينبو عقله وطبعه عما يخالفها»^(١).

ويقول الشيخ محمد الأمين الشنقيطي: «إن العمل بالمصلحة المرسله أمرٌ يجب فيه التحفظ وغاية الحذر، حتى يتحقق صحة المصلحة، وعدم معارضتها لمصلحة أرجح منها، أو مفسدة أرجح منها أو مساوية لها، وعدم تأديتها إلى مفسدة في ثاني حال»^(٢).

كما أكد ذلك عبدالوهاب خلاف بقوله: «إن تقدير الضرورة التي يعدل بها عن حكم النص، وتقدير المصلحة التي يبنى عليها الحكم فيما لا نص فيه، يجب أن يكونا من اختصاص الجماعة التشريعية في الأمة، من العدول ذوي البصيرة النافذة بأحكام الشريعة ومصالح الدنيا، ولا يوكل أمر واحد منهما إلى فرد أو أفراد، فإن الهوى قد يغلب على العقل، فيقدّر الكمال ضرورياً، ويقدر المتوهم قطعياً، ويقدر المفسدة مصلحة، والخوف من هذا هو الذي حمل بعض العلماء على إنكار طريق الاستصلاح سداً للذريعة إلى المفساد والمظالم»^(٣).

فالمجتهد العارف بمقاصد الشريعة هو من يستطيع تقدير المصلحة والمفسدة والتمييز بين مراتب المصالح والمفاسد، كما قال العز بن عبدالسلام: «ومن تتبع مقاصد الشرع في جلب المصالح ودرء المفاسد حصل له من مجموع ذلك اعتقاد أو عرفان بأن هذه المصلحة لا يجوز إهمالها، وأن هذه المفسدة لا يجوز قربانها، وإن لم يكن فيها إجماع ولا نص ولا قياس خاص، فإن فهم نفس الشرع يوجب ذلك»^(٤).

(١) نفائس الأصول (٩/٤٢٧٦).

(٢) سلاله الفوائد الأصولية، للدكتور عبدالرحمن السديس (ص/١٥٢).

(٣) مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه (ص/١٠٣).

(٤) قواعد الأحكام في مصالح الأنام (٢/١٦٠).

ومن هنا فإن إهمال ذلك يفضي إلى التخبط والاضطراب في تقدير المصالح والمفاسد، ويوقع في زلل كبير، فقد صدرت بسبب ذلك فتاوى مبنية على مصالح موهومة، فقدرت المصالح بحسب الأهواء والشهوات، ولم توزن بميزان الشرع، كما فوتت بعض المصالح الواجب اعتبارها، وقد صوّر شيخ الإسلام ابن تيمية هذا الأمر بقوله: «وهذا فصل عظيم ينبغي الاهتمام به، فإن من جهته حصل في الدين اضطرابٌ عظيم، وكثير من الأمراء والعلماء والعباد رأوا مصالح فاستعملوها بناءً على هذا الأصل، وقد يكون منها ما هو محذور في الشرع ولم يعلموه، وربما قدّم على المصالح المرسله كلاماً بخلاف النصوص، وكثير منهم من أهمل مصالح يجب اعتبارها شرعاً بناءً على أن الشرع لم يرد بها، فقوّت واجبات ومستحبات، أو وقع في محظورات ومكروهات، وقد يكون الشرع ورد بذلك ولم يعلمه»^(١).

فاعتبار المصالح والمفاسد وتقديرهما لا بد أن يوزن بميزان الشرع، فكثيراً ما يقع الخطأ في تقدير المصلحة، حيث يتبين أنها مصادمة للنصوص الشرعية أو مناقضة لمقاصد الشارع، أو مبنية على توهم لا دليل عليه، فتكون بذلك مفسدةً وليست مصلحة، ذلك أن ما يتوهم الناس أنه مصلحة أو مفسدة، أو فيه نفع أو ضرر يتأثر عادة بالأهواء والأغراض الخاصة، أو قد يكون محصوراً في دائرة ضيقة، أو منظوراً إليه من جهة معينة، أو قد يكون النظر قاصراً مما يفضي إلى الإخلال بالمصالح العامة^(٢).

ثم إن المصالح والمفاسد متفاوتة قوة وضعفاً، ومتفاوتة من حيث ظهورها ووضوحها، فليست على درجة واحدة، يقول العز بن عبدالسلام: «المصالح والمفاسد أقسام: أحدها: ما يعرفه الأذكياء والأغبياء. والثاني: ما يختص بمعرفته الأذكياء، والثالث: ما يختص بمعرفته الأولياء»^(٣).

(١) مجموع الفتاوى (١١/٣٤٣، ٣٤٤).

(٢) انظر: نظرية الضرورة الشرعية، للزحيلي (ص/١٦).

(٣) قواعد الأحكام في مصالح الأنام (١/٢٤).

كما أن المصالح إضافية، وليست ثابتة، فهي تتغير بتغير الزمان والمكان، وتختلف باختلاف الأحوال والأشخاص، فما قد يكون تحسینياً في زمان أو مكان قد يصير حاجياً في زمان أو مكان آخر، وما قد يكون من الحاجيات قد يصير من الضروريات، وما قد يكون من المصالح الخاصة قد يتحول إلى أن يكون من المصالح العامة^(١)، كما أن ما كانت مصلحته غالبية في زمان أو مكان معين، قد تكون مفسدةً غالبيةً في زمان أو مكان آخر، وما كان مصلحةً لأفراد مخصوصين قد يكون مفسدةً لآخرين، ومن هنا يتغير الاجتهاد وتختلف الفتوى من زمن إلى زمن، ومن حال إلى حال، ومن شخص إلى شخص بحسب اختلاف تقدير المصلحة^(٢).

وأيضاً: فإن المصالح والمنافع لا تتمحض فيها المصلحة والمنفعة، بل هي مشوبة بالمفاسد والمضار في العادة، وكذلك المفاسد والمضار ليست بمفاسد ومضار محضة، بل فيها بعض المصالح والمنافع^(٣).

وحينئذٍ قد تغلب المصلحة على المفسدة في حال أو زمن معين فتكون هي الراجحة، ويفتى بالمشروعية، وقد تغلب المفسدة على المصلحة في حال أو زمن آخر وترجع عليها، فيفتى بعدم المشروعية، ومن هنا يتغير الاجتهاد وتختلف الفتوى بحسب غلبة إحداهما على الأخرى ورجحانها عليها^(٤).

ولأجل ما سبق يتعين على المجتهد أن يحكم أو يفتي بمقتضى المصلحة، ويوازن بين المصالح والمفاسد المتعارضة، ويتبع القواعد المقررة في هذا الباب، ولصلة تغير الاجتهاد

(١) انظر: اعتبار مآلات الأفعال وأثرها الفقهي (١/٢٩٩).

(٢) انظر: الموافقات (٢/٦٥).

(٣) انظر: المرجع السابق (٢/٤٤)، وشرح تنقيح الفصول (ص/٧٤)، وقواعد الأحكام في مصالح الأنام (١/٥).

(٤) انظر: الموافقات (٢/٢٦).

بهذا التعارض من خلال الموازنة بين المصالح والمفاسد تظهر الحاجة في هذا المقام إلى بيان أحوال التعارض وطرق الموازنة، ذلك أن التعارض قد يقع بين المصالح، وقد يقع بين المفاسد، وقد يقع بين المصالح والمفاسد، فعلى المجتهد أن يسلك سبيل الترجيح بينها، وذلك كما يأتي:

أولاً: التعارض بين المصالح:

إذا تعارضت مصلحتان وتعذر الجمع بينهما فعلى المجتهد تقديم المصلحة العظمى على المصلحة الدنيا^(١).

فإن كانت إحدى المصلحتين عامة، والأخرى خاصة، وجب تقديم المصلحة العامة على الخاصة^(٢)، لشمول نفعها، ولأن اعتناء الشارع بالمصالح العامة أكثر من اعتناؤه بالمصالح الخاصة^(٣).

وإن وقع التعارض بين مصلحتين مختلفتين من حيث الرتبة لزم تقديم المصلحة الأعلى رتبة على ما دونها، فيقدم المجتهد المصلحة الضرورية على المصلحتين الحاجية والتحسينية، ويقدم المصلحة الحاجية على المصلحة التحسينية، وذلك لأن المصلحة الضرورية أصل للمصلحتين الحاجية والتحسينية، فيلزم من اختلال الضروري اختلال الحاجي والتكميلي، فالضروري من المصالح هو المقصود، وما سواه مبني عليه، وهكذا القول في المصالح الحاجية مع ما دونها من المصالح التحسينية^(٤).

(١) انظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام (١/٥٠)، ومجموع الفتاوى (٢٨/٢٨٤)، ومفتاح دار السعادة (٢/٣٢).

(٢) انظر: إيضاح المسالك، للونشريسي (ص/١٣٤)، والموافقات (٢/٣٥٠).

(٣) انظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام (٢/٧٥).

(٤) انظر: الإحكام للأمدي (٤/٢٧٤)، وشرح تنقيح الفصول (ص/٣٩٣)، والموافقات (٢/١٦)، وشرح الكوكب المنير (٤/٧٢٧).

وإن وقع التعارض بين مصلحتين متحدثين من حيث الرتبة ومختلفتين من حيث القوة، لزم تقديم المصلحة الأقوى^(١).

فيقدم المجتهد مصلحة حفظ الدين، ثم مصلحة حفظ النفس، ثم مصلحة حفظ العقل، ثم مصلحة حفظ النسل، ثم مصلحة حفظ المال^(٢).

يقول الشاطبي: «إن النفوس محفوظة ومطلوبة الإحياء، بحيث إذا دار الأمر بين إحيائها وإتلاف المال عليها، أو إتلافها وإحياء المال، كان إحيائها أولى، فإن عارض إحيائها إماتة الدين، كان إحياء الدين أولى وإن أدى إلى إماتتها، كما جاء في جهاد الكفار، وقتل المرتد، وغير ذلك...، فالمعتبر إنما هو الأمر الأعظم، وهي جهة المصلحة التي هي عماد الدين والدنيا»^(٣).

ولذلك شرع الجهاد مع أن فيه تعريض النفس للهلاك تقديماً لمصلحة الدين على مصلحة النفس؛ حيث إن فتنة الكفر أعظم فساداً من القتل^(٤)، يقول العز بن عبد السلام: «الجهاد فيه مخاطرة بالنفوس والأموال، وهو واجب لرجحان مصالحه على مخاطره، فإن الخطر في تركه أعظم من الخطر في فعله، فإنه لو ترك لاستباح الأعداء النفوس والأبضاع والحرم والأموال والأطفال، ولما تمت مصالحه من إرهاب العدو وإعزاز الدين وأمن المسلمين»^(٥).

(١) انظر: القواعد للمقري (٢/٦٠٨).

(٢) انظر: الإحكام للآمدي (٤/٢٧٥)، وشرح العضد على مختصر ابن الحاجب (٢/٣١٧)، ونهاية

السؤل (٢/١٠١٦)، وتيسير التحرير (٤/٨٨)، وشرح الكوكب المنير (٤/٧٢٧).

(٣) الموافقات (٢/٦٤).

(٤) انظر: مجموع الفتاوى (٢٧/٢٣٠).

(٥) شجرة المعارف والأحوال (ص/٣٥٤).

وكذلك الأمر حين تتعارض المصالح الحاجية فيما بينها، أو المصالح التحسينية فيما بينها، فهما على مقتضى هذا الترتيب نفسه، حيث تقدم المصلحة الأقوى والأهم على ما دونها؛ لأن الاختلاف إنما هو بحسب القوة ودرجة الافتقار إلى هذه المصلحة. وأما إذا كانت المصلحتان المتعارضتان متساويتين من كل وجه، فحينئذ يتخير المجتهد بينهما، لأن كلتا المصلحتين مطلوب تحصيلها، وتعذر الجمع بينهما، فلم يبق إلا تحصيل إحداهما^(١).

ثانياً: التعارض بين المضاد:

إذا تعارضت مفسدتان ولم يمكن دفعهما معاً، فتدفع المفسدة الكبرى بارتكاب المفسدة الصغرى^(٢).

وقد صاغ الفقهاء في ذلك القواعد التالية:

- ١ - «إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما»^(٣).
- ٢ - «يُختار أهون الشرين أو أخف الضررين»^(٤).
- ٣ - «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف»^(٥).
- ٤ - «إذا اجتمع ضرران أسقط الأصغر الأكبر»^(٦).

(١) انظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام (١/ ٥٥، ٦٨، ٦٩).

(٢) انظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام (١/ ٧١)، وشجرة المعارف والأحوال (ص/ ٣٥١).

(٣) القواعد لابن رجب (ص/ ٢٤٦)، والقواعد للمقري (٢/ ٤٥٦)، والأشباه والنظائر لابن السبكي

(٤٥/ ١)، والأشباه والنظائر للسيوطي (١/ ٨٧)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص/ ٩٨)، ودرر

الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٣٧)، وشرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا (ص/ ٢٠١).

(٤) شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص/ ٢٠٣)، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية (ص/ ٢٦٠).

(٥) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص/ ٨٨)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص/ ١٩٩)، والمدخل

الفقه العام (٢/ ٩٨٣).

(٦) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك للونشريسي (ص/ ١٣٤).

٥ - «قد يرتكب النهي الحتم إذا كانت له مصلحة راجحة»^(١).

وفي ذلك يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: «إذا اجتمع محرمان لا يمكن ترك أعظمهما إلا بفعل أدناهما لم يكن فعل الأدنى في هذه الحال محرماً في الحقيقة»^(٢).

ويقول ابن رجب^(٣): «إذا اجتمع محرمان كل منهما لا يباح بدون الضرورة وجب تقديم أخفهما مفسدة وأقلها ضرراً»^(٤).

ويقول ابن النجار: «إذا دار الأمر بين درء إحدى المفسدتين، وكانت إحداها أكثر فساداً من الأخرى، فدرء العليا منهما أولى من درء غيرها، وهذا واضح يقبله كل عاقل، واتفق عليه أولو العلم»^(٥).

وأما إذا تساوت المفسدتان المتعارضتان من كل وجه، حيث لم يظهر وجه من وجوه التفاوت بينهما، ولم يمكن دفعهما معاً، فحينئذ يتخير بينهما، فيدفع أيها شاء»^(٦).

(١) الموافقات (٤/١١٧).

(٢) مجموع الفتاوى (٢٠/٥٧).

(٣) هو: أبو الفرج عبدالرحمن بن أحمد بن رجب، الحنبلي البغدادي، ثم الدمشقي، فقيه، حافظ، محدث، واعظ، له مؤلفات عدة. من مؤلفاته: الذيل على طبقات الحنابلة، وجامع العلوم والحكم، والقواعد الفقهية، وشرح جامع الترمذي، وشرح علل الترمذي، وغيرها. توفي سنة ٧٩٥هـ.

انظر: السحب الوابرة (٢/٤٧٤)، والمقصد الأرشد (٢/٨١)، والدرر الكامنة (٢/٣٢١).

(٤) القواعد (ص/٢٨١).

(٥) شرح الكوكب المنير (٤/٤٤٧، ٤٤٨).

(٦) انظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام (١/٦٩)، والمجموع المذهب في قواعد المذهب للعلائي

(٢/٣٨٥)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص/٩٠)، والقواعد للحصني (١/٣٥٢)، ومقاصد

الشرعية الإسلامية (ص/٧٦).

ثالثاً: التعارض بين المصالح والمفاسد:

إذا وقع التعارض بين مصلحة ومفسدة، فينظر في رجحان إحداها على الأخرى وغلبتها عليها، فإذا كانت المصلحة غالبية على المفسدة، فإنه يقدم جلب المصلحة على درء المفسدة، ولا يُنظر إلى ما يشوبها من المفسدة القليلة^(١).

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: «الشارع يعتبر المفاسد والمصالح، فإذا اجتمعا قدم المصلحة الراجحة على المفسدة المرجوحة، ولهذا أباح في الجهاد الواجب ما لم يبيحه في غيره، حتى أباح رمي العدو بالمنجنيق وإن أفضى ذلك إلى قتل النساء والصبيان، ونظائر ذلك كثيرة في الشريعة»^(٢).

ويقول العز بن عبد السلام: «إن كانت المصلحة أعظم من المفسدة، حصلنا المصلحة مع التزام المفسدة»^(٣).

ويقول الشاطبي: «المصلحة إذا كانت هي الغالبة عند مناظرتها مع المفسدة في حكم الاعتقاد فهي المقصود شرعاً، ولتحصيلها وقع الطلب على العباد ليجري قانونها على أقوم طريق وأهدى سبيل، وليكون حصولها أتم وأقرب وأولى بنيل المقصود على مقتضى العادات الجارية في الدنيا، فإن تبعها مفسدة أو مشقة فليست بمقصودة في شرعية ذلك الفعل وطلبه»^(٤).

وإذا كانت المفسدة غالبية على المصلحة، فإنه يقدم درء المفسدة على جلب المصلحة، دون التفات إلى المصلحة التي فاتت بذلك^(٥).

(١) انظر: القواعد للمقري (١/ ٢٩٤)، والأشباه والنظائر للسيوطي (١/ ١٢٦).

(٢) مجموع الفتاوى (٢٤/ ٢٦٩، ٢٧٠).

(٣) قواعد الأحكام في مصالح الأنام (١/ ٨٤).

(٤) الموافقات (٢/ ٢٦، ٢٧).

(٥) انظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام (١/ ٨٣)، والمجموع المذهب في قواعد المذهب (٢/ ٣٨٨).

يقول العز بن عبد السلام: «إذا اجتمعت مصالح ومفاسد، فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد فعلنا ذلك امتثالاً لأمر الله تعالى فيها، لقوله سبحانه وتعالى: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ..﴾^(١)، وإن تعذر الدرء والتحصيل، فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة، ولا نبالي بفوات المصلحة، قال الله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْفَعٌ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا..﴾^(٢)، حرّمها لأن مفسدتها أكبر من منفعتها»^(٣).

ويقول الشاطبي: «المفسدة إذا كانت هي الغالبة بالنظر إلى المصلحة في حكم الاعتياد فرفعها هو المقصود شرعاً، ولأجله وقع النهي؛ ليكون دفعها على أتم وجوه الإمكان العادي في مثلها، حسبما يشهد له كل عقل سليم، فإن تبعثها مصلحة أو لذة فليست هي المقصودة بالنهي عن ذلك الفعل، بل المقصود ما غلب في المحل، وما سوى ذلك ملغي في مقتضى النهي»^(٤).

وأما إذا كانت المصلحة والمفسدة المتعارضتان متساويتين من كل وجه، فحينئذ يُقدّم درء المفسدة على جلب المصلحة، دون الالتفات إلى المصلحة التي تفوت بذلك؛ لأن تحصيل المصلحة إذا لزم عنه مفسدةٌ تساويه أو تزيد عليه لم يصدق عليه أنه مصلحة على الحقيقة، ولهذا فإن جمهور الأصوليين قد قرروا بطلان مناسبة الوصف إذا لزم عنه مفسدة راجحة أو مساوية^(٥).

(١) جزء من الآية (١٦) من سورة التغابن.

(٢) جزء من الآية (٢١٩) من سورة البقرة.

(٣) قواعد الأحكام في مصالح الأنام (١/٨٣).

(٤) الموافقات (٢/٢٧).

(٥) انظر: مختصر ابن الحاجب مع شرح العضد (٢/٢٤١)، والمحصول (٥/١٦٨-١٧١)، ومنهاج

الأصول مع نهاية السؤل (٤/١٠٣، ١٠٥)، وجمع الجوامع مع حاشية العطار (٢/٣٣١)، والتقريب

والتحبير (٣/١٩٤).

ومن القواعد الفقهية الواردة في ذلك : قول الفقهاء: «درء المفسد أولى من جلب المصالح»^(١)، وقولهم: «إذا تعارض المانع والمقتضي يُقدّم المانع إلا إذا كان المقتضي أعظم»^(٢)؛ ولأن عناية الشرع بدرء المفسد أشد من عنايته بجلب المصالح، فإذا لم يظهر لنا رجحان الجلب قدمنا الدرء^(٣).

وبعض العلماء ينازع في وجود ما تساوت فيه المصالح والمفاسد، فإما أن تغلب المصلحة أو تغلب المفسدة^(٤)، والذي يظهر أن الخلاف لفظي؛ لأن القائل بوجود التساوي بين المصالح والمفاسد من كل وجه يقصد به ما هو في الظاهر، ومن حيث وقوعه في نظر المجتهد، لا من حيث الحقيقة، والنافي لمنع التساوي يقصد التساوي بينهما في الحقيقة وفي نفس الأمر.

ويتبين مما سبق أنه حين تتعارض المصالح أو المفاسد فيما بينها، فإن المجتهد يراعي أكبر المصلحتين بجلبها، ويدفع أعظم المفسدتين بارتكاب أهونها، وحين تتعارض المصالح والمفاسد، وتكون تلك المفاسد مساوية للمصالح أو غالبية عليها فإن المجتهد يرجح درء المفسد على جلب المصالح ويفتي بالمنع والتحريم، وحين تغلب المصالح على المفسد فإنه يرجح جلب المصالح على درء المفسد ويفتي بالجواز والمشروعية.

فهذا هو المنهج التأصيلي المتبع عندما تتعارض المصالح والمفاسد، أو تتعارض المصالح أو المفسد فيما بينها، وهو وإن كان محل اتفاق بين العلماء إلا أن الاختلاف واقع بينهم في التطبيق،

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص/١٧٩)، وإيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك (ص/٢١٩)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص/٩٩)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (٣٧/١)، وقواعد الأحكام (ص/١٤٥)، والقواعد للمقري (٤٤٣/٢)، وترتيب اللآلي في سلك الأمالي (٢/٦٩١).

(٢) المنشور في القواعد للزرركشي (١/٣٤٨)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص/٢٢٣)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص/١٣٠)، والمدخل الفقهي العام (٢/٩٨٦).

(٣) انظر: القواعد للمقري (٢/٤٤٤).

(٤) انظر: مفتاح دار السعادة لابن القيم (٢/١٦).

حيث يتفاوت المجتهدون في تقدير المصالح أو المفساد، وفي تمييز أعلى المصلحتين وأعظم المفسدتين، وينتج من ذلك اختلاف كبير في الموازنة وترتيب الأولويات، مما يؤثر في فتاواهم وأحكامهم في كثير من الحوادث، سيما وأن المصالح والمفاسد متفاوتة من حيث الوضوح والخفاء، فمنها ما يشترك في معرفته العامة والخاصة، ومنها ما لا يدركه إلا المجتهدون وخاصة الخاصة، كما أن المصالح والمفاسد إضافية، فتتغير بتغير الزمان والمكان، وتختلف باختلاف الأحوال والأشخاص، فما كان من المصالح الحاجية في زمن معين قد يكون من المصالح الضرورية في زمن آخر، وما كان منها تحسينياً قد يكون حاجياً، وهكذا.

وإذا كانت المصالح متفاوتة من حيث الظهور والخفاء، وتتغير بتغير الزمان والمكان، وتختلف باختلاف الأحوال والأشخاص، ويقع التعارض بينها، وتحتاج إلى موازنة وترتيب للأولويات ولهذا أثر ظاهر في اختلاف المجتهدين في أحكام المسائل، فإنه مؤثر في اجتهاد المجتهد الواحد؛ إذ ما يكون سبباً لاختلاف المجتهدين وتفاوت أحكامهم يكون سبباً لاختلاف رأي المجتهد الواحد وتغير اجتهاده، فقد تختلف فتواه وتتغير اجتهاده من زمن إلى زمن ومن حال إلى حال بحسب تقديره للمصالح والمفاسد، وتمييزه أعلى المصلحتين وأعظم المفسدتين، فقد يظهر له في وقت ما لا يظهر له في وقت آخر، إذ قد تخفى عليه المصلحة في زمن أو حال، فيفتي بحكم، ثم تظهر له المصلحة في زمن آخر أو حال أخرى فيفتي بمقتضاها ويرجع عن فتواه السابقة، كما قد يقدم مصلحة على أخرى بناءً على أنها أعظم منها ثم يتبين له خلاف ذلك، فيتغير اجتهاده.

وبناء عليه فتقدير المصالح والمفاسد والموازنة بينها تحتاج إلى اجتهاد عميق، ونظر دقيق، وطول تأمل، ودراية بمقاصد الشريعة، ومعرفة بأحوال الناس، فالمصلحة قد تنقلب إلى مفسدة، والمفسدة إلى مصلحة^(١).

(١) انظر: مجموع الفتاوى (١٠/٥١٢، ٥١٣).

ويلزم المجتهد في تقديره للمصالح أن يحقق مناطها من حيث الحوادث والأشخاص، فالوقائع والحوادث متفاوتة ومختلفة بحسب الأحوال المحيطة بها، فما قد ينفع فيه تغليب المصلحة ويفتي بمقتضاه في واقعة معينة قد لا ينفع في واقعة مشابهة لها في زمن آخر؛ لاختلاف الأحوال الملازمة لها، فعليه تحقيق المناط في ذلك، والإفتاء في كل واقعة بما تتحقق به المصلحة الشرعية، للمحافظة على مقصود الشارع.

وكذلك يلزمه تحقيق مناط هذه المصالح من حيث الأشخاص، بحسب ما يصلح لكل شخص من التشديد والتغليظ أو التيسير والتخفيف، تحقيقاً للمصلحة الشرعية، وحفاظاً على مقصود الشارع.

فقد يقدر المجتهد أن من مصلحة شخص معين تشديد الحكم عليه وإفتاءه بما فيه تغليظ، وذلك لزجره، ومنعه من سلوك هذا الطريق، وذلك حين يكون التخفيف عليه مظنة لاستمراره واستمراره هذا التصرف، وقد يفتي شخصاً آخر في المسألة نفسها بما فيه تخفيف وتيسير عليه ورفق به، لأنه يرى أن حمل هذا المستفتي على ما حمل به عليه الشخص الأول يفضي إلى مفسدة أعظم مما يحقق من مصلحة.

يقول الخطيب البغدادي^(١): «إذا رأى المفتي المصلحة أن يفتي العامي بما فيه تغليظ وهو مما لا يعتقد ظاهره وله فيه تأويل جاز ذلك زجرأله ولأمثاله ممن قلّ دينه

(١) هو: أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد البغدادي، الشافعي، المشهور بالخطيب البغدادي، ولد سنة ٣٩٢هـ، الإمام الحجة، الثبت، الفقيه، المحدث، المؤرخ، أحد مشاهير الحفاظ، كان بارعاً في معرفة الحديث وعلمه وأسانيده، مشتهراً به، له مؤلفاته كثيرة في الحديث وغيره. من مؤلفاته: الكفاية في علم الرواية، والفقيه والمتفقه، وشرف أصحاب الحديث، والجامع لأخلاق الراوي وآداب السامع، وتاريخ بغداد، وغيرها. توفي سنة ٤٦٣هـ. انظر: تبين كذب المفتري (٢٦٨)، معجم الأدباء (١٣/٤)، وفيات الأعيان (٩٢/١)، تذكرة الحفاظ (٣/١١٣٥)، سير أعلام النبلاء (٢٧٠/١٨)، طبقات الشافعية للإسنوي (٢٠١/١)، البداية والنهاية (١٠١/١٢)، النجوم الزاهرة (٨٧/٥).

ومروءته»^(١). كما يلزم المفتي مراعاة أحوال المكلفين واختلافهم في الطباع وما جبلوا عليه من قوة أو ضعف، فيتغير اجتهاده وتختلف فتواه بحسب ذلك، فإذا رأى المفتي أن فتواه لهذا المستفتي توقعه في الحرج والمشقة، وتفضي به إلى الانقطاع عن العمل فإنه يفتيه بما فيه تخفيف وتيسير عليه، وإن لم يقدر وقوع هذا العنت وتلك المشقة في حق شخص آخر؛ لقوة تحمله، وشدة إقباله على الخير، فله أن يحمل على العزيمة، وما فيه كلفة يقدر عليها^(٢)، ومن هنا يتغير اجتهاد المفتي وتختلف فتواه في مسألة واحدة بحسب اختلاف الأشخاص.

وعليه فالمجتهد حين يرى غلبة المصالح ويفتي بالجواز والمشروعية لا بد أن يحقق مناط هذه المصالح من حيث الزمان والمكان والأشخاص، فما كانت مصلحته غالبية في زمان أو مكان معين قد تكون مفاسده غالبية في زمان أو مكان آخر، وكذا ما كان مصلحة لأفراد مخصوصين قد يكون مفسدة لآخرين.

ومن هنا كان النظر في تحقيق مناط المصالح مرتبطاً بتوافر المصلحة، فإذا وُجدت المصلحة حُكِمَ بمقتضاها، وإذا عدت أو غلبت المفسدة أو ساوتها حُكِمَ بخلاف ذلك. ولهذا فالمجتهد حين تعرض له مسألة لم يرد فيها نص أو إجماع فيجتهد في حكمها، ويتوصل إلى حكم فيها بناءً على المصلحة فيفتي به، ثم تعرض له مرة أخرى في زمن أو مكان آخر، ويجدد اجتهاده السابق فيجد أن ما أفتى به سابقاً لا يحقق المصلحة، وأنها قد تغيرت، فيلزمه حينئذ أن يغير اجتهاده في هذه المسألة، وينقض فتواه المبنية على الاجتهاد السابق، ويفتي بما يحقق المصلحة الحالية؛ لأن اجتهاده السابق وحكمه بما اقتضاه هذا الاجتهاد كان

(١) على ما نقله عنه الدكتور عامر الزبياري في "مباحث في أحكام الفتوى" (ص/١٢٨) ولم أجد هذا

النقل في المصادر المعتمدة.

(٢) انظر: الاعتصام (١/٢٤٣).

مستنداً إلى تحقق المصالح، وحين تتغير المصالح يتغير الاجتهاد، سواء أدى ذلك إلى الحكم أو الفتوى بالمشروعية بعد المنع، أم أدى إلى الحكم أو الفتوى بالمنع بعد المشروعية. وقد أشار الشاطبي إلى أن تحقيق المصلحة سبب لتغير الاجتهاد بقوله: «إنا وجدنا الشارع قاصداً لمصالح العباد، والأحكام العادية تدور معه حيثما دار، فترى الشيء الواحد يمنع في حال لا تكون فيه مصلحة، فإذا كان فيه مصلحة جاز»^(١). وهذا ظاهر في أن تحقيق المصلحة هو متعلق الحكم الشرعي، وأن تغيرها وتبدلها موجب لتغير الاجتهاد وتبدل الفتوى المبنية عليها.

فينبغي للمفتي الناظر في المسائل الفقهية - وبخاصة النوازل منها - حين يفتي في واقعة بفتوى مراعيها فيها مصلحة شرعية معينة أن يعود في فتواه ويغير اجتهاده في هذه المسألة، وينقض حكمه فيها في حالة تغير المصلحة التي روعيت في الفتوى الأولى، وتغير الفتوى هنا إنما هو تغير في حيثيات الحكم، لا تغير في أحكام الشرع، والحكم يتغير بحسب حيثياته ومناطه المتعلق به، وهذا أمر ظاهر متقرر^(٢).

ومن ذلك أن حكم الشيء الواحد يختلف بحسب توافر المصلحة في أفراده، فربما يكون حكم الفعل الواحد في جنسه مأموراً به في فرد من أفراده إذا حقق مصلحة معتبرة، وربما يكون منهياً عنه في فرد آخر حين يكون سبباً لحصول مفسدة أعظم مما يحقق من مصلحة.

فالحكم الذي بني على المصلحة يدور معها، فقد يكون للحادثة أحكام عدة بحسب الزمان والمكان وتوافر المصلحة فيها من عدمه، فدور المجتهد النظر إليها مع حيثياتها،

(١) الموافقات (٢/ ٥٢٠).

(٢) انظر: مناهج الفتيا في النوازل الفقهية المعاصرة، للدكتور مسفر القحطاني (ص/ ٨٤).

والحكم عليها بما يلائمها، فإذا تغيرت المصلحة غير لها الحكم بما يناسبها، وربما يعود إلى الحكم الأول الذي تركه بعد مدة من الزمن إذا كانت هناك مصلحة تستدعي ذلك^(١). وإن الناظر في أحوال الناس المعاصرة وما أصابها من تغير وتطور لم يسبق له مثيل في المجتمعات السابقة، وما جدّ لديهم من حاجات تبعاً لذلك، يتأكد لديه أهمية معاودة النظر في كثير من المسائل الفقهية التي بنيت على التعليل بالمناسبة، أو قامت على دليل المصلحة، ويشمل ذلك كثيراً من المعاملات المعاصرة، مما قد يكون التمسك بنصوص بعض الفقهاء وشروطهم في تلك المعاملات مما لم يرد فيها نص ولم يجمعوا عليه مفضياً إلى التضييق والتشديد المنافي يسر الإسلام وسماحته في تشريعاته وأحكامه، وبخاصة حين يحتاج الناس لمثل تلك المعاملات التي قد تكون في كثير من الأحيان من قبيل الحاجة الملحة، وقد قرر الفقهاء: «أن الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة»^(٢)، فيلزم المجتهد تجديد اجتهاده وإعادة النظر والبحث في تلك المسائل، وتقدير تحقق المصلحة فيها، حتى وإن أدى نظره إلى تغيير اجتهاده واختلاف قوله ونقض فتاواه السابقة، ليفتي الناس بما يجلب لهم المصالح ويدراً عنهم المفاسد، ويحقق مقاصد الشريعة.

وبالمقابل فإن كثيراً من المعاملات التي هي في الأصل جائزة قد يطرأ عليها ما يخلّ بعقودها مما يقربها نحو المنع والتحريم، فيلزم الفقيه المجتهد أن ينظر في تلك

(١) انظر: مباحث في أحكام الفتوى، للدكتور عامر الزبياري (ص/٨٦، ١٠٤).

(٢) انظر هذه القاعدة في: البرهان (٢/٦٠٦)، والمنثور في القواعد للزرکشي (٢/٢٤)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص/١٧٩)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص/١٠٠)، وترتيب اللائي في سلك الأمالي (١/٦٢٥)، ودرر الأحكام شرح مجلة الأحكام (١/٣٨)، وشرح القواعد الفقهية

للزرقا (ص/٢٠٩).

الطوارئ، ويعتمد إلى تغليب جهة الحرمة والمنع، مع أن الأصل في المعاملات الإباحة^(١).

ويتقرر مما سبق أن المصلحة هي مناط الأحكام الشرعية الاجتهادية فيما ليس فيه نص ولم يقع فيه إجماع، وأن هذه الأحكام تتبع المصلحة وتتغير بتغيرها.

وحين نستعرض فتاوى الصحابة والتابعين، وكذا من سار على نهجهم من الأئمة وعلماء السلف نجد أن كثيراً منها كان مراعىً فيه المصلحة، وأنهم أحدثوا أحكاماً جديدة بناءً على أنها تحقق المصلحة في عصرهم، ولم تكن معروفة عند مَنْ سبقهم، فقضوا بين الناس وأفتوهم بما يتلاءم مع الواقع، كما أن بعض المسائل قد غيروا فيها اجتهاداتهم لما لم تتحقق المصلحة؛ حيث نجد كثيراً من الأقضية والفتاوى قد حُكِمَ فيها بخلاف ما كان يُحكَم ويُفتى فيها في السابق، ومن هنا يتبين وجه كون تغير المصالح سبباً لتغير الاجتهاد.

وفي المبحث التالي بيانٌ لعدد من المسائل التي تغير فيها اجتهاد بعض الصحابة ومن بعدهم من الفقهاء المجتهدين بسبب تغير المصالح.

(١) انظر: مناهج الفتيان في النوازل الفقهية المعاصرة (ص/٣٦، ٣٧)، وانظر في أن الأصل في المعاملات

الإباحة: مجموع الفتاوى (٢٩/١٥٠)، والموافقات (١/٢٨٤)، وتهذيب الفروق والقواعد السننية

(٤/١٢٠).

المبحث الثاني

أمثلة لتغير الاجتهاد بسبب تحقيق المصالح

من أبرز التطبيقات الفقهية لتغير الاجتهاد لأجل تحقيق المصالح ما يأتي:

١- أن النبي ﷺ تغير اجتهاده حينما سئل الإمارة، فمرة قال لمن سأله أن يوليه الإمارة: (إنا والله لا نولي على هذا العمل أحداً سأله ولا أحداً حرص عليه)^(١)، وفي حال أخرى ولى من سأله، كما في قصة زياد بن الحارث من قبيلة ضداء، حيث قال زياد: (وكنْتُ سأله أن يؤمرني على قومي، ويكتب لي بذلك كتاباً ففعل)^(٢).

فهنا تغير اجتهاد النبي ﷺ في هذه القضية بحسب تقديره تحقق المصلحة أو عدم تحققها، فممنع الأول حين سأله الإمارة لعلمه ﷺ أنه إنما سأله لحظ نفسه لا لمصلحة قومه، وأجاب الثاني إلى طلبه وولاه الإمارة حين سأله لما علم أن قصده إصلاح قومه، فأجابه للمصلحة^(٣).

٢- أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه تغير اجتهاده في جمع القرآن وكتابته في المصاحف، حيث كان متوقفاً في أول الأمر، ولما روجع في ذلك، ورأى تغير الحال في عهده، إذ استشهد عدد كبير من حفظة القرآن، غير رأيه في هذه المسألة، ورأى ضرورة جمعه للمصلحة في ذلك، بالحفاظ على دستور الأمة^(٤).

(١) سبق تخريجه في (١/٣٤٦).

(٢) زاد المعاد (٣/٦٦٥).

(٣) انظر: المرجع السابق (٣/٦٦٨).

(٤) انظر: ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية للبوطي (ص/٣٦٥)، والمصالح المرسله وأثرها في

مرونة الفقه الإسلامي للدكتور محمد بوركاب (ص/٢٥٤)، واجتهاد الخلفاء الراشدين الأربعة

للعبيدي (ص/٢٠٩).

فقد روى البخاري بسنده أن زيد بن ثابت رضي الله عنه قال: (أرسل إلي أبو بكر مقتل أهل اليمامة، فإذا عمر بن الخطاب عنده، قال أبو بكر رضي الله عنه: إن عمر أتاني فقال: إن القتل قد استحرّ يوم اليمامة بقراء القرآن، وإني أخشى أن يستحر القتل بالقراء بالمواطن فيذهب كثير من القرآن، وإني أرى أن تأمر بجمع القرآن، فقلت لعمر: كيف نفعل شيئاً لم يفعله رسول الله صلى الله عليه وآله؟ قال عمر: هذا والله خير، فلم يزل عمر يراجعني حتى شرح الله صدري لذلك، ورأيت في ذلك الذي رأى عمر)^(١).

٣- أن الصحابة رضي الله عنهم تغير اجتهادهم في عقوبة شارب الخمر بسبب تغير المصلحة، حيث لم يكن في شرب الخمر حد مقدر، وإنما كان الزجر فيه مجري مجرى التعزير، ولذا وقع فيه الاجتهاد من قبل الصحابة رضي الله عنهم، وتغير اجتهادهم في تلك العقوبة، حيث جلد أبو بكر رضي الله عنه أربعين كما كان الحال في زمن النبي صلى الله عليه وآله في كثير من الحوادث، ثم مضى عمر رضي الله عنه في صدر خلافته على ما كان عليه الأمر في السابق، ولما رأى كثرة الشاربين، وأن الناس قد اجترؤوا على الخمر، وتقالوا العقوبة، فلم تعد تردعهم عن الشرب رأى أن يزيد في ذلك حتى يتناهوا عن شربها، فأمر أن يضرب الشارب ثمانين جلدة، فتغير اجتهاده تحقيقاً للمصلحة في ذلك^(٢).

٤- أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه تغير اجتهاده في الطلاق، حيث كان الطلاق الثلاث بلفظ واحد في صدر خلافته يقع طليقة واحدة - كما كان عليه الأمر في زمن النبي صلى الله عليه وآله وأبي بكر - ولكن لما رأى تهاون الناس بالطلاق وإكثارهم منه واستعجالهم فيه رأى أن المصلحة لا تتحقق إلا بإمضاء هذا الطلاق ثلاثاً، فأوقع طلاق الثلاث بلفظ واحد ثلاثاً، وأقره الصحابة على ذلك لما رأوا في ذلك من المصلحة الراجحة، وقد كان عمر يرى قبل ذلك أن المصلحة تتحقق في جعله واحدة، ولذا عمل به في أول خلافته.

(١) سبق تخريجه في (١/٣٨٤).

(٢) انظر: شفاء الغليل (ص/٢١٢).

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: «ومن ذلك إلزامه للمطلق ثلاثاً بكلمة واحدة بالطلاق، وهو يعلم أنها واحدة، ولكن لما أكثر الناس منه رأى عقوبتهم بإلزامهم به، ووافقه على ذلك رعيته من الصحابة... فكان الإلزام به عقوبة منه لمصلحة رآها، ولم يكن يخفى عليه أن الثلاث كانت في زمن النبي ﷺ وأبي بكر تجعل واحدة، بل مضى على ذلك صدرٌ من خلفته، حتى أكثر الناس من ذلك»^(١).

ويقول ابن القيم عن عمر رضي الله عنه: «رأى أن الناس قد استهانوا بأمر الطلاق، وكثر منهم إيقاعه جملة واحدة، فرأى من المصلحة عقوبتهم بإمضائه عليهم، ليعلموا أن أحدهم إذا أوقعه جملة بانت منه، ورأى أن ما كانوا عليه في عهد النبي ﷺ وعهد الصديق وصدر من خلفته كان الأليق بهم؛ لأنهم لم يتتابعوا فيه، وكانوا يتقون الله في الطلاق»، ثم قال: «فهذه مما تغيرت به الفتوى لتغير الزمان»^(٢).

ويقول - في موضع آخر بعد أن ساق هذا المثال وغيره - : «والمقصود أن هذا وأمثاله سياسة جزئية بحسب المصلحة يختلف باختلاف الأزمنة»^(٣).

٥- أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه تغير اجتهاده في صلاة التراويح، حيث أمر بجمع الناس فيها على قارئ واحد، بخلاف ما كان عليه الحال في زمن النبي ﷺ وأبي بكر وصدر من خلفته، للمصلحة التي قدرها في ذلك، فقد روي عنه أنه خرج ليلة من رمضان إلى المسجد، فإذا الناس أوزاع متفرقون، يصلي الرجل لنفسه، ويصلي الرجل فيصلي بصلاته الرهط، فقال عمر: (إني أراي لو جمعت هؤلاء على قارئ واحد كان أمثل)، ثم عزم فجمعهم على أبي بن كعب، ثم خرج ليلة أخرى والناس يصلون بصلاة قارئهم، فقال: نعمت البدعة هذه^(٤).

(١) الطرق الحكمية (١/ ٢٣).

(٢) إعلام الموقعين (٣/ ٣٦).

(٣) الطرق الحكمية (١/ ١٤، ١٥).

(٤) سبق تخريجه في (١/ ٤٠٨).

يقول الباجي - في قوله: (نعمت البدعة هذه) - : «وهذا القول تصريح من عمر رضي الله عنه بأنه أول من جمع الناس على قيام رمضان على إمام واحد بقصد الصلاة بهم، ورتب ذلك في المساجد... وإنما وصفها بنعمت البدعة لما فيها من وجوه المصالح»^(١).

٦- أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه تغير اجتهاده في بيع أمهات الأولاد، حيث كُنَّ يُبعن في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر، ولما آل الأمر إليه رأى المنع من بيعهن ونهى عن ذلك، لمصلحة عدم التفريق بينهن وبين أولادهن للمحافظة على الولد، ولمصلحة إنهاء الاسترقاق، وقد وافقه كثير من الصحابة تحقيقاً للمصلحة التي قدرها^(٢).

٧- أن عمر رضي الله عنه تغير اجتهاده في إعطاء السلب للمقاتل في حادثة خاصة للمصلحة، فمع أن الأصل أن السلب للمقاتل، لقول النبي صلى الله عليه وسلم: (من قتل قتيلاً فله سلبه)^(٣)، إلا أن عمر خالف ذلك في عهده وأعطى السلب حكم الغنيمة، وذلك لما بلغ سلب البراء بن مالك^(٤) ثمانين ألف درهم، حيث قال عمر: (إنا كنا لا نخمس السلب على عهد رسول

(١) المتتقى (١/٢٠٧، ٢٠٨).

(٢) انظر: معالم السنن للخطابي (٤/٦٨)، وإعلام الموقعين (٤/٢٨٥)، والطرق الحكمية (ص/١٤).

(٣) أخرجه البخاري ومسلم، انظر: صحيح البخاري (٣/١١٤٤)، كتاب فرض الخمس، باب من لم يخمس الأسلاب، رقم (٢٩٧٣)، وصحيح مسلم (٣/١٣٧٠)، كتاب الجهاد والسير، باب استحقات القاتل سلب القتل، رقم (١٧٥١).

(٤) هو: البراء بن مالك بن النضر بن ضمضم بن زيد بن حرام الأنصاري، صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم، وأخو خادم النبي صلى الله عليه وسلم أنس بن مالك من أبيه، شهد أحداً وما بعدها من المشاهد، وكان شجاعاً، وقد قتل مائة من المشركين مبارزة، وكان أحد الذين بايعوا تحت الشجرة. استشهد يوم فتح تستر سنة ٢٠هـ.

انظر: حلية الأولياء (١/٣٥٠)، وسير أعلام النبلاء (١/١٩٥)، والطبقات الكبرى (٧/١٦)، والإصابة (١/٢٧٩)، والاستيعاب (١/١٥٣).

الله ﷺ وإن سلب البراء قد بلغ ما لا كثيراً ولا أراني إلا خامسه^(١)، فرأى عمر المصلحة في أن يسلك به مسلك الغنيمة فيخمس حين بلغ هذا المقدار^(٢).

٨- أن عمر ﷺ تغير اجتهاده في إحياء الأرض الموات، فالأصل أن الإنسان يحق له تملك الأرض الموات حين يقوم بإحيائها؛ لقول النبي ﷺ: (من أحيا أرضاً ميتة فهي له)^(٣)، وقد تابع عمر في أول خلافته حكم النبي ﷺ في ذلك، وأقر إحياء الأرض الموات وتملك الناس بذلك الإحياء، ولكن لما رأى أن بعض الناس يضعون أيديهم على جزء من الأرض ويقيمون الأسوار حولها ثم يتركونها سنين طويلة لا يقومون بعمارها، ولا يدعون غيرهم يستفيد منها ويعمرها، وأنه لم يحصل المقصود من تشريع التملك بالإحياء من عمارة الأرض وحصول النفع العام، وأن تصرف أولئك الناس يفضي إلى نقيض ما شرع الإحياء لأجله، تغير اجتهاده في هذه المسألة، ورأى أن تنزع الأرض من أيدي أولئك المحتجزين بعد أن تمضي ثلاث سنوات من وضع أيديهم عليها إذا لم يقوموا بإحيائها^(٤)، وفي ذلك يقول: (من أحيا أرضاً ميتة فهي له، وليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين)^(٥).

٩- أن فقهاء التابعين تغير اجتهادهم في حكم التسعير، فمع ورود النهي عن التسعير بقوله ﷺ حينما غلا السعر وطلب الناس منه أن يسعر لهم - (إن الله هو المسعّر القابض الباسط الرازق، وإني لأرجو أن ألقى ربي وليس أحد منكم يطلبني بمظلمة في دم

(١) مصنف عبدالرزاق (٥/٢٣٣) رقم (٩٤٧٨)، والمعجم الكبير للطبراني (٢/٢٧) رقم (١١٨٠)،
والتمهيد لابن عبدالبر (٢٣/٢٤٧).

(٢) انظر: الأم (٤/١٤٣)، والاستذكار (٥/٦٢)، وبداية المجتهد (١/٢٩١).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢/٨٢٣)، كتاب الحرث والمزارعة، باب من أحيا أرضاً مواتاً.

(٤) انظر: تغير الأحكام، للدكتورة سها مكداش (ص/٣١٢، ٣١٣).

(٥) الخراج لأبي يوسف (١/١٠٢)، وقال الزيلعي: «فيه الحسن بن عمارة وهو ضعيف، وسعيد بن

المسيب عن عمر فيه كلام» نصب الراية (٤/٢٩٠) بتصرف يسير.

ولا مال^(١)، إلا أنهم لما رأوا تلاعب التجار بالأسعار بباعث الجشع والطمع والحرص على المصالح المادية العاجلة، واستشراء نزعات الاستغلال الفاحش بينهم، وقلّة الأمانة وفساد الذمم، تغير اجتهادهم في هذه المسألة ورأوا ضرورة التسعير رعايةً للمصلحة العامة، ودفعاً للمضار اللاحقة بالأمة من جراء ترك التجار على هذا الوضع من فرضهم الأسعار - بحسب ما يريدون - على عامة المجتمع، فغلبوا مصلحة الناس على مصلحة التجار، رعايةً للمصلحة العامة وتقديمها على رعاية المصلحة الخاصة^(٢).

يقول الباجي - موضحاً وجهة القائلين بالتسعير - : «ووجهه ما يجب من النظر في مصالح العامة، والمنع من إغلاء السعر عليهم والإفساد، وليس يجبر الناس على البيع، وإنما يمنعون بغير السعر الذي يحدده الإمام، على حسب ما يرى من المصلحة فيه للبائع والمبتاع»^(٣).

ويقول ابن القيم - مبيناً اختلاف حكم التسعير باختلاف المصلحة - : "وأما التسعير، فمنه ما هو ظلم محرم، ومنه ما هو عدل جائز، فإذا تضمن ظلم الناس وإكراههم بغير حق على البيع بثمن لا يرضونه، أو منعهم مما أباح الله لهم فهو حرام، وإذا تضمن العدل بين الناس، مثل إكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بثمن المثل، ومنعهم مما يحرم من أخذ الزيادة على عوض المثل فهو جائز، بل واجب"^(٤).

(١) سبق تخريجه في (٣١٩/١).

(٢) انظر: المنتقى للبايجي (١٨/٥)، ومجموع الفتاوى (ص/٣٢)، والطرق الحكمية (١/٣٥٥)، ونظرية المقاصد عند الشاطبي للريسوني (ص/٢٨٢)، وتأصيل فقه الموازنات، عبدالله الكمال (ص/٦٦)، واجتهاد التابعين، للدكتور وهبة الزحيلي (ص/٢١، ٢٧، ٢٨).

(٣) المنتقى (١٨/٥).

(٤) الطرق الحكمية (١/٣٥٥).

١٠- أن الإمام أبا حنيفة أوجب الحجر على المفتي الماجن، والطبيب الجاهل، والمكاري (المقاول ونحوه) المفلس، مع أن مذهبه عدم الحجر على العاقل البالغ وإن كان سفيهاً، احتراماً لأدميته، ولكن تغير اجتهاده وقال بالحجر على هؤلاء للمصلحة، إذ في الحجر عليهم منعاً للضرر الذي يلحق عامة الناس وحمايتهم منهم^(١).

١١- أن الإمام أبا حنيفة أفتى بجواز إعطاء بني هاشم من الزكاة، مع ورود الحديث بالمنع من دفع الزكاة إليهم، كما في قوله عليه السلام: (إن الصدقة لا تنبغي لآل محمد إنما هي أوساخ الناس)^(٢)، وقوله عليه السلام للحسن بن علي رضي الله عنه^(٣): (أما علمت أنا لا نأكل الصدقة)^(٤)، وقال ابن قدامة: «لا نعلم خلافاً في أن بني هاشم لا تحل لهم الصدقة المفروضة»^(٥).

ومع هذا المنع الصريح رأى أبو حنيفة جواز إعطاء بني هاشم من الزكاة، إذا خلا بيت المال، أو كان غير منتظم بسبب جور الحكام، وضاع حق الهاشميين منه، للحاجة

(١) انظر: الهداية للمرغيناني (٣/ ٢٨١)، واختلاف الاجتهاد وتغيره وأثر ذلك في الفتيا للمرعشي (ص/ ١١٨)، والفقهاء الإسلاميين بين الأصالة والتجديد للجبوري (ص/ ١١١).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (٢/ ٧٥٣)، كتاب الزكاة، باب ترك استعمال آل النبي على الصدقة، رقم (١٠٧٢).

(٣) هو: الحسن بن علي، سبط رسول الله ﷺ، وريحانته، وُلد سنة ثلاث، وروى عن رسول الله ﷺ وعن أبيه وعن غيره، بايعه أهل العراق بعد مقتل علي فأصلح الله به بين المسلمين. توفي سنة ٤٩ هـ. انظر: الاستيعاب (١/ ٣٦٩)، والإصابة (١/ ٣٢٨)، ووفيات الأعيان (٢/ ٦٥).

(٤) أخرجه البخاري ومسلم، انظر: صحيح البخاري (٢/ ٥٤٢)، كتاب الزكاة، باب ما يذكر في الصدقة للنبي ﷺ رقم (١٤٢٠)، وصحيح مسلم (٢/ ٧٥١)، كتاب الزكاة، باب تحريم الزكاة على رسول الله صلى الله عليه وعلى آله، رقم (١٠٦٩).

(٥) المعني (٢/ ٢٧٤)، كما نقل الإجماع على ذلك النووي في المجموع (٦/ ٢١٨).

والمصلحة، دفعاً للضرر عنهم وحفظاً لهم من الفقر، لأن الأصل في بني هاشم أن يأخذوا حقهم من بيت المال، وهو نصيبهم من الخمس، وهو سهم ذوي القربى المنصوص عليه في قوله تعالى: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسُهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ﴾^(١)، فإذا حرموا منه وكانوا فقراء لحقهم الضرر والحرَج، ولذا أجاز أبو حنيفة إعطاءهم من الزكاة للمصلحة^(٢)، وفي ذلك يقول ابن الهمام: «ولا يدفع إلى بني هاشم، هذا ظاهر الرواية، وروي عن أبي حنيفة أنه يجوز في هذا الزمان، وإن كان ممتنعاً في ذلك الزمان»^(٣).

١٢- أن الإمام مالكا كان يقول بعدم وجوب الجهاد مع ولاية الجور، ثم رجع إلى وجوب الجهاد معهم، تحقيقاً للمصلحة، وتقديماً لمصلحة حفظ الدين على مفسدة إعانة أئمة الجور على جورهم^(٤).

فهنا تغير اجتهاد الإمام مالك بعد أن ظهرت له المصلحة بخلاف رأيه الأول.

١٣- أن الإمام الشافعي كان يرى عدم جواز بيع الجلد المدبوغ، ثم تغير اجتهاده في هذه المسألة لما قدم إلى مصر، حيث أجاز بيعه^(٥)، وقد ذكر أحد الباحثين أن الشافعي تغير اجتهاده في هذه المسألة لما رأى من المصلحة في ذلك؛ إذ إن صناعة الجلود في مصر كانت مصدراً للاقتصاد، فلو أبقى الحكم على عدم الجواز لأدى ذلك إلى تفويت المصلحة العامة^(٦).

(١) جزء من الآية (٤١) من سورة الأنفال.

(٢) انظر: شرح معاني الآثار للطحاوي (١١/٢)، وفتح القدير لابن الهمام (٢/٢٧٢).

(٣) فتح القدير لابن الهمام (٢/٢٧٢).

(٤) انظر: رسالة القبرواني (٨٤/١)، وشرح الرسالة لابن ناجي (٥/٢).

(٥) انظر: المجموع للنووي (٢/٢٦٨).

(٦) انظر: اختلاف الاجتهاد وتغيره وأثر ذلك في الفتيا (ص/ ٣٨٤، ٣٩٣).

١٤- أن الإمام أحمد تغير اجتهاده في حكم استعمال الحقنة في الدبر للمريض عند الحاجة، فقد كان يكره ذلك، ثم رأى جواز استعمالها عند الحاجة لما في ذلك من المصلحة. قال أبو بكر الخلال^(١): «كان أبا عبدالله كرهها في أول مرة، ثم أباحها على معنى العلاج»^(٢).

١٥- أن الفقهاء أجازوا انعقاد الإمامة الكبرى لمن قصر عن رتبة الاجتهاد إذا خلا الزمن من المجتهدين، مع أنهم متفقون على أن الإمامة الكبرى لا تتعقد إلا لمن نال رتبة الاجتهاد، فقد أجازوا لمن قصر عن ذلك استصلاحاً.

وفي هذا يقول الشاطبي: «إن العلماء نقلوا الاتفاق على أن الإمامة الكبرى لا تتعقد إلا لمن نال رتبة الاجتهاد والفتوى في علوم الشرع... ولكن إذا فرض خلو الزمان عن مجتهد يظهر بين الناس، وافتقروا إلى إمام يقدمونه لجريان الأحكام، وتسكين ثورة الشائرين، والحيطة على دماء المسلمين وأموالهم، فلا بد من إقامة الأئمة ممن ليس بمجتهد؛ لأننا بين أمرين: إما أن يترك الناس فوضى، وهو عين الفساد والهرج، وإما أن يقدموه فيزول الفساد بته، ولا يبقى إلا فوت الاجتهاد، والتقليد كافي بحسبه»، ثم قال: «وإذا ثبت هذا فهو نظرٌ مصلحي يشهد له وضع أصل الإمامة»^(٣).

(١) هو: أبو بكر أحمد بن محمد بن هارون الخلال، من كبار الحنابلة في بغداد، كان بارعاً في الحديث والتفسير واللغة، صرف عنايته إلى جمع علوم الإمام أحمد بن حنبل وسافر لأجلها، وصنفها كتباً ورتبها. من مؤلفاته: السنة، وتفسير الغريب، والعلل، وطبقات أصحاب ابن حنبل، والجامع لعلوم الإمام أحمد. توفي سنة ٣١١هـ.

انظر: طبقات الحنابلة (١٢/٢)، مناقب الإمام أحمد (ص/٦٨١)، تذكرة الحفاظ (٣/٧٨٥)، البداية والنهاية (١١/١٤٨).

(٢) الآداب الشرعية لابن مفلح (٢/٤٤٣).

(٣) الاعتصام (٢/٣٨٤).

١٦- أن الأصل في البيعة أن تكون لمن بلغ رتبة الاجتهاد، ولا تجوز مبايعة غيره مع وجوده، ولكن حين تنعقد الإمامة لمنفك عن رتبة الاجتهاد، وتقوم له الشوكة ويوجد غيره ممن بلغ هذه الرتبة، لكن يخشى من خلعه واستبداله إثارة الفتن واضطراب الأمور، فإنه يتغير الاجتهاد في مثل هذه الحال، فلا يجوز خلعه، بل تجب طاعته والحكم بنفوذ ولايته وصحة إمامته، لأن العلم والاجتهاد مزية روعيت في الإمامة تحصيلاً لمزيد المصلحة، والثمرة المطلوبة من الحاكم إخماد الفتن الثائرة وحقن الدماء، فتغيّر الاجتهاد في هذه المسألة وتجويز انعقاد الإمامة للمفضول مع وجود الفاضل إنما هو تحقيق للمصلحة^(١)، ولذا قال الشاطبي: «وهو متّجهٌ بحسب النظر المصلحي، وهو ملائم لتصرفات الشرع»^(٢).

١٧- أن فقهاء الحنفية تغير اجتهادهم في حكم أخذ الأجرة على تعليم القرآن والأذان والإمامة، حيث إن متقدميهم يرون عدم جواز ذلك؛ لأنها من أفعال القرب والطاعات، ولا يجوز الاستئجار عليها، ولكن المتأخرين من الحنفية أفتوا بجواز أخذ الأجرة على هذه الطاعات خلافاً لفتوى أئمة المذهب مستندين في ذلك إلى المصلحة، حيث ظهر تواني الناس في الأمور الدينية، وفتور رغباتهم، وانشغالهم بمعاشهم، فلو مُنع من أخذ الأجرة على ذلك لأفضى إلى تضييع هذه الشعائر وانقطاعها، فأفتوا بالجواز عملاً بالمصلحة^(٣).

يقول السرخسي: «إن المتقدمين من أصحابنا بنوا هذا الجواب على ما شاهدوا في عصرهم من رغبة الناس في التعليم بطريق الحسبة، ومروءة المتعلمين في مجازاة الإحسان

(١) انظر: الاعتصام (٢/٣٨٤، ٣٨٥).

(٢) المرجع السابق (٢/٣٨٥).

(٣) انظر: المبسوط (١٦/٣٧)، والبحر الرائق (٨/٢٣٧)، والهداية (٣/٢٤٠)، وحاشية ابن عابدين

(١/٥٦٢).

بالإحسان، فأما في زماننا فقد انعدم المعنيان^(١) جميعاً، فنقول يجوز الاستئجار لثلاث يتعطل هذا الباب، ولا يبعد أن يختلف الحكم باختلاف الأوقات^(٢).

١٨- أن أبا الليث السمرقندي^(٣) الحنفي كان يفتي بعدم جواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن ثم رجع عن فتواه خشية من ضياع تعلم القرآن والانتقطاع عن ذلك، كما أنه كان يفتي بکراهة دخول العالم على السلطان ثم رجع عن فتواه، ورأى جواز ذلك للمصلحة، وأيضاً كان يفتي بکراهة خروج العالم إلى أهل القرى، ثم رجع عن فتواه، ورأى جواز ذلك لما رأى من جهل أهل القرى وحاجتهم إلى العلم، ففي هذه المسائل الثلاث تغير اجتهاده لما رأى من المصلحة الراجحة.

وقد نص على تغير فتواه في هذه المسائل بقوله: «كنت أفتي بثلاثة فرجعت عنها: أفتي أنه لا يحل أخذ الأجرة على تعليم القرآن، وأنه لا ينبغي للعالم أن يدخل على السلطان، وأنه لا ينبغي للعالم أن يخرج إلى الرستاق^(٤)، فرجعت عن الكل؛ تحرزاً عن ضياع تعلم القرآن، ولحاجة الخلق، ولجهل أهل الرستاق^(٥)».

(١) في الأصل "المعنين" والمثبت هو الصحيح.

(٢) المبسوط (٣٧/١٦).

(٣) هو: أبو الليث نصر بن محمد بن إبراهيم السمرقندي الحنفي، كان إماماً، فقيهاً، محدثاً، زاهداً، تتلمذ على محمد بن الفضل النجاري، وأبي جعفر الهندواني، وتتلذذ عليه أبو بكر محمد بن عبدالرحمن الترمذي، وغيره.

من مؤلفاته: بحر العلوم، والفتاوى، وتنبية الغافلين، وشرح الجامع الصغير، وبستان العارفين، وخزانة الفقه. توفي سنة ٣٧٠هـ.

انظر: سير أعلام النبلاء (٣٢٢/١٦)، والفوائد البهية (ص/٢٢١)، وهدية العارفين (٢/٤٩٠).

(٤) الرُستاق والرزداق: "السواد والقرى، معرب رستا" القاموس المحيط (١/١١٤٤).

(٥) مجموع رسائل ابن عابدين (١/١٥٧)، والجواهر المضيئة (٤/٨٣، ٨٤).

١٩- الأصل أن على القاضي سماع دعاوى المدعين والنظر فيها وفي بيناتها، لكن متأخري الفقهاء قالوا بأن للسلطان منع القضاة من سماع الدعاوى بحق قديم أهمل صاحبه الادعاء به زمناً طويلاً بلا عذر - وهي المعروفة بمسألة التقادم - وذلك للشك في أصل الحق، وفي إثباته بعد التقادم، ولتخليص القضاء من الارتباك المترتب على نبش الوقائع القديمة، وحمل الناس على متابعة حقوقهم وعدم إهمالها، فلاجل هذه المصالح ترك متأخرو الفقهاء الأصل في النظر في الدعاوى في هذه الحال، وصدرت بفتواهم الأوامر السلطانية في العهد العثماني^(١).

٢٠- أن شيخ الإسلام ابن تيمية تغير اجتهاده في مسألة إنكار المنكر في حادثة خاصة، وفي ذلك يقول: «مررتُ أنا وبعض أصحابي في زمن التتار بقوم منهم يشربون الخمر، فأنكر عليهم من كان معي، فأنكرت عليه، وقلت له: إنما حرم الله الخمر لأنها تصدُّ عن ذكر الله وعن الصلاة، وهؤلاء يصدِّهم الخمرُ عن قتل النفوس وسبي الذرية وأخذ الأموال، فدعهم»^(٢).

فلم يمنع شيخ الإسلام أصحابه من الإنكار على التتار الذين يشربون الخمر - مع أن الأصل وجوب إنكار هذا المنكر - إلا كون الإنكار في مثل هذه الحالة يفضي إلى مفسدة أكبر مما يحقق من مصلحة، إذ يؤدي الإنكار هنا وامتناعهم عن الخمر إلى التوجه لقتل النفوس، وسبي الذرية، وأخذ الأموال، فمفسدة الإنكار عليهم أعظم من المصلحة التي يراد تحقيقها بالإنكار، ولذا تغير اجتهاد شيخ الإسلام في هذه المسألة ومنع من إنكار هذا المنكر تحقيقاً للمصلحة.

(١) انظر: حاشية ابن عابدين (٤٨٧/٧)، والمدخل الفقهي العام (١١٦/١) وما بعدها، والاستصلاح

والمصالح المرسله للشيخ مصطفى الزرقا (ص/٥٢).

(٢) نقله ابن القيم عنه في إعلام الموقعين (٥/٣).

٢١- ما أفتى به بعض علماء الأندلس في أواخر القرن التاسع الهجري في أرض الوقف حين زهد الناس في كرائها للزرع، نظراً لما تحتاجه الأرض الزراعية من قوة الخدمة ووفرة المصاريف، كما زهدوا في كرائها للبناء والغرس لقصر المدة التي تكري أرض الوقف لمثلها؛ ولأن الباني أو الغارس يرفض أن يبني ثم يهدم أو يغرس ثم يقلع، إضافة إلى ما يتطلبه ذلك من الوسائل والعتاد ونحو ذلك، وقد حمل هذا الوضع السائد في الأندلس بعض علمائها على الإفتاء بجواز كراء الأرض على التأيد، مع مخالفة ذلك للأصل في اشتراط تحديد أجلٍ للمزارعة أو المغارسة، ومع ما قد يحصل بسبب ذلك من الغرر، وذلك لأن ترك هذا الأمر يوقع الأمة في حرج كبير، فيفوت العمل على المستثمرين وينقطع عنهم كسبهم فيتضرروا بذلك، ويتضرر بقية الناس بانعدام الأوقات التي تشتد حاجتهم إليها، ولذا أفتى هؤلاء الفقهاء بجواز كراء الأرض على التأيد، رفعا للحرج عن الناس، وتحقيقاً للمصلحة، ورعاية لمقاصد الشريعة^(١).

(١) انظر: مقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور (ص/ ٢٨١)، واعتبار المآلات للسنوسي

(ص/ ٤١٧).

الفصل الثالث

تغير الاجتهاد بسبب سد الذرائع

وفيه تمهيد ومبحثان:

التمهيد: حقيقة سد الذرائع، وأقسام الوسائل المفضية

إلى المضاد، وبيان محل النزاع إجمالاً.

المبحث الأول: وجه كون سد الذرائع سبباً لتغير

الاجتهاد.

المبحث الثاني: أمثلة لتغير الاجتهاد بسبب سد الذرائع.

التمهيد

حقيقة سد الذرائع، وأقسام الوسائل المفضية إلى المقاسد،

وبيان محل النزاع إجمالاً

أولاً: حقيقة سد الذرائع؛

(سد الذرائع): مركب من مضاف ومضاف إليه، ولا يمكن معرفة المركب الإضافي

إلا بعد معرفة ما تركب منه، وهو مركب من لفظين: السد، والذرائع.

السَّدُّ في اللغة: مصدر، يقال: سَدَدْتُ الشيء سَدّاً، والسين والبدال أصلٌ واحد يدلُّ

على ردم شيء وملاءمته، ومن ذلك: سَدَدْتُ الثلثة سَدّاً، وكل حاجز بين الشيئين سَدٌّ.

فالسَّدُّ: الجبل والحاجز، ويطلق على إغلاق الخلل وردم الثلم، يقال سَدّه يسدّه سَدّاً

فانسدّ، واستدّ وسدّده: أصلحه وأوثقه، وعلى هذا فالسَّدُّ بمعنى المنع والحجز^(١).

والذرائع في اللغة: جمع ذريعة، وهي مشتقة من ذَرَعَ، والذال والراء والعين أصلٌ

واحد يدلُّ على امتدادٍ وتحركٍ إلى قُدُم، ثم ترجع الفروع إلى هذا الأصل^(٢)، ومن معاني

الذريعة التي تعود إلى هذا الأصل في اللغة:

١- الوسيلة: يُقال: تذرّع فلان بذريعة، أي: توسل^(٣).

٢- الدرّيثة: وهي ما يستتر به رامي الصيد من ناقة أو جمل، فيتذرّع معها ماشياً حتى

يرمي الصيد^(٤).

(١) انظر: مادة "سدّد" في مقاييس اللغة (٦٦/٣)، ولسان العرب (٢٧/٣)، والصحاح (٢/٤٨٥)،

(٤٨٦)، والمعجم الوسيط (١/٤٢٣).

(٢) انظر: مادة "ذرّع" في مقاييس اللغة (٢/٣٥٠).

(٣) انظر: مادة "ذرّع" في الصحاح (٣/١٢١١)، ولسان العرب (٨/٩٦)، والقاموس المحيط

(٣/٢٤).

(٤) انظر: مادة "ذرّع" في مقاييس اللغة (٢/٣٥٠)، ولسان العرب (٨/٩٦)، والصحاح (٣/١٢١١)،

والقاموس المحيط (٣/٢٣).

٣- السبب إلى الشيء: يقال: فلانٌ ذريعتي إليك، أي: سببي ووصلتي الذي أتسبب به إليك^(١).

وعلى هذا يكون معنى سد الذرائع في اللغة: منع الوسائل.

الذرائع في الاصطلاح: للذريعة في الاصطلاح معنيان: عام وخاص:

فالمعنى العام للذريعة لا يخرج عن معناها اللغوي، فيراد بالذريعة كل شيء يتخذ وسيلة لشيء آخر، بصرف النظر عن كون الوسيلة أو المتوسل إليه جائزاً أو ممنوعاً، فيدخل في ذلك الذريعة التي تُسدُّ، والذريعة التي تُفتح، ومن التعريفات التي قيلت بهذا المعنى ما يأتي:

- تعريف القرافي للذريعة بأنها: «الوسيلة للشيء»^(٢).

- وتعريف ابن القيم لها بأنها: «ما كان وسيلة وطريقاً إلى الشيء»^(٣).

وأما المعنى الخاص للذريعة: فهو مخصوص بالذريعة التي تُسدُّ، وهو ما كان وسيلة إلى فعل محرم، وهذا المعنى هو المقصود من سد الذريعة هنا، وهو الذي اشتهر استعماله عند الأصوليين وغيرهم حتى غدا عرفاً عندهم، وفي ذلك يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: «الذريعة: ما كان وسيلة وطريقاً إلى الشيء، لكن صارت في عرف الفقهاء عبارة عما أفضت إلى فعل محرم»^(٤).

ومن التعريفات التي قيلت بهذا المعنى ما يأتي:

- تعريف الباجي، حيث قال: «الذريعة: هي المسألة التي ظاهرها الإباحة، ويتوصل

بها إلى فعل المحذور»^(٥).

(١) انظر: مادة "ذرع" في لسان العرب (٩٦/٨).

(٢) شرح تنقيح الفصول (ص/٤٤٨)، والفروق (٣٣/٢).

(٣) إعلام الموقعين (٣/١٢١).

(٤) مجموع الفتاوى (٦/١٧٢).

(٥) إحكام الفصول (٢/٦٩٥، ٦٩٦) ف (٧٥٣).

- تعريف القرطبي، حيث قال: «الذريعة عبارة عن أمر غير ممنوع لنفسه يُخاف من ارتكابه الوقوع في ممنوع»^(١).

- تعريف شيخ الإسلام ابن تيمية، حيث قال: «الذريعة، الفعل الذي ظاهره أنه مباح وهو وسيلة إلى فعل المحرم»^(٢).

- تعريف الشاطبي، حيث ذكر أن حقيقتها: «التوصل بها هو مصلحة إلى مفسدة»^(٣).

هذا معنى الذريعة في الاصطلاح، وبالنظر في معنيها اللغوي والاصطلاحي تظهر العلاقة بينها جلية، فأما المعنى الاصطلاحي العام للذريعة فهو يلتقي مع معناها اللغوي ولا يخرج عنه - كما أسلفت - وأما المعنى الخاص لها فهو أخص من التعريف اللغوي، حيث إن معناها في اللغة عام، يدخل فيه كل الوسائل، سواء أفضت إلى مصلحة، أم إلى مفسدة، أما التعريف الاصطلاحي فهو خاص بالوسائل المفضية إلى المفسد.

وبناء على ما سبق من معنى السدِّ، ومعنى الذريعة، يتبين المراد بسد الذرائع اصطلاحاً: ومما قيل في تعريفه:

- «حسم مادة الفساد بقطع وسائله»^(٤).

- وقيل: «حسم مادة وسائل الفساد دفعاً له»^(٥).

- وقيل: «منع الجائز لئلا يتوسل به إلى الممنوع»^(٦).

(١) الجامع لأحكام القرآن (٢/٥٧، ٥٨).

(٢) مجموع الفتاوى (٣/١٩٣).

(٣) الموافقات (٥/١٨٣).

(٤) تقريب الوصول (ص/٤١٥).

(٥) شرح تنقيح الفصول (ص/٤٤٨)، والفروق (٢/٣٢).

(٦) الموافقات (٣/٥٦٤).

وهذه التعريفات متقاربة من حيث المعنى، ولعل التعريفين الأول والثاني أقرب إلى المراد بسد الذرائع اصطلاحاً من التعريف الثالث؛ لأنه خصص ذلك بمنع الجائز، مع أن ما يسد خشية أن يكون ذريعة إلى الفساد يشمل ما كان مشروعاً، وما كان جائزاً، وهذا يدخل في التعريفين الأول والثاني لعمومهما، وعلى هذا يكون التعريف الثالث غير جامع.

ثانياً؛ أقسام الوسائل المفضية إلى المفساد، وبيان محل النزاع إجمالاً؛

الوسائل من حيث إفضاؤها إلى المفساد أربعة أقسام:

القسم الأول: وسيلة موضوعة إلى الإفضاء إلى المفسدة قطعاً، كشرب الخمر المفضي إلى مفسدة السكر، والقذف المفضي إلى مفسدة الفرية، والزنا المفضي إلى مفسدة اختلاط الأنساب، ونحو ذلك.

القسم الثاني: وسيلة موضوعة للإفضاء إلى المباح، ولكن قصد بها التوسل إلى المفسدة، كعقد النكاح بقصد التحليل، والبيع بقصد الربا، ونحو ذلك.

القسم الثالث: وسيلة موضوعة للإفضاء إلى المباح، ولم يقصد بها التوسل إلى المفسدة، ولكنها تفضي إليها غالباً، ومفسدتها أرجح من مصلحتها، كسب آلهة المشركين بين أظهرهم، وكالمتوفى عنها تزوين في زمن عدتها، ونحو ذلك.

القسم الرابع: وسيلة موضوعة للإفضاء إلى المباح، ولم يقصد بها التوسل إلى المفسدة، ولكنها قد تفضي إليها، ومصلحتها أرجح من مفسدتها، كالنظر إلى المخطوبة، والمشهود عليها، والجهر بكلمة الحق عند سلطان جائر، وفعل ذوات الأسباب في أوقات النهي، ونحو ذلك.

هذا تقسيم ابن القيم للذرائع والوسائل من حيث إفضاؤها إلى المفساد، وقد بين حكم كل قسم منها: فذكر أن القسم الأول قد جاءت الشريعة بمنعه، إما على سبيل التحريم أو الكراهة، وذلك بحسب درجاته في المفسدة، ولا خلاف فيه.

وأن القسم الرابع قد جاءت الشريعة بمشروعيتها، إما على سبيل الوجوب أو الاستحباب، وذلك بحسب درجاته في المصلحة، ولا خلاف فيه.

وأما القسمان الثالث والرابع فهما موضع النزاع؛ هل هما مما جاءت الشريعة بإباحتهما، أو المنع منهما؟

ثم رجح ابن القيم أن هذين القسمين مما جاءت الشريعة بمنعهما، وأقام الدلالة على ذلك من تسعة وتسعين وجهاً^(١).

وقد قسم القرافي الذرائع تقسيماً مختلفاً، لكنه يلتقي في أغلبه مع ما ذكره ابن القيم، حيث ذكر أن الذرائع ثلاثة أقسام:

القسم الأول: ما أجمع العلماء على منعه وسده، كحفر الآبار في طرق المسلمين، وإلقاء السم في أطعمتهم، وسب الأصنام عند من يعلم أنه يسب الله تعالى عند سبها.

القسم الثاني: ما أجمع العلماء على عدم منعه وسده، كالمنع من زراعة العنب خشية أن يتخذ خمراً، وكالمنع من المجاورة في البيوت خشية الوقوع في الزنا.

القسم الثالث: ما اختلف العلماء في سده، كبيع الأجال كمن باع سلعة بعشرة دراهم إلى شهر، ثم اشتراها بخمسة قبل الشهر^(٢).

(١) انظر: إعلام الموقعين (٣/١١٢، ١١٣).

(٢) انظر: الفروق (٢/٣٢).

المبحث الأول وجه كون سد الذرائع سبباً لتغير الاجتهاد

بينت فيما سبق أقسام الوسائل من حيث إفضاؤها إلى المفسد، وأن الحكم فيها يختلف بحسب ما تفضي إليه؛ فإن كانت تفضي إلى المفسدة قطعاً أو غالباً كانت محرمة، سواء أكان إفضاؤها إلى ذلك بذاتها أم بقصد الفاعل، وإن كانت تفضي إلى تحقيق مصلحة وفيها شيء من المفسدة، ومصلحتها أكبر من مفسدتها كانت مشروعة.

وإن المتأمل في كثير من الأحكام والتشريعات التي قامت على هذا المبدأ، كتحرير الخلوة بالمرأة الأجنبية، وبناء المساجد على القبور، وحرمان القاتل من الميراث، وغيرها كثير، يقطع بأنه لم يلاحظ هذا الأصل إلا لما فيه من مراعاة المقاصد الشرعية، والعمل على تكملتها، فهو يدل دلالة قاطعة على أن الذرائع والوسائل يتفاوت البناء عليها ويختلف حكمها بحسب ما تفضي إليه من مصالح أو مفسد، وبمقدار موافقتها لمقاصد الشارع أو مناقضتها لها، فكل وسيلة أفضت إلى مناقضة المقاصد الشرعية ومناقضتها فهي باطلة وإن كانت مشروعة في الأصل ومأذوناً فيها ابتداءً، وكل وسيلة توقف تحقيق قصد الشارع عليها فهي مشروعة وإن كانت ممنوعة في الأصل.

وفي ذلك يذكر ابن القيم أن المقاصد لما كانت لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضي إليها، كانت هذه الطرق والأسباب تابعة لها ومعتبرة بها، فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهتها والمنع منها بحسب إفضائها إلى غايتها وارتباطها بها، وكذلك وسائل الطاعات والقربات في محبتها والإذن فيها بحسب إفضائها إلى غايتها، فوسيلة المقصود تابعة للمقصود ومرتبطة به^(١).

(١) انظر: إعلام الموقعين (٣/ ١٣٥).

ولذلك فإنه من المحال أن يضع الشارع مقاصد كلية ويبنى عليها كثيراً من الأحكام والتشريعات، ثم يهمل أمر الوسائل المؤدية إلى تحقيقها، أو الذرائع المفضية إلى نقضها، فإذا حرم الله تعالى شيئاً فإنه يحرم طرقه ووسائله المفضية إليه ويمنع منها، تحقيقاً لتحريمه، وتثبيتاً له، ومنعاً أن يقرب حماه، فإنه لو أباح الوسائل والذرائع المفضية إليه لكان ذلك نقضاً للتحريم، وإسقاطاً له، وإغراءً للنفوس بما حرمه، وهذا مناقض لحكمته تعالى وعلمه^(١).

ولذا فإن المكلف إذا أشكل عليه حكم شيء، هل هو على الإباحة أو التحريم، فلينظر إلى مفسدته وثمرته وغايته، فإن كان مشتملاً على مفسدة راجحة ظاهرة، فإنه يستحيل على الشارع إباحته أو الأمر به، بل يقطع أن الشرع يحرمه، لا سيما إذا كان مفضياً إلى ما يبغضه الله ورسوله^(٢).

ولأجل هذا فإن منع الوسائل حين تفضي إلى المفاصد يُعدُّ من روح التشريع الإسلامي، واعتبار تحقيق ذلك عند النظر هو من مقصود الشارع.

وإذا تقرر ذلك، فالاعتماد على مبدأ سد الذرائع من خلال النظر في مدى تحقيق هذه الوسائل لمقاصد الشارع من قبل المجتهد أمر ضروري في الاجتهاد في أحكام المسائل والنوازل والحوادث، وهو معيار صلاحية الاجتهاد وسلامته من الخطأ.

ثم إن الحكم على الوسائل والذرائع بأنها مفضية إلى المفاصد لا يكون إلا بعد النظر والتأمل في هذا الأمر، بحيث يُقطع أو يغلب على الظن إفضاؤها إليها، ولا يتمكن من تقدير ذلك إلا أهل الاجتهاد العارفون بمقاصد التشريع من ذوي البصيرة النافذة بأحكام الشريعة، إذ بمعرفتهم مقاصد الشارع يستطيعون معرفة المصالح والمفاصد وتمييز بعضها

(١) انظر: إعلام الموقعين (٣/ ١٢١).

(٢) انظر: مجموع الفتاوى (٣/ ٣٣٨).

عن بعض، والحكم بإفضاء الوسائل إلى المفاسد أو عدم إفضائها إليها، وتقديرهم لذلك على الوجه الصحيح.

وقد أكد العز بن عبدالسلام هذا المعنى، حيث ذكر أن من تتبع مقاصد الشريعة في جلب المصالح ودرء المفاسد حصل له من مجموع ذلك اعتقادٌ أو عرفانٌ بأن هذه المصلحة لا يجوز إهمالها، وأن هذه المفسدة لا يجوز قربانها، وإن لم يكن في ذلك إجماعٌ ولا نصٌّ ولا قياسٌ خاص، فإن فهم حقيقة الشرع ومقاصده توصل إلى معرفة ذلك^(١).

فيلزم المجتهد المدرك لمقاصد الشارع حسم ما يوقع في الضرر ويفضي إلى المفسدة بحسب ما يقطع به أو يغلب على ظنه إفضاؤه إلى ذلك، فالذي يتعلق به النظر سداً ومنعاً من الوسائل والذرائع ما كان محققاً أو مظنوناً ظناً معتبراً، وهو الظن الغالب، لا ما كان من إملاء الوهم والظنون الضعيفة.

ومن ذلك مسألة بيع العنب لمن يتخذه خمرأً، وبيع السلاح زمن الفتنة، فرغم قيام الاحتمال باستعمال ذلك في الأمور المشروعة، إلا أن الظن الغالب المعتبر يقضي بسد الذريعة خوفاً من حصول الاستعمال المحرم^(٢).

والاجتهاد في سد الذرائع لا يلزم أن يكون محصوراً فيما لا نص فيه، بل يدخل أحياناً في أحكام منصوصة حين يؤدي العمل بها وتطبيقها إلى خلاف ما شرعت له، وتفويت المصالح العامة، ومناقضة المقاصد الشرعية.

ومن أظهر تطبيقات هذا الأصل اجتهادُ عمر بن الخطاب رضي الله عنه حينما منع من تزوج الكتابيات^(٣)، حيث رأى إقبال كثير من المسلمين على الزواج منهن، وخشي من انتشار العنوسة بين المسلمات وترك نكاحهن ميلاً إلى جمال نساء أهل الكتاب وحسنهن، فرأى أن

(١) انظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام (٢/١٦٠).

(٢) انظر: اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات للسنوسي (ص/٢٦٤).

(٣) انظر تخریج هذا الأثر في (١/٣٩٨).

تجوز الشارع للزواج من المحصنات الكتابيات لم يشرع ليؤدي إلى هذه النتائج الممنوعة والمآلات المحذورة، فقام بحسمها وتلافيها من خلال منع الزواج بهن، دفعاً للمفاسد العامة التي يؤدي إليها استمرار العمل بأصل الإباحة^(١).

فالنظر في الذرائع والوسائل وما تفضي إليه قد يكون في المسائل الاجتهادية، وقد يكون في المسائل المنصوصة، ولذا انتهى الشاطبي إلى أن قاعدة الذرائع لا تقتصر على المنع من المباحات من التعاملات ونحوها، بل يمتد عملها إلى ما ثبت حكمه بالشرع حين يؤدي استمرار العمل به إلى ضرر أكبر من فعله، من ظن كونه عبادة مشروعة ونحوه، وفي ذلك يقول: «وفي الجملة فكل عمل أصله ثابت شرعاً إلا أن في إظهار العمل به والمداومة عليه ما يخاف أن يُعتقد أنه سنة، فتركه مطلوبٌ في الجملة أيضاً من باب سد الذرائع»^(٢).

ويعتمد سد الذرائع في جميع ذلك على أساس الموازنة بين مصلحة الفعل وبين المفسدة التي يفضي إليها، فمتى غلب فساد مآل الفعل على صلاح أصله ترجح منعه^(٣).

وتختلف أنظار المجتهدين في تقدير إفضاء الوسائل إلى تلك المفسد، فما يراه بعضهم من أن هذه الوسيلة تفضي إلى المفسدة، أو أن مفسدتها أرجح من مصلحتها، قد لا يراه البعض الآخر كذلك، ولهذا تختلف اجتهاداتهم وتتفاوت فتاواهم.

وإذا كان المجتهدون يختلفون في تقدير المصالح والمفاسد، وتتفاوت أنظارهم في إفضاء الوسائل إلى المفسد، فإن المجتهد نفسه يختلف تقديره للمصالح والمفاسد، ويتفاوت نظره في إفضاء الوسائل إلى المفسد من حين إلى حين، ومن شخص إلى شخص، ومن حال إلى حال، بحسب الظروف والأحوال؛ فما كان يراه مفضياً إلى المفسدة غالباً ويحكم بمنعه أو

(١) انظر: اعتبار المآلات للسبسي (ص/٢٦٢).

(٢) الاعتصام (٢/٣١١).

(٣) انظر: مقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور (ص/٢٦٩)، والاجتهاد فيما لا نص فيه للطيب

الخضري السيد (٢/١٧٧).

يفتي بتحريمه، قد لا يغلب على ظنه إفضاؤه إليها في وقت آخر فلا يمنع منه، أو يفتي بمشروعيته، والعكس بالعكس؛ فما قد يراه غير مفضٍ إلى المفسدة، أو أن إفضاءه إلى المصلحة أرجح من إفضائه إلى المفسدة، قد يترجح إفضاؤه إلى المفسدة في نظره في وقت آخر، فيمنع منه، ويفتي بتحريمه بعد أن كان يفتي بالمشروعية.

ولهذا فالمجتهد حين تعرض له مسألة أو يُسأل عن نازلة ويجتهد في معرفة حكمها فلا يرى ما يمنع منها فإنه يفتي بإباحتها، فإذا جدد اجتهاده فيها مرة أخرى لداعٍ يقتضي التجديد، ثم تغير اجتهاده ونظره في تلك النازلة، فرأى أن القول بإباحتها ذريعة إلى الوقوع بما حرم الله، ووسيلة إلى الإفضاء للمفاسد أفتى بحرمتها ونَقَص فتواه السابقة.

ومما يشهد لتغير الاجتهاد بسبب سد الذرائع أن الفقهاء ذكروا أن من شروط جواز ترك المجتهد القول بالراجح والإفتاء بالمرجوح: أن يكون ذلك لدرء المفسدة، سواء أكانت واقعة أو متوقعة الوقوع، فيتغير اجتهاد المفتي في هذه الحالة، ويقطع دابر هذه المفسدة بالفتوى على القول الضعيف المرجوح وترك القول بالراجح^(١).

فالمفتي قد يمتنع من الفتيا بحكم معتبر في الشرع، يترتب عليه تحصيل مصلحة، حين يكون ذلك مفضياً إلى حصول مفسدة أعظم، وعلى هذا يسوغ تغير الاجتهاد وامتناع الإفتاء فيما فيه مصلحة معتبرة؛ منعاً لحدوث مفسدة مضادة.

وأيضاً: كما ثبت كون المصالح سبباً لتغير الاجتهاد والفتوى، فإن سد الذرائع كذلك، لصلته بالمصلحة، حيث إن حقيقته ترجع إلى منع الوسائل المفضية إلى المفساد، وهذا وجه من أوجه المصلحة، لكونه يعمل على المحافظة على المصالح الشرعية المعتبرة، فهو متمم لأصل المصلحة ومكمل لها، والأخذ به يُعدُّ أخذاً بوجه من وجوه الاجتهاد المصلحي، ولذلك توسع كثير من الفقهاء في أعمال سد الذرائع كما توسعوا في الأخذ بالمصالح^(٢).

(١) انظر: الفتوى في الإسلام للدكتور عبدالله الدرعان (ص/ ٣٧٠).

(٢) انظر: الاستصلاح والمصالح المرسله للزرقا (ص/ ٤٦)، والوجيز في أصول الفقه للدكتور عبدالكريم زيدان (ص/ ٢٥٠).

ولذلك فإن كثيراً من أمثلتها متداخلة، فجمع المصحف مثلاً في عهد أبي بكر رضي الله عنه يستند إلى المصلحة لعدم وجود نص معين من الشارع يشهد لذلك، ولكنه ملائم لمقاصد الشريعة، من حيث إنه وسيلة لحفظ الدين، كما يستند إلى سد ذريعة الاختلاف والتفرق، ويقال مثل ذلك في أمثلة أخرى كثيرة، كتضمن الصناعات، وقتل الجماعة بالواحد^(١)، وغيرها، وليس ذلك من قبيل التكرار أو التناقض، وإنما هو اختلاف بحسب النظر إلى الحادثة أو المسألة، فإن نُظر إلى المصلحة التي أوجبت الحكم وترتبت عليه كان الحكم في هذه المسألة مستنداً إلى المصلحة، وإن نُظر إلى الفعل من حيث كونه مشروعاً أو مباحاً في الأصل ولكنه يفضي إلى مفسدة تساوي مصلحته أو تغلب عليها، فحُكم بالمنع منه كان الحكم حينئذ مستنداً إلى سد الذرائع^(٢).

ومن هنا فإن المصلحة أعظم من سدّ الذريعة، فكلُّ فعلٍ يُمنع سداً للذريعة يكون فيه مصلحة، وليست كل مصلحة تكون سداً للذريعة.

وتغير الاجتهاد بسبب سد الذرائع ليس تغييراً في أصل هذا الدليل، بل إنه من الأصول الشرعية الثابتة، وإنما هو تغير في إعماله في هذه المسألة أو تلك، ويشمل ذلك تغير إفضاء الوسائل والذرائع إلى المفسد من وقت إلى وقت، ومن حال إلى حال، ومن شخص إلى شخص، فقد يطرأ على الوسائل ما يغير غايتها من كونها مفضية إلى مصلحة غالباً إلى أن يكون الغالب إفضاؤها إلى مفسدة، مما يتغير معه حكمها من الإباحة إلى المنع، كما يشمل تغير نظر المجتهد وتقديره لهذا الإفضاء من وقت إلى آخر، بحسب قوة ظنه في ذلك.

وقد أكد ذلك الشيخ أحمد الزرقا، حيث ذكر أن الأحكام الأساسية التي جاءت الشريعة لتأسيسها وتوطيدها بنصوصها الأصلية الآمرة والناهية، كحرمة المحرمات

(١) فقد مثل ابن عقيل بقتل الجماعة بالواحد لسد الذرائع، ومثل به الزنجاني للمصلحة، انظر: الواضح

(٢/٧٥)، وتخريج الفروع على الأصول (ص/٢٧٨).

(٢) انظر: نظرية المصلحة لحسين حامد حسان (ص/٥١٣).

المطلقة، وكوجوب التراخي في العقود... وسد الذرائع إلى الفساد، وغير ذلك من الأحكام والمبادئ الشرعية الأساسية، فهي ثابتة لا تتبدل بتبدل الأزمان، ولكن قد تتبدل وسائل تحقيقها وأساليب تطبيقها بحسب اختلاف الأزمنة^(١).

فيتغير الاجتهاد لأجل سد الذرائع بحسب اختلاف الزمان والأحوال، ففي زمن أو حال معين يغلب على ظن المجتهد إفضاء هذا التصرف إلى مفسدة فيمنع منه، وفي زمن آخر أو حال أخرى لا تتوافر دواعي المفسدة في هذا التصرف فلا يمنع منه.

ومثال ذلك: حكم إنكار المنكر، فإنه تتغير الفتوى فيه بحسب الزمان والحال، فإن كان يفضي إلى المصلحة، وكانت هي الغالبة كان مأموراً به، وإن أفضى إلى مفسدة فيمنع منه ويترك إذا كانت مفسدته أرجح من مصلحته^(٢).

وقد أكد ذلك ابن القيم، فذكر أن الغاية والقصد من الإنكار نقل صاحب المنكر إلى حالة أحسن مما هو عليها، فإن كان الإنكار سبباً في نقله إلى حالة أسوأ لم يجز الإنكار حينئذ، وفي ذلك يقول: «فإذا رأيت أهل الفجور والفسوق يلعبون الشطرنج كان إنكارك عليهم من عدم الفقه والبصيرة، إلا إذا نقلتهم إلى ما هو أحب إلى الله ورسوله، كرمي النشاب وسباق الخيل ونحو ذلك.

وإذا رأيت الفساق قد اجتمعوا على لهُو ولعب وسماع مكاء وتصدية، فإن نقلتهم عنه إلى طاعة الله فهو المراد، وإلا كان تركهم على ذلك خيراً من أن تفرغهم لما هو أعظم من ذلك، فكان ما هم فيه شاغلاً لهم عن ذلك. وكما إذا كان الرجل مشتغلاً بكتب المجنون ونحوها، وخُفَّتْ من نقله عنها انتقاله إلى كتب البدع والضلال والسحر فدعُ وكتبه الأولى»^(٣).

(١) انظر: المدخل الفقهي العام (٢/ ٩٢٤).

(٢) انظر: الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لابن تيمية (ص/ ٢٨).

(٣) إعلام الموقعين (٣/ ٥).

كما يتغير الاجتهاد لأجل سد الذرائع بحسب نيات المكلفين ومقاصدهم في تصرفاتهم، فقد يفتي المجتهد بمشروعية فعل معين لشخص معين حين يغلب على ظنه سلامة مقصده من إتيان الفعل وتلبسه به، ويتغير اجتهاده في المسألة نفسها في حق شخص آخر حين يغلب على ظنه أن قصده التوسل بهذا التصرف المباح إلى مفسدة ممنوعة، فيمنع من هذا الفعل في حقه سداً للذريعة.

يقول ابن القيم: «وقاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها أن المقاصد والاعتقادات في التصرفات والعبارات معتبرة في التقربات والعبادات، فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالاً أو حراماً، وصحيحاً أو فاسداً، وطاعة أو معصية، كما أن القصد في العبادة يجعلها واجبة أو مستحبة أو محرمة أو صحيحة أو فاسدة»^(١).

ومثال ذلك: تغير اجتهاد النبي ﷺ في من سأل الإمارة، حيث اختلف جوابه باختلاف نيات الأشخاص ومقاصدهم، فمرة قال لمن سأله أن يوليه الإمارة: (إنا والله لا نولي على هذا العمل أحداً سألناه ولا أحداً حرص عليه)^(٢)، ومرة ولى من سألها، فلم يكن اختلاف الحكم في حقها إلا من أجل اختلافهم في المقصد والدافع إلى تولي الإمارة، فولى الثاني وأجابه إلى طلبه لما علم أن قصده دعوة قومه وإصلاحهم، ومنع الأول الإمارة حين سألها لعلمه أنه إنما سألها لحظ نفسه لا لمصلحة قومه.

ومثل ذلك أيضاً: فتوى ابن عباس رضي الله عنهما لرجل سأله عن توبة القاتل بأنه لا توبة له، فلما ذهب الرجل قال له جلساؤه: ما هكذا كنت تفتينا يا ابن عباس، كنت تفتينا أن لمن قتل توبة مقبولة فما بال اليوم؟ قال: (إني أحسبه رجلاً مغضباً يريد أن يقتل مؤمناً)^(٣)،

(١) إعلام الموقعين (٤/٤٩٩، ٥٠٠).

(٢) سبق تخريجه في (١/٣٤٦).

(٣) سبق تخريجه في (١/٣٨٢).

فتغير اجتهاد ابن عباس في هذه المسألة، حيث كان يفتي بقبول توبة القاتل، ولكن لما غلب على ظنه أن هذا السائل عازم على القتل، ويريد فتوى تفتح له باب التوبة ليقدم على جريمته أفتاه بعدم قبول التوبة منه، سداً للطريق عليه.

ومما سبق يتبين أن كل تصرف يكون وسيلة إلى غاية مشروعة، يكون مشروعاً ومأذوناً فيه حين تكون غاية المكلف في فعله موافقة لغاية هذا التصرف، أما حين يقوم بتلك التصرفات المشروعة على وجه يعود بالفسدة، بأن كان ذلك وسيلة لتحقيق أغراضه الخاصة، فالوسيلة حينئذٍ تخرج من المشروعية إلى المنع، وقد أوجز العز بن عبدالسلام ذلك بقوله: «كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل»^(١).

وكما يتغير الاجتهاد لأجل سد الذرائع بحسب نيات المكلفين ومقاصدهم في تصرفاتهم، يتغير الاجتهاد أيضاً بحسب اختلاف المكلفين في طبائعهم وما جبلوا عليه في أجسامهم من قوة أو ضعف، أو في صفاتهم وأخلاقهم من أمور حسنة أو سيئة، فينظر المجتهد فيما يصلح لكل مكلف في نفسه، بحسب اختلافهم في هذه الصفات، فرب تصرف يحصل لفاعله بسببه ضرر، ولا يكون كذلك بالنسبة إلى شخص آخر، فيلزم المجتهد تحقيق المناط في ذلك بحسب تقديره لاختلاف أولئك الأشخاص في قوة تحملهم وحسن أخلاقهم وصفاتهم، وعلى هذا قد يفتي بإباحة تصرف في حق شخص حين يغلب على ظنه أن تلبسه بهذا الفعل لن يؤول به إلى ضرر أو مفسد دينية أو دنيوية، وقد يتغير اجتهاده في المسألة نفسها في حق شخص آخر حين يغلب على ظنه ضعف عزمته وتحمله، وأن تلبسه بهذا الفعل أو التصرف سيفضي به إلى مفسد وأضرار في دينه أو دنياه، فيفتيه بعدم المشروعية سداً للذريعة.

ومثال ذلك: اختلاف فتوى النبي ﷺ في حكم مباشرة المرأة وتقبيلها حال الصوم، حيث فرق بين الشيخ والشاب، فعن أبي هريرة رضي الله عنه: (أن رجلاً سأل النبي ﷺ عن

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام (٢/ ٢٢١).

المباشرة للصائم، فرخص له، وأتاه آخر فسأله، فنهاه، فإذا الذي رخص له شيخ، والذي نهاه شاب^(١).

وعن عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه قال: (كنا عند النبي ﷺ فجاء شاب، فقال: يا رسول الله أُقْبِلُ وأنا صائم؟ قال: (لا)، فجاء شيخ، فقال: يا رسول الله أُقْبِلُ وأنا صائم؟ قال: (نعم)، فنظر بعضنا إلى بعض، فقال رسول الله ﷺ: (قد علمتُ لم نظر بعضكم إلى بعض، إن الشيخ يملك نفسه)^(٢).

فهنا أفتى النبي ﷺ الشيخ ورخص له في التقييل والمباشرة حال الصوم لما علم من أن تلبسه بهذا الفعل لن يفضي به إلى الوقوع في الممنوع، ومنع الشاب من ذلك لغلبة ظنه إفضاء هذا الفعل في حقه إلى إفساد الصوم بالجماع، فسَدَّ هذه الذريعة، فاختلف فتواه ﷺ وتفرقه بين الشاب والشيخ في هذه المسألة ليس إلا مراعاة لاختلاف القدرة على التحمل والسيطرة على النفس لديها.

فعلى المجتهد النظر في مآل الوسائل والذرائع وما تفضي إليه في غالب ظنه، وتحقيق المناط الخاص في ذلك، حيث إن النظر في مآلات التصرفات المشروعة أو التي أصلها الجواز يختلف من حال إلى حال، ومن شخص إلى شخص، مما يؤدي إلى اختلاف الأحكام الاجتهادية المبنية على هذا المبدأ باختلاف أعمال القاعدة أو عدم إعمالها في التصرفات المعروضة.

يقول الشاطبي: «قاعدة الذرائع متفق على اعتبارها في الجملة، وإنما الخلاف في أمر آخر»^(٣).

(١) سبق تخريجه في (١/٢٩٦).

(٢) سبق تخريجه في (١/٢٩٦).

(٣) الموافقات (٤/١٤٥).

ويعلق الشيخ دراز على ذلك بقوله: «هو في الحقيقة اختلافٌ في المناط الذي يحقق فيه التذرع»^(١).

فتحقيق المجتهد للمناط في إعماله لسد الذرائع في الحوادث والمسائل له أثر كبير في اختلاف أحكامه وتغير اجتهاده، فقد يكون تصرفٌ معين من التصرفات المباحة يكثر قصده وفعله في زمن معين لتحصيل مفسدة ممنوعة شرعاً، فيفتي المجتهد بتحريمه والمنع منه، ثم يقلُّ قصد الناس لهذا المآل، ويكون الغالب في إتيان هذا التصرف قصد الوصول إلى غايته المشروعة، فحينئذٍ يتغير اجتهاد المجتهد، ويفتي بجواز التلبس بهذا التصرف ومشروعيته.

فالفعل إذا كثر القصد إليه في تحصيل مفسدة ممنوعة شرعاً توسلاً بظاهر مشروعيته لزم المجتهد حسم مادة الفساد بالمنع من هذا الفعل الذي غدا مفضياً إلى تحصيله.

وقد لجأ المجتهدون إلى هذا المبدأ، ونهج الفقهاء هذا النهج في كثير من أحكامهم وفتاواهم، فالناظر إلى الأحكام والأقضية والفتاوى الصادرة من المجتهدين من لدن الصحابة رضي الله عنهم إلى يومنا هذا يجد طائفة غير قليلة منها والتي حكم فيها بالمنع أو أفتي فيها بالتحريم كان مستند المنع منها وتحريمها سد الذريعة، وكثير من تلك المسائل كانوا يقضون بإباحتها ويفتون بمشروعيتها كما كان حكمها كذلك عند من سبقهم، ولكن تغير اجتهادهم فمنعوا منها لما رأوا أن العمل بمقتضى الحكم السابق وسيلة تفضي إلى المفسدة، وذريعة إلى الوقوع في الحرام، ومن هنا يتبين وجه كون سد الذرائع سبباً لتغير الاجتهاد. وفيما يأتي بيانٌ لعدد من المسائل التي تغير فيها اجتهاد المجتهدين بسبب سد الذرائع.

(١) حاشية الموافقات (٤/١٤٥).

المبحث الثاني

أمثلة لتغير الاجتهاد بسبب سد الذرائع

من التطبيقات الفقهية لتغير الاجتهاد لأجل سد الذرائع ما يأتي:

١- أن النبي ﷺ تغير اجتهاده في صلاة التراويح، حيث صلاها في المسجد ليلتين، ثم خشي أن تفرض على الناس ويعجزوا عن أدائها فترك الخروج للصلاة في الليلة الثالثة، فعن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ صلى في المسجد ذات ليلة، فصلى بصلاته ناس، ثم صلى من القابلة فكثر الناس، ثم اجتمعوا من الليلة الثالثة أو الرابعة فلم يخرج إليهم، فلما أصبح قال: (قد رأيت الذي صنعتم، فلم يمنعني من الخروج إليكم إلا أني خشيت أن تفرض عليكم فتعجزوا عنها)^(١).

٢- أن النبي ﷺ تغير اجتهاده في إطالة الصلاة، فمع أن إطالتها أمر مشروع إلا أن النبي ﷺ تركه وأمر بتخفيفها، سداً للذريعة؛ حيث إن التطويل فيها يفضي إلى حقوق المشقة بالناس، وقد يفضي إلى تنفيرهم عن الصلاة، وفي ذلك يقول رضي الله عنه: (إني لأقوم في الصلاة أريد أن أطول فيها فأسمع بكاء الصبي، فأتجاوز في صلاتي كراهية أن أشق على أمه)^(٢).
ويقول رضي الله عنه: (يا أيها الناس إن منكم منفرين، فأيكم أم بالناس فليوجز فإن من ورائه الكبير والضعيف وذا الحاجة)^(٣).

٣- وتغير اجتهاد النبي ﷺ أيضاً في بناء الكعبة، حيث كان يرغب في إعادة بنائها على قواعد إبراهيم عليه السلام، لكنه ترك بناءها على ما كان عليه؛ سداً للذريعة؛ حيث خشي من نفور قريش عن الإسلام، لجهلهم، وعنادهم، وكونهم حديثي عهد بكفر، وفي ذلك

(١) سبق تخريجه في (١/٣٢٧).

(٢) سبق تخريجه في (١/٣٢٩).

(٣) سبق تخريجه في (١/٣٢٩).

يقول النبي ﷺ لعائشة رضي الله عنها: (يا عائشة لولا قومك حديثٌ عهدهم بکفر لنقضت الكعبة، فجعلت لها بايين: بابٌ يدخل الناس، وبابٌ يخرجون)^(١).

٤- أن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما تغير اجتهادهما في الأضحية، فمع أنها مشروعة إلا أنها تركا ذبحها، سداً لذريعة اعتقاد الناس وجوبها، حيث خشيا من أن تفضي مداومتها عليها إلى هذا الاعتقاد الفاسد؛ لأنها موضع القدوة، وفي ذلك يقول حذيفة بن اليمان رضي الله عنه: (إن أبا بكر وعمر كانا لا يضحيان كراهية أن يُقتدى بهما فيظن من رآهما أنها واجبة)^(٢).

٥- وكذلك تغير اجتهاد عمر رضي الله عنه في سجود التلاوة، فمع أن سجدة التلاوة مشروعة إلا أن عمر تركها وخالف ما كان ينبغي عليه فعله، سداً للذريعة؛ حيث خشى أن تفضي مداومته عليها إلى مفسدة اعتقاد الناس وجوبها)^(٣).

٦- وتغير اجتهاده في الطلاق، حيث كان الطلاق الثلاث بلفظ واحد يقع طلقة واحدة في صدر خلافته - كما كان عليه الحال في زمن النبي ﷺ وأبي بكر - ولكن لما وجد تساهل الناس بأمر الطلاق وتهاونهم به واستعجالهم فيه وإكثارهم منه، رأى أن يمضي هذا الطلاق عليهم، فأوقع طلاق الثلاث بلفظ واحد ثلاثاً، سداً للذريعة الإكثار منه والاستعجال والتهاون في أمره)^(٤).

(١) سبق تخريجه في (١/٣٣١).

(٢) سبق تخريجه في (١/٤٠٠).

(٣) انظر: الموافقات (٤/١١٩).

(٤) انظر: مجموع الفتاوى (٣٣/٨٨)، وإعلام الموقعين (٣/٣٦)، والطرق الحكيمة (١/٢٣). وهذا المثال قد ذكرته فيما سبق على أنه من تغير الاجتهاد لأجل المصلحة، وليس في هذا تعارض أو تناقض كما بينت ذلك في صدر الباب، وهكذا يقال في غيره من الأمثلة المتكررة في أكثر من موضع.

٧- وتغير اجتهاده في بيع أمهات الأولاد، فمع أنهم كن يبعن في زمن النبي ﷺ وأبي بكر، إلا أنه رأى المنع من بيعهن، ونهى عن ذلك، سداً للذريعة؛ إذ يفضي بيعهن إلى مفسدة التفريق بينهن وبين أولادهن^(١).

٨- وتغير اجتهاده في المرأة إذا نكحت قبل انقضاء عدتها، فمع أن الأصل المتقرر بطلان نكاح المرأة في عدتها، وأن من نكح امرأة في عدتها يفسخ عقده ويلزمه انتظارها حتى تفرغ من العدة ليخطبها كغيره من الخطاب، إلا أن عمر رضي الله عنه خالف هذا الأصل، ورأى أن من نكح امرأة في عدتها فإنه يفرق بينها وأنها تحرم عليه تحريماً مؤبداً، سداً للذريعة اتخاذه النكاح زمن العدة وسيلة إليه بعدها^(٢).

وفي ذلك يقول عمر: (أيما امرأة نكحت في عدتها، فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فُرقَّ بينهما، ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول، ثم كان الآخر خاطباً من الخطاب، وإن كان دخل بها فُرقَّ بينهما، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول، ثم اعتدت من الآخر، ثم لا يجتمعان أبداً)^(٣).

٩- أن عثمان بن عفان رضي الله عنه تغير اجتهاده في الصلاة بمنى، حيث أتمها أربع ركعات مخالفاً ما كان عليه الأمر في زمن النبي ﷺ وأبي بكر وعمر وصدر من خلافته؛ سداً للذريعة؛ حيث إنه أتمها خوفاً من سوء فهم الأعراب، حتى لا يظنوا أن الصلاة ركعتين، فتغير اجتهاده في هذه المسألة وترك قصر الصلاة المشروع في السفر لما يؤول إليه من المفسدة^(٤).

(١) انظر: معالم السنن (٤/٦٨)، وإعلام الموقعين (٤/٢٨٥).

(٢) انظر: أحكام القرآن لابن العربي (١/٣٨٥)، والمنتقى للباي (٣/٣١٧).

(٣) سبق تخريجه في (١/٤١٠).

(٤) انظر: الموافقات (٣/٢٨٨)، وتعليل الأحكام لمصطفى شلبي (ص/٤٦).

فقد روى أبو داود عن الزهري: (أن عثمان بن عفان رضي الله عنه أتم الصلاة بمعنى من أجل الأعراب؛ لأنهم كثروا عامئذ، فصلى بالناس أربعاً، ليعلمهم أن الصلاة أربع) (١).
كما صرح عثمان رضي الله عنه بسبب تغير رأيه واجتهاده في هذه المسألة بقوله: (يا أيها الناس إن السنة سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وسنة صاحبيه، ولكنه حدث العام من الناس فخفت أن يستنوا) (٢).

ويشهد لذلك ما روي أن أعرابياً نادى عثمان في منى: (يا أمير المؤمنين ما زلت أصليها منذ رأيتك عام أول ركعتين، فخشي عثمان أن يظن جهال الناس أن الصلاة ركعتان) (٣).
١٠ - وتغير اجتهاد ابن مسعود رضي الله عنه في الواقعة نفسها، حيث كان يرى أن الأفضل قصر الصلاة بمعنى اقتداءً برسول الله صلى الله عليه وسلم وصاحبيه، لكنه ترك رأيه هذا، وأتم الصلاة خلف عثمان رغم إنكاره عليه؛ سداً للذريعة، حيث خشي أن يترتب على مخالفته وإنكاره حصول فتنة بين المسلمين، فتغير اجتهاده في هذه المسألة درءاً للمفسدة، ولذلك لما قيل له: عبت على عثمان ثم صليت أربعاً، قال: (الخلاف شر) (٤).

١١ - أن عائشة رضي الله عنها تغير اجتهادها في حكم خروج النساء إلى المساجد، فمع أن الأصل مشروعية خروجهن، وقد كُنَّ يخرجن في عهد النبي صلى الله عليه وسلم إلا أنها رأت منعهن من ذلك؛ سداً للذريعة؛ حيث رأت تغير الأحوال، ووقوع الفتنة بخروجهن، وأنهن أحدثن ما لم يكن في عصر النبي صلى الله عليه وسلم من التستر والبعد عن الرجال، فتغير اجتهادها في هذه

(١) سبق تخريجه في (١/٣٨٩).

(٢) سبق تخريجه في (١/٣٨٩).

(٣) سبق تخريجه في (١/٣٩٠).

(٤) سبق تخريجه في (١/٣٩١).

المسألة منعاً لحدوث هذه المفاسد^(١)، فقد ثبت عنها أنها قالت: (لو أدرك رسول الله ﷺ ما أحدث النساء لمنعهن المسجد كما منعت نساء بني إسرائيل)^(٢).

١٢- أن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما تغير اجتهاده في المبايعه على الرضا، حيث ترك التبایع على الرضا، ورجع عن اشتراط الخيار المشروع - لما قيل له: إن الرجل ليرضى ثم يدعي - سداً للذريعه؛ حيث رأى تغير النفوس وقلة الصلاح في المجتمع، وظهور الدعاوى الباطلة، فرجع عن رأيه حسماً لوسائل الفساد، فقد أخرج عبدالرزاق في مصنفه عن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما أنه قال: (كنت أبتاع إن رضيت حتى ابتاع عبدالله ابن مطيع نجية إن رضىها، قال: إن الرجل يرضى ثم يدعي، فكأنما أيقظني، فكان يبتاع ثم يقول: ها إن أخذت)^(٣).

يقول مصطفى شلبي - مبيناً سبب رجوع ابن عمر عن رأيه في هذه المسألة - : «فهذا ابن عمر الذي اشتهر عنه التقيد بالنصوص غالباً يرجع عن اشتراط الخيار المشروع لما قيل له: إن الرجل ليرضى ثم يدعي؛ سداً للذريعه الفساد والدعاوى الباطلة التي يتفنن الناس فيها»^(٤).

١٣- أن الإمام أبا حنيفة كان لا يرى اشتراط تعيين مكان الإيفاء في السلم، ولو كان المسلم فيه مما لحملة مؤونة، ثم تغير اجتهاده في هذه المسألة، حيث رجع إلى اشتراطه؛ سداً للذريعه المنازعة^(٥).

(١) انظر: الموافقات (٣/٢٨٩).

(٢) سبق تخريجه في (١/٤٠٥).

(٣) سبق تخريجه في (١/٤٠٧).

(٤) تعليل الأحكام (ص/٥٦).

(٥) انظر: المبسوط (١٢/١٢٧، ١٢٨)، وتحفة الفقهاء للسمرقندي (٢/١٣)، وأبو حنيفة لأبي زهرة

(ص/٣٧٦).

١٤- أن الإمام مالكا تغير اجتهاده في حكم بيع الحلي الذي فيه ذهب وورق بأحدهما، حيث كان يرى أن الحلي إذا كان فيه ذهب وورق يجوز بيعه بأقلها إن كان الثلث فما دون، يداً بيد، وإن تقاربا لم يميز بيعه إلا بعرض أو فلوس، بمعنى أن الذهب الذي في الحلي إن كان يعدل الثلث فأقل جاز بيع الحلي بالذهب، ولا يجوز بيعه بالفضة، وإن كانت الفضة تعدل الثلث فأقل جاز بيع الحلي بالفضة، ولا يجوز بيعه بالذهب.

ولكن رجوع الإمام مالك عن هذا القول، وذهب إلى أن ذلك لا يجوز مطلقاً، سواء أكان الذهب أو الفضة أقل من الثلث أم أكثر، وأنه لا يباع الحلي إلا بعرض أو فلوس، وذلك سداً للذريعة، إذ فيه شبهة الربا وهو وسيلة إليه^(١).

١٥- وتغير اجتهاد الإمام مالك في حكم الاقتضاء من الطعام أو من ثمنه طعاماً، حيث كان يرى أنه يجوز لمن باع طعاماً إلى أجل أن يأخذ بثمنه طعاماً قبل قبضه، ثم رجوع عن هذا القول، ورأى عدم جوازه، سداً للذريعة، حيث إنه لو أبيع لانتخذ حيلة وذريعة يتوصل بها إلى بيع الطعام بطعام إلى أجل، وهو لا يجوز^(٢).

١٦- وتغير اجتهاد الإمام مالك في حكم الإقالة من بعض الطعام في السلم، حيث كان يرى جواز الإقالة في الشيء اليسير، ثم رجوع عن هذا القول، ورأى عدم جواز ذلك مطلقاً؛ سداً للذريعة الوقوع في إباحة البيع والسلف، وهو منهي عنه^(٣).

١٧- وتغير اجتهاد الإمام مالك في حكم من أسلف مشاركته مالا وأخرج مثله على أن يتجرا فيه، فقد كان يرى جواز ذلك، نظراً إلى أن هذا التصرف وجه من أوجه الصلة

(١) انظر: المستخرجة مع البيان والتحصيل (٦/٤٣٩)، ومنح الجليل (٤/٥٢١).

(٢) انظر: البيان والتحصيل (٧/١٢٢)، والمغني (٦/٢٦٣)، وشرح فتح القدير (٦/٤٣٣).

(٣) انظر: البيان والتحصيل (٧/٢٨١، ٢٨٢)، والمغني (٦/٤١٧).

والمعروف، ثم رجع عن هذا القول، ورأى المنع من ذلك؛ سداً للذريعة؛ حيث خشني أن يكون هذا التصرف ذريعة إلى القرض الذي جر نفعاً فيكون رباً، وذلك أن الشريك قد يتخذ من هذا الفعل وسيلة إلى الاستفادة من صاحبه الذي أسلفه، لنفاذ بصيرته في المعاملات وخبرته في التجارات، فسدأ لهذه الذريعة الموصلة إلى المنهي عنه منع الإمام من هذا التصرف^(١).

١٨- وتغير اجتهاد الإمام مالك في حكم اشتغال الصماء^(٢) لمن لبس إزاراً أو سروالاً ونحوه، فكان يرى جواز ذلك؛ لأن النهي خاص بمن يشتمل الصماء وليس عليه إزار، ثم رجع عن هذا القول، ورأى المنع من ذلك، وأن النهي عام، سداً للذريعة، حيث خشني أن يرى الجاهل الذي لا يعلم علة النهي عن اشتغال الصماء العالم قد اشتملها على ثوب فيشتملها على غير ثوب فيقع في المنهي عنه^(٣).

١٩- أن الإمام مالكا كان يقول ببرّ الذي يحلف لا يفارق غريمه إلى أجل حتى يوفيه حقه، ثم يأخذ منه سلعة بذلك الحق تساويه، ثم رجع عن هذا القول، ورأى أنه لا يبرّ في يمينه بذلك، سداً للذريعة^(٤).

(١) انظر: المستخرجة مع البيان والتحصيل (٥/١٢)، والتاج والإكليل (٥/١٢٩)، ومواهب الجليل

(٥/١٣٤)، ومنح الجليل (٦/٢٨٣، ٢٨٤).

(٢) اشتغال الصماء عند العرب: أن يشتمل الرجل بثوبه، فيجلل به جسده كله، ولا يرفع منه جانباً

فيخرج منه يده، وأما عند الفقهاء: فهو أن يلتحف بالثوب ليس عليه غيره، ثم يرفعه من أحد

جانبيه، ويضعه على منكبيه، فيبدو فرجه. انظر: غريب الحديث لأبي عبيد القاسم بن سلام

(٢/١١٧، ١١٨)، وغريب الحديث لابن قتيبة (١/١٨٢)، وفتح الباري (١/٤٧٧).

(٣) انظر: البيان والتحصيل (١/٢٧٧، ٢٧٨)، وحاشية العدوي (٢/٥٩٣).

(٤) انظر: المدونة (٢/١٤٢-١٤٤).

٢٠- كان الإمام مالك يرى أن من ورث غنماً أو اشتراها للقتية لا للتجارة، ثم باعها بعد حولان الحول وقبل مجيء الساعي فإنه لا يزكي ثمنها، بل يستأنف بالثمن حولاً جديداً، ثم رجع عن ذلك، ورأى أن عليه زكاة ثمنها حين استلمه، سداً للذريعة؛ حيث خشي من أن يتخذ بيع المال وسيلة لعدم دفع الزكاة^(١).

٢١- كان الإمام مالك يرى أن من سافر وحال الحول على ماله، وليس المال معه، وعنده مال أو يمكنه تحصيله دون ضرره فإنه لا يخرج زكاته إلا بعد أن يرجع إلى موضع المال، ثم تغير اجتهاده في هذه المسألة، ورجع عن هذا القول، ورأى أن عليه دفع زكاة ماله حيث هو، سداً للذريعة؛ حيث خشي أن يتخذ السفر ذريعة لتأخير إخراج الزكاة والإضرار بالفقراء^(٢).

٢٢- كان الإمام مالك يرى جواز إطعام الذمي من الأضحية، ثم رجع عن ذلك، ورأى كراهته، سداً للذريعة؛ حيث خشي أن يكون الإهداء إليه سبباً في إعانته على كفره، وتمكيناً له من البقاء عليه^(٣).

٢٣- كان الإمام مالك يرى جواز أكل ما يصيده الكلب الذي يرسله صاحبه، من غير أن يكون ممسكاً له وقت الإرسال، ثم رجع عن ذلك، ورأى عدم جواز أكله؛ سداً للذريعة أكل ما لا يحل، خشية من أن يكون الكلب قد أمسك الصيد لنفسه^(٤).

(١) انظر: المدونة (٢/٣١٩، ٣٢٠).

(٢) انظر: المرجع السابق (٢/٢٨٦).

(٣) انظر: البيان والتحصيل (٣/٣٤٢-٣٤٤).

(٤) انظر: المدونة (٣/٥٥)، والتاج والإكليل (٣/٢١٥)، ومواهب الجليل (٣/٢١٥، ٢١٦)، وحاشية

الدسوقي (٢/١٠٤).

٢٤- أن الإمام مالكاً يرى أن من انفرد برؤية هلال شوال فإنه لا يفطر - مع أن الأصل جواز أن يفطر ولو سراً - سداً للذريعة، حيث خشي من القول بجواز الفطر أن يكون ذريعة لأهل الفسق، فيفطرون ويدعون رؤية الهلال^(١).

٢٥- أن الإمام الشافعي يرى أن المعذورين إن كان عذرهم خفياً وأخروا الصلاة حتى فاتت الجمعة وصلوا ظهراً في جماعة استحب لهم إخفاء الجماعة؛ سداً للذريعة - مع أن الأصل جواز إظهارهم للجماعة - ولكنه استحب لهم إخفاءها لئلا يتهموا في الدين وينسبون إلى ترك الجمعة تهاوناً^(٢).

٢٦- كان الإمام أحمد يرى جواز أن يعتق الإنسان من زكاته، ثم رجع عن هذا القول، ورأى عدم جواز ذلك؛ سداً للذريعة؛ لأن العتق ذريعة إلى المحرم، وهو انتفاع المزكي من زكاته؛ حيث إنه إذا أعتقه كان ولاؤه له^(٣).

٢٧- كان الإمام أحمد متوقفاً في حكم إرضاع المسلمة طفلاً مجوسياً بأجرة، ثم ترجح عنده عدم جوازه؛ سداً للذريعة؛ لما يترتب عليه من خدمتها له، ففيها صَعَةٌ وامتهان^(٤).

٢٨- كان الإمام أحمد يرى أن من ارتد وأصاب ما يوجب الحد في دار الحرب ثم عاد تائباً مسلماً فإنه لا يطالب بالحد، ثم لما روجع في المسألة، ترك قوله هذا وتوقف فيها، لما يترتب على عدم مطالبته بالحد من مفساد^(٥).

(١) انظر: الموطأ (٢٨٧/١)، والمنتقى للبايجي (٣٩/٢)، وبداية المجتهد (٢٠٨/١)، والقوانين الفقهية لابن جزي (٧٩/١).

(٢) انظر: المجموع للنووي (٤١٤/٤)، ومغني المحتاج (٢٧٩/١).

(٣) انظر: المغني (٣٣٠/٦).

(٤) انظر: أحكام أهل الملل للخلال (ص/٣٨٧).

(٥) انظر: المغني (٢٩٧/١٢).

٢٩- كان الإمام أحمد يُسهّل في الصلاة خلف من لا يُعرف، ثم تغير رأيه في ذلك، وأمر بالتحري، وألا يصلي الإنسان إلا خلف من يعرف؛ سداً للذريعة، حيث خشي أن يكون التسهيل في ذلك مفضياً إلى الصلاة خلف من لا تجوز الصلاة خلفه، وذلك حين تكثر البدع^(١).

٣٠- كان الإمام أحمد يرى جواز بيع الطعام بكييلٍ تقدمت مشاهدة المشتري له، وأنه يعتبر قبضاً صحيحاً، لأن استدامة الكييل بمنزلة ابتدائه، ثم رجع عن ذلك، وذهب إلى عدم جواز ذلك، وأنه لا يُعدُّ قبضاً، بل لا بد من كييله مرة أخرى؛ سداً للذريعة، حيث إن في ذلك درءاً للشحناء بين المتعاملين، إذ تكثر المنازعات في مقدار المكييلات والموزونات^(٢).

٣١- أن الإمام أحمد أفتى بأن من اضطر إلى طعام شخص أو شرا به فلم يعطه حتى مات جوعاً فإنه تجب عليه الدية - فأوجب عليه الدية مع أنه لم يقتل عمداً ولا خطأ - سداً للذريعة، حيث كان منعه وسيلة إلى موت المضطر، فكان كالتسبب فيه، فأوجب الدية لذلك، سداً للذريعة الشر والفساد^(٣).

٣٢- كما أفتى الإمام أحمد بمنع خروج النساء لصلاة العيد في زمانه - مع أن خروجهن للعيد مشروع في الأصل - سداً للذريعة الافتتان بهن^(٤).

٣٣- كان الإمام أحمد يرى أن الرضيع المسبي المنفرد عن أبويه إذا لم يكن في المسلمين من يرضعه فإنه يُردُّ إلى الكفار ولا يُحمل، ثم رجع عن ذلك، ورأى أنه لا يرد إلى الكفار

(١) انظر: طبقات الحنابلة لأبي يعلى (١/٩٩).

(٢) انظر: الروايتين لأبي يعلى (١/٣٢٨)، والمغني (٦/١٩٣)، والإنصاف للمرداوي (٥/١١٦).

(٣) انظر: المغني (٨/٣٣٨)، وابن حنبل لأبي زهرة (ص/٢٤٨).

(٤) انظر: الفروع (١/٥١٧، ٥١٦).

حتى وإن لم يكن في المسلمين من يرضعه، سداً للذريعة؛ حيث إن تركه وإبقائه عند الكفار ذريعة إلى مفسدة اعتناقه دينهم^(١).

٣٤- كان الإمام أحمد يرى قبول توبة من ارتد حتى ولو تكررت ردته، ثم رجع عن ذلك، ورأى أن من تكررت ردته يقتل ولا يستتاب، سداً للذريعة التلاعب بالإسلام^(٢).

٣٥- كان الإمام أحمد يرى أن الكتابي إذا تحول عن دينه إلى ما هو أقل منه كالمجوسية^(٣) أو الوثنية ونحوها فإنه يُرد إلى الإسلام أو إلى دينه الذي كان عليه، ثم رجع عن ذلك، ورأى أنه يُرد إلى الإسلام، فإن أُبى قُتل، سداً للذريعة، لئلا يؤدي ذلك إلى وقوع ضرر بالمسلمين، لأن إقراره على الانتقال إلى ما هو أقل من دينه يترتب عليه ضرر بالمسلمين، وقد نص الإمام أحمد على ذلك، فذكر أنه لا يؤدي الجزية، ولا تنكح له امرأة، ولا تؤكل له ذبيحة^(٤).

٣٦- كان الإمام أحمد يرى أن المدعى عليه إذا تمتع من أداء اليمين فإنه يُقضى عليه بالنكول، ثم رجع عن هذا القول، ورأى بعد ذلك أن ترد اليمين على المدعي؛ سداً للذريعة

(١) انظر: أحكام أهل الملل للخلال (ص/١٩)، وأحكام أهل الذمة لابن القيم (٢/٥١١).

(٢) انظر: الروايتين لأبي يعلى (٢/٣١٢)، وأحكام أهل الملل للخلال (ص/٤٢٢، ٤٢٣)، والمبدع (٩/١٧٩)، والإنصاف للمرداوي (٢٧/١٣٤).

(٣) هم قوم يعبدون النور والنار والظلمة والشمس والقمر، ويزعمون أن للكون إلهين، وهم في بلاد فارس وما حولها، ويقولون بأصلين: أحدهما: النور، والآخر: الظلمة. والنور أزلي، والظلمة محدثة. ومسائل المجوس كلها تدور على قاعدتين: إحداهما: بيان سبب امتزاج النور بالظلمة، والثانية: بيان سبب خلاص النور من الظلمة. وجعلوا الامتزاج مبدأ، والخلاص معاداً. انظر: الملل والنحل (١/٢٣٢) وما بعدها، اقتضاء الصراط المستقيم (١/١٦٦).

(٤) انظر: أحكام أهل الملل للخلال (ص/٢٦٩، ٢٧١، ٢٧٢).

التساهل في الدعوى^(١).

٣٧- كان الإمام أحمد يرى أنه لا يجوز القضاء على الغائب عن البلد، ثم رجع عن ذلك وقال بجوازه^(٢)، سداً للذريعة؛ حيث إن منع القضاء على الغائب يُدخل الضرر على صاحب الحق، فيضيع حقه أو يؤخر إلى أمد مع إمكان استيفائه^(٣)، كما أنه ذريعة إلى إبطال حقوق الناس، حيث إن من أراد أخذ أموال الناس وعدم أدائها فإنه يغيب عن مجلس الحكم فلا يمكن القضاء عليه^(٤).

٣٨- أن جمهور الفقهاء يشترطون فيمن يتولى القضاء أن يكون من أهل الاجتهاد^(٥)، ثم ذهب عدد من فقهاء المذاهب بعد تغير الزمان وخلو عصرهم من المجتهدين إلى عدم اعتبار شرط الاجتهاد، بل يُؤلى الأمثل فالأمثل، ومستندهم في ذلك سدُّ الذرائع، حيث إن اشتراط هذا الشرط في زمانٍ عُدِم فيه المجتهد يفضي إلى أن لا يتولى أحدُ القضاء، وهذا وسيلةٌ إلى فسادٍ يجب سدُّه، وقطع الطرق الموصلة إليه^(٦).

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٢١٦/١٠)، والفروع لابن مفلح (٤٧٧/٦)، والمبدع (٦٤/١٠)، والإنصاف للمرداوي (٤٣٣/٢٨).

(٢) انظر: الروايتين لأبي يعلى (٨٥/٣)، والمحزر للمجد ابن تيمية (٢١٠/٢).

(٣) انظر: المبدع (٩٠/١٠).

(٤) انظر: الذخيرة للقرافي (١١٤/١٠).

(٥) انظر: مواهب الجليل (٨٩/٦)، وتبصرة الحكام (٢٤/١)، ومغني المحتاج (٣٧٥/٤)، ونهاية المحتاج (٢٣٨/٨)، وروضة الطالبين (٩٥/١١)، والإنصاف للمرداوي (١٧٧/١١).

(٦) انظر: الإفصاح لابن هبيرة (٤٧٦/٢)، وتبصرة الحكام لابن فرحون (٢٢/١)، والإنصاف للمرداوي (١٧٨/١١).

يقول المازري^(١): «في اشتراط كون القاضي ناظراً هذه المسائل تكلم عنها العلماء الماضون لما كان العلم في أعصارهم كثيراً منتشراً، وشغل أكثر أهلها بالاستنباط والمناظرة على المذاهب، وأما عصرنا هذا فإنه لا يوجد في الإقليم الواسع العظيم مفتٍ نظار قد حصل آلة الاجتهاد، واستبحر في أصول الفقه ومعرفة اللسان والسنن، والاطلاع على ما في القرآن من الأحكام، والافتدال على تأويل ما يجب تأويله... هذا الأمر زماننا عارٍ منه في أقاليم المغرب كله... فالمنع من ولاية المقلد القضاء في هذا الزمان تعطيلٌ للأحكام، وإيقاعٌ في الهرج والفتن والنزاع، وهذا لا سبيل إليه في الشرع»^(٢).

٣٩- أن جماعة من شيوخ الموصل قرروا الإنكار على شخص كان يحدث الناس بأحاديث منكورة، فلما رأهم مقبلين عليه عرف قصدهم، فبدأ يحدث الناس بحديث موضوع قد تضمن عقيدة صحيحة، ولما سمع الشيوخ ذلك الحديث رجعوا من غير إنكار عليه؛ خوفاً من إساءة الناس الظن بهم من أنهم يعارضون تلك العقيدة الصحيحة، فتحدث بسبب ذلك فتنة أعظم من المنكر الذي أرادوا إزالته، فهؤلاء تغير موقفهم من

(١) هو: أبو عبدالله محمد بن علي بن عمر بن محمد التميمي المازري المالكي، ولد سنة ٤٥٣هـ، وهو الإمام المحدث الفقيه الأصولي المتكلم، كان بحراً في العلوم، حتى قيل بلغ رتبة الاجتهاد، وكان فائقاً في الطب والأدب والحساب. من مؤلفاته: شرح التلقين، والمعلم بفوائد صحيح مسلم، وكتاب التعليقة على المدونة، وكتاب شرح المحصول، وكتاب شرح البرهان لإمام الحرمين - واسمه: إيضاح المحصول - وكتاب نظم الفوائد في علم العقائد، وغيرها. توفي سنة ٥٣٦هـ.

انظر: وفيات الأعيان (٤/٢٨٥)، سير أعلام النبلاء (٢٠/١٠٤)، النجوم الزاهرة (٥/٢٧٠)، الوافي بالوفيات (٤/١٥١)، لحظ الألاحظ بذييل تذكرة الحفاظ (٧٢، ٧٣)، مرآة الجنان (٣/٢٦٧)، أزهار الرياض (٣/١٦٥).

(٢) نقله عنه ابن فرحون في تبصرة الحكام (١/٢٢).

الإنكار، وتركوا المنكر الذي تجب إزالته، سداً للذريعة^(١).

٤٠- ومثل ذلك ما وقع لشيخ الإسلام ابن تيمية حين مرّ بزمن التتار بقوم منهم يشربون الخمر، وكان معه بعض أصحابه، قال: «فأنكر عليهم من كان معي، فأنكرت عليه، وقلت له: إنها حرم الله الخمر لأنها تصدُّ عن ذكر الله وعن الصلاة، وهؤلاء يصدّهم الخمر عن قتل النفوس وسبي الذرية وأخذ الأموال، فدعهم»^(٢).

فهنا تغيير اجتهاد شيخ الإسلام في إنكار المنكر في هذه المسألة، حيث ترك الإنكار - مع أنه واجب - سداً للذريعة، إذ إن الإنكار في هذه الحالة يفضي إلى مفسدة عظيمة أكبر مما يحقق من المصلحة.

٤١- أن أبا يوسف - صاحب أبي حنيفة - تغيير اجتهاده وقضاؤه، حيث قضى بالقود في مسلم قتل ذمياً، ثم رجع عن ذلك وأسقط القود؛ سداً للذريعة. ذلك أنه لما حكم بالقود أتاه رجل برقعة من شاعر فألقاها بين يديه، وفيها أبيات تُشهر بأبي يوسف، وأنه ظلم في هذا الحكم وجار على الدين، ونحو ذلك، فتدارك أبو يوسف الأمر بحيلة، لئلا يكون منه فتنة، حيث خرج وطالب أولياء القتل بالبينة على صحة الذمة فلم يأتوا بها، فأسقط القود وحكم بالدية.

وهذا من أقوم المخارج الشرعية، حيث تعارض عنده حق المقتول الخاص، وسد الذريعة بدرء الفتنة العامة، فجنح إلى أهون الضررين متخلصاً بطلب البينة على صحة الذمة لعلمه بعجز الأولياء عن إقامتها، فتغير اجتهاده في هذه الحادثة سداً للذريعة^(٣).

(١) انظر: تاريخ بغداد (٢/ ٣٨٩)، وميزان الاعتدال (٦/ ٢٤٥)، والأسرار المرفوعة في الأخبار الموضوعة للقاري (ص/ ٥٧).

(٢) نقله عنه ابن القيم في إعلام الموقعين (٣/ ٥).

(٣) انظر: الحاوي الكبير للهاوردي (١٢/ ١٦)، وإعانة الطالبين (٤/ ١١٨)، وعمدة التحقيق في التقليد والتلفيق للباني (ص/ ١٥٢).

٤٢- أن ابن رشد أفتى بجواز القيام للناس في زمنه - مع ورود النهي عن ذلك - سداً للذريعة، بل ذكّر أنه لو قيل بوجوبه لم يكن بعيداً، وفي ذلك يقول: «لا بأس بالقيام والاحترام، وأما في هذا الزمن فقد صار تركه مؤدياً إلى التباغض والتقاطع، فينبغي أن يفعل رفعاً لهذا المحذور، لأن تركه صار وسيلة إلى هذا، وقد قال ﷺ: (لا تباغضوا ولا تحاسدوا ولا تدابروا وكونوا عباد الله إخواناً)^(١)، فهذا لم يؤمر به لعينه، بل لكونه صار تركه وسيلة لهذه المفاسد في هذا الوقت، ولو قيل بوجوبه لم يكن بعيداً، لأنه قد صار تركه إهانة واحتقاراً لمن جرت العادة بالقيام له، والله أحكام تحدث عند أسباب لم تكن موجودة في الصدر الأول»^(٢).

٤٣- أن المازري كان يستحب لمصلي الوتر أن يقرأ بسبح، والكافرون، والإخلاص، والمعوذتين، إلا إن كان له حزب فيقرأ بحزبه، ثم رجع عن ذلك، ورأى أن يخص الوتر بالسور السابقة، وإن كان المصلي صاحب حزب، سداً للذريعة اندراس الشفع عند العامة^(٣).

٤٤- أن أبا الليث السمرقندي كان يفتي بعدم جواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن، ثم رجع عن فتواه، سداً للذريعة؛ حيث خشي من ضياع تعلم القرآن وانصراف الناس وانقطاعهم عنه^(٤).

(١) أخرجه البخاري ومسلم من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه. انظر: صحيح البخاري (٥/٢٢٥٣)، باب ما يُنهى عن التحاسد والتدابير، رقم (٥٧١٧)، وصحيح مسلم (٤/١٩٨٣)، كتاب البر والصلة، باب تحريم التحاسد والتباغض والتدابير، رقم (٢٥٥٩).

(٢) المعيار العربي للونشريسي (١٢/٣٢٠).

(٣) انظر: التاج والإكليل (٢/٧١).

(٤) انظر: مجموع رسائل ابن عابدين (١/١٥٧)، والجواهر المضيئة (٤/٨٣، ٨٤).

٤٥- أن ختم القرآن في رمضان سنة في المذهب الحنفي، لكنهم نصوا على أنه يُترك إذا لزم من عدم تركه تنفير الناس وتعطيل المساجد^(١).

يقول ابن عابدين^(٢) - معللاً تغير الحكم في هذه المسألة - : «هذا مبني على اختلاف الزمان، فقد تتغير الأحكام لاختلاف الزمان في كثير من المسائل على حسب المصالح... فالحاصل أن المصحح في المذهب أن الختم سنة، لكن لا يلزم منه عدم تركه إذا لزم منه تنفير القوم وتعطيل كثير من المساجد، خصوصاً في زماننا، فالظاهر اختيار الأخف على القوم»^(٣).

(١) انظر: حاشية ابن عابدين (٤٧/٢)، والبحر الرائق (٧٤/٢).

(٢) هو: محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز بن عبدالرحيم بن صلاح الدين عابدين الدمشقي، ولد في دمشق عام ١١٩٨ هـ، فقيه الديار الشامية، وإمام الحنفية في عصره، عالم بالنحو والفرائض والحساب والأدب.

من مؤلفاته: عقود اللآلي في الأسانيد العوالي، ومجموعة رسائل، ورد المحتار على الدر المختار المعروف بحاشية ابن عابدين، والعقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، والرحيق المختوم في الفرائض، ونسب الأسماء على شرح المنار في أصول الفقه، وغيرها. توفي بدمشق عام ١٢٥٢ هـ. انظر: حلية البشر (٣/١٢٣٠)، وروض البشر (ص/٢٢٠)، وهديّة العارفين (٦/٣٨٨)، والأعلام (٤٢/٦).

(٣) حاشية ابن عابدين (٤٧/٢).

الفصل الرابع

تغير الاجتهاد بسبب الاستحسان

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: وجه كون الاستحسان سبباً لتغير
الاجتهاد.

المبحث الثاني: أمثلة لتغير الاجتهاد بسبب
الاستحسان.

المبحث الأول

وجه كون الاستحسان سبباً لتغير الاجتهاد

تقدم أن الاستحسان: «هو العدول في مسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه أقوى»^(١)، فهو عملية تغيير للاجتهاد في بعض أنواعه وصوره، كما أنه أحد أسباب تغير الاجتهاد وموجباته؛ ذلك أن المجتهد حين يستحسن في المسألة حكماً معيناً، سواء أكان استحسانه مستنداً إلى المصلحة أم العرف أم الضرورة أم غير ذلك من موجبات الاستحسان يكون قد غير حكم هذه المسألة، وعدل بها عن نظائرها للدليل يقتضي العدول في نظره، وحينئذ يكون المجتهد قد غير نظره في المسألة، وخصّها بحكم جديد للدليل الخاص الذي ثبت عنده أنه أقوى من الدليل العام الوارد في هذه المسألة ومثيلاتها، فاستثناؤه لها من أن يشملها عموم الدليل، وتخصيصها بحكم جديد للدليل خاص أخرجها من عموم نظائرها يُعدُّ تغييراً في اجتهاده في هذه المسألة بسبب الاستحسان.

وعدُّ الاستحسان سبباً لتغير الاجتهاد؛ نظراً لما يستند إليه من أسباب وموجبات، فسواء أكان الاستحسان مستنداً إلى نص أم إجماع أم ضرورة أم مصلحة أم عرف أم قياس خفي، أم نحو ذلك مما يستند إليه - على اختلاف بين الأصوليين في عدِّ أسبابه وحصرها - هو مستند في الحقيقة إلى ما يقتضي ويوجب اختلاف الحكم وتغيره إلى ما يستدعيه سند الاستحسان، ومن هنا كان الاستحسان سبباً لتغير الاجتهاد.

وإذا تقرر ذلك فإن المجتهد حين تعرض له مسألة فيفتي فيها بناء على الاجتهاد وما يقتضيه القياس وعموم النصوص، ثم يجدد نظره واجتهاده فيها لداع يقتضي التجديد، فيظهر له أن ما أفتى به سابقاً لا يحقق المصلحة، أو لا يساير العرف، أو يوقع في حرج ومشقة، أو نحو

(١) المعتمد (٢/٢٩٦)، والتبصرة (ص/٤٩٣)، وقواطع الأدلة (٤/٥٢١)، والمستصفي (١/٢٨٣)،

وبذل النظر (ص/٦٤٨).

ذلك فإنه سيتغير اجتهاده فيها، ويعدل عن فتواه السابقة إلى الفتوى بما تقتضيه المصلحة، أو تُلجئ إليه الضرورة، أو تستدعيه حاجة الناس، أو يشهد له العرف، ومن هنا يتغير اجتهاده فيها بناء على الاستحسان، من حيث ترك الفتوى السابقة وما يقتضيه القياس والأدلة الكلية، والعدول عن ذلك إلى إعمال الدليل الخاص وما هو أوفق للناس.

وعلى هذا فالمجتهد مثلاً حين يجد الحاجة العامة ملحة لمخالفة الأصل العام والقاعدة الكلية تتغير فتواه، فيفتي بالجواز والمشروعية بعد أن كانت الفتوى على المنع، استحساناً لحاجة الناس ومن ذلك ما أفتى به متأخرو الحنفية من جواز الاستيجار على تعليم القرآن وعلى الإمامة والأذان، مع أن ذلك مخالف للأصل العام، ومخالف لأصل المذهب أيضاً، ولكن قالوا بجوازه لوجود الحاجة استحساناً^(١).

فهذه الحاجة الملحة جعلت متأخري فقهاء الحنفية يتبصرون بواقع المسألة، ويخالفون الأصل العام فيها، وتتغير بذلك الفتوى في المذهب عندهم استحساناً لسدّ الحاجة وتحقيق المصلحة.

ومن تغير الاجتهاد بسبب الاستحسان ما ذكره بعض الفقهاء من جواز العمل والإفتاء بالأقوال الضعيفة للضرورة، طلباً للتيسير^(٢).

ولأجل ذلك فقد أفتى كثير من فقهاء المذاهب بأحكام تخالف ما كان عليه سلفهم، وأخذوا بالأقوال الضعيفة ترجيحاً لها على الأقوال القوية، استحساناً^(٣).

وقد أشار العز بن عبدالسلام إلى أن الاستحسان سبب لتغير الاجتهاد، حيث ذكر أن الحرام لو عمّ في الأرض بحيث لا يوجد فيها حلال فإنه يجوز أن يستعمل من ذلك ما

(١) انظر: مجموع رسائل ابن عابدين (٢/١٢٤).

(٢) انظر: المرجع السابق (١/٥٠).

(٣) انظر: التعليل بالمصلحة عند الأصوليين للخمّي (ص/٢٣٨).

تدعو إليه الحاجة، ولا يقف تحليل ذلك على الضرورة؛ لأنه لو وقف عليها لأدى إلى ضعف العباد واستيلاء الكفار على بلاد المسلمين، ولانقطع الناس عن الحرف والصنائع والأسباب التي تقوم بمصالحهم^(١).

كما أشار الغزالي إلى ذلك؛ فقد نص على أن التخصيص بالمصلحة لا ينكره أحد بعد أن اختار في الزنديق المستر إذا تاب أنه لا تقبل توبته ويقتل، مع مخالفة ذلك لقوله النبي ﷺ: (أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله)^(٢)، وذلك لأن الزنديق يرى التقية عين الزندقة، بينما اليهودي والنصراني يعتقد ترك دينه حين ينطق بالشهادة^(٣)، وقد ذهب إلى ذلك أكثر الفقهاء^(٤).

وحاصل التخصيص بالمصلحة يعود إلى الاستحسان المستند إلى المصلحة؛ لأن الاستحسان ضرب من التخصيص؛ فهو إخراج للمسألة من أن يشملها الحكم العام لها ومثيلاتها لدليل خاص.

(١) انظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام (٢/١٥٩، ١٦٠).

(٢) أخرجه البخاري ومسلم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

انظر: صحيح البخاري (٢/٥٠٧)، كتاب الزكاة، باب وجوب الزكاة، رقم (١٣٣٥)، وصحيح

مسلم (١/٥١)، كتاب الإيمان، باب الدعاء إلى الشهادتين وشرائع الإسلام، رقم (٢٠).

(٣) انظر: المستصفي (١/٢٩٨، ٢٩٩).

(٤) انظر: أحكام القرآن للجصاص (١/٦٥)، وأحكام القرآن لابن العربي (١/٥٩٥)، والحاوي الكبير

للساوري (١٣/١٥٢)، وروضة الطالبين للنووي (١٠/٧٦)، والمغني لابن قدامة (٩/١٨)،

ومجموع الفتاوى (٢/٤٨٣)، وشرح السنة للبخاري (٢٠/٢٤٢)، والمبدع لابن مفلح (٦/٢٣٥)،

وتبيين الحقائق للزيلعي (٣/٢٩٣)، ومرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح للقاري (١/١٥١)

و(٧/٩٢)، وعمدة القاري للعيني (٨/٢٤٧)، والإنصاف للمرداوي (١٠/٣٣٢).

يقول الشاطبي في تعريف الاستحسان: «الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي، ومقتضاه الرجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس»^(١)، ونقل عن ابن العربي قوله: «ويستحسن مالك أن يخص بالمصلحة»^(٢).

وكما أنه يقع التخصيص بالمصلحة ويتغير الاجتهاد لأجل ذلك، كذلك يقع التخصيص بالعرف، وقد نُقل الإجماع على جواز التخصيص بالعرف القولي^(٣)، وكذلك يجوز التخصيص بالعرف العملي عند بعض الفقهاء^(٤).

وما التخصيص بالعرف إلا ضرب من ضروب تغير الاجتهاد بسبب الاستحسان المستند إلى العرف.

يقول ابن عابدين: «إن العرف العام يصلح مخصصاً للأثر، ويترك به القياس»^(٥). ويقول ابن الحاجب في تعريف الاستحسان: «وقيل هو: العدول عن حكم الدليل إلى العادة لمصلحة الناس»^(٦).

وعبارته تدل على أن تخصيص القياس والقواعد الشرعية العامة بالعرف نوع من أنواع الاستحسان.

وإذا كانت المصلحة يجوز تخصيصها باستحساناً، وكذلك العرف، ويتغير الحكم لأجلها، وتكون المسألة مستثناة من عموم الحكم لتحقق المصلحة في هذا الاستثناء، أو

(١) الموافقات (٥/١٩٤).

(٢) المرجع السابق (٥/١٩٧).

(٣) انظر: الفروق (١/١٨٩)، وفواتح الرحموت (١/٣٤٥).

(٤) انظر: الإحكام للآمدي (٢/٣٣٤)، والتقرير والتحجير (١/٢٨٢)، وفواتح الرحموت (١/٣٤٥)، وشرح الكوكب المنير (٣/٣٨٨)، والتحجير شرح التحرير (٦/٢٦٩٤).

(٥) مجموع رسائل ابن عابدين (٢/١٢٢).

(٦) مختصر ابن الحاجب مع شرح العضد (٢/٢٨٨).

لجريان العرف، فإن الضرورة أدعى وأولى لأن يتغير حكم المسألة وتستثنى لأجلها، ولست بحاجة إلى إقامة الدلالة على تغير الأحكام بسبب الضرورة، لظهوره وجلائه، ويلحق بها الحاجة العامة، ولذلك قال الفقهاء: «الضرورات تبيح المحظورات»^(١)، و«الحاجة تنزل منزلة الضرورة، عامة كانت أو خاصة»^(٢).

ويقول العز بن عبد السلام: «الضرورات مناسبة لإباحة المحظورات جلباً لمصلحتها»^(٣).

ويقول شيخ الإسلام ابن تيمية: «المفسدة المقتضية للتحريم إذا عارضتها حاجة راجحة أبيض المحرم»^(٤).

فالمجتهد يتغير اجتهاده في حال الضرورة، فيرخص في فعل المحرم أو ترك الواجب، ويترك العمل بما يقتضيه الدليل العام والقاعدة المطردة من أجل دفع الضرر ورفع الحرج. وترخيصه في فعل المحرم وترك الواجب حال الضرورة استثناءً من القواعد العامة مبني على اجتهاده ونظره إلى ما يؤول إليه اعتبار القياس العام المطرد في هذه المسألة من مناقضة قصد الشارع، والوقوع في الضيق والحرج، ومن أجل ذلك تتغير فتواه في هذه المسألة، ويخصها بحكم مستثنى مراعاةً لظروفها الطارئة.

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (٤٩/١)، والمنثور في القواعد (٣١٧/٢)، والأشباه والنظائر

للسيوطي (ص/١٧٣)، وترتيب الآلي (٨٠٤/٢)، وشرح القواعد الفقهية (ص/١٨٥).

(٢) انظر: المنثور في القواعد (٢٤/٢)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص/١٧٩)، وترتيب الآلي

(٦٢٥/١)، ودرر الأحكام شرح مجلة الأحكام (٣٨/١)، وشرح القواعد الفقهية (ص/٢٠٩).

(٣) قواعد الأحكام في مصالح الأنام (٣/٢).

(٤) مجموع الفتاوى (٤٩/٢٩).

وبناءً على ما سبق فإن المجتهد يتغير اجتهاده وتختلف فتواه في حكم المسألة حين يستحسن فيها حكماً خاصاً يخرجها من الحكم العام، نظراً لقوة اقتضاء الدليل الخاص هذا الاستثناء، سواء أكان ضرورة أم مصلحة أم عرفاً أم غير ذلك من موجبات الاستثناء والاستحسان.

فإذا اقتضت الضرورة أو المصلحة أو العرف في مسألة معينة حكماً مخالفاً لحكمها الذي يقتضيه الدليل العام والقواعد الكلية استدعى ذلك من المجتهد دفع هذه الضرورة، وتحقيق المصلحة، ومسايرة العرف، بتغيير حكم هذه المسألة، والحكم فيها بما تقتضيه هذه الأدلة. وكذا الحال حين يثبت لديه في المسألة قياس خفي يقضي بزوال حكمها الثابت لها بمقتضى القياس الظاهر، ويكون أقوى أثراً منه، فإن المجتهد يُعمل هذا القياس، ويتغير بذلك حكم المسألة.

فاقتضاء الضرورة أو المصلحة أو العرف أو القياس الخفي في مسألة معينة حكماً مغايراً لما ثبت لها هو ما جعل المجتهد يتغير اجتهاده وتختلف فتواه، ويستثنى المسألة من أن يحكم فيها بمثل ما حكم به في نظائرها، إعمالاً لهذه الأدلة، وترجيحاً لها على الدليل العام. وقد نص ابن عابدين على أن حدوث الضرورة وتغير العرف سببٌ لاختلاف الأحكام وتغير الاجتهاد، حيث قال: «كثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان، لتغير عرف أهله أو لحدوث ضرورة أو فساد أهل الزمان»^(١).

والضرورة والعرف مما يستند الاستحسان إليهما، وإذا كان الاجتهاد يتغير بسببهما، فإنه يتغير بسبب الاستحسان المستند إليهما.

والمجتهد حين يتغير اجتهاده لأجل الاستحسان لا بد أن يكون مستنداً إلى دليل خاص يقتضي هذا الاستحسان ليسوغ له استثناء المسألة ومغايرة الحكم لها، فلا يجوز أن يغير رأيه

(١) مجموع رسائل ابن عابدين (٢/١٢٣).

لاستحسانه بعقله أو لدليل ينقدح في نفسه لا تساعده العبارة عنه ولا يقدر على إظهاره؛ فإن هذا من الاستحسان المذموم؛ لأنه يتضمن تبديل الأحكام الشرعية وتغييرها لمجرد الهوى والتشهي، وهذا هو الاستحسان الذي أنكره الشافعي وقال: «من استحسن فقد شرّع»^(١)، وقد سبق أن الاستحسان بأقسامه السابقة لا يخرج عن الأدلة الشرعية، فليس قولاً بالهوى أو تحكماً في الشرع بلا دليل^(٢).

ولأجل ذلك نصَّ الأصوليون على ضرورة اقتران الاستحسان بالدليل الخاص واستناده إليه، ليسوغ العمل به، ويتغير الاجتهاد لأجله، يقول أبو بكر الجصاص: «وجميع ما يقول فيه أصحابنا بالاستحسان فإنهم إنما قالوه مقروناً بدلائله وحججه، لا على جهة الشهوة واتباع الهوى»^(٣).

ويقول أبو الحسين البصري: «اعلم أن المحكي عن أصحاب أبي حنيفة القول بالاستحسان، وقد ظن كثيرٌ ممن ردَّ عليهم أنهم عنوا بذلك: الحكم بغير دلالة. والذي حصله متأخرو أصحاب أبي حنيفة رحمهم الله هو أن الاستحسان عدولٌ في الحكم عن طريقة إلى طريقة هي أقوى منها، وهذا أولى مما ظنّه مخالفوهم... فعلمنا أنهم لم يستحسنوا بغير طريق»^(٤).

وقد قرّر الشاطبي هذا الأمر، وربط الاستحسان بالدليل الخاص، وجعل العمل به تطبيقاً لمقاصد الشريعة في المسائل والحوادث، فقد بين أن الاستحسان هو الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي، وأن مقتضاه الرجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس؛

(١) المستصفي (١/ ٢٧٤)، والمنحول (ص/ ٤٧٦).

(٢) انظر: الاعتصام (٢/ ٣٩٣)، وحاشية الفتازاني على شرح العضد (٢/ ٢٨٩).

(٣) أصول الجصاص (٢/ ٣٣٩).

(٤) المعتمد (٢/ ٢٩٥).

فإن من استحسّن لم يرجع إلى مجرد ذوقه وتشهيه، وإنما رجع إلى ما علمه من قصد الشارع في الجملة في أمثال المسألة التي ينظر فيها، فيترك ما يقتضيه القياس، ويعمل بالدليل الخاص الذي ثبت عنده أنه محقق لمقاصد الشريعة^(١).

فتغير فتوى المجتهد بسبب الاستحسان إنما هو تحقيق لمقاصد الشارع، وعملٌ بما راعاه في وضع الشريعة

ويؤكد العز بن عبد السلام هذا الأمر بقوله: «اعلم أن الله شرع لعباده السعي في تحصيل مصالح عاجلة وآجلة، تجمع كل قاعدة منها علّة واحدة، ثم استثنى منها ما في ملابسته مشقة شديدة، أو مفسدة تُربي على تلك المصالح»^(٢).

ومن هنا فإن اعتبار الضرورة والحاجة والمصلحة والعرف في الأحكام الشرعية في الأحوال الاستثنائية عملٌ بمقاصد الشريعة، وهذا دليلٌ على واقعية الشريعة ومرونتها؛ بمراعاتها للظروف والأحوال والمتغيرات.

فالمجتهد يعمل على رعاية الضرورة أو المصلحة أو العرف في مسألة معينة وإن أُلجأ ذلك إلى تجاوز الاقتضاء الأصلي والقاعدة الكلية بخصوص حكمها، حينما يفضي هذا الاقتضاء إلى إهدار المقاصد القطعية والمصالح الشرعية التي تظاهرت بنصوص الشريعة على إثباتها وتقريرها.

فالمجتهد حين يستحسن في المسألة حكماً معيناً ويستثنى منها من أن يُحكّم فيها بمثل ما حُكّم به في نظائرها عليه التأكيد من وجود موجب الاستحسان، وأن يترث ويتأمل، وألا يتسرع في تغيير فتواه؛ فقد يكون ما ظن أنه محقق لمصلحة راجحة، أو أنه حال ضرورة أو

(١) انظر: الموافقات (٥/١٩٤).

(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام (٢/١٣٨).

حاجة أو مما جرى به العرف ليس كذلك، فعليه النظر في تحقيق مناط هذه الأدلة في المسألة، والتحقق من ثبوتها، والتبصر بتوافر شروطها فيها، بحيث إذا تغير فتواه كان ذلك لأسباب شرعية استدعت هذا التغير.

فتقدير وجود الحاجة أو الضرورة مثلاً يحتاج إلى اجتهاد عميق ونظر دقيق وتبصر بمآلات الأفعال، لئلا تستباح المحرمات بحجة الضرورة وإلجاء الحاجة، فليس كل من ادعى بدعوى الضرورة يصح ادعاؤه^(١).

فإذا راعى المجتهد شروط اعتبار المصلحة أو العرف أو الضرورة انضبط العمل بها، وسد الباب أمام من يريد تغيير الفتوى بحجة الضرورة أو الحاجة أو المصلحة أو جريان العرف، فيمنع من استغلال هذه الأدلة لأجل الرغبات والأهواء والمنافع الشخصية، ومسايرة الواقع، وتوسيع الأخذ بها في غير مواضعها.

فدور المجتهد في عملية الاستحسان والاستثناء النظر في أحقية الدليل الخاص في تناوله للمسألة واستثنائه لها من أن يُحكم فيها بمثل حكم مثيلاتها، بحيث إذا ثبتت لديه قوة الدليل وأحقيته في استثناء هذه المسألة غاير لها الحكم بما يقتضيه خصوص الدليل، لئلا يورث إبقاؤها على حكم الأصل وما يقتضيه القياس العام مشقة وحرماً على المكلفين، والخرج مرفوع شرعاً^(٢).

وحين يتقرر كون الاستحسان سبباً لتغير الاجتهاد فإنه لا يراد منه أن كل أنواعه سبب لذلك، بل ما كان منها مجالاً للاجتهاد والنظر، مما يتفاوت فيه اجتهاد المجتهدين، وهي ما عدا الاستحسان المستند إلى النص والإجماع؛ لأن ما ثبت حكمه بالنص أو الإجماع لا مجال فيه للاجتهاد، سواء سُمي استحساناً أو تخصيصاً.

(١) انظر: الموافقات (٥/٩٩).

(٢) انظر: رفع الخرج في الشريعة الإسلامية للدكتور يعقوب الباسين (ص/٦١) وما بعدها.

وأغلب الأمثلة التي يتغير الاجتهاد فيها للاستحسان هي ما كان الاستحسان فيه مستنداً إلى الحاجة أو المصلحة.

وقد ثبت عن بعض الأئمة أنهم غيروا اجتهادهم في كثير من المسائل بسبب الاستحسان؛ حيث حكموا في تلك المسائل بأحكام جديدة خاصة مخالفة لأحكامها الثابتة لها بعموم النصوص والقواعد الكلية، فقد استثنوا تلك المسائل من حكم الدليل العام لما رأوا مناسبة الدليل الخاص وأرجحيته لها، سواء أكان ظهور مصلحة أم وجود ضرورة أو حاجة أم تغييراً للعرف، فغيروا فتاواهم ورجعوا عن أقوالهم فيها وفقاً لما يقتضيه خصوص الدليل.

وفي المبحث التالي ذكر عدد من المسائل التي تغير اجتهاد بعض المجتهدين فيها بسبب الاستحسان.

المبحث الثاني

أمثلة لتغير الاجتهاد بسبب الاستحسان

من التطبيقات الفقهية لتغير الاجتهاد بسبب الاستحسان ما يأتي:

١ - أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه تغير اجتهاده في المسألة المشتركة لأجل الاستحسان، وصورتها: أن يجتمع في الميراث زوج وأم وأخوان لأم وأخوان شقيقان، وقد عرضت عليه مسألة ميراث بهذه الصورة، ف قضى عمر للزوج النصف، وللأم السدس، وللأخوين لأم الثلث؛ لأن هذه فروضهم، ولم يبق للأخوين الشقيقين شيء، ثم عرضت عليه في العام الثاني مسألة ميراث مماثلة، فأراد أن يحكم فيها بمثل ما حكم في مثلتها في العام الماضي، فقال الأخوان الشقيقان: هب أبانا حجراً ملقى في اليم، أليست أمنا واحدة؟ فتغير رأي عمر < في المسألة، حيث قضى بالتشريك بينها وبين الأخوين لأم في الثلث، ولما سئل عن ذلك وأنه خالف قضاءه السابق، قال: (تلك على ما قضينا وهذه على ما قضينا)^(١).

فمقتضى القياس أو القاعدة المقررة عند الفقهاء أن يسقط الأخوان الشقيقان ولا يرثون شيئاً؛ لكونهم عصبه، إذ العصبه يأخذون ما تبقى بعد أصحاب الفروض، ولم تبق الفروض لهم شيئاً، وهذا ما أخذ به عمر بن الخطاب أولاً، غير أن عمر لاحظ بعد ذلك أن تطبيق قاعدة التعصيب في هذه الجزئية يترتب عليه شيء من الجور والحيف، فترك حكم هذه القاعدة، وقضى بتوريث الأخوين الشقيقين مع الأخوين لأم، والتشريك بينهم في الثلث، لأن الإخوة الأشقاء لا يقلون قرابة عن الإخوة لأم، بل هم أمس قرابة منهم، فتغير اجتهاده في هذه المسألة استحساناً منه لدفع الحرج وإقامة العدالة ومعالجة غلو القياس^(٢).

(١) سبق تخريجه في (١/ ٢٧٠).

(٢) انظر: المدخل الفقهي العام (١/ ٩٦)، والاستحسان للباحسين (ص/ ٤٤، ٤٥).

٢- أن الإمام أبا حنيفة أفتى بجواز إعطاء بني هاشم من الزكاة، مع ورود الحديث بالمنع من دفع الزكاة إليهم، كما في قول النبي ﷺ: (إن الصدقة لا تنبغي لآل محمد إنما هي أوساخ الناس)^(١)، وقوله ﷺ للحسن بن علي: (أما علمت أنا لا نأكل الصدقة)^(٢)، وقال ابن قدامة: «لا نعلم خلافاً في أن بني هاشم لا تحل لهم الصدقة المفروضة»^(٣).

ومع هذا المنع الصريح رأى أبو حنيفة جواز إعطاء بني هاشم من الزكاة، إذا خلا بيت المال، أو كان غير منتظم بسبب جور الحكام، وضاع حق الهاشميين منه، استحساناً لأجل الحاجة والمصلحة، دفعا للضرر عنهم وحفظاً لهم من الفقر؛ لأن الأصل في بني هاشم أن يأخذوا حقهم من بيت المال، وهو نصيبهم من الخمس، وهو سهم ذوي القربى المنصوص عليه في قوله تعالى: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِّن شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ...﴾^(٤).

فإذا حرموا منه وكانوا فقراء لحقهم الضرر والحر، ولذا أجاز أبو حنيفة إعطاءهم من الزكاة دفعا للضرر ورفعاً للحر^(٥)، وفي ذلك يقول ابن الهمام: «ولا يدفع إلى بني هاشم، هذا ظاهر الرواية، وروي عن أبي حنيفة أنه قال: يجوز في هذا الزمان، وإن كان ممتنعاً في ذلك الزمان»^(٦).

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (٧٥٣/٢) كتاب الزكاة، باب ترك استعمال آل النبي على الصدقة، رقم (١٠٧٢).

(٢) أخرجه البخاري ومسلم، انظر: صحيح البخاري (٥٤٢/٢) كتاب الزكاة، باب ما يذكر في الصدقة للنبي ﷺ، رقم (١٤٢٠)، وصحيح مسلم (٧٥١/٢) كتاب الزكاة، باب تحريم الزكاة على رسول الله صلى الله عليه وعلى آله، رقم (١٠٦٩).

(٣) المغني (٢/٢٧٤)، كما نقل الإجماع على ذلك النووي في المجموع (٦/٢١٨).

(٤) جزء من الآية (٤١) من سورة الأنفال.

(٥) انظر: شرح معاني الآثار للطحاوي (٢/١١)، وفتح القدير لابن الهمام (٢/٢٧٢).

(٦) فتح القدير لابن الهمام (٢/٢٧٢).

٣- أن الإمام أبا حنيفة أوجب الحجر على المفتي الماجن، والطبيب الجاهل، والمكاري
المفلس، - مع أن مذهبه عدم الحجر على العاقل البالغ وإن كان سفيهاً، احتراماً لأدميته -
استحساناً لأجل المصلحة، إذ يترتب على الحجر على هؤلاء رفع الضرر اللاحق بالناس
من قبلهم^(١).

٤- أن أبا حنيفة أفتى في أول عهد الفرس بالإسلام، وصعوبة نطقهم بالعربية بجواز
أن يقرأ الواحد منهم في الصلاة بالفارسية، استحساناً لأجل الضرورة، ولذلك لما لانت
ألستهم بالعربية رجع عن هذه الفتوى^(٢).

٥- من تزوج امرأة، وجعل صداقها أباهما حالة كون أبيها عبداً، فإنه يعتق عليها؛ لأنه
من محارمها، فإذا طلقها زوجها قبل أن يني بها، فإنها تستحق بالعقد نصف المهر، ولكن
لما كان مهرها أباهما وقد عتق عليها كاملاً، فهل يرجع عليها الزوج بنصف القيمة أو لا
شيء له عليها؟ هذه المسألة تغير فيها اجتهاد الإمام مالك، فكان يرى أن الزوج يرجع
عليها بنصف قيمته، ثم رجع عن ذلك واستحسن ألا يرجع عليها بشيء، إذ لو رجع
عليها بنصف قيمة العبد للحقها الضرر، حيث إنها لم تملك من صداق زوجها شيئاً؛ لأنه
عتق عليها مباشرة، فلو قيل بأنها ملكت لكان ملكها لنصف الصداق فقط، إذ تستحق
بالعقد نصفه، فدفعاً لهذا الضرر استحسن ألا يرجع عليها بشيء^(٣).

٦- كان الإمام مالك يمنع من اشترى قمحاً أن يشترط طحنه على البائع، ثم تغير
رأيه ورخص فيه استحساناً لحاجة الناس وتعاملهم به^(٤).

(١) انظر: الهداية للمرغيناني (٣/ ٢٨١).

(٢) انظر: الهداية (١/ ٤٧)، وتبيين الحقائق (١/ ١١٠، ١١١).

(٣) انظر: المدونة (٤/ ٢٣٢)، وشرح الخرشي (٣/ ٢٩٠).

(٤) انظر: المدونة (١٠/ ٢٩٨، ٢٩٩)، والتاج والإكليل (٤/ ٢٨١)، ومنع الجليل (٤/ ٤٧٠).

جاء في المدونة - بعد أن ذكر رجوع الإمام مالك عن رأيه في هذه المسألة والترخيص فيها بعد المنع منها - : «وجلُّ قوله في القديم والحديث مما حملناه عنه نحن وإخواننا على التخفيف على وجه الاستحسان، ليس على القياس»^(١).

٧ - كان الإمام مالك يمنع من مسألة الرد في الدرهم، وصورتها أن يعطي الإنسان درهماً ويأخذ بنصفه طعاماً ونحوه، وبالبعض الباقي فضة، ثم روي عنه أنه أجازها ورخص فيه^(٢).

فلعل سبب رجوع الإمام مالك عن رأيه في هذه المسألة من المنع إلى الجواز هو الاستحسان المستند إلى الحاجة، ذلك أن الناس أثناء تعاملهم يحتاجون لشراء ما لا تبلغ قيمته درهماً واحداً، وفي كسره عليهم ضرر، فلو منعوا من ذلك لفاتت عليهم حاجاتهم. ولو اشتروا كثيراً عليهم الدراهم، فهم بين فوات حاجة يلحقهم بسببها مشقة، وبين حقوق ضرر، فأجاز لهم الإمام مالك الرد في الدرهم بعد أن كان يمنع منه استحساناً لدفع حاجتهم^(٣).

٨ - كان الإمام مالك يرى أن أم الولد إذا جُني عليها واستحقت عقلاً فمات سيدها قبل قبضه فإن أرشها يكون لورثته، ثم رجع عن ذلك ورأى أنه يكون لها^(٤).

ولعل سبب تغيير اجتهاد الإمام مالك ورجوعه عن قوله في هذه المسألة هو الاستحسان، ووجهه: أن أم الولد لما فارقت سائر العبيد في جملة من الأحكام، ومنها أنها

(١) المدونة (١٠/٢٩٩).

(٢) انظر: البيان والتحصيل (٦/٤٨٥)، ومواهب الجليل (٤/٣١٩)، والتاج والإكليل (٤/٣١٨)، وشرح الخرشني (٥/٤٣، ٤٤).

(٣) انظر: المسائل الفقهية التي رجع فيها الإمام مالك في غير العبادات، لعبدالحكيم بلمهدي (ص/٣١١).

(٤) انظر: البيان والتحصيل (١٦/٩١)، والتاج والإكليل (٦/٣٥٧).

تعتق بعد وفاة سيدها، وأنه لا يجوز بيعها، استحسنت مالك أن تأخذ أرش جنائيتها تمييزاً لها عن الإمام، وقد أشار إلى ذلك ابن القاسم^(١) حين علل قول مالك الجديد بقوله: «لأن أم الولد ليست كغيرها، لها حرمة وليست بمنزلة العبد»^(٢).

٩ - وتغير اجتهاد الإمام مالك في حكم قراءة الجماعة على الواحد، ويراد بذلك ما انتشر في كثير من بلدان المسلمين من تعليم القرآن بطريق التلقين، ثم التسميع على الشيخ، ثم يقوم الشيخ بتصويب هذا، وتقويم الثاني، والفتح على الثالث، وهكذا، فكان الإمام مالك يكره ذلك، ثم رجع عنه وخففه^(٣).

ولعل سبب رجوع الإمام مالك عن رأيه في هذه المسألة هو الاستحسان المستند إلى الحاجة، إذ لو مُنع المقرئ من الاستماع لأكثر من واحد دفعة واحدة، ثم اجتمع عليه عدد كبير من القراء والطلاب ليقرئهم لشق عليه ذلك ووقع في ضيق وحرَج، ولأجل ذلك رخص الإمام مالك في هذه المسألة رفعا للحرَج ودفعاً للحاجة^(٤).

١٠ - كان الإمام مالك يرى أن الحامل إذا أفطرت خشية على ولدها فإن عليها القضاء والفدية، ثم رجع عن ذلك، وذهب إلى أن عليها القضاء دون الفدية^(٥).

(١) هو: أبو عبدالله عبدالرحمن بن القاسم بن خالد العتقي المصري، ولد سنة ١٩٣ هـ، تلميذ الإمام مالك، وأعلم الناس بأقواله، حيث صحبه عشرين سنة، أخذ عنه أسد بن الفرات، وسحنون، وغيرهما. توفي سنة ١٩١ هـ.

انظر: ترتيب المدارك (٣/ ٢٤٤)، ووفيات الأعيان (١/ ٣١١)، وشجرة النور الزكية (ص/ ٨٥)، والفكر السامي (١/ ٤٧٧).

(٢) المستخرجة مع البيان والتحصيل (١٦/ ٩١).

(٣) انظر: البيان والتحصيل (١/ ٢٣٩).

(٤) انظر: المسائل الفقهية التي رجع فيها الإمام مالك في غير العبادات (ص/ ٤٤٠).

(٥) انظر: المدونة (١/ ٢١٠، ٢١١)، والتاج والإكليل (٢/ ٤٤٧).

فتغير اجتهاد الإمام مالك في هذه المسألة ورجوعه إلى القول بعدم وجوب الفدية على الحامل استحساناً منه، رفعاً للحرَج، حيث خشي أن يؤثر عليها الصوم حال حملها فتلقي الجنين، ولا يخفى ما في ذلك من الآلام، إضافة إلى التسبب في قتل نفس معصومة، فلحظ أنها في تلك الحال تُعدُّ مريضة، فتستثنى من عموم الحكم^(١).

١١ - كان الإمام مالك يرى أن للسيد إجبار أم ولده الشابة على الزواج، ثم رجع عن ذلك، وذهب إلى أنه ليس له أن يزوجه دون رضاها، استحساناً^(٢).

جاء في المستخرجة: «وسئل مالك عن الرجل تكون له أم الولد الشابة فيعتزها ويتزوج، فيريد أن يزوجه فلا ترضى بذلك؟ قال: ليس له أن يزوجه إذا لم ترض بذلك، وإنما له متعتها أن يطأها، فإن لم يكن له بها حاجة فليعتقها، وما علمت أن أحداً من أهل الفضل فعل ذلك بأم ولده، وإن هذه الأخلاق دنيئة»^(٣).

يقول ابن رشد: «لهذا رجع مالك؛ أنه ليس له أن يجبرها على النكاح، وكان أولاً يقول: إن له أن يزوجه بغير رضاها، إذا زوجها ممن يشبهها من العبيد»^(٤).

١٢ - أن الإمام الشافعي أجاز للمرأة إذا فقدت وليها في سفر أن توالي أمرها رجلاً أجنبياً عنها، فقد أفتى بذلك - مع أن الأصل عدم جوازه - استحساناً لأجل الضرورة^(٥).

(١) انظر: المدونة (١/٢١٠)، والمسائل الفقهية التي رجع فيها الإمام مالك - قسم العبادات - لمحمد سالم ولد الخو (ص/٢٤٥).

(٢) انظر: المسائل الفقهية التي رجع فيها الإمام مالك - قسم العبادات (ص/٤٢).

(٣) (٤/٣٠٤) مع البيان والتحصيل.

(٤) البيان والتحصيل (٤/٣٠٤).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص/١٧٢).

١٣ - أن الإمام أحمد كان يرى أن العامل المضارب إذا عمل في مال شريكه من غير إذنه فأنج ربحاً فإن الربح لصاحب المال، ولا شيء للمضارب، ثم تغير اجتهاده في هذه المسألة، ورجع عن هذا القول، ورأى أن للمضارب في هذه الحالة أجرة المثل، استحساناً، ما لم تكن الأجرة أكثر من الربح^(١).

قال الإمام أحمد: إذا خالف المضارب فاشترى غير ما أمره به صاحب المال، «فالربح لصاحب المال، ولهذا أجرة مثله، إلا أن يكون الربح يحيط بأجرة مثله فيذهب، وكنت أذهب إلى أن الربح لصاحب المال، ثم استحسنت»^(٢).

١٤ - أن الإمام أحمد كان متوقفاً في حكم اللقيط حين تدعيه مسلمة وكافرة، ثم ذهب إلى أنه يُعرض على القافة، استحساناً^(٣).

١٥ - أن الإمام أحمد تغير اجتهاده في حكم استعمال الحقنة في الدبر للمريض عند الحاجة، فقد كان يكره ذلك، ثم رأى جواز استعمالها عند الحاجة استحساناً^(٤).

١٦ - كان الإمام أحمد يرى أن القنوت في الوتر لا يشرع إلا في النصف الأخير من رمضان، ثم تغير اجتهاده في هذه المسألة، ورجع إلى القول بجواز القنوت في العام كله، استحساناً، للتيسير على الناس ورفع الحرج عنهم^(٥).

١٧ - كان الإمام أحمد يرى تحريم ذبيحة الأكلف، ثم تغير اجتهاده في هذه المسألة، ورجع إلى القول بإباحتها استحساناً، للتيسير على الناس ودفع الحرج عنهم، إذ لو لم تبح

(١) انظر: الروايتين والوجهين (١/٣٨٩)، والعدة (٥/١٦٠٤)، والفروع لابن مفلح (٤/٣٠٥)، والإنصاف للمرداوي (١٤/٥١).

(٢) العدة (٥/١٦٠٤).

(٣) انظر: المغني (٦/٥٠)، والشرح الكبير (١٦/٣٤٣)، والفروع (٦/٤١٩)، والطرق الحكمية (ص/٣٣٨).

(٤) انظر: الآداب الشرعية لابن مفلح (٢/٤٤٣).

(٥) انظر: الروايتين والوجهين (١/١٦٣)، والمغني (١/٤٤٨).

ذبيحته لشق ذلك على الناس ووقعوا في الضيق والحرَج^(١).

١٨ - كان الإمام أحمد يرى أنه لا يجوز القضاء على الغائب عن البلد، ثم تغير اجتهاده في هذه المسألة، ورجع إلى القول بجواز القضاء عليه، استحساناً لحاجة الناس ودفعاً للضرر عنهم، حيث إن المنع من القضاء عليه حال غيابه يتضرر به صاحب الحق، فيضيع حقه أو يتأخر مع إمكان استيفائه^(٢).

١٩ - أن أبا الليث السمرقندي كان يفتي بكراهة دخول العالم على السلطان، ثم رجع عن فتواه، ورأى جواز ذلك استحساناً لأجل المصلحة والحاجة، وأيضاً كان يفتي بكراهة خروج العالم إلى أهل القرى، ثم رجع عن فتواه، ورأى جواز ذلك استحساناً، لما رأى جهلهم وحاجتهم إلى العلم^(٣).

٢٠ - أن ابن عابدين كان متوقفاً في حكم من اشترى ثماراً على الأشجار بشرط تركها؛ لأنه يرى أنه شرط لا يقتضيه العقد، ثم أجاز استحساناً لأجل العرف، حيث رأى الناس قد تعارفوا ترك الثمر على الشجر دون اشتراط، حتى إن المشتري لو علم أن البائع يأمره بالقطع لم يقدم على الشراء ولم يقبلها بعشر ثمنها^(٤)، وفي ذلك يقول ابن عابدين: «فإنه حيث جاز للعرف بيعُ المعدوم، مع أن بيعه باطل... فيجوز البيع مع هذا الشرط بالأولى»^(٥).

(١) انظر: أحكام أهل الملل للخلال (ص/٣٦٩)، والفروع (٦/٢٨٠)، والإنصاف للمرداوي

(٢) وكشاف القناع (٦/٢٠٥).

(٣) انظر: الروايتين والوجهين (٣/٨٥).

(٤) انظر: مجموع رسائل ابن عابدين (١/١٥٧)، والجواهر المضية (٤/٨٣، ٨٤).

(٥) انظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء للدكتور أحمد أبي سنة (ص/٢٨٨).

(٥) مجموع رسائل ابن عابدين (٢/١٤١).

الفصل الخامس

تغير الاجتهاد بسبب مراعاة الخلاف

وفيه تمهيد ومبحثان:

التمهيد: المراد بمراعاة الخلاف.

المبحث الأول: وجه كون مراعاة الخلاف سبباً

لتغير الاجتهاد.

المبحث الثاني: أمثلة لتغير الاجتهاد بسبب مراعاة

الخلاف.



التمهيد

المراد بمراعاة الخلاف

أولاً: التعريف اللغوي:

مراعاة الخلاف مصطلح مركب من كلمتين، وليبيان معنى هذا المصطلح لابد من بيان معنى ما تركب منه، وهما المراعاة، والخلاف، وذلك كما يأتي:

المراعاة: مصدر للفعل "رعى" والراء والعين والحرف المعتل أصلان: أحدهما المراقبة، والآخر الرجوع^(١).

ومن المعنى الأول قولهم: رعيت الشيء رعيًا ومراعاةً، بمعنى راقبته وتأملمته، ويقال: راعاه: أي لاحظته وراقبه وتأمل في فعله، فالمراعاة في اللغة المراقبة والملاحظة^(٢).

والخلاف: مصدر للفعل "خالف" يقال: خالف يخالف خلافاً ومخالفة، وهو أن يأخذ كل واحد طريقاً غير طريق الآخر، يقال: تخالف القوم واختلفوا، إذا ذهب كل واحد إلى خلاف ما ذهب إليه الآخر، فالخلاف في اللغة يطلق على ضد الاتفاق^(٣).

ثانياً: التعريف الاصطلاحي:

اعتنى العلماء بتعريف مراعاة الخلاف اصطلاحاً، وقد ورد في ذلك تعريفات عدة، وأقربها في نظري قول بعضهم إن مراعاة الخلاف: «الاعتداد بالرأي المعارض لمسوغ»^(٤).

(١) انظر مادة "رعى" في: مقاييس اللغة لابن فارس (٢/٤٠٨).

(٢) انظر مادة "رعى" في: مقاييس اللغة (٢/٤٠٨)، ولسان العرب (١٤/٣٢٧)، والقاموس المحيط

(٤/٣٣٥)، والصحاح (٦/٢٣٥٨)، والمصباح المنير (١/٢٤٨)، والمعجم الوسيط (١/٣٥٦).

(٣) انظر مادة "خلف" في: لسان العرب (٩/٩٠)، والقاموس المحيط (٣/١٣٨)، والتعريفات

للجرجاني (ص/١٠١).

(٤) مراعاة الخلاف ليحيى سعيدي (ص/٧٨) نقلاً عن مراعاة الخلاف وأثرها في الفقه الإسلامي

لمحمد حسان خطاب (ص/٦٣) رسالة دكتوراه في جامعة الأزهر، عام ١٤٠٣ هـ.

ف(الاعتداد): الملاحظة والاعتبار.

و(الرأي المعارض): القول المخالف في المسألة وهو القول المرجوح عند المجتهد.
وقوله: (لمسوغ) أي لسبب شرعي يسوّغ الانتقال من العمل بالراجح إلى العمل
بالمرجوح^(١).

ومراعاة الخلاف لها حالتان^(٢):

الحالة الأولى: قبل الوقوع:

وصورتها: أن يظهر للمجتهد بعد اجتهاده قوة مأخذ مخالفه وصحة متمسكه؛ بأن
يكون مقتضاه آتياً على وفق الاحتياط والاحتراز، فيأخذ بمقتضى اجتهاد مخالفه ابتداءً قبل
الشروع في الفعل والامثال.

فالمسوغ لمراعاة الخلاف في هذه الحالة التوقي والاحتراز والاحتياط، بالبناء على اليقين
والاستبراء للذمة والدين.

يقول الزركشي: «يستحب الخروج منه - أي الخلاف - باجتنب ما اختلف في
تحريمه، وفعل ما اختلف في وجوبه»^(٣).

وبذلك يظهر أن مراعاة الخلاف قبل الوقوع صورتين:

الصورة الأولى: فعل ما اختلف في وجوبه:

فإذا وقع الاختلاف في وجوب الفعل من عدمه، فالاحتياط يقتضي الإتيان به، مراعاة
للخلاف، وذلك إما لرفع الخلاف بالكلية كالاحتياط بمسح جميع الرأس في الوضوء،

(١) انظر: المرجع السابق (ص/٧٩).

(٢) انظر: الموافقات (٥/١٩١)، ومراعاة الخلاف للدكتور عبدالرحمن السنوسي (ص/٦٥)، ومراعاة
الخلاف عند المالكية وأثره في الفروع الفقهية لمحمد أحمد شقرون (ص/٤٥).

(٣) المنشور في القواعد (٢/١٢٧، ١٢٨).

وإنما لرفع بعضه والتقليل منه بالأخذ بقول الأكثر، كالاحتياط بقراءة البسملة في الصلاة لوجوبها عند الشافعي^(١).

يقول العز بن عبد السلام: «إذا دارت المصلحة بين الإيجاب والندب فالاحتياط حملها على الإيجاب؛ لما في ذلك من تحقق براءة الذمة، فإن كانت عند الله واجبة فقد حصل مصلحتها، وإن كانت مندوبة فقد حصل على مصلحة الندب، وعلى ثواب نية الواجب»^(٢).

ويقول شيخ الإسلام ابن تيمية: «فإن المشكوك في وجوبه لا يجب فعله ولا يستحب تركه، بل يستحب فعله احتياطاً»^(٣).

الصورة الثانية: ترك ما اختلف في تحريمه:

فإذا وقع الاختلاف في تحريم الفعل من عدمه، فالاحتياط يقتضي تركه، مراعاة للخلاف.

يقول القرافي - في حكم الورع - : «وهو مندوب إليه، ومنه الخروج عن خلاف العلماء بحسب الإمكان، فإن اختلف العلماء في فعل هل هو مباح أو حرام فالورع الترك، أو هو مباح أو واجب فالورع الفعل مع اعتقاد الوجوب حتى يجزئ عند الواجب...، وإن اختلفوا فيه هل هو مندوب أو حرام فالورع الترك، أو مكروه أو واجب فالورع الفعل حذراً من العقاب في ترك الواجب، وفعل المكروه لا يضّر»^(٤).

ويقول العز بن عبد السلام: «إذا دارت المفسدة بين الكراهة والتحريم، فالاحتياط حملها على التحريم»^(٥).

(١) انظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام (١/٢١٥)، والمسودة (ص/٥٤٠، ٥٤١).

(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام (٢/١٥).

(٣) القواعد النورانية (ص/٩٣).

(٤) الفروق (٤/٢١٠، ٢١١).

(٥) قواعد الأحكام في مصالح الأنام (٢/١٥).

الحالة الثانية: مراعاة الخلاف بعد الوقوع؛

وصورتها: أن يجتهد الفقيه في المسألة، ويترجح لديه - مثلاً - جانب الحظر والتحريم ابتداءً، فإذا وقع الفعل بخلافه راعى دليل غيره المرجوح عنده لوجه يقتضي رجحانه، فيعمد إلى تصحيح الفعل وترتيب بعض آثاره عليه.

فرعي المجتهد للخلاف بعد وقوع الفعل من المكلف يتحقق بترجيح دليل غيره الذي كان مرجوحاً عنده، وإعماله في هذه المسألة.

فالمسوغ لمراعاة الخلاف في هذه الحالة التيسير والتخفيف، وذلك حينما يكون عمل المجتهد باجتهاده مؤدٍ إلى إيقاع المكلف في حرج وضرر أكبر من مقتضى النهي، فيعمل المجتهد باجتهاد غيره مما قوي مأخذه، ويصحح الفعل ويرتب عليه آثاره، نظراً إلى أن ما حصل من المكلف قد واقع فيه دليلاً على الجملة، وهو وإن كان مرجوحاً إلا أنه راجح بالنسبة إلى إبقاء الحالة على ما وقعت عليه، فيرجع الأمر إلى أن النهي كان دليلاً أقوى قبل الوقوع، ودليل الجواز أقوى بعد الوقوع، لما اقترن به من القرائن المرجحة^(١)، ومثال مراعاة الخلاف بعد وقوع الفعل: استحقاق المرأة المهر والميراث عند المالكية إذا تزوجت بدون ولي، فمع أنهم يرون فساد النكاح بلا ولي إلا أنهم راعوا الخلاف الواقع فيه، نظراً لما يترتب على قولهم بفساده بعد وقوعه من ضرر ومفسدة تزيد على مفسدة ترك الراجح^(٢).

(١) انظر: الموافقات (٥/ ١٩٠، ١٩١)، والمعيار المعرب للونشريسي (٦/ ٣٨٨).

(٢) انظر: الموافقات (٥/ ١٩١).

المبحث الأول وجه كون مراعاة الخلاف سبباً لتغير الاجتهاد

تقدم أن مراعاة الخلاف يراد بها الاعتداد بالرأي المعارض لمسوغ، فالفقيه في الأصل يجب عليه العمل بدليله؛ لأنه الراجح عنده، فيفتي به، ولا يعمل بدليل مخالفه؛ لأنه مرجوح، ومقتضى القواعد المقررة في الأصول وجوب العمل بالدليل الراجح وترك المرجوح، يقول الآمدي: «العمل بالدليل الراجح واجب»^(١)، وعند رعيه للخلاف يكون قد عمل بدليل مخالفه من وجه هو فيه أرجح.

فإذا أوقع المكلف فعلاً منهيّاً عنه في نظر المجتهد، فإما أن يرتب عليه آثار النهي من فسخ وإبطال، الأمر الذي قد يفضي إلى ضرر أكبر ومفسدة أعظم من مفسدة المنهي عنه، أو يجد له مخرجاً يوافق مقصد الشارع، وذلك بإعمال دليل مخالفه، وتصحيح تصرف المكلف، لدرء مفسدة متوقعة وجلب مصلحة محققة.

يقول القباّب^(٢): «فاعلم أن مراعاة الخلاف من محاسن هذا المذهب - يعني المذهب المالكي - فيقول ابتداءً بالدليل الذي يراه أرجح، ثم إذا وقع العمل على مقتضى الدليل الآخر راعى ما لهذا الدليل من القوة»^(٣).

(١) الإحكام (٤/٢٣٩).

(٢) هو: أبو العباس أحمد بن قاسم الفاسي، المعروف بالقباّب، كان إمام المغرب وإفريقية في وقته، أخذ عن ابن فرحون، والغشتالي، وعنه أخذ الإمام الشاطبي وابن الخطيب القسنطيني، وعمر الجراجي. من مؤلفاته: مختصر أحكام النظر لابن القطان، وشرح قواعد عياض وبيوع ابن جماعة.

انظر: الديباج المذهب (ص/٤١)، وشجرة النور الزكية (ص/٢٥٠).

(٣) المعيار المغرب (٦/٣٨٨).

فالفقيه يجتهد ويفتي بما ترجح لديه من الأدلة، فإذا راعى قول مجتهد آخر فإنه لا يراعيه لرجحان دليله ابتداءً وبإطلاق، لأنه لو كان كذلك لم يميز له الفتوى باجتهاده السابق قبل النازلة؛ لأن ذلك تركُّ للرَّاجح وعَمَلٌ بالمرجوح، ولكان عمله بدليل مخالفه أخذاً بالرَّاجح لا رعيّاً للخلاف، وإنما يراعي قول المجتهد المخالف ويتغير اجتهاده فيأخذ به لمسوغ ظهر له يقتضي إعمال دليل المخالف في خصوص الواقعة، وبخاصة حين يرى أن التمسك بدليله يؤدي إلى مناقضة مقصد شرعي^(١).

فالمجتهد حين تعرض له مسألة ويفتي فيها بناء على الاجتهاد، ثم يُسأل عنها مرة أخرى بعد وقوعها ويرى أن ما أفتى به فيها سابقاً لا يحقق المصلحة، بل يؤدي إلى مفسدة أكبر من تحصيل تلك المصلحة، وأن الإفتاء بمذهب المخالف في تلك الحال يُخفِّف من تبعات المسألة ويكفكف آثارها، وفيه إعمال لمقاصد الشريعة وقواعدها الكلية، فإنه يترجح عنده مذهب المخالف لذلك وفي تلك الحالة خاصة، فينقض اجتهاده السابق، ويدع الإفتاء بموجبه، وينتقل إلى إعمال دليل المخالف والأخذ به والإفتاء بموجبه بناءً على ما قدره باجتهاده من تحقيق المصلحة المتوافرة عند البناء على دليل هذا المذهب.

وبيان ذلك أن المجتهد قد يترجح في نظره حكم شرعي يقتضي المنع من الفعل، فيفتي بفساده ابتداءً، ويعتبر ما ذهب إليه المجتهد المخالف القائل بجواز ذلك الفعل مرجوحاً، فإذا أوقع المكلف الفعل الممنوع في نظر المجتهد، فإما أن يرتب عليه آثار الحكم بالمنع، أو يحكم بالجواز مراعاة للقول المرجوح، فلو حكم بالقول الرَّاجح عنده لربما أدى ذلك إلى مفسدة أكبر من اعتبار الرأي المرجوح وإعمال دليله، فيترك حينئذٍ الرَّاجح عنده ويعمل بالمرجوح الذي أصبح راجحاً بعد وقوع الفعل، لاقترانه بقرائن رجحت جانبته^(٢).

(١) انظر: مراعاة الخلاف في المذهب المالكي ليحيى سعيدي (ص/ ١١٨، ١١٩).

(٢) انظر: مراعاة الخلاف عند المالكية وأثره في الفروع الفقهية لمحمد أحمد شقرون (ص/ ١٣١).

فحين أفتى المفتي بفساد الفعل ابتداءً ثم وقع الفعل بخلاف فتواه عاد إليه بالإنفاذ والاعتبار؛ لمعارضة دليل آخر يقتضي رجحان دليل المخالف، وهذا نوع من الالتفات إلى الأمر الواقع والبناء عليه بعد إعادة النظر في المسألة وتجديد الاجتهاد فيها، بحيث يصبح التصرف بعد وقوعه معتبراً، وشرعياً بالنظر إلى قول المخالف، وإن كان ضعيفاً في أصل النظر، لكن لما وقع النظر على مقتضاه روعيت المصلحة^(١).

يقول الشاطبي: «فمن واقع منهياً عنه فقد يكون فيما يترتب عليه من الأحكام زائد على ما ينبغي بحكم التبعية لا بحكم الأصالة، أو مؤدّ إلى أمر أشد عليه من مقتضى النهي، فيترك وما فعل من ذلك، أو نجيز ما وقع من الفساد على وجه يليق بالعدل، نظراً إلى أن ذلك الواقع وافق المكلف فيه دليلاً على الجملة، وإن كان مرجوحاً فهو راجح بالنسبة إلى إبقاء الحالة على ما وقعت عليه، لأن ذلك أولى من إزالتها مع دخول ضرر على الفاعل أشد من مقتضى النهي.

فيرجع الأمر إلى أن النهي كان دليلاً أقوى قبل الوقوع، ودليل الجواز أقوى بعد الوقوع لما اقترن به من القرائن المرجحة»^(٢).

ومثال ذلك: أن القاضي وإن كان ممن يرى اشتراط الإشهاد في النكاح إلا أنه قد لا يوجب الحد على من تزوج بلا شهود فوطئ في هذا النكاح؛ عملاً بمذهب من لا يشترط الإشهاد، ويكون القاضي هنا قد عمل بمراعاة الخلاف بعد وقوع الفعل.

وكذلك قد يكون ممن يرى فساد النكاح بدون ولي، لكنه قد يحكم باستحقاق المرأة المهر والميراث إذا تزوجت بلا ولي؛ مراعاة للخلاف في هذه المسألة حين وقع الفعل.

(١) انظر: مراعاة الخلاف للسنوسي (ص/٤٩)، ومراعاة الخلاف في المذهب المالكي وعلاقتها ببعض

أصول المذهب وقواعده، للدكتور محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ (ص/١٣٥).

(٢) الموافقات (٥/١٩٠، ١٩١).

فالمجتهد حين يراعي الخلاف ويفتي بقول المخالف له في المسألة، ويستند إلى دليله ويرجّحه على ما توصل إليه باجتهاده هو، يكون حينئذٍ تاركاً لرأيه ومذهبه في المسألة، وأخذاً بمذهب مخالفه لمصلحة معينة قدّر تحققها باجتهاده في الوضع الحالي، وهذا في حقيقته تغير للاجتهاد؛ لأن المجتهد حين يراعى الخلاف في حالة خاصة ومسألة معينة ينقض اجتهاده السابق وما ينبني عليه من فتوى، وينتقل عنه إلى اجتهاد جديد يقضي بموافقة مخالفه في خصوص هذه المسألة لتحقيق مصلحة يرى أن الحكم الذي توصل إليه باجتهاده السابق لا يحققها، فلعدم تحقق مناط الحكم انتقل إلى الفتوى بحكم مخالفه باجتهاد جديد لتحقيق هذا المنط.

فمراعاة الخلاف بعد الوقوع بمثابة اجتهاد جديد لتحقيق مناط خاص يؤدي إلى ترجيح دليل مرجوح في الأصل، وذلك لما اقترن به من القرائن القوية، لأنه بعد وقوع الحادثة نشأت أمور جديدة تستدعي نظراً جديداً واجتهاداً مغايراً، وجدّت إشكالات لا تُحلُّ إلا بالبناء على الأمر الواقع بالفعل^(١).

ولمراعاة الخلاف حالاتٌ وصورٌ يخفُّ فيها الطلب ويتأكد، ويرجع ذلك إلى نظر المجتهد وتبصُّره بمقاصد الشريعة، وتقديره لمآلات الأفعال، فمتى ظهر للمجتهد قوة مدرك مخالفه وصحة متمسكه صار إلى اجتهاده وامثل مقتضاه، وترك اجتهاده السابق وما أفتى به.

ومما يشهد لكون مراعاة الخلاف سبباً مشروعاً لتغير الاجتهاد هو انبناء المراعاة على الاحتياط أو التيسير، فهما المسوغ لمراعاة الخلاف، ذلك أن المجتهد يعمل بالاحتياط قبل الوقوع، ويعمل بالتيسير بعده، ومن المتقرر أن الاحتياط والتيسير مطلوبان شرعيان بالاتفاق، وأنها من مقاصد الشارع^(٢).

(١) انظر: مراعاة الخلاف عند المالكية وأثره في الفروع الفقهية لمحمد أحمد شقرون (ص/ ١٦٨، ٢٠٩).

(٢) انظر: مراعاة الخلاف في المذهب المالكي ليحيى سعدي (ص/ ١٥٤، ١٥٥).

وإذا ثبتت مشروعية العمل بالاحتياط والتيسير، فإن المجتهد حين يرفع الخلاف، سواء أكان ذلك قبل وقوع الفعل أو بعده يكون قد تغير اجتهاده في المسألة لمسوغ شرعي وسبب مشروع، فمراعاة ذلك في الاجتهاد مطلوبة شرعاً.

وأيضاً: فإن مراعاة الخلاف بعد الوقوع هي من قبيل الاستحسان في بعض أحواله، فالاستحسان يكون سنده المصلحة أو الضرورة أو الحاجة، وكذلك مراعاة الخلاف تكون عند الحاجة أو الضرورة يلجأ إليها المجتهد تحقيقاً للمصلحة الشرعية ودفعاً للمفسدة المحققة، ولا يكون هذا إلا في حالات خاصة، فهو لا يطرد هذا الاستثناء فيخرج عن قواعد مذهبه، ولذلك اشترط لمراعاة الخلاف ألا يترك المجتهد المراعي للخلاف مذهبه بالكلية^(١).

فالاستحسان هو الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي، وهذا المعنى موجود في مراعاة الخلاف، من حيث إن الأخذ بالرأي الراجح مطلقاً قد يفضي في بعض الحالات إلى حدوث مفسدة تفوق المفسدة الناتجة عن تركه، فيؤخذ بالمرجوح لمصلحة خاصة جعلته راجحاً في هذا الموضع.

فالاستحسان ومراعاة الخلاف كلاهما مبني على النظر في مآل التصرف وإعطائه ما يقتضيه من حلول توافق مقاصد الشارع^(٢).

فمراعاة الخلاف نوع من أنواع الاستحسان، يقول الشاطبي: «إن من جملة أنواع الاستحسان مراعاة خلاف العلماء»^(٣)، وكثيراً ما يقول ابن رشد: «وإنما هو استحسان

(١) انظر: مراعاة الخلاف ليحيى سعيدي، مرجع سابق (ص/١٢٧).

(٢) انظر: مراعاة الخلاف عند المالكية وأثره في الفروع الفقهية لمحمد أحمد شقرون (ص/٢٥٦).

(٣) الاعتصام (٢/٣٩٧).

لمراعاة قول من قال من العلماء...»^(١)، أو يقول: «هو استحسان على غير قياس مراعاة لقول...»^(٢).

ويقول الدكتور عبدالرحمن السنوسي: «إن مراعاة الخلاف تمثل مبدأً مالياً يتفصّل عن اجتهاد الاستثناء الذي يمثّل الاستحسان أظهر أدواته، ووجه ذلك: أن مقتضى القياس أن يجري المجتهد على وفق دليله ويحكم بمقتضى اجتهاده الذي أداه إليه الظن الغالب الموجب للعمل، فلا يترك قوله ودليله ليصير إلى قول الغير ودليله.. هذا هو الأصل. غير أن هذا المجتهد يعدل عن ذلك فيهمّل العمل بمقتضى اجتهاده الخاص، ليعمل بمقتضى اجتهاد غيره في حالة ما.

والذي سَوَّغ هذا العدول؛ هو ما في الأخذ باجتهاد الغير من تحقيق للمصالح المشروعة على وجه ظاهر المناسبة والملاءمة، وتوثيق لأصل العدل الذي يمثّل واقعية التشريع وغائيته. وعلى هذا فهو ليس تاركاً لاعتقاده في اجتهاده ومطرّاً له بالكلية؛ بل قُصاراه أنه امتثل على وفق اجتهاد غيره في جهة يكون رأي الغير أرجح فيها، أو اختار الأشق مع اعتقاده صحة الأخف؛ التفاتاً إلى المقاصد الجوهرية والغايات المحورية التي هي مناشئ الأحكام»^(٣).

وإذا ثبت أن مراعاة الخلاف ضرب من ضروب الاستحسان فقد ثبت أن المراعاة سبب لتغير الاجتهاد؛ لأنه قد تقرر سابقاً كون الاستحسان أحد أسباب تغير الاجتهاد.

(١) البيان والتحصيل (١/٢٠٤).

(٢) المرجع السابق (١/٣٩٦).

(٣) اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات (ص/٣٣٨).

بل إن مراعاة الخلاف تطبيق لأكثر من أصل تشريعي، فقد يراعي المجتهد قول المخالف تحقيقاً للمصلحة، أو سداً للذريعة، أو للاستحسان، أو نظراً لما يؤول إليه الفعل، وهكذا، ومن هنا كانت مراعاة الخلاف سبباً لتغير الاجتهاد.

وقاعدة مراعاة الخلاف قد عمل بها كثير من العلماء والأئمة من شتى المذاهب، وقد اشتهر بالعمل بها المالكية حتى عُدَّت من الأصول التي يقوم عليها مذهب الإمام مالك^(١).

فالمالكية مثلاً وإن كانوا يرون أن النهي يقتضي الفساد إلا أنهم أعطوا للعقود الفاسدة بعض آثارها، وهذا مراعاة منهم لخلاف الحنفية الذين يرون أن العقود الفاسدة مشروعة بأصلها غير مشروعة بوصفها، فإذا فارقها الوصف المنهي عنه كانت صحيحة. وفي ذلك يقول القرافي: «النهي يدل على الفساد عندنا وعند الشافعية، وعلى الصحة عند الحنفية، فطرد الحنفية أصلهم، وقالوا إذا اشترى أمة شراءً فاسداً جاز له وطؤها، وكذلك جميع العقود الفاسدة، وطرد الشافعية أصلهم، وقالوا يحرم عليه الانتفاع مطلقاً، وإن بيع ألف بيع وجب نقض الجميع، ونحن خالفنا أصلنا وراعينا الخلاف في المسألة»^(٢).

فالمتبع لفروع المذاهب وفروع المذهب المالكي خاصة يجد لقاعدة مراعاة الخلاف تطبيقات كثيرة في مختلف أبواب الفقه وفصوله.

وسيأتي في المبحث الثاني ذكر عدد من المسائل التي تغير فيها اجتهاد الفقهاء بسبب مراعاة الخلاف.

(١) انظر: الفكر السامي (١/٣٨٥).

(٢) شرح تنقيح الفصول (ص/٦٧).

المبحث الثاني

أمثلة لتغير الاجتهاد بسبب مراعاة الخلاف

من التطبيقات الفقهية لتغير الاجتهاد بسبب مراعاة الخلاف ما يأتي:

١- أن عبدالله بن مسعود رضي الله عنه أتم الصلاة خلف عثمان بن عفان رضي الله عنه في منى رغم إنكاره عليه، حيث كان يرى أن الأفضل قصر الصلاة اقتداءً بفعل النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر رضي الله عنهما، لكنه ترك ما كان يراه الأولى، فصلى خلف عثمان أربع ركعات ولم ينكر عليه، وما ذلك إلا مراعاة للخلاف، فقد روى أبو داود بسنده: (أن عثمان بن عفان صلى بمنى أربعاً، فقال عبدالله بن مسعود: صليت مع النبي صلى الله عليه وسلم ركعتين، ومع أبي بكر ركعتين، ومع عمر ركعتين، ومع عثمان صدرأ من إمارته، ثم أمهما، ثم تفرقت بكم الطرق، فلَوَدِدْتُ أن لي من أربع ركعات ركعتين متقبلتين) قال الأعمش: (فحدثني معاوية بن قرة عن أشياخه أن عبدالله صلى أربعاً) قال: (ف قيل له: عبت على عثمان ثم صليت أربعاً) قال: (الخلاف شر)^(١).

٢- أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه كان يرى المنع من بيع أمهات الأولاد، موافقاً في ذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه، ثم تغير اجتهاده فرأى جواز بيعهن، لأنهن كن يبعن في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وفي خلافة الصديق، ولهذا عزم على بيعهن، وقال إن عدم البيع كان رأياً اتفق عليه هو وعمر، فقال له قاضيه عبيدة السلماني: إن رأيك مع الجماعة أحب إلينا من رأيك وحدك، فقال علي رضي الله عنه: (اقضوا كما كنتم تقضون فإنني أكره الاختلاف)^(٢)، فهنا ترك علي رأيه مراعاة للخلاف^(٣).

(١) سبق تخريجه في (١/٣٩١).

(٢) صحيح البخاري (٣/١٣٥٩)، باب مناقب علي بن أبي طالب رضي الله عنه، رقم (٣٥٠٤).

(٣) انظر: الطرق الحكمية لابن القيم (ص/٢٤).

٣- كان الإمام مالك يرى أن من نسي قراءة الفاتحة في ركعة من صلاته فإنه يلغى تلك الركعة، ثم رجع عن ذلك، وقال بأنه يجوز له أن يسجد للسهو، مراعاة لمن يرى أن الفاتحة ليست ركناً في الصلاة^(١).

٤- أن الإمام مالكاً تغير اجتهاده فيمن ضاق وقت الصلاة عليه، وكان في حضر، ولم يبق من وقت المكتوبة إلا ما يسع أداءها ثم تيمم وصلها دون وضوء لخوفه من فوات الوقت إذا اشتغل بطلب الماء وتحصيله؛ فكان يرى أنه لا يعيد الصلاة، ثم رجع عن ذلك وقال عليه إعادتها، مراعاة لخلاف من لم يجوز له التيمم في هذه الحالة، واحتياطاً لأمر الصلاة^(٢).

٥- كان الإمام مالك يرى جواز أكل المسلمين ما لم يستحله أهل الكتاب من ذبائحهم، ثم رجع إلى القول بكراهته، مراعاة للخلاف في هذه المسألة بين المانعين من أكله والمجيزين له^(٣).

٦- كان الإمام مالك يرى أن من تذكر فريضة وهو يصلي نافلة فإنه يقطعها، سواء ركع أم لم يركع، ثم رجع إلى أنه يقطعها ما لم يركع، فإن ركع شفع فصلى ركعة ثانية وسلم ثم أتى بالفريضة^(٤)، وقد تغير رأيه في هذه المسألة مراعاة للخلاف، حيث النصوص فيها متعارضة، فجمع بينها وأعمل كلاً منها في حال دون حال، ترجيحاً منه لهذا المسلك على مسلك إعمال أحدها واطراح الآخر مطلقاً^(٥).

٧- كان الإمام مالك يرى أن من مسّ ذكره ثم صلى قبل أن يتوضأ فإنه لا يعيد صلاته مطلقاً، ولما روجع في ذلك تغير اجتهاده ورجع عن قوله وقال عليه الإعادة ما كان

(١) انظر: المدونة (١/٦٦)، والمقدمات الممهدة (١/١٨١).

(٢) انظر: المدونة (١/٤٤).

(٣) انظر: المدونة (٣/٦٧)، والبيان والتحصيل (٣/٣٦٧)، والتاج والإكليل (٣/٢١٢).

(٤) انظر: المدونة (١/١٢٩، ١٣٠)، والتاج والإكليل (٢/١١).

(٥) انظر: المسائل الفقهية التي رجع فيها الإمام مالك - قسم العبادات - لمحمد سالم (ص/١٤٠).

في الوقت، وإلا فلا، وهذا مبني على مراعاته للخلاف في المسألة، فقد راعى رأي الموجبين للإعادة مطلقاً، سواء أخرج الوقت أم لم يخرج^(١).

٨- كان الإمام مالك يرى أن من فاته الوقوف بعرفة ووجب عليه دم فإنه يجوز له تقديم نحره مع عمرة التحلل من الحج الفائت، ثم رجع إلى كراهة تقديمه عن عام القضاء؛ لأن الهدي مع القضاء بدل عن الحج الأول، إذ الهدي جبر له، والقضاء بدل عنه، فلزم أن يكون زمانها واحداً، ولعل في هذا مراعاة لمن يوجب تأخير نحره إلى عام القضاء^(٢).

٩- وتغير اجتهاده - أيضاً - في نكاح الخيار، وهو أن يتزوج الرجل المرأة على صداق قد سماه، ثم يشترط ولي المرأة على الزوج أنه إن أتى بصداقها إلى أجل كذا وكذا وإلا فلا نكاح بينهما، فكان مالك يرى بطلان هذا النكاح، وأنه يفسخ على كل حال، سواء أدخل بها أم لم يدخل، ثم رجع عن ذلك ورأى أنه إذا دخل بها جاز، ويفسخ قبل الدخول^(٣)، مراعاة للخلاف، فصحح العقد وأجاز به بالدخول مراعاة لقول من قال بصحة العقد ابتداءً^(٤).

١٠- كان الإمام مالك يرى أن بيع العبد المدبر باطل مطلقاً، وأنه يفسخ متى وقع، ثم رأى بعد ذلك أنه إذا بيع ثم أعتقه المشتري قبل فسخ البيع فإنه لا يُردُّ إلى البائع، بل يُمضى هذا العتق مراعاة لخلاف من يصحح البيع ابتداءً^(٥).

(١) انظر: البيان والتحصيل (١/٤٥٣)، والتمهيد لابن عبد البر (١٧/٢٠٠، ١٩٦)، والتاج والإكليل (١/٢٩٩).

(٢) انظر: المدونة (٢/٤٥٠)، والمنتقى (٨/٣).

(٣) انظر: المدونة (٤/١٩٦)، والبيان والتحصيل (٤/٤٧٨)، والذخيرة (٤/٤٠٢).

(٤) انظر: المسائل الفقهية التي رجع فيها الإمام مالك في غير العبادات لعبد الحكيم بلمهدي (ص/٤٨).

(٥) انظر: المدونة (٧/٢٥٨)، والمنتقى للباجي (٧/٤٥)، والكافي لابن عبد البر (١/٥١٨)، والمسائل الفقهية التي رجع فيها الإمام مالك في غير العبادات (ص/٤٠٩).

١١- أن الإمام الشافعي صلى الصبح قريباً من مقبرة أبي حنيفة فلم يقنت، تأدباً معه، وقال أيضاً: ربما انحدرنا إلى مذهب أهل العراق^(١).

١٢- أن الإمام أحمد تغير اجتهاده في عدة امرأة المفقود، ورجع عن قوله فيها، مراعاة للخلاف، حيث يقول: «قد كنت أقول: إذا تربصت أربع سنين ثم اعتدت أربعة أشهر وعشراً تزوجت، وقد ارتبت فيها اليوم وهبت الجواب فيها لما قد اختلف الناس فيها، فكأنني أحب السلامة»^(٢).

١٣- أن الإمام أحمد كان يرى الوضوء من الرّعاف والحجامة، فقيّل له: فإن كان الإمام قد خرج منه الدم ولم يتوضأ، هل تصلي خلفه؟ فقال: كيف لا أصلي خلف الإمام مالك وسعيد بن المسيب^(٣).

١٤- أن هارون الرشيد^(٤) صلى إماماً وقد احتجم، فصلى أبو يوسف خلفه ولم يُعِدْ، وكان الإمام مالك قد أفتاه بأنه لا وضوء عليه^(٥).

١٥- كما صلى أبو يوسف بالناس الجمعة يوماً مغتسلاً من الحمام، فلما تفرقوا أُخبر بوجود فأرة ميتة في بثر الحمام، فقال: إذا نأخذ بقول إخواننا من أهل المدينة:

(١) انظر: الإنصاف في بيان أسباب الاختلاف للدهلوي (ص/ ١١٠).

(٢) الروايتين والوجهين (٢/ ٢٢٢)، والمغني (٨/ ١٠٧)، والشرح الكبير (٨/ ١٠٧) و(٢٤/ ٨٠)، والمبدع (٨/ ١٢٨)، والإنصاف (١٨/ ٢٣٠).

(٣) انظر: حجة الله البالغة للدهلوي (١/ ٣٣٥).

(٤) هو: أبو جعفر هارون الرشيد بن محمد المهدي بن المنصور العباسي أمير المؤمنين، وخامس خلفاء الدولة العباسية في العراق، ولد في الري سنة ١٤٩ هـ، وبويع له بالخلافة سنة ١٧٠ هـ بعد وفاة أخيه الهادي، وازدهرت الدولة في أيامه. توفي سنة ١٩٣ هـ.

انظر: تاريخ بغداد (٥/ ١٤)، والبداية والنهاية (١٠/ ٢٤٢)، والأعلام (٩/ ٤٣، ٤٤).

(٥) انظر: الإنصاف للدهلوي (ص/ ١٠٩).

إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثاً^(١). فلم يبطل صلاته، بل أجازها بعد الوقوع مراعاة للخلاف.

١٦- أن ابن القاسم يرى عدم صحة النكاح إلى أجل، كأن يقول ولي المرأة: إذا مضت سنة فقد زوجتك ابنتي فلانة، ولكن حين تمضي المدة ويقع النكاح فإنه يجيزه ولا يفسخه، مراعاة لخلاف من يرى صحته^(٢).

١٧- مذهب الحنفية أن تكبيرات العيد ثلاث في كل ركعة، ولكنهم ذكروا أن المأموم يزيد على الثلاث حين يزيد إمامه، متابعة له، ومراعاة لمذهبه، يقول ابن عابدين: «ولو زاد تابعه»^(٣)، أي إن زاد الإمام في عدد التكبيرات على ثلاث تابعه المأموم الحنفي وترك مذهبه لذلك، وقد علل القول بالمتابعة بقوله: «لأنه تبع لإمامه، فتجب عليه متابعته وترك رأيه برأي الإمام»^(٤).

١٨- ذهب بعض الحنفية^(٥) وبعض الشافعية^(٦) إلى كراهة التطهر بفضل طهور المرأة، وذلك مراعاةً للخلاف، يقول ابن عابدين: «فينبغي كراهته وإن قلنا بالنسخ مراعاة للخلاف، فقد صرحوا بأنه يطلب مراعاة الخلاف، وقد علمت أنه لا يجوز التطهير به عند أحمد»^(٧).

(١) انظر: الإنصاف للدهلوي (ص/ ١١٠).

(٢) انظر: الذخيرة (٤/ ٢٢٥، ٢٢٦).

(٣) حاشية ابن عابدين (٢/ ١٧٢).

(٤) المرجع السابق، الصفحة نفسها.

(٥) انظر: حاشية ابن عابدين (١/ ١٣٣).

(٦) انظر: حواشي الشرواني (١/ ٧٧).

(٧) حاشية ابن عابدين (١/ ١٣٣).

١٩- استحب ابن عابدين أن يدعو المصلي بين السجدين بالمغفرة خروجاً من خلاف من يبطل الصلاة بتركه عمداً^(١).

٢٠- ذهب المالكية إلى أن المصلي إذا دخل مع الإمام في الركوع وكبر ناسياً تكبيرة الإحرام أنه يتماهى مع الإمام، ولا يقطع صلاته - مع أن تكبيرة الإحرام فرض عند المالكية - مراعاة لمن يقول بأن تكبيرة الركوع تجزئ عن تكبيرة الإحرام عند النسيان^(٢).

٢١- مذهب المالكية الاقتصار في الصلاة على تسليمه واحدة^(٣) إلا أن بعضهم نصوا على أن الأولى الإتيان بتسليمتين مراعاة للخلاف^(٤).

٢٢- كما نص بعض المالكية على أن المأموم إذا سجد للسهو مع الإمام قبل أن يتم صلاته لم تبطل صلاته مراعاة للخلاف^(٥)، كما أن من يسجد للسهو قبل السلام فيما محله بعده أنه يصح سجوده ولا إعادة عليه، مراعاة للخلاف^(٦).

٢٣- أن الشافعية استحبوا الوضوء من الفصد والحجامة والقيء والرغاف وأكل لحم الجزور - مع عدم انتقاض الوضوء بها عندهم - خروجاً من خلاف من يرى أنها ناقضة للوضوء^(٧).

(١) انظر: حاشية ابن عابدين (١/٥٠٥).

(٢) انظر: حاشية الدسوقي (١/٢٨٧)، والتاج والإكليل (٢/٣٥).

(٣) انظر: التمهيد لابن عبد البر (١٦/١٩٠)، والجامع لأحكام القرآن (١/٣٦٣)، ومواهب الجليل (١/٥٣٠، ٥٣١).

(٤) انظر: الفواكه الدواني (١/١٩١).

(٥) انظر: حاشية الدسوقي (١/٢٩١).

(٦) انظر: التاج والإكليل (٢/٢٢).

(٧) انظر: المجموع للنووي (١/٥٣٥).

٢٤- كما استحبو مسح جميع الرأس في الوضوء خروجاً من خلاف مَنْ يوجب ذلك^(١).

٢٥- واستحبوا غسل مني الأدمي - مع قولهم بطهارته - مراعاة لمن يرى نجاسته^(٢).

٢٦- كما استحبو الترتيب في قضاء الفوائت، للخروج من خلاف من أوجبه^(٣).

٢٧- أن بعض الحنابلة استحبو للمتيمم إذا رأى الماء أثناء صلاته الخروج منها والوضوء - مع أن المذهب يجوز المضي فيها وعدم قطعها - خروجاً من خلاف من يرى بطلانها في تلك الحالة^(٤).

٢٨- كما استحبو أن تكون صلاة الجمعة بعد الزوال، خروجاً من خلاف العلماء في ذلك، حيث إنهم متفقون على أن ما بعد الزوال وقت للجمعة، وخلافهم قبله^(٥).

(١) انظر: المجموع للنووي (١/٤٦٠)، والإقناع للشربيني (١/٤٨).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص/٢٥٧).

(٣) انظر: نهاية المحتاج (١/٣٨١).

(٤) انظر: المبدع (١/٢٢٨).

(٥) انظر: المغني (٢/٧٠).

الفصل السادس

تغير الاجتهاد بسبب اعتبار المآلات

وفيه تمهيد ومبحثان:

التمهيد: المراد باعتبار المآلات.

المبحث الأول: وجه كون اعتبار المآلات سبباً

لتغير الاجتهاد.

المبحث الثاني: أمثلة لتغير الاجتهاد بسبب اعتبار

المآلات.



التمهيد المراد باعتبار المآلات

اعتبار المآلات مركب من كلمتين، وليبيان معناه لابد من بيان معنى ما تركب منه، وهما الاعتبار، والمآلات، وذلك كما يأتي:

أولاً: المعنى اللغوي؛

الاعتبار في اللغة من عَبَّرَ الشيء واعتبره، ويطلق على معان عدة، ومنها:

١- الاختبار والامتحان، ومنه قولهم: عبرت الدراهم واعتبرتها، أي اختبرتها لمعرفة صحيحها من زائفها.

٢- الاتعاظ والتذكر، ومنه قوله تعالى: ﴿فَاعْتَبِرُوا يٰٓأُولِيَ الْآبْصَارِ﴾^(١).

٣- الاعتداد بالشيء في ترتب الحكم ونحوه^(٢).

والإطلاق الأخير أقرب المعاني اللغوية إلى المعنى الاصطلاحي وألصقها به.

والمآلات في اللغة: جمع مفردة "مآل" والمآل مصدر ميمي للفعل "آل" يقال: آل الشيء

يؤول أولاً ومآلاً، ويطلق في اللغة على معان عدة، ومنها:

١- الرجوع والمصير، يقال: آل الشيء بمعنى رجع، وآل الشيء إلى كذا بمعنى صار

إليه.

٢- الإصلاح والسياسة، يقال: آل المآل بمعنى أصلحه وساسه، وآل رعيته إيالةً إذا

أحسن سياستها، ويقال: فلان حسنُ الإيالة، أي السياسة

(١) جزء من الآية (٢) من سورة الحشر.

(٢) انظر مادة "عبر" في لسان العرب (٤/ ٥٣١)، والقاموس المحيط (٢/ ٨٣)، والمصباح المنير

(٢/ ٣٧).

٣- الخثران، يقال آل الدهن أو اللبن أولاً وإيالاً، بمعنى خثر واجتمع بعضه إلى بعض^(١).

والمعنى الأول هو الملائم للمعنى الاصطلاحي، فيكون مآل الفعل: النتيجة التي يرجع إليها الفعل.

ثانياً: المعنى الاصطلاحي:

لم أجد من عرّف اعتبار المآلات من العلماء المتقدمين، بل لم يرد ذكر هذا المصطلح عند الأصوليين فضلاً عن تعريفه باستثناء الشاطبي، حيث ذكر أن النظر في مآلات الأفعال أصلٌ معتبر في الشرع^(٢)، ولذلك وردت بعض تعريفات هذا المصطلح عند المعاصرين، ولعل أقربها تعريف الدكتور عبدالرحمن السنوسي، حيث ذكر أن اعتبار المآل هو: «تحقيق مناط الحكم بالنظر في الاقتضاء التبعية الذي يكون عليه عند تنزيله من حيث حصول مقصده، والبناء على ما يستدعيه ذلك الاقتضاء»^(٣)، وبيانه كالاتي:

قوله: «تحقيق مناط الحكم» بمعنى إجراء الحكم المتيقن أو الأصل الكلي في أحاد صوره من خلال معرفة الغاية التي قصدها الشارع من شرع الحكم، والكشف عن وجودها في الحادثة محل النظر.

وقوله: «بالنظر في الاقتضاء التبعية» الاقتضاء التبعية يقابل الاقتضاء الأصلي للحكم، ويراد به ما تقتضيه الظروف المستجدة التالية التي تؤول إليها المسألة بعد تطبيق الحكم، وخصوصيات الأحوال والأشخاص والمحال بعد طروء العوارض.

(١) انظر مادة "أول" في مقاييس اللغة (١/١٥٩، ١٦٠)، ولسان العرب (١١/٣٢، ٣٣، ٣٤)، والقاموس المحيط (٣/٣٣١).

(٢) انظر: اعتبار مآلات الأفعال وأثرها الفقهي للدكتور وليد الحسين (١/٣٣).

(٣) اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات (ص/١٩).

وقوله: «عند تنزيهه من حيث حصول مقصده» أي: عند تنزيل الحكم على الحوادث والوقائع المختلفة بالعوارض، بأن يكون النظر فيها وتطبيق الأحكام عليها مراعى فيه سلامة النتائج بموافقتها لمقصد الشارع.

وقوله: «والبناء على ما يستدعيه ذلك الاقتضاء» بمعنى ترتيب آثار الأحكام عليها وفق ما قصده الشارع من وضع الأحكام، سواء أكان ذلك بتلافي حصول المآلات الممنوعة، أم بترتيب الجزاء على وقوعها^(١).

(١) انظر: اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات (ص/ ٢٠، ٢١).

المبحث الأول

وجه كون اعتبار المآلات سبباً لتغير الاجتهاد

للاجتهاد صلة وثيقة بالمآلات؛ لأن عملية الاجتهاد تستدعي النظر فيما يؤول إليه الفعل عند تنزيل الحكم الشرعي، فالمجتهد لا يحكم على فعل معين بأنه مطلوب أو ممنوع إلى بعد النظر فيما يؤول إليه، فقد يكون الفعل مشروعاً لمصلحة فيه تستجلب أو لمفسدة تدرأ ولكن له مآل على خلاف ما قُصد فيه، فإذا أطلق المجتهد القول فيه بالمشروعية فربما أدى استجلاب المصلحة فيه إلى مفسدة تساوي مصلحته أو تزيد عليها، وقد يكون الفعل غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحة تندفع به ولكن له مآل على خلاف ذلك، فإذا أطلق المجتهد القول بعدم المشروعية ربما أدى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوي مصلحته أو تزيد عليها، وقد يؤدي إلى تفويت مصلحة راجحة^(١).

ولذلك فإن عدم اعتبار المآلات في الاجتهاد قد يفضي إلى أن تكون للأفعال مآلات تناقض مقصود الشارع، فلا يمكن التحقق من موافقة الفعل لمقاصد الشريعة إلا بعد النظر في مآله الذي يؤول إليه، خاصة وأن الأحكام الاجتهادية تتغير بتغير الزمان والمكان والأشخاص والأحوال والعوائد، والتي لها أثر كبير على مآلات الأفعال، وهذا يستلزم النظر في المآلات في كل واقعة.

ومما تقدم يتبين أن قاعدة اعتبار المآلات من أعظم القواعد التي يستند إليها الاجتهاد، كما تتضمن عدداً من الخطط الإجرائية للاجتهاد المالي، والتي تُعدُّ أصولاً يعتمد عليها المجتهدون؛ كاعتبار المصالح وسد الذرائع ومراعاة الخلاف، فهذه الأصول ذات أثر ظاهر في توجيه الاجتهاد الذي ينبثق من قاعدة اعتبار المآلات.

(١) انظر: الموافقات (٥/ ١٧٧، ١٧٨).

فالمجتهد حين يحكم أو يفتي بمقتضى المصلحة، أو يوازن بين المصالح والمفاسد المتعارضة والمتزاحمة فإنه يعتبر مآلات الأفعال والتصرفات، وكذا حين يحكم بما غلب على ظنه من إفضاء الوسائل إلى المفاسد أو عدم ذلك، أو يرفع الخلاف في مسألة فيفتي بعد حدوث الواقعة بخلاف ما كان يفتي به قبل وقوعها فإنه يراعي المآلات ويعتبرها حين الحكم في المسائل الاجتهادية.

ومن هنا فإن ملاحظة المجتهد لقاعدة اعتبار المآلات وما ينتج عن الأفعال والتصرفات أمر متعين قبل المسارعة إلى الحكم عليها بالإذن أو المنع، ولا ينهض بهذا النوع من الملاحظة والاعتبار إلا الاجتهاد الكفؤ، وهو المسمى بالاجتهاد المآلي^(١).

ثم إن اعتبار المآلات أو عدم اعتبارها ينبنى على تقدير المجتهد تحقق هذا المآل بحسب مراتبه، ذلك أن المآلات من حيث تحققها على مراتب^(٢)؛ فمنها ما هو قطعي التحقق، ومنها ما هو ظني التحقق، ومنها ما هو نادر التحقق، وهي تابعة لمراتب الوسائل من حيث إفضاؤها إلى المفاسد، ومستخلصة منها.

ويُقصد بقطعي التحقق: المآلات التي يقطع بوقوعها، وهي ما كانت الوسائل المؤدية إلى حصولها ذات إفضاء قوي بحيث ترتب عليها على وجه القطع واليقين، مثل حفر البئر في طريق عام أو خلف باب الدار في الظلام بحيث يقطع بوقوع أحد فيه، وهذا النوع من المآل متفق على وجوب مراعاته، بناء على وجوب سدّ ذريعته اتفاقاً^(٣).

(١) انظر: اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات للسوسي (ص/٢٣).

(٢) انظر تفصيل هذه المراتب وأمثلتها وأحكامها في: اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات للسوسي

(ص/٢٧-٣٢)، واعتبار مآلات الأفعال وأثرها الفقهي للحسين (ص/٦٣-٧٣).

(٣) انظر حكاية الإجماع في: الفروق (٢/٣٢)، وتقريب الوصول (ص/٤١٦).

ويُقصد بظني التحقق: المآلات التي يغلب على الظن وقوعها وترتيبها على الأفعال، كبيع السلاح زمن الفتنة، وبيع العنب للخمار، وكذا المآلات التي يكثُر وقوعها كثرة لا تبلغ مبلغ الغالب، كحكم القاضي بعلمه ونحو ذلك، فهذه المآلات من حيث اعتبارها موضع خلاف بين العلماء^(١).

ويُقصد بنادر التحقق: المآلات التي يندر ترتيبها على الأفعال، وهي ما كانت الوسائل المؤدية إلى وقوعها لا تفضي إليها إلا في نادر الأحوال، والغالب فيها السلامة، كحفر البئر في موضع لا يؤدي غالباً إلى وقوع أحد فيه، وكأكل الأغذية التي لا يقع منها الضرر في العادة، وزراعة العنب في أرض قوم لا يشربون الخمر، فهذا القسم باق على أصله من الإذن، فلا يعتبر المآل في هذه الحالة بالإجماع^(٢).

فالمجتهد ينظر إلى هذه المراتب، فما يكون عنده متحققاً ويقطع بحصول مآله فإنه يلزمه اعتبار هذا المآل، وترتيب الحكم على ذلك، والإفتاء بمقتضاه، وما لم يتحقق من حصول مآله فإنه يفتي فيه بحسب ما غلب على ظنه.

ولذا يلزمه حين ينظر في مآلات الأفعال النظر في شروط اعتبارها، ومدى توافرها في المسألة أو الحادثة، ليكون اجتهاده فيها مبنياً على تصور صحيح، وتقدير دقيق للمآل، وأبرز هذه الشروط ما يأتي^(٣):

الشرط الأول: أن يكون المآل متحقق الوقوع، أو يغلب على الظن وقوعه، فإن كان وقوع المآل نادراً فلا اعتداد به، لأن النادر غير معتبر في الشرع، يقول

(١) انظر: إعلام الموقعين (٣/١١٢، ١١٣)، والبحر المحيط (٦/٨٢).

(٢) انظر: الفروق (٢/٣٢)، وقواعد الأحكام في مصالح الأنام (١/٨٥).

(٣) انظر: اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات للسنوسي (ص/٣٥٠-٣٥٩)، واعتبار مآلات الأفعال وأثرها الفقهي للحسين (ص/٢١٥-٢٣٦).

العز بن عبدالسلام: «ما لا يترتب مسيبه إلا نادراً، فهذا لا يحرم الإقدام عليه؛ لغلبة السلامة من أذيته»^(١).

الشرط الثاني: أن يكون المآل محققاً لمقصد شرعي، بأن يكون جارياً على مقتضى مقاصد التشريع، من جلب مصلحة أو دفع مفسدة، أو رفع حرج وضرر؛ لأن الحكمة من اعتبار المآلات تحقيق موافقة أفعال المكلفين لمقاصد التشريع بجلب المصالح ودرء المفساد، فإذا لم يكن المآل محققاً لمقصد شرعي فإنه يكون مناقضاً لمقاصد التشريع التي شرعت الأحكام لأجلها، وحينئذ فهو غير معتبر.

الشرط الثالث: أن يكون المآل منضبطاً، وهو أن يكون ما يؤول إليه الفعل من مصلحة أو مفسدة وصفاً مناسباً و متميزاً لا خلط فيه ولا التباس، ويعتبر مقدار ذلك بميزان الشرع، لا بمجرد حكم العقل، فيعرف انضباط المصلحة التي يؤول إليها الفعل بكونها ملائمة لتصرفات الشارع، فلا تنافي أصلاً من أصوله أو دليلاً من دلائله، كما يعرف انضباط المفسدة بكونها مخالفة ومعارضة لذلك، يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: «اعتبار مقادير المصالح والمفاسد هو بميزان الشريعة»^(٢).

الشرط الرابع: ألا يؤدي اعتبار المآل إلى تفويت مصلحة راجحة، فإن أدى إلى تفويتها لم يعتبر؛ لأن المصلحة الراجحة مقدم تحصيلها على درء المفسدة المرجوحة، يقول ابن تيمية: «الشارع يعتبر المفسد والمصالح، فإذا اجتمعا قدم المصلحة الراجحة على المفسدة المرجوحة»^(٣).

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام (١/٨٥).

(٢) مجموع الفتاوى (٢٨/١٢٩).

(٣) المرجع السابق (٢٤/٢٦٩).

ويقول في موضع آخر: «الواجب تحصيل المصالح وتكميلها وتعطيل المفاسد وتقليلها، فإذا تعارضت كان تحصيل أعظم المصلحتين بتفويت أدناهما، ودفع أعظم المفسدتين مع احتمال أدناهما هو المشروع»^(١).

الشرط الخامس: ألا يؤدي اعتبار المآل إلى ضرر أشد، فإن أدى اعتباره إلى ضرر أشد ومفسدة أكبر لم يعتبر؛ لأن الواجب دفع هذا الضرر ورفع، ولذا يرتكب الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد، ويتحمل الضرر الخاص دفعاً للضرر العام، يقول ابن تيمية: «فإن الأمر والنهي وإن كان متضمناً لتحصيل مصلحة ودفع مفسدة فينظر في المعارض له، فإن كان الذي يفوت من المصالح أو يحصل من المفاسد أكثر لم يكن مأموراً به، بل يكون محرماً إذا كانت مفسدته أكثر من مصلحته»^(٢).

فإذا توافرت هذه الشروط في الواقعة تعين على المجتهدين اعتبار المآل فيها، والبناء عليه، والإفتاء بمقتضاه.

ومع اعتبار المجتهدين للمآلات إلا أنهم قد يختلفون في الحكم المبني عليها بسبب اختلافهم في تقدير وجودها وحصولها في الواقع؛ ذلك أن المآلات متفاوتة من حيث الظهور والخفاء، فقد يكون المآل الذي يفضي إليه الفعل خفياً لا يتنبه له إلا من أوتي حظاً وافراً من النظر والفقه، وقد يكون ظاهراً جلياً يدركه كل أحد، علاوة على أن المآلات تتغير بتغير الزمان والمكان، وتختلف باختلاف الأحوال والأشخاص.

ثم إن المآلات التي تفضي إليها الأفعال قد تتعارض، فقد يكون الفعل مفضياً إلى مصلحة ومفسدة، ويتفاوت المجتهدون في الموازنة والترجيح فيما بينها بحسب تفاوتهم في

(١) مجموع الفتاوى (٢٨٤/٢٨).

(٢) المرجع السابق (١٢٩/٢٨).

الإدراك والفقه والفهم، وبحسب ظهور هذه المآلات وخفائها، فمنهم من يرجح اعتبار مصلحة الفعل، ومنهم من يرجح اعتبار مفسدته.

كما أن الاختلاف في اعتبار المآل قد يرجع إلى الاختلاف في درجة وقوعه، فقد يرى مجتهد أن الفعل يفضي إلى المآل غالباً أو كثيراً فيبني حكمه على ذلك ويفتي بمقتضاه، بينما يرى آخر أن إفضاء الفعل إلى هذا المآل نادر الحصول فلا يعتد به في اجتهاده.

وكما يختلف المجتهدون في الحكم المبني على المآلات؛ نظراً لتفاوتها في الظهور والخفاء أحياناً، وتعارضها أحياناً أخرى، ولتفاوتهم في الفقه والإدراك ودقة النظر، فكذلك المجتهد يختلف تقديره لوقوع المآلات وترجيح بعضها على بعض عند التعارض من زمن إلى زمن، ومن حال إلى حال، بحسب الظروف والأحوال، فما كان يراه مفضياً إلى المفسدة غالباً ويفتي بتحريمه قد لا يغلب على ظنه إفضاؤه إليها في وقت آخر فيفتي بحله ومشروعيته، وكذلك العكس، فما كان يراه غير مؤدِّ إلى المفسدة أو أن إفضاءه إلى المصلحة أرجح قد يترجح في نظره إفضاؤه إلى المفسدة في زمن آخر فيفتي بتحريمه بعد أن كان يفتي بحله ومشروعيته.

وحينئذ يتعين على المجتهد النظر في المصالح والمفاسد التي تؤول إليها الأفعال والتصرفات، والموازنة بينها، واتباع القواعد المقررة في ذلك، فحين يرى تعارضاً بين المصالح والمفاسد عليه بذل جهده في معرفة الحكم الشرعي، معتبراً في ذلك القواعد الكلية والمقاصد الشرعية، ليفتي بما يوافق المقصود من شرع الحكم، فإذا كانت المفاسد غالبية على المصالح أو مساوية لها أفتى بالمنع والتحريم؛ درءاً للمفسدة، وإذا كانت المصالح غالبية على المفاسد أفتى بالجواز والمشروعية؛ تحقيقاً للمصلحة الغالبة، مع مراعاة تحقق مناط هذه المصالح من حيث الزمان والمكان والأشخاص؛ لأن ما كانت مصلحته غالبية في زمان أو مكان معين قد تغلب مفسده في زمان أو مكان آخر، وكذا ما كان مصلحة لأفراد مخصوصين قد يكون مفسدة لآخرين.

واعتبار المآلات في الاجتهاد يشمل الاجتهاد في الفتوى، وفي حال المستفتي، وفي حال المفتي، وفي الفعل المفتي فيه^(١).

ففي الفتوى ينظر المجتهد إلى أثر الفتوى وما يترتب عليها، فقد توقع في مفسدة أو تفضي إلى مشقة، وقد تؤدي إلى تفويت مصلحة أعظم، كما أنه ينظر في زمن إيقاع الفتوى، ويعتبر الأحوال في ذلك من حيث فساد أهل الزمان وصلاتهم، ويعتبر اختلاف دار الحرب عن دار الإسلام.

فعليه أن يكون محيطاً بفقهاء الواقعة، مراعيًا حال الزمان وأهله، بصيراً بما يوجب تغير الحكم، لأن المآلات التي تفضي إليها الأفعال تتبدل تبعاً لتبدل الواقع والحال في المسائل الاجتهادية.

وقد قرر الشاطبي هذا الأمر، حيث ذكر أن العالم إذا سئل عن أمر كيف يحصل في الواقع لا يصح له إلا أن يجيب بحسب الواقع، فإن أجاب على غير ذلك أخطأ في عدم اعتبار المناط المسؤول عن حكمه^(٢).

وفي حال المستفتي ينظر المجتهد إلى مآل الحكم في حقه ويفتيه بما يناسبه، إما تغليظاً وتشديداً، أو تسهلاً وترخيصاً، معتبراً في ذلك ما تدل عليه قرائن أحواله من مقاصده وأغراضه.

فقد يرى المجتهد من حال المستفتي التساهل، فلو أفتاه بالرخصة لأدى به إلى التهاون والتحلل من أحكام الشريعة، أو يكون السائل ممن يتتبع الرخص تشهياً، فالمصلحة في حقه أن يحمله على العزائم؛ فيفتيه بما فيه تغليظ زجراً له^(٣).

(١) انظر: اعتبار مآلات الأفعال وأثرها الفقهي للحسين (٢/٥١٠) وما بعدها.

(٢) انظر: الموافقات (٣/٣٠١).

(٣) انظر: روضة الطالبين (١١/١٠٢).

وقد يرى المجتهد من حال المستفتي التشدد، فيفتيه بما يهون عليه الأمر، كالموسوس يفتى بما يدل على سقوط الحرج، وكالتائب النادم الذي استعظم أن يتوب الله عليه، ويخشى عليه من اليأس والقنوط، فيُخبر بعظم توبته وسعة رحمة الله تعالى ويفتى بالرخص، لتأليف قلبه وتثبيتته على الدين، وقد انبنت الشريعة على هذا الأصل، فالتشديد والترهيب والزجر يأتي في مقابلة من غلب عليه الانحلال في الدين، والتخفيف والترغيب والترخيص يأتي في مقابلة من غلب عليه الحرج في التشديد.

كما أن على المجتهد عند الفتوى مراعاة حاجة المستفتي والنظر في حاله، فقد يكون محتاجاً أو مضطراً لفعل محظور فيرخص له في فعله، أو عاجزاً عن فعل مأمور فيبيح له تركه، فإذا كان محتاجاً إلى فعل محظور ويخشى عليه بتركه ضرر، فإنه يرخص له، كمن احتاج إلى الاستمئاء وخشي عليه من الوقوع في الزنا فإنه يرخص له فيه، كما أفتى بذلك ابن عباس رضي الله عنهما (١).

وقد يرى المجتهد أن المستفتي واقِعٌ في ورطةٍ يحتاج إلى تخليصه منها، ولها مخرج شرعي جائز فيخبره به، وقد نص العلماء على ذلك؛ فذكروا أنه متى وجد المفتي للسائل مخرجاً في مسألته وطريقاً يتخلص به نبيه عليه وأرشده إليه، وأن من وقع في ورطة طلب له حيلة لا شبهة فيها لتخليصه منها (٢).

كما ذكر العلماء أن للمفتي إذا جاءه المستفتي، ولم يكن عنده رخصة، وكان المستفتي أهلاً للترخص، أن يدلّه على مذهب من له فيه رخصة، كطالب التخلّص من الربا، فيدلّه على من يرى التحيل للخلاص منه (٣).

(١) سبق تخريجه في (٤٠٣/١).

(٢) انظر: الفقيه والمتفقه (٤١١/٢)، وآداب الفتوى للنووي (ص/٣٨)، وأدب المفتي والمستفتي لابن الصلاح (ص/١١١)، وصفة الفتوى لابن حمدان (ص/٣٢).

(٣) انظر: التحبير شرح التحرير (٤١١٠/٨).

وأيضاً فإن على المجتهد النظر فيما يناسب حال السائل من حيث قدرته واستعداده وقوة تحمله، ومن حيث عقله وفهمه، ومن حيث تعلقه بالفعل ورغبته فيه وانتفاعه به، فالناس متفاوتون في ذلك، فما يصلح لشخص أو لأهل بلد قد لا يصلح لآخرين^(١).

وبالجملة فالأحكام الشرعية تختلف باختلاف أحوال المستفتين، فقد يكون تنزيل الحكم على شخص محققاً لمقصد الشارع، ولا يكون كذلك في حق شخص آخر، ولذا يلزم المجتهد النظر فيما يناسب حال المستفتي، وفي مآل أمره بعد الحكم، فيفتيه بحسب ذلك.

وأما اعتبار المآلات في الاجتهاد في حال المفتي، فإن المجتهد عليه النظر إلى مآل فعله من حيث اقتداء الناس به، فقد يكون فعله لما ليس بواجب مفضياً إلى أن يعتقد الناس وجوبه، وقد يكون تركه لمدوب مفضياً إلى اعتقاد عدم مشروعيته.

ولذلك يلزم المجتهد أن يحافظ على أفعاله لتجري على وفق الشرع، إذ الناس يعدونه أسوة ويقتدون بأفعاله كما يقتدون بأقواله، وعليه أن يحمل نفسه من التكاليف ما هو فوق الوسط المعهود، وأن يلزم نفسه ما لا يلزم به غيره، فقد كان الإمام مالك يعمل بما لا يلزم به الناس أو يفتيهم به، ويقول: «لا يكون العالم عالماً حتى يعمل في خاصة نفسه بما لا يلزمه الناس ولا يفتيهم به، مما لو تركه لم يكن عليه فيه إثم»^(٢).

فإذا خشي المجتهد أن يعتقد الناس وجوب فعلٍ لمواظبته ومداومته عليه فإنه يشرع له ترك المداومة عليه لثلاث يفضي إلى هذه المفسدة^(٣).

وإذا خشي من تركه للفعل المدوب أن يفضي إلى اعتقاد الناس عدم مشروعيته تأكد فعله في حقه^(٤).

(١) انظر: الموافقات (٢/١٤٧، ١٤٨).

(٢) الفقيه والمتفقه (٢/٣٤٠)، وانظر: آداب الفتوى للنووي (ص/١٨، ١٩).

(٣) انظر: الموافقات (٤/١١٨، ١١٩).

(٤) انظر: القواعد للمقري (١/٣٠٢).

وكذلك فإن على المجتهد ترك العمل بالمشروع وما يعتقد رجحانه حين يفضي العمل به إلى مفسدة وحصول فتنة، ويشهد لذلك فعل عبد الله بن مسعود رضي الله عنه حين أتم الصلاة بمنى خلف عثمان بن عفان رضي الله عنه، حيث خشي أن يؤول التزامه بها يراه راجحاً من قصر الصلاة إلى حدوث اختلاف وفتنة بين الناس، ولذلك لما قيل له: (عبت على عثمان ثم صليت أربعاً) قال: (الخلاف شر)^(١).

كما أن على المجتهد أن يترك الأخذ بالرخصة حين يفضي ذلك إلى افتتان الناس، كأن يُكره المفتي على قول محرم، وهو ممن يقتدي به الناس، وله مكانة عندهم، فإنه يترك التلفظ بهذا القول لئلا يفتتن الناس بذلك، ويدع العمل بالرخصة، بل قد تحرم عليه في تلك الحال، لما يؤول إليه قوله من المفاصد في المآل^(٢).

ومن ذلك ما وقع للإمام أحمد، حيث ثبت في محنته، وصبر على البلاء والعذاب، ولم يتأول، حين خشي من افتتان الناس بقوله وضلالهم بسببه^(٣).

وكما تعتبر المآلات في الاجتهاد في الفتوى، وفي حال المستفتي، وفي حال المفتي، تعتبر كذلك في الفعل المفتي فيه، حيث ينظر المجتهد فيما يؤول إليه هذا الفعل وما هو وسيلة إليه، وما يترتب عليه، ومدى تحقيقه للمقصد من تشريعه، فيحكم عليه وفقاً لذلك، فالأفعال تختلف أحكامها بحسب ما تفضي إليه من المصالح أو المفاصد، بل إن الفعل الواحد قد يفضي إلى مصلحة في زمن أو في حق شخص، ويكون مفضياً إلى مفسدة في زمن آخر أو في حق شخص آخر، فعلى المجتهد اعتبار ذلك في اجتهاده.

(١) سبق تخريجه (١/٣٩١).

(٢) انظر: القواعد للحصني (٢/٣١٤).

(٣) انظر: سير أعلام النبلاء (١١/٢٥٣).

يقول الشاطبي: «المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل، فقد يكون مشروعاً لمصلحة فيه تستجلب أو لمفسدة تدرأ، ولكن له مآل على خلاف ما قُصد فيه، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحة تندفع به، ولكن له مآل على خلاف ذلك»^(١).

فحكم المجتهد على أفعال المكلفين مرتبط بمدى تحقيقها للمصالح والغايات التي قصدتها الشارع، فمن كان قصده بالفعل غير ما قصده الشارع به كان فعله باطلاً؛ لمناقضته لمقصد الشارع.

يقول الشاطبي: «لما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد كانت الأعمال معتبرة بذلك؛ لأنه مقصود الشارع فيها، فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية فلا إشكال، وإن كان الظاهر موافقاً والمصلحة مخالفةً بالفعل غير صحيح وغير مشروع؛ لأن الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها، وإنما قُصد بها أمور آخر هي معانيها، وهي المصالح التي شرعت لأجلها، فالذي عمل من ذلك على غير هذا الوضع فليس على وضع المشروعات»^(٢).

فالمجتهد يتغير اجتهاده وحكمه على الفعل بحسب توافر المصلحة أو المفسدة التي يؤول إليها، فإن رأى أنها قد زالت غير حكمه إلى ما آل إليه؛ إذ الأحكام وسيلة إلى الغاية المقصودة منها، فإذا غلب على ظنه عدم إفضائها إلى الغاية التي من أجلها شرعت لم تبق على مشروعيتها، فقد يكون الفعل مشروعاً لما يؤول إليه من مصلحة، فإذا تغير الحال، وغلب إضاؤه إلى المفسدة، ارتفعت المشروعية عنه وحكم عليه بالمنع، وقد يكون الفعل

(١) الموافقات (٥/١٧٧).

(٢) المرجع السابق (٣/١٢٠، ١٢١).

منهياً عنه لما يفضي إليه من مفسدة، فإذا زالت المفسدة التي يؤول إليها هذا الفعل فإنه يزول حكم المنع، ويبقى على أصل المشروعية.

ومما يشهد لعدّ اعتبار المآلات سبباً مشروعاً لتغير الاجتهاد هو أن النظر في مآلات الأفعال والتصرفات والأحكام ابتداءً وترتيب الاجتهاد على ذلك مطلوب شرعاً، ومحقق لمقاصد الشريعة من وضع الأحكام والتشريعات^(١).

ولأن الشريعة إنما وضعت لمصالح العباد، إما جلب المصالح لهم أو درء المفاسد عنهم، فإذا أبيضت الأفعال والتصرفات وأذن فيها لاستجلاب المصلحة الظاهرة قد يكون لها مآل على خلاف ما قُصد من الإفتاء بإباحتها، فيؤدي استجلاب المصلحة فيها إلى مفسدة تساوي المصلحة أو تزيد، فلا يصح إطلاق القول بمشروعيتها والإفتاء بإباحتها؛ لمناقضة مقصد الشارع، وكذا العكس؛ فإنه إذا لم تُشرع هذه الأفعال والتصرفات ولم يؤذن فيها لما ينشأ عنها من المفسدة أو يندفع بها من المصلحة قد يكون لها مآل على خلاف ما قُصد من الإفتاء بحظرها، فيؤدي استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد، فلا يصح إطلاق القول بحظرها وعدم مشروعيتها والإفتاء بتحريمها؛ لمناقضة مقصد الشارع.

فيلزم المجتهد حينئذٍ نقض اجتهاده السابق والإفتاء بما يحقق مقاصد الشارع من جلب المصالح ودرء المفاسد في كلا الحالين، فيفتي في الحال الأولى بتحريم هذه الأفعال وحظرها بعد أن كان يفتي بإباحتها والإذن فيها، ويفتي في الحال الثانية بإباحتها ومشروعيتها بعد أن كان يفتي بحظرها وتحريمها.

وعلى هذا فإن المجتهد حين تعرض له مسألة فيفتي فيها بناء على الاجتهاد، ثم تعرض له مرة أخرى فيجدد اجتهاده فيها لداعٍ يقتضي التجديد، ثم يجد أن ما أفتى به سابقاً يقصر

(١) انظر: الموافقات (٥/١٧٧).

عن تحقيق المصلحة أو لا يدرأ المفسدة المتوقع حصولها حين يُبنى على الاجتهاد السابق - من تصحيح الأفعال والتصرفات وإباحتها والإذن فيها، أو منعها وحظرها دون النظر إلى مآلاتها ونتائجها - فيلزمه حينئذٍ تغيير اجتهاده في تلك المسألة، واعتبار مآل هذه الأفعال والتصرفات، والنظر في نتائجها لاستجلاب المصلحة واستدفاع المفسدة.

و حين نستعرض فتاوى المجتهدين من الصحابة والأئمة بعدهم نجد أنهم في كثير منها كانوا يراعون المآلات ويعتبرونها، وينظرون في نتائج الأفعال والتصرفات وما تؤول إليه قبل الحكم عليها والإفتاء فيها، واضعين نصب أعينهم تحقيق مقاصد الشارع من جلب المصالح ودرء المفاسد العاجلة والآجلة، والحكم بمقتضى قواعد الشرع العامة، وما تنتجه الأفعال والتصرفات، وما تؤول إليه من واقع جديد يستدعي حكماً جديداً، وقد غيروا عدداً من فتاواهم لتحقيق هذا المبدأ.

وفي المبحث الآتي بيانٌ لعدد من المسائل التي تغير فيها اجتهاد المجتهدين، فحكموا وأفتوا بأحكام وفتاوى جديدة لأجل اعتبار المآلات.

المبحث الثاني

أمثلة لتغير الاجتهاد بسبب اعتبار المآلات

سبق بيان أن قاعدة اعتبار المآلات من أعظم القواعد التي يستند إليها الاجتهاد، وأنها تتضمن عدداً من الخطط الإجرائية للاجتهاد المآلي، والتي تُعدُّ أصولاً يعتمدها المجتهدون، كاعتبار المصالح وسد الذرائع ومراعاة الخلاف، ولذا فإن كثيراً من أمثلة تغير الاجتهاد الداخلة في نطاق هذه الأصول يمكن وصفها بالتغير لأجل اعتبار المآلات، ومن ثم يسوغ إيرادها في هذا المبحث، ومن أبرز التطبيقات التي يمكن إيرادها هنا ما يأتي:

١- أن النبي ﷺ رخص في النظر إلى المخطوبة في حال الرغبة في الزواج منها - مع أن ذلك مخالف للأصل العام في النظر إلى المرأة الأجنبية - لما يؤول إليه ذلك من تحقيق مصالح كبيرة ومقاصد عظيمة، من بناء النكاح على أساس سليم من الألفة والمودة والرضى بالطرف الآخر، وتحقيق الإعفاف، وسد وسائل الفرقة والانفصال، وذلك في قوله ﷺ للمغيرة بن شعبة لما خطب امرأة: (أنظرت إليها؟) قال: لا، قال: (فانظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما)^(١).

٢- أن النبي ﷺ تغير اجتهاده في إقامة صلاة التراويح بالمسجد، حيث ترك الخروج إليها بعد أن صلاها في المسجد ليلتين لما خشي أن يكون خروجه مفضياً إلى فرضها على الناس وعجزهم عن أدائها، وقد صرح النبي ﷺ بالمانع له من الخروج في الليلة الثالثة بقوله: (قد رأيت الذي صنعت، فلم يمنعني من الخروج إليكم إلا أني خشيت أن تفرض عليكم فتعجزوا عنها)^(٢).

(١) سبق تحريجه في (١/٣٠٤).

(٢) سبق تحريجه في (١/٣٢٧).

٣- أن النبي ﷺ منع من إطالة الصلاة وأمر بتخفيفها - مع أن إطالتها أمر مشروع - لما يفضي إليه التطويل من حقوق المشقة بالمصلين وتنفير الناس عن الصلاة، وفي ذلك يقول ﷺ: (يا أيها الناس إن منكم منفرين، فأيكم أم بالناس فليوجز فإن من ورائه الكبير والضعيف وذو الحاجة)^(١)، ويقول: (إني لأقوم في الصلاة أريد أن أطول فيها فأسمع بكاء الصبي، فأجوز في صلاتي كراهية أن أشق على أمه)^(٢).

فترك النبي ﷺ التطويل في الصلاة - مع رغبته في ذلك - وأمر الناس بتخفيفها - مع أن إطالتها مشروعة - اعتباراً للمآلات الفاسدة.

٤- أن النبي ﷺ نهى عن إقامة حد السرقة في أيام الغزو والحرب بقوله: (لا تقطع الأيدي في الغزو)^(٣) - مع أنه حدٌ من حدود الله - خشية من حصول المآل الفاسد، حيث إن إقامته في تلك الظروف قد تكون مدعاة للحقوق المحدود بالعدو غضباً على المسلمين^(٤).

٥- أن النبي ﷺ تغير اجتهاده في بناء الكعبة، حيث كان يرغب في إعادة بنائها على قواعد إبراهيم عليه السلام، لكنه عدل عن ذلك وترك بناءها على ما كان عليه، اعتباراً لما يؤول إليه هذا التصرف من مآلات فاسدة؛ حيث خشي من نفور قريش عن الإسلام، لجهلهم وعنادهم وكونهم حديثي عهد بكفر، وقد صرح النبي ﷺ باعتبار هذا المآل بقوله لعائشة رضي الله عنها: (يا عائشة لولا قومك حديث عهد بكفر لنتقضت الكعبة، فجعلت لها باين، بابٌ يدخل الناس، وبابٌ يخرجون)^(٥).

(١) سبق تخريجه في (١/٣٢٩).

(٢) سبق تخريجه في (١/٣٢٩).

(٣) سبق تخريجه في (١/٣٣٠).

(٤) انظر: إعلام الموقعين (٣/١٧).

(٥) سبق تخريجه في (١/٣٣١).

٦- كما تغير اجتهاد النبي ﷺ أيضاً في قتل المنافقين الذين أساؤوا الأدب معه، حيث امتنع من قتلهم - مع أن في قتلهم مصلحة ظاهرة للمسلمين، وتطهيراً لصفهم من أن تندس فيه عناصر الإفساد - لما خشى أن يفضي قتلهم إلى مآلات فاسدة؛ من نفور الناس عن الإسلام باعتقادهم أنه يقتل أصحابه، فيكون في ذلك هزُّ الثقة بالمسلمين، وزرعُ لقالة السوء عنهم، وفي ذلك يقول ﷺ - لما استأذنه عمر رضي الله عنه في قتل عبدالله بن أبي -: (لا يتحدث الناس أنه كان يقتل أصحابه)^(١).

وفي حادثة مشابهة قال: (معاذ الله أن يتحدث الناس أني أقتل أصحابي)^(٢).

٧- أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه تغير اجتهاده في جمع القرآن الكريم وكتابته في المصاحف، فقد كان متوقفاً في أول الأمر، ولما روجع في ذلك ونُبِّه إلى أن ترك جمعه قد يفضي إلى مآلات فاسدة، من قتل القراء وذهاب كثير من القرآن تبعاً لذلك، غير رأيه في المسألة، ورأى ضرورة جمعه دفعاً لحصول هذا المآل^(٣).

٨- أن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما تغير اجتهادهما في الأضحية، فمع أنها مشروعة إلا أنهما تركا ذبحها سداً للريعة اعتقاد الناس وجوبها، حيث خشيا من أن تفضي مداومتها عليها إلى هذا المآل الفاسد؛ لأنها موضع القدوة، وفي ذلك يقول حذيفة بن اليمان رضي الله عنه: (إن أبا بكر وعمر كانا لا يضحيان كراهية أن يُقتدى بهما فيظن من رأهما أنها واجبة)^(٤).

٩- أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه تغير اجتهاده في عقوبة شارب الخمر، حيث جلد الشارب في صدر خلافته أربعين جلدة، كما كان عليه الأمر قبله، ولما رأى كثرة الشاربين،

(١) سبق تخريجه في (١/ ٣٣٤).

(٢) سبق تخريجه في (١/ ٣٣٢).

(٣) انظر: ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية للبوطي (ص/ ٣٦٥).

(٤) سبق تخريجه في (١/ ٤٠٠).

وأن الناس تقالوا العقوبة واجتروا على الخمر، رأى أن يزيد في ذلك إلى الحد الذي يردعهم ويزجرهم عن الشرب، فأمر أن يضرب الشارب ثمانين جلدة، وقد قضى بذلك بعد أن استشار الصحابة رضوان الله عليهم، فقال علي عليه السلام: (من شرب سكر، ومن سكر هذى، ومن هذى افتري، فأرى عليه حد المفترى)^(١).

١٠- وكذلك تغير اجتهاد عمر عليه السلام في سجود التلاوة اعتباراً للمأل، فمع أن سجدة التلاوة مشروعة إلا أنه تركها وخالف ما كان ينبغي عليه فعله؛ لما خشي أن تفضي مداومته عليها إلى مفسدة اعتقاد الناس وجوبها^(٢).

١١- وتغير اجتهاده في الطلاق، حيث كان طلاق الثلاث بلفظ واحد يقع طلقة واحدة في صدر خلافته - كما كان عليه الأمر في زمن النبي عليه السلام وأبي بكر - ولكن لما رأى استعجال الناس في الطلاق، وإكثارهم منه، وتهاونهم به، اجتهد في دفع هذه المفسدة، فأداه اجتهاده إلى أن يمضي هذا الطلاق عليهم، فأوقع طلاق الثلاث بلفظ واحد ثلاثاً؛ لئلا يفضي تركهم على حالهم والقضاء بالحكم الأول إلى هذه المآلات الفاسدة^(٣).

١٢- أن عمر عليه السلام أوقف تنفيذ حد السرقة عام المجاعة، فروى عنه أنه قال: (لا يقطع في عام سنة)^(٤)، فمع أن الأصل وجوب تنفيذ الحدود ومنها حد السرقة، إلا أن عمر رأى أن الحد لم يشرع إلا لما فيه من كبت العدوان والبغي والسطو على حقوق الناس، ولما فيه من معاني الردع والزجر، وأن إقامة الحد في عام المجاعة والأحوال والظروف الصعبة لن يحقق المقصد

(١) سبق تخريجه في (١/ ٣٧٠).

(٢) انظر: الموافقات (٤/ ١١٩).

(٣) انظر: مجموع الفتاوى (٣٣/ ٨٨)، وإعلام الموقعين (٣/ ٣٦)، والطرق الحكمية (١/ ٢٣).

(٤) سبق تخريجه في (١/ ٣٨١).

من تشريعه، وسيفضي إلى مآلات فاسدة؛ حيث سيؤدي إلى أن تُقطع أيدي كثير من المسلمين الذين ألبأتهم الضرورة إلى ذلك، إذ لا يكاد يسلم السارق في مثل هذه الأحوال من ضرورة تدعوه إلى ما يسد به رمقه، فاعتبر عمر المآل، وقدر المصلحة في درء الحد^(١).

١٣- أن عمر رضي الله عنه منع من الزواج بالكتائب، وأمر بعض الصحابة بمفارقتهم - مع أن ذلك مباح في الأصل - لما يفضي إليه تجويز نكاحهن من مآلات فاسدة، حيث خشي من انتشار العنوسة بين المسلمات، ومن الوقوع في نكاح المومسات من الكتائب، فتختلط الأنساب ويضيع الأولاد وتفسد أخلاقهم، فرأى سد الوسائل المفضية إلى هذه المآلات الفاسدة^(٢).

١٤- وتغير اجتهاده رضي الله عنه في حكم الصلاة بعد العصر، فمع أنها مباحة في هذا الوقت، إلا أنه نهى أن تقام فيه، منعاً لحصول المآلات الفاسدة؛ حيث خشي من تجويز فعلها بعد العصر أن يكون مفضياً إلى إيقاعها عند غروب الشمس المنهي عنه^(٣)، ولذلك قال لزيد ابن خالد رضي الله عنه لما امتنع عن تركها: (لولا أني أخشى أن يتخذها الناس سُلماً إلى الصلاة حتى الليل لم أضرب فيها)^(٤)، وقال - في رواية أخرى معللاً منعه من إقامتها في هذا الوقت -: (إني أخاف أن يأتي بعدي قوم يصلون ما بين العصر إلى المغرب حتى يمرّوا بالساعة التي نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يُصلى فيها حتماً)^(٥).

(١) انظر: إعلام الموقعين (٣/١١، ١٢).

(٢) انظر: أحكام القرآن للجصاص (٢/١٦)، والجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٣/٦٨)، وتفسير ابن

كثير (١/٢٥٨).

(٣) انظر: فتح الباري (٢/٦٥).

(٤) سبق تخريجه في (١/٣٩٩).

(٥) سبق تخريجه في (١/٣٩٩).

١٥- أن عثمان بن عفان رضي الله عنه تغير اجتهاده في الصلاة بمنى، حيث كان يصليها ركعتين في صدر خلافته تبعاً لما كان عليه الحال زمن النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر رضي الله عنهما، ولكن تغير رأيه في هذه المسألة، حيث أتمها أربع ركعات خوفاً من سوء فهم الأعراب، حتى لا يظنوا أن الصلاة ركعتين، فترك رأيه السابق وعمل بخلاف ما كان يعمل به منعاً لحدوث المآل الفاسد^(١)، وقد صرح عثمان رضي الله عنه بسبب تغير رأيه بقوله: (يا أيها الناس إن السنة سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وسنة صاحبيه، ولكنه حدث العام من الناس فخفت أن يستنوا)^(٢).

ويشهد لذلك ما روي أن أعرابياً نادى عثمان في منى: (يا أمير المؤمنين ما زلتُ أصليها منذ رأيتك عام أول ركعتين، فخشي عثمان أن يظن جهال الناس أن الصلاة ركعتان)^(٣). كما روى أبو داود عن الزهري: (أن عثمان رضي الله عنه أتم الصلاة بمنى من أجل الأعراب، لأنهم كثروا عامئذٍ، فصلى بالناس أربعاً، ليعلمهم أن الصلاة أربع)^(٤).

١٦- وتغير اجتهاد ابن مسعود رضي الله عنه في المسألة نفسها، حيث كان يرى أن الأفضل قصر الصلاة بمنى اقتداءً برسول الله صلى الله عليه وسلم وصاحبيه، لكن ترك رأيه وأتم الصلاة خلف عثمان رضي الله عنه رغم إنكاره عليه، درءاً للمفسدة؛ حيث خشي أن يترتب على مخالفته وإنكاره وقوع فتنة بين المسلمين، ولذلك لما قيل له: عبت على عثمان ثم صليت أربعاً، قال: (الخلاف شر)^(٥)، فهنا تغير اجتهاده ورأيه في هذه المسألة اعتباراً للمآلات.

(١) انظر: الموافقات (٤/١٠٢)، وتعليل الأحكام لمصطفى شلبي (ص/٤٦).

(٢) سبق تخريجه في (١/٣٨٩).

(٣) سبق تخريجه في (١/٣٩٠).

(٤) سبق تخريجه في (١/٣٨٩).

(٥) سبق تخريجه في (١/٣٩١).

١٧- أن الصحابة رضوان الله عليهم ضمّنوا الصناعات - مع أن الأصل عدم تضمينهم - لما يؤول إليه ذلك من حفظ مصالح الناس، إذ لو لم يُضمّنوا لصاغت أموال الناس بتفريطهم وخيانتهم، فحكموا بتضمينهم لأموال الناس التي تهلك في أيديهم محافظة على هذه الأموال من الضياع وتحقيقاً لمصلحة المجتمع^(١).

١٨- أن الإمام أبا حنيفة كان لا يرى اشتراط تعيين مكان الإيفاء في السلم، ولو كان المسلم فيه مما لحملة مؤونة، ولكن لما رأى أن الإفتاء بذلك يفضي إلى مآلات فاسدة، من وقوع النزاع بين المتبايعين حين لا يكون مكان الإيفاء مشروطاً، تغير اجتهاده في هذه المسألة، ورجع إلى اشتراط تعيينه في العقد^(٢).

١٩- أن الإمام مالكاً تغير اجتهاده في حكم الجهاد مع ولاة الجور؛ حيث كان يقول بعدم وجوب الجهاد معهم، ثم رجع إلى وجوبه، منعاً لحصول المآلات الفاسدة؛ حيث خشي أن يفضي ترك الجهاد معهم إلى وقوع الضرر على الإسلام، واستيلاء العدو على المسلمين، فرأى تقديم مصلحة حفظ الدين على مفسدة إعانة أئمة الجور على جورهم، اعتباراً للمآلات^(٣).

٢٠- وتغير اجتهاده في حكم الاقتضاء من الطعام أو من ثمنه طعاماً، حيث كان يجوز لمن باع طعاماً إلى أجل أن يأخذ بثمنه طعاماً قبل قبضه، ثم رجع إلى عدم جوازه؛ دفعاً لوقوع المآلات الفاسدة، حيث خشي من أن تفضي إباحته إلى اتخاذ حيلة وذريعة إلى بيع الطعام بالطعام إلى أجل، وهو غير جائز^(٤).

(١) انظر: الاعتصام (٢/٣٧٨).

(٢) انظر: المبسوط (١٢/١٢٧، ١٢٨)، وتحفة الفقهاء للسمرقندي (٢/١٣).

(٣) انظر: رسالة القيرواني (٨٤).

(٤) انظر: البيان والتحصيل (٧/١٢٢)، والمغني (٤/١٢٨)، وشرح فتح القدير (٦/٤٣٣).

٢١- وتغير اجتهاده في حكم الإقالة من بعض الطعام في السلم، حيث كان يرى جواز الإقالة في الشيء اليسير، ثم رجع إلى عدم جواز ذلك مطلقاً، خشية من أن تفضي إباحته إلى الوقوع في إباحة البيع والسلف، وهو لا يجوز^(١).

٢٢- وتغير اجتهاده في حكم من أسلف مشاركته مالا وأخرج مثله على أن يتجرأ فيه، حيث كان يرى جواز ذلك لأنه من المعروف، ثم رأى بعد ذلك المنع منه، لثلاثا يكون ذريعة إلى القرض الذي جرّ نفعاً، فيكون رباً، لأن الشريك قد يتخذ هذا التصرف وسيلة إلى الانتفاع من صاحبه الذي أسلفه، لخبرته ونفاذ بصيرته في المعاملات والتجارات، فرأى الإمام مالك المنع من هذا التصرف دفعاً لوقوع المآل الفاسد^(٢).

٢٣- كما تغير اجتهاده في حكم إطعام الذمي من الأضحية، حيث كان يرى جواز ذلك، ثم رأى كراهته، سداً للذريعة، حيث خشي أن يفضي إطعامه وإهداؤه منها إلى إعيائه على كفره، وتمكينه من البقاء على دينه^(٣).

٢٤- أن الإمام أحمد تغير اجتهاده في حكم من أصاب حداً بعد رده في دار الحرب ثم رجع مسلماً، فكان يرى أن من ارتد وأصاب ما يوجب الحد في دار الحرب، ثم عاد تائباً مسلماً، فإنه لا يطالب بالحد، ولما روجع في المسألة، وتنبه إلى مآل هذه الفتوى ترك قوله هذا وتوقف، لما يفضي إليه عدم مطالبته بالحد من مآلات فاسدة^(٤).

(١) انظر: البيان والتحصيل (٧/ ٢٨١، ٢٨٢)، والمغني (٦/ ٤١٧).

(٢) انظر: البيان التحصيل (٥/ ١٢)، والتاج والإكليل (٥/ ١٢٩)، ومواهب الجليل (٥/ ١٣٤)، ومنح الجليل (٦/ ٢٨٣، ٢٨٤).

(٣) انظر: البيان والتحصيل (٣/ ٣٤٢-٣٤٤).

(٤) انظر: المغني (٩/ ٣٢).

٢٥- أن الإمام أحمد كان يرى أن الرضيع المسي المنفرد عن أبويه إذا لم يكن في المسلمين من يرضعه فإنه يرد إلى الكفار ولا يحمل، ثم تغير اجتهاده في هذه المسألة، ورجع عن قوله فيها، حيث رأى بعد ذلك أنه لا يرد إلى الكفار حتى وإن لم يكن في المسلمين من يرضعه، منعاً لوقوع المآلات الفاسدة؛ حيث خشي أن يفضي تركه وإبقاؤه عند الكفار إلى مفسدة اعتناقه دينهم^(١).

٢٦- وتغير اجتهاد الإمام أحمد في حكم القضاء على الغائب عن البلد؛ حيث كان يرى عدم جوازه، ثم رجع عن ذلك، وقال بجوازه؛ لما قد يترتب عليه من حدوث بعض المآلات الفاسدة، حيث خشي أن تفضي الفتوى بمنع القضاء على الغائب عن البلد إلى إيقاع الضرر على صاحب الحق، من تضييع حقه أو تأخيره إلى أمد مع إمكان استيفائه، كما قد يكون المنع من ذلك ذريعة إلى إبطال حقوق الناس؛ فيتغيب عن مجلس الحكم كل من أراد تضييع أموال الناس وعدم أدائها حتى لا يمكن القضاء عليه^(٢).

٢٧- أنه تغير اجتهاد فقهاء الحنفية في حكم أخذ الأجرة على تعليم القرآن والأذان والإمامة، حيث كان المتقدمون من فقهاءهم يفتون بعدم جواز ذلك؛ لأنها من أفعال القرب والطاعات، ولما جاء المتأخرون منهم ورأوا تواني الناس وفتور رغباتهم في أعمال الطاعات، وأنهم لو منعوا من أخذ الأجرة عليها لأفضى إلى تضييعها وانقطاعها خالفوا أئمتهم في هذه المسألة، وأفتوا بجواز أخذ الأجرة على هذه الطاعات والقرب، خشية من حدوث هذه المآلات الفاسدة^(٣).

- (١) انظر: أحكام أهل الملل للخلال (ص/ ١٩)، وأحكام أهل الذمة لابن القيم (٢/ ٥١١).
- (٢) انظر: الروايتين والوجهين (٣/ ٨٥)، والمحزر (٢/ ٢١٠)، والمبدع (١٠/ ٩٠)، والذخيرة (١٠/ ١١٤).
- (٣) انظر: المبسوط (١٦/ ٣٧)، والبحر الرائق (٨/ ٢٣٧)، والهداية (٣/ ٢٤٠)، وحاشية ابن عابدين (١/ ٥٦٢).

٢٨- أن ختم القرآن في رمضان سنة عند الحنفية، لكنهم يفتون بتركه حين يفضي إلى مآلات فاسدة، من تنفير الناس عن الصلاة وتعطيل المساجد^(١).

يقول ابن عابدين - معللاً تغير الحكم في هذه المسألة -: «هذا مبني على اختلاف الزمان، فقد تغير الأحكام لاختلاف الزمان في كثير من المسائل على حسب المصالح... فالحاصل أن المصحح في المذهب أن الختم سنة، لكن لا يلزم منه عدم تركه إذا لزم منه تنفير القوم وتعطيل كثير من المساجد، خصوصاً في زماننا، فالظاهر اختيار الأخف على القوم»^(٢).

٢٩- أن شيخ الإسلام ابن تيمية تغير اجتهاده في إنكار المنكر حين مرّ في زمن التتار بقوم منهم يشربون الخمر، حيث أنكر عليهم من كان معه، فمنعهم من الإنكار، ورأى عدم تطبيق شعيرة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في حقهم؛ لثلا يفضي ذلك إلى وقوع المآلات الفاسدة، إذ لو منعوا من شرب الخمر لترتب على ذلك ما هو أعظم من الشرب، من قتل النفوس، وسلب الأموال، فرأى أن المصلحة المآلية تقتضي عدم الإنكار في هذه الحالة^(٣).

فهنا تغير اجتهاد شيخ الإسلام ابن تيمية اعتباراً للمآلات.

(١) انظر: حاشية ابن عابدين (٤٧/٢)، والبحر الرائق (٧٤/٢).

(٢) حاشية ابن عابدين (٤٧/٢).

(٣) انظر: إعلام الموقعين (٥/٣).

الفصل السابع

تغير الاجتهاد بسبب تغير العادات والأعراف

وفيه تمهيد وأربعة مباحث:
التمهيد: حقيقة العادة والعرف وشروط اعتبارهما
في بناء الأحكام.
المبحث الأول: تقسيم العادات من حيث الثبات
والتبدل.
المبحث الثاني: أسباب نشوء العادات والأعراف
وتغيرهما.
المبحث الثالث: وجه كون تغير العادة والعرف
سبباً لتغير الاجتهاد.
المبحث الرابع: أمثلة لتغير الاجتهاد بسبب تغير
العادات والأعراف.

1000

التمهيد

حقيقة العادة والعرف وشروط اعتبارهما في بناء الأحكام

أولاً: حقيقة العادة والعرف:

العادة في اللغة: الديدن، وهو الدأب والاستمرار على الشيء، ومادة الكلمة تفيد معنى الرجوع إلى الشيء مرة بعد أخرى^(١).

يقول ابن فارس: «العين والواو والذال أصلان صحيحان، يدل أحدهما على تثنية في الأمر، والآخر جنس من الخشب»^(٢).

ويقول أيضاً: «والعادة: الدربة والتهادي في شيء حتى يصير له سجية»^(٣).

يقال: تعوّد الشيء وعاده وعاوده معاودة وعوداً، واعتاده واستعاده وأعاده، أي صار له عادة، ومن ذلك قولهم: عوّد كلبه الصيد فتعوّد، والمُعَاوِدُ: المواظب على أمر. واستعاد الشيء فأعاده: إذا سأله أن يفعل ثانياً، وأعاد الكلام: كرره^(٤).

والعادة في الاصطلاح: عرفت بتعريفات كثيرة، المختارُ منها تعريف ابن أمير الحاج، حيث قال: «العادة: هي الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية»^(٥).

شرح التعريف:

قوله: «الأمر» يراد به الشأن والحال، وجمعه أمور، وهو شامل للأقوال والأفعال معاً.

وقوله: «المتكرر» تكرر الشيء: حصوله مرة بعد أخرى، فخرج بذلك ما حصل مرة

واحدة، فلا يسمى عادة.

(١) انظر: لسان العرب (٣/٣١٥)، والقاموس المحيط (١/٣١٨)، مادة "عود".

(٢) مقاييس اللغة (٤/١٨١) مادة "عود".

(٣) المرجع السابق (٤/١٨٢) مادة "عود".

(٤) انظر: لسان العرب (٣/٣١٧)، والقاموس المحيط (١/٣١٨، ٣١٩) مادة "عود".

(٥) التقرير والتحبير (١/٢٨٢).

وقوله: «من غير علاقة عقلية» يخرج به ما إذا كان التكرار ناشئاً عن علاقة عقلية، كتكرار حدوث الأثر مع المؤثر بعلاقة العلية، بسبب أن المؤثر علة لا يتخلف عنها معلوها، كتحرك الخاتم بحركة الأصبع، وتبدل مكان الشيء بحركته، فهذا لا يسمى عادة ولا يعتبر من قبيل العادات مهما تكرر، وإنما هو من قبيل التلازم العقلي الناشئ عن تلازم وارتباط في الوجود بين العلة والمعلول، فهذا مما يقضي به العقل^(١).

وهذا التعريف عامٌ وشاملٌ للقول والفعل معاً، ولكل أمر يحصل مرة بعد أخرى، إن لم تكن علاقته عقلية، فكل ما كان بهذه الصورة سُمي عادة، سواء أكان صادراً من الفرد أم من الجماعة، وسواء أكان مصدره أمراً طبيعياً كحرارة الإقليم وبرودته اللتين تؤثران في إسراع البلوغ وإبطائه، أم كان مصدره الأهواء والشهوات، كأكل أموال الناس بالباطل، وكالفسق والظلم، ونحو ذلك^(٢).

وبعد بيان المعنيين اللغوي والاصطلاحي للعادة يتبين أن بينهما صلة قوية وعلاقة ظاهرة؛ فالأمر المتكرر من غير علاقة عقلية هو نفسه بمعنى التثنية في الأمر، والدأب على الشيء، وتكرار فعله والاستمرار عليه، والتهادي فيه حتى يصير سجية، ومن هنا فالنسبة بين المعنيين هي التساوي.

والعرف في اللغة: يطلق على معانٍ عدة، منها ما هو حقيقي، ومنها ما هو مجازي، أما معانيه الحقيقية فتنبئ عن الظهور والوضوح والارتفاع، كالجود والمعروف، وما تعرفه النفس وتطمئن إليه من الخير، وأما معانيه المجازية فمنها إطلاقه على أعراف الريح والسحاب والضباب مراداً به أوائلها، ومنها إطلاقه على موج البحر^(٣).

(١) انظر: المدخل الفقهي العام (٢/٨٣٨) وما بعدها، والعرف والعادة في رأي الفقهاء لأبي سنة (ص/٣١).

(٢) انظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء لأبي سنة (ص/٣١).

(٣) انظر: مادة "عرف" في: الصحاح (٤/١٤٠١)، ولسان العرب (٩/٢٣٩)، والقاموس المحيط (٣/١٧٣، ١٧٤) وأساس البلاغة (ص/٤١٦).

وجاء في مقاييس اللغة: «أن العين والراء والفاء: أصلان، يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلًا ببعضه ببعض، والآخر على السكون والطمأنينة.

فالأول: العُرف: عُرف الفرس، وسمي بذلك لتتابع الشعر عليه، ويقال: جاءت القطا عُرفاً عُرفاً، أي: بعضها خلف بعض.

والأصل الآخر: المعرفة والعرفان، تقول: عرف فلان فلاناً عرفاناً ومعرفة، وهذا أمر معروف، وهذا يدل على ما قلناه من سكونه إليه؛ لأن من أنكر شيئاً توحش منه ونبا عنه»^(١).

والعرف في الاصطلاح: قيلت فيه تعريفات متعددة، المختارٌ منها تعريف الشيخ مصطفى الزرقا، حيث قال: «العرف: عادة جمهور قوم في قول أو فعل»^(٢).

شرح التعريف:

قوله: «عادة» سبق بيان معناها.

وقوله: «جمهور قوم» يفيد أن العرف لا يتحقق إلا بتوافر عادة عدد من الناس، فيخرج به العادة الفردية، وعادة عدد قليل من الناس.

وأتى بلفظ «قوم» على التنكير ليدخل في ذلك العرف الخاص إذا كان غالباً، كعرف أهل بلد معين، أو أهل حرفة معينة.

وقوله: «في قول أو فعل» للدلالة على أن العرف قسمان: لفظي وعملي، كما يستفاد من هذه العبارة أن العرف لا يكون إلا في الأمور المنبعثة عن التفكير والاختيار؛ لأن عادة الجماعة من الناس لا تكون إلا كذلك، أما ما كان مصدره أمراً طبيعياً، كالحيض ومدته،

(١) (٤/٢٨١).

(٢) المدخل الفقهي العام (٢/٨٤٠).

وإسراع بلوغ الأشخاص ونضج الثمار في البلاد الحارة، وببطء ذلك في البلاد الباردة، وأمثال ذلك فإنه لا يسمى عرفاً، وإنما عادة^(١).

وبعد بيان المعنيين اللغوي والاصطلاحي للعرف تتبين الصلة الوثيقة بينهما؛ من حيث إن عادة جمهور قوم في قولٍ أو فعلٍ وتعارفهم على ذلك لم يحصل إلا بعد ظهوره ووضوحه وتتابعهم عليه واطمئنانهم إليه.

كما أنه من خلال عرض حقيقة العادة والعرف تتبين العلاقة بينهما، وأن العرف أخص من العادة، فهو نوع من أنواعها؛ إذ العرف عادة العامة أو الجماعة من الناس، بينما العادة تشمل العادة الفردية وعادة الجمهور، فالعادة تنشأ بتكرر الأمر مرة بعد أخرى، فإذا استمر استقر في النفوس، وتلقته الطبائع السليمة بالقبول، واستحسنته العقول، وجرى عليه عمل الناس، وصار عرفاً قائماً.

وعلى هذا فبين العادة والعرف عموم وخصوص مطلق، فكل عرف عادة، ولا عكس^(٢).

وفي الإطلاق اللغوي ما يشهد لذلك، فهادة (ع و د) لا تفيده في اللغة أكثر من الاستمرار على الشيء والعودة إليه مرة بعد أخرى، وهذا المعنى متحقق من فرد واحد ومن جماعة أيضاً، ولا يشترط أن يصدر من كثيرين، بخلاف العرف الذي تدل معانيه في اللغة على التتابع والظهور والوضوح، وهي معان تناسب العادات الجماعية دون عادات الأفراد^(٣).

(١) انظر: المدخل الفقهي العام (٢/ ٨٤١-٨٤٣).

(٢) انظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء (ص/ ٣٤)، والمدخل الفقهي العام (٢/ ٨٤٣، ٨٤٤).

(٣) انظر: قاعدة العادة محكمة للدكتور يعقوب الباحسين (ص/ ٢٨).

ثانياً: شروط اعتبار العرف:

إن العرف الذي يصح الرجوع إليه واعتباره وتحكيمه لدى الفقهاء هو ما توافرت فيه شروط اعتباره، وتحققت فيه ضوابط العمل به، فلو اختل واحد منها أو تخلف لم يصح تحكيمه واعتباره، ولم يكن صالحاً للاعتداد به أو البناء عليه، فالعرف لا يكون معتبراً ولا صحيحاً تبني عليه الأحكام إلا إذا توافرت فيه الشروط الآتية:

الشرط الأول: أن يكون العرف مطرداً، أو غالباً:

المراد باطراد العرف: أن يكون مستفيضاً شائعاً بين أهله، مستمراً في جميع الحوادث، لا يتخلف، بحيث لا يفهم متعارفه عند إطلاقه سوى معناه، سواء أكانوا جميع الناس في البلاد كلها، أم في إقليم خاص، أم بين أصحاب حرفة معينة أو شأن يجمع بينهم، كما في عرف التجار والصناع.

والمراد بكونه غالباً: أن يكون العمل به وجريانه بين أهله ومتعارفيه واقعاً في أكثر الحوادث، بمعنى أنه لا يتخلف إلا قليلاً. فالغلبة والكثرة في استعمال العرف تأخذ حكم اطرادها في جميع الحوادث، فلا يقدح تخلفه أحياناً في جعله عرفاً وفي اعتباره والاحتكام إليه، وفي معنى ذلك يقول الشاطبي: «إذا كانت العوائد معتبرة شرعاً فلا يقدح في اعتبارها انخراقها ما بقيت عادة على الجملة»^(١).

وهذا الشرط قد نص عليه الفقهاء، ومنه قولهم: «إنها تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت»^(٢).

ويخرج به العرف المساوي أو المشترك، وهو ما تساوى العمل به وتركه، فلا يصلح تحكيمه والرجوع إليه، أو البناء والتفريع عليه، كما لا يصح جعله قرينة تبين مراد الإنسان

(١) الموافقات (٢/ ٤٩٥).

(٢) المنشور (٢/ ٣٦١)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص/ ١٨٥)، والأشباه والنظائر لابن نجيم

(ص/ ١٠٣)، وشرح القواعد الفقهية (ص/ ٢٣٣)، والمدخل الفقهي العام (٢/ ٨٧٤).

في تصرفاته، ولا يُقضى به على الألفاظ تقييداً أو تخصيصاً أو إبطالاً؛ ذلك لأن عمل الناس به من جهة، يناقضه تركهم له من جهة أخرى، ولأنه لما كان مشتركاً صار متعارضاً، فلو اعتُبر والحال ما ذكر لكان ذلك ترجيحاً للعمل به من غير مرجح^(١)، يقول السيوطي: «إنما تعتبر العادة إذا اطردت، فإن اضطربت فلا»^(٢).

وتجدر الإشارة إلى أن اشتراط الاطراد والغلبة لا يلزم منه أن يكون العرف عاماً في جميع البلاد، بل كلٌّ من العرف العام والخاص معتبر في محلّه، ومحكّم بين متعارفيه ما دام مطرداً أو غالباً بينهم^(٣).

الشرط الثاني: ألا يعارض العرف نصّ شرعيّ:

اعتبار العرف وتحكيمه إنما يكون حيث لا يُعارضه نصّ من الكتاب أو السنة، أو أصلٌ قطعي مستفادٌ منها، فإن كان العرف مخالفاً للنص أو لأصل قطعي في الشريعة فلا عبرة به^(٤)، كما لو تعارف الناس التعامل بالربا، وتناول المسكرات، ولعب القمار، وكشف العورات، ونحو ذلك.

والمقصود بالعرف المخالف للنص: ما كان مخالفاً له من كل وجه، بحيث يلزم من الأخذ به ترك النص وإبطال العمل به بالكلية، كما في الأمثلة السابقة، أما إذا لم يكن بهذه الكيفية فلا يُعدّ مخالفاً للنص، ولذا يُعمل به في دائرته، ويُعمل بالنص فيما عدا ما قضى به العرف.

(١) انظر: نشر العرف، ضمن مجموع رسائل ابن عابدين (٢/١٣٤).

(٢) الأشباه والنظائر (ص/١٨٥).

(٣) انظر: نشر العرف، ضمن مجموع رسائل ابن عابدين (٢/١٣٢، ١٣٤).

(٤) انظر: المبسوط للسخي (١٠/١٤٦) و (١٢/١٩٦).

ومن هنا فالعرف الذي لا يُعدُّ مخالفاً لأدلة الشرع له حالتان:

الأولى: أن يكون غير معارض للشرع أصلاً، كما في تعارف الناس كثيراً من العادات التجارية، والإجراءات القضائية، والأنظمة الاجتماعية، وغيرها مما يتلائم مع الشرع، ويدفع إليه الاستصلاح، وتقتضيه حوائج الناس.

الثانية: أن يكون بين العرف والنص الشرعي ظاهرٌ تعارضٍ يمكن معه التوفيق بينهما بوجهٍ من أوجه التوفيق المعتبرة، أو يمكن تنزيل النص الشرعي على العرف، بأن يكون النص نفسه معللاً بالعرف^(١).

يقول الشيخ الدكتور أحمد أبو سنة - عن الحالة الثانية - : «إنها يعتبر - أي العرف - في هذه الحالة؛ لأن حاصل الأمر تعارض دليلين من أدلة الشرع، فيتخلص من هذا التعارض بالتخصيص إن كان النص عاماً، والتقييد إن كان مطلقاً، والمصير إلى الاستحسان إن كان قياسياً، وليس في هذا التخلص إبطالٌ للنص بالعرف، ولا قضاءٌ عليه به، بل هو إعمالٌ للدليلين بقدر الإمكان»^(٢).

الشرط الثالث: أن لا يعارض العرف تصريحاً بخلافه:

إن سكوت المتعاقدين عن الأمر المتعارف دليلٌ على رضاهم به وإقرارهم له، ومن ثم فإنه يطبق في حقهما ويُلزم كل واحد منهما به، وإلزامهما بالعرف في هذه الحالة إنما هو من قبيل الدلالة، فإذا صرّحاً بخلافه كان ذلك ناقضاً لهذه الدلالة ومبطلاً لهذا العرف، لأن العرف أضعف من دلالة اللفظ، و«لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح»^(٣).

(١) انظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء (ص/١١٦).

(٢) المرجع السابق، الصفحة نفسها.

(٣) انظر: ترتيب اللآلي (١/٥٨٣)، وشرح القواعد الفقهية (ص/١٤١)، والمدخل الفقهي العام

(٢/٩٧٢).

وفي هذا المعنى يقول العز بن عبد السلام: «كُلُّ ما يثبت في العرف إذا صرَّح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد صحَّ»^(١).

وجاء في شرح مجلة الأحكام العدلية: «إن العرف يكون حجة إذا لم يكن مخالفاً لنص أو شرط لأحد المتعاقدين»^(٢).

ومثال ذلك: استقرار عرف التجار على أن غالب السلع تباع نقداً، حالة غير مؤجلة، فلو اتفق العاقدان على بيعها إلى أجل، أو بالتقسيط فإنه يُعمل بهذا التصريح، ولا يُلتفت حينئذٍ إلى العرف^(٣).

ومما تقدم يُعلم أن قول الفقهاء: «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»^(٤)، و«المعروف بين التجار كالمشروط بينهم»^(٥) مقيّد بعدم التصريح بخلافه، إذ «لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح»^(٦).

الشرط الرابع: أن يكون العرف قائماً عند إنشاء التصرف:

يجب أن يكون العرف الذي يحمل عليه التصرف موجوداً وقت إنشائه، بأن يكون حدوث العرف سابقاً على وقت التصرف، ثم يستمر إلى زمانه فيقارنه، سواء أكان ذلك

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام (٢/١٥٨).

(٢) درر الأحكام شرح مجلة الأحكام (١/٤٢).

(٣) انظر: العرف، حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة للدكتور عادل قوته (١/٢٤٢).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص/١٩٢)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص/١٠٨)، ودرر

الحكام (١/٤٦)، وشرح القواعد الفقهية (ص/٢٣٧).

(٥) انظر: شرح القواعد الفقهية (ص/٢٣٩)، والمدخل الفقهي العام (٢/١٠٠١)، والوجيز في إيضاح

قواعد الفقه الكلية (ص/٢٥١)، وقاعدة العادة محكمة (ص/١٩٦).

(٦) انظر: المدخل الفقهي العام (٢/٨٧٩).

التصرف قولاً أم فعلاً، فيخرج بذلك العرفُ الحادث الطارئ، كما يخرج العرفُ السابق المتغير، يقول السيوطي: «العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر»^(١)، ويقول ابن نجيم: «لا عبرة بالعرف الطارئ»^(٢).

وبناءً على هذا الشرط فإن عبارات الواقفين وشروطهم في حجج الوقف، وصكوك البيوع والهبات، والوثائق المتعلقة بالعقود والالتزامات، وحجج الوصايا، ووثائق الزواج، وما يرد فيها من شروط واصطلاحات، ينبغي تفسيرها على عرف المتصرفين، الذي كان قائماً عند إنشائها، فتفسر بالأعراف التي كانت موجودة وقت صدور العقود وإنشاء التصرفات، دون الالتفات إلى الأعراف الحادثة فيما بعد.

وتجدر الإشارة إلى أن نصوص الشرع في فهمها وتفسيرها كذلك؛ فتحمل على ما قارنها من العوائد، لا على ما تأخر عنها.

يقول الشيخ مصطفى الزرقا: «النصوص التشريعية يجب أن تُفهم بحسب مدلولاتها اللغوية والعرفية في عصر صدور النصوص؛ لأنها هي مراد الشارع، ولا عبرة لتبدل مفاهيم الألفاظ في الأعراف الزمنية المتأخرة، وإلا لم يستقر للنص التشريعي معنى»^(٣).

(١) الأشباه والنظائر (ص/ ١٩٣)، والقواعد للحصني (١/ ٣٨٧).

(٢) الأشباه والنظائر (ص/ ١٠١).

(٣) المدخل الفقهي العام (٢/ ٨٧٧).

وانظر في شروط اعتبار العرف السابقة: العرف والعادة في رأي الفقهاء (ص/ ١٠٥-١٢٣)،
والعرف وأثره في الشريعة والقانون (ص/ ٨٩-١٠٢)، وقاعدة العادة محكمة (ص/ ٦٨-٧٠)،
والعرف، حججته، وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة (١/ ٢٣١-٢٤٥).

المبحث الأول

تقسيم العادات من حيث الثبات والتبدل

للعادات تقسيماً متعددة باعتبارها مختلفة، ومن بين تلك التقسيمات تقسيمها من حيث الثبات والتبدل إلى قسمين:

عادات ثابتة، وعادات متبدلة، وهذا التقسيم خاص بالعادات غير الشرعية، لأن العادات الشرعية ثابتة لا يدخلها التبدل والتغير، كما أن هذا التقسيم متعلق بالعادة بمعنى الأمر المتكرر مطلقاً، لا العادة بمعنى الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية، وفيما يأتي بيان هذين القسمين:

القسم الأول، العادات الثابتة:

وهي التي لا تختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة والأحوال، كوجود شهوة الطعام والشراب والوقاع وأشبه ذلك مما يدخل أكثره في الغرائز الثابتة في خلقة الإنسان، وهذه العادات إنما تبنى الأحكام الشرعية على وفقها حين تكون أسباباً لمسيبات حَكَم الشارع بها.

القسم الثاني، العادات المتبدلة:

وهي التي تختلف بحسب الزمان والمكان والحال، وبحسب الأمم والطوائف، وتشمل الأقوال والأفعال، وما كان داخلياً تحت قدرة المكلف وما كان خارجاً عنها. فأنواع هذا القسم كثيرة: منها ما يكون تبدله بسبب أمر طبيعي، كاختلاف الأقاليم والأقطار حرارة وبرودة، مما يؤثر في اختلاف العادة في إسراع البلوغ وإبطائه، ومدة الحيض، وسن اليأس، ونحو ذلك.

ومنها ما يكون تبدله في الأقوال، كاختلاف الألفاظ في التعبير عن المقصود وفهمه منها بحسب الأقاليم والأمم والطوائف، أو في الأفعال، كالعادة في البيع بالأجل، وقبض

نصف الصداق قبل الدخول، وبناء الدُّور على أشكال متجانسة أو متفاوتة، أو في الأوصاف من حيث الحكم بالحسن والقبح، ككشف الرأس بالنسبة لذوي المروءات، فإنه قبيح في بعض البلدان وعند بعض الأمم، ولا يقبح في بلدان أخرى وعند قوم آخرين^(١).

(١) انظر: الموافقات (٢/٤٨٩)، والعرف والعادة في رأي الفقهاء (ص/٤٨، ٤٩)، وقاعدة العادة محكمة

(ص/٣٠).

المبحث الثاني أسباب نشوء العادات والأعراف وتغيرهما

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

أسباب نشوء العادات والأعراف

لنشوء العادات والأعراف في مجتمع من المجتمعات أسباب متعددة، يختلف بعضها عن بعض، ومن الصعب حصر جميع هذه الأسباب وتحديدها، لأن كثيراً من العادات يكتنف نشأتها الغموض، ولكن يمكن أن يكون من أهم أسباب نشوء العادات والأعراف وتكونها ما يأتي:

١ - الأسباب الاضطرارية:

كالعادات الناشئة عن الأسباب الطبيعية التي لا تدخل تحت قدرة الإنسان ولا اختيار له في إنشائها أو تغييرها، مثل العادات المتعلقة بتحديد سن البلوغ، وأكثر مدة الحيض والنفاس وأقلها، وأكثر مدة الحمل، وغيرها، فهذه عادات متولدة من العوامل الطبيعية، كحرارة الإقليم وبرودته، وفي الغالب يكون تأثيرها في جميع أفراد المجتمع.

٢ - الأسباب العائدة إلى الحاجات:

فمن العادات ما ينشأ عن حاجة إنسانية، يؤدي عدم مراعاتها إلى وقوع الناس في حرج ومشقة، وأكثر الأعراف السائدة في المجتمعات ناشئة من هذا السبب، ومستندة إلى كونها تلبى حاجة من حاجات هذا المجتمع، فيلجأ أفرادها إلى سلوك أنماط معينة في التصرفات والتعاملات بحسب ما يحتاجون إليه مما يحقق لهم مطالب الحياة، ثم يتكرر هذا السلوك ويستمر حتى يصبح عرفاً سائداً محكماً بينهم، فعرف الدولة مراعى في نظامها، وعرف أفراد المجتمع مراعى في تعاملهم مع بعضهم بعضاً، على اختلافهم في المهن والأعمال، فالتجار مثلاً يحتاجون إلى ضبط معاملاتهم، والتعرف على ما يلزم المشتري أو البائع من المسؤوليات والتبعات، ككيفية دفع الأثمان، والتعامل بالشيكات، ومسؤولية نقل البضائع، وصيانتها، والتعرف على عيوبها الموجبة للرد والضمان، وما تتحقق به رؤيتها،

إلى غير ذلك من الإجراءات والتعاملات التي يحتاجون إليها في تجارتهم، ويتكرر العمل بها حتى يصبح عرفاً مستقراً عندهم.

ومثل التجار في ذلك غيرهم من أصحاب المهن والأعمال، حيث يتعارفون على ما يحتاجون إليه في ضبط أعمالهم وتعاملاتهم، فللمحامين أعرافهم، وللمدرسين أعرافهم، ولأصحاب العقارات والمكاتب العقارية أعرافهم، وللمزارعين أعرافهم، وهكذا.

٢ - أوامر الحاكم، والأنظمة الحكومية:

وهذا السبب يتحقق حينما يأمر الحاكم بأمر من الأمور، أو تصدر الدولة أنظمة وقوانين للتنظيم، كأنظمة المرور، والتسجيل العقاري، والسجل المدني، ونظام المرافعات، وأنظمة العمل والعمال، والقانون التجاري، وغير ذلك من اللوائح والأنظمة، فإن عمل الناس بما تقتضيه تلك الأنظمة واللوائح، وتكرار ذلك منهم، يجعلها أعرافاً معلومة ومستقرة لديهم.

ومن العادات التي يعود منشؤها إلى أمر الحاكم الاحتفال ببعض الأعياد الخاصة، كعيد توليه وتوحيه، وعيد إعلان الدستور، والعيد الوطني، أو عيد الاستقلال، ونحوها.

٤ - تقليد الآخرين:

وهذا التقليد يتخذ أشكالاً متعددة، وصوراً شتى:

- ومنها: تقليد الأمة لزعيم لها في عملٍ عمله واستمر عليه، تشبهاً بالحكام والأكابر، وإرضاء وإشباعاً لحب العظمة في نفوسهم، أو لما يجدونه في قلوبهم من محبته واحترامه.

- ومنها: تقليد المجتمعات الخاضعة والمغلوب على أمرها لمن استعمرها أرضاً أو فكراً، حيث تتلقى جلّ عاداته وأعرافه، وتنحو إلى تقليده فيها، ظناً منها أن لعاداته وسلوكه أثراً في تفوقه عليهم، ومن ذلك ما انتشر في كثير من بلاد الإسلام من العادات والأعراف التي نشأت نتيجة إعجابهم بالحضارة الغربية، حيث اعتقد بعضهم أن لمثل هذه العادات أثراً في تطورهم وتقديمهم.

- ومنها: التقاليد الموروثة عن الآباء والأجداد، فيحافظ عليها الأبناء والأحفاد، كعادة الأخذ بالثأر، أو الاقتصار على الزواج من نساء العائلة دون من عداهن، ويدخل في ذلك الموروثات التي هي من قبيل البدع والخرافات والتحرير في الدين، كعادة الاحتفال بالمولد النبوي، وزيارة قبور الأولياء والذبح على سبيل النذر لها، وكذا التسييح والدعاء عقب الصلوات في المساجد بصوت جماعي، فهذه الموروثات عن الآباء والأجداد وأمثالها تمكنت في نفوس الناس حتى تصوروا أنها حق وأصبحت كالعقيدة الراسخة في قلوبهم وأذهانهم^(١).

المطلب الثاني

أسباب تغير العادات والأعراف

كما أن لنشوء العادات والأعراف أسباباً، فإن لتغير هذه الأعراف واستبدالها بغيرها أسباباً كذلك، ومن العسير حصر أسباب تغير الأعراف وتحديدتها، أو تمييزها عن غيرها؛ لتعددتها، ولصلتها بأسباب نشوء الأعراف وتكوينها، وفيما يأتي ذكر أهم ما يمكن أن يُعدَّ من أسباب تغير العادات والأعراف:

١- تغير الحاجات؛

ويتصور هذا السبب في العادات والأعراف الناشئة بسبب الحاجات، فحين تتغير هذه الحاجات تتغير الأعراف التابعة لها والتي نشأت من أجلها، ومن المتقرر أن الحاجات تتغير وتتجدد بحسب تغير الأحوال وتطور الأوضاع والمعاملات وأسلوب الحياة، حيث تستجد لدى الناس حاجات أخرى غير ما كانوا يحتاجونه في الزمن السابق، فيدعون تعاملاتهم السابقة ويلجأون إلى سلوك أنماط من التعاملات

(١) انظر في أسباب نشوء العادات والأعراف: العرف والعادة في رأي الفقهاء (ص/ ٣٥-٣٩)،

والعرف وأثره في الشريعة والقانون (ص/ ٥٥، ٥٦)، وقاعدة العادة محكمة (ص/ ٨٥-٩٠).

والتصرفات لتلبي رغباتهم وتدفع حاجاتهم، ثم يتكرر منهم هذا السلوك ويستمر حتى يصبح عرفاً سائداً بينهم، وهذا شامل لأفراد المجتمع كافة، على اختلاف طبقاتهم ورتبهم، واختلاف حرفهم وأعمالهم.

ومثال ذلك انتقال العادة في بعض البلدان في طريقة بيع الزيوت، حيث كانت تباع بالكيل من البراميل المعبأة في المحلات التجارية، ولما تطورت الصناعة وتغير أسلوب الحياة أصبحت تباع بالألتار في عبوات معبأة محكمة الغطاء، وتعارف الناس على ذلك، وهجروا التبايع بالطريقة السابقة.

ومثل ذلك بيع الحبوب كالأرز والقمح وغيرها، حيث كانت تباع بالكيل أيضاً، ثم اتجه الناس بعد ذلك إلى بيعها بالوزن في أكياس خاصة لسهولة تبادلها وتبايعها، واستقر تعاملهم على ذلك.

وكذلك الشأن في المقاييس الطولية، حيث كان العرف جارياً بتقديرها بالذراع، وبعد انتشار القياس بالأمتار اقتضى ذلك استبداله به، فحل محله، واستقر عليه عرف الناس.

٢- أوامر الحاكم، والأنظمة الحكومية:

كما كان لأوامر الحاكم وأنظمة الحكومة أثر في نشوء العادات والأعراف في المجتمع، فإن لها أثراً في تغيير بعض العادات واستبدالها بغيرها، من خلال إلغاء بعض الأوامر السابقة التي تعلق بها عمل الناس وإصدار أوامر جديدة، وكذلك بنقض بعض الأنظمة الحكومية ووقف العمل بها وتغيير بعض اللوائح والقوانين، فالقرارات والأنظمة التي تصدرها الدولة فتلغي بها العمل بقرارات وأنظمة سابقة تُعدُّ من أسباب تغيير عادات الناس المرتبطة بهذه الأنظمة، ونقلهم عنها ليعملوا بما جدَّ من هذه الأنظمة ويتكرر منهم العمل بها وتطبيقها حتى تكون عرفاً في المجتمع، ومثال ذلك الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج، حيث كان عرف الناس قبل هذا التنظيم النظر في اعتبارات أخرى في التزويج

ليس منها هذا الفحص، وبالإلزام به من قبل الدولة أضحى عرفاً لدى الناس، لا يتم عقد الزواج بين الطرفين إلا بعد حصوله.

٣ - تقليد الآخرين:

إن الاختلاط بين أفراد المجتمع وتقليد بعضهم بعضاً كما أنه سبب لنشوء العادات والأعراف، فهو سبب أيضاً لتغيرها وتبديلها وتعديلها، إما بإضافة تصرفات وتعاملات جديدة، أو ترك بعض التصرفات والأفعال السابقة وإلغائها، ثم إن أيّ إنشاءً لعادةٍ أو عرفٍ هو تغييرٌ وإلغاءٌ لعادةٍ أو عرفٍ سابقٍ^(١).

(١) انظر: قاعدة العادة محكمة (ص/ ٩١-٩٤).

المبحث الثالث

وجه كون تغير العادة والعرف سبباً لتغير الاجتهاد

سبق أن أشرت إلى أن العرف والعادة معتبران في الشريعة إذا توافرت شروط اعتبارهما، ومن هنا فإن "العادة محكّمة"^(١) كما قرر الفقهاء، وقد جعلوا هذه القاعدة إحدى القواعد الفقهية الخمس الكبرى التي عليها مدار الفقه، وفرّعوا عليها قواعد فقهية كثيرة، كما خرّجوا عليها أمثلة فقهية لا تُحصى كثرة.

وقرر ذلك السيوطي؛ حيث ذكر أن اعتبار العادة والعرف رُجع إليه في الفقه في مسائل لا تُحصى كثرة، وعدّها منها ما يقرب من خمسين مسألة^(٢).

وقد نصّ كثير من الفقهاء على ضرورة الاحتكام إلى العادات والأعراف، واعتبارها، كما نصّوا على وجوب إجراء الأحكام المبنية على العرف والعادة بما تقتضيه العادة المتجددة، وأن كلّ ما في الشريعة من أحكام تابعة للعوائد فإنها تتغير حين تغير العادة، وأن الحكم بها وإبقائها مع تغير العوائد خلاف الإجماع وجهل في الدين^(٣).

فقد ذكر القرافي أن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها مهما دارت، وتبطل معها إذا بطلت، كما ذكر أن الفقهاء أجمعوا على أن المعاملات إذا أطلق فيها الثمن يُحمل على غالب النقود، فإذا كانت العادة نقداً معيناً، حملنا الإطلاق عليه، فإذا انتقلت العادة إلى غيره عيّنا ما انتقلت إليه العادة، وألغينا الأول لانتقال العادة عنه^(٤).

(١) انظر هذه القاعدة في: الأشباه والنظائر لابن السبكي (٥٠ / ١)، والقواعد للمقري (٣٤٥ / ١)، والمشور للزركشي (٣٥٦ / ٢)، والقواعد للحصني (٣٥٧ / ١)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص / ١٨٢)، وترتيب اللآلي (٨٢١ / ٢).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (ص / ١٨٢).

(٣) انظر: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام (ص / ١١٢)، والفروق (١ / ٤٦، ١٧٦، ١٧٧)، وإعلام الموقعين (٣ / ٣)، ومجموع رسائل ابن عابدين (٢ / ١٢٥).

(٤) انظر: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام (ص / ١١٣).

كما نصَّ ابن عابدين في رسائله على أن الأحكام المبنية على العرف تتغير نظراً لتغير الأعراف بتغير الأزمان^(١).

ونقل الونشريسي الإجماع على أن الفتاوى تختلف باختلاف العوائد^(٢).
وعقد ابن القيم في كتابه "إعلام الموقعين" فصلاً مطولاً في "تغير الفتوى بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد" أثبت فيه أن الشريعة مبنية على مصالح العباد، وطالب المفتي والعالم بمراعاة العرف دائماً، اعتباراً وإسقاطاً، وحذر من الجمود على المنقول في الكتب، ودعا إلى التعرف على عرف السائلين وعوائدهم، وأن الجمود على أحكام العلماء من غير مراعاة العرف والعادة السائدة في أيامهم أوقع الناس في الخرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه^(٣).

وذكر القرافي أن هذه القاعدة لا بد من ملاحظتها، وبالإحاطة بها يظهر غلط كثير من الفقهاء المفتين في إجرائهم المسطورات في كتب أئمتهم على أهل الأمصار في سائر الأعصار، ويبيِّن أن ذلك خلاف الإجماع، وأنهم عصاة آثمون عند الله تعالى، غير معذورين بالجهل؛ لدخولهم في الفتوى وليسوا أهلاً لها، ولا عالمين بمداركها وشروطها واختلاف أحوالها^(٤).

كما ذكر القرافي أنه لا يشترط تغير العادة في البلد الواحد، بل إذا انتقل العالم من بلد إلى آخر وجب عليه مراعاة عادة البلد الذي انتقل إليه، وكذلك إذا قدم أحد من بلد عادته مضادة للبلد الذي فيه المجتهد لم يجز له إفتاء المستفتي إلا بعادة بلده^(٥).

(١) انظر: مجموع رسائل ابن عابدين (٢/١٢٥).

(٢) انظر: المعيار العرب (٨/٢٩٠).

(٣) انظر: إعلام الموقعين (٣/٣).

(٤) انظر: الفروق (١/٤٦).

(٥) انظر: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام (ص/١١٣).

ثم ذكر أحكاماً نص مذهب المالكية على أن المدرك فيها العادة، وأنها قد تغيرت في زمنه، فيتعين تغيير الحكم إلى ما تقتضيه العادة المتجددة، ومن تلك الأحكام بعض ألفاظ المرابحة، وقد علق على بعضها بقوله: «ويلزمون -أي أئمة المذهب- ذلك المتعاقدين من الجانيين لأنه العادة، وهذه عادة قد بطلت، ولم يبق هذا اللفظ يفهم منه اليوم هذا المعنى البتة... فينبغي إذا وقع هذا العقد بين العامة في المعاملات أن يكون العقد باطلاً؛ فإنه ليس عادتهم استعماله البتة، لأننا طول أعمارنا لم نسمعه إلا في كتب الفقه، أما المعاملات فلا»^(١). وعلق على ألفاظ أخرى بقوله: «يصح البيع بهذه العبارة إذا كان هذا اللفظ يقتضيه عادة، فيصير الثمن معلوماً بالعادة فيصح البيع، أما اليوم فلا يفهم هذا في العادة، ولا يتعامل الناس في أسواقهم بهذه العبارة، فلا عادة حينئذٍ، فهذا الثمن مجهول، فلا نفتي بما في الكتب من صحته، لانقال العادة»^(٢).

ومن تلك الأحكام -أيضاً- بعض صيغ وألفاظ الطلاق المتداولة في كتب المذهب، فقد ناقش دلالتها على الطلاق في وقته، ثم قال: «فأنت تعلم أنك لا تجد الناس يستعملون هذه الصيغ في ذلك، بل تمضي الأعمار ولا يُسمع أحد يقول لامرأته إذا أراد طلاقها: أنت خلية، ولا: وهبتك لأهلك، ولا تستعمل هذه الألفاظ في إزالة عصمة، ولا في عدد طلاقات، فالعرف حينئذٍ في هذه الألفاظ منفي قطعاً»^(٣).

وكما نص الفقهاء على ضرورة الاحتكام إلى العادات والأعراف وعلى وجوب إجراء الأحكام المبنية على العرف والعادة بما تقتضيه العادة المتجددة، نصوا كذلك على ضرورة مراعاة العادات والأعراف من قبل المجتهد المفتي، وأن اعتبارها في الإفتاء أمر واجب، وأن المفتي ينبغي له إذا استفثاه من ليس من أهل بلده أن يسأله عن بلده وعرفهم فيها سأل

(١) انظر: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، (ص/ ١١٤).

(٢) المرجع السابق (ص/ ١١٥).

(٣) المرجع السابق (ص/ ١١٦) بتصرف يسير.

عنه، وخاصة ما يتعلق بالألفاظ؛ لاختلاف الناس في مدلولاتها من بلد إلى بلد، وأنه لا يجوز له أن يفتي في الأقارير والأيمان والوصايا ونحوها مما يتعلق بالألفاظ بما اعتاده هو من فهم مدلولاتها حتى يعرف عرف أهلها فيحملها على ما اعتاده، ويفتيهم بمقتضى ذلك، وإن كان مخالفاً لحقائقها اللغوية^(١).

ويقرر مما سبق أن الأحكام الشرعية المبنية على الأعراف والعادات يتغير الاجتهاد والفتوى فيها إلى ما يقتضيه العرف الجديد، ولهذا اشترط في المجتهد أن يعرف عادات الناس وأعرافهم، ويطلع على أحوالهم؛ لتغير العادات والأعراف بتغير الزمان والمكان، إذ لو حكم أو أفتى فيما يستند إلى العادة بما يخالفها للحقت المشقة بالناس، وحصل لهم الضرر، فيكون مناقضاً ومخالفاً لقواعد التشريع ومقاصده العامة، من التيسير والتخفيف على الناس، ودفع الضرر ورفع الحرج عنهم^(٢).

ومما تجدر الإشارة إليه أن تغيير الأحكام المرتبة على الأعراف يتطلب أولاً إثبات كون الحكم إنما وضع لأجل ذلك العرف، ثم يتطلب التحقق من تغير العرف، وكل واحد من الأمرين يحتاج إلى نظر واجتهاد^(٣).

كما تجدر الإشارة إلى أن اختلاف الأحكام باختلاف العادات ليس تغيراً واختلافاً في أصل خطاب الشرع، بل معنى هذا الاختلاف أن العادات إذا اختلفت اقتضت كل عادة حكماً يلائمها، فالواقعة إذا صاحبها عادة اقتضت حكماً غير الحكم الذي تقتضيه عندما تقترن بغيرها من العادات^(٤).

(١) انظر: انظر: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام (ص/ ١٢٠)، والفروق (١/ ١٧٦، ١٧٧)، وصفة الفتوى والمفتي والمستفتي لابن حمدان (ص/ ٣٦)، وإعلام الموقعين (٤/ ٢٢٨).

(٢) انظر: مجموع رسائل ابن عابدين (٢/ ١٢٣، ١٢٧).

(٣) انظر: الفروق (١/ ١٧٦).

(٤) انظر: الموافقات (٢/ ٤٩١).

ومما يشهد لتغير الاجتهاد بتغير الأعراف أن الفقهاء ذكروا أن من شروط جواز ترك القول الراجح والإفتاء بالمرجوح كون القول المرجوح قد جرى عليه العمل في بلد المستفتي^(١)، يقول الدكتور أحمد فهمي أبو سنة: «ومن هذا أن المالكية نصوا في باب القضاء على أنه يجوز الإفتاء بالقول الضعيف إذا جرى العرف بموجبه... ومنه أن أبا حنيفة قال بفساد المزارعة، وقال الصحابان بصحتها، ومع تقويتهم لمذهب أبي حنيفة من حيث الدليل، قالوا: الفتوى اليوم على قول الصحابين؛ لتعامل الناس بها.

وقد يُحال أن هذا الصنيع ابتدأ في المذهب، لتصريح الفقهاء بأن الرأي إذا كان في كتب ظاهر الرواية لا يُعدل عنه إلا إذا صحح المشايخ غيره، ولكن موضع هذه المقالة إذا لم يقتض العرف غير ظاهر الرواية، أما إذا اقتضى غيره، وجب العدول إليه؛ لأنه يكون حينئذ هورأي صاحب المذهب ومقتضى قواعده، بحيث لو وُجد في زمان العرف الحادث وشاهد أحوالاً غير الأحوال لأفتى بغير ما قال أولاً؛ وذلك لأن من قواعده مراعاة العرف»^(٢).

فاختلاف العرف وتغيره بحسب الزمان أو المكان قد يكون سبباً لترك القول الراجح والعمل بالمرجوح، كما قد يكون سبباً للعدول عن القول المشهور في المذهب إلى رواية أو قولٍ أو وجهٍ فيه^(٣).

فيلزم المفتي أن يكون عالماً بعرف أهل زمانه، متبصراً بأحوالهم، متنبهاً إلى أنه لا يحل له نقل أقوال أئمة مذهبه وفتاواهم المبنية على عرف زمانهم المخالف للعرف القائم في عصره ومصره، فعليه النظر فيما تتطلبه عوائد الناس وأحوال زمانهم وظروف تعاملاتهم، فيفتي بما تقتضيه أحوالهم، حتى وإن كان ما أفتى به مرجوحاً في نظره أو في مذهبه، ما دام أنه ملائم لأحوالهم، وموافق لعاداتهم وأعرافهم.

(١) انظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء (ص/١٨٦)، والفتوى في الإسلام للدرعان (ص/٣٧١).

(٢) العرف والعادة في رأي الفقهاء (ص/١٨٧، ١٨٦).

(٣) انظر: العرف، حججته، وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة للدكتور عادل قوته (١/٦١).

ومما سبق يتقرر أن المجتهد يتغير اجتهاده في المسائل التي بني حكمها على العرف والعادة حين تتغير هذه الأعراف والعادات وتستبدل بغيرها وتحل محلها، فيرجع عن فتواه السابقة، ويفتي بفتوى جديدة توافق العرف الجاري والمستقر بين الناس. ووجه تغير الفتوى والاجتهاد حين تتغير العادات والأعراف ما يأتي:

- أن هذه الأحكام التي يُفتى بها مدركها العرف والعادة، فهي مستندة إلى ما هو حجة معتبرة في الشرع، فإذا تغيرت العادات والأعراف واختلفت لم يبق للإفتاء بالحكم السابق والإبقاء عليه والعمل به مسوغ شرعي؛ لأنه حيثئذ يكون خالياً عن المستند والحجة الشرعية، فيكون الإفتاء به باطلاً ومخالفاً للشرع، فوجب لذلك أن تكون الفتوى بما مدركه العادة تابعة لها، فإذا تغيرت العادة تغيرت الفتوى المبنية عليها لزوماً.

- ثم إن العادات والأعراف لم تعتبر حجة ويحتكم إليها إلا لما في اعتبارها والاحتكام إليها من تحقيق مصالح كبرى للناس، فلزم بذلك أن تتغير الفتوى بتغير العادة لتحصيل تلك المصالح واستجلابها.

فإذا تقرر على وجه القطع كون الشارع جاء باعتبار المصالح، فإن اعتبارها يقضي باعتبار العرف؛ لأنه منها.

يقول الشاطبي: «لما قطعنا بأن الشارع جاء باعتبار المصالح لزم القطع بأنه لا بد من اعتباره العوائد؛ لأنه إذا كان التشريع على وزان واحد دلّ على جريان المصالح على ذلك؛ لأن أصل التشريع سبب المصالح، والتشريع دائم فالمصالح كذلك، وهو معنى اعتباره للعادات في التشريع»^(١).

ويقول الشيخ علي الخفيف: «إن بناء الأحكام على العرف الصحيح إنما هو في الواقع بناء لها على المصالح، لا على عمل الناس»^(٢).

(١) الموافقات (٢/٤٩٤، ٤٩٥).

(٢) أسباب اختلاف الفقهاء (ص/٢٤٤).

ويقول أبو زهرة: «ولا شك أن مراعاة العرف الذي لا فساد فيه ضربٌ من ضروب المصلحة، لا يصح أن يتركه الفقيه، بل يجب الأخذ به»^(١).

- وأيضاً: فإن الجمود على أحكام العلماء السابقين، والتي كان مدرکہا العرف والإبقاء عليها والإفتاء بموجبها مع تغير العادات والأعراف عما كانت عليه في خصوص تلك المسائل يوقع الناس في الحرج والمشقة، وتكليف ما لا سبيل إليه، وهذا مخالف للشریعة؛ حيث أتت بالتيسير ودعت إليه، وقضت برفع الحرج ودفعه، وهذا كله يوجب أن يكون الاجتهاد في الأحكام محققاً لهذا المعنى، فلزم بذلك أن يتغير الاجتهاد وتتغير الفتوى في المسائل التي مدرکہا العرف والعادة بحسب تغيرهما؛ رفعاً للحرج عن الناس، ودفعاً للمشقة عنهم.

- ثم إن العرف العام الثابت يكون في الغالب دليل الحاجة، فتكون المصلحة في رعايته وتغير الحكم بتغيره، ولذلك ذكر الفقهاء أنه إذا وقع التعارض بين العرف والقياس قُدم العرف وتُرك الحكم القياسي بالاتفاق، ولو كان العرف حادثاً، إذا كان عرفاً عاماً، وكذلك قدموا العمل بالعرف عند تعارضه مع قواعد الشريعة العامة؛ لعدم الحاجة، ورعاية المصلحة العامة، بل ذكروا أنه حين يتعارض العرف اللفظي مع النص العام، فإنه يُفهم النص في حدود المعنى العرفي، وقد اتفق الأصوليون على أن العرف اللفظي يقضي على اللفظ العام؛ لأنه يُصير المعنى العام المتعارف حقيقة عرفية، وهي مقدّمة في الفهم على الحقيقة اللغوية، وعليه تُفهم ألفاظ العبادات من صلاة وصيام وحج، والمعاملات من بيع وشراء وإجارة، والأحوال الشخصية من زواج وطلاق وعدة، بحسب المعاني العرفية. كما ذهب الحنفية والمحققون من المالكية إلى تقديم العرف العملي على النص العام عند

(١) مالك - حياته وعصره، آراؤه وفقهه (ص/ ٣٥٣).

التعارض؛ لدلالة هذا العرف على حاجة الناس إلى ما تعارفوا عليه، وفي نزعمهم عما تعارفوه عسر وحرَج (١).

وعليه يتعين العمل بالعرف، واعتباره، وتغيير الاجتهاد بتغييره؛ لعموم الحاجة، ورفع الحرج عن الناس، ورعاية المصلحة العامة، ولهذا نصَّ غيرُ واحد من الفقهاء على أن إجراء الأحكام التي مدرَكها العوائد مع تغيير تلك العوائد خلاف الإجماع وجهل في الدين. وبهذا يتبين ما لتغيير الأعراف من دور مؤثر في تغيير الاجتهاد؛ نظراً لما يتضمنه تغييرها من تغيير الأوصاف المعتد بها شرعاً في الواقعة، مما يستدعي تجديد الاجتهاد وإعادة النظر فيها من قبل المفتي، ومن ثم تغيير الاجتهاد والإفتاء بما يوافق العرف القائم ويلائمه. ومن هنا يظهر وجه كون تغيير العادات والأعراف سبباً مشروعاً، بل وموجباً لتغيير الاجتهاد.

وحين نستقرئ الفتاوى المتغيرة الصادرة من المجتهدين من السلف والخلف، نجد طائفة غير قليلة منها كان مستند تغييرها تبدل العادات والأعراف واختلافها، حيث كانت أحكام كثير من المسائل مبنية على أعراف وعادات سائدة، ولما تغيرت وتبدلت تلك الأعراف والعادات تغيرت فتاوى المجتهدين، فكثير من المسائل أفتى فيها المجتهدون بخلاف ما كان يُفتى فيها في السابق، ومما اشتهر في ذلك واستفاض اختلاف فتاوى متأخري الحنفية عن فتاوى متقدميهم، حيث أفتى المتأخرون في كثير من المسائل المبنية على العادة بما يوافق العادة المتجددة في عصرهم، مخالفين في ذلك من تقدمهم من مجتهدي

(١) انظر: المعتمد (١/٢٧٩)، والإحكام للآمدي (٢/٣٣٤)، وبيان المختصر (٢/٣٣٤)، ونهاية السؤل (٢/٤٦٩، ٤٧٠)، وتيسير التحرير (١/٣١٧)، ومسلم الثبوت (١/٣٤٥)، والعرف والعادة في رأي الفقهاء للدكتور أحمد أبي سنة (ص/١٧٩، ١٦٤)، والعرف والعادة للدكتور وهبة الزحيلي (ص/٤١، ٤٢، ٥٢)، وقاعدة العادة محكمة للدكتور يعقوب الباحسين (ص/١٧٩).

المذهب، كما اشتهرت مخالفة صاحبَي أبي حنيفة له في بعض المسائل، حيث أفتيا فيها بخلاف ما أفتى به؛ لتغير الأعراف التي كانت سائدة في عصره وتجديدها. وقد نص العلماء على أن هذا الاختلاف اختلافاً عصر وأوان لا اختلاف حجة وبرهان^(١).

يقول ابن عابدين: «اعلم أن المتأخرين الذين خالفوا المنصوص في كتب المذهب لم يخالفوه إلا لتغير الزمان والعرف، وعلمهم أن صاحب المذهب لو كان في زمنهم لقال بما قالوه»^(٢).

ويقول -أيضاً-: «كثير من المسائل الفقهية الثابتة بضرب اجتهاد ورأي يبينه المجتهد على ما كان في عرف زمانه، بحيث لو كان في زمان العرف الحادث لقال بخلاف ما قاله أولاً... فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان، لتغير عرف أهله، أو لحدوث ضرورة، أو فساد أهل الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً للزم منه المشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير، ودفع الضرر والفساد... ولهذا ترى مشايخ المذهب خالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه؛ لعلمهم بأنه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به أخذاً من قواعد مذهبه»^(٣).

وكما أن كثيراً من المسائل قد أفتى فيها المجتهدون في عصرهم بخلاف ما كان يُفتى فيها في عصر من سبقهم لانباء تلك المسائل على أعراف وعادات وقد تغيرت، فكذلك تتغير فتوى المجتهد الواحد تبعاً لتغير العادة، سواء اختلفت وتغيرت بحسب الأزمنة أو الأمكنة:

(١) انظر: مجموع رسائل ابن عابدين (٢/١٢٦).

(٢) المرجع السابق، الصفحة نفسها.

(٣) المرجع السابق (٢/١٢٣).

أما اختلاف فتوى المجتهد لتغير العادة بحسب الزمان، فيتصور ذلك بأن يدرك المجتهد في عصره تبدل العرف والعادة، فيفتي في المسائل المبنية عليها بخلاف ما كان يفتي فيها سابقاً؛ طرداً لبناء الحكم على العادة.

وأما اختلاف فتواه لاختلاف العادة بحسب المكان، فيتصور ذلك باختلاف المستفتين من حيث البلد؛ حيث يفتي كل سائل بمقتضى العرف الجاري في بلده، فإذا استفتاه مَنْ هو من أهل بلده أفتاه بما عادته يفتي به، وإن كان المستفتي ليس من أهل بلده سأله عن عرفهم وعاداتهم فيما سأل عنه واستفتى فيه، فإن وافقت عاداتهم عادة أهل بلده أفتاه بما كان يفتي به، وإلا تغيرت فتواه بما تقتضيه عاداتهم.

كما يتصور اختلاف فتوى المجتهد لاختلاف العادة بحسب المكان بانتقاله من بلد إلى بلد، كما نجد ذلك في بعض آراء الإمام الشافعي وفتاواه حين انتقل إلى مصر، ذلك أنه من الأسباب التي أدت إلى تغير اجتهاده في بعض المسائل اختلاف عادات الناس في مصر عن عادات أهل العراق، ولذلك أفتى في المسائل المبنية على تلك العادات في مصر بخلاف ما كان يفتي فيها في العراق، لاختلاف العادات بين البلدين^(١)، ويقرر القرافي ذلك بقوله: «وهذا أمر متعين واجب لا يختلف فيه العلماء، وأن العادتين متى كانتا في بلدين ليستا سواء أن حكمهما ليس سواء»^(٢).

(١) انظر في كون اختلاف العادات من أسباب تغير اجتهاد الإمام الشافعي بين مذهبيه القديم والجديد: العرف والعادة في رأي الفقهاء (ص/ ١٤٤، ١٤٥)، والفقهاء الإسلاميين بين الأصالة والتجديد للجبوري (ص/ ٧١)، والفتوى، نشأتها وتطورها-أصولها وتطبيقاتها، للدكتور حسين الملاح (ص/ ٥١٥، ٦٨١)، والقديم والجديد في فقه الشافعي للدكتور أمين الناجي (١/ ٦٤، ٦٩، ٩٨).

(٢) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام (ص/ ١٢٠).

وبالجملة فإن العادة والعرف إذا كان لهما اعتبار في الشرع، مع كثرة ما يطرأ عليهما من تغير وتبديل بحسب الأزمنة والأمكنة وتطور أحوال الناس، فإن على المجتهدين والمفتين مراعاة ذلك التغير، وبخاصة في المسائل والحوادث المستجدة، لعظم شأنها وسعة انتشارها، ولعل مراعاة ذلك في عصرنا الحاضر أكد؛ لتفرق الناس في البلدان الواسعة المختلفة الظروف والعوائد، وتيسر وسائل الاتصال الحديثة لسؤال المفتي وسماع فتواه، مما يتطلب من المفتي عدم التسرع في الجواب وإطلاق الفتوى حتى يعرف أعراف السائلين وعوائدهم، فربما تكون فتواه في مسألة مبنية على عرف بلده لا يناسب الإفتاء بها في المسألة نفسها في بلد آخر، فإذا لم يعرف عرف بلد السائل في خصوص هذه المسألة لم يجوز له إفتاؤه؛ لثلاث تكون فتواه على خلاف العادة التي تعلق بها الحكم الشرعي، فيكون مخالفاً للشرع.

ولذا يلزمه الحذر من إطلاق الفتاوى دون تخصيص ما يحتاج منها إلى تخصيص بسبب ظروف السائل وعرف بلده، وبخاصة حين يكون المنتسبون إلى بلد السائل من المستمعين لهذه الفتوى منتشرين في أكثر من بلد، كما هو الواقع اليوم في برامج الفتيا في الإذاعة والتلفاز^(١).

وفي المبحث التالي إيراد عدد من المسائل والتطبيقات التي تغير فيها اجتهاد المجتهدين بسبب تغير العادات والأعراف.

(١) انظر: أصول الفتوى للدكتور علي الحكيم (ص/٧٣)، ومناهج الفتيا في النوازل الفقهية المعاصرة

للدكتور مسفر القحطاني (ص/٩٢، ٩٤، ٩٥).

المبحث الرابع أمثلة لتغير الاجتهاد بسبب تغير العادات والأعراف

من أبرز التطبيقات الفقهية لتغير الاجتهاد بسبب تغير العادات والأعراف ما يأتي:

١- أن الإمام أبا حنيفة كان يرى أن من حلف لا يأكل رأساً فإنه يحنث بأكل رؤوس الإبل أو البقر أو الغنم، ثم تغير اجتهاده في هذه المسألة، ورجع عن قوله السابق، ورأى أنه يحنث بأكل رأس البقر والغنم دون رأس الإبل؛ لتغير العرف في زمنه في إطلاق هذا اللفظ^(١).

٢- أن الأصل عدم جواز اجتماع البيع والشرط لورود النهي عن ذلك، لكن الإمام أبا حنيفة وصاحبيه لما وجدوا تعامل الناس وتعارفهم لبعض الشروط في زمنهم تركوا الإفتاء بمقتضى الأصل، وصححوا الشروط التي تعارفها الناس؛ معللين ذلك بأن النهي لم يكن إلا لأن الشرط في عقد البيع يُفضي إلى النزاع غالباً، والعرف يُقضي على ذلك النزاع.

فالعرف ليس بقاضٍ على الحديث الوارد في هذه المسألة، بل على القياس، لأن الحديث معلل بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به، وهو قطع المنازعة، والعرف يلغي النزاع وينفيه، فكان موافقاً لمعنى الحديث، ولم يبق مانع سوى القياس، والعرف قاضٍ عليه^(٢).

(١) انظر: المبسوط (١٧٨/٨).

(٢) انظر: نشر العرف، ضمن مجموع رسائل ابن عابدين (١٢١/٢)، وأبو حنيفة، حياته وعصره، آراؤه وفقهه، لأبي زهرة (ص/٣٩٨)، وأصول الفقه الإسلامي للدكتور محمد مصطفى شلبي (ص/٣٣٣)، والعرف والعادة في رأي الفقهاء (ص/٢٧٩، ٢٨٠).

٣- كان الإمام مالك يرى أنه لا يُلزم الزوج بهدية العرس، ثم تغير اجتهاده في هذه المسألة، حيث رجع إلى القول بلزومها في حقه، اعتباراً للعرف الجاري بين الناس في ذلك^(١).

٤- كان الإمام مالك يرى عدم جريان الربا في الفلوس^(٢)، ثم تغير اجتهاده في هذه المسألة، ورأى جريانه فيها^(٣)، وذلك لما رأى العرف على اعتبارها كالتقدين، حيث صارت سكة تجري بين الناس، يتبايعون بها، ويعتبرونها أثاناً للمبيعات وقيماً للمتلفات، فعدا إليها علة التقدين وأجرى الربا فيها^(٤).

٥- وتغير اجتهاد الإمام مالك في أقلّ الأجل في بيع السلم، فكان يرى أنه يشترط فيه أن يكون إلى مثل ما ترتفع فيه الأسواق وتنخفض، فلا يجوز السلم إلى اليوم واليومين والثلاثة ونحوها مما لا تختلف فيها الأسواق غالباً، ثم رجع إلى القول بجوازه في اليومين والثلاثة^(٥)، ولعل سبب رجوعه عن قوله في هذه المسألة أن التأجيل إلى اليومين والثلاثة كان عرف الناس في زمنه، لاضطراب عادة الأسواق، فكان التأجيل إلى هذه المدة اليسيرة له وقع في الثمن، حيث يؤثر في ارتفاع الأسواق وانخفاضها، فكان قوله الأول بالمنع من التأجيل إلى هذه المدة باعتبار أنها غير مؤثرة، ولما رأى أن هذا التقدير ليس ثابتاً على مرّ

(١) انظر: البيان والتحصيل (٤/ ٣٢٩).

(٢) الفلوس: «جمع فلس، وهو قطعة مضروبة من النحاس كان يُعامل بها»، الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية للدكتور عمر المتوك (ص/ ٣١٩).

(٣) انظر: المدونة (١٢/ ٨٦).

(٤) انظر: المسائل الفقهية التي رجع فيها الإمام مالك في غير العبادات لعبدالحكيم بلمهدي (ص/ ٢١١).

(٥) انظر: البيان والتحصيل (٧/ ٢٩١)، والمقدمات الممهدة (٢/ ٢٨، ٢٩).

العصور، وأنه يرجع فيه إلى العادة والعرف، ووجد عرف الناس في زمنه باعتبارها، رجع عن قوله السابق إلى إباحة السلم إليها^(١).

٦- كان الإمام مالك يرى جواز البيع إلى العطاء؛ لتعارف الناس وتعاملهم بذلك، وكون العطاء معروفاً، ولما هُجر هذا العرف منع منه، ثم بعد ذلك أجازاه رفقاً بالناس ودفعاً لحاجتهم^(٢).

فهنا تغير اجتهاد الإمام مالك، فرجع في هذه المسألة عن القول بالجواز إلى القول بالمنع، ثم الجواز؛ لعدم استقرار العرف^(٣).

٧- كان الإمام مالك يميز المضاربة بنقار^(٤) الذهب والفضة، ثم تغير اجتهاده ورجع إلى المنع منه^(٥)؛ لتغير العرف في اعتبارها أثاناً، حيث كان العرف اعتبار التبر والنقار أثاناً للسلع، وقيماً للمتلفات، فلا يلحق المتعاملين بهما غرر، ولما ضربت الدنانير والدراهم تغير عرف الناس، وأصبحوا يثمنون السلع ويقيمون المتلفات بالمضروب من الدراهم والدنانير، وتركوا التعامل بالنقر والتبر، فأشبهه العرض، فمنعت المضاربة به دفعاً للضرر عن الناس في معاملاتهم^(٦).

(١) انظر: المسائل الفقهية التي رجع فيها الإمام مالك في غير العبادات (ص/٢٦٧).

(٢) انظر: المدونة (١٣/٢٨٢).

(٣) انظر: المسائل الفقهية التي رجع فيها الإمام مالك في غير العبادات (ص/٢٧٢).

(٤) النقار: جمع نقرة وهي القطعة المذابة من الذهب أو الفضة، انظر مادة "نقر" في لسان العرب (٥/٢٢٩).

(٥) انظر: المدونة (١٢/٨٧)، ومواهب الجليل (٥/٣٥٩).

(٦) انظر: المسائل الفقهية التي رجع فيها الإمام مالك في غير العبادات (ص/٣١٨).

- ٨- كان الإمام مالك يرى أن من حلف لا يكلم فلاناً ناوياً المشافهة، ثم كاتبه فإنه لا يحنث، ثم تغير اجتهاده في هذه المسألة، ورجع عن هذا القول إلى أنه يحنث بمكاتبته^(١).
- ٩- ما ذكره القرافي من تغير الفتوى في زمنه عن زمن المتقدمين من المالكية تبعاً لتغير العادة، حيث قال: «ومن هذا الباب ما روي عن مالك: إذا تنازع الزوجان في قبض الصداق بعد الدخول أن القول قول الزوج، مع أن الأصل عدم القبض.
- قال القاضي إسماعيل^(٢): هذه كانت عاداتهم بالمدينة أن الرجل لا يدخل بامرأته حتى تقبض جميع صداقها، واليوم عاداتهم على خلاف ذلك، فالقول قول المرأة مع يمينها لأجل اختلاف العوائد»^(٣).
- ١٠- أن المشهور من مذهب الإمام مالك وجوب الرضاع على الزوجة الدنيئة دون الشريفة، وذلك عند الاختلاف في حقوق الزوج على الزوجة بالرضاع وخدمة البيت،

(١) انظر: المدونة (٣/١٣٠، ١٣١)، والتاج والإكليل (٣/٣٠٠)، ومواهب الجليل (٣/٢٩٩، ٣٠٠)، والجامع لأحكام القرآن للقرطبي (١١/٨٦).

(٢) هو: أبو إسحاق إسماعيل بن إسحاق بن إسماعيل بن محدث البصرة حماد بن زيد بن درهم الأزدي البصري المالكي، قاضي بغداد، وصاحب التصانيف، ولد سنة ١٩٩ هـ، وهو الإمام العلامة، الحافظ شيخ الإسلام، كان فقيهاً، محدثاً، مفسراً، شرح المذهب واحتج له، وكان جامعاً لعلوم القرآن والسنة، فائقاً أهل عصره في الفقه وصناعة الحديث. من مؤلفاته: المسند، وعلوم القرآن، وجمع حديث أيوب، وحديث مالك، وله كتاب أحكام القرآن، وكتاب معاني القرآن، وكتاب في القراءات، وألف كتاباً في الرد على محمد بن الحسن، ولم يكمله. توفي سنة ٢٨٢ هـ.

انظر: الجرح والتعديل (٢/١٥٨)، الفهرست (٢٨٢)، تاريخ بغداد (٦/٢٨٤)، معجم الأدباء (٦/١٢٩)، سير أعلام النبلاء (١٣/٣٣٩)، البداية والنهاية (١١/٧٢)، غاية النهاية (١/١٦٢)، بغية الوعاة (١/٤٤٣)، طبقات المفسرين (١/١٠٦).

(٣) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام (ص/١١٣).

وعمة مذهب مالك في هذه المسألة العرف، حيث كانت عادة الناس أن المرأة الشريفة لا يلزمها إرضاع ابنها، وقد جرى عرفهم على ذلك، وأفتى الإمام مالك بموجبه، مع أن الأصل ألا يُفَرَّق بين الشريفة وغيرها في هذه المسألة، ولكنه ترك الأصل وفرق بينهما في الحكم؛ للعرف^(١).

وهذا العرف الذي عمل بموجبه الإمام مالك في هذه المسألة في وقته قد تغير في هذا الزمن، فالأمهات اليوم ينظرن لمسألة الإرضاع على أنها واجبة، ومن حقوق أطفالهن عليهن، بصرف النظر عن كون الزوجة شريفة أو لا، فعامل الشرف والنسب ليس له مكان في هذه المسألة في الزمن الحاضر، بل العرف اليوم قد جرى على تشجيع الأم على إرضاع ابنها بنفسها، لما في الرضاعة من فوائد عدة تعود عليها وعلى ابنها^(٢).

١١- كان الإمام الشافعي يرى أن من حق صاحب الأرض التي بها بئر أن يبيع الماء، ولما انتقل إلى مصر ورأى عرف الناس بخلاف ذلك لاختلاف البيئة تغير اجتهاده، وذهب إلى أن صاحب الأرض ليس له إلا حق السبق في الاستعمال، ولغيره بعد ذلك حق الشرب وسقي الأرض بلا مقابل^(٣).

١٢- كان الإمام الشافعي يرى عدم جواز بيع الجلود المدبوغ، ولما قدم إلى مصر ورأى أن صناعة الجلود تُعدُّ مصدراً للاقتصاد، والعرف جارٍ على بيعها والاتجار بها، تغير اجتهاده في هذه المسألة، وأجاز بيعه لاختلاف العرف، ولما فيه من المصلحة^(٤).

(١) انظر: بداية المجتهد (٢/٤٢، ٤٣)، والعرف والعادة في رأي الفقهاء (ص/١٧٢)، والعرف والعادة للزحيلي (ص/٤٣)، واختلاف الاجتهاد وتغيره وأثر ذلك في الفتيا للمرعشلي (ص/٢٨٦).

(٢) انظر: تغير الأحكام للدكتورة سها مكداش (ص/١٥٩).

(٣) انظر: القديم والجديد في فقه الشافعي (١/٣٤٧).

(٤) انظر: المجموع للنووي (١/٢٨٦)، واختلاف الاجتهاد وتغيره وأثر ذلك في الفتيا (ص/٣٨٤)،

٣٩٣، والقديم والجديد في فقه الشافعي (٢/١٤٢).

١٣- كان الإمام أحمد يرى أن لفظ (يا لوطي) لا يُعدُّ من صريح القذف، وإنما هو كناية فيه، ولذا أوجب أن يُسأل المتلفظ بهذه الكلمة عن قصده، فإن كان قصده القذف حُدِّ، وإلا فلا حدَّ عليه، ثم تغير اجتهاده في هذه المسألة، حيث ذهب إلى أنه يُعدُّ من الألفاظ الصريحة في القذف، ولذا يقام عليه الحد مطلقاً، سواء فسره باللواط أم لا^(١)، وسبب رجوعه عن قوله السابق، هو أنه كان يقول بعدم صراحة هذا اللفظ أخذاً بما نقل عن بعض السلف في أنه كناية، حيث لم يكن في زمانهم مختصاً بمعنى اللواط، ولما رأى العرف في زمانه على اعتباره دالاً على اللواط ومختصاً به ولا يُدرك من إطلاقه سواء، رجع إلى القول بأنه صريح^(٢).

١٤- أن فقهاء الحنفية المتقدمين يرون أن بيع الدور دون النظر إلى بيوتها وحجرها كافٍ في العقد، ويسقط به خيار الرؤية، فإذا اشترى أحد داراً ورأى خارجها ولم ير داخلها فإنه يكتفي بذلك؛ لأن تلك الرؤية تفيد العلم بحال الباقي، لكون الدور في زمنهم غير متفاوتة في الصغر والكبر.

فلما مضى الزمان، واختلفت عادات الناس في الإنشاء والبناء، وأصبحت الدور متفاوتة من داخلها، ذهب متأخرو الحنفية إلى عدم الاكتفاء ببيع الدور دون النظر إلى بيوتها، لأنها لا تفيد العلم بحال الباقي، فلا يسقط بذلك خيار الرؤية، بل يبقى المشتري على خياره حتى يرى داخلها، فهنا تغيرت الفتوى في المذهب الحنفي من زمن إلى زمن لتغير العرف^(٣).

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٨٠/٩)، والشرح الكبير (٣٧٦-٣٧٥/٢٦)، والمبدع (٨٠/٩)، والإنصاف (٣٧٤/٢٦).

(٢) انظر: رجعات الإمام أحمد الفقهية في غير العبادات (٥٢١/٢).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٢٩٤/٥)، والمبسوط (٧٧/١٣)، والعرف والعادة في رأي الفقهاء (ص/١٦٠، ٢٩٠، ٢٩١).

١٥- ومثل ذلك خلافهم في الثوب المطوي، حيث قال متقدمو الحنفية إنه يكفي فيه رؤية ظاهره؛ لأن الظاهر يعرف الباطن، فقد كان العرف جارٍ عندهم بذلك، ولما تغير العرف وأصبح الظاهر لا يدل على الباطن أفتى المتأخرون من الفقهاء بخلاف ذلك، وأن المشتري لا يسقط خياره برؤية ظاهر الثوب^(١).

١٦- أن الإمام أبا حنيفة يرى أن الغاصب إذا غير العين المغصوبة، كأن يصبغ الثوب ونحوه، فإن المالك بالخيار بين أن يضمن الغاصب، المثلي بمثله والقيمي بقيمته، وبين أن يسترد العين المغصوبة، ويضمن المالك للغاصب الزيادة التي زادت بها العين بتصرفه، وبناء عليه قال أبو حنيفة: إذا صبغ الغاصب مثلاً الثوب بالسواد، فإن اختار المالك الرد فلا شيء للغاصب؛ لأن السواد نقص في العين، وخالفه الصحابان، فقالا: السواد كغيره يضمن المالك للغاصب ما زاد الثوب من القيمة بعد الصبغ. وسبب اختلاف فتوى الصحابين عن فتوى أبي حنيفة هو العرف، حيث إن فتوى أبي حنيفة وقعت في زمن بني أمية، وكانوا في زمانهم يمتنعون عن لبس السواد، ويعدونه عيباً ونقصاً، وفتوى الصحابين وقعت في زمن بني العباس، وكانوا يلبسون السواد، حتى غدا كغيره من الألوان، ولذا أفتيا بخلاف ما أفتى به أبو حنيفة لابناء المسألة على العرف، وقد تغير^(٢).

١٧- ومن أثر العرف في تغير الاجتهاد والفتوى: اختلاف الفتوى عند الفقهاء في اعتبار بعض الأعيان مالاً في زمن دون زمن، مما أثر ذلك في جواز بيع بعضها للمنفعة، وعدم جوازه في البعض الآخر لكونها لا منفعة فيها.

(١) انظر: شرح فتح القدير (٦/٣٤٤)، والعرف والعادة في رأي الفقهاء (ص/٢٩١)، وقاعدة العادة محكمة (ص/١٥٠، ١٥١)، وصناعة الفتوى للشيخ عبدالله بن بيه (ص/٩٥).

(٢) انظر: تبين الحقائق (٥/٢٣٠)، ومجمع الأنهر (٤/٨٩)، وحاشية ابن عابدين (٦/١٩٦).

ومن أمثلة ذلك حكم بيع بعض الحيوانات والحشرات، حيث كانت في وقتٍ عديمة النفع، فأفتى الفقهاء بعدم جواز بيعها، يقول الشافعي: «وكل ما لا منفعة فيه من وحش مثل الحدأة والرخمة والبغائة وما لا يصيد من الطير الذي لا يؤكل لحمه... فأرى - والله تعالى أعلم - أنه لا يجوز شراؤه ولا يبيعه بدين ولا غيره... وكذلك الفأر والجرذان والوزغان؛ لأنه لا معنى للمنفعة فيه حياً ولا مذبوحاً ولا ميتاً، فإذا اشترى هذا أشبه أن يكون أكل المال بالباطل»^(١).

فهنا علل الشافعي عدم جواز بيعها لكونها لا منفعة فيها، ومفهومه أنه إذا وجدت المنفعة وتعارف الناس على منفعتها جاز بيعها، ولذا أفتى بعض الفقهاء بجواز بيع نوع من الديدان، لتمول الناس له وحصول المنفعة فيه، يقول ابن عابدين - عن جواز بيع العلق -: «به يفتى للحاجة. قال في البحر عن الذخيرة: إذا اشترى العلق الذي يقال له بالفارسية "مرعل" يجوز؛ لحاجة الناس إليه»، ثم قال: «العلق في زماننا يحتاج إليه للتداوي بمصه الدم، وحيث كان متمولاً لمجرد ذلك دلّ على جواز بيع دودة القز فإن تمولها الآن أعظم، إذ هي من أعز الأموال، ويباع منها في كل سنة قناطير بثمان عظيم»^(٢).

والحاصل: أن كل ما لا ينتفع به فليس بهال، أما ما ينتفع به ويجري فيه البذل والمنع، فإنه يصح بيعه، ولهذا جوّزوا بيع العلق، كما سبق، وكذا بيع النحل ودود القز - مع أنها من الهوام - للانتفاع بها في إنتاج العسل والحريز والتداوي بامتصاص الدم الفاسد، كما أجازوا بيع الزّبل وخرء الحمام الكثير - مع أنها من المستقذرات - للانتفاع بها في إخصاب الأرض.

(١) الأم (٣/١٢).

(٢) حاشية ابن عابدين (٥/٦٨).

ومن هذا يتبين أن معيار المالية تعارف الناس أن هذا الشيء منتفع به ومرغوب فيه أو عدم تعارفهم لذلك، وهذا أمر يتجدد ويتغير بحسب اختلاف الزمان والمكان^(١)، وتتغير الفتوى فيه بحسب ذلك العرف.

يقول الدكتور أحمد فهمي أبو سنة: «الأصل في النحل ودود القَرَّ أنه لا يجوز بيعهما، لعدم المالية؛ لأنهما من هوائم الأرض كالوزغ والضفادع، وقد قال به الإمام أبو حنيفة، ولكن الإمام محمداً نظر في عرف الناس، فوجد التعامل بهما جارياً بيعاً وشراءً، والانتفاع بهما شائعاً، فحكم بهما باليتهما، وأجاز بيعهما»^(٢).

١٨- كان الإمام سحنون^(٣) لا يعتبر الزائد في الطلاق، ثم رجع إلى القول باعتباره استناداً إلى العرف. وبيان ذلك: أن من قال لزوجته: أنت طالق خمساً إلا اثنتين، فهل يعتبر ما زاد على الثلاث، لوجوده لفظاً، وإن كان الشارع لم يعتبره، أو لا يعتبر لعدم اعتباره من قبل الشارع، ومن ثم فيكون الاستثناء مما اعتبره الشارع وهو الثلاث؟

(١) انظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء (ص/ ٢٤١).

(٢) المرجع السابق (ص/ ١٨١)، وانظر في ذلك أيضاً: المدخل الفقهي العام (٢/ ٩١٤، ٩٣٢) فقرة (٥٣٢)، وقاعدة العادة محكمة للباحسين (ص/ ١٨١)، وتغير الأحكام للدكتورة سها مكداش (ص/ ١٤٩).

(٣) هو: أبو سعيد عبدالسلام بن سعيد بن حبيب، الملقب بسحنون، أخذ العلم عن مشايخ القيروان، ورحل إلى مصر والحجاز، وأخذ عن ابن القاسم، وأشهب، وعبدالله بن الحكم، انتهت إليه الرئاسة في العلم بالمغرب.

من مؤلفاته: النوازل في الصلاة، وغيره. توفي سنة ٢٤٠ هـ.

انظر: الديباج المذهب (ص/ ١٣٤)، وشجرة النور الزكية (ص/ ٦٩)، والفكر السامي (١/ ٩٨).

فعلى القول باعتباره يكون الاستثناء من الخمس، فتقع عليها ثلاث طلاقات، وعلى القول بعدم اعتباره تقع عليها طلقة واحدة؛ لأن الاستثناء حينئذ واقع من الثلاث، إذ لا اعتبار للطلقتين الزائدتين^(١).

١٩- أن أبا يوسف - صاحب أبي حنيفة - اعتبر المائلة في الحنطة والشعير بالوزن على خلاف النص الوارد في اعتبار المائلة فيها بالكيل؛ وذلك للعرف؛ حيث إنه رأى أن الحديث أخبر عن وسيلة التماثل المعتادة في زمن النبي ﷺ، وأن هذه العادة قد تغيرت فيما بعد، فأصبح الشعير والحنطة من الموزونات في معظم البلدان، وصار تعامل الناس اليوم على بيعها بالوزن، فيكون الاعتماد عليه في المائلة^(٢).

٢٠- أن أبا حنيفة يرى عدم جواز استقراض الخبز، سواء أكان عن طريق الوزن أم العد، فكان يقول: لا خير في استقراضه وزناً أو عدداً؛ لأنه متفاوت في المقدار والصفة عجباً وتنوراً وخبزاً وتقدماً وتأخراً، فلا يجوز قياساً على السلم فيه.

وذهب أبو يوسف إلى أنه لا يجوز إلا بالوزن ولا يجوز بالعدد؛ لتفاوت آحاده، قياساً على السلم في سائر المتفاوتات التي لا تضبط إلا بالوزن.

لكن محمد بن الحسن قال بخلاف قول أبي حنيفة وأبي يوسف، حيث أفتى بجواز اقتراض الخبز عدداً، وترك القياس على السلم فيه، للتعامل بين الجيران في اقتراضه، وجريان عرفهم بإهدار الفرق في الوزن، كما أن الحاجة داعية إليه، والقياس يترك بالعرف^(٣).

(١) انظر: شرح الخرشي على مختصر خليل (٥٤/٤).

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين (١٧٦/٥)، وفتح القدير لابن الهمام (١٥٧/٦)، والعرف والعادة في رأي الفقهاء (ص/ ٢٤٥، ٢٤٦)، وأثر العرف في فهم النصوص للدكتورة رقية العلواني (ص/ ٦٢، ٦٣)، وتغير الأحكام للدكتورة سها مكداش (ص/ ١٤٨).

(٣) انظر: فتح القدير لابن الهمام (٢٩٩/٥)، وتبيين الحقائق (٩٥/٥)، وحاشية ابن عابدين (١٧٧/٥)، (١٨٥)، وانظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء (ص/ ١٨٠)، وقاعدة العادة محكمة (ص/ ١٨٠).

فهنا ترك محمد بن الحسن ما عليه الفتوى في المذهب، وعدل عن الأصل والقياس في هذه المسألة لاستقرار العرف على خلافه.

٢١- كما ترك محمد بن الحسن ما عليه الفتوى، وعدل عن القياس والأصل في حكم بيع التمر مع شرط بقائه حتى ينضج، فمع أن القياس يقتضي فساد البيع؛ لأن هذا شرط لا يقتضيه العقد، وفيه شغل للملك الغير، وهو ما أخذ به أبو حنيفة وأبو يوسف، إلا أن محمداً صحح هذا البيع وأفتى بجوازه لجريان العادة به بين الناس^(١).

٢٢- ظاهر مذهب الحنفية بطلان بيع الثمار على الأشجار عند وجود بعضها دون بعض، وترك الحلواني^(٢) وأبو بكر بن الفضل^(٣) من علماء الحنفية الإفتاء بظاهر المذهب في هذه المسألة، وأفتيا بالجواز للعرف، حيث قد جرى تعامل الناس ببيع الثمار على هذه

(١) انظر: الهداية (٣/٢٥، ٢٦)، وتبيين الحقائق (٤/١٢)، وانظر: الاستحسان للباحسين (ص/١٠٩، ١١٠).

(٢) هو: أبو بكر أحمد بن علي بن بدران بن علي الحلواني البغدادي، ولد سنة ٤٢٠ هـ، وكان شيخاً صالحاً خيراً زاهداً عابداً، وكان محدثاً مقرئاً فقيهاً، عارفاً بالقراءات، قرأ بالروايات على أبي علي الحسن بن غالب، وعلي بن فارس الخياط، وقرأ عليه جماعة. توفي سنة ٥٠٧ هـ.

انظر: ميزان الاعتدال (١/١٢٢)، سير أعلام النبلاء (١٩/٣٨٠)، معرفة القراء الكبار (١/٤٦٣)، تذكرة الحفاظ (٤/١٢٤١)، الوافي بالوفيات (٧/١٩٠)، غاية النهاية في طبقات القراء (١/٨٤).

(٣) هو: أبو بكر محمد بن الفضل بن محمد بن جعفر الرواس، المفسر، يعرف بمعيرك البلخي، روى عن أحمد بن محمد بن نافع، ومحمد بن علي بن عنبسة، وروى عنه علي بن محمد بن حيدر، وغيره، له كتاب الاعتقاد، وهو صاحب كتاب التفسير الكبير. توفي سنة ٤١٥ هـ وقيل ٤١٦ هـ.

انظر: طبقات المفسرين للداودي (١/١٠٥)، والجواهر المضوية (٣/٣٠٨)، وتاج التراجم (ص/٢٧٠).

الصورة، واستقرت عاداتهم على ذلك^(١).

يقول ابن الفضل: «أستحسن فيه؛ لتعامل الناس؛ فإنهم تعاملوا ببيع ثمار الكرم بهذه الصفة، ولهم في ذلك عادة ظاهرة، وفي نزاع الناس من عاداتهم حرج»^(٢).

٢٣- أن ابن عابدين تغير اجتهاده في مسألة مشابهة للعرف؛ فقد كان متوقفاً في حكم من اشترى ثماراً على الأشجار بشرط تركها؛ لأنه يرى أنه شرط لا يقتضيه العقد، ثم أجاز هذا البيع لأجل العرف؛ حيث رأى تعامل الناس بذلك، وأنهم قد تعارفوا ترك الثمر على الشجر دون اشتراط، حتى إن المشتري لو علم أن البائع يأمره بالقطع لم يقدم على الشراء، ولم يقبلها بعشر ثمنها^(٣)، وفي ذلك يقول ابن عابدين: «فإنه حيث جاز للعرف بيع المعدوم، مع أن بيعه باطل... فيجوز البيع مع هذا الشرط بالأولى»^(٤).

٢٤- أن أبا حنيفة يرى أن من حلف وقال: (والله لا أكل الفاكهة) ثم أكل العنب فإنه لا يحنث، لأن العنب لا يدخل في مسمى الفاكهة عنده، إذ هو في زمنه من المأكولات المتغذى بها، والمحتاج إليها أصالة مما يكون به القوام، فيخرج عن الفاكهة، إذ ليس فيه معنى التفكه والتنعم، بل يكتفى به في بعض المواضع كالرطب، ولما تغير عرف الناس بعده، وأصبحوا يعدون العنب من الفواكه أفتى أصحابه أبو يوسف ومحمد بن الحسن

(١) انظر: شرح فتح القدير (٦/٢٩١)، وتبيين الحقائق (٤/١٢)، وحاشية ابن عابدين (٤/٥٥٥)، ومجموع رسائل ابن عابدين (٢/١٣٩)، وانظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء (ص/٢٣١)، (٢٣٢).

(٢) شرح فتح القدير (٦/٢٩١).

(٣) انظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء (ص/٢٨٨).

(٤) مجموع رسائل ابن عابدين (٢/١٤١).

بحنث من أكل العنب، وقد قال: (والله لا أكل الفاكهة) لوجود معنى التفكه به في العرف^(١).

٢٥- أن مشايخ بلخ من الحنفية أوقعوا الطلاق على من قال: (كُلُّ حَلٍّ عَلَيَّ حَرَامٌ) بناءً على ما جدّ من العرف في بلادهم، إذ صار يُراد به تحريم المنكوحه، مخالفين في ذلك ما ذهب إليه محمد بن الحسن من عدم وقوع الطلاق، حيث قالوا: أما ما ذهب إليه محمد بن الحسن من عدم وقوع الطلاق إلا بالنية فإنها أجاب به على عرف دياره، والعرف قد اختلف^(٢).

(١) انظر: تيسير التحرير (١/٣١٨)، والبحر الرائق (٤/٣٥١).

(٢) انظر: نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، ضمن مجموع رسائل ابن عابدين (٢/١٢٦).

الفصل الثامن
أسباب تغير الاجتهاد
العائدة إلى الواقعة المجتهد فيها

وفيه مبحثان:
المبحث الأول: تغير الاجتهاد بسبب تحقيق
المناط.
المبحث الثاني: تغير الاجتهاد بسبب عموم البلوى.

المبحث الأول

تغير الاجتهاد بسبب تحقيق المناط

وفيه تمهيد ومطلبان:

التمهيد

المراد بتحقيق المناط

تحقيق المناط مصطلح مركب من كلمتين هما: (تحقيق) و (المناط) ولمعرفة معنى هذا المصطلح لابد من معرفة ما يتركب منه، وهما هذان الجزآن.

أولاً: المعنى اللغوي:

أما التحقيق في اللغة: فله معان عدة، يرتبط بعضها ببعض، فيطلق بمعنى الإثبات، والتثبيت، والإيجاب، والإحكام، والحرص، والتصحيح، ونحوها، يقال: «حَقَّ الأمرُ يُحَقُّ حقاً وحُقوقاً» بمعنى ثبت ووجب، و«أَحَقَّ الأمرُ»: أثبته، وصار منه على يقين، و«أَحَقَّقْتُ الشيءَ» أي: أوجبته، و«استحَقَّ الشيءَ»: استوجبه، و«حَقَّقَ قوله وظنه تحقيقاً» أي: صدَّق، و«حَقَّقَهُ»: صدَّقَهُ، و«حَاقُ الجوع»: صادَّقُهُ، ويقال: «أَحَقَّقْتُ الأمرُ إحقاقاً» إذا أحكمته وصححته، و«تحقق عنده الخبر» أي: صحَّ عنده، و«كلام محقق» أي: رصين، و«ثوب محقق» إذا كان محكم النسج، و«أنا حقيقٌ على كذا» أي: حريص عليه^(١).

وأما المناط في اللغة: فهو مصدر ميمي مشتق من لفظ الفعل "نَاطَ"، والنون والواو والطاء أصل صحيح يدل على تعليق شيء بشيء، يقال "نَاطَ الشيءَ ينوطه نوطاً": علَّقه، و"نَيطَ عليه الشيءَ": علَّقَ عليه، و"انتَاطَ به": تعلَّقَ، وكلُّ ما علَّقَ من شيء فهو نوط، فنياطُ كلِّ شيءٍ: مُعلَّقُهُ، و"الأنواط": المعاليق، ومنه "ذات أنواط": اسم شجرة كانت

(١) انظر: مادة "حق" في لسان العرب (١٠/٤٩، ٥٢، ٥٣، ٥٥، ٥٦)، والقاموس المحيط (٣/٢٢١)،

والصاحح (٤/١٤٦١).

تعبد في الجاهلية، وكان المشركون ينوطون بها أسلحتهم، أي يعلقونها بها^(١).
فالمناط على هذا ما يتعلق به الشيء، وهو موضع التعليق.

ثانياً: المعنى الاصطلاحي؛

وأما معنى تحقيق المناط في الاصطلاح: فقد تعددت عبارات الأصوليين في تعريفه،
لكنها متقاربة من حيث المعنى، ومن تلك التعريفات ما يأتي:

- عرفه الأمدي بأنه: «النظر في معرفة وجود العلة في آحاد الصور بعد معرفتها في
نفسها، سواء كانت معروفة بنص أو إجماع أو استنباط»^(٢).

- وعرفه الشاطبي بقوله: «أن يثبت الحكم بمدركه الشرعي لكن يبقى النظر في تعيين
محلّه»^(٣).

- وعرفه الزركشي بقوله: «أن يُتَّفَقَ على عِلِّيَّةِ وصف بنص أو إجماع فيجتهد في
وجودها في صورة النزاع»^(٤).

ومثال تحقيق المناط الذي عرفت علته بالنص: جهة القبلة، فإنها مناط وجوب
استقبالها، وكون هذه الجهة هي جهة القبلة في حالة الاشتباه فمظنون بالاجتهاد والنظر.

ومثال ما عرفت علته بالإجماع: العدالة، فإنها مناط وجوب قبول الشهادة، وهي
معلومة بالإجماع، وأما كون الشخص عدلاً فمظنون بالاجتهاد، أي أن تحقيقها في
الأشخاص يعلم بالظن.

(١) انظر: مادة "نوط" في مقاييس اللغة (٥/٣٧٠)، ولسان العرب (٧/٤١٨، ٤٢٠)، والقاموس

المحيط (٢/٣٨٩، ٣٩٠) والصحاح (٣/١١٦٥).

(٢) الإحكام (٣/٣٠٢).

(٣) الموافقات (٥/١٢).

(٤) البحر المحيط (٥/٢٥٦).

ومثال ما عرفت علته بالاستنباط: الشدة المطرية، فإنها مناط تحريم شرب الخمر، فالنظر في وجودها في النبيذ هو تحقيق المناط، فيقوم المجتهد بتحقيق هذه العلة في النبيذ، فإذا وجدها فيه حكم بتحريمه^(١).

وتحقيق المناط عامٌ يشمل ما يكون تعدية الحكم فيه بالعلة وغيرها؛ لأن تحقيق المناط أعم من تحقيق العلة في الفرع^(٢)، وهذا ما عبر عنه ابن بدران^(٣)، حيث قال: «لأن معناه إثبات علة حكم الأصل في الفرع، أو إثبات معنى معلوم في محلّ خفيّ فيه ثبوت ذلك المعنى، وهو موجود في النوعين، وإن اختلفا في أن أحدهما قياس دون الآخر، فتحقيق المناط أعم من القياس»^(٤).

ولذلك قال ابن قدامة: «أما تحقيق المناط فنوعان:

أولهما: لا نعرف في جوازه خلافاً، ومعناه أن تكون القاعدة الكلية متفقاً عليها، أو منصوصاً عليها، ويجتهد في تحقيقها في الفرع.

(١) انظر: روضة الناظر (٣/٨٠١)، والإحكام للآمدي (٣/٣٠٢)، والبحر المحيط (٢/٢٥٦).

(٢) انظر: الاجتهاد بتحقيق المناط وسلطانة في الفقه الإسلامي لعبد الرحمن زايد (ص/١٨٠).

(٣) هو: عبدالقادر بن أحمد بن مصطفى بن عبدالرحيم، المعروف بابن بدران الدومي الحنبلي، ولد في

"دومة" بالقرب من دمشق سنة ١٢٨٠هـ، وكان فقيهاً أصولياً، عارفاً بالأدب والتاريخ، سلفي

العقيدة، ولي إفتاء الحنابلة. من مؤلفاته: المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، وشرح روضة

الناظر لابن قدامة، سماه: نزهة الخاطر العاطر شرح روضة الناظر، وتهذيب تاريخ ابن عساكر،

والكواكب الدرية، وسبيل الرشاد إلى حقيقة الوعظ والإرشاد، وغيرها. توفي بدمشق سنة ١٣٤٦هـ.

انظر: معجم المؤلفين (٥/٢٨٣)، الأعلام (٤/١٦٢)، الأعلام الشرقية (١/٤/٣٣٤) رقم ٤٣٨،

معجم الأصوليين (٢/٢٢١).

(٤) المدخل (ص/١٤٢).

الثاني: ما عُرف علة الحكم فيه بنص أو إجماع، فبين المجتهد وجودها في الفرع باجتهاده»^(١).

ومن هنا فإن تعريف الشاطبي السابق أليق التعريفات بتحقيق المناط؛ لعمومه، حيث يشمل ما كان تعدية الحكم فيه بالعلة وغيرها، بخلاف التعريفات الأخرى فإنها اقتصرت على الاجتهاد في تحقيق علة الأصل في الفرع.

وتحقيق المناط بهذا المفهوم الشامل هو المراد في هذا البحث، لأن المقصد تنزيل الأحكام الشرعية على الواقع، وتغير الاجتهاد بتغير هذا المناط وتحققه أو عدم تحققه في المسائل المعروضة على المجتهد.

وقد ذكر الشاطبي أن تحقيق المناط نوعان: عام، وخاص:

فالعام: ما تقدم بيانه، وهو ما قال فيه الشاطبي: «معناه أن يثبت الحكم بمدركه الشرعي، لكن يبقى النظر في تعيين محله»، وهذا النوع يتعلق بالأنواع لا بالأشخاص، فيحقق المجتهد مناط هذه الأنواع بإلحاق كل نوع بجنسه من الأحكام ليشمله حكمه.

والخاص: ما يرجع إلى تحقيق المناط بالنسبة للأشخاص لا الأنواع، فهو نظر فيما يصلح لكل مكلف في نفسه بحسب اختلاف الأزمان والأحوال.

وقد فصل الشاطبي ذلك، حيث يقول: «تحقيق المناط ضربان:

أحدهما: ما يرجع إلى الأنواع لا إلى الأشخاص؛ كتعيين نوع المثل في جزاء الصيد، ونوع الرقبة في العتق في الكفارات، وما أشبه ذلك.

الضرب الثاني: ما يرجع إلى تحقيق مناط فيما تحقق مناط حكمه، فكأن تحقيق المناط على

قسمين:

تحقيق عام، وهو ما ذكر، وتحقيق خاص من ذلك العام.

(١) روضة الناظر (٣/ ٨٠١، ٨٠٢).

وذلك أن الأول نظرٌ في تعيين المناط من حيث هو لمكلف ما، فإذا نظر المجتهد في العدالة مثلاً، ووجد هذا الشخص متصفاً بها على حسب ما ظهر له أوقع عليه ما يقتضيه النص من التكاليف المنوطة بالعدول، من الشهادات والانتصاب للولايات العامة أو الخاصة، وهكذا إذا نظر في الأوامر والنواهي النديبة، والأمور الإباحية، ووجد المكلفين والمخاطبين على الجملة أوقع عليهم أحكام تلك النصوص، كما يوقع عليهم نصوص الواجبات والمحرمات.. فالمكلفون كلهم في أحكام تلك النصوص على سواء في هذا النظر.

أما الثاني، وهو النظر الخاص، فأعلى من هذا وأدق، ثم قال: «وعلى الجملة، فتحقيق المناط الخاص نظرٌ في كل مكلف بالنسبة إلى ما وقع عليه من الدلائل التكليفية، بحيث يتعرف منه مداخل الشيطان، ومداخل الهوى والحظوظ العاجلة، حتى يلقيها هذا المجتهد على ذلك المكلف مقيدة بقيود التحرز من تلك المداخل... فهو النظر فيما يصلح بكل مكلف في نفسه، بحسب وقت دون وقت، وحال دون حال، وشخص دون شخص؛ إذ النفوس ليست في قبول الأعمال الخاصة على وزان واحد، كما أنها في العلوم والصنائع كذلك، فرب عمل صالح يدخل بسببه على رجل ضرر أو فتره، ولا يكون كذلك بالنسبة إلى آخر، ورب عمل يكون حظ النفس والشيطان فيه بالنسبة إلى العامل أقوى منه في عمل آخر، ويكون بريئاً من ذلك في بعض الأعمال دون بعض، فصاحب هذا التحقيق الخاص هو الذي رزق نوراً يعرف به النفوس ومراميتها وتفاوت إدراكها، وقوة تحملها للتكاليف، وصبرها على حمل أعبائها أو ضعفها، ويعرف التفاتها إلى الحظوظ العاجلة أو عدم التفاتها، فهو يحمل على كل نفس من أحكام النصوص ما يليق بها، بناءً على أن ذلك هو المقصود الشرعي في تلقي التكاليف، فكأنه يخص عموم المكلفين والتكاليف بهذا التحقيق، لكن مما ثبت عمومته في التحقيق الأول العام»^(١).

(١) الموافقات (٥/٢٢-٢٥).

ومن أمثلة تحقيق المناط الخاص المتعلق بالأشخاص دون الأنواع: اختلاف جواب النبي ﷺ حين سئل عن أفضل الأعمال، وكذا حينما سئل: (أيُّ الإسلام خير)، حيث أجاب بأجوبة مختلفة بحسب ما يصلح لكل شخص، وكذلك اختلاف جوابه حينما سئل الإمارة، واختلاف فتواه في حكم مباشرة الشيخ والشاب وتقبيلهما في حالة الصيام، حيث فرق بين السائلين في ذلك، فأجاب كل واحد وأفتاه بما يناسبه، وهذا من تحقيق المناط الخاص، وسيأتي تفصيل تلك الأمثلة وغيرها حين الكلام على التطبيقات لتغير الاجتهاد بسبب تحقيق المناط في المطلب الثاني من هذا المبحث إن شاء الله تعالى.

ويتبين مما تقدم أنه لا يمكن الاستغناء عن تحقيق المناط -سواء أكان عاماً أم خاصاً- عند الإفتاء وصناعة الفتوى، أو عند القضاء وإصدار الأحكام، فيعمد المجتهد إلى تحقيق المناط في المسائل المعروضة عليه؛ لأن كل صورة من صور الوقائع والحوادث مستأنفة في نفسها، لا يحكم عليها بحكم ما تقدمها من نظائرها، فإن تحقق فيها مناط حكم الأصل أو القاعدة الكلية أوقعه فيها، وإن لم يتحقق لم يوقعه.

المطلب الأول

وجه كون تحقيق المناط سبباً لتغير الاجتهاد

تقدم أن تحقيق المناط يراد به الاجتهاد في تحقيق القاعدة الكلية في الصور الجزئية، وكذا النظر في معرفة وجود العلة في آحاد الصور بعد معرفتها في نفسها، سواء أكانت معروفة بنص أم بإجماع أم باستنباط.

وإذا تبين ذلك فإن الأحكام الشرعية تهدف إلى تحقيق المصالح ودفع المفسدات، وكل حكم يتمثل فيه هذا المعنى.

ومن هنا ذكر ابن القيم أن الشريعة مبناهما وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وأنها عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها، وأن كل

مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث، فليست من الشريعة^(١).

وإذا تقرر أن الأحكام الشرعية إنما شرعت لجلب المصالح للناس ودفع المفاسد عنهم، فلا بد من النظر قبل الحكم في المسائل، والفتوى في النوازل والحوادث إلى أحوال الناس وأوضاعهم، والظروف المحيطة بالحادثة، وزمن وقوعها ومكانه؛ لأن كثيراً من الأحكام الشرعية الاجتهادية تتأثر بتغير الأوضاع والأحوال الزمنية والبيئية، وترتبط ارتباطاً وثيقاً بها، فكم من حكم كان تطبيقه محققاً للمصلحة أو دافعاً للمفسدة في زمن معين، فأصبح بعد مدة من الزمن لا يوصل إلى المقصود منه، أو أصبح الحكم به مفضياً إلى نتائج عكسية لما تغيرت الأحوال والأوضاع^(٢).

وقد أكد ابن عابدين هذا المعنى؛ فذكر أن كثيراً من الأحكام الشرعية الاجتهادية تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله، أو لحدوث ضرورة، أو لفساد الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه سابقاً للزم من ذلك المشقة والضرر بالناس، وخالف قواعد الشريعة المبنية على التيسير والتخفيف ودفع الضرر ورفع الحرج^(٣).

كما أكد ذلك الشيخ مصطفى الزرقا، حيث ذكر أن الأحكام الشرعية التي أسسها الاجتهاد في ظروف مختلفة عن الظروف الجديدة غير صالحة لتحقيق الغاية الشرعية من تطبيقها، ولذا يجب أن تتغير إلى ما يتناسب مع الأوضاع القائمة، ويحقق الغاية الشرعية من الحكم الأصلي^(٤).

(١) انظر: إعلام الموقعين (٣/٣).

(٢) انظر: المدخل الفقهي العام (٩٤١/٢).

(٣) انظر: مجموع رسائل ابن عابدين (١٢٣/٢).

(٤) انظر: المدخل الفقهي العام (٩٣٨/٢).

فإذا كان الحكم الاجتهادي في المسألة مبنياً على توافر مصلحة معينة فلا بد حينئذٍ من النظر في تحقق المصلحة أو عدم تحققها قبل الحكم، فإذا كانت المصلحة متحققة في الفعل علمنا أن هذا العمل موافق لمقصود الشارع، وحكمنا بمشروعيته، وإن تخلفت المصلحة عن الفعل علمنا منافاته لمقصد الشارع، وحكمنا عليه بالبطلان وعدم المشروعية.

يقول الشاطبي: «لما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد، كانت الأعمال معتبرة بذلك؛ لأنه مقصود الشارع فيها، فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية فلا إشكال، وإن كان الظاهر موافقاً والمصلحة مخالفة بالفعل غير صحيح وغير مشروع؛ لأن الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها، وإنما قصد بها أمور أخرى هي معانيها، وهي المصالح التي شرعت لأجلها، فالذي عُمِلَ من ذلك على غير هذا الوضع فليس على وضع المشروعات»^(١).

فالأحكام الشرعية التكليفية مرتبطة بغاياتها، فالهدف من اتباع تلك الأحكام أو تطبيقها والعمل بها الوصول إلى مراد الشارع منها، وهو ما يحقق المصالح ويدرك المفسد، فالحكم الشرعي يتخلف تطبيقه على الواقعة المندرجة تحته حين تتخلف المصلحة من الحكم به فيها، فيصار إلى غيره حيث تتحقق المصلحة، بحيث لو بقي الحكم الأول على ما كان عليه لخرجت تلك المسألة عن العدل إلى الجور، وعن المصلحة إلى ضدها، ولما كان إجراء الحكم فيها موافقاً للشرع^(٢).

ولذا فالفتوى تتغير إذا تغير تحقيق المناط؛ لكي تنتظم كل واقعة تحت حكمها الشرعي بحسب تحقيق مناطها، فإذا جاء زمن آخر وتجددت الحادثة على صورة أخرى وطرأت عليها العوارض، وُضِعَت تحت حكمها الخاص بها، وهكذا.

(١) الموافقات (٣/١٢٠، ١٢١).

(٢) انظر: إعلام الموقعين (٣/٣).

فهناك حكم ثابت في الأصل يحقق المصلحة لكل واقعة، إلا أن يتغير تحقيق المناط، أي تتغير الواقعة وتطراً عليها العوارض والتغيرات فيدخلها المجتهد حينئذ تحت حكم يخصها، معتبراً في ذلك ما طرأ عليها من إضافات تستدعي نظراً جديداً.

ومن هنا بين الشاطبي نوعي دلالة الأدلة الشرعية على الأحكام فذكر أن اقتضاء الأدلة للأحكام بالنسبة إلى محالها على وجهين:

أحدهما: الاقتضاء الأصلي قبل أن تطرأ العوارض، وهو الواقع على المحل ابتداءً، وبصرف النظر عن التوابع والإضافات؛ كالحكم بإباحة البيع والإجارة والصيد، والحكم بسنية النكاح، وندب الصدقات مما سوى الزكاة، ونحو ذلك.

والثاني: الاقتضاء التبعية، وهو الواقع على المحل بعد اعتبار التوابع والإضافات؛ كالحكم بجوب النكاح على من خشي العنت، وإباحته لمن لا إزب له في النساء، والحكم بكراهية الصيد لمن قصد فيه اللهو، وكراهية الصلاة لمن حضره الطعام، أو لمن يدافعه الأخبثان، ونحو ذلك^(١).

وعليه فيلزم المجتهد الناظر في الوقائع والنوازل أن يراعي عند اجتهاده ونظره الظروف العامة للعصر، وتغير الواقع المحيط بالنازلة، سواء أكان تغيراً زمنياً أم مكانياً، أم تغيراً في الأحوال والظروف، وعليه تبعاً لذلك مراعاة هذا التغير في فتاواه وأحكامه؛ فربّ 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.

(١) انظر: الموافقات (٣/٢٩٢).

ولذا ذكر الشاطبي أن العالم لا يصح له حين يُسأل عن أمر كيف يحصل في الواقع إلا أن يجيب بحسب الواقع، فإن أجاب على غير ذلك أخطأ في عدم اعتبار المناط المسؤول عن حكمه؛ لأنه سئل عن مناط معين فأجاب عن مناط غير معين^(١).

وقد كان الصحابة رضي الله عنهم في اجتهادهم يعتمدون على النظر إلى ما يحدث بالواقعة من الملابس والأحوال المؤثرة، ويراعون ذلك في أفضيتهم وفتاواهم، فقد أوقع عمر بن الخطاب رضي الله عنه طلاق الثلاث بلفظ واحد ثلاثاً^(٢) لما رأى تساهل الناس واستعجالهم في إيقاع الطلاق الثلاث دفعة واحدة، مما يحتاج إلى زجرهم، وزاد في حد شرب الخمر إلى ثمانين جلدة لما انهمك الناس في شربها وتقالوا العقوبة، فلم تُعد تردعهم عن الشرب^(٣)، كما أمر عثمان رضي الله عنه بالتقاط ضوال الإبل، مع ورود النهي عن ذلك، لتغير الأحوال والأخلاق وفساد ذم الناس في زمنه مما يفضي إلى ضياع الأموال وعدم تحقق مناط النهي عن التقاطهن^(٤)، إلى غير ذلك من الشواهد الدالة على مراعاة الصحابة لاختلاف الظروف، وما يطرأ على الأحكام من العوارض، واعتبارهم لتغير مناطات أحكام المسائل والوقائع في فتاواهم وأفضيتهم.

ومن أجل ذلك أفتى الفقهاء المتأخرون من شتى المذاهب الفقهية في كثير من المسائل بخلاف ما أفتى به أئمة مذاهبهم وفقهاؤهم المتقدمون، وقد صرح هؤلاء المتأخرون بأن سبب اختلاف فتاواهم عن تقدمهم هو اختلاف الزمان وتغير المصالح ونحو ذلك،

(١) انظر: الموافقات (٣/٣٠١).

(٢) سبق تحريجه في (١/٣٧٧).

(٣) سبق تحريجه في (١/٣٦٧).

(٤) سبق تحريجه في (١/٣٩٣).

ويجمع ذلك عدم تحقق المناط في تلك المسائل والوقائع، أي أن المصالح المتحققة من إجراء الأحكام السابقة على المسائل لم تعد متحققة اليوم في النوازل والوقائع؛ لاختلاف الظروف والأحوال.

فالفقهاء المتأخرون ليسوا في الحقيقة مخالفين لأئمتهم من فقهاء مذاهبيهم، بل لو وُجد أولئك الأئمة في عصر المتأخرين، وعاشوا اختلاف الزمان وأوضاع الناس لعدلوا عما أفتوا به إلى فتيا المتأخرين^(١).

ويتحصل مما سبق أن تغير الاجتهاد لأجل تحقيق المناط يتبين من حيث إن الأحكام الشرعية تنظيمات ووسائل لتحقيق المصالح ودفع المفساد، وكثير منها يتأثر بتغير الأحوال الزمانية والمكانية، فمن الأحكام ما يكون تطبيقه في زمن معين محققاً للمصلحة، ولا يكون كذلك في زمن آخر، ولذا يلزم المفتي مراعاة هذا التغير في اجتهاده وفتاواه، فقد تكون فتواه في عصر أو في بيئة أو لشخص محققة للمصلحة، وموافقة لمقاصد الشارع، بينما لا يكون تطبيقها في عصر آخر، أو بيئة أخرى، أو في حق شخص آخر محققاً لذلك، لعدم تحقق مناط الفتوى.

فعلى المجتهد عند تنزيل الأحكام أن يراعي الواقع وحال أهل الزمان، والظروف التي تحيط بالواقعة، لتقع فتاواه وأحكامه موافقة لمقاصد الشريعة.

فلو حكم المجتهد أو أفتى بحكم شرعي في مسألة أو نازلة، وقد تغيرت الأحوال التي لأجلها تتحقق المصلحة من البناء على الحكم الشرعي فيها، فحكم أو أفتى بها هو مقرر في الشريعة من حكم نظائرها دون مراعاة لما طرأ من التغيرات، لم يعد حكمه حينئذ محققاً

(١) انظر: مجموع رسائل ابن عابدين (٢/١٢٣)، والمدخل الفقهي العام (٢/٩٢٣، ٩٢٤)، ومناهج

الفتيا في النوازل الفقهية المعاصرة (ص/٨٩).

للمصلحة التي قصدتها الشارع وشرع الحكم لأجل تحقيقها، فإذا قدر المجتهد عدم وجود المصلحة في تطبيق الحكم، وأن ما شرع له الحكم قد تغير لزمه أن يغير نظره في المسألة، ويتغير اجتهاده في حكمها؛ لعدم تحقق المناط فيها، فيفتي فيها بما يناسبها ويحقق المصلحة ومقصود الشارع من شرع الحكم.

وعلى هذا فتحقيق المناط من أهم ما يحتاج إليه المجتهد في اجتهاده، ولا يستغني عنه المفتي في صناعة الفتوى على أحسن وجه، بما يلائم مقصد الشارع.

ومن هنا يتبين وجه تغير الاجتهاد بسبب تحقيق المناط.

ومما يؤكد ذلك أيضاً: أن تحقيق المناط من أهم أسباب اختلاف الفقهاء في أحكام الفروع؛ ذلك أنه قد يرى مجتهد أو فريق من المجتهدين أن مناط هذه القاعدة أو هذا الحكم متحقق في الواقعة تحقّقاً تاماً فيحكم به فيها، بينما يرى فريق آخر من المجتهدين عدم تحقق مناط الحكم فيها لوجود معنى في هذه الواقعة يجعل تطبيق الحكم عليها مع وجوده غير محقق للمقصد الذي شرع من أجله، مما يستوجب استثناءها من عموم الحكم أو القاعدة أو الأصل العام، لتدرج تحت حكم آخر أو قاعدة أخرى يكون الحكم به فيها أقرب إلى العدل وتحقيق المصلحة المقصودة والمعتبرة شرعاً.

ذلك أنه قد يرى مجتهد أن الفرع المقيس قد تحققت فيه علة الأصل المتفق عليها، فيجري القياس في هذه المسألة، ويُعدّي حكم الأصل إلى الفرع، بينما يلحظ مجتهد آخر معنى دقيقاً في الفرع ينهض فارقاً بينه وبين الأصل المقيس عليه، فيحول دون تحقيق مناط حكم الأصل فيه.

فالواقعة قد يحتف بها من الأحوال والملابسات ما يؤثر في نتائج تطبيق الحكم أو الأصل العام عليها، فتكون هذه النتائج لا تتفق والمصلحة التي شرع الحكم من أجلها، مما

يستوجب استثناء هذه الواقعة من أن يشملها عموم الحكم، وإدراجها تحت حكم أو أصل آخر أليق بها في تلك الحال، وأقرب إلى تحقيق مقصود الشارع^(١).

وإذا كان تحقيق المناط يُعدُّ أحد أهم أسباب اختلاف الفقهاء، فيكون -أيضاً- من أهم أسباب اختلاف رأي المجتهد وتغيير اجتهاده من زمن إلى زمن، ومن حال إلى حال، بحسب اختلاف تقديره ونظره إلى الواقعة، وما طرأ عليها من تغيير في الأوضاع وما لابسها من أحوال، بحيث لم يتحقق مناط حكمه عليها فيما سبق، مما يستدعي نظراً جديداً واجتهاداً مغايراً لاجتهاده السابق.

وقد سبق القول بأن تحقيق المناط نوعان: عام وخاص، ولذا فإن تغيير الاجتهاد بسببه إما أن يكون تغييراً لأجل تحقيق المناط العام، أو لتحقيق المناط الخاص.

وفيما يأتي بيان عدد من المسائل التي تغير فيها اجتهاد المجتهدين بسبب تحقيق المناط.

المطلب الثاني

أمثلة لتغيير الاجتهاد بسبب تحقيق المناط

التطبيقات الفقهية لتغيير الاجتهاد لأجل تحقيق المناط كثيرة، ومن أبرزها ما يأتي:

١ - أن النبي ﷺ نهى عن ادخار لحوم الأضاحي بعد ثلاثة أيام لعله معينة، ثم أباح الادخار بعد ذلك، ففي الصحيحين أن النبي ﷺ قال: (من ضحى منكم فلا يُصبحن بعد ثلاثة وفي بيته منه شيء)، فلما كان العام المقبل قالوا: يا رسول الله نفعل كما فعلنا في العام الماضي؟ قال: (كلوا وأطعموا وادخروا، فإن ذلك العام كان بالناس جهد فأردت أن

(١) انظر: بحوث مقارنة في الفقه وأصوله للدبرني (١/١٢٧)، والمناط في أصول الفقه للدكتور رائد

عبد الله بدير (ص/١٥٨).

تعيينوا فيها^(١)، وفي رواية: (إنما نهيتكم من أجل الدافة التي دفت)^(٢).

فإباحة النبي ﷺ الادخار بعد أن كان مانعاً منه إنما هي من باب نفي الحكم لانتفاء علته، فلما لم يتحقق مناط المنع من الادخار، وذلك بتغير الظروف وتبدل الأحوال، وانتفاء هذا الظرف العارض، وزوال هذه العلة الطارئة لم يُبَيَّن الحكم على ما كان عليه، بل غير فتواه من المنع إلى الإباحة، وهكذا تتغير الفتوى بتغير المناط، ولذا علق القرطبي على الحكم في هذه المسألة بقوله: «هو حكمٌ ارتفع لارتفاع علته... والمرفوع لارتفاع علته يعودُ بعودِ العلة، فلو قدم على أهل بلدةٍ ناسٌ محتاجون في زمان الأضحى، ولم يكن عند أهل ذلك البلد سعةٌ يسدُّون بها فاقتهم إلا الضحايا لتعيّن عليهم ألا يدخروها فوق ثلاث، كما فعل النبي ﷺ»^(٣).

كما أيد ابن حجر هذا المعنى بقوله: «والتقييد بالثلاث واقعة حال، وإلا فلو لم تسد الخلة إلا بتفرقة الجميع لزم - على هذا التقدير - عدم الإمساك ولو لليلة واحدة»^(٤).

٢ - أن النبي ﷺ تغير اجتهاده حينما سئل الإمارة لأجل تحقيق مناط الحكم، فمرة قال لمن سأله أن يوليّه الإمارة: (إنا والله لا نوليّ على هذا العمل أحداً سأله ولا أحداً حرص عليه)^(٥)، وفي حال أخرى وليّ من سأله، كما في قصة زياد بن الحارث الصدائي، حيث قال زياد: (وكنْتُ سألتُه أن يؤمرني على قومي، ويكتب لي بذلك كتاباً ففعل)^(٦).

(١) سبق تخريجه في (١/٢٩٧).

(٢) سبق تخريجه في (١/٢٩٧).

(٣) الجامع لأحكام القرآن (١٢/٤٧، ٤٨).

(٤) فتح الباري (١٠/٢٨).

(٥) سبق تخريجه في (١/٣٤٦).

(٦) زاد المعاد (٣/٦٦٥).

فهذه المسألة تغير فيها اجتهاد النبي ﷺ واختلف جوابه فيها، حيث منع الأول حين سأله الإمارة لعلمه أنه إنما سألها لحظ نفسه لا لمصلحة قومه، وأجاب الثاني إلى طلبه، وولاه الإمارة حين لم يتحقق مناط المنع من توليته، حيث علم ﷺ أن قصده إصلاح قومه ولم يسألها لحظ نفسه^(١).

٣- ما رواه أبو داود عن أبي هريرة رضي الله عنه: (أن رجلاً سأل النبي ﷺ عن المباشرة للصائم، فرخص له، وأتاه آخر فسأله، فنهاه، فإذا الذي رخص له شيخ، والذي نهاه شاب)^(٢).

وروى الإمام أحمد عن عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه قال: (كنا عند النبي ﷺ فجاء شاب، فقال: يا رسول الله أقبل وأنا صائم؟ قال: (لا). فجاء شيخ، فقال: يا رسول الله أقبل وأنا صائم؟ قال: (نعم). فنظر بعضنا إلى بعض، فقال رسول الله ﷺ: (قد علمت لم نظر بعضكم إلى بعض، إن الشيخ يملك نفسه)^(٣).

ففي هاتين الحادثتين تغير اجتهاد النبي ﷺ، واختلف فتواه في حكم مباشرة الشيخ والشاب وتقبيلهما في حالة الصيام بسبب تحقيق المناط، حيث فرق بينهما في ذلك، فمنع الشاب من المباشرة والتقبيل لعدم قدرته على سيطرة النفس، ولذا يكون إفتاؤه بالإباحة مفضياً إلى وقوعه في المحذور وفساد صومه، وذلك بخلاف الشيخ فإنه يملك نفسه، فرخص له بالتقبيل والمباشرة لما لم يتحقق مناط المنع من ذلك.

٤- أن النبي ﷺ نهى عن كتابة الحديث النبوي في بدء الدعوة الإسلامية، لكيلا يختلط بالقرآن الكريم، وذلك بقوله رضي الله عنه: (لا تكتبوا عني، ومن كتب عني غير القرآن

(١) انظر: زاد المعاد (٣/٦٦٨).

(٢) سبق تخريجه في (١/٢٩٦).

(٣) سبق تخريجه في (١/٢٩٦).

فليمحه^(١)، ولما أمن النبي ﷺ من اختلاطه بالقرآن أذن في الكتابة، فقد أذن لعبدالله بن عمرو بن العاص رضى الله عنه بقوله: (اكتب فوالذي نفسي بيده ما خرج منه إلا حق)^(٢)، وروي أن عبدالله بن عمرو بن العاص قال: (يا رسول الله: إنا نسمع منك أحاديث أفأذن لنا أن نكتبها؟ قال: (نعم)^(٣)).

فتغير اجتهاد النبي ﷺ في هذه المسألة لأجل تحقيق المناط، حيث أذن بكتابة الحديث بعد أن كان مانعاً منه لما لم يتحقق مناط المنع من ذلك^(٤).

٥ - أن النبي ﷺ تغيرت فتواه حين سئل عن أفضل الأعمال، حيث أجاب بأجوبة مختلفة بحسب اختلاف الأحوال والأشخاص، وهذا من تحقيق المناط، فمرة قال: (إيمان بالله ورسوله) قيل: ثم ماذا؟ قال: (الجهاد في سبيل الله)، قيل: ثم ماذا؟ قال: (حج مبرور)^(٥).

وسأله عبدالله بن مسعود رضى الله عنه السؤال نفسه، فقال: (الصلاة لوقتها) قال: ثم أي؟ قال: (بر الوالدين)، قال: ثم أي؟ قال: (الجهاد في سبيل الله)^(٦).

وسأله أبو ذر رضى الله عنه، فقال: (الإيمان بالله، والجهاد في سبيله)^(٧).

وسأله أبو أمامة الباهلي رضى الله عنه، فأجابه بقوله: (عليك بالصوم فإنه لا مثل له)^(٨).

(١) سبق تخريجه في (١/٣١٤).

(٢) سبق تخريجه في (١/٣١٤).

(٣) سبق تخريجه في (١/٣١٥).

(٤) انظر: تغير الاجتهاد للدكتور وهبة الزحيلي (ص/٤١).

(٥) سبق تخريجه في (١/٣٤٢).

(٦) سبق تخريجه في (١/٣٤٢).

(٧) سبق تخريجه في (١/٣٤٢).

(٨) سبق تخريجه في (١/٣٤٣).

وسأله رجل من خثعم، فقال: (إيمان بالله)، قال: قلت يا رسول الله ثم مة؟ قال: (ثم صلة الرحم)، قال: ثم مة؟ قال: (ثم الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر)^(١).

ومثل ذلك اختلاف فتواه حينما سئل: أي الإسلام خير؟ فمرة قال: (تطعم الطعام وتقرأ السلام على من عرفت ومن لم تعرف)^(٢).

وفي حال أخرى أجاب السائل بقوله: (من سلم المسلمون من لسانه ويده)^(٣).
فاختلاف فتوى النبي ﷺ وتنوع أجوبته رغم اتحاد السؤال إنما هو لمراعاة أحوال السائلين، حيث نظر النبي ﷺ فيما يصلح لكل مكلف في نفسه، إذ الناس متفاوتون، وليست النفوس في قبول الأعمال على وزان واحد، وهذا من تحقيق المناط الخاص^(٤).

يقول الشاطبي - في مثل الأحاديث السابقة - : «إنها تدل على أن التفضيل ليس بمطلق، ويشعر إشعاراً ظاهراً بأن القصد إنما هو بالنسبة إلى الوقت أو إلى حال السائل»^(٥).

٦- أن النبي ﷺ نهي أبا ذر رضي الله عنه عن الإمارة، والتولي على مال اليتيم - مع ما في ذلك من الخير والفضل، فكلا العاملين من أفضل الأعمال لمن قام فيهما بحق الله تعالى^(٦) - لما علم من حاله، وأن مصلحته تتحقق بعدم تولي ذلك، حيث علم من حاله الضعف عن

(١) سبق تخريجه في (١/٣٤٣).

(٢) سبق تخريجه في (١/٣٤٤).

(٣) سبق تخريجه في (١/٣٤٤).

(٤) انظر: الموافقات (٥/٢٥)، وعمدة القارئ (١/١٨٩).

(٥) الموافقات (٥/٣١).

(٦) انظر: المرجع السابق (٥/٣٢).

القيام بها^(١)، فلم يتحقق مناط الخيرية في حقه، وذلك في قوله ﷺ: (يا أباذر إني أراك ضعيفاً، وإني أحب لك ما أحب لنفسي لا تأمرنّ على اثنين ولا تولين مال يتيم)^(٢).

٧- أن أبا بكر الصديق ﷺ تغير اجتهاده في جمع القرآن وكتابته في المصاحف^(٣)، لأجل تحقيق المناط، حيث كان متوقفاً في أول الأمر، ولما روجع في ذلك، ورأى تغير الحال في عهده، إذ استشهد عدد كبير من حفظة القرآن، غير رأيه في هذه المسألة، حيث رأى ضرورة جمعه، وظهر له أن عدم فعل النبي ﷺ لذلك في زمنه بسبب أن القرآن كان ينزل عليه منجماً بحسب الوقائع، فكان لا يزال ينتظر نزول الوحي به، فيتعذر أو يتعسر تغييره كل وقت لو جمع في مصحف واحد، ورأى أبو بكر أن القرآن استقر بموت النبي ﷺ، واكتمل نزوله، وانقطع الوحي، وزال المانع، ووجد المقتضي لكتابته مجموعاً مرتباً، فأمر بجمعه وكتابته في المصاحف^(٤).

٨- أن عمر بن الخطاب ﷺ تغير اجتهاده في المؤلفه قلوبهم - وهم أحد الأصناف الثمانية الذين تصرف لهم الزكاة - حيث أوقف سهمهم، ومنع من إعطائهم الزكاة، على خلاف ما كان عليه الأمر زمن النبي ﷺ وأبي بكر ﷺ، لأنه رأى أن تأليف قلوبهم كان حاجة، وهي تقوية المسلمين، حين كان الإسلام ضعيفاً، وهو بحاجة إلى من يتألفه لتكثير سواد المسلمين، أو يدفع شره إن كان عدواً، وبما أن المسلمين في عهده قد كثر

(١) انظر: مجموع الفتاوى (٢٨/٢٥٦)، والموافقات (٤/٤٧٣).

(٢) سبق تخريجه في (١/٣٤٨).

(٣) سبق تخريجه في (١/٣٨٤).

(٤) انظر: اقتضاء الصراط المستقيم (٢/٩٧، ٩٨)، وضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية (ص/٣٦٥)، ومدخل لدراسة الشريعة الإسلامية للدكتور يوسف القرضاوي (ص/١٩٨)، واجتهاد الخلفاء الراشدين الأربعة لمحمود العبيدي (ص/٢٠٩).

عددهم وأعز الله الإسلام لم ير حاجة إلى التأليف، ومنع أن يعطى هؤلاء من الزكاة، فهو رأى أن هذا السهم قد شرع معلقاً على سبب، فيكون مشروعاً عند وجود ذلك السبب^(١).

وقد صرح عمر رضي الله عنه بعلّة تغير رأيه في هذه المسألة، وأن مناط إعطائهم من الزكاة لم يتحقق في زمنه، وذلك حينما جاءه عيينة بن حصن والأقرع بن حابس يريدان أخذ ما كانا يأخذانه من الزكاة تأليفاً، حيث قال لهما: (إن رسول الله صلى الله عليه وآله كان يتألفكما والإسلام يومئذ قليل، وإن الله قد أغنى الإسلام، اذهبا فاجهدا جهدكما)^(٢).

٩ - وتغير اجتهاده رضي الله عنه في طلاق الثلاث، حيث كان الطلاق الثلاث بلفظ واحد في أول عهده وخلافته يقع طلقة واحدة - كما كان عليه الحال زمن النبي صلى الله عليه وآله وأبي بكر رضي الله عنه - ولكن عمر حينما رأى إكثار الناس من الطلاق وتهاونهم واستعجالهم به أوقع طلاق الثلاث بلفظ واحد ثلاثاً، فقد روى مسلم عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: (كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وأبي بكر وستين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر بن الخطاب: إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة، فلو أمضيناه عليهم، فأمضاه عليهم)^(٣).

(١) انظر: فقه الزكاة للقرضاوي (٢/٥٩٨، ٦٠٨)، ومدخل لدراسة الشريعة الإسلامية له أيضاً (ص/١٩٤)، ومباحث في أحكام الفتوى (ص/٩٥، ٩٦)، وتغير الفتوى - مفهومه وضوابطه وتطبيقاته في الفقه الإسلامي - للدكتور عبدالله العظيميل (ص/١٢) وهو بحث منشور في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد الخامس والثلاثون ١٤١٨ هـ، واجتهاد الخلفاء الراشدين الأربعة (ص/١٢٤).

(٢) سبق تخريجه في (١/٣٧٦).

(٣) سبق تخريجه في (١/٣٧٧).

فعمرو رضي الله عنه رأى أن المصلحة في زمانه لا تتحقق إلا بإمضاء هذا الطلاق ثلاثاً، وقد كان يرى قبل ذلك تحقق المصلحة في جعله واحدة كما كان عليه الأمر في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر، ولذا عمل به في أول خلافته، وهذا من تحقيق المناط^(١).

١٠ - أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه منع من الزواج بالكتابات في عهده، وأمر بعض الصحابة بمفارقتهم، مع أن ذلك مباح في الأصل، فقد أحل الله نكاحهن بقوله: ﴿أَلْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ الْطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْحَمَّاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْحَمَّاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذْ آتَيْنَهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحْصَيْنَ غَيْرَ مُسْفِحِينَ﴾^(٢).

فعمرو رضي الله عنه خالف الأصل في حكم هذه المسألة وتغير رأيه في تطبيقه لما يترتب على تجويز نكاحهن في عهده وإبقائه على هذا الأصل من الأضرار والمفاسد، حيث رأى إقبال كثير من المسلمين تحت ظروف الحروب والفتوحات على الزواج بالكتابات، فخشى من انتشار العنوسة بين المسلمات، وأن يترك نكاحهن ميلاً إلى جمال نساء أهل الكتاب، كما خشى من الوقوع في نكاح المومسات منهن فتختلط الأنساب ويضيع الأولاد وتفسد الأخلاق، وفي ذلك فساد كبير.

فهو رأى أن مناط الحكم بأصل الإباحة لم يتحقق، حيث علم أن تجويز الشارع للزواج منهن لم يشرع ليؤدي إلى هذه النتائج الممنوعة والمآلات المحذورة، فحسم مادة الفساد وتلافى هذه المحاذير من خلال منعه من الزواج بهن جلباً للمصالح، ودفعاً للمفاسد التي

(١) انظر: الطرق الحكمية (١/٢٣)، وإعلام الموقعين (٣/٣٦).

(٢) جزء من الآية (٥) من سورة المائدة.

يفضي إليها استمرار العمل بأصل الإباحة^(١).

١١ - أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه تغير اجتهاده في صلاة التراويح، حيث أمر بجمع الناس فيها على قارئ واحد^(٢)، بخلاف ما كان عليه الحال في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وصدر من خلفته، حيث كانوا يصلون أوزاعاً متفرقين، لا يجتمعون على إمام يصلي بهم خشيةً من أن تفرض عليهم، فقد أخرج البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها: (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى في المسجد ذات ليلة، فصلى بصلاته ناس، ثم صلى من القبلة، فكثر الناس، ثم اجتمعوا من الليلة الثالثة أو الرابعة، فلم يخرج إليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم، فلما أصبح قال: (قد رأيت الذي صنعتم، فلم يمنعني من الخروج إليكم إلا أني خشيت أن تفرض عليكم) قالت: وذلك في رمضان^(٣).

فعمرو رضي الله عنه حين أمر بجمع الناس في صلاة التراويح على قارئ واحد رأى أن العلة التي لأجلها ترك النبي صلى الله عليه وسلم جمعهم في التراويح على إمام واحد، وترك الخروج إليهم في الليلة الثالثة أو الرابعة لأجلها قد زالت، فاجتهاد عمر في هذه المسألة وتغير رأيه فيها إنما هو لأجل تحقيق المناط؛ وذلك أن ترك النبي صلى الله عليه وسلم جمع الناس في التراويح إنما كان خشية أن تفرض عليهم، وقد زال هذا الأمر بانقطاع الوحي لوفاته صلى الله عليه وسلم، فلذلك جمعهم عمر لعدم تحقق مناط الخشية^(٤).

(١) انظر: المناط في أصول الفقه (ص/١٥٦)، واعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات للسنوسي (ص/٢٦٢، ٤٠٧)، ومباحث في أحكام الفتوى (ص/٩١)، واجتهاد الخلفاء الراشدين الأربعة (ص/٩٤، ٩٥)، والنص الإسلامي بين الاجتهاد والجمود والتاريخية للدكتور محمد عمارة (ص/٦٢-٦٤).

(٢) سبق تخريجه في (١/٤٠٨).

(٣) سبق تخريجه في (١/٣٢٧).

(٤) انظر: فتح الباري (٤/٣١٧)، واقتضاء الصراط المستقيم (٢/٩٧)، والمواقفات (٣/٢٦٠).

١٢ - أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه درأ الحد عن سرق في عام المجاعة^(١)، حيث أوقف القطع في هذا العام، ورأى أن الحد لم يشرع إلا لما فيه من كبت العدوان والبغي على حقوق الناس، ولما فيه من معاني الردع والزجر، أما في تلك الأحوال الصعبة والظروف العصيبة، وهو عام المجاعة، فإن الحكم بإقامة الحد لن يحقق المقصد من تشريعه، وسيؤدي إلى أن تُقطع أيدي كثير من المسلمين الذين ألجأهم الضرورة إلى السرقة، حيث إن عام المجاعة غلبت على الناس فيه الحاجة والضرورة، فلا يكاد يسلم السارق من ضرورة تدعوه إلى ما يسدّ به رمقه، ولذلك درأ عمر رضي الله عنه الحد عن سرق في هذا العام لعدم تحقق مناط القطع^(٢)، ولهذا نبه ابن القيم إلى أن حكم القطع باق لمن توافرت فيه شروط القطع حتى في عام المجاعة، حيث يقول: (نعم إذا بان أن السارق لا حاجة به، وهو مستغن عن السرقة فُقطع)^(٣).

١٣ - أن عثمان بن عفان رضي الله عنه تغير اجتهاده في حكم التقاط ضوال الإبل، حيث أمر بالتقاطها وعدم تركها، على خلاف ما كان عليه الحال زمن النبي صلى الله عليه وسلم وصاحبيه، وعلى خلاف النهي الثابت عن النبي صلى الله عليه وسلم في هذه المسألة، وذلك فيما رواه البخاري عن زيد بن خالد الجهني أنه سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن ضالة الإبل، فقال: (مالك ولها، معها حذاؤها وسقاؤها، ترد الماء وتأكل الشجر)^(٤).

(١) سبق تخريجه في (١/٣٨١).

(٢) انظر: إعلام الموقعين (٣/١١، ١٢)، واعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات (ص/٤٢٢، ٤٢٣).

(٣) إعلام الموقعين (٣/١٢).

(٤) سبق تخريجه في (١/٣٩٣).

فالحديث نصٌّ في دلالة على المنع من التقاط ضالة الإبل، وقد جرى الأمر على ذلك زمن النبي ﷺ وأبي بكر وعمر رضي الله عنهم، ولما جاء زمن عثمان رضي الله عنه شاهد تغير حال الناس وفسادهم، وتغير ذمهم ونفوسهم، حيث انتشر في عهده التقاط الضوال، وكثُر من لا يعف عن أخذها، مما جعله يغير الحكم في هذه المسألة، إذ لو تركت هذه الضوال، لامتدت إليها أيدي السُّراق، ولضاعت أموال الناس، فرأى أن العلة التي لأجلها منع النبي ﷺ من التقاطها قد زالت، وأنه لم يتحقق مناط المنع في زمنه، فأمر بالتقاطها وتعريفها، ثم بيعها، فإذا جاء صاحبها أعطي ثمنها^(١).

فقد روى الإمام مالك: (أن ضوأل الإبل كانت في زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه إبلاً مؤبلة تنائج لا يمسها أحد، حتى إذا كان زمان عثمان بن عفان رضي الله عنه أمر بتعريفها ثم تباع، فإن جاء صاحبها أعطي ثمنها)^(٢).

١٤ - أن عائشة رضي الله عنها رأت منع النساء من الخروج إلى المساجد، مع أن الأصل جواز خروجهن، بل ورد النهي عن منعهن بقوله رضي الله عنه: (لا تمنعوا إماء الله مساجد الله)^(٣)، ويقوله رضي الله عنه: (إذا استأذنت أحدكم امرأته إلى المسجد فلا يمنعها)^(٤)، وقد كنَّ يخرجن إلى المساجد في زمن النبي رضي الله عنه، لكن عائشة رضي الله عنها شاهدت تغير الأحوال، وأن النساء

(١) انظر: المنتقى للباقي (١٤٣/٦)، واجتهاد الخلفاء الراشدين الأربعة فيما لا نص فيه وأثره في اختلاف الفقهاء (ص/١٨٤)، ومباحث في أحكام الفتوى (ص/٩٧)، وتعليل الأحكام لشليبي (ص/٤١).

(٢) سبق تخريجه في (١/٣٩٣).

(٣) سبق تخريجه في (١/٤٠٥).

(٤) سبق تخريجه في (١/٤٠٥).

في زمنها قد أحدثن ما لم يكن في عصر النبي ﷺ من التستر والبعد عن الرجال، ورأت أن خروجهن إلى المساجد يفضي إلى وقوع الفتنة^(١)، فقدّرت أن العلة التي لأجلها نهى النبي ﷺ عن منعهن من الخروج إلى المساجد لم تتحقق في زمنها، ولذلك قالت: (لو أدرك رسول الله ﷺ ما أحدث النساء لمنعهن المسجد كما منعت نساء بني إسرائيل)^(٢).

يقول الزرقاني - معلقاً على كلام عائشة واجتهادها في هذه المسألة - : «واستنبط من قول عائشة أنه يحدث للناس فتاوى بقدر ما أحدثوا كما قال مالك، وليس هذا من التمسك بالمصالح المباشرة للشرع كما توهمه بعضهم، وإنما مراده كمراد عائشة: أن يحدثوا أمراً تقتضي أصول الشريعة فيه غير ما اقتضته قبل حدوث ذلك الأمر، ولا غرو في تبعية الأحكام للأحوال»^(٣).

١٥ - أن ابن عباس رضي الله عنهما تغيرت فتواه في توبة القاتل لأجل تحقيق المناط، فقد كان يفتي بأن للقاتل توبة، ولما جاءه رجل وسأله: (لمن قتل مؤمناً توبة؟ قال: لا، إلا النار، فلما ذهب قال له جلساؤه: ما هكذا كنت تفتينا، كنت تفتينا أن لمن قتل مؤمناً توبة مقبولة، فما بال اليوم؟ قال: (إني أحسبه رجلاً مغضباً يريد أن يقتل مؤمناً). قال: فبعثوا في أثره فوجدوه كذلك)^(٤).

فابن عباس رضي الله عنهما تغيرت فتواه في حق هذا السائل لما رأى في عينيه الغضب، فغلب على ظنه أنه عازم على القتل، ويريد فتوى تفتح له باب التوبة، فرأى أن يسدّ عليه هذا الباب، وقدّر عدم تحقق مناط الإفتاء بقبول التوبة في حقه، وهذا من تحقيق المناط الخاص.

(١) انظر: الموافقات (٣/ ٢٨٩)، وقاعدة العادة محكمة للدكتور يعقوب الباسين (ص/ ٧٨).

(٢) سبق تخريجه في (١/ ٤٠٥).

(٣) شرح الزرقاني على الموطأ (٢/ ١٠).

(٤) سبق تخريجه في (١/ ٣٨٢).

١٦ - أن الإمام أبا حنيفة تغير اجتهاده في حكم القراءة في الصلاة بغير اللغة العربية، حيث كان يفتي في أول عهد الفرس بالإسلام، وصعوبة نطقهم بالعربية بجواز أن يقرأ الواحد منهم في الصلاة بالفارسية، ولما لانت ألسنتهم بالعربية رجع عن هذه الفتوى، ورأى أنه لا يجوز أن يقرأوا في الصلاة بغير اللغة العربية.

فكانت فتواه الأولى لأجل الضرورة، ولما انتفت الضرورة وسهلت عليهم القراءة بالعربية ترك الإفتاء بالجواز لعدم تحقق مناط الحكم به^(١).

١٧ - كما أفتى أبو حنيفة بجواز إعطاء بني هاشم من الزكاة، مع ورود الحديث بالمنع من دفع الزكاة إليهم، كما في قوله عليه السلام: (إن الصدقة لا تنبغي لآل محمد، إنما هي أوساخ الناس)^(٢)، وقوله عليه السلام: للحسن بن علي رضي الله عنه: (أما علمت أنا لا نأكل الصدقة)^(٣).

ومع هذا المنع رأى أبو حنيفة جواز إعطائهم من الزكاة، إذا خلا بيت المال، أو كان غير منتظم بسبب جور الحكام وفسادهم، وضاع حق الهاشميين منه، دفعاً للضرر عنهم وحفظاً لهم من الفقر؛ لأن الأصل في بني هاشم أن يأخذوا حقهم من بيت المال، وهو نصيبهم من الخمس، وهو سهم ذوي القربى المنصوص عليه في قوله تعالى: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسُهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ...﴾^(٤)، فإذا حُرِّموا من نصيبهم وكانوا فقراء لحقهم الضرر والخرج، ولأجل ذلك أفتى أبو حنيفة بجواز إعطائهم من الزكاة لما لم يتحقق مناط المنع من إعطائهم^(٥).

(١) انظر: الهداية (٤٧/١)، وتبيين الحقائق (١١٠/١، ١١١).

(٢) سبق تخريجه في (١٦٣/٢).

(٣) سبق تخريجه في (١٦٣/٢).

(٤) جزء من الآية (٤١) من سورة الأنفال.

(٥) انظر: شرح معاني الآثار للطحاوي (١١/٢)، وفتح القدير لابن الهمام (٢٧٢/٢).

١٨ - أن الإمام مالكاً تغير اجتهاده في حكم بيع اللحم النيء بالقديد، فكان يجيزه مطلقاً كبيع الخبز بالخبز، واللحم باللحم، والبيض بالبيض، ثم رجع عن ذلك، وقال بمنعه وأنه لا خير فيه إلا للحاجة، واستقر رأيه على جوازه عند الحاجة، ولما سئل عن ذلك منع منه، لأنه لا حاجة تدعو الناس إلى ذلك، فلم يتحقق عنده مناط الحكم بالجواز^(١).

١٩ - وتغير اجتهاده في حكم من وطئ بعد يوم عرفة وقبل رمي جمرة العقبة، حيث كان يرى فساد حجه، وأن عليه المضي فيه، والهدي، والحج من قابل قضاءً، ثم رجع عن ذلك، ورأى أن حجه صحيح، ولكن عليه عمرة وهدياً^(٢)، حيث تنبه إلى أنه لم يتحقق مناط إفساد الحج بالوطء، ذلك أن الوطء المفسد للحج هو ما كان قبل عرفة، أما هنا فإن الوطء حصل بعدها، فكان كما لو أنه وطئ بعد الرمي^(٣).

٢٠ - وتغير اجتهاد الإمام مالك في حنث من حلف بحرية عبده إن لم يمثل أمره، وصورة هذه المسألة: أن يحلف مالك عبد أن يعمل له عملاً، كأن يأتيه في مكان كذا، أو في وقت كذا، وإلا فهو حر، سواء علم العبد بذلك الحلف مشافهة من السيد أو بواسطة، فهل تعد مخالفة العبد لأمر سيده في تلك الحال موجبة لحنث السيد وعتق العبد، أو لا؟ كان الإمام مالك يرى أنه لا حنث على السيد إن تواني العبد ولم يمثل أمره، ثم رجع عن هذا القول، ورأى أنه يحنث بتوانيهِ وعدم ائتماره بأمره^(٤).

(١) انظر: المدونة (٤/١١٠)، والمتقى للباجي (٤/٢٤٥)، والمسائل الفقهية التي رجع فيها الإمام مالك في غير العبادات (ص/٢٥٩).

(٢) انظر: الاستذكار (١٢/٢٩٠)، والبيان والتحصيل (٣/٤٠٠، ٤٠١) و(١٧/٦٢٣).

(٣) انظر: الاستذكار (١٢/٢٩٠).

(٤) انظر: البيان والتحصيل (١٤/٥٤٧).

وسبب تغير اجتهاده في هذه المسألة أنه كان لا يرى الحنث؛ إعمالاً لقصد الخالف ونيته، ثم تنبه إلى أن ظاهر لفظ اليمين يقتضي أن يحنث، وأن مناط الحنث متحقق، فعول على لفظ هذا الحلف بعد أن كان يعتبر معناه^(١).

٢١ - كما تغير اجتهاد الإمام مالك - أيضاً - في حكم التكفير بالأعرج، فقد كان يرى عدم إجراء إعتاق الأعرج عرجاً خفيفاً في كفارة اليمين، ثم رجع عن هذا القول، ورأى أنه يجزئ^(٢).

ولعل سبب رجوعه عن رأيه في هذه المسألة هو تحقيق المناط في العرج، فقد كان يرى أنه من العيوب المؤثرة على القيمة والعمل تأثيراً بيئياً، ولذلك رأى عدم إجزائه في كفارة اليمين، ثم تبين بالمشاهدة أو الإخبار أن العرج ليس بذي تأثير بالغ على أي من الأمرين، فقال بإجزائه^(٣).

٢٢ - ما وقع من تغير اجتهاد شيخ الإسلام ابن تيمية في مسألة إنكار المنكر في حادثة خاصة، حين مرّ في زمن التتار بقومٍ منهم يشربون الخمر، حيث أنكر عليهم من كان معه، فمنعهم من الإنكار، وقال لهم إن الله تعالى إنما حرم الخمر لأنها تصدّ عن ذكره وعن الصلاة، وهؤلاء يصدّهم الخمر عن قتل النفوس وسبي الذرية وأخذ الأموال فاتركوهم وشأنهم^(٤).

(١) انظر: البيان والتحصيل (١٤/٥٤٨، ٥٤٩)، والمسائل الفقهية التي رجع فيها الإمام مالك - قسم

العبادات (ص/٣٤٧، ٣٥٠).

(٢) انظر: المدونة (٢/١٢٤)، والمنتقى (٣/٢٥٥).

(٣) انظر: المسائل الفقهية التي رجع فيها الإمام مالك - قسم العبادات (ص/٣٥٤).

(٤) انظر: إعلام الموقعين (٣/٥).

فهنا تغير اجتهاد شيخ الإسلام ورأى عدم تطبيق شعيرة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في حق هؤلاء لعدم تحقق مناط الإنكار في هذه الحالة، إذ الأصل في الإنكار أن يؤدي إلى مصلحة، فإذا كان يفضي إلى مفسدة أكبر مما يحقق من المصلحة فإنه يترك، دفعاً لهذه المفسدة.

وقد صرح شيخ الإسلام - في موضع آخر - بأن الاجتهاد يتغير في تطبيق الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، فيترك ذلك إذا كانت مفسدته أرجح من مصلحته، وذلك بقوله: «وإذا كان الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر من أعظم الواجبات أو المستحبات لا بد أن تكون المصلحة فيها راجحة على المفسدة... فحيث كانت مفسدة الأمر والنهي أعظم من مصلحته لم يكن مما أمر الله به، وإن كان قد تُرك واجبٌ وفُعل محرم»^(١)، وهذا من تغير الاجتهاد لأجل تحقيق المناط.

كما بين ذلك ابن القيم؛ حيث ذكر أن الهدف من الإنكار نقل صاحب المنكر إلى حالة أحسن مما هو عليها، فإن كان سبباً في نقله إلى حالة أسوأ لم يجز حينئذٍ، ومما قال في ذلك ما نصه: «فإذا رأيت أهل الفجور والفسوق يلعبون الشطرنج كان إنكارك عليهم من عدم الفقه والبصيرة، إلا إذا نقلتهم إلى ما هو أحب إلى الله ورسوله، كرمي النشاب وسباق الخيل ونحو ذلك، وإذا رأيت الفساق قد اجتمعوا على لهو ولعب وسماع مكاء وتصدية، فإن نقلتهم عنه إلى طاعة الله فهو المراد، وإلا كان تركهم على ذلك خيراً من أن تفرغهم لما هو أعظم من ذلك، فكان ما هم فيه شاغلاً لهم عن ذلك. وكما إذا كان الرجل مشتغلاً بكتب المجون ونحوها، وخُفت من نقله عنها انتقاله إلى كتب البدع والضلال والسحر فدَعُهُ وكتبه الأولى»^(٢).

(١) الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر (ص/ ٢٨).

(٢) إعلام الموقعين (٣/ ٥).

المبحث الثاني تغير الاجتهاد بسبب عموم البلوى

وتحت تمهيد ومطلبان:

التمهيد

حقيقة عموم البلوى

أولاً: التعريف اللغوي:

عموم البلوى مصطلح مركب من كلمتين، وهما "عموم" و"بلوى" وليبان معنى هذا المصطلح لابد من بيان معنى ما تركب منه، وهما هذان الجزآن، وذلك كما يأتي:
العموم في اللغة: الشمول، والعام: الشامل؛ يقال: «عمّمهم بالعطية» أي: شملهم بها، و«عمّمهم الأمر يعمّمهم عموماً»: شمل الجماعة.

كما يقال: «مطر عام» أي: شمل الأمكنة كلها، و«خصب عام» أي: عمّ الأعيان ووسع البلاد، ويقال: «نخلة عميمة وعماء» أي: طويلة، و«نخيل عمّ» إذا كانت طوالاً^(١).
يقول ابن فارس: «العين والميم أصل صحيح واحد يدل على الطول والكثرة والعلو»^(٢).

والبلوى في اللغة: تطلق على معان متعددة، أهمها:

١ - الاختبار والامتحان: يقال: «بلوت الرجل بلوؤاً، وبلاءً، وابتليته»، بمعنى اختبرته وجربته وامتحنته^(٣).

(١) انظر: مادة "عمّ" في مقاييس اللغة (٤/١٥، ١٦، ١٨)، والصحاح (٥/١٩٩٢، ١٩٩٣)، ولسان العرب (١٢/٤٢٥، ٤٢٦)، ومختار الصحاح (ص/٤٥٦)، والقاموس المحيط (٤/١٥٤، ١٥٥).

(٢) مقاييس اللغة (٤/١٥) مادة "عمّ".

(٣) انظر: مادة "بلوى" في مقاييس اللغة (١/٢٩٢)، ومادة "بلا" في الصحاح (٦/٢٢٨٥)، ولسان العرب (١٤/٨٣) ومادة "بلي" في القاموس المحيط (٤/٣٠٥).

٢- الإخبار والإعلام: يقال: «أبلى»، بمعنى أخبر، و«يليك» أي يخبرك، و«ابتليته فأبلائي» أي استخبرته فأخبرني، و«أبلي كذا» أي أخبرني^(١).

٣- الإخلاق: يقال: «بلي الثوب يبلى بلى وبلاء» بمعنى خَلِقَ، و«بلي الميت» إذا أفنته الأرض^(٢).

يقول ابن فارس: «الباء واللام والواو والياء أصلان: أحدهما: إخلاق الشيء، والثاني: نوع من الاختبار، ويحمل عليه الإخبار أيضاً»^(٣).

ثانياً: التعريف الاصطلاحي:

عموم البلوى يراد به شيوع الشيء وانتشاره بحيث يصبح من العسير الاحتراز منه أو الاستغناء عنه، فيجوز حينئذٍ للمكلف التلبس به، تيسيراً وتسهيلاً وتوسعة عليه، لحفظ المصالح، ودفع الضرر والخرج^(٤)، ولذلك عُرِّفَ عموم البلوى بأنه: «شمول وقوع الحادثة، مع تعلق التكليف بها، بحيث يعسر احتراز المكلفين أو المكلف منها، أو استغناؤهم عن العمل بها إلا بمشقة زائدة تقتضي التيسير والتخفيف، أو بحيث يحتاجون إلى معرفة حكمها، مما يقتضي كثرة السؤال عنه واشتغاره»^(٥).

(١) انظر: مادة "بلوى" في مقاييس اللغة (١/٢٩٤)، ومادة "بلا" في لسان العرب (١٤/٨٤)، ومادة "بلي" في القاموس المحيط (٤/٣٠٥).

(٢) انظر: مادة "بلوى" في مقاييس اللغة (١/٢٩٢)، ومادة "بلا" في تهذيب اللغة (١٥/٣٩٠)، والصحاح (٦/٢٢٨٥)، ولسان العرب (١٤/٨٥)، والمفردات في غريب القرآن (ص/٦١)، والمصباح المنير (١/٧٨).

(٣) مقاييس اللغة (١/٢٩٢) مادة "بلوى".

(٤) انظر: رفع الخرج في الشريعة الإسلامية للدكتور يعقوب الباحسين (ص/٤٣٥)، وتصرفات المكلف عند العسر وعموم البلوى وعلاقتها بالضرورة لإلياس دردور (ص/٢٥).

(٥) عموم البلوى لمسلم الدوسري (ص/٦١) بتصرف.

ويظهر مما سبق أن لعموم البلوى صورتين:

الأولى: ميسس الحاجة في عموم الأحوال، بحيث يعسر الاستغناء عنه إلا بمشقة زائدة.

والثانية: شيوع الوقوع والتلبس، بحيث يعسر على المكلفين أو المكلف الاحتراز عنه أو الانفكاك منه إلا بمشقة زائدة.

ففي الصورة الأولى ابتلاء بميسس الحاجة، وفي الثانية ابتلاء بمشقة الدفع^(١). كما أن عموم البلوى قد يعرض لجميع المكلفين أو كثير منهم، وقد يعرض للمكلف الواحد، ومرجع ذلك إلى كيفية وقوع سبب عموم البلوى، حيث إن الحادثة التي تعم بها البلوى قد تقع لجميع المكلفين أو لكثير منهم في حال واحدة أو في جميع أحوالهم، وقد تقع لمكلف واحد في جميع أحواله^(٢).

وإذا تبين ذلك فإن عموم البلوى أحد الأسباب المؤثرة في اختلاف الأحكام وتغير الفتاوى والاجتهاد، وبيان ذلك في المطلب التالي.

المطلب الأول

وجه كون عموم البلوى سبباً لتغير الاجتهاد

إن تغير الاجتهاد لأجل عموم البلوى يتبين من خلال الآتي:

أولاً: بالنظر إلى الأسباب المؤدية إلى عموم البلوى، سواء أكانت أسباباً عامة أم خاصة، أما الأسباب العامة فأهمها ما يلي^(٣):

(١) انظر: رفع الحرج في الشريعة الإسلامية للدكتور صالح بن حميد (ص/٢٦٢).

(٢) انظر: عموم البلوى (ص/٦٢).

(٣) انظر: عموم البلوى لمسلم الدوسري (ص/٧١-١٣٧).

١ - صعوبة الشيء وعسر التخلص منه:

أي أن الفعل الذي ارتبط به التكليف يتضمن أمراً يصعبُ دفعه والتخلص منه لأداء الفعل المكلف به والقيام به، مما يقتضي عدم اعتبار ذلك الأمر في التكليف بذلك الفعل. ومن أمثلة ذلك: طين الشوارع؛ حيث يعسر التخلص منه، ويصعب الاحتراز عنه في ملابسته لثياب المكلفين، مع تضمينه للنجاسة في الغالب، ومع ذلك تصح الصلاة معه، ويعنى عن تلك النجاسة^(١).

٢ - تكرار الشيء:

ومعناه: أن يتعدد وقوع الفعل أو الحال لعموم المكلفين في عموم أحوالهم، أو للمكلف الواحد في عموم أحواله، بحيث يلزم من التكليف معه عسر احتراز منه، أو عسر استغناء عن العمل به.

ومن أمثلة ذلك: مسّ المصحف من قبل الصبيان للتعلم، حيث إنه مما يتكرر وقوعه، فلو التزم الأولياء بأمر الصبيان بالوضوء، وكُلّفوا بذلك، لشق عليهم، حيث يعسر احتراز الصبيان عن مس المصحف، فأبيح للأولياء ترك أمر الصبيان بالوضوء عند إرادة مس المصاحف إذا كان من أجل التعلّم^(٢).

٣ - شيوع الشيء وانتشاره:

والمراد به: أن يقع الفعل أو الحال عاماً للمكلفين، أو لطائفة كثيرة منهم في عموم أحوالهم، أو في حال واحدة، بحيث يلزم من التكليف معه عسر احتراز منه، أو عسر استغناء عن العمل به.

(١) انظر: المنتقى (١/٦٤)، ومجموع الفتاوى (٢١/٧٨، ٧٩)، والأشباه والنظائر للسيوطي

(ص/١٦٤)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص/٨٥).

(٢) انظر: المجموع المذهب في قواعد المذهب (١/٣٤٧)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص/١٦٤)،

والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص/٨٦)

ومن أمثلة ذلك: ما شاع وانتشر من اختلاط الهرة بالناس، وملابستها لأوانيهم، فلو قيل بنجاسة سؤرها بحيث يتنجس ما تلبسه، وكُلِّف الناس بغسلها لشق ذلك عليهم، حيث يعسر احترازهم عنها، ولذا حكم بطهارة سؤرها^(١).

٤ - كثرة الشيء وامتداد زمنه:

أي أن يقع الفعل أو الحال متصفاً بالكثرة، أو بامتداد زمن وقوعه، ويكون ذلك عاماً لجميع المكلفين في عموم أحوالهم، أو للمكلف الواحد في عموم أحواله، بحيث يلزم من التكليف معه عسر احتراز منه.

ومن أمثلة ذلك: كثرة وقوع النفاس وامتداد زمنه، فلو كُلفت المرأة بقضاء ما فاتها من الصلوات زمن النفاس، لشقَّ عليها ذلك ووقعت في الحرج، لعسر الاحتراز من النفاس، ولهذا لم تكلف بقضاء ما فاتها من الصلوات في زمنه^(٢).

٥ - يسر الشيء وتفاهته:

ويراد به: وقوع الفعل متصفاً بالقلة من قبل عموم المكلفين في عموم أحوالهم، أو في حال واحدة، أو من قبل المكلف الواحد في عموم أحواله، بحيث يلزم من التكليف معه عسر احتراز منه، أو عسر استغناء عن العمل به.

ومن أمثلة ذلك: صدور العمل اليسير والحركة القليلة من قبل المكلف في أثناء الصلاة مما لا يُعدُّ من جنسها، فهذا مما يصعب الاحتراز منه، فلو حُكِمَ ببطلان صلاة من صدر منه هذا العمل اليسير لشق ذلك على المكلفين، ولذا عفي عن ذلك في الشرع^(٣).

(١) انظر: المنتقى (١/٦٢)، والمجموع للنووي (١/١٤٨) والأشباه والنظائر للسيوطي (ص/١٦٤)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص/٨٥)، وحاشية ابن عابدين (١/٢٢٤)، ورفع الحرج في الشريعة الإسلامية للدكتور صالح بن حميد (ص/٢٦٤)، والمشقة تجلب التيسير (ص/٢٣٤).

(٢) انظر: المغني (١/٤٣٢).

(٣) انظر: المنشور في القواعد للزرركشي (١/١٢٢) و(٢/٥٥، ٥٦)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص/١٧٢).

٦- الضرر:

ويراد به: أن يقع الفعل أو الحال مشتملاً على ضرر عام للمكلفين في عموم أحوالهم، أو في حال واحدة، أو للمكلف الواحد في عموم أحواله، بحيث يلزم من التكليف معه عسر احتراز منه أو عسر استغناء عن العمل به.

ومن أمثلة ذلك: أن البقاء على الزوجية عند التنافر بين الزوجين فيه ضرر عليهما، لو قيل بلزومه، ولذا شرع الطلاق والخلع؛ دفعاً لهذا الضرر^(١).

٧- الضرورة:

ويراد بهذا السبب: أن يقع الفعل أو الحال لأجل الضرورة من قبل جميع المكلفين في عموم أحوالهم، أو في حال واحدة، أو من قبل المكلف الواحد في عموم أحواله، بحيث يعسر الاحتراز منه أو الاستغناء عن العمل به.

ومن أمثلة ذلك: أن القاضي قد يضطر إلى قبول شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال غالباً، كعيوب النساء تحت الثياب، والحيض، وانقضاء العدة، والحمل، والرضاع، والولادة، ونحوها، فلو قيل بعدم قبول شهادة النساء في هذه الأمور لضاعت مصالح الناس وحقوقهم، وشق ذلك عليهم، ولذا جاز الحكم بشهادتهن في مثل تلك الأحوال، دفعاً لحاجة الناس، ورفعاً للضرر عنهم^(٢).

وبعد فهذه هي الأسباب العامة لعموم البلوى، وهناك أسباب خاصة، منها ما يرجع إلى المكلف ككبر سنه، أو مرضه مرضاً لا يرجى برؤه، ومنها ما يرجع إلى الفعل، كحاجة الناس إلى معاملة معينة، ومنها ما يرجع إلى الأحوال، كالخطر والثلج والوحل^(٣).

(١) انظر: المجموع المذهب في قواعد المذهب (١/٣٦٧)، والقواعد للحصني (١/٣٢٥)، والأشباه

والنظائر للسيوطي (ص/١٦٦)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص/٨٩).

(٢) انظر: المغني (١٠/١٦١)، والطرق الحكمية (ص/٢٣٧).

(٣) انظر الأسباب الخاصة لعموم البلوى في: عموم البلوى لمسلم الدوسري (ص/١٤٤-١٧٣).

وبالنظر إلى هذه الأسباب، سواء أكانت عامة أم خاصة نجد أنها في الجملة تعود إلى اضطراب الناس إلى شيء معين، أو اشتداد حاجتهم إليه، وعسر استغنائهم عنه، أو عسر التخلص منه، أو وقوع الفعل أو الحال مشتملاً على ضرر عام للمكلفين في عموم أحوالهم، أو في حال واحدة، أو للمكلف الواحد في عموم أحواله، بحيث يلزم من التكليف معه عسر احتراز منه، أو عسر استغناء عن العمل به.

وقد تضافرت النصوص من الكتاب والسنة في الدلالة على وجوب مراعاة حال الضرورة، والحاجة العامة، ووقوع الضرر، ولا يتسع المقام لبسطها وبيانها، كما أنها من الأسباب التي أجمع العلماء على الترخص لأجلها.

وإذا كانت الضرورة والحاجة ووقوع الضرر قد أوجبت الشريعة مراعاتها والترخص لأجلها وتغيير الحكم بسببها، وهي أسباب لحصول البلوى وعمومها، فحينئذ يكون عموم البلوى سبباً من أهم أسباب تغير الاجتهاد والفتوى، نظراً إلى أسبابه المؤدية إليه.

ثانياً: أن عموم البلوى أحد أسباب المشقة الجالبة للتيسير، فهو داخل تحت القاعدة الكبرى: «المشقة تجلب التيسير»^(١) التي قررها الفقهاء واتفقوا عليها، فهذه القاعدة تقتضي أنه إذا حصلت المشقة في أمرٍ فإنه يثبت فيه تخفيف من الشارع، وللمشقة أسباب معتبرة، فإذا وُجد أحد تلك الأسباب حصل التخفيف عنده^(٢)، وتحقق

(١) انظر هذه القاعدة في: المنشور في القواعد (١٦٩/٣)، والقواعد للحصني (٣٠٨/١)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص/١٦٠)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (٣٢/١)، وشرح القواعد الفقهية (ص/١٥٧)، ورفع الحرج في الشريعة الإسلامية للدكتور يعقوب الباحسين (ص/٤٢٣) والمشقة تجلب التيسير للدكتور صالح اليوسف، وقاعدة المشقة تجلب التيسير للدكتور يعقوب الباحسين.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص/١٦٢-١٦٧)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص/٩٣).

وجود أحد هذه الأسباب يعتبر ضابطاً لوقوع المشقة^(١)، فإن من المشاق ما ينضبط بحصول أسبابه.

وعموم البلوى أحد هذه الأسباب التي يخفف عندها، ويعتبر تحققه ضابطاً لحصول المشقة، ومن هنا اعتبره الفقهاء وعملوا على مراعاته، وجعلوا التخفيف عنده داخلاً تحت قاعدة: «المشقة تجلب التيسير»، ولذا فإن من الفقهاء من عبّر عن دخول عموم البلوى تحت هذه القاعدة الكبرى بما يمكن اعتباره قاعدة من القواعد المدرجة تحتها، وذلك بقولهم: «ما عمّت بليته خفّت قضيتّه»^(٢)، وفي ذلك تصريح بأن ما عمّت به البلوى يقتضي التيسير والتخفيف.

كما عبّروا عن ذلك بقولهم: «إن ما عمّ وإن خفّ ينزل منزلة ما يثقل إذا اختص»^(٣)، إذ فيه إشارة إلى أن عموم التلبس بالمشقة وإن كانت خفيفة يعتبر بمنزلة التلبس بالمشقة الشديدة إذا كانت خاصة، ففي ذلك اعتبار عموم البلوى سبباً في التخفيف والتيسير؛ لأنه يستند إلى عموم المشقة خفيفة كانت أو شديدة^(٤).

وقد توافرت الأدلة وتضافرت في الدلالة على اعتبار عموم البلوى من أسباب التيسير باعتباره متضمناً للمشاقّ الجالبة له، سواء أكانت هذه الأدلة مما ورد في تصرفات الرسول ﷺ، قولاً أو فعلاً أو إقراراً، مما يمكن أن يستند إليه في اعتبار التلبس بما تعم به البلوى سبباً في التيسير، أم كانت مما ورد في تصرفات الصحابة والتابعين، سواء بالقول أم بالفعل

(١) انظر: رفع الحرج في الشريعة الإسلامية للدكتور يعقوب الباسين (ص/ ٤٢٤).

(٢) بدائع الصنائع (١/ ٨١)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص/ ٩٣).

(٣) الأشباه والنظائر لابن الوكيل (٢/ ٣٧٢)، والأشباه والنظائر لابن الملقن (٢/ ٣٤٨).

(٤) انظر: عموم البلوى (ص/ ٣٢٤).

منهم جميعاً، أو من بعضهم مع سكوت بقيتهم في حوادث عدة، مما يثبت به انعقاد إجماعهم على اعتبار عموم البلوى سبباً للتيسير^(١).

ثالثاً: أن التكليف بما تعم به البلوى يعتبر من أسباب الضرر الواجب إزالته، ويدل على ذلك عموم الأدلة الدالة على وجوب رفع الضرر ودفعه، فهي تدلُّ ضمناً على أن ذلك الضرر المتمثل في التكليف في حال عموم البلوى ضرر منفي، وتجب إزالته^(٢).

رابعاً: أن عموم البلوى يعتبر سبباً في نشوء العادة والعرف، الواجب اعتبارهما وتحكيمهما، إذ إنه قائم على تكرر وقوع الحادثة وشيوعه وانتشاره، كما يقوم على وجود الحاجة إلى التعامل بمعاملة معينة، أو الاضطرار إلى شيء معين، وكل هذا فيه تكرار، والتكرار سبب نشوء العادة، وبهذا يتبين أن اعتبار ما تعم به البلوى يُعدُّ اعتباراً للعرف والعادة^(٣)، وإذا كان الأمر كذلك فإن عموم البلوى يعتبر سبباً من أسباب تغير الاجتهاد، كما أن العرف والعادة كذلك.

ومما تقدم يتبين أن مراعاة عموم البلوى أمرٌ مقررٌ عند الفقهاء والمجتهدين، سواء أكان ذلك على سبيل الابتداء، بحيث يترتب على اعتباره إنشاء حكم مبتدأ، أم على سبيل الطروء، بحيث يترتب على اعتباره تغيير حكم سابق.

يقول ابن العربي: «إذا كان الحرج في نازلةٍ عاماً في الناس، فإنه يسقط»^(٤).

(١) انظر: عموم البلوى (ص/ ٣٢٥-٣٣٧).

(٢) انظر: المرجع السابق (ص/ ٣٧٠).

(٣) انظر: المرجع السابق (ص/ ٣٨٩).

(٤) أحكام القرآن (٣/ ٣١٠).

ويقول العز بن عبد السلام: «لو عمّ الحرام في الأرض بحيث لا يوجد فيها حلال جاز أن يستعمل من ذلك ما تدعو إليه الحاجة، ولا يقف تحليل ذلك على الضرورات؛ لأنه لو وقف عليها لأدى إلى ضعف العباد، واستيلاء الكفر على بلاد الإسلام، ولانقطع الناس عن الحرف والصنائع والأسباب التي تقوم بمصالح الأنام»^(١).

والذي يعيننا هنا هو الحالة الثانية، وهي ما كانت مراعاة عموم البلوى على سبيل الطرء، بحيث يترتب على اعتباره تغيير حكم سابق؛ لأن هذه الحال يتمثل فيها تغير الاجتهاد بسبب عموم البلوى.

فإذا ثبت أن عموم البلوى أحد الأسباب الجالبة للتيسير باعتباره متضمناً للمشقة، وأن التكليف به من أسباب الضرر الذي تجب إزالته، كما أنه يعتبر سبباً لنشوء الأعراف والعادات الواجب تحكيمها وتغير الحكم بتغيرها، تقرر كونه سبباً لتغير الاجتهاد؛ لأن الفتوى بالتيسير بسبب عموم البلوى بعد حصول المشقة، أو بدفع الضرر أو رفعه المتمثل في التكليف به، أو الفتوى بجواز العمل بما عمت به البلوى باعتباره من قبيل العادة المحكمة هو تغير في الاجتهاد.

فالمجتهد حين يجتهد في حكم المسألة أو الحادثة ويفتي فيها بالمنع مثلاً، ثم يجد أن هذه المسألة قد عمّت بها البلوى؛ حيث كثر سؤال الناس عنها لشدة حاجتهم إليها وعسر استغنائهم عنها، أو لعسر احترازهم منها إلا بمشقة كبيرة، وكان الأمر فيها متعلقاً بحاجة جميع المكلفين، بحيث لو كُلفوا العمل بما أداه إليه اجتهاده السابق في المنع منها للحقهم الضرر، أو حين يجد أن هذا الأمر قد انتشر العمل به وأصبح عادة وعرفاً مطرداً عند الناس، ويعسر عليهم الاستغناء عنه، فإنه حينئذ يلزمه مراعاة هذه الحال، وإعادة نظره واجتهاده في

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام (٢/١٥٩، ١٦٠).

المسألة، والترخيص للناس لأجل الحاجة العامة، ورفع الحرج عنهم، ودفع الضرر وإزالته، وتحكياً للعرف والعادة، والإفتاء بالجواز والمشروعية مراعاة لعموم البلوى.

وتجدر الإشارة إلى أن المجتهد حين يتغير اجتهاده لأجل عموم البلوى، ويفتي بما يتضمن التيسير والتخفيف، ودفع الضرر أو رفعه، وتحكيم العادة، عليه أن يراعي توافر شروط اعتبار عموم البلوى سبباً للتيسير، وشروط اعتبار التكليف به من قبيل الضرر الواجب إزالته، وكذا شروط اعتباره من قبيل العادة المحكّمة، فعليه النظر في تحقق تلك الشروط في المسألة، حتى يكون اجتهاده مشروعاً ومحققاً للمقاصد الشرعية، فإنه إذا لم يراع ذلك لم يكن متحريراً في اجتهاده، ولَوَقَّعت فتواه في غير موضعها.

أما شروط اعتبار عموم البلوى سبباً للتيسير فهي كما يأتي^(١):

الشرط الأول: أن يكون عموم البلوى متحققاً، لا متوهماً.

الشرط الثاني: ألا يعارض عموم البلوى نصّ شرعي.

الشرط الثالث: أن يكون عموم البلوى من طبيعة الشيء وشأنه، أما إن كان عموم

البلوى ناشئاً من تساهل المكلف في التلبس بالفعل فإنه لا يعتبر سبباً في التيسير.

الشرط الرابع: ألا يتلبس المكلف بما تعم به البلوى بقصد الترخيص، فإن دخل في

الحادثة التي تعم بها البلوى قاصداً حصول الرخصة لم يجز له الترخيص حينئذٍ، ولا يعتبر

عموم البلوى في تلك الحال سبباً في التيسير.

الشرط الخامس: ألا يكون عموم البلوى عبارة عن معصية أو غير مآذون فيه شرعاً،

فإن كان كذلك لم يعتبر سبباً في التيسير، وهذا الشرط يندرج تحت القاعدة الفقهية:

«الرخص لا تناط بالمعاصي»^(٢).

(١) انظر: عموم البلوى (ص/ ٣٣٨-٣٥٢).

(٢) انظر: المنشور في القواعد (٢/ ١٦٨)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص/ ٢٦٠).

الشرط السادس: أن يكون الترخص في حال عموم البلوى مقيداً بتلك الحال، بحيث يزول بزواله، وهذا الشرط يندرج تحت القاعدة الفقهية: «ما جاز لعذرٍ بطل بزواله»^(١).

وأما شرط اعتبار التكليف بعموم البلوى من قبيل الضرر الواجب إزالته فهو ألا يترتب على إزالة الضرر في حال عموم البلوى وقوع ضرر مساوٍ أو أعظم من الضرر السابق؛ لأن الضرر لا يزال بضرر مثله، ولا بما هو أعظم منه من باب أولى، فإن ترتب على إزالة الضرر الحاصل في حال عموم البلوى وقوع ضرر مساوٍ للضرر السابق أو أعظم منه فإنه لا يعتبر التكليف في حال عموم البلوى من قبيل الضرر الذي تجب إزالته^(٢).

وأما شروط اعتبار عموم البلوى من قبيل العادة المحكمة فهي كما يأتي^(٣):

الشرط الأول: ألا يكون في اعتبار عموم البلوى مخالفة لنص شرعي.

الشرط الثاني: أن يكون العمل بما تعم به البلوى باعتباره من قبيل العادة المحكمة مطرداً أو غالباً.

الشرط الثالث: أن يكون العمل بما تعم به البلوى باعتباره من قبيل العادة المحكمة قائماً عند إنشاء التصرف.

الشرط الرابع: ألا يعارض العمل بما تعم به البلوى باعتباره من قبيل العادة المحكمة تصريحاً بخلافه.

فإذا توافرت هذه الشروط كان عموم البلوى من قبيل العادة المحكمة، وأصبح العمل به عرفاً ملزماً.

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص/ ١٧٦)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٣٥)، وشرح القواعد الفقهية (ص/ ١٨٩).

(٢) انظر: عموم البلوى (ص/ ٣٧٥، ٣٧٦).

(٣) انظر: المرجع السابق (ص/ ٣٩٤-٤٠٥).

ومما تقدم تبين أهمية مراعاة المجتهد لشروط اعتبار عموم البلوى، وأهمية نظره في تحققها في المسألة، ليكون تغير اجتهاده لأجل عموم البلوى تغيراً مشروعاً ومحققاً لمقاصد الشارع.

وحين نستقري فتاوى الفقهاء المجتهدين من المتقدمين والمتأخرين نجد أن طائفة منها روعي فيها عموم البلوى، وقُصد منها رفع الحرج وإزالة الضرر، كما نجد طائفة أخرى منها قد رجع فيها الفقهاء وتغير اجتهادهم، فأفتوا في كثير من المسائل بخلاف ما كانوا يفتون به فيها؛ حيث مالوا إلى الجواز والمشروعية بعد أن كانوا يفتون بالمنع؛ لما عمت البلوى بها، وتعلقت بها حاجة الناس، وعسر استغناؤهم عنها أو احترازهم منها، وأصبح التكليف بها يفضي إلى المشقة البالغة والحرج العظيم، فتغير اجتهادهم في تلك المسائل حين رأوا وقوع الضرر والحرج على الناس بالبناء على الفتاوى السابقة، ولذلك أفتوا بما يقتضي التيسير والتخفيف، ويسدُّ حاجة الناس، ويرفع الضرر والحرج عنهم.

وفي المطلب التالي بيان عدد من المسائل والحوادث التي تغير فيها اجتهاد بعض الفقهاء لأجل عموم البلوى.

المطلب الثاني

أمثلة لتغير الاجتهاد بسبب عموم البلوى

من التطبيقات الفقهية التي تغير فيها الاجتهاد واختلفت فيها الفتوى من أجل عموم

البلوى ما يأتي:

١ - أن النبي ﷺ رخص في العرايا - مع عدم جوازها في الأصل؛ لأنها بيع الرطب باليابس - لحاجة الناس إلى هذا التعامل وعدم استغنائهم عنه، فأباحها توسعة عليهم

ودفعاً لحاجتهم^(١)، فقد روى زيد بن ثابت رضي الله عنه: (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص في العرايا أن تباع بخرصها كيلاً)^(٢).

٢ - كما رخص النبي صلى الله عليه وسلم في السلم - مع أنه من بيع المعدوم، وقد نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم بقوله: (لا تبع ما ليس عندك)^(٣) - وذلك لما قدم المدينة ووجد عرف أهلها على التعامل به، وأصبح من البيوع التي لا يستغني عنها الناس، ورأى أنه لو لم يبيح مع احتياج الناس إليه وعسر استغنائهم عنه للحقهم الحرج ووقعوا في الضرر، فأباحه؛ توسعة عليهم، ودفعاً للضرر والحرج عنهم^(٤)، وفي ذلك يقول ابن عباس رضي الله عنهما: (قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين، فقال: (من أسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم)^(٥).

٣ - ورخص النبي صلى الله عليه وسلم أيضاً في سؤر الهرة - مع أن الأصل نجاسته - دفعاً للمشقة، ورفعاً للحرج عن الناس، حيث يعسر عليهم الاحتراز عنها، لاختلاطها بهم، وملاستها لأوانيهم، فلو قيل بنجاسة سؤرها لشق ذلك على الناس^(٦)، ولذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم عنها: (إنها ليست بنجس، إنها من الطوافين عليكم والطوافات)^(٧).

(١) انظر: اختلاف الحديث للشافعي (١/٥٥٣)، والقواعد النورانية (ص/١٧٢)، والموافقات (١٩٥/٥).

(٢) سبق تخريجه في (١/٣٠٢).

(٣) سبق تخريجه في (١/٢٥٢).

(٤) انظر: أصول السرخسي (٢/٢٠٣)، وكشف الأسرار للنسفي (٢/٢٩١)، وفتح القدير (٣٢٣/٥).

(٥) سبق تخريجه في (١/٣٠٣).

(٦) انظر: المجموع للنووي (١/١٤٨)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص/١٦٤).

(٧) سبق تخريجه في (١/٣٠١).

٤ - أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أوقف تنفيذ حد السرقة عام المجاعة، وروي عنه أنه قال: (لا يقطع في عام سنة)^(١) - مع أن الأصل وجوب إقامة الحدود ومنها حد السرقة - وذلك لما رأى أن السنة إذا كانت سنة مجاعة وشدة فإنه يغلب على الناس الحاجة والضرورة، ولا يكاد السارق يسلم من ضرورة تدعوه إلى ما يسدّ به رمقه، فحيث رأى عموم البلوى في هذه المسألة وعسر الاستغناء عن السرقة في تلك الحال درأ الحد عن سرق في هذا العام^(٢).

٥ - أن الإمام أبا حنيفة أفتى في أول عهد الفرس بالإسلام، وصعوبة نطقهم بالعربية بجواز أن يقرأ الواحد منهم في الصلاة بالفارسية، ولما لانت ألسنتهم بالعربية رجع عن هذه الفتوى^(٣).

فكانت فتوى أبي حنيفة بجواز قراءتهم في الصلاة بلغتهم بناءً على العمل بعموم البلوى، متمثلاً في الضرورة، حيث لا يستطيعون القراءة باللغة العربية^(٤).

٦ - كان الإمام مالك يرى جواز البيع إلى العطاء؛ لتعامل الناس به وتعارفهم عليه، ثم منعه، ثم أجازة بعد ذلك؛ لما رأى أن الناس لا يستغنون عن التعامل به، رفقاً بهم ودفعاً لحاجتهم، إذ لو منع منه مع مسيس حاجتهم إليه لشق ذلك عليهم ووقعوا في ضيق وخرج^(٥).

(١) سبق تخريجه في (١/٣٨١).

(٢) انظر: إعلام الموقعين (٣/١١، ١٢).

(٣) انظر: الهداية (١/٤٧)، وتبيين الحقائق (١/١١٠، ١١١).

(٤) انظر: عموم البلوى للدوسري (ص/٤٠٩).

(٥) انظر: المدونة (١٣/٢٨٢)، والمسائل الفقهية التي رجع فيها الإمام مالك في غير العبادات

(ص/٢٧٣).

٧- وتغير اجتهاد الإمام مالك في مسألة الرد في الدرهم، وهي أن يدفع الإنسان درهماً ويأخذ بنصفه طعاماً ونحوه، وبالباقى فضة، فقد كان يرى عدم جواز هذا التعامل، ثم رخص فيه وأجازه^(١)، وذلك لما رأى انتشار التعامل به بين الناس، وعموم حاجتهم إليه، إذ إنهم أثناء تعاملهم يحتاجون لشراء ما لا تبلغ قيمته درهماً واحداً، وفي كسره عليهم ضرر، فلو منعوا من ذلك مع مسيس حاجتهم إليه لأصابهم الضرر، ووقعوا في الضيق والحرَج، فرخص لهم الإمام مالك في هذا التعامل - بعد أن كان يرى عدم جوازه - رفعاً للحرَج عنهم^(٢).

٨- وتغير اجتهاد الإمام مالك في حكم الصلاة بالخف الذي أصابته أرواث الدواب، حيث كان يرى عدم جواز الصلاة فيه قبل غسله، ولما رأى عموم البلوى به، لكثرة انتشاره في الطرقات، وصعوبة تحرز الناس منه، وأنهم لو كلّفوا غسله لشق ذلك عليهم، رجع عن قوله السابق، وخفف في هذه المسألة، حيث ذهب إلى جواز الصلاة به - وإن لم يُغسل - بعد أن يمسح، رفعاً للحرَج عن الناس^(٣).

٩- وتغير اجتهاد الإمام أحمد في حكم ذبيحة الأكلف، فكان يرى تحريمها وأنه لا يجوز أكل ذبيحته، ثم رجع إلى القول بإباحتها، تيسيراً على الناس، ورفعاً للحرَج عنهم، إذ

(١) انظر: البيان والتحصيل (٦/٤٨٥)، ومواهب الجليل (٤/٣١٩)، والتاج والإكليل (٤/٣١٨)، وشرح الخرشي (٥/٤٣، ٤٤).

(٢) انظر: المسائل الفقهية التي رجع فيها الإمام مالك في غير العبادات (ص/٣١١).

(٣) انظر: المستخرجة (١/٩٦) مع البيان والتحصيل، والمُدونة (١/١٩)، وبداية المجتهد (١/٥٩)، والمنتقى (١/٤٥)، والتاج والإكليل (١/١٥٣)، ومواهب الجليل (١/١٥٣، ١٥٤)، وتنوير المقالة (١/٦٠٤، ٦٠٥)، والمسائل الفقهية التي رجع فيها الإمام مالك - قسم العبادات - (ص/٨٧).

لوم تبج ذبيحته لشق ذلك على الناس ووقعوا في الحرج^(١).

١٠ - وتغير اجتهاد الإمام أحمد - أيضاً - في حكم من حلف بالمشي إلى بيت الله ثلاثين حجة ثم حنث في ذلك، حيث كان يرى أنه تلزمه كفارة يمين، ثم رجع عن هذا القول إلى التوقف في المسألة لما رأى انتشار ذلك الحلف عند الناس واعتيادهم عليه وعموم بلواهم به^(٢).

١١ - كما رجح أبو بكر السرخسي في المسألة السابقة القول بالتخيير، حيث رأى أن من حلف بالمشي إلى بيت الله ثلاثين حجة وحنث فإنه مخير بين الوفاء بالندر أو كفارة اليمين، فرجح القول بالتخيير، ولم يأخذ بظاهر الرواية عند الحنفية، وهي إلزام الوفاء بالندر لما رأى عموم البلوى بهذا النذر، فرجح ما يدفع المشقة ويرفع الحرج عن الناس، وفي ذلك يقول: «وهو اختياري لكثرة البلوى في زماننا»^(٣).

١٢ - كان محمد بن الحسن يفتي بجواز الصلاة في الثوب الذي أصابه شيء من نجاسة الطرقات، إذا كان ما أصابه يسيراً لا كثيراً فاحشاً، إلا أنه لما دخل الري، ورأى أن البلوى قد عمت بملازمة تلك النجاسات بكثرة، لكثرة ما تحويه الطرقات من الطين المخالط لهذه النجاسات، رجع عن قوله السابق، وأفتى بجواز الصلاة في الثوب الذي أصابته النجاسة، وإن كان ذلك كثيراً فاحشاً؛ لعموم البلوى^(٤).

(١) انظر: أحكام أهل الملل للخلال (ص/٣٦٩)، والفروع (٦/٢٨٠)، وتحفة المولود (١/١٩٧)،

والإنصاف للمرداوي (٢٧/٢٩١)، وكشاف القناع (٦/٢٠٥).

(٢) انظر: مسائل الإمام أحمد برواية ابنه صالح (١/١٢٦).

(٣) المبسوط (٨/١٣٦).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (١/٨١)، والهداية (١/٣٦)، وفتح القدير (١/٢٠٤)، وحاشية ابن عابدين

(١/٣٢١).

١٣ - أن بعض الفقهاء أجازوا التسعير في حالات خاصة - مع أن الأصل عدم جوازه لقول النبي ﷺ: (إن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق، وإني لأرجو أن ألقى الله وليس أحدٌ منكم يظلمني بمظلمة في دم ولا مال)^(١) - ومن تلك الحالات التي أجازوه فيها أن تعم بلوى الناس في حاجتهم إلى سلعة معينة، فحينئذٍ للإمام أن يُسعر هذه السلعة بما يدفع الضرر فيه عن الناس ويتحقق به مصلحتهم^(٢).

١٤ - أن بعض الفقهاء أجازوا أخذ نبات الحرم لعلف البهائم لما يلحق الحجيج من الحرج لو لم يبح لهم ذلك - هذا مع وجود النهي الصريح من النبي ﷺ عنه - ولكن أجزى للحاجة، حيث عمّت بذلك البلوى، وعسر استغناء الناس عنه^(٣).

١٥ - كما أجاز الفقهاء الأكل من الغنيمة في دار الحرب - مع ورود النهي عن الانتفاع بها قبل القسمة - مستندين في ذلك إلى عموم الحاجة، ولم يجعلوا جواز ذلك مقيداً بحال الضرورة^(٤).

١٦ - وقاس الفقهاء على جواز الأكل من الغنيمة قبل القسمة علف الدواب، ورأوا أنه في معنى الطعام، فرخصوا تغليف الدواب من الغنيمة قبل القسمة؛ لمسيس الحاجة وعسر الاستغناء.

يقول الغزالي: «اقتطع الشرع حكم الطعام عن سائر المغانم، ثم جوّز التبسط فيه قبل القسمة، فألحقنا به علف الدواب؛ لأن المصلحة ظهرت في الاستثناء، من حيث إن

(١) سبق تخريجه في (١/٣١٩).

(٢) انظر: مجموع الفتاوى (٢٨/١٠٥، ٧٩)، والطرق الحكيمة (ص/٣٥٥).

(٣) انظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء (ص/١٧٣)، ومباحث في أحكام الفتوى (ص/١٠٨).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص/١٨٠).

الأطعمة يعسر استصحابها، ويتكرر مسيس الحاجة إليها في كل وقت ويوم، وقد لا تكون الأسواق قائمة في بلاد الحرب، وهذا المعنى جارٍ في علف الدواب وأظهر^(١).

١٧ - أجاز بعض الفقهاء للصبيان مس المصحف بلا طهارة إذا كان من أجل التعلم والحفظ؛ وعللوا ذلك بأن منعهم من مس المصحف في هذه الحالة، وأمرهم بالوضوء يوقعهم في المشقة والحرَج، لأنه مما يتكرر وقوعه، وهم بحاجة إلى تعلم القرآن، فيعسر استغنائهم عن ذلك، ويعسر احترازهم عن مسه بدون وضوء^(٢).

١٨ - ذهب الحنفية إلى أن المغمى عليه لا يجب عليه قضاء ما فاته من الصلوات إذا كان ذلك أكثر من يوم وليلة - مع أن الأصل وجوب القضاء عليه - رفعا للحرَج، ودفعاً للمشقة، حيث إن الإغماء إذا زاد عن يوم وليلة كان ما فاته من الصلاة كثيراً ويدخل في حد التكرار، وفي قضائها حرَج ومشقة^(٣).

١٩ - ما ذكره الفقهاء من جواز الانتفاع بالمال الحرام إذا عمّ واختلط وتعذر تمييزه عن الحلال؛ لعموم البلوى، وفي ذلك يقول العز بن عبدالسلام: «لو عمّ الحرام الأرض بحيث لا يوجد فيها حلال جاز أن يستعمل من ذلك ما تدعو إليه الحاجة، ولا يقف تحليل ذلك على الضرورات؛ لأنه لو وقف عليها لأدى إلى ضعف العباد واستيلاء الكفر

(١) شفاء الغليل (ص/ ٦٧٠، ٦٧١).

(٢) انظر: المجموع للنووي (٢/ ٨٦)، وبداية المجتهد (١/ ٣٠)، ومواهب الجليل (١/ ٣٠٤، ٣٠٥)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص/ ١٦٤)، والهداية (١/ ٣١)، والإقناع للشرييني (١/ ١٠٤)، والإنصاف (١/ ٢٢٣).

(٣) انظر: المبسوط (١/ ٢١٧)، وبدائع الصنائع (١/ ٢٤٦)، والبحر الرائق (٢/ ٣١٣)، وحاشية ابن عابدين (٢/ ١٠٢).

على بلاد الإسلام، ولانقطع الناس عن الحرف والصنائع والأسباب التي تقوم بمصالح الأنام»^(١).

٢٠- جواز دفع المال رشوة لدفع الظلم وتحصيل الحق إذا لم يُقدر على دفعه إلا بذلك - مع أن الأصل عدم جوازه - وذلك لعموم البلوى في انتشار رذيلة أخذ الرشوة في كثير من البلاد، بحيث يعسر على الإنسان استغناؤه عن دفع الرشوة؛ إذ لا يستطيع أخذ حقه أو دفع الظلم عن نفسه إلا بذلك^(٢).

٢١- إفتاء شيخ الإسلام ابن تيمية بإباحة طواف الإفاضة للحائض التي يتعذر عليها المقام حتى تطهر، رفعا للحرَج، لعموم البلوى بها في زمنه، وفي ذلك يقول: «كانت المرأة يمكنها أن تحتبس هي وذو محرمها، ومكاريها، حتى تطهر ثم تطوف، فكان العلماء يأمرون بذلك، وربما أمروا الأمير أن يحتبس لأجل الحيض حتى يطهرن... وأما هذه الأوقات فكثير من النساء أو أكثرهن لا يمكنها الاحتباس بعد الوفاء، والوفد ينفر بعد التشريق بيوم أو يومين أو ثلاثة، وتكون هي قد حاضت ليلة النحر، فلا تطهر إلى سبعة أيام أو أكثر، وهي لا يمكنها أن تقيم بمكة حتى تطهر، إما لعدم النفقة، أو لعدم الرفقة التي تقيم معها وترجع معها، ولا يمكنها المقام بمكة لعدم هذا أو هذا، أو لخوف الضرر على نفسها وما لها في المقام، وفي الرجوع بعد الوفاء والرفقة التي معها تارة لا يمكنهم الاحتباس لأجلها، إما لعدم القدرة على المقام والرجوع وحدهم، وإما لخوف الضرر على أنفسهم وأموالهم، وتارة يمكنهم ذلك لكن لا يفعلونه فتبقى هي معذورة، فهذه المسألة التي عمّت بها البلوى»^(٣).

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام (٢/١٥٩، ١٦٠).

(٢) انظر: الموافقات (٣/٦٠)، وعموم البلوى (ص/٣١٩).

(٣) مجموع الفتاوى (٢٦/٢٢٤، ٢٢٥).

فهذه المسألة تغيرت فيها الحال في زمن شيخ الإسلام عما كانت عليه زمن الفقهاء المتقدمين، وعمت بها البلوى في زمنه، فترك قول الفقهاء فيها وأفتى بما يناسب الحال، حيث بنى فتواه على قاعدة رفع الحرج في الشريعة، لعموم البلوى بهذه المسألة^(١).

٢٢- أن فقهاء الحنفية تغير اجتهادهم في حكم أخذ الأجرة على تعليم القرآن والأذان والإمامة، حيث كان المتقدمون من فقهاءهم يفتون بعدم جواز ذلك؛ لأنها من أفعال القرب والطاعات، ولما جاء المتأخرون منهم ورأوا تواني الناس وفتور رغباتهم في هذه الأعمال، وأنهم لو منعوا من أخذ الأجرة عليها لأدى إلى انقطاعها وتضييعها، مع ميسر الحاجة إلى إقامتها خالفوا أئمتهم في هذه المسألة، وأفتوا بجواز أخذ الأجرة على هذه الطاعات، لعموم حاجة الناس إليها وعسر استغنائهم عنها^(٢).

- (١) انظر: تغير الفتوى للدكتور عبدالله الغطيميل (ص/٢٣-٢٥)، وهو بحث منشور في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد الخامس والثلاثون، في عام ١٤١٨ هـ.
- (٢) انظر: المبسوط (٣٧/١٦)، والبحر الرائق (٢٣٧/٨)، والهداية (٢٤٠/٣)، وحاشية ابن عابدين (٥٦٢/١)، ومجموع رسائل ابن عابدين (١٢٤/٢).

الفصل التاسع
أسباب تغير الاجتهاد
العائدة إلى حال المحكوم عليه

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: تغير الاجتهاد بسبب تغير النيات.

المبحث الثاني: تغير الاجتهاد بسبب فساد الأخلاق

وضعف التدين.



المبحث الأول تغير الاجتهاد بسبب تغير النيات

وفيه تمهيد ومطلبان:

التمهيد

المراد بالنيات، وبيان أثرها في الأحكام الشرعية

أولاً، المراد بالنيات،

النيّات جمع نيّة، وهي في اللغة تطلق بمعنى القصد والعزم والاعتقاد، يقال: «نوى الشيء نيّة» أي قصده واعتقده، ويقال: «نوى الأمر ينويه» إذا قصده وعزم على فعله، ويقال: «نوى المنزل وانتواه» أي قصده، و«فلان ينوي وجه كذا» أي يقصده من سفر أو عمل^(١).

وأما النية في الاصطلاح: فقد عُرِّفت بتعريفات كثيرة، ومنها ما يأتي:

عرفها الماوردي^(٢) بأنها: «قصد الشيء مقترناً بفعله»^(٣).

(١) انظر مادة "نوى" في: مقاييس اللغة (٥/٣٦٦)، ولسان العرب (١٥/٣٤٧، ٣٤٨)، والقاموس المحيط (٤/٣٩٧)، والصحاح (٦/٢٥١٦).

(٢) هو: أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، البصري، الشافعي، ولد بالبصرة سنة ٣٦٤هـ، وارتحل إلى بغداد، وحدث بها عن كثير من العلماء، كان فقيهاً، أصولياً، محدثاً، مفسراً، نحويّاً، من أجل علماء الشافعية في زمانه ومقدمهم، ثقة، ثبت، جليل القدر، صنف التصانيف الكثيرة في أصول الفقه وفروعه وغير ذلك. ومن مؤلفاته: الأحكام السلطانية، ودلائل النبوة، والتفسير، والحاوي الكبير، والإقناع، وأدب الدنيا والدين، وغيرها. توفي سنة ٤٥٠هـ.

انظر: تاريخ بغداد (١٢/١٠٢)، وفيات الأعيان (٣/٢٨٢)، ميزان الاعتدال (٣/٥٥)، طبقات الشافعية للإسنوي (٢/٢٠٦)، البداية والنهاية (١٢/٨٠)، طبقات المفسرين للسيوطي (ص/٧١)، طبقات المفسرين للداودي (١/٤٢٧).

(٣) المثور (٣/٢٨٤)، وأسنى المطالب (١/٢٨)، ومغني المحتاج (٤/١٣٤).

وعرفها الغزالي بأنها: «انبعاث النفس وتوجهها وميلها إلى ما ظهر لها أن فيه غرضها إما عاجلاً وإما آجلاً»^(١).

وعرفها النووي بأنها: «عزم القلب على عمل فرض أو غيره»^(٢).

وعرفها القرافي بأنها: «قصد الإنسان بقلبه ما يريد به بفعله»^(٣).

وعرفها البيضاوي بأنها: «انبعاث القلب نحو ما يراه موافقاً لغرض من جلب نفع أو دفع ضرر، حالاً أو مآلاً»^(٤).

وهذه التعريفات متقاربة من حيث المعنى وإن اختلفت ألفاظها، كما أنها وثيقة الصلة بالمعنى اللغوي، حيث صدر الماوردي والقرافي تعريفهما بلفظ القصد، والنووي صدره بلفظ العزم، وكذلك فإن التعبير بانبعاث النفس أو القلب، كما في تعريف الغزالي والبيضاوي، يفيد معنى التوجه إلى الشيء وقصده.

ثانياً: أثر النيات في الأحكام الشرعية:

من الأمور المتقررة والمجمع عليها أن التصرفات كلها سواء أكانت قولية أم فعلية تابعة في أحكامها ومآلاتها المترتبة عليها لنية المتصرف وقصده؛ فإذا كان القصد مشروعاً كان الفعل المبني عليه مشروعاً، وإذا كان القصد غير مشروع تبعه الفعل في عدم المشروعية أيضاً؛ لأن «الأمور بمقاصدها»^(٥).

(١) إحياء علوم الدين (٤/٣٧٣).

(٢) المجموع (١/٣٧١).

(٣) الذخيرة (١/٢٤٠).

(٤) فتح الباري (١/١٣)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص/٣٠)، وعمدة القاري (١/٢٣).

(٥) انظر هذه القاعدة في: الأشباه والنظائر للسبكي (١/٥٤)، والقواعد للحصني (١/٢٠٨)،

والأشباه والنظائر للسيوطي (ص/٣٨)، وغمز عيون البصائر (١/٣٧)، ودرر الحكماء شرح مجلة الأحكام (١/١٧)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص/٤٧)، وقاعدة الأمور بمقاصدها للدكتور يعقوب الأحسين.

وأدلة الشرع متضافرة في بيان هذا المعنى؛ وأن النية أساس الأعمال ومناطق الجزاء عليها، وأن الحكم يختلف باختلاف القصد، فمن دلائل ذلك في القرآن الكريم ما يأتي:

١- قول الله تعالى: ﴿وَمَا أَمْرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ حُنَفَاءً..﴾^(١).

٢- قوله تعالى: ﴿مَنْ كَانَتْ يُرِيدُ حَرْثَ الْآخِرَةِ نَزِدْ لَهُ فِي حَرْثِهِ^ط وَمَنْ كَانَتْ يُرِيدُ حَرْثَ الدُّنْيَا نُؤْتِهِ مِنْهَا وَمَا لَهُ فِي الْآخِرَةِ مِنْ نَصِيبٍ﴾^(٢).

٣- قوله تعالى: - في بيان أن حكم الرجعة يختلف باختلاف القصد-: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ^ع وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنْنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ^ع وَتُعْلِنَنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا..﴾^(٣)، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِيَتَعْتَدُوا..﴾^(٤).

ووجه الدلالة من هاتين الآيتين أن فيهما النص على أن الرجعة إنما ملكها الله تعالى لمن قصد الصلاح، دون من قصد الضرار، وهذا يدل على أن من كان قصده بالرجعة المضارة فإنه آثم بذلك^(٥).

فهذا ظاهر في بيان أثر النية في الرجعة من حيث الإثم وعدمه من جهة، وهذا محل اتفاق، ومن حيث الصحة وعدمها من جهة أخرى، وهذا محل خلاف بين العلماء^(٦).

(١) جزء من الآية (٥) من سورة البينة.

(٢) الآية (٢٠) من سورة الشورى.

(٣) جزء من الآية (٢٢٨) من سورة البقرة.

(٤) جزء من الآية (٢٣١) من سورة البقرة.

(٥) انظر: إعلام الموقعين (٣/٩٦)، وجامع العلوم والحكم (٢/٢١٣).

(٦) انظر: مناهج الفقهاء في أعمال الباعث وإهماله للدكتور خالد الخشلان (ص/١٨).

٤- قوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينَ غَيْرِ مُضَارٍّ﴾^(١).

فهنا قدم الله تعالى الوصية على الميراث إذا لم يقصد بها الموصي الضرار، فإن قصده ووصى ضراراً كان ذلك حراماً، وكان للورثة إبطالها وعدم تنفيذها، وحرّم على الموصي له أن يأخذ ما أوصى له به دون رضى الورثة^(٢).

وهذا ظاهر في بيان أثر القصد في حكم الوصية، من حيث إباحتها أو تحريمها، ومن حيث إنفاذها أو إبطالها، فمتى قصد الموصي بوصيته الإضرار بورثته، سواء أكان ذلك بحرمانهم من الإرث أم بإلحاق النقص بحقوقهم في التركة، وثبت هذا القصد منه، فإنه أثم بوصيته، وحقّ للورثة إبطالها^(٣).

٥- قوله تعالى: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ﴾^(٤).

فالله تعالى نهى الأم والأب عن قصد الإضرار، فإن منَعَ الأب الأم من إرضاع طفلها بقصد إيدائها وإيصال الحزن إليها لم يجر له ذلك، وإن منعها لمقصد صحيح كطلب الحمل مثلاً جاز له في تلك الحال، وكذلك ليس للأم أن تطلب في إرضاع ولدها أكثر من أجرة المثل، لأن هذا دليل قصدها مضارة الأب^(٥).

٦- قوله تعالى: ﴿وَتَسَلُّونَا عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ

(١) جزء من الآية (١٢) من سورة النساء.

(٢) انظر: بيان الدليل على بطلان التحليل (ص/٨٦)، وإعلام الموقعين (٣/٩٦).

(٣) انظر: جامع العلوم والحكم (٢/٢١٣).

(٤) جزء من الآية (٢٣٣) من سورة البقرة.

(٥) انظر: المرجع السابق (٢/٢١٥)، ومناهج الفقهاء في إعمال الباعث وإهماله (ص/١٩).

وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ..^(١)

ففي هذه الآية إشارة إلى أن العبرة ليست بمجرد مخالطة اليتامى في أموالهم ومطاعمهم ومشاربهم، وإنما العبرة بالنية الباعثة على هذا التصرف، أهى الرغبة في الإصلاح أو الإفساد.

يقول ابن جرير الطبري - في نهاية كلامه عن تأويل الآية -: « فإنه يعلم من خالط منكم يتيمه فشاركه في مطعمه ومشربه ومسكنه وخدمته ورعاه في حال مخالطته إياه، ما الذي يقصد بمخالطته إياه، إفساد ماله وأكله بالباطل، أم إصلاحه وتثميته؟ لأنه لا يخفى عليه منه شيء، ويعلم أيكم المريد إصلاح ماله من المريد إفساده»^(٢).

وقد عدَّ السيوطي قوله تعالى: «وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ» أصلاً لإعمال المقاصد والنيات في تقرير الأحكام، حيث قال: «قوله تعالى: «وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ» أصل لقاعدة الأمور بمقاصدها، فرب أمر مباح أو مطلوب لمقصد ممنوع باعتبار مقصد آخر»^(٣).

ومن دلائل اعتبار النية في الأحكام من السنة النبوية ما يأتي:

١ - قول النبي ﷺ: (إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى، فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله، ومن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه)^(٤).

(١) جزء من الآية (٢٢٠) من سورة البقرة.

(٢) تفسير الطبري (٢/٣٧٤).

(٣) الإكليل في استنباط التنزيل (ص/٥٠).

(٤) سبق تخريجه في (٢/٥٩).

فهذا الحديث الذي هو أصل في هذا الباب يفيد أن مراد الشارع من المكلف أن يكون قصده في كل أعماله موافقاً ومطابقاً لقصده في وضع الشريعة، وأنه لا يثاب على أي فعل إلا بمقدار النية الدافعة له عليه.

يقول ابن القيم -معلقاً على هذا الحديث-: «فأخبر أن الأعمال تابعة لمقاصدها ونياتها، وأنه ليس للعبد من ظاهر قوله وعمله إلا ما نواه وأبطنه، لا ما أعلنه وأظهره، وهذا نصٌّ في أن من نوى التحليل كان محللاً، ومن نوى الربا بعقد التبائع كان مرابياً، ومن نوى المكر والخداع كان مكرراً مخادعاً»^(١).

٢- قول النبي ﷺ: (صيد البر لكم حلال وأنتم حرم، ما لم تصيدوه أو يُصد لكم)^(٢).

فهنا بين النبي ﷺ أن حكم صيد البر يختلف في حق المحرم بحسب القصد والنية الدافعة إلى الصيد؛ فما صاده الحلال لأجل المحرم فإنه يحرم عليه، وما صاده لنفسه أو لغيره سوى المحرم جاز للمحرم الأكل منه، فاختلف الحكم مع أن الفعل واحد لاختلاف

(١) إعلام الموقعين (٣/ ١٦٤).

(٢) أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي، انظر: سنن أبي داود (٢/ ١٧١) كتاب المناسك، باب لحم الصيد للمحرم، رقم (١٨٥١)، وسنن الترمذي (٣/ ٢٠٣) كتاب الحج، باب ما جاء في أكل الصيد للمحرم، رقم (٨٤٦)، وسنن النسائي (٢/ ٣٧٢) باب إذا أشار المحرم إلى الصيد فقتله الحلال، رقم (٣٨١٠)، والحديث في إسناده ضعف، انظر: تلخيص الحبير (٢/ ٢٧٦)، وضعيف سنن أبي داود (١٠/ ١٦٠) ونقل شيخ الإسلام ابن تيمية عن الشافعي أنه قال: «هذا أحسن حديث في هذا الباب وأقيس»، قال شيخ الإسلام: «وهو كما قال الشافعي»، بيان الدليل على بطلان التحليل (ص/ ٩٠) ثم ذكر أن معنى الحديث قد صح من وجوه أخرى، وانظر: تلخيص الحبير، الموضوع السابق.

النية والقصد، يقول ابن القيم: «فانظر كيف أثر القصد في التحريم، ولم يرفعه ظاهر الفعل»^(١)، ويقول شيخ الإسلام ابن تيمية: «فعلم بذلك أن القصد مؤثر في تحريم العين التي تباح بدون القصد، وإذا كان هذا في الأفعال الحسية ففي الأقوال والعقود أولى»^(٢).

٣- قول النبي ﷺ: (لا يُجمع بين مُتفرِّق ولا يُفرَّق بين مجتمع خشية الصدقة)^(٣).

فمع أن الأصل جواز أن يتصرف صاحب المال في ماله بجمعه أو تفريقه إلا أن هذا الحكم مقيد بأن لا يكون قصده من ذلك التصرف الفرار من الزكاة وإسقاطها أو التقليل من القدر الواجب، يقول ابن القيم: «فدل على أن الشيء الذي هو في نفسه غير محرم إذا قُصد به أمر محرم صار محرماً»^(٤).

وقد استدل بهذا الحديث على إبطال الحيل والتحيُّل على الأحكام الشرعية^(٥).

فالحديث وإن كان نصاً في النهي عن الجمع والتفريق في النصاب خشية الصدقة إلا أنه يلحق بهما كل تصرف في المال قرب نهاية الحول بقصد الفرار من الزكاة أو تقليلها، كاستبدال النصاب بغير جنسه أو هبته لغيره بقصد استرداده فيما بعد، ونحو ذلك مما يناقض مقصود الشارع^(٦).

(١) إعلام الموقعين (٣/٩٨).

(٢) بيان الدليل على بطلان التحليل (ص/٩٢).

(٣) سبق تحريمه في (١/٣١٧).

(٤) إغائة اللهفان (١/٣٧٦).

(٥) انظر: شرح صحيح البخاري لابن بطال (٣/٤٥١)، وفتح الباري (٣/٣١٥)، والموافقات (٣/١١٢).

(٦) انظر: مناهج الفقهاء في إعمال الباعث وإهماله (ص/٢٣).

وقد ذكر الشاطبي أن هبة المال عند رأس الحول بقصد الفرار من الزكاة مخالف لقصد الشارع من تشريعها؛ لأن «المقصود بمشروعيتها رفع رذيلة الشح ومصلحة إرفاق المساكين، وإحياء النفوس المعرضة للتلف، فمن وهب في آخر الحول ماله هروباً من وجوب الزكاة عليه، ثم إذا كان في حوله آخر أو قبل ذلك استوهبه، فهذا العمل تقوية لوصف الشح وإمداد له، ورفع لمصلحة إرفاق المساكين، فمعلوم أن صورة هذه الهبة ليست هي الهبة التي ندب الشرع إليها؛ لأن الهبة إرفاق وإحسان للموهوب له، وتوسيع عليه غنياً كان أو فقيراً، وجلب لمودته وموافته، وهذه الهبة على الضد من ذلك، ولو كانت على المشروع من التملك الحقيقي، لكان ذلك موافقاً لمصلحة الإرفاق والتوسعة، ورفعاً لرذيلة الشح، فلم يكن هروباً عن أداء الزكاة، فتأمل كيف كان القصد المشروع في العمل لا يهدم قصداً شرعياً، والقصد غير الشرعي هادم للقصد الشرعي»^(١).

فهذه النصوص من القرآن والسنة ونحوها دالة على اعتبار النيات والمقاصد، وأنها أساس الأعمال ومناط الجزاء عليها، وأن أحكام التصرفات تختلف باختلاف البواعث على إنشائها^(٢).

المطلب الأول

وجه كون تغيير النيات سبباً لتغيير الاجتهاد

من المقرر أن الشريعة إنما جاءت لمصلحة الخلق في معاشهم ومعادهم، وأن كل ما أتت به من تشريعات وأحكام وتكاليف يعود إلى إقامة مصالحهم في الدنيا والآخرة، وبحسب مسأيرتهم لهذا المقصد يترتب الثواب والعقاب، والصحة والفساد؛ فمن كانت إرادته تابعة لإرادة الشارع عند قيامه بالتصرف من قول أو فعل؛ كان عمله صحيحاً

(١) الموافقات (١٢٢/٣٨، ١٢٣).

(٢) انظر: بيان الدليل على بطلان التحليل (ص/٩٣)، وإعلام الموقعين (٣/٩٨)، والموافقات (٧/٣).

ونافذاً شرعاً، ومن نوى بعمله غير ما أَرَادَهُ الشارِع فيه كان عمله باطلاً ولا اعتداد به شرعاً.

ولذا ذكر الشاطبي أن كلَّ من يتغي في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فإنه يناقض الشريعة، وكلُّ من ناقضها فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل^(١).

ثم علَّل وجه البطلان بأن التكاليف الشرعية إنما وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفاسد، فإذا خولفت لم يكن في تلك الأفعال التي خولف بها جلبٌ مصلحة ولا درءٌ مفسدة^(٢).

ومفاد هذا البيان أن التكاليف تعتبر أسباباً لمسيبات قصد الشارع تحقيقها، فمن سلك في أي تصرف غير هذا المسلك بأن قصد من إتيان السبب مُسَبِّباً آخر فقد وقع في مضادة الشرع بمناقضته لقصده.

فالأحكام الشرعية ليست غاية في ذاتها، وإنما هي وسائل غايتها المصالح التي شرعت من أجلها، فإذا أفضت إلى نقيض ما قصده الشارع بها لم تبق مشروعة، ولأجل ذلك فإن الأفعال تعتبر بالغايات والمقاصد التي شرعت من أجلها، فإن أفضت إلى غير ما قصده الشارع، بأن كانت سبباً في استجلاب المفاسد أو تفويت المصالح فإنه يحكم ببطلانها وعدم مشروعيتها؛ لمناقضتها لمقاصد الشارع، ولا معنى لموافقها في الظاهر لأحكام الشريعة دون الباطن^(٣).

(١) انظر: الموافقات (٣/٢٧، ٢٨).

(٢) انظر: المرجع السابق (٣/٢٨).

(٣) انظر: المرجع السابق (٣/١٢٠، ١٢١).

ولذا ذكر الشاطبي أن «الأخذ بالمشروع من حيث لم يقصد به الشارع ذلك القصد آخذٌ في غير مشروع حقيقة؛ لأن الشارع إنما شرعه لأمر معلوم بالفرض، فإذا أخذ بالقصد إلى غير ذلك الأمر المعلوم فلم يأت بذلك المشروع أصلاً، وإذا لم يأت به ناقض الشارع في ذلك الأخذ، من حيث صار كالفاعل لغير ما أمر به والتارك لما أمر به»^(١).

ويشهد لذلك: (أن النبي ﷺ لعن في الخمر عاصرها)^(٢)، مع أنه يعصر عنباً، وذلك لأجل أنه قصد تصديره خمراً، فلزم بذلك اعتبار المقاصد والنيات في الأفعال والتصرفات. يقول ابن القيم: «إن الاعتبار في العقود والأفعال بحقائقها ومقاصدها، دون ظواهر ألفاظها وأفعالها، ومن لم يراع القصد في العقود، وجرى مع ظواهرها يلزمه أن لا يلعن العاصر، وأن يجوّز له عصر العنب لكل أحد وإن ظهر له أن قصده الخمر، وأن يقضي له بالأجرة لعدم تأثير القصد في العقد عنده»، ثم قال: «وقاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبارات كما هي معتبرة في التقربات والعبادات، فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالاً أو حراماً، وصحيحاً أو فاسداً، وطاعة أو معصية»^(٣).

ولذلك ذكر شيخ الإسلام ابن تيمية أن من احتال بالفعل للوصول إلى تحقيق غرض له لم يحصل غرضه، كمن سافر في الصيف ليتأخر عنه الصوم إلى الشتاء، فإنه لا يعذر

(١) الموافقات (٣/٣٠).

(٢) أخرجه الإمام أحمد وأبو داود وابن ماجه، انظر: المسند (١/٣١٦) رقم (٢٨٩)، وسنن أبي داود

(٣/٣٢٦) كتاب الأشربة، باب العنب يعصر للخمر، رقم (٣٦٧٤)، وسنن ابن ماجه (٢/١١٢٢)

كتاب الأشربة، باب لعنت الخمر على عشرة أوجه، رقم (٣٣٨١) وصححه الألباني في إرواء الغليل

(٨/٥٠).

(٣) إعلام الموقعين (٣/٩٦، ٩٥).

بذلك بل يجب عليه الصوم، وكذلك من احتال لسقوط الواجب أو سقوط حق غيره لم يسقط، أو احتال على حلّ المحرم لم يحل، وكان عمله حينئذٍ من السعي إلى دين الله تعالى بالفساد^(١).

فيجب أن يكون قصد المكلف في الفعل موافقاً لقصد الشارع، فإن كان مخالفاً له لم يصح الفعل، كأن يقصد بفعله التحيُّل على الأحكام الشرعية، والتنصُّل من التكليف، والتوصُّل بالفعل المشروع إلى غير المشروع، فيكون الفعل المشروع وسيلة لتحصيل المفسد من تحقيق أغراضه وحاجاته الشخصية، كمن يتوصل إلى الوصية للوارث بالإقرار له بدين، أو يجعل الفعل ذريعة إلى إسقاط الواجبات والمصالح المشروعة، كالفرار من وجوب الزكاة هبة المال قبل تمام الحول، أو جمع متفرقه أو تفريق مجتمعه، أو أن يقصد بالفعل الإضرار بالغير، كمن يمسك زوجته ويسيء معاشرتها للإضرار بها أو لتفتدي نفسها منه ببذل مالها، فهذا ونحوه مما يناقض مقاصد الشارع من وضع الأحكام، فيُحكم على تلك الأفعال بالبطلان والفساد.

ومن ذلك نكاح التحليل، فمن نوى بعقد النكاح التحليل فإن نكاحه باطل؛ لأنه قصد فيه ما يناقض قصد الشارع^(٢)؛ حيث إنه قصد أن يكون نكاحه للمرأة وسيلة إلى ردها إلى زوجها الأول، والشيء إذا فعل لغيره كان المقصود في الحقيقة هو ذلك الغير لا إياه، فيكون المقصود بنكاحها أن تكون منكوحة لغيره لا أن تكون منكوحة له، فإذا نكحها لأجل تحليلها فإنه حينئذٍ لم يقصد النكاح، وإنما قصد أثر زوال النكاح، فيكون هذا مقصوده، وهذا لم يقصده الشارع، وكل قصد لا يطابق مقصود الشارع فإنه غير معتبر^(٣).

(١) انظر: بيان الدليل على بطلان التحليل (ص/ ٢٤٥، ٢٧١).

(٢) انظر: الفروع (٢٦٦/٨)، والإنصاف (١٦٢/٨).

(٣) انظر: بيان الدليل على بطلان التحليل (ص/ ١٠٣، ١٦٩، ١٧٠).

ولهذا منع طائفة من الفقهاء أنواعاً من البيوع حين يكون القصد استعمالها في غير ما شرعت له، ومن ذلك منعهم من بيع الجارية المملوكة من قوم عاصين لا غيرة لهم ولا يتورعون عن الفساد، ومنعهم من بيع الخشبة لمن يستعملها صليياً، أو النحاس لمن يتخذة ناقوساً، ومنعهم من بيع السلاح لمن ينبيء حاله عن أنه يريد قطع الطريق على المسلمين أو إثارة الفتنة بينهم، ومنعهم التجار من احتكار السِّلَع تربصاً بالناس الغلاء^(١).

يقول الخطاب^(٢): «مُنِعَ كُلُّ بَيْعٍ جَائِزٍ فِي الظاهر يُؤَدِي إِلَى ممنوعٍ فِي الباطن؛ للتهمة أن يكون المتبايعان قصداً بالجائز فِي الظاهر التوصل إِلَى الممنوع فِي الباطن»^(٣).

ومن هنا يتبين أثر النيات فِي الأحكام الشرعية، وأن الأعمال والتصرفات تابعة لمقاصدها ونياتها، وأن من ابتغى فِي تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة وعمله فِي تلك الحال باطل، فالنية أساس الأعمال ومناطق الجزاء عليها، فإذا كان قصد المكلف مشروعاً كان الفعل المبني عليه مشروعاً، وإذا كان القصد غير مشروع تبعه الفعل فِي عدم المشروعية أيضاً.

وإذا كانت النية مؤثرة فِي الأحكام الشرعية من حيث الحكم بصحة الأعمال أو بطلانها، ومن حيث ترتب الثواب أو عدمه، فهي مؤثرة - أيضاً ومن باب أولى - فِي اجتهاد

(١) انظر: كشف القناع (٤/٦٣).

(٢) هو: أبو عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحيم بن حسين الرعيبي المالكي، المعروف بالخطاب، ولد سنة ٩٠٢هـ، كان أصولياً فقيهاً، أصله من المغرب، وولد واشتهر بمكة.

من مؤلفاته: مواهب الجليل فِي شرح مختصر خليل، وقرة العين بشرح ورقات إمام الحرمين. توفي بطرابلس بالمغرب سنة ٩٥٤هـ.

انظر: هدية العارفين (٢/٢٤٢)، وشجرة النور الزكية (ص/٢٦٩)، والأعلام (٧/٢٨٦).

(٣) مواهب الجليل (٤/٣٩٠).

المجتهدين وما يترتب عليها من أحكام أو فتاوى، فإن المجتهد يرتبط اجتهاده وفتواه بحال السائلين ومقاصدهم ونياتهم، ويتغير اجتهاده في المسألة، وتتغير فتواه حين تتغير النيات؛ فحين يجتهد المفتي في حكم المسألة ويتوصل فيها إلى حكم، فإنه يفتي فيها في الأصل بذلك الحكم، ولكن حين يعلم أو يغلب على ظنه أن المستفتي إنما يريد التحيل على الحكم الشرعي والوصول باستفتائه إلى ما يناقض قصد الشارع من شرع الحكم، فإنه يلزمه اعتبار ذلك الأمر، والنظر في قصد السائل، وما يترتب على إفتائه باجتهاده السابق من مآلات فاسدة، فحينئذٍ عليه أن يعيد النظر في اجتهاده ويغيره ليفتيه بما يناقض قصده ويحقق مقصد الشارع.

وقد نص ابن القيم على أن من أسباب تغير الفتوى واختلافها تغير النيات، حيث عقد لذلك فصلاً أسماه: «تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد»^(١).

ولهذا كان البناء على ما تمليه المقاصد والبواعث أمراً متعيّناً؛ لأنه تقرر على وجه القطع اعتبار ذلك في الشرع؛ فقد ذكر شيخ الإسلام ابن تيمية أن المقاصد معتبرة في التصرفات والعبادات، كما هي معتبرة في القربات والعبادات؛ فتجعل الشيء حلالاً أو حراماً، وصحيحاً أو فاسداً، أو صحيحاً من وجه فاسداً من وجه آخر، كما أن القصد في العبادة يجعلها واجبة أو مستحبة أو محرمة، أو صحيحة أو فاسدة، ودلائل هذه القاعدة كثيرة جداً^(٢).

وبما أن تحقيق مقاصد الشارع وعدم تفويتها أو مناقضتها وهدمها هو الغاية المرعية في أحكام الشريعة، فإن أدنى حيدة عن هذا المسلك من خلال القصد الفاسد والتحيل

(١) إعلام الموقعين (٣/٣).

(٢) انظر: بيان الدليل على بطلان التحليل (ص/١٢٧).

على تلك الأحكام تعتبر إخلالاً بالحكم ذاته؛ لأنه لا معنى للموافقة في الظاهر مع المخالفة في القصد، لاتحاد النتيجة في كلا نوعي المخالفة، وهي تفويت مقاصد الشارع وهدمها.

وقد ربط ابن القيم مسألة تغير الاجتهاد والفتوى بالقصد والنية، ولم يجعل ذلك مقتصرًا على مجال معين، بل جعله عامًا في سائر التصرفات من الأقوال والأفعال، ولذا حذّر المفتي من إهمال مقاصد المكلفين ونياتهم، لئلا يجني عليهم وعلى الشريعة، وينسب إليها ما هي بريئة منه^(١).

وقرر ذلك -أيضاً- القرافي، حيث أكد على أهمية اعتبار المجتهد نية المستفتي في اجتهاده وفتواه، وأنه ينبغي له أن لا يأخذ بظاهر لفظ السائل حتى يتبين مقصوده، فإن العامة ربما عبروا بالألفاظ الصريحة عن غير مدلول ذلك اللفظ، فإذا تحقق المفتي الواقع في نفس الأمر ما هو وعرف قصد المستفتي أفناه، وإلا فلا يجوز له أن يفتيه مع الريبة^(٢).

وقد أبان ابن القيم كثيراً من المجالات التي لا بد للمفتي من ملاحظة قصد المستفتي فيها ونيته، ومن ذلك ما يتعلق باليمين بالطلاق والعتق والإكراه والخطأ والنسيان، فمثل تلك الموضوعات ينظر فيها إلى قصد المستفتي ومراده، ويختلف الحكم والفتوى فيها بحسب نيته ومقصوده^(٣).

ومن المجالات التي لفت ابن القيم نظر المفتي فيها إلى قصد المستفتي ونيته ما يُعرف بالحيل المنوعة، إذ هي أعمال يجريها أصحابها بقصد مخالف لقصد الشارع؛ للتنصل من

(١) انظر: إعلام الموقعين (٣/٥٣).

(٢) انظر: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام (ص/١٢١، ١٢٢).

(٣) انظر: منهج الإفتاء عند الإمام ابن القيم لأسامة عمر الأشقر (ص/٣٣١، ٣٣٢).

التكاليف الشرعية من الأوامر والنواهي بجعل تلك الأعمال موافقةً في ظاهرها لتلك الأوامر أو النواهي^(١).

ومما يدل على أهمية ملاحظة المجتهد - سواء أكان حاكماً أم مفتياً - لنيات المستفتين والمتحاكمين ومقاصدهم أن القرافي نبه إلى أن المفتي لا يكفيه التيقن من نية المستفتي، وإنما لا بد له من التفتن للفرق بين النية المخصصة والنية المؤكدة، والتأكد بصريح اللفظ أن المستفتي قد أراد تخصيص أمر ما، فإذا صرح له العامي بعبارة صريحة فإنه ينبغي له أن يتفقد قرائن أحواله ومعاني واقعته، هل ثمَّ ما يناه في صريحه أم لا؟ فلا يقنع منه بلفظ لم يوضع للتخصيص بدعوى أنه أراد به التخصيص، بل يجزم بخلاف ذلك من أحوال العوام، وأنهم إنما يخطر لهم بعض مدلول اللفظ ويذهلون عما عداه، وهذا لا يُعدُّ تخصيصاً^(٢).

ولذلك يجب أن يتغير اجتهاد المجتهد وتختلف فتواه باختلاف نيات المستفتين ومقاصدهم، فيفتي كل واحد بما يحقق المصلحة ويناسب مقصوده ونيته.

وعليه فالنيات والقصود معتبرة في الاجتهاد والفتوى كما هي معتبرة في صحة الأعمال وبطلانها، وقبولها أو ردها، ومن هنا فالاجتهاد مرتبط بالنية، وتتحدد نتيجته بتحديداتها، فإذا تغيرت كانت سبباً لتغيره، ومن ثمَّ تَعَيَّرَ الفتوى واختلافها بحسب النية.

وأيضاً كما أنه يلزم المجتهد مراعاة أعراف الناس وعوائدهم في اجتهاده وفتواه تحقيقاً للمصلحة العامة، فيتغير اجتهاده وتختلف فتواه في كل بلد بحسب عرف أهله وعاداتهم، وكذلك عليه مراعاة مقاصد السائلين ونياتهم إذا ظهرت له، وتغير اجتهاده واختلاف فتواه لكل مستفت أو سائل بحسب مقصده.

(١) انظر: منهج الإفتاء عند الإمام ابن القيم لأسامة عمر الأشقر (ص/ ٣٣٢).

(٢) انظر: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام (ص/ ١١٩).

بل وكما يتغير الاجتهاد وتتغير بتغيره الفتوى ويختلف الحكم بسبب تحقيق المصالح أو سد الذرائع أو الاستحسان أو اعتبار المآلات أو نحو ذلك من موجبات تغيير الاجتهاد لأجل تحقيق مقاصد الشارع وعدم مناقضتها، فكذلك يجب أن يتغير الاجتهاد والحكم وتختلف الفتوى بحسب النيات والمقاصد مراعاةً لمقاصد الشارع وعدم مناقضتها أيضاً؛ ذلك أن القصد الفاسد الذي يستهدف تجاوز الأحكام الشرعية والتحويل عليها بالتوسل بالأمر المشروعة في الظاهر لتحقيق أغراض ممنوعة شرعاً مؤداه الاحتيال على هدم الأحكام الشرعية ومناقضة قصد الشارع فيها؛ لما فيه من قلب مضامين الوسائل والتكاليف إلى ما ينافي مرادها الأصلية، لذا وجب على النظر الاجتهادي - تحقيقاً لمقاصد الشارع وعدم مناقضتها - اعتبار هذا الباعث والحكم على التصرفات المبنية عليه بالبطلان والفساد، لتأسسها على مجرد قصد الإضرار أو تحقيق مصلحة غير مشروعة ومخالفة مقصد الشارع.

وقد قرر الشاطبي تلك الحقيقة، فذكر أن كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التكاليف الشرعية ما لم تُشرع له فعمله باطل، ولا اعتداد به شرعاً^(١).

وحيثُذُ فالتبعية الحتمية لهذا النظر الاجتهادي حيال تلك التصرفات هي المنع منها قبل القيام بها، وترتيب البطلان عليها وسلب النفوذ عنها في حالة وقوعها.

وأما القصد الصحيح والنية الحسنة فيقال في التصرفات المبنية عليها نقيض ما قيل في القصد الفاسد وما انبنى عليه.

ومن هنا يتبين وجه البناء على النيات والمقاصد وتغيير الاجتهاد بتغيرها تحقيقاً للمقصود من شرع الأحكام ووضع الشريعة.

(١) انظر: الموافقات (٣/٢٧: ٢٨).

وإذا تقرر أن نيات المكلفين ومقاصدهم معتبرة في الاجتهاد، فإنه يلزم المجتهد حين يُسأل عن الحكم في مسألة أو نازلة أن يتحرى في اجتهاده، محاولاً معرفة حال السائل وغرضه من سؤاله، وملايسات الحادثة، ويعمل على تحقيق المناط الخاص؛ لاختلاف حال السائلين في المقاصد والنيات، وفي التدين والورع، إذ من الناس مَنْ يستفتي ليتحرى ويحتاط، ومنهم مَنْ يسأل ليتحيل، فوجب لذلك مراعاة هذا الأمر من قبل الفقيه المفتي؛ لتكون فتواه صحيحة مشروعة، محققة لمقاصد الشريعة، وإذا لم يرع ذلك، وأوقع الفتوى دون نظر في مقصد السائل وغرضه من الفتيا، لم يكن متحرراً في اجتهاده، ولربما وقعت فتواه في غير موضعها، وجلبت مفسد عظيمة أكثر مما حققتة من مصالح، فتكون منافية لمقاصد الشارع.

فإذا ظهر للمجتهد أن للمستفتي قصداً سيئاً، وأنه يريد أن يتخذ الفتوى حيلة يتوصل بها إلى باطل، من إسقاط واجب أو فعل محرم أو غير ذلك، فعليه مراعاة ذلك في اجتهاده، فله أن يفتيه بما يناقض قصده إن كان له في ذلك تأويل، وله الامتناع عن الفتوى لثلاث تفضي فتواه إلى مآلات فاسدة، فعليه الحذر من مكر الناس وخداعهم، وعليه التبصر بأحوالهم، وأن يكون فطناً يقظاً لثلاث يلتبس عليه الأمر^(١).

ولذلك ذكر العلماء أنه ينبغي للمجتهد أن يفتي كل مستفتٍ بما يناسب حاله من التوجيه، فيفتي الفاسق الذي يريد التوبة بعظيم رحمة الله تعالى وواسع مغفرته، ويفتي مَنْ يريد الشر بالترهيب والتشديد.

كما ذكروا أن المفتي له أن يمتنع عن الاستفتاء إذا وجد أن استفتاءه يؤدي إلى مضاعفات، أو أن المستفتي يريد استغلال هذه الفتوى قصد الإضرار بالغير^(٢).

(١) انظر: عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق (ص/ ٢١٠)، والفتوى في الإسلام للدكتور عبد الله الدرعان (ص/ ٦٠).

(٢) انظر: مباحث في أحكام الفتوى (ص/ ١٢٩، ١٣٠).

وذكروا- أيضاً- أنه إذا وجد في رقعة السؤال فراغاً خطّ عليه؛ لأن السائل ربما قصد بذلك إيداء المفتي، بحيث يكتب في البياض بعد فتواه فيفسدها^(١).

وقد نص الفقهاء في مسائل فقهية كثيرة على أثر النية في اختلاف الأحكام وتغيير الاجتهاد، ومن ذلك ما ورد عنهم في مسألة الشهادة في الحدود والقصاص، حيث ذكروا أن الاجتهاد يتغير ويختلف الحكم بحسب اختلاف النية والقصد في الشهادة، ومن نصوصهم في ذلك ما يأتي:

جاء في الأم: «إذا شهد الشاهدان أو الشهود على رجل بشيء يُتْلَفُ من بدنه أو يُنَالُ منه... وفعل ذلك به، ثم رجعوا فقالوا: عمدنا أن يُنال ذلك منه بشهادتنا، فهي كالجناية عليه، ما كان فيه من ذلك قصاص خُيِّرَ بين أن يقتص أو يأخذ العقل، وما لم يكن فيه من ذلك قصاص أخذ فيه العقل وعُزِّروا دون الحد»^(٢).

وجاء في المهذب: «وإن شهدوا بها يوجب القتل ثم رجعوا نظرت، فإن قالوا تعمدنا ليقتل بشهادتنا وجب عليهم القود... وإن قالوا تعمدنا الشهادة ولم نعلم أنه يقتل، وهم يجهلون قتله وجبت عليهم دية مغلظة»^(٣).

وجاء في الكافي لابن عبد البر: «ولو شهدا بجرح أو قتل أو ما يوجب رجماً فقتل بشهادتهما، ثم اعترفوا بالزور، اقتص منها، وإن قالوا: شُبِّه علينا، عُرِّمَ الدية في أموالهما»^(٤).

(١) انظر: الفقيه والمتفقه (٢/ ٣٨٨)، وآداب الفتوى للنووي (ص/ ٤٧)، وصفة الفتوى لابن حمدان

(ص/ ٥٨)، والإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام (ص/ ١٢٢).

(٢) الأم (٧/ ٥٥، ٥٤).

(٣) (٢/ ٣٤٠).

(٤) (١/ ٤٧٧).

وحيث إن النية والقصد من الأمور الخفية والباطنة، والوقوف عليها متعذر، وبخاصة إذا لم يظهرها صاحبها في شكل عبارة صريحة يمكن البناء عليها، فالأصل تفويض أمرها إلى الله سبحانه، فهو المطلع على خفاياها وما تحمل من خير أو شر، غير أنه لما عارض هذا الأصل أصل أعظم منه، وهو حفظ المقاصد الكبرى التي يتوقف عليها إصلاح الأفراد والمجتمعات، فإن ممارسة الحقوق والحريات في القصد والنيات أصبحت مرتبهة بمدى تحقيقها للمقاصد والمصالح الشرعية لما تصاحبه من الأفعال والتصرفات، ولهذا نهض العلماء بصيانة الشريعة ومصالح الخلق في خصوص هذا الأمر؛ حيث اعتدوا بما يدل على هذا القصد وإن لم يتضمن تنصيماً، فاعتبروا القرائن وما يجري مجراها مظنة للقصد، ورتبوا على هذا الاعتبار آثاره التطبيقية، فأقاموا من القرائن المحتفة بالتصرف دليلاً على ثبوت القصد الباعث عليه، وتحديد النية الدافعة إليه^(١).

ومن ذلك أن بعض الفقهاء ارتأوا إمكان استنتاج القصد من طبيعة المحل إذا أمكن، وعليه فإنه يحكم على التصرف بالصحة أو البطلان، كما في بيع آلات المعازف والملاهي ونحوها؛ فمن المتقرر أن هذه الأمور لا تستعمل في العادة إلا في اللهو المحرم، ولا تشتمل على منفعة معتبرة شرعاً؛ فتقام حينئذٍ طبيعة المحل دليلاً على القصد الفاسد الذي كان دافعاً إلى إنشاء التصرف وباعثاً عليه^(٢).

ومن ذلك - أيضاً - اعتبار بعض الفقهاء كثرة وقوع الفعل قرينة للقصد الفاسد، فذكروا أن من الصور التي يمنع فيها الفعل سداً للذريعة لإفضائه إلى محذور أن يكون

(١) انظر: اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات (ص/ ٦٤، ٦٥).

(٢) انظر: المرجع السابق (ص/ ٦٧).

الفعل في أصله مباحاً لكنه وسيلة إلى قصد المحذور، فقد عدّ ابن القيم من أقسام الذرائع الوسيلة الموضوعة للمباح إذا قصد بها التوصل إلى المفسدة^(١)، ومما يدل على هذا القصد كثرة الوقوع، يقول الخطاب: «مُنِعَ كُلُّ بَيْعٍ جَائِزٍ فِي الظَّاهِرِ يُؤَدِّي إِلَى مَمْنُوعٍ فِي البَاطِنِ؛ لِلتَّهْمَةِ أَنْ يَكُونَ المَتَّبَاعَانِ قَصْدًا بِالجَائِزِ فِي الظَّاهِرِ التَّوَصُّلَ إِلَى المَمْنُوعِ فِي البَاطِنِ، وَلَيْسَ ذَلِكَ فِي كُلِّ مَا أَدَّى إِلَى مَمْنُوعٍ، بَلْ إِنَّمَا يُمْنَعُ مَا أَدَّى إِلَى مَا كَثُرَ قَصْدُهُ لِلنَّاسِ»^(٢).

فالذي حدا بالفقهاء إلى اعتبار القرائن دليلاً على القصد هو أن النيات والمقاصد ليس لها تشخيص مادي محسوس؛ وإنما هي كامنة مستسرة وراء الظواهر، لا يكاد يوقف عليها إلا بالتصريح، أو بالقرائن والملابسات التي تُعَدُّ في نطاق الظنون المعتبرة، وليس ثمة تصريح بها في الغالب المعتاد، فلم يبق مستند للوقوف عليها سوى ما يلابسها ويقترن بها من قرائن تكشف حقيقتها.

وحين نتأمل اجتهادات العلماء وفتاواهم وأجوبتهم نجد عدداً من الحوادث قد تغير فيها اجتهادهم وتغيرت فتاواهم واختلفت أجوبتهم لتغير نيات المستفتين واختلاف مقاصدهم، فأفتوا كلَّ سائلٍ أو مستفتٍ بما يتلائم مع نيته ويحقق المصلحة العامة ومقصود الشارع.

وفيما يأتي بيان عدد من الحوادث والمسائل التي تغير فيها اجتهاد المجتهدين بسبب تغير نيات المستفتين واختلافها.

(١) انظر: إعلام الموقعين (٣/١١٢).

(٢) مواهب الجليل (٤/٣٩٠).

المطلب الثاني

أمثلة لتغير الاجتهاد بسبب تغير النيات

من أبرز التطبيقات والأمثلة الفقهية التي تغير فيها الاجتهاد واختلفت فيها الفتوى بسبب تغير النيات واختلافها ما يأتي:

١ - أن ابن عباس رضي الله عنهما تغيرت فتواه في توبة القاتل، فقد كان يفتي بأن للقاتل توبة، ولما سأله رجل ذات مرة عن ذلك تغيرت فتواه واختلف جوابه لما غلب على ظنه أنه قاصد للقتل ويريد فتوى تفتح له باب التوبة، فرأى أن يسدّ عليه هذا الباب، فأفتاه بأن القاتل لا توبة له، وذلك فيما رواه ابن أبي شيبة بسنده، قال: (جاء رجل إلى ابن عباس، فقال: لمن قتل مؤمناً توبة؟ قال: لا، إلا النار، فلما ذهب قال له جلساؤه: ما هكذا كنت تفتينا. كنت تفتينا أن لمن قتل مؤمناً توبة مقبولة، فما بال اليوم؟ قال: إني أحسبه رجلاً مغضباً يريد أن يقتل مؤمناً. قال: فبعثوا في أثره فوجدوه كذلك^(١)).

فهنا تغيرت فتوى ابن عباس رضي الله عنهما لتغير النوايا، حيث إن توبة القاتل مقبولة لمن يريد التوبة الصادقة وكان قد قتل قبل ذلك، وغير مقبولة لمن يريد أن يقتل مؤمناً ونيتة التوبة بعد القتل.

٢ - أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قضى في المرأة التي يطلقها زوجها فتزوج بغيره قبل انقضاء عدتها بأنها تحرم على هذا الرجل الثاني تحريماً مؤبداً، معاملة لها بنقيض مقصودهما، مع أن ذلك مخالف للأصل في هذه المسألة، حيث إن الأصل بعد أن يفرق بينهما أن يكون الرجل الذي عقد عليها كغيره من الخطّاب، عليه انتظارها حتى تفرغ من العدة، لكن عمر خالف هذا الأصل لوجود القصد الفاسد في التحيل على الحكم الشرعي فقضى بنقيضه، وانتشر قضاؤه بين الصحابة رضوان الله عليهم ولم يعلم له مخالف، فكان إجماعاً^(٢).

(١) سبق تخريجه في (١/٣٨٢).

(٢) انظر: أحكام القرآن لابن العربي (١/٣٨٥)، والمتقى للباجي (٣/٣١٧).

وذلك فيما رواه الإمام مالك وعبدالرزاق والبيهقي عن عمر أنه قال: (أيها امرأة نكحت في عدتها، فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فُرق بينهما، ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول، ثم كان الآخر خاطباً من الخطاب، وإن كان دخل بها فُرق بينهما، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول، ثم اعتدت من الآخر، ثم لا يجتمعان أبداً^(١)).

٣ - أن عثمان بن عفان رضي الله عنه عامل المطلق الفار من إرث زوجته بنقيض مقصوده، حيث حكم بإرث زوجته منه - مع أن الأصل أن الزوجين حين ينفصلان عن بعضهما بالطلاق أو غيره فإنه لا حق للزوجة في تركة زوجها؛ لأن الزوجية هي سبب الميراث، وقد زالت - لكن لما ثبت عنده أن الزوج قد طلق زوجته لأجل حرمانها من الميراث اعتبر هذا القصد الفاسد حين النظر في المسألة، فتغير الحكم لأجله، حيث ورثت الزوجة من زوجها، ولم يكثر بطلاقه لها، معاملة له بنقيض مقصوده، إذ مقصوده الفرار من إرث المرأة بالطلاق^(٢).

٤ - ما أخرجه البخاري: (أن رجلين شهدا على رجل أنه سرق فقطعه عليّ، ثم جاء بآخر، وقالوا: أخطأنا، فأبطل شهادتهما وأخذنا بدية الأول، وقال: لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتمكما^(٣)).

فهنا بين علي بن أبي طالب رضي الله عنه أن حكمه سيتغير لو علم تغير قصدهما في الشهادة، ففرق بين الخطأ والعمد في الحكم.

(١) سبق تخريجه في (١/٤١٠).

(٢) سبق تخريجه في (١/٣٩٢)، وانظر: مجموع الفتاوى (٣٠/٢٢٥).

(٣) صحيح البخاري (٦/٢٥٢٧) كتاب الديات، باب إذا أصاب قوم من رجل، هل يعاقب أو يقتص منهم كلهم، رقم (٦٥٠٠).

٥ - أن الإمام مالكا كان يرى أن من حلف لا يكلم فلانا، ثم كاتبه فإنه لا يحنث، ثم تغير اجتهاده في هذه المسألة، ورأى أنه يحنث بمكاتبته؛ لأن غرض الحالف من ترك المكالمة الهجران والمقاطعة، فإذا كاتبه لم يحصل الهجران، لما في المكاتبه من الإيناس والوصال^(١).

٦ - أن بعض الفقهاء أبطلوا نكاح المريض مرض الموت، لكونه متهماً بقصد الإضرار بالورثة، وذلك بإدخاله وارثاً عليهم - مع أن الأصل صحة نكاحه وانعقاده - لكن لما صاحب ذلك فساد القصد بطل النكاح^(٢).

٧ - نص بعض الفقهاء على أن الحول لا ينقطع في أموال الصيارفة - مع أن الأصل عندهم انقطاع الحول إذا بُدِّل بغير جنسه - لكنهم عدلوا عن هذا الأصل لثلاث يفضي ذلك إلى سقوط الزكاة، بحيث يتخذون إبدال الأموال بغير جنسها حيلة لإسقاط الزكاة، فأقاموا مظنة حصول النية الفاسدة مقام حصولها بالفعل، وغيروا حكم الأصل لذلك^(٣).

٨ - أن شيخ الإسلام ابن تيمية أفتى بأنه من أكل في نهار رمضان ثم جامع فعليه الكفارة، لثلاث يتخذ ذلك ذريعة إلى إسقاط الكفارة، بأن يكون قصده الجماع ولثلاث تلزمه الكفارة أفطر بغيره، ففتوى ابن تيمية هنا مخالفة للأصل عنده في أن من أفطر بغير جماع فلا كفارة عليه، لكن لما كان إفطاره ثم جماعه مظنة للقصد الفاسد في اتخاذ ذلك حيلة لإسقاط الكفارة، ترك الإفتاء بالأصل وأقام مظنة تغير النية مقام حصوله فغير الحكم لذلك^(٤).

٩ - أن بعض الفقهاء ذكروا أن قيام المسلم للذمي عند دخوله عليه يختلف بحسب قصده، فإن قصد بالقيام استمالة قلبه للإسلام فمباح، وإن كان قيامه خوفاً من شره فلا

(١) انظر: المدونة (٣/١٣٠، ١٣١)، والتاج والإكليل (٣/٣٠٠)، ومواهب الجليل (٣/٢٩٩، ٣٠٠)،

والجامع لأحكام القرآن للقرطبي (١١/٨٦).

(٢) انظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢/٢٧٦).

(٣) انظر: المبدع (٢/٣٠٥)، والفروع (٢/٢٦٤)، والإنصاف (٣/٣٢).

(٤) انظر: مجموع الفتاوى (٢٥/٢٦٢).

بأس، بل لو تحقق الضرر بعدم قيامه له وجب عليه القيام، وهكذا يتغير الحكم بتغير نيته وقصده وبحسب ما يتوقعه من جلب مصلحة أو دفع مفسدة^(١).

١٠ - أن أحقية الأب في الولاية على ابنته في النكاح أمر مقرر عند الفقهاء، ومما شهدت له أدلة الشرع، لكن رأى بعض الفقهاء أن تسلب من الأب أحقية الولاية عليها إذا ظهر منه قصد الإضرار بابنته لفرط جهل أو قسوة قلب أو فظاظة طبع أو نحو ذلك، درءاً للضرر عنها، وتعطيلاً لقصده الفاسد، فيتولى غيره إنكاحها من تثبت ولايته عليها شرعاً^(٢).

١١ - أن للمالك الحرية في التصرف في ملكه بما يشاء، وبما يعود عليه بالنفع، إلا أن بعض الفقهاء ذكروا أنه يمنع من هذا التصرف إذا كان بقصد الإضرار بالغير.

يقول ابن فرحون^(٣) - مبيناً رأي مذهب المالكية فيما إذا صاحب استعمال حق الملكية ضرر بالغير - : «وأما إحداث بناء يمنع الضوء والشمس والريح، فاختلف فيه... وأما إن أحدثه ضرراً لجاره فإنه يمنع منه»^(٤).

(١) انظر: حاشية ابن عابدين (٤/٢٠٨).

(٢) انظر: المدونة (٤/١٦٤).

(٣) هو: أبو الوفاء إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون اليعمري المدني المالكي، الملقب ببرهان الدين، والمعروف بابن فرحون، ولد بالمدينة، ونشأ بها، وسمع فيها، كان إماماً فقيهاً، أصولياً، محدثاً، نحوياً، فريضاً، محققاً، ولي قضاء المدينة زمناً.

من مؤلفاته: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام، وإقليد الأصول، والديباج المذهب في تراجم المالكية، ودرة الغواص - وهو في الألبان الفقهية - وكشف النقاب الحاجب عن مصطلح ابن الحاجب، وغيرها. توفي سنة ٧٩٩هـ، عن نحو من السبعين.

انظر: الدرر الكامنة (١/٤٨)، إنباء الغمر (٣/٣٣٨)، توشيح الديباج (ص ٤٥)، معجم المؤلفين (١/٦٨).

(٤) تبصرة الحكام (٢/٢٦٢).

١٢ - أن الفقهاء ذكروا أن من حلف لا يظأ زوجته، فإنه يختلف حكم ذلك بحسب قصده، فإن كان قصده المصلحة كالخوف على ولده إن كان رضيعاً أو نحو ذلك لم يملك الحاكم في هذه الحال الحكم بالتطليق عليه، وإن علم أن قصده الإضرار بالزوجة طلق عليه الحاكم، تعطياً لقصده، ورفعاً للضرر عنها^(١).

١٣ - وكذلك نص الفقهاء على أن الزوج إن غاب عن زوجته بقصد الإضرار بها وحرمانها من حق الاستمتاع فإن للحاكم حق الفسخ والتطليق؛ لوجود هذا القصد الفاسد^(٢).

١٤ - أن كثيراً من الفقهاء منعوا أنواعاً من البيوع، وأبطلوا كثيراً من العقود - مع أنها في الأصل مباحة - حين كان القصد استعمالها في غير ما شرعت له، ومن ذلك تحريمهم ومنعهم بيع العنب لمن يتخذه خمرأً، وتحريم بيع السلاح زمن الفتنة أو لمن ينبئ حاله عن أنه يريد قطع الطريق على المسلمين، وتحريم إجارة الدار لمن يبيع الخمر فيها، أو لمن يتخذها كنيسة، أو معبداً للمجوس، ومنعهم من بيع الجارية لأهل الفساد، ومن بيع الخشبة لمن يتخذها صليياً، أو النحاس لمن يتخذها ناقوساً، ونحو ذلك من البيوع والعقود التي هي في الأصل مباحة، فترك الفقهاء حكم الأصل فيها لما غلب على الظن عدم استعمالها فيما أبيحت فيه، وأن القصد في ذلك هو الوصول إلى فعل المحرم^(٣).

(١) انظر: تبصرة الحكام (١/٨٤).

(٢) انظر: المرجع السابق، الصفحة نفسها، والإنصاف للمرداوي (٨/٣٥٦، ٣٥٧)، وكشاف القناع (٥/٣٦٠).

(٣) انظر: المحلى (٩/٢٩)، والكافي لابن عبد البر (١/٣٢٨، ٣٢٩)، والمغني (٤/١٥٥)، والشرح

الكبير للدردير (٣/٧) مع حاشية الدسوقي، ومواهب الجليل (٤/٢٥٣، ٢٥٤).

المبحث الثاني تغير الاجتهاد بسبب فساد الأخلاق وضعف التدين

وفيه تمهيد ومطلبان:

التمهيد

المراد بهذا السبب

يراد بفساد الأخلاق وضعف التدين ما يعبر عنه الفقهاء بفساد الزمان، فإذا فسد الزمان، وفسدت أخلاق الناس، وضعف تدينهم، ورقت ذممهم، وفشا الكذب فيهم، وضعف الورع والصدق في ظاهر أعمالهم، وقلت الأمانة، وانتشر الظلم وكثر الظالمون، فإن تلك التغيرات في الأوضاع والأحوال تستدعي من المجتهد التبصر في الأحكام والفتاوى، ومن ثم الحكم أو الإفتاء بما يناسب هذا التغير والتحول، وبالقدر الذي يحقق مقاصد الشارع.

فتعبير الفقهاء بفساد الزمان لا يراد منه تغير الزمن نفسه، فإن تبدله وتغيره من حيث هو لا أهمية له، ولا تأثير، إلا بما رتبته الشارع عليه، لأن الزمان وعاء لما فيه، فهو ظرف مستوعب للتغيرات المؤثرة في تغيير الاجتهاد واختلاف الفتاوى في جميع مجالات الحياة، فإسناد التغير إلى الزمان فيه نوع من التجوز، بإطلاق المحل وإرادة الحال، إذ المراد التغيرات الحاصلة في المجتمع، وفي حياة الناس، المتمثلة في فساد ذممهم وأخلاقهم وضعف تدينهم في مدة زمنية معينة^(١).

(١) انظر: قاعد العادة محكمة (ص/٢١٩).

المطلب الأول

وجه كون فساد الأخلاق

وضعف التدين سبباً لتغير الاجتهاد

بينت فيما سبق عدداً من الأسباب الموجبة لتغير الاجتهاد، وذكرت عند الحديث عن كل واحد منها وجه عدّه سبباً لتغير الاجتهاد، ومشروعية البناء عليه في ذلك، وهي أسباب مختلفة فيما بينها، ويتداخل بعضها مع بعض أحياناً، وبالنظر في بعض تلك الأسباب نجد أن أمراً واحداً يجمعها، وعلّة مشتركة بينها، هي المؤثرة في تغير النظر وتحول الاجتهاد، واختلاف الفتوى والحكم، وهذه الصفة المشتركة والعلّة الجامعة هي تغير الأحوال والأوضاع والظروف، سواء كان هذا التغير متعلقاً بالأشخاص المكلفين، أو بما هو خارج عنهم، وسواء كان على مستوى الفرد أو الجماعة؛ مما يستدعي تغير النظر والاجتهاد، وإيقاع الفتاوى والأحكام بحسب ما يناسب الظروف والأحوال، بحيث تتحقق المصالح، وتعتبر مقاصد الشريعة.

ومن أبرز الأسباب السابقة التي يجمعها هذا الأمر وتشارك في هذه الصفة: الاستحسان، وتغير العادات والأعراف، وتحقيق المناط، وعموم البلوى، وتغير النيات، حيث نجد أن هذه الأسباب متفقة في حصول التغير المؤثر في اختلاف الأحكام وتغير الاجتهاد.

أما الاستحسان؛ فلأجل أن تغير الاجتهاد بسببه إنما هو لحصول التغير في المسألة أو الواقعة؛ وهو خروجها عن نظائرها ومثيلاتها من المسائل، لتعلقها بدليل أخص من الدليل العام الوارد بحكمها، الأمر الذي أوجب إعادة النظر فيها، فهذا التحول والتغير في المسألة واختلافها عن نظائرها هو ما استدعى تجديد الاجتهاد، ومن ثم تغيره واختلاف الحكم.

وأما تغير العادات والأعراف؛ فالتغير والتحول المؤثر في تغير الاجتهاد بسببه ظاهر؛ وهو اختلاف عادات الناس وأعرافهم من زمن إلى زمن، ومن مكان إلى آخر، فما كان من الأحكام مبنياً على العرف فإنه يتغير بتغيره.

وأما تحقيق المناط؛ فتغير الاجتهاد بسببه لأجل اختلاف الظروف والأحوال المحيطة بالمسألة، فتكون الأحكام الشرعية التي أسسها الاجتهاد في ظروف مختلفة عن الظروف الجديدة غير صالحة لتحقيق الغاية الشرعية منها، ولهذا يتغير الاجتهاد وتتغير الأحكام إلى ما يتناسب مع الأوضاع القائمة، ويحقق الغاية الشرعية ومقاصد الشارع.

وأما عموم البلوى؛ فإن تغير الاجتهاد بسببه إنما هو لحصول التغير المؤثر في حكم المسألة أو الواقعة، والذي يتمثل في كون الشيء أو الفعل مما يضطر الناس إليه، أو تشتد حاجتهم إليه، ويعسر استغناؤهم عنه، أو يعسر تخلصهم منه، أو يقع الفعل أو الحال مشتملاً على ضرر عام للمكلفين في عموم أحوالهم أو في حالة واحدة، أو للمكلف الواحد في عموم أحواله، بحيث يلزم من التكليف معه عسر احتراز منه، أو عسر استغناء عن العمل به، ولذلك يتغير الاجتهاد، وتتغير تبعاً له الفتاوى والأحكام، نظراً لهذه الأحوال والظروف المتغيرة، رفعاً للخرج وتحقيقاً للمصالح والمقاصد الشرعية.

وأما تغير النيات؛ فالتغير والتحول المؤثر في تغير الاجتهاد بسببه ظاهر؛ ذلك أن النية معتبرة في الأحكام الشرعية من حيث الحكم بصحة الأعمال أو بطلانها، ومن حيث ترتب الثواب أو عدمه، فهي مناط الأحكام، ولذلك فهي مناط الحكم على التصرفات من الأقوال والأفعال، وحينئذ فإن تغيرها واختلافها مؤثر في بناء الأحكام عليها، فيختلف الاجتهاد في حكم المسألة بحسبها؛ فإن كانت موافقة خالصة كانت صحيحة، وترتبت عليها آثارها من حصول الثواب والحكم بصحة الأعمال ونفوذ التصرفات ونحو ذلك، وإن لم تكن كذلك، بأن تضمنت قصداً فاسداً من رياء في العبادة أو حيلة فاسدة أو إضرار

بالغير، لم تترتب عليها آثارها، ومن هنا تغير الاجتهاد لحصول هذا التغير والتحول في النية.

ومما يجتمع مع هذه الأسباب الموجبة لتغير الاجتهاد في صفة التغير والتحول في الأوضاع والأحوال ما نتحدث عنه في هذا المبحث؛ من فساد الأخلاق وضعف التدين؛ فالتحول والتغير فيه ظاهر، وهو ما يعبر عنه بعض الفقهاء بفساد الزمان؛ حيث يفسد الزمان بتردي أوضاع الناس وأحوالهم في التدين والأخلاق، ويتهاونون في الذمم، ويتحولون من حال إلى حال.

وإذا كان التحول والتغير في الأحوال والأوضاع والظروف المتعلقة بالأسباب المتقدمة له أثر ظاهر في اختلاف الاجتهاد وتغيره - على اختلاف نوعية هذا التغير - فكذلك الحال في هذا السبب، بل إن تغير الحال فيه أظهر أثراً في تغير الاجتهاد والفتوى عما سواه.

وقد صرح عدد من الأئمة والعلماء بأن فساد الأخلاق وفساد الزمان وضعف التدين أحد أسباب تغير الاجتهاد واختلاف الفتاوى والأحكام، ومن ذلك ما يلي:

يقول الإمام مالك: «يحدث للناس فتاوى بقدر ما أحدثوا»^(١).

ويقول الزرقاني -معلقاً على هذه المقولة-: «وليس هذا من التمسك بالمصالح المبينة للشرع كما توهمه بعضهم، وإنما مراده: أن يحدثوا أمراً تقتضي أصول الشريعة فيه غير ما اقتضته قبل حدوث ذلك الأمر، ولا غرو في تبعية الأحكام للأحوال»^(٢).

وسئل القاضي شريح: «ما الذي أحدثت في القضاء؟ فقال: إن الناس قد أحدثوا فأحدثت»^(٣).

(١) شرح الزرقاني على الموطأ (١٠/٢).

(٢) المرجع السابق، الصفحة نفسها.

(٣) الطبقات الكبرى لابن سعد (١٣٣/٦).

ويقول عمر بن عبد العزيز: «تحدث للناس أفضية على قدر ما أحدثوا من الفجور»^(١).
وعلق القراني على هذه العبارة بقوله: «لم يرد ﷺ نسخ حكم، بل المجتهد فيه ينتقل له
الاجتهاد لاختلاف الأسباب»^(٢).

وهذا صريح في مشروعية تغير الاجتهاد وما يتبعه من تغير في الأقضية والفتاوى
بسبب فساد الزمان والأخلاق وضعف التدين.

بل إنه لما كان والياً على المدينة كان يحكم للمدعي بدعواه إذا جاءه بشاهد واحد
وحلف اليمين، فكان يعدُّ يمين المدعي قائمة مقام الشاهد الثاني، فلما أصبح خليفة وأقام
بالشام، لم يحكم إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، فستل عن ذلك، فقال: " لقد
وجدنا أهل الشام على غير ما عليه أهل المدينة" ^(٣).

فتغير اجتهاده واختلف حكمه في الشام لما رأى من تغير الناس هناك عما عرفه من أهل
المدينة.

ويروى عن إياس بن معاوية^(٤) أنه كان يقول: «قيسوا للقضاء ما صلح الناس، فإذا
فسدوا فاستحسنوا»^(٥).

(١) الفروق (٤/١٧٩)، وتبصرة الحكام (٢/١٢٦)، والاعتصام (٢/٢٩١).

(٢) الفروق (٤/١٧٩).

(٣) انظر: أصول التشريع الإسلامي، علي حسب الله (ص/٩٨)، ومباحث في أحكام الفتوى
(ص/١٠٧، ١٠٨).

(٤) هو: أبو وائلة إياس بن معاوية بن قره المزني، ولد سنة ٤٦ هـ، أحد التابعين، وكان يضرب به المثل في
الدكاء والفطنة، تولى قضاء البصرة، وروى عن أنس وجماعة، ووثقه ابن معين. توفي بواسط في
العراق سنة ١٢٢ هـ.

انظر: الطبقات الكبرى (٧/١٧٥)، وحلية الأولياء (٣/١٤٥)، وشذرات الذهب (٢/٩٤).

(٥) أخبار القضاة لابن حيان (١/٣٤١)، وأصول الجصاص (٢/٣٤١)، والعدة (٥/١٦٠٦)،
والتمهيد لأبي الخطاب (٤/٩١)، وتبصرة الحكام (٢/٦٣).

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية -معلقاً على ذلك-: «فأمر بمخالفة الأمر بحصول مفاسد تمنع القياس»^(١).

وهذا صريح في أن فساد الزمان وأهله سبب لتغيير الاجتهاد وتغيير الفتوى؛ بالعدول عما يقتضيه القياس إلى ما هو الأوفق للناس، عن طريق الاستحسان. ويقول العز بن عبد السلام: «تحدث للناس أحكام بقدر ما يحدثون من السياسات والمعاملات»^(٢).

وأيضاً: روي عن الإمام مالك أنه قال -فيمن له ماء وراء أرض، وله أرض دون أرضه، فأراد أن يجري ماءه في أرض جاره-: إنه ليس له ذلك. ولم يأخذ بها روي عن عمر رضي الله عنه في قضية محمد بن مسلمة^(٣) التي أجبره فيها على أن يجري ماءه في أرض جاره؛ بما أنه

(١) قاعدة في الاستحسان (ص/ ٨٠).

(٢) عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق (ص/ ٢٨).

ومن ذلك أيضاً: ما أورده أبو الحسن النباهي في "تاريخ قضاة الأندلس" (١/ ٦٤)، حيث قال: «قال ابن الحارث: ولقد قال له -أي لابن بقي بن مخلد- بعض أصحاب السلطان -في كلام جرى بينها-: إنا لنعيبك بلين الجانب، والتطويل في الحكومة. فقال له ابن بقي: أعوذ بالله من لين يؤدي إلى ضعف، ومن شدة تبلغ إلى عنف، ثم جعل يذكر فساد الزمان، واحتيال الفجار، وما يباشر من الأمور المشتبهة التي لا تبين لها حقيقة، ولا ينكشف لها وجه».

(٣) هو: أبو عبدالرحمن، وقيل: أبو عبدالله محمد بن مسلمة بن خالد بن عدي الأوسي الأنصاري الحارثي، صحابي من الأمراء الفضلاء، ولد قبل البعثة باثنتين وعشرين سنة، وهو من أهل المدينة، شهد بدرًا وما بعدها ما عدا غزوة تبوك، واستخلفه النبي ﷺ في بعض غزواته، وهو أحد الذين قتلوا كعب بن الأشرف، ولاء عمر رضي الله عنه على صدقات جهينة، واعتزل الفتنة في أيام علي رضي الله عنه، فلم يشهد الجمل، ولا صفين. توفي بالمدينة عام ٤٣ هـ، وقيل: عام ٤٦ هـ، وقيل: عام ٤٧ هـ.

انظر: الطبقات الكبرى (٣/ ٤٤٣)، والاستيعاب (٣/ ١٣٧٧)، وأسد الغابة (٣/ ٣٣٠)، والإصابة

لا يضره، بل يستفيد منه^(١)، وفي ذلك يقول الإمام مالك: «فلو كان معتدلاً في زماننا هذا كاعتداله في زمان عمر رأيتُ أن يُقضى له بإجراء مائه في أرضك؛ لأنك تشرب منه أولاً وآخرأ، ولا يضرك، ولكن فسد الناس، واستحق الناس التُّهم، فأخاف أن يطول الزمان، وينسى ما كان عليه جَرِيُّ هذا الماء، وقد يدعي جارك عليك به دعوى في أرضك»^(٢).

وأيضاً: فإن الإمام أحمد قد روي عنه أنه قال بتضمين كل أجير، ولو كان خاصاً^(٣)؛ مستنداً إلى قول علي عليه السلام: «لا يُصلحُ الناس إلا هذا»^(٤). ويقول الغزالي: «اختلاف الأخلاق والأحوال والممارسات يوجب اختلاف الظنون»^(٥).

ويقول ابن عبد الهادي^(٦): «تغير الحال يُغيّر الأحكام»^(٧).

-
- (١) أخرجه الإمام مالك في الموطأ (٢/٢٩١) كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، رقم (٢١٧٣).
- (٢) المنتقى للبايجي (٦/٤٦)، وانظر: مباحث في أحكام الفتوى (١٠٦، ١٠٧).
- (٣) انظر: المغني (٥/٣٠٦).
- (٤) أخرجه ابن أبي شيبة والبيهقي، انظر: مصنف ابن أبي شيبة (٤/٣٦٠)، رقم (٢١٠٥)، وسنن البيهقي الكبرى (٦/١٢٢).
- (٥) المستصفى (٢/٣٦٥).
- (٦) هو: أبو المحاسن جمال الدين يوسف بن حسن بن أحمد بن حسن بن أحمد بن عبد الهادي، الدمشقي الحنبلي، يرجع نسبه إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه، ولد سنة ٨٤١هـ، وكان إماماً في الفقه والحديث والأصول، ومشاركاً في التفسير والنحو والصرف، وله تصانيف كثيرة. من مؤلفاته: إرشاد السالك إلى مناقب مالك، وبلغة الحديث إلى علم الحديث، وتحفة الوصول إلى علم الأصول، وغاية السؤل إلى علم الأصول وشرحه، وغيرها. توفي سنة ٩٠٩هـ.
- انظر: النعت الأكمل لأصحاب الإمام أحمد بن حنبل (ص/٦٧)، وفهرس الفهارس والأثبت (٢/١١٤١)، وشذرات الذهب (٨/٤٣)، والضوء اللامع (١٠/٣٠٨).
- (٧) مغني ذوي الأفهام (ص/٥٢٢).

وقد أشار القرافي إلى أن فساد الزمان من أسباب تغيير الأحكام بقوله: "واعلم أن التوسعة على الحكام في الأحكام السياسية ليس مخالفاً للشرع، بل تشهد له الأدلة، وتشهد له -أيضاً- القواعد من وجوه:

أحدها: أن الفساد قد كثر وانتشر، بخلاف العصر الأول، ومقتضى ذلك اختلاف الأحكام، بحيث لا تخرج عن الشرع بالكلية، وترك هذه القوانين يؤدي إلى الضرر". ثم قال: «ورابعها: أن كل حكم في هذه القوانين ورد دليل يخصه أو أصل يقاس عليه».

وقد ذكر بشأن العدول: «أنه إذا لم نجد غير العدول أقمننا أصلحهم وأقلهم فجوراً للشهادة عليهم، ويلزم مثل ذلك في القضاة وغيرهم لثلاث تضييع المصالح، فإن التكليف مشروط بالإمكان، وإذا جاز نصب الشهود فسقة لأجل عموم الفساد جاز التوسع في الأحكام السياسية لأجل كثرة فساد الزمان وأهله»، إلى أن قال: «ولا نشك أن قضاة زماننا وشهودهم وولاتهم وأمناءهم لو كانوا في العصر الأول ما وُلُّوا ولا عُرِّج عليهم، وولاية هؤلاء في مثل ذلك العصر فسوق، فإن خيار زماننا هم أراذل ذلك الزمان، وولاية الأراذل فسوق، فقد حَسُن ما كان قبيحاً، واتسع ما كان ضيقاً، واختلفت الأحكام باختلاف الزمان»^(١).

كما أشار ابن القيم إلى أن فساد الزمان أحد أسباب تغيير الفتوى واختلافها حين عقد لذلك فصلاً أسماه: "فصل في تغيير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد"^(٢)، إذ فساد الزمان يدخل في تغيير الأزمنة والأحوال.

(١) معين الحكام للطرابلسي (ص/١٧٧)، وتبصرة الحكام لابن فرحون (٢/١٢٦، ١٢٧).

(٢) إعلام الموقعين (٣/٣).

كما نص ابن عابدين على ذلك، فجعل هذا السبب من أبرز الأسباب التي توجب تغير الفتاوى والأحكام، حيث ورد في رسائله ما نصه: «كثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله، أو لحدوث ضرورة، أو فساد أهل الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً للزم منه المشقة والضرر بالناس، وخالف قواعد الشريعة»^(١).

ويقول الشيخ مصطفى الزرقا: «قد يكون تغير الزمان الموجب لتبديل الأحكام الفقهية الاجتهادية ناشئاً عن فساد الأخلاق، وفقدان الورع، وضعف الوازع، مما يسمونه فساد الزمان»^(٢).

بل إن بعضهم حصر العوامل التي ينشأ عنها تغير الأحكام في نوعين، أحدهما: فساد الزمان وانحراف أهله عن الجادة، بحيث ينشأ عن ذلك تبدل في كثير من الأحكام، والثاني: تغير العادات وتبدل الأعراف وتغير المصلحة وتطور الزمن^(٣).

وبعد فتلك جملة من أقوال بعض الأئمة والعلماء تبين ضرورة ملاحظة فساد الزمان، واعتباره حين الاجتهاد والنظر في أحكام المسائل والحوادث، والبناء عليه في ذلك، وتقرر أن فساد الزمان سبب موجب لتغير الاجتهاد، واختلاف الفتاوى والأحكام.

وعليه فيلزم المجتهد النظر في أحوال الناس، وما طرأ عليهم من تغيرات في أخلاقهم وتعاملهم وذمهم وأمانتهم، وما طرأ على تدينهم بشكل عام، والبناء على ذلك، واعتباره في الأفضية والفتاوى؛ بحيث يحكم بينهم ويفتيهم بما تتحقق به المصالح العامة ومقاصد

(١) مجموع رسائل ابن عابدين (١٢٣/٢).

(٢) المدخل الفقهي العام (٩٤٣، ٩٤٢/٢).

(٣) انظر: المرجع السابق، الصفحة نفسها، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (ص/٢٥٦)،

وقاعدة العادة محكمة للباحين (ص/٢٢٠).

الشريعة، فقد يمنع المجتهد من العمل بحكم شرعي لفساد الزمان، لئلا يفضي إلى وقوعهم في مفسدة، وقد يترك العمل والفتوى بما يعتقد رجحانه نظراً لفساد الذمم وتساهل الناس في فعل المحرمات.

ومما تجدر الإشارة إليه هنا أن تغير الاجتهاد وما يتبعه من تغير في الأقضية والفتاوى بسبب فساد الزمان ليس بالضرورة أن يكون تغيراً إلى الأيسر والأسهل مسايرة لأوضاع الناس، بل قد يكون التغير في الاجتهاد مفضياً إلى أخذ الناس بالحزم والعزم؛ قطعاً لوسائل الفساد وأسبابه، فإذا فسد الناس احتاجوا إلى ما يردعهم ويردهم إلى الصواب، وهذا من الأخذ بالوسطية في الفتاوى والأقضية ومراعاة المقاصد والمصالح الشرعية، فقد يرى المجتهد في مسألة اجتهادية حكماً مغلظاً من أجل زجر الناس وكفهم عن الوقوع في المحرمات، فيشدد عليهم في العقوبة، كالتشديد في بعض الأحكام التعزيرية بما يصل إلى القتل حين يرى كثرة وقوع بعض الجرائم وانتشارها والتساهل والتهاون من الناس.

ومن هنا فإن على المجتهد حين يتغير اجتهاده لأجل فساد الزمان أن يراعي مقاصد الشارع وما يصلح به أمر الناس؛ بحيث يحكم بينهم ويفتيهم بما يناسبهم من اللين والشدة، فيلين في جانب، ويُغلظ في جانب آخر، بحسب ما يصلح لكل حال؛ فاللين والتسامح حين يكون أخذ الناس بالحزم يؤدي إلى الانقطاع عن العمل، وفوات المصلحة، فيتسامح في ذلك بالقدر الذي يحققها، وأما الغلظة والحزم فيلجأ إليها المجتهد حين يرى أن التسامح والبناء على توافر الأمانة والثقة يفضي إلى ضياع الحقوق، وفشو الكذب، وأكل أموال الناس بالباطل، ونحو ذلك من الفساد، فيتشدد في هذا الأمر تحقيقاً للمصالح ودرءاً للمفاسد.

وبهذا يتبين أن لتغير الاجتهاد بسبب فساد الزمان طريقتين:

الطريق الأول: يبرز فيه التشديد والمنع والتحرير لأحكام مباحة في الأصل، حين تقتضي المصلحة ذلك لسد الذريعة وتقليل الفساد وحسم مادته واستئصال دواعيه، لمنع اتخاذ الناس هذا المباح مطية لفساد أخلاقهم وخراب ذممهم، فيقطع الطريق أمامهم في ذلك.

الطريق الثاني: يبرز فيه التيسير والتسهيل واستباحة المحظور؛ فتحاً للذريعة، حين تقتضي المصلحة ذلك، لعموم البلوى في ذلك الحكم الذي انتشر وعم الناس، وعسر تحرزهم منه أو استغناؤهم عنه، بحيث تلحقهم المشقة في تركه، فيتسامح في ذلك لتحصيل المصلحة الأعلى، ويؤخذ بالتيسير والتخفيف والترخيص الذي تقتضيه قواعد الشريعة وأحكامها^(١).

و حين نتصفح الفتاوى الصادرة عن الفقهاء، والأحكام التي كانوا يقضون بها، نجد أن عدداً منها كان متأثراً بالزمان ومتغيراته؛ حيث تغيرت اجتهاداتهم، وتغيرت مع ذلك فتاويهم وأحكامهم بعد أن رأوا ما لحق بالناس من فساد في الذمم والأخلاق، وما طرأ على تدينهم من ضعف... فلم يروا بُدأً من الإفتاء بخلاف ما كانوا يفتون به قبل ذلك، أو بخلاف ما كانت عليه الفتيا قديماً.

يقول الشيخ مصطفى الزرقا: «من المقرر في فقه الشريعة أن لتغير الأوضاع والأحوال الزمنية تأثيراً كبيراً في كثير من الأحكام الشرعية الاجتهادية، فإن هذه الأحكام تنظيم أوجبه الشرع يهدف إلى إقامة العدل وجلب المصالح ودرء المفاسد، فهي ذات ارتباط

(١) انظر: عموم البلوى للدوسري (ص/٣١٧، ٣١٩)، وقاعدة: «لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان»، لمحمد التركي (٥٩٣/٢) وهي رسالة ماجستير مقدمة لكلية الشريعة بالرياض عام

وثيق بالأوضاع والوسائل الزمنية وبالأخلاق العامة، فكم من حكم كان تدبيراً وعلاجاً ناجعاً لبيئة في زمن معين، فأصبح بعد جيل أو أجيال لا يوصل إلى المقصود منه، أو أصبح يفضي إلى عكسه بتغير الأوضاع والوسائل والأخلاق.

وعلى هذا أفتى الفقهاء المتأخرون من شتى المذاهب الفقهية في كثير من المسائل بعكس ما أفتى به أئمة مذاهبهم وفقهاؤها الأولون، وصرح هؤلاء المتأخرون بأن سبب اختلاف فتواهم عن سبقهم هو اختلاف الزمان وفساد الأخلاق^(١). وفيما يأتي بيان لعدد من المسائل التي تغير فيها اجتهاد كثير من المجتهدين لهذا السبب.

المطلب الثاني

أمثلة لتغير الاجتهاد بسبب فساد الأخلاق وضعف التدين

التطبيقات الفقهية التي تغير فيها الاجتهاد واختلفت فيها الفتوى بسبب فساد الزمان والأخلاق وضعف التدين كثيرة، ومن أبرزها ما يأتي:

١ - أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه تغير اجتهاده في طلاق الثلاث، حيث كان الطلاق الثلاث بلفظ واحد في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وصدر من خلافته يقع طلقة واحد، ولكن حينما رأى عمر فساد أخلاق بعض الناس، وتلاعبهم بأحكام الله، وإكثارهم من الطلاق، وتهاونهم به، واستعجالهم فيه أوقع عليهم طلاق الثلاث بلفظ واحد ثلاثاً، وفي ذلك يقول ابن عباس رضي الله عنهما: (كان الطلاق على عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وستين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر بن الخطاب: إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة، فلو أمضيها عليهم، فأمضاه عليهم)^(٢).

(١) المدخل الفقهي العام (٢/ ٩٤١).

(٢) سبق تخريجه في (١/ ٣٧٧).

فهنا ترك عمر رضي الله عنه ما كان يعمل به في صدر خلافته؛ لما رأى فساد الزمان وتغير أحوال الناس وأخلاقهم.

وقد ذكر ابن القيم مأخذ هذا التغير في الاجتهاد بقوله عن عمر: «رأى أن ما كانوا عليه في عهد النبي صلى الله عليه وسلم وعهد الصديق وصدر من خلافته كان الأليق بهم؛ لأنهم لم يتتابعوا فيه، وكانوا يتقون الله في الطلاق، فلما تركوا تقوى الله، وتلاعبوا بكتاب الله، وطلقوا على غير ما شرعه الله ألزمهم بما التزموه عقوبة لهم»، ثم قال: «فهذه مما تغيرت به الفتوى لتغير الزمان»^(١).

وقال - أيضاً - : «فالصحابة رضي الله عنهم ومقدمهم عمر بن الخطاب لما رأوا الناس قد استهانوا بأمر الطلاق، وأرسلوا ما بأيديهم منه، ولبسوا على أنفسهم، ولم يتقوا الله في التطلق الذي شرعه لهم، وأخذوا بالتشديد على أنفسهم، ولم يقفوا على ما حُدَّ لهم، ألزمهم بما التزموه»^(٢).

٢ - أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه تغير اجتهاده في عقوبة شارب الخمر، حيث كان يأمر بجلده أربعين جلدة - كما كان عليه الحال زمن النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر رضي الله عنه - ولكن حين رأى كثرة الشاربين، وأن الناس قد اجترؤوا عليها وانهمكوا في شربها، وتحاقروا العقوبة، فلم تعد تردعهم عن الشرب رأى أن يزيد في ذلك حتى يتناهاوا عن شربها، فتغير اجتهاده وأمر أن يضرب الشارب ثمانين جلدة، فقد روى عبدالرزاق عن عطاء أنه سمع عبيدالله ابن عمير يقول: (كان الذي يشرب الخمر يضربونه بأيديهم ونعالهم، ويصكّونه، فكان ذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر رضي الله عنه وبعض إمارة عمر رضي الله عنه)، ثم خشي أن

(١) إعلام الموقعين (٣/ ٣٦).

(٢) المرجع السابق، الصفحة نفسها.

يغتال الرجل فجعله أربعين سوطاً، فلما رأهم لا يتناهون جعله ستين، فلما رأهم لا يتناهون جعله ثمانين^(١).

وروى بسنده - أيضاً - : (أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه شاور الناس، وقال: إن الناس قد شربوها واجترؤوا عليها، فقال علي: إن السكران إذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، فاجعله حد الفرية، فجعله عمر حد الفرية ثمانين)^(٢).

وروى البخاري عن السائب بن يزيد رضي الله عنه قال: (كنا نؤتى بالشارب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وإمّرة أبي بكر، وصدر من خلافة عمر، فنقوم إليه بأيدينا ونعالنا وأرديتنا، حتى كان آخر إمرة عمر، فجلد أربعين، حتى إذا عتوا وفسقوا جلد ثمانين)^(٣).

٣- أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه تغير اجتهاده في إحياء الأرض الموات، فقد كان يقرُّ إحياء الأرض الموات وتملك الناس بذلك الإحياء؛ لأن الأصل أن للإنسان الحق في تملك الأرض حين يقوم بإحيائها؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم: (من أحيا أرضاً ميتة فهي له)^(٤)، ولكن لما رأى فساد بعض الناس وضعف تدينهم، بحيث يحتجزون الأرض بوضع أيديهم على جزء منها ويقيمون الأسوار حولها، ثم يتركونها سنين طويلة دون أن يقوموا بعمارها، ولم يدعوا غيرهم ينتفع منها ويعمرها، ورأى أن تصرف هؤلاء الناس يفضي إلى نقيض ما شرع الإحياء لأجله؛ فلم يحصل المقصود من تشريع التملك بالإحياء من عمارة الأرض وحصول النفع العام، تغير اجتهاده في هذه المسألة، ورأى أن تنزع الأرض من أيدي أولئك المحتجزين بعد أن تمضي ثلاث سنوات من وضع أيديهم عليها إذا لم يقوموا

(١) سبق تحريجه في (١/٣٦٧).

(٢) سبق تحريجه في (١/٣٦٨).

(٣) سبق تحريجه في (١/٣٦٨).

(٤) سبق تحريجه في (٢/١٦١).

بأحيائها^(١)، وفي ذلك يقول: (من أحميا أرضاً ميتة فهي له، وليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين)^(٢).

٤ - أن الصحابة رضي الله عنهم ضَمَّنوا الصناعات - مع أن الأصل عدم تضمينهم وهو ما جرى عليه الحال زمن النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر رضي الله عنه - لفساد الزمان؛ ذلك أن الصناع كانوا يتقبلون الأعمال من عموم الناس في زمن الوحي، ولا يتقبلون من الأعمال إلا ما يطبقون، فإذا انتهوا من أداء العمل تقبلوا غيره، فكان الغالب من حالهم الصلاح والأمانة، فإذا اتفق وتلفت العين عند الصانع كان الأصل الغالب أن التلف حصل بأمر سماوي، ومن غير تفريط الصانع، ولذا كان الناس يعطون الصناع ما يريدون منهم أن يصنعوه لهم، فإذا ما أخبرهم الصانع بهلاك أو تلف المصنوع صدقوه، لشيوع الأمانة فيهم، فلم يكن ثمة نزاع يقتضي تشريع التضمين.

ولكن لما تبدلت أحوال الصناع بعد ذلك، وفسدت أخلاقهم ورقت ذمهم، ودخل في نفوسهم الطمع في أموال الناس، وظهر فيهم الجشع، وغلب عليهم التفريط وخيانة الأمانة، وكثرت النزاعات رأى الصحابة رضوان الله عليهم تضمينهم ما تلف تحت أيديهم وإن لم يثبت تفريطهم وتعديمهم؛ حفظاً لمصالح الناس وأحوالهم^(٣)، فقد روى البيهقي وابن أبي شيبة عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه ضَمَّن الصناع الذين انتصبوا للناس في أعمالهم ما أهلكوا في أيديهم^(٤)، كما ورد عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه كان يُضَمَّن

(١) انظر: تغير الأحكام للدكتورة سها مكداش (ص/٣١٢، ٣١٣).

(٢) سبق تحريجه في (٢/١٦١).

(٣) انظر: الاعتصام (٢/٣٧٨).

(٤) سبق تحريجه في (١/٤٠١).

القصار والصواغ، وقال: (لا يصلح الناس إلا ذلك)^(١)، كما ضمن الغسال والصباغ^(٢).
 ٥ - أن عثمان بن عفان رضي الله عنه تغير اجتهاده في مسألة التقاط ضوال الإبل، حيث أمر بالتقاطها على خلاف ما كان عليه الحال في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وصاحبيه، وعلى خلاف الحكم المقرر في السنة من ترك ضالة الإبل في قول النبي صلى الله عليه وسلم لما سئل عنها: (مالك ولها، معها حذاؤها وسقاؤها، ترد الماء وتأكل الشجر)^(٣)، فعثمان رضي الله عنه غير الحكم في هذه المسألة في زمنه لما رأى فساد الناس وتغير أحوالهم وذمهم ونفوسهم، حيث كثر فيهم من لا يعف عن أخذها والتقاطها حين يعلم أنها ضالة - بخلاف الحال في الزمن السابق من ترك الناس لهذه الضوال وعدم مسّها، لشيوع الأمانة فيهم وقوة الوازع لديهم - فرأى المصلحة في عدم تركها، وأمر بالتقاطها وتعريفها ثم بيعها، فإذا جاء صاحبها أعطي ثمنها^(٤).

فقد روى الإمام مالك أن ضوال الإبل كانت في زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه إبلاً مؤبلة تتاج لا يمسه أحد، حتى إذا كان زمان عثمان بن عفان رضي الله عنه أمر بتعريفها ثم تباع، فإن جاء صاحبها أعطي ثمنها^(٥).

وروى ابن حزم عن سعيد بن المسيب رضي الله عنه قال: (كتب عمر بن الخطاب إلى عماله: لا تضموا الضوال، فلقد كانت الإبل تتناج هملاً، وترد المياه لا يعرض لها أحد حتى يأتي من

(١) سبق تخريجه في (١/٤٠١).

(٢) سبق تخريجه في (١/٤٠١).

(٣) سبق تخريجه في (١/٣٩٣).

(٤) انظر: المنتقى للباجي (٦/١٤٣).

(٥) انظر: الموطأ (٢/٧٥٩).

يعترفها فيأخذها، حتى إذا كان عثمان كتب أن صُمِّوها وعَرَّفَوها، فإن جاء من يعترفها وإلا فبيعوها وضعوا أثمانها في بيت المال^(١).

٦- أن عائشة رضي الله عنها تغير اجتهادها في حكم خروج النساء إلى المساجد، فمع أن الأصل مشروعية خروجهن، وقد كُنَّ يخرجن في عهد النبي صلى الله عليه وسلم إلا أنها رأت منعهن من ذلك، حيث شاهدت فساد الزمان وتغير الأحوال، ووقوع الفتنة بخروجهن، وأنها أحدثن ما لم يكن في زمن النبي صلى الله عليه وسلم من التستر والبعد عن الرجال، فقد ثبت عنها أنها قالت: (لو أدرك رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أحدث النساء لمنعهن المسجد كما منعت نساء بني إسرائيل)^(٢).

٧- أن فقهاء التابعين تغير اجتهادهم في حكم التسعير، فمع أن الأصل عدم جوازه، لورود النهي عنه بقوله صلى الله عليه وسلم - حينما غلا السعر وطلب الناس منه أن يسعر لهم - : (إن الله هو المسعّر القابض الباسط الرازق، وإني لأرجو أن ألقى ربي وليس أحد منكم يطلبني بمظلمة في دم ولا مال)^(٣)، إلا أن فقهاء التابعين لما رأوا فساد التجار وتلاعبهم بالأسعار بباعث الجشع والطمع والحرص على مصالحهم المادية العاجلة، وقلّة أمانتهم، وفساد ذمهم، واستشراء نزعات الاستغلال الفاحش بينهم، تغير اجتهادهم في هذه المسألة، ورأوا ضرورة التسعير لرعاية المصلحة العامة، ودفع المضار اللاحقة بالناس من جراء ترك التجار على هذا الوضع الفاسد^(٤).

(١) المحلى (٨ / ٢٧١).

(٢) سبق تخريجه في (١ / ٤٠٥).

(٣) سبق تخريجه في (١ / ٣١٩).

(٤) انظر: المنتقى للباجي (٥ / ١٨)، ومجموع الفتاوى (ص / ٣٢)، والطرق الحكمية (١ / ٣٥٥)، ونظرية المقاصد عند الشاطبي للريسوني (ص / ٢٨٢)، واجتهاد التابعين للدكتور وهبة الزحيلي (ص / ٢٨، ٢٧، ٢١).

٨- إفتاء التابعين ومنهم القاضي شريح بعدم قبول شهادة الأصول والفروع والأزواج بعضهم لبعض بسبب التهمة والمحابة في الشهادة، وجرّ النفع للشاهد نفسه، وقد كان ذلك سائغاً في زمن الصحابة رضوان الله عليهم، فكانوا يقبلون شهادة هؤلاء بعضهم لبعض؛ لأن الأصل قبول الشهادة من كل ظاهر العدالة، سواء أكان قريباً للمشهود له أم لا، لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾^(١)، وقوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِّن رِّجَالِكُمْ﴾^(٢)، وقوله تعالى: ﴿يَتَأَيُّمُ الَّذِينَ ءَامَنُوا شَهْدَةً بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾^(٣).

هذا ما كان عليه حال الصحابة رضوان الله عليهم، حيث انتشر الأمانة والعدل والصدق، ولما فسد الزمان صار هؤلاء موضع التهمة في شهادتهم لبعض، فأفتى التابعون بعدم قبول شهادتهم لذلك^(٤).

يقول الزهري - في جواز شهادة الوالد لولده: «كان ذلك فيما مضى من السنة في سلف المسلمين، وكانوا يتأولون في ذلك قول الله تعالى: ﴿يَتَأَيُّمُ الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ﴾^(٥)، فلم يكن يُتهم سلف المسلمين الصالح في شهادة الوالد لولده، ولا الولد لوالده، ولا الأخ لأخيه، ولا الرجل لامرأته، ثم دُخل الناس بعد ذلك، فظهرت منهم أمور حملت الولاية على اتهامهم؛ فتركت شهادة

(١) جزء من الآية (٢) من سورة الطلاق.

(٢) جزء من الآية (٢٨٢) من سورة البقرة.

(٣) جزء من الآية (١٠٦) من سورة المائدة.

(٤) انظر: اجتهاد التابعين للدكتور وهبة الزحيلي (ص/ ٢١، ٢٨)، وتجديد الفقه الإسلامي للزحيلي

أيضاً (ص/ ١٨٥).

(٥) جزء من الآية (١٣٥) من سورة النساء.

من يُتهم إذا كانت من أقربائهم، وصار ذلك من الولد والوالد والأخ والزوج والمرأة، لم يتهم إلا هؤلاء في آخر الزمان»^(١).

٩- أن عمر بن عبدالعزيز^(٢) تغير اجتهاده في العدد المعترف في الشهود، فقد كان يقضي في المدينة حين كان أميراً لها بشاهد واحد ويمين المدعي، فكان يعدُّ يمين المدعي قائمة مقام الشاهد الثاني، فلما أصبح خليفة وأقام بالشام لم يحكم إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، ولما سئل عن ذلك قال: «لقد وجدنا أهل الشام على غير ما عليه أهل المدينة»^(٣).

فتغير اجتهاده في هذه المسألة واختلف حكمه فيها لما رأى من تغير الناس واختلاف أحوالهم في الشام عما عرفه من أهل المدينة.

ولذلك كان يقول: «تحدث للناس أقضية على قدر ما أحدثوا من الفجور»^(٤).

١٠- أن عمر بن عبدالعزيز امتنع من قبول الهدية، مع أن النبي ﷺ كان يقبلها، وكذا كان أبو بكر وعمر رضي الله عنهما، وعُِّلَّ امتناعه من قبولها لكونه يعدّها رشوة بعد فساد الزمان وأخلاق الناس^(٥).

(١) تفسير الطبري (٣٢٢/٥)، وانظر: المحلى (٤١٥/٩، ٤١٦)، وأحكام القرآن لابن العربي (٦٣٧/١)، وأحكام القرآن للقرطبي (٤١١/٥).

(٢) هو: عمر بن عبدالعزيز بن مروان بن الحكم، أمه أم عاصم بنت عاصم بن عمر بن الخطاب، ولد سنة ٦٣هـ، وتولى الخلافة سنة ٩٩هـ، وأخبار عدله وزهده مشهورة. توفي سنة ١٠١هـ. انظر: الطبقات الكبرى (٣٣٠/٥)، وتاريخ الطبري (٥٥٠/٦)، والعبر (١٢٠/١).

(٣) انظر: أصول التشريع الإسلامي، علي حسب الله (ص/٩٨)، ومباحث في أحكام الفتوى (ص/١٠٧، ١٠٨).

(٤) الفروق (١٧٩/٤).

(٥) انظر: فلسفة التشريع في الإسلام للدكتور صبحي محمدي (ص/٢٣٢)، وتغير الأحكام في الشريعة الإسلامية (ص/١٠٩، ١١٠).

١١ - ومنع عمر بن عبدالعزيز الأمراء والولاة زمن خلافته من ممارسة التجارة، مع أن الأصل أنه يحق لأي شخص مزاولة التجارة، سواء أكان حاكماً أم محكوماً، لكن عمر منع الأمراء والولاة من ذلك لفساد الزمان وتغير الأحوال وضعف الوازع الديني في نفوس الناس ونفوس الأمراء أيضاً، فرأى أنهم إن اشتغلوا بالتجارة أهملوا أمر الرعية، ومالت قلوب الناس إلى تجارتهم طمعاً في تحقيق بعض المصالح الشخصية، وبذا تضيع حقوق الناس وتفوت مصالحهم، فلام ذلك أن يمنع الأمراء ومن في حكمهم من التجارة تقديماً للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة، بعد ضعف التدين وفساد الأخلاق^(١).

١٢ - أن الإمام أبا حنيفة أفتى بجواز إعطاء بني هاشم من الزكاة، مع أن الأصل عدم جواز دفع الزكاة إليهم، لورود الحديث بالمنع من ذلك، كما في قوله عليه السلام: (إن الصدقة لا تنبغي لآل محمد إنما هي أوساخ الناس)^(٢)، وقوله عليه السلام للحسن بن علي رضي الله عنه: (أما علمت أنا لا نأكل الصدقة)^(٣)، ومع هذا المنع رأى أبو حنيفة جواز إعطاء بني هاشم من الزكاة ومخالفة الأصل في هذه المسألة إذا فسد الزمان بأن كان بيت المال غير منتظم بسبب جور الحكام، وضاع حق الهاشميين منه، دفعاً للضرر عنهم وحفظاً لهم من الفقر، وذلك أن الأصل في بني هاشم أن يأخذوا حقهم من بيت المال، وهو نصيبهم من الخمس، وهو سهم ذوي القربى المذكور في قوله تعالى: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ

(١) انظر: سيرة عمر بن عبدالعزيز لأبي محمد بن عبدالحكم (ص/ ٨٧)، والمصالح المرسله وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي (ص/ ٣٢٩).

(٢) سبق تخريجه في (٢/ ١٦٣).

(٣) سبق تخريجه في (٢/ ١٦٣).

وَلِلرُّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ...»^(١)، فإذا فسد الحكام وحرّم بنو هاشم منه وكانوا فقراء لحقهم الضرر والخرج، ولذا أجاز أبو حنيفة إعطاءهم من الزكاة رفعاً للخرج عنهم^(٢).

١٣ - أن الإمام مالكا منع الجار من الارتفاق بملك جاره إذا احتاج إلى ذلك، مخالفاً بذلك فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه وقضاءه في هذه المسألة، حيث أوجب الجار على تمكين جاره من الانتفاع بملكه والارتفاق به، فقد روي عن الإمام مالك أنه قال - فيمن له ماء وراء أرض وله أرض دون أرض، فأراد أن يجري ماءه في أرض جاره - : «إنه ليس له ذلك»، ولم يأخذ بما روي عن عمر رضي الله عنه في قضية محمد بن مسلمة التي أجبها فيها على أن يجري ماءه في أرض جاره، بما أنه لا يضره، بل يستفيد منه، وذلك حين رأى الإمام مالك في وقته فساد الزمان وضعف تدين الناس وذمهم وأخلاقهم، فخشي أن يؤول ذلك إلى وقوع الضرر بالناس، وفي ذلك يقول: «فلو كان معتدلاً في زماننا هذا كاعتداله في زمان عمر رأيت أن يُقضى له بإجراء مائه في أرضك؛ لأنك تشرب منه أولاً وآخرأ، ولا يضرك، ولكن فسد الناس، واستحق الناس التُّهم، فأخاف أن يطول الزمان، وينسى ما كان عليه جري هذا الماء، وقد يدعي جارك عليك به دعوى في أرضك»^(٣).

١٤ - أن الإمام الشافعي يرى جواز قضاء القاضي بعلمه في غير الحدود، لكنه غير اجتهاده في هذه المسألة ورأى المنع من ذلك؛ لفساد الزمان، وفي ذلك يقول: «وأما القضاة اليوم فلا أحب أن أتكلّم بهذا كراهية أن أجعل لهم سبيلاً إلى أن يجوروا على الناس»^(٤).

(١) جزء من الآية (٤١) من سورة الأنفال.

(٢) انظر: شرح معاني الآثار للطحاوي (١١/٢)، وفتح القدير لابن الهمام (٢/٢٧٢).

(٣) المنتقى للبايجي (٤٦/٦).

(٤) الأم (٤٨/٧).

فمع أن الشافعي كان يجيز أن يقضي القاضي بعلمه إلا أنه لما رأى فساد الزمان وضعف تدين الناس غير رأيه في ذلك وتحفظ على اجتهاده السابق، لظهور التهمة بقصد الإضرار والجلور على الناس.

١٥ - أن الإمام الشافعي كان لا يرى تضمين الأجير المشترك، بناءً على أن الأصل عدم الضمان، لكن لم يكن يفتي بذلك لفساد الناس^(١)، فترك القول والإفتاء بما يعتقد رجحانه في نظره مراعاة لفساد الزمان وتغير الأحوال وضعف التدين، فخشي أن تؤول فتواه بعدم تضمينه إلى تضييع أموال الناس ودعوى تلفها وهلاكها. وقد ذكر ابن نجيم أنه يفتي بتضمين الأجير المشترك في هذا الزمان لتغير أحوال الناس^(٢).

١٦ - أن الإمام أحمد تغير اجتهاده في حكم من حلف بالمشي إلى بيت الله ثلاثين حجة ثم حنث في ذلك، حيث كان يرى أن عليه كفارة يمين، ثم رجع عن هذا القول إلى التوقف في المسألة لما رأى فساد الزمان وانتشار هذا الحلف عند الناس واعتيادهم عليه وتساهلهم به^(٣).

١٧ - أن الإمام أحمد كان يُسهّل في الصلاة خلف من لا يُعرف، ثم تغير رأيه في ذلك، وأمر بالتحري، وألا يصلي الإنسان إلا خلف من يعرف؛ لفساد الزمان وكثرة البدع، فخشي أن يكون التسهيل في ذلك مفضياً إلى الصلاة خلف من لا تجوز الصلاة خلفه^(٤).

(١) انظر: المهذب للشيرازي (٤٠٨/١).

(٢) انظر: البحر الرائق (٣١/٨).

(٣) انظر: مسائل الإمام أحمد برواية ابنه صالح (١٢٦/١).

(٤) انظر: طبقات الحنابلة لأبي يعلى (٩٩/١).

١٨ - كما أفتى الإمام أحمد بمنع خروج النساء لصلاة العيد في زمانه - مع أن خروجهن للعيد مشروع في الأصل - سداً لذريعة الافتتان بهن، وذلك لما رأى فساد الزمان وتغير أحوال الناس^(١).

١٩ - أن جمهور الفقهاء يشترطون فيمن يتولى القضاء أن يكون من أهل الاجتهاد^(٢)، ثم ذهب عدد من فقهاء المذاهب بعد فساد الزمان وتغير أخلاق الناس وأحوالهم، وخلو عصرهم من المجتهدين إلى عدم اعتبار شرط الاجتهاد، بل يُولى الأمثل فالأمثل، لأن اشتراط ذلك في زمانٍ عُدِم فيه المجتهدون يفضي إلى أن لا يتولى أحد القضاء، وهذا وسيلةٌ إلى فسادٍ يجب سدُّه، وقطع الطرق الموصلة إليه^(٣).

٢٠ - إفتاء الصاحبين أبي يوسف ومحمد بن الحسن بضرورة تزكية الشهود وعدم الاكتفاء بظاهر العدالة في الشهادة - مع مخالفته لما نص عليه أبو حنيفة بناء على ما كان في زمنه من غلبة العدالة - نظراً لفساد الزمان وتغير حال الناس وفشو الكذب، فقد شهدا زمناً غير زمنه، تفشت فيه الأخلاق الفاسدة وضعف فيه التدين^(٤).

٢١ - إفتاء فقهاء الحنفية المتأخرين بعدم جواز قضاء القاضي بعلمه الشخصي في الحوادث التي يشاهدها بنفسه - مع أن ظاهر المذهب جواز قضاء القاضي بعلمه في غير

(١) انظر: الفروع (١/٥١٦، ٥١٧).

(٢) انظر: مواهب الجليل (٦/٨٩)، وتبصرة الحكام (١/٢٤)، ومغني المحتاج (٤/٣٧٥)، ونهاية المحتاج (٨/٢٣٨)، وروضة الطالبين (١١/٩٥)، والإنصاف للمرداوي (١١/١٧٧).

(٣) انظر: الإفصاح لابن هبيرة (٢/٤٧٦)، وتبصرة الحكام (١/٢٢)، والإنصاف للمرداوي (١١/١٧٨).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٦/٢٧٠)، وفتح القدير (٧/٣٧٨)، ومجموع رسائل ابن عابدين (٢/١٢٦)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٤٣).

الحدود - لفساد الزمان، وتغير أحوال الناس وأخلاقهم، حيث غلب الظلم، وكثرت العداوات والأحقاد، وأصبح القاضي مشكوكاً في صدق دعواه العلم بالحادثة، ومنتهاً في قضائه بعلمه، فلذلك عمل المتأخرون بخلاف ظاهر المذهب، وأوجبوا استناد القضاء إلى وسائل الإثبات المعتمدة، ولو علم القاضي المسألة^(١).

٢٢ - إفتاء المتأخرين من علماء الحنفية بضمان منافع المغصوب من مال الوقف واليتيم وما في حكمهما - مع أن المذهب عند الحنفية أن الغاصب لا يضمن منافع العين المغصوبة، سواء استوفها أو لا، بناء على أن المنافع ليست بأموال متقومة من غير عقد معاوضة - لما وجدوا أن الناس في عصرهم لا يبألون باغتصاب أموال اليتامى والأوقاف والتعدي عليها؛ قطعاً للأطماع وزجراً للغاصبين، سواء استوفوا المنافع أو عطلوها^(٢).

٢٣ - أن المدين تنفذ تصرفاته في أمواله بالهبة والوقف وسائر وجوه التبرع، ولو كانت ديونه مستغرقة أمواله كلها؛ لأن الديون إنما تتعلق بذمة المدين لا بعين ماله، فتبقى أمواله حرة غير مثقلة بحق أحد وينفذ فيها تصرفه، وهذا مقتضى القواعد القياسية، ولكن لما فسد الزمان وخربت الذمم وكثر الطمع وقل الورع، واتخذ المدينون من هذا الحكم منفذاً للاحتيال، وذريعة يلجأون إليها لتهريب أموالهم، منتفعين من هذا الحق في التصرف، فأصبحوا يعمدون - بدافع الكيد للدائنين - إلى تهريب أموالهم من وجه دائنيهم عن طريق وقفها أو هبتها لمن يثقون به من قريب أو صديق، أفتى المتأخرون من الفقهاء بعدم

(١) انظر: مجموع رسائل ابن عابدين (٢/١٢٦)، والمدخل الفقهي العام (٢/٩٤٧)، والعرف والعادة في رأي الفقهاء (ص/٢١٠)، وقاعدة العادة محكمة (ص/٢٢٥)، وصناعة الفتوى (ص/٢٥٤).

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين (٦/٢٠٦)، ومجمع الأنهر (٤/٩٢-٩٣)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٤٣)، والمدخل الفقهي العام (٢/٩٤٥، ٩٤٦).

نفاذ هذه التصرفات من المدين إلا فيما يزيد عن وفاء الدين في أمواله، وإن كان غير محجور عليه من قبل القاضي، ويتوقف تصرفه في ماله على رضا الدائنين صيانةً لحقوقهم^(١).

٢٤- في أصل المذهب الحنفي أن الزوجة إذا قبضت معجل المهر فإنها تلزم بمتابعة زوجها حيث شاء، فمن حق زوجها عليها السفر والانتقال بها من بلد إلى بلد، إلا أن المتأخرين من فقهاء المذهب لحظوا في زمنهم فساد الزمان وانقلاب أخلاق الناس، وغلبة الجور والظلم عليهم، وأن كثيراً منهم يسافرون بزوجاتهم إلى بلاد نائية ليس هن فيها أهل ولا نصير، فيسيئون معاملتهن ويجورون عليهن، فأفتوا بمنع الزوج من السفر بزوجته وإن أوفاهها معجل المهر، وأن المرأة لا تجبر على متابعة زوجها إلى مكان إلا إذا كان وطناً لها، لفساد الزمان^(٢).

٢٥- وكذلك أفتى المتأخرون من فقهاء الحنفية بعدم تصديق المرأة بعد الدخول بها إذا ادعت أنها لم تقبض المشروط تعجيله من المهر، مع أنها منكرة للقبض، وقاعدة المذهب الحنفي أن القول للمنكر مع يمينه، إلا أنه بعد فساد الزمان وتغير أحوال الناس وأخلاقهم فإن العادة جرت بأن المرأة لا تسلم نفسها قبل قبضه، فصار هو الأصل في المسألة، فعملوا به^(٣).

٢٦- أفتى بعض الفقهاء بجواز قبول شهادة الفساق، مع أن شهادتهم لا تقبل في السابق، ولكن مراعاة لتغير الأحوال وفساد الزمان وكثرة الفساق، بحيث يعسر الاستغناء عن شهادتهم، أفتوا بجواز شهادة من ليس محلاً للشهادة، من باب التوسعة على

(١) انظر: المدخل الفقهي العام (٢/٨٣٩)، وتغير الأحكام للدكتورة سها مكداش (ص/٤٠٦).

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين (٣/١٤٧، ١٤٨)، ومجموع رسائل ابن عابدين (٢/١٢٦)، والمدخل الفقهي العام (٢/٩٤٦).

(٣) انظر: مجموع رسائل ابن عابدين (٢/١٢٦)، والعرف والعادة للدكتور وهبة الزحيلي (ص/٥٠).

الحكام في الأحكام، فإذا لم يوجد إلا غير العدول جاز الأخذ بأصلحهم وأقلهم فجوراً
لثلاثا تتعطل المصالح وتضيع الحقوق.

يقول القرافي: «إذا لم نجد في جهة غير العدول أقمنا أصلحهم وأقلهم فجوراً للشهادة،
ويلزم مثل ذلك في القضاة وغيرهم، لثلاث تضيع المصالح، وتتعطل الحقوق والأحكام، فإن
التكليف مشروط بالإمكان، وإذا جاز نصب الشهود فسقة لأجل عموم الفساد جاز
التوسع في الأحكام السياسية لأجل كثرة فساد الزمان وأهله».

ثم قال: «ولا نشك أن قضاة زماننا وشهودهم وولاتهم وأمناءهم لو كانوا في العصر
الأول ما وُلّوا ولا عُرِّج عليهم، وولاية هؤلاء في مثل ذلك العصر فسوق، فإن خيار
زماننا هم أراذل ذلك الزمان، وولاية الأراذل فسوق، فقد حَسُن ما كان قبيحاً، واتسع ما
كان ضيقاً، واختلفت الأحكام باختلاف الزمان»^(١).

ويقول ابن القيم: «إذا كان الناس فساقاً كلهم إلا القليل النادر قبلت شهادة بعضهم
على بعض، ويحكم بشهادة الأمثل من الفساق فالأمثل، هذا الصواب الذي عليه العمل،
وإن أنكره كثير من الفقهاء بألسنتهم»^(٢).

ولأجل هذا أفتى متأخرو الحنفية بقبول شهادة الأمثل فالأمثل من الناس، حينئذ رأوا
ندرة توافر أوصاف العدالة في وقتهم، لفساد الزمان وضعف التدين^(٣).

٢٧ - أن فقهاء الحنفية تغير اجتهادهم في حكم أخذ الأجرة على تعليم القرآن والأذان
والإمامة، حيث إن متقدميهم يرون عدم جواز ذلك؛ لأنها من أفعال القرب والطاعات،

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون (٢/١٢٦)، ومعين الحكام للطرابلسي (ص/١٧٧).

(٢) الطرق الحكيمة (ص/٢٥٦).

(٣) انظر: تغير الاجتهاد للدكتور وهبة الزحيلي (ص/٣٩).

ولا يجوز الاستتجار عليها، ولكن المتأخرين من الحنفية أفتوا بجواز أخذ الأجرة على هذه الطاعات، خلافاً لفتوى أئمة المذهب لما رأوا فساد الزمان وتواني الناس في الأمور الدينية، وفتور رغباتهم، وانشغالهم بمعاشهم، فلو مُنِع من أخذ الأجرة على ذلك والحال ما ذكر لأفضى إلى تضييع هذه الشعائر وانقطاعها، فأفتوا بالجواز لهذا المعنى^(١).

٢٨ - كما أفتى متأخرو الحنفية بإثبات هلال رمضان والعيد وغير ذلك في أوائل الشهور القمرية برؤية شخصين، لفساد الزمان وضعف الهمم عن التماس رؤية الهلال وإن كانت السماء صافية لا غيم فيها، مع مخالفة ذلك لأصل المذهب في أنه لا بد من رؤية جمع عظيم في إثبات الهلال، نظراً لاهتمام معظم الناس بالرؤية في الزمن السابق^(٢).

٢٩ - وأفتى المتأخرون من فقهاء الحنفية - أيضاً - بمنع الإجارة الطويلة في عقارات الوقف، وتحديدتها بسنة في الدور، وثلاث سنوات في الأراضي الزراعية - مع مخالفة ذلك لأصل المذهب من عدم تقديرها بمدة - نظراً لفساد الزمان، ولمنع محاولات الغاصبين وادعاء المستأجرين ملكية العقارات في نهاية المدة^(٣).

٣٠ - وأفتى متأخرو فقهاء الحنفية - أيضاً - بتضمين الساعي بالفساد والفتنة - مع مخالفته لقاعدة المذهب من أن الضمان على المباشر دون المتسبب - لفساد الزمان وتغيير أحوال الناس وكثرة السعاة المفسدين، وذلك زجراً لهم^(٤).

(١) انظر: المبسوط (٣٧/١٦)، والبحر الرائق (٢٣٧/٨)، والهداية (٢٤٠/٣)، وحاشية ابن عابدين (٥٦٢/١).

(٢) انظر: تغيير الاجتهاد للدكتور وهبة الزحيلي (ص/٣٩).

(٣) انظر: مجموع رسائل ابن عابدين (١٢٦/٢)، وتغيير الاجتهاد للزحيلي (ص/١٠).

(٤) انظر: مجموع رسائل ابن عابدين (١٢٤/٢)، والعرف والعادة في رأي الفقهاء (ص/٣٠٥، ٣٠٦)، والأعراف البشرية في ميزان الشريعة الإسلامية للدكتور عمر الأشقر (ص/٩٥).

٣١ - الإفتاء بتحقيق الإكراه من غير السلطان نظراً لفساد الزمان، مع مخالفة ذلك لمذهب أبي حنيفة، حيث كان يفتي بعدم تحقق الإكراه من غيره، لما شاهده في عصره من أن المنعة والمقدرة لم تكن لغير السلطان، ونظراً لفساد الزمان وتغير الحال بعد ذلك وظهور الظلمة أفتى الصاحبان بتحقيق الإكراه من غير السلطان بناءً على ما شاهدها في زمانها^(١).

٣٢ - ما روي عن ابن أبي زيد القيرواني^(٢) أنه حين سقط حائط داره اتخذ كلباً للحراسة، وأفتى بجواز اتخاذ كلاب الحراسة في الدور لغلبة السطو عليها ونهبها، فلما سئل عن ذلك وقيل له: إن مالكاً يكره ذلك وكان لا يرى اتخاذ الكلب لحراسة الدور، فأجاب بقوله: لو أدرك مالك زمننا لاتخذ أسداً ضارياً^(٣).

٣٣ - إفتاء بعض متأخري الحنفية بعدم صحة الزواج بدون ولي، مخالفين في ذلك ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف، حيث رجحوا رواية أخرى ضعيفة في المذهب؛ لفساد الزمان^(٤).

(١) انظر: مجموع رسائل ابن عابدين (١٢٦/٢)، والعرف والعادة في رأي الفقهاء (ص/١٦٠).
(٢) هو: أبو محمد عبدالله بن عبدالرحمن القيرواني، المالكي، إمام المالكية في وقته وقدمتهم، ولخص مذهبهم وذبح عنه، وكان يعرف بمالك الصغير. من مؤلفاته: النوادر والزيادات على المدونة، والرسالة. توفي سنة ٣٨٦هـ.

انظر: الديباج المذهب (ص/١٣٦)، والنجوم الزاهرة (٤/٢٠٠).

(٣) انظر: العرف والعمل في المذهب المالكي للجدي (ص/١٤٥)، وتغير الأحكام في الشريعة الإسلامية (ص/١٠٨، ١٠٩)، واختلاف الاجتهاد وتغيره وأثر ذلك في الفتيا (ص/١٣٧).

(٤) انظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء (ص/١٨٥، ١٨٦).

٣٤- أن المتأخرين من علماء فاس رأوا تحليف الشهود على شهادتهم - على خلاف الأصل - لفساد الزمان^(١).

٣٥- أن المازري لما طُلب منه مخالفة المذهب السائد في مسألة قال: «لست ممن يحمل الناس على غير المعروف المشهور من مذهب مالك وأصحابه؛ لأن الورع قَل، بل كاد يُعدم، والتحفظ على الديانات كذلك، وكثرت الشهوات، وكثر من يدعي العلم ويتجاسر على الفتوى فيه، فلو فتح لهم باب في مخالفة المذهب لا تسع الخرق على الرافع، وهتكوا حجاب هيئة المذهب، وهذا من المفسدات التي لا خفاء بها»^(٢)، فلم يرَ المازري مخالفة المذهب المالكي ولا في مسألة واحدة - مع أن الحال قد يقتضي ذلك - اعتباراً لفساد الزمان وحال الناس، لقلّة ورعهم وحبهم للشهوات، مما قد يفضي بهم إلى الخروج عن المذهب لأجل تحقيق أهوائهم وشهواتهم، فتركهم على ما اعتادوه من الالتزام بالمذهب^(٣).

٣٦- أن الإمام كُنَّ يكشفن وجوههن في عصر الصحابة رضي الله عنهم، لكن رأى شيخ الإسلام ابن تيمية أن لا يتكشفن في وقته لفساد الزمان، حيث يقول: «كانت الإمام على عهد الصحابة يمشين في الطرقات مكشفات الرؤوس ويخدمن الرجال مع سلامة القلوب، فلو أراد الرجل أن يترك الإمام التركيات الحسان يمشين بين الناس في مثل هذه البلاد والأوقات كما كان أولئك الإمام يمشين كان هذا من باب الفساد»^(٤).

(١) انظر: معين الحكام للطرابلسي (٥/١٧٤، ١٧٥)، والسياسة الشرعية لابن نجيم (ص/٣٨)،

وصناعة الفتوى لابن بيّه (ص/٢٥٢).

(٢) الموافقات (٥/١٠١).

(٣) انظر: اعتبار مآلات الأفعال وأثرها الفقهي (٢/٥١٧).

(٤) مجموع الفتاوى (١٥/٤١٨).

٣٧- الإفتاء بجواز دفع المال رشوة لدفع الظلم وتحصيل الحق إذا لم يُقدر على دفعه إلا بذلك - مع أن الأصل عدم جوازه - وذلك لفساد الزمان وعموم البلوى في انتشار رذيلة أخذ الرشوة في كثير من البلاد، بحيث يعسر على الإنسان استغناؤه عن دفع الرشوة، إذ لا يستطيع أخذ حقه أو دفع الظلم عن نفسه إلا بهذا الطريق^(١).

٣٨- الإفتاء بجواز إغلاق أبواب المساجد في غير أوقات الصلاة في زماننا، مع أنها أمكنة مُعدّة للصلاة والعبادة فينبغي ألا تغلق كما كانت في عهد السلف، لكنهم أفتوا بإغلاقها، صيانة لها من العبث والسرقه، نظراً لفشو فساد الأخلاق وضعف التدين^(٢).

* * * * *

(١) انظر: الموافقات (٣/ ٦٠)، وعموم البلوى (ص/ ٣١٩).

(٢) انظر: القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها للدكتور صالح السدلان (ص/ ٤٣٦)، وقاعدة العادة محكمة للدكتور يعقوب الباحثين (ص/ ٢٢٤، ٢٢٥)، وتغير الأحكام في الفقه الإسلامي للدكتورة سها مكداش (ص/ ٤٠٨)، ومناهج الفتيا في النوازل الفقهية المعاصرة للدكتور مسفر القحطاني (ص/ ٩٠)، والحكم الشرعي بين أصالة الثبات والصلاحية للدكتور عبدالجليل ضمرة (ص/ ٣٩٣)، والتطبيقات الفقهية لقاعدة لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان والأحوال لإبراهيم السلامة (ص/ ٤٥) وهو بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير من المعهد العالي للقضاء، عام

100

فهرس الموضوعات

الصفحة

الموضوع

الباب الثاني

أسباب تغير الاجتهاد

٤٢٤-٥

١٠-٧

توطئة

الفصل الأول

١٢٢-١١

أسباب تغير الاجتهاد العائدة إلى طرق النظر في المسألة

المبحث الأول: تغير الاجتهاد بسبب تغير النظر في الأصول المعتمدة في

١٣

الاستنباط

١٣

التمهيد: المراد بالأصول المعتمدة في الاستنباط

المطلب الأول: وجه كون تغير النظر في الأصول المعتمدة في الاستنباط

١٤

سبباً لتغير الاجتهاد

المطلب الثاني: أمثلة لتغير الاجتهاد بسبب تغير النظر في الأصول المعتمدة

١٦

في الاستنباط

٤٨

المبحث الثاني: تغير الاجتهاد بسبب تغير النظر في بعض طرق الاستنباط ...

٤٨

التمهيد: المراد بطرق الاستنباط

المطلب الأول: وجه كون تغير النظر في بعض طرق الاستنباط سبباً لتغير

٥١

الاجتهاد

المطلب الثاني: أمثلة لتغير الاجتهاد بسبب تغير النظر في بعض طرق

٥٥

الاستنباط

الفصل الثاني

١٧٠-١٢٣

تغير الاجتهاد بسبب تحقيق المصالح

١٢٥

التمهيد: حقيقة المصالح وشروط اعتبارها

الصفحة	الموضوع
١٣٧	المبحث الأول: وجه كون المصالح سبباً لتغير الاجتهاد
١٥٧	المبحث الثاني: أمثلة لتغير الاجتهاد بسبب تحقيق المصالح
الفصل الثالث:	
٢٠٤-١٧١	تغير الاجتهاد بسبب سد الذرائع
	التمهيد: حقيقة سد الذرائع، وأقسام الوسائل المفضية إلى المفسد،
١٧٣	وبيان محل النزاع إجمالاً
١٧٨	المبحث الأول: وجه كون سد الذرائع سبباً لتغير الاجتهاد
١٨٩	المبحث الثاني: أمثلة لتغير الاجتهاد بسبب سد الذرائع
الفصل الرابع	
٢٢٤-٢٠٥	تغير الاجتهاد بسبب الاستحسان
٢٠٧	المبحث الأول: وجه كون الاستحسان سبباً لتغير الاجتهاد
٢١٧	المبحث الثاني: أمثلة لتغير الاجتهاد بسبب الاستحسان
الفصل الخامس	
٢٤٤-٢٢٥	تغير الاجتهاد بسبب مراعاة الخلاف
٢٢٧	التمهيد: المراد بمراعاة الخلاف
٢٣١	المبحث الأول: وجه كون مراعاة الخلاف سبباً لتغير الاجتهاد
٢٣٨	المبحث الثاني: أمثلة لتغير الاجتهاد بسبب مراعاة الخلاف
الفصل السادس	
٢٧٢-٢٤٥	تغير الاجتهاد بسبب اعتبار المآلات
٢٤٧	التمهيد: المراد باعتبار المآلات
٢٥٠	المبحث الأول: وجه كون اعتبار المآلات سبباً لتغير الاجتهاد
٢٦٣	المبحث الثاني: أمثلة لتغير الاجتهاد بسبب اعتبار المآلات

الصفحة

الموضوع

الفصل السابع

- ٢٧٣-٣١٤ تغيير الاجتهاد بسبب تغير العادات والأعراف
- ٢٧٥ التمهيد: حقيقة العادة والعرف وشروط اعتبارهما في بناء الأحكام
- ٢٨٤ المبحث الأول: تقسيم العادات من حيث الثبات والتبدل
- ٢٨٦ المبحث الثاني: أسباب نشوء العادات والأعراف وتغيرهما
- ٢٨٦ المطلب الأول: أسباب نشوء العادات والأعراف
- ٢٨٨ المطلب الثاني: أسباب تغير العادات والأعراف
- ٢٩١ المبحث الثالث: وجه كون تغير العادة والعرف سبباً لتغير الاجتهاد
- ٣٠٢ المبحث الرابع: أمثلة لتغير الاجتهاد بسبب تغير العادات والأعراف

الفصل الثامن

- ٣١٥-٣٦٦ أسباب تغير الاجتهاد العائدة إلى الواقعة المجتهد فيها
- ٣١٧ المبحث الأول: تغير الاجتهاد بسبب تحقيق المناط
- ٣١٧ التمهيد: المراد بتحقيق المناط
- ٣٢٢ المطلب الأول: وجه كون تحقيق المناط سبباً لتغير الاجتهاد
- ٣٢٩ المطلب الثاني: أمثلة لتغير الاجتهاد بسبب تحقيق المناط
- ٣٤٥ المبحث الثاني: تغير الاجتهاد بسبب عموم البلوى
- ٣٤٥ التمهيد: حقيقة عموم البلوى
- ٣٤٧ المطلب الأول: وجه كون عموم البلوى سبباً لتغير الاجتهاد
- ٣٥٧ المطلب الثاني: أمثلة لتغير الاجتهاد بسبب عموم البلوى

الفصل التاسع

- ٣٦٧-٤٢٤ أسباب تغير الاجتهاد العائدة إلى حال المحكوم عليه
- ٣٦٩ المبحث الأول: تغير الاجتهاد بسبب تغير النيات

الصفحة	الموضوع
٣٦٩	التمهيد: المراد بالنيات، وبيان أثرها في الأحكام الشرعية
٣٧٦	المطلب الأول: وجه كون تغير النيات سبباً لتغير الاجتهاد
٣٨٩	المطلب الثاني: أمثلة لتغير الاجتهاد بسبب تغير النيات
٣٩٤	المبحث الثاني: تغير الاجتهاد بسبب فساد الأخلاق وضعف التدين
٣٩٤	التمهيد: المراد بهذا السبب
	المطلب الأول: وجه كون فساد الأخلاق وضعف التدين سبباً لتغير
٣٩٥	الاجتهاد
	المطلب الثاني: أمثلة لتغير الاجتهاد بسبب فساد الأخلاق وضعف
٤٠٥	التدين
٤٢٥	فهرس الموضوعات
