

أثر تغيّر الفتوى في معالجة المستجدات بين الشريعة والقانون (دراسة أصولية فقهية مقارنة)

The Impact Of Changing The Fatwa On Dealing With
Developments Between Sharia And Law
A Comparative Jurisprudential Study

تأليف

أ.م.د. عبدالرحمن صالح لطيف

A.M.D. Abdul Rahman Saleh Latif

كلية القانون - جامعة الفلوجة

That between Sharia and the law with regard to fatwas is a participatory matter in dealing with developments, and staving off the general affliction if harm spreads, as in taking the opinion of the public to appreciate the word (ruling) in an era in which the scourge of alcohol abuse and causing its users to delirium without knowing that it was uttered with what ends a contract family.

Likewise, the difference between the fatwa and the judiciary, where the confusion between the two concepts as they are different, so the fatwa is a renewed information about the ruling that is not binding, and the judiciary is a binding ruling on a case that is not renewed for its conclusion, so the mufti has neither the right to judge nor the judge to issue fatwas.

It also includes: the fact that the fatwa is realistic in dealing with issues that are at the heart of people's dealings, such as devotional matters and family issues such as marriage, divorce and inheritance And expiations and others, which need a fatwa to clarify according to the renewal of custom and the change of hundreds of texts.

As for the recommendations, they can be summed up by activating the Dar al-Iftaa and giving it a legal basis by the authority so that it is approved in the fatwa, and to prevent confu-

Study summary:

After wandering with the research process in excavating the impact of changing the fatwa in Sharia and law, we conclude with the conclusion with the most important results and the proposed recommendations. According to the rules and controls that are safe for those who adopted it, embodied in the effect of the legal fatwa on changing the judicial ruling with what the fundamentalists and jurists have approved, as has been the case with them throughout the ages. Since communication takes place between the generations of the nation always in extrapolating the evidence and the sayings of the eminent imams, what made the path easier for contemporary people from the people of fatwa and judiciary in rulings, yes it is a rank that can only be achieved by those who are singled out with wisdom and inspiration.

This is the realism that every generation aspires to keep pace with the changes of time, while preserving the principles of Sharia, the principles of fatwa, the judiciary, and the laws of obligation. For the former good.

I summarize the most important results and recommendations before concluding, the most important of which are:

المقدمة

الحمد لله في البدء والختم والصلاة والسلام على سيد الأنام، وعلى آله وصحبه ذووا البصيرة والإلهام. إن مناط تغير الأحكام راجع إلى شمولية النص واستيعابه لجملة من الأحكام، وهذا يكثر في نصوص ظنية الدلالة دلت بمنطوقها أو مفهوماها على فروع فقهية، وذلك بحسب الدلالة اللغوية أو الشرعية أو العرفية للفظ، أو سياقاً أو اقتضاءً، ما جعل النص شامل لأكثر من حكم، وهذه الأحكام تجري عليها مرجحات تدفع بعضها أو تقوي بعضها الآخر، الأمر الذي أتاح للمجتهد أو المفتي حيناً يستوعب به الأحكام في معالجة المستجدات وفق مالات النصوص وقواعد الاستنباط.

لذا دأبت البشرية منذ القدم في البحث والاستقراء وتتبع مآثر الأولين؛ لتستخرج للأجيال أسس رصينة يمكن الاعتماد عليها في تسيير عجلة الحياة ببيان الحقوق والواجبات، فكان من مبادئ الشريعة السماح أن تحتل نصوصها وتشتمل على جملة من الأحكام، فكانت الفتوى تتغير بتغير الزمان والمكان، بناء على قواعد الاستنباط وضوابط الاستدلال، ومنشأ ذلك صلاح النصوص لكل عصر عاشه ويعيشه الإنسان.

كما وقد دأبت القوانين على ذلك المنوال بتعديلها حيناً أو إلغائها بما يناسب مصلحة الإنسان، فرى كما جماً من الفتوى في الشريعة ونصوصها في القانون

sion in this matter that touches the interests of the people.

Since the law refers to many legitimate issues, it is necessary to organize these issues in the form of a law that is approved by the competent authorities to enable them and not to adopt differences of opinions on the issue in order to prevent harm to the interests of those to whom it applies.

The faculties of Sharia and law must also adopt the fatwa and judicial curricula to be of assistance in spreading the most important section of science and one of the most important qualifications that must be available to graduates of those universities.

And before concluding, this is the effort of the mind, and if you succeed in it, then it is from God the grace and favor.

And Praise be to Allah, the
Lord of the Worlds

* * *

الشريعة الإسلامية في كثير من البلدان ومعمد ذلك أقوال وفتاوى الأئمة الأعلام من أهل المذاهب، فإذا كان قول الإمام القرافي رحمه الله تعالى: (الجمود على المنقولات أبدا ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين)^(١)، حكم في ذلك، فمن باب أولى الوقوف عند جمود الفتوى تظليل الناس عند حاجتهم للبيان، وهذا ليس من مقاصد الشريعة ولا من أهداف التقنين بشيء، وعلى هذه القاعدة تتخرّج أمهات المسائل وكثير من الفروع الفقهية.

فكان لزاماً على رجال كل عصر استقراء مآثر من سبقهم وتنزيل مستجدات العصر على نصوص الشريعة وكذا أهل القانون، لما في هذا التجديد في الفتيا ما يتناسب مع كل عصر وجيل، وفق ما تحتمله النصوص من دلالات، كما في تقدير اقتضاء لفظ حكم عند الجمهور وإثم عند الحنفية من حديث النبي عليه الصلاة والسلام: (إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)^(٢)، فمن قال بعموم المقتضى، فقد قدر لفظ (حكم) فهم يرون رفع الحكم الدنيوي والأخروي باعتبار أن الحديث عام والمقتضى تبعاً له، وهو أليق بكرم الله ورحمته.

ومن قال أن المقتضى لا عموم له، فقد قدر لفظ (إثم) على اعتبار أن تقدير المقتضى ضرورة لاستقامة مدلول النص، والضرورة تقدر بقدرها، وهو رفع الإثم وهو الحكم الأخروي، حيث كان المعمول

وأحكاماً درسها الزمان، فلا تكاد تذكر لمواكبة النص تجدد الاستنباط، وفي القانون تغير الأحكام بتبدل نظرة المقنن عند المرافعة والحكم في محل النزاع. إن استمرار التجديد في الفتيا الشرعية، وإعادة النظر في قوانين الأحكام بما يتلاءم مع كل عصر وزمان دون الجمود على ما استنبط في قرون وعقود مضت من الأحكام من مقاصد التشريع، وذلك لتغيّر مآلات النصوص وطروء المستجدات، فكان لزاماً سلوك منهج استقرائي لما سبق من الفتيا والقوانين النافذة، للوقوف عند مستجدات الأحكام المبنية على الفتيا لاحتمال نصوصها، فكان في تغير الفتوى تفعيل للنص الذي أحتمل أحكاماً لكل زمان وضوابط تختص بالمكان.

• سبب اختيار الموضوع:

إن الذي حملني على الكتابة في هذا الموضوع الحاجة الملحة لتيسير مصالح الأنام، حيث تغير سبل العيش والنظم الإدارية والمالية، وأن شريعة الإسلام ليست بمنأى عن هذا التغيّر، وإنما بحاجة لفتيا مواكبة تبين حكم تلك المستجدات بناء على قواعد التأصيل والتفسير والبيان، حيث أن القوانين النافذة تحيل على الأحكام الواردة في شريعة الإسلام في كثير من الأحيان، الأمر الذي جعل للفتيا أثراً واضحاً في رد القوانين بما يتناسب مع رؤية الشريعة في بيان الحقوق والواجبات.

ولا يخفى ما في القوانين من تغير في نصها أو تفسيرها وفق المذكرات التفسيرية والأعمال التحضيرية، كالأحوال الشخصية المعمول بها وفق

(١) الفروق، للقرافي: ١/١٩١.

(٢) أخرجه ابن ماجة: ٦٥٩/١ برقم ٢٠٤٥ باب طلاق المكره والناسي.

المبحث الأول

تعريف الفتوى في الشريعة والقانون

• المطلب الأول: تعريف الفتوى في الشريعة

أولاً: الفتوى لغة: من أفتاه في الأمر أبان له، وأفتى الرجل في المسألة واستفتاه فيها فأفتاه إفتاء، ويقال: أفتيت فلاناً رؤياً رآها إذا عبرتها له، وأفتيته في مسألة إذا أجبته عنها، وأفتاه في المسألة أي: أجابه، والفتيا والفتوى والفتوى: ما أفتى به الفقيه^(١)، كما في قوله تعالى: ﴿وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ﴾^(٢)، أي: يبين لكم حكم ما سألتكم عنه^(٣). فالاستفتاء في اللغة يعني السؤال عن أمر أو عن حكم مسألة، وهذا السائل يسمى المستفتي، والمسئول الذي يجيب هو المفتي، وقيامه بالجواب هو الإفتاء، وما يجيب به هو الفتوى، فالإفتاء يتضمن وجود المستفتي والمفتي وإفتاء وفتوى.

ثانياً: الفتوى في الاصطلاح: فهي لا تغاير المعنى اللغوي للكلمة، وما تتضمنه من وجود مستفتٍ ومفتٍ

به في القانون العراقي الأخذ بمذهب الحنفية من تقدير اقتضاء كلمة إثم، ثم عدّل القانون في مادة (٣٥) أحوال شخصية لتأخذ برأي الجمهور في المسألة وهو عموم المقتضى بتقدير لفظ حكم على رأي الجمهور الأمر الذي كان له الأثر في عدم وقوع طلاق السكران لعموم المقتضى.

وقد قسمت الدراسة على مبحثين تناولت في المبحث الأول: تعريف الفتوى في الشريعة والقانون لغة واصطلاحاً، والفرق بين الفتوى والقضاء، وتناولت في المبحث الثاني: أثر تغيّر الفتوى وطرق معالجتها للمستجدات بين الشريعة والقانون، مع تطبيقات فقهية قانونية، ثم الخاتمة والمصادر، وهو جهد المقل فإن كان خيراً فمنة وفضل من الله وإن كان غير ذلك فعجز مني وتصير، أسأل الله أن يمن علينا بالتوفيق والسداد إنه سميع مجيب.

* * *

(١) ينظر: لسان العرب: ١٥/ ١٤٧، ١٤٨ (مادة: فتا).

(٢) النساء: آية: ١٢٧.

(٣) ينظر: التوقيف على مهمات التعاريف، زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي القاهري (المتوفى: ١٠٣١هـ)، الناشر: عالم الكتب-القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٤١٠هـ-١٩٩٠م: ٢٥٦.

من الإفتاء، وعدم الجراءة على إصدار الأحكام مع قلة العلم.

قال الصيمري^(٦): (قَلَّ من حرص على الفتوى، وسابق إليها، وثابر عليها إلا قل توفيقه، واضطرب في أمره، وإذا كان كارهاً لذلك غير مختار له، ما وجد مندوحة عنه، وقدر أن يحيد بالأمر فيه على غيره، كانت المعونة له من الله أكثر، والصلاح في جوابه وفتاويه أغلب)^(٧).

وفي الحديث: (إِنَّ اللَّهَ لَا يَقْبِضُ الْعِلْمَ انْتِزَاعًا يَنْتَزِعُهُ مِنَ الْعِبَادِ، وَلَكِنْ يَقْبِضُ الْعِلْمَ بِقَبْضِ الْعُلَمَاءِ، حَتَّى إِذَا لَمْ يُنْقِ عَالِمًا اتَّخَذَ النَّاسُ رُءُوسًا جُهَالًا، فَسُئِلُوا فَأَفْتَوْا بِغَيْرِ عِلْمٍ، فَضَلُّوا وَأَضَلُّوا)^(٨)، وجه الدلالة: أن بيان الحكم الذي هو الفتوى يصدر من عالم ملم بمصادر الشرع واللغة وقواعد الاستنباط، ولا يقبل ذلك من جاهل.

إن من الشروط الواجب توافرها في المفتي أن يكون مكلفاً مسلماً^(٩)، ثقة مأموناً، متنزهاً من أسباب

وإفتاء وفتوى، ولكن بقيد واحد هو أن المسألة التي وقع السؤال عن حكمها تعتبر من المسائل الشرعية، وأن حكمها المراد معرفته هو حكم شرعي^(١٠).

قال ابن الصلاح: (ولذلك قيل في الفتوى: إنها توقيع عن الله تبارك وتعالى)^(١١).

قال القرافي: (إخبار عن حكم الله تعالى في إلزام أو إباحة)^(١٢)، فالفتوى هي تبين الحكم الشرعي عن دليل لمن سال عنه^(١٣).

ونفهم من التعريفات السابقة أن الفتيا تكون غير ملزمة بخلاف القضاء حيث يكون الحكم فيه ملزماً. ونظراً لخطورة الفتيا وحاجة الناس إلى الاجتهاد، ولكي لا يتجرأ عليها من لا يملك أهلية الإفتاء؛ صنف علماء المسلمين فيها مؤلفات جمّة، ليعرف العالم منزلته قبل أن يصدر الفتيا، ويعلم المستفتي أدب الاستفتاء وللمن يستفتي، ولما عظم شأن الفتوى في الدين وتسبب المفتون منه سنام السناء، كانوا قرات الأعين، في وضع شروط المفتي، وأوصافه، وأحكامه، وصفة المستفتي وأحكامه، وكيفية الفتوى والاستفتاء وآدابهما^(١٤).

إن بلوغ منزلة الإفتاء، وموقعها في المجتمع، وفضلها العظيم، هو الذي دفع إلى التصنيف فيها، من أجل التوعية بمكانة الفتوى وأنه يجب التهيّب

(٦) هو أبو القاسم عبد الواحد بن الحسين بن محمد القاضي الصيمري، نسبة إلى نهر من أنهار البصرة، من تصانيفه: الإيضاح في المذهب، وكتاب صغير في أدب المفتي والمستفتي، توفي بعد سنة ست وثمانين وثلاثمائة. ينظر: طبقات الشافعية الكبرى: ٣/٣٣٩، تهذيب الأسماء واللغات: ٢/٢٦٥.

(٧) أدب المفتي والمستفتي: ٨٣.

(٨) أخرجه البخاري: ٣١/١ (١٠٠) باب كيف يقبض العلم.

(٩) إن اشتراط إسلامه وتكليفه وعدالته، بالإجماع، وفي قول عند الحنفية: أن الفاسق يصلح مفتياً؛ لأنه يجتهد لئلا ينسب إلى الخطأ، ولا تصح من فاسق لغيره، وإن كان

(١) ينظر: أصول الدعوة: ١٣٠.

(٢) أدب المفتي والمستفتي: ٧٢.

(٣) الفروق: للقرافي: ٥٣/٤.

(٤) ينظر: صفة الفتوى: ٤٤.

(٥) أدب المفتي والمستفتي: ٦٩-٧٠.

فالمجتهد المستقل: هو الذي يستقل بإدراك الأحكام الشرعية من أدلتها من غير تقليد وتقيّد بمذهب، ولا ينافي في اجتهاده تقليده لغيره أحياناً، فليس أحداً من الأئمة إلا وهو مقلد من هو أعلم منه في بعض الأحكام، وقد قال الشافعي رحمه الله في موضع من الحج: قلته تقليداً لعطاء^(٣).

القسم الثاني: المفتي الذي ليس بمستقل، وقد زعم الكثير منذ دهر طويل أنه طوي بساط المفتي المستقل المطلق، والمجتهد المستقل، وأفضى أمر الفتوى إلى الفقهاء المنتسبين إلى أئمة المذاهب المتبوعة، وللمفتي المنتسب أحوال منها: أن لا يكون مقلداً لإمامه، لا في المذهب ولا في دليله لكونه قد جمع الأوصاف والعلوم المشتركة في المستقل، وإنما ينتسب إليه لكونه سلك طريقه في الاجتهاد، ودعا إلى سبيله.

وقد لهج كثير من أهل الشأن بأن المجتهد المطلق فقد من قديم، وأنه لم يوجد من دهر إلا المجتهد المقيد، وهذا ليس بالصواب؛ لأنهم لم يفهموا كلام العلماء في هذا، ولا عرفوا الفرق بين المجتهد المطلق والمجتهد المستقل، ولا بين المجتهد المقيد ولا المجتهد المنتسب، وبين كل مما ذكر فرق؛ ولهذا ترى أن من وقع في عبارته المجتهد المستقل مفقود من دهر، ينص في موضع آخر على وجود المجتهد المطلق، وللتحقيق في ذلك أن المجتهد المطلق

الفسق ومسقطات المروءة، لأن من لم يكن كذلك فقله لا يؤخذ به، وأن يكون فقيه النفس، سليم الذهن، رصين الفكر، صحيح التصرف ملم بقواعد الاستنباط.

وهو على قسمين: مستقل، وغير مستقل، أما المفتي المستقل، فيشترط: أن يكون مع ما ذكرناه قيماً بمعرفة أدلة الأحكام الشرعية من الكتاب، والسنة، والإجماع، والقياس، عالماً بما يشترط في الأدلة ووجوه دلالتها، وبكيفية اقتباس الأحكام منها، وذلك يستفاد من علم أصول الفقه، عارفاً من علوم القرآن والحديث، والناسخ والمنسوخ، واللغة^(٤).

كما يكون عالماً باختلاف العلماء واتفاقهم بالقدر الذي يتمكن به من الوفاء بشروط الأدلة والاقتباس منها، وعالماً بالفقه، ضابطاً لأمّهات مسائله، فمن جمع هذه الفضائل فهو المفتي المطلق المستقل الذي يتأدى به فرض الكفاية^(٥).

مجتهداً، لكن يفتي نفسه، ولا يسأله غيره. ينظر: مجمع الأنهر: ٢/ ١٤٥، المجموع: ١/ ٧٠.

(١) ينظر: البرهان للإمام الجويني: ٢/ ١٣٣٠-١٣٣٢، الملل والنحل للشهرستاني: ١/ ٢٠٠-٢٠١، المحصول: ٢/ ٣٣-٣٦، اللمع: ١٢٧، الإبهاج في شرح المنهاج: ٣/ ٢٥٤-٢٥٦، الإحكام للآمدي: ٤/ ٢٢٠، الرسالة: ٤٦، المستصفى للإمام الغزالي: ٢/ ٣٥٠-٣٥١، اللمع: ١٢٧، التقرير والتحبير: ٣/ ٢٩٣، الإحكام للآمدي: ٤/ ٢٢٠، الغياثي: ٤٠٠-٤٠١، إرشاد الفحول: ٢٥١-٢٥٢، المسودة: ٥١٦.

(٢) ينظر: الإبهاج في شرح المنهاج: ٣/ ٢٥٥، التقرير والتحبير: ٣/ ٢٩٣، المنحول للغزالي: ٤٦٣-٤٦٤، الموافقات للشاطبي: ٤/ ٥٩، ٦٢، الإحكام للآمدي: ٤/ ٢٢٠.

(٣) ينظر: إعلام الموقعين: ٤/ ٢١٢، حجة الله البالغة، الدهلوي: ١/ ٣٣٠.

وقد كره العلماء للشخص ممارسة المهنتين معاً يكون بمثابة منظر للفتوى حاكم بها، فالمفتي يستنبط النصوص ويقعد للفتوى، لتكون بمثابة أسس يبني عليها القاضي حكماً فيما عرض له من مسألة.

قال ابن المنذر: (تكره للقضاة الفتوى في مسائل الأحكام الشرعية)، وقال شريح: (أنا أقضي ولا أفتي)^(٤).

فالقضاء بمثابة الإلزام بحكم معين إذ لا بد من العمل به ويأتي بمفهوم الأمر، حيث الحكم بين متنازعين أو بين واقعتين ترفع بهما الخصمان إلى القضاء الجهة المخولة في فض المنازعات على وجه مخصوص، فهو قول ملزم يصدر عن ولاية عامة^(٥).

إن من يتمتع بصلاحيات الفتوى حسب القوانين النافذة، هي الجهة المخولة بالتقنين كالسلطة التشريعية أو من يخوله القانون إيضاح ما اشكل على الجهة التنفيذية، ولا يعتد بالفتوى إذا صدرت من الجهة التنفيذية، لأن الفتيا تظهر للمفتي من استقراء الأدلة، أما القضاء فهو إنشاء الحكم والزام طرفي النزاع به، فهو ملزم بخلاف الفتوى التي هي بيان على سبيل الإخبار عن مراد المشرع وفق النصوص الواردة في كل مسألة أشكلت على السلطة التنفيذية.

أعم من المجتهد المستقل، وغير المجتهد المقيد، فإن المستقل هو الذي استقل بقواعد لنفسه بنى عليها الفقه خارجاً عن قواعد المذاهب المقررة، وهذا شيء فقد من دهر، بل لو أراد الإنسان اليوم لامتنع عليه، ولم يجز له ذلك لانتهاه زمن التعيد واستقرار نسبي للاصطلاح، فلا يستطيع أحد من المعاصرين إنشاء مذهب جديد سوى المقارنة والترجيح وتجديد الفتوى لتغير مآلات النصوص وفق الزمان والمكان وهو ما يسمى بالفتوى معالجة المستجدات في كل عصر^(١).

• المطلب الثاني تعريف الفتوى في القانون

عرفها أهل القانون بأنها: بيان الحكم الشرعي في أي شأن من الشؤون العامة والخاصة^(٢).

• الفرق بين الفتوى والقضاء

إن من يتتبع مآثر العلماء في التصنيف والتأليف من أمهات الكتب العلمية يجد فوارق دقيقة بين كل تسمية ومهنة ومصطلح، وللتفريق بين ذلك لا بد من الوقوف عند مآثر العلماء ك (كتاب الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام) للقرافي رحمه الله تعالى، فقد فصل فيه وأحكم ضوابط الفتوى وقواعد الأحكام^(٣).

(١) ينظر: الرد على من أخلد للأرض أن الاجتهاد في كل عصر فرض: ٩٣-٩٥-٩٦.

(٢) قانون الإفتاء لسنة ٢٠٠٦م، المملكة الأردنية: المادة (٢).

(٣) ينظر: الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، للقرافي: ١٠٤-١٠٩.

(٤) آداب الفتوى والمفتي والمستفتي للنووي: ٢٢.

(٥) ينظر: فن القضاء، ضياء شيت خطاب، مركز البحوث القانونية: ١٣، دراسات في القانون، سالم روضان، مؤسسة البيئة للثقافة والإعلام-٢٠٠٩م: ٢.

لذا اتخذت بعض البلدان على عاتقها تنصيب مفتين، وقد قنن ذلك وضبط بقوانين، حيث يصار إليهم حين استغلاق النصوص وعدم وضوحها وتعدد احتمالاتها أو طروء مستجدات معاصرة مع تجدد ظروف الحياة، فيكون على عاتق المفتي في دور الإفتاء في كل بلد، الخروج بفتوى تبين الحكم في مثل تلك المسائل وفق قواعد الترجيح ومناهج الاستدلال.

* * *

إن ضابط الفتيا كونها أنها مجرد إخبار عن حكم الله تعالى المتعلق بمصالح الآخرة والدنيا يختص لزومه بالمقلد للمذهب المفتي به، وضابط الحكم إخبار عن حكم الله تعالى المتعلق بمصالح الدنيا، وما في معناها من إسناد العبادات فقط، وتنفيذ له سواء كان من مواقع الإجماع أو من مواقع الخلاف بحيث لا يخص لزومه بمقلد أي مذهب من المذاهب، وذلك ليس بناء على القاعدة الأصولية من تقديم الخاص على العام إذا تعارضا بل وفق القاعدة الفقهية، وهي أن الحكم إذا نُقِذ على مذهب لا ينتقض، فالفتيا أعم من الحكم موقعا وأخص لزوماً، والحكم بالعكس، كنقل الأملاك وفسخ العقود فهو حكم، فإن لم يفعل أكثر من تقرير الحادثة لما رفعت إليه، كامرأة زوّجت نفسها بغير إذن وليّها فأقرّه، وأجازّه ثم عُزِلَ، وجاء قاضي بعده فقال: ليس بحكم، ولغيره فسخه، فهو حكم لأنه أمضاه، والإقرار عليه كالحكم بإجازته فلا ينقض؛ لأنه حكم في حادثة باجتهاده، ولا فرق بين أن يكون حكمه فيها بامضائه أو فسخه أمّا لو رفع إليه هذا النكاح فقال أنا لا أجاز هذا النكاح بغير ولي من

(١) ينظر: الفروق للقرافي: ٩٥/٤-٩٦.

المبحث الثاني

أثر تغير الفتوى وطرق معالجتها للمستجدات في الشريعة والقانون

- المطلب الأول: أثر تغير الفتوى عند الأصوليين والفقهاء وفق نصوص الشريعة.

إن التواصل العلمي بين أجيال علماء المسلمين له مزايا منها عدم الانقطاع في عصر من العصور، بل دأب كل جيل على منهج وأثار من سبق، مع مراعاة معالجة المستجدات وفق تغير مآلات النصوص، فنراهم يقتبسون حيناً ويلخصون حيناً آخر، فدونوا منها جملة مختصرة مستوعبة لكل ما ذكره من المهم في الفتوى، وقد ضمت إليها نفائس من متفرقات كلام أهل الفتوى في كل عصر، واستمرت حلقة التواصل العلمية بين الأجيال المتتابة من علماء المسلمين، حيث توالى اقتباسات المتأخرين عن السابقين خدمة للفتوى وأدائها، فتكونت لديهم عناوين أنتفع بها من جاء بعدهم كما في (كتاب: الرد على من أخلد إلى الأرض وجهل أن الاجتهاد في كل عصر فرض)، وغيره من المصادر التي أثرت المكتبة الإسلامية^(١).

وقد دل هذا التواصل بين العلماء على روح علمية وسمات أخلاقية تخلق بها أولئك لبناء تراث

علمي ينفع الأجيال، وهي جهود مبنية على أساس الحب والإخاء والتعاون وتقدير الجهد والاستفادة منه، ودعوة الله عز وجل بالخير لصاحبه، في التعاون على فتح آفاق المعرفة وخدمة الدين.

فكان من مقاصد الشريعة المحافظة على الدين والنفس والعقل والنسل والعرض والمال، وإن كانت هذه أحكاماً عامة، أي تراعى على وجه العموم لكن تطبقها من حيث التفصيل وفق الأحكام العقدية والفقهية، فهناك تعليل أصولي فقهي، وتعليل لغوي يستعمل في عموميات التخاطب والتوجيه، لذا نجد أن العلة الأصولية الفقهية لها خاصية تنفرد بها، وهي صلة مباشرة بالفعل المعلن وأنه منوط بها، كالعلة من تحريم الخمر المتمثلة في ذهاب العقل، فواكبت الفتوى بالقياس على العلة المنضبطة بتحريم كل مسكر من شأنه أن يذهب العقل، حفاظاً على سلوك الإنسان من الانحراف عن القيم النبيلة، والوقوع في العداوة والبغضاء والتناحر والتناحر الذي يكون سبباً في فساد المجتمع^(٢).

إن مما ينبغي أن يعيه كل باحث في هذا الشأن، أخذ الحيطة من الخلط بين مدلول العلة في المصطلح الأصولي الفقهي وبين الحكم التي هي مقاصد للشرع وغايات، وهو خلط فيه محاذير لما بين العلة في الاصطلاح الأصولي وبين سائر ما يشابهها من تعليل ملتبس بها، يؤدي ذلك إلى اختلال في كيفية توظيف طرق الاستنباط لاستخراج

(٢) ينظر: مرشد المفتي: ٧٢.

(١) ينظر: أدب المفتي والمستفتي: ٧.

إذا كان في المسألة قولان أحدهما فيه تشديد والآخر تخفيفاً أن يفتي العامة بالتشديد والخاص من ولاية الأمور بالتخفيف وذلك قريب من الفسوق والخيانة والتلاعب، والحاكم كالمفتي في هذا سواء^(٣).

إن من المسائل المهمة أنه هل يجب على الحاكم أن لا يحكم إلا بالراجح عنده كما يجب على المجتهد أن لا يفتي إلا بالراجح عنده، أو له أن يحكم بأحد القولين وإن لم يكن راجحاً عنده؟ يجاب عليه: أنّ الحاكم إن كان مجتهداً فلا يجوز له أن يحكم أو يفتي إلا بالراجح عنده، وإن كان مُقلِّداً جاز له أن يفتي بالمشهور في مذهبه، وأن يحكم به، وإن لم يكن راجحاً عنده مُقلِّداً في رجحان القول المحكوم به أمامه الذي يُقلِّده في الفتيا، وأما اتباع الهوى في الحكم والفتيا فحرام إجماعاً^(٤).

أما إذا تعارضت الأدلة عند المجتهد وتساوت وعجز عن الترجيح فهل يتساقطان أو يختار واحدًا منهما يفتي به؟ ففيه خلاف، فعلى القول بأنه يختار أحدهما يفتي به فله أن يختار أحدهما يحكم به مع أنه ليس أرجح عنده بطريق الأولى؛ لأنّ الفتيا شرع عام على المكلفين إلى قيام الساعة، والحكم يختص بالوقائع الجزئية، فإذا جاز الاختيار في الشرائع العامة فأولى أن يجوز في الأمور الجزئية الخاصة، وهذا مقتضى الفقه والقواعد، وعلى هذا التقرير يتصور الحكم بالراجح وغير الراجح، وليس

الأحكام الشرعية، حيث أن العلة في المصطلح الأصولي الفقهي: وصف ظاهر منضبط مناسب للحكم موجب له، ولها عدة مسميات كعلامة الحكم ومناط الحكم ومتعلق الحكم ودليل الحكم والمقتضي والموجب والمؤثر إلى آخر ما اصطلاح عليه بشأن العلة^(٥).

ولا يجوز للمفتي أن يتساهل في الفتوى، ومن عُرف بذلك لم يجز أن يُستفتى، وكذلك الحاكم، ولا فرق بين المفتي والحاكم إلا أنّ المفتي مخير والحاكم ملزم، والتساهل قد يكون بأن لا يثبت ويسرع بالفتوى أو الحكم قبل استيفاء حقها من النظر والفكر، وربما يحمله على ذلك توهمه أنّ الإسراع براءة والإبطاء عجز ومنقصة وذلك جهل، فلأن يُبطئ ولا يُخطئ أجمل به من أن يعجل فيضِلّ ويُضِلّ، وقد يكون تساهله وانحلاله بأن تحمله الأغراض الفاسدة على تتبع الحيل المحظورة أو المكروهة والتمسك بالشبه طلباً للتأخير على من يروم نفعه أو التغليب على من يريد ضره^(٦).

ومن فعل ذلك فقد هان عليه دينه، أما إذا صح قصد المفتي واحتسب في تطلُّب حيلة لا شبهة فيها، ولا تجرّ إلى مفسدة؛ ليخلص بها المستفتي من لفظ يمين أو نحوه فلا بأس بذلك، ولا ينبغي للمفتي

(١) ينظر: أصول الأحكام: ١٠٥-١٠٦، مرشد المفتي: ٦٩.

(٢) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (ت ٧٩٩هـ)، مكتبة الكليات الأزهرية، ط ١، ١٤٠٦هـ -

١٩٨٦م: ٧٤/١-٧٥.

(٣) المصدر نفسه.

(٤) تبصرة الحكام: ٧٥/١.

اتباعاً للهوى، بل ذلك بعد بذل الجهد والعجز

عن الترجيح وحصول التساوي، أما الفتيا والحكم بما هو مرجوح فخلافاً لإجماع، وإنّ للحاكم أن يحكم بأحد القولين المستويين من غير ترجيح، ولا معرفة بأدلة القولين إجماعاً، بعد بذل الجهد والعجز عن الترجيح.^(١)

إن جريان الفتوى لا بد أن يكون حسب عُرف بلد السائل دون عُرف المفتي أو ما هو مقرر في الكتب، فهذا هو الحق الواضح والجمود على المنقولات أبداً ضلّالاً في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين، وعلى هذه القاعدة تتخرّج أيمان الطلاق والعتاق وصيغ الصرائح والكنيات فقد يصير الصريح كنايةً يفتقر إلى النية، وقد يصير الكناية صريحاً مستغنيةً عن النية، وللمسألة وجه آخر وهو أنّ لفظ اليمين في اللغة هو: القَسَمُ فقط، ثم إنّ أهل العرف يستعملونه في النذر أيضاً وهو ليس قَسَمًا بل إطلاق اليمين عليه إما مجاز لغويّ أو بطريق الاشتراك، وعلى التقديرين فجمع في هذه المسألة بين كفارة يمين وبين هذه الأمور التي جرت عاداتها تُنذر كالصوم ونحوه والطلاق الذي ليس هو قَسَمًا ولا نذرًا، يقتضي ذلك استعمال اللفظ المشترك في جميع معانيه، فإن قيل: إنّ لفظ اليمين حقيقة في الجميع أو الجمع بين المجاز والحقيقة؛ يجاب بأنها مسألة مختلف فيها، وعلى هذا القانون ما تجدد في العرف اعتُبر وما سقط أُسقط ولا يُجمد

على المسطور في الكتب^(٢).

• المطلب الثاني: أثر تغير الفتوى في القانون

إن من فوائد تعدد احتمالات النص، وإن كان هذا الاحتمال يعد من عيوب النص القانوني، لكنه مزية اتسمت بها نصوص الشريعة الإسلامية حيث التفرعات الفقهية لمعالجته الكثير من القضايا المبنية على القواعد الأصولية اللغوية في الترجيح والاستنباط، ما جعل في الأمر سعة على المفتي والمستفتي من حيث تعدد فروع النص الواحد، ومن هنا نجد في تغير الفتوى على مر العصور بين سابق ولحق، أن روح النص بقيت هي الحاكمة مع تغير المآلات وحدوث المستجدات، حيث ألزمت المفتي بأن ينقب في النص ليستخرج لها من فروعه ما لم يستخرج من قبل، وفقاً لعناصر توافرت واستجدت من شؤون الحياة، وليس القانون بمنأى عن ذلك، حيث تعثره صفة القصور عن معالجة قضية ما، فيتدخل من خول بالإفتاء والتفسير والبيان لمعالجة تلك الحالة، أو بتعديل النص أو الغائه حيناً آخر مواكبة لمعالجة ما استجد من قضايا وملائمة النص لحاجة الإنسان.

فكان في اقتضاء تقدير لفظ حكم عند الجمهور وإثم عند الحنفية من حديث النبي عليه الصلاة والسلام: (إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)^(٣)، حلاً لمثل تلك المستجدات،

(٢) الفروق: ١٧٦/١-١٩١.

(٣) أخرجه ابن ماجه: ٦٥٩/١ برقم ٢٠٤٥ باب طلاق المكره والناسي.

(١) المصدر نفسه.

فمن قال بعموم المقتضى، فقد قدر لفظ (حكم) فهم يرون رفع الحكم الديني والأخروي باعتبار أن الحديث عام والمقتضى تبعاً له، وهو أليق بكرم الله ورحمته.

ومن قال أن المقتضى لا عموم له، فقد قدر لفظ (إثم) على اعتبار أن تقدير المقتضى ضرورة لاستقامة مدلول النص، والضرورة تقدر بقدرها، وهو رفع الإثم وهو الحكم الأخروي، حيث كان المعمول به في القانون العراقي الأخذ بمذهب الحنفية من تقدير اقتضاء كلمة إثم، ثم عدّل القانون في مادة (٣٥) أحوال شخصية لتأخذ برأي الجمهور في المسألة وهو عموم المقتضى بتقدير لفظ حكم على رأي الجمهور الأمر الذي كان له الأثر في عدم وقوع طلاق السكران لعموم المقتضى^(١).

إن المعايير التي يحدد وفقها كون المسألة المراد بحثها تندرج تحت المستجدات التي تلزم أهل الفتيا بإيجاد حلول مناسبة لها تختلف باختلاف الاصطلاحات عند كل أهل فن، فليست تلك المعايير على شاكلة واحدة بل هي متباينة كما في المعيار الشرعي بكون المسألة مستغلقة وتحتاج إلى بحث واستقراء، أما في القانون فالمعايير متعلق بمضمون القانون وموضوعه وصلاحيته ومعقوليته، وغايته العدل والسكينة الاجتماعية والتقدم بتطور النظم مع تطور الحياة، فكان مأخذ المقنن بفتوى

دون أخرى وفق المعيار السلوكي الأخلاقي في حماية الأسرة من التفكك عند فقدان العقل في حالة السكر، حيث شاعت مسألة تعاطي الخمر في المجتمعات الحديثة بسبب تهاون القوانين في ردع متعاطيها وإيقاف العمل بحكمها الشرعي، ما ألقى بظلاله على سلوكيات الأفراد في التقول والهدي من دون أن يشعر بذلك ليفسخ عقد الصلة بين الزوجين وانهيار كيان الأسرة ما حمل المقنن اعتماد رأي جمهور الفقهاء لمعالجة مستجدة كثرة في المجتمع وعمت بها البلوى.

فالمعايير التي تحكم القاعدة القانونية تتصف بالتجريد^(٢) والعمومية وهما متلازمان ووجهان لخاصة واحدة من خصائص القاعدة القانونية، لا سبيل إلى فصلهما عن بعض؛ ذلك لأن القاعدة القانونية يجب أن تكون مجردة لا تعنى بالتفصيلات ولا تنزل إلى دقائق المسميات لكي تكون عامة، لأنها متى جاءت مجردة مكترثة بالظروف الجوهرية فحسب، أمكن انصراف حكمها إلى مجموعة من الوقائع والأشخاص في الحال والاستقبال، وكانت العبرة في تطبيقها بعموم الصفة لا بتخصيص الذات؛

(٢) وهو تحرر خطاب القاعدة القانونية من الميل والهوى وعدم إثارة شخصاً معيناً أو سعيها لحماية وضع معين. وعرف التجريد بأنه سمو حكم القاعدة القانونية على التفضيلات وغضها النظر عن الفروق الثانوية واعتدادها بالظروف المشتركة بين مجموعة من الوقائع كي تطبق عليهم جميعاً. ينظر: موجز المدخل للعلوم القانونية، سليمان مرقس: ١٢.

(١) ينظر: قواطع الأدلة: ١/١٧٠، أصول السرخسي: ١/٢٤٨، كشف الأسرار: ١/٧٥.

مجردة تعدد بالوضع الغالب دون الاكتراث بتفاوت الظروف الخاصة واختلاف الجزئيات في الحالات المتماثلة، أما المساواة التي تقوم عليها فكرة العدالة فهي مساواة واقعية تقوم على أساس التماثل في الأحكام المنصرفة إلى حالات متماثلة شروطها، ومن هنا نلمس العجز عن استيعاب ما لا يمكن تنبئه من أحكام في المستقبل، ولكن القانون يعمل على الموازنة في تجانس الأحكام في المجتمع بين المصالح المتضاربة والحريات المتقاطعة ضمن مبدأ الوضع الغالب في الحياة الاجتماعية^(٣).

إن قانون الأحوال الشخصية استمد نصوصه من أحكام الشريعة الإسلامية دون الاستناد إلى العرف وفق المادة (١) من قانون الأحوال الشخصية، أما القانون المدني فقد قدم العرف بعد نصوص القانون على أحكام الشريعة الإسلامية وفق المادة (١) من القانون المدني العراقي فقرة (٢): (إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة)^(٤).

وهو اخفاق متحير لم يقنن أحكاما تدفع عنه حرج التقديم والتأخير في اختيار ما يمكن اعتماده ويتناسب مع أهداف القانون، فليس في العرف حلا

لأن توافر صفة العمومية في القاعدة القانونية رهن بوضعها في صيغة مجردة تقف عند جوهر الظروف واعتبارات تحيط بمن يسري عليهم حكمها ليرتب على ذلك الأثر القانوني^(١).

أما الأخلاق والعدل والعقل والضمير والذوق السليم، هي ضوابط عامة للسلوك البشري، لأنها تتسم بالمثالية لما ينبغي أن يكون عليه سلوك الإنسان في حياته، حيث تعد مصادرا للمعيار القانوني الأخلاقي، لأن وضع القانون يتأثر بمبدأ مهم هو أمن واستقرار المراكز القانونية وفق الأصل لتحقيق العدل، والمعايير القانونية من حيث وظيفتها أدوات معنوية وفكرية وعقلية، أحيانا تعتمد على الحدس في توجيه المقنن عند صياغة النص، والقاضي اثناء تنزيل النص على واقعة عرضت أمامه قد تتعلق بتقويم سلوك الأفراد، وفق معايير القانون والعدل والإنصاف^(٢).

ويترتب على عمومية القاعدة القانونية وتجريدها أن تلك الصفتان تقتضيان إلى قصر هدف القانون على تحقيق العدل دون العدالة، حيث لا يمكن تحقيق العدالة إلا إذا بدا القانون بصورة دين وهذا محال، ولكن من فهم آخر أن كلاً من العدل والعدالة مبني على مبدأ المساواة بين الناس، إلا أن المساواة التي تقوم عليها فكرة العدل مساواة

(١) ينظر: المدخل لدراسة القانون، عبد الباقي البكري، زهير البشير، بيروت-٢٠١٢م: ٣٩.

(٢) ينظر: المعيار القانوني، فارس حامد عبدالكريم، ط ١-٢٠٠٩م: ٥-٦.

(٣) ينظر: المدخل لدراسة القانون: ٤١.

(٤) ينظر: دراسات في القانون: ٣٥.

كحالة القاصر في القانون، حيث شمل يتيم الأبوين بالضم دون يتيم الأب أو فاقد الأم، وقصر حالة الضم تلك على من لم يتجاوز التاسعة من العمر، وفي هذا استبعاد لفئة من الأيتام فوق التسعة أعوام^(٣).

أما في الشريعة الإسلامية فقد أولت تلك الشريعة في اثبات الحقوق والأوصاف والضوابط لكل حالات اليتيم، وجعل جزيل الأجر والثواب في الآخرة كما في الحديث: (أَنَا وَكَافِلُ الْيَتِيمِ فِي الْجَنَّةِ هَكَذَا) وأشار بأصبعه السبابة والوسطى^(٤)، إضافة إلى الأجر الدنيوي من دور الاعالة وبيت المال، ما كان له الأثر الكبير في إقدام الناس على كفالة اليتيم بكل حالاته، وهو ما أغفله المقتن العراقي حين تغافل عن اعطاء أو استثناء من يكفل اليتيم بأي شيء، ما أدى إلى قلة عدد الكفلاء وازدياد عدد الأيتام، خصوصاً في ظروف العراق الحالية بسبب الحروب، وتلافياً لذلك وجب تقنين نصوص تحمي حق اليتيم وحق كافله، كالإعفاء الضريبي لدور الأيتام وكافل اليتيم، أو رفع واستثناء من قيود السفر لأداء المناسك الدينية، أو الزمالات والمقاعد الدراسية، أو أن يتم إحالة الأمر إلى الشريعة الإسلامية لتمكين وتعزيز دور كافل اليتيم^(٥).

ولابدّ من مراجعة شاملة للتشريعات والقوانين النافذة والوقوف على ملائمتها للظرف الزمني

يسد في التقنين نقصاً حصل، كما متوافر في أبواب الفقه كالمعاملات والجنايات وغيرها ما لا يحيط به عرف ولا تقنين.

ومن المسائل التي أخذت بها القوانين في الأحوال الشخصية الوصية الواجبة، وهي للحفيد حق على الجد في حال وفاة الأب قبله فيسقط حق الاحفاد من الميراث ولا يبقى لهم إلا الوصية الواجبة وشرطها أن لا تتعدى الثلث، أو سهم ميراث المتوفى ما لو بقي على قيد الحياة، حيث اخذ المقتن العراقي وفق المادة (٨٦) من قانون الأحوال الشخصية، كما في بعض الدول بمبدأ الوصية الواجبة دون الخوض بتفاصيل الانفاق على الأحفاد في حياة الجد وهو تحرز من المقتن حتى لا يلحق الضرر بالأحفاد من سكنى ونفقة، ولا تذهب التركة إلى الوراثين دون الوصية الواجبة^(٦).

إن القانون العراقي لم يميز اليتيم عن غيره من الصغار، بل أجمل أحكامه إلا في حالات مخصوصة أشار إليه بكلمة اليتيم أو الأيتام في نصوص متفرقة لا نجد فيها تعريفاً قانونياً جامعاً مانعاً^(٧) واضحاً صريحاً يكون مرجعاً عند التعامل مع أضعف شريحة اجتماعية زاد من عددها النزاعات والحروب، وعدم وجود مثل تلك الضوابط القانونية أدى إلى الاجتهاد الذي يجعل فوراقا بين الأيتام ولا تستقر به الحقوق فلم يجعل المقتن العراقي امتيازات لليتيم، إنما ساقها

(٣) ينظر: دراسات في القانون: ٤٧.

(٤) أخرجه البخاري: ٩/٨، رقم (٦٠٠٥) باب فضل من يعول يتيماً.

(٥) ينظر: دراسات في القانون: ٤٧.

(١) ينظر: دراسات في القانون: ٣٨.

(٢) وهذا من شرط كل تعريف ان يكون جامعاً لأوصاف المعرف مانع من دخول غيرها فيه.

أما مثال مخالفة النص: فهو ما إذا حكم بشفعة الجار فإنّ الحديث الصحيح واردٌ في اختصاصها بالشريك، ولم يثبت له مُعارضٌ صحيحٌ، فينقض الحكم بخلافه، أما مخالفة القياس: فهو قبول شهادة غير المسلم فإنّ الحكم بشهادته يُنقض؛ لأنّ الفاسق لا تقبلُ شهادته وغير المسلم أشد منه فسوقاً وأبعد عن المناصب الشرعية في مقتضى القياس، فينقض الحكم لذلك^(٣). ومعنى أنّ حكم الحاكم يُنقض إذا خالف القواعد أو القياس أو النص، إذا لم يكن لها معارضٌ راجعٌ عليه، أما إذا كان له معارضٌ فلا يُنقض الحكم إذا كان وفق معارض راجع إجماعاً، كالقضاء بصحة عقد القراض، والمساقاة والسلم والحوالة ونحوها، فإنّها على خلاف القواعد والنصوص والأقيسة، ولكن لا دلالة خاصة مقدّمة على القواعد والنصوص والأقيسة^(٤). وقد شملت مؤلفات الأئمة الأعلام مسائل تناسب عصرنا الحالي، منها: جواز

المواكب للتجديد، وضمانها حقوق من تنطبق عليهم من شرائح المجتمع، حيث بوب العلماء أبواباً في كتب الفقه والأصول في بيان ما يُنقض فيه قضاء القاضي وقد نصّ العلماء على أنّ حكم الحاكم لا يستقرّ في أربعة مواضع: يُنقض إذا وقع على خلاف الإجماع، أو القواعد، أو بالنص الجليّ، أو القياس، ومثال مخالفة الإجماع: كما لو حكم بأن الميراث كلّهُ للأخ دون الجدّ فهذا خلاف الإجماع؛ لأنّ الأئمة على القولين الواردين في المسألة: المال كلّهُ للجدّ، أو يُقاسم الأخ، أما حرمان الجدّ بالكلية فلم يقل به أحدٌ، فمتى حكم به حاكمٌ بناءً على أنّ الأخ يدلي بالبُنية، والجدّ يدلي بالأبوة والبُنية مُقدّمة على الأبوة نُقض هذا الحكم، وإن كان مفتياً لا يُقلّد^(١).

ومثال مخالفة القواعد: عندما يحكم حاكمٌ بتقرير نكاح من قال إن وقع عليك طلاقى فأنّت طالق قبله ثلاثاً فطلّقها ثلاثاً أو أقلّ، فالصحيح لزوم الثلاث له، فإذا ماتت أو مات وحكم حاكم بالتوارث بينهما انتقض حكمه؛ لأنّه على خلاف القواعد؛ لأنّ من قواعد الشرع صِحّة اجتماع الشرط مع المشروط؛ لأنّ حكمته إنّما تظهر فيه، فإذا كان الشرط لا يصحّ اجتماعه مع مشروطه فلا يصحّ أن يكون في الشرع شرطاً، فلذلك يُنقض حكم الحاكم^(٢).

(١) ينظر: تبصرة الحكام: ٧٨/١-٧٩.

(٢) وتسمى بالمسألة السريجية نسبة إلى ابن سريج: وهو أن يقول الرجل لامرأته: إذا طلقك فأنّت طالق قبله ثلاثاً، هذه المسألة لم يفت بها أحد من سلف الأئمة، ولا أئمتها لا من الصحابة، ولا التابعين، ولا أئمة المذاهب المتبوعين،

كأبي حنيفة، ومالك والشافعي، وأحمد، ولا أصحابهم الذين أدركوهم: كأبي يوسف، ومحمد، والمزني، وإنما أفتى بها طائفة من الفقهاء، وأنكر ذلك عليهم جمهور الأئمة كأصحاب أبي حنيفة، ومالك، وأحمد، وكثير من أصحاب الشافعي، وكان الغزالي يقول بها، ثم رجع عنها وبين فسادها، وابن سريج بريء مما نسب إليه فيها. ينظر: طبقات الإسنوي: ٢/٦١٤-٦١٥، صفة الفتوى والمفتي: ٣١-٣٢، المجموع: ٨١/١، إعلام الموقعين: ٢٢٢/٤-٢٢٩-٢٣١، جمع الجوامع: ٢/٤٠٠، إرشاد الفحول: ٢٧٢، مجموع الفتاوى الكبرى: ٣٣/٢٤٢-٢٤٣.

(٣) ينظر: تبصرة الحكام: ٧٨/١-٧٩.

(٤) المصدر نفسه.

الخاتمة

بعد التطواف مع مسيرة البحث في التنقيب عن أثر تغير الفتوى في الشريعة والقانون نختم مسك الختام بأهم النتائج ومقترح التوصيات، فقد لازم الأثر المسير تاركاً خلفه من الأمثلة الكثير، حيث توالى تلك التغيرات على مر العصور واختلاف المكان مع بقاء النصوص المصدر الذي يستقي منه كل جيل وفق قواعد وضوابط مأمونة المخاطر لمن اعتمدها، تجسدت في أثر الفتوى الشرعية على تغيير الحكم القضائي مع ما أقره الأصوليون والفقهاء كما الحال عندهم على مر العصور مواكبة الفتوى لمستجدات وواقعيتها في معالجة المشكلات، حيث أن التواصل حاصل بين أجيال الأمة على الدوام في استقراء الأدلة وأقوال الأئمة الأعلام، ما سهل الطريق للمعاصرين من أهل الفتوى والقضاء في الأحكام، نعم هي رتبة لا ينالها إلا من خص بالحكمة والإلهام، فبانت لهم من النصوص شريعة من سلكها شعر بالأمان.

تلك هي الواقعية التي ينشدها كل جيل لمواكبة متغيرات الزمان، مع الحفاظ على أصول الشريعة ومبادئ الفتوى والقضاء وقوانين الإلزام، تلك هي النتائج تلامس معاملات الإنسان، وفق سلوك رسمته نصوص الشرع والقوانين والأعراف الحسان، تلك الجهود في المواكبة والواقعية نالت شرف السبق لمن سبق وشرف الاتباع للسابقين بإحسان. وألخص أهم النتائج والتوصيات قبل الختام،

الحكم بقول الترجمان إذا اختصم إلى القاضي من ولا يفهم عنه ولا يتكلم اللغة التي يجيدها القاضي أو لغة البلد الذي وقع فيه الاختصاص المكاني، فليترجم له عدل ثقة مأمون في خبره، ولا تقبل ترجمة غير الثقة العدل خشية التحريف^(١)، وفي قبول ترجمة المرأة العدل قولان مبنيان، على أن ذلك هل هو من باب الشهادة أو من باب الإخبار، وذلك إذا لم يجد من الرجال من يترجم له، وكان مما تقبل فيه شهادة النساء، ولعل حكم الضرورة فتح الباب لمن يجيز ذلك مع وجود عدل ولو اضطرَّ إلى ترجمة أحدهم عمل بقوله، كالحكم بقول الطبيب غير العدل فيما يضطرُّ إليه فيه، وقد لا تقبل ترجمة من لا تجوز شهادته على الذي يُترجم عنه؛ لما يُتهم به عليه؛ لأنَّ القاضي إذا لم يعلم ما يتكلم به الخصم فكأنه لم يسمعه، ولا بأس أن تقبل ترجمة رجلين عدلين ممن يعلم ذلك اللسان مُرادَّ غيره إذا كانا ممن تكلمتا بها وأحكماها وسكنا بين أهلها، حتى عرفا تصاريَف كلامهم ومعانيه، ولم يخف عليهما ولم يخافا على أنفسهما الغلط في ذلك، فيقلِّدُهما الحاكم في ذلك إذا كانا على الصِّفة التي ذكرت^(٢).

(١) ويشترط عدم تأخير الترجمة عن أصل الكلام، إذ لا يحسن خطاب العربي باللغة التركية ولا خطاب التركي باللغة العربية، إذا علم أنه لا يفهم ذلك إلا أن يكون هناك ترجمان يبين له، لأن المقصود بالخطاب إفهام السامع وهو لا يفهم، وإنما يصح مع الترجمة لأن المخاطب يفهم المراد به. ينظر: أصول السرخسي: ٢٨/٢-٢٩.

(٢) ينظر: تبصرة الحكام: ٣٧٥/١.

والتي من أهمها:
أن بين الشريعة والقانون فيما يخص الفتوى أمر تشاركي في معالجة المستجدات، ودرء عموم البلوى إذا شاع به الضرر، كما في الأخذ بقول الجمهور بتقدير لفظ (حكم) في عصر عمت به بلوى تعاطي المسكرات وحمل متعاطيها على الهذيان من دون دراية انه تلفظ بما ينهي عقد الأسرة.
وتكون عوناً في شيوخ أهم باب من ابواب العلم ومن أهم المؤهلات التي يجب أن تتوافر لخرجي تلك الجامعات.
وقبل الختام هذا جهد المقل فإن وفقت فيه فمن الله الفضل والمنة وأسأل الله أن يجعل هذا الجهد خالصاً لوجهه الكريم، وأن ينفعني به ووالدي مغفرة منه ورحمة إنه سميع مجيب.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين ...

* * *

وكذلك الفرق بين الفتوى والقضاء حيث الخلط بين المفهومين إذ هما متغايران فالفتوى إخبار متجدد عن الحكم غير ملزم، أما القضاء فهو حكم ملزم بقضية ما غير متجدد لانتهائها، فلا يحق للمفتي القضاء ولا للقاضي الإفتاء.

ومنها أيضاً: اتسام الفتوى بواقعية المعالجة لمسائل من صميم تعاملات الناس من أمور تعبديّة وقضايا أسرية كالزواج والطلاق والميراث والكفارات وغيرها، مما يحتاج لفتوى تبينه وفقاً لتجدد العرف وتغير مثالات النصوص.

أما التوصيات فتتلخص بتفعيل دار الإفتاء وإضفاء سند قانوني لها من قبل السلطة بحيث تكون المعتمدة في الفتوى، ومنع التخبط الحاصل في هذا الأمر الذي يلامس مصالح الناس.

بما ان القانون يحيل على كثير من المسائل الشرعية فمن الواجب تنظيم تلك المسائل بصيغة قانون يعتمد من قبل الجهات المختصة لتمكينها وعدم اعتماد تباين الآراء في المسألة منعا للضرر بمصالح من تنطبق عليهم. كما يجب اعتماد كليات الشريعة والقانون مناهج الفتوى والقضاء

المصادر والمراجع

- القرآن الكريم.

١. الإبهاج في شرح المنهاج، منهاج الوصول إلى علم الأصول للقاضي البيضاوي تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن حامد بن يحيى السبكي وولده تاج الدين أبو نصر عبد الوهاب ت ٧٨٥هـ، دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م.

٢. الإحكام في أصول الأحكام، أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الأمدي (المتوفى: ٦٣١هـ)، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - لبنان.

٣. الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضى والإمام، شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي ت ٦٨٤هـ، مكتبة المطبوعات الإسلامية، حلب.

٤. آداب الفتوى والمفتي والمستفتي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ)، تحقيق: بسام عبد الوهاب الجابري، دار الفكر - دمشق، ط ١، ١٤٠٨م.

٥. أدب المفتي والمستفتي، عثمان بن عبد الرحمن، أبو عمرو، تقي الدين المعروف بابن الصلاح ت ٦٤٣هـ، تحقيق: د. موفق عبد الله عبد القادر، مكتبة العلوم والحكم - المدينة المنورة، ط ٢ - ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.

٦. إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني ت ١٢٥٠هـ، تحقيق: الشيخ أحمد عزو عناية، دمشق، كفر بطنا، دار الكتاب العربي، ط ١ - ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.

٧. أصول الدعوة، عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة، ط ٩ - ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م.

٨. أصول السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي ت ٤٨٣هـ، دار المعرفة - بيروت.

٩. إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية ت ٧٥١هـ، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية - بيروت، ط ١ - ١٤١١هـ - ١٩٩١م.

١٠. البرهان في أصول الفقه، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين ت ٤٧٨هـ، تحقيق: صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، ط ١ - ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

١١. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري ت ٧٩٩هـ، مكتبة الكليات الأزهرية، ط ١، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

١٢. التعريفات، علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني ت ٨١٦هـ، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، ط ١ - ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.

١٣. التقرير والتحبير، لأبي عبد الله، شمس الدين محمد بن محمد بن محمد المعروف بابن أمير حاج ويقال له ابن الموقت الحنفي ت ٨٧٩هـ، دار الكتب العلمية، ط ٢-١٤٠٣هـ-١٩٨٣م.
١٤. تهذيب الأسماء واللغات لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي ت ٦٧٦هـ، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.
١٥. التوقيف على مهمات التعاريف، المؤلف: زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي القاهري (المتوفى: ١٠٣١هـ)، الناشر: عالم الكتب ٣٨ عبد الخالق ثروت-القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٤١٠هـ-١٩٩٠م.
١٦. حجة الله البالغة، أحمد بن عبد الرحيم بن الشهيد وجيه الدين بن معظم بن منصور المعروف بـ الشاه ولي الله الدهلوي ت ١١٧٦هـ، تحقيق: سيد سابق، دار الجيل، بيروت - لبنان، ط ١-١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥م.
١٧. دراسات في القانون، سالم روضان، مؤسسة البيئة للثقافة والإعلام-٢٠٠٩م.
١٨. الرد على من أخلد للأرض أن الاجتهاد في كل عصر فرض، جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة.
١٩. الرسالة أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي الشافعي ت ٢٠٤هـ، تحقيق: أحمد شاكر، مكتبة الحلبي، مصر، ط ١-
٢٠. سنن ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد ت ٢٧٣هـ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية.
٢١. صحيح البخاري محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، ط ١-١٤٢٢هـ.
٢٢. صفة الفتوى والمفتي والمستفتي، المؤلف: أبو عبد الله أحمد بن حمدان بن شبيب بن حمدان النميري الحرّاني الحنبلي (المتوفى: ٦٩٥هـ)، المحقق: محمد ناصر الدين الألباني، الناشر: المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة: الثالثة، ١٣٩٧هـ.
٢٣. طبقات الشافعية الكبرى، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي ت ٧٧١هـ، تحقيق: محمود محمد الطناحي، عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر، ط ٢-١٤١٣هـ.
٢٤. الغياثي، غياث الأمم في التياث الظلم، ضياء الدين أبي المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف النيسابوري إمام الحرمين الجويني ت ٤٧٨هـ، تحقيق: عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، جده، ط ٣-١٤٣٢هـ-٢٠١١م.
٢٥. الفروق، لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير القرافي ت ٦٨٤هـ، عالم الكتب.
٢٦. فن القضاء، ضياء شيت خطاب، مركز البحوث القانونية.

٢٧. قانون الإفتاء لسنة ٢٠٠٦م المملكة الأردنية الهاشمية.
٢٨. قواطع الأدلة في الأصول، لأبي المظفر، منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن أحمد المروزي السمعاني التميمي الحنفي ثم الشافعي ت ٤٨٩هـ، تحقيق: محمد حسن محمد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط ١ - ١٤١٨هـ / ١٩٩٩م.
٢٩. كشف الأسرار، عبدالعزیز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري الحنفي ت ٧٣٠هـ، دار الكتاب الإسلامي.
٣٠. لسان العرب، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي ت ٧١١هـ، دار صادر - بيروت، ط ٣ - ١٤١٤هـ.
٣١. اللمع في أصول الفقه، لأبي اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ت ٤٧٦هـ، دار الكتب العلمية، ط ٢ - ٢٠٠٣ م - ١٤٢٤ هـ.
٢٣. مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخ زاده ت ١٠٧٨هـ، دار إحياء التراث العربي.
٣٣. المجموع شرح المذهب، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي ت ٦٧٦هـ، دار الفكر.
٤٣. المحصول لأبي عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري ت ٦٠٦هـ، تحقيق: الدكتور طه جابر فياض، مؤسسة الرسالة، ط ٣ - ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م.
٣٥. مرشد المفتي، إلى كيفية تطبيق قواعد الأصول في مشكلات معاصرة، عثمان بن عبدالقادر الصافي، المكتب الاسلامي، ط ١ - ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.
٣٦. المستصفى، لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي ت ٥٠٥هـ، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط ١ - ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.
٣٧. المسودة في أصول الفقه، لآل تيمية، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الكتاب العربي.
٨٣. المعيار القانوني، فارس حامد عبدالكريم، ط ١ - ٢٠٠٩م.
٩٣. الملل والنحل، لأبي الفتح محمد بن عبد الكريم بن أبي بكر أحمد الشهرستاني ت ٥٤٨هـ، مؤسسة الحلبي.
٤٠. المنحول من تعليقات الأصول، لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي ت ٥٠٥هـ، تحقيق: محمد حسن هيتو، دار الفكر - بيروت لبنان، ط ٣ - ١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م.
١٤. الموافقات، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي ت ٧٩٠هـ، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط ١ - ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.
- * * *