



كلية الآداب والعلوم
الإنسانية - مراكش
Faculté des Lettres et des Sciences
Humaines - Marrakech

Centre d'Etudes Doctorales مركز دراسات الدكتوراه

أطروحة جامعية
لنيل شهاوة الدكتوراه في موضوع:

الإلزامية الحكم الاجتهادي في المجتمع المعاصر

الأستاذ المشرف:
الدكتور: المصطفى الوضيبي

إنجاز:
محمد نعناعي

السنة الجامعية 2020/2019م

شكر وتقدير

أتوجه بخالص شكري وامتناني لفضيلة الأستاذ
الدكتور المصطفى الوضيفي على إشرافه على هذا
البحث.

وعلى نصائحه العلمية القيمة، وتوجيهاته
التربوية، وعلى سعة صدره وتجاوزه عن اللغوات
والزلات، راجيا من الكريم سبحانه أن ييسر له العطاء
ويجزيه عني خير الجزاء.

مقدمة

مقدمة:

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، محمد وعلى آله وصحبه اجمعين.

أما بعد،

فإن الاجتهاد في الفقه الإسلامي، يعتبر طريقا لاستمرار الشريعة في مواكبة حياة الناس، تزودهم برؤية شرعية تضبط مختلف تصرفاتهم الفردية والجماعية.

ونظرا لأهمية هذه العملية ضمن نشاطات العلماء، أداء منهم لواجب البيان للناس، لما تحمله من علم وخبرة بهذا الدين، نصوصا وقواعد ومبادئ؛ فقد اجتهدوا في وضع الأسس والمناهج القمينة بجعل الاجتهاد علما قائما بذاته، يمكن لمن توافرت فيه شروطه أن يمارسه ويكون مؤتمنا عليه، ويطمئن الناس إلى الأخذ منه.

ولا شك أن تاريخ العلوم الإسلامية بجميع فروعها، سواء كانت علوم مقاصد أو علوم آلة، إنما تقدم يد العون للفقهاء المجتهدين، ليستنبط الحكم المناسب للوقائع المتجددة بحسب أوضاع الخلق من حوله؛ فالظروف متجددة والسياقات متعددة.

وبالرغم من هذه الجهود العظيمة، فإن الاجتهاد لم تكن تمرثه محل وفاق دائما، بل إن كل اجتهاد وقع من إمام معتبر، قد يكون له نظائر تخالفه، لاعتبار من الاعتبارات التي تبرره، سواء كان السبب فيها ما يرجع إلى فهم المجتهد، أو ما يرجع إلى الاختلاف في المنهج، أو ما يرجع إلى الاختلاف بحسب الظروف زمانا ومكانا وبيئات اجتماعية أو اقتصادية وسياسية وغير ذلك...

ولم تكن هذه الظاهرة من اختلاف المجتهدين مسألة طارئة، بل كان حالة مواكبة لنشأة الفقه، فالصحابة اختلفوا في الفهم عن الرسول صلى الله عليه وسلم واجتهدوا في تطبيق ما سمعوه كل حسب فهمه، والرسول صلى الله عليه وسلم، أقر بدوره هذه الحالة من الاختلاف، لأنها من طبيعة الأشياء في الإنسان، ولا نكير على أحد في ذلك إذا صدقت النية، وكان الباعث على الاختلاف صحيحا.

لكن الأمر سيستفحل مع مرور الوقت، باتساع رقعة البلاد الإسلامية، ودخول أجناس وثقافات وعادات إلى حضارة الإسلام الناشئة، ليكون للاختلاف في الاجتهاد أثر جانبي غير محمود، تمثل في كون تعدد الأحكام وتعارضها، أحيانا ، مظنة لسقوط الالتزام والتكليف بها.

ذلك أن الغاية من الاجتهاد هو بيان الحكم الشرعي الذي يجب الإذعان إلى مضمونه؛ فهو ليس عملية فكرية، لمجرد الترف الفكري، بل الغرض تحصيل الالتزام بثمرته.

إشكالية البحث :

إذا كان الفقه قديما، قد وُفق في إيجاد صيغ عملية مناسبة لظروفه، للحد من آثار الاختلاف الفقهي على الحقوق والسلوك بين الناس، فإن الاجتهاد المعاصر، أصابته صدمة الحداثة، على جميع الأصعدة، ما جعله يبدو متخلفا عن مواكبة حياة المجتمع المسلم، لأسباب كثيرة منها ما يرجع لعوامل قصور ذاتية أو خارجية، وهي التي تعيننا أكثر في هذا البحث.

خاصة، عندما أزيح المجتهدون عن موقع التشريع، لصالح مؤسسات الدولة الحديثة، والتي تتصدى لبيان الحدود والقواعد القانونية المنظمة للشأن العام والخاص، وفق مسطرة حديثة، وصيغ قانونية تختلف عن لغة الفقه وأسلوبه، ولو أنها قد تعتمد على هذا الفقه وغيره كمصدر من مصادر التشريع في الدولة.

وهذا المسلك الحديث أفرز أمرين مهمين :

الأول : ابتعاد القانون في أغلب دولنا الإسلامية والعربية عن المرجعية الدينية .

الثاني : خلق ازدواجية تشريعية وقانونية في هذه البلاد، ذات مرجعتين دينية، من جهة، في بعض القوانين، ومرجعية وضعية في الغالب الأعم، تأثرا منها بواقع تاريخي يرجع إلى الاستعمار الذي نجح في سعيه لتغيير المنظومة التشريعية لمستعمراته، في فصلها عن مرجعيتها الدينية الإسلامية، وعوضها بأخرى وضعية ذات مصادر متعددة، وذلك في إطار مساعيه إلى خلق تبعية كلية لهذه المستعمرات بالمستعمر.

وفي هذا السياق من التحولات التي عرفتها بلداننا، تشكل وعي مواجِه لدى المثقفين من علماء هذه الأمة، المنتسبين إلى العلوم الشرعية، قصد إعادة الأمور إلى نصابها، ليكون الاجتهاد في ظل الشريعة المصدر المهيمن على التشريع.

خاصة وأنه كان المهيمن على ثقافة الناس، دون حرج أو شكوى، وأن إزاحة الاجتهاد ليس ليعيب في الفقه، فأدواته ومناهجه تكفي لثخاطب الناس بما يشفي الغليل، من الحلول لأحوالهم مهما تعقدت، كيف لا؟! وهي إنما جاءت لتحقيق مصلحتهم، كما عبّر على ذلك ابن القيم: "فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد وهي عدل كلها ورحمة كلها ومصالح كلها وحكمة كلها..."

لكن استمرار الاختلاف الناتج عن عملية الاجتهاد وغنى الفقه الإسلامي بالآراء، يفرض عمليا على الفقه، ضرورة تحديد القول الملزم في المسألة التي تتعدد حولها الآراء.

وقد أدرك الفقهاء هذا الأمر، فتم تحديد المذهب معيارا في الإلزام، وداخل المذهب يميز بين الراجح والمشهور وما جرى به العمل؛ إلى جانب ذلك، عمل فقهاؤنا على التمييز في الأقوال بين قول المفتي والحاكم والإمام من حيث درجة الإلزام فيها، وكذا كيفية التعامل مع تعارض بعضها مع البعض الآخر.

وإذا كان هذا التصور قد أفلح نسبيا في تنظيم الاجتهاد والفتوى طيلة عصور الفقه الإسلامي، فإن ظهور الدولة الحديثة، وإحكامها لتنظيم المجتمع المعاصر عبر المؤسسات المختلفة، جعل أصوات العلماء تتعالى بضرورة مؤسسة الاجتهاد والفتوى عبر المجامع الفقهية، تلافيا للتدبير الفردي لهذه الاختصاصات، وسعيا إلى خلق مرجعيات محترمة لدى الناس في الفتوى والاجتهاد، توحيدا للكلمة في القضايا المختلفة، الأمر الذي يتلاءم مع روح وطبيعة المجتمعات المعاصرة والتي تعبر عن ذاتها عبر المؤسسة.

تلك إذن إشكالية هذه الأطروحة التي حاولت الإجابة عن جزء يسير منها وقد تبين أنها إشكالية عامة وكبيرة يصعب الإحاطة بها من خلال جهد واحد، وستظل عقبة من العقبات، أمام المجتمعات الإسلامية،

وابرزها التساؤل حول كيفية تحويل الحكم الاجتهادي من حكم غير ملزم إلى حكم ملزم، الى جانب جملة من الأسئلة نطرحها بين يدي الإشكال العام نذكر منها:

1- ما مدى إلزامية وحجية الأحكام الصادرة عن المجامع الفقهية، المحلية منها والإقليمية والدولية في علاقتها بأنظمة الدول الإسلامية الدستورية منها والقانونية ؟

2- ما هي قيمة وحدود إلزامية الفتاوى التي تصدر في بعض القضايا المقننة، خاصة حين تعتمد هذه التقنيات الفقه الإسلامي؟

3- كيف نوفق بين الازدواجية في إلزامية القانون المدنية وعدم إلزاميته الدينية؟ وتكمن - هذه الازدواجية - أساسا في التعامل مع كل ما يشمل القانون بأنه وضعي بإطلاق، مع أن ثمة مجالات كثيرة شملها القانون تعتبر في الفقه من قبيل السياسة القانونية أي الأحكام المسنونة بأمر ولاية الأمر، بناء على دواعي السياسة الشرعية، وهو ما يؤدي إلى نزاع الصفة الدينية عن كثير من القوانين الزمنية، ما يؤثر في هيبة تلك القوانين واحترام الناس لها؛ الشيء الذي يقف حائلا دون الانسجام بين منظومة الاجتهاد وبين المنظومات المؤسسية؛ التي تنظم الحياة التشريعية في البلاد الإسلامية.

فرضية البحث :

إن الفرضية التي يحاول البحث اثباتها، تقوم على نظرة مقاصدية مآلية لمسألة "الإلزام" على وحدة المجتمع واستقراره، منطلقا من كون الأصل هو الوحدة، وأن التعدد فيما لا يحتمله من أحكام، فوضى وتسبب لا يرتضيها الشرع الحكيم. وأن بقاء الاجتهاد فرديا كان أو مؤسسيا بعيدا عن هذا الضابط هو خروج عن مقصده الأصلي الذي وجد من أجله، مما يوجب العمل على توحيد المرجعية، ببيان طرق اكتساب الاجتهاد لصفة الإلزامية.

وهذا عكس الفرضية المقابلة التي تعتبر إمكانية الاجتهاد المخولة شرعا لكل مجتهد، تعطي المشروعية للآراء الاجتهادية؛ مما يعني أنها كغيرها من الأحكام، لها نفس الحجية أو الإلزامية، أو أنها أحق من غيرها، وخاصة حين يكون مصدر الأحكام الجاري بها العمل، سواء في القانون أو الأعراف، مصدرا بعيدا عن المنصوص، أو جديدا على غير ما عرف في الفقه.

المنهج المعتمد:

واتبعت في تناول هذا البحث منهجا تحليليا في مقارنة القضايا المتعلقة بآليات تحصيل الإلزامية في الأحكام الاجتهادية، والسياقات التي أفرزتها عند المتقدمين، والإشكالات المرتبطة بها في هذا العصر.

بالإضافة الى المنهج التاريخي، وذلك من باب الاهتمام بتاريخ التشريع الإسلامي، وما عرفته الزامية الاحكام الاجتهادية من تطورات وتغيرات، تستوجب عملية الوصل بينها وبين المفاهيم الجديدة، كالتقنين، والمأسسة، ومبادئ الحكم التي تشكل مرجعيات التشريع في عالم اليوم، مع بيان اهم التوجهات والمواقف الإسلامية تجاهها.

ولهذا كان البحث مقارنة بين مرحلتين من تاريخ هذا التشريع، وكان ظهور الدولة الحديثة الفيصل بينهما.

وذلك من خلال:

- 1- استحضار التصور الفقهي المتقدم في معالجة الإلزامية في الأحكام الاجتهادية ومقارنته في الظروف التي وُجد فيها، وكيف أنه وُفق في تحقيقها.
- 2- الوقوف عند الحلول التي قدمها الفكر الفقهي المعاصر في تنظيم مجال الاجتهاد للرقى به بما يتوافق مع مقتضيات العصر، إلى أن نصل للحلول العملية التي يمكن اقتراحها حلا لمعضلة الإلزام بحكم شرعي معين.

أهمية الموضوع:

وتتحلى في كونه يتناول قضية عملية في الفكر الفقهي والأصولي المعاصر، وهي الإلزام بحكم اجتهادي معين في ظل مؤسسات الدولة الحديثة.

ولا شك أن تحليل هذه القضية بالدراسة طريق إلى حل كثير من سلبيات الإفتاء، كالفوضى في هذا المجال، والحد من منزلقاتها مما سيسهم في توحيد المرجعية في الاجتهاد وفي دعم ثقة الناس بهذه المهمة الجليلة في حياتهم. إضافة إلى معالجة قضية أساسية في الاجتهاد، ألا وهي ثمرته ونتيجته أي الحكم الشرعي؛ ذلك أن الاختلاف والتعدد الذي يعتري هذه الأحكام الشرعية بحسب المجتهدين وأنظارتهم ومبلغهم من العلم، وكذا ظروفهم التي يصدرون عنها، ظاهرة طبيعية في الفقه، بل يعتبرها مصدر ثرائه وسعته لكل زمان ومكان؛ غير أن اعتبار كل تلك الأحكام من الشرع، الذي يفيد الزاميتها في نفس الوقت، يجعلنا نطرح التساؤل عن كيفية معالجة هذه الوضعية؟ إذ من غير الممكن أن تحتل المسألة الواحدة، في نفس الوقت، أحكاما مختلفة ومتضادة؛ فلزم والحال هذه، تحرير القول في القول الاجتهادي: ما طبيعته؟ وأين ومتى يستلزم الزاميته دون غيره؟ وهل هناك من تناف بين كونه حكما شرعيا وكونه رأيا؟ وكيف تعامل الفقه الإسلامي طيلة مراحل سريانه مع هذه الظاهرة؟

والجواب عن هذه الأسئلة في نظري، سواء في بُعديها النظري المعرفي والتطبيقي سيجعلنا نتفهم كثيرا من الاختلافات الفقهية، وسيقينا فتنة الفوضى في الفتوى والاجتهاد عموما، وما يصاحبها من علل الإقصاء

والتكفير، وفقدانها للمصداقية لدى المكلفين والتشكيك المستمر في قدرة الفقه الإسلامي التي ما فتئ يبشر بها في خدمة الإنسان، ناهيك عن الربط بين الإسلام والأقوال الشاذة التي تنسب إلى حياضه، والخلط بين الدين والمعرفة الناشئة حول الدين.

من جهة أخرى، فالدراسة تصوير شمولي للنسق الذي يضبط الأحكام في الفقه، من حيث أنها تقدم خريطة ضرورية لكل مشتغل بهذا التراث قديمه وحديثه، يستطيع بها أن يفهم ويؤي كل رأي فقهي مكانه فيه، من حيث حجته وقوته، ومرجعياته الدينية والقانونية.

كما تتجلى أهمية الموضوع، أيضا، في أنه مساهمة في ربط الفقه بالقضايا العملية في حياة الناس، مما يضفي عليه ثراء ونضارة لا شك فقدهما بسبب التهميش الذي تعرض له في الحياة العامة .

الدراسات السابقة في الموضوع:

لم أجد في حدود ما اطلعت عليه كتابا أو دراسة أفردت هذا الموضوع بالتصنيف، بهذا العنوان أو ما يشبهه في موضوعه، مع أن المؤلفات في موضوع الاجتهاد تكاد لا تحصر، إلا أنها لم تقارب الموضوع في بعده العملي وانعكاسات الاجتهاد في ظل مؤسسات الدولة، غير أنني أحب في هذه السياق، التنويه بجهود الدكتور أحمد الخمليشي في كتابه "وجهة نظر" الجزء الثالث، تحدث فيه عن انتقال أو تحول الرأي الاجتهادي إلى قاعدة قانونية ملزمة، والذي اعتبرها أدق إشكالية يعيشها الفكر الفقهي حاليا ، واقترح في تناولها إجراءات مؤسسية تتناسب مع مقتضيات المجتمع الحديث لتلافي سلبات تشكل الآراء الاجتهادية، والتي تتمثل -في نظره - في: التعدد والقصور.

والحقيقة أن هذا الإشكال هو ما تتبناه هذه الدراسة، ليس بالضرورة في نتائجه التي انتهى الأستاذ إليها، بقدر ما هو في التساؤل الذي يقوم عليه، والبحث في الأسس النظرية والتطبيقية التي تفسر وتضبط طبيعة

انتقال الحكم الاجتهادي إلى حكم ملزم، سواء قبل الدولة الحديثة، أو بعدها، مما يحتاج إلى مزيد من البسط يعوز تلك الدراسة، لأنه ليس محلها ذلك.

ومن الكتابات المرتبطة بالموضوع، تلك التي تناولت تقنين الفقه الإسلامي، من بين مسائلها:

كفقه النوازل قضايا فقهية معاصرة لبكر بن عبد الله أبو زيد، تناول في المجلد الأول نازلة التقنين والإلزام وبيّن فيه عدم جوازه؛ وهو يمثل اتجاهها سائدا تبنته المدرسة السلفية بالسعودية، وفي الاتجاه المخالف، نجد المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا في المجلد الأول يدافع عن فكرة التقنين، وغيره من المعاصرين الذين زاجوا بين النظرين الفقهي والقانوني كطارق البشري، ومحمد سليم العوا..

أما عن الكتابات في موضوع الاجتهاد والفتوى عموما، فيمكن القول أنها قصرت الكلام على الأمور المألوفة في موضوع الاجتهاد، كتعريف الاجتهاد وشروطه وآفاقه ومجالاته، وهل يتجزأ أم لا؟ والاجتهاد الجماعي والفردى إلى غير ذلك، دونما إثارة للسؤال عن ثمة الاجتهاد، والذي تترتب عنها أمور من حيث الإلزام أو عدمه، في واقعنا المعاصر، واقع تحكمه المؤسسات في الدولة الحديثة؟ مما يؤدي إلى ما سبق ذكره من التنازع بين أحكام الفقه، والأحكام القانونية الجاري بها العمل؛ وهو ما تروم هذه الدراسة بحثه، مقترحا من أجل ذلك الخطة الآتية :

خطة البحث:

تمهيد: أتناول فيه مفهوم الحكم الاجتهادي، ومفهوم الإلزام.

ثم أنتقل لتحرير مقتضيات هذه الدراسة في بابين :

الباب الأول: آليات الإلزام بالأحكام الشرعية في الفقه الإسلامي.

وقسمته إلى فصلين اثنين: الأول يتناول الآليات العامة في الفقه، والتي نجدها آليات مرجعية لدى جميع المذاهب، وهي:

المبحث الأول: الإلزامية بالنص.

المبحث الثاني: الإلزامية بالإجماع.

المبحث الثالث: الإلزام بحكم الحاكم.

وفي الفصل الثاني تطرقت إلى آليات الإلزام الخاصة بمذهب معين، فكل مذهب يعتبر أن المختار فيه من الأقوال هو الأدعى بالإلزام من غيره، وذلك في مبحثين:

الأول: ناقشت فيه المذهبية نفسها، كآلية في الإلزام وتوحيد القول المرجعي.

والثاني: تناولت فيه آليات الإلزام المذهبي، وفيه تحرير لمسلكية المذهب المالكي في تدبير الاختلاف داخله.

أما الباب الثاني: فخصصته لآليات الإلزام بالأحكام الاجتهادية في الواقع المعاصر، في فصلين:

الأول، يدرس فكرة مؤسسة الاجتهاد وتقنيته في مبحثين:

الأول: يتناول الإلزام عبر التقنين.

والثاني خصصته للإلزام عبر تنظيم الاجتهاد في مؤسسات مختصة

وفي الفصل الثاني: تطرقت فيه لدور الأمة في تقرير الأحكام الاجتهادية والإلزام بمقتضاها، وذلك في

مبحثين :

ناقشت في الأول: فكرة أن الأمة هي من يقرر بما لها من سيادة.

والثاني: خصصته لدراسة الإلزام بالاجتهاد عبر المؤسسات التشريعية.

وختمت البحث بخاتمة تضمنتها نتائج دراسة الموضوع، وآفاق البحث فيه.

فصل مقهيدي:

فصل تمهيدي:

وسيتم التطرق فيه إلى بيان معنى المفردات الأساسية المكونة لعنوان البحث: الإلزامية، والحكم الاجتهادي. وقبل مناقشة مفهوم الالزام والتراتبية فيه، نبدأ بالحديث عن ماهية الحكم الاجتهادي وطبيعته، والقضايا التي ترتبط به، باعتباره نتيجة للاجتهد وذلك في مبحثين.

المبحث الأول : مفهوم الحكم الاجتهادي.

الحكم الاجتهادي، مركب إضافي يشتمل على مفهومين: الحكم والاجتهاد، لذلك لزم بيان معنى الحكم في مطلب أول، والاجتهاد في مطلب ثان.

المطلب الأول: الحكم.

وأتناول فيه، إلى جانب تعريفه الجواب عن الأسئلة الآتية:

ما معنى الحكم؟ ومن يشرعه؟ وما حدود القطع والظن والصواب والخطأ فيما يتوصل إليه المجتهدون من أحكام يبينون أنها حكم الشرع في المسائل والمستجدات؟

الفقرة الأولى: تعريف الحكم، لغة واصطلاحاً:

للحكم في اللغة معان عدة، منها: المنع وإحكام الأمور وإتقانها، أو القضاء، أو بمعنى الحكمة والمعرفة والعلم، جاء في مختار الصحاح: "ح ك م : الحُكْمُ القضاء وقد حَكَمَ بينهم يحكم بالضم حُكْماً... والحُكْمُ

أيضاً الحكمة من العلم والحكيم العالم وصاحب الحكمة والحكيم أيضاً المتقن للأمور ... وأحكامه فاستحكم أي صار مُحْكَمًا والحكمُ بفتح الحاء والمحاكمةُ المخاصمة إلى الحاكم...¹

وعُرِّف في الاصطلاح تعريفات كثيرة، لا تبتعد في مفهومها عن المعنى اللغوي للكلمة، غير أنها تختلف بين الأصوليين والفقهاء ما بين مضيق للمفهوم وموسع له؛ فلدى الأصوليين الحكم هو خطاب الشرع المتعلق بأفعال المكلفين، بينما يحدده الفقهاء بالأثر الناتج عن ذلك الخطاب...

قال الرازي في المحصول: قال أصحابنا إنه الخطاب المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير، أما الاقتضاء فإنه يتناول اقتضاء الوجود واقتضاء العدم، إما مع الجزم أو مع جواز الترك فيتناول الواجب والمحذور والمندوب والمكروه وأما التخيير فهو الإباحة.² وعرفه الآمدي: "خطاب الشرع المتعلق بفعل المكلف بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع.³ وعرفه الجرجاني: "الحكم الشرعي عبارة عن حكم الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين"⁴

¹ مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر الرازي، تح، يوسف الشيخ محمد، - الدار النموذجية، بيروت - صيدا، ط5، 1420 هـ / 1999 م، مادة حكم، ص. 78.

² المحصول: فخر الدين الرازي، تح: الدكتور طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، ط3، 3، 1418 هـ - 1997 م ج1 ص89.

³ الاحكام في أصول الأحكام للآمدي، وقد ناقش الآمدي التعريفات لدى الأصوليين، واعتبر أن الأحسن تعريف الحكم بأنه: "خطاب الشارع المفيد فائدة شرعية". ينظر مناقشة التعريف بكتابه: ج1 ص96.

⁴ التعريفات، علي بن محمد الجرجاني، ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، ط1، 1403 هـ - 1983 م، ص92.

بينما عرفه الفقهاء: "الحكم: هو الوصف الثابت للمحكوم فيه".¹، يقول الباجي: "ومعنى ذلك أن المحكوم فيه لا يوصف بأنه حلال أو حرام. فإذا دل الدليل على كونه حلالاً أو حراماً وصف بذلك، وكان هو حكمه الثابت".²

فأثر قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾³ وجوب الوفاء بالعقود.

وأثر قوله تعالى ﴿وَلَا تَفْرُبُوا الزَّيْنَ إِنَّهُ كَانَ بَلِشَّةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾⁴. حرمة الزنى.

والفرق بين الفقهاء والأصوليين في تعريف الحكم، رغم أنه ليس له أثر عملي، نظراً للترابط بين الحكم وأثره، هو أن الأصوليين يعتبرون الدليل ذاته حكماً؛ فلا يفرقون بين الحكم ودليله. بينما الفقهاء يميزون بين الحكم ودليله.

و"السبب في اختلاف الاصطلاحين عند علماء الأصول والفقهاء أنه يتعلق بحسب ما لاحظته كل منهم، فالأصوليون نظروا للحكم من ناحية مصدره، وهو الله تعالى، والحكم صفة له، والفقهاء نظروا للحكم من ناحية متعلقه، وهي أفعال المكلفين..."

¹ الحدود في الأصول، أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي،، تح، محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1، 1424 هـ - 2003 م، ص 122.

² نفسه، ص 122.

³ من الآية 1 من سورة المائدة.

⁴ من الآية 32 من سورة الاسراء.

والحاصل أن حقيقة الحكم إما أن تكون لغوية بمعنى، القضاء، وإما أن تكون أصولية وهي خطاب الله تعالى، وإما أن تكون فقهية، وهي أثر الخطاب، وإما أن تكون عرفية، وهي إثبات أمر لأمر أو نفيه عنه؛ مثل إثبات طلوع القمر، ونفي الظلمة للشمس.¹

والذي يعنينا أكثر هو الحكم سواء بمعناه الأصولي أو الفقهي، الذي يؤول في مفهومه الأخير إلى عمل تشريعي، الغاية منه تنظيم أفعال العباد الدينية والدنيوية وفق مقصود ومقتضى الشرع الحكيم، فمن الذي يصدر هذا الحكم؟

الفقرة الثانية: تشريع الحكم.

إن الحكم نتيجة للتشريع، و"الشرع لغة البيان واصطلاحاً تجويز الشيء أو تحريمه أي جعله جائزاً أو حراماً، والشارع مبين الأحكام الشرعية والطريقة في الدين، والشرعية ما شرع الله تعالى لعباده، والمشروع ما أظهره الشرع

2

و" التشريع " في اللغة مصدر شرع، من الشريعة: أي مَشْرَعَةُ الماء، وهي ما شرع الله لعباده من الدين وقد شَرَعَ لهم أي سَنَّ وبابه قطع³ أي وضع قانوناً وقواعد وأحكاماً. وفي الاصطلاح، هو خطاب الله تعالى المتعلق بالعباد طلباً أو تحييراً أو وضعاً⁴. وهو نفس ما مر معنا عند تعريف الحكم الشرعي.

¹ ينظر: الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، محمد الزحيلي، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق - سوريا، ط 2، 1427 هـ - 2006 م، ج 1 ص 286.

² ينظر: الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، زكريا بن محمد الأنصاري، تح، مازن المبارك، دار الفكر المعاصر - بيروت، ط 1، 1411 هـ، ص 69 و 70.

³ مختار الصحاح : مادة شرع، ص 163.

⁴ الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 1، ص 11.

ومن تم، فالعلاقة بين التشريع والحكم الشرعي، هو أن التشريع وضعٌ وسنٌ وبيانٌ للأحكام الشرعية، ما يطرح معه التساؤل عمن يملك حق التشريع في الاسلام.؟

وغني عن البيان، أن الشريعة الإسلامية شاملة بأحكامها ومبادئها لجميع مجالات الحياة، وأحوال المكلفين في كل زمان ومكان؛ وهذه الصفة تجعل الأحكام التي تنتمي إلى الشريعة من الكثرة والتعدد والاختلاف، سواء المنصوص منها أو ما توصل إليه أهل الاجتهاد، والذي سيبقى رافدا للفقهاء الإسلامي بالأحكام المتجددة مع حاجات الناس إلى قيام الساعة!

فمن الذي يملك حق التشريع؟ وما هي حجية ما يتوصل اليه من أحكام تعتبر شرعا واجب الاتباع؟

أولا: الحاكم.

فالمقرر في الفقه الإسلامي إجماعاً¹ " أن الحق في التشريع لا يكون إلا لله وحده، مصداقا لقوله تعالى: ﴿إِنِ الْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ يَفُصِّ الْحَقَّ وَهُوَ خَيْرُ الْفَصِّلِينَ﴾²، فليس لأحد - كائنا من كان - أن يشرع

¹ قال الشوكاني: "لا خلاف في كون الحاكم الشرع"، إرشاد الفحول لتحقيق الحق من علم الأصول، محمد بن علي الشوكاني، دار الكتاب العربي، ط1، 1419هـ - 1999م، ج1 ص36.

² من الآية 58 من سورة الانعام.

حكما، سواء ما يتصل بحقوق الله أو حقوق العباد، لأن هذا افتراء على الله، وسلب لما اختص به نفسه: ﴿وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكَذِبَ هَذَا حَلَلٌ وَهَذَا حَرَامٌ لِّتَفْتَرُوا عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ إِنَّ الَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ لَا يُفْلِحُونَ﴾¹.

ورسول الله ﷺ - مع علو مكانته - ليس له حق التشريع، وإنما له حق البيان، وعليه واجب التبليغ: ﴿يَا أَيُّهَا الرُّسُولُ بَلِّغْ مَا أُنْزِلَ إِلَيْكَ مِنْ رَبِّكَ وَإِنْ لَّمْ تَفْعَلْ فَمَا بَلَّغْتَ رِسَالَتِي وَاللَّهُ يَعْصِمُكَ مِنَ النَّاسِ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الْكَافِرِينَ﴾² (...) وهذا ما أجمع عليه المسلمون قاطبة، بل أجمعت عليه الشرائع السماوية كلها، ولم يشذ عن ذلك إلا الذين رفضوا الانصياع إلى شرائع الله جملة وتفصيلا³.

غير أننا إذا انطلقنا من مسلمة واقعية مفادها: أن جميع الوقائع لا تستغرقها الشريعة بأحكام خاصة لكل الجزئيات، لأن نصوص الشريعة منتهية محدودة، بينما الوقائع في تجدد مستمر لا ينتهي! فكيف أمكننا القول بأن المشرع حقيقة هو الله؟ وبأي اعتبار يمكن أن تستقيم تلك العبارة في الفقه الإسلامي؟ مع أن جل أحكام الشريعة اجتهادية في أغلبها، وأن ما يعتمد في استنباطه على النصوص والقواعد غير المباشرة أكبر بكثير من الأحكام التي تستند مباشرة وبشكل قطعي إلى نصوص القرآن والسنة وحصل الإجماع بشأنها.

في الواقع تبرز كثير من النصوص لدى المتقدمين، قبل المتأخرين، أن واقع الفقه الإسلامي قد شهد خلطا وتخططا في هذه المسألة، بحيث أن من القضاة و المفتين من لا يتقيد منهجيا بضرورة التفصيل اللفظي بين ما ينقله على أنه شرع الله الذي أمر بتبليغه وبيانه إلى الناس، وبين ما ينقله من الآراء التي قد تبدو له بعد إعمال الجهد واستفراغه في نصوص الشريعة وقواعدها، يقول شهاب الدين الحنبلي: "إن حكم الحاكم من

¹ الآية 116 من سورة النحل.

² الآية 69 من سورة المائدة.

³ الموسوعة الفقهية: ج1، ص11.

جملة المدارك الشرعية، فإذا قال هذا حلال، عرفنا أن الله سبحانه في الأزل حكم بحله، وكذا هذا حرام ونحو ذلك، لا أنه ينشئ الحكم لأن ذلك من خصائص الربوبية"¹.

فهذا القول، يتضمن تعميماً تتحد فيه كل أقوال المجتهد مع مراد الله الذي لا يمكن أن يعلمه أحد إلا بالوحي، وههنا نص لابن القيم في كتابه "إعلام الموقعين"، يقرر في أحد فصوله، رداً على ذلك المسلك أن: [من أدب المفتي ألا ينسب الحكم إلى الله إلا بنص] وأنه: "لا يجوز للمفتي أن يشهد على الله ورسوله بأنه أحل كذا أو حرمه أو أوجبه أو كرهه إلا لما يعلم أن الأمر فيه كذلك مما نص الله ورسوله على إباحته أو تحريمه أو إيجابه أو كراهته.

وأما ما وجدته في كتابه الذي تلقاه عن قلده دينه، فليس له أن يشهد على الله ورسوله به، ويغير الناس بذلك، ولا علم له بحكم الله ورسوله.

وثبت في صحيح مسلم من حديث بريدة بن الحصيب أن رسول الله ﷺ، قال: " وإذا حاصرت أهل حصن فأرادوك أن تنزلهم على حكم الله، فلا تنزلهم على حكم الله، ولكن أنزلهم على حكمك، فإنك لا تدري أتصيب حكم الله فيهم أم لا"²

ولواقعية الخلل أورد ابن القيم حكاية عن شيخه ابن تيمية قال فيها: حضرت مجلساً فيه القضاة وغيرهم، فجرت حكومة حكم فيها أحدهم بقول زفر، فقلت له: ما هذه الحكومة؟ فقال: هذا حكم الله، فقلت له:

¹ شرح تحرير المنقول مخطوط نقلاً عن الحكم الشرعي بين النقل والعقل، الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، دار ابن حزم، ط1، 1427هـ-2006م، ص: 110.

² صحيح مسلم تح محمد فؤاد ع الباقي، دار احياء التراث العربي، بيروت، كتاب الجهاد والسير، باب تأمير الإمام الأمراء على البعوث ووصيته إياهم بأداب الغزو. حديث رقم 1731. ج3، ص1357.

صار قول زفر هو حكم الله الذي حكم به وألزم به الأمة؟، قل: هذا حكم زفر، ولا تقل هذا حكم الله، أو نحو هذا من الكلام.¹

وهذا الموقف لا يشكل استثناء عما يقول به غير واحد من المتقدمين: كالإمام مالك الذي نجده في موطئه؛ كثير التورع عن لفظي الحرام والحلال مستعيضا عنها بقوله: هذا أحب إليّ أو هذا أكرهه... كلما تعذر عليه وجود نص صحيح صريح في التحليل أو التحريم.²

ثانياً: الحكم الشرعي بين القطع والظن.

وتجد هذه الإشكالية صداها في سؤال أصولي قديم، هل الحكم الشرعي يفيد القطع أم الظن؟ أو بعبارة أخرى: هل يمكن القطع بالوصول إلى حكم الشرع، ومقصوده في المسائل التي تعرض للناس؟ وتجلت أيضاً في العبارة المشهورة: هل كل مجتهد مصيب أم أن المصيب واحد؟ ومن هذا السؤال الأخير، ظهر ما سمي فيما بعد بالمخطئة والمصوبة؟ ضمن أغلب المؤلفات الأصولية عبر تاريخ الفكر الأصولي الإسلامي.

لأنه في ضوء الفكرتين، سواء القطع والظن أو التصويب والمخطئة، نفهم جدوى التمييز بين الشريعة والفقه بين ما يكون الحكم فيه مصدره صاحب الشرع، وبين ما يتوصل إليه المجتهدون من آراء تعتمد على قواعد الشرع لكنها تحتل الصواب والخطأ.

ونكتفي هنا بكتاب المحيط للزركشي³ الذي حاول إيجاز النقاش الأصولي في موقفين إثنين: يقف أحدهما على طرف النقيض من الآخر.

¹ إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن قيم الجوزية، تح: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط1، 1423 هـ ج6، ص73.

² مثال ذلك ما جاء عنه في الموطأ برواية يحيى بن يحيى الليثي: قال مالك أكره ثمن الكلب الضاري وغير الضاري لنهي رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب، كتاب البيوع، باب بيع اللحم. تعليق مالك على حديث رقم: 1348.

³ ج1، ص123. وما بعدها.

الأول: أن الحكم يفيد القطع في الأحوال كلها سواء أضيف إلى الدليل القطعي أو الظني؛ لأن الحكم قطعي ثابت عند الظن لا بالظن والقطع غير معتبر، أي أن الظن في الشرعيات ينزل منزلة العلم القطعي في القطعيات.

الثاني: أن الحكم يفيد الظن، وهو قول أبي حنيفة. وهو حاصل كلام المحصول في جوابه عن قولهم: **الفقه من باب الظنون**¹ ... غير أن كلا القولين يتفقان بالرغم من ذلك على وجوب العمل بما غلب على ظن المجتهد، فحكم الله فيه العمل بمقتضى ذلك الظن.

بينما يرى الزركشي الحق في التمييز في الأحكام بين القطعي والظني بحسب الأدلة التي تستند إليها.

والذي يظهر مما ذكر، أن الهاجس الذي يحكم كلا الموقفين، برغم اختلافهما، هو الحرص على تحصيل الحجية لتلك الأحكام، وكيف السبيل للوصول بها إلى إقرار الزاميتها التشريعية؟ وهي بغض النظر عن القطع أو الظن، تنتهي إلى نفس المآل؛ أي إن المجتهد يطبق النتيجة التي توصل إليها من خلال اجتهاده قطعاً.

وتفرع عن القطع والظن في الحكم الشرعي أيضاً، مسألة التصويب والتخطئة، أي: هل كل مجتهد مصيب أم أن المصيب واحد؟ ويبرر هذا التساؤل وجود الاختلاف المتنوع أحياناً والمتناقض أحياناً أخرى في المسائل الفقهية، فمن الأصوليين من قال أن المصيب واحد وغيره مخطئ، ومنهم من قال الكل مصيب.

وبرغم الجهد والمساحة التي احتلتها في كتابات الأصوليين والمتكلمين أيضاً، فقد اتسمت بالغموض بسبب كثرة الأقوال فيها وتشعبها، فقال الشهرستاني: "المسألة مشكلة، والقضية معضلة"²، وقال الإمام الشوكاني:

¹ المحصول: ج1، ص92.

² الملل والنحل، محمد بن عبد الكريم، الشهرستاني، دار المعرفة - بيروت، 1404، تح، محمد سيد كيلاني، ج1 ص204.

"وقد طول أئمة الأصول الكلام في هذه المسألة وأوردوا من الأدلة ما لا تقوم به الحجة واستكثر من ذلك الرازي في المحصول ولم يأتوا بما يشفي طالب الحق...¹.

وحاصل الكلام في المسألة في شقه الفروع الذي يهمننا، دون الشق العقدي، انقسام الأصوليين إلى فريقين: هذا برغم صعوبة التصنيف، لأن كل موقف ينقسم بدوره إلى مواقف متميزة بتفصيلات فيما بينها.

1- المصوبة، القائلون: إن كل مجتهد في الفروع الفقهية مصيب، وأنه ليس لله تعالى حكم واحد معين في المسألة، فحكم الله في حق كل مجتهد ما أداه إليه اجتهاده وغلب على ظنه، واشتهر هذا عن: المعتزلة وجمهور المتكلمين كأبي الحسن الأشعري والباقلاني وغيرهم؛ وهو ما رجحه الغزالي قال: "والمختار عندنا وهو الذي نقطع به ونخطئ المخالف فيه: أن كل مجتهد في الظنيات مصيب، وأنها ليس فيها حكم معين لله تعالى"²، بيد أن في هذا الفريق في المسألة حكماً معيناً وأن قصدهم بالصواب أن المجتهد لم يكلف بإصابته،³

2- وأما المخطئة فقالوا ليس كل مجتهد مصيباً، وهو مذهب الأئمة: "الشافعي رحمه الله وأبو حنيفة ومالك وأكثر الفقهاء رحمهم الله إلى أن الحق في أحدهما، وإن لم يتعين لنا فهو عند الله متعين، لاستحالة أن يكون الشيء الواحد في الزمان الواحد في الشخص الواحد حلالاً حراماً، ولأن الصحابة تناظروا في المسائل واحتج كل واحد على قوله، وخطأ بعضهم بعضاً، وهذا يقتضي أن كل واحد يطلب إصابة الحق.

¹ إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول: ج 2 ص 232.

² المستصفى، أبو حامد الغزالي، تح: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، ط1، 1413هـ - 1993م، ص 352.

³ البحر المحيط في أصول الفقه، أبو عبد الله بدر الدين الزركشي، دار الكتيبي، ط1، 1414هـ - 1994م، ج 8 ص 300.

ثم اختلفوا هل كل مجتهد مصيب أم لا ؟ فعند الشافعي أن المصيب منهم واحد وإن لم يتعين، وأن جميعهم مخطئ إلا ذلك الواحد، وبه قال مالك وغيره¹. وهو أيضا مذهب الظاهرية الذين يختلفون عن بقية الفقهاء بتأثيرهم للمخطئ، كما قال الجويني: "وزعموا أن من أخطأ الحق المعين فهو مأثوم مأزور"²، ولو أننا لا نجد هذا الموقف فيما كتبه ابن حزم، الذي قال برفع الإثم عن المجتهد المخطئ³.

وكيفما كان الموقف الراجح من بين هذه الآراء، فقد اعتبر الشيخ محمد الحضري النقاش بطوله خلافا نظريا محضا مادام الجمهور متفقين على أن كل مجتهد مكلف بالعمل بما أداه إليه اجتهاده، فالحق شائع بينهم والكل مأجور⁴.

وهو الأمر الذي يتجسد عندي في طريقة تعامل الأئمة القائلين بالتخطئة مع الاختلاف الفقهي، بحيث تجد لديهم اعتبارا ومناقشات مهمة لا تلغي إمكانية الصواب لدى المخالف، وهو مسلك الجمهور الذين أبدعوا نظرية مراعاة الخلاف⁵ التي يتلخص مفهومها في إعمال دليل الخصم وعدم إهماله، وإن كان المالكية أبرز المستثمرين لمضمونه، قال أبو العباس القباب "اعلم أن مراعاة الخلاف من محاسن هذا المذهب - المالكي - وحقيقة مراعاة الخلاف، هو إعطاء كل واحد من الدليلين حكمه." ويبين كيفية ذلك بأن المجتهد "يعمل ابتداء

¹ البحر المحيط: للزركشي: 283/8.

² الاجتهاد: الاجتهاد (من كتاب التلخيص)، أبو المعالي عبد الملك الجويني، تح. عبد الحميد أبو زيد، دار القلم، دار العلوم الثقافية - دمشق، بيروت، ط1، 1408، ص3.

³ الإحكام في أصول الأحكام، أبو محمد علي بن حزم الظاهري، تح: الشيخ أحمد محمد شاكر، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ج 8 ص140.

⁴ أصول الفقه. 378.

⁵ ذهب جمهور العلماء إلى استحباب مراعاة الخلاف في الجملة باجتناب ما اختلف في تحريمه وفعل ما اختلف في وجوبه (ينظر حاشية ابن عابدين، ج 1، ص99، وحاشية الطحطاوي على الدر المختار، ج 1، ص85، والمعيار للونشريسي، ج6، ص388، والمنثور في القواعد للزركشي، ج 2، ص127-128، والأشباه والنظائر للسيوطي ص136، والمغني، ج 1 ص518).

على الدليل الأرجح، لمقتضى الرجحان في غلبة ظنه، فإذا وقع عقد أو عبادة على مقتضى الدليل الآخر لم يفسخ العقد، ولم تبطل العبادة، لوقوع ذلك على موافقة دليل له في النفس اعتباراً¹.

والجدير بالذكر، أن المتتبع لكتابات الأصوليين في موضوع التصويب والتخطئة سيجدها عرية عن أي سياقات موضوعية أو معرفية تبرر طرحه وجدوائيته، وفهم مقاصد الأصوليين منه، لهذا استحق من بعض المفكرين أن يكون مجرد ترف نظري ليس إلا !! يبرز فيه كل فريق قدرته على شحذ النصوص وتوظيفها لتبرير فكرة دون أخرى...

بيد أن الموضوع حسب بعض الباحثين، لا يعدم شيئاً من الفائدة العملية المتمثلة في تضافر الجهود لترشيد الاجتهاد في الفهم، فيؤدي رأي المخطئة إلى التذرع بالمزيد من أسباب الحيلة وإفراغ الوسع في النظر، ويؤدي رأي المصوبة إلى رفع التهيّب من الاجتهاد في الفهم والركون إلى أفهام من سلف، ليتخذها الخلف ديناً...²

من هذا المنطلق، فإن لحظة سيادة الاجتهاد أو التقليد في الفقه الإسلامي يتماشى مع اعتناق وسيادة فكرة التصويب أو التخطئة يقول عبد المجيد النجار: "فلما مال الفقه إلى التقليد أصبحت فكرة التخطئة أكثر رواجاً بين الأصوليين، لأنها أكثر تلاؤماً في طبيعتها مع التقليد..." ولأن وضع المسلمين لم يعد يحتمل التقليد ويفرض الاجتهاد والتجديد للمستجدات التي تفرزها تعقيدات الحياة المعاصرة، لزم كسر الأسيجة النظرية والعملية لفعل الاجتهاد ومنها نظرية التخطئة؛ وعلى هذا الأساس، فإننا نعتبر الاجتهاد في الفهم يناسبه في واقع المسلمين أن يقوم على خلفية تصويبية، تنأى به عن التقليد، وتدفعه إلى التجديد، مع استصحاب التحري الذي يعصم من مدخلات الهوى ومفاتن الشيطان³.

ويبدو لي أن فائدة إعادة النقاش حول هاتين الفكرتين، ارتباطاً بفكرة الإزامية الحكم الشرعي، تتمثل في إبراز مدى الاختلاف الحاصل بين الأصوليين في المسألة، مع الانتباه إلى النتيجة التي أعملها الفقهاء فيما

¹ ينظر المعيار المعرب، ج 6، ص 388.

² فقه التدين فهما وتنزيلاً: 66.

³ نفسه: 67 و 68.

بينهم، وهي ضرورة مراعاة الخلاف، مادام يستند إلى دليل يعضد وجوده يحدوهم مقصد واحد هو: إيجاد حلول ناجعة لواقع الناس، الذي يطلبون له باستفراغ جهودهم الأحكام المناسبة؛ والمحقة لغايات الشريعة. فليس ثمة تفكير مجرد التفكير وإنما من أجل التطبيق والتنزيل وإلا صار عبثاً أو ترفاً لا تدعو إليه أية ضرورة.

والخلاصة مما ذكر، أن الفقه الإسلامي في بحثه المستمر عن مراد الله وحكمه، قد أثار التساؤل عن مدى إمكانية إدراكه، من خلال مسألتى القطع والظن، والتصويب والتخطئة، وهما قضيتان في غاية الأهمية والخطورة تبرزان عمق الوعي الأصولي والفقهى بمآلات الأقوال...

كما يجب التنويه بالتوجه العملي الذي يؤطر التطبيق الإسلامي في كثير من كتابات الأئمة؛ فحقيقة الاختلاف الفقهي لم تمنعهم من اعتبار واحترام الآراء الفقهية المخالفة، بل وإعمالها أيضاً؛ وفي ذات الوقت، نشير إلى أن بعضاً من الكتابات الفقهية أو الإصدارات الإفتائية، قد تتجاوز هذه الاعتبارات، فتوقع المتلقي غير المتخصص في محاذير تصورية وسلوكية في غاية الضرر، وهو ما حصل ويحصل في تاريخ الفقه الإسلامي، الشيء الذي يفضي بنا إلى تأكيد ما يلي:

- التمييز في الأحكام بين الأحكام القطعية الواردة في نصوص الكتاب والسنة. والأحكام الظنية المستمدة من توظيف أي من الأصول المتفق عليها أو المختلف في حجيتها.
- ضرورة تلافي الإطلاعية في أحكام الشريعة التي لا تنسحب إلا على الأحكام القطعية دون أحكام الفقه الاجتهادية؛ وهو ما تتناوله النقطة الموالية: الحكم بين الشريعة والفقه.

ثالثاً: الحكم بين الشريعة والفقه.

يقصد بالشرعية¹ في الاصطلاح الفقهي: جملة الأحكام التي شرعها الله لعباده سواء جاءت في القرآن أم في السنة النبوية؛ باعتبار كليهما وحياً من الله، وهي خصيصة تميزها عن غيرها من الأحكام تضمن لها الخلود والصلاحية لكل زمان ومكان²، وليست الشرعية بهذا المفهوم مجرد أحكام تفصيلية للعبادات والمعاملات، وإنما تتعداه لتشمل قضايا الإيمان والوجود وتنسج للمؤمن أبعاد وجوده المختلفة الدينية والدينية في عالمي الغيب والشهادة، ما جعل الشرعية وعاءاً لأحكام تفصيلية محدودة³، ولكنها في المقابل تحتوي قواعد كلية فقهية ومقاصدية يستطيع المجتهد توظيفها في إيجاد المناسب من الأحكام، وأيضاً تصلح معياراً لتقويم الاجتهادات من حيث مدى انسجامها مع نسق الشرعية من عدمه.

ومع ذلك، وبرغم وعي العلماء بالمدلول الأصلي للمصطلح، فإنهم يستخدمون "الشرعية" أيضاً بنوع من التعميم، ليسري بالإضافة إلى نصوص الوحيين على كل الأقوال الفقهية⁴، والتي إنما توظف في استنباطها الأصول الاجتهادية كالقياس والاستحسان والمصالح المرسلة والعرف... وحجتهم في هذا الصنيع شهادة نصوص الشرعية لها بالاعتبار، ولأنها طريق تحقيق مواكبة الشرعية للوقائع المتغيرة.

وللناظر في هذا الموقف أن يلاحظ بداهة عدم التكافؤ بين الحكم الشرعي (الشرعية) والحكم الفقهي، بناء على الاعتبارات الآتية :

- إن مصادر الشرعية قرآناً وسنة وإجماعاً، مصادر قطعية أصلية، بينما الأخرى تبعية، لهذا سماها الغزالي بالموهومة⁵ بسبب اختلاف الأصوليين حول حجيتها، أو حجية ما تفيده من الأحكام.

¹ ينظر في عدم جواز الخلط بين الشرعية والفقه، المدخل الفقهي العام: مصطفى الزرقا، ج 1 ص 153 و 154

² المدخل إلى الفقه الاسلامي: عبد الكريم زيدان ص 39 .

³ يقول الجويني : في معرض رده على منكري القياس " فإن معظم الشرعية صدر عن الاجتهاد والنصوص لا تفي بالعشر من معشار الشرعية " البرهان في أصول الفقه، ج 2، ص 37.

⁴ ينظر قول الجويني هنا " فإن معظم الشرعية صدر عن الاجتهاد... " نفسه، ج 2، ص 37.

⁵ ينظر المستصفي للغزالي، حيث جعل أدلة الأحكام أربعة : الكتاب والسنة والإجماع ودليل العقل المقرر على النفي الأصلي.

- ارتباط هذه الأصول التبعية بظروفها وسياقاتها المعرفية والاجتماعية والتاريخية، كمصدر العرف مثلاً والذي يرتبط بزمان ومكان معين، فكيف يصح أن يأخذ صفة حكم الشريعة؟

- إن أحكام الشريعة أحكام إلهية من رب العالمين، فهو أعلم بما يصلح لهم، بينما الأحكام الفقهية أحكام بشرية ترتحن للقدرات الفكرية للمجتهد، ومن ثم قد يعترضها الوهم والخطأ.

ولا جرم أن انعكاسات التخليط بين المعنيين وخيمة على الشريعة ذاتها، حين تنسب إلى العجز وعدم جدوائية أحكامها؛ بسبب الاختلاف والتناقض الذي يعتري الأحكام الفقهية البشرية، فبشرية الفقه تعني ضرورة جواز الخطأ والوهم على الأحكام، وهو ما تنزه عنه أحكام الشريعة الإلهية. ومن هنا حتمية التمييز بين الصنفين من الأحكام نظراً للحاجة الدائمة إلى استمرار الاجتهاد والبحث عن الأحكام المناسبة للمتغيرات وللظروف التاريخية.

لكن تعميم مدلول الشريعة على كل ما ينتسب إليها من الأحكام، قد يجد تأويله في الصفة الدينية للأحكام الشرعية، فهي في المحصلة -سواء كانت قطعية أم ظنية - الغاية منها تحقيق مقصدين: الأول، تحقيق مراد الشارع؛ والثاني، قصد المكلف به والذي يتجلى في تحقيق معاني العبودية لله.

وللأمر دلالة أخرى تتعلق بسريان التمييز بين الشريعة والفقه عند الحديث عن مصدرهما ابتداءً، أما في النتيجة انتهاء؛ فكلاهما حجة على معتقده يلزم تطبيقه بلا اعتبار بعدها لطبيعة أصل ذلك الحكم، فحكم الله أن تمتثل لما صح لديك أنه الصواب.

فأما قول الصحابي وشريعة من قبلنا فمختلف فيه، وحين انتهى من الأدلة المتفق عليها، وبدا في بيان المقصود بالأدلة المختلف فيها يقول: "الأصل الأول من الأصول الموهومة: شرع من قبلنا" وهكذا في بيان الأصول الأخرى: كقول الصحابي، والاستحسان، والاستصلاح.. ص 165.

المطلب الثاني: الاجتهاد.

إن الحكم الذي تبحثه الدراسة مضاف إلى الاجتهاد، فهو أدواته التي يصدر عنها، وسبق أن خلصنا إلى أن الاختلاف الجوهرى والعلمى بين الحكم الشرعى والحكم الاجتهادى، إنما هو باعتبار المصدر، الذى نميز

فيه بين النص القطعي ثبوتاً ودلالة وبين النصوص الظنية، وغيرها من الأدلة المختلف فيها. ولن نورد هنا كل مباحث الاجتهاد بل نكتفي بالقضايا التي تهم البحث: كماهية الاجتهاد ومجالاته، ومدى تأثير ذلك على طبيعة الأحكام والزاميتها.

الفقرة الأولى: مفهوم الاجتهاد ومجالاته .

أولاً: مفهومه :

الاجتهاد في اللغة مأخوذ من الجهد، وهو المشقة أو الوسع أو الطاقة¹. قال في القاموس: الجهد: الطاقة والمشقة، والتجاهد والاجتهاد بذل الوسع.

وفي الاصطلاح، فالتعريف كثيرة والفروق بينها طفيفة، لكنها لا تخلو من دلالات بالنسبة لموضوعنا، ويبقى أساسها العام بذل الطاقة والوسع إلى حد الاحساس بعدم القدرة على المزيد منه في درك الحكم الشرعي من أدلته المعتمدة شرعاً.

ومن هذه التعريفات:

ما عرفه به الغزالي: " بذل المجتهد وسعه في طلب العلم بأحكام الشريعة"²، ومثله قول صاحب اللمع: "استفراغ الوسع وبذل المجهود في طلب الحكم الشرعي"³ وثمة نوع آخر من التعاريف، كتعريف بدر الدين الزركشي: " بذل الوسع في نيل حكم شرعي عملي بطريق الاستنباط"⁴، أضاف قيد العملية في الحكم المطلوب.

¹ مختار الصحاح: مادة جهد، ص 63.

² المستصفى: ص 342.

³ اللمع في أصول الفقه، أبو اسحاق إبراهيم الشيرازي، دار الكتب العلمية. ط 2، 2003 م - 1424 هـ. ص 129.

⁴ البحر المحيط في أصول الفقه، بدر الدين الزركشي، دار الكتبي، ط 1، 1414 هـ - 1994 م ج 8، ص 227.

بينما نجد تعريفاً آخر، أضاف صفة الظنية إلى الحكم المدرك، وهو ما ذهب إليه الآمدي بقوله: "استفراغ الوسع في طلب الظن بشيء من الأحكام الشرعية على وجه يحس من النفس العجز عن المزيد فيه".¹ ومثله عند صاحب مسلم الثبوت: "الاجتهاد هو بذل الطاقة من الفقيه في تحصيل حكم شرعي ظني".² وعرفه الشاطبي بتعريفين: الأول باعتبار الوظيفة التي يؤديها: "هو استفراغ الوسع في تحصيل العلم أو الظن بالحكم". والآخر باعتبار قصد المجتهد من الاجتهاد والذي هو معرفة قصد الشارع: "استفراغ الوسع وإبلاغ الجهد في طلب مقصد الشارع المتحد".

وجمع الاعتبارين معاً الدكتور فريد الأنصاري فقال: "استفراغ الوسع وإبلاغ الجهد في تحصيل العلم أو الظن بالحكم طلباً لمقصد الشارع المتحد".³ وفي المقابل، نجد ابن حزم يعرف الاجتهاد بقوله: "الاجتهاد استنفاد الطاقة في طلب حكم النازلة حيث يوجد ذلك الحكم"⁴، وفي كتابه النبذ يحدد المجال الذي تلتبس فيه الأحكام دون غيره، وهي أصول المذهب الظاهري: الكتاب والسنة والإجماع. قال: "إنفاذ الجهد في طلب الحكم في الدين في القرآن والسنة والإجماع"⁵ والملاحظ في التعريفات اتفاقها على المعنى اللغوي للاجتهاد وهو استفراغ الجهد، لكنه ينصرف إلى مجال خاص هو: طلب الحكم الشرعي.

¹ الإحكام في أصول الأحكام، ج 2، ص 473.

² فواتح الرحموت، شرح مسلم الثبوت، عبد العلي، اللكنوي، ضبطه عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ج 2 ص 404.

³ ينظر: المصطلح الأصولي عند الشاطبي، فريد الأنصاري 284.

⁴ الإحكام: ج 8، ص 133.

⁵ النبذة الكافية: 74.

بينما ترجع الاختلافات والإضافات الأخرى إلى محاولة ضبط التعريف، فقيد **الحكم الظني**¹ إشارة إلى أن الاجتهاد لا يكون إلا في المسائل الظنية؛ وهي حال الفقه في أكثر مسائله، وإن كان يتناول بعضاً من الأحكام القطعية التي تتناول الأفعال، كقولهم: الصلاة واجبة، إلى غير ذلك، وهي حينئذ كما قلنا أحكام الشريعة القطعية وليست فقها، أي ما استنبطه الفقهاء باجتهادهم من الأحكام التي وسموها بالظنية.

وإن كانت هذه السمة منتقدة في التعاريف الأصولية، بكون الإشارة إلى الظن غير ذي موضوع، مادام لا يؤثر في العمل بما توصل إليه المجتهد، "لأن المدار على ما قامت عليه الحجة، ذلك لأن ما يستحصل بالاجتهاد يكون قطعياً تارة، وظنياً تارة أخرى، وكلاهما حجة للمجتهد والمقلد."²

برغم ذلك، اشتملت بعض التعاريف على مصطلح **العلم** أي: أن البحث يكون في سبيل تحصيل العلم الذي يعني في عرف الأصوليين **اليقين**، ولهذا انتقد وهبة الزحيلي تعريف الغزالي الآنف الذكر بقوله: "وهذا منتقد لأن ثمرة الاجتهاد لا تقتصر على الأحكام اليقينية، وإنما أغلبها ظناً، إلا أن يراد بالعلم الأعم من أن يكون علماً أو ظناً"³، والحق أن هذا الاستدراك في كلام الدكتور هو ما قصده الغزالي بدليل حصره المجتهد فيه في كل حكم شرعي ليس فيه دليل قطعي.⁴

وإذا كان تعريف الغزالي يستخدم مصطلح العلم بمفهومه العام، فإن تعريف الشاطبي يورد العلم بمعنى **اليقين** ويعطف عليه الظن أيضاً بقوله: "تحصيل العلم أو الظن بالحكم". والكل مؤطر بمعالم نظريته المقاصدية والمتمثلة في طلب مقاصد الشارع من الأحكام؛ وهي الكفيلة بالوصول إلى القطع في أصول الاجتهاد.⁵ !

¹ جاء في التعريفات للجرجاني: "الظن هو الاعتقاد الراجح مع احتمال النقيض ويشمل اليقين والشك، أو قل الظن أحد طرفي الشك بصفة الرجحان". ص 144.

² الفقه والاجتهاد: علي رضا فيض، ج1 ص159.

³ أصول الفقه الإسلامي: ج2 ص489.

⁴ المستصفى، ص350.

⁵ ينظر: منهج الدرس الدلالي عند الامام الشاطبي: عبد الحميد العلمي، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، د ط، 1422هـ، 2001م، ص: 71. وما بعدها حيث ناقش في المبحث الثاني دعوة الشاطبي إلى قطعية الأدلة الفقهية.

ولأن الغاية من الاجتهاد هي الوصول إلى الأحكام، فإن الاجتهاد في دركها ينحصر في العمليات دون العقلية أو اللغويات، وهو مدلول قول الزركشي في تعريفه السابق: نيل حكم شرعي عملي.

وقيد الاستنباط، فيحصر الاجتهاد في النوع الذي يكشف عن الأحكام الشرعية؛ بتوظيف مختلف الأدلة الشرعية المعينة على ذلك، نقلية كانت أم عقلية، وليس مجرد الاجتهاد في حفظ أحكام فقهية سابقة. يقول: "وإنما قلنا: "بطريق الاستنباط" ليخرج بذلك بذل الوسع في نيل تلك الأحكام من النصوص ظاهراً أو بحفظ المسائل واستعلامها من المعنى أو بالكشف عنها من الكتب، فإنه وإن سمي اجتهاداً فهو بالمعنى اللغوي لا الاصطلاحي¹، وهو الفرق الذي يميز مسلك الجمهور عن المذهب الظاهري الذي يحصر الاجتهاد في مجرد القدرة على طلب الأحكام من ظاهر النصوص دون إعمال الجهد في استنباط معاني أخرى ثابته فيها عن طريق التأويل والقياس...

ثانياً : مجالات الاجتهاد.

يتناول الأصوليون مجالات الاجتهاد غالباً، تحت عنوان " المجتهد فيه"، وهو حسب قول الغزالي: " كل حكم شرعي ليس فيه دليل قطعي. واحتزنا بالشرعي عن العقلية ومسائل الكلام، فإن الحق فيها واحد والمصيب واحد والمخطئ آثم. وإنما نعني بالمجتهد فيه ما لا يكون المخطئ فيه آثماً؛ ووجوب الصلوات الخمس والزكوات وما اتفقت عليه الأمة من جليات الشرع فيها أدلة قطعية يأثم فيها المخالف، فليس ذلك محل الاجتهاد"². ونفس التعريف اعتمده الرازي في المحصول وبنفس العبارة.³

وعرفه الزركشي: بأنه " كل حكم شرعي عملي أو علمي يقصد به العلم ليس فيه دليل قطعي.

¹ البحر المحيط في أصول الفقه، أبو عبد الله بدر الدين الزركشي، دار الكتي، ط1، 1414هـ - 1994م، ج8، ص227.

² المستصفى، ص345.

³ المحصول، ج6، ص27.

فخرج بالشرعي العقلي فالحق فيها واحد. والمراد بالعمل ما هو كسب للمكلف إقداما وإحجاما، وبالعلمي ما تضمنه علم الأصول من المظنونات التي يستند العمل إليها.

وقولنا: ليس فيها دليل قاطع احترازا عما وجد فيه ذلك من الأحكام ، فإنه إذا ظفر فيه بالدليل حرم الرجوع إلى الظن.¹

والفرق بين القولين، يتجلى في إشارة الزركشي إلى دخول الاجتهاد في بيان حجية الأدلة التي تبنى عليها الأحكام الشرعية. ويتفقان في أن مجال الاجتهاد في الظنيات دون القطعيات، كما مثل لها الغالازلي بوجوب الصلاة والزكاة وما يشاكلها.

وقد يبدو هذا الكلام كافيا في بيان المقصود بمجال الاجتهاد؛ بيد أن التحقيق يستوجب الإشارة إلى مجال يتعلق بتنزيل الأحكام، ولو في القطعي منها؛ وهو المسمى بتحقيق المناط، والذي لا يقل أهمية عن استخراج الحكم من أدلته التفصيلية، ذلك أن الظفر بالدليل مجرد مرحلة أولى في الاجتهاد إذ تستتبعها مرحلة أخرى لا تقل أهمية هي: تنزيلها على الواقعة بتحقيق المناط. وعليه، فإن مجال الاجتهاد يتحدد بالآتي:

- مجال الأدلة الأصولية التي تبنى عليها الأحكام والنصوص حين تكون ظنية الدلالة.
- مجال الفراغ التشريعي أو العفو التشريعي أو المباح، والمقصود به المجال الذي لم يرد بشأنه أي نص.
- مجال تنزيل الأحكام الشرعية على الوقائع بتحقيق المناط. وهنا مجال واسع يتعلق بأسس كيفية تطبيق الشريعة نفسها، فليس الوصول إلى الحكم بأهم من مراعاة حيثيات تطبيقه في واقع الناس، لأن الاجتهاد ليس عملية آلية، بل لا يقوم به إلا من أوتي نظرا عميقا في فهم الواقع المراد تطبيق النص عليه. يقول الشاطبي:

¹ البحر المحيط، ج8، ص119.

"الاجتهاد على ضربين أحدهما لا يمكن أن ينقطع حتى ينقطع أصل التكليف، وذلك عند قيام الساعة والثاني يمكن أن ينقطع قبل فناء الدنيا.

فأما الأول، فهو الاجتهاد المتعلق بتحقيق المناط وهو الذي لا خلاف بين الأمة في قبوله؛ ومعناه أن يثبت الحكم بمدركه الشرعي لكن يبقى النظر في تعيين محله.

وذلك أن الشارع إذا قال: وأشهدوا ذوى عدل منكم، وثبت عندنا معنى العدالة شرعاً؛ افتقرنا إلى تعيين من حصلت فيه هذه الصفة وليس الناس في وصف العدالة على حد سواء؛ بل ذلك يختلف اختلافاً متبايناً، فإننا إذا تأملنا العدول وجدنا لا تصافهم بها طرفين وواسطة طرف أعلى في العدالة لا إشكال فيه كأبي بكر الصديق وطرف آخر وهو أول درجة في الخروج عن مقتضى الوصف، كالمجاوز لمرتبة الكفر إلى الحكم بمجرد الإسلام، فضلاً عن مرتكبي الكبائر المحدودين فيها وبينهما مراتب لا تنحصر، وهذا الوسط غامض لا بد فيه من بلوغ حد الوسع وهو الاجتهاد...

فلا يمكن أن يستغنى ها هنا بالتقليد، لأن التقليد إنما يتصور بعد تحقيق مناط الحكم المقلد فيه؛ والمناط هنا لم يتحقق بعد، لأن كل صورة من صوره النازلة نازلة مستأنفة في نفسها لم يتقدم لها نظير...

فالحاصل أنه لا بد منه بالنسبة إلى كل ناظر وحاكم ومفت، بل بالنسبة إلى كل مكلف في نفسه.¹

الفقرة الثانية: المجتهد وثمره اجتهاده بين الحكم الشرعي والرأي الفقهي.

أولاً: من هو المجتهد.

¹ ينظر الموافقات للشاطبي، ج4 ص 89 وما بعدها.

المجتهد هو من استكمل شروط الاجتهاد التي بسط الأصوليون¹ القول فيها، بغض النظر عن الانتقادات التي يمكن أن توجه إليها.² باعتبار وفاء مفهوم "المجتهد" لتصور قديم، لم يعد يؤدي دوره، نظرا لتغير الواقع المعاصر، سواء في عملية تكوين المجتهدين، والظروف التي يجتهدون فيها ولها.

فالمجتمع المعاصر ابتعد كثيرا عن التنظيمات التاريخية التي كان المجتهد قديما يلبي بنشاطه الفكري حاجات الناس، سواء فيما يتعلق بالعبادات أو المعاملات، أو في جانب القضاء.

كما أحيط المجتهد بنوع من الهيبة والاحترام لقراراته، فالمجتهد لا يلزمه إلا ما توصل إليه من حكم، وأنه لا ينقض اجتهاد باجتهاد، وخاصة في الاجتهاد القضائي.

ولا شك أن هذه القواعد وغيرها مما يحدد معالم المجتهد القائم بالاجتهاد، لم يعد بالإمكان توظيفها في الحياة المعاصرة، وخاصة فيما يرتبط بتنظيم العلاقات الاجتماعية، التي لا تحمل إلا قولاً واحداً.

ولهذا يمكن القول، إنه من الأفضل، بدل الحديث عن المجتهد باعتباره فرداً يتصدى لشؤون الجماعة، أن نتحدث عن جهة مؤسسية تتكون من أفراد مؤهلين، يقومون بالاجتهاد؛ وفق معايير موضوعية تضمن كون المجتهد خبيراً فيما يدرسه ويستفرغ له الوسع للوصول إلى رأي شرعي تلتزم به الأمة، وهذه الأخيرة هي من يحدد هؤلاء الذين ينوبون عنها في هذا المجال.

¹ ينظر: المستصفي، مثلاً الذي لخصها إجمالاً في شرطين:

"أحدهما: أن يكون محيطاً بمدارك الشرع متمكناً من استثارة الظن بالنظر فيها وتقديم ما يجب تقديمه وتأخير ما يجب تأخيره. والشرط الثاني: أن يكون عدلاً مجتنباً للمعاصي القادحة في العدالة، وهذا يشترط لجواز الاعتماد على فتواه، فمن ليس عدلاً فلا تقبل فتواه، أما هو في نفسه فلا فكأن العدالة شرط القبول للفتوى لا شرط صحة الاجتهاد" ص 342.

² ينظر: وجهة نظر، الفكر الفقهي ومنطلقات أصول الفقه، أحمد الخليلي، دار نشر المعرفة، الرباط المغرب، ط 1، 2000م، ج 3 ص 87 وما بعدها. وكتابه، الاجتهاد تصوراً وممارسة، سلسلة وجهة نظر، ج 5، ص 5 وما بعدها.

دون أن يعني هذا، بالضرورة سدا لباب الاجتهاد الفردي، فهو مستمر في الأمة، بل إنه يغذيها بالأفكار التي تدرس في تلك المؤسسات الاجتهادية والافتائية والتشريعية...

فالغاية المرجوة هي تنظيم الاجتهاد بما يقيه شر الفوضى والشذوذ، وحماية للأفراد في أداء مهمتهم أداء البيان الشرعي، من مختلف الضغوطات التي يمكن أن تمارس عليهم.

ثانيا: ثمرة اجتهاده بين الحكم الشرعي والرأي.

والغرض ههنا بيان العلاقة بين الرأي والحكم الشرعي، ما دمنا نسلم بتأسيس النظر الاجتهادي على الرأي سواء في تأويل النص عند عدم نصيته، أو إذا استهدى في الوصول إلى الأحكام على الأدلة العقلية القائمة على الحكم والعلل أو المصالح الشرعية.

وقد سبق التحقيق في مسألة طبيعة الحكم الاجتهادي أعلاه، وأوردنا بعضا من التساؤلات المنطقية التي تمنع التخليط بين الحكم الشرعي والفقهاء المستنبط من الأدلة الظنية، وتتبعنا إطلاقات العلماء لمصطلح الحكم. ونستأنف هنا النقاش بالإشارة إلى نصين حديثين يبرزان ما حرص عليه الرسول ﷺ مع رسله في غزواتهم: "... وإذا حاصرت أهل حصن، فأرادوك أن تنزلهم على حكم الله فلا تنزلهم على حكم الله ولكن أنزلهم على حكمك فإنك لا تدري أتصيب حكم الله فيهم أم لا"¹

وتجلى هذا الصنيع في مواقف الصحابة من اجتهاداتهم، فعن أبي بكر رضي الله عنه قال: حين سئل عن الكلالة: "أقول فيها برأئي، فإن يك صوابا فمن الله، وإن يك خطأ فمني، ومن الشيطان، والله ورسوله بريئان"²، وأيضا جاء عن عمر بن الخطاب وصيته لكاتبه "أكتب هذا ما رأى عمر، فإن كان صوابا فمن الله، وإن كان خطأ فمن عمر"³.

¹ صحيح مسلم : كتاب الجهاد والسير، باب تأمير الإمام الأمراء على البعوث ، حديث رقم: 1731. ج3 ص1357.

² سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب فيمن تزوج ولم يسم صداقا حتى مات، حديث رقم، 2116.

³ السنن الكبرى للبيهقي، كتاب آداب القاضي، باب ما يقضي به القاضي ويفتي به المفتي، حديث رقم، 20135.

ومع ذلك، مازالت العديد من الكتابات تعتبر الرأي الفقهي حكما شرعيا وخطابا لله تعالى تم الكشف عنه بأمانة أو دليل شرعي! دونما شرح يسعف في تبين حقيقة العلاقة بين الحكم الفقهي وإرادة الله وأحكامه التي شرعها. وكيف يمكننا أن نفهم القياس والاستنتاج الذي بني عليه هذا الاعتبار عند الأصوليين؟

يقول الشيخ الغرياني: "فالمشرع على الحقيقة إذن هو الله وحده، والرسول عنه مبلغ ومبين، وصفة التشريع التي يتمتع بها أهل الحل والعقد والمجتهدون من الأمة في كل زمان وعصر لم تكن صفة إنشاء، وإنما هي صفة إظهار، وصفوا بها تجوزا، لما كانوا يقومون بمجهود علمي وعقلي، يترسمون فيه الأمارات، ويتتبعون الدلائل التي نصبها الشارع علامات تهدي إلى حكم الله في كل نازلة..."¹

وفي نظري إن العكس هو الصحيح، فالصواب أن نقول إن على المجتهد أن يحرص على نسبة الأقوال والآراء إليه، متورعا عن نسبتها إلى الله؛ كما فعل ذلك الرسول ﷺ، وكما تبين لنا من الروايات عن كبار الصحابة والأئمة. كما أن العقل والمنطق يقتضيان استحالة الجزم بمطابقة أي من الاجتهادات البشرية لإرادة الله عز وجل مهما قويت مداركه وأدلته.

ولهذا فإن إصاق صفة حكم الله بأي حكم شرعي لا تستقيم إلا مجازا في حالتين: الإلزام بها من سلطة ولائية أو قضائية؛ والثانية، في حال الالتزام بالإذعان والتعبد بمقتضاه وامتنالا لداعي التكليف بما أَرانا الله أنه الصواب، أو أن حكم الله هو لزوم ما توصل المكلف إلى أنه الأصوب والأصلح في كل ما ينزل بالإنسان من حوادث.

¹ الحكم الشرعي: م نفسه، 110 .

المبحث الثاني : مفهوم الإلزام ومراتبه في الأحكام.

من البدهيات في الفقه وأصوله، أن مراتب الإلزام في الحكم الاجتهادي، تتنوع بحسب طبيعة هذا الحكم، وبحسب المجالات المجتهد فيها؛ نظراً لما لهذه التراتبية من مسوغات علمية وعملية، يرجع إلى إغفالها أو الاختلاف فيها العديد من الإشكالات، من قبيل الاعتقاد بإلزام الاجتهاد مطلقاً أو الاجتهاد فيما لا ينبغي للمجتهد أن يتصدى له، لخروجه عن اختصاصه، وإلى البلبلة في الأحكام الفقهية... الشيء الذي يوقع متلقيها في الحيرة والشعور بالتناقض، وهي الميزة التي تأبأها الشريعة الإسلامية على نفسها.

فما معنى الإلزام؟ وما مراتبه في أحكام الشريعة، المطلب الأول، وأين يستمد قوته مقارناً مع الأحكام القانونية الوضعية، المطلب الثاني.

المطلب الأول: معنى الإلزام ومراتبه في الأحكام الشرعية.

الفقرة الأولى: معنى الإلزام.

أولاً : الإلزام لغة.

ففي اللغة الإلزام مصدر من لزم يلزمه لزوماً، ومعناه: الملازمة على الشيء والدوام عليه، وفي التنزيل "فسوف يكون لزاماً" سورة الفرقان الآية 77 أي عذاباً لازماً لكم".¹

وقال الراغب: الإلزام ضربان: إلزام بالتسخير من الله تعالى أو من الإنسان، وإلزام بالحكم والأمر.²

ومما ذكر يتيين أن الإلزام يتضمن المعاني الآتية:

الثبوت والدوام، وحصول الشيء من شيء آخر.

والوجوب، الذي يحصل بأمرين: ما أوجبه الشارع على المكلف أو من هو في محل الشارع كالقاضي؛ والثاني ما يوجبه الشخص على نفسه أو غيره بأن يفعله. إلزاماً والتزاماً كما في العقود.

هذا وترد جملة من الألفاظ مرادفة للإلزام ضمن المصطلحات الفقهية، خاصة ما تعلق بالأحكام التكليفية

ك: **الفرض، والواجب والحجة...** يقال ألزمت خصمي حججته.³

ويفسر الوجوب بأنه من: وجب الشيء يجب وجوباً أي لزم⁴، والفرض من فرض أي: ما أوجبه وجوباً

لازماً⁵. ومع هذا الترادف فالحنفية في اصطلاحاتهم يميزون بينهما، فالفرض ما ثبت بقطعي والواجب ما ثبت بظني؛ بينما الراغب يميز بينهما بكون الإيجاب يقال اعتباراً بوقوعه وثبوته، والفرض بما قطع الحكم فيه من

¹ لسان العرب: محمد ابن منظور الأنصاري ، دار صادر بيروت، ط3، 1414 هـ. مادة لزم. ج12، ص541

² الراغب الاصفهاني، ص 679.

³ المعجم الوسيط: مادة ألزم.

⁴ لسان العرب: مادة وجب، ج1 ص793

⁵ لسان العرب، مادة فرض. ج7، ص202

القاضي فما ألزم به من النفقة فهو فرض¹. وقال الجرجاني "الوجوب الشرعي ... ما يكون تاركه مستحقاً للذم والعقاب"، والفرض ما ثبت بدليل قطعي لا شبهة فيه ويكفر جاحده ويعذب تاركه².

ومن المصطلحات الأخرى التي تحمل معنى الإلزام: "التكليف"، قال المناوي: "التكليف إلزام ما فيه كلفة"³ أي مشقة. وشرعاً: "إلزام مقتضى خطاب الشرع"⁴.

والذي يقتضيه خطاب الشرع أحد الأحكام الخمسة التي يجب على المكلف اعتقاد التكليف بها سواء في طرفيها الحديين: الأمر والنهي أو الندب والكراهة أو في حال التخيير أي: الإباحة، وهي جملة المطلوبات في خطاب الشارع.

ثانياً: الإلزام في الاصطلاح:

إن إيراد هذه المرادفات، في الفقه الإسلامي لمعنى الإلزام، كان القصد منه بيان مدى الاشتراك في الدلالة على: الإيجاب وضرورة الامتثال والخضوع للأحكام الشرعية، وفي ذات الوقت قد تحتفظ كل مفردة بمجالها الخاص بها، ما يبرز أن بينها علاقة عموم وخصوص. ولا شك أن مصطلح الإلزام أشمل وأعم من غيره فيما نبحت عنه.

¹ التوقيف على مهمات التعاريف، زين الدين محمد المناوي، عالم الكتب، عبد الخالق ثروت-القاهرة، ج1، ص554.

² التعريفات للجرجاني: باب الواو، ص1606.

³ التعاريف للمناوي: م نفسه، باب التاء فصل الكاف.

⁴ المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، عبد القادر بن أحمد بدران، تح عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط2، 1401هـ، ص145؛ ومختصر التحرير شرح الكوكب المنير، تقي الدين أبو البقاء الفتوحي الحنبلي، تح، محمد الزحيلي ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، ط2، 1418هـ - 1997م، ج1، ص483.

ومن هنا، فإن الإلزام بالمفهوم الذي ندرسه يتعلق بدرجات الوجوب المختلفة والمتفاوتة للحكم الاجتهادي، والصادر عن مختلف المرجعيات التشريعية في الفقه الإسلامي؛ كالأئمة أو القضاة أو العلماء مجتهدين كانوا أو مفتين، ومدى حجيتها في علاقتها بنظيراتها من الأقوال وماهية الوسائل -الداخلية والخارجية - التي تكتسب بها مرجعيتها وسلطتها التشريعية على غيرها.

الفقرة الثانية: مراتب الإلزام في الأحكام الشرعية.

إن الأصل في الدين أن متبعه ملتزم بمنصوصاته، يتحرى عدم مخالفتها في كل شأن من شؤونه، فلا يقدم على فعل أو ترك إلا وهو يستهدي بتعاليمه.

لهذا، لزم الوقوف قليلا عند مفهوم الدين وعلاقته بالإلزام، خصوصا وأن المجال الذي نبحت فيه هو الدين نفسه، بكل ما يشتمل عليه نسقه من معاني الإحاطة بالحياة تصورا وتشريعا، وأن ما ينتسب إليه من أحكام اجتهادية، تجد مصدرها وشرعيتها فيه.

فبالرجوع إلى معاجم اللغة، نجد أن الدين يأتي على معاني كثيرة¹: كالمملك والحكم والسياسة والقهر والطاعة والمحاسبة والجزاء، والخضوع والعبودية والعادة والسنة... تقول دانه دينا، أي حكمه حكما ودان له أي أطاعه، وخضع... ودان بالشيء أي اتخذ دينا ومذهبا وملة، وبعض من هذه المعاني قد ورد استعمالها في القرآن الكريم، ك: "مالك يوم الدين"² "أخلصوا دينهم لله"³ "دينا قيما ملة إبراهيم"⁴.

والحاصل منها كما يقول الشيخ دراز أن المادة كلها تدور حول:

¹ لسان العرب لابن منظور: مادة: دين. ج. 13، ص 166.

² الفاتحة: الآية: 4.

³ الآية 164 من سورة النساء.

⁴ من الآية 161 من سورة الانعام.

معنى لزوم الانقياد أو إلزام الانقياد أو المبدأ الذي يلتزم الانقياد له.¹ وحول هذه المعاني تحوم دلالة الدين الاصطلاحية، حيث جاء في أشهرها أن الدين "وضع سائق لذوي العقول السليمة باختيارهم إلى الصلاح في الحال والفلاح والمآل".²

والحق أن هذه القوة والسلطة في أحكام الدين، والتي تسوق الناس وتلزمهم بضرورة العمل بمقتضاها، لا تخلو منها التعريفات³ في الدراسات الغربية أيضا، ومن هذه التعريفات ما جاء عن سيسرون في كتابه "الدين في حدود العقل": أن "الدين هو الشعور بواجباتنا من حيث كونها قائمة على أوامر إلهية"، وأيضا عرفه الأب شاتل في كتابه "قانون الإنسانية": إن "الدين هو مجموع واجبات المخلوق نحو الخالق، واجبات الإنسان نحو الله وواجباته نحو الجماعة وواجباته نحو نفسه".⁴ ومن هنا، فالدين "ليس أمرا باطنيا منفصلا عن حياة البشر، فالدين هو ما يفعله البشر، وهو بالمثل كيفية كلامهم عما يفعلون".⁵

ولو أن هذه العبارة الأخيرة، تحتاج إلى ضبط، من حيث ضرورة التفريق المنهجي بين الدين والتدين، فالأول مطلق بأحكامه وقيمه، بينما الثاني، يعني تمثل الناس لتلك الأحكام والقيم في ظروف تاريخية معينة، ولو أن هذا التمييز قد لا يؤثر كثيرا على إلزامية الدين والتدين.

¹ الدين والسياسة: ص: 11.

² موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، محمد بن علي التهانوي، تح. علي دحروج، مكتبة لبنان ناشرون - بيروت، ط1 1996م، ج2، ص814.

³ مع ضرورة الاحتراز في تعريف الدين، الذي يختلف معناه من ثقافة وأخرى وشعب وآخر وإن كان في الغرب أقرب إلى المفهوم الاصطلاحي الاسلامي: ينظر كتاب: الدين، الأسس: مالوري ناي: ص: 37 وما بعدها

⁴ الدين، للشيخ دراز. ص: 31.

⁵ الدين الأسس، ص 41.

ورغم التسليم بأن الأصل هو وجوب امتثال المتدين لكل ما ثبت من أحكام شرعية في دينه، فإننا نجد العلماء يميزون بين هذه الأحكام في درجة إلزاميتها بين ما يأتي على سبيل الفتوى، وما يأتي على وجه القضاء، والمشهور قولهم: أن الفتوى إعلام، والقضاء إلزام.¹ وصارت قاعدة فقهية من قواعد الفتوى، وصيغت كالتالي:

" الفتوى معلمة لا ملزمة."²

أولاً: طبيعة الإلزام في الفتاوى.

يقصد بالفتوى لغة، البيان، كما جاء في القاموس: "أفتاه في الأمر: أبانه له. والفتيا والفتوى، ما أفتى به

الفقيه.³

¹ ينظر الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام للقرافي. ص 9 .

² الفتوى والقواعد الفقهية، محمد الروكي، دراسة منشورة بمجلة المجلس، إصدارات المجلس العلمي الأعلى، السنة الثانية، عدد مزدوج، 10 و 11، ربيع الثاني 1432هـ، 2011م، ص 21.

³ القاموس المحيط ، فصل الفاء باب الواو والياء. ص 1320.

واصطلاحاً: عرفها القرافي بأنها "إخبار عن حكم الله تعالى في إلزام أو إباحة"¹، وعرفها الخطاب في

مواهب الجليل: "الإخبار عن حكم شرعي لا على وجه الإلزام."²

ويلاحظ أن كون الفتوى إعلاماً والقضاء الزاماً، يوحي بنفي الإلزام عن الفتوى مقارنة بالقضاء؛ فالفتوى

إنما يخبر عن حكم الله فيما يستفتى فيه، والمستفتى له الخيار في تقبل ذلك أو الإعراض عنه إلى فتوى غيره.

ولئن كان للمستفتى هذا الحق في الاختيار بين الفتاوى والمفتين داخل مذهب؛ فإنه ما أن يقتنع بحجيتها،

حتى يلزمه بموجب ضميره الديني، تطبيق الفتوى والتدين لله تعالى بمفادها.

وهنا تكمن أهمية الفتوى في حياة المسلم، فهي تضبط سلوكه وتحدد تصوره ومعتقداته في أمر من أمور

الدين. وهذا ما يدل على أن للفتوى الزامية شرعية دينية، تتخذ لها مظهرها في الواقع كأقوال أو أفعال مؤثرة على

حياة الناس أفراداً وجماعات.

لهذا كانت الفتوى ولا تزال، من أهم الوظائف الدينية في المجتمع المسلم، فهي لدى العلماء من جملة

الخطط الدينية التي ينهض بها ولي الأمر ويكلف بها من يراه أهلاً لها، باعتباره نائباً عن صاحب الشرع في حفظ

الدين وسياسة الدنيا.³

¹ الفروق، الامام شهاب الدين القرافي، ج4، ص 53.

² مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ج 1 ص 54.

³ ينظر مقدمة ابن خلدون.

ونظرا لدور المفتي في إرشاد الناس وإخبارهم بحكم الشرع فيما يسألون عنه، فإنه "يشترط في المفتي والحاكم أن يكون مجتهدا في أصول الشريعة، عارفا بآخذ الأحكام، فإن عجز عن ذلك فليكن مجتهدا في مذهب من المذاهب، فإن عجز عن ذلك فله أن يفتي بما يتحقق فيه... فإن كان خطؤه فيه نادرا بعيدا جاز له الفتوى والحكم وإلا فلا".¹

والأصل في الإفتاء أنها مرسلة يمارسها كل مؤهل، دون تقييد من السلطة، يقول الجيادي: "على أن الفتوى وإن ظلت هكذا مرسلة، فإن هذا لا يعني أن كل واحد في استطاعته أن يتولى الإفتاء في قضايا الناس، ولا ترك باب الفتوى مفتوحا يلج منه كل من هب ودب، ولا أغمض أولو الأمر أعينهم عما يلحق هذه الخطة من ضرر وفساد، ولا سكت العلماء عن كل ما لا يليق وقداسة هذا المنصب الجليل... فالفتوى صناعة لا يحسنها كل فقيه، فلا بد فيها من الدربة والممارسة ومعرفة نفسيات المستفتين، ومراعاة أعراف البلد الذي يفتي فيه...² ولا يخفى أن هذا التدبير لخطة الفتوى، والحرص على ضبط شؤونها، دليل على خطورة تأثيرها في المجتمع، نظرا لتلقي الناس لما يقوله المفتون على أنه للإلزام به.

وهو ما ينتقد على التعريفات السابقة التي تنفي الإلزام في الفتوى؛ لهذا نجد لدى الإمام الشاطبي تصورا مختلفا للفتوى، يؤكد فيه على الإلزام الشرعي في الفتاوى، فهو السائق للناس لتنفيذ أحكامها.

¹ عن نفح الطيب، ج 1 ص 458.

² محاضرات في تاريخ المذهب المالكي في الغرب الإسلامي، عمر الجيادي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء المملكة المغربية، 1987م، ص 91.

وبناء على ما سبق، فالأفضل تعريف الفتوى بأنها "إعلام المستفتي بالحكم الشرعي في خصوص نازلته نقلاً أو استنباطاً على وجه الالتزام الشرعي".¹

"فصيحة الإعلام بالحكم الشرعي الذي تضمنته، قد تشعر المستفتي بضرورة العمل بها، وتوقظ في نفسه الحس الديني والرقابة الإيمانية، ما يقوم مقام الالتزام بها، وهذا هو الوازع بالقرآن، كما أن حكم الحاكم وقضاء القاضي وازع بالسلطان".²

ويتعزز هذا الالتزام في الفتوى، في ظل التقليد المذهبي، فطيلة عهود من تاريخ الفقه الإسلامي إلى عصرنا هذا، كان التقليد ولا يزال لمذهب معين، مظهرًا من مظاهر الالتزام بالدين؛ يشكل تدين الناس ويحدد مسبقًا مواقفهم وسلوكاتهم التي يطالبون بالتصرف على وفقها، سواء في الفتوى أو القضاء. ودور التقليد في الالتزام لم يخفف من حدته في الآونة الأخيرة إلا التغيرات الطارئة على الفتوى المعاصرة، وتحديدًا فتاوى الفضائيات ووسائل الإعلام المختلفة، التي يُقبل الناس عليها لعوامل كثيرة؛ لا علاقة لها بما عهده الناس سابقًا في إطار مذاهبهم.

¹ المصطلح الاصولي عند الإمام الشاطبي، فريد الانصاري، ص331.

² الفتوى والقواعد الفقهية، محمد الروكي، دراسة منشورة بمجلة المجلس، إصدارات المجلس العلمي الأعلى، السنة الثانية، عدد مزدوج، 10 و11، ربيع الثاني 1432هـ، 2011م، ص21.

ومن انعكاساتها على واقع الناس، ما أحدثته من فوضى علمية وعملية، بخروجها عن القواعد المعروفة في المذاهب والافتاء، "مما يخشى معه من نشوء اصطفايات نتيجة التعدد في طرائق التدين المفضية إلى التدابر؛ اصطفايات تؤدي إلى تمزيق الوحدة اللاحمة للنسيج المجتمعي"¹.

ولم يقتصر هذا الواقع على بلد أو قطر معين، بل صار إشكالية العصر أحوجت المسلمين إلى تنظيم شأن الفتوى، بتحديد المرجعيات التي يمكن للمسلم الاطمئنان إلى مصداقيتها، كالمجامع الفقهية، ومؤسسات الاجتهاد، والمجالس العلمية...

وإلى جانب العمل المؤسسي، اهتمت بعض الدول بتجديد خطابها المذهبي، وتقريبه إلى الناس من خلال هيئات افتائية، تستقبل أسئلة الناس وتزودهم بما يشفي الغليل من أجوبة معاصرة لنوازل مستجدات حادثة، كما هو الحال في المغرب.

ثانيا: الالتزام في القضاء.

والقضاء بدوره خطة شرعية مهمة في النظام الإسلامي، يعهد إليها بحل النزاعات بين الأفراد، ببيان الحكم الشرعي المناسب. يقول الزحيلي: "القضاء: فصل الخصومات وإنهاء المنازعات بإلزام الخصم بالحكم الشرعي، وهو أحد أركان الدولة الإسلامية أو الخلافة أو الإمامة العظمى، ومحور نظام الحكم، والمظهر العملي الحازم لإلزام الناس باحترام أحكام الشريعة وإعلان هيبتها ونفوذها وتطبيقها في العلاقات الاجتماعية لإحقاق الحق، وإبطال الباطل، وإبراز العدل والإنصاف بين الناس، المؤمنين منهم وغير المؤمنين."²

¹ الإفتاء في المنابر الإعلامية: منطلقات ومآلات، فتاوى الفضائيات نموذجا. سعيد بيهي، مجلة المجلس، ص111.

² الفقه الإسلامي، وهبة بن مصطفى الزحيلي، دار الفكر - سوربة - دمشق، ط4، ج8، ص5921

وعلى هذا، فإن الالتزام في الأحكام القضائية مصدره يأتي من جهتين:

الأولى: في قوة الحكم الشرعي، من حيث هو نص أو إجماع، أو رأي راجح أو مرجوح بحسب المصلحة

التي تبرره . وهنا يلتقي مع الفتوى في إلزامية أحكامها من الناحية الدينية والشرعية.

الثانية: تستمد من القدرة على إنفاذ ما حكم به القاضي، من حيث أنه يتولى وظيفة شرعية لها سلطة

وولاية؛ وهو ما يتميز به الزام القاضي عن الزام المفتي.

ولا أدل على تلك القوة في الالتزام أن حكم القضاء يرفع الخلاف، الواقع في قضية فقهية معينة، وما

كثرها في الفقه الإسلامي بين المذاهب الفقهية، وحتى داخل المذهب الواحد، لسبب من الأسباب المؤدية إلى

التعدد والاختلاف، وسياتي الحديث عنها فيما يأتي.¹

المطلب الثاني: فكرة الالتزام بين أحكام الشرع وأحكام القانون

¹ ينظر: المبحث الثالث من الفصل الأول من الباب الأول، من هذا البحث.

ولعل ضرورة هذه المقارنة، آتية من كونها مسألة واقع تتعايش فيه منظومتان: الأولى تستند إلى الشريعة الإسلامية، والثانية تستند إلى القانون بمصادره المتعددة، محدثة انفصاما عميقا لدى الناس، والتنازع بينهما جلي في مجتمعاتنا المعاصرة، فالقانون بكل عدته وإمكاناته المؤسسية وضعي وبشري ونسبي، في مقابل التشريع الديني الإلهي، وإذا كانت القناعة مستقرة على أن الصفة الدينية في الفقه والشريعة أبرز ما يفوقان به المنظومة القانونية، فهي تحقق إذعانا وطاعة لا يمكن للقانون الوضعي أن يصل إلى درجتها فيه¹، وأن قصارى اعتماد القانون في تنفيذ قواعده على الإلزام بقوة الجزاء الذي يوقعه على المخالفة!

الفقرة الأولى: الإلزام في القانون²:

نقصد بالقانون هنا ما يسمى بالقانون الوضعي³، وهو جملة من القواعد القانونية الآمرة، أو "الأحكام الوضعية التي تواطأ عليها الناس بغرض تنظيم مجتمعاتهم تنظيمًا يحقق الخير لعموم الأفراد، ويكفل المصلحة العامة للمجموع".⁴

في مقابل القانون أو التشريع الديني الإسلامي فلكل واحد منهما الزامية تتفق أو تختلف عن الآخر.

¹ يقول الزرقا: "فهذه الصفة الدينية في الفقه الإسلاميين من حيث استمداده ومصادره الأساسية، ومن حيث فكرة الحلال والحرام فيه، لم تكن لتمنعه عن أن يبنى أحكامه المدنية على رعاية المصالح الدنيوية والأعراف السليمة، وأن يؤسس وضعًا قضائيا مدنيا يبنى أحكامه على الظاهر المحض، كما تبني سائر القوانين الوضعية. ولكن تلك الصبغة الدينية فيه أفاضت على أوضاعه المدنية هيبته واحتراما، وأورثتها سلطانا على النفوس كان به الفقه الاسلامي شريعة مدنية ووازعا أخلاقيا في وقت معا، لما فيه من قدسية المصدر القرآني الأمر، ومن الزاجر الديني الباطن إلى جانب القضاء الظاهر". المدخل الفقهي العام، م س، ج 1 ص 277.

² " القانون كلمة مقتبسة من الكلمة اليونانية " *Kanon* " وتعني " العصا المستقيمة " ويعبرون بها مجازيا عن القاعدة " *Regula* " ، ومنها إلى فكرة الخط المستقيم، ويستخلص من هذا أن كلمة " قانون " معيار لقياس انحراف الأشخاص عن

الطريق المستقيم أي عن الطريق التي سطره لهم القانون. وهذا واحد من المعاني التقريرية للقانون. ينظر المعجم القانوني: ص 4

³ يبدو أن سيطرة فكرة القانون الوضعي على القانون تحتاج إلى وقفة، من حيث أن مصادر فلسفة القانون تطلق هذا المصطلح على اتجاه في القانون يسمى القانون الوضعي في مقابل القانون الطبيعي. والفرق يتلخص في أن الوضعي يقوم على التجربة بغض النظر عن أية مرجعية أخلاقية تؤطره بينما الاتجاه الطبيعي يعتبر نفسه أخلاقي النزعة يضع قواعده بناء على قواعد أخلاقية اجتماعية ودينية. ينظر فلسفة القانون: فلسفة القانون روبرت اليكسي. ترجمة: كامل فريد السالك.

⁴ مدخل للعلوم القانونية، رجاء ناجي مكاوي، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط 1998 ص 14.

وقيد القانون بالوضعي، باعتبار مصدره، وإلا فإن القانون واحد لا يختلف إلا بحسب محتواه وطبيعة القواعد التي يشتمل عليها، والمسطرة التي يصدر من خلالها.

وأهمها الكتابة للتفريق بينه وبين العرف؛ المسمى أيضا بالقانون غير المكتوب، والقاعدة القانونية كيفما كانت، لا تحوز صفة القانون؛ إلا إذا صدرت ونشرت من الجهة المكلفة، وعبر الشكل المحدد دستوريا وقانونا، كالبرلمان مثلا الذي يصدر تشريعاته، ولا تصبح سارية المفعول إلا بعد تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية.¹

وغالب الكتابات القانونية تتفق أن إلزامية القاعدة القانونية تعني أنها واجبة الاحترام والتنفيذ من جميع المخاطبين بها، يترتب عنها جزاء في حالة مخالفتها.

لهذا، فهي تفرض التزامات متعددة وعلى المعنيين بالأمر تنفيذها إذا كانت القاعدة القانونية أمرة. ولا يجوز للأشخاص مخالفتها والاتفاق على عكسها إلا إذا كانت مكملة. لهذا فالقاعدة القانونية الأمرة ملزمة يترتب عن مخالفتها جزاء يحدده القانون. ويتمثل في العقاب أو الإكراه على الالتزام بواسطة القوة العمومية.

هذا ويعتبر الكثيرون الجزاء مقابل مخالفة أحكام القانون، أهم ما يميز القاعدة القانونية عن قواعد الأخلاق والدين، وأنواع الجزاءات القانونية متعددة منها:

الجزاء الجنائي: ممثلا في العقوبات، تلحق مرتكبي الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات، ومنها: الجزاءات المدنية: كالبطلان، أي إبطال التصرفات المخالفة للقواعد الملزمة أو العقد، والتعويض على الضرر (مادي . جسدي . معنوي).

¹ المعجم القانوني: 4.

وهناك الجزاءات الإدارية: كإلغاء القرارات الإدارية التي يشوبها عيب قانوني، وتوقيع الإجراءات التأديبية على الموظفين الذين يخالفون القواعد القانونية، والمنع من ممارسة مهنة أو نشاط، وإغلاق المحلات التجارية¹ ...

بيد أن الفرق المشار إليه في التمييز بين القاعدة القانونية والأخلاق والدين، يعني خلوه من أي أسس أخرى للإلزام في القانون، غير الجزاء والإكراه والقوة التي يتمتع بها القانون في الدولة.

ومع ذلك، نجد فقهاء القانون وفلاسفته ينبهون إلى الأساس الأخلاقي في القانون وعلاقة أحدهما بالآخر. فالمواطنون يحترمون القانون ويطبقونه لشعورهم تجاهه بواجب أخلاقي يفرض عليهم تطبيقه والخضوع له، فهو بمثابة الضمير العام الذي ينصت إليه الناس كلما اقتضت القواعد ذلك؛ ما يعني أننا غالبا ما نكون بإزاء اطلاقات تعميمية يعوزها التحقيق، تجعلنا نبتعد عن حقيقة علاقة الانسان بالقانون الذي يحكمه، وأننا بذلك، لا نفهم إلا جزء يسيرا من هذه العلاقة المعقدة، وبيان ذلك عبر السؤال التالي:

هل صحيح أن الانسان إنما يخضع للقانون بناء على علاقة إكراهية فقط، يحكمها الخوف من الجزاء الذي توقعه الدولة؟

وإذا صح ذلك، ألا تدل علاقة الإكراه والخوف عن خلو القانون من أي غايات أخلاقية نفعية يسعى إلى تحقيقها في المجتمع؟

في البداية، ننوه إلى أن فقهاء القانون الغربي وفلاسفته يعتبرون أن القانون الوضعي ليس نوعا أو اتجاه واحد، كما يتبادر إلى الذهن، وأنه يجب التمييز فيه بين نوعين: القانون الطبيعي والقانون الوضعي، ويطلق هذا الأخير على النزعة أو الاتجاه القانوني الذي يستمد مصادره وقواعده وأحكامه من المنهج العلمي التجريبي

¹ ينظر: المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية، محمد حسين منصور، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2010م، ص25 وما بعدها. وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، صوفي حسن أبو طالب، جامعة القاهرة، د ت ط، ج1 ص5. وما بعدها.

القائم على الملاحظة، ولكن بعيدا عن أية اعتبارات تاريخية أو دينية أو معيارية؛ عكس القانون الطبيعي الذي ينضبط في اتجاهه إلى سؤال الأخلاق في مقارنته للسلوك الانساني، ولأننا لسنا معينين بتفصيل القول والإطناب في هذه الفكرة، فإن حقيقة الاتجاهين في السياق الغربي تبرز لنا في العديد من الأمثلة، نكتفي منها بالمثل الآتي:

ففي جنوب افريقيا، هناك من "يقتنعون بأن القوانين العرفية القمعية بشأن التفرقة العنصرية منافية للأخلاق في جوهرها، فالذين يؤمنون منهم بمذهب مدرسة القانون الطبيعي سيقولون إن هذه القوانين تخالف ما يمليه القانون الأسمى الذي يلزم كافة أبناء الجنس البشري، ومن ثم فهو يفتقر إلى الشرعية، بينما يقول المؤمن بالمدرسة الوضعية من ناحية أخرى إنه يقبل صلاحيتها ولكنه يدينها على أسس أخلاقية وفقا لأي معيار أخلاقي يقبله، وذلك شريطة أن تكون هذه القوانين سارية بشكل رسمي ضمن الإطار الدستوري للبلد، وتتضح الورطة الأخلاقية بقولنا: "إنه القانون ولكنني لن أطيعه لأنني أعتقد أنه خاطئ".¹

ويشهد الواقع الاجتماعي المعاصر في الغرب على أمثلة كثيرة خاصة في مجال الأسرة والعلاقات بين الجنسين، فالاتجاه نحو إقرار الزواج المثلي بالقانون، يعرف مقاومة اجتماعية كبيرة تستند إلى مرجعية أخلاقية دينية تجرم مثل هذه العلاقات، دفاعا عن حق الطفل في أن يتمتع بحق التنشئة السوية في حضن رجل وامرأة. ومن أمثلة هذا الجدل أيضا، أن القانون الانجليزي والأمريكي لا يجرم عدم تقديم المساعدة لشخص في خطر ولو كان باستطاعته فعل ذلك، عكس ما عليه المشرع في الدول العربية² وهي قاعدة منافية للمبدأ الأخلاقي.

¹ فكرة القانون، ص 96، 97.

² ينظر الفصل 431 من القانون الجنائي المغربي: "من أمسك عمدا عن تقديم مساعدة لشخص في خطر، رغم أنه كان يستطيع أن يقدم تلك المساعدة إما بتدخله وإما بطلب الإغاثة دون تعريض نفسه أو غيره لأي خطر، يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات وغرامة من مائتين إلى ألف درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط." القانون الجنائي وفق اخر التعديلات، سلسلة نصوص تشريعية وتنظيمية، منشورات المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، مطبعة النجاح، الدار البيضاء العدد 17، 2003م، ص114.

ومع ذلك، لا يلزم من هذا، الاعتقاد بوجود تضاد بين القانون والأخلاق، فنحن إنما نبرز أن القانون مجرد آلية تتأثر بالتدافع الحاصل في المجتمع بين الاتجاهات الوضعية من جهة والطبيعية الأخلاقية منها، ولهذا كثيرا ما يكون القانون معبرا أساسيا لنشر المبادئ الأخلاقية في المجتمع وترسيخها في بنيته التربوية والأخلاقية، مثال ذلك في الكثير من الحقوق المعترف بها للطفل والبيئة والحيوانات والأقليات... الخ

من جهة أخرى، نجد أن هناك تطابقا وثيقا بين قواعد الأخلاق والقانون "يتضح من التشابه في اللغة التي يستعملانها، فكلاهما معني بوضع قواعد أو معايير للسلوك البشري، وهذا يعبر عنه في اللغة القانونية والأخلاقية بألفاظ الالتزامات والواجبات وما هو صواب أو خطأ، والقانون والأخلاق يحددان واجبي بأن أفعل هذا أو ذاك، وأن امتنع عن فعل هذا أو ذاك أو أن لي الحق في أن أتصرف هكذا أو من الخطأ أن أتصرف هكذا هذه اللغة المشتركة وإن كانت توضح التداخل بين المجالين إلا أنها خطيرة حيث تجعل المقهورين يظنون أن القانون يجب أن يتضمن التزاما خلقيا أو أن نترجم حاجات الالتزام الخلقي إلى قانون"¹

فالحقوق والواجبات تشكل محور تركيب المنظومة القانونية، وبواسطتها يستطيع القانون تأدية وظائفه الاجتماعية، فكون المرء ملزما بعمل أو الامتناع عن عمل، هو ما يعنيه مصطلح الواجب، مع ضرورة التمييز بين الواجب القانوني عن غيره من واجبات الأخلاق والدين والأعراف.

أما الحق فينطوي على مدلول أخلاقي يتجاوز مجرد ضرورة الخضوع للقانون، وهذا المعنى يتضح في اللغات الأوروبية، حيث أن كلمة قانون تعني أيضا الحق الأخلاقي أو الحق الأدبي، من هنا فالشخص الذي يدعي أن له حقا معينا في عمل ما أو الامتناع عن عمل ما، أو له الحق في ممارسة سلطة والإشراف على مال أو حرمان الآخرين منه، كل ذلك ينطوي على شعور من التبرير والاستحقاق الذي يمارس ضغطا أدبيا وكذلك قانونيا ملزما في أذهان المعنيين بالأمر.

¹ فكرة القانون: 54.

وهذه الدلالة اللغوية والتصورية لمفهوم القانون تتحول إلى حقيقة اجتماعية مفادها: أنه برغم استعانة القانون بمظهره الخارجي الذي يكره ويلزم بتطبيقه، فإن القانون كضامن للحقوق تفرض معه معنى داخليا أخلاقيا يحس معه الأشخاص أنهم مرتبطون بتلك الواجبات.¹

ومن هنا فالمعنى الأخلاقي في الزامية القانون، يؤكد أن العامل الشكلي المتمثل في الجزء الذي يرتبه القانون عند مخالفته لا يكفي في استتباب المنظومة القانونية في مجتمع معين، وهو ما تعانيه مجتمعاتنا في علاقتها بالقانون المسمى وضعيا لصدوره عن مرجعية غير إسلامية، فالناس قد لا يجدون حرجا في مخالفته كلما سنحت الفرصة، بل إن الموقف من القانون كيفما كان لا يزال يعرف اضطرابا في علاقة الناس به جملة وتفصيلا، ولنا في التعامل مع مواد الأحوال الشخصية أبرز نموذج على ذلك في كثير من القضايا، ولعل العبارة المشهورة "يصح قضاء ولا يصح ديانة" تزي هذا النظر.

وترجع الأزمة في هذا السلوك الاجتماعي إلى التصور الذي تقدمه كثير من الكتابات الفكرية عند مقارنتها للقانون مع التشريع الإسلامي، حيث تحتل العلاقة في وجود تضاد² بين المنظومتين، إن على مستوى المصادر والغايات، ويبقى أبرزها القول بأن القانون وضعي والشرعية إلهية.

والحال أن هذه النظرية الاختزالية، تحايي الصواب والتكييف الحقيقي لواقع القانون في علاقته بالدين والأخلاق. فليس كل ما ينسب إلى الشريعة إلهيا، كما وقفنا على ذلك آنفا، وأن القانون ليس مفصولا تماما عن القيم الأخلاقية للمجتمع. لهذا فالمقاربة العلمية السليمة، تقتضي ليس إلغاء الواقع كليا، وإنما تيسير قنوات ربط المنظومتين بالتحليل العلمي الدقيق لأوجه التلاقي لتدعيمها، والاختلاف لرأبها. وإعادة الاعتبار للواجب

¹ نفسه: ص 287 وما بعدها.

² يؤكد الدكتور عبد الهادي بوطالب، على وجود هذا التقارب بين الشريعة والقانون ويرجع ذلك إلى: "أن الشريعة دين الفطرة التي فطر الناس عليها، أي أنها نظام يقي على ما يعتبره البشر مطابقا لجبلته الأصلية من قواعد ومبادئ وحتى أعراف سليمة، وبحكم أن القانون الوضعي كان ولا يزال يستمد أصوله من قواعد القانون الطبيعي، فلا عجب أن يلتقيا في مبادئ مشتركة..." الشريعة والفقه والقانون، ص 39.

الأخلاقي الذي تفرضه حماية سيادة القانون داخل المجتمع، بما هو حماية للحقوق، وأداء للواجبات التي تفرضها مبادئ العدل وأداء الأمانات إلى أهلها.

ومن جهة أخرى، فإن هذا الموقف المعادي للقانون لكونه بشريا وضعيا، يغض الطرف عن واقع انفتاح الشريعة على أوضاع غير إسلامية ابتداء، مادامت تلتقي معها في وظائفها التي يمكن تلخيصها في هدف واحد وهو تحقيق المصالح؛ ومثال هذا في تبني المسلمين في بداياتهم لتنظيمات إدارية وسياسية دون حرج، ويبقى احتضان الفقه للعرف وجعله دليلا شرعيا أبلغ حجة في أن المنظومات القانونية غير المصادمة للشريعة هي مما ينبغي للمسلم احترامه ليس لأنه دين، وإنما لأن الدين يحث على طاعته حماية للحقوق.

والجدير بالذكر، أن العرف في لحظات تاريخية من تاريخ المسلمين في العصور المتأخرة، كان المسيطر على أوضاع الناس بعيدا عن سيطرة الشريعة، والمؤسسات التابعة لها وأهمها القضاء الذي يطبق في كثير من أصقاع المغرب مثلا بناء على أعراف مكتوبة تسمى الألواح.

ولقد تباينت مواقف الفقهاء في هذا العهد، ما بين مناهض ومتساهل، لا أقول موافق، وموقف ثالث يرى التمييز بين ما يوافق الشريعة وما يخالفها، وأن هذا الأخير هو ما يجب استبعاده.¹

¹ ينظر النقاش حول العرف السائد في البوادي المغربية، من خلال فتاوى العلماء: ألواح جزولة والتشريع الاسلامي، دراسة لأعراف قبائل سوس في ضوء التشريع الإسلامي، امحمد العثماني، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الاسلامية، ط1، 1425هـ، 2004، ص137. وهذا التوجه في التقبل وعدم المصادرة الكلية لموضوع القانون عبرت عنه: اللجنة العليا لتقنين الشريعة الاسلامية بالأزهر. في أحد قراراتها القوانين الوضعية السائدة في مصر: "إن القوانين الوضعية المطبقة حاليا تتضمن أقساما ثلاثة:

- قسم منها مصدره الشريعة الإسلامية الغراء ومطابق لأحكامها.
- قسم آخر لا يخالف رأيا مقطوعا به.
- وقسم ثالث، ينقسم بدوره إلى قسمين: أولهما: يقتضي الحكم بعدم مشروعيته مزيدا من البحث والتروي، ويتعين من ثم بحثه بحثا مستفيضا قبل القطع فيه برأي.

الفقرة الثانية: الالتزام بين الشريعة والقانون:

إن أهم الفروق بين الشريعة والقانون أن الأولى دين يدين به العبد لله تعالى، بينما القانون لا يملك هذه الخاصية إذا ما عزل عن المصدر الديني، الذي يستقي قواعده من أدلته وأصوله. وهذا أمر بدهي لا يحتاج إلى كبير بيان.

فالقانون عموماً، عند أهله يعتمد على أمرين: إما شكلي أو موضوعي. ويختلف فقهاء القانون حول طبيعة الالتزام فيه، بين من ينظر إلى أن الالتزام في القانون شكلي، ومن يرى أنه موضوعي.

هذا دون أن نغفل، كما اشرنا إلى ذلك، عنصر الواجب الأخلاقي الأدبي الذي يضطر الناس إلى السلوك على وفق القانون.

فالمذهب الشكلي: يجعل الالتزام ناتجاً عن السلطة التي يملكها المشرع والمعبر عنها بالنص القانوني، هذه الإرادة التي تجد طريقها إلى التنفيذ عبر الإكراه والجزاء على المخالفة. ويمثل هذا الاتجاه مدارس قانونية متعددة أشهرها مدرسة أوستن في إنجلترا، ومدرسة تقديس النص بفرنسا، وحين يفتقد القانون إلى هذه الصفة فلا يمكن تسميته قانوناً بالمعنى الحقيقي للقانون الذي يستوجب التطبيق والالتزام به في الواقع.

ومقابل هذا التوجه، هناك **المذهب الموضوعي** الذي يركز على جوهر ومضمون القانون دون الشكل، ويمثل هذا "مدرسة جيني" بفرنسا والمدارس الطبيعية والواقعية والمثالية وغيرها. وتتلخص فكرة الالتزام في هذا

وثانيهما: مقطوع بأنه مخالفة صريحة واضحة للقواعد الرئيسة للشريعة الإسلامية قولاً واحداً، وتأتي على رأس القائمة في هذا القسم الحدود الشرعية والربا "ربا الجاهلية" وعقود الغرر " والملاحظة بخصوص هذا القرار، أنه مطابق لأحد مواقف العلماء المتأخرين من الأعراف السائدة في البوادي، كذلك فمن الفقهاء من تعامل بهذا الشكل من التمييز بين موافق ومخالف لأحكام الشريعة، تماماً كما تعامل الإسلام مع ما وجده قائماً من الأعراف والقواعد، فهو امتداد لكل خلق وفضيلة في المجتمع الإنساني، ومتمم لها، كما ورد عن الرسول ﷺ "إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق". كما أن هذا التقسيم مفيد في تحديد القضايا التي تناقض الشريعة، وهي في الغالب معدودة ...

الاتجاه في أن القانون يجسد التعبير الحقيقي لضمير الجماعة وإرادة الأمة¹، بناء على حاجاتها منه، وأن القانون لا يمكن أن يلزم به إلا إذا توافق مع مبادئ القانون الطبيعي²، والملاحظ ههنا أن هذا الاتجاه ليس كلا واحداً، بل هو جملة تيارات وأفكار لا تملك ركائز واضحة في تبرير أساس فكرة الإلزام³.

أما في الفقه الإسلامي، فإجمالاً يمكن القول: إن الصفة الدينية، المتمثلة في التعبد بأحكام الشريعة خوفاً من الله ورجاء في نيل رضوانه، هو الذي يقصده الناس في طاعتهم للقانون المستمد من أحكام الشريعة والفقه، بما هو إرادة الله عز وجل.

وبرغم ذلك، فالأمر فيه تفصيل، يختلف في كل مرة بحسب الحكم ومصدره ومجاليه، وظروف مستجدات الدولة الحديثة، كمفاهيم المواطنة، وحقوق الإنسان والعلاقات الدولية، والقانون الدولي، والقانون الذي ينبغي أن يسري على المسلمين وغير المسلمين بالبلدان الإسلامية ما صفتها؟ وما حدود الزاميتها في ظل تلك المفاهيم المعاصرة؟

ومن المقترحات في تحديد مصدر الإلزام فيما يطبق من تشريعات قانونية، فبالنسبة للمسلمين ترجع بعض الكتابات الإلزام في الشريعة إلى النظريات الآتية⁴:

1- نظرية حق الطاعة الواجبة لله وللرسول ولأولي الأمر.

2- نظرية الابتلاء والتكليف التي تقتضي التزام المسلم بالشرع وتكاليفه التي تؤدي إلى تحقيق

الغاية من خلقه "العبودية الخالصة لله تعالى".

¹ ينظر: روح الشرائع، اللجنة الدولية لترجمة الروائع، بيروت-دار المعارف بمصر، ترجمة عادل زعيتر، 1953م، ج 1 ص 18.

² القانون الطبيعي في مقابل القانون الوضعي.

³ ينظر: فلسفة الفقه دراسة في الأسس المنهجية للفقه الإسلامي، محمد مصطفى، مركز الحضارة لتنمية الفكر الإسلامي، ط 1، بيروت 2008م، ص 145 وما بعدها تناول فيها المؤلف أساس الإلزام في القانون ومجمل النظريات فيه.

⁴ ينظر: فلسفة الفقه، ص 151 وما بعدها.

3- نظرية الولاية: وهي لله وللرسول ولمن جعل له الولاية من قبله تعالى، وهذه النظرية في الحقيقة مجرد تفريع عن النظرية الأولى، حيث تستدعي الولاية حق الطاعة.

4- نظرية المصلحة العامة: حيث إن المجتمعات البشرية تقوم على مبدأ المصلحة المشتركة" الصالح العام" والدولة هنا مؤتمنة على حماية حقوق الناس واستيفائها، وهذه النظرية لم تختص بالحكم الإسلامي، لأن أساسها عقلي يتقاطع مع نظريات مقابلة غربية في القانون، كالعقد الاجتماعي: يفترض معه وجود التزام بين الأطراف وطرف آخر يعنى تنفيذ وحماية الالتزامات...

5- نظرية الحقوق: التي لا تخرج عن سابقتها، فالالتزام بحق هو في مقابل الالتزام بحق والدولة ترعى وتحمي الحقوق بما لها من قوة وسلطة..

أما بالنسبة لغير المسلمين ، فقد قلنا بأن ثمة موقفين في الفقه القديم وجديد:

فالقديم: يبنى العلاقة بين المسلمين وغير المسلمين على أساس عقدي الذمة والاستئمان، وكلاهما الآن عقدان متجاوزان لتغير واقع العلاقات بين الدول وواقع البنية التشريعية ذاتها داخل الدولة الحديثة. فتشكلت رؤية جديدة، تتجاوز أساس الذمية إلى الالتزام على أساس فكرة المواطنة¹، التي يمكن بلورتها وفق نظرتي المصلحة العامة والحقوق العامة؛ لأنهما " قادرتان من حيث المبدأ على تفسير الالتزام على أساس إسلامي، لكنهما يحتاجان إلى تعميق نظري وبلورة علمية من خلال التنظير والممارسة"²

تلك إذن لحظة عامة وإجمالية عن طبيعة الإلزام في منظومتين، ينظر إليهما على أنهما يقفان على طرفي نقيض من الأخرى، بغض النظر عن وجود تقاطعات تلتقي فيها أحدهما بالأخرى: سواء من حيث الشكل أو

¹ يراجع كتاب مواطنون لا ذميون: فهمي هويدي. دار الشروق، القاهرة، ط3، 1999، 1420م.

² فلسفة الفقه: م س: 163.

المضمون، فكلاهما يملك القوة والسلطة في الالتزام بقواعدهما، كما يمكن أن يلتقيا على نفس الغاية، متمثلة في البعد الحقوقي والمصلحي في كل من الشريعة والقانون.

غير أننا لا نغض الطرف عن البعد الديني للشريعة بناء على واجب الطاعة والتكليف بالعبودية لله، الذي تخلوا منه إلزامات القانون، في الوقت الذي نجد فيه فقهاء القانون يتحدثون عن الواجب الأخلاقي¹ الذي يحسه المواطنون تجاه تطبيقه.

¹ "إن الواجب الأخلاقي بطاعة القانون مقبول عموماً ويؤدي دوراً بالغ الأهمية في إرساء سلطة القانون وضمان الطاعة له في غالب الأحوال دون اللجوء إلى إجراءات قمعية، عن فكرة القانون ، ص54.

الباب الأول:

آليات الزام الاحكام الشرعية

في الفقه الاسلامي

يقوم تصور الإلزامية في الدرس الأصولي، علي تحديد القول المرجعي فيه بناء على آليات، تكون بمثابة الحجة على غيرها من الأقوال التي تعد في حال الاختلاف بمثابة أحكام شرعية يتبناها أصحابها، ويدينون لله بها.

وأهم هذه الآليات في تقديري:

النص، إذ لا اجتهاد مع النص كما تنص القاعدة.

الاجماع باعتباره اتفاقا لعلماء العصر عليه فلا مزيد فيه لأحد بعدهم

حكم الحاكم يرفع الخلاف.

وأرى أن هذه الآليات متفق عليها في الفقه لدى جميع المذاهب على الأقل من الناحية النظرية.

وسأحاول بسط الكلام في هذه القضايا مبينا معناها، وحدود الإلزامية فيها.

ويمكن التمييز في إلزامية الأحكام الشرعية في الفقه الاسلامي، بين نوعين من الآليات: عامة يقصد بها تلك التي تسري على كل المذاهب بلا خلاف في ما بينها باعتبار إلزاميتها كأداة في حسم النقاش الفقهي فكلما كان الحكم نصيا او مجمعا عليه إلا وكان القول ملزما بلا حاجة بعدها الى البحث عن غيره، بينما تقتصر الآليات الخاصة على الوسائل التي تحترم مقتضياتها داخل مذهب فقهي معين في توجيه قول على قول في اطار الترجيح بالقول الأقوى او الأصلح.

الفصل الأول: آليات الالتزام العامة.

ويتناول المباحث الآتية:

المبحث الأول الإلزامية بالنص.

المبحث الثاني الإلزامية بالإجماع

المبحث الثالث: الإلزام بحكم الحاكم.

المبحث الأول: الإلزامية بالنص.

من القواعد الأصولية في هذا الصدد، نفي جواز الاجتهاد مع وجود النص، والتي تبلورت في العديد من الصياغات حول نفس المعنى: " لا اجتهاد مع وجود النص"،¹ ومعناها في عرف الأصوليين: النص القطعي الثبوت والدلالة، فالجميع متفق على أن هذه الدلالة متى وجدت في نص فإنه يحمل في ذاته إلزامية شرعية لا تقبل النقاش أو الاتفاق على خلافها، وما ذلك إلا لأنها تعبير قاطع عن إرادة صاحب الحكم، المشرع الأعلى تعالى شأنه.

¹ " قواعد فقهية مصدرها الإجماع المستند إلى الكتاب والسنة، فمن أمثلة قواعد هذا المصدر: قولهم: (لا اجتهاد مع النص) فهذه القاعدة تفيد تحريم الاجتهاد في حكم مسألة ورد فيها نص من الكتاب أو السنة أو الإجماع لأنه إنما يحتاج للاجتهاد عند عدم وجود النص، أما عند وجوده فلا اجتهاد إلا في فهم النص ودلالته" ينظر: : الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، لمحمد صدقي آل بورنو أبو، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ط4، 1416 هـ - 1996 م، ص33.

على أن هذه القاعدة ليست على إطلاقها، تماشياً مع ما سبقت الإشارة إليه عند البحث عن مجالات الاجتهاد، حيث تبين، أن الاجتهاد في النص القطعي، وإن كان لا يسري على الحكم الذي يتضمنه، فإن تنزيهه محل نظر واجتهاد ومحل تباين واختلاف بين الفقهاء.¹

وعليه، فالمقام عند الإلزام بالنص يقتضي بيان ما يلي: مفهوم النص عند الفقهاء والأصوليين، وكيف يلزم وما هي أهم الضوابط، التي ينبغي استحضارها عند القول بإلزامية نص حكم معين؟

المطلب الأول: مفهوم النص.

يعد النص ضرباً من ضروب الدلالة في الخطاب الشرعي، وقد درج المتكلمون²، في مسلكهم، على جعل دلالة النص أقوى الدلالات على مراد الشارع؛ يقول الغزالي: " والنص هو الذي لا يحتمل التأويل، والظاهر

¹ عقدت ندوة حول موضوع لا اجتهاد مع النص؛ ينظر كتاب: المنهج الإسلامي عمارة محمد منشورات المعهد العالي للفكر الإسلامي.

² المتكلمون أحد قسمي مناهج التأليف في أصول الفقه، والقسم الثاني: يسمون بمنهج الحنفية. وطريق " الشافعية، أو المتكلمين، و غلب عليها لقب " طريقة المتكلمين " لأن الكتب المكتوبة بهذه الطريقة إعتاد أصحابها أن يقدموا لها بعض المباحث الكلامية كمسائل " الحسن والقبح " و "حكم الأشياء قبل الشرع" و "شكر المنعم" و "الحاكم". ولأنهم يسلكون في تقرير قواعد الأصول مسلكاً استدلالياً قائماً على تقرير القواعد، والاستدلال على صحتها، والرد على المخالفين، من غير أن يولوا الفروع التي تندرج تحت هذه القواعد كبير اهتمام.. أما الحنفية، فقد سلكوا في كتابة أصولهم سبيل تقرير القواعد الأصولية على مقتضى الفروع المنقولة عن أئمتهم: فالقاعدة مستنبطة من الفروع دائرة حولها، لا العكس... ينظر: أصول الفقه الإسلامي منهج بحث ومعرفة، طه جابر العلواني، سلسلة الحوار، منشورات المعهد العالي للفكر الإسلامي، منشورات الفرقان، المغرب، ط3، 2000م، ص65 و66.

هو الذي يحتمله"¹. وهي نفس الدلالة التي يسميها الفقهاء بالمحكم، أما النص عندهم فبرغم رجحانه، فإنه يعترضه الاحتمال؛ يقول البزدوي وهو يعرض لحكم هذه الدلالات: "وحكم الظاهر وجوب العمل بالذي ظهر منه وكذلك حكم النص وجوب العمل بما وضع واستبان به على احتمال تأويل هو في حيز المجاز وحكم المفسر وجوب العمل على احتمال النسخ وحكم المحكم وجوب العمل به من غير احتمال لما ذكرنا من تفاوت معاني هذه الألقاب لغة، وإنما يظهر تفاوت هذه المعاني عند التعارض ليصير الأدنى متروكا بالأعلى وهذا يكثر أمثله في تعارض السنن والأحاديث..."²

وهذا المعنى الأصولي يجد أصوله في اللغة أي: الرفع والظهور، يقال: "نَصَّ الشيء رفعه وبابه رد ومنه مَنَصَّةُ العروس بكسر الميم ونَصَّ الحديث إلى فلان رفعه إليه ونَصَّ كل شيء منتهاه..."³

غير أن إطلاق النص على مدلول لفظ ما يمكن أن يشمل حسب الغزالي معاني ثلاثة:

- "الأول": ما أطلقه الشافعي رحمه الله فإنه سمي الظاهر نصاً؛ وهو منطبق على اللغة ولا مانع منه في الشرع، (...).

- الثاني: الأشهر: ما لا يتطرق إليه احتمال أصلاً لا على قرب ولا على بعد، كالخمس مثلاً فإنه نص في معناه لا يحتمل الستة ولا الأربعة وسائر الأعداد، ولفظ الفرس لا يحتمل الحمار والبعير وغيره (...).

- الثالث: التعبير بالنص عما لا يتطرق إليه احتمال مقبول يعضده دليل، أما الاحتمال الذي لا يعضده دليل فلا يخرج اللفظ عن كونه نصاً؛ فكان شرط النص بالوضع الثاني ألا يتطرق إليه احتمال أصلاً، وبالوضع الثالث ألا يتطرق إليه احتمال مخصوص وهو المعتضد بدليل.

¹ المستصفى، ص 196.

² أصول البزدوي: كنز الوصول إلى معرفة الأصول، علي بن محمد البزدوي، مطبعة جاويد بريس - كراتشي، د ط، ص 73.

³ مختار الصحاح، مادة نصص. 312.

ولاحرج في إطلاق اسم النص على هذه المعاني الثلاثة لكن الإطلاق الثاني أوجه وأشهر وعن الاشتباه بالظاهر أبعد.¹ قال ابن قدامة: والكلام المفيد ينقسم ثلاثة أقسام: نص وظاهر ومجمل. (...)، والنص: وهو: ما يفيد بنفسه من غير احتمال، كقوله تعالى: ﴿فَمَنْ لَّمْ يَجِدْ بُصِيَّامُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ تِلْكَ عَشْرَةٌ كَامِلَةٌ ذَلِكَ﴾ (تلك عشرة كاملة)²3

وقال إمام الحرمين: "أما الشافعي فإنه يسمي الظواهر نصوصاً في مجاري كلامه، وكذلك القاضي أبو بكر الباقلاني، وهو صحيح في وضع اللغة؛ فإن النص معناه الظهور"⁴

وقرر هذا التعدد في دلالة النص كذلك، بن تيمية في تعريف النص بأنه: ما أفاد الحكم يقيناً أو ظاهراً، وهو منقول عن أحمد والشافعي -رضي الله عنهما-⁵

وقال القرافي: "للنص ثلاثة اصطلاحات: أحدها: ما لا يحتمل التأويل، والثاني: ما احتمله احتمالاً مرجوحاً كالظاهر، وهو الغالب في إطلاق الفقهاء، والثالث: ما دل على معنى كيف ما كان"⁶

¹ المستصفي، ص196.

² من الآية 197 من سورة البقرة.

³ روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ابن قدامة المقدسي، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، 1423هـ-2002م، ج1 ص506.

⁴ البرهان في أصول الفقه، إمام الحرمين الجويني، تح: صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، ط1، 1418 هـ - 1997 م، ج1، ص152.

⁵ بتصرف عن كتاب: التجميع شرح التحرير في أصول الفقه، علاء الدين أبو الحسن المرادوي، تح، عبد الرحمن الجبرين، عوض القرني، أحمد السراح، مكتبة الرشد، السعودية، الرياض، ط1، 1421 هـ - 2000 م، ج6، ص2873.

⁶ " شرح تنقيح الفصول، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، تح، طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، ط1، 1393 هـ - 1973 م، ص36.

وأياً ما كانت الدلالة، فإن النص يحيل على ما هو منصوص في الكتاب والسنة، وحتى الإجماع، رغم إمكانية الاختلاف على الدلالة التي يمكن للمتلقي أن يفهمها منه.

لهذا قرر غير واحد عدم إمكانية الاجتهاد مع وجود هذه النصوص، يقول ابن القيم: "فصل في تحريم الإفتاء في دين الله بالرأي المتضمن لمخالفة النصوص والرأي الذي لم تشهد له النصوص بالقبول.

قال الله تعالى ﴿إِن لَّمْ يَسْتَجِيبُوا لَكَ فَاعْلَمْ أَنَّمَا يَتَّبِعُونَ أَهْوَاءَهُمْ وَمَنْ أَضَلُّ مِمَّنِ اتَّبَعَ هَوَاهُ بِغَيْرِ هُدًى مِّنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ﴾¹

وفي كتابه إغاثة اللفهان من مصائد الشيطان، يقول: بأن "الاجتهاد إنما يعمل به عند عدم النص، فإذا تبين النص فلا اجتهاد إلا في إبطال ما خالفه"²

وأصل ذلك العديد من النصوص من القرآن والسنة، منها:

قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ تَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلًّا مُّبِينًا﴾³.

وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْدِمُوا بَيْنَ يَدَيِ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾⁴.

⁵.

¹ الآية 50 من سورة القصص.

² إعلام الموقعين، ابن قيم الجوزية، ج2، ص88.

³ ابن قيم الجوزية، تح محمد حامد الفقي، دار المعرفة-بيروت، ط2، 1975م، ج1 ص170.

⁴ الآية 36 من سورة الأحزاب.

⁵ الآية 1 من سورة الحجرات.

وقوله تعالى: (اتَّبِعُوا مَا أُنْزِلَ إِلَيْكُمْ مِنْ رَبِّكُمْ وَلَا تَتَّبِعُوا مِنْ دُونِهِ أَوْلِيَاءَ قَلِيلًا مَا تَذَكَّرُونَ).¹

وقوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾²، وقوله تعالى: ﴿

وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾³ وفي نفس الموضع من السورة يقول

تعالى: ﴿وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْبَاسِفُونَ﴾⁴

يقول ابن القيم: "فأكد هذا التأكيد وكرر هذا التقرير في موضع واحد لعظم مفسدة الحكم بغير ما أنزله،

وعموم مضرته، وبلية الأمة به"⁵.

ويذهب ابن القيم إلى أن النص يفرض على المجتهد التحرز من استعمال الحلال والحرام؛ ما لم يكن بناء

على نص يقول: "ونهى أن يقول أحد هذا حلال وهذا حرام لما لم يحرمه الله ورسوله نصاً، وأخبر أن فاعل ذلك

مفتر على الله الكذب، فقال تعالى: ﴿وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكَذِبَ هَذَا حَلَلٌ وَهَذَا

حَرَامٌ لِّتَفْتَرُوا عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ إِنَّ الَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ لَا يُفْلِحُونَ﴾⁶

ومما يستدل به في السنة، حديث ابن عباس⁷ " أن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سحماء عند

النبي - ﷺ -، فذكر حديث اللعان وقول النبي - ﷺ -: أبصروها؛ فإن جاءت به أكحل العينين سابغ الأليتين

¹ الآية 3 من سورة الأعراف.

² من الآية 46 من سورة المائدة.

³ من الآية 47 من سورة المائدة.

⁴ من الآية 49 من سورة المائدة.

⁵ م نفسه، ج2 ص199.

⁶ الآية 116 من سورة النحل.

⁷ صحيح البخاري، كتاب تفسير القرآن الكريم، باب: (ويدراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين) الآية 8

من سورة النور: 8، حديث رقم 4747. ج6 ص100.

خدلج الساقين فهو لشريك بن سحماء، وإن جاءت به كذا وكذا فهو لهلال بن أمية، فجاءت به على النعت المكروه فقال النبي - ﷺ -: «لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن» يريد - والله ورسوله أعلم - بكتاب الله قوله تعالى: ﴿وَيَذَرُوهَا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ﴾¹ ويريد بالشأن - والله أعلم - أنه كان يحدها لمشاهدة ولدها للرجل الذي رميت به، ولكن كتاب الله فصل الحكومة، وأسقط كل قول وراءه، ولم يبق للاجتهاد بعده موقع.²

واستدلوا كذلك على وجوب العمل بالنص، بإجماع العلماء على ذلك دون خلاف، جاء في إعلام الموقعين: "وقال الشافعي: أجمع الناس على أن من استبانت له سنة عن رسول الله - ﷺ - لم يكن له أن يدعها لقول أحد من الناس. وتواتر عنه أنه قال: إذا صح الحديث فاضربوا بقولي الحائط، وصح عنه أنه قال: إذا رويت عن رسول الله - ﷺ - حديثاً ولم آخذ به فاعلموا أن عقلي قد ذهب، وصح عنه أنه قال: لا قول لأحد مع سنة رسول الله - ﷺ" ³

وهذا المسلك في اعتبار النص، - كل نص - من كتاب أو سنة، هو ما حمل الكثيرون ليشنعوا على كثير من الأئمة بدعوى تجاوزهم للنص، وإعمال الرأي والاجتهاد في غير موضعه، كما اتهم مثلاً الإمام أبو حنيفة بكونه يقدم القياس على النص، فقال رحمه الله: "كذب والله وافترى علينا من يقول: إننا نقدم القياس على النص، وهل يحتاج بعد النص إلى قياس".⁴

¹ من الآية 8 من سورة النور.

² إعلام الموقعين، ج2 ص11

³ نفسه، ج2، ص40.

⁴ نقلاً عن طه جابر، م نفسه، ص77، وجاء في الطبقات السنية في تراجم الحنفية: "ومن التشيعات أيضاً، قولهم: إنه قدم القياس الذي اختلف الناس في كونه حجة على الأخبار الصحيحة، التي اتفق العلماء على كونها حجة. والجواب أن هذا القول زعم منهم، فإن أبا حنيفة أخذ بكتاب الله تعالى، ثم بسنة رسول الله ﷺ ثم بما اتفقت عليه الصحابة..."
الطبقات السنية في تراجم الحنفية لتقي الدين بن عبد القادر التميمي، الحنفي، تح عبد الفتاح محمد الحلو، دار الرفاعي، دت، ج1 ص124.

ومن هنا، نعلم مدى القوة التي يتمتع بها النص؛ كمفهوم له دلالة إلزامية. توجب الإذعان لمضمونه من حكم أو أحكام.

فالمقرر لدى الأصوليين، أن النص له حجية قوية، يجب "العمل بما دل عليه، حتى يقوم دليل التأويل أو التخصيص أو النسخ، علما بأن الاحتمال في النص أبعد منه في الظاهر... لما زاد عليه من الوضوح بتلك القرينة. فكان النص أولى من الظاهر عند التقابل بينهما، ووجب حمل الظاهر عليه"¹.

والجدير بالذكر، أن قاعدة: "أن لا مساغ للاجتهاد في مورد النص، قد يساء استخدامها في مواجهة المخالف، بادعاء امتلاك التفسير الصحيح والوحيد للأحكام والنصوص.

بل كثيرا ما شكلت القاعدة سندا مهما لتنامي ظاهرة القراءة الظاهرية للنصوص أو المنقولات عموما في غفلة عن أي أبعاد مقاصدية أو مصلحة قد تتوارى عن أصحابها؛ المستكفين عن بذل ما تقتضيه عملية فهم واستنباط الأحكام من أدلتها التفصيلية، وقد تكون لهم عباراتهم التي يتذرعون بها في مواجهة فهم أخرى، كعبارة إذا صح الحديث فهو أولى من كل اجتهاد، وهي دعوى قد تكون صحيحة إذا استوفى هذا النص الصحة والقطعية من حيث ثبوته ومن حيث معناه.

ومن هنا نبه العلماء وشرح² القاعدة إلى أن المقصود بالنص فيها: المقطوع والمحكم دلالاته معناه.

يقول الزرقا شارحا قاعدة: "لا مساغ للاجتهاد في مورد النص، لأن الحكم الشرعي حاصل بالنص، فلا حاجة لبذل الوسع في تحصيله ولأن الاجتهاد ظني والحكم الحاصل به حاصل بظني، بخلاف الحاصل بالنص

¹ تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، محمد أديب صالح، المكتب الإسلامي، ط4 سنة 1993م، بيروت، ج1 ص153.

² ينظر درر الحكام شرح مجلة الاحكام، القاعدة رقم14. يلاحظ عليه عدم الضبط لمصطلح النص في القاعدة واكتفى في عبارته بعدم جواز مخالفة النص الصريح من الكتاب والسنة لأن الصراحة درجات وقد يتمسك البعض بظاهر المعاني التي تبدو له على البدهة في النص، في الوقت الذي تحتمل فيه معاني أخرى تتجلى عند إمعان النظر، ولو أن الشارح قدم نماذج لا غبار عليها للنص الصريح كحلية البيع وحرمة الربا أو دلالة البيئة على من آدعى واليمين على من أنكر...

فإنه يقيني ولا يترك اليقيني للظني، فالمراد بالنص الذي لا مساغ للاجتهاد معه هو المفسر والمحكم وإلا فغيرهما من الظاهر والنص لا يخلو عن احتمال التأويل...¹

وهذا من الشارح بحسب أنواع قوة درجة الدلالة لدى الحنفية في منهجهم الأصولي، فهي تقابل قول "المتكلمين" بقوة دلالة النص والظاهر.

ومما تنسحب عليه القاعدة حسب الزرقا ألفاظ شرط الواقف والموصي، فهي مثلها مثل "لفظ الكتاب والسنة (...)" فإنهما كنص الشارع في المفهوم والدلالة ووجوب العمل به...²

هذا، ولا يتعدى مجال القاعدة عند مصطفى الزرقا، المجال القضائي؛ كما في تقدير التعزيرات والمقادير وإنفاذ العقود دون نصوص الشرع، بل وحتى نصوص أئمة المذهب كيفما كانت دلالتها نظرا لانسداد باب الاجتهاد في نظره! يقول منبها عقب شرح القاعدة: "قولهم لا مساغ للاجتهاد في مورد النص لا فائدة لوضعه هنا فيما يتبادر، لأن باب الاجتهاد مسدود الآن في وجه من يتصدى لدخوله مطلقاً، سواء كان في مورد نص لا يسوغ الاجتهاد فيه أو لا، ففي الخلاصة من آخر فصل الحبس ليس أحد من أهل الاجتهاد في زماننا، ويحتمل أن يكون المقصود من وضع هذه القاعدة المذكورة للإيماء للمفتين والقضاة بأن يقفوا عند حدهم، ويقصروا أنظارهم أن تتطلع، وأعناقهم أن تمتد إلى مجاوزة ما فوض إليهم من الاجتهاد؛ في ترجيح إحدى روايتين متساويتين أو أحد قولين متعادلين يختلف الترجيح فيهما بحسب الحوادث والأشخاص إلى ما لم يفوض إليهم (...). فليس للمفتي ولا للقاضي مخالفة ما رجحوه باجتهاد منه ولو فعل لا يقبل منه لأنه اجتهاد في مورد النص والنص لا مساغ للاجتهاد في موردته وإذا صح ما ذكرناه يكون المراد بالنص ها هنا هو المنقول في كتب المذهب لا ما سبق."³

¹ شرح القواعد الفقهية. ج1 ص147

² نفسه.

³ م. س، ج1 ص148-150 بتصرف

هكذا إذن، توظف الزامية القاعدة – ولعهود طويلة – لتكريس التقليد ونفي الاجتهاد الذي أريد له في الأصل أن يبتعد عن دائرة المقطوع به من الأحكام الشرعية؛ لينسحب عمليا على جميع الأحكام الفقهية قطعية كانت أو ظنية بدعوى انسداد باب الاجتهاد!

المطلب الثاني: حدود القول بإلزامية النص.

من خلال ما سبق، نقرر جملة أمور نراها تشكل حدودا لإلزامية القول بنصية وقطعية حكم شرعي، وهي الحالة التي يكون فيها ملزما إلزاما دينيا وقضائيا ولا محل معه ولا اعتبار لغيره. وأهم هذه الحدود:

أ- أن يكون النص نصا لا احتمال معه لأي دلالة أخرى؛ كما سبقت الإشارة إليها عند الحديث عن معنى النص في المطلب السابق.

ب- إن القول بالنص في حكم معين، إذا كان ينفي إمكانية الاجتهاد بما يناقضه؛ فإنه لا ينفي إمكانية بل ضرورة الاجتهاد؛ في تنزيله الذي يسمى بتحقيق المناط، وهو ما أشار إليه الشاطبي

رحمه الله في قوله: "الاجتهاد على ضربين:

أحدهما لا يمكن أن ينقطع حتى ينقطع أصل التكليف، وذلك عند قيام الساعة.

والثاني: يمكن أن ينقطع قبل فناء الدنيا. (أي الاجتهاد الاستنباطي بقبض العلماء وانعدامهم في المجتمع).

فأما الأول، فهو الاجتهاد المتعلق بتحقيق المناط، وهو الذي لا خلاف بين الأمة في قبوله، ومعناه أن

يثبت الحكم بمدركه الشرعي لكن يبقى النظر في تعيين محله.¹

ولاشك أن لهذا الصنف من الاجتهاد، فيما يعتبر نصا قطعيا، أمثلة نذكر من أبرزها: اجتهاد عمر رضي

الله عنه في إسقاط سهم المؤلفة قلوبهم، فالآية الكريمة واضحة الدلالة على الأصناف الذين تجب الزكاة في حقهم، يقول تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَمِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي

الرِّقَابِ وَالْغَرَمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾²

والمؤلفة قلوبهم: هم من كان المسلمون في بداية أمرهم يستميلونهم بالمال، بدفع سهم من الصدقة إليهم

نظرا لقرب عهدهم بالإسلام وضعف يقينهم الديني، لهذا حين قوي المسلمون رأى عمر رضي الله عنه تخلف

سبب تأليفهم وهي ضعف المسلمين، أما وقد قووا فإنه لم تعد حاجة إلى تأليفهم بالمال.

¹ الموافقات في أصول الشريعة، لأبي إسحاق الشاطبي، تح عبد الله دراز، ومحمد عبد الله دراز، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، د ت ط، ج 4 ص 64.

² الآية 60 من سورة التوبة.

ولا غرو أن الحكم ههنا يدور مع علته وجودا وعدما، يقول ابن العربي بعد ذكر الخلاف في المسألة: "والذي عندي: أنه إن قوي الإسلام زالوا، وإن احتيج إليهم أعطوا سهمهم، كما كان يعطيه رسول الله - ﷺ - ؛ فإن الصحيح¹ قد روي فيه: "بدأ الإسلام غريبا وسيعود غريبا كما بدأ"²

ونفس الأمر يقال عن كثير من الأحكام المنصوصة، والتي رغم دلالتها الواضحة على الحكم، فإن ذلك لم يمنع عمر رضي الله عنه من أن يجتهد ويحكم بخلاف ظاهرها.

كموقفه المشهور من نكاح الكتابيات، فقد روي عنه في روايات كثيرة منعه بعض الصحابة من التزوج بهن، منها:

- ما روي عن حذيفة أنه تزوج يهودية، وكتب إليه عمر أن خل سبيلها، فكتب إليه حذيفة: أحرام هي؟ فكتب إليه عمر: لا، ولكن أخاف أن تواقعوا المومسات - العواهر - منهن"³

- وفي رواية أخرى أن عمر كتب لحذيفة: أعزم عليك ألا تضع كتابي هذا، حتى تخلى سبيلها، فإني أخاف أن يقتدى بك المسلمون، فيختاروا نساء أهل الذمة لجمالهن، وكفى بذلك فتنة لنساء المسلمين. قال

¹ صحيح مسلم : كتاب الإيمان باب بيان أن الإسلام بدأ غريبا وسيعود غريبا، حديث رقم 232، ج1 ص130.

² أحكام القرآن: القاضي أبو بكر بن العربي، مراجعة وتعليق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط3، 1424 هـ - 2003 م: 530/2

³ أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب النكاح، باب: ما جاء في تحريم حرائر أهل الشرك دون أهل الكتاب وتحريم المؤمنات على الكفار. وقال: البيهقي: " وهذا من عمر رضي الله عنه على طريق التنزيه والكراهة ". وقال الألباني عنه: وهذا إسناد صحيح. ينظر: إرواء الغليل الكتاب : إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، محمد ناصر الدين الألباني، إشراف: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي - بيروت ط2، 1405 هـ - 1985 م، ج6، ص301

محمد وبه نأخذ لا نراه حراما، ولكننا نرى أن يختار عليهن نساء المسلمين، وهو قول أبي حنيفة رحمه الله.¹

- وعن ابن سيرين أن حذيفة تزوج يهودية، فقال له عمر في ذلك. فقال: أحرام هي؟ قال: لا ولكنك سيد المسلمين ففارقها.²

كما اشتهر عن عمر رضي الله عنه وقفه لتطبيق حد السرقة عام الرمادة، الحد الذي يتفق الفقهاء على تطبيقه، إذا سرق السارق ما ليس له، إذا تحققت شروط القطع؛ وذلك للنص المحكم في سورة المائدة الذي قال الله تعالى فيه: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنْ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾³ وقد طبقه الرسول ﷺ، في حياته⁴، وكذا فعل الخليفة الأول أبو بكر الصديق - رضي الله عنه - ، كما فعل عمر إذ قطع يد ابن سمره لما سرق⁵

¹ كتاب الآثار لمحمد بن الحسن الشيباني، تح خالد عواد، دار النوادر، وقفية المزيني، الكويت، كتاب المناسك، باب: من تزوج اليهودية أو النصرانية، أنها لا تحصن الرجل، م1ص395.

² سنن سعيد بن منصور، تح حبيب الرحمن الأعظمي، الدار السلفية - الهند، ط1، 1403هـ - 1982م، كتاب الوصايا، باب نكاح اليهودية والنصرانية، حديث رقم 718، ج1ص225

³ الآية 40 من سورة المائدة.

⁴ مثلاً ما روي في صحيح البخاري، حدثنا أبو الوليد، حدثنا الليث، عن ابن شهاب، عن عروة، عن عائشة: أن أسامة كلف النبي ﷺ في امرأة، فقال: «إنما هلك من كان قبلكم، أنهم كانوا يقيمون الحد على الوضع ويتركون الشريف، والذي نفسي بيده، لو أن فاطمة فعلت ذلك لقطعت يدها»، كتاب الحدود، باب إقامة الحدود على الشريف والوضيع، حديث رقم 6787. ج8ص160.

⁵ ينظر الجامع لأحكام القرآن، المؤلف: أبو عبد الله محمد القرطبي، تح أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية - القاهرة، ط2، 1384هـ - 1964، م6ص160.

لكن امتناعه عن قطع يد السارق، عام المجاعة، يحمل العديد من الدلالات، في عدم الوقوف عند ظاهر النص، فمقصده الأساس في حماية المال، وملكية الناس واستقرار العلاقات الاجتماعية، لا يتنافى مع تقدير الوضع القاهر الذي قد تعيشه بعض الفئات من الناس!

وهذا التوجه في رؤية عمر رضي الله عنه في كيفية التعامل مع نصوص الشريعة، ولو تلك التي تظهر قطعية لا تحتمل أي احتمال، تباينت حولها الآراء، ما بين من يراها تنزيلا لروح النص، وتطبيقا حكيما يراعي ظروف التنزيل، وأن اجتهاده في الحقيقة لم ينف النص ويلغيه، بل أعمله بشروطه ومقتضياتها التي قد تغيب على كثير من الحرفيين في الاجتهاد والتنزيل.

بينما نجد آخرين يعتبرون اجتهاد عمر ثورة على التعامل الحرفي مع نصوص الشريعة، وأنه يمكن تجاوز نصوص الشريعة دون حرج، كلما دعت الظروف إلى اجتهاد يناسبها ولو خالف ما هو معروف ومقطوع، وهذا في الحقيقة مغالاة مجافية لواقع الحال.

ولهذا تعتبر اجتهادات عمر مادة دسمة، مازال موضوعا يثير النقاش حولها، سواء في موضوعاتها الفقهية كأحكام، وأيضا باعتبارها طريقة في التفكير تستند إلى أسس مصلحية وذرائعية ومقاصدية.

والجدير بالذكر أن قضية النص، باعتباره وعاء لأحكام قطعية واجبة التطبيق، هي قضية راهنة أكثر من أي وقت مضى، إذا سلمنا بأوجه الاختلال في أوضاعنا التشريعية اليوم، ومرجعياتنا المختلفة، خاصة وأننا ننتمي إلى دين له تراث تشريعي، ما فتئ يلح على أهله بضرورة التطبيق، فإذا قلنا بأن النص ملزم ويترتب عن عدم تنفيذه إثم على الأفراد والأمة جميعا.

ومن الأمثلة على ذلك في الفقه المعاصرة والتي تثير الكثير من النقاش؛ ما يتصل بوقف تطبيق منصوصات الشريعة اليوم، الواضحة وضوحا لا يحتاج إلى بيان، كالحُدود الشرعية وإباحة الربا في عدد من البلاد الإسلامية

وغيرها... والحقيقة أن هذه القضايا قد تضخمت في بعض الخطابات المنادية بإقامة الشريعة في مجتمعاتنا، تضخما لا يتماثل مع حجمها الحقيقي ضمن المنظومة القيمية والتشريعية؛ مبادئ وأحكاما...

ويبدو لي أن الاستشكال حول تلك الأمثلة من الشريعة، لا يبرره إلا قصور في التصور الكلي للشريعة الإسلامية، من حيث أولوياتها ومقاصدها والترابط النسقي بين أحكامها، إلى جانب الحاجة إلى التمكن من قواعد التنزيل، للأحكام الشرعية في واقع المكلفين، تكون دواء مناسبا لأدوائهم.

وكم هي كثيرة تلك التطبيقات الخاطئة، التي يسيء أصحابها إلى الشريعة من حيث يريدون أن يحسنوا صنعا.

ومن التفسيرات الجيدة في بيان منظور الإسلام إلى الحدود، وكيف ينبغي أن يكون التعامل معها في واقع يتحسس من ذكرها، فما بالنا بتطبيقها، نتوقف عند كلام لمصطفى الزرقا يقول: " إن فريقا من الناشئة الإسلامية التي نشأت في جو ثقافي لا يتيح لها أن تعرف الحقائق والقابليات الواسعة في النظام القانوني من الشريعة يرون عدم إمكان تطبيق الشريعة الإسلامية في العصر الحاضر... [فمثلا بخصوص تطبيق الحدود] هذه المشكلة هي (في نظرهم) أن بعض العقوبات البدنية المحددة شرعا (الحدود) كعقوبة الزاني بالجلد والرجم، وعقوبة السارق بقطع اليد أصبحت غير ممكنة التطبيق في هذا العصر وما استجد فيه من الملابس.

والجواب عن ذلك: أن الحدود في الشريعة ولا سيما حد الزنى مشروطة بشرائط ضيقة جدا في إثباتها وتطبيقها تجعلها نادرة التطبيق، فهي تسقط أو تتبدل إلى عقوبة تعزيرية يقدرها القاضي بمجرد وجود شبهة لدى المجرم لقول الرسول ﷺ: «ادرءوا الحدود بالشبهات»¹

¹ مسند أبي حنيفة رواية الحصكفي: أبو حنيفة النعمان، تح: عبد الرحمن حسن محمود، الآداب - مصر د ت، كتاب الحدود، حديث رقم 4.

ومن جهة أخرى، يوجد في الشريعة باب واسع هو قاعدة الضرورات وما تسوغه من تدابير استثنائية موقوتة تشمل ترك الواجب وفعل الممنوع عندما توجد ضرورات ملجئة.

وعقوبات الحدود على الجرائم الاجتماعية هي خمس فقط وهي: (حد الزنى، والسرقه، وقذف المحصنات من النساء، وشرب الخمر، والحراة وهي قطع الطريق للسلب والنهب). أما ما سواها من عقوبات التعزير على جميع أصناف الجرائم، فكله في نظام الإسلام مفوض إلى الحكام بحسب مقتضيات الحال.

فإذا لوحظ أن تطبيق عقوبة الحدود الخمسة قد أصبح متعذرا في زمان أو مكان تطبق عندئذ عقوبة أخرى، ولا يوجب هذا ترك الشريعة جمعا. على أن عقوبة السارق بقطع اليد لا ينبغي أن نتصور فيها عددا من الأيدي مقطوعا بعدد السارقين الذين يروعون المجتمعات البشرية اليوم باستمرار، بل إن يدا واحدة تكفي لمنع آلاف...

وإن الشريعة الإسلامية قانون للحياة الإنسانية الصالحة، كلي متكامل ومتلازم مترابط يمسك بعضه ببعض، ويسند بعضه بعضا، فإذا أهمل بعض أجزائه يظهر الخلل والغربة في البعض الآخر.

فحد السرقة مثلا مرتبط بواجب آخر هو الاهتمام بحال الفقراء وكفايتهم بحسن توزيع الثروة، وتحقيق التكافل والضمان الاجتماعيين.

وحد الزنى مرتبط بتطهير المجتمع من وسائل الفتنة وإثارة الغرائز الجنسية، وتبصير الناس بالدين وحثهم على تقوى الله وتسهيل الزواج.

وحد شرب الخمر مرتبط بمنع صنعها وتجارتها والدعاية لها ... وهكذا ... فهذه الارتباطات بين الزواج والواجبات شروط لا بد منها... [وإلا فكيف] يعتبر تطبيق الحدود وحدها هو مظهر تطبيق الشريعة؟! وهل هذا تطبيق أو تشويه وتمويه وتناقض؟! "1

¹ المدخل الفقهي العام، م نفسه، ج1 ص282، 283، 284، بتصرف

ويقدم علال الفاسي توجيهها آخر لا يقل أهمية عن السابق، حيث يجعل هذه الأحكام الشرعية المنصوصة، مما ينبغي سلوك التدرج وتهيئة الأوضاع قبل أي تطبيق، يقول رحمه الله: "يجب أن نذكر أن عودتنا إلى الشريعة لا يجب أن تكون دفعة واحدة، بل إننا في حالة شبيهة بالحالة التي كان الوحي ينزل فيها على رسول الله منجما، فكان يسلك في إقرار الأحكام وتطبيقها طريق التدرج، محبة في أن يكون ذلك نتيجة اقتناع الناس وقبولهم، وكعلاج لمشاكلهم وأدوائهم، وحسبنا أن نقبل بصفة لا هuadaة فيها ولا شك مبدأ الرجوع إلى الشريعة، وإذا دعت بعد ذلك الضرورة لتأخير العمل بمقتضى حكم من أحكامها، فلنجعل مثالا من مثلنا العليا التي نعمل لها ونبذل الجهد لتحقيق تطبيقها، وليس معنى هذا أنني أبيع تعطيل حكم من أحكام الله، حاشاي أن أقصد ذلك أو أقبله، ولكنني أعرف أن المسلمين اليوم إذا طبقت عليهم الشريعة دفعة واحدة، لم يتحملوها وربما أدى ذلك بهم إلى نفرة منها، لاسيما فيما يرجع إلى الحدود، ولذلك لا بد من أخذهم بالحسنى وخلق الجو الصالح الذي يصبحون معه مطالبين بتطبيق ما لم يطبق من أحكام الله؛ ولأن يقع تأخير العمل بحكم أو أحكام من الشريعة خير من أن تعطل الشريعة برمتها؛ لأن ما لا يدرك كله لا يترك كله".¹

والحاصل مما ذكر، أن النص آلية أجمع العلماء على إلزاميتها التشريعية. وأن الاجتهاد بمقابله، اجتهاد باطل، لتجاوزه مصدر مشروعيته وهي النص.

ومع ذلك، فللنص دلالات متعددة، منها: النص: باعتبار دلالة نصوص الشريعة، قطعية كانت أو ظاهرة، من الكتاب أو السنة، كما يمكن أن يكون معنى النص، ما نص عليه إمام من أئمة المذهب.

وقد يكون النص، مقصودا به ما يستخدم في المجال القضائي، أي: ما حدده القانون ضمن أحكامه، لأن المجال القضائي هو الغالب الذي كانت تستعمل فيه القاعدة، كما وضع ذلك الزرقا في المدخل.

¹ دفاع عن الشريعة، علال الفاسي، تقديم دريسا تراوري، دار الكتاب المصري، القاهرة، دار الكتاب اللبناني، بيروت، ص228.

ومن جهة أخرى، رأينا أن للنص باعتباره آلية في الإلزام حدودا تمثلت في ضرورة كون النص نصا محكما غير محتمل، وهو ما يجد تطبيقه الأساسي في أحكام كثير من العبادات ومقدراتها.

والنص مع كونه محكما لا يقتضي الاجتهاد في استنباط الحكم، فإن مجال الاجتهاد فيه يبقى هو تنزيله وتطبيقه أو بلغة الأصول تحقيق مناطه.

ما يعني أن إلزامية النص يُنظر إليها من جهتين: استنباطية وتنزيلية، فالحكم المقرر في نص قطعي هو بالضرورة ملزم من جهة القطع بأنه الدلالة المرادة من صاحبها، فيتحم الإذعان لمقتضاها؛ أما من حيث الجهة التنزيلية، فإن الحكم برغم قطعيته لا يتحتم العمل به أو الإلزام بمقتضاه إلا إذا قطعنا بتحقق شروط وحشيات تنزيله وهو معترك يتسع لاختلاف الأفهام، لأنه محل اجتهاد، ولا أدل على ذلك ما سقناه من أدلة آنفا.

هذا، وإن من مقتضيات القول بالنص في حكم من الأحكام الشرعية في واقع الأمر؛ الإجماع على دلالة بلا خلاف، من هنا قطعيته وهو ما يدفع إلى الحديث عن دليل آخر من أدلة الإلزام في التشريع الإسلامي. ولا شك أن بين الآيتين - النص والإجماع - علاقة وطيدة ستظهر لنا عند بيان الإلزام بالإجماع، وما الذي يضيفه الإجماع إلى قوة النص؟

المبحث الثاني: الإلزامية بالإجماع.

يعتبر الإجماع آلية مهمة من آليات الإلزام في الفقه الإسلامي، وأحد الأدلة الشرعية لدى جميع المذاهب، ويستدلون به في الأحكام فهو حجة عندهم بلا خلاف.

ويعد هذا الأصل القطب الثالث في منظومة أصول الفقه، التي تأتي بعده أصول أخرى موهومة كما أسماها الغزالي، كالقياس والاستحسان والمصلحة والعرف... غير أن هذه الرتبة بين الأصول اليقينية لم تجنب الإجماع أن يكون محل نقاش وخلاف كبير، تكاد تُفقد قوته من حيث معناه أو من حيث إمكانية العمل به. وهذا الالتباس في الحقيقة يورد نوعاً من الشك في طبيعته، هل هناك حقاً من إجماع؟ وما المقصود به؟ ولماذا استقرت هذه الفكرة لدى الأصوليين في نظيراتهم المنهجية؛ ومن ثم كيف أعملها الفقهاء في التشريع؟ ومن أين يستمد الإلزامية، التي بؤها الفكر الأصولي مكانة، لا يجوز الخروج عنها حين انعقادها.

المطلب الأول: تعريف الإجماع .

عرف الغزالي الإجماع تعريفا جمع فيه بين معناه الاصولي واللغوي بقوله: " أما تفهيم لفظ الإجماع فإنما نعني به اتفاق أمة محمد ﷺ خاصة، على أمر من الأمور الدينية، ومعناه في وضع اللغة الاتفاق والإجماع، وهو مشترك بينهما.¹"

ومن أمثلة ذلك حسب الغزالي، ردا على من ينكره، يقول: "فدليل تصوره وجوده، فقد وجدنا الأمة مجمعة على أن الصلوات خمس، وأن صوم رمضان واجب، وكيف يمتنع تصوره والأمة كلهم متعبدون باتباع النصوص والأدلة القاطعة ومعرضون للعقاب بمخالفتها؟"

بينما عرفه شيخه الجويني قبله بقوله: "هو اتفاق جميع علماء العصر على حكم الحادثة"². وتعقب الآمدي تعريف الغزالي بكونه لم يحدد المقصود باتفاق أمة محمد ﷺ الذي يشمل كل مجتهد، بينما هو خاص بالعلماء المجتهدين، في عصر من العصور، لأن إطلاقه يشمل به جميع العلماء إلى يوم القيامة فيستحيل وقوع الإجماع!

¹ المستصفى، ص 137.

² شرح الورقات في أصول الفقه، جلال الدين محمد المحلي، تح: حسام الدين بن موسى عفانة وحذيفة بن حسام الدين عفانة، جامعة القدس، فلسطين، ط1، 1420 هـ، 1999م، ص 181.

ولهذا اقترح الآمدي تعريفاً تبناه من بعده من الأصوليين¹، بأنه اتّفاق جملة أهل الحلّ والعقد من أمة محمد - ﷺ - في عصرٍ من الأعصار على حكم واقعة من الوقائع².

ومن عرفه من المتأخرين الإمام الشوكاني بكونه: اتفاق مجتهدٍ أمة محمد ﷺ وسلم بعد وفاته في عصر من الأعصار على أمر من الأمور، والمراد بالاتفاق الاشتراك إما في الاعتقاد أو في القول أو في الفعل³.

ويكون الاتفاق بين المجمعين بـ"الاشتراك إما في الاعتقاد أو في القول أو في الفعل من جميع المجتهدين بعد الرسول ﷺ في عصر من العصور وليس بالضرورة جميع العصور، وينحصر هذا الاتفاق في المجتهدين دون غيرهم، وهم العوام الذين "لا عبرة بوفاقهم، ولا بخلافهم"؛ وأما موضوع هذا الإجماع فهو جميع الأمور بما فيها: الشرعيات والعقليات والعرفيات واللغويات⁴ وهذا فيه نظر! فهو عند الأصوليين لا يتعلق إلا بالشرعيات.

غير أن للظاهرة موقفاً مميزاً من الإجماع، قاصراً على ما عُلم من الدين بالضرورة، واتّفاق الصحابة خاصّة فيما وراء ذلك؛ وهذا يعني أنه لا سبيل إلى انعقاد إجماع غير الذي سبق ووقع وانتهى!

¹ كالبيضاوي في منهاج الوصول إلى علم الأصول؛ نقلاً عن نهاية السؤل شرح منهاج الوصول، عبد الرحيم بن الحسن الإسني الشافعي، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، ط1، 1420هـ - 1999م، ص281، عرّف الإجماع: "هو اتّفاق أهل الحل والعقد من أمة محمد - ﷺ - على أمرٍ من الأمور".

وعرفه القرافي: "وهو اتفاق أهل الحل والعقد من هذه الأمة على أمر من الأمور ونعني بالاتفاق الاشتراك إما في القول أو في الفعل أو الاعتقاد وبأهل الحل والعقد المجتهدين في الأحكام الشرعية وبأمر من الأمور الشرعيات والعقليات والعرفيات"، الذخيرة، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس المالكي الشهير بالقرافي تح: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي - بيروت، ط1، 1994م، ج1 ص114.

² الإحكام في أصول الأحكام، الآمدي تح، عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - لبنان، ج1، ص195.

³ إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، محمد بن علي الشوكاني اليمني، تح الشيخ أحمد عزو عناية، دمشق - كفر بطنا، دار الكتاب العربي، ط1، 1419هـ - 1999م، ج1 ص193.

⁴ نفسه. ج1 ص194.

قال ابن حزم: "والإجماع هو ما تيقن أنَّ جميع أصحاب رسول الله - ﷺ - عَرَفُوهُ، وقالوا به، ولم يَخْتَلَفْ منهم أحدٌ، كَتَبْنَاهُ أَنَّهُمْ كُلُّهُمْ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - صَلَّوْا مَعَهُ - عَلَيْهِ السَّلَام - الصَّلَوَاتُ الْخَمْسُ، كما هي في عدد ركوعها وسجودها، أو عَلِمُوا أَنَّهُ صَلَّاهَا مَعَ النَّاسِ كَذَلِكَ، وَأَنَّهُمْ كُلُّهُمْ صَامُوا مَعَهُ، أو عَلِمُوا أَنَّهُ صَامَ مَعَ النَّاسِ رَمَضَانَ فِي الْحَضَرِ، وَكَذَلِكَ سَائِرُ الشَّرَائِعِ الَّتِي تَيَقَّنْتَ مِثْلَ هَذَا الْيَقِينِ، وَالَّتِي مَنْ لَمْ يُقَرَّرْ بِهَا، لَمْ يَكُنْ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ، وَهَذَا مَا لَا يَخْتَلَفُ أَحَدٌ فِي أَنَّهُ إِجْمَاعٌ، وَهُمْ كَانُوا حِينَئِذٍ جَمِيعَ الْمُؤْمِنِينَ، لَا مُؤْمِنٍ فِي الْأَرْضِ غَيْرَهُمْ، وَمَنْ ادَّعَى أَنَّ غَيْرَ هَذَا هُوَ إِجْمَاعٌ، كُفِّ الْبَرَهَانُ عَلَى مَا يَدَّعِي، وَلَا سَبِيلَ إِلَيْهِ"¹.

وشد عن موقف الجمهور كل من المعتزلة وطوائف من الروافض، فعند النظام أن الإجماع عبارة عن كل قولٍ قَامَتْ حُجَّتُهُ، وإن كان قولاً واحداً². وعند الروافض فلا إجماع إلا في قول الإمام المعصوم وهذا على خلاف التصور الأصولي للإجماع³.

هذا ويلاحظ على مفهوم الإجماع تنوع استخداماته العملية في الفقه عند الاحتجاج ببعض الأقوال، فقد يطلق ويراد به: إجماع الصحابة كما عند الظاهرية أو إجماع أهل المدينة كما عند المالكية، أو إجماع آل البيت، أو إجماع أهل السنة والجماعة... ومرجع هذا التنوع في نظري يعود إلى صعوبة تحقق الإجماع في غير هذه المستويات، برغم تجاوزه للقيود النظرية كما تصورها الأصوليون، التي لو التزمت لما وجدنا حكماً شرعياً جديداً أجمع عليه، وأما ما ورد في تعريف الغزالي من أمثلة يبين فيها تصوره، فذلك مما ثبت بالنصوص القطعية كوجوب الصلاة ونظير ذلك.

ومن الملاحظات كذلك: أن هذا التعدد الدلالي للإجماع، يمكن تفسيره بكون مقصود العلماء من الإجماع هو تحصيل ضبط الأقوال والآراء الفقهية، رفعا للخلاف المستفحل، لا سيما عند تكافؤ حجية

¹ المحلى بالآثار: أبو محمد علي بن حزم القرطبي، دار الفكر - بيروت، بدون ط وت، ج1 ص75.

² المستصفى: للغزالي، ص، 137..

³ البرهان في أصول الفقه، ج1، ص261.

الاجتهادات، وبهذا يكون الاجماع تحديدا للمرجعية، وملاذا للفقهاء الذي يبطل أية فائدة للأقوال المخالفة، بيد أن الإشكال قد ينتقل الى جانب آخر للإجماع، حين تكون سلطة الاجماع وجها من أوجه التسلط على الأفهام وتثبيتا لأقوال فقهية نسبية، خصوصا في الاجماعات الواقعة على أحكام مصلحة وقتية.

المطلب الثاني: أدلة حجية الإجماع ومصدرها.

إن الحديث عن حجية الإجماع، سيكشف لنا عن واقع الاختلاف البين بين العلماء الأصوليين، في مستندات هذا الأصل الشرعي؛ ما يطرح معه التساؤل عن مصدر قوة الإجماع، في الوقت الذي لا يقوم على أسس قطعية؟

الفقرة الأولى: أدلة حجية الإجماع.

يستدل القائلون بالإجماع في مشروعيته بالقرآن والسنة بأدلة لم تسلم من الخلاف، ولعل الآية المرجعية في هذا الباب قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصْلِهِ جَهَنَّمَ ۖ وَسَاءَتْ مَصِيرًا﴾¹

ومع كون الآية غير واضحة في تحتم الإجماع، فإن من العلماء من قطع بكونها دالة عليه، يقول ابن السمعاني: " فإذا حرم اتباع غير سبيل المؤمنين قطعنا بوجوب اتباع سبيل المؤمنين." ² في الوقت الذي لا يقف فيه الجويني والغزالي عند تلك الدلالة الظاهرة، لكونها لا تنص عليه قطعاً، يقول الغزالي: "فهذه كلها ظواهر – أي الآيات المستدل بها على الإجماع، – لا تنص على الغرض، بل الظاهر أن المراد بها أن من يقاتل الرسول ويشاققه ويتبع غير سبيل المؤمنين في مشايعته ونصرته ودفع الأعداء عنه نوله ما تولى" ³

ونفس الأمر يسري على المستدل به من الأحاديث؛ فحسب الغزالي، فكلها نصوص لوحدها لا تفي بالمطلوب إلا باعتبار تضافرها، يقول:

¹ الآية 114 من سورة النساء.

² قواطع الأدلة، أبو المظفر، منصور بن محمد، السمعاني، تح: محمد حسن الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1418هـ/1999م، ج1 ص464.

³ المستصفى: ص119. ونفس الشيء نجده عند ابن الحاجب في قوله: "وتمسك الشافعي بقوله "ومن يشاقق الرسول " وليس بقاطع لاحتمال " ويتبع غير سبيل المؤمنين" في مبايعته أو متاجرته أو الاقتداء به أو في ترك مشاقته أو في ترك الكفر أو في الاجتهاد لا فيما اجمعوا عليه ينظر: شرح العضد على مختصر المنتهى الأصولي، لابن الحاجب، للقاضي عبد الرحمن بن أحمد الايجي، ضبطه ووضع حواشيه، فادي نصيف، وطارق يحي. منشورات علي بوضون ، دار الكتب العلمية، ط1، 2000م، ص111.

" فطريق تقرير الدليل أن نقول: تظاهرت الرواية عن رسول الله ﷺ بألفاظ مختلفة مع اتفاق المعنى في عصمة هذه الأمة من الخطأ، واشتهر على لسان المرموقين والثقات من الصحابة كعمر وابن مسعود وأبي سعيد الخدري وأنس بن مالك وابن عمر وأبي هريرة وحذيفة بن اليمان وغيرهم ممن يطول ذكره من نحو قوله ﷺ: " لا تجتمع أمتي على الضلالة¹ " ولم يكن الله ليجمع أمتي على الضلالة "

"و سألت الله تعالى ألا يجمع أمتي على الضلالة فأعطانيها"، و"من سره أن يسكن بحبوة الجنة فليزِم الجماعة، فإن دعوتهم تحيط من وراءهم"

"وإن الشيطان مع الواحد وهو من الاثنين أبعد"، وقوله ﷺ "يد الله مع الجماعة ولا يبالى الله بشذوذ من شذ"

"و لا تزال طائفة من أمتي على الحق ظاهرين لا يضرهم من خالفهم"²، وروي: " لا يضرهم خلاف من خالفهم إلا ما أصابهم من لأواء ومن خرج عن الجماعة أو فارق الجماعة قيد شبر فقد خلع ربة الإسلام من عنقه، ومن فارق الجماعة ومات فميته جاهلية "³.

ويبدو أن ما تضمنته النصوص الحديثية من مفردات مختلفة، وإن كانت لا تدل بالضرورة على الإجماع؛ كما حده الأصوليون، فإنها تتقاطع معها في بعض الأوصاف أهمها:

اعتبار جانب الكثرة في المجتمعين، فعبر عنها بالأمة أو الجماعة أو الطائفة، وفي المقابل نجد الأحاديث تدم الفرد والشاذ الخارج عن الجماعة ...

¹ جاء عنه في أسنى المطالب في أحاديث مختلفة المراتب، محمد أبو عبد الرحمن الحوت، تح، مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، ط1، 1418 هـ - 1997م، ص316، خبر رقم 1667. "خبر: " لا تجتمع أمتي على ضلالة ". فيه اضطراب وخلاف في صحته، وقد أخذ به الفقهاء، وجعلوه دليل الإجماع.

² صحيح مسلم، كتاب: الإمارة: باب قوله ﷺ " لا تزال طائفة من أمتي ظاهرين على الحق لا يضرهم من خالفهم " ج3 ص1523.

³ المستصفى: ص120.

كما استدل المحتجون بالإجماع بحجج أخرى عقلية، منها: أن اتفاق المجتهدين على حكم مسألة رغم اختلاف عقلياتهم وإمكاناتهم المعرفية، يؤكد أن ما توصلوا إليه من حكم هو الحكم الصحيح، وأنه لا وجود لما يعارضه؛ بدليل اتفاقهم وعدم تفرقهم، يقول الإمام الشافعي:

"الجماعة لا تكون فيها غفلة عن معنى كتاب الله ولا سنة ولا قياس؛ وإنما تكون الغفلة في الفرقة"¹.

واستدلوا كذلك بضرورة وجود الإجماع الذي يدل على بقاء الأمة مجتمعة لما حباها الله به من عصمة، ونفى عنها الوقوع في الضلال، خاصة بعد وفاة الرسول ﷺ، وانقضاء الوحي.

يقول السرخسي: "إن الله تعالى جعل الرسول خاتم النبيين وحكم ببقاء شريعته إلى يوم القيامة وأنه لا نبي بعده وإلى ذلك أشار رسول الله ﷺ في قوله لا تزال طائفة من أمتي على الحق ظاهرين لا يضرهم من نأوهم فلا بد من أن تكون شريعته ظاهرة في الناس إلى قيام الساعة وقد انقطع الوحي بوفاة، فعرفنا ضرورة أن طريق بقاء شريعته عصمة الله أمته من أن يجتمعوا على الضلالة، فإن في الاجتماع على الضلالة رفع الشريعة وذلك يضاد الموعود من البقاء وإذا ثبت عصمة جميع الأمة من الاجتماع على الضلالة ضاهى ما أجمعوا عليه المسموع من رسول الله ﷺ وذلك موجب للعلم قطعاً فهذا مثله"².

والحاصل أن قوة مستندات الإجماع، تكمن في فكرة الجماعة ذاتها، لأن الاجتماع/ الاجتماع، على حكم معين، يكون أسلم وابعد عن الخطأ من غيره، بالرغم مما يمكن أن يقال عن أدلة الاجتماع الجزئية لضعفها سنداً أو دلالة !

¹ الرسالة، الشافعي، تح: أحمد شاكر، مكتبة الحلبي، مصر، ط1، 1358هـ/1940م، ص، 473.

² أصول السرخسي، الناشر: دار المعرفة - بيروت، د ت ط، ج1، ص300.

الفقرة الثانية: مصدر حجية الإجماع.

إذا كان الأمر كما سبق الخلوص إليه في الفقرة السابقة، من أن أدلة حجية الإجماع، هي أدلة خلافية، لم يسلم أي منها من تأويل، فمن أين يجد الإجماع القوة التي يتمتع بها عند تطبيقه لدى الفقهاء بغض النظر عن كل الإشكالات التي حاول العلماء تدليل صعوباتها؟

ويبدو لي أن الجواب عن ذلك، يحتم علينا بالضرورة العودة إلى نشأة هذا الأصل، والسياق الذي أوجده إلى حيز الوجود نظريا وعمليا. فرما تكون مقاصد القوم أقوى في حجية الإجماع من أدلتهم.

ومن أفضل ما وجدته، تفسير رضوان السيد¹، لسبب إيجاد الإجماع الأصولي، في رده على أطروحة² تنتمي إلى مثيلاتها الكثيرة في الدراسات الإسلامية، حول الإجماع، وتشارك في قراءة مبتسرة للإجماع لا ترى فيه إلا أداة طيعة استخدمها كل من الفقهاء ورجال السلطة، لإحكام قبضتهم وتسلطهم، وإقصائهم لمختلف المكونات المتعددة بالمجتمع الإسلامي. فالإجماع - حسب هؤلاء- يعني سلطة وقوة بيد أصحاب السلطة القائمة علميا وسياسيا. فمقصد " الفقهاء من أهل السنة، إنما كان احتكار سلطة التشريع بالنخبوية، وتسخيرها لخدمة السياسيين عبر التاريخ الإسلامي الوسيط! وحتى في الفصل السياسي الذي عقده الكاتب، يذكر وظيفة واحدة للإجماع هي تسويق الخضوع للسلطات، والمنع من التمرد بحجة الفتنة!

يقول السيد " إن هذه الدراسة عن الإجماع ونقاده في القديم والحديث، شأنها في ذلك شأن الدراسات النقدية الأخرى المعنية بتجديد علم أصول الفقه- تتجاهل الأصل السياسي للإجماع الذي ذكره الشافعي قبل التدليل على الوظيفة التشريعية له."

¹ الإجماع والتشريع وسلطة الأمة، دراسة منشورة على موقع المؤلف، www.ridwanalsayyid.com جريدة الشرق الأوسط في صفحة آفاق إسلامية في 2017/01/17

² لم يرد في دراسة رضوان السيد، عنوانها، ولا عين صاحبها، فقد أرسلت إليه، قصد التحكيم، وتقويم السيد لها باعتبارها نموذجا لدراسات أخرى تسير في نفس الاتجاه، من التحامل والنقض لأصول الفقه، في الوقت الذي تحتاج فيه الدراسات الأصولية إلى نقد يبني على ما سبق ولا يهدمه.

وإذا كان رضوان السيد، لا ينكر إمكانية سوء استخدام الإجماع، إلا أن تعميم لحظات الإساءة هذه على كل تاريخ الإجماع منذ نشأته في الأمة، يتنافى و مقتضيات الموضوعية العلمية والحجة العقلية.

فبالنسبة لرضوان السيد، فالشافعي في تأصيله للإجماع وترتيبه بعد الكتاب والسنة، إنما كان يستحضر إجماعات المسلمين، على وحدة الأمة ووحدة الإمام، ووحدة الدار ووحدة القاضي... الخ، وعلى "سلطة الأمة". وأنه من خلال إجماعها ذلك، رتب الشافعي مبدأ اعتبار الإجماع حجةً شرعيةً، وهو عندما فعل ذلك ما كان ما فعله بدعاً، فقد وافق عليه كثيرون، ومن بينهم معتزلة وغير معتزلة.

" إنما في حين أنّ سلطة الأمة التي تمارسها من خلال إجماعها حاضرة في جمهورها أو شائعة فيه؛ فإنّ الاشتراع لا يمكن أن ينسب إلى الجمهور - لذا فما كان الحديث عن إجماع العامة في الأحكام الشرعية؛ بل هو إجماع الفقهاء المجتهدين.

ومن الطبيعي أن يكون كذلك، إذ كيف تستطيع العامة الاشتراع؟! لكنّ الكاتب إنما كان يريد التشنيع على الفقهاء، فتجاهل ضرورات الاختصاص عندما يرادُ الاجتهاد. ومن اجتماع آراء المجتهدين على أمرٍ أو حكم يصبح هذا الحكم أو العرف جزءاً من حركية الاجتهاد إلى جانب الاستنباط من الكتاب والسنة".

وما لم يفهمه نقاد الإجماع وأخطأوا في إدراكه أن "المسلمين أقاموا على الإجماع سائر شرعيات مجتمعهم منذ وفاة النبي صلواتُ الله وسلامه عليه، ومن ضمن ذلك نظامهم السياسي الذي قام على الإجماع." وصنيع الشافعي في تأصيل الإجماع يشبه تماماً صنيعه في تبني القياس الفقهي، والذي نجد الشافعي يقيمه على حديث معاذ¹ الذي يشكك في صحته كثير من المحدثين سنداً ومقتناً.

¹ " إن رسول الله ﷺ بعث معاذاً إلى اليمن فقال كيف تقضي ؟ فقال أقضي بما في كتاب الله قال فإن لم يكن في كتاب الله ؟ قال فبسنة رسول الله ﷺ، قال فإن لم يكن في سنة رسول الله ﷺ ؟ قال أجتهد رأيي قال الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله ﷺ رواه الترمذي، كتاب الأحكام، باب ما جاء في القاضي كيف يقضي، حديث رقم 1327 - قال الشيخ الألباني : ضعيف " سلسلة

ولم يمنع ذلك الشافعي من القول به، لأنه رحمه الله، إنما يعبر عما تكرر لدى شيوخ كثيرين قبله أخذه عنهم واستأنس بالحديث.

"فالقياس الفقهي ممارسة تعود إلى أيام الصحابة، وتدل على شرعيتها مرويّات تختلف قوة وضعفاً. والشافعي الذي اعتبر القياس مصدراً تشريعياً، تابع في ذلك ممارسات الصحابة والتابعين والمرويات عن النبي، وهو فعل الشيء نفسه في الإجماع. فقد اعتبر التصرفات الاجتماعية والعامة منذ وفاة الرسول ﷺ التي تلقنتها الأمة بالقبول إجماعات، والإجماع شرع أو له قوة الحكم الشرعي."

وجواباً عن سؤال أساسي يطرحه السيد: "إنما السؤال في هذه النقطة من غير الديني البحث إلى الديني. اعتبر السيد أن تبني الإجماع عند الشافعي هو بمثابة ردة فعل وتأثر بقول شيخه الإمام مالك بعمل أهل المدينة واعتباره دليلاً شرعياً؛ لكون المدينة مدينة رسول الله ﷺ على مدى عشر سنوات: "هي سنوات ظهور الجماعة والأمة وتطبيقات السنة، غير أن معاصري مالك كالليث بن سعد والشافعي تلميذه" رأياً ومعهم آخرون كثيرون أن اعتبار إجماع أهل المدينة يعود إلى أنهم جماعة مؤمنة استبطنت الشريعة ومن ضمنها السنة؛ وهم لا يتميزون بذلك عن سائر المسلمين، فإذا كان إجماع أهل المدينة شرعاً، فالأولى أن يقال إن إجماع الأمة شرع أيضاً.

"وكانت هذه هي النقطة من الاجتماعي/ السياسي إلى الفقهي والديني. وما اهتم الشافعي في الرسالة بإيراد دليل "سبيل المؤمنين" القرآني في الرسالة، لأنه غامض بالفعل، بل أورده في رسائل أخرى عندما كان يرد على منكري السنة وحجيتها."

لقد ظلّ الفقهاء المسلمون في كتبهم في الأحكام السلطانية والسياسة الشرعية يعتبرون أن الخلافة أو السلطة السياسية قامت على الإجماع¹... وعندما نقول إن الإجماع هو الذي أنشأ هذه السلطة في المجتمع

الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة، دار المعارف، الرياض - المملكة العربية السعودية، ط1، 1412 هـ / 1992 م، ج2، ص 273 - 286.

¹ يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري - رحمه الله: إن أهل السنة والمعتزلة يرون أن الخلافة واجب شرعي، ولكنهم يختلفون في أساس هذا الوجوب؛ فأهل السنة يرون أن سند وجوب الخلافة هو الإجماع، أما الرأي الآخر وغالب أنصاره من المعتزلة، فيرى أن

الإسلامي على وجوه الخصوص؛ عن طريق الشورى والبيعة؛ فإنّ هذا يعني أنّ السلطة شائعة في مجتمع المؤمنين هذا، وأنه يملك أن يوكلها إلى هذا الفرد أو إلى هذه الجهة بعقدٍ معيّنٍ وشروطٍ معينةٍ وهذه تفاصيل تنظيمية، إنما الأصل أنّ السلطة السياسية أو التبرير هي حقّ المجتمع.

ويرى رضوان السيد أنه بدل التحامل على الإجماع، فإنه يمكن البناء عليه في التمكين لأطروحة الأمة وإرادة جماعتها في زمن التغيير.

وهي فكرة جديدة بالاهتمام وتسعف في تفسير دور الإجماع في كثير من القضايا المختلف فيها مع وجود تنسيقات على أنها مما أجمع عليه. !

المطلب الثاني: الإجماع وأهميته الإلزامية

سند الوجوب هو العقل، وهناك طائفة من المعتزلة ترى أن سند وجوب الخلافة شرعي وعقلي في وقت واحد، ويرى الشيعة كذلك وجوب إقامة الحكومة الإسلامية. "فقه الخلافة وتطورها: ص 59".

وذلك من خلال الحديث عن تطبيقات الإجماع، والمواقف المترتبة عنها ثم نخلص إلى أهمية الإجماع الإلزامية. في فقرتين:

الفقرة الأولى: مواقف الفقهاء من المسائل المجمع عليها.

ومن المفارقات هنا، أنه رغم قوة الإجماع، كما افترضها الأصوليون، فإن مما يلفت انتباه الباحث، عدم اتفاقهم على أي مسألة من مسائل الإجماع تعريفاً وشروطاً وأركاناً، وحتى مواضعه التي يطبق فيها، ولا أريد التطرق في هذه الدراسة لكثير مما يُتناول في إطار الإجماع، لكثرتة، وتشعبه وعدم انحسام مسأله.

وأكتفي بالاعتماد على نتائج دراسات علماء وباحثين مرموقين، أفردوا للاجتهاد كتباً خاصة.

ومن هذه النتائج ما توصل إليه يعقوب الباحسين في دراسته " أن الإجماع على حسب ما عرضه الأصوليون، ليس تحققه وإمكانه موضع اتفاق بينهم، فمنهم من يرى أن العادة تحيل مثل الاتفاق الشامل لكل مجتهدي الأمة أو على أفضل الاحتمالات أنه يكون متعذراً، في تحققه وفي العلم به وفي نقله، ولم تكن أدلة الطرفين حاسمة، بل فيها من الوهن والضعف ما جعلها غير مؤثرة في نقل أي من أطراف النزاع عن رأيه ...

كانت بعض مباحث الإجماع نظرية، وأدلتها جدلية أكثر منها واقعية وعملية.

ويبدو من خلال الأمثلة المضروبة للإجماعات أنه، فيما عدا ما ثبت من الدين بالضرورة، لا يعدو أن تكون اتفاقاً للأكثر أو اتفاقاً لا يعلم له مخالف.¹

¹ الإجماع، حقيقته أركانه، شروطه....، يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، مكتبة الرشد ناشرون، ط1429، 1-2008م، ص350.

وقبله الشيخ **محمود شلتوت** الذي عبر بوضوح كبير عن هذا الاختلاف والتباين، يقول: "لا أكاد أعرف شيئاً اشتهر بين الناس أنه أصل من أصول التشريع في الإسلام، ثم تناولته الآراء، واختلفت فيه المذاهب من جميع جهاته، كهذا الأصل الذي يسمونه الإجماع".¹

وظهر له هذا في حكاية الإجماع حول مسائل فقهية ثبت أنها محل خلاف بين العلماء، وظهر عند الشيخ شلتوت أن كل من حكى الإجماع في مسألة هي محل خلاف، قد بنى حكايته في معنى الإجماع وما يكفي لتحقيقه، على ما يفهمه هو أو ما يفهمه إمامه أو الطائفة التي ينتمي إليها.²

ونفس الشيء تؤكد موسوعة حديثة تصدت لتتبع الإجماع في التراث الفقهي، ومما جاء في مقدمتها: "إن الناظر في كتب الفقه الإسلامي، يجد أن هناك كما هائلا من الإجماعات التي ينقلها العلماء في المذاهب الفقهية المختلفة، بينما يجد لبعض تلك النقول خروقا من أقوال علماء آخرين.

كما أنه في بعض تلك المسائل التي نقل فيها الإجماع قد يجد من خالف فيها من عالم أو أكثر بعد ذلك، فهل هذا الإجماع صحيح أم أنه لم يتحقق أصلا؟ وينبغي على ذلك: هل تجوز المخالفة في تلك المسائل أو لا؟"³

ومن الأمثلة على ذلك كتاب "الإجماع" لابن المنذر (ت318هـ) وهو من "أشهر العلماء الذين يحكون الإجماع، وهو أول من صنف فيه كتابا في الفروع الفقهية، وهو لا يستخدم فيه غالبا إلا عبارة الإجماع ... وابن

¹ محمود شلتوت. الإسلام عقيدة وشريعة ص 65.

² نفسه.

³ موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، أسامة بن سعيد القحطان، دار الهدى النبوي، مصر، دار الفضيلة، ط1، 1434هـ، 2013م، والدراسة عبارة عن دكتوراه، أشرف عليها قسم الدراسات الإسلامية بجامعة الملك سعود. ج1 ص6.

المنذر يعتبر من المتساهلين في حكاية الإجماع، ولذا يقول الإمام ابن القيم: "وهذه عادة ابن المنذر؛ أنه إذا رأى قول أكثر أهل العلم حكاها إجماعاً".¹

ولا شك أن هذه النتائج تكاد تُزكّي مواقف لعلماء ينفون الإجماع وإمكانية وجوده، بما فيهم أولئك الذين يتبنونه من الناحية النظرية؟!

ومن ذلك ما اثر عن الشافعي حين سئل "... فهل من إجماع؟ قلت (الشافعي): نعم، نحمد الله كثيراً في جملة الفرائض التي لا يسع جهلها، فذلك الإجماع هو الذي قلت: أجمع الناس؛ لم تجد حولك أحداً يعرف شيئاً يقول لك: ليس هذا بإجماع، فهذه الطريق التي يصدق بها من ادعى الإجماع فيها، وفي أشياء من أصول العلم دون فروعه، ودون الأصول غيرها، فأما ما ادعيت من الإجماع، حيث قد أدركت التفرق في دهرك، وتحكي عن أهل كل قرن؛ فانظره أيجوز هذا إجماعاً".²

وروي عن الإمام أحمد، وهو ممن نصوا على "أن الإجماع حجة مقطوعة بها، فإذا اتفق الفقهاء على حكم حادثة، كانت حجة معصومة ودلالة قطعية متبعة"

¹ نقلا عن تصحيح الفروع للمرداوي، ج1 ص465. ينظر: هامش موسوعة الإجماع 1 ص64. تتبع فيها الباحث استخدامات الفقهاء لهذا المصطلح في كتاباتهم، ومدى حرص التزام الدلالة الاصطلاحية كما تصورها الأصوليون، ومقدار ما يبتعدون أو يقتربون من ذلك. فالكاساني مثلاً في بدائع الصنائع يعبر بالإجماع عن الإجماع المذهبي لديه، ومنهم من يتورع عن توظيفه كابن قدامة في كتابه "المغني" فلا يكاد يعبر بالإجماع ويستخدم بدلها عبارة "لا أعلم خلافاً" سيرا على نهج الإمام أحمد مؤسس المذهب. ونفس الشيء لدى الإمام النووي في المجموع: "أما عبارات النووي بنفي الخلاف؛ أو الاتفاق المجرد من قرينة العموم، فإنها مذهبية، أما إذا قيد عبارته بأنه لا خلاف بين العلماء أو الفقهاء؛ أو باتفاق العلماء، فهو يعني الإجماع. ينظر موسوعة الإجماع، ص69.

² الأُم، الشافعي الناشر: دار المعرفة - بيروت، د ط، 1410هـ، 1990، ج7 ص295. كتاب حجية الإجماع ص92.

وفي نفس الوقت "روي عنه ما يدل على استبعاده للإجماع فقال: من ادعى الإجماع فهو كذاب، لعل الناس قد اختلفوا، هذه دعوى بشر المريسي والأصم، ولكن يقول: لا نعلم الناس اختلفوا، أو لم يبلغني أن الناس اختلفوا.

وقال أيضا: كيف يجوز للرجل أن يقول: أجمعوا؟ إذا سمعتمهم يقولون: أجمعوا، فانهمم، لو قال: إني لم أعلم مخالفا جاز.

ويوجه ابن عقيل هذه الرواية عن أحمد بن حنبل بأن "هذا منه على طريق الورع، أو أن الغالب أنه لا يحيط علما. بمقالة المجتهدين في الأقطار مع تباعدها وكثرة المجتهدين، وكيفية قولهم في الحادثة، وعدم الثقة ببقاء المفتي على فتواه، مع تجويز أن يكون رجع فيما أفتى به أولا، فهذا وأمثاله أوجب استبعاده لإطلاق الإجماع،"¹

والخلاصة هنا، أن الإجماع طريق إلى التماس القطع في الأحكام لدى الفقهاء، ولذلك وجدنا فيما تركوه لنا من أحكام موقفين متميزين، فمنهم من يتساهل في إطلاق الإجماع ليسبغ حملته على الأحكام التي يرححها على غيرها في موضع الخلاف.

وفي نفس الوقت، نجد موقفا آخر لا يقل قيمة علمية، لدى أساطين العلم من الفقهاء كالشافعي وأحمد بن حنبل، في كونهم لا يتسرعون في قبول إطلاق الإجماع رغم أنهم ممن نصوا على حجيته وقوته في الالتزام بما تحته.

¹ الواضح في أصول الفقه، ج5 ص104.

الفقرة الثانية: أهمية الإجماع وقوة الالتزام فيه.

أولاً: أهمية الإجماع.

تتجلى هذه الأهمية حسب الدكتور علي جمعة وهو من المنافحين عن الإجماع، دليلاً من أدلة أصول الفقه؛ بأن وظيفة الإجماع " الكبرى هي: نقل الدليل من الظنية إلى القطعية، ... (أي) ما عرف بمصطلح: المعلوم من الدين بالضرورة، وهو مختلف الدرجات، تتفاوت الناس في إدراكه؛ فما هو معلوم من الدين بالضرورة عند طائفة من العلماء، ليس كهو عند العوام...

وأن الإجماع ينقسم إلى: إجماع حكم لا يتغير أبداً، وإلى إجماع فتوى يتغير بتغير الزمان والمكان، والأشخاص والأحوال.¹

ما يعني أن الاكتفاء بالنصوص لوحدها دون قيام إجماع حول دلالتها هو فتح للطريق على هدم الإسلام كما نعرفه، ومثال ذلك تفاصيل الوضوء والصلاة يقول علي جمعة: فلا يتصور: " أن أحداً يعرف كيف يتوضأ، أو يصلي أو يحج أو يصوم.... إذا أنكر الإجماع بالكلية، فإن الإجماع هدم للدين.

ومن هنا، لا ينقضي العجب من أولئك الذين يشحنون أبحاثهم ومؤلفاتهم بالطعن في الإجماع، إن تصريحاً وإن إيماءً...

إن الإجماع ضابط لهوية دين الإسلام، حيث يحول الظني - في ثبوته أو دلالاته - إلى قطعي، فيخرج بذلك من مجال الاجتهاد، ويحافظ على ما اتفق عليه المسلمون من الثوابت التي لا تختلف باختلاف الزمان أو المكان أو الأشخاص أو الأحوال²، والقدح فيه يفتح باب شر واسع على الأمة ويحرمها من القطعي الذي حفظ الشريعة القرون الطويلة...³

¹ الإجماع عند الأصوليين، علي جمعة، دار الرسالة - القاهرة، ط2، 1420، 2009، ص65.

² الإجماع عند الأصوليين، ص3.

³ نفسه ص66.

ومن أمثلة ذلك: الإجماع على أن الوضوء سابق على الصلاة مع إجماع النص في قوله تعالى ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا فُتِنْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ﴾¹ حيث اجتمعت الأمة على أن الوضوء قبل الصلاة، وأن المراد من الآية: إذا أردتم القيام إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم... الخ.

فلا يجوز لأحد من الناس أن يقوم بتحليل لغوي يتوصل به إلى حكم يخالف ذلك الجمع عليه؛ فيقول مثلاً: إن كلمة (قمت) فعل ماضٍ، والفاء في (فاغسلوا) للتعقيب، فالوضوء بعد الصلاة؛ بل إن قائل ذلك يكفر لمخالفته الإجماع.

وكذلك الإجماع على حرمة الخمر، ولم يرد لفظ التحريم في القرآن، بل ورد قوله تعالى : ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْهَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾² في شأن الخمر التي أجمعت الأمة على أنها للتحريم مثلاً...³

إلى غير ذلك مما يدخل في المعلوم من الدين بالضرورة: "ومن المعروف: أن المعلوم من الدين بالضرورة، لا يستوي الناس كلهم في إدراكه والعلم به على حد سواء؛ بل يختلف الناس في تحصيله، فأحكام الأيلاء والظهار قد يجهلها كثير من المسلمين مع أنها من المعلوم من الدين بالضرورة عند العلماء."⁴

ومن جهة أخرى، نجد علي جمعة رافضاً للتمييزات الجديدة للإجماع، فهناك من يريد للإجماع أن يصير المقصود به ما يسمى بالإجماع الشعبي، أو ما يسمى في الإعلام بالرأي العام، لأن المعتبر بحسبه "إجماع الخاصة، وليس إجماع العامة... [وذلك بسبب ما هو] معلوم من الطرق الحديثة لصناعة الرأي العام، وتوجيهه حيث

¹ من الآية 7 من سورة المائدة.

² من الآية 90 من سورة المائدة.

³ نفسه، ص 18

⁴ نفسه، ص 19.

شاء أولئك الصانعون بطرق حديثة، غاية في التعقيد، يستخدم فيها مقررات علم النفس والاجتماع، وكل الوسائل التقنية الحديثة، مما يشكك في حرية الاختيار للأفراد أثناء تكوينهم لما يسمى بالرأي العام"¹

وهنا نتساءل: لماذا يرفض علي جمعة أن يكون الإجماع تأسيسا للإجماع الشعبي في القضايا المصلحية، والتي لا علاقة لها بالدين من حيث إمكانية أن يشمل الالتزام بها جميع الأمة في جميع العصور، إنه مجرد إجماع ظرفي تحتكم الأمة إليه، بناء على مقتضيات مصلحة، فإذا تغيرت تغير الحكم بإجماع شعبي جديد.

وأن ما اثاره من إمكانية التأثير في الرأي العام، هو مجرد احتمال لعدم وجود ضمانات لخلق رأي عام، يكون وليد تدافع شعبي خالص.

ثانيا: قوة الالتزام فيه.

لقد حرص العلماء في حديثهم عن حجية الإجماع، إلى أن ترقى إلى قوة حجية النص ذاته، إذا ثبت الإجماع فإنه يجب اتباعه، وتحرم مخالفته²، يقول أبو يعلى: "الإجماع حجة مقطوع عليها، ويجب المصير إليها، وتحرم مخالفته"³

وقال ابن تيمية: "وإذا ثبت إجماع الأمة على حكم من الأحكام، لم يكن لأحد أن يخرج عن إجماعهم"⁴.

وقال ابن القيم: "ومحال أن تجتمع الأمة على خلاف نص، إلا أن يكون له نص آخر ينسخه"⁵

¹ نفسه ص 61، 62.

² الرسالة ص 473، البحر المحيط، ج 4، ص 447. مجموع الفتاوى لابن تيمية، ج 20، ص 10.

³ العدة، ج 4 ص 1058.

⁴ مجموع الفتاوى، ج 20 ص 19.

⁵ اعلام الموقعين، ج 3، ص 143.

فإذا حدث وخرج أحد عن الإجماع، فإنه يعرض نفسه لأن يرمى بالخروج من الملة والكفر، تماماً كمن أنكر مقطوعاً به من نصوص الشريعة كتاباً وسنة.

وهي أقرب الطرق في إثبات كون الإجماع حجة قاطعة¹ ولا بأس من التأكيد هنا على أن التكفير على مخالفة الإجماع، وإن لم يكن في حد ذاته موقفاً مجمعا عليه، فإنه يعبر عن توجه عام لدى الفقه، لتكريس الإجماع كسبيل لتوحيد الحكم الشرعي.

وإلا فلن نعدم مواقف أخرى تتبرأ من التكفير، إما لعدم الإجماع في المسألة أو لكونهم لا يتبنون الإجماع كمسلك قطعي في التشريع؛ قال ابن حزم: "الإجماع قاعدة من قواعد الملة الحنيفية يرجع إليه، ويفزع نحوه ويكفر من خالفه إذا قامت عليه الحجة بأنه إجماع".²

وانطلاقاً مما سبق، واستحضاراً لأصل نشأة الإجماع السياسية، وارتباطه بسير شؤون الجماعة على وزان من النظام والاستقرار، الذي قد يرتبك في ظل الخلافات والاختلافات السياسية والتشريعية. هو ما يبرر هذا الحرص في نظري لدى الفقهاء على الإجماع؛ لما فيه من توحيد الشأن التشريعي، وضمان هيئته لدى المتلقين. ونظراً لصعوبة تحقق الإجماع في غير المجال التعبدية، وفي نطاق ضيق يرتبط بالمنصوص عليه، وتحديد دلالاته، فإن الفقهاء كثيراً ما عبروا عما يقترب من الإجماع كالمتفق عليه، أو بعبارة ما لا خلاف فيه أو ما لا نزاع عليه...

إلى جانب إعمالهم لما جرى به العمل في قطر من أقطار المسلمين، كعمل أهل المدينة، فإجماعهم يصير حكماً ملزماً عند المالكية باعتبارهم ورثوه إرثاً نبوياً منذ عهد الرسول ﷺ وصحابته ومن اتبعهم بإحسان.

¹ الاحكام الامدي، ج1 ص287.

² مراتب الإجماع ص23. والمحلى، ج8، ص213

ومن هنا، يمكن التأسيس لحجية نتيجة الشورى لجماعة أو طائفة من مكونات الأمة، دون أن يقتضي الأمر اتفاق جميع علماء الأمة قاطبة¹، حين نعتبر ما يتوصلون إليه من قرارات بمثابة إجماع منهم يوجب الالتزام به .

ويبدو هذا جليا في التشديد الذي ووجهت به كل محاولة للقول بخلاف السائد أو المشهور بدعوى وقوع الإجماع فيه سواء تعلق بالاعتقادات² أو العمليات على قدر سواء؛ وهو أمر جائز لدى الفقهاء، يقول السمعاني: "إذا تعرفنا حال الأمة وجدناهم متفقين على تضليل³ من يخالف الإجماع وتخطئته؛ ولم تزل الأمة ينسبون المخالفين للإجماع إلى المروق وشق العصا ومحادة المسلمين ومشاققتهم، ولا يعدون ذلك من عظام الأمور وقبيح الارتكابات، فدل أنهم عدوا إجماع المسلمين حجة يحرم مخالفتها"⁴

¹ هذا التوجه عبر عنه الباحث، قطب مصطفى سانو في بحث له نشر بمجلة: إسلامية المعرفة قصد فيه الى تجديد فكرة الإجماع، فالإجماع لا يعني في نظره، إلا الاجتهاد الجماعي عبر التشاور. يقول معرفا للإجماع بأنه: "الوصول إلى اتفاق ناتج عن تشاور أهل العلم والمعرفة والدراية في قضية أو نازلة من النوازل". مجلة اسلامية المعرفة: عدد 21

² ومن ذلك: الأبعاد الذي يجابه به عن ولاية المسلمين في المجال السياسي من لا يقول بخبر الواحد لأنه مما أجمع عليه حسب الماوردي في قوله: "فأما ولاية من لا يقول بخبر الواحد فغير جائزة لأنه تارك لأصل قد اجتمعت عليه الصحابة، وأكثر أحكام الشرع عنهم مأخوذة بواسطة فصار بمنزلة من لا يقول بحجية الإجماع الذي لا تجوز ولايته لرد ما ورد به النص". الأحكام السلطانية، أبو الحسن الماوردي، دار الحديث - القاهرة، د ت، ص 114.

³ وقد لا يقف الامر عند مجرد التضليل بل يصل إلى حد التكفير يقول الجويني: "فشأ في لسان الفقهاء أن خارق الإجماع يكفر. وهذا باطل قطعا فإن من ينكر أصل الإجماع لا يكفر والقول في التكفير والتبرؤ ليس بالهين ولنا فيه مجموع فليتأمله طالبه نعم من اعترف بالإجماع وأقر بصدق المجمعين في النقل ثم أنكر ما أجمعوا عليه كان هذا التكذيب ايللا إلى الشارع عليه السلام ومن كذب الشارع كفر.

والقول الصابط فيه أن من أنكر طريقا في ثبوت الشرع لم يكفر ومن اعترف بكون الشيء من الشرع ثم أنكره كان منكرا للشرع وإنكار جزئه كإنكار كله والله أعلم" البرهان، ج1 ص280..

⁴ قواطع الأدلة: م س، ج1 ص479..

ويأخذ الإجماع، لدى البعض من العلماء، مداه التوظيفي في إسباغ الإلزامية على قول القليل من العلماء ولو كانوا ثلاثة أو خمسة، وما ذلك إلا للسلطة المعرفية والشرعية التي يتمتع بها الإجماع نظريا ويراد تنزيلها على بعض الأحكام عمليا، يقول الدبوسي: "والإجماع من علماء الأمة حجة وإن كانوا ثلاثة أو خمسة أو عشرة وجاز تواطؤهم على الكذب عادة"!!¹ ومثل هذا في قول الرازي: "لا يعتبر في المجمعين بلوغهم حد التواتر لأن الآيات والأخبار الدالة على عصمة الأمة والمؤمنين، فلو بلغوا- والعياذ بالله- إلى الشخص الواحد، كان مندرجا تحت الدلالة فكان قوله حجة"².

والواقع أن هذه المواقف لا تعكس، في نظري، إلا تلك الرغبة البالغة في تحقيق مقصد الوحدة التشريعية للجماعة، ولو أن إسراف مثل هذه المواقف في تمثله واسباغه -على فرض إمكانية ذلك- في كل الأقوال مهما بلغت قليلة له انعكاساته الجانبية غير المرغوبة، فهو سلاح ذو حدين له اثر خطير على الحياة الاجتهادية في حياة المسلمين، أبرزها إمكانية الاستبداد بالرأي مهما كان ضعيفا وإقبار الأقوال الأخرى بدعوى الإجماع الذي يصعب توفره بالمعنى الاصطلاحي والنظري المحدد أصوليا، وإن كان في الفقه قد تخفف كثيرا من قيوده الأصولية.

والحاصل مما ذكر، أن الحديث عن حجية الإجماع، كما صورها الأصوليون والفقهاء مدخل مهم من مداخل فهم طبيعته الإلزامية؛ ففي سبيل ذلك قالوا بقطعيته، وبكفر مخالفته، إمعانا في الالتزام به، فلا يجد معها المكلف سبيلا إلى الانفكاك عن مقتضاها التشريعي.

ولا ينبغي، في نظري، بحال أن يفهم بأن ذلك إلغاء له أو إضعاف لسلطته، بل إن العلماء ما فتئوا يستخدمونه لتقوية آرائهم الفقهية متخذين منه سلاحا في مواجهة المخالف!! لأن سياق الحديث عن الإجماع هو سياق البحث عن القطع في الأحكام وقطع دابر الاختلاف، وهو المقصد الذي جعل بعض الباحثين

¹ تقويم الأدلة في أصول الفقه، أبو زيد عبد الله بن عمر الدبوسي الحنفي، (المتوفى: 430هـ) تح، خليل محيي الدين الميس، دار الكتب العلمية، ط1، 1421هـ - 2001م، ص 25.

² المحصول، أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي (المتوفى: 606هـ) تح، الدكتور طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، ط3، 1418هـ 1997م، ج4، ص199.

يقدمون قراءة مختلفة للإجماع توظف هذه الأبعاد وتتساءل عن إمكانيات تنزيلها في أسلوب حديث للاجتهاد، لهذا وجدنا من الباحثين من يتخفف من قيود وضوابط الاجتهاد في التصور الأصولي القديم ليربطه بفكرة أيسر في التطبيق هي فكرة الاجتهاد الجماعي عبر التشاور فيما بين أهل التخصص.

المبحث الثالث: الالتزام بحكم الحاكم.

تعتبر هذه القاعدة المشهورة في الفقه الإسلامي، من أهم القواعد الأصولية في تنظيم الاجتهاد الفقهي، ف"حكم الحاكم يرفع الخلاف" تعني عدم امكانية اعتراض أي جهة عليه، مادام ذلك الحكم مراعيًا لشروط اعتباره الشرعية.¹

غير أن هذه القاعدة، نجد لها توظيفًا أصليًا هو مجال القضاء، وتوظيفًا تبعيًا هو مجال السياسة الشرعية، فيكون الحاكم على هذا؛ مقصودًا به القاضي في حل المنازعات، كما يمكن أن يقصد به الإمام في الزام الناس باجتهاد معين.

المطلب الأول: إلزامية حكم الحاكم (القاضي)

ويتناول المقصود بالحاكم، وأهمية تصرفاته : الفقرة الأولى، وبيان حدود إلزامية حكم الحاكم /القاضي، الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى: مفهوم الحاكم.

أولاً: مفهوم الحاكم:

الحاكم في اللغة: مأخوذ من الحكم وهو في اللغة : القضاء ج : أحكأتم وقد حكَمَ عليه بالأمر حُكْمًا وحُكُومَةً وَيُنْهَمُ كذلك ...²

¹ أوردها محمد الزحيلي في الباب الثاني من كتابه، وسماها القواعد الكلية المتفق عليها، قاعدة الاجتهاد لا ينقض بمثله. ومثالها حكم الحاكم باجتهاد فهو غير منقوض. ينظر: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، محمد مصطفى الزحيلي. عميد كلية الشريعة والدراسات الإسلامية - جامعة الشارقة، الناشر: دار الفكر - دمشق، ط 1، 1427 هـ - 2006 م، ج 1، ص 391.

² القاموس المحيط باب الميم فصل الحاء.

والحاكم في اللغة كذلك: اسم فاعل من: حكم بمعنى: قضى. يقال: حكم عليه، وحكم له: والوصف: حاكم وحكم، والحاكم من أسماء الله الحسنى.¹

والحاكم في الاصطلاح الفقهي: هو اسم يتناول الخليفة، والوالي، والقاضي، والمحكم، إلا أنه عند الإطلاق في عبارات الفقهاء ينصرف إلى القاضي.²

جاء في المجلة: القضاء يأتي بمعنى الحكم والحاكمة. والقاضي هو: الذي نصب وعيّن من قبل السلطان لأجل فصل وحسم الدعوى، والمخاصمة الواقعة بين الناس توفيقاً لأحكامها المشروعة.

والمراد بالحاكم عند الأصوليين في تقسيمات الحكم هو الله سبحانه، فهو الشارع والمكلف بالأحكام.³

ثانياً: صفة الحاكم :

الحاكم حسبما سبق، هو القاضي الذي يفصل في المنازعات بين الأفراد، في الشؤون الدنيوية دون الأخروية، ذلك أن هذه الأخيرة لا تشملها أحكام القاضي لعدم التنارع بشأنها أمامه.

فما هي الصفات التي يتميز بها القاضي عن غيره، ممن تكون لهم ولاية وسلطة، في النظام الإسلامي؟

والجواب عن هذا، نعرف عليه عند الإمام القرافي في كتابه النفيس "الإحكام في تمييز الفتوى عن

الأحكام"⁴ فهو أكثر العلماء عناية بالفروق، المتصلة بالأحكام على اختلاف أنواعها، والتي تصدر عن ذوي

¹ لسان العرب، مادة: حكم. ج12 ص140.

² الموسوعة الفقهية الكويتية، صدرت عن: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، الطبعة: (1427 هـ)، دار السلاسل - الكويت، ج1 ص268.

³ مجلة الاحكام العدلية، مادة رقم 1784 و1785.

⁴ الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي المالكي، ت684هـ، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 2004م.

التصرفات في الأحكام، وسنجد فيما سطره ما يشفي الغليل في استجلاء التصور الذي يحكم علماءنا في هذا الموضوع.

فصفة الحاكم حسب القراني ليست لكل أحد، بل "إنما تكون لمن حصل له سبب خاص وهو ولاية خاصة، وليست كل الولاية تفيد ذلك؛ فمن الولايات ما لا يفيد أهلية شيء من الأحكام، ومنها ما يفيد أهلية الأحكام كلها، ومنها ما يفيد أهلية بعض الأحكام، ومنها ما يحتملها من حيث الجملة"¹

وولاية القضاء لها طرفان: أعلاها الإمامة الكبرى وأدناها التحكيم، وبينهما وسائط كثيرة سرد منها القراني خمس عشرة رتبة²:

فالإمامة الكبرى تجتمع فيها التخصصات والصلاحيات كلها، ودونها الوزارة للإمامة ثم ولاية الإمارة على البلاد وبعض لأقاليم، ثم ولاية وزير الأمير المولى على القطر ثم ولاية الإمارة الخاصة على تدبير الجيوش.

ثم في الرتبة السادسة: ولاية القضاء وهذه الولاية مساوية للحكم لا يندرج فيها غير صلاحية القضاء دون غيره من الصلاحيات، ولذلك ترد منه الكثير من التصرفات التي تشكل هل هي من قبيل الحكم أم لا؟ وقد عدد منها القراني رحمه الله في سبيل تمييزها جوابا عن السؤال الرابع والثلاثين ما يلي: إثبات الصفات، نحو ثبوت العدالة عند حاكم أو الجرح أو أهلية الإمام للصلاة أو أهلية الأم للحضانة ...

ثم ولاية المظالم ثم نواب القضاة في عمل من أعمالهم أو مطلقاتهم مساوون للقضاة في إنشاء الحكم في غير المجمع عليه وتنفيذ المجمع عليه.

¹ نفسه: 49.

² نفسه: 49 وما بعدها.

وفي الرتبة التاسعة، نجد ولاية الحسبة وهي دون القضاء في إنشاء الأحكام، ثم الولاية الجزئية المستفادة من القضاة وغيرهم كمن يتولى العقود والفسخ في الأنكحة فقط أو الشفاعات فقط ...

وفي الرتبة الحادية عشر: الولاية المستفادة من آحاد الناس وهي التحكيم فهو منشئ للأحكام في الأموال دون الحدود، ففيه من القضاء وليس فيه كل صلاحيات القضاء.

ثم ولاية السعاة والجبابة لهم الولاية فيما يتعلق بهذه الأموال، أما ولاية الخرص في استيفاء مقادير الثمار، فليس لهم إنشاء حكم فيما هو مختلف فيه أو في مجمع عليه.

ثالثا: الحاكم وأهمية تصرفاته:

قلنا إن الحاكم يقصد به القاضي الذي يفصل في النزاعات بين الناس في الأمور الدنيوية، وهذا المنصب عظيم الخطر، حيث ينوب فيه القاضي عن البارئ عز وجل في الفصل بين الناس، وأن أحكامه تأخذ نفس الخصائص التي تمتاز بها أحكام الشارع، وتختلف عنها فقط كما رأينا في أنها لا تعترها الأحكام الخمسة، وسأذكر هنا - بنوع من الإجمال - ما جاء في الجواب عن الأسئلة المتعلقة بهذا الموضوع أي الحاكم وتصرفاته، وأهمية الحاجة إلى حكمه؟

تتجلى أهميته فيما أورده القرافي بخصوص ضابط ما يفتقر إلى حكم الحاكم، وتنحصر في ثلاثة أسباب:

السبب الأول: كون الحكم يحتاج إلى نظر وتحرير وبذل جهد من عالم بصير حكم عدل في تحقيق سببه ومقدار سببه، كالطلاق بالإعسار وتقديرات النفقة أو مقدار الجناية ...

السبب الثاني: أن كون تفويضه لجميع الناس يفضي إلى الفتن والإحن بين الناس، فاقضى الأمر صرفه إلى حاكم يحكم بين الناس.

أما السبب الثالث، فيتجلى في قوة الاختلاف وقوة تعارض حقوق الله تعالى وحقوق الخلق، مما يوجب افتقارها إلى الأحكام، لأنه نائب عن الله تعالى في أرضه خلافة عن نبيه، فإذا أنشأ حكماً لزم الإذعان له والمصير إليه.¹

ولأجل هذا انقسمت الأحكام حسب القرافي إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: ما يقع سببه بالإجماع ولا يفتقر لحكم لأنه لا يفتقر إلى ما ذكرنا آنفاً، كأحكام العبادات كلها وتحريم المحرمات المتفق عليها كالعصير إذا اشتد ...

القسم الثاني: وهو الذي يفتقر للحاكم إجماعاً للحزم باشماله على أحد الأسباب الثلاثة المذكورة.

أما القسم الثالث: فمختلف فيه، هل هو من القسم الأول أو الثاني كقبض المغصوب من الغصب ففيه خلاف بين العلماء، وكفسخ البيع بعد التحالف من المتبايعين، وفسخ النكاح بعد التحالف إذا قيل به ...²

الفقرة الثانية: حدود إلزامية حكم القاضي.

أولاً: طبيعة الحكم الذي يصدره القاضي، وقوته الإلزامية:

يعتبر الحكم الذي يصدره الحاكم حسب القرافي، بأنه: "إنشاء وإطلاق، أو إلزام في مسائل الاجتهاد المتقارب فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا"³، ومن أمثلة إنشاء الإلزام: الأمر بالنفقة أو الصداق والشفعة،

¹ نفسه: 47 و 48. بتصرف.

² نفسه 48 و 49. بتصرف.

³ الأحكام للقرافي: 10

ونحو ذلك في المسائل الاجتهادية غير المجمع عليها، أما ما يتعلق بمسائل العبادات فإنه لا ينشئ فيها القاضي إلزاماً.

وكون الحاكم يملك حق إنشاء الأحكام، فذلك لضرورة درء الفناء ودفع الفساد وإخماد الثائرة، وإبطال الخصومة، فهذان بابان مقرران بطريق الأولى كما ظهر ذلك¹.

لهذا وجب أن تتميز أحكام القضاء بالجزم والقطع فلا تردد فيها، ومن هنا تختلف عن غيرها من الأحكام الشرعية التي يمكن أن تعتربها الأحكام الخمسة، لأن "الحكم إنما شرعه الله لدراء الخصام ولن يندفع إلا بالإلزام والإطلاق كما تقدم، فيبطل محل النزاع في الزوجات والنفقات والأراضي وغيرها لأنه جزم من الحاكم، وإذا جزم الحاكم بحكم وحكم به فلا ينقض والندب والكرامة حقيقتهما التردد بين جواز الفعل وجواز الترك، فلا يندفع الترك"²

ويُبين القرابي الكيفية التي يمكن للقاضي بها أن يحكم في القضايا، فيميز بين نوعين من القضاة؛ المجتهد والمقلد.

فالأول: لا يحكم إلا بالراجح عنده، أما المقلد فإنه يفتي بمشهور المذهب، وإن لم يكن راجحاً عنده، مقلداً في رجحان القول المحكوم به إمامه الذي يقلده كما يقلده في الفتوى، أما إذا استوت الأدلة عنده وصعب الترجيح، فإن مقتضى الفقه والقواعد يقتضي الفتيا والحكم بأحدهما، بعد بذل الجهد والعجز عن الترجيح وليس إتباعاً للهوى.³

¹ نفسه: 12.

² نفسه: 19.

³ نفسه: 27.

ومن آثار حكم الحاكم وأهمها، وعليه تنبني فروق بينه وبين غيره ممن يصدرون الأحكام ألا وهو: **صفة الإلزام**، وهذا من أول ما بدأ به القرافي في كتابه حين ميز بين الفتوى والقضاء فقال: "ثم يقع السؤال عن حقيقة الحكم المشار إليه بعبارة توفي به فلا يجاب إلا بأن الحكم إلزام، والفتيا إخبار"¹

فخاصية الإلزام إذا هي التي تفرق بين كثير من التصرفات التي ترد على يدي القاضي والإمام ومن فوض إليهم شيئا من اختصاصاته والمفتي، فيما يكون حكما أو لا يكون.

والذي يمنع من نقض حكم الحاكم سواء في المجمع عليه أو المختلف فيه، هو الإجماع على أن حكمه، لا ينقض سواء كان في المجمع عليه أو المختلف فيه.²

أما في المختلف فيه خاصة، فإن المانع فيه إضافة إلى الإجماع، أن الله جعل للحكام أن يحكموا في مسائل الاجتهاد بأحد القولين، أي تفويض منه تعالى لهم، فإذا حكموا بأحدهما كان ذلك حكما من الله تعالى في تلك الواقعة، وإخبار الحاكم بأنه حكم فيها كنص من الله تعالى ورد خاصا في تلك الواقعة، معارض لدليل المخالف لما حكم به الحاكم في تلك الواقعة.

ويقدم لنا القرافي مثالا جديرا بالتأمل يجعل للقاضي سلطة تتجاوز المذهبيات، فقد يجوز القاضي أو يمنع من أمر ما على خلاف ما عليه مذهب المتنازعين ! فعند الإمام مالك من قال لامرأة إن تزوجتك فأنت طالق

¹ نفسه: 9.

² قال الزرقاني: "لأن حكم الحاكم في المسائل الاجتهادية يرفع الخلاف ويصير المسألة كالمجمع عليها إذا قوي مستدركه"، شرح الزرقاني على مختصر خليل، معه: الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، عبد الباقي الزرقاني ضبطه وصححه وخرج آياته: عبد السلام محمد أمين، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1، 1422 هـ - 2002 م، ج3 ص 383.

ثلاثاً، فإنه إذا تزوجها طلقت ثلاثاً، ولا يصح له عليها عقد إلا بعد زوج، لكن إن حدث أن هذا الزوج الذي طلقها تزوجها على مذهب مالك وأقام معها وطلقها واحدة وبانت منه، ثم عقد عليها، فرفع ذلك العقد لحاكم شافعي، فحكم بصحته صار هذا من قبيل صاحب الشرع في خصوص هذا الرجل الخالف دون غيره من الخالفين الذين لم يتصل بهم حكم حاكم.

واعتبر القرافي قول مالك في هذه المسألة من قبيل العام الشامل لجميع الصور وحكم الحاكم هنا من قبيل الخاص، وإذا تعارض الخاص والعام قدم الخاص.¹

ويترتب أيضاً على عدم جواز نقض الحكم أنه لا يجوز للمفتي أن يفتي بخلافه، لأنه كما تقرر في الأصول أن الخاص يقدم على العام وهو السر حسب القرافي "في أن الحكم لا ينقض لا ما يعتقده بعض الفقهاء من أن النقض إنما امتنع لئلا تنتشر الخصومات."²

ثانياً: إلزامية حكم القاضي ليست مطلقة.

ورغم ما يترتب عن الخصائص السابقة، في أن حكم الحاكم سواء بُني على الإجماع أو قول مختلف فيه غير مرجوح، فإنه لا يجوز نقضه بحال إلا "إذا وقع على خلاف الإجماع أو القواعد أو النص أو القياس الجلي."³ سواء من طرف غيره من الحكام أو منه نفسه، إذ يكون له أن ينقض حكمه بشرطين: "أحدهما: أن يكون غير مجمع عليه. وثانيهما: أن يقطع بخطئه."⁴

¹ نفسه: 22. بتصرف.

² نفسه: 39.

³ نفسه: 25.

⁴ نفسه: 53. لمزيد أمثلة عن الأشياء التي تتيح امكانية نقض حكم الحاكم ينظر تبصرة الحكام، ومما جاء فيها: "وقد نص العلماء على أن حكم الحاكم لا يستقر في أربعة مواضع وينقض ذلك إذا وقع على خلاف الإجماع أو القواعد أو بالنص الجلي أو القياس، ومثال ذلك كما لو حكم بأن الميراث كله للأخ دون الجد فهذا خلاف الإجماع؛ لأن الأمة على القولين المال كله للجد أو يقاسم الأخ، أما حرمان الجد بالكلية فلم يقل به أحد، فمتى حكم به حاكم بناء على أن الأخ يدلي بالبنوة، والجد يدلي بالأبوة والبنوة

غير أن الحجوي يستشكل هذا الاستثناء من القاعدة، وأنه ليس على إطلاقه، بل فيه خلاف عكس ما توحى به نصوص كثير من العلماء، يقول: "من الأحكام الفقهية الأصولية التي أتعجب منها، ولا أعرف محلها قولهم كما في "جمع الجوامع" وغيره: إذا حكم حاكم مجتهد، فلا ينقض حكمه إلا إذا خالف نصاً أو قياساً جلياً...".

أما المقلد، فينقض حكمه، وتبطل فتواه مهما خالف نصوص مذهبه، وعلى هذا عمل المشار والمغرب في الزمن الحاضر، وعلى كل حال نقض حكم الحاكم المجتهد العدل، إذا خالف نصاً، أو جلي قياس، أو إجماعاً اختلف فيه، ورجح بناني في حاشية الزرقاني الفسخ مستدلاً بأدلة واهية، وسلمها رهوني، والذي يظهر خلافه.

وما نسبته في إيضاح المسالك لابن الماخشون نسب بناني له خلافه وهو النقض، ونسب عدم النقض لابن عبد الحكم زاعماً أنه تفرد به، وقد علمت عدم تفرده به، بل ليس من المعقول نقض أحكام الحنفية

مقدمة على الأبوة نقضنا هذا الحكم، وإن كان مفتياً لم نقلده. ومثال مخالفة القواعد المسألة السريجية متى حكم حاكم بتقرير النكاح في حق من قال إن وقع عليك طلاقى فأنت طالق قبله ثلاثاً فطلقها ثلاثاً أو أقل، فالصحيح لزوم الثلاث له، فإذا مات أو مات وحكم حاكم بالتوارث بينهما نقضنا حكمه؛ لأنه على خلاف القواعد؛ لأن من قواعد الشرع صحة اجتماع الشرط مع المشروط؛ لأن حكمته إنما تظهر فيه، فإذا كان الشرط لا يصح اجتماعه مع مشروطه فلا يصح أن يكون في الشرع شرطاً، فلذلك ينقض حكم الحاكم في المسألة السريجية، وهي التي وقع التمثيل بها.

ومثال مخالفة النص إذا حكم بشفعة الجار فإن الحديث الصحيح وارد في اختصاصها بالشريك، ولم يثبت له معارض صحيح، فينقض الحكم بخلافه. ومثال مخالفة القياس قبول شهادة النصراني فإن الحكم بشهادته ينقض؛ لأن الفاسق لا تقبل شهادته والكافر أشد منه فسوقاً وأبعد عن المناصب الشرعية في مقتضى القياس، فينقض الحكم لذلك. "تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام"، ابن فرحون، برهان الدين اليعمرى، مكتبة الكليات الأزهرية، ط1، 1406هـ - 1986م، ج1 ص78.

والشافعية والحنابلة المقلدين إذا خالفوا عمل أهل المدينة أو نصا أو جلي قياس في نظرنا، فالقول بالنقض قريب من الهذيان، والله أعلم.¹

وأيا ما كان الأمر، فالأساس في حكم القاضي، أن يسان من النقض الذي يكون طريقا للعبث في الأحكام، ويبدو لي أن ما استقر إلى عهد الحجوي، أن الحاكم مقلد محكوم بنصوص مذهبه، فيكون هذا الأخير معيارا لصحة ما حكم به من عدمها. ومن ثم، فلا معنى لما استشكله إلا في حالة وجود حكام (قضاة) مشهود لهم بالاجتهاد !

ومن جهة أخرى، فإن فكرة عدم إمكانية نقض حكم الحاكم ورفع الخلاف الموجود بين الفقهاء في نظائر المسألة التي وقع النزاع فيها بين يديه، لا يعني ضرورة عدم الإفتاء بما يخالفه، فالحكم إنما يرتبط بموضوع الحكم ولا يتعداه إلى غيرها.

بل يمكن للقاضي نفسه أن يتراجع، إذا تبين له أن الأرجح خلاف ما سبق وحكم به، ولغيره أن يفتي بما يخالفه.

فعن عمر أنه لقي رجلا فقال: ما صنعت؟ قال: قضى علي وزيد بكذا، قال: لو كنت أنا لقضيت بكذا، قال: فما منعك والأمر إليك؟ قال: لو كنت أردك إلى كتاب الله أو سنة نبيه -ﷺ- لفعلت، ولكني أردك إلى رأي، والرأي مشترك.²

فلم ينقض ما قال علي وزيد. وعبر عن رأيه في المسألة، مما يدل على أن نطاق قاعدة حكم الحاكم يرفع الخلاف لا يؤثر على إمكانية بقاء الاختلاف بين المجتهدين حيالها.

¹ الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، محمد بن الحسن الحجوي، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان ط1، - 1416هـ - 1995م، ج2 ص510 و509

² ذكره ابن عبد البر هكذا في الجامع دون إسناد، رقم، (1614، ينظر: جامع بيان العلم وفضله، أبو عمر يوسف بن عبد البر، تح أبي الأشبال الزهيري، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط1، 1414 هـ - 1994 م، ج2، ص. 853.

ومن التقييدات على تصرف القاضي في عصور معينة من تاريخ القضاء في الإسلام، الحالات التي يلزم فيها _ كما سيأتي فيما بعد - بالحكم بناء على المشهور في مذهبه الذي ينتمي إليه، وأيضا ضرورة الحكم بما يلزمه به الإمام ! وإلا فإنه يعرض نفسه للعزل أو نقض أحكامه.

المطلب الثاني: إلزامية حكم الحاكم (الإمام).

ومواقف العلماء هنا متباينة بين رأي يرى أن القاعدة المذكورة قاصرة على القضاة، ولا تشمل غيرهم. وموقف آخر يرى عكس ذلك؛ فالإمام أيضا باعتباره حاكما يلزم بأحكامه، وأن قوتها ترفع الخلاف.

الفقرة الاولى: سلطة الالزام عند الإمام.

أولا: في تعريف الإمام وصلاحياته.

يعتبر الإمام في النظام الإسلامي، حسب ما قرره القرافي، صاحب الإمامة الكبرى التي تخول له اختصاصات واسعة يقول: " فأهلية جميع أبواب القضاء في الأموال والدماء وغيرها جزؤها - أي الإمامة - وهي صريحة في ذلك يتناول بصريحتها أهلية القضاء وأهلية السياسة العامة"¹

وعلى هذا الاعتبار، فإن الإمام يصدر الأحكام كالقاضي، وولاية الإمام هذه؛ مستمدة من كون الرسول عليه الصلاة والسلام قد جمع في يده، بالإضافة إلى الفتوى، الإمامة والقضاء؛ وهي وضعية طبيعية، غير أنها جعلت العلماء يختلفون في التمييز بين ما يصدر عنه ﷺ تارة بالفتوى وتارة بالقضاء وأخرى بالإمامة، لما في التمييز بينها من القدرة على معرفة الثابت والمتغير في الأحكام التي تصدر عنه.

فالحكم (أي في القضاء)، إنشاء وإلزام من قبله ﷺ، بحسب ما نتج من الأسباب والحجج، ولذلك قال ﷺ "إنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فممن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذه إنما أقتطع له قطعة من النار"²

¹ نفسه: 49 و 50.

² صحيح مسلم، كتاب الأفضية، باب الحكم بالظاهر واللعن بالحجة، حديث رقم: 1713. ج 3 ص 1337

أما في الفتيا (الفتوى)، فإنه متبع مبلغ وفي الحكم كذلك متبع لأمر الله تعالى لأن ما فوض إليه من الله لا يكون منقولاً عن الله، والفرق الآخر أن بين الحكم والفتوى أن هذه الأخيرة تقبل النسخ.

أما وصفه عليه السلام بالإمامة فهو وصف زائد على النبوة والرسالة والفتيا والقضاء؛ لأن الإمام هو الذي فوضت إليه السياسة العامة في الخلائق وضبط معاهد المصالح ودرء المفاسد وقمع الجناة وقتل الطغاة وتوطين العباد في البلاد إلى غير ذلك مما هو من هذا الجنس، وهو لا يدخل في مفهوم الفتيا والحكم. وعليه، فمن لم تفوض إليه السياسة العامة فلا تطلق عليه لفظ الإمامة إلا على سبيل المجاز.¹

ويترتب على هذا أن ما فعله الرسول ﷺ، بصفته إماماً كقسمة الغنائم وتفريق أموال بيت المال على المصالح، فلا يجوز لأحد الإقدام عليه إلا بإذن إمام الوقت الحاضر.

وما فعله ﷺ بطريق الحكم كالتمليك بالشفعة وفسخ الأنكحة والعقود والتطليق بالإعسار والإيلاء عند تعذر الإنفاق والفيء وغير ذلك فلا يجوز لأحد الإقدام عليه إلا بحكم الحاكم في الوقت الخاص اقتداء به ﷺ، لأنه لم يقرر ذلك إلا بالحكم فتكون أمته بعده عليه السلام كذلك.

وأما تصرفه بالفتيا أو الرسالة والتبليغ، فذلك شرع يتقرر على الخلائق إلى يوم الدين، يتبع مما بلغه إلينا عن ربه بسببه من غير اعتبار حكم حاكم ولا إذن إمام، لأنه ﷺ لم ينشئ حكماً من قبله أو أنه رتبته على رأيه على حسب ما اقتضته المصلحة، بل يبلغ عن ربه كالصلاة والزكاة وأنواع العبادات وتحصيل الأملاك بالعقود من البياعات والهبات وغير ذلك من أنواع التصرفات لكل أحد أن يباشره ويحصل سببه ويترتب له حكمه من غير احتياج إلى حاكم ينشئ حكماً أو إذن إمام.

¹ نفسه: 29 و30 و31. بتصرف.

رغم ذلك اختلف في بعض التصرفات التي جاءت عن النبي ﷺ : هل هي من قبيل الإمامة أو الحكم أو الفتوى، كما في قوله ﷺ " من أحيا أرضا ميتة فهي له".

فذهب أبو حنيفة إلى أنه تصرف منه بالإمامة وهو يتوقف على إذن الإمام، بينما ذهب مالك والشافعي إلى أنه تصرف ﷺ بالفتيا لأنه الغالب من تصرفاته، فيحمل عليه تغليباً.¹

ويثير هذا التصور للإمام على رأس النظام السياسي الإسلامي، العديد من التساؤلات مقارنة بالنظريات السياسية الحديثة، حيث تنفصل السلطات، وتحدد بما يمنع تراكمها في جهة معينة، لأنه يضمن عدم الشطط في السلطة والاستبداد المودي إلى أزمات سياسية، كبيرة تعيق تقدم المجتمعات في تدبير السلطة داخلها، والانعكاسات الوخيمة لذلك على البناء العلائقي للأمم.

وإذا كان القراني فيما كتبه، يقيس الإمام ودوره على الرسول ﷺ، فإن عدم التطابق بين حال المقيس والمقاس عليه، فيما بعد الخلفاء الراشدين يجعلنا، نتلقى نظرتهم بنوع من النسبية، قصد تفهم الاختلاف الحاصل في أقوال الفقهاء فيما بعد، ما بين مجيز لتصرف الإمام كمجتهد لأنه لا يتصور الإمام إماماً إلا حين يستوفي الشروط المنصوصة، وما بين مانع للتصرف للإمام في المجال التشريعي، لأن غالب الحكام فيما بعد إنما تولوا تلك المناصب بالتغلب، أو ولاية العهد، أو أي طريقة أخرى من طرق انتقال السلطة فيما بعد فترة الراشدين.

ثانياً : حدود إلزامية تصرفات الإمام في غير القضاء.

مما سبق، نجد أنفسنا امام تصور حاول فيه القراني إبراز مجال الإلزام في حكم القضاء، وأنها صفة يمكن تمييزها عن غيرها من التصرفات، لكنها تبقى لصيقة بالنموذج الذي تجسدت فيه أول مرة؛ وهو تصرفات الرسول ﷺ، ما يعني أن فكرة السلطات الثلاث وإن تمايزت، فإنها قد لا تنفصل، أو ليس هناك - بعبارة

¹ الإحكام في تمييز الفتاوى، ص32. بتصرف .

أخرى-، ما يمنع من أن تجتمع في يد ولي الأمر الذي يستطيع أن يمارسها أو يفوضها إلى من يراه أهلا للقيام بمسؤوليتها.

وعليه، فإن قاعدة حكم الحاكم يرفع الخلاف، بدورها، يمكن أن تجعل من صلاحية ولي الأمر رفع الخلاف في العديد من القضايا الاجتهادية الخلافية! وهي من القضايا التي أسالت الكثير من المداد، في الفكر الإسلامي ما بين مجيز ومانع.

ويعتبر ابن تيمية ومن سار في مذهبه أبرز هؤلاء الفقهاء الذين لم يجعلوا الإمام من ضمن من تشتمل عليهم القاعدة تحت مسمى الحاكم، فلا يسلمون بأن حكمه يرفع الخلاف: يقول جوابا عن سؤال حول "من ولي أمرا من أمور المسلمين ومذهبه لا يجيز [شركة الأبدان] فهل يجوز له منع الناس ؟ .

فأجاب: ليس له منع الناس من مثل ذلك ولا من نظائره مما يسوغ فيه الاجتهاد، وليس معه بالمنع نص من كتاب ولا سنة ولا إجماع ولا ما هو في معنى ذلك؛ لاسيما وأكثر العلماء على جواز مثل ذلك وهو مما يعمل به عامة المسلمين في عامة الأمصار .

كما أن الحاكم ليس له أن ينقض حكم غيره في مثل هذه المسائل، ولا للعالم والمفتي أن يلزم الناس باتباعه في مثل هذه المسائل؛ ولهذا لما استشار الرشيد مالكا أن يحمل الناس على [موطئه] في مثل هذه المسائل منعه من ذلك. وقال : إن أصحاب رسول الله - ﷺ - تفرقوا في الأمصار وقد أخذ كل قوم من العلم ما بلغهم. وصنف رجل كتابا في الاختلاف فقال أحمد : لا تسمه [كتاب الاختلاف] ولكن سمه [كتاب السنة]. ولهذا كان بعض العلماء يقول: إجماعهم حجة قاطعة واختلافهم رحمة واسعة. وكان عمر بن عبد العزيز يقول: ما يسرني أن أصحاب رسول الله - ﷺ - لم يختلفوا؛ لأنهم إذا اجتمعوا على قول فخالفهم رجل كان ضالا، وإذا اختلفوا فأخذ رجل بقول هذا ورجل بقول هذا كان في الأمر سعة. وكذلك قال غير مالك من الأئمة: ليس للفقهاء أن يحمل الناس على مذهبه.

ولهذا قال العلماء المصنفون في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر من أصحاب الشافعي وغيره: إن مثل هذه المسائل الاجتهادية لا تنكر باليد، وليس لأحد أن يلزم الناس باتباعه فيها؛ ولكن يتكلم فيها بالحجج العلمية، فمن تبين له صحة أحد القولين تبعه، ومن قلد أهل القول الآخر فلا إنكار عليه.

ونظائر هذه المسائل كثيرة مثل: تنازع الناس في بيع الباقل الأخضر في قشرته ... وبيع المعاطاة، والسلم الحال، واستعمال الماء الكثير بعد وقوع النجاسة فيه إذا لم تغيره، والتوضؤ من مس الذكر، والنساء، وخروج النجاسات من غير السبيلين، والقهقهة، وترك الوضوء من ذلك، والقراءة بالبسملة سرا أو جهرا وترك ذلك ... والتميم بضربة أو ضربتين إلى الكوعين أو المرفقين، والتميم لكل صلاة أو لوقت كل صلاة أو الاكتفاء بتميم واحد، وقبول شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض أو المنع من قبول شهادتهم.

ومن هذا الباب: الشركة بالعروض، وشركة الوجوه، والمساقاة على جميع أنواع الشجر، والمزارعة على الأرض البيضاء؛ فإن هذه المسائل من جنس شركة الأبدان؛ بل المانعون من هذه المشاركات أكثر من المانعين من مشاركة الأبدان؛ ومع هذا، فما زال المسلمون من عهد نبيهم وإلى اليوم في جميع الأعصار والأمصار يتعاملون بالمزارعة والمساقاة ولم ينكره عليهم أحد، ولو منع الناس مثل هذه المعاملات لتعطل كثير من مصالحهم التي لا يتم دينهم ولا دنياهم إلا بها. ولهذا كان أبو حنيفة يفتي بأن المزارعة لا تجوز ثم يفرع على القول بجوازها ويقول: إن الناس لا يأخذون بقولي في المنع؛ ولهذا صار أصحابه إلى القول بجوازها كما اختار ذلك من اختاره من أصحاب الشافعي وغيره¹

ويبدو هذا النص لابن تيمية مشتملا على أبرز عناصر الموقف الرافض لتدخل الحاكم الإمام في ضبط مجال التشريع، نظرا لخطورته، طالما أن تاريخ المسلمين قد شهد لحظات عديدة إشطط فيها الولاة، فجاروا في أحكامهم واستبدوا؛ لهذا بذل العلماء جهدهم في الحفاظ على استقلال الاجتهاد والتشريع عن سلطة الحاكم؛

¹ مجموع الفتاوى، تقي الدين ابن تيمية، تح: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، سنة 1416هـ/1995م، م 30 ص 79 بتصرف.

ليكون مجرد منفذ لها، وليكون الاختلاف مصدر رحمة وليس نقمة؛ بحسب ما تقتضيه الظروف ومصلحة المجتمع المسلم.

بيد أن صعوبة الاكتفاء بالكتاب والسنة عند التنازع والاختلاف في الأحكام، كما ترشد إليه الآية الكريمة، لم يحد من الاختلاف ولم يعالج بشكل جذري واقع الفوضى الاجتهادية، فكان لا مناص من العودة إلى التفكير في دور الحاكم في تنظيم وضبط التنازع في الأحكام، ولهذا وجدنا فريقاً آخر من العلماء سلم بوجود هذا الدور الفاعل فيرفع الاختلاف عملياً وزمناً، بمعنى الإلزام باجتهد معين تقتضيه الظروف والمصلحة دون غيره من الأحكام الأخرى التي يمكن أن تكون لها حجيتها العلمية، لكن الظروف ترجح غيرها عليها. يقول الزرقا في المدخل الفقهي العام: والاجتهاد الإسلامي قد أقر لولي الأمر العام من خليفة أو سواه أن يحد من شمول الأحكام الشرعية وتطبيقها، أو يأمر بالعمل بقول ضعيف مرجوح إذا اقتضت المصلحة الزمنية ذلك، فيصبح هو الراجح الذي يجب العمل به، وبذلك صرح فقهاؤنا، وفقاً لقاعدة: (المصالح المرسلة)، وقاعدة (تبدل الأحكام بتبدل الزمان)، ونصوص الفقهاء في مختلف الأبواب تفيد أن السلطان إذا أمر بأمر في موضوع اجتهادي - أي: قابل للاجتهد، غير مصادم للنصوص القطعية في الشريعة - كان أمره واجب الاحترام والتنفيذ شرعاً¹.

الفقرة الثانية: الإمام وتصرفاته التي ترفع الخلاف.

إن السلطة القهرية للإمام، تجعله مؤثراً بما يتخذه من قرارات تشريعية في الكثير من المجالات، حين يستوجب وضع تشريعي معين، حسم النقاش ولو بالسلطة الزمنية في يده.

¹ وعين الموقف ورد بالمجلة العدلية: في المادة: 1801 : القضاء يتقيد ويتخصص بالزمان والمكان ، واستثناء بعض الخصومات ... وكذلك لو صدر أمرٌ سلطاني بالعمل برأي مجتهد في خصوص لما أن رأيه بالناس أرفق، ولمصلحة العصر أوفق ؛ فليس للقاضي أن يعمل برأي مجتهد آخر منافٍ لرأي ذلك المجتهد ، وإذا عمل لا ينفذ.

ومشروعية إمكانية تصرف الإمام على هذا الحال، مصدرها العديد من المواقف التاريخية، سواء في عهد الخلفاء الراشدين، أو من خلال السيرة العملية لرجال السلطة، الذين تعطى لهم الصلاحية في تعيين تشريعات خاصة، فيما عرف بسلطة الإمام في تقييد المباح، أو التصرف بداعي المصلحة المرسله، ومن أمثلة ذلك:

الزواج بالكتايبات وتقييد المباح، فالأصل إباحة الزواج بمن لقوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَجِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَلِّحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ وَمَنْ يَكْفُرْ بِالْإِيمَانِ فَقَدْ حَبِطَ عَمَلُهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ

1. ﴿١﴾

لكن الخليفة عمر بن الخطاب، منع المسلمين منه لما قد يؤدي إليه من المفسدة، المتمثلة في الخوف من تفشي العنوسة في نساء المسلمين، أو حماية للمسلمين من مواقع المومسات منهن.²

ومن أمثله المعاصرة، منع تعدد الزوجات أو تقييده، مع أن الأصل فيه لدى جمهور العلماء أنه من المباح، وهو ما أصر عليه مجمع البحوث الإسلامية بالقاهرة، وقرر عدم جواز تقييد الإمام لتلك الإباحة.

لكن كثيرا من التشريعات، اليوم، تذهب مذهبا آخر، إعمالا لشرط التعدد في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُعَدِّلُوا بَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾³، فالتقييد ضرورة مجتمعية،

¹ الآية 5 من سورة المائدة.

² ينظر: سلطة ولي الامر في تقييد المباح، البشير المكي العبدلاوي، دار مكتبة المعارف للطباعة والنشر بيروت لبنان، ط1، 1432هـ، 2011م، ص398.

³ من الآية 3 من سورة النساء

حين نستحضر المفسدات الناجمة عن عدم تورع الكثيرين في استعمال هذا الحق¹، وأرى أن الحسم في هذا الخلاف للواقع، وليس للتمسك بمجرد النص، بدراسة وتتبع حالات التعدد، ومقدار الأضرار التي نجمت عنها على جميع مكونات الأسرة، والتماسك الاجتماعي بصفة عامة.

وخلاصة الكلام في الإلزام بحكم الحاكم، وأنه يرفع الخلاف القول: بأنها قاعدة مهمة تتعلق بالسلطتين القضائية والتنفيذية، وهي محل اتفاق فيما يتعلق بالقضاء، الذي يلزم حكمه المتنازعين المترافعين أمامه بغض النظر عن إمكانية القول بخلافه، طالما أسس على حجج شرعية ولم يتعارض مع النص من كتاب أو سنة أو إجماع أو خالف القواعد كما سبق وأن رأينا، وإلا أمكن نقضه.

أما بخصوص السلطة التنفيذية، والتي يمثلها ولي الأمر المنوط بتطبيق الأحكام الشرعية، فإن القاعدة بصده محل خلاف ما بين مجيز ومانع، لكن عمليا ثبتت أهمية دوره في رفع الخلاف وتجاوزه إلى إقرار نوع من النظام والاستقرار في الأحكام الشرعية الاجتهادية.

من جهة أخرى، وجب التأكيد على أن إلزامية أحكام الحاكم سواء كان قاضيا أو وليا للأمر، لا تأتي قوتها من الأدلة التي قامت عليها، من حيث هي: نص أو إجماع أو قياس صحيح أو ظن راجح مبني على مصلحة متوقعة؛ بل تستمدّها كذلك من مصدر خارجي يتمثل في السلطة الموكولة للقاضي أو ولي الأمر وقد رتّبها على إنفاذ الأحكام، فالقاضي بفضل التفويض الذي يحوزه من الإمام، ويكتسبها هذا الأخير من العهد بينه وبين الأمة في العمل على تطبيق أحكام الشريعة.

¹ ينظر: سلطة ولي الأمر، م س، ص 482 وما بعدها.

الفصل الثاني:

المذهب وآليات الالتزام فيه.

لا شك أن المذهبية في التشريع الإسلامي قد ظهرت بعد تمايز المناهج الأصولية في الاستنباط بحسب اختيارات كبار أئمة المذاهب الذين تنسب إليهم. وأهم هذه المذاهب في طائفة أهل السنة أربعة مذاهب كبرى: الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، إلى جانب مذاهب أخرى من مدرسة كمذهب الأوزاعي والطبري، والظاهري ...

ولأن الأمر يتعلق ببسط تصور عن الإلزامية في الأحكام الاجتهادية في التصور الأصولي قبل ظهور الدولة الحديثة، كيف يتم تدبير الاختلاف في الفتوى والقضاء والسياسة الشرعية، وتعرفنا إلى حدود هذه النقطة على آليات منهجية تمتلك صفة الحكم الإلزامي وهي: النص والإجماع وحكم الحاكم.

والغرض في هذا الفصل، بيان كيفية تدبير العدة الفقهية والتشريعية داخل مذهب معين. ونظرا لخصوصيتنا المغربية، نقتصر على الحديث عن أسلوب تدبير الأحكام الاجتهادية المختلفة والمتعددة، في إطار المذهب المالكي الذي تميز بتاريخ عريق في مجالي الفتوى والقضاء.

وستتناول ذلك في المباحث الآتية:

المبحث الأول: المذهبية سبيل للإلزام.

المبحث الثاني: آليات الإلزام المذهبية، المذهب المالكي نموذجا.

المبحث الأول: المذهبية سبيل للإلزام.

ويتطرق هذا المبحث لمفهوم المذهبية، وأسبابها وأهميتها، المطلب الأول، ومرجعية المذهب المالكي في الغرب الإسلامي، المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم المذهبية، أسبابها وأهميتها.

وفيه فقرتان: الأولى لبيان مفهوم المذهبية والثانية أسبابها وأهميتها.

الفقرة الأولى: مفهومها لغة واصطلاحاً.

المذهب في اللغة: مصدر ميمي يطلق على الطريق ومكان الذهاب، يقال ذهب القوم مذاهب شتى إذا ساروا طرائق مختلفة¹.

واصطلاحاً: "(الْمَذْهَب) الطَّرِيقَةُ والمعتقد الَّذِي يذهب إليه يُقَال ذهب مذهباً حسناً وَيُقَال مَا يَدْرَى لَهُ مَذْهَبٌ أَصْلٌ وَ (عِنْدَ الْعُلَمَاءِ) جَمْعُوعَةٌ مِنَ الْآرَاءِ وَالنظريات العلمية والفلسفية ارتبطت بِبَعْضِهَا بِبَعْضٍ ارتباطاً يَجْعَلُهَا وحدةً منسقة (مج) (ج) مَذَاهِبٌ"²

وعلى هذا، فالمذهب يختلف المقصود به بحسب ما أضيف إليه، فيكون المذهب الفقهي؛ ما ذهب إليه إمام من الأئمة في الأحكام الاجتهادية استنباطاً واستنتاجاً.

هذا ويطلق المذهب عند المتأخرين على ما به الفتوى، يقال: المذهب في المسألة كذا من باب إطلاق الشيء على جزئه الأهم، كما في قوله ﷺ: "الحج عرفة"³ مع أن الوقوف بعرفة ركن فقط من بين أركان أخرى.

¹ لسان العرب ، مادة ذهب، ج1، ص393.

² المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار، ج1 ص317.

³ ينظر: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، الخطاب، دار الفكر ، ط:2، 1992، 24/1، و محاضرات في تاريخ المذهب المالكي عمر الجدي، ص 7 .

الفقرة الثانية: أسباب ظهور المذهبية.

يرجع ظهور المذاهب في الإسلام إلى عدة أسباب علمية وتاريخية، تتعلق بتعدد الأفهام والمناهج في الاستنباط التي نتجت بدورها عن أسباب كثيرة منها؛ تفرق الصحابة في الأمصار التي اتسعت أرجاؤها باتساع الدولة الإسلامية.

ولئن كان المسلمون في عهد الصحابة والتابعين على غير مذهب معين، إلا ما كانوا يفهمونه رأساً من النصوص والاجتهاد أو من خلال اتباع الفقهاء منهم، فإن جملة هذه الثروة الفقهية التي خلفوها وتراكت من بعدهم، ستكون عند أقطاب أئمة الاجتهاد فيما بعد مدارس قائمة الذات وستتلور منها المذاهب المعروفة في شكلها الحالي خصوصاً مع القرن الرابع الهجري¹.

ويبدو أن الاستقرار المذهبي في هذا العهد هو بمثابة المرجعية لمقلدي كل مذهب على حدة، أي إن القول الرسمي في المذهب هو الذي يحوز الحجية لدى اتباعه في الفتوى والقضاء دون غيره من الأحكام الأخرى.

يقول ابن خلدون في الأسباب الكامنة وراء نشوء والتزام المذهبية: "ووقف التقليد في الأمصار عند هؤلاء الأربعة (أي المذاهب الأربعة) ودرس المقلدون لمن سواهم.

وسدّ النَّاس باب الخلاف وطرقه لما كثر تشعب الاصطلاحات في العلوم. ولما عاق عن الوصول إلى رتبة الاجتهاد ولما خشي من إسناد ذلك إلى غير أهله ومن لا يوثق برأيه ولا بدينه فصرّحوا بالعجز والإعواز وردّوا النَّاس إلى تقليد هؤلاء كلّ من اختصّ به من المقلّدين. وحظروا أن يتداول تقليدهم لما فيه من التلاعب ولم يبق إلا نقل مذاهبهم. وعمل كلّ مقلّد بمذهب من قلّده منهم بعد تصحيح الأصول واتّصال سندها

¹ مباحث في المذهب المالكي، عمر الجيدي، ط1، 1993م، ص9.

بالرّواية لا محصول اليوم للفقهاء غير هذا. ومدّعي الاجتهاد لهذا العهد مردود على عقبه مهجور تقليده وقد صار أهل الإسلام اليوم على تقليد هؤلاء الأئمة الأربعة¹.

ولعل في كلام ابن خلدون عن انحصار الفقه في التقليد المذهبي، الكثير من التعميم، وإلا فإن في الأمر الكثير من التفاصيل التي ينبغي أن لا تحجب حقيقة أن المذهب لم يبلغ الاجتهاد، لسبب أن الاختلاف الذي أريد له أن ينتهي بتبني المذهب، قد استمر فعلا داخل المذهب؛ مما أعوز أهل كل مذهب إلى البحث عن وسائل ترجيح وموازنة الأقوال والوصول في النهاية إلى القول المعتمد في الفتوى والقضاء، هذا إلى جانب ما عرف بالنوازل وما يستدعيه ذلك من التخريج على أقوال الأئمة، أو اعتماد العرف أو مراعاة الخلاف إلى غير ذلك من مظاهر الاجتهاد ولو في العصور المتأخرة التي اتسمت بالجمود والتقليد الشديد ! ونقف عند كلام للنووي في هذا المعنى، وهو بصدد وضع كتاب موسوعي، يحدد فيه قول المذهب الشافعي المرجعي والملزّم به إفتاء وقضاء من بين الأقوال المختلفة التي تنتسب إلى نفس المذهب دون أن تحوز نفس الصفة الإلزامية : " واعلم أن كتب المذهب فيها اختلاف شديد بين الأصحاب، بحيث لا يحصل للمطالع وثوق بكون ما قاله مصنف منهم هو المذهب حتى يطالع معظم كتب المذهب المشهورة.

¹ مقدمة ابن خلدون، ص 566، ينظر أيضا ما قاله الدبوسي في كتابه تقويم الأدلة: "وكان الناس في الصدر الاول أعني الصحابة والتابعين والصالحين رضوان الله عليهم أجمعين يبنون أمورهم على الحجة، فكانوا يأخذون بالكتاب ثم بالسنة ثم أقوال من بعد رسول الله ﷺ ما يصح بالحجة فكان الرجل يأخذ بقول عمر رضي الله عنه في مسألة، ثم يخالفه بقول علي في مسألة أخرى وقد ظهر من أصحاب ابي حنيفة رضي الله عنه أنهم وافقوه مرة وخالفوه أخرى على حسب ما يتضح لهم بالحجة. ولم تكن المذاهب في الشريعة عمريا ولا علويا بل النسبة إلى رسول الله ﷺ فقد كانوا قرونا أثنى عليهم النبي ﷺ بالخير، فكانوا يرون الحجة لا علماؤهم ولا نفوسهم فلما ذهبت التقوى من عامة القرن الرابع، كسلوا عن طلب الحجج جعلوا علماءهم حجة واتبعوهم فصار بعضهم حنفيا، وبعضهم مالكيا وبعضهم شافعيا يبصرون الحجة بالرجال ويعتقدون الصحة بالميلاد على ذلك المذهب ثم كل قرن بعدهم اتبع عالمه كيف ما أصابه بلا تمييز حتى تبدلت السنن بالبدع وضل الحق بين الهوى... ص 399.

فلهذا لا أترك قولاً ولا وجهاً ولا نقلاً ولو كان ضعيفاً أو واهياً إلا ذكرته، إذا وجدته إن شاء الله تعالى مع بيان رجحان ما كان راجحاً، وتضعيف ما كان ضعيفاً، وتزييف ما كان زائفاً والمبالغة في تغليط قائله ولو كان من الأكابر.

وإنما أقصد بذلك التحذير من الاغترار به، وأحرص على تتبع كتب الأصحاب من المتقدمين والمتأخرين إلى زماني من المبسوطات والمختصرات.

وكذلك نصوص الإمام الشافعي صاحب المذهب رضي الله عنه فأنقلها من نفس كتبه المتيسرة عندي كالإمام والمختصر والبويطي وما نقله المفتون المعتمدون من الأصحاب، وكذلك أتتبع فتاوى الأصحاب، ومتفرقات كلامهم في الأصول والطبقات وشروحهم للحديث وغيرها.

وحيث أنقل حكماً أو قولاً أو وجهاً أو طريقاً أو لفظة لغة أو اسم رجل أو حالة أو ضبط لفظة أو غير ذلك، وهو من المشهور أقصر على ذكره من غير تعيين قائله لكثرتهم إلا أن أضطر إلى بيان قائله لغرض مهم فأذكر جماعة منهم ثم أقول وغيرهم.¹

ويبدو أن ما ورد في كلام النووي ليس قاصراً على المذهب الشافعي أو المالكي، كما سنرى فيما يأتي، بل سيغدوا انشغال الفقهاء لدى جميع المذاهب، فقد صرف المتأخرون جهودهم في سبيل ترتيب الأقوال داخلها لتيسير العمل بها في الفتوى والقضاء.²

¹ المجموع شرح المذهب: ج1 ص4.

² ينظر مصطلحات المذاهب الفقهية، وأسرار الفقه المرموز في الأعلام والكتب والآراء والترجيحات، مريم محمد صالح الظفيري، دار ابن حزم، ط1422هـ، 2002م.

المطلب الثاني: مرجعية المذهب المالكي في الفتوى والقضاء بالغرب الإسلامي

وفيه فقرتان: الأولى: في بيان حكم التمذهب وضرورته، والثانية: حول عوامل التزام المغاربة للمذهب المالكي.

الفقرة الأولى: حكم التمذهب وضرورته؟

في البداية لا بأس من الإشارة إلى أن العلماء متفقون على أن التمذهب والالتزام بقول إمام معين "ليس أمراً منصوحاً عليه في الدين ولا هو من قواعده الواجبة على المسلمين، وإنما الذي يجب أن يتبع هو كتاب الله وسنة رسوله.

وأئمة المذاهب لم يأتوا بشيء جديد من عند أنفسهم، وإنما هم مفسرون لما ورد بالأصليين، يستنبطون منهما الأحكام تسهيلاً للناس ما لم يستطيعوا فهمه منهما، فالذي يقلد مالكا، إنما يقلد في الحقيقة ما فهمه مالك من النصوص الواردة في الكتاب والسنة، فهو إن أعطى رأيه في المسألة يأتي بالدليل، وإن حكم حكماً أعطى الحجة عليه وعلمه.¹

وعبرت نصوص كثير من العلماء بتمسكهم بهذا المسلك الأصيل، بمعنى التعامل المباشر من ذوي مكنة الاجتهاد مع النصوص استنباطاً واستدلالاً، فالملزم حينها هو قوة الدليل المستند إليه. فحيثما بدت هذه الحجية فهي الملزمة ولا اعتبار معها لمذهبية أو غيرها.

¹ ، مباحث في المذهب المالكي، عمر الجدي، ص10.

والحقيقة أن هذه التصورات، بادئ الأمر، تبرز مدى الانفتاح والموضوعية وسعة الصدر التي يتحلى بها العلماء تجاه غيرهم من المخالفين في الاجتهاد يقول الماوردي: "ويجوز لمن اعتقد مذهب الشافعي - رحمه الله - أن يقلد من اعتقد مذهب أبي حنيفة؛ لأن للقاضي أن يجتهد برأيه في قضائه، ولا يلزمه أن يقلد في النوازل والأحكام من اعتزى إلى مذهبه، فإذا كان شافعيًا لم يلزمه المصير في أحكامه إلى أقاويل الشافعي حتى يؤديه اجتهاده إليها، فإن أداه اجتهاده إلى الأخذ بقول أبي حنيفة عمل عليه وأخذ به...¹

إلا أنه ولأسباب موضوعية، اتخذت ضرورة التقليد لمذهب لدى المتأخرين منحى إلزاميًا؛ لأن المقلدين أنواع؛ فمنهم من يدرك مآخذ الأدلة ويستطيع الترجيح بينها، فيكون على التخيير فيما بين الآراء والأقوال؛ ومنهم من لا يستطيع ذلك على اختلاف في الدرجة، فهل يكون المقلد على الخيار بين المذاهب؛ يتخير كيف يشاء مع ما يحدثه من الفوضى في الأحكام والاتهام باتباع الهوى والمصالح الذاتية؟

الواقع أنها من المسائل الخلافية بين العلماء، ما بين متمسك بالأصل؛ المتمثل في أن السلف لم يلزموا بمذهب معين، وما بين ما اقتضته الضرورة والسياسة كما سيأتي في كلام الماوردي في ضرورة التقليد لمذهب معين، وهو يتحدث عن اتجاه المانعين من الاجتهاد والحكم بأي قول تبين رجحانه للمجتهد مهما كان مخالفًا لمذهبه هو !

يقول: " وقد منع بعض الفقهاء من اعتزى إلى مذهب أن يحكم بغيره، فمنع الشافعي أن يحكم بقول أبي حنيفة، ومنع الحنفي أن يحكم بمذهب الشافعي إذا أداه اجتهاده إليه لما يتوجه إليه من التهمة والممايلة في القضايا والأحكام، وإذا حكم بمذهب لا يتعداه كان أنفى للتهمة وأرضى للخصوم...²

¹ الأحكام السلطانية للماوردي: ج1 ص115.

² الأحكام السلطانية للماوردي، ج1 ص115.

ويقوم الماوردي كلا الاتجاهين، فيقول في حق المانعين: "وهذا وإن كانت السياسة تقتضيه فأحكام الشرع لا توجهه؛ لأن التقليد فيها محذور، والاجتهاد فيها مستحق، وإذا نفذ قضاؤه بحكم وتحدد مثله من بعد أعاد الاجتهاد فيه، وقضى بما أداه اجتهاده إليه وإن خالف ما تقدم من حكمه...¹

الحاصل إذا، أن التمسك بمذهب في الأحكام مما تقتضيه السياسة ولو لم يوجهه أصل الشرع بنص محدد، بناء على ضرورات العمل في الفتوى والقضاء، وهذا الكلام ليس قدحا في مسلك التمذهب بل بيانا من الماوردي عن مسوغات القول به، وهو ما ترسخ عمليا وتاريخيا في كل المذاهب التي نظمت ذخيرتها من الأقوال وتقديمها فيما يشبه القانون المتبع في الأحكام فتوى وقضاء.

الفقرة الثانية: عوامل التزام المغاربة بالمذهب المالكي.

يعود ظهور المذهب المالكي بالغرب الإسلامي إلى البدايات الأولى لدخول الإسلام إليها، ويُرجع الدارسون أسباب² تبنيه لدى الدول المتعاقبة عليه إلى عوامل كثيرة أجمالها في ثلاث:

العامل العلمي، والعامل الثقافي، والعامل السياسي.

أولا: العامل العلمي.

ويتجلى في أهمية الحركة العلمية التي قام بها جهابذة العلماء الأولون الذين اتصلوا بالإمام مالك وتلامذته المنتشرين بالأمصار خلال رحلاتهم إلى الحجاز، والتي كانت بمثابة التأسيس لنواته بالغرب الإسلامي.

وهو العامل الذي أرجع إليه ابن خلدون والمقري سبب انتشار المذهب بهذه البلاد، يقول ابن خلدون:

"وأما مالك — رحمه الله تعالى — فاختص بمذهبه أهل المغرب والأندلس، وإن كان يوجد غيرهم، إلا أنهم

¹ م نفسه. ج 1 ص 115.

² ينظر: مقدمة ابن خلدون، ج 3، ص 1054. نفح الطيب، نفح الطيب من غصن الأندلس الرطيب، وذكر وزيرها لسان الدين بن الخطيب، المقري التلمساني، تح إحسان عباس، دار صادر - بيروت - لبنان، ط، 1997 ج 1، ص 221، وأبو زهرة، مالك، ص 344، 345. و: نظرة تاريخية في حدوث المذاهب الأربعة، أحمد تيمور باشا، دار القادري، للطباعة والنشر بيروت، ط 1، 1411هـ، 1990م ص 63 وما بعدها. و عمر الجيدي، محاضرات في تاريخ المذهب المالكي في الغرب الإسلامي، ص 29 وما بعدها.

لم يقلدوا غيره إلا في القليل، لما أنّ رحلتهم كانت غالبا إلى الحجاز، وهو منتهى سفرهم، والمدينة يومئذ دار علم¹.

وهو نفس ما يؤكده كلام المقرئ، في أن سبب ذبوع المذهب يعود إلى «رحلة علماء الأندلس إلى المدينة، فلما رجعوا إلى الأندلس وصفوا فضل مالك وسعة علمه وجلالة قدره فأعظموه»²، فكان أن تواترت الرحلات من جحافل العلماء الذين يصعب حصرهم يقول: "إنّ حصر أهل الارتحال لا يمكن بوجه ولا بحال، ولا يعلم ذلك على الإحاطة إلاّ علام الغيوب"³.

ثانيا: العامل الثقافي

ويتمثل في ذلك التشابه بين البيئتين، مما سهل تبني المذهب المالكي لدى أهل المغرب، لإشتراكهما في خصائص البساطة والبداوة والبعد عن التعقيدات الحضارية.

يقول ابن خلدون: "فالبداوة التي كانت غالبية على أهل المغرب والأندلس، ولم يكونوا يعانون الحضارة التي لأهل العراق، فكانوا إلى أهل الحجاز أميل، لمناسبة البداوة..."⁴

وقد يبدو هذا العامل الحضاري والثقافي غير مباشر في تبني المذهب المالكي بالمغرب، لكن الباحثين يؤكدون على أهميته في ذلك، فإن له جانبا من الصحة يتمثل في تشابه البيئتين في أمور كثيرة كأخذهم بأعراف الناس وعاداتهم، واعتمادهم على الفقه العملي الذي يتماشى مع طبيعة الفطرة في بساطتها ووضوحها، دون تكلف أو تعقيد.

¹ المقدمة، ج 1 ص 568.

² نفح الطيب، ج 4، ص 217.

³ نفح الطيب، ج 2، ص 5.

⁴ ابن خلدون، المقدمة، ج 1 ص 568.

فأهل الأندلس والمغرب يميلون بطبعهم إلى الوضوح، وينفرون من النظريات الفلسفية، والتأويلات البعيدة المتكلفة، فمذهب مالك خلا من تداخل الآراء وظل بعيدا عن الشوائب التي تسربت إلى الدين في البلاد الأخرى بسبب اختلاف الناس باختلاف مذاهبهم الفلسفية والعقدية والسياسية¹.

ثالثا: العامل السياسي²

ويعد لدى البعض أهم هذه العوامل، لتعلقه بتبني المذهب لدى الدول المتعاقبة على الحكم في الغرب الإسلامي؛ كمرجعية رسمية في تدبير الخطط الدينية، في الفتوى والقضاء. لكن لا ينبغي المبالغة في اعتبار العامل السياسي هو ما فرض المذهب فوقيا لتلقاه العامة قسرا؛ كما يمكن أن يفهم من كلام ابن حزم في قوله: "مذهبان انتشرا في بدء أمرهما بالرئاسة والسلطان: مذهب أبي حنيفة... ومذهب مالك عندنا بالأندلس، فإن يحيى بن يحيى كان مكينا عند السلطان مقبول القول في القضاء وكان لا يلي قاضٍ في أقطار بلاد الأندلس إلا بمشورته واختياره، ولا يشير إلا بأصحابه ومن كان على مذهبه،

¹ ينظر: المدرسة المالكية الأندلسية، مصطفى الهروس، ص 77 وما بعدها .

² جاء في الاستقصا لأحمد خالد الناصري: "رأيت في بعض التأليف في سبب ظهور مذهب مالك بالأندلس والمغرب أن حجاج المغرب والأندلس قدموا على مالك - رضي الله عنه - بالمدينة، فسألهم عن سيرة عبد الرحمان بن معاوية المعروف بالداخل، فقليل له: "إنه يأكل الشعير ويلبس الصوف ويجاهد في سبيل الله"، فقال مالك: "ليت الله زين حرمنا بمثله"؛ فنقم عليه بنو العباس هذه المقالة وكان ذلك سبب توصلهم إلى ضربه في مسألة الإكراه كما هو مشهور، وبلغت مقالته صاحب الأندلس فسر بها، وجمع الناس على مذهبه فانتشر في أقطار المغرب من يومئذ...". ج 1، ص 195.

والناس سرّاع إلى الدنيا والرئاسة، فأقبلوا على ما يرجون بلوغ أغراضهم به"¹، بل العكس من ذلك هو الذي حصل، فما كان للأمرء والحكام إلا الإستجابة لما عليه الناس في تدينهم والتزامهم بالمذهب المالكي. وهذا الملحظ هو غير ما يلزم به البعض المذهب المالكي في كون هيمنته على الحياة الدينية والقضائية نتيجة للتدخل السياسي. مع أن التجربة التاريخية تفند ذلك، فكم حاولت دول فرض مذهبيتها على الناس فلم تقم لها قائمة، ولو امتد حكمها أجيالا عديدة، كما هو الحال مع العبيدين في مصر².

المبحث الثاني: العناية بالفتوى والقضاء وفق المذهب المالكي.

تشكل فكرة التنظيم لهذا المجال الهام ومظاهر العناية به، شكلا ومضمونا، في نظري، أبرز دليل على الوعي العملي الذي تميز به أولياء الأمور والعلماء، فلم يكن قط هملا مرسل³، يتصدى له كل من ظن في نفسه استكمال الشروط العلمية لممارسته، يفتي الناس أو يقضي بينهم بالذي يراه. لهذا تعددت المظاهر السياسية لتفعيل الإلزام بالمذهب المالكي في ظل تاريخ الدول الإسلامية سواء بالأندلس أو حواضر المغرب، والتي شكلت تقليدا حضاريا قانونيا ينظم خطة الفتوى والقضاء، ومنها ما أشار إليه ابن تيمية بقوله⁴: " لما انتشر مذهب مالك بالأندلس، وكان يحيى بن يحيى بالأندلس والولادة يستشيرونه، فكانوا يأمررون القضاة ألا يقضوا إلا بروايته عن مالك". وجاء في المعيار للونشريسي: " أخذ هشام بن عبد الرحمن بن معاوية أمير الأندلس حينئذ جميع الناس بإلزامهم مذهب مالك وصير القضاة والفتيا عليه.

¹ جذوة المقتبس: الحميدي، ص 360، نفع الطيب، ج 2، ص 10 .

² ينظر: مقدمة الموطأ برواية علي بن زياد لمحمد الشاذلي النيفر، دار الغرب الإسلامي، ص 31 .

³ ينظر: النظم والفكر الإسلامي، علال الفاسي إعداد عبد الرحمن الحريشي، مطبعة الرسالة الرباط، 1991، ص 49.

⁴ مجموع الفتاوى، ج 20 ص 327 و 328.

وذلك في عشرة السبعين ومائة من الهجرة حياة مالك وقريب من موته -رحمه الله. وشيخ المفتين حينئذ صعصعة ابن سلام إمام الأوزاعية وراويهم، فالتزم بهذا المذهب من يومئذ وحملوا بالسيف عن غيره جملة، وما تدين بغيره أحد من حينئذ إلا من لا يؤبه به، فمضى أمر الأندلس على ذلك. وبحسب هذا المعتقد، كتب الحكم المنتصر بالله إلى الفقيه أبي إبراهيم...: وكل من زاغ عن مذهب مالك، فإنه ممن زين على قلبه وزين له سوء عمله...¹

المطلب الأول: مظاهر قوة المذهب المالكي ضبطاً وتنظيماً.

الفقرة الأولى: الحرص على المساواة أمام أحكام المذهب.

ومن مظاهر قوة الإلزام والالتزام بالمذهب، في تاريخ المذهب بالأندلس: ما نستشفه من خلال واقع القضاء في الأندلس حين حكم أحد القضاة، على أمير بمقتضى منصوص المذهب المالكي رغم كونه في غير مصلحة الأمير! مع أن في الفقه الإسلامي أقوالاً أخرى تجيز للأمير الوصول إلى بغيته، ولو أن المفتي في الأخير أذعن لواقع إرضائه في حالة استثنائية.

ومختصر القصة أنه احتاج أمير إلى شراء مجشر في أحباس المرضى المقابل لمنزله؛ لتأذيه برؤيتهم، فرفع أمره إلى القاضي ابن بقي فامتنع وأجابه: بأن الأمير أولى بحفظ حرمة الحبس، فأمره بجمع فقهاء الشورى، فأفتوه بما قاله ابن بقي لموافقة فتواه مذهب مالك؛ ثم أعاد الأمير المشورة في هذه المسألة بحضور محمد بن لبابة، فقال هذا الأخير: "أما قول إمامنا مالك، فالذي قاله أصحابنا الفقهاء، وأما أهل العراق فإنهم لا يجيزون الحبس أصلاً وهم علماء أعلام تهتدي بهم أكثر الأمة، وإذا بأمر المؤمنين من حاجة إلى هذا المجشر ما به، فما ينبغي أن يُردّ عنه، وله في المسألة فسحة وأنا أقول فيه بقول العراقيين وأتقلد ذلك رأياً"².

¹ المعيار المعرب، ج6 ص357.

² المدارك: ج 6، ص 90.

أما الفقهاء فبقوا على رأيهم الأول، وقالوا لابن لبابة مستنكرين عليه فيما ذهب إليه: "سبحان الله تترك قول مالك الذي أفتى به أسلافنا ومضوا عليه واعتقدناه بعدهم، وأفتينا به لا نريد عنه بوجه، وهو رأي أمير المؤمنين، ورأي الأئمة آبائه"¹.

الفقرة الثانية: الزام القضاة بالمشورة واستكمال شرط التأهل :

يقول الونشريسي: "يشترط في المفتي والحاكم أن يكون مجتهدا في أصول الشريعة، عارفا بما أخذ الأحكام، فإن عجز عن ذلك فليكن مجتهدا في مذهب من المذاهب، فإن عجز عن ذلك فله أن يفتي بما يتحققه ولا يشك فيه ... فإن كان خطؤه فيه نادرا بعيدا جاز له الفتوى والحكم وإلا فلا"².

لذلك حرصوا على أن يكون المفتي في مستوى المسؤولية، ويظهر ذلك من عدة أمور أذكر منها: اختيار الفقيه الذي يكون أهلا للفتوى، فقد ذكر المقرئ أن أهل قرطبة "كانوا لا يقدمون أحدا للفتوى ولا لقبول الشهادة حتى يطول اختباره وتعقد له مجالس المذاكرة، ويكون ذا مال في غالب الحال، خوفا من أن يميل به الفقر إلى الطمع فيما في أيدي الناس فيبيع به حقوق الدين"³.

فالفتوى تقتضي تدربا وخبرة طويلة؛ لذلك كان علماء الأندلس ينصحون تلامذتهم بالمواظبة على حضور مجالس الشورى بين القضاة والفقهاء المشاورين، يقول ابن سهل: "كثيرا ما سمعت شيخنا أبا عبد الله بن عتاب رضي الله عنه يقول: الفتيا صنعة، وقد قاله قبله أبو صالح أيوب بن سليمان بن صالح ... قال: الفتيا دربة، وحضور الشورى في مجلس الحكماء منفعة وتجربة، وقد ابتليت بالفتيا فما دريت ما أقول في أول مجلس شاورني فيه سليمان بن أسود، وأنا أحفظ المدونة، والمستخرجة الحفظ المتقن ... والتجربة أصل في كل فن، ومعنى مفتقر إليه"⁴.

¹ المدارك، ج 6، ص 89.

² المعيار المعرب: ج 11، ص 110.

³ نفح الطيب، ج 3، ص 214.

⁴ المعيار المعرب، ج 10، ص 79.

إلى جانب هذا، نجد أن المفتي في ظل هذا التوجه الاجتماعي المنظم، لا يكاد يمارس مهمته الخطيرة هاته إلا وقد حصل على تزكية من الناس؛ يشهدون له بأهليته العلمية والعملية. لهذا، فالمفتي الحق لا يبادر إلى إفتاء الناس من تلقاء نفسه، يقول الونشريسي نقلاً عن الإمام مالك: " لا ينبغي للعالم أن يفتي حتى يراه الناس أهلاً لذلك، ويرى هو نفسه أهلاً لذلك"¹

وفسر القرافي كلامه قائلاً: "يريد تثبت أهليته عند العلماء ويكون هو بيقين مطلقاً على ما قاله العلماء في حقه من الأهلية؛ لأنه قد يظهر من الإنسان أمر ضد ما هو عليه، فإذا كان مطلقاً على ما وصفه به الناس حصل اليقين في ذلك"².

ومن المظاهر الشكلية، في تمييز أصحاب هذه الوظائف عن غيرهم، درج العرف الأندلسي على تحديد لباس خاص للمفتي، وشرطوا عليه إلى جانب ذلك شروطاً علمية منها التمكن من حفظ الموطأ والمدونة؛ يحكي المقرئ عن هذا بقوله بأن "بخارج قرطبة ثلاثة آلاف قرية، في كل واحدة منها منبرٌ وفقهه مُقلّس تكون له الفتيا في الأحكام، وقد كان لا يجعل القالس عندهم على رأسه إلا من حفظ الموطأ، وقيل من حفظ عشرة آلاف حديث عن النبي ﷺ، وحفظ المدونة"³.

أما القاضي فقد ألزمه بالتشاور قبل الحكم في ما يعرض أمامه من منازعات، وإن كان في الأمر تفصيل يتعلق بما إذا كان القاضي مجتهداً أو ليس من أهل الاجتهاد؟

فإن كان من أهل الاجتهاد، فالأصل أنه لا الزام عليه في التشاور؛ فهو عندهم من أهل الاجتهاد والحكم بما أداه إليه نظره، لهذا أنكر العديد من العلماء الزام القضاة بالتشاور، كما سترى في ما جاء في تبصرة الحكام، غير أنه مما يستحب للحاكم القيام به تحرياً لأحكامه، قال الخشني عن ابن بشير أنه كان "يشاور في قضائه

¹ المصدر نفسه، ج 10، 39.

² الفروق: ج 2 ص 110.

³ نفح الطيب، ج 1، ص 458.

عبد الملك زونان، والغازي بن قيس، والحارث بن أبي سعد، وإسماعيل بن بشير التجيني، ومحمد بن سعيد السباني ... قال ابن حارث: كانوا إذا اختلفوا عليه كتب إلى مصر: إلى ابن القاسم وابن وهب ...¹ أما إن لم يكن من أهل الاجتهاد فيلزمه أمران: التقليد والمشورة، جاء في تبصرة الحكام لابن فرحون "فصل: وأما إن لم يكن القاضي من أهل الاجتهاد ففرضه المشورة والتقليد، (...)"، قال الشيخ أبو بكر الطرطوشي: أخبرني القاضي أبو الوليد الباجي أن الولاة كانوا بقرطبة إذا، ولوا رجلا القضاء شرطوا عليه في سجله أن لا يخرج عن قول ابن القاسم ما وجدته، قال الشيخ أبو بكر: وهذا جهل عظيم منهم، يريد؛ لأن الحق ليس في شيء معين، (ويبين ابن فرحون هذا القول)، وإنما قال الشيخ أبو بكر هذا؛ لوجود المجتهدين وأهل النظر في قضاة ذلك الزمان فتكلم على أهل زمانه، وكان معاصرا للإمام أبي عمر بن عبد البر والقاضي أبي الوليد الباجي والقاضي أبي الوليد بن رشد والقاضي أبي بكر بن العربي والقاضي أبي محمد بن عطية صاحب التفسير وغير هؤلاء من نظرائهم وقد عدم هذا النمط في زماننا من المشرق والمغرب".²

من هنا يظهر مدى الجهد الذي بذله العلماء في سبيل التنظيم والتحري الدائم للحيلولة دون العبث والفوضى، فقد قرروا ضرورة التقليد والاذعان إلى مقولة خلو العصر من الاجتهاد، لأن الالتزام بمذهب معين ضرورة مجتمعية وسياسة شرعية لتستقيم معها شؤون الناس في معاملاتهم، ولهذا لم نعدم في تاريخ الفتوى والقضاء نموذجا³ لحاكم (قاضي) من مذهب مخالف لمذهب المتنازعين يحكم بناء على مذهبهم هم، وليس بناء على ما يعتقدوه هو، ويدين به من مذهب، وفي ذلك دلالة على عمق النظر والانصاف.

¹ قضاة قرطبة، الخشني، إبراهيم الأبياري، بيروت، دار الكتاب اللبناني، ط1، 1982م، ص84. و المدارك: ج 3، ص332.

² تبصرة الحكام، ابن فرحون، ج1 ص66.

³ مثل : قاسم بن محمد بن يسار المتوفى سنة 276 هـ، كان على مذهب الشافعي إلا أنه التزم الإفتاء على مذهب مالك؛ لأن أهل الأندلس على مذهبه. ينظر: أخبار الفقهاء والمحدثين، ج 2، ص289.

الفقرة الثالثة: التأديب على مخالفة المذهب:

يعد تعرض المفتي للتأديب مظهرا من مظاهر تنظيم هذا المجال وتقنينه، فمخالفة المذهب وقواعده الإجرائية في الحكم إفتاء وقضاء، يعرض صاحبه للعزل أو التأديب أو لكليهما، كما تتعرض أحكام القاضي للنقض، جاء في إعلام الموقعين: "من أفتى الناس وليس بأهل للفتوى فهو آثم عاص ومن أقره من ولاية الامور على ذلك فهو آثم أيضا.

قال أبو الفرج ابن الجوزي رحمه الله: ويلزم ولي الأمر منعهم كما فعل بنو أمية وهؤلاء بمنزلة من يدل الركب وليس له علم بالطريق وبمنزلة الأعمى الذي يرشد الناس إلى القبلة وبمنزلة من لا معرفة له بالطب وهو يطيب الناس بل هو أسوأ حالا من هؤلاء كلهم، وإذا تعين على ولي الأمر منع من لم يحسن التطيب من مداواة المرضى، فكيف بمن لم يعرف الكتاب والسنة ولم يتفقه في الدين؟

وكان شيخنا رضى الله عنه شديد الإنكار على هؤلاء، فسمعتة يقول قال لي بعض هؤلاء أ جعلت محتسبا على الفتوى فقلت له يكون على الخبازين والطباخين محتسب ولا يكون على الفتوى محتسب.¹ ومن نماذج التأديبات الواقعة بمخالف المذهب من المفتين في تاريخ المذهب، ما وقع للإمام القوري ت(872هـ) الذي أخر عن مجلس الشورى² لأنه أفتى بعدم لزوم بيع المضغوط (المكره) وما حدث للفقهاء أبي زكريا يحيى السراج(1007هـ) عندما عارض شهادة الابن مع أبيه أخذا بمشهور المذهب لكنه مما يخالف ما جرى به العمل.³

ومن ذلك، أيضا ما جاء في المعيار: تحت فصل [محنة مفت قال بأن الثلاث واحدة وتقطيع كتبه بباب

المسجد]

¹ المعيار المعرب، ج 4 ص 217.

² المسألة الشهية للجيلالي، ص: 22/ مخطوط بالخزانة العامة بالرباط رقم 7423 نقلا عن مباحث في المذهب المالكي. ص: 189.

³ ينظر مباحث الجيدي ص: 189.

وحكي أن الفقيه محمد بن عبد الله المعروف بابن القوي بلغه أن ابن مريم يفتي بالرخصة في طلاق الثلاث، فرفعه إلى القاضي فأنكر ابن مريم ذلك، فأمر القاضي به إلى السجن، فقال ابن القوي: السجن فقط؟ اقتله ودمه في عنقي. ثم توفي القاضي المذكور وولي بعده غيره فبعث إلى دار ابن مريم أعوانا أخذوا جميع كتبه ثم أتوا بها فلم يدخلها القاضي داره، وأمر بها إلى الجامع. ثم خرج وأرسل إلى أهل العلم فرأوا أن يخرج منها موطأ مالك والمدونة وأن تقطع كتب الشافعي وغيره، فقال الشيخ منهم بل تقطع كلها على باب المسجد خيفة أن يقول الناس أخذوا ما أحبوا وقطعوا ما لم يحبوا.¹

وفي موضع آخر يذكر نفس الفتوى ينسبها لبعض الفقهاء دون تسميته: [منع مفت قال بأن الثلاث واحدة في الأندلس من الفتوى والتدريس]

وذكر أن بعض فقهاء الأندلس أفتى برخصة في الثلاث وكتب ذلك بخط يده، فبلغ الكتاب إلى الفقيه أبي إبراهيم إسحاق بن إبراهيم، فقال لاكثر الله فينا مثل هذا. وكتب يرد عليه ويبين خطأه ويطلق عليه، وأشار بمنعه من الفتوى والتكلم في العلم وما كان نصب نفسه له، إذ كان هذا الرجل من أهل العلم أخذه بمكة ومصر وما هنالك، فامثل أمر الفقيه ابن إبراهيم فيه، فبقي مسخوط الحال مهجور الباب ممنوعاً من الفتيا ومن الشهادات لأجل ذلك. ولولا تسكين الفقيه أبي إبراهيم عنه هذه الثائرة لحل به عظيم البلاء مع أولي الأمر.

فخاطب الفقيه أبو محمد الباجي الفقيه أبا إبراهيم عاتبا عليه وقد بلغه أنه لم يكن منه إنكار غير قوله لاكثر الله فينا مثل هذا في رسالة طويلة يقول فيها: ... وكان الواجب عليه مع ارتفاع قدرك ... أن تقدم إليه بمن معك، فتخبره بأن القائل بهذا خارجي مبتدع في الإسلام بدعة عظيمة، فإذا لم تقطعها أنت ومثلك ذهب الناس وصاروا كلهم أولاد زنى، وهو أمر أجمع عليه أهل الفتيا والأئمة بالأمصار كلها لم يختلف منهم فيه مختلف، بل ردوا في ذلك على الرافضة والخوارج الذين تحب محاربتهم وقتلهم بالاستتابة، فإن الله قد طبع على قلوبهم وجعلها إخوانا للشياطين، لأن من خالف أمر الله والسنة وما عليه أئمة المسلمين من قديم الدهر وحديثه حلت

¹ المعيار المعرب، م س، ج 4، ص 436 و 437.

حرايته والخروج ومجانبته من كل الوجوه وخلعه من الديانة. ثم ذكر بعد هذا الاحتجاج لأهل السنة، ولو لا مخافة التطويل لكتبناه.

فأجاب الفقيه أبو إبراهيم يعرفه بما كان منه في ذلك وبما آل إليه أمر الرجل، ويقول له في أثناء جوابه أما ما احتججت به على من قال بتلك الأضاليل ونزع إليها، فإنها تقام الحجة على من تمسك بشيء من التمسك (كذا) التي اختلف فيها أهل السنة، فإنه لا يدافع بما تمسك به إلا بأقوى من ذلك التمسك وأتم، وأشهر وأعم، فأما هذه الرخصة فإنما تنسب إلى نفر من أهل البدعة، لا يلتفت إليهم ولا يحتج على مثلهم لجهلهم بالسنن وانقطاع عن حظهم منها بمروقهم عنها وعن حملتها ورواتها وخدمتها، والمستمرين بها وبالنفقة فيها، ولأي شيء يحتج على من انقطع عن السنن وأهلها إلى البدعة والجهل هذا الانقطاع، إنما يدعي هؤلاء إلى الدخول في جملة المسلمين واللاحق بهم، فإن أخذوا بحظهم من التوبة والإنابة وإلا سلك بهم السبيل الذي سلك بأمثالهم سلفنا رضي الله عنهم، وفي كتاب الحج من تقييد الشيخ أبي الحسن الصغير على المدونة. عن ابن العربي أنه قال ما ذبحت ديكاً قط بيدي، ولو وجدت من يرد المطلقة ثلاثاً لذبحته بيدي، وهذا نصه رحمه الله مبالغة في الزجر عنه.¹

لقد أوردت هذه النازلة على طولها لبيان خطورة الافتاء، وما يمكن أن يطال مخالف المذهب وما عليه العمل في الفتوى والقضاء، إذ لم يكن هؤلاء المشايخ ليتساهلوا معه فيها؛ خاصة وأن لها أبعاداً عقديّة وسياسية، كما هو الحال بالنسبة لهذه النازلة حيث وافقت في مضمونها ما يقول به أهل البدع حسب منكري الفتوى، وهو ما يبرر في نظري درجة القسوة التي تحملها الردود من الباجي وغيره، وليس لأن الفتوى مخالفة للإجماع أو الاتفاق على أن طلاق الثلاث بينونة كبرى، لا تحل معها الزوجة لزوجها إلا بعد محلل، لأنه بالرجوع إلى كتب

¹ المعيار المعرب، ج 4 ص 438

الخلاف كبداية المجتهد لابن رشد وغيرها¹ نجد أن المسألة خلافية، قد تتكافأ فيه الأنظار ولم نجد ابن رشد يتعصب لأحد الفريقين، أما الردود القاسية من ابن العربي والمازري والباجي وغيرهم، فمبررها أن الفتوى أخذت بعدها العقدي والمذهبي؛ دليل ذلك ما تضمنه انكارهم من الرمي بالتشيع والخروج عن مذهب السنة، مما جعل اختيار أحد الآراء الفقهية الموافقة لأصحاب البدع فيها، مرمى لسهام التبديع والتشكيك في العقيدة ! ومن هنا، نجد أن أولياء الأمور، بإيعاز من العلماء، قد يتدخلون في بعض الظروف لمراقبة المفتين والقضاة في اختياراتهم الفقهية يحاكمونهم إلى مسلكيات وأدبيات الفقهاء داخل المذهب في الترجيح، وهو ما يعني كون مجال الفتوى والقول في الفقه مقننا ولو سلمنا بالأصل في الفتوى إنها مرسلة لا تعيين من ولي الأمر.

المطلب الثاني: آليات تحديد القول المرجعي في المذهب المالكي.

رأينا سابقا كيف أن المذهبية لم تضع حدا لتكاثر الأقوال، سواء من الأئمة المقتدى باجتهداتهم في المذهب أو من قبل صاحب المذهب نفسه ! حيث تعددت الرواية عنه، فلزم والحال هذه، وضع مسلك إجرائي للترجيح بينها، والوصول إلى الحكم الملزم²، ولا يمكن الزعم في هذا الصدد الإمام بكل حيثيات هذا الموضوع، فإن الإحاطة به مما يحتاج إلى مؤلفات خاصة.

لكن حسبي الإشارة إلى ما يفيد أطروحة هذا البحث، والمتمثلة في تصوري بمثابة المسطرة القانونية في تحديد القواعد والأحكام الجاري به العمل في تنظيم الاجتهادات المتراكمة، وأن الضرورة جعلت علماء المذهب يهتدون إليها، وهو ما تكرر تقليدا سارت عليه الأجيال المتلاحقة، والتي يرونها — أي أجيال

¹ ينظر كلام الشوكاني في مناقشة الأقوال حول إطلاق ثلاثا بلفظة واحدة حيث جعلها أربعة أقوال والرابع: "أنه يقع واحدة رجعية من غير فرق المدخول بها وغيرها، وهذا مذهب ابن عباس على الأصح، وابن إسحاق، وعطاء وعكرمة، وأكثر أهل البيت عليهم السلام، وهو أصح هذه الأقوال. الفتح الرباني من فتاوى الإمام الشوكاني. ج7، ص3464.

² ينظر السلطة المذهبية، التقليد والتجديد في الفقه الاسلامي، وائل حلاق. ترجمة عباس عباس، المدار الاسلامي، ط1 2007م، ص:233.

المقلدين في العصور المتأخرة- قاصرة عن الاستقلال الذاتي بالاستنباط، فما عاد هناك إلا المقلدون وهم أحوج الناس إلى من يأخذ بأيديهم.

الفقرة الأولى: قواعد الترجيح بين الأقوال وتحديد الملزم منها في الفتوى والقضاء.

إن الناظر إلى كتب المتأخرين سيجد لهم عناية بهذا الجانب الإجرائي في تعيين المفتي به، من آراء المذهب المالكي، وسنعمد كتاب نور البصر للهلالي أحد أبرز المصادر التي جمعت هذه النفائس، وهو بمعرض شرح مقدمة مختصر خليل؛ الكتاب الذي حظي بالاعتبار أكثر من غيره إفتاء وقضاء وتدريسا لدى المتأخرين¹. ولقد اتسم عمل الهلالي فيه بالإحاطة والاستيعاب، فاعتمده بعده غالب من تحدث عن منهج المالكية في الفتوى، تذكيرا أو بيانا، وقد أخذه بدوره منشورا ضمن تدقيقات الشراح الذين سبقوه. وزبدة الكلام فيه، أن المفتي مطالب بالتحقق من مصادره التي ينقل منها، بتحري وثوقيتها سواء من حيث السند أو من حيث صحة مضمونها، فلا ينقل من الأحكام إلا المتفق عليه أو الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل.

¹ ينظر المختصر الخليلي وأثره في الدراسات المعاصرة، نموذج القانون المدني المغربي، محمد العاجي، منشورات وزارة الأوقاف، المملكة المغربية، مطبعة البياضوي، ط1، 1432هـ، 2011م. ص105 وما بعدها

يقول الهلالي: "وحاصل الأمر في الكتب التي يعتمد عليها في الفتاوى والأحكام في العبادات والمعاملات أنها يطلب فيها أن يثبت عند العامل بها والمفتي والحاكم أمران: أحدهما صحة نسبتها إلى مؤلفيها، ثانيها صحتها في نفسها..."¹

والذي تجوز به الفتوى لدى المالكية، يقول الهلالي: "أربعة أشياء:

أحدها: القول المتفق عليه في المذهب.

ثانيها: القول الراجح وهو ما قوي دليله، ثم إن كان المفتي أهلاً للترجيح أفقياً بما اقتضت القواعد ترجيحه عنده، وإلا قلد شيوخ المذهب في الترجيح، فأفتى بما رجحوه.

وثالثها: المشهور، وهو ما كثر قائله كما يناسب معناه لغة، فالفرق بينه وبين الراجح مع أن كلا منهما له قوة على مقابله، هو أن الراجح نشأت قوته من القائل، فإن اجتمع في قول سبب الرجحان والشهرة ازداد قوة، والا كفى أحدهما.

فإن تعارضاً بأن في المسألة قولان، أحدهما راجح والآخر مشهور، فمقتضى نصوص الفقهاء والأصوليين أن العمل بالراجح واجب.

رابعها: القول المساوي لمقابله، حيث لا يوجد في المسألة رجحان واختلف هل يحمل المفتي مستفتيه على معين من المتساويين فأكثر؟ أو يحكي له ما في المسألة ويخير بالقائلين فيختار هو لنفسه؟ قال ابن غازي: قيل وبالأول جرى العمل، وأنكر الشاطبي القول بالتخير.²، كما منعوا المقلد من الإفتاء أو القضاء بالضعيف أو الشاذ، وإلا تعرضت تصرفاته للبطلان وعرض نفسه للإنكار عليه أو التأديب³ !

¹ نور البصر: ص، 129.

² نور البصر: ص 125 و 126.

³ قال النابغة الشنقيطي:

والحكم بالضعيف غير هادي - ما لم يكن من أهل الاجتهاد

أما المقلد فمحجور عليه - وعند ترك راجح رد إليه

حكم قضاة الوقت بالشدوذ - ينقض لا يتم بالنفوذ

وقال في النظم الفاسي:

البوطليحية ملحق باصطلاح المذهب ص: 621.

فضمن هذه الحدود، إذن، يتصرف أهل الفتوى والقضاء، ولكنهم ليسوا سواء في حرية الانتقال من أحد هذه الأقوال، فالأمر يختلف؛ بحسب ما إذا كان المفتي أو القاضي مجتهداً أو مقلداً، ومع ذلك ما فتئ المالكية يؤكدون على ملازمة المشهور بالنسبة للمقلد والمجتهد أيضاً.

فهم يصدرّون من رؤية واحدة؛ غايتها استتباب النظام واستقرار الأحكام؛ بقطع دابر الفوضى في الفتوى والقضاء، وهو ما تُجْلِيه به مواقف علماء مشهود لهم برسوخ القدم في التدريس والفتوى، نذكر منهم¹ الإمام المازري، الذي قال: "ولست ممن يحمل الناس على غير المعروف المشهور من مذهب مالك وأصحابه؛ لأن الورع قلّ بل كاد يُعَدَم، والتحفّظ على الديانات كذلك، وكثرت الشهوات، وكثر من يدّعي العلم ويتجاسر على الفتوى فيه، فلو فتح لهم باب في مخالفة المذهب لتّسع الخرق على الرّاقع، وهتكوا حجاب هيبة المذهب، وهذا من المفسدات التي لا خفاء بها"².

ويعلق الشاطبي على هذا القول معجبا به: "فانظر كيف لم يستجز - وهو المتفق على إمامته - الفتوى بغير مشهور المذهب ولا بغير ما يعرف منه؛ بناء على قاعدة مصلحة ضرورية إذ قلّ الورع والديانة من كثير ممن ينتصب لبثّ العلم والفتوى"³.

¹ التسولي، البهجة في شرح التحفة، بيروت، دار المعرفة، ط 3، 1977، ج1 ص21. وجاء في المعيار: "و ذهبت طائفة إلى تعيين الفتيا بالمشهور ؛ لأن ذلك اضطراب وفساد؛ ولا سيما في حق الحاكم، لتطرّق التّهمة إليه ومخالفة ما جاء من النهي عن الحكم في قضية بحُكْمين؛ لأن عدم التزام المشهور يؤدي إليه، وكان هؤلاء المنتمون إلى التحقيق، قال ابن عبد السلام شارح ابن الحاجب حاكيا عن المازري: منذ سبعين سنة ما أدركت أشياخي إلّا وهم يفتون بالمشهور " وعقّب على ذلك الونشريسي قائلا: « وهذه الطريقة عند من طالع أخبار سلف المالكية هي المتعيّنة » المعيار، ج11 ص101.

² الموافقات، ج 4، ص 106؛ و تبصرة الحكام، ج 1، ص 51.

³ المصدر نفسه، ج 4، ص 106.

الفقرة الثانية: الالتزام بما جرى به العمل.

قد يبدو لأول وهلة أن لا مجال للمرونة في هذا النسق الإفتائي لتأخري المذهب؟ بله أن يكون هناك مجال للفوضى في الفتوى والقضاء، مادام التصرف فيهما محكوما مضبوطا بضوابط شكلية وموضوعية كما رأينا، لكن الواقع يدفعنا إلى عدم التعميم.

فإن من تتبع الأحكام المبنية على ما جرى به العمل¹ سيلمس مرونة كبيرة لدى المالكية، خاصة فيما يقتضي الحكم بالضعيف أو الشاذ، للضرورة والمصلحة واختلاف الأعراف بين الناس أو ما هو من باب مراعاة الخلاف عندهم، لهذا اشتهرت في المذهب مسائل خرج فيها الشيوخ عن مقتضى المذهب²، أو العمل

¹ عرف ما جرى به العمل بأنه: "الأخذ بقول ضعيف أو شاذ في مقابل الراجح أو المشهور، لمصلحة أو ضرورة أو عرف أو غير ذلك من الأسس: "أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي" محمد رياض، ص: 513. ينظر: العرف والعمل في المذهب المالكي، عمر عبد الكريم الجدي، ص 342 .

² كما نظمها الفقيه أبو عبد الله محمد بن غازي المكناسي (ت: 919هـ) في أرجوزته فقال:

قد خولف المذهب في الأندلس	في ستة: منهم سهم الفرس
وغرس الأشجار لدى المساجد	والحكم باليمين والشاهد
وخلطة الأرض بالجزء تلي	ورفع تكبير الأذان الأول

المعيار: ج 11، ص 12.

بالمشهور مع وجود ما هو أرجح ! وهذا إنما يستقيم إذا تصرف به من حازوا مرتبة الاجتهاد دون المقلدين، وإلا فإن الأصل عدم جواز ذلك اتفاقا في المذهب¹.

وهكذا تتكرس سلطة ما جرى به العمل، لتجعله مقدما على غيره ولو كان مشهورا²، نظرا لأنه صدر من أهله المقتدى بهم علما وعملا، ومرتبطا بأسبابه الموجبة له، ويرجع الدارسون بداية ذلك إلى أواخر القرن الرابع الهجري، في حاضرة قرطبة التي كانت تحتضن جهابذة علماء المالكية³، ثم تطور العمل به ليصير مصدرا تشريعا مستحدثا لدى مالكية الغرب الإسلامي على حد تعبير الجيدي⁴، تخرجا على نظيره عمل أهل المدينة، وعلى منوال الأندلسيين درج العمل الفاسي والسوسي والجبلي بالمغرب⁵.

والجدير بالتنويه هنا في نظري، أن مكمن قوة الحكم الذي حاز صفة ما يجري به العمل؛ مصدرها صفة الشهرة، من حيث استفاضة عدد العاملين به من المفتين والقضاة المقتدى بهم، فهو من هذا الجانب يشتهر بالمشهور في اجتماع علم وعمل العلماء عليه، وهو ما يجسد مظهرها من مظاهر العمل الجماعي، في مقابل قول متفرد مهما حاز من الرجاحة، والشهرة قبل الحكم الذي يجري العمل به.

وهذه الشرعية التي يكتسبها ما جرى به العمل من خلال تظافر عمل المفتين والقضاة هي ما يفسر تجدره في بنية الأقوال المعمول بها، بغض النظر عن حجم النقد الذي وجه ولا يزال يوجه إلى هذا المسلك في التشريع لدى المتأخرين، خصوصا الدعوات التي تروم الرجوع عنه إلى الراجح بل حتى المتفق عليه، فقد سجل على ما بني على العمل مخالفات غريبة للنصوص استنادا على دعاوى وافتراسات لا تحقق مصلحة ولا تحترم نصا ولا منصوبا مما رجح واشتهر في المذهب، من ذلك شهادة اللقيف، اعتبار عدة المطلقات بالأشهر وليس بالحيز، اعتبار الطلاق لدى العوام طلقا بائة مطلقا لا رجعة فيها إلا بعقد جديد! إلى

¹ نور البصر 134.

² قال في نظم عمليات فاس: وما به العمل دون المشهور - مقدم في الأخذ غير مهجور.

³ ينظر مباحث في المذهب المالكي: عمر الجيدي ص182..

⁴ نفسه ص: 179.

⁵ نفسه ص: 191.

غيرها من المسائل الجارية على العمل عندهم، وهي في غالبها فتاوى وأحكام قال بها طلبة علم لم يكن حظهم منه كبيراً كما يصفهم الهاللي¹ عند تحذيره من أنواع الأحكام التي جرى بها العمل، وهو ما نظمته النابغة الشنقيطي بقوله:

وليس كل ما به جرى العمل معتبرا شرعا فمنه ما انهمل
فربما أجراه ذو التعاصي بترك طاعة وبالمعاصي²

إن الفكرة التي يمكن الخلوص إليها، من هذا المبحث أن مجال القول في الدين إفتاء وقضاء تحكمه لدى الفقهاء رؤية تنظيمية ممنهجة، فإذا كان القصد من بيان الأحكام الشرعية هو التكليف بها والالتزام بمضمونها الديني الذي يحتم الامتثال والانتفاء، فإن واقع تعدد الآراء الفقهية يقف حجر عثرة أمام تحديد القول الملزم.

وإذا كانت المناهج الأصولية لم تستطع بكل عدتها المعرفية تحقيق القطع في ثمرتها التشريعية، فإن ذلك لم يحل دون سعي الفقهاء حثيثاً نحو إيجاد آليات إجرائية تهدي المحاطين بأحكام التشريع الإسلامي إلى تحديد ما يلزمهم من الأحكام الشرعية دون غيره من الآراء الأخرى، والتي لا تعوزها صفة الشرعية أيضاً طالما تمتح من نفس المعين وبنفس الأدوات الأصولية.

ومن خلال ما رأينا توصلنا إلى أن مجال الإلزام بالأحكام الشرعية يميز فيه بين نوعين من الآليات: العامة والخاصة. وقصدنا بالعامة تلك الآليات المتفق عليها بين جميع المذاهب وحصرناها في ثلاث: النص القطعي، أو الإجماع أو حكم القاضي الذي يشفع بقدرة السلطة التنفيذية على إنفاذه.

أما الآليات الخاصة فقصدنا بها: جملة المسلكيات الإجرائية في تحديد القول الملزم فتوى وقضاء داخل بنية مذهبية محددة بعد أن شكلت المذاهب الإطار المرجعي للتشريع داخل الأقطار الإسلامية، وقد تناولنا بنوع

¹ نور البصر: ص 145 وما بعدها.

² اصطلاح المذهب: ص: 129.

من الإجمال تصور المذهب المالكي في ضبط هذا المجال، نظرا لأن القصد هو تقريب التصور دونما ادعاء لاستقصاء دقائقه المنهجية معرفيا وتاريخيا من حيث تطبيقاته على مر الأطوار التي مر منها.

وإذا أمكن التأكيد بعد هذا جازما من أن مجال الفتوى والقول في الدين، لم يكن مرسلا بإطلاق يقول فيه من شاء ما شاء، مدعيا أنه الأرجح، وحكم الله الذي شرعه لعباده خصوصا وأن المفتي في موقع خليفة رسول الله في بيان حكم الشرع للناس، أو إنه في مقام الموقع عن رب العالمين!

فلقد بين تاريخ الفقهاء في علاقتهم بممارسة خطة الفتوى والقضاء عن نزوع إلى حراسة هذه الوظائف عن العبث والفوضى، فاقترضت السياسة العمل إلى جانب ولاية الأمور للتدخل في تنظيم هذا الشأن، ولو أن مباشرة أهل السياسة له محل ريبة وشك تجعل بعض المفتين ينأون به عنهم دفاعا عن استقلال مجال التشريع عن تدخل ولاية الأمور الذين بينت التجربة التاريخية شططهم فيه، كلما تعارضت مصالحهم مع مقتضى حكم شرعي!

وهنا مكنم التحدي بالنسبة للفكر الإسلامي، الذي ما يزال يراوح مكانه في الإجابة عن تساؤل قدسم جديد في آن، وهو دور المجتهدين في مجال التشريع، فهل كل مجتهد ملزم بما يهديه إليه رأيه؟ أم يلزم نفسه ومقلديه؟ وكيف السبيل إلى رأب صدع الاختلافات الفقهية في مجتمعنا اليوم؛ والذي يعج بالآراء الاجتهادية المتنوعة، في تجاوز لما هو معمول به قديما من التزام مسلكية مذهبية معينة، كانت تجمع شمل الأمة وتحفظ عليها هويتها الدينية والفقهية والتشريعية، بما يحفظ مصالحها الدينية والدنيوية؟

وواضح أن الأزمة قد تعززت، بتغير واقع المجتمعات الإسلامية، وحجم الانقلاب الذي عرفته في جميع الأصعدة، والذي ابتدأ بالصدمة الحضارية أولا، ثم وقوعها تحت سلطة الاستعمار بما جلبه من تغييرات جذرية في أنظمتها السياسية والتشريعية خاصة، وهو ما يعني استبدال منظومة دينية إسلامية بأخرى غربية وضعية.

ومنذ تلك اللحظة التاريخية وسؤال المرجعية الدينية في التشريعات السارية في كل بلد يشكل معضلة ما تزال تتخبط فيها هذه البلدان، خاصة وأنها تنص في دساتيرها على أن الإسلام دين الدولة.

وإذا كان القانون هو الصيغة الأخيرة التي انتهت إليها مؤسسات الدولة في تسيير شؤونها، وضعية كانت وهو الغالب أو دينية في مجالات محدودة كالأسرة والعقار غير المحفظ بالنسبة للمغرب مثلاً، فإن تصدي بعض المفتين للفتوى في أمور هي من صميم اختصاصات القانون يعتبر تنازعا تشريعيا يعبر عن موقف ينزع الشرعية عما يشمل القانون بالتطبيق، ويوقع الناس في ازدواجية تشريعية ما بين متطلبات الدين وما يفرضه القانون.

ولأن الفقه اليوم بالشكل الذي استقر به عبر القرون لا يستطيع أن يواكب حجم التحديث الذي عرفه التقنين، سواء على مستوى الشكل أو المضمون.

لهذا كان من بين التحديات أمام الفقه مواكبة القانون في نظرياته وصيغته، وفي مواكبة المستجدات المعاصرة وفق تغيرات المحيط القطري والدولي، حيث تغيرت مسلمات وبنيات قديمة في القانون الدولي والتجاري والمنظومات الحقوقية التي ينبغي تكييفها وفق كليات ومبادئ الشريعة، ومن تم التفكير جدياً في الكيفية التي يستطيع بها دمجها في بنية مؤسسات الدولة الحديثة، ليتحقق رأب الصدع بين منظومة الفقه والقانون.

الباب الثاني:

آليات الالتزام في ضوء مستجدات

الواقع المعاصر

الباب الثاني : آليات الالتزام في ضوء مستجدات الواقع المعاصر

ويخصص هذا الباب، لدراسة أبرز المقترحات في سبيل تحديد الحكم المرجعي الملزم، أكثر من غيره.

وترتيب هذه المقترحات، هو بحسب ظهورها المفترض تاريخيا، فقد كان التقنين مع المجلة العدلية، أول هذه الإجراءات، ثم تلاها ظهور المجامع الفقهية ومختلف أشكال مؤسسات الفتوى، الرسمية والقطرية وغير ذلك...

ولأن التقنين أو مؤسسة الاجتهاد الجماعي، ليسا بمعزل عن مؤسسات التشريع في الدولة الحديثة، فإن من المفروض مقارنة فكرة الاجتهاد في بعده الدستوري؛ لتساءل عن دور الأمة في الاجتهاد التشريعي.

ولأن مؤسسات الدولة الحديثة انما تعبر عن سلطان أو سيادة الأمة، ومن هنا ضرورة إعادة النقاش حول هذا المفهوم في الفكر الإسلامي، بعرض مختلف المواقف فيه.

وأخيرا بعرض نموذج او بالأحرى مثال للاجتهاد المعاصر، لما يحمله من معالم الاجتهاد الفقهي وفق مستجدات العصر.

وستنطلق لهذه الأمور في فصلين:

الأول: تقنين الفقه، ومأسسة الاجتهاد الجماعي.

الثاني: دور الأمة في تقرير الأحكام الاجتهادية، والإلزام بمقتضاها.

الفصل الأول :
تقنين الفقه ومأسسة
الاجتهاد الجماعي.

الفصل الأول

تقنين الفقه ومأسسة الاجتهاد الجماعي.

إن ضرورة إيجاد صيغ عملية لتنظيم ثمرات الاجتهاد من الأحكام عند العلماء، يعود إلى كثرة الاختلافات الفقهية إزاء المستجدات المعاصرة، وكذلك محاولة منهم لتجاوز الواقع المعاصر للمذاهب الفقهية التي وجدت نفسها وقد انحسر دورها في كثير من المواقع، والرغبة في مواكبة تطورات العصر والتحدي القانوني للتشريعات المعاصرة المتسمة بقوة التنظيم والصياغة والوضوح، وأيضاً قصور الأدوات التقليدية في إيجاد أجوبة معاصرة لتطورات العصر في نوازل لم يسبق للفقه عهد بها.

ومن جهة أخرى، الوقوف عند أهم الاختيارات التي أفرزتها هذه القضية، أي البحث عن تقنين الفقه الإسلامي والأحكام الاجتهادية بصفة عامة.

وقد طُرحت مسألة مأسسة الاجتهاد تجاوزا لتحديات واقعية، أبرزها فوضى الاجتهادات والفتاوى المتضاربة والمتناقضة، والتي تنتمي برغم ذلك إلى الفقه الإسلامي أو إلى الشريعة وإن لها المرجعية والحجية من غيرها؛ أي أنه يمكن بالمأسسة تحديد القول الملزم أو المرجعي للمسلم في عالم اليوم؛ ومن هنا، وجدنا طرح المأسسة كألية أخرى لها ثمراتها وتشكلاتها التي ينبغي الوقوف عندها.

ومما لا شك فيه، أن هذه الصيغ الحديثة الساعية إلى تقنين وتنظيم هذا الشأن الخطير، ليست محل إجماع أو اتفاق لتبقى مجرد بدايات أو اقتراحات، وإن كانت محل تطبيق واشتغال من قبل المهتمين بالفقه الإسلامي وتطوير الاجتهاد فيه، نظراً لأنه مازالت تعرض لها تطورات وتغييرات إلى أن تستقر على الحال الذي يبوؤها المكانة التي تتغيها.

وهو ما سيتم التطرق إليه في هذا الفصل بالبحث عن إشكالية الدراسة أي الإلزام عبر التقنين وعبر المؤسسة، وذلك في مبحثين.

المبحث الأول : الإلزام بتقنين الفقه.

ويتناول: بيان معنى التقنين، وتطور الفكرة في التشريع الإسلامي، محاولا إبراز الإلزامية بالتقنين ومختلف المواقف إزاءه من مدى مشروعيته أو عدمها.

المطلب الأول: مفهوم التقنين.

ترجع كلمة التقنين إلى لفظة "قن"، وهي مصدر لقن بمعنى "وضع القوانين" وهي كلمة رومية وقيل فارسية، والقانون "مقياس كل شيء، وطريقه"¹. والقانون في الاصطلاح "مجموعة من الشرائع والنظم التي تنظم علاقات المجتمع سواء من جهة الأشخاص أو من جهة الأموال وهي كثيرة"²

والتقنين عملية يقصد بها حسب الزرقا: "جمع الأحكام والقواعد التشريعية المتعلقة بمجال من مجالات العلاقات الاجتماعية وتبويبها وترتيبها وصياغتها بعبارة آمرة موجزة واضحة في بنود تسمى مواد، ذات أرقام ... ثم إصدارها في صورة قانون أو نظام تفرضه الدولة ويلتزم القضاة بتطبيقه بين الناس."³

وعليه، فالتقنين يعني: جعل الأحكام المتضمنة في الفقه الإسلامي، بمثابة قانون يتميز بما تتميز به القاعدة القانونية، وهي ثلاث خصائص:

الأولى، أنها قاعدة سلوكية، أي تنظم سلوك الأفراد وعلاقاتهم الاجتماعية.

¹ المعجم الوسيط، ج 2، ص 763 .

² المنجد في اللغة ص: 656.

³ المدخل، ص 313.

الثانية، كونها قاعدة عامة ومجردة، إذ إنها لا تخاطب أعيان الناس، وإنما توجه إلى الجميع فتطبق على كل من توفرت فيه شروط التطبيق دون تمييز؛ تماما كدلالة قول الفقهاء¹ العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.

الثالثة، وهي أهمها والتي يدور حول مفهومها هذا البحث، هي خاصية الإلزام، نظرا لما يضمنه للقاعدة القانونية من النفاذ والتطبيق في المجتمع.²

ولا شك أن صفة الإلزام هذه، إلى جانب صفة العموم والتجريد، مما تشترك فيه القاعدة القانونية مع القاعدة الشرعية الدينية، فهي أيضا ملزمة؛ لكنهما يفترقان في أن القاعدة الشرعية تمتاز بشموليتها للجانبين السلوكي والداخلي للفرد؛ في علاقته بربه، لكنها لا تحوز صفة القانون، مثلها مثل قواعد الاخلاق والمجاملات، يقول السنهوري: "ويترتب على ذلك أن قواعد الأخلاق والمجاملات الاجتماعية والآداب العامة والأحكام الدينية، كل هذه ليست قانونا، فقد تكون أوامر ونواهي يجب على الناس اتباعها ولكنها ليست مقترنة بجزاء دنيوي توقعه الدولة على من يخالفها."³

ومن هنا فالإلزام لا يتأتى لأي قاعدة ما، إلا اذا تحولت إلى القانون من طرف الجهة المختصة في الدولة، ما يعني أنه يمكن لتلك القواعد أن تكون هي القانون في مجتمعات لا تتوفر فيها الدولة في شكلها الحديث؛ بمؤسساتها وتنظيماتها التشريعية، في علاقته بالسلطات الأخرى، ويمكن أن نجد تلك الجماعة من الناس تُقر نوعا من الجزاءات للمخالف لتلك القواعد سواء الدينية منها أو قواعد العادات والأعراف. ولهذا فالمجتمع الذي نقصده، يقول توفيق حسن فرج، " هو المجتمع المنظم الذي توجد فيه سلطة يكون لها السيادة على أفرادها، ويكون لها إجبار ما على إطاعة أحكام القانون، والدولة هي الصورة الواضحة اليوم لمثل هذا المجتمع، وإن كان

¹ ينظر: الأشباه والنظائر: تاج الدين السبكي / ط 1 دار الكتب العلمية 1411هـ - 1991م، ج 2/134.

² تتولى السلطة العامة وليس الافراد توقي هذا الجزاء، الذي يكون اما جزاء جنائيا بالحبس أو السجن، أو جزاء مدنيا بإجبار المدين على التنفيذ، أو ابطال العقود، ويكون الجزاء إداريا إزاء الموظف التابع لإدارة معينة، بالإنذار أو الخصم أو التدرج من الدرجة ينظر: المدخل للعلوم القانونية، الدكتور توفيق حسن فرج، مؤسسة الثقافة الجامعية د، ت، ط، ص 19.

³ علم أصول القانون، عبد الرزاق السنهوري، مطبعة فتح الله الباس نوري واولاده، 1936م، ص 13.

هذا لا يعني أن الدولة هي الصورة الوحيدة للمجتمع الذي يوجد فيه القانون، فقد يوجد القانون كذلك في مجتمع لا تتوفر له مقومات الدولة طالما كانت هناك سلطة تملك إجبار الأفراد على طاعة القانون واحترامه.¹

فالتقنين إذن، وكما سنرى مجرد عملية تنظيمية تعنى أساسا بالجانب السلوكي في علاقات الناس بعضهم ببعض، ولا يمكنه أن ينصرف إلى الجانب الداخلي للإنسان لتعذر الوصول إليه، وعلى فرض ذلك فإنه سيؤول إلى التسلط والتحكم في عقائد الناس وقناعاتهم في جزئية من الجزئيات الدينية التي لا تؤثر بالضرورة على استقرار الجماعة في مجتمع معين. ما لم تتحول إلى سلوك.

ومن ثم، فتقنين الفقه سيجعله جامعا بين الصفتين معا، الصفة التنظيمية إلى جانب ما تتمتع به القاعدة الفقهية من شرعية دينية²، وهو ما تتجاوز به الازدواجية التشريعية التي يعاني منها الفرد المسلم في بيئة متعددة المشارب التشريعية.

وللوقوف على ما سبق الإلماع إليه من طغيان الجانب الشكلي التنظيمي على عملية التقنين ما نلمسه في التعريفات الآتية:

يقول "محمد كمال الدين إمام" بخصوص التقنين باعتباره صياغة تشريعية بأنه: "صياغة جديدة لفقه تليد، أما الصياغة الجديدة فهي في الشكل والأسلوب، فالواجب أن تتعقب أحداث ما وصل إليه فن التقنين من حيث التعبير والترتيب والتنسيق؛ أما الفقه التليد فهو رصيدنا المذخور الذي أبدعته أجيال متعاقبة مثلوا العقل الفقهية".³

¹ المدخل للعلوم القانونية، ص 17.

² ينظر: المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، ج 1 ص 266.

³ في الصياغة التشريعية، ص 3.

وعبر عنه القرضاوي بقوله: " أن تصاغ الأحكام في صورة قانونية مرتبة ومرقمة على غرار القوانين الحديثة من مدنية وجنائية وإدارية وذلك لتكون مرجعا سهلا محددًا يمكن بيسر أن يتقيد به القضاة ويرجع إليه المحامون، ويتعامل على أساسه المواطنون"¹

ومثله قول الدكتور وهبة الزحيلي بأنه: "صياغة أحكام المعاملات وغيرها من عقود ونظريات ممهدة لها جامعة لإطارها في صورة مواد قانونية يسهل الرجوع إليها".²

ومثله قول المستشار طارق البشري: " تجميع الأحكام وتصنيفها، وترتيبها بتبويب منطقي علمي على هيئة مواد متتابعة"³

والملاحظ على التعريفات السابقة إحالتها عملية التجميع إلى مجهول، بحيث يطرح التساؤل عمن يقوم بهذه العملية من التنظيم والترتيب وحسن الصياغة؟ خاصة وأن هذه المسألة يشتبها فيها التقنين مع كثير من المصنفات الفقهية المعاصرة، التي تتخذ لها مسمى محاولات في تقنين الفقه، فهل تحوز صفة التقنين بمجرد أنها مصنفة كما تصنف القوانين؟

وهنا، نجد بعض التعريفات التي تتضمن الجهة المسند إليها هذه العملية، بمعنى: "قيام الجهات المختصة في الدولة بصياغة الأحكام الفقهية في قواعد عامة ومجردة وملزمة على شاكلة النصوص القانونية وإقرار ذلك وإصداره على هيئة قانون"⁴

¹ مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ص 297.

² جهود تقنين الفقه الإسلامي، ص 26.

³ الوضع القانوني المعاصر بين الشريعة والقانون الوضعي، طبعة دار الشروق القاهرة 1997، ص 15.

⁴ موقف الفقهاء من تقنين أحكام الشريعة، نقلا عن تقنين أحكام الشريعة الإسلامية: الأهمية، الواقع والعقبات، لمحمد التهامي ذكير، دراسة بمجلة: الفقه المقارن عدد 2 و3، سنة 2013م.

ولهذا، فلا بد من استحضار البعدين معا في تعريف التقنين، فالمقصود بتقنين أحكام الفقه الإسلامي، لا يقتصر - كما قلنا - على مجرد الصياغة الشكلية، بل لا بد من أن تتولى ذلك جهة مختصة تصدره ليكون قانونا ملزما يترتب عليه ما يترتب عن القانون في الدولة. "وعليه، فإن المدونات التي تصدر عن أفراد أو جهات ليست لها صفة إلزامية لا تعد تقنيناً، كما أن المذكرات الإيضاحية ومدونات الأحكام القضائية الصادرة عن الدولة لا تعد تقنيناً؛ لأنها لا تأخذ شكل التقنين في ترتيبها وتبويبها وترقيمها.¹

وهذا الملاحظ، يعفينا من تبعات إطلاق التقنين على كل المحاولات التجديدية للفقه أو الدعوات إليه من قبيل تحديث ترتيب أحكام الفقه وأبوابه وحسن تنظيمه، بحيث يشمل جميع الجوانب الفقهية: كما نجده عند "قطب مصطفى سانو" الذي عاب تعريفات الفقهاء المعاصرين للتقنين بقوله: "بل إن التقنين يمكن أن يلج جميع أبواب الفقه من عبادات ومعاملات ومناكحات وعقوبات، ما دامت مسائل هذه الأبواب اجتهادية وعامة، تعم بها البلوى بل ينبغي أن يغشى التقنين جميع مجالات التجديد التي ذكرناها من قبل، وتشمل مجال العقيدة والتربية والاجتماع والسياسة والاقتصاد والثقافة وسواها؛ فالضابط الناظم لغشيان التقنين هذه المجالات هو أن تكون موضوعاتها مسائل اجتهادية عامة تعم بها البلوى، فكل مجال صالح للتجديد فإنه يمكن توظيف التقنين فيه وسيلة من وسائل التجديد في ذلك المجال..."²

ولا شك أن هذه الدعوة تطرح العديد من الملاحظات، منها أن التقنين كما تم تعريفه لا يمكن بحال أن يشمل جميع المجالات، فهو محدود بالجانب السلوكي العلائقي للناس في زمان ومكان محددين؛ تحقيقاً لمصلحتهم وضماناً للاستقرار اللازم؛ أما الجوانب الأخرى التي تحتمل الاختلاف والتنوع ولا يترتب عنها ضياع لحق أو مصلحة، فالتقنين فيها لا ينبغي أن ينصرف إلا إلى مجرد التنظيم الشكلي للقيم والمبادئ الذي تؤطره، غير أننا رغم ذلك نُقر بوجود مجالات عبادية يمكن أن تؤطر بقوانين خاصة كقانون المساجد أو كيفية أداء

¹ الصياغة الفقهية في العصر الحديث، هيثم بن فهد الرومي، دار التدمرية، ط، 2012م، ص 356.

² التجديد والتقنين والمصارف الإسلامية المعاصرة رؤى منهجية ورقة مقدمة إلى ندوة عمان 2008م

بعض الشعائر، ومدعاة التدخل التقني هنا واضح، لتعلقه بالتطبيق الجماعي لها، والذي يتناقض مع الاختلاف المؤدي إلى التدابر أو أي شكل من أشكال الصراع وغيره..

المطلب الثاني : تاريخ وتطور فكرة التقنين :

ترجع فكرة "تقنين الفقه" إلى الرغبة في توحيد الناس على رأي فقهي موحد ييسر العمل القضائي ويحفظ وحدة المسلمين، فيما لا يحتمل الاختلاف نظرا لما يؤدي إليه من ضياع للحقوق أو النزاع وكل ما من شأنه أن يؤثر على وحدة الجماعة، وهذا المقصد وجد له تعبيرات مختلفة في تاريخ المسلمين، وليس جديدا وهو ما تؤكد عليه فكرة هذه الدراسة في أن المسلمين في مختلف الحقب التاريخية حاولوا تنظيم هذا الشأن بما لا يتعارض مع عدم قابليته مبدئيا لذلك، مخافة الحجر على الناس المستوفين للكفاءة العلمية والشروط في ممارسة الاجتهاد والافتاء.

ومن جهة أخرى، يشكل التقنين اليوم تحديا من التحديات المعاصرة للفقه الإسلامي، من قبل التشريعات الوضعية المعاصرة التي ظهرت في أرقى ما يمكن من التنظيم والصياغة، وهو ما نجد أصداؤه في كتابات النهضويين كالكوكي في "أم القرى" ولدى محمد عبده وتلامذته الذين حملوا مشعل الإصلاح الذي اضطلعوا به لتجاوز مظاهر التأخر التي تعانيها الأمة على جميع الأصعدة، ومن بينها كيف السبيل إلى إحداث تجديد على الفقه بما يواكب تطورات العصر التي أسفر وجهها مع الاستعمار الذي بليت به الدول الإسلامية، فصار مطلبا ضروريا وإلى الآن ما تزال المؤتمرات والندوات¹ تعقد في سبيل تطويره لأنه أحد آليات تطبيق الشريعة، رغم ما يمكن أن يقال من انحسارها إلى أبعد الحدود لتقتصر الحاجة إليها في مجال الأسرة أو الحقوق العينية، أو مجال المال، خاصة تجربة الأبنك وفق المنظور الإسلامي في استثمار المال.

¹ هناك العديد من المؤتمرات الدولية في موضوع تقنين الفقه الإسلامي من اخرها ندوة تقنين الشريعة بسلطنة عمان، غشت 2008م

هذا، ويمكن التمييز في تتبع هذا التاريخ لفكرة التقنين بين مرحلتين: الأولى، التقنين قبل ظهور المجلة العدلية؛ والثانية، التقنين منذ ظهور المجلة العدلية.

الفقرة الأولى: التقنين قبل المجلة العدلية.

لقد اعتبر الدارسون، دعوى "عبد الله بن المقفع" إلى توحيد الناس على رأي موحد في القضاء مظهرا من مظاهر التقنين، وإن لم يكن تقنيننا بالمعنى الحديث، فقد حاول ابن المقفع¹ في كتابه "رسالة الصحابة" إقناع أبي جعفر المنصور بالتقنين في بدء العهد العباسي المتمثل في جمع الأحكام الفقهية وإلزام القضاة بها.

يقول: "ومما ينظر أمير المؤمنين فيه من أمر هذين المصرين وغيرهما من الأمصار والنواحي اختلاف هذه الأحكام المتناقضة التي قد بلغ اختلافها أمرا عظيما في الدماء والفروج والأموال، فيستحل الدم والفرج بالحيرة، وهما مجرمان بالكوفة، ويكون مثل ذلك الاختلاف في جوف الكوفة فيستحل في ناحية ما يحرم في ناحية أخرى.... فلو رأى أمير المؤمنين أن يأمر بهذه الأقضية والسير المختلفة، فترفع إليه في كتاب ويرفع معها ما يحتاج به كل قوم من سنة أو قياس، ثم نظر أمير المؤمنين في ذلك، وأمضى في كل قضية رأيه الذي يلهمه الله، ويعزم له عليه، وينهى عن القضاء بخلافه، وكتب بذلك كتابا جامعا، لرجونا أن يكون اجتماع السير لإجماع الأمر برأي أمير المؤمنين، وعلى لسانه ثم يكون ذلك من إمام آخر، آخر الدهر إن شاء الله"²

وهو ما حاول الخليفة العباسي تطبيقه، فطلب ذلك من الإمام مالك، لكنه رفض وتوضح لنا الرواية التالية عنه حيثيات ذلك، يقول الإمام مالك: "لما حج أبو جعفر المنصور دعائي، فدخلت عليه فحدثته، وسألني فأجبتة، فقال: إني قد عزمت أن أمر بكتبك هذه التي وضعتها يعني الموطأ فتنسخ نسخا، ثم أبعث إلى كل مصر من أمصار المسلمين منها بنسخة، وأمرهم أن يعملوا بما فيها لا يتعدوه إلى غيره، ويدعوا ما سوى

¹ عبد الله بن المقفع فارسي أسلم على يد الأمير العباسي عيسى عم السفاح، أحد البلغاء والفصحاء ورأس الكتاب، 145هـ وعاش 36 سنة وقيل بعد الأربعين له كتاب: كليله ودمنة الدرة اليتيمة، تنظر ترجمته في سير اعلام النبلاء، ج6، ص208 و209.

² آثار ابن المقفع، عبد الله ابن المقفع، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1409، 1هـ، 1989م، ص317.

ذلك من هذا العلم المحدث فإنني رأيت أصل العلم رواية المدينة وعلمهم ، قال: فقلت: يا أمير المؤمنين لا تفعل هذا، فإن الناس قد سبقت إليهم أقاويل، وسمعوا أحاديث ورووا روايات، وأخذ كل قوم بما سبق إليهم وعلموا به، ودانوا به من اختلاف أصحاب رسول الله ﷺ وغيرهم، وإن ردهم عما قد اعتقدوه شديد، فدع الناس وما هم عليه، وما اختار كل أهل بلد منهم لأنفسهم، فقال: لعمري لو طأعتني على ذلك لأمرت به.¹

وفي ترتيب المدارك للقاضي عياض، نجد مختلف الروايات التي تشير إلى هذا الحدث الفريد من مشروع السلطة آنذاك لتنظيم وضبط اختلاف الأحكام الفقهية وتناقضها أحيانا، كما جاء في تعليق أبي جعفر لرغبته تلك، غير أن الإمام كان له موقفه الرفض، ومبرراته التي تسنده، ومنها قوله: "إن أهل العراق لا يرضون علمنا. فقال أبو جعفر يضرب عليه عامتهم بالسيف وتقطع عليه ظهورهم بالسياط، وفي بعضه إن أبا جعفر قال له إني عزمت أن أكتب كتبك هذه نسخاً ثم أبعث إلى كل مصر من أمصار المسلمين بنسخة أمرهم بأن يعملوا بما فيها ولا يتعدوها إلى غيرها من هذا العلم المحدث فإنني رأيت أصل العلم رواية أهل المدينة وعملهم.

فقلت: يا أمير المؤمنين لا تفعل، فإن الناس قد سبقت لهم أقاويل وسمعوا أحاديث وروايات وأخذ كل قوم بما سبق إليهم وعملوا به ودالوا له من اختلاف أصحاب رسول الله ﷺ وغيرهم وإن ردهم عما اعتقدوا شديد، فدع الناس وما هم عليه وما اختار أهل كل بلد لأنفسهم. فقال: لو طأعتني على ذلك لأمرت به.²

والواضح فيما روي، أننا إزاء تأريخ لأول محاولة يمكن اعتبارها تقنياً؛ بالنظر إلى الرغبة التي عبر عنها الخليفة في توحيد الأحكام الفقهية المعمول بها والتي لا يجوز الاحتكام إلى غيرها، إلى جانب ما حظيت به من أمر الحاكم بها وسلطته في الإلزام بموجبها وإلا ترتب عنها الجزاء باستحقاق العقوبة منه، كما جاء في الرواية.

¹ طبقات الكبرى لابن سعد: تح: علي محمد عمر، مكتبة الخانجي - القاهرة، ط، 1، عام 2001 م، ج7، 573.

² ترتيب المدارك تح: عبد القادر الصحراوي، مطبعة فضالة ط، 1، ج 2، 72.

في نفس الوقت، ننوه بموقف الإمام مالك الذي اعتبر هذا الفعل الإلزامي، نوعاً من الإكراه الذي لا داعي له، بالنظر إلى واقع الفقه والرواية التي أدت إلى ظاهرة الاختلاف فيه، بحيث جعلت كل جماعة للمسلمين في مصر من الأمصار يكون لها اختياراتها الفقهية وآراء انتهى إليها أئمتهم بحسب اجتهاداتهم. وهو رأي في غاية السداد والرشد يعكس ما للإمام مالك من بعد نظر يجعله يقرأ واقع التشريع قراءة الخبير بمآلات الأمور وانعكاسها على الأمة ومدى إمكانية استجابتها له، وهو أمر في الحقيقة رغم صحة ونبيل المقصد في اللجوء إلى التقنين، إلا أنه لا يمكن فرض صيغة واحدة موحدة على جميع أقطار العالم الإسلامي آنذاك، والذي تشكل بغداد مركزه السياسي.

ولقد نوه علال الفاسي برؤية الإمام مالك، رغم كونه من الداعين إلى تقنين الفقه والمشاركين في تجربة تقنين الفقه الإسلامي في المغرب، وممن أعدوا قانون مدونة الأحوال الشخصية بقوله: "وهي نظرة واسعة الأفق تريد الإبقاء على حرية النظر واستنباط الأحكام من المصادر الأصلية طبقاً لما يعرض من النوازل وما تكتنفها من الظروف، وهكذا وقع الاختلاف عند الأوروبيين في نظرية التدوين، فمنهم من حبذاها وذكر محاسنها، ومنهم من أعرض عنها واطنب في بيان مساوئها."¹

ومن المحاولات التي يعدها الدارسون من قبيل التقنين، تلك الكتب الفقهية التي ألفت بناء على طلب من الحاكم، توفيراً لمرجع يهتدى به في القضاء والفتوى، ومن هذه النماذج:

— كتاب الخراج لأبي يوسف الحنفي الذي ألفه بناء على طلب هارون الرشيد الخليفة العباسي يتعلق بنظام الأموال من حيث جبايتها وتحديد مصارفها. يقول أبو يوسف: "إن أمير المؤمنين أيده الله تعالى سألني

¹ دفاع عن الشريعة لعالل الفاسي، دار الكتاب المصري، ودار الكتاب اللبناني بيروت، ط 2011، ص 230

أن أضع له كتابا جامعا يعمل به في جباية الخراج، والعشور والصدقات والجوالي¹، وغير ذلك مما يجب عليه النظر فيه والعمل به.

وإنما أراد بذلك رفع الظلم عن رعيته، والصالح لأمرهم. وفق الله تعالى أمير المؤمنين، وسدده وأعانه على ما تولى من ذلك، وسلمه مما يخاف ويحذر.²

لكن هناك³ من اعتبر أن صنيع أبي يوسف لا يمكن اعتباره تقنيا، إذ إن هارون الرشيد لم يعمل على تعميمه، ولهذا، فهو ليس تقنيا بالمعنى الاصطلاحي لمجرد طلب الخليفة له أن يؤلف فيه، فما أكثر الكتب التي تكون بناء على طلب من السلاطين دون أن ترقى إلى مكانة القانون الملزم؛ بيد أن ما جاء في مقدمة الكتاب، والذي عبّر فيه أبو يوسف عن الدافع إلى الكتابة هو عمل كتاب جامع يعمل به في جباية الخراج، مما يجب عليه النظر فيه والعمل به، وهذا يقتضي أن يكون الكتاب بمثابة القانون المتبع والملزم للجباة والقضاة، وهذا ما حدا بالبعض أن يعتبره الدستور الديني للسياسة العامة، والذي بيّن فيه موارد وإيرادات الدولة المالية ومصارفها⁴.

— كتاب ملتقى الأبحر للشيخ إبراهيم الحلبي⁵ الذي ألفه بطلب من السلطان العثماني سليمان القانوني ت 972هـ وجمع فيه خلاصة كتب بمثابة أبحر في الفقه، وهي: مختصر القدوري والمختار للفتوى لمجد الدين الموصللي والوقاية لتاج الشريعة المحبوبي وكنز الدقائق لحافظ الدين النسفي "ومع ما لهذا الكتاب من أهمية في

¹ الجوالي والمفرد جالية، وهي لفظة تطلق في الأصل على أية جماعة تنتقل من وطنها إلى وطن غيره، ومن هنا أطلق على أهل الذمة الذين أجلاهم عمر عن جزيرة العرب، ثم نقل اللفظ إلى الجزية التي أخذت منهم. نقلا عن محقق الكتاب ص 13.

² كتاب الخراج، تح: طه عبد الرؤوف سعد، سعد حسن محمد المكتبة الأزهرية للتراث، ص 13.

³ ينظر كتاب نظرات في تقنين الفقه الإسلامي، لرافع ليث القيسي، منشورات نماء بيروت، ط 1/2015.

⁴ المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ونظرياته العامة، رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي: منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، بيروت، لبنان 2005 ص 8.

⁵ إبراهيم الحلبي فقيه حنفي توفي سنة 956هـ من تصانيفه: ملتقى الأبحر وتلخيص الفتاوى التاريخية، وغيرها. ينظر: معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة: 80/1.

الفقه الحنفي، إلا أنه ليست له صفة التدوين الرسمي، ولكنه مفيد في تسهيل المطالعة والمراجعة من قبل القضاة والمفتين وغيرهم¹

— ومنها كذلك الفتاوى الهندية المشهورة بالفتاوى²: العالمكيرية، وهو مؤلف جماعي لعلماء من الهند تنفيذاً لطلب الملك المغولي محمد اورنگ زيب، توفي 1118 هـ الملقب "بعالمكير"، أي فاتح العالم، الذي كون مجلساً للفقهاء من أربعين عالماً من قضاة ومفتين وعلماء راسخين، برئاسة برهان بوري لجمع وتقنين أحكام الفقه في شتى الموضوعات، ولا سيما ما يتصل بالمعاملات والقضاء والإدارة والتوثيق، والعقوبات وبعد إتمام الكتاب أصدر الملك مرسوماً امبراطورياً "إرادة الملك" بوضع ما تضمنه من أحكام موضع التنفيذ في أرجاء المملكة، والعمل بها في الدوائر القضائية.³

ومع أن الملك أصدر مرسوماً للعمل بالكتاب، ما يجعله بمثابة قانون مادام أن الحاكم قد تبناه وأمر به؛ فإن من الباحثين من يرى أنه لا يرقى إلى أن يكون قانوناً لاشتماله على العبادات إلى جانب المعاملات، وأن أسلوبه من حيث الصياغة، لم يكن على شاكلتها، وكذلك لاحتوائه "مسائل من الفقه كثيرة بعضها حقيقي، وبعضها فرضي، مع بيان القول أو الأقوال المختارة للفتوى في كل منها"⁴

ولهذا اعتبر من الكتب شبه القانونية لخلوه حسب مصطفى الزرقا من الأدلة الأصولية ومناقشتها واقتصاره على الراجح المعمول به في المذهب "فبذلك يتقرب من التقنين الأمر"⁵

¹ ينظر المتون الفقهية وصلتها بتقنين الفقه: محمد حمدي، ط1 جدة، 1421 هـ، ص: 341.

² الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان: لنظام الدين برهانبوري وجماعة من العلماء، بيروت دار صادر، دون ط، 1991.

³ ينظر المدخل الفقهي العام، ج1، ص237، 236.

⁴ المتون الفقهية، 342. ينظر كذلك الصياغة الفقهية في العصر الحديث، ص 376. المدخل للفقه الإسلامي، محمد سلام مذكور، دار الكتاب الحديث ط2، 1996 م. ص108 و109.

⁵ المدخل الفقهي العام، ج1 ص238.

— ومن التجارب، كذلك، ما قام به سلطان المغرب محمد بن عبد الله العلوي ت 1204/ 1790م، حيث أصدر ظهائر تشتمل على مواد قضائية في شبه نظام بالأبواب والفصول جاءت في 100 مادة، وإن كانت مختلفة عن تقنين مجلة الأحكام العدلية، واعتبرها بعض الباحثين أول تقنين فقهي، وميزته أن السلطان العلوي أعطى لنفسه فيه الحرية في الاختيار والترجيح، وإنشاء أحكام جديدة نظرا لامتلاكه القدرة على الاجتهاد فهو فقيه متضلّع في العلوم الشرعية.¹

والحاصل مما سبق، التأكيد على وعي المتقدمين بالإشكالات العملية التي تبرر الحاجة إلى التقنين كأداة عملية للإلزام وتحديد الأقوال الملزم بها، أو لنقل الحاجة إلى كل ما يؤدي إلى أداء الدور الذي يلعبه التقنين في توحيد وضبط المجال القضائي ومختلف أحكام المعاملات، ومما لا شك فيه أن طبيعة الفقه الإسلامي وترامي أطراف بلاده هي ما جعل الفكرة لا تجد لها مكانا كما ان موقف الامام مالك وتخوفه من التقنين والالزام الذي دعا اليه الخليفة، عبر عن وعي بآثار التقنين؛ فإن كان قصد توحيد الأحكام والخروج من الخلاف مطلبا سياسيا تدعو اليه المصلحة، فإنه من جهة مقابلة يؤدي إلى إلزام الناس بغير ما يرونه لأنفسهم، ويرتضونه لمعاشهم من أحكام واجتهادات فقهية، قد لا يوافق ظروفهم وأعرافهم ومصالحهم، ومناهجهم في الفقه والاجتهاد.

والحقيقة أنها إشكالات عملية وعلمية في آن، أفرزت - وإلى الآن - موقفين من التقنين كآلية من آليات تطبيق الفقه الإسلامي، ما بين مجيز له، وآخر يعتبره بدعة من البدع وأنه لو كان مشروعاً لما امتنع عنه الإمام مالك؟

غير أن الواقع العملي، ركن إلى حتمية تاريخية لا مناص منها، وهي أن التقنين جزء من تدبير عالم اليوم، وأن بقاء الفقه الإسلامي في ثوبه القديم سيحكم عليه بالتهميش وعدم مسايرة تطورات المجتمعات الإسلامية

¹ ينظر الحركة الفقهية في عهد السلطان محمد بن عبد الله العلوي، أحمد الأمين العمراني، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، د ط، 1996م ج1 ص393. نقلا عن نظرات في تقنين الفقه الإسلامي م، س، ص104

ومتطلباتها. إضافة إلى أن النماذج التي رأيناها سابقا، مما اعتبر تقنيا للفقهاء الإسلامي، ماهي إلا تقنين بطريقة معينة تتوافق مع طبيعة المجتمعات السابقة على العصر الحديث.

الفقرة الثانية: التقنين بعد المجلة العدلية.

وبالبدية هنا مع المجلة¹ نفسها، فقد اعتبرت أول تقنين للفقهاء الإسلامي، بمفهومه الاصطلاحي، وجاء ظهورها في سياق تاريخي حتم ذلك، ففي الوقت الذي اطرده فيه " زحف التشريعات الغربية في نظم الدولة العثمانية، اطرده انحسار الشريعة الإسلامية، وهيمن التشريع الغربي على نظام القضاء وعلى نظام التجارة، وتنظيم الأراضي والتنظيم الجنائي (...) ولم يفلت من هذا الزحف التشريعي الأوروبي إلا نظام المعاملات المدنية غير التجارية، الذي دون له تقنين عرف باسم مجلة الأحكام العدلية"²

ولاشك أن ثمة أسبابا أخرى داخلية تتعلق بوضعية الفقه وأحكامه في تلك الفترة، والتي يتحدث متتبعوها عن مظاهر جمود الفقه وأسبابه، من قبيل صعوبة الرجوع إلى المدونات الفقهية لطولها وكثرة الاختلافات والتفريعات؛ ومن الناحية القضائية لوحظ عدم استقرار الأحكام القضائية في المحاكم الشرعية وضعف التكوين الشرعي للقضاة³، وهي بعض أسباب من بين أخرى كثيرة، مكنت للتشريعات الأجنبية لأن تحل محل الشريعة

¹ سميت بالمجلة "لأنها كانت تصدر أبوابا متتابعة، فأشبهت في صدورهما المجالات" تاريخ التشريع الإسلامي، مناع القطان، مكتبة المعارف الرياض، ط3، 2002م

² الوضع القانوني المعاصر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي. طارق البشري، دار الشروق، ط1/ 1996م، ص14 بتصرف

³ يقول الحجوي في الفكر السامي ملخصا للباحث على تقنين المجلة، وإن كان لم يخرج عما جاء في بيان اللجنة القائمة على إعدادها، وأورده هنا لما فيه من تصديق الحجوي على مضمونه "وكان القصد منه ضبط نصوص الأحكام التي يتلاعب بها المفتون والقضاة بأنواع التأويل وتطبيقها على القضايا حسب الأهواء والشهوات والأغراض، حتى إن القضية الواحدة يحكم فيها القاضي اليوم بالإباحة، وغدا بالمنع، ويجد في النصوص فسحة وإجمالا تسوغ له الوصول إلى ما بيد الطالب للإباحة أو الطالب للمنع من غير حياء ولا احتشام." دار الكتب العلمية بيروت 1995، ج2/ص477 وينظر: الصياغة الفقهية في العصر الحديث، للرومي، 380 و381.

والأعراف المحلية، وتخلق الازدواجية أو التعليق إلى أجل غير مسمى للفقهاء وأحكام الشريعة، وهي ازدواجية لا تزال المجتمعات الإسلامية تعانيها إلى اليوم.

ومهما يكن، فإن مجلة الأحكام العدلية كانت الجواب عن تلك الازدواجية التشريعية التي أحدثتها دخول القوانين الأجنبية في النظام القضائي للدولة العثمانية، فتكونت لجنة مؤلفة من علماء في الفقه والقانون تحت رئاسة ناظر ديوان الأحكام العدلية، أحمد جودت باشا بين عام 1869م و1876م، وتضمنت 1851 مادة مستمدة من الفقه الحنفي، وطبقت مقتضياتها في كثير من البلدان العربية إلى أواسط القرن العشرين. كأول تجربة رسمية لقانون مدني بالمعنى الحديث لمفهوم القانون، مأخوذ بكامله من الفقه الإسلامي، وجاءت أحكامها في 16 كتابا مقتصرة على المعاملات المدنية، كالبيع والإيجارات والكفالة والحالة والرهن والأمانات والهبة، والشركات والوكالة وغيرها. واستبعدت عن المجلة ثلاثة أقسام: العبادات لأن المقصود هو خدمة الجانب القضائي وليس تقنين الفقه كله؛ ومجال الأحوال الشخصية من زواج وطلاق وميراث وما يتعلق بها من مسائل، فاستقلت بقانون خاص وهو ما صدر فيما بعد في الدولة العثمانية الذي سمي: قرار حقوق العائلة، عام 1336هـ/1917م، ولم يغط كل ما يقتضيه قانون الأسرة، فشمّل فقط أحكام النكاح والفراق، وهذه الأخيرة استمدت ما يخص بالتفريق القضائي منها من المذهب المالكي.

والقسم الثالث يتعلق بالعقوبات التي تركت لقانون الجزاء الذي كان صادرا في سنة 1274هـ¹، وككل عمل في بدايته، انتقد هذا العمل التقني الرائد في عديد من المسائل، كالتطويل في الأمثلة للأحكام التي تضمنتها، والتعريف بما لا يحتاج إليه، وكذلك الخلط بين قانون الموضوع والقانون الشكلي المتعلق بالإجراءات المسطرية في التقاضي والإثبات، ومن جهة أخرى اقتصرها في التقنين على المذهب الحنفي، وعدم الانفتاح على المذاهب الأخرى.²

¹ المدخل الفقهي العام، ج1 ص240، بتصرف.

² ينظر المدخل الفقهي العام، ج1 ص242 و243.

ورغم كل ما يمكن أن يوجه إلى المجلة من انتقادات فنية وموضوعية، "فقد ظلت برهانا قويا على ما لفقه الشريعة من مرونة، وتقبل للمعاصرة وقابلية للتقنين، ومن جهة ثانية، فإن "المجلة" بوصفها عملا تقنيا (...). كانت أكمل تقنين أخذ عن الفقه الإسلامي في ذلك الوقت"¹، وكان لذلك أثره على مختلف التقنيات التي جاءت بعدها في مختلف أنحاء العالم الإسلامي سواء ما كان منها تقنيا فرديا أو جماعيا، أو تقنيات التي تبنتها بعض الدول في مجال من المجال سواء كلها أو بعضها منها، ولأن الدراسة ليست معنية بتتبع هذا العمل تاريخيا² وتقصي واقعه وأبعاده، فيكفي القول على وجه الإجمال، بأن التقنين بعد المجلة العدلية للفقه الإسلامي، وفي ظل هيمنة التشريعات المستوردة من الغرب بسبب الاستعمار، يمكن التمييز فيه حسب السنهاوي، بحسب القانون المدني بين الوضعيات الآتية،³:

الأول: الدول التي تعتمد الفقه الإسلامي مقننا كالأردن، أو غير مقنن كالسعودية.

الثاني: اعتماد قانون مختلط بين الفقه والقانون الوضعي، كالعراق.

الثالث: الدول التي تعتمد قانونا وضعيا كمصر وسوريا ودول المغرب العربي.

لكن نذكر هنا، أن الأمر يتعلق بطبيعة الأحكام التي تشكل القانون المدني، وليس كل التشريعات المتبنية في الدول العربية، فأغلبها لا يعقد قطيعة كلية مع الفقه الإسلامي، الذي يعتبر مصدرا أساسيا من مصادر التشريع في العديد منها، ويبقى أن مجال الأسرة والأوقاف بقيت إلى عهد قريب وفيه في أحكامها للمذهب

¹ الوضع القانوني المعاصر بين الشريعة والقانون الوضعي، م، س، ص 15.

² يمكن الاستئناس في هذا الباب بالدراسات التالية: حركة التقنين الفقهي وأثرها على الفقه الإسلامي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، للطلبة: لعايدة هاجر السنة الجامعية: 2016 - 2017 م جامعة الجزائر 1 كلية العلوم الإسلامية قسم الشريعة والقانون. نظرات في تقنين الفقه الإسلامي.

³ نقلا عن دفاع عن الشريعة لعلال الفاسي، دار الكتاب المصري، ودار الكتاب اللبناني بيروت، ط 2011. ص 153 و 154. وينظر كذلك: نظرات في تقنين الفقه الإسلامي، م، س، ص 153.

السائد في كل دولة على حدة، كالمذهب المالكي بالنسبة للمغرب خاصة قبل تعديل 2004م والمسماة بمدونة الأحوال الشخصية، وإن كان التغيير بعد ذلك شمل العديد من تلك المقتضيات؛ فتحول اسمها إلى مدونة الأسرة بدل مدونة الأحوال الشخصية، وانفتحت التعديلات التي أجريت عليها ليس فقط على المذاهب الأربعة، بل حضر كذلك، هاجس انخراط المغرب في كثير من المعاهدات التي تهدف إلى التحسين من وضعية المرأة في المجتمعات الإسلامية، فكان من اللازم مراعاتها ومواءمة التعديل مع التعهدات التي أعطتها المغرب للمجتمع الدولي.

وتشكل التجربة المغربية مثالا جيدا، لكل تلك التحديات الراهنة التي يعيشها الفقه والاجتهاد الإسلامي، بالنظر إلى حجم التغيرات الاجتماعية التي عرفها المغرب غداة الاستقلال، ذلك أنه وبعد ما يزيد عن أربعة عقود وتحت طائلة المطالبة بمراجعة أحكام المدونة، والتي اعتبرت من هيئات نسائية أحكاما جائرة تجاه المرأة، وأن القوانين الجاري بها العمل، لم تستطع إنصافها، إما لأن الأحكام لم تعد تحقق مقاصدها، أو لوجود فراغ تشريعي يستدعي التنصيص عليه.

وهذه العملية من الأدوار المنوطة بالمتجهدين، باعتبارهم أهل التخصص والمعرفة الشرعية، ومن جهة أخرى تستدعي التعاون مع فاعلين حقوقيين و قانونيين مهمتهم صياغة الاجتهاد الجديد صياغة قانونية وحقوقية، إلى جانب فاعل آخر وهو الفاعل السياسي ممثلا بالهيئات المدنية من جهة وممثلا بالملك باعتباره أمير للمؤمنين ورئيسا للمجلس العلمي الأعلى ولدوره الأساسي في إطار النظام السياسي المغربي.

ولعل هذا الوضع الجديد للاجتهاد وتقنين الفقه غير مسبوق، فقد وضع الفقيه المجتهد في وضعية لم يعد فيها وحده المتفرد بتقرير الأحكام، لقد صار مجرد مبلغ عن رأيه الفقهي الذي ينازعه الآخرون الأحقية في التعبير عن رؤيتهم لما يخالف رأيه، ثم إن الفقيه المجتهد قد تجاوز الواقع بتعقيداته المعاصرة قدراته الفقهية ما لم يستعن في مقارنة الوقائع الماثلة أمامه بأهل التخصص في مجالات أخرى لا تقل شأنًا عن الفقه والاجتهاد لارتباطه

بالواقع العملي للناس ولها أسسها ومناهجها العلمية في دراسة الظواهر، ودون ذلك لن يتوفر المرء عن واقع معين إلا على انطباعات قد تكون أقرب إلى الخطأ منها إلى الصواب.¹

المطلب الثالث: موقف الفكر الإسلامي من فكرة التقنين.

اختلف في جواز تقنين الفقه إلى فريقين، ولكل وجهة نظر، في الوقت الذي يظن فيه أن التقنين بات مسألة لا يمكن الاختلاف في جدوائيتها، فإنه وإلى الآن لا تزال الفكرة محل اختلاف وتباين بين الداعين إليه كسبيل لتطبيق الشريعة وإلى تجديد الفقه، وبين فريق يرى أن التقنين تحكّم ما أنزل الله به من سلطان.

ومع أن الفكرة محسومة بالنسبة لهذه الدراسة، من جهة أن التقنين من أهم آليات الإلزام بأحكام الفقه الإسلامي فهي المرجعية المعاصرة عند التنازع وبه تتجاوز الكثير من التناقضات، فلا بأس من ذكر هذا النقاش لفائدته العلمية في تأسيس الفقه على أسس معاصرة، ولأنه يبرز مدى تهافت أي استناد إلى موقف آخر غير الذي ارتضته الجماعة لنفسها في كل ما يتعلق بتنظيم العلاقات بين أفراد المجتمع.

الفقرة الأولى: موقف الرافضين لفكرة التقنين والالزام به.

وهو الموقف الذي استقرت عليه هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية²، ففي قرار الهيئة الصادر بالأكثرية سنة 1393هـ منعوا تقنين الفقه، وسار على ذلك الكثير من علمائها³ كالشيخ عبد الله البسام والشيخ أبو بكر أبو زيد، والذي ألف في هذا الصدد كتابه المشهور التقنين والإلزام قبل أن يضم إلى كتابه فقه

¹ سيأتي تفصيل الحديث عن هذه المسألة في المبحث الأخير من هذا البحث.

² الصياغة الفقهية في العصر الحديث، م، س: ص: 438.

³ ينظر كتاب حكم تقنين الشريعة الإسلامية، عبد الرحمن بن سعد الشثري، دار الهداية/الدار الأثرية، ط2، 2011/1432م وقد زكى موقف البحث عدد من العلماء الذين قدموا للكتاب كصالح بن فوزان الفوزان، وهو عضو هيئة كبار العلماء، وعبد الرحمن العجلان رئيس محاكم القسيم، والشيخ عبد الله بن محمد الغنيمان رئيس الدراسات الإسلامية، والشيخ عبد العزيز بن عبد الله الراجحي، وآخرون

النوازل، وقدم فيها دراسة وافية لנאזلة التقنين والالزام، وكل من كتب بعده من اتباع فكرته، إنما يكرس ذات الموقف بناء عليه.

ثم إن ما قرره الهيئة العليا للعلماء لم يكن إلا جواباً عن أمر الملك لها بالنظر في أمر جواز تدوين الراجح من أقوال الفقهاء لإلزام القضاة العمل به.

ومما قرره رغم اعترافها بوجود مشاكل متعلقة بتطبيق الأحكام القضائية، ومدى الحاجة إلى تقنينها: "نظرت الهيئة في الموضوع، فرأت أن دواعي الإصلاح قائم، وأنه لا بد من إيجاد حل للمشكلة، وإصلاح لما تخشى عواقبه، غير أن الهيئة بأكثريتها ترى: أنه لا يجوز¹ تدوين الأحكام على الوجه المقترح لإلزام القضاة الحكم به، لأنه ليس طريقاً للإصلاح، ولا يحل المشكلة، ولا يقضي على الخلاف في الأحكام، أو على ظنون بعض الناس في القضاة ما دام هناك محكوم عليه، لأن اتهام القاضي لم يسلم منه أحد حتى خير الخلق ﷺ..."²

ومن جملة الحجج التي يستند إليها أصحاب هذا الرأي، ما يمكن إجماله في الآتي:

إن هذه المسألة سبقت في الفقه الإسلامي، هل يجوز للإمام أن يلزم القاضي بمذهب معين؟

والناظر فيما ألفه السلف والخلف، سيجد اتفاق العلماء على عدم جوازه، فالقاضي إنما يحكم بما أراه الله من الحق بعد بذل الوسع في طلب الحكم المناسب لقوله تعالى: ﴿بِأَحْكُمْ بَيِّنَاتٍ أَلْفَاسٍ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ﴾³، وقوله ﷺ: "القضاة ثلاثة: قاضيان في النار وقاضٍ في الجنة. قاض عرف الحق ففضى به فهو في الجنة، وقاض عرف الحق فجار متعمدا فهو في النار، وقاض قضى بغير علم فهو

¹ ونجد الشيخ أبو بكر زيد، يحرم الأمر بقوله: "إن إلزام القاضي بقول مقنن، أو مذهب معين ممتنع شرعاً وواقعاً. فموقعه من أحكام التكليف حسب الدلائل والوجوه الشرعية أنه: محرم شرعاً لا يجوز الإلزام به، ولا الالتزام به." فقه النوازل، ج1، ص98.

² نقلاً عن حكم تقنين الشريعة، ص72.

³ الآية 25 من سورة "ص".

في النار"¹ مطالب بتحري الحقيقة وحيث وجدت حكم بمقتضاها، سواء أكانت موافقة لما عليه مذهبه أو تجلت في مذهب آخر، ومن هذه الأقوال:

"ولا يجوز أن يقلد القضاء لواحد على أن يحكم بمذهب بعينه وهذا مذهب الشافعي ولم أعلم فيه خلافا لأن الله تعالى قال: "فاحكم بين الناس بالحق" والحق لا يتعين في مذهب وقد يظهر له الحق في غير ذلك المذهب..²

وكذلك ما نقله ابن فرحون المالكي في التبصرة عن الطروش في مقدمة كتابه: "تعليقة الخلاف" في القاضي يوليه الإمام القضاء ويشترط عليه ألا يحكم إلا بمذهب إمام معين مثل أن يكون مالكيًا أو شافعيًا أو حنفيًا أو حنبليًا فيقول له: قد وليتك القضاء على ألا تحكم إلا بمذهب مالك مثلاً، وسواء وافق مذهب السلطان الذي ولاه أو لا فهذا على ضربين: أحدهما أن يشترط ذلك عموماً في جميع الأحكام فالعقد باطل والشرط باطل، سواء قارن الشرط عقد الولاية أو تقدمه، ثم وقع العقد...³

وهذا الرأي امتداد لموقف المتقدمين من الأئمة عامة، وأبرزهم الإمام مالك، في قصته المشهورة، والذي رفض اعتماد كتابه الموطأ قانوناً على البلاد الإسلامية، بطلب من الخلفاء العباسيين، ورغم إلحاحهم عليه، فإنه بقي متمسكاً بموقفه واعتذر لهم عن ذلك، وقد سبق أن تحدثنا عن ذلك في الفقرة السابقة.

وإلى جانب الأدلة السابقة، اعتمد بعض العلماء مسلكية مختلفة في رفض التقنين والالزام وهي: اعتباره انتقالاً بالفقه إلى مرتبة القانون الوضعي المنافي للفقه والشريعة في أصلها وغاياتها، يقول محمد الأمين الشنقيطي:

¹ المستدرك على الصحيحين، الحاكم النيسابوري، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411 هـ - 1990، كتاب الأحكام، رقم 7012. وقال عنه الذهبي في التلخيص: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وله شاهد بإسناد صحيح على شرط مسلم،

² المغني، ابن قدامة، دار الفكر، بيروت ط1، 1405، ج11 ص480.

³ تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ابن فرحون، مكتبة الكليات الأزهرية، ط1، 1406 هـ 1986 م، ج1، ص21.

إن هذا التدوين الذي يريدون به درء مفسدة اختلاف القضاة يستلزم مفسدة أعظم من ذلك، لأنه خطوة إيجابية إلى الانتقال عن النظام الشرعي إلى النظام الوضعي وإيضاح ذلك أن النظام الوضعي تتركب حقيقته من شيئين: أحدها: صورته التي هي شكله وهيئته في ترتيب مواده والحرص على تقريب معانيها وضبطها بالأرقام، والثانية: حقيقة روحه التي هي مشابهة لذلك الهيكل والصورة كمشابكة الروح للبدن، وتلك الروح هي حكم الطاغوت فصار التدوين مشتملاً على أحدهما¹

ورغم ذلك، وكما سنرى في الفقرة الموالية، فإن رفض الأئمة السابقين للإلزام كان له سياقه الذي يبرره في فترة عرفت ازدهارا فقهيا، من حيث قوة الآراء والمناهج الفقهية، بفضل أئمة شهد لهم بعلو المنزلة، فلا يمكن لأي إمام بعد ذلك أن يجزؤ على الزام نظرائه بما ظهر له، فلكل رأي حظه من النظر بحسب أدلته.

ولهذا فبعد عصر الأئمة وتلامذتهم جاءت عصور التقليد وما تلاها من سد باب الاجتهاد، فإذا كان من غير المشروع الزام المجتهد من القضاة بآراء غيره، فإن ندرة الاجتهاد وضعف قدرات القضاة يتيح إمكانية ذلك؛ ولعل تاريخ القضاء الإسلامي عرف هذا الإلزام مراعاة للسياق الجديد مع اعترافهم بعدم جوازه من حيث المبدأ، لكن السياسة والمصلحة تفرضه.

ومن هنا فموقف الرافضين للتقنين، جملة وتفصيلا، في واقعنا المعاصر، إنما ينبع من وفاء أصحابه لمنهج في النظر، أولا في الوفاء لظواهر النصوص الشرعية، وعموماتها، أو لنصوص الأئمة المتقدمين، ويتعزز لديهم حين يلتبس بسياقات الدولة المعاصرة، وكون التقنين نتاجا لمرحلة وكأنه فرض على المسلمين فرضا وليس تعبيراً عن حاجة داخلية، خاصة وأن الآخر (المستعمر) يجب المفاصلة معه وعدم قبول أي شيء منه، لا في الشكل ولا في المضمون وإن فعل ذلك اتهام للشرعية بالنقص، وتشكيك في قدرة العقل المسلم على الإبداع وحقه في الحفاظ على هويته نقية صافية لا يشوبها شائب...

¹ النوازل الفقهية مؤسسة الرسالة ط، 1، سنة 1996م، ج1، ص95.

لكن الواقع أن الأمر لا يُعالج بمثل هذا المنظور الذي يقطع مع العالم، وكأن الشريعة التي جاءت متممة للأخلاق، والتي أوصت أيضا بالانفتاح على العالم طلبا للحكمة، مبتدئة لكل شيء هو حق في الوجود. ويلاحظ على أصحاب هذا الموقف أنهم لم يستطيعوا في الجهة التي ينتمون إليها أن يبقوا أوفياء لها، إلى جانب وجود تيار من العلماء في المملكة السعودية يقولون بجواز التقنين، فكما رأينا، فإن قرار الهيئة رأي أغلبي وليس إجماعا منهم عليه.

الفقرة الثانية: موقف المجيزين لتقنين الفقه.

وهم غالبية الفقه الإسلامي اليوم، من أساطين الفقه والأصول والقانون، ومن القائلين به من العلماء المعاصرين: محمد عبده وتلميذه رشيد رضا ومحمد بن الحسن الحجوي ومصطفى الزرقا وأبو زهرة، والشيخ علي الخفيف، والسنهوري ويوسف القرضاوي، والشيخ وهبة الزحيلي، وغيرهم كثير¹.

يقول الشيخ محمد أبو زهرة: "ونحن نرى أن استخلاص قانون من الشريعة لم يعد أمرا سائعا فقط بل أصبح واجبا محتوما، لأننا نخشى أن يكون تقاصرنا في هذه الناحية مؤديا إلى أن يدخل بلادنا قانون أجني لم ينبع عن الإسلام ولم يتفق معه..."²

ويتقوى هذا الرأي بالنصوص الشرعية، إلى جانب ما جرى به العمل في تاريخ الفقه الإسلامي، وما تفرضه الضرورة والمصلحة اليوم، فمما استدلوا به قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾³، ووجه الاستدلال أن لولي الأمر إذا ألزم بتقنين ما، وجبت طاعته وعدم الاعتراض، مادام التقنين لا يتنافى مع حكم من أحكام الشريعة. كما أن في فعل الصحابة ما يدل على

¹ ينظر نظرات في تقنين الفقه الإسلامي، رافع ليث القيسي، من ص: 18 إلى ص: 24، أورد فيها أسماء للقائلين بجواز التقنين من المعاصرين على اختلاف في تخصصاتهم العلمية.

² نقلا عن تقنين الفقه الإسلامي، محمد زكي عبد البر: ص: 58.

³ من الآية 58 من سورة النساء

معنى التقنين؛ ففي عهد عثمان رضي الله عنه جمع القرآن على حرف واحد، والزم الناس على ترك ما عداه، وأحرق المصاحف المخالفة؛ ليخرج من حال الاختلافات حول القرآن الكريم.¹ وهو من أكد مصالح المسلمين خروجاً من الخلاف وفتنته التي تزعزع لحة المجتمع المسلم.

ومن جهة أخرى، فتتبع مؤلفات الفقهاء المتعلقة بالأحكام القضائية، نجدها تؤكد على مبدأ عدم جواز تحديد الحاكم، لما يجب أن يتقيد القاضي بالحكم به، اعتباراً منهم لكون من يتصدى لمنصب القاضي لا يمكن إلا أن يكون مجتهداً قادراً على استنباط الأحكام المناسبة وتنزيلها على القضايا والوقائع أمامه، مع أنه ليس كل القضاة مجتهداً، ففيهم من لم يرق إلى تلك المرتبة وهو ما جعل الفقهاء تيسيراً لتلك المهمة وتفادياً للاختلاف والتناقض في الأحكام، يجوزون تقييد الإمام للقضاة بمذهب معين يكون بمثابة قانون لهم.

قال ابن الهمام في فتح القدير: "فأما المقلد فإنما ولاه ليحكم بمذهب أبي حنيفة مثلاً، فلا يملك المخالفة فيكون معزولاً بالنسبة إلى ذلك الحكم."² ومثله نجده عند ابن فرحون في التبصرة، الذي نقل مواقف الفقهاء المختلفة واستقرارها في عصره على تقييد الحكام للقضاة بمذهب يقضون وفقه، ومما نقله عن الباغي "أن الولاة كانوا بقرطبة إذا ولوا رجلاً شرطوا عليه في سجله أن لا يخرج عن قول ابن القاسم ما وجده، قال الشيخ أبو

¹ وقصة ذلك كما رواه البخاري في صحيحه: "4987 - حدثنا موسى، حدثنا إبراهيم، حدثنا ابن شهاب، أن أنس بن مالك، حدثه: أن حذيفة بن اليمان، قدم على عثمان وكان يغازي أهل الشام في فتح أرمينية، وأذربيجان مع أهل العراق، فأفرغ حذيفة اختلافهم في القراءة، فقال حذيفة لعثمان: يا أمير المؤمنين، أدرك هذه الأمة، قبل أن يختلفوا في الكتاب اختلاف اليهود والنصارى، فأرسل عثمان إلى حفصة: «أن أرسلني إلينا بالصحف ننسخها في المصاحف، ثم نردها إليك»، فأرسلت بها حفصة إلى عثمان، فأمر زيد بن ثابت، وعبد الله بن الزبير، وسعيد بن العاص، وعبد الرحمن بن الحارث بن هشام فنسخوها في المصاحف"، وقال عثمان للرهط القرشيين الثلاثة: «إذا اختلفتم أنتم وزيد بن ثابت في شيء من القرآن فاكتبوه بلسان قريش، فإنما نزل بلسانهم» ففعلوا حتى إذا نسخوا الصحف في المصاحف، رد عثمان الصحف إلى حفصة، وأرسل إلى كل أفق بمصحف مما نسخوا، وأمر بما سواه من القرآن في كل صحيفة أو مصحف، أن يحرق "صحيح البخاري، تح محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي) ط1، 1422هـ كتاب فضائل القرآن، باب جمع القرآن رقم الحديث 4987. ج6 ص183.

² فتح القدير لابن الهمام، دار الفكر د، ط، ت، ج 7، 306

بكر (يقصد الطرطوشي): وهذا جهل عظيم منهم، يريد؛ لأن الحق ليس في شيء معين، وإنما قال الشيخ أبو بكر هذا؛ لوجود المجتهدين وأهل النظر في قضاة ذلك الزمان فتكلم على أهل زمانه، وكان معاصراً للإمام أبي عمر بن عبد البر والقاضي أبي الوليد الباجي والقاضي أبي الوليد بن رشد والقاضي أبي بكر بن العربي والقاضي أبي محمد بن عطية صاحب التفسير وغير هؤلاء من نظرائهم وقد عدم هذا النمط في زماننا من المشرق والمغرب..¹

ونجد في تعليق للماوردي مزية أخرى للتقيد بالقضاء وفق مذهب محدد يقول: "وقد منع بعض الفقهاء من اعتزى إلى مذهب أن يحكم بغيره فمنع الشافعي أن يحكم بقول أبي حنيفة، ومنع الحنفي أن يحكم بمذهب الشافعي إذا أداه اجتهاده إليه لما يتوجه من التهمة والممايلة في القضايا والأحكام، وإذا حكم بمذهب لا يتعداه كان أنفى للتهمة وأرضى للخصوم، وهذا وإن كانت السياسة تقتضيه فأحكام الشرع لا توجهه"²

والمزية هنا سياسية محضة بناء على مصلحة محققة غير متوهمة، فرضت الانتقال من الحكم الأصلي وهو وجوب حكم القاضي بناء على اقتناعه الصميم بما وصل إليه، إلى حتمية التقنين والإلزامية ما هو مقرر من ضمن آراء أخرى عديدة، ونجد هذا التقدير المصلحي يتعزز عند الكثيرين من فقهاء وعلماء الشريعة اليوم.

وخلاصة الأمر، أن تقنين الفقه كآلية عملية لتطبيق أحكام الشريعة في عالم اليوم، أنه السبيل الأنجع لتجاوز حالات التضارب والاختلاف التي وإن اعتبرت مظهراً من مظاهر غنى هذا الفقه وتيسيره، فإن إشكالية تحديد الملزم منها من غيره تطرح نفسها، خاصة فيما يتعلق بتحديد حق من الحقوق أو واجب اجتماعي معين.

¹ م س، 1، 65.

² الأحكام السلطانية: دار الحديث القاهرة، ص: 115.

المبحث الثاني: الإلزام عبر مؤسسة الاجتهاد الجماعي.

تعد مؤسسة الاجتهاد الجماعي، وجها من أوجه التغيير والتجديد التي طالت الفقه والاجتهاد الإسلامي عامة، وهو صدى للثورة المؤسساتية للمجتمعات المعاصرة؛ إذ إن كثيرا من أنشطة الإنسان لم يعد ممكنا مباشرتها وتديرها بأشكال عفوية وفردية، فالتطورات اليوم تجاوزت العمل الفردي، في المجالات، السياسية والاقتصادية والاجتماعية وغيرها...

من جهة أخرى تعتبر المؤسسة حامية للاجتهاد من أن يكون سائغا للعبث والتوظيف المصلحي، مما يعرضه لأن يفقد قيمته الدينية، أو يؤدي إلى زعزعة استقرار المجتمعات ويفكك روابطها.

فكيف يمكن لموقف اجتهادي معين أن تكون له مصداقيته وقوته وفعاليته، في ظل اضطراب واختلاف الأحكام وتناقضها مع ما استقر لدى الناس في مدونات القانونية سواء الوضعية وحتى الدينية منها، وكمثال على ذلك الاجتهادات التي تجيز سلوكا يجرمه القانون بناء على نظر مصلحي معتبر، أو يجيزه وفق ضوابط معينة؟ ورغم ذلك هناك من الآراء الفقهية من تتجراً على هذه المؤسسات ومخرجاتها القانونية والفقهية.

ولقد تحققت فكرة الاجتهاد عبر الكثير من المؤسسات الفقهية تمارس الاجتهاد والافتاء، سواء في شكل مجامع أو مجالس علمية أو دور للإفتاء، بمختلف بقاع العالم الإسلامي، وتختلف حسب ما يعتبر منها قطريا ينتمي إلى بلد أو عالمية تجعل وجهتها الأمة الإسلامية قاطبة.

غير أن هذه الفكرة اعترضها كثير من المعوقات التي حدت من فعالية رسالتها ودورها في التوقيع عن رب العالمين، فضلا عن أن الاجتهاد الذي تمارسه يثير العديد من الأسئلة من حيث حدوده، وحجته ومدى إلزاميته في علاقته بغيره من اجتهادات الأفراد والجماعات؟

لهذا يتناول هذا المبحث الجواب عن بعض تلك الإشكالات المطروحة من خلال بيان فكرة مؤسسة الاجتهاد، مفهومها ودواعيها.

المطلب الأول: فكرة مؤسسة الاجتهاد، المفهوم والدواعي.

الفقرة الأولى: مفهوم مؤسسة الاجتهاد.

يتراوح مفهوم الاجتهاد بين مفهومين: الأول تنظيمي والثاني دستوري.

فالتنظيمي، يعني: أن يتم الاجتهاد في إطار تنظيمي جماعي يجمع فيه من انضوى تحته من المجتهدين سواء أكان مستقلاً أو تابعاً لجهة رسمية يمثل توجهها واختياراتها الفقهية، كالدولة أو المذهب أو الطائفة أو جماعة من الجماعات.

والمفهوم الثاني يعني أنها مؤسسة تابعة بالضرورة للدولة التي تؤطره بإطار قانوني تحدد له طبيعته وأهدافه وغاياته. وفي كلا الحالتين فالجامع بينهما هو أن الاجتهاد يتجاوز الخاصية الأصلية فيه في أنه يمارسه المجتهد الفرد، إلى أن يكون وظيفة وممارسة جماعية، فهو أرقى وأكثر مصداقية من سابقه وإن كان لا يلغيه بالضرورة.

وهذا ما يمكن أن تُوجه به التعريفات، التي وضعت لهذا النوع من الاجتهاد، ومنها:

ما عرفته به ندوة الاجتهاد الجماعي في العالم الإسلامي بأنه: "اتفاق أغلبية المجتهدين في نطاق مجمع أو هيئة أو مؤسسة شرعية ينظمها ولي الأمر في دولة إسلامية على حكم شرعي عملي لم يرد به نص قطعي الثبوت والدلالة بعد بذل غاية الجهد فيما بينهم في البحث والتشاور"¹

وعرفه "قطب مصطفى سانو"، بنوع من التقريب بأنه:

"العملية العلمية المنهجية التي يقوم بها مجموع الأفراد الحائزين على الدرجة الوسطى من أدوات النظر والاجتهاد في عصر من العصور، وذلك بغية الوصول إلى مراد الله في قضية ذات طابع عام تمس حياة أهل قُطر أو إقليم

¹ ورد التعريف ضمن بيان وقرارات وتوصيات ندوة الاجتهاد الجماعي في العالم الإسلامي، ج2 ص1079.

أو عموم الأمة، أو من أجل التوصل إلى حسن تنزيل لمراد الله في تلك القضية ذات الطابع العام على واقع المجتمعات والأقاليم والأمة"¹

وتتبع المؤسسات المعاصرة للاجتهاد، يجعلنا نقف عند نوعين أساسيين: المؤسسات الخاصة بالإفتاء، ومؤسسات الاجتهاد التشريعي.

أ_ مؤسسات الإفتاء الاجتهادي

والمقصود بها هنا، غالب المؤسسات الفقهية للاجتهاد الجماعي، والتي تجعل من اختصاصاتها، الإفتاء العام أو الخاص، وحكم اجتهاداتها هو نفس حكم الفتوى، أنه للإخبار وليس للإلزام.

ب_ مؤسسات الاجتهاد التشريعي.

عرفها الدكتور إسماعيل حسن حفيان بأنها: "هيئة دستورية منتخبة تضم مجموعة من العلماء والخبراء، وتضطلع بمهام تقديم الاستشارة (في مرحلة أولى)، والبت التشريعي، (في مرحلة لاحقة) في المقتضيات التي تعرض للتداول التشريعي وذلك بتنسيق مع المجالس التشريعية الدستورية."²

وميزة هذا الشكل المؤسسي حسب التعريف أعلاه، أنه يتموقع ضمن مؤسسة السلطة التشريعية، ويجد شرعيته في تنصيب الدستور عليه.

الفقرة الثانية: دواعي الاجتهاد المؤسسي.

يمكن تلخيص هذه الدواعي بحسب الأهمية إلى ضرورة تنظيم الاجتهاد في مؤسسة أو جهاز تنظيمي إلى ما يلي: تجاوز سلبيات الاجتهاد الفردي، وأن المؤسسة أصبحت ضرورة من مقتضيات الحياة المعاصرة.

¹ أدوات النظر الاجتهادي المنشود، قطب مصطفى سانو، دار الفكر المعاصر بيروت، لبنان، ط1 عام 2000م، ص155.

² مؤسسة الاجتهاد ووظيفة السلطة التشريعية المعهد العالي للفكر الاسلامي، ط1 سنة 2015. ص34.

أولاً : ضرورة تجاوز سلبيات الاجتهاد الفردي.

فمن المعلوم، أن فعل الاجتهاد والإفتاء، يسند الى المجتهد الفرد، وهذا بدهي، فالناظر في كتب الفقه والأصول، سيقف عند فقه ينسب إلى أئمة بأعيانهم، ولكل واحد منهم مسلكه في النظر الفقهي أو الأصولي، كما أن ثمة ترجيحات ومقارنات بين اجتهادات وفتاوى فردية...

بل إن العلماء اتفقوا على أن المجتهد الفرد المستوفي لشروط النظر الاجتهادي يحرم عليه أن يقلد غيره، كما حكى ذلك الغزالي في قوله: " وقد اتفقوا على أنه إذا فرغ من الاجتهاد وغلب على ظنه حكم فلا يجوز له أن يقلد مخالفه ويعمل بنظر غيره ويترك نظر نفسه..."¹

ولا يعلم أن أحدا أنكر على أحد اجتهاده لكونه فردا، اللهم إلا ما تعلق، بنفي القدرة عن الشخص عليه أو منازعته في صحة مسلكه، أو لأنه خرق مبدأ من مبادئ الاجتهاد والفتوى.

والحال أن تصدي الأفراد للاجتهاد لدى المسلمين، يجسد ذلك الحق المكفول، لكل ذي أهلية، في تبليغ ما اطلع عليه، ويفرض الواجب عليه تبليغه للناس. لقوله ﷺ: " من كتم علما يعلمه، جاء يوم القيامة، ملجما بلجام من نار"²

ومن جهة أخرى، يلاحظ أن الأصوليين قد بالغوا في العناية بهذه الصفة في الاجتهاد، أي إنه يمارس من المجتهد الفرد القادر والمؤهل، أكثر من العناية بجوانب الجماعي في الاجتهاد، والتي تنمي الحس الجماعي في ممارسته، اللهم باستثناء ما تعلق بالقضاء في علاقته بالفقيه، أو المفتي، ويأتي الحديث عنه في الفقرة الموالية. والجدير بالذكر، أن هذه الفردية، قد أثارت العديد من النقد، إذ يستغرب، كيف أن المجتهد أعطي الحق في تقرير الأحكام للأمة صلاحية مطلقة، فما يصل إليه هو الحكم الشرعي الذي يجب أن تلتزم به الأمة، في جميع ما تحتاج إليه فيه من مجالات الحياة!

¹ المستصفى، ص368.

² رواه أحمد في مسنده، من مسند أبي هريرة رقم الحديث 10487. شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون إشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، 1421 هـ - 2001م، ج16، ص293.

يقول الدكتور أحمد الخمليشي، وهو بصدد الحديث عن الصفة الفردية لاجتهاد "العالم" وأثرها السلبي: "إن الدين عقائد، وعبادات، ومعاملات، والذي يهمننا هذه الأخيرة التي تشمل كل مرافق تنظيم الحياة الاجتماعية: الدولة ومؤسساتها، وعلاقات الأفراد فيما بينهم، حقوق الفرد والتزاماته. فهل يستطيع الفرد الواحد استيعاب هذه المجالات جميعا إلى حد أن تكون له ملكة الاجتهاد في جزئياتها اللامتناهية؟ من قبل كان التنظيم الاجتماعي بسيطا، ومع ذلك أدى الأخذ بنظام الاجتهاد الفردي إلى التركيز على مجالات محدودة تتم بالخصوص العلاقات بين الافراد التعاقدية والجنائية، وما يرتبط بها من نظام الأسرة ونظام القضاء. وأغفلت جوانب كثيرة من حياة المجتمع ومؤسساته العامة ... الأمر الذي نتج عنه ابتداء الفصل بين الدين والدولة التي أصبحت شؤونها العامة تسير دون حاجة إلى فتاوى المجتهدين ولا إلى اسناد تصرفاتها إلى نصوص الكتاب والسنة..¹

ومن السلبيات أيضا، إسناد التقرير إلى فرد، الذي أدى إلى الفوضى والجمود في نفس الوقت. فبالنسبة للفوضى، "وهي نتيجة بدهية، بناء على مبدأ "الاجتهاد لا يلغي الاجتهاد" ... فاستمرار الأخذ بالاجتهاد الفردي يؤدي حتما إلى الفوضى بوجود الالاف من المجتهدين." وما يستتبعه ذلك من وجود احكام مختلفة ومتضاربة!

أما الجمود فهو نتيجة للفوضى، حيث أريد القضاء عليها، مع الاحتفاظ بالاجتهاد الفردي². والخلاصة أن الاجتهاد في صيغته الفردية، يحمل العديد من بؤار القصور، لعالمنا اليوم، فهو رغم أهميته، لا يستطيع أن يواكب تعقد الحياة المعاصرة، كما أن الإبقاء عليه، إبقاء على ما فيه من فوضى واختلافات وتناقضات.

¹ سلسلة وجهة نظر: خلل يجب أن نعيه، ج4، ص14 و15.

² سلسلة وجهة نظر: الاجتهاد تصورا وممارسة، أحمد الخمليشي، ج7 ص35.

ثانيا: مؤسسة الاجتهاد والافتاء من مقتضيات العصر

ونركز هنا على فكرتين أساسيتين:

الأولى: ضرورة الاعتبار بصور تجربة الاجتهاد الجماعي في تاريخ الفقه الإسلامي، من جهة؛ والثانية التأكيد على أن تأطير وتدير عالم اليوم بجهود جماعية، مؤسسة أحكم وأرشد.

أ_ الاجتهاد الجماعي في تاريخ الفقه الإسلامي.

إن مما امتازت به الفتوى، بمعناها الواسع، في الإسلام أنها في كثير من العهود، بقيت رسالة¹ لكل قادر عليها أن يمارسها، وكانت هذه خاصية مما تميز به الفقه الإسلامي، وقرئ على أنه مظهر من مظاهر الحرية، فلا حجر على العلماء في القيام بواجبهم الذي يحثهم عليه الدين، ومع هذا يقول الدكتور عمر الجيدي: "إن الفتوى وإن ظلت هكذا رسالة، فإن هذا لا يعني أن كل واحد في استطاعته أن يتولى الإفتاء في قضايا الناس، ولا ترك باب الفتوى مفتوحا يلج منه كل من هب ودب، ولا أغمض أولو الأمر أعينهم عما يلحق هذه الخطة من ضرر وفساد، ولا سكت العلماء عن كل ما لا يليق وقداسة هذا المنصب الجليل (...)"، فالفتوى صناعة لا يحسنها كل فقيه، فلا بد فيها من الدربة والممارسة، ومعرفة نفسيات المستفتين، ومراعاة أعراف البلد الذي يفتي فيه...²

¹ ينظر: النظم والفكر الإسلامي، علال الفاسي، اعداد عبد الرحمن بن العربي الحريشي، مؤسسة علال الفاسي، مطبعة الرسالة الرباط، 1991. يقول علال الفاسي: "كانت الفتوى في عهده^ص رسالة، فكان يقوم بها النبي^ص حين ينتصب لذلك، وبعض فقهاء الصحابة الذين انتخبهم الطبيعة لأداء الواجب (...). ومن هنا نستفيد صحة ما قاله ابن رشد من ان المصلحة تقضي بأن تكون الفتوى رسالة، يتعاطاها من هو أصلح بها، ولا ينكر عليه." ص 49 و 50. بتصرف.

² محاضرات في تاريخ المذهب المالكي في الغرب الإسلامي، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، المغرب، 1987. ص 91.

وقد سبق ابن خلدون في المقدمة إلى بيان أن الفتيا من الخطط الدينية، التي يضطلع الحاكم بأمر تنظيمها والإشراف عليها بما يحقق المقصد منها بيان الأحكام الشرعية، قياما بواجب التبليغ المنوط بالعلماء والمفتين.

يقول: "وأما الفتيا فللخليفة تصفح أهل العلم والتدريس ورد الفتيا إلى من هو أهل لها وإعانتة على ذلك، ومنع من ليس أهلا لها وزجره، لأنها من مصالح المسلمين في دنياهم."¹

وأمثلة هذا في تاريخ المسلمين كثير، يمكن الوقوف عليها فيما يورده الباحثون، من أشكال الشورى في الفقه الإسلامي، بدءا بالرسول ﷺ مع صحابته، امتثالا لقوله تعالى: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾² الذي فسره الإمام القرطبي بأنه " يدل على جواز الاجتهاد في الأمور والأخذ بالظنون مع إمكان الوحي، فإن الله أذن لرسوله ﷺ في ذلك (...). في مكاييد الحروب، وعند لقاء العدو، وتطبيبا لنفوسهم، ورفعاً لأقذارهم، وتألفا على دينهم، وإن كان الله تعالى قد أغناه عن رأيهم بوحيه."³

وقد استشار الرسول ﷺ صحابته، في غزوة بدر، حين سأهم هل يخرجون لملاقاة قريش؟ وبعد ذلك شاروهم مرة أخرى في أسرى بدر، فأشار عليه أبو بكر بالفداء، بينما اختار عمر القتل،⁴ وغيرها من أمثلة مشاوره الرسول ﷺ.

¹ مقدمة ابن خلدون، تح درويش الجويدي. المكتبة العصرية بيروت، ط2، سنة 2000، ص203.

² من الآية 159 من سورة آل عمران

³ الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية - القاهرة، ط2/ 1964 م، ج4 ص250.

⁴ تنظر القصة بصحيح مسلم، كتاب الجهاد والسير، باب: الإمداد بالملائكة في غزوة بدر، حديث: رقم 1763. ج3، ص1383.

كما نجد نصا صريحا يوصي فيه ﷺ بالاجتهاد الجماعي والتشاور فيه، فقد روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: قلت: يا رسول الله الأمر ينزل ليس فيه قرآن ولم تكن فيه منك سنة؟ قال: أجمعوا له العالمين - أو قال العابدين - من المؤمنين فاجعلوه شورى بينكم ولا تقضوا فيه برأي واحد" ¹

وعلى نفس النهج سار الصحابة، بعد وفاة الرسول ﷺ، وانقطاع الوحي، يقول المسيب بن رافع: "كانوا إذا نزلت بهم قضية ليس فيها من رسول الله ﷺ أمر، اجتمعوا لها وأجمعوا فيما رأوا" ²

ويؤكد هذا المنهج أيضا الإمام الجويني، واصفا بدين الصحابة في الاجتهاد، "أن أصحاب المصطفى - رضي عنهم - استفتحوا النظر في الوقائع والفتاوى والأقضية فكانوا يعرضونها على كتاب الله تعالى، فإن لم يجدوا فيها متعلقا، راجعوا سنن المصطفى - عليه السلام - فإن لم يجدوا فيها شفاء، اشتوروا، واجتهدوا، وعلى ذلك درجوا في تمادي دهرهم، إلى انقراض عصرهم، ثم استن من بعدهم بسنتهم.." ³

مما يمكن معه القول، أن النظر الفقهي في صدر الإسلام، يتميز بأنه فعل جماعي يستشير فيه الصحابة بعضهم بعضا، تحريا واحتياطاً، وأن الاجتهاد الفردي ليس إلا مسلكا اضطراريا، لتفرقهم في الأمصار، وغير ذلك مما يمكن أن يكون سببا لتجاوز صفة الجماعة فيه.

¹ أخرجه ابن عبد البر في جامع بيان العلم وفضله 2، ص 73 ورقمه 1611، 1612، وقال: "هذا حديث لا يعرف من حديث مالك إلا بهذا الإسناد، ولا أصل له في حديث مالك عندهم والله أعلم ولا في حديث غيره"

² أخرجه الدارمي في سننه، باب اتباع السنة 61/1، ورقمه 115.

³ غياث الأمم في التياث الظلم، تح عبد العظيم الديب، عبد العظيم الديب، مكتبة إمام الحرمين، ط 2، سنة 1401هـ، ص 431. ومن مثل هذا ما رواه البيهقي، أ، أب بكر الصديق إذا ورد عليه أمر نظر في كتاب الله، فإن وجد فيه ما يقضي به قضى بينهم، وإن علمه من سنة رسول الله ﷺ قضى به، وإن لم يعلم خرج فسأل المسلمين عن السنة، فإن أعياه ذلك دعا رؤوس المسلمين وعلماءهم واستشارهم. فإذا اجتمع أمرهم على الأمر قضى به.. كتاب آداب القاضي، باب ما يقضي به القاضي ويفتي به المفتي... رقم الحديث 20341. السنن الكبرى، تح، محمد عبد القادر عطا، ط، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان 3/ 2003 م.

ولهذا حرص ولاية الأمر في تاريخ الإسلام الطويل على تنظيمه، خاصة في مجال القضاء، لعظم شأنه وخطورة آثاره، فالخطأ فيه، مما يضيع الحقوق، وقد يؤدي إلى ازهاق الأرواح، ولهذا حرص المسلمون على تعزيزه بالشورى، فالقاضي يستعين بأهل الخبرة من الفقهاء المفتين، في إيجاد المناسب من الأحكام للمستجدات والنوازل، أو في تنزيلها.

ومن ذلك، ما رواه ابن عساكر أن عبد الله بن المبارك قال: "كان فقهاء أهل المدينة الذين يصدر عن رأيهم سبعة: سعيد المسيب وسليمان بن يسار وسالم بن عبد الله والقاسم بن محمد وعروة بن الزبير وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة وخارجة بن زيد قال وكانوا إذا جاءتهم المسألة دخلوا فيه جميعا فنظروا فيها ولا يقضي القاضي حتى يرفع إليهم فينظرون فيها فيصدرون."¹

وانتقل هذا العمل إلى قرطبة بالأندلس، وصار طريقتهم في الفتوى والتي تعين القاضي في أحكامه "حيث كانت تنتقي لمجلس شورى الأحكام أكابر العلماء، وتصدر لهم المراسم بالتعيين، بحيث لا يتقدم لذلك إلا من صدر له التعيين من الخليفة، وأصبح لزاما على القاضي، أن لا يصدر حكمه في القضايا المهمة إلا بعد أخذ رأي هؤلاء المشاورين، إما بعقد اجتماع تحت رئاسة القاضي، أو بعرض القضية عليهم ليكتبوا فيها آراءهم ويرفعونها إلى القاضي."²

وإذا اختلف المشاورون، كان الترجيح بيد الخليفة، إذ يصدر أمره إلى القاضي أن يأخذ بفتوى فلان أو فلان، فيصدر حكم القاضي على مقتضى ذلك، وإذا وقع القول بخلاف ما يرتقب الخليفة يصدر أمره بإعادة الشورى.³

¹ تاريخ دمشق، تح، عمرو بن غرامة العمروي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، سنة 1995 م، ج20 ص57.

² الأبحاث السامية في المحاكم الإسلامية، محمد بن محمد المير التطواني، منشورات مؤسسة دار الحديث الحسنية، الرباط، سنة 2011م، ج1، ص339.

³ المرجع نفسه، ص339 و340.

وعلى مثل هذا العمل في المغرب، فهو شبيه بشورى الأندلس، فلا ترى حكماً يصدر من قاضي إلا بعد تقدم الشورى...¹

ففي عهد الدولة المرابطية، كان لأهل الفتوى شأن عظيم "صاروا به أهل الحل والعقد في الدولة، وعلى أقوالهم المدار في الدق والجل، إذ قد أصدر الأمير يوسف أمره بإلغاء حكم جميع المحاكم إلا المحكمة الشرعية، وجاء ابنه الأمير على مسلك أبيه في ذلك وجعل أهل الفقه والإفتاء أعضاء حكومته، فلا يقطع أمراً في جميع مملكته إلا بعد مشاورتهم.

وأصدر أمره إلى القضاة بأن لا يبتوا حكماً إلا بمحضر أربعة من أهل الفقه والفتوى.²

والحاصل من هذه الشواهد التاريخية، أن الإفتاء باعتباره أحد أوجه الاجتهاد، كان عملاً جماعياً، أو على الأقل كان اتجاه العلماء إلى حمايته وصيانتها، بالعمل الجماعي.

وإنه لا أحد أنكر تلك الفكرة؛ بأنها تصادم الاجتهاد الفردي وتصادره، بل إن العلماء يطعنون إلى استشارة بعضهم بعضاً، دعماً لما يصلون إليه من الأحكام، وتجاوزاً لما قد يعترضها من النقائص.

يقول قطب مصطفى سانو: "فإن واقعنا المعاصر بتركيباته المعقدة وتداخل علاقاته وتشابك مشاكله وتعدد أزماته، ما عاد يطبق المضي في هذا الأمر على الإطلاق، فالفرد في هذا العصر لا ينبغي له أن يتصدى ويمارس بمفرده النظر الاجتهادي في النوازل التي تحتاج عموم مجتمع أو عموم الأمة، بل ليس له من حق في الانفراد والاستقلال بالإفتاء في القضايا والمستجدات التي تمس حياة أفراد المجتمعات وعموم الأمة الإسلامية في أرجاء المعمورة."³

¹ المرجع نفسه 342.

² المرجع نفسه، ص 342 و343.

³ أدوات النظر الاجتهادي المنشود، قطب مصطفى سانو، دار الفكر بيروت لبنان، ط1، سنة 2000م 151-152.

ب_ جهود مؤسسة الاجتهاد المعاصرة.

والتي جاءت نتيجة لسلبات الاجتهاد الفردي، ورد فعل عن التطور المؤسسي للمجتمعات المعاصرة، والذي أصبحت معه الخطط التقليدية في التنظيم، ضعيفة المردودية والجدوى.

ولهذا وجدت دعوات كثيرة لعلماء بضرورة إنشاء هذه المؤسسات، بالنظر إلى المصالح المنتظرة منها، كالشيخ العلامة محمد الطاهر بن عاشور - رحمه الله - في قوله: "فلا جتهاد فرض كفاية على الأمة بمقدار حاجة أقطارها وأحوالها، وقد أثمت الأمة بالتفريط فيه مع الاستطاعة ومكنة الأسباب والآلات (...) وإن أقل ما يجب على العلماء في هذا العصر أن يتدثروا به من هذا الغرض العلمي أن يسعوا إلى جمع مجمع علمي يحضره أكبر العلماء بالعلوم الشرعية في كل قطر إسلامي على اختلاف مذاهب المسلمين في الأقطار، ويسلطوا بينهم حاجات الأمة، ويصدروا فيها عن وفاق فيما يتعين عمل الأمة عليه، ويُعلموا أقطار الإسلام بمقرراتهم، فلا أحسب أحداً ينصرف عن اتباعهم، ويعينوا يومئذ أسماء العلماء الذين يجدونهم قد بلغوا مرتبة الاجتهاد أو قاربوا. وعلى العلماء أن يقيموا من بينهم أوسعهم علماً وأصدقهم نظراً في فهم الشريعة فيشهدوا لهم بالتأهل للاجتهاد في الشريعة، ويتعين أن يكونوا قد جمعوا إلى العلم العدالة واتباع الشريعة لتكون أمانة العلم فيهم مستوفاة، ولا تتطرق إليهم الريبة في النصح للأمة"¹

وقول مصطفى الزرقا بعد حديثه عن التحديات التي تواجه الأمة وحاجتها إلى فقه يواكب سيرورتها، بأن: "تحقيق ذلك يتطلب ركيزتين مهمتين إحداهما تنظيمية والأخرى تعليمية، فالركيزة التنظيمية: الاجتهاد الجماعي، ومجمع فقهي... وطريقة ذلك الآن أن يؤسس مجمع للفقه الإسلامي عالمي التكوين، على طريقة المجمع العلمية واللغوية..."²

¹ مقاصد الشريعة الإسلامية، محمد الطاهر بن عاشور، تح، محمد الطاهر الميساوي، دار النفائس - الأردن. ص 408-409،
² الاجتهاد الجماعي ودور الفقه في حل المشكلات، مصطفى أحمد الزرقا، جمعية الدراسات والبحوث الإسلامية - الأردن.. ص 49-50.

ومن المؤسسات الاجتهادية في العالم الإسلامي اليوم، نجد العديد من الجامعات الفقهية واللجن ومؤسسات الإفتاء منها:¹

- مجمع البحوث الإسلامية في الأزهر: الذي أسس بالقرار الصادر عام 1381هـ ويعنى بدراسة ما يتصل بالبحوث الإسلامية، وبيان الرأي فيما يستجد من مشكلات، ويتكون من خمسين عضواً من العلماء من مختلف المذاهب الإسلامية، سواء من مصر وغيرها، والذين يعينون بقرار من رئيس الجمهورية المصرية

- وتبعته المملكة السعودية فأسست هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية: بأمر ملكي عام 1391هـ، وتكون الجهة التي يوجه إليها ولي الأمر طلب إبداء الرأي الشرعي، في الأمور العارضة، ويرأس هذه الهيئة، سماحة المفتي العام للمملكة.

وتفرعت عنها اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، بأمر ملكي كذلك، وأعضاؤها يختارون بأمر ملكي لإعداد الدراسات والقضايا للمناقشة من قبل الهيئة، كما أنها تختص بفتاوى الشؤون الفردية.

- المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، والذي أنشئ سنة 1398هـ ويتكون من رئيس ونائب له وعشرين عضواً من العلماء المتميزين بالنظر الفقهي والأصولي.

- مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، وهذا المجمع هو نتيجة للقرار الذي أصدره مؤتمر القمة الإسلامي الثالث ، ويتألف من أعضاء ، ينتمون لدول منظمة المؤتمر الإسلامي،

¹ ينظر: فقه النوازل، محمد الجيزاني، دار ابن الجوزي - الدمام. ج 1 ص 92-97، وكتاب: الاجتهاد الجماعي ودور الفقه في حل المشكلات، مصطفى الزرقا، جمعية الدراسات والبحوث الإسلامية - الأردن، ص 50-53. والاجتهاد الجماعي في التشريع الإسلامي، الدكتور عبد المجيد الشرفي، سلسلة كتاب الأمة - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة قطر. ص 56-58. الاجتهاد الجماعي ودور المجامع الفقهية في تطبيقه، شعبان إسماعيل، دار البشائر - بيروت. ص 138-191.

ويضم المجمع لعضويته المتوفرين على الشروط؛ من علماء وفقهاء المسلمين والجاليات المسلمة في الدول غير الإسلامية.

وقد عقد اجتماع المجلس التأسيسي للمجمع عام 1403هـ وكانت دورته الأولى في مكة المكرمة في شهر صفر من العام 1405هـ.

- مجمع الفقه الإسلامي بالهند: الذي أنشئ عام 1988م، ويضم نخبة من العلماء يفوق عددهم ستمائة عالم، معظمهم من الهند، وعقد أول ندوة له بنيودلهي عام 1989م.
- مجمع الفقه الإسلامي بالسودان، الذي أنشئ 1419هـ، ويضم أربعين عضواً من الفقهاء والعلماء والخبراء السودانيين، كما يتوفر على مستشارين من ممثلي الجامع الفقهية والبحثية من خارج السودان.
- المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث: ومقره بأيرلندا، أسس عام 1417هـ، بدعوة من اتحاد المنظمات الإسلامية في أوروبا، لتقوية الروابط بين علماء المهاجر، والعمل على توحيد الآراء الفقهية للأقليات المسلمة بتلك الديار، وتلبية للحاجيات في بيان الرأي الشرعي للجاليات المسلمة.

ج_ مجالات اجتهاد المجمعات .

لقد حصر العلماء مجال الاجتهاد عموماً في النصوص الظنية؛ التي تحتمل العديد من التصورات والتأويلات، فيحتاج معها إلى ترجيح أحدها على الآخر، أو الاجتهاد للنوازل والمستجدات، وما أكثرها في عالم اليوم، التي يجد فيها المكلفون أنفسهم في حاجة إلى تبين الحكم الشرعي المناسب، وفقاً لنصوص الشريعة ومقاصدها.

وهذا من حيث الإجمال، لكن تتبع الأنظمة الأساسية لها وما تفتي فيه، يمكن أن نميز بين صنفين:

الأول: يمكن اعتبارها مراكز فقهية، تبحث وتدرس الشريعة وما يتعلق بها من فقه ومناهجه من أصول ومقاصد، وعقيدة وغيرها مما له صلة بالاجتهاد وتاريخه، ومن بين شعبه شعبة خاصة بالإفتاء، في كل القضايا التي يسأل عن بيان الرأي الشرعي فيها، وهو ما نبجده في سائر المجامع الفقهية.¹

¹ مما جاء مثلاً في: النظام الأساسي لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، في مادته الثالثة:
أهداف المجمع:

يؤدي المجمع مهامه المنصوص عليها في هذا النظام في استقلال تام عن الدول الأعضاء، ويعمل على تحقيق الأهداف الآتية:
أولاً: تحقيق التلاقي الفكري بين المسلمين في إطار الشريعة الإسلامية وما تتيحه مذاهبها من تنوع ثريٍّ وتعدد بناءً.
ثانياً: الاجتهاد الجماعي في قضايا الحياة المعاصرة ومشكلاتها وتشجيعه لتقديم الحلول النابعة من الشريعة الإسلامية؛ وبيان الاختيارات المقبولة من بين الآراء المتعددة في المسألة الواحدة مراعاة لمصلحة المسلمين أفراداً وجماعات ودولاً، بما يتفق مع الأدلة ويحقق المقاصد الشرعية.

ثالثاً: التنسيق بين جهات الفتوى في العالم الإسلامي على النحو الذي تبينه اللائحة التنفيذية.
رابعاً: مواجهة التعصب المذهبي، والغلو في الدين، وتكفير المذاهب الإسلامية وأتباعها، بنشر روح الاعتدال والوسطية والتسامح بين أهل المذاهب والفرق الإسلامية المختلفة.
خامساً: الرد على الفتاوى التي تخالف ثوابت الدين، وقواعد الاجتهاد المعتمدة، وما استقر من مذاهب العلماء بغير دليل شرعي معتبر.

سادساً: إبداء الرأي الشرعي في الموضوعات التي تتصل بالواقع بما ييسر الاستفادة منه في تطوير التشريعات والقوانين والأنظمة لتكون متوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية.
سابعاً: العمل على كل ما من شأنه توسيع دائرة الاهتمام بالعمل الفقهي الإسلامي وإعادة اعتباره مكوناً رئيسياً من مكونات الفكر والثقافة الإسلاميين.

ثامناً: اعتبار المجمع مرجعية إسلامية فقهية عامة من خلال الاستجابة المباشرة لدواعي إبداء الرأي الفقهي في مستجدات الحياة، وفي التحديات التي تواجه الأمة الإسلامية.

تاسعاً: إفتاء الجاليات المسلمة خارج البلدان الإسلامية بما يحمي قيم الإسلام، وثقافته، وتقاليده فيها حفاظاً على هويتها الإسلامية في الأجيال المتتابعة مع مراعاة ظروفها الخاصة.

عاشراً: التقريب بين فقهاء المذاهب الإسلامية المتعددة المتفقة على ما هو معلوم من الدين بالضرورة تعظيماً للجوامع واحتراماً للفروق، وأخذ آرائهم جميعاً بالاعتبار عند إصدار المجمع لفتاواه وقراراته، والحرص على ضم ممثلين لهذه المذاهب إلى عضوية المجمع.

حادي عشر: توضيح حقيقة الموقف الشرعي من القضايا العامة.

الثاني: المجامع التي تحدد مجال الافتاء في القضايا العامة، والتي لا شأن لها بما يسري عليه القانون في البلد، ويمكن اعتبار المجلس العلمي بالمغرب نموذجاً لها. واعتبر أنها استفادت من التخبط الذي وقعت فيه المجامع التي سبقتة إلى المجال، فحدد طريقة استفتاءه وضيقها، ولم يجعلها مشاعاً لكل من اراد في أي قضية كانت وستتناول ذلك فيما يأتي عند الحديث عن إلزامية مقررات هذه المجامع والتي اتخذت المجلس العلمي الأعلى نموذجاً لذلك.

المطلب الثاني: مدى إلزامية اجتهادات وقرارات مؤسسات الاجتهاد.

لقد سبق القول إلى أن القصد من تنظيم الاجتهاد الفقهي في إطار مؤسسي، هو الاستفادة من قوة العمل الجماعي، والمصادقية التي يتمتع بها، لأن الجماعة في الفعل أبلغ أثراً من الفرد، وإن كان لا ينكر ما للعمل الفردي من أهمية، غير أن تضافر الجهود حول مسألة يكون أجود وأفضل.

وبما أنه لا يمكننا في هذا البحث تتبع جميع المؤسسات، فإنني سأكتفي ببعض النماذج من مدى إلزامية بعض قرارات المجلس العلمي الأعلى من جهة، وأتبعه بنموذج للجنة الشرعية ورقابته الملزمة بخصوص الأبنك التشاركية؛ باعتبار أنها تجسيد لاجتهاد فقهي لفائدة البنك، وفق رؤية مسددة بأحكام فقهية، مستمدة من مصادر الشريعة الإسلامية.

ثاني عشر: العمل على تجديد الفقه الإسلامي بتنميته من داخله، وتطويره من خلال ضوابط الاستنباط وأصول الفقه، والاعتماد على الأدلة والقواعد الشرعية والعمل بمقاصد الشريعة. نقلاً عن موقع المجمع: <http://www.alftwa.com>

الفقرة الأولى: إلزامية قرارات مؤسسات الاجتهاد، المجلس العلمي الأعلى نموذجاً.

أولاً: نبذة عن مؤسسة الإفتاء بالمغرب بعد الاستقلال.

رغم أن الإفتاء قبل تكوين هذه المؤسسة كان أمراً مشاعاً، غير منظم إلا بالقدر الذي جرى به العمل ضمناً بين العلماء في المغرب، في إطار المذهب المالكي وقواعده، وككل البلاد العربية والإسلامية، انحسر هذا الدور قبل الاستقلال وبعده، لفائدة القانون الذي ينظم أغلب المجالات، ومع ذلك فالفتوى ظلت قائمة "لاسيما في مجال العبادات والأحوال الشخصية وحتى لمن أراد أن يحصل على الفتوى في مجال المعاملات، وكل المواضيع التي مازال الفقه الإسلامي يحكمها، فما كان عليه إلا التوجه أو الاتصال بالمجالس العلمية على مراده".¹

ويرجع إحداث المجلس العلمي الأعلى، كأعلى هيئة للإفتاء والمجالس العلمية الإقليمية التي يشرف عليها، إلى الظهير الشريف رقم: 1.80.270، بتاريخ 3 جمادى الآخرة 1401 هـ الموافق لـ 8 أبريل 1981 م، وهو محطة من بين أخرى سعى فيها المغرب إلى عقلنة وتديير الشأن الديني بالمغرب²، وتضمن هذا الظهير في بدايته الأسباب الموجبة على لسان الملك الحسن الثاني: ومنها "... وقد قرأنا، بعد أن أصبحنا نشاهد ما ينذر به شيوع بعض المذاهب الأجنبية من خطر على كيان الأمة المغربية وقيمها الأصيلة، أن يستمر عملنا المتواصل في إطار مؤسسات تنتظم فيها وتتناسق جهود العلماء الأعلام، للعمل برعاية جلالتنا الشريفة وإرشادها، على

¹ الفتوى والإفتاء بالمغرب، محمد الدردابي، مجلة المجلس العدد 7، يوليوز 2007، ص: 56.

² ينظر في ذلك القراءة التي أعدتها كتابة المجلس الأعلى في تحولات الحقل الديني بالمملكة المغربية، ضمن خطب إمارة المؤمنين في الشأن الديني، ص 23 وما بعدها

التعريف بالإسلام، وإقامة البرهان على ما جاء به صالح لكل زمان ومكان في أمور الدين والدنيا معا، وأن فيه غنى عما عداه من المذاهب والعقائد التي لا تمت بصلة إلى القيم التي يقوم عليها كيان الأمة المغربية.¹

والملاحظ أن هذا الظهير حصر مهام المجلس في فصله الرابع في المهام الآتية، ولا تتضمن أي إشارة للفتوى:

1- التداول في القضايا التي تعرضها عليه جلالتنا الشريفة.

2- تنسيق أعمال المجالس العلمية الإقليمية.

3- ربط الصلات بالمؤسسات الإسلامية العليا كرابطة العالم الإسلامي والمؤتمر الإسلامي.²

وفي تقييم المجلس العلمي لهذه المرحلة، نجده يقر بأن دور المجلس العلمي الأعلى لم يكن محددا بشكل واضح، ولم يتم تفعيله على الصعيد العملي، وأن الوظيفة التنسيقية المنوطة به ظلت حبرا على ورق، إضافة إلى تجميد وظيفة منصب كاتب المجلس العلمي الأعلى، ليخلص في الأخير إلى أن هيكلية "المجالس العلمية خلال الفترة ما بين 1981 إلى حدود 2004 لم تتمكن من تجسيد الغايات المرجوة منها... (بسبب) تعدد الوسطاء بين مؤسسة العلماء وإمارة المؤمنين في المرحلة السابقة (والذي) شكل عائقا حال دون تفعيل دورها وعزلها عن محيطها الداخلي والخارجي، إذ سر قوة مؤسسة العلماء، يكمن في استقلاليتها في القرار والتحامها بالإمامة العظمى وتبعيتها لها، فتعدد الوسطاء بين العلماء وإمارة المؤمنين في الفترة التأسيسية الأولى ساهم في إعاقة رسالة العلماء عن مسارها الصحيح.³

¹ خطب إمارة المؤمنين في الشأن الديني والنصوص المنظمة للمؤسسة العلمية، إصدار المجلس العلمي الأعلى، الكتابة العامة دجنبر 2006م، ص 136.

² المرجع نفسه، ص 138.

³ المرجع نفسه، ص 64.

ولهذا أعيد تنظيم مؤسسة العلماء بظهير جديد رقم: 1.03.300، الصادر في 2 ربيع الأول 1425 (22 أبريل 2004م)، بإعادة هيكلة المجلس العلمي الأعلى والمجالس العلمية المحلية، ومن جملة الجديد الذي جاء به هذا الظهير: توسيع عدد المجالس العلمية المحلية وخلق فروع لها والرفع من عدد العلماء المنضوين تحتها، وأن يكون من بينهم علماء وإحداث منصب الكاتب العام للمجلس العلمي الذي أصبح يمارس مهامه بتنسيق مع وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية، وغير ذلك... ويبقى أهمها بالنسبة لموضوعنا إحداث هيئة علمية مكلفة بالإفتاء الجماعي.

ذلك أن هذه المهمة العظيمة كانت في السابق من الاختصاصات الأساسية لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية عند تأسيسها سنة 1961م وكانت وظيفتها باهتة في برامج الوزارة وتدخلاتها في حياة المواطنين المغاربة، وسيتكرس هذا مع التحديث الذي طرأ على الوزارة بموجب ظهير 1993، حيث أصبحت الفتوى من اختصاصات مصلحة تابعة لقسم التوجيه الديني التابع بدوره لمديرية الشؤون الإسلامية.¹

والهدف "من إنشاء الهيئة العلمية المكلفة بالإفتاء، هو الارتقاء بمؤسسة الإفتاء ونقلها من بعدها الفردي الذي قد لا يسلم من المزاجية والتجاذبات الذاتية والعقدية والمذهبية، إلى البعد المؤسسي المنضبط والمعتمد على العمل الجماعي المنظم والهادف، بمرجعية التي تحددها ثوابت الأمة واختياراتها، التي أجمعت عليها ضمن مقارنة قائمة على الوسطية والاعتدال والمزاوجة بين الأصالة والمعاصرة."²

وهذه الأهداف، جواب في الحقيقة على نتائج الفراغ الذي أحدثته تغييب مؤسسة الإفتاء، وأي مرجعية علمية أخرى، يستقي منها الناس توجيههم الديني إزاء القضايا الخاصة والعامة، في مجتمع مشتبك مع العالم الخارجي، في قيمه وقضاياها السياسية والاقتصادية والإعلامية، ومن أشدها الأحداث الإرهابية التي عرفها

¹ ينظر إشكالية الوظيفة الدينية في الدولة المعاصرة، قراءة في تجربة تأهيل الحقل الديني بالمغرب، امحمد جبرون، مرصد، كراسات علمية، 4، يناير 2011م مكتبة الأسكندرية، ص: 29.

² خطب إمارة المؤمنين في الشأن الديني، ص: 54.

المغرب، لأسباب فكرية وعقدية، يقول محمد جبرون: "كان المغرب إلى حدود 16 ماي 2003م يعتبر نفسه استثناء في المنطقة العربية، وفي منأى من عنف الإسلاميين، بالرغم من تسجيل بعض حالات القتل والاغتيال القليلة، واتهام بعض النشطاء "التكفيريين" بالوقوف وراءها، ويفسر هذا الاستثناء بعوامل كثيرة وفي مقدمتها "إمارة المؤمنين" التي تسود وتحكم في المغرب، غير أن تفجيرات ماي في الدار البيضاء وضعت حدا لهذا الزعم، ولفتت انتباه الدولة المغربية ومن ورائها المجتمع الدولي إلى خطورة مشكلة الإرهاب وخلاياه في أفق استئصاله، ومن أبرز مكامن الإرهاب التي نشأت قبل 16 ماي، واستفادت من غفلة الدولة أو حساباتها "جماعة الصراط المستقيم" (...). إن تحليل هذه الوقائع الأمنية أثبت بما لا يدع مجالا للشك صدور هؤلاء الإرهابيين والانتحاريين عن مرجعيات إسلامية سلفية متشددة، وهو ما عجل بتنزيل مشروع تأهيل الحقل الديني، وتعزيز التدخلات الأمنية بتدخلات تربوية تعيد الشاذين والشاردين إلى خيار الوسطية والاعتدال.¹

وفي هذا السياق التاريخي إذن، تم إحداث هيئة علمية مكلفة بالإفتاء الشرعي، وهو كما قلنا من أبرز ما جاء به ظهير ابريل 2004. والذي حدد مكوناتها واختصاصها وطريقة اشتغالها.

فالهيئة كما جاء في الظهير هيئة علمية يناط بها النظر فيما يتعلق بالفتوى، وحسب المادة 4 منه، تتشكل من خمسة عشر عالما، عشرة منهم يختارون من بين رؤساء المجالس العلمية المحلية، وخمسة يختارون من بين خمسة عشر عالما المعينين بصفة شخصية من طرف أمير المؤمنين أعضاء في المجلس العلمي الأعلى، ويعين أعضاء الهيئة من قبل المجلس العلمي الأعلى، حسب المادة 5.

كما تضم الهيئة ثلاث شعب للبحث والدراسة، والتي حددتها المادة الثانية عشر، وهي: شعبة البحث في الفقه المالكي وأصوله، وشعبة البحث في الفقه المقارن؛ وشعبة الاجتهاد الفقهي المعاصر. مع إمكانية إحداث الهيئة لشعب أخرى عند الضرورة. وإمكانية إنشاء لجان متخصصة، بحسب نوعية النازلة الفقهية وطبيعة القضية المستفتى فيها، كما يمكن أن تستعين بذوي الخبرة والتخصص من غير أعضاء المجلس العلمي الأعلى. على أنه

¹ إشكالية الوظيفة الدينية، م س ص 24 و 25 بتصرف.

يجب أن تتضمن كل لجنة علمية متخصصة تم إحداثها، ثلاثة أعضاء على الأقل من أعضاء الهيئة من بينهم عضو مقرر، ويمثل كل واحد منهم لزوما شعبة من شعب البحث والدراسة، حسب مقتضيات المواد 14 و15. هذا وتحدد المادة 9 من الظهير الجهات التي لها الحق في طلب الفتوى وهي حسب المادة: "تصدر الفتاوى عن الهيئة العلمية المكلفة بالإفتاء إما بطلب من رئيس المجلس العلمي الأعلى، وهو الملك، باعتباره أميراً للمؤمنين، ورئيساً للمجلس، أو بناء على طلب يعرض على المجلس من لدن الكاتب العام. ولهذا الغرض يتعين أن يوجه كل طلب للإفتاء إلى الكاتب العام الذي يعرضه عند الاقتضاء على المجلس الأعلى."، بمعنى أن أي جهة ترغب في طلب الفتوى من المجلس، سواء من الأفراد أو الهيئات ومختلف المؤسسات، فإن الطلب يوجه إلى الكاتب العام للمجلس، لأنه المكلف بتدبير وتنسيق العلاقة بين المجلس العلمي الأعلى والهيئة المكلفة بالإفتاء، لتصنيف هذه الطلبات حسب أهميتها وقيمتها، ونوعية القضايا التي تتضمنها.¹

ومن المقتضيات الجديرة بالاهتمام هي أن الظهير يشترط أن لا تصدر أي فتوى من المجلس إلا إذا حصلت على الإجماع من الأعضاء، ما يلغي أي اعتبار لما حاز على مجرد الترجيح الأغلي للأعضاء، فالمادة 09 تنص على أنه: "يتخذ مجلس الهيئة العلمية قراراته المتعلقة بالفتاوى التي يصدرها بإجماع أعضائه".

وحيث تصدر الفتاوى، فإن المادة 18 من الظهير تنص على أن مجلس الهيئة العلمية يصدر فتاواه بناء على تقارير اللجن العلمية المتخصصة المصادق عليها في شكل قرارات منفصلة، تصاغ بعبارات واضحة وميسرة ومختصرة وتتضمن، بصفة خاصة، الإشارة إلى موضوع الفتوى وحيثياتها وسندها الشرعي ومنطوقها ويوقعها أعضاء الهيئة العلمية. وتكون هذه القرارات مرقمة ومؤرخة.

¹ ينظر خطب إمارة المؤمنين، م س، وهو من اصدار المجلس بخصوص خطب إمارة المؤمنين حيث يشرح المقصود من بعض ما يتضمنه الظهير الشريف. ص 56.

هكذا إذن يتم تفعيل الفتوى وصناعتها وفق الاجتهاد المغربي المؤسسي، محاولا تنظيم هذه الخطة الإدارية بما يتوافق مع متطلبات العهد الجديد بإكراهاته العلمية والقانونية،

ولا شك أنها تجربة جديرة بالمتابعة والدراسة لعرضها على مشرحة النقد والتقويم، لكن يبقى أن المجال ما يزال بكرا فهي حديثة العهد، ولم تراكم من المادة العلمية الشيء الكثير، إضافة إلى حجم القيود الموضوعة عليها¹، تهيئ لمقامها وحجم الأثر الذي تحدثه عند كل فتوى تصدرها، فهي تحرك النقاش العمومي بين الأطياف الفكرية والحزبية في المجتمع، مما يؤثر على قيمة المؤسسة الرمزية والمرجعية، فهي وإن لم تكن تضاهي التقنين في الأثر، فإن الخوف من حجم تبعثتها الاجتماعية يدل على تلك السلطة الثابتة في قراراتها.

ثانيا: نماذج من قرارات المجلس العلمي.

لقد أصدر المجلس العلمي كتابا يضم فتاوى الهيئة العلمية المكلفة بالإفتاء، خلال الفترة الممتدة بين 2004 و2012، في 330 صفحة، تضمن واحدا وخمسين فتوى.

وأثارت الفتاوى المتعلقة بحد الردة وحرية العقيدة وإباحة تعدد الزوجات بوصفه حلا اجتماعيا لصالح المرأة والرجل جدلا كبيرا.

¹ ومن مظاهر هذا التهيب لدى المجلس نفسه أنك تبحث في موقع المجلس وسائر الصفحات التابعة لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية عن فتاوى المجلس، وتجد صعوبة كبيرة في الظفر بها، في الوقت الذي تجد هيئات مشابهة توفر إصداراتها للعموم، ومن ثم يطرح التساؤل عن أسباب صعوبة الوصول إلى هذه الفتاوى لمؤسسة الأصل أنها للعموم، وينبغي أن تيسر للناس الاستفادة مما تختاره من الفتاوى، اللهم إلا ما سبق إلى النفس من وجود توجس لدى أصحاب الشأن من أثار الفتاوى والشغب الذي قد تحدثه.

ومما أفتى به بخصوص حد الردة أن الإسلام " يدعو المسلم إلى الحفاظ على معتقده وتدينه وإلى التمسك بدين الإسلام وشرعه الرباني الحكيم، ويعتبر كونه مسلما بالأصالة من حيث انتسابه إلى والدين مسلمين أو أب مسلم، التزاما تعاقديا واجتماعيا مع الأمة، فلا يسمح له شرع الإسلام بعد ذلك بالخروج عن دينه وتعاقده الاجتماعي، ولا يقبله منه بحال ويعتبر خروجه منه ارتدادا عن الإسلام وكفرا به، تترتب عليه أحكام شرعية خاصة، ويقتضي دعوته إلى الرجوع إلى دينه والثبات عليه، وإلا حبط عمله الصالح، وخسر الدنيا والآخرة، ووجب إقامة الحد عليه"¹

وحد الردة² هو القتل، الشيء الذي أثار ردودا لازعة على المجلس العلمي الأعلى، ومن الردود التي وردت بتقرير الحالة الدينية في مواكبته لها، نقد جمعية "بيت الحكمة"، وهي تنتمي إلى تيار اليسار المعروف بأيديولوجيته التحررية؛ من عوائق المحافظة في الحياة السياسية والاجتماعية، وأشارت في بيانها أن الفتوى: "لا تتعارض مع روح ومنطوق الشريعة فقط، بل أيضا مع المواثيق والعهود الدولية التي تكفل حرية الفكر والعقيدة، كما تتعارض مع التطورات المهمة للمنظومة الحقوقية بالمغرب في سياق المكتسبات الدستورية الإيجابية التي

¹ فتاوى الهيئة العلمية المكلفة بالإفتاء، نقلا عن تقرير الحالة الدينية في المغرب، منشورات مركز المغرب الأقصى للدراسات والأبحاث 2014-2015م، ص46.

² قال في المغني لابن قدامة: " المرتد هو الراجع عن دين الاسلام إلى الكفر قال الله تعالى: (ومن يتردد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون) وقال النبي ﷺ: (من بدل دينه فاقتلوه) وأجمع أهل العلم على وجوب قتل المرتد وروي ذلك عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي ومعاذ وأبي موسى وابن عباس وخالد وغيرهم ولم ينكر ذلك فكان إجماعا. " مكتبة القاهرة، 1968م، ج9 ص73.

من الدراسات المفيدة في بيان الأبعاد الفلسفية لحرية الاعتقاد دراسة للدكتور اسماعيل الحسني، مقاصد الشريعة، والاجتهاد في المغرب الحديث، جاء فيها وهو يتناول الحق في تغيير العقيدة: "إنها مسألة دقيقة حسمت امرها الفقرة "ب" من المادة 18، من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان؛ إذ أعطت كل فرد الحق في تغيير دينه، أما فقهاء الإسلام فتراوح موقفهم بين رأيين: الأول ذهب إلى القول بالعقوبة القاسية، ممثلة في القتل، وهو الرأي الذي استقر عليه اجماع المذاهب الفقهية المشهورة استنادا إلى مبدأ حماية الطائفة الإسلامية، لا استنادا إلى المساس بحرية الإيمان الذي هو شيء باطني لا يتحكم فيه. والرأي الثاني ذهب إلى القول بعدم هذه العقوبة. منشورات مركز الدراسات والأبحاث وإحياء التراث، الرابطة المحمدية للعلماء، ط1، الرباط، 2010م، ص129.

عرفها المغرب، وفي سياق التراكمات المؤسساتية الدستورية الإيجابية التي عرفها المغرب، وفي سياق التراكمات المؤسساتية المتقدمة التي تندرج في إطار الجهود المبذولة وطنيا من أجل النهوض بحقوق الانسان كما هو متعارف عليهما عالميا."

وتبنت نفس الموقف جمعيات خارج الوطن تستنكر مضمون الفتوى، وحملت الدولة المغربية مسؤولية الفتوى وما سينتج عنها لا حقا من أضرار مادية ومعنوية¹

ولهذا تم طرح الأمر أمام انظار البرلمان، الذي ساءل وزير الأوقاف، عن ملابسات فتوى حد الردة؟ والذي قدم جوابا يحمل معاني الاستغراب ورفضه لقرار هيئة الفتوى في المجلس، ومما جاء في جوابه:

1- إن المؤسسة العلمية أولى من يعلم بأن مسألة حرية التدين مسألة قطعية في الإسلام بالاستناد إلى القرآن الكريم في مثل قوله تعالى: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ﴾² ومثل قوله تعالى لرسوله الكريم: ﴿لَعَلَّكَ بَخِيعٌ نَفْسَكَ إِلَّا يَكُونُوا مُؤْمِنِينَ﴾³ ومثل قوله تعالى: ﴿إِنْ تَكْفُرُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ عَنْكُمْ لَا تَشْكُرُوا﴾⁴.

¹ تقرير الحالة الدينية في المغرب، م س، 46 و 47. بالنسبة لتحميل المفتي مسؤولية ما يترتب عن فتواه، فيها خلاف بين العلماء بين المفتي المجتهد والمقلد، ينظر مثلا: "المجموع للنووي، في قوله: " وإذا عمل بفتواه في إتلاف فبان خطؤه وأنه خالف القاطع، فعن الأستاذ أبي إسحاق أنه يضمن إن كان أهلاً للفتوى، ولا يضمن إن لم يكن أهلاً؛ ... " ج 1، ص 45، ط. دار الفكر، و يقول الزركشي: " لو أفتاه المفتي بإتلاف فأُتلف، ثم تبين خطؤه، فإن كان المفتي أهلاً للفتوى فالضمان عليه، وإلا فلا؛ لأن المستفتي مقصّر ". المنشور في القواعد، وزارة الأوقاف الكويتية، ط 2، 1405 هـ - 1985 م، ج 1، ص 135،

² من الآية 255 من سورة البقرة.

³ من الآية 2 من سورة الشعراء.

⁴ من الآية 8 من سورة الزمر

2- إن المؤسسة العلمية أولى من يعلم بأن الحديث الشريف الذي قد يستند إليه في إقامة حد القتل على المرتد فيه خلاف بين العلماء، ولا يمكن بأي حال أن يتناقض مع مبدأ الحرية المقطوع به في مثل الآيات المذكورة.

3- إن الرأي الذي طلبته وزارة العدل سنة 2009 وأعطى فحوى الجواب عنه للمؤسسة الحقوقية الرسمية سنة 2012، قد أعطى على أساس أنه رأي ولم يعنون بفتوى، وقد نشر في الكتاب الصادر عن المجلس في السنة نفسها، قد جاء ضمن أسئلة أخرى عن "الإرث" و"الطلاق" و"الزواج بغير المسلم" و"الإجهاض" و"حرية المعتقد". ورد هذا السؤال وتم الجواب عنه طبقا للحيثيات الشكلية المنصوص عليها في النظام الداخلي للهيئة العلمية المكلفة بالإفتاء.

4- إن مصطلح "الحد" الوارد في هذا الجواب غير مخصص ولا محدد، ومن غير المنتظر ان يترك العلماء الجواب مفتوحا على إطلاق الحرية، لأن السياق، قد يكون محاربة جماعية تهدد كيان الأمة، ونحن في بلد إمارة المؤمنين حامية الملة والدين.

5- إن العلماء في كل ما يتعلق بتنزيل أحكام الدين في المملكة المغربية يرجعون الأمر إلى نظر أمير المؤمنين الذي يمكن أن يكيف حسب اجتهاده أي حكم ديني مع مصلحة الأمة التي يعتبر بقاؤها واستقرارها أولوية الأولويات، فأمر المؤمنين هو الذي يعول عليه في أن يراعي مصلحة البلاد في حيثيات زمنية وظروف معينة، وهذا النظر يلتقي مع منهج العلماء في القول بأن الأحكام المنضبطة بالقانون أمرها متروك لتقدير إمارة المؤمنين.¹

وتشكل هذه الفتوى وما ثار حولها من نقاش نموذجاً حقيقياً لفهم طبيعة دور مؤسسة المجلس العلمي الأعلى ومدى حساسيته، فرغم طابعه التوجيهي والارشادي، فإن قرارا من قراراته يمكن أن يحرك العديد من

¹ نقلا عن الحالة الدينية في المغرب، ص48 و49.

التساؤلات والردود، ولو في الحدود الضيقة التي يراد للمجلس أن ينضبط للإفتاء فيها، كما حدده القانون المنظم لها، ففتوى حد الردة تكفي لبيان مسؤولية المجلس.

ومن جهة أخرى، إن ما قدمه وزير الأوقاف من انتقادات، يمثل وجهة نظر معاصرة لعلماء كثيرين بخصوص حد الردة في واقعنا اليوم، كيف نفهمه وموقف الإسلام منه، والراجح إن حد الردة هو حكم ذو طابع سياسي أكثر من كونه حكما دينيا لا يتغير، بناء على النصوص القرآنية المؤسسة لحرية الاعتقاد، كما وردت في جواب الوزير.

ومع أن الوزير يكاد يستهجن فتوى المجلس العلمي، إلى أننا نجد يعتذر له بكون الحد المشار إليه غير مخصص ومحدد بأنه يعني بالضرورة القتل، لكن عدم توضيح ذلك من المجلس نفسه، وتفضيله عدم الرد وشرح دواعي قراره يزكي موقف الريبة والشك في كونه يقصد حقيقة القتل بسبب الردة.

من جهة أخرى، برر الوزير كون الفتوى قد صدرت من المجلس على أساس أنها رأي ولم يعنون بفتوى، للتقليل من الإلزامية التي يمكن أن تضاف عليها، حين تكون فتوى رسمية بإجماع علماء المجلس كما يستوجبها القانون المنظم.

وهو أمر بعيد، فكل الفتاوى لا تعدو أن تكون رأيا فقهيا أو قرارا كما سماه القانون، له قيمته مادام صدوره من جهة الاختصاص.

والأكيد، أن المجلس لا يمكنه - كما جاء في جواب الوزير - إلا أن يفتي بما أفتى به من عدم جواز الردة ورفضها رفضا تاما، وهو ما تفرضه وضعية مجتمعنا وسياقه التاريخي؛ فهو في حاجة إلى الاستقرار والأمن الروحي، وأن التسامح مع الردة له عواقب غير محمودة، وبالنظر كذلك إلى خصوصية النظام السياسي المغربي القائم على إمارة المؤمنين.

وهو مأزق وموقف حرج يقف فيه المجلس بين جاذبيتين، الخوف على المجتمع وأمنه واستقراره الديني والروحي، والتحديات المعاصرة التي تؤججها منظومة الحقوق والمواثيق الدولية.

لهذا وجدنا المجلس العلمي أشد ما يؤثر الإحجام وعدم التطرق إلى القضايا الحساسة إلا بالقدر الذي تلجئ إليه الضرورة .

الفقرة الثانية: مدى الإلزامية في الرقابة الشرعية للجنة الشرعية بالأبنك التشاركية : التجربة المغربية نموذجا.

تعتبر الرقابة الشرعية، مصطلحا جديدا ارتبط بالبنوك الإسلامية أو التشاركية، كما تسمى في التجربة المغربية.

أولاً: مفهوم الرقابة الشرعية بالأبنك الإسلامية .

يقصد بالرقابة الشرعية، " متابعة وفحص وتحليل كافة الأعمال والتصرفات والسلوكيات التي يقوم بها الأفراد والجماعات والمؤسسات والوحدات وغيرها للتأكد من أنها تتم وفقاً لأحكام وقواعد الشريعة الإسلامية، وذلك باستخدام الوسائل والأساليب الملائمة المشروعة، وبيان المخالفات والأخطاء وتصويبها فوراً، وتقديم التقارير إلى الجهات المعنية متضمنة الملاحظات والنصائح والإرشادات وسبل التطوير إلى الأفضل." ¹ وهي ما يعهد به، حسب الدكتور عبد الحميد البعلي إلى: " أحد أجهزة المصرف المستحدثة لمعاونته في تحقيق أهدافه." ²

أو إن الرقابة الشرعية هي ما يمارس "من قبل هيئة تعد من جهة، جزءاً من مكونات هياكل التسيير والعمل، ومن جهة أخرى، سلطة مكلفة بالرقابة، وهي رقابة خاصة بالبنوك، ويمكن اعتبارها استثنائية، إذا قورنت بأنواع الرقابة العادية، التي تخضع لها البنوك التقليدية، وإضافية بالنسبة للبنوك الإسلامية، باعتبارها تخضع لرقابة البنك المركزي ومدققي الحسابات." ³

والملاحظ على هذه التعريفات، أنها تتباين ما بين التركيز على المهمة المنوطة بهيئة الرقابة من فحص وتكييف تصرفات الأبنك، وتعريفات تتوجه إلى التعريف بهيئة الرقابة الشرعية، الهيئة الفريدة التي تميزت بها تجربة الأبنك الإسلامية عن غيرها، وهنا يكمن القصور، خاصة في التعريف الذي يحصر هيئة الرقابة في كونها جهازاً ضمن أجهزة المؤسسة البنكية، لأن هناك صوراً أخرى للرقابة الشرعية، قد تكون ضمن أجهزة البنك، كما يمكن أن تكون الرقابة منوطة بجهة خارجية عن المؤسسات البنكية، تقوم بهذا الدور، كما هو الحال في التجربة المغربية، التي عهدت بالرقابة للجنة شرعية تابعة للمجلس العلمي الأعلى.

¹ المراجعة والرقابة بين الفكر الإسلامي والفكر الوضعي، حسن حسين شحاتة، ص 93. نقلاً عن الرقابة الشرعية على أعمال المصارف الإسلامية، أحمد العليات، ص: 46.

² الاستثمار والرقابة الشرعية على البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية، ص 213.

³ البنوك الإسلامية، التجربة بين الفقه والقانون والتطبيق، عائشة الشراوي المالقي، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، ط1، 2000م، ص: 154.

ولهذا أجد أفضل تعريف للرقابة الشرعية القول بأنها: "التحقق من تنفيذ الفتاوى الصادرة عن جهة الاختصاص، وإيجاد البدائل والصيغ المشروعة لأية أعمال تخالف الأحكام الشرعية."¹ تجاوزا لتخصيص هذه المهمة بجهاز معين داخل البنك أو مستقلا عنه.

ولا شك أن التعريف، إنما يستقي من واقع تلك الهيئة الشرعية، ليضع مفهوما انطلاقا منه، فالرقابة الشرعية كان يعهد بها في الأبنك الإسلامية إلى البنك نفسه، حسب ما قرره مؤتمر المصرف الإسلامي بدبي، وهي تستمد وجودها، من الأنظمة الأساسية لهذه البنوك. فمثلا نجد القانون الأساسي لبنك فيصل الإسلامي المصري، يلزمه في المادة 40 منه، بإحداث هذه الهيئة، واشترط تكوينها من أشخاص يتم اختيارهم من طرف الجمعية العمومية، لمدة 3 سنوات، وأن يكون عددهم 5 على الأكثر، وأن يكونوا من علماء الشرع وفقهاء القانون المقارن، المؤمنين بفكرة البنك الإسلامي، ولم تخرج غالبية الأبنك عن هذه الصيغة بل إن البنك الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار اقتصر قانونه على النص، على مستشار شرعي واحد، وجعل التعيين من اختصاص مجلس الإدارة.²

ولقد انتقدت هذه الصورة لتطبيق الرقابة الشرعية، بالنظر إلى سلباتها الواقعية والمتوقعة،

"فإن الشكل الحالي لهيآت الرقابة الشرعية، وطرقها في العمل، مسألة غير مقبولة، وأنه إذا أردنا منها العمل بمصادقية، عليها أن تنفصل عن البنوك الإسلامية، بمعنى أن لا تبقى مصلحة من مصالحها، يأخذ الأشخاص الذين تتكون منهم أجورهم، حسب ما يقدره لهم، كل بنك إسلامي على حدة، بل لا بد من استقلالها، حتى

¹ العلاقة بين الرقابة الشرعية والرقابة المالية، عبد الحكيم الزعير، مجلة الاقتصاد، عدد 182، ص43، نقلا عن نحو تفعيل دور الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية، حمزة عبد الكريم حماد بحث مقدم إلى مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول تنظيم دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، دبي، الامارات، ص13.

² ينظر البنوك الإسلامية، عائشة الشرقاوي المالقي، ص155، 156.

عن البنوك المركزية، بل ... تكوين هيئة للرقابة خاصة ومستقلة، كان تكون هيئة مركزية، على غرار البنك المركزي، أو أن تكون تابعة لجهة رسمية أخرى".¹

ولقد استفاد المشرع المغربي من هذه الانتقادات، فتم إحداث اللجنة الشرعية للمالية التشاركية بموجب الظهير² رقم 1.15.02، ففي المادة 10 منه: "... تحدث لدى الهيئة العلمية المكلفة بالإفتاء لجنة علمية متخصصة تحمل اسم "اللجنة الشرعية للمالية التشاركية"

ومن بين ما تكلف به: إبداء الرأي بشأن مطابقة الأنشطة والعمليات التجارية والمالية والاستثمارية التي تقوم بها بعض المؤسسات والهيئات المالية، لأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها.

وهذه المؤسسات والهيئات المالية هي:

مؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها، وبنك المغرب، وصندوق ضمان ودائع البنوك التشاركية ومقاولات التأمين وإعادة التأمين.

كما أن إحالة طلبات إبداء الرأي في الأنشطة والعمليات المشار إليها، إنما يكون عن طريق: "بنك المغرب بالنسبة لطلبات إبداء الرأي المقدمة من قبل" مؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها؛ هيئة مراقبة التأمينات والاحتياط الاجتماعي بالنسبة لطلبات "إبداء الرأي المقدمة من قبل مقاولات التأمين وإعادة التأمين المعتمدة؛ الهيئة المغربية لسوق الرساميل بالنسبة لطلبات إبداء الرأي المقدمة من قبل الجهة الراغبة في إصدار شهادات الصكوك."

¹ البنوك الإسلامية، عائشة المالقي، م س، ص 170 و 171، بتصرف.

² والذي صدر في 28 من ربيع الأول 1436، (20 يناير 2015) والمتمم للظهير الشريف رقم 1.03.300 الصادر في 2 ربيع الأول 1425، (22 أبريل 2004) بإعادة تنظيم المجالس العلمية، تنظر الجريدة الرسمية عدد 6333، 9 فبراير 2015، ص 1099.

وتصدر اللجنة آراءها باسم المجلس العلمي الأعلى، وبإجماع أعضائها الحاضرين الذين شاركوا في مداولاتها.¹

ثانيا: حجيتها والزاميتها في تكييف تصرفات الأبنك التشاركية.

إن إلزامية قرار لجنة الفتوى، هو ما يميزها عن غيرها من مصادر الفتوى الأخرى، سواء كان فردا أو هيئة غير التي يقرر لها القانون هذه الصلاحية.

ويتلخص دورها في القيام بتقرير مدى مطابقة معاملات الأبنك التشاركية مع أحكام الشريعة الإسلامية، والذي تلتزم الأبنك بمضمونه، فأهمية هذه القرارات وقيمتها إنما تستمد من مدى إلزاميتها، الذي يترتب عنه جزاء على تركه، فلا خيار للبنك في العدول عنه.

وتحديد لجنة معينة بالإفتاء وممارسة الرقابة الشرعية على أعمال البنك وتصرفاته، هو أمر في غاية الأهمية، ففتح الباب أمام البنك لطلب الفتاوى من أي جهة كانت تدعي الاستناد إلى الشرع، يفقدها المصدقية المرجوة منها، بسبب الاختلاف الوارد حول كل قضية ومسألة مصرفية، وإمكانية تلاعب أصحاب هذه المؤسسات بالفتوى لمصلحتهم، متمترسين وراء كل فتوى شاذة، تعضد هذا التصرف أو ذاك، لكنها لا تصمد في واقع الأمر أمام قواعد الشرع ومقاصده.

ونظرا لهذا الالتزام وقوة إنفاذ قرارات لجنة الإفتاء في الأبنك التشاركية، اختلف في جهة الاعتبار فيها، أهى جهة حكم أم إفتاء؟

¹ ينظر المادة 10 مكررة ثلاث مرات من الظهير، م، س، ص: 1099.

فالذين اعتبروها جهة حكم¹، قالوا لأن القصد هو الكشف عن حكم الله في القضايا المعروضة عليها، ومن هنا، فقرارها حكم نافذ في الموضوع بإمضائه أو إلغائه أو تعديله، ولا ينقض حكمها بحال مادامت تستند إلى نصوص صريحة الدلالة أو اجتهاد صحيح في محله.

ومنهم من يعتبرها جهة إفتاء لكونها تخبر عن الحكم الشرعي فيما تستفتي فيه من الوقائع، ولا تلزم الفتوى إلا في أحوال معينة، منها كما أوردها الدكتور محمود البعلي: إلزام المستفتي نفسه بها، أو إذا أخذ بالعمل بقول المفتي وجوابه، أو إذا وقع في نفسه صحته وحقيقته، أو إذا اختار المفتي، أو لم يكن بالموضع الذي هو فيه غيره من المفتين، أو أن يرى أن المفتي هو الأعلم والأوثق من غيره، أو أن تتوافق الفتوى مع حكم حاكم، أو أن يكون القول المفتي به مجمعا عليه لعدم جواز مخالفة الإجماع، أو أن يستفتي متنازعان على حق معين فقيها والتزما بفتياه فيجب العمل بما أفتاهما².

لكن الحقيقة أن الأمر لا يكتسب إلزاميته لا من جهة الفتوى ولا من جهة القضاء، كما يذهب إليه الرأيان السابقان، بل إن صفة الإلزامية تكتسبها أعمال لجنة الفتوى من القانون الذي أقر لها تلك الصفة، ويفرضها على المؤسسات المالية.

وهو ما نجد المشرع المغربي قد نص عليه في المادة 64 من قانون مؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها على أنه "يجب على البنوك التشاركية أن تضع لجنة تدقيق تقوم بما يلي:

- التعرف على مخاطر عدم مطابقة عملياتها وأنشطتها للآراء بالمطابقة التي يصدرها المجلس العلمي الأعلى المشار إليه في المادة 62 أعلاه والوقاية منها.

¹ منهم أنس الزرقا: في كتابه: نظرة إلى موقف عمل الهيئات الشرعية وبنيتها في المؤسسات المالية الإسلامية، بحث مقدم إلى المؤتمر الثاني للهيئات الشرعية، 2002، ص10.

² تقنين أعمال الهيئات الشرعية معالمه وآلياته، عبد الحميد البعلي ص: 59.

- ضمان تتبع وتطبيق للآراء بالمطابقة الصادرة عن المجلس العلمي الأعلى المذكور ومراقبة احترامها...¹

فالمادة تلزم الأبنك التشاركية أن تعمل على مطابقة أعمالها وأنشطتها مع الآراء الصادرة عن اللجنة الشرعية للمالية التشاركية ومراقبة احترام هذه الآراء، تفاديا للمخاطر التي يمكن أن تترتب عن عدم المطابقة، كما تنص على ذلك المادة 62 من نفس القانون.

هذا ومما يعزز الزامية آراء اللجنة الشرعية للمالية التشاركية، إلى جانب التنصيص القانوني، ما تتمتع به اللجنة من استقلالية، فهي لا تتبع أيا من المؤسسات أو الجهات المالية، كما أنها ليست جزءا من إدارتها، بل جعلها المشرع المغربي تابعة للمجلس العلمي الأعلى لتكون بمنأى عن أي تجاذبات أو استقطاب لجهة ما. كما سبق أن أشرنا إلى ذلك عند التعريف ببيئة الرقابة الشرعية.

وخلاصة القول، بشأن إلزامية مقررات مؤسسات الجامع الفقهية، أو مؤسسات الفتوى عموما، أن التنظيم الذي تعرضت له، قد جعلها تتعامل مع واقعها وظروفها المعقدة بشكل حذر، تجلّى في الانتباه إلى عدم التصادم مع ما تنظمه مؤسسات التشريع، من جهة، وإلى استثمارها لدورها الدعوي في البيان ودعوة الغير إلى التطبيق، الذي يفرضه واجب الديانة² من المسلم، وفي نفس الوقت تذييل الحكم الشرعي الصادر عنها بأنه رأي يفتح المجال لغيره ولا يلغيه إلا بالقدر الذي تسنده الأدلة والحجج الشرعية، كما أنها في مجال الرقابة المالية تستفيد من نص القانون على حجية رأيها.

¹ قانون مؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها المادة 64.

² مما جاء في : فتوى للمجمع الفقهي": الأصل في الفتوى أنها غير ملزمة قضاء، إلا أنها ملزمة ديانة فلا يسع المسلم مخالفتها إذا قامت الأدلة الواضحة على صحتها،" قرار رقم 153 (17/2) بشأن الإفتاء: شروطه وآدابه
إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته السابعة عشرة بعمان (المملكة الأردنية الهاشمية) من 28 جمادى الأولى إلى 2 جمادى الآخرة 1427هـ، الموافق 24 - 28 حزيران (يونيو) 2006م، م، س: موقع المجمع الفقهي .

هذا وقد وُجّهت انتقادات مهمة لواقع الاجتهاد اليوم بشقيه، سواء ما كان منه فردياً أو جماعياً مؤسسياً.

منها قصوره الذاتي عن ملامسة قضايا المجتمع، وخاصة المجال التشريعي، بالإضافة إلى أنه لم يستطع الحد من الاختلافات والاضطرابات الحاصلة في الآراء الفقهية، وأيضاً التبعية السياسية للمؤسسات الفقهية لأنظمتها بما يخدم توجهاتها الظرفية، مما يفقدها التجرد الذي ينبغي أن تتحلى به، ونتساءل عن مدى إمكانية ذلك، اللهم إلا إذا عزلت أو عزلت نفسها عن ما هو سياسي تفادياً لأي تورط فيه.

لهذا وجدت بعض الأفكار التي تجعل الاجتهاد، مشاعاً بين الأمة والمجتهدين، فهو ليس مسؤولية طرف دون الآخر، بقدر ما تخاطب به الأمة، فهي مسؤولة عن الالتزام به أولاً، وقبل ذلك مسؤولة عن اختيار أنسب الاجتهادات التي تحقق مصلحتها، فتعتبره شرع الله الذي تخاطب به.

وأعتبر فكرة الأمة هي الأصل، من نتائجها الإقرار بدور الأمة، المنتقل من طرف موصى به أو عليه، إلى الأمة المشاركة والمالكة لزمام أمرها المقررة للأنسب من التشريعات.

كما أن هذا التصور في نظري هو الحماية لاستقلالية المجتهد، في أداء دوره كما يخفف عنه عبء التقرير للأحكام كما تصورناه من مقولات مشاهير العلماء، المعتبرة للمجتهدين بمثابة موقعين عن رب العالمين لأمتهم فيكلفونه ما يتوصلون إليه من استنباطات.

الفصل الثاني:

دور الأمة في تقرير الاحكام

الاجتهادية والالزام بمقتضاها

إن إعادة الاعتبار للأمة يجد أصوله في البنية التقليدية لأسس النظام الإسلامي والمتجسدة في الحاكم والأمة ويتوسطهما أهل الحل والعقد.

فالسائد في النظام السياسي الإسلامي، تهميش دور الأمة فقها وعملا، ويؤكد هذه الحقيقة الدكتور عبد المجيد النجار بقوله: "مما يؤسف منه أشد الأسف أن الأمة في الفقه السياسي الإسلامي لا تحظى بمقام مرموق من حيث ما يكون لها من حرية في الاختيار، بل إن شطرا كبيرا من الأمة إن لم يكن الأكبر من حيث العدد يعامل في هذا الفقه بالاستبعاد من مواقع الاختيار والقرار، بل يعامل أحيانا بشيء من الاستنقاص، وينعت بنعوت تحمل شيئا من الدونية التي تبرر الحيلولة دون حق الاختيار، وذلك من مصطلحات العامة والغوغاء والدهماء وأمثالها..."¹

وتنطلق المعالجة هنا من بيان مصدر السيادة مفهوما وحدودا، والتي تغير وجهة النظر إلى عملية التشريع برمتها، فلم يعد مستساغا النظر إلى المجتهد بصفته مشرعا سواء بالإنشاء أو بمجرد الإخبار نقلا لمنطوق حكم الشرع الثابت بالكتاب والسنة، وإنما هو في سياق هذه البنية خبير يبلغ الناس بما انتهى إليه جهده، ليبقى للأمة بعدها حق التداول في أقرب تلك الآراء إلى تحقيق مقاصد الشرع ثم التقرير بعدها بأنسبها للواقع، فالأمة ليست مجرد متلق سلبي لآراء العلماء وقرارات أهل الحل والعقد نظرا لمقتضيات تاريخية، بل أصبحت تتمتع بقوة وفاعلية بفضل التطور الحاصل في امكانيات مشاركتها في ذلك.

والعمل هنا هو نوع من التأصيل لدور الأمة في عملية الاجتهاد، والذي يشكل نوعا من التقاطع مع مفهوم السيادة للأمة أو للشعب في التداول السياسي الحديث، مع ما يستتبعه من إشكالات.

¹ تجديد فقه السياسة الشرعية، عبد المجيد النجار، عضو مجلس الإفتاء والبحوث، دون، ط 2، ص 22.

المبحث الأول : سيادة الأمة وحدودها .

تشكل فكرة السيادة أحد مفردات الفكر السياسي الحديث، والتي تحتل في طياتها ثورة مهمة وفاصلة بين عصر الأمة المغلوبة على أمرها وعصر الأمة المالكة لزمانها.

ورغم ذلك، فقد شكلت في الفكر السياسي الإسلامي، محل نقاش كبير لا تزال أصدائه مستمرة إلى اليوم. من أول مؤلف متخصص تصدى لتحليل هذا المفهوم إلى آخر الدراسات والمقالات التي تلقي بدلها في تكييفه سواء بمواءمته مع المنظومة الإسلامية أو التي تتمسك بفرادة هذه المنظومة واستعصائها على تقبل المفاهيم الوافدة.

المطلب الأول: مفهوم السيادة وتطوره.

الفقرة الأولى: مفهوم السيادة.

للسيادة في اللغة معان: فهي تدل على المقدم على غيره من حيث الجاه أو المكانة أو المنزلة أو الغلبة والقوة والرأي والقدرة على إعطاء الأوامر، يقال: فلان سيّد قومه إذا أُريد به الحال، وسائِدٌ إذا أُريد به الاستقبال، والجمع سَادَةٌ¹

كما يطلق السيّد على الرب والمالك والشريف والفاضل والكريم والحليم ومُحْتَمِلُ الأذى من قومه والزوج والرئيس والمقدّم، وأصله من سَادَ يَسُودُ فهو سيود²

¹ مختار الصحاح، مادة: سَوَدَ، ص 156.

² لسان العرب، مادة: سَوَدَ، ج، 3، ص 228.

واصطلاحاً، فقد عرفت السيادة تعريفات مختلفة منها تعريف العميد القانوني "دوجي" أن السيادة هي: "السلطة العليا التي لا تُعرف فيما تنظم من علاقات، سلطة عليا أخرى إلى جانبها" بينما نظر إليها "كاريه دوملبرج" إلى أنها تعد خاصية من خصائص السلطة السياسية.

وعرفها جون بودان الذي إليه يعود الفضل حسب فقهاء القانون، إلى إبراز السيادة كنظرية في السياسة بأنها: سلطة عليا على المواطنين والرعايا التي لا يحد منها القانون"، وأن الصفة الأصلية للسيادة هي سلطة وضع القوانين¹

ومن هذه التعريفات عرفها الدكتور فتحي عبد الكريم بأنها السلطة العليا الأمرة للدولة التي لا تقبل التصرف فيها أو التنازل عنها" وهذه السلطة منفصلة عن الشعب وسامية عليه².

وفي موسوعة السياسة، نجد دمجاً لمضمون هذه التعريفات في محاولة لوضع تعريف شامل ومتكامل لمفهوم السيادة بأنها: السلطة العليا التي لا تعلوها سلطة وميزة الدولة الأساسية الملازمة لها والتي تتميز بها عن كل ما عداها من تنظيمات داخل المجتمع السياسي المنظم، ومركز إصدار القوانين والتشريعات والجهة الوحيدة المخولة بمهمة حفظ النظام والأمن، والمحتكرة الشرعية والوحيدة لوسائل القوة والحق استخدامها لتطبيق القانون.³

ومن خلال هذا التعريف نجد أن للسيادة خصائص على المستويين الداخلي والخارجي:

فداخليا تعني السيادة أنها الشرعية العليا ولا حد لسلطتها في سن قوانين الدولة، التي تشمل الجميع داخل الدولة، وأن السيادة دائمة ما دامت الدولة قائمة بصرف النظر عن تغير الأشخاص الممارسين للسلطة أو تغير المؤسسات التي يتم عبرها ممارسة السيادة، كما أنها لا تقبل التجزئة.

¹ تطور الفكر السياسي، جورج سبين، الكتاب الثالث ترجمة راشد البراوي، ص: 118.

² الدولة والسيادة في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة، القاهرة مكتبة وهبة، ص 71، 72.

³ موسوعة السياسة، د عبد الوهاب الكيالي، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، ج3، ص 356.

أما على المستوى الخارجي فتعني الاستقلال وعدم التبعية للغير.¹

والملاحظ أن هذه التعريفات للسيادة تطرح تساؤلا كبيرا عن هذه الجهة ذات السيادة التي لا يحد شيء من سلطتها في التشريع؟ بهذا الاطلاق، لأنه يتعارض مع بداهة كون أي تشريع في الإسلام محدودا بما في الشرع من قواعد، وأنه ليست ثمة سلطة مطلقة إلا سيادته تعالى على خلقه في تدبير أمرهم والتشريع لهم بما يحقق مصالحهم.

غير أن التبع التاريخي لمفهوم السيادة بمختلف المصادر والمراجع التي تتناول النظم السياسية، لا يخلو من وجود تعريفات مقيدة للسيادة أحيانا أو مطلقة لها في أحيان أخرى بحسب منظور وخلفية واضع التعريف، منها قولهم: "وكان يراد بهذه السيادة، السلطة المطلقة والدائمة للدولة، فلا يقيدوها إلا قواعد الدين والقانون الطبيعي، وقد ذهب الفيلسوف الانجليزي "هوبز" إلى ما هو أبعد من ذلك في تفسير معنى السيادة، فذكر أنها مطلقة لا تتقيد بشيء حتى بالدين"²

وقد تبني فلاسفة وفقهاء القرنين السادس عشر والسابع عشر هذا المفهوم المطلق للسيادة لتسلط وتسيطر على جميع نظريات القانون العام الداخلي والخارجي حتى العصر الحديث، إلى أنها ستتطور فيما بعد لتتخذ مفهوما جديدا يقيد من مجالها داخليا بمبادئ القانون الداخلي وحقوق الأفراد الأساسية أو خارجيا وذلك بما تبرمه من معاهدات مع الدول الأخرى.³

¹ نفسه: ص 356.

² النظم السياسية، محمد كامل ليلة، ص 38.

³ نفسه، ص: 39. بتصرف

وكلا الموقفين تعبير عن نظريتين أفرزتهما ظروف مختلفة ومغايرة، فحسب الدكتور محمد كامل ليلة، فإن النظرية الفرنسية استقرت في الفقه؛ لكون الدولة في فرنسا لطالما عاشت كدولة بسيطة موحدة والسلطة فيها مركزة في يد هيئة حاكمة واحدة.

بينما النظرية الألمانية، إفرار لما عاشته الدولة في ألمانيا، حيث تتوزع سلطات الحكم فيها بين دولة الاتحاد، والدول الأعضاء الداخلة في الاتحاد.¹

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو من أين تستمد هذه السيادة مصدرها ؟ وهو ما سنتعرف عليه من خلال تتبع التطور الدلالي للمفهوم.

الفقرة الثانية: التطور الدلالي للسيادة ومصادرها.

لا شك أن السيادة كغيرها من المفاهيم السياسية وليدة تطورات تاريخية، عاشتها المجتمعات وخضعت في كل مرة لإكراهات الواقع الذي جعل مدلولها يتغير إلى أن استقر في النظام السياسي الحالي بالتعريف الذي سبق أن ورد في الفقرة السابقة، ولعله من المفيد أن نتحدث ولو بإجمال عن بعض أبرز التطورات التي مرت منها السيادة، لما له من فائدة في تقريب الصورة إلى الذهن ونحن نناقشها داخل النسق الإسلامي.

يقول فتحي عبد الكريم: " كلمة السيادة كلمة فرنسية بحثة ليس لها نظير في اللغات الأجنبية، وهي تكفي للدلالة على أصلها الفرنسي، وولدت الفكرة أثناء الصراع الذي خاضته الملكية الفرنسية في العصور الوسطى بقصد تحقيق استقلالها الخارجي في مواجهة الامبراطور والبابا وبقصد تحقيق تفوقها الداخلي على أمراء الإقطاع الذين يتمتعون بدورهم بنوع من السيادة، وإن كان للملك سيادته الأعلى منزلة.

غير أنه مع "شارل لوازو" سيبدأ الحديث عن سيادة مطلقة لا يسمو عليها شيء ولا تخضع لأحد وتسمو على الجميع، وهذه الدلالة التي يدعو إليها ترجع إلى انخيازه إلى جانب الملوك في صراعمهم ضد الكنيسة.

¹ النظم السياسية ص: 191

ومما يلتفت إليه بخصوص هذه السلطة المطلقة أنها لم تكن نتيجة لنظريات العصور الوسطى المتعلقة بالحق الإلهي، وإنما نتيجة لنظريات سياسية رائجة آنئذ أهمها نظرية السيادة¹، غير أنها سيادة تابعة وليست مستقلة عن الملك، فقد كان " الملك هو الأساس ولم تكن السيادة إلا ظله أو إذا شئنا الدقة كانت السيادة هي الخاصية الشخصية التي يتميز بها الملك"²، وهو ما يعني استبداده بالتشريع بإرادته المنفردة، وهو الشيء الذي لم يكن من صلاحياته إلا في إطار القانون وتحت سلطته، والذي يشمل في تلك العصور " مجموعة المبادئ العرفية السابقة على وجود الحاكم والتي لا يستطيع المساس بها"³.

وهو ما أدى إلى الصراع فيما بعد بين البرلمان والحكومة خلال ق 17 و 18، حيث كلما أرادت الحكومة استبدال القانون بالعرف كان البرلمان الذي ظل هيئة قضائية حتى نهاية الملكيات كان يرفض تسجيل بعض هذه الأوامر؛ بحجة مخالفتها للعرف، ولم يغيب عن البرلمان قط، أن السلطة المشرعة تستطيع أن تسن قوانين عادلة ومقبولة، ولكن كان يرى أنها لا تستطيع ذلك إلا إذا استندت إلى ضوابط عليا، لذلك فقد طالبها بتسبيب تلك الأوامر؛ بردها إلى مبادئ وضرورات حقيقية، وترتب عن ذلك أن نشأت فكرة قدر لها أن تقضي على الملكية وتسيطر على العصور التالية، هذه الفكرة مؤداها أنه إذا كانت الإرادة هي التي تضع القوانين فلماذا تكون إرادة فرد واحد؟ وهي إرادة انسانية يمكن أن يعترضها ما يعترض سائر الإرادات الانسانية من عيوب؟ منذ ذلك الوقت بدأ الفكر السياسي يدعو إلى إبعاد السلطة التشريعية عن الملك⁴ وأنه حين يمارس الحكم، فليس لسيادته الشخصية وإنما باعتباره " عضوا من أعضاء الدولة يمارس اختصاصاته المحددة باسم الجماعة كلها"⁵

¹ الدولة والسيادة م س: 53 وما بعدها بتصرف.

² نفسه: 56.

³ نفسه ص: 57 و 58 بتصرف.

⁴ نفسه: ص 58.

⁵ نفسه: ص 60.

وكان المفكر القانوني "بودان" أول من وضع بذرة الفصل هذه حيث عالج السيادة تحت اسم "Mageste" في كتابه المعنون "Six livres de la république"

إن اختلاف مصدرية السيادة في إطار الدولة يعكس في الواقع ذلك التباين الذي سوف يلحق طبيعتها فيما بعد، وسنقف هنا عند أهم مصادرها: النظرية الدينية الإلهية، والنظرية الديمقراطية.

أولاً: النظرية الإلهية.

ويعبر عنها كذلك بالسيادة ذات المصدر الإلهي، أي أن سلطة الأمر في المجتمع السياسي ترجع في مصدرها إلى الله، غير أن صاحب الحق في مباشرتها يتخذ صورتين: إما الحق الإلهي المباشر أو الحق الإلهي غير المباشر.

فالنسبة للحق الإلهي المباشر، والتي سميت بذلك "لأن الحاكم في نظر أصحابها يستمد سلطته من الله مباشرة، دون تدخل إرادة أخرى في اختياره ومن ثم فهو يحكم بمقتضى الحق الإلهي المباشر"¹؛ وهي النظرية التي استلهمتها الكنيسة في تاريخها الطويل مع السلطة وحتى بعد حكم المسيحية، فقد كانت هذه النظرية مبرراً للسلطة المطلقة للملوك.

وفي المقابل، هناك نظرية الحق الإلهي غير المباشر، وخلاصتها أن الله لا يتدخل بإرادته المباشرة في تحديد شكل السلطة ولا في طريقة ممارستها، وأنه لذلك لا يختار الحكام بنفسه، وإنما يوجه الحوادث بشكل معين يساعد جمهور الناس على أن يختاروا بأنفسهم كذلك أشخاص الحكام الذين يمثلونهم؛ وإذن، فإن السلطة تأتي من الله إلى الحاكم ولكن بواسطة الشعب واختياره"².

¹ الدولة والسيادة، لفتحي عبد الكريم: 115

² نفسه ص 117.

وتعتبر هذه الفكرة في الواقع أول محاولة للحد من السلطان المطلق للملوك في العصور الوسطى المسيحية، فالملك "لا يمارس السلطة السياسية باعتبارها حقاً شخصياً رهيناً بقوته المادية، لأن القوة المادية لا تصلح سنداً لنظام سياسي دائم، ولا باعتبارها حقاً شخصياً رهيناً بمولده؛ لأن الناس يولدون أحراراً متساوون بالطبيعة، ولا باعتبارها حقاً شخصياً رهيناً باختيار الدولة له، لأن الله لا يختار الحكام بإرادته المباشرة، ولا يصطفهم بأشخاصهم، ولكن الملك يمارس السلطة السياسية باعتبارها حقاً شخصياً رهيناً باختيار الناس له، وبالتعاقد بينه وبينهم باعتبارهم الوسيط بينه وبين السلطة التي تأتي من الله"¹

هذا ويرجع الفضل في تطوير هذه النظرية إلى القديس توما الإكويني الذي التزم هو وغيره من معتنقيها بالقول "بقداسة السلطة من حيث مصدرها، لأنها تأتي من الله الذي يريد لها عبادة دفعا للفوضى فيما بينهم إلا أنهم لا يرونها مقدسة في طريقة إسنادها للحكام."²

ثانياً: النظرية الديمقراطية.

وتقوم النظريات "الديموقراطية على أساس أن السلطة مصدرها الشعب، ولذلك لا تكون مشروعة إلا إذا كانت وليدة الإرادة الحرة للجماعة التي تحكمها."³

وظهرت هذه الأفكار خلال القرن السادس عشر، وهدفها محاربة استبداد الملوك وطغيانهم، ونقض النظريات الدينية باعتبارها سند سلطانهم المطلق "وإذا قلنا إن السيادة مصدرها الأمة، وكل سلطة مستمدة

¹ نفسه ص 118.

² نفسه: ص 117.

³ نفسه، ص 119.

منها وصادرة عنها، فلا يصح بعد ذلك أن تكون سيادة الحكام مستمدة من الأمة ثم يستخدمها هؤلاء الحكام ضدها.¹

والعجيب، أن رجال الدين هم من بدأت معهم هذه الدعوة إلى الحد من سلطة الملوك وطغيانهم وتعسفهم في وضع تشريعات وتنفيذات ضدا على إرادة الشعوب. في الوقت الذي كان يفترض فيهم تأييد النظريات الدينية، "وذهبوا إلى القول بأن الشعب هو مصدر السلطة إلا أنه (الشعب) تنازل عن سلطته للملوك بناء على تعاقد تم بينهما بشروط خاصة، وإذا ما أخل الملك بشروط التعاقد فسخ العقد وأصبحت سلطة الملك مجردة من الأساس القانوني الشرعي، وحق للشعب مقاومته وعزله واختيار حاكم جديد بعقد جديد"²

وهو ما سيكون مقدمة لفكرة "العقد الاجتماعي" التي تلقفها الفلاسفة وطوروها لتتحول إلى أهم النظريات السياسية، نظرية العقد الاجتماعي.

وخلصتها أن ثمة "حياة فطرية تسبق حياة الجماعة، وأن الانتقال من حياة الفطرة إلى حياة الجماعة قد تم بناء على عقد اجتماعي بين الأفراد بقصد إقامة السلطة الحاكمة"³، غير أنه اختلفت الفلاسفة بشأنها، بحسب أهدافهم ومواقفهم السياسية الظرفية.

فهوبز مثلا لكونه من أنصار الملكية المطلقة بإنجلترا، صاغ النظرية "بطريقة تؤدي إلى تأييد الملكية، وإطلاق سلطاتها وتحريم مقاومة الملوك ودحض الآراء التي تؤدي إلى ثورة الشعب الإنجليزي في سنة 1688م"

¹ النظم السياسية، محمد كامل ليلة، ص198.

² نفسه، ص 199.

³ الدولة والسيادة، م س، ص125.

فهو يرى أن الناس عاشوا قبل الدولة أحراراً لا سلطة تحكمهم ويعيشون على الطبيعة، لكن هذه الحرية كانت شقاء لهم بسبب المطامع المتصارعة بين الأفراد؛ ولذلك اتفقوا بينهم على التنازل لشخص عن تلك الحرية، والخضوع لسلطته والقيام بما يراه مناسباً لهم¹

بينما نجد الفيلسوف "لوك" ورغم اتفاقه مع "هوبز" حول الملكية كأفضل نظام للحكم، إلا أنه يختلف معه حول إطلاق سلطتها إذ يرى ضرورة تقييدها، فالأفراد في نظره لم يتنازلوا عن سيادتهم كلية، وإنما قبلوا التنازل عن جزء معين من حقوقهم لحاكم عادل اختاروه من بينهم، والذي يخضع بدوره لسلطة الشعب وإرادته. وقريباً من نظرية لوك نجد نظرية "جون جاك روسو" الذي يعتبر أن مصدر سيادة الدولة يرجع إلى "الإرادة العامة للجماعة (الشعب) وإن سيادة الدولة ليست مطلقة، وإنما ترد عليها قيود مقصود بها المحافظة على حريات الأفراد وتحقيق مصالحهم وجلب المنافع لهم، وإن السيادة لا تتجزأ، ولا يصح التنازل عنها، ولا تتقدم².

ويشكل هذا الاختلاف في تأويل النظرية، وإمكانية سوء توظيفها؛ في تبرير الاستبداد، أكبر المداخل في النقد الذي وجه إليها. ومع ذلك فإن الاتجاه العام يقر بأهمية النظرية ومكانتها في الفكر السياسي الحديث؛ بالنظر إلى نبل مقاصدها وغاياتها وأهمها "نقل السيادة من الحاكم إلى الأمة وهدف هذه السيادة تحقيق صالح أبناء الأمة وحقوقهم واحترام حرياتهم، وهي من هذه الناحية تعتبر نظرية ديمقراطية سليمة بالذات عند لوك وروسو، وإذا كانت النظرية تؤدي أحياناً ... إلى الحكم الاستبدادي فمرجع ذلك إلى الخطأ في تطبيق النظرية

¹ كامل ليلة ص 200.

² النظم السياسية الدولية والحكومة، محمد كامل ليلة، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت - لبنان، 1969. ص 205.

وتعمد الانحراف بها أحيانا عن جوهرها وحقيقة هدفها والقصد من وضعها ... ويمكن تصحيح الأوضاع إذ جعلنا نصب أعيننا هدف النظرية إذ هو يرمي إلى تفادي الاستبداد الذي كان سائدا قبل ظهورها.¹

المطلب الثاني: موقف الفكر السياسي الإسلامي من سيادة الأمة.

في هذا المطلب ننتقل للحديث عن فكرة سيادة الأمة في الفكر الإسلامي، وكيف تفاعل معها؟ ويبدو من خلال الكتابات التي ناقشت السيادة في السياق الإسلامي، أنه يمكن التمييز بين موقفين²: من يرفض

¹ م نفسه، ص 213. ونفس الفكرة عبر عنها آخرون في ان الاشكال في التطبيق وليس بالضرورة في النظرية، ينظر الدولة الإسلامية وسلطتها التشريعية، حسن صبحي أحمد عبد اللطيف، مؤسسة شباب الجامعة الاسكندرية، ص 220. والوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، نعمان أحمد الخطيب، دار الثقافة، عمان الأردن، د ت، ص 58.

² تنظر في تحليل السياقات التاريخية لهذا النزاع لدى رضوان السيد، لكي نفهم ابعادا اخرى للمواقف إزاء سيادة الأمة، فكل فكرة تكاد تكون في أصلها ردة فعل على وضع طاغ، فالسيد هو من رجالات الفكر المعاصرين ومن أكثر الباحثين الذين سبروا في دراساتهم فكرة الجماعة والأمة في لحظات حضورها واقعا وان غابت كفكرة في نصوص العلماء او لحظة الغياب واقعا وفكرة، وما فتئ يلح على أهمية استرجاع الجماعة (الأمة) لمكانتها في التفاعل مع الشريعة، وأن تبني الأمة لها بعيدا عن سطوة السياسي أو الايديولوجيا هو الحماية الحقيقية للدين.

من هنا تتبع رضوان السيد تحولات الفكر الاسلامي، طيلة قرن في علاقته بمفهوم السيادة والأمة والدولة والدين فلاحظ أن هناك تباينا شاسعا بين الخطابات الدينية، وهو أمر في غاية الأهمية فكل فكرة سياقها الذي أفرزها، ولعلنا بغير ذلك السياق لن نفهم المغزى من الخطابات والعوائق التي تحول دون تبني فكرة السيادة في الفكر السياسي الاسلامي ولعل البداية هي مع إلغاء الخلافة التي انفق الفكر الاسلامي الحديث أكثر من عقدين في سبيل استعادتها سواء في صيغتها القديمة أو بإجراء تعديلات عليها

فكرة سيادة الأمة؛ وفي مقابله موقف المؤيدين وأنه لا تعارض فيما بينها وبين أحكام الشريعة، وإن كان الكثيرون يتحفظون على مصطلح السيادة، واستعاضوا عنها بمصطلح السلطة وولاية الأمر¹.

الفقرة الاولى: الرافضون لفكرة سيادة الأمة.

ويتلخص هذا الموقف في رفض "سيادة الأمة" لأنها نتاج ظروف ومرجعيات فلسفية لا توجد بالضرورة في السياق الإسلامي وإن ما فرضها هو التقليد وتأثير تركز المفاهيم السياسية الغربية²

يقول فتحي الدريني: " لم يكن الفقه الإسلامي إذن ليعرف نظرية السيادة للأسباب التي ذكرناها، لأن هذه النظرية حديثة العهد نسبياً، ومن أصل فرنسي كما أسلفنا البيان، فقد استنبطها رجال الفقه الفرنسي القدامى في العهد الملكي القديم أثناء فترة كفاح الملوك في العصور الوسطى - من أجل إقرار استقلالهم الخارجي إزاء الامبراطور والبابا ومن أجل إقرار سلطتهم داخل المملكة إزاء الحكام الاقطاعيين.

ويرجع السيد هذا الغياب في الفكر الاسلامي بل الجحود حين اعتبر بعض المفكرين سيادة الأمة مبدأ غير إسلامي عكس ما يذهب اليه الإصلاحيون من امثال محمد عبده والكواكبي والأفغاني، الذين استدعوا الفكرة ليواجهوا بها الطغيان والاستبداد، وأنها الضمانة للحريات بينما لاحظ المنكرون تجارب النازية والفاشية التي تغطرت باسم سيادة الأمة ليقولوا بأنها لا تؤدي إلى الحريات وأنه إذا ظهرت سيادة الأمة لمواجهة استبداد الملكيات فإن غياب هذا السبب اليوم يجعلها عديمة الفائدة، فيكفي نحن على هذا الاساس الاكتفاء بسيادة الشريعة فإنه أكثر فائدة وغناء

وحسب السيد فإن المتغير الرئيسي في الفكر الاسلامي من خلال استعراض آراء الفقهاء الدستوريين هو ترزاع مفهوم "الأمة" وبالتبع : تغير مفهوم الشريعة ووظائفها.... ينظر دراسة له بعنوان، أزمة الفكر السياسي الإسلامي، بموقع الكاتب:

www.ridwanalsayyid.com

¹ يقول فتحي عبد الكريم: " وإذا كان الفقه الإسلامي لا يعرف فكرة السيادة ولا تعبير السيادة، فإنه يعرف ولا ريب فكرة السلطة أو السلطان" م س، ص 147.

² نظام الحكم في الإسلام، م س، 171.

ويقول كذلك نافيا السلطة التشريعية عن الأمة: "الدولة لا تستمد سلطة التشريع من الأمة لأنها لا تملكها أصلا، ومن لا يملك شيئا، فليس بوسعها ان يملكه غيره بداهة"¹

والسيادة وفق هذا الاتجاه، إما أن تكون لله أو القول بأنها للشرع² وكلاهما يؤول إلى معنى واحد، المهم أنها لا تكون لأحد غير الله من خلال شرعه الذي أنزله لعباده.

فالله هو الذي يملك ما يقتضيه مفهوم السيادة في الغرب "أي الحق في إصدار الاوامر إلى كل الأفراد، أما الأمة فإنما تمتثل إلى أحكام الشريعة.

والدليل الأقوى في هذا قوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾³.⁴ وقوله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِيهِ أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا فَضَّيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾⁵.

يقول الجصاص: "وفي هذه الآية دلالة على أن من رد شيئا من أوامر الله تعالى أو أوامر رسوله ﷺ فهو خارج من الإسلام سواء رده من جهة الشك فيه أو من جهة ترك القبول والامتناع من التسليم، وذلك يوجب صحة

¹ ينظر: خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، ص157 وما بعدها

² سيادة الشريعة من المعلوم من دين الله بالضرورة، سعد بن مطر العتيبي، دار الوعي للنشر والتوزيع، مركز الفكر المعاصر، ط 1، د.ت.

³ من الآية 46 من سورة المائدة.

⁴ تنظر التأويلات المختلفة للآية، الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله محمد القرطبي، تح أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية - القاهرة، ط2، 1384هـ - 1964 م، ج6، ص190.

⁵ الآية 65 من سورة النساء.

ما ذهب إليه الصحابة في حكمهم بارتداد من امتنع من أداء الزكاة وقتلهم وسبي ذراريهم؛ لأن الله تعالى حكم بأن من لم يسلم للنبي ﷺ قضاءه وحكمه فليس من أهل الإيمان.¹

وقال ابن تيمية: "فمن اعتقد أنه يسوغ لأحد الخروج عن شريعته وطاعته، فهو كافر يجب قتله."² ففهم هذا الاتجاه، انطلاقاً من تلك الآيات وغيرها أن: "التشريع حق خالص لله وحده وأن السيادة العليا والسلطان المطلق للشرع لا غير."³

وهذا المعنى هو ما صيغ ليكون عنواناً لنظرية في الحكم الإسلامي، سميت بالحاكمية، والتي برزت مع المودودي الذي يرى أن الحاكمية "لله وحده، وبيده التشريع وليس لأحد وإن كان نبياً أن يأمر وينهى دون أن يكون له سلطان من الله، والنبى أيضاً لا يتبع إلا ما يوحى إليه، وما وجب على الناس طاعة النبي إلا لأنه لا يأتيهم إلا بالأحكام الإلهية، فسلطة التشريع وبوجه عام سلطة إصدار أي أمر من الأمور إنما يختص بها الله وحده."⁴

ما يعني أن النظام حسب المودودي سيؤول إلى النظرية التيقراطية في الحكم، وهي من أبرز النظريات التي اتهمت بأنها استبدادية في الحكم تمارس سيادتها المطلقة على الأمة/الشعب.

والمودودي بنفسه يقر هذا الوصف، لكنه يحاول أن يحسنه بجملة تحديدات تميز نظرية الحاكمية التيقراطية عن التيقراطية في الغرب يقول فهي: "تيقراطية، أي حكومة إلهية، والتيقراطية التي جاء بها الإسلام، لا يستبد

¹ أحكام القرآن، أبو بكر الرازي الجصاص، تح عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، ط1، 1415هـ، 1994م، ج2 ص268.

² مجموع الفتاوى، ج3 ص267 و268.

³ نظرية السيادة واثرها على شرعية الأنظمة، صلاح الصاوي، دون ط، ت، ص31.

⁴ نظرية الإسلام السياسية، ص29 و30.

بأمرها طبقة من السدنة أو المشايخ، بل هي تكون في أيدي المسلمين عامة، وهم الذين يتولون أمرها والقيام بشؤونها وفق ما ورد في كتاب الله وسنة رسوله، وأفضل اسم لها التيقراطية الجمهورية.¹

غير أن هذا التصور، الذي يبدو في عموميته مقبولا، ويوحى أن للأمة فيه مكانا، وهو غير ذلك، لهذا لم يسلم من النقد لأن مكن الضعف فيه آت من كون الأمة لا تستطيع مباشرة السلطة، فتحتاج إلى تفويضها إلى نخبة وفرق كبير"، بين أن تكون السلطة التي يتولاها هؤلاء الأفراد سلطة إلهية كما يرى أصحاب هذا الرأي، وبين أن تكون سلطة بشرية، لأن السلطة في الحالة الأولى لن تقبل الحساب ولا المناقشة وهو ما يؤدي إلى الاستبداد.

ويبدو أن قوة هذا الاتجاه - الحاكمية - في عموميته التي تتجاوز على كثير من التفاصيل، أهمها أن مجال المنصوصات قليل، وأن دائرة المتغيرات أوسع ولا حدود لها، في مجالات مختلفة، وهي مما يحتاج فيه إلى البيان عن طريق التشاور بين مكونات الأمة، فهل هذه المقررات الاجتهادية مما يتعارض مع إرادة الله وشريعته؟، أم أنها بشكل ما من الشريعة ولكن أوكلت إلى سلطة الأمة؟.

ثم لماذا ينبغي أن تفهم مفردة السيادة على أنها في مقابل إرادة الشارع الحكيم، وأن الاعتراف بسيادتها منازعة لسيادة الله؟

أليس الغرض من تقرير سيادة الأمة مواجهة استبداد الحكام والطغاة أفرادا وجماعات؟ لا أنها هدر لسيادة الهية؟ ولهذا فإن التصور الذي تجابه به سيادة الأمة أو سلطتها في تدبير أمورها، تصور مغلوط ويقلب حقيقة الأمور.

¹ نفسه، 30 و31.

الفقرة الثانية: المؤيدون لسيادة الأمة.

وينقسمون إلى قسمين: الأول يقول بازدواجية السيادة. والثاني يرى أن السيادة للأمة.

أولاً: القائلون بازدواجية السيادة.

فالسيادة في الدولة تجد مصدرها في الشريعة والأمة معاً، فهي للشريعة في القطعيات، وتنتقل للأمة في الظنيات.¹

وانتقدت هذه الفكرة، لكونها تتناقض مع مفهوم السيادة، المتعارف عليه بين الدستوريين والذي يعني أنها سلطة لا تحد إرادتها أي إرادة أخرى، ولا تشاركها سلطانها النهائي أي سلطة غير سلطتها الذاتية وهو غير مسلم به في الفقه الإسلامي.²

ثانياً : القائلون بسيادة الأمة.

¹ النظرية الإسلامية في الدولة مع المقارنة بنظرية الدولة في الفقه الدستوري الحديث، حازم عبد المتعال الصعيدي، دار النهضة العربية، 1397هـ، 1977م، ص284.

² موسوعة الفقه السياسي ونظام الحكم في الاسلام، فؤاد النادي، م س، ص410 و411.

وإن كان أغلبهم يستخدم كما قلنا سلطان الأمة، خروجاً من الخلاف حول السيادة، فجعلوا السيادة لله، والسلطان للأمة، وذلك لا يؤثر في المسألة؛ مادام شأن الحكم وسلطاته، إنما تمارس نيابة عن الأمة وتحت إشرافها ورقابتها، وليس نيابة عن الله.

ويعتبر الفقيه السنهوري أبرز أعمدة هذا الاتجاه، الذي يرى أن السيادة للأمة تماماً كما قال بها فلاسفة الغرب، مؤسسة على عقد اجتماعي بين الأمة وحكامها، وقد سبق إليها علماء المسلمين، مع فارق جوهري بين الحالتين، ذلك أن العقد الذي تكلم عنه روسو كان مجرد افتراض، إذ أقامه على أساس حالة تصور وجودها في العصور السحيقة، ولم يؤيدها التاريخ، في حين أن نظرية العقد الإسلامية تستند إلى ماض تاريخي ثابت؛ وهو تجربة الأمة في خلال العصر الذهبي للإسلام، وهو عصر الخلفاء الراشدين الذي كان نظام الحكم فيه يقوم على أساس أن الدين يسر، والخلافة بيععة والأمر شورى والحقوق قضاء¹ يقول "الرئيس" إن الأمة من الوجهة السياسية العملية، هي مصدر السلطات وإن كل ما يصدر عن الإمام، وهو رئيس الدولة من سلطات أو ولايات فمرجعه الأول إرادتها²

وأن ما تعبر عنه بإرادتها في " في إدارة شؤونها العامة ... يكون قانوناً ملزماً يجب أن يخضع له الجميع حكماً ومحكومين، بحيث لا يجوز أن يحد من سلطانها النهائي أي قيد، ذلك أن إرادتها لا تعلو فوقها أي إرادة أخرى.³

¹ نقلاً عن النظريات السياسية الإسلامية، محمد ضياء الدين الرئيس، دار التراث، القاهرة، 1979م، ص 70.

² النظريات السياسية الإسلامية، ص 220.

³ موسوعة الفقه السياسي ونظام الحكم في الإسلام، الكتاب 1 نظرية الدولة في الفقه السياسي الإسلامي، دراسة مقارنة بالنظم الدستورية المعاصرة، فؤاد النادي، دار الكتاب الجامعي، 1400هـ، 1980م، ص 389.

"ومن تم فالأمة وحدها هي مصدر السلطة والنزول على إرادتها فريضة والخروج على رأيها تمرد (...) ونصوص الدين وتجارب الحياة تتضافر كلها على تأكيد ذلك" ¹ ويقول فتحي عبد الكريم: "السلطة العامة ليس لها سوى مصدر واحد هو الأمة." ²

أ- أدلة هذا الاتجاه، كثيرة أهمها:

- أهمية الخطاب الموجه في نصوص القرآن إلى الأمة، من خلال الذين آمنوا في مثل قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ﴾ ³ وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ⁴، " وفي توجيه الخطاب في تلك الآيات وأمثالها إلى الأمة جميعها دلالة على أن الأمة هي التي تحمل مسؤولية إقامة الدين وشرائعه، ورعاية المصالح العامة فتكون هي مصدر سلطة الحكم لقاء ما تحمل من المسؤولية الكبرى. ويؤيد هذا الدور البارز المعترف به للأمة قول الرسول ﷺ لا تجتمع أمتي على ضلالة.
- قوله تعالى: ﴿وَلَتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾ ⁵. والخطاب موجه إلى الأمة مرة أخرى، بصيغة الأمر، لتختار الأمة جماعة منها تتولى عنها السلطة العامة " وهذا دليل على أن الأمة هي الأصل وهي المصدر لهذه السلطة.

¹ الإسلام والاستبداد السياسي، دار الكتب الإسلامية، القاهرة، ط 3 1404 هـ، 1984 م، ص 54.

² الدولة والسيادة في الفقه الإسلامي، ص 186.

³ من الآية 134 من سورة النساء

⁴ من الآية 1 من سورة المائدة.

⁵ الآية 104 من سورة آل عمران.

- أن الشريعة أوجبت على الحكام الرجوع إلى الأمة لاستشارتها في الأمور الهامة، وقد تقرر ذلك بنصين صريحين من نصوص القرآن هما: قوله تعالى: ﴿بَاعِفْ عَنْهُمْ وَاسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَوَكِّلِينَ﴾¹.
- وهو ما طبقه الخلفاء الراشدون، كما في قول أبي بكر: "إن أحسنت فأعينوني، وإن أسأت فقوموني"². وفي خطبة أخرى قريبا من وفاته يقول: "إن الله قد رد عليكم أمركم، فأمرؤا عليكم من أحببتم"³ ففي كلا النصين اعتراف لجماعة المسلمين، بسلطتها في اختيار الحكام وفي تقويم قراراتهم، فمصدر السلطة منها وإليها.⁴

ب - آثار القول بسيادة الأمة.

- وتتلخص آثار الإقرار للأمة بسيادتها، في امتلاكها سلطة إصدار أوامر عامة يخضع لها المسلمون جميعا أي ما يسمى بالسلطة التشريعية.⁵

¹ من الآية 159 من سورة آل عمران.

² تاريخ الطبري، مكتبة خياط، بيروت، 1965، قسم 1، ج4 ص1825.

³ حياة الصحابة، لمحمد يوسف الكندهلوي، مطبعة مجلس دائرة المعارف، حيدر آباد الهند 1383هـ، 1964م، ج2، ص21.

⁴ ينظر: الدولة والسيادة في الفقه الإسلامي، م س، ص186-188.

⁵ من العلماء من يعتبر انه ليس هناك وجود لسلطة تشريعية، "بعد النبي ﷺ، وإنما يقتصر الأمر عندهم على عقدهم أيضا (المرجعية الشرعية)، التي يمتلكها الفقيه المجتهد الذي يتعين دوره - مفتيا وقاضي... نظام الحكم والإدارة في الاسلام، محمد مهدي شمس الدين، المؤسسة الدولية للدراسات والنشر، ط2، 1374هـ، 1991م، ص479

إلى جانب سلطة تنفيذ الأوامر أو ما يسمى بسلطة التنفيذ، أما القضاء فإن فقهاء الشريعة الإسلامية لا يعتبرونه سلطة مستقلة عن التنفيذ فالخليفة يجمع بين يديه سلطتي التنفيذ والقضاء¹

ولا شك أن سلطة الأمة في التشريع لنفسها هي أهم هذه السلطات؛ فالتنفيذ لا يكون إلا لتلك التشريعات والقضاء مجرد تطبيق للقانون.

ولما كان مباشرة السلطة من طرف الأمة متعذرا، فإنها تنيب من يقوم بها، من النواب أو ما يسمى في الفقه بأهل الحل والعقد.

وفي المجال التشريعي، فإن الأصل المتعارف عليه بين الفقهاء كما يقول "عبد الوهاب خلاف" إن: "الذي يتولى السلطة التشريعية، هم المجتهدون أهل الفتيا"² ولا يعني هذا أن غيرهم لا يشاركهم في ذلك، في المواضع التي تقتضيه، حيث لا بد من أن يتشاور أهل الفقه مع أهل الدراية، أو أهل الحل والعقد في مجال معين، تحتاج إلى وضع تشريعات تنظيمية لها.

ولهذا نجد عبد الوهاب خلاف يؤكد على هذا التعاون،: "إذا اختيرت جماعة متوافرة فيهم هذه المؤهلات وضمت إليها جماعة من العدول أولي العلم بشؤون الدنيا، من قانونية واقتصادية وتجارية واجتماعية وصحية وغيرها، تكونت من هاتين الجماعتين جمعية تشريعية، فيها الأهلية للاجتهاد بالرأي"³.

¹ يقول السنهوري: "من يتولى الحكومة " الخلافة" بصورة شرعية، يصبح بذلك رئيس السلطة التنفيذية والقضائية في النظام الاسلامي.." فقه الخلافة وتطورها لتصبح عصبة أمم شرقية، عبد الرزاق أحمد السنهوري، تح توفيق الشاوي، ونادية عبد الرزاق السنهوري، مؤسسة الرسالة ناشرون، منشورات الحلبي الحقوقية" ط4، 2000م، ص143.

ويقول عبد الوهاب خلاف: "وليس تعيين القضاة مانعا للخليفة أن ينظر بنفسه في فصل بعض الخصومات لأنه صاحب السلطة القضائية، وهؤلاء إنما يعملون بالنيابة عنه، وهذه الانابة لا تسلبه حقه." السياسة الشرعية، ص49.

² السياسة الشرعية، م س، ص41.

³ مصادر التشريع فيما لا نص فيه، عبد الوهاب خلاف، ص12-15.

وفي نفس الاتجاه وتأكيدا له يقول الشيخ شلتوت: " ليس أولوا الأمر خصوص المعروفين في الفقه الإسلامي، باسم الفقهاء أو المجتهدين الذين يشترط فيهم أن يكونوا على درجة خاصة من علوم اللغة وعلوم الكتاب والسنة، فإن هؤلاء مع عظم احترامنا لهم، لا تعدو معرفتهم في الغالب هذا الجانب، ولم يألّفوا البحث في تعرف كثير من الشؤون العامة، كشؤون السلم والحرب والزراعة والتجارة، والادارة والسياسة، نعم هم- كغيرهم- لهم جانب خاص يعرفونه حق المعرفة وهم أرباب الاختصاص وأولوا الأمر فيه، وهو ما يتصل بالتشريعات العامة، بأصول الحل والحرمة في دائرة ما رسم القرآن من قواعد الشريعة."¹

ونظرا لتمييز نظام الحكم الإسلامي عن غيره من الأنظمة الوضعية، في أنه مؤطر بأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، فإن سلطة الأمة في التشريع لها نطاق.

يقول عبد الوهاب خلاف: " إن نطاق التشريع في الدولة الإسلامية، هو وضع القوانين المنفذة لهذه الأصول الكلية، أو بعبارة أخرى التشريع في الدولة ليس في حقيقته إلا تشريعا تنفيذيا للتشريع الإلهي من قرآن وسنة"².

وتفصيل هذا الكلام، أن التشريع في الإسلام، يختلف عن التشريع في الدول المعاصرة، ذلك أن سلطة الأمة ليست مطلقة، وإنما هي محددة كالاتي:

إن سلطانها لا مجال له في القطعيات، ويتحدد في الظنيات بالترجيح بين أحد معانيها. بينما يمكنها أن تتدخل بالتشريع حسب ما تقتضيه المصلحة وفق روح الشريعة من خلال مبادئها وقواعدها.³

¹ الإسلام عقيدة وشريعة، ص462، نقلا عن: فتحي ع الكريم، م س، ص220.

² السياسة الشرعية، عبد الوهاب خلاف، ص41.

³ ينظر: الدولة والسادة، م س، ص199 وما بعدها

ومن خلال ما سبق، وبعد بيان المقصود بسيادة الأمة وموقف الفكر الإسلامي منها، يمكن القول أن الفكرة في أصلها إنما وجدت لمقاومة أشكال الاستبداد بالسلطة والتشريع، ومصادرة حق الأمة في امتلاك ناصية أمرها. فالسيادة جواب عن إشكال تدبير السلطة بين الحكام والمحكومين.

غير أن الطريقة التي تلقاها جانب من الفقه، جعل السيادة للأمة وكأنها منازعة للشرعية في الأمر، فالسيادة لله وليست لأي كان، وأن الجماعة المؤمنة إنما تستقبل ما يختار لها من أولياء الأمور وتعمل على تطبيقه وتنفيذه. بيد أن هذه الرؤية، إنما تركز استبداد الجهات المالكة للسلطة في الأمة. وحتى العلماء الذين يرجي قيامهم بدور الممانعة في المجتمع حفاظا على استقلالية التشريع، كثيرا ما يقعون ضحايا سطوة السلطة التنفيذية، فإما يوالونها بدون شرط أو يكون مصيرهم التنكيل أو الإبعاد في أحسن الأحوال.

ما يزكي أن القول بسيادة الأمة وأنها الأصل¹، هو خطاب الغاية منه مجابهة طغيان السلطة، بقوة الجماعة، فكل منفصل عن إرادتها مآله الاضمحلال والزوال، وكل ما يوافق إرادتها فهو الأجدى بالبقاء، والأحق بالالتزام والإلزام فيما تقرره عبر مؤسساتها الشرعية.

أما سيادة الله فإنها فوق كل شيء، فوق الوجود وفوق الأمة والعالمين جميعا، ولا تعارض بينهما البتة، بل إن سيادة الأمة مصدرها سيادة الله ونطاقها شريعة الله تستهدي بأحكامها وقواعدها ومقاصدها في التشريع، سواء في تنزيل القطعيات، أو الترجيح في الظنيات، أو التشريع للمستجدات، أو وضع السياسات التي تحقق مصالح المجتمع في مجالات الحياة المختلفة.

¹ يعتبر محمد ضياء الدين الرئيس، أول من كتب عن أن الامة هي الأصل، ينظر كتابه النظريات السياسية الإسلامية، م س، ص 216. وكتب بعده اخرون نذكر كتاب الأمة هي الأصل، مقارنة تأصيلية لقضايا الديمقراطية، حرية التعبير، الفن، أحمد الريسوني. يقول فيه: "وأطروحة هذا المقال هي أن " الامة هي الأصل"، سواء من حيث توجه الخطاب الشرعي ابتداء أو من حيث العموم، أو من حيث الصلاحيات والمسؤوليات، أو من حيث الأولوية والتقديم، وفي هذا كله تأتي الدولة والحكام، والفئات الخاصة والافراد يأتون تباعا وضمنا." ص 7.

وهذا ما يبدو أنه يميز بين السيادة في المنظور الوضعي الغربي، فلا حدود فيها لسيادة الأمة غير ما تضعه بإرادتها، ولهذا أبعاده الفلسفية في مرجعيات الفكر السياسي الغربي، التي حدث من نفوذ الدين في المجال السياسي وفصلت بينهما فصلا شاملا.

المبحث الثاني: مؤسسة الاجتهاد التشريعي ودورها في التشريع المعاصر . التشريع الأسري نموذجا.

ويتطرق فيه إلى مسألتين: الأولى بيان موقع مؤسسة الاجتهاد التشريعي ضمن مؤسسة التشريع المعاصرة.
(المطلب الأول)

والثانية: التشريع الأسري بالمغرب ونموذج الاجتهاد المعاصر. (المطلب الثاني).

المطلب الأول: موقع مؤسسة الاجتهاد ضمن مؤسسة التشريع المعاصرة.

وتعد هذه المسألة واحدة من أسئلة الفقه الإسلامي المعاصر، والإشكالات المرتبطة به، ومنها: أهمية تحديد موقع هذا المجلس ضمن النظام المؤسسي القائم: هل سيكون جهة رقابية، كالمجلس الدستوري أو جهة استشارية كالمجلس العلمي الأعلى؟ أم ينبغي أن يكون مؤسسة قائمة الذات توازي المجلس التشريعي؟

لهذا عُدت من جملة الفراغات التي يعاني منها الاجتهاد اليوم في طريقه إلى المساهمة في المنظومة التشريعية، للمجتمعات المسلمة التي أُرِجح عنها لعقود كثيرة، يقول: جمال الدين عطية: " ولم تتعرض (أي الدراسات) - إلا لماما- للتفاصيل التطبيقية للسلطة التشريعية في وضعنا المعاصر من حيث تحديد كيفية اختيار أعضائها، ومكانهم

المؤسسي في أجهزة الدولة، واختصاصات المجلس الذي يضمهم، ومدة عضويتهم، وغير ذلك من المسائل التي تحتاج إلى استكمال إذا أردنا لمبدأ الإجماع أو الاجتهاد أن يتحول إلى حقيقة مؤسسية في واقعنا المعاصر".

ومعنى مؤسسة مؤسسة الاجتهاد التشريعي، لتكون ضمن مكونات المؤسسة التشريعية أنه تصبح مؤسسة دستورية تقوم بدور تشريعي حاسم، الشيء الذي يفرض عليها تحت ضرورة التنظيم السياسي والقانوني القائم، والمستجدات المعاصرة أن تكون إضافة مفتوحة تتحلى بالمرونة بحسب الأحوال والظروف .

لكن قيام المؤسسة بهذا الدور، يصطدم بعوائق كثيرة، أهمها سطوة القوانين الجاري بها العمل، والتي تحجم من دور الشريعة والفقه في منظومتها، ولهذا أسبابه التاريخية المعلومة في أغلب الدول الإسلامية اليوم، ولأن تجاوز الوضع يحتاج، بالإضافة إلى تجديد المنظومة الفقهية والتشريعية في الفقه الإسلامي، إلى قرار سياسي صعب المنال في ظل ظروفنا اليوم.

بيد أن هذا لا يمنع من الحديث عن الرؤي الممكنة في أفق تحقيق المساهمة الحقيقية للتشريع الفقهي الإسلامي ليكون المصدر الأساس للقوانين .

ثم إن الحديث عن مؤسسة تشريعية مصدرها الشريعة والفقه، لا يقتضي ضرورة مصادرتها لكل ما هو موجود من أنظمة، فمجال الخلاف في الشريعة مع السائد من القوانين الوضعية لا يتعدى عددا قليلا من المواد بعينها، وماعدا ذلك فيمكن تكيفه ليلائم ما يستمد من الشريعة، من قوانين وأنظمة بنيت على نظر مصلحي لا يتعارض مع الفقه.

إلى جانب ما يمكن أن نستفيده من الأنظمة القائمة، يقول المستشار طارق البشري " إن من أوضاع المؤسسات العاملة في المجتمعات الإسلامية الآن ما جرى اقتباسه من نظم الغرب وهيئاته، قد أثبت قدرا من الفاعلية وإمكان تحقيق الرشد من خلاله في الأنشطة الاجتماعية المختلفة، مثل النظام النيابي، ونظم النقابات

المهنية والعديد من أساليب الإدارة ومناهج تقسيم العمل وتوزيعه ... مع أساليب اتخاذ القرارات الجماعية وتشكيل النظم المجلسية

ومن هذه المقترحات بخصوص تفعيل التنزيل الدستوري لمؤسسة الاجتهاد حسب الدكتور اسماعيل حفيان اعتماد ثلاث مراحل أساسية: مرحلة الاستشارة ، ومرحلة التشريع الأولي ، ومرحلة التشريع الشامل .

ويجب العمل فيها على: " الموازنة بين الأمة ومجتهديها، موازنة مبنية على أساس القسمة المنصفة العادلة التي لا شقاق فيها ولا غبن ... فما كان من قضايا الفقه والشرعة وكلنا النظر فيه إلى اهله؛ أي مؤسسة الاجتهاد، وما كان من الثاني فالبث فيه للأمة عن طريق ممثليها المنتخبين في المجالس التشريعية " .

ولا ريب أن هذا يقتضي نظرين اثنين: نظر شرعي اجتهادي يوكل إلى مؤسسة الاجتهاد، ونظر فني دنيوي تختص به المجالس التشريعية المتخصصة " .

ويوكل أمر النظر فيها إلى أصحاب الخبرة والتقنية، وهو المشمول بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم في قوله: " أنتم أعلم بشؤون دنياكم. "

وهذا ما يدخل لدى الأصوليين مجال العفو التشريعي، الذي يوكل النظر فيه إلى المبادئ الكلية للشرعة، كأحكام مجال؛ التعمير والسير والملاحة والإدارة والشغل وقواعد التقاضي والتنظيم القضائي وقواعد حماية المستهلك والملكية الفكرية والابداعية وغيرها... فيكون " الأجدى عند النظر التشريعي فيها هو اعتماد الحكمة، واعتماد الخبرة الإنسانية الرشيدة، لذا يستند أمر التشريع (الدنيوي) في هذه القضايا إلى المجالس التشريعية المنتخبة انتخاباً حراً ومستقلاً، والممثلة لجميع شرائح المجتمع، وقواه السياسية الحية، وهي الهيئات المدنية والأحزاب السياسية؛ وسواء سمينا ذلك تمثيلاً ديمقراطياً حسب التعبير الغربيين أو شورويًا حسب التعبير القرآني، فإن الشرعة ليست لها مشكلة كبيرة مع الأسماء وإنما العبرة بالمضمون والمقصد " .

ومن هنا فإن مسؤولية التنظيم الديني أوسع دائرة من النظر الفقهي، ومسؤولية الأمة أشمل من مسؤولية مجتهديها وفقهائها، ولا شك أن من فقه الشريعة وخبر القانون يعرف أن نسبة ما يستدعي فقها شرعيا في هذه المجموعات لا شك قليل محدود، وأكثره ذو طابع كلي، وليس جزئيا فروعيا إلا في القليل النادر، وهذا يخلص بنا إلى القول بأن مسألة القسمة التشريعية بين الأمة وفقهائها المجتهدين قسمة صحيحة بصيرة، لا ظلم فيها ولا غبن. " وهذا النظر يخالف المنظور السائد الذي يجعل التشريع قاصرا على العلماء المجتهدين دون غيرهم .

وبخصوص إمكانية تكييف مؤسسة الاجتهاد، ضمن مؤسسات الدولة، هناك قولان:

الأول: تكييف مؤسسة الاجتهاد على أنها جهاز دستوري يمارس مهام الاستشارة والرقابة الشرعية على القوانين والتشريعات، التي تصدر عن المؤسسات التشريعية، فتكون على هذا التوصيف أقرب إلى طبيعة المحاكم الدستورية العليا التي تنظر في القوانين ومدى مطابقتها لمقتضيات الدستور

فهي على هذا التكييف، منفصلة عن المجالس النيابية بنائيا وهيكلية، مع أنها تتكامل في وظيفتها الرقابية مع هذه المجالس؛ فهي تنظر فيما يحال إليها من القضايا من طرف هذه المجالس.

الثاني: أن تكون مؤسسة الاجتهاد مجلسا تشريعيا ثانيا، يناط به النظر التشريعي في اختصاصاته الشرعية.

وفق ما يحدده له القانون

هذا ومما يميز هذه المؤسسة ذات الدور التشريعي عن مؤسسات الإفتاء والإرشاد، أن هذه الأخيرة محصور دورها فيما حدده القانون، في الإرشاد والتوجيه، وبيان الرأي الشرعي، الذي ينبغي ألا يصطدم بمقررات الجهات التشريعية في الدولة لما لها من إلزام قانوني. وهو ما لا يمكن أن يقع مادام الأصل في الفتوى أنها ترد على وجه الإخبار والإلزام الديني دون الديني، فلا يمكن الاحتجاج بمقرراتها لإضفاء المشروعية على تصرف معين تترتب عنه حقوق أو واجبات تجاه الغير.

وغني عن البيان القول بأن قرارات المجالس التشريعية قرارات إلزامية بقوة القانون، وتترتب عنها الجزاءات المقررة قانوناً، إلى جانب ما تتمتع به من الصفة الدينية، وحتى الأخلاقية.

المطلب الثاني: التشريع الأسري بالمغرب ونموذج الاجتهاد المعاصر.

وتكمن أهمية التعرف على هذا النموذج، باعتباره تطبيقاً عملياً في سياق معاصر، يتسم بالتعقيد والفرادة، من جهة طبيعة التعديلات المطالب بها، ومن جهة الإمكانيات المتاحة في تنزيل الأحكام الفقهية في واقع يشهد تحولات عميقة أثرت في بنيته وعلاقاته الاجتماعية.

ثم إن تتبع هذه النماذج ضروري، ليس لكونها نماذج نهائية مكتملة، وإنما باعتبارها أحد التصورات المنجزة في أفق التجويد الذي يخدم الفقه والاجتهاد، فلا يبقى حبيس عالم الأفكار والمتمنيات، إذا صاحبه دراسة ونقد رصين لتجاوز مظاهر الخلل التي قد تعتريه سواء في التصور أو التطبيق.

وجدير بالذكر أن هذا الوصف للقانون المغربي لأحكام الأسرة، الذي يجعله نموذجاً من نماذج التشريع الإسلامية المعاصرة، هو بسبب الأصل الذي يمتح منه هذا القانون.

وعموماً، فهو أبرز المجالات المرتبطة بالدين الإسلامي، في مرجعيته القيمية والأخلاقية والحكومية مقارنة بالمنظومات القانونية الأخرى.

لهذا أرى أن من الجوانب التي ينبغي أن نعيها الاهتمام بالدرس والبحث للكشف عن جوانب ارتباطها بالفقه الإسلامي، من حيث الأحكام والقواعد والتشريع، وخصوصا هذا الأخير، الذي يطرح العديد من التساؤلات ولا يزال، وسيستمر مادام أن أحكام الأسرة من المتغيرات التي تواكب سيورة المجتمع، وأهمها بالنسبة لموضوعنا: كيف يتم التشريع لأحكام الأسرة، هل يتولاه الفقهاء المجتهدون دون غيرهم؟ أم أنه نتاج مخاض من التوافقات بين الفقهاء وغيرهم من الفاعلين والمتدخلين في شأن الأسرة، من القانونيين والحقوقيين وغيرهم من الجمعويين؟

والغاية من تناول هذه النقطة إبراز الطريقة والمنهج المتبع في وضع هذه الأحكام، وهي أحكام شرعية مستمدة من الفقه، سواء المذهب المالكي، أو غيره من مذاهب الفقه الإسلامي المعتمدة، وكذلك بيان موقع الفقيه في هذه العملية، وكيف تتم إلى حين تقرير الحكم الواجب اتباعه.

ونتناول الجواب عن هذا في فقرتين:

الأولى التشريع الأسري في إطار مدونة الأحوال الشخصية، والثانية: التشريع الأسري بعد تعديل 2004م.

الفقرة الأولى: التشريع الأسري في إطار قانون الأحوال الشخصية.

مما لا شك فيه أن هذا التقنين لمجال الأسرة، يعتبر مظهرا من مظاهر الارتباط القوي للأمة بمرجعيتها الدينية، سواء في قيمه أو القواعد التي تتبع في ضبط هذه العلاقات الأسرية من زواج وطلاق وما يترتب عنهما من آثار، وهو ما لا يختلف فيه المغرب عن غيره من الدول العربية والإسلامية وإن بشكل متفاوت.¹

¹ ينظر: إشكالية الأصالة والمعاصرة في تقنين الأحوال الشخصية بالمغرب وضعية المرأة نموذجا، دار القلم الرباط، ط1/2003م، ص: 32 إلى 35 بتصرف. ومن ذلك مثلا المادة 1/2 من القانون المدني الجزائري مثلا التي تنص على أنه: "وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية".

والمطلوب في هذه الفقرة بيان كيف صيغت أحكام هذه المدونة في المغرب؟ لكي نقف على طريقة التشريع لهذا المجال سواء بتقنين أحكام سابقة في الفقه، أو بالاجتهاد لمستجدات القرن العشرين الذي استمرت هذه المدونة في ضبط مسائله إلى غاية التعديل الذي نسخها بقانون الأسرة بظهير 2004م.

يعود ظهور مدونة الأحوال الشخصية إلى سنة 1957م، حين عين الملك محمد الخامس غداة الاستقلال لجنة جعل من مهمتها تدوين قواعد الفقه المالكي، "وتتكون أساسا من علماء في الفقه الإسلامي (علماء من جامع القرويين)، وعين الأمير مولاي الحسن آنذاك نائبا لرئيس هذه اللجنة، كما عين علال الفاسي زعيم حزب الاستقلال مقررا للجنة"¹

كما حدد الخطاب الملكي الموجه إلى اللجنة يوم: 19 أكتوبر، المبادئ والقواعد التي ينبغي ان تؤطر عملها في تقنين المدونة، ومنها:

- إن أكبر وسيلة لجعل مجتمعنا سعيدا هو إقامة شريعة العدل بين أفرادهِ وضمان حقوقهم وصيانة حرياتهم..."
- أننا أمة عريقة في ميدان الدراسات الفقهية والتشريع، نملك من ذلك ثروة تغنينا عن اتخاذ قوانين موضوعة لدول أخرى..."

وفي قانون الأسرة الجزائري، الصادر سنة 1984م، كذلك نجده ينص في المادة 222 على أنه : "كل ما لم يرد عليه النص في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

¹ م نفسه، ص: 37.

- إن كل ما ينقص هذه الثروة هو إظهارها بالمظهر الحقيقي لها، بعيدا عما علق بها من تأويلات عقيمة وعادات فاسدة أصبحت بحكم تداولها مع تقادم العهد من مضافات الشريعة الإسلامية ومعدودة منها¹

من خلال ما ذكر نجد أن المنتظر من اللجنة وهي بصدد إعداد المدونة ليس مجرد نقل لقواعد مبثوثة في مصادر الفقه المالكي المعتمدة، وإنما تدوين لها وفق متطلبات العصر، لمواجهة التحديات الفكرية والاجتماعية التي تواجه الأسرة المغربية المسلمة.

إلى جانب تصنيفها مما علق بها من قواعد تجد مصدرها من العادات والأعراف التي درج الناس على السير وفقها، فأصبحت من الفقه وهو منها براء، ولهذا يمكن اعتبار عمل اللجنة اجتهادا تشريعا حقيقيا جديرا بالتأمل.

غير أن هذا الاجتهاد رغم أهميته، فقد اقتصر منهجيا كما يقرر ذلك علال الفاسي، على الاستمداد من قواعد الفقه المالكي كما هي، مع بعض الاقتباسات من القانون السوري لسنة 1953م وعند اختلاف الآراء الفقهية الأكثر توافقا مع أوضاع المجتمع المغربي آنذاك وحاجاته على آراء فقهية أخرى رغم قوة مستندها وصحتها.

والملاحظ على عملية إعداد هذا القانون، أن اللجنة المكونة لأجله، اقتصرت على المتخصصين في المجالين الفقهي والقضائي، ممن يجمعون في تكوينهم بين العلوم الشرعية والقانونية، سواء في أول قانون للأحوال الشخصية أو في التعديل الذي أجري عليها سنة 1993م قبل أن تعرف تغييرا إلى ما سمي بقانون الأسرة وهو

¹ نقلا عن، م نفسه، 38.

القانون الذي اتسم بتغييرات جذرية بالاهتمام والتأمل والدراسة، سواء في طريقة الإعداد أو طبيعة التعديلات الجديدة التي عرفتها.

الفقرة الثانية: التشريع الأسري، من قانون الأحوال الشخصية إلى قانون الأسرة بظهير 2004م

وسيكون اعتمادي في تناول هذه الفقرة على دراسة حول إصلاح قانون الأسرة بالمغرب للأستاذة زهور الحر¹، التي كانت عضوا مشاركا، في إعداد وصياغة مدونة الأسرة بالمغرب سنة 2004م، ضمن اللجنة الملكية الاستشارية المكلفة بمراجعة قانون الأحوال الشخصية، بسبب ندرة الأبحاث التي تواكب الأعمال التحضيرية لصياغة القوانين، وهي عملية ذات أهمية قصوى تجعلنا نقف على حيثيات وسياقات ظهور تشريع معين إلى الوجود²

ثم يلي ذلك جرد لأهم الملاحظات التي بدت من ذلك التعديل لمواد المدونة.

أولا: مدونة الأسرة: سياق التعديل ومراحله.

لقد جاء إصلاح قانون مدونة الأسرة حسب الأستاذة "زهور الحر" - وهي أحد المشاركات في التعديلات، - معتمدا مقارنة "تشاركية وتوافقية حول العديد من المواضيع التي تعد بؤرة توتر بين التيار المحافظ

¹ ينظر: كتابها، إصلاح قانون الأسرة بالمغرب المسار والمنهجية: مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء ط1/2015م من ص92 إلى 127.

² يقول الدكتور عبد الرزاق مولاي رشيد ، عميد كلية العلوم القانونية والاجتماعية والاقتصادية بالسويسية جامعة محمد الخامس بالرباط، وهو بصدد تقديمه لكتاب زهور الحر: إصلاح قانون الأسرة بالمغرب المسار والمنهجية: "إن القارئ سيعجب بهذا البحث عندما يطلع على ذلك من خلال عيون امرأة قاضية عايشة الحركات المجتمعية في قطاع حساس جدا، وهو ما يضيف قيمة مضافة بكل تأكيد على شهادة عضو في لجنة تدوين قانون الأسرة خاصة ونحن نشكو خصاضا في غياب الأعمال التحضيرية للكثير من النصوص القانونية..." ص5.

والتيار الحداثي ... تصب في هدف واحد هو صيانة الأسرة المغربية والحفاظ على كرامة كل أفرادها، لكن كل من وجهة نظره الخاصة وحمولته الثقافية والفكرية والإيديولوجية¹

وتعني المقاربة التشاركية التوافقية، من بين ما تعنيه، الانفتاح في تعديل قانون الأسرة على مختلف مكونات المجتمع المدني، بغض النظر عن خلفياتهم المرجعية والفكرية.

خاصة وأن هذا المجتمع، كانت مساهمته واضحة في إثارة النقاش حول وضعية المرأة، والتي يعود إليها ما تعيشه الأسرة المغربية من أوضاع متأزمة سواء في جانب المرأة أو الطفل، وهو ما توج بصدر قانون الأسرة، يقول خالد برجوي عن هذا الدور بأنه " عنصر فاعل في توجيه الرأي العام والتأثير على القرار في عدة أمور مصيرية سياسيا واقتصاديا واجتماعيا، إنه عنصر ضغط ومراقبة ومتابعة وتوجيه مستمر للتوجهات الحكومية داخليا وخارجيا، وقانون الأسرة من أهم المواضيع التي ارتكزت على أنشطة ومطالب المجتمع المدني والسياسي المغربي"²

ثم إن هذا العمل المدني، متمثلا في جمعيات وأحزاب وهيئات، لها علاقة بالمجال الأسري، وحقوق الطفل والمرأة، ما كان ليجد الاعتراف والاصغاء اللائق به، في المجال السياسي المغربي لولا الإرادة السياسية لأعلى سلطة في البلاد، باعتباره أميرا للمؤمنين³

والذي استقبل بالقصر الملكي بالرباط، يوم 5 مارس 2001، مجموعة مكونة من 40 امرأة ممثلات للمجتمع المدني وحساسياته الجمعوية والسياسية.

¹ ينظر إصلاح قانون الأسرة بالمغرب، المسار والمنهجية، ص 92 و93.

² مدى استجابة مدونة الأسرة الجديدة لمطالب المجتمع المدني والسياسي بالمغرب " سلسلة دليل قانون الأسرة بالمغرب، العدد 4، ط2004 ص:7.

³ م نفسه: 92.

وقدمن بين يديه مذكرة "بسطن فيها أوضاع النساء الحالية التي يشوبها حيف وتعسف خاصة داخل العلاقات الأسرية وطالبن بإنصافهن وحماية حقوقهن وكرامتهن التي أحاطتها الشريعة الإسلامية بكل عناية واهتمام"

وهو ما تمت الاستجابة له في استقبال ثان لهن بالقصر الملكي بفاس يوم 27 ابريل 2001م، وتم الإعلان عن تنصيب لجنة استشارية لتعديل مدونة الأحوال الشخصية، " وألقى يومها جلالتة خطابا ضمنه تعليمات سامية لأعضاء اللجنة، وحدد فيها الإطار الذي يجب أن تسلكه لتحقيق الإصلاح المنشود، والذي اعتبر كخارطة طريق في تحديد أهداف ومهام اللجنة المكلفة بإعداد مشروع التعديل وطالب اللجنة بأن تبدأ أولا بالاستماع والإصغاء إلى كل الأطراف المعنية بشؤون الأسرة وتلقي جميع اقتراحاتها.¹"

ومما جاء في هذا الخطاب مما يؤثر عمل اللجنة الاستشارية في التعديلات:

- " النظر في الآليات والمساطر التي تضمن تطبيقا سليما لمدونة الأحوال الشخصية، وكذا الانكباب على إعداد مشروع مراجعة لها"
- بالنسبة لأعضاء اللجنة الاستشارية " أن تكون ممثلة للجانب الفقهي والقضائي العلمي، كما راعينا فيها حضور العنصر النسوي حريصين أن يكون جميع أعضائها يتحلون بالكفاءة العالية وبالموضوعية والحياد والخبرة في المجالات التي ينتمون إليها، وأسندنا رئاستها للأستاذ إدريس الضحاك لما يتوافر له من مؤهلات شخصية رفيعة ونزاهة فكرية وخبرة قضائية."
- " رصد مقتضيات المدونة التي تحتاج إلى تفعيل واستيعاب ما تمليه الظروف الاجتماعية المتغيرة والقضايا المستجدة وجعل كل ذلك في مقدمة ما تشتغل عليه اللجنة وتقترح له الأحكام المناسبة."

¹ زهور الحر، نفسه، ص95

- التثبيت بثوابتنا الدينية التي تشكل جوهر هويتنا (...) والانسجام التام مع روح العصر المتسمة بالطابع الكوني لحقوق الإنسان...
- تحقيق مقاصد الشريعة السمحة في تحكيم المصلحة المشتركة بين أعضاء الأسرة في ظل التوازن المحكم بين الحقوق والواجبات، مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَ بِالْمَعْرُوفِ¹﴾.
- "الحفاظ على مقاصد الشريعة الإسلامية ومحكم نصوصها، وأن تلتزم الموضوعية والفهم العميق لواقعنا الاجتماعي، وأن تنزل الأحكام منازلها من حيث مراعاة الضرورة والمصلحة العامة التي حكمها الشرع في الكثير من القضايا والأحكام دون تقييد باجتهاد سابق كان له ما يبرره في زمانه وبيئته."²
- وتكونت اللجنة من 15 عشر عضوا³ برئاسة السيد ادريس الضحاك، الرئيس الأول للمجلس الأعلى⁴.

¹ من الآية 226 من سورة البقرة.

² ينظر نص الخطاب الملكي الذي القاه الملك محمد السادس خلال تنصيب اللجنة الاستشارية الخاصة بتعديل مدونة الأحوال الشخصية بتاريخ 17 ابريل 2001م.

³ وهم:

1- إبراهيم بن الصديق، رئيس المجلس العلمي الإقليمي لطنجة، 2- مصطفى بن حمزة رئيس المجلس العلمي الإقليمي لوجدة، 3- اشبيها حمداتي ماء العينين، رئيس المجلس العلمي الإقليمي للقيطية، 4- أحمد الخليلي، مدير دار الحديث الحسنية، 5- محمد الأزرق أستاذ بجامع القرويين، 6- الحسن العبادي، أستاذ بكلية الشريعة بأكادير، 7- محمد التاويل، أستاذ بجامع القرويين، 8- محمد بن معزوز المزغراني، أستاذ بكلية الحقوق بفاس، 9- محمد الدردابي، رئيس غرفة الأحوال الشخصية بالمجلس الأعلى، 10- عبد العالي العبودي، رئيس الغرفة الأولى بالمجلس الأعلى، 11- محمد الأجاوي، رئيس غرفة الأحوال الشخصية بالمجلس الأعلى سابقا، 12- محمد الصقلي، رئيس غرفة الأحوال الشخصية بالمجلس الأعلى سابقا، 13- زهور الحر، مستشارة بالمجلس الأعلى، 14- رحمة بورقية، قيدومة كلية الآداب بالمحمدية، 15- نزهة جسوس، أستاذة بكلية الطب. نقلا عن زهور الحر، م نفسه، ص 97، 98.

⁴ المقصود به المجلس الأعلى للقضاء، ومحله بالرباط وهي أعلى هيئات درجات التقاضي بالمغرب .

وجاء هذا الاختيار حسب ما جاء في الخطاب الملكي، بناء على أهمية أن "تكون ممثلة للجانب الفقهي والقضائي العلمي، كما راعينا فيها حضور العنصر النسوي، حريصين أن يكون جميع أعضائها يتحلون بالكفاءة العالية وبالموضوعية والحياد والخبرة في المجالات التي ينتمون إليها، وأسندنا رئاستها للأستاذ إدريس الضحاك لما يتوافر له من مؤهلات شخصية رفيعة ونزاهة فكرية وخبرة قضائية".¹

وهذا الحرص من الملك على إضفاء طابع اجتهادي عصري على اللجنة المكلفة بالتعديل، بانفتاحها مقارنة باللجان السابقة، على تخصصات أخرى، "كالعلوم الاجتماعية والقانونية والطبية وقضاة ممارسين من المجلس الأعلى احتكوا بقضايا الأسرة وعاشوا مشاكلها الواقعية والقانونية بصيغة المذكر والمؤنث.

(...) هو ما فتح باب الاجتهاد وعمل على توسيعه إذ لم يعد مقتصرًا على علماء الدين والفقهاء، بل أصبح إلى جانبهم علماء في الاجتماع والطب والقانون والقضاء وغيرهم من أصحاب المعرفة العلمية الحديثة، وهو يسمح بوجود اجتهاد جماعي متكامل فيه المعارف على ضوء قراءة علمية للواقع الاجتماعي في ملبساته الوطنية والدولية..²

ومع ذلك، فإن الأستاذة زهور، تعتبر أن قوة طابع الفقه التقليدي المحافظ، حد من حجم التعديلات التي يمكن الوصول إليها في قانون الأسرة، بمزيد من الحقوق للمرأة والانفتاح على الحقوق المسماة بالكونية.

بل إن هذا الطابع المهيمن على نقاشات اللجنة كثيرًا ما أدخلها في جو من "النقاش المشحون بالجدال والسجال الذي ساد عند طرح مشروع خطة ادماج المرأة في التنمية واختلاف الآراء حول طريقة إصلاح قانون الأحوال الشخصية، والتي لم يوقفها إلا التحكيم الملكي".³

¹ من نص الخطاب الملكي م س.

² إصلاح قانون الأسرة بالمغرب، ص 101.

³ إصلاح قانون الأسرة بالمغرب، ص 98.

والسؤال المطروح هو كيف اشتغلت اللجنة على التعديل في هذه الظروف ؟

لقد حدد الخطاب للجنة الإطار الذي يجب ان تستحضره، وهي تدارس أمر التعديلات، لذلك عمدت في أول اجتماعاتها إلى وضع دليل لعمل اللجنة وطريقة تسيير أشغالها استنادا إلى ذلك الخطاب.

وتضمن هذا الدليل ما يلي:

1) التعريف بالأسباب الداعية إلى إحداث اللجنة واهمها:

- سوء تطبيق مقتضيات الشريعة الإسلامية، وابتعاد الأفراد عن السلوك الإسلامي القويم في المعاملات الأسرية
- عدم تفعيل مقتضيات إصلاح مدونة الأسرة
- القيام بالإصلاحات الواجبة، تحقيقا لقيم العدل والمساواة بين الرجل والمرأة وضرورة النهوض بأوضاع المرأة والعلاقات الأسرية.

2) أهداف اللجنة :

- تحرير المرأة مما يعوق مساهمتها في التنمية وبناء مجتمع متضامن، يقوم على الاستقرار والتضامن.
- المحافظة على الهوية المغربية الإسلامية الثابتة، مع مسايرة التقدم الاجتماعي والتأهيل الشامل لكل مكونات المجتمع.

3) طريقة عمل اللجنة: وتجلت في:

- اعتبار التوجيهات الملكية في خطابه، الوثيقة المعتمدة للجنة في عملها، باستحضار الضوابط التي سبق الإشارة إليها.

- الاطلاع على تجارب بعض الدول الإسلامية، في مادة الأسرة.
- قيام بعض أعضاء اللجنة أو من يكلف من طرفها بزيارات استطلاعية إذا اقتضى الأمر ذلك وتحرير تقارير بشأنها.
- إعداد دراسات ميدانية، وإحصائية للتعرف على واقع المجتمع المغربي، كالعنف، وأنواع الطلاق وأسبابه، وضعية الأطفال المشردين، واقع المرأة المغربية المهاجرة، المشاكل المترتبة عن الزواج بالأجانب إلى غير ذلك من القضايا التي تهم الأسرة.
- يمكن للجنة تكليف بعض الخبراء من خارج أعضائها بإعداد دراسات فقهية واجتماعية مرتبطة بالموضوع، من ذلك مثلاً مقارنة المذهب المالكي مع المذاهب الفقهية الأخرى في مادة الأحوال الشخصية وفي مواضيع معينة.
- توضع الدراسات السابقة رهن إشارة أعضاء اللجنة بعد تصنيفها وتبويبها من طرف خبراء تستعين بهم اللجنة.
- أهمية الاستماع إلى اشخاص اعتباريين أو ذاتيين للاستئناس بأرائهم.

4) مراحل أشغال اللجنة :

وتركزت على:

- الاستماع إلى الجهات المختصة والمعنية.
- وفي مقدمتها الجمعيات التي حظيت بالاستقبال الملكي، ثم القطاع النسوي للأحزاب السياسية، وبعض القطاعات والوزارات ذات العلاقة، والجمعيات الأخرى المهتمة بالأسرة وفق معايير وضعتها اللجنة منها مراعاة تعددية واختلاف مكونات المجتمع المدني والسياسي والقطاعات المعنية.

— تنظيم طريقة الاستماع

بحيث يوجه رئيس اللجنة الدعوة إلى الهيئة المراد الاستماع إليها عن طريق مراسلة تحدد تاريخها، وتوجه كل هيئة تقريراً يتضمن آراءها ومقترحاتها حول المدونة قبل اليوم المخصص للاستماع. رغم أن هذه المقابلات لا تتجاوز ساعة واحدة، نصفها لتقديم التقرير والنصف الآخر للاستفسارات. وفي الأخير، يتم تلخيص كل التقارير والمقترحات التي تم التوصل بها من الجمعيات والهيئات والقطاعات الوزارية وتبويبها وتقديمها إلى أعضاء اللجنة.

5) تفعيل مدونة الأحوال الشخصية.

- ويتم هنا القيام بتدارس القضايا المتعلقة بتفعيل المدونة داخل اللجنة أو لجينات متفرعة عنها.
- اقتراح وسائل تفعيل المدونة، عن طريق مراسيم تطبيقية أو مناشير لوزارة العدل أو دوريات تشرح بعض موادها.
- طرح المقترضيات المتعلقة بالمدونة وتدرجها بواسطة تقارير ترفع إلى جلالة الملك حول كل مرحلة يتم الانتهاء من دراستها.

وبعد وضع الدليل بدأت اللجنة عملها بالاستماع إلى الهيئات وتلقي مذكرات المطالب، ودام الاستماع حوالي ثمانية أشهر من عمر اللجنة، مع ثمانين جمعية وهيئة ومنظمة تشكل أطياف المجتمع المدني بكل مكوناته السياسية والحزبية والجمعوية والتيارات الفكرية.

ولتيسير طريقة الاطلاع على آراء هذه الجمعيات والهيئات تمت جدولة المقترحات المقدمة بخصوص كل موضوع، وأمام كل مقترح تم وضع عدد الجمعيات والهيئات التي تقدمت به.

ونظرا لتنوع القضايا والمسائل المعروضة أمام اللجنة ارتأت تسهيلا لعملها أن تشتغل بواسطة لجانين تتفرع عنها، تركز على مواضيع معينة تحيطها بالدراسة، وتحديد النقاط التي ستكون موضوعا للمناقشة. فتم تشكيل ست لجان، وكل واحدة منها تتكون من ثلاثة أعضاء ينظم اجتماعاتها منسق عام يدير نقاشاتها ويحدد جدول اعمالها.

ليتم الانتقال بعدها إلى مرحلة الدراسة والصياغة، وهنا استحضرت الباحثة، السياق التاريخي الذي أجريت فيه تعديلات المدونة، وهذا السياق اتسم بحدثين لهما عميق الأثر على المسلمين، سواء في الساحة الدولية أو المحلية، كاحداث 11 شتنبر 2001م، وأحداث 16 ماي بالدار البيضاء.

إلى جانب ما سمي بالانتقال الديمقراطي الذي كان يعيشه المغرب، على المستوى السياسي العام. ولهذا كان سؤال المرجعية في تعديلات المدونة سؤالاً أخذ الكثير من الوقت في النقاش بين أعضاء اللجنة. وكان لذلك ظلاله على كثير من قضايا المدونة ومسائلها. واعتمدت اللجنة في البداية مناقشة فصول المدونة فصلا فصلا مع استحضار مضامين المذكرات المطالبة بالإصلاح.

فإذا تم الاتفاق على تعديل معين، صيغ صياغته الجديدة، وإلا تم إرجاء الحسم فيه مع تدوين الآراء المسجلة بشأنه، في انتظار أن تنضج المواقف وتنضج الرؤى، وقد يتم الاستعانة بجهات تراها مفيدة في دراسة تلك النقاط، كما أن النقاشات المواكبة لذلك كانت تسجل بدقة في محاضر، يحتوي كل منها على عشرات الصفحات، ليرجع إليها أعضاء اللجنة عند الحاجة.

وكانت اللجنة تستعين بالعديد من الدراسات والأبحاث لخبراء مختصين، والكثير من الكتب والمراجع ذات الصلة كمدونات وقوانين الأحوال الشخصية للدول العربية والإسلامية، والاتفاقيات الدولية التي صادق عليها

المغرب، وكان لأعضاء اللجنة إمكانية الاتصال ببعض الشخصيات العلمية والمختصة في ميدان له علاقة بالأسرة قصد الاستئناس بأرائها في ما هو مطروح للنقاش.

والجدير بالذكر أن طبيعة اللجنة من حيث تكوين أعضائها بمرجعياتهم المختلفة، كان له أثره كما قلنا سابقا على النقاش والإصلاح الذي ستعرفه المدونة شكلا ومضمونا.

فعند إثارة بعض الأعضاء لضرورة اعتماد لغة مفهومة، تكون قريبة من المجتمع، وخالية من الإيحاءات التي تعبر عن فكر تجاوزه في الواقع المعيش، تمسك البعض الآخر بالحفاظ على المصطلحات التقليدية؛ ومثال ذلك استعمال كلمة النكاح أو كلمة الزواج¹ في نصوص المدونة، والتي تم تغييرها بالفعل.

أما على مستوى المضمون، فكانت حدة النقاش أكبر، بحيث برزت أصوات تدعو إلى الارتداد على تعديلات 1993م، كالتراجع عن الوصية الواجبة² بدعوى مخالفتها للشرع.

ولهذا كان لازما العمل على عدم التراجع عن تلك المكتسبات، والتقدم في سبيل إصلاحات أخرى.

وبعد مرور سنتين تم التوصل إلى توافق على صياغة العديد من نصوص المدونة، وبقيت بعض المواد مختلفا بشأنها دون توافق أو حسم، سواء من حيث صياغتها أو مضمونها، لهذا كان رئيس اللجنة مضطرا إلى تعليقها، أو تسجيل البند المختلف فيه؛ بصيغته المختلفة حسب المواقف داخل اللجنة.

¹ مثال ذلك: الفصل 8 من مدونة الاحوال الشخصية، جاء فيها تكمل أهلية النكاح في الفتى بتمام الثامنة عشرة فإن خيف العنت رفع الأمر إلى القاضي وفي الفتاة بتمام الخامسة عشرة من العمر. بينما في التعديل في قانون الاسرة تنص المادة 19: تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية ثمان عشرة سنة شمسية.

² وصية واجبة أوجبها القانون، ولم تعرف في التشريع المغربي إلا سنة 1958 بالفصول 266-269. وهو على خلاف المذهب المالكي واستمد من اراء الفقه الظاهري ينظر المحلى لابن حزم، ج6ص312، م س ، وما تبنته بعض التشريعات العربية اولها التشريع المصري. ويبدو غريبا قول الاستاذة أن من العلماء من قال بالتراجع عن هذا التغيير الجدير بالاهتمام في الفقه. بدعوى مخالفة النص !!

لهذا التمس رئيس اللجنة السيد إدريس الضحاك من جلالة الملك عند استقباله له بأكادير، يوم 20 يناير 2003م، مهلة للانتهاء من صياغة مشروع مدونة الأسرة، وملخصاتها والحسم في القضايا العالقة.

فكلف الملك الأستاذ "محمد بوستة" يوم 23 يناير 2003م، ليكون رئيسا للجنة خلفا للسيد إدريس الضحاك، فتم إمهال اللجنة مدة أخرى، وحث أعضاء اللجنة على المزيد من الاجتهاد لتحقيق المساواة والإنصاف والتكافل بين أعضاء الأسرة، حسب ما تدعو إليه مقاصد الإسلام والالتزام الدستوري بحقوق الإنسان، والانفتاح على واقع المجتمع المغربي وملازمة قضاياه بالاجتهاد الذي هو ضمان لاستمرار صلاحية أحكام الإسلام السمحة في كل زمان ومكان.

وبالفعل استطاع رئيس اللجنة الجديد الوصول إلى اتفاق بشأن نقطتين:

- تحديد سن الزواج في 18 سنة، مع تحديد الاستثناءات.

- وضع تعريف من للزواج يكون مقبولا لدى المجتمع.

الشيء الذي شجعه ليقول أنه يمكن الانتهاء من صياغة المدونة في غضون خمسة أشهر من تعيينه.

وهو ما لم يتحقق، لتعثر التوافق حول مسألة الولاية في الزواج¹، التي أراد بعض أعضاء اللجنة جعلها ولاية مطلقة، بالتراجع عن تعديلات 1993 فيما يخص زواج الرشيدة اليتيمة دون ولي، والطلاق بيد الزوج شفاهيا وفي أي مكان ...

¹ والحقيقة أن هذه المسألة وقع فيها تعديل يقضي بأن الحاجة إلى الولي - النائب الشرعي بحسب منطوق مدونة الأسرة - قاصرة على تزويج القاصر الذي لم يبلغ السن القانونية للزواج دون غيرها، حيث يمكن للمرأة أن تزوج نفسها بنفسها أو تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها، فهو حقها تمارسه الراشدة حسب اختيارها ومصلحتها. تنظر المواد من 20 إلى 25 من المدونة، عكس ما تنص عليه المدونة المنسوخة. في الفصل 11 فالولاية شرط في الزواج تفوض بموجبه المرأة وليها الشرعي في أن يتولى العقد عنها.

فوجهت جمعيات نسائية في بداية صيف 2003م مذكرة إلى جلالة الملك بخصوص اللجنة الملكية الاستشارية المكلفة بمراجعة مدونة الأحوال الشخصية جاء فيها: "إنه بعد مرور أزيد من سنتين على عمل اللجنة، ثبت أن غالبية أعضائها عاجزة عن الاجتهاد وملاءمته للتصور الملكي بخصوص المراجعة الشاملة" وإن "تدخل جلالة الملك للحسم في هذا الاتجاه ضرورة موضوعية من أجل رفع الظلم عن نصف المجتمع في هذا الظرف التاريخي الذي تمر منه بلادنا"

ما جعل الملك يتدخل يوم 20 غشت، ويحدد أجل شهر لرئيس اللجنة الاستشارية لإنهاء أشغالها.

وقدم السيد محمد بوسطة مشروع النسخة النهائية لمدونة الأسرة في شتنبر 2003م، بنقاطها التي لم يتم الحسم فيها، واكتفي بعرض مختلف الآراء بشأنها لعرضها على الملك "بصفته أميرا للمؤمنين وحامي حمى الملة والدين لا يحل حراما ولا يحرم حلالا، واعتبار أن دور اللجنة هو دور استشاري وليس تقريريا وأن التحكيم الملكي سيكون هو الفاصل بعد هذا المخاض الذي قطعه هذا المشروع المجتمعي"

وطلب "جلالة الملك من مستشاره محمد معتصم أن يضاعف وثيرة عمله بمعية لجنة صغيرة، والعمل على صياغة مدونة الأسرة على ضوء ما يصله من محاضر وأشرطة وفق التوجيهات الملكية التي لا تخرج عن رفع الضرر وإقرار العدل والمساواة وتحقيق ثورة هادئة لا غالب فيها ولا مغلوب".

"وقبل إلقاء الخطاب الملكي يوم الجمعة 10 أكتوبر 2003م بالبرلمان اجتمع يوم الخميس مستشار الملك محمد معتصم بمعية وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية والوزير المنتدب لدى وزير الداخلية بأعضاء اللجنة وأطلعهم على الخطوط العريضة لمدونة الأسرة والتي سيعلن عنها جلالة الملك بعد ساعات معدودة بالبرلمان." وفي الخطاب الملكي تم الإعلان أمام البرلمان عن مضامين مشروع إصلاح قانون الأحوال الشخصية، وخطوطه العريضة، وأنه سيكون محل مناقشة البرلمان ومصادقته عليه، ليكون قانونا ينهض بأوضاع الأسرة في المغرب.

وبعد مناقشته في مجلس الوزراء، أحيل على البرلمان بغرفتيه، " وتمت دون تسييس للموضوع وبعيدا عن الصراعات بين الأحزاب والفرق البرلمانية؛ سواء عندما كان النقاش على مستوى لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان أو على مستوى الجلسة العمومية، وتم طرح العديد من التساؤلات حول المشروع، والتي كان يتولى إيضاها كل من وزير العدل ووزير الأوقاف والشؤون الإسلامية وتمت المناقشة بكل حرية ووعي ومسؤولية ونقاش عميق بتقديم تعديلات وصل عددها إلى 162 تعديلا، توخت اعتماد نص دقيق في عمقه وشكله، واضح في أحكامه وحيثياته يستجيب لطموح المجتمع المغربي.¹

بعد ذلك قام رئيسا البرلمان بتقديم النص النهائي لمدونة الأسرة، بين يدي الملك، يوم 03 فبراير 2003م، ليصبح القانون رقم 70.03 بمثابة النص المعتمد لمدونة الأسرة، وكان الخطاب الملكي التاريخي لـ 10 أكتوبر 2003م، ديباجته، نظرا لتضمنه مقاصد المدونة ومحاورها.

ونشر في الجريدة الرسمية، بتاريخ 05 فبراير 2004م، ليدخل بذلك حيز التنفيذ.

ثانيا: ملاحظات على التعديل.

مما سبق يمكن التنويه بما يلي:

إن التشريع المؤسسي ليس دعوة إلى إلغاء كل ما عداه من أشكال التعبير عن الرأي، بما هو حكم الشرع في مسألة معينة، والذي من حق كل مؤهل أن يدعيه.

إن التعاون على الاجتهاد التشريعي بين أصحاب العلوم المختلفة، بات أمرا ضروريا لفهم حاجات عالمنا اليوم المتسم بالتركيب والتعقيد، فالجتهاد لم يعد باستطاعته الاعتماد على مجرد قدراته اللغوية وأدواته الشرعية

¹ م نفسه، نقلا عن كلمة عبد الواحد الراضي رئيس مجلس النواب: "مدونة الأسرة في مجلس النواب" منشورات مجلس النواب ع 3، ط1، دار القلم الرباط، 2004 ص197.

الأخرى من قواعد أصولية وفقهية للوصول إلى المناسب من الأحكام لما يواجهه من النوازل، بناء على حدسه أو تجربته الذاتية، ذلك أن معالجة الظواهر من حولنا صارت لها قواعد وعلوم خاصة، ومن هنا دعا العديد من الدارسين إلى اعتبارها رافدا من الروافد التي يستقي منها المجتهد معرفته سواء بنفسه، إذا ما امتلك القدرة أو بالاستعانة بغيره في حال احتاج إلى خبرة من أهل التخصص.

والحال أن هذا مجال كبير متعلق بباب الاستشارة، التي ما فتئ الشرع الكريم يلح عليها في جملة من النصوص، حتى صارت أصلا عند اتخاذ القرار.

إن التجربة المغربية في تقنين وتعديل مجال الأحوال الشخصية يحتاج إلى الاهتمام اللائق به، من حيث المنهجية التي اتبعت فيه، سواء من حيث اختيار الأعضاء، ومناقشة المواد وطريقة صياغتها، وكذلك كل التجارب المعاصرة، وعدم الإعراض عن ذلك مهما كانت مواقفنا معها أو ضدها، فهي بواكير يمكن أن تصقل إذا وجه لها ما تستحقه من الدراسة والنقد، برغم كل التوجسات التي تصاحب كل عمل تقوم به الأنظمة، فالفقه الحقيقي هو الذي يشتبك إيجابيا مع التجارب من حوله، ويحاول تقديم أجوبة توافق كل الأحوال التي تعرض لمجتمعها في حالي الصحة أو الاعتلال.

ومن خلال كل ما مر معنا من الخطوات نسجل الملاحظات الآتية:

- إن التعديلات الواقعة على المدونة لم تكن نقلا لقواعد أو أحكام جاهزة، بل تجاوزت مجرد النقل إلى كل ما يقتضيه الاجتهاد كعملية تروم فهم الواقع وتنزيل الأحكام المناسبة.
- إن انفتاح اللجنة على التخصصات المختلفة والمتعلقة بالشأن الأسري وعي اجتهادي جدير بالتنويه، لما فيه من تزويد للعلماء بزوايا نظر ضرورية في تبين الموقف والحكم المناسب له. وهذا جانب تحديدي في عصرة الفقه ومواكبته للمستجدات والواقع المعاصر.

- إن القضايا المطروقة في مجملها قضايا خلافية لم يتم الإجماع عليها، ولهذا كان التوافق مخرجاً منه غالباً، على اعتبار الأسباب الطبيعية المؤدية إلى كل اختلاف له وجهه ونصيبه من الصواب.
- أهمية دور الحاكم (كسلطة عليا في رفع الخلاف)، والحد مما يمكن أن يؤدي إليه من شقاق وخروج عن السلم الاجتماعي.
- إن اللجنة وما عانتها لستين في إعداد مشروع قانون يستند إلى الفقه في أغليته الغالبة، هو نموذج مصغر لحجم التحديات التي تنتظر أي عملية لنقل الفقه من عالمه النظري إلى واقع الناس، سواء منها ما هو شكلي أو موضوعي أو سياسي.
- ومن هنا، فإن إيلاء الجهد لمثل هذا الاجتهاد التطبيقي، هو الكفيل بإعادة الفقه إلى حياة الناس، يحل مشاكلهم وينظمها وفق قيمه وفلسفته في الوجود.

خاتمة

بعد هذا التطواف في مباحث هذه الدراسة ومسائلها، جواباً عن سؤال الإلزام في الأحكام الاجتهادية، من خلال تصورين متقابلين؛ قبل الدولة الحديثة وبعدها. أورد الخلاصات و النتائج الآتية:

فقد رأينا في الباب الأول كيف ان الفقهاء اهتموا إلى مسلكيات عملية، مكنت من تجاوز الاختلاف بين المجتهدين، وقللت من آثاره السلبية؛ بالارتكاز على آليات عامة:

وكان أولها: الإلزام بالنص، إستناداً إلى القاعدة الفقهية المشهورة: لا اجتهاد مع النص، والمعنى: أن ما نص عليه في الشرع، يجب العمل به، اعتقاداً وعملاً. والنص كما رأينا هو ما يفيد أن المراد فيه لا يشمل أية دلالة أخرى، فهو قطعي يقيني.

ومع كون الفكرة واضحة فقد درست معها عدداً من المسائل، المشتهرة في علاقتنا بالشرعية أبرزها: إشكالية الاجتهاد مع النص المرتبط بتنزيل تلك النصوص القطعية، كالنص في الحدود والمواريث، وغيرها..

وأن هذا الاجتهاد التنزيلي لا يقل أهمية عن الأول، فحتى لو ثبت حكم معين، فإن فقه تنزيله يحتاج إلى جهد وسعة، في التفكير وسياسة الواقع، فالأحكام لا تنزل من ذاتها، إلا على واقعها الذي نزلت من أجله وفق شروط وضوابط.

والآلية الثانية كانت الإجماع، وهو أصل شرعي رغم قوته النظرية وحجته، فإنه لم يسلم __بسبب شروط الأصوليين- من التردد في إمكانية وقوعه.

وإذا كانت الإلزامية فيه حسب ما تمت دراسته، آتية من ذلك الاتفاق الكلي بين مجموع المجتهدين على حكم معين، فهو تعبير جماعي عن رضی وتوافق عليه.

لهذا رأينا أن الإجماع يمكن استثماره كألية في العمل الجماعي بين العلماء، كما لا حظ غير واحد من الدارسين المعاصرين كيف أن الإجماع هو فكرة سياسية قبل أن يكون أصلاً من أصول الفقه، وهي الفكرة التي تغيب عن من ينتقد هذا المسلك في الفقه والأصول، وبه يمكن التأصيل للكثير من العمليات التشريعية للجماعة في تدبير شأن من شؤونها الدنيوية.

أما الآلية الثالثة فتناولت: قاعدة أخرى، بموجبها "يرفع الخلاف بحكم الحاكم"، ولئن درج الفقه على اعتبار الحاكم، مقصوداً به القاضي الحاكم بين الناس؛ بموجب اجتهاده في مسألة مختلف فيها، فينحسم الخلاف في تلك المسألة بذلك الحكم؛ والذي لا يمكن أن ينقض بعد ذلك إلا لسبب خارجي يجعل أن القاضي أخطأ في تكييف الواقعة بناء على خطأ مادي وغير ذلك.

ومع أن القاعدة ترتبط أصالة بالقضاء فقد ناقش الفقهاء، إمكانية تعميمها على الأحكام مطلقاً سواء كانوا قضاة أو من يتولون شأن الأمة من الحكام، ورغم الخلاف في جواز رفع الإمام للخلاف الاجتهادي، فإن وقائع عديدة تشهد بإمكانية حسم الإمام لذلك الخلاف بل وتقييده للمباح الذي لم يرد فيه نص بناء على اجتهاد مصلحي معتبر في الشريعة..

وبناء عليه يمكننا التمثيل لهذه القاعدة في عصرنا، بالتدابير السياسية التي تتخذها السلطة الزمنية في التنظيم والتقنين لمجال من المجالات، والتي لا يكون فيها لأحد أن يزايد بقول، مادامت السلطة قادرة على انفاذ ما تعتمده من قوانين، بما تتوفر عليه من قوة قهرية ملزمة، ويخضع لها جميع المنتمين لنفوذها.

وإذا كانت هذه الآليات، يمكن الإلزام بها في الفقه الإسلامي على وجه الاجمال، فإن هناك آليات خاصة داخل كل مذهب على حدة، ذلك أن المذهب وإن كان نفسه طريقاً لتحديد القول المرجعي الملزم

داخله، فإن المذهب نفسه صار مع مرور الوقت ولأسباب عديدة محضنا لأقوال متعددة، بل إن الإمام نفسه تعددت الأقوال عنه فما من إمام إلا وله أقوال أو على الأقل قولان في مسألة من المسائل أحدها قديم والآخر جديد..

وهذا ما أحوج كل مذهب من المذاهب إلى ما يمكن تسميته خطة مرجعية في تحديد الأقوال المرجعية، داخله، عند الاختلاف والتعدد، ولقد تتبعنا الدراسة أمثلة لهذا الجهد التنظيمي في المذهب المالكي، من خلال المفردات الموظفة في تدبير الاختلاف، وتحديد القول الملزم عند الضرورة، رفعا للخلاف، وتيسيرا لأمر التعبد بها لدى المكلفين المقلدين للإمام مالك، ولقد كان المشرع المغربي في ظل مدونة الأحوال الشخصية، الملغاة، يسير على نفس المنوال الذي جرى عليه العمل في المذهب المالكي، ففي الفصل الأخير 297، أحال على مصدر المدونة محددًا طريقة التعامل مع تراثه الواسع، فنص على أن: كل ما لم يشمل هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب مالك.

فتبين من هذا الباب، كيف أن الفقه الإسلامي، قد تعامل مع ظاهرة التعدد في الأحكام الاجتهادية، وقيدها بمسلكية عملية، ترفع الإشكال وتحقق للفقه فاعليته في حياة الناس.

وإذا كان الاجتهاد المعاصر امتدادا لما سبق من حيث قواعده، ومناهج الباحثين فيه، فإن كثيرا من العوائق التي يعاني منها في واقعنا المعاصر، بمؤسساته المحكمة تجعل هذا الاجتهاد يكاد يغرد خارج السرب، غريبا عن مجتمع اليوم.

ولهذا تتبعنا مقترحات الفكر الإسلامي المعاصر، وهو يبحث عن سبل لمواكبة الاجتهاد لتطورات الواقع المعاصر، من الآليات التي توحد المرجعية الفقهية للناس، والتي يستطيعون عبرها التماس أفضل الحلول لمشاكلهم المركبة في تعدد أبعادها القيمية والتنظيمية.

ومن هذه الاقتراحات توقفنا عند التقنين للفقه، والمواقف الفقهية التي أثارها، ما بين مجيز ومانع.

فرأينا كيف أنه كان ردة فعل على التطور الهائل؛ الذي تجاوز به القانون، الفقه الإسلامي؛ بالشكل الأخير الذي تجسد فيه في العصور المتأخرة، والتي وصفت بفترة الجمود، من طغيان للاختصار، والتعقيد في العبارة، ناهيك عن الحيرة التي يجدها المتعامل مع الحواشي على تلك المختصرات، وغير ذلك من مظاهر القصور الذي تسرب إلى الفقه الإسلامي في تلك العصور، ومع ذلك حضرت فكرة التقنين في تلك الفترة، على أنها مجرد تقنين لما هو موجود من الفقه المذهبي، مع إغفال السؤال عن كيفية انتاج القانون باعتباره ذلك القرار الذي يتخذ من جهة معينة ليكون الحكم الملزم دون غيره من الأحكام الأخرى التي يمكن أن تحوز كغيرها صفة الحكم الشرعي رغم تناقضها؟

ثم انتقلنا إلى وجه آخر لا يبتعد عن التقنين، من تقنين الفقه إلى تقنين العملية الفقهية ذاتها، عبر سلوك مؤسسات المجامع الفقهية، التي تعددت أوجه تطبيقها وقواعدها وتنزيلها في البلاد الإسلامية المختلفة وحتى خارجها، كمؤسسات الأقليات الإسلامية عبر العالم، وهو واقع جديد يتجاوز ثنائية: دار الإسلام ودار الحرب السائدة قديما.

ولأن المعروف في الاجتهاد كونه خاصا بالمجتهدين أولي القوة والعلم، قاصرا على من تملك ناصية الفقه في شقيه العلمي والواقعي، فهو المقرر للأمة نيابة عنها، وما عليها إلا أن تتلقى الحكم عن أئمتها بالإذعان والقبول!

وإذا كان هذا أمرا جرى العمل وفقهه، ومقبولا على الأقل من الناحية النظرية، فإن مما مستجدات العصر، يطرح معها التساؤل عن مقدار مسؤولية الأمة في كل ما يتخذ لها من أحكام قانونية لتسير على هديها؛ وبخاصة في المجالات التي تنتمي إلى ما يسمى بالعفو التشريعي أو المباح، حيث المدار في تدبيره على المصلحة العامة الشرعية، في حفظ الأنفس والدين والعرض والعقل والمال.

وتنطلق فكرة مساهمة الأمة في تدبير شؤونها التشريعية، في كونها الأصل في تلقي الخطاب الشرعي، فهي المسؤولة عن فهمه أولا ثم في تنزيله ثانيا.

ولا بأس من التأكيد هنا أن الفكرة- في نظري- لها العديد من الفوائد الجمة، مؤسسيا ومجتمعيًا؛ فمن الناحية المؤسسية، هي امتداد لدعوة مؤسسة الاجتهاد، ودور الأمة في اختيار من يقوم بهذه العملية، ومراقبتهم، والمساعدة لهم في الوصول إلى القرار المناسب لنازلة أو وضعية معينة

ومن الناحية المجتمعية فإن المسؤولية على الخطاب الشرعي وتطبيقه، مسؤولية عامة على أفراد الأمة يقتسمونها بينهم على الشيعاء إن صح القول، فيزول الثقل الذي قد يستشعره واحد من آحاد المجتهدين وهو يواجه برأي من آرائه مجتمعه، حين يكون مصادما لاتجاه مصلحي معين فيها، فقد يقوم هذا الاتجاه بالعمل على وأد الفكرة، ومصادرتها بل وإيذاء أصحابها..

غير أنه حين يكون قرارا تتبناه الأمة عبر مؤسساتها، وتجسده في واقعها، ويكون ثقافة يومية تنتفسها، فلا يمكن لأي جهة أن تحتته فهو حينئذ تعبير عن عقيدة الأمة، ومظهر من مظاهر وجودها ومن هنا فإن أي سعي لفرض قسري لمنظومة ما، دون أن ينبع من الأمة مآله إلى خلق ازدواجية مجتمعية تجاهه بالإذعان القسري والرفض الوجداني.

وهذا أيضا من أدوار الأمة في توعية أبنائها بأهميته، وتربيتهم على حسن الالتزام بما تسير عليه من تشريعات وقوانين.

هذا، وإن هذه الدراسة تؤكد على أهمية التبين العلمي والمنهجي لأشكال الأحكام التشريعية السائدة اليوم في واقعنا المعاصر، فهناك منظومة قانونية، ليست بالضرورة كلها غير شرعية، وأن مزاحمة مضامينها لا يكون بإزالة كل إلزام عنها، لأن كثيرا من تلك القوانين تدخل في مجالات موكولة أصلا للنظر السياسي المصلحي، من مثل : القواعد التنظيمية لمجالات اقتصادية وإدارية وسياسية...

ولهذا لا يصح ما ساد لدى عموم الناس؛ من التمثلات تجاه السائد من التشريعات في أنها وضعية ليست من الشريعة، وأن كل ما لم تضعه فلا ضير من مخالفته، أو أن مخالفته أيسر بالمقارنة مع مخالفة أحكام الشريعة.

في الوقت الذي نجد أن الشريعة قد تبنت العرف وعادات الناس وأقرتها، وألبستها شرعيتها، بالنظر إلى ما تحققه من مصالح واستقرار في المعاملات بين الناس.

وإلى جانب المنظومة القانونية هناك ما يستند إلى الفقه الإسلامي أصالة، سواء في موضوعه أو طريقة إعدادها؛ كمدونة الأسرة المغربية، فقد أعدها علماء مشهود لهم بدرجة من الرسوخ العلمي، والأمانة العلمية والأخلاقية.

وشاركهم في ذلك، تمثيلات مجتمعية، لها مصداقيتها العلمية والعملية فهي الوجه الآخر لتنزيل أحكام الشريعة الإسلامية، بالنظر إلى ما راكموه من خبرة واقعية سواء في المحاكم، أو خلايا الانصات لضحايا العلاقات الأسرية، وغيرهم من حقوقيين وسياسيين واكبوا المجال الأسري، والتحديات التي تواجهه في ظروف عالمنا اليوم المليء بالمتغيرات المتتابة والمتسارعة، لم يكن لفقيه الأمر مباشرة لمثلها.

ومع ذلك وجدنا من الفتاوى ما ينازعها اختصاصها في التنظيم، كفتوى جواز الطلاق الشفوي، وترتيبه لآثاره الشرعية دونما حاجة إلى اعتراف قانوني حسب المسطرة التي يحددها.

والحال ان هذا المنحى في التفكير لا يدرك الأبعاد الغائية التي نبه عليها المنصفون في أهمية القانون في الحفاظ على الحقوق بين الزوجين فالتوثيق وكل الإجراءات القانونية إنما هي حاجات واقعية وليست مجرد زيادات على وجه التشهي؛ والتخلي عن القانون والمطالبة بتغييره لا تكون إلا "حينما لا يعود القانون يطابق المصالح الحيوية للمجتمع".

ثم إن بقاء هذه الرؤية مستحكمة إزاء المجال التشريعي، القانوني-من منطلق ديني- يعكس غلبة الرؤية الظاهرية للنص على حساب نظرة مقاصدية للنص تنفذ إلى روحه وآثاره .

وهي لئن كانت منهجا مستساغا في التفكير، ولها فضلها الجلي في إقامة التوازن بين هذين الاتجاهين -الظاهري والمقاصدي- حتى لا تصبح دعوى المقاصد محملا على التخلي عن كثير من الأمور في الدين، فإن هذه الآراء لا ينبغي أن تكون واقعا عمليا يضاد إختيارات الأمة في ما يجب أن تسير عليه، إلا إذا كانت هذه القناعات تعبيرا عن ما استقر كتوجهات أساسية تحظى بتبني مؤسسات الأمة، وإلا كانت شغبا على القوانين والمقتضيات الجاري بها العمل، قد يطالها العقاب، والتجريم لمساسها بحقوق الناس.

ومن جهة أخرى تبين كيف أن الدعوة إلى المؤسسة والضبط، للاجتهاد الفقهي، ليس لفائدة فئة مستبدة بالقرار السياسي، توجهه حسب رغباتها وتحيزاتها المعلنة والمضمرة، مادامت هذه المؤسسات، مؤسسات للأمة تعبر عن مختلف مكوناتها واتجاهاتها الفكرية سياسيا واقتصاديا واجتماعيا، وفق أسلوب شوري ديمقراطي، يسمح للآراء والأفكار أن تتدافع فيما بينها إلى أن يتميز الصالح من غيره مما يفيد الأمة في عاجل أمرها وآجله.

وفي هذا السياق المؤسسي الذي ينتمي للأمة، يمكن لأي كان أن يعبر عن آرائه ومواقفه، دون وجل أو خوف، مادامت مجرد آراء لا تلزم أحدا سواء استندت إلى حجج دينية أو غير ذلك .

فقوة الفكرة إنما تتجلى في قوتها على الوصول إلى التيار العام للأمة، يتداول حولها، ويتبنى أفضل صيغة لها، وهذا الجو من حرية التعبير هو الكفيل بإغناء الأمة وتنميتها وتحديد دينها، ويحرص علماءها ومثقفوها على ما ينفعها، خدمة لها وأداء لواجب البيان والتوجيه والإرشاد.

وهذا معنى كون الأمة هي الأصل، فهي الحصن الحصين الذي يحتمي به أفرادها علماء وغيرهم، ضد كل تحيز أو استبداد مهما جمحت قوته، وهو ما اهتمت إليه التجربة الإنسانية، في عصرها الحديث؛ وقد لا تكون الصيغ التي توصلت إليها مثالية قد حازت الكمال، بل يعثرها من النقائص والآفات ما قد يعثرها، غير

انها أفضل ما يوجد ويمكن لكل أمة أن تنخرط فيها، وتسهم بقبس من تجربتها وقيمها التاريخية الخالدة، ولا شك أن الإسلام بشريعته، ورؤيته للوجود أفضل ما يمكن أن يرقى بهذه الأفكار لتكون واقعا يتفيا الناس ظلاله.

التوصيات :

- ضرورة تعزيز الدرس الفقهي داخل المؤسسات الجامعية للعلوم القانونية و بالمقابل انفتاح الدراسات الإسلامية على المؤسسات الحديثة داخل المجتمعات المعاصرة باعتبارها آليات جديدة للإلزام وما تثيره من إشكالات، ليتحول إلى وعي جمعي لدى القانونيين و الفقهاء .
- تمكين الباحثين في الدراسات الفقهية و التشريعية من الأعمال التحضيرية التي تنجزها مؤسسات الإفتاء والمجالس العلمية، وغيرها للوقوف على كيفية صناعة الفتوى وتقرير الأحكام.
- إن الحديث عن مدى الزامية الحكم الاجتهادي، هو بحث عن الخطاب الشرعي اليوم، وما مكانه في عالم اليوم؛ المشخن بالعقائد والتيارات الأيديولوجية سواء الموافق او المخالف منها.
- ويبدو لي أن المقاربة الفقهية له وحدها غير كافية، مادامت مؤسسة لرؤيتها على دور الفاعل السياسي في تقرير تطبيق الشريعة، والإلزام بأحكام الفقه التابعة لها، دون الانفتاح على رؤى فلسفية تُرشد العمل الاجتهادي الفقهي، وسياساته لتتوافق مع روح التشريع، وضمان انبثاق التزام طوعي يسود الأمة، ويقودها إلى تحقيق قيم الشريعة وفلسفة وجودها.

فهرس الآيات القرآنية

الآية	رقمها	السورة	الصفحة
﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾	01	المائدة	13
إِنِ الْحُكْمُ إِلَّا لِلّٰهِ يَفْضُ الْحَقَّ وَهُوَ خَيْرُ الْقَٰصِلِينَ﴾	57	الأنعام	14
(وَلَا تَقْرَبُوا الزَّيْنَ إِنَّهُ كَانَ بَلِشَّةً وَسَاءَ سَبِيلًا)	32	الإسراء	16
إِنِ الْحُكْمُ إِلَّا لِلّٰهِ يَفْضُ الْحَقَّ وَهُوَ خَيْرُ الْقَٰصِلِينَ)	57	الأنعام	15
(وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكَذِبَ هَذَا حَلَلٌ وَهَذَا حَرَامٌ لِّتَفْتَرُوا عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ إِنَّ الَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ لَا يُفْلِحُونَ)	116	النحل	37
﴿وَأَخْلَصُوا دِينَهُمْ لِلَّهِ بِأَوْثِقَةٍ مَعَ الْمُؤْمِنِينَ﴾	146	النساء	37
﴿دِينًا قِيَمًا مِّلَّةَ إِبْرَاهِيمَ حَنِيفًا﴾	161	الأنعام	37

61	القصص	50	﴿بِإِنْ لَّمْ يَسْتَجِيبُوا لَكَ بِأَعْلَمَ أَنَّمَا يَتَّبِعُونَ أَهْوَاءَهُمْ وَمَنْ أَضَلُّ مِمَّنِ اتَّبَعَ هَوَاهُ بِغَيْرِ هُدًى مِّنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ﴾
61	الأحزاب	36	(وَمَا كَانَ لِمُومِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ تَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُّبِينًا)
63	الحجرات	02	﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقْدِمُوا بَيْنَ يَدَيِ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾
62	الأعراف	03	(اتَّبِعُوا مَا أَنزَلَ إِلَيْكُم مِّن رَّبِّكُمْ وَلَا تَتَّبِعُوا مِنْ دُونِهِ أَوْلِيَاءَ قَلِيلًا مَّا تَذَكَّرُونَ)
62	المائدة	46	(وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ)
62	المائدة	47	وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ
63	النور	08	﴿وَيَذَرُوهَا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَافِرِينَ﴾
67	التوبة	60	﴿إِنَّمَا الصَّدَقَتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَمِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَرَامِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾
88	المائدة	07	﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ﴾
110	المائدة	05	﴿الْيَوْمَ أَجِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَتِ وَطَعَامُ الَّذِينَ ءَاثَرُوا الْكِتَابَ جِلَّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ جِلَّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَتُ مِنَ الْمُؤْمِنَتِ وَالْمُحْصَنَتُ مِنَ الَّذِينَ ءَاثَرُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا

			ءَاتَيْنَاهُمْ أَجُورَهُمْ مُّحْصِينَ غَيْرَ مُسْلِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ وَمَنْ يَكْفُرْ بِالْإِيمَانِ فَقَدْ حَبِطَ عَمَلُهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ ﴿١٥٩﴾
172	آل عمران	159	﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾ ﴿١٦١﴾
110	النساء	03	﴿إِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُعَدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾ ﴿١٦٢﴾
163	النساء	58	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَاعْلَمُوا أَلَا أَمْرٌ مِنْكُمْ تَأْوِيلًا﴾ ﴿١٦٣﴾
188	البقرة	255	(لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ ﴿١٦٤﴾)
188	الشعراء	02	﴿لَعَلَّكَ بَلِغٌ نَفْسَكَ أَلَّا يَكُونُوا مُؤْمِنِينَ﴾ ﴿١٦٥﴾
188	الزمر	08	(إِنْ تَكْفُرُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ عَنْكُمْ ﴿١٦٦﴾)
212	النساء	65	﴿قُلْ لَا يَوْمُنُورَ حَتَّىٰ يُحْكِمُوا فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا فَضِيتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴿١٦٧﴾

216	النساء	134	(يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْفِسْطِ شُهَدَاءَ لِلّٰهِ)
216	آل عمران	104	(۞ وَلَتَكُنْ مِنْكُمْ ءُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ ؕ وَأُوْلَٰئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ)

فهرس الأحاديث والآثار

الصفحة	الحديث
33	وإذا حاصرت حصنا فسألوكم أن تنزلهم على حكم الله...."
33	- "قال: حين سئل عن الكلالة: "أقول فيها برأبي فإن يك صوابا فمن الله،..."
34	- "...أكتب هذا ما رأى عمر، فإن كان صوابا فمن الله، وإن كان خطأ فمن عمر."
69	- "بدأ الإسلام غريبا وسيعود غريبا كما بدأ"
69	- تزوج يهودية وكتب إليه عمر أن خل سبيلها، فكتب إليه حذيفة: أحرام هي؟.."
69	أعزم عليك أن لا تضع كتابي هذا، حتى تخلّي سبيلها، فإني أخاف أن يقتدى بك المسلمون..."
72	- "ادروا الحدود بالشبهات"
81	- لا تزال طائفة من أمتي على الحق ظاهرين"
84	- "...بعث معاذًا إلى اليمن فقال كيف تقضي؟.."
107	- إنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم...

164	- " القضاة ثلاثة: قاضيان في النار وقاض في الجنة....
168	- "يا أمير المؤمنين، أدرك هذه الأمة، قبل أن يختلفوا في الكتاب..."
174	- " من كتم علما يعلمه، جاء يوم القيامة، ملجما بلجام من نار..."
177	- "يارسول الله الأمر ينزل ليس فيه قرآن ولم تكن فيه منك سنة؟..."
228	- " أنتم أعلم بشؤون دنياكم".

لائحة المصادر والمرجع

القران الكريم برواية ورش.

- الأبحاث السامية في المحاكم الإسلامية، محمد بن محمد المير التطواني منشورات مؤسسة دار الحديث الحسنية، الرباط، سنة 2011م،
- الاجتهاد الجماعي في التشريع الإسلامي، الدكتور عبد المجيد الشرفي، سلسلة كتاب الأمة - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة قطر.
- الاجتهاد الجماعي ودور الفقه في حل المشكلات، مصطفى أحمد الزرقا، جمعية الدراسات والبحوث الإسلامية - الأردن..
- الاجتهاد الجماعي ودور الفقه في حل المشكلات، مصطفى الزرقا، جمعية الدراسات والبحوث الإسلامية - الأردن
- الاجتهاد الجماعي ودور المجامع الفقهية في تطبيقه، الأستاذ الدكتور شعبان إسماعيل، دار البشائر - بيروت. د. ت.
- الإجماع عند الأصوليين، علي جمعة، دار الرسالة- القاهرة، ط2، 1420، 2009.
- الإجماع والتشريع وسلطة الأمة، دراسة منشورة على موقع المؤلف، جريدة الشرق الأوسط في صفحة آفاق إسلامية في 17/01/2017 www.ridwanalsayyid.com
- الإجماع، حقيقته أركانه، شروطه....، يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، مكتبة الرشد ناشرون، ط1، 1429، 2008م،
- الأحكام السلطانية، أبو الحسن علي بن محمد البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: 450هـ)، دار الحديث - القاهرة، د. ت.
- الأحكام السلطانية، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: 450هـ) دار الحديث القاهرة، د. ت.
- أحكام القرآن، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (المتوفى: 370هـ)، تح عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، ط1، 1415هـ/1994م،
- أحكام القرآن، القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلّق عليه: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط3، 1424 هـ - 2003 م
- الإحكام في أصول الأحكام، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: 456هـ) تح: الشيخ أحمد محمد شاكر، دار الآفاق الجديدة، بيروت.

- الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي المالكي، ت684هـ، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 2004م.
- الإحكام، الإحكام في أصول الأحكام، أبو الحسن، علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الآمدي، تح، عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - لبنان
- أدوات النظر الاجتهادي المنشود، قطب مصطفى سانو، دار الفكر المعاصر بيروت، لبنان، ط1 عام 2000م،
- أدوات النظر الاجتهادي المنشود، قطب مصطفى سانو، دار الفكر بيروت لبنان، ط1، سنة 2000م مقاصد الشريعة الإسلامية، محمد الطاهر بن عاشور، تحقيق/محمد الطاهر الميساوي، دار النفائس - الأردن .
- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، محمد بن علي الشوكاني اليمني، تح الشيخ أحمد عزو عناية، دمشق - كفر بطنا، دار الكتاب العربي، ط1، 1419هـ - 1999م
- إرشاد الفحول لتحقيق الحق من علم الأصول، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، دار الكتاب العربي، ط1، 1419هـ - 1999م
- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، محمد ناصر الدين الألباني (المتوفى : 1420هـ) إشراف: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي - بيروت، ط2، 1405 هـ - 1985م
- أزمة الفكر السياسي الإسلامي، بموقع الكاتب رضوان السيد www.ridwanalsayyid.com
- الاستقصا لأخبار دول المغرب الأقصى، أحمد بن خالد بن محمد الناصري الدرعي الجعفري السلاوي (المتوفى: 1315هـ) تح، جعفر الناصري/ محمد الناصري، دار الكتاب - الدار البيضاء، د.ت.
- الإسلام والاستبداد السياسي، دار الكتب الإسلامية، القاهرة، ط3 1404هـ، 1984م.
- أسنى المطالب في أحاديث مختلفة المراتب، محمد بن محمد درويش، أبو عبد الرحمن الحوت الشافعي، تح، مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، ط1، 1418 هـ - 1997م، الرسالة، الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس المطلبي القرشي المكي، تح: أحمد شاكر، مكتبته الحلبي، مصر، ط1، 1358هـ/1940م.
- الأشباه والنظائر للسيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي ت 911هـ)
- الأشباه والنظائر، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي / ط1 دار الكتب العلمية 1411هـ - 1991م
- إشكالية الأصالة والمعاصرة في تقنين الأحوال الشخصية بالمغرب وضعية المرأة نموذجا، خالد برجاي، دار القلم الرباط، ط1/2003م
- إشكالية الوظيفة الدينية في الدولة المعاصرة، قراءة في تجربة تأهيل الحقل الديني بالمغرب، محمد جبرون، مرصد، كراسات علمية4، يناير 2011م مكتبة الإسكندرية.

- إصلاح قانون الأسرة بالمغرب المسار والمنهجية: زهور الحر، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء ط1/2015م
- أصول البزدوي، كنز الوصول إلى معرفة الأصول، علي بن محمد البزدوي الحنفي، مطبعة جاويد بريس - كراتشي، د ط، ص73.
- أصول السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، الناشر: دار المعرفة - بيروت، د ط،
- أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي "محمد رياض،
- أصول الفقه الإسلامي منهج بحث ومعرفة، طه جابر العلواني، سلسلة الحوار، منشورات المعهد العالي للفكر الإسلامي، منشورات الفرقان، المغرب، ط3، 2000م،
- إعلام الموقعين إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن القيم الجوزية، تح طه عبد الرؤوف سعد دار الجيل - بيروت، 1973م
- إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، تح: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية - بيروت، "1، عام، 1411هـ - 1991م.
- إعلام الموقعين عن رب العالمين، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية (المتوفى: 751 هـ) تح: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، أبو عمر أحمد عبد الله أحمد، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط1، 1423 هـ
- إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان، ابن قيم الجوزية، تح، محمد حامد الفقي، دار المعرفة - بيروت، ط2، 1975م،
- الإفتاء في المنابر الإعلامية: منطلقات ومآلات، فتاوى الفضائيات نموذجاً. سعيد بيهي، مجلة المجلس، م س،
- ألواح جزولة والتشريع الإسلامي، دراسة لأعراف قبائل سوس في ضوء التشريع الإسلامي، محمد العثماني، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ط1، 1425هـ، 2004، ص137.
- الأم، الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (المتوفى: 204هـ)، الناشر: دار المعرفة - بيروت، د ط، 1410هـ/1990،
- الأمة هي الأصل، مقارنة تأصيلية لقضايا الديمقراطية، حرية التعبير، الفن، أحمد الريسوني. سلسلة اخترت لكم، منشورات عيون الندوات، مكناس، 2000م.

- البحر المحيط في أصول الفقه، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (المتوفى: 794هـ)، دار الكتب، ط1، 1414هـ - 1994م،
- البرهان في أصول الفقه، عبد الملك بن محمد الجويني، أبو المعالي، الملقب بإمام الحرمين (المتوفى: تح: صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، ط1، 1418هـ - 1997م
- البنوك الإسلامية، التجربة بين الفقه والقانون والتطبيق، عائشة الشرقاوي المالقي، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، ط1/2000م.
- البهجة في شرح التحفة التسولي، بيروت، دار المعرفة، ط3، 1977،
- البوطليحية ملحق باصطلاح المذهب،
- تاريخ التشريع الإسلامي، مناع القطان، مكتبة المعارف الرياض، ط3، 2002م
- تاريخ الطبري، محمد بن جرير الطبري أبو جعفر مكتبة خياط، بيروت، 1965م.
- تاريخ دمشق، **تح**، عمرو بن غرامة العمروي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، سنة 1995م
- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ابن فرحون، مكتبة الكليات الأزهرية، ط1، 1406هـ 1986م
- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (المتوفى: 799هـ)، مكتبة الكليات الأزهرية، ط1، 1406هـ - 1986م،
- التجديد الأصولي نحو صياغة تجديدية لعلم أصول الفقه، الكتاب اعداد جماعي تحت اشراف: أحمد الريسوني، منشورات المعهد العالي للفكر الإسلام، فرجينيا الولايات المتحدة الأمريكية، ط1، 2014م.
- تجديد فقه السياسة الشرعية، عبد المجيد النجار، عضو مجلس الإفتاء والبحوث، دون، ط ت.
- التجديد والتقنين والمصارف الإسلامية المعاصرة، رؤى منهجية ورقة مقدمة إلى ندوة عمان 2008م
- التعبير شرح التحرير في أصول الفقه، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الحنبلي تح، عبد الرحمن الجبرين، عوض القرني، أحمد السراح، مكتبة الرشد، السعودية، الرياض، ط1، 1421هـ - 2000م
- ترتيب المدارك، القاضي عياض، تح، ع القادر الصحراوي، مطبعة فضالة .
- تطور الفكر السياسي، جورج سباين، الكتاب الثالث ترجمة راشد البراوي.
- التعريفات، علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (المتوفى: 816هـ، تح جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، ط1 1403هـ - 1983م

- التعريفات، علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (المتوفى: 816هـ، ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، ط1، 1403هـ - 1983م
- تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، محمد أديب صالح، المكتب الإسلامي، ط4 سنة 1993م، بيروت،
- تفعيل دور الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية، حمزة عبد الكريم حماد بحث مقدم إلى مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول تنظيم دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، دبي، الامارات .
- تقنين أحكام الشريعة الإسلامية، محمد التهامي ذكير ، دراسة بمجلة : الفقه المقارن عدد 2و، 3، سنة 2013م.
- تقنين أعمال الهيئات الشرعية معالمه وآلياته، عبد الحميد البعلي .
- تقويم الأدلة في أصول الفقه، أبو زيد عبد الله بن عمر الدبوسي الحنفي، (المتوفى: 430هـ)تح، خليل محيي الدين الميس، دار الكتب العلمية، ط1، 1421هـ - 2001م.
- التوقيف على مهمات التعاريف، زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين المناوي القاهري ت، 1031هـ، عالم الكتب ، عبد الخالق ثروت-القاهرة، ج1ص، 554.
- جامع بيان العلم وفضله، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى: 463هـ)، أبي الأشبال الزهيري، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط1، 1414هـ - 1994م
- الجامع لأحكام القرآن ، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي ،تح، أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية - القاهرة، ط2، 1384هـ - 1964م.
- الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (ت: 671هـ)، تح أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية - القاهرة، ط2، 1384هـ - 1964م.
- الجامع لأحكام القرآن، تح: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية - القاهرة، ط2/ 1964م
- جذوة المقتبس في ذكر ولاية الأندلس، محمد بن فتوح بن عبد الله بن فتوح بن حميد الأزدي الميورقي الحميدي (المتوفى: 488هـ)، الدار المصرية للتأليف والنشر - القاهرة 1966م.
- الجريدة الرسمية عدد 6333، 9 فبراير 2015.
- الحدود الأنيفة والتعريفات الدقيقة، زكريا بن محمد الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (المتوفى: 926هـ)تح، مازن المبارك، دار الفكر المعاصر - بيروت، ط1، 1411هـ
- الحدود في الأصول، أبو الوليد سليمان بن خلف القرطبي الباجي الأندلسي (المتوفى: 474هـ، تح، محمد حسن محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1، 1424هـ - 2003م

- حركة التقنين الفقهي وأثرها على الفقه الإسلامي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، للطالبة: لعيادة هاجر السنة الجامعية: 2016 - 2017 م جامعة الجزائر 1 كلية العلوم الإسلامية قسم الشريعة والقانون.
- الحركة الفقهية في عهد السلطان محمد بن عبد الله العلوي، أحمد الأمين العمراني، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، د، ط، 1996 م ج1 ص393. نقلا عن نظرات في تقنين الفقه الإسلامي م، س.
- الحكم الشرعي بين النقل والعقل، الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، دار ابن حزم، ط1، 1427 هـ - 2006 م،
- حكم تقنين الشريعة الإسلامية، عبد الرحمن بن سعد الشثري، دار الهداية/الدار الأثرية، ط2، 1432/2011 م
- حياة الصحابة محمد يوسف الكندهلوي، مطبعة مجلس دائرة المعارف، حيدر آباد الهند 1383 هـ، 1964 م.
- الخراج، : الخراج، أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري (المتوفى : 182 هـ، تح: طه عبد الرؤوف سعد ، سعد حسن محمد المكتبة الأزهرية للتراث. د ت.
- خطب إمارة المؤمنين في الشأن الديني والنصوص المنظمة للمؤسسة العلمية، إصدار المجلس العلمي الأعلى، الكتابة العامة دجنبر 2006 م.
- خلل يجب أن نعيه، سلسلة وجهة نظر، الجزء الرابع، د ط ت.
- دار الكتب العلمية، ط1، 1411 هـ - 1990 م.
- الدارمي في سننه، أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام بن عبد الصمد الدارمي، (المتوفى: 255 هـ)، تح حسين سليم أسد الداراني، دار المغني للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط1، 1412 هـ - 2000 م
- درر الحكام شرح مجلة الاحكام، علي حيدر، دار عالم الكتب، ط خاصة، 1423 هـ، 2003 م.
- دفاع عن الشريعة لعلال الفاسي، دار الكتاب المصري، ودار الكتاب اللبناني بيروت، ط2011 م.
- دفاع عن الشريعة، لعلال الفاسي، تقديم دريسا تراوري، دار الكتاب المصري، القاهرة، دار الكتاب اللبناني، بيروت،
- الدولة الإسلامية وسلطتها التشريعية، حسن صبحي أحمد عبد اللطيف، مؤسسة شباب الجامعة الاسكندرية
- الدولة والسيادة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، فتحي عبد الكريم، القاهرة مكتبة وهبة. د ت.
- الدين ، بحوث مهداة لدراسة تاريخ الأديان، عبد الله دراز، دار القلم، مطبعة الحرية بيروت، د ت.
- الدين الاسس، مالوري تاي، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، ترجمة هند عبد الستار، ط1 بيروت 2009 م.

- الذخيرة، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس المالكي الشهير بالقرافي تح: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي - بيروت، ط1، 1994م
- رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، محمد أمين بن الدمشقي الحنفي (المتوفى: 1252هـ، دار الفكر-بيروت، ط2، 1412هـ - 1992م
- روح الشرائع، مونتسكيو اللجنة الدولية لترجمة الروائع، بيروت-دار المعارف بمصر، ترجمة عادل زعيتز، 1953م،
- روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ابن قدامة المقدسي، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، 1423هـ-2002م،
- سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة، أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم، الأشقودري الألباني (المتوفى: 1420هـ)، دار المعارف، الرياض - المملكة العربية السعودية، ط1، 1412 هـ / 1992 م
- سلسلة وجهة نظر: الاجتهاد تصورا وممارسة، أحمد الخمليشي، ج7
- سلسلة وجهة نظر: خلل يجب أن نعيه، ج4،
- السلطة المذهبية، التقليد والتجديد في الفقه الإسلامي، وائل حلاق. ترجمة عباس عباس، المدار الإسلامي، ط1 2007م،
- سنن أبي داود، سنن أبي داود للإمام الحافظ أبي سليمان ابن الأشعث السجستاني الأزدي(ت275هـ). مراجعة محمد محي الدين عبد الحميد. دار الفكر،(د ط ت).
- السنن الكبرى للبيهقي، أحمد بن الحسين بن علي أبو بكر البيهقي (المتوفى: 458هـ، تح، محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط3، 1424 هـ - 2003 م
- السنن الكبرى، تح، محمد عبد القادر عطا، ط، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط3، 2003 م.
- سنن سعيد بن منصور الخراساني الجوزجاني، تح حبيب الرحمن الأعظمي، الدار السلفية - الهند، ط1، 1403هـ -1982م،
- سيادة الشريعة من المعلوم من دين الله بالضرورة، سعد بن مطر العتيبي، دار الوعي للنشر والتوزيع، مركز الفكر المعاصر، ط1، د ت.
- السياسة الشرعية في الشئون الدستورية والخارجية والمالية، عبد الوهاب خلاف (المتوفى: 1375هـ دار القلم، 1408 هـ - 1988م.

- سير اعلام النبلاء، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد الذهبي (المتوفى : 748هـ)، تح مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، ط3، 1405 هـ / 1985م
- شرح الزُّرقاني على مختصر خليل، معه: الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري (المتوفى: 1099هـ)، ضبطه وصححه وخرج آياته: عبد السلام محمد أمين، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1، 1422 هـ - 2002م.
- شرح العضد على مختصر المنتهى الأصولي، للإمام أبي عمرو جمال الدين عثمان بن عمر، ابن الحاجب ، القاضي عضد الملة والدين عبد الرحمن بن أحمد الأيحي، ضبطه ووضع حواشيه، فادي نصيف، وطارق يحي. منشورات علي بيضون ، دار الكتب العلمية، ط1، 2000م،
- شرح الورقات في أصول الفقه، جلال الدين محمد بن أحمد بن محمد بن إبراهيم الحلبي الشافعي، تح، حسام الدين بن موسى عفانة وحذيفة بن حسام الدين عفانة، جامعة القدس، فلسطين، ط1، 1420 هـ، 1999م
- شرح تنقيح الفصول، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، تح، طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، ط1، 1393 هـ - 1973م
- الشريعة والفقه والقانون، عبد الهادي بوطالب.
- صحيح البخاري، تح محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي) ط1، 1422هـ
- صحيح مسلم، تح محمد فؤاد ع الباقي، دار احياء التراث العربي، بيروت.
- الصياغة الفقهية في العصر الحديث، هيثم بن فهد الرومي، دار التدمرية ط/2012م.
- الطبقات السنية في تراجم الحنفية لتقي الدين بن عبد القادر التميمي، الحنفي، تح ع الفتاح محمد الحلو، دار الرفاعي، دت،
- طبقات الكبرى لابن سعد: تح: علي محمد عمر مكتبة الخانجي - القاهرة ط، 1 عام 2001 م
- العرف والعمل في المذهب المالكي، عمر عبد الكريم الجيدي، مطبعة فضالة المحمدية. طبعة 1982م
- العلاقة بين الرقابة الشرعية والرقابة المالية، عبد الحكيم الزعير، مجلة الاقتصاد، عدد 182
- علم أصول القانون، عبد الرزاق السنهوري مطبعة فتح الله الياس نوري واولاده، 1936م،
- غياث الأمم في التياث الظلم، الجويني، تح ع ،العظيم الديب، عبد العظيم الديب ، مكتبة إمام الحرمين، ط2 ، سنة 1401هـ.

- الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان: لنظام الذين برهانبوري وجماعة من العلماء، بيروت دار صادر، دون ط، 1991.
- فتاوى الهيئة العلمية المكلفة بالإفتاء، نقلا عن تقرير الحالة الدينية في المغرب، منشورات مركز المغرب الأقصى للدراسات والأبحاث 2014-2015م
- الفتح الرباني من فتاوى الإمام الشوكاني.
- فتح القدير لابن الهمام، دار الفكر د/ط، ت.
- الفتوى والإفتاء بالمغرب، محمد الدردأي، مجلة المجلس، العدد 7، يوليو 2007.
- الفتوى والقواعد الفقهية، محمد الروكي، دراسة منشورة بمجلة المجلس، إصدارات المجلس العلمي الأعلى، السنة الثانية، عدد مزدوج، 10 و 11، ربيع الثاني 1432هـ، 2011م، ص 21.
- الفروق، أنوار البروق في أنواء الفروق، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقراي (المتوفى: 684هـ)، عالم الكتب، د ط ت.
- الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة بن مصطفى الزحيلي، دار الفكر - سوربة - دمشق، ط 4، ج 8 ص 5921
- فقه التدين فهما وتنزيلا، عبد المجيد النجار، الزيتونة للنشر والتوزيع، ط 2، 1416هـ، 1996م.
- فقه الخلافة وتطورها لتصبح عصبة أمم شرقية، عبد الرزاق أحمد السنهوري، تح توفيق الشاوي، ونادية عبد الرزاق السنهوري، مؤسسة الرسالة ناشرون، منشورات الحلبي الحقوقية ط 4، 2000م،
- فقه النوازل، محمد الجيزاني، دار ابن الجوزي - الدمام.
- الفقه والاجتهاد: علي رضا فيض، ترجمة حسين الصافي، مركز الحضارة لتنمية الفكر الإسلامي، بيروت، ط 1، 2007م.
- الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، محمد بن الحسن بن العربي بن محمد الحجوي الثعالبي الجعفري الفاسي (المتوفى: 1376هـ)، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان ط 1، - 1416هـ - 1995م
- الفكر الفقهي ومنطلقات أصول الفقه، أحمد الخليلشي، دار نشر المعرفة، الرباط المغرب، ط 1، 2000م، الاجتهاد تصورا وممارسة، سلسلة وجهة نظر، ج 5
- فكرة القانون، دينيس لويد، تعريب، سليم الصويص، سلسلة عالم المعرفة عدد 47، الكويت، نونبر 1981م
- فلسفة القانون: فلسفة القانون روبرت اليكسي. ترجمة: كامل فريد السالك.
- فلسفة الفقه دراسة في الاسس المنهجية للفقه الإسلامي، محمد مصطفىوي، مركز الحضارة لتنمية الفكر الإسلامي، ط 1، بيروت 2008م.

- القاموس المحيط، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي (المتوفى: 817هـ) تح مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ط8، 1426 هـ - 2005 م
- القانون الجنائي وفق اخر التعديلات، سلسلة نصوص تشريعية وتنظيمية، منشورات المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، مطبعة النجاح، الدار البيضاء العدد 17، 2003م، ص114.
- القانون بين القبيلة والأمة والدولة، جدلية التشريع: العرف، الشريعة والقانون نجيب بودريال، أفريقيا الشرق، الدار البيضاء، ط2015م،
- قضاة قرطبة: الحشني ت : إبراهيم الأبياري، بيروت، دار الكتاب اللبناني، ط1، 1982م،
- قواطع الأدلة ، أبو المظفر، منصور بن محمد ،المروزي السمعاني التميمي الحنفي ثم الشافعي ،تح: محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1418هـ/1999م
- قواطع الأدلة في الأصول، أبو المظفر، منصور بن محمد المروزي السمعاني التميمي الحنفي ثم الشافعي (المتوفى: 489هـ)، تح، محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1418هـ/1999م
- القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، محمد مصطفى الزحيلي،، دار الفكر - دمشق، ط1، 1427 هـ - 2006 م.
- كتاب الآثار لمحمد بن الحسن الشيباني، تح خالد عواد، دار النوادر، وقفية المزيني، الكويت، كتاب المناسك.
- لسان العرب ، محمد بن مكرم بن علي ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (المتوفى: 711هـ دار صادر بيروت، ط3، 1414 هـ.
- اللمع في أصول الفقه، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: 476هـ)، دار الكتب العلمية ط2، 2003 م - 1424 هـ.
- مباحث في المذهب المالكي، عمر الجيدي، ط1، 1993م.
- المتون الفقهية وصلاتها بتقنين الفقه، محمد حمدي، ط1 جدة / 1421،
- مجلة اسلامية المعرفة: عدد 21
- مجلة الاحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، تح نجيب هواويني، نور محمد، كارخانه، د ط ت.

- **مجموع الفتاوى**، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (المتوفى: 728هـ)، تح: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، سنة، 1416هـ/1995م،
- **المجموع شرح المذهب**، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676هـ)، دار الفكر.
- **محاضرات في تاريخ المذهب المالكي في الغرب الإسلامي**، عمر الجيدي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء المملكة المغربية، 1987م،
- **محاضرات في تاريخ المذهب المالكي في الغرب الإسلامي**، عمر الجيدي، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، المغرب،
- **المحصول**، أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي (المتوفى: 606هـ) تح، الدكتور طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، ط3، 1418 هـ 1997م.
- **المحلى بالآثار**، أبو محمد علي بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، دار الفكر - بيروت، بدون ط وت،
- **مختار الصحاح**، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، تح، يوسف الشيخ محمد، - الدار النموذجية، بيروت - صيدا، ط5، 1420هـ / 1999م
- **مختصر التحرير شرح الكوكب المنير**، تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوحي المعروف بابن النجار الحنبلي (المتوفى: 972هـ)، تح، محمد الزحيلي ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، ط2، 1418هـ - 1997م،
- **المختصر الخليلي وأثره في الدراسات المعاصرة**، نموذج القانون المدني المغربي، محمد العاجي، منشورات وزارة الأوقاف، المملكة المغربية، مطبعة البيضاوي، ط1، 1432هـ، 2011م
- **المدخل الفقهي العام**، مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم دمشق، ط1، 1418هـ، 1998م.
- **المدخل إلى الفقه الإسلامي**: عبد الكريم زيدان ص39 .
- **المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية**، محمد حسين منصور، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2010م، ص25 وما بعدها. و تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، صوفي حسن ابو طالب، جامعة القاهرة،
- **المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، عبد القادر بن أحمد بن مصطفى بدران (المتوفى: 1346هـ)، تح عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط2، 1401هـ،
- **المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ونظرياته العامة**، رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي: منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، بيروت، لبنان 2005
- **المدخل للعلوم القانونية**، الدكتور توفيق حسن فرج، مؤسسة الثقافة الجامعية د، ت، ط،

- مدخل للعلوم القانونية، رجاء ناجي مكاوي، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط 1998 ص14.
- المدخل للفقه الإسلامي، محمد سلام مذكور، دار الكتاب الحديث ط2/1996.
- المدرسة المالكية الأندلسية، إلى نهاية القرن الثالث الهجري، نشأة وخصائص، مصطفى الهروس. منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، 1418هـ، 1997م.
- مدى استجابة مدونة الأسرة الجديدة لمطالب المجتمع المدني والسياسي بالمغرب" سلسلة دليل قانون الأسرة بالمغرب، العدد 4، ط2004م.
- مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، أبو محمد علي بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى : 456هـ، دار الكتب العلمية - بيروت.
- المستدرك على الصحيحين، الحاكم النيسابوري، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411 - 1990،
- مسند أبي حنيفة رواية الحصكفي،: أبو حنيفة النعمان، تح: عبد الرحمن حسن محمود، الآداب - مصر د ت، كتاب الحدود.
- مسند الإمام أحمد، لأحمد بن حنبل الشيباني، تح، شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، ط2، 1420هـ، 1999م.
- مصادر التشريع فيما لا نص فيه، عبد الوهاب خلاف. دار القلم للطباعة والنشر، الكويت، ط6، 1414هـ، 1993م.
- المصطلح الأصولي عند الشاطبي، فريد الأنصاري، المعهد العالي للفكر الإسلامي، ومعهد الدراسات المصطلحية، ط1 1424هـ، 2004م.
- مصطلحات المذاهب الفقهية، وأسرار الفقه المرموز في الأعلام والكتب والآراء والترجيحات، مريم محمد صالح الظفيري، دار ابن حزم، ط1422، 1هـ، 2002م.
- معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة، مكتبة المثنى - بيروت، دار إحياء التراث العربي بيروت.
- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار.
- المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف الدكتور محمد حجي. نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية، 1401هـ - 1981م

- المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد دار الفكر - بيروت، ط1، 1405هـ.
- المفردات في غريب القرآن: الراغب الأصفهاني. تحقيق: نديم مرعشلي. دار الفكر بيروت، (د ط ت).
- مقدمة ابن خلدون، تح درويش الجويدي. المكتبة العصرية بيروت، ط2، سنة 2000، مكتبة الكليات الأزهرية ط1: 1986م
- الملل والنحل، محمد بن عبد الكريم بن أبي بكر أحمد الشهرستاني، دار المعرفة - بيروت ، 1404، تح، محمد سيد كيلاي،
- المنثور في القواعد، بدر الدين الزركشي، تح محمد حسن اسماعيل، دار الكتب العلمية، 1421هـ، 2000م.
- منشورات مركز الدراسات والأبحاث وإحياء التراث، الرابطة المحمدية للعلماء، ط1، الرباط، 2010م.
- منهج الدرس الدلالي عند الإمام الشاطبي : عبد الحميد العلمي، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، د ط، 1422هـ، 2001م، ص: 71 . وما بعدها حيث ناقش في المبحث الثاني دعوة الشاطبي إلى قطعية الأدلة الفقهية.
- مواطنون لا ذميون، فهمي هويدي. دار الشروق، القاهرة، ط3، 1999، 1420م.
- الموافقات في أصول الشريعة، لأبي إسحاق الشاطبي، تح عبد الله دراز، ومحمد عبد الله دراز، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، د ت ط،
- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، أبي عبد الله محمد الخطاب (ت954هـ). دار الرشاد الحديثة الدار البيضاء، طبعة الثالثة 1992م.
- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، الخطاب، ، دار الفكر ، ط: 2، 1992م.
- مؤسسة الاجتهاد ووظيفة السلطة التشريعية.، اسماعيل الحفيان، منشورات المعهد العالي للفكر الإسلامي، فرجينيا، الولايات المتحدة الأمريكية، ط1 1436هـ، 2015م.
- موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، أسامة بن سعيد القحطان، دار الهادي النبوي، مصر، دار الفضيلة، ط1، 1434هـ، 2013م، والدراسة عبارة عن دكتوراه، أشرف عليها قسم الدراسات الإسلامية بجامعة الملك سعود.
- موسوعة السياسة، د عبد الوهاب الكيالي ، المؤسسة العربية للدراسات والنشر. د ت ط.
- موسوعة الفقه السياسي ونظام الحكم في الإسلام، الكتاب 1 نظرية الدولة في الفقه السياسي الإسلامي، دراسة مقارنة بالنظم الدستورية المعاصرة، فؤاد النادي، دار الكتاب الجامعي، 1400هـ، 1980م

- الموسوعة الفقهية الكويتية، صدرت عن: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، الطبعة: (1427 هـ)، دارالسلاسل - الكويت.
- موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، محمد بن علي ابن القاضي الفاروقي الحنفي التهانوي (المتوفى: بعد 1158هـ، تح. علي دحروج، مكتبة لبنان ناشرون - بيروت، ط1 1996م، ج2، ص814.
- النبذة الكافية في أحكام أصول الدين (النبد في أصول الفقه)، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: 456هـ)، تح محمد أحمد عبد العزيز، دار الكتب العلمية - بيروت، ط1، 1405.
- نظام الحكم والإدارة في الاسلام، محمد مهدي شمس الدين، المؤسسة الدولية للدراسات والنشر، ط2، 1374هـ، 1991م.
- نظرات في تقنين الفقه الإسلامي، رافع ليث القيسي، منشورات نماء بيروت. ط1، 2015م.
- نظرة إلى موقف عمل الهيئات الشرعية وبنيتها في المؤسسات المالية الإسلامية، أنس الزرقا، بحث مقدم إلى المؤتمر الثاني للهيئات الشرعية، 2002م.
- نظرة تاريخية في حدوث المذاهب الأربعة، أحمد تيمور باشا، دار القادري، للطباعة والنشر بيروت، ط1، 1411هـ، 1990م ص63 وما بعدها.
- النظريات السياسية الإسلامية، محمد ضياء الدين الرئيس، دار التراث، القاهرة، 1979م.
- النظريات العامة لنظام الحكم في الإسلام، عطية عدلان، دار اليسر القاهرة، 2011م.
- النظرية الإسلامية في الدولة مع المقارنة بنظرية الدولة في الفقه الدستوري الحديث، حازم عبد المتعال الصعيدي، دار النهضة العربية، 1397هـ، 1977م.
- نظرية السيادة واثرها على شرعية الأنظمة، صلاح الصاوي، دون ط، ت،
- النظم السياسية الدولة والحكومة، محمد كامل ليلة، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت - لبنان، 1969. ص205.
- النظم والفكر الإسلامي، علال الفاسي اعداد عبد الرحمن بن العربي الحريشي، مطبعة الرسالة الرباط، 1991، ص49.
- النظم والفكر الإسلامي، علال الفاسي، اعداد عبد الرحمن بن العربي الحريشي، مؤسسة علال الفاسي، مطبعة الرسالة الرباط، 1991.

- نفح الطيب من غصن الأندلس الرطيب، وذكر وزيرها لسان الدين بن الخطيب، شهاب الدين أحمد بن محمد المقرئ التلمساني (المتوفى: 1041هـ)، تح إحسان عباس دار صادر- بيروت - لبنان، ط، 1997م
- نهاية السؤل شرح منهاج الوصول، عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعي، أبو محمد، جمال الدين، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، ط1، 1420هـ - 1999م.
- النوازل الفقهية مؤسسة الرسالة ط، 1، سنة 1996م.
- الواضح في أصول الفقه، أبو الوفاء، علي بن عقيل بن محمد بن عقيل البغدادي الظفري، (المتوفى: 513هـ)، تح، عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ط1، 1420 هـ - 1999 م
- وجهة نظر، دار نشر المعرفة، د ت ط،
- الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، محمد مصطفى الزحيلي، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق - سوريا، ط2، 1427 هـ - 2006 م،
- الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ط4، 1416 هـ - 1996م.
- الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، نعمان أحمد الخطيب، دار الثقافة ، عمان الأردن، د ت،
- الوضع القانوني المعاصر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي. طارق البشري، دار الشروق، ط1، 1996م.
- <http://www.alftwa.com>

فهرس الموضوعات

4	مقدمة:
5	إشكالية البحث :
8	فرضية البحث :
8	المنهج المعتمد:
9	أهمية الموضوع:
10	الدراسات السابقة في الموضوع:
14	فصل تمهيدي:
14	المبحث الأول : مفهوم الحكم الاجتهادي.
14	المطلب الأول: الحكم.
14	الفقرة الأولى: تعريف الحكم، لغة واصطلاحاً:
17	الفقرة الثانية: تشريع الحكم.
29	المطلب الثاني: الاجتهاد.
30	الفقرة الأولى: مفهوم الاجتهاد ومجالاته.
35	الفقرة الثانية: المجتهد وثمره اجتهاده بين الحكم الشرعي والرأي الفقهي.
35	أولاً: من هو المجتهد.
37	ثانياً: ثمره اجتهاده بين الحكم الشرعي والرأي.

39	المبحث الثاني : مفهوم الإلزام ومراتبه في الأحكام.....
39	المطلب الأول: معنى الإلزام ومراتبه في الأحكام الشرعية.....
40	الفقرة الأولى: معنى الإلزام.....
40	أولا : الإلزام لغة.....
41	ثانيا: الإلزام في الاصطلاح:.....
42	الفقرة الثانية: مراتب الإلزام في الأحكام الشرعية.....
44	أولا: الإلزام في الفتاوى.....
48	ثانيا: الإلزام في القضاء.....
49	المطلب الثاني: فكرة الإلزام بين أحكام الشرع وأحكام القانون.....
50	الفقرة الأولى: الإلزام في القانون:.....
57	الفقرة الثانية: الإلزام بين الشريعة والقانون:.....
64	المبحث الأول: الإلزامية بالنص.....
65	المطلب الأول: مفهوم النص.....
73	المطلب الثاني: حدود القول بالإلزامية النص.....
82	المبحث الثاني الإلزامية بالإجماع.....
82	المطلب الأول: تعريف الإجماع.....
86	المطلب الثاني: أدلة حجية الإجماع ومصدرها.....
87	الفقرة الأولى: أدلة حجية الإجماع.....
90	الفقرة الثانية: مصدر حجية الإجماع.....
93	المطلب الثاني: الإجماع وأهميته الإلزامية.....

94	الفقرة الأولى: مواقف الفقهاء من المسائل المجمع عليها.
98	الفقرة الثانية: أهمية الإجماع وقوة الالتزام فيه.
98	أولاً: أهمية الإجماع.
100	ثانياً: قوة الالتزام فيه.
104	المبحث الثالث: الالتزام بحكم الحاكم.
104	المطلب الأول: إلزامية حكم الحاكم (القاضي)
104	الفقرة الأولى: مفهوم الحاكم.
104	أولاً: مفهوم الحاكم.
105	ثانياً: صفة الحاكم :
107	ثالثاً: الحاكم وأهمية تصرفاته:
108	الفقرة الثانية: حدود إلزامية حكم القاضي.
108	أولاً: طبيعة الحكم الذي يصدره القاضي، وقوته الإلزامية:
111	ثانياً: إلزامية حكم القاضي ليست مطلقة.
114	المطلب الثاني: إلزامية حكم الحاكم (الإمام).
114	الفقرة الأولى: سلطة الالتزام عند الإمام.
114	أولاً: في تعريف الإمام وصلاحياته.
116	ثانياً: حدود إلزامية تصرفات الإمام في غير القضاء.
119	الفقرة الثانية: الإمام وتصرفاته التي ترفع الخلاف.
124	المبحث الأول: المذهبية سبيلاً للإلزام.
124	المطلب الأول: مفهوم المذهبية، أسبابها وأهميتها.

- 124.....الفقرة الاولى: مفهومها لغة واصطلاحا.
- 125.....الفقرة الثانية: أسباب ظهور المذهبية.
- 128.....المطلب الثاني: مرجعية المذهب المالكي في الفتوى والقضاء بالغرب الإسلامي.
- 128.....الفقرة الاولى: حكم التمدد وضرورته.
- 130.....الفقرة الثانية: عوامل التزام المغاربة بالمذهب المالكي.
- 130.....أولا: العامل العلمي.
- 131.....ثانيا: العامل الثقافي.
- 132.....ثالثا: العامل السياسي.
- 133.....المبحث الثاني: العناية بالفتوى والقضاء وفق المذهب المالكي.
- 134.....المطلب الأول: مظاهر قوة المذهب المالكي ضبطا وتنظيما.
- 134.....الفقرة الاولى: الحرص على المساواة امام أحكام المذهب.
- 135.....الفقرة الثانية: الزام القضاة بالمشورة واستكمال شرط التأهل :
- 138.....الفقرة الثالثة: التأديب على مخالفة المذهب:
- 141.....المطلب الثاني: آليات تحديد القول المرجعي في المذهب المالكي.
- 142.....الفقرة الأولى: قواعد الترجيح بين الأقوال وتحديد الملزم منها في الفتوى والقضاء.
- 145.....الفقرة الثانية: الالتزام بما جرى به العمل.
- 151.....الباب الثاني : آليات الالتزام في ضوء مستجدات الواقع المعاصر.
- 153.....الفصل الأول تقنين الفقه ومأسسة الاجتهاد الجماعي.
- 154.....المبحث الأول : الإلزام بتقنين الفقه.
- 154.....المطلب الاول: مفهوم التقنين.

- المطلب الثاني : تاريخ وتطور فكرة التقنين : 159
- الفقرة الأولى: التقنين قبل المجلة العدلية. 160
- الفقرة الثانية: التقنين بعد المجلة العدلية. 166
- المطلب الثالث: موقف الفكر الإسلامي من فكرة التقنين. 170
- الفقرة الأولى: موقف الرافضين لفكرة التقنين والالزام به. 170
- الفقرة الثانية: موقف المجيزين لتقنين الفقه. 174
- المبحث الثاني: الالزام عبر مؤسسة الاجتهاد الجماعي. 177
- المطلب الأول: فكرة مؤسسة الاجتهاد، المفهوم والدواعي. 178
- الفقرة الأولى: مفهوم مؤسسة الاجتهاد. 178
- الفقرة الثانية: دواعي الاجتهاد المؤسسي. 179
- أولا : ضرورة تجاوز سلبات الاجتهاد الفردي. 180
- ثانيا: مؤسسة الاجتهاد والافتاء من مقتضيات العصر. 182
- المطلب الثاني: مدى إلزامية اجتهادات وقرارات مؤسسات الاجتهاد. 191
- الفقرة الأولى: إلزامية قرارات مؤسسات الاجتهاد، المجلس العلمي الأعلى نموذجا. 192
- أولا: نبذة عن مؤسسة الإفتاء بالمغرب بعد الاستقلال. 192
- ثانيا: نماذج من قرارات المجلس العلمي. 197
- الفقرة الثانية: مدى إلزامية في الرقابة الشرعية للجنة الشرعية بالأبنك التشاركية : التجربة المغربية نموذجا. 202
- أولا: مفهوم الرقابة الشرعية بالأبنك الإسلامية. 202
- ثانيا: حجيتها وإلزاميتها في تكييف تصرفات الأبنك التشاركية. 206

المبحث الأول : سيادة الأمة وحدودها .	212
المطلب الاول: مفهوم السيادة وتطوره.	212
الفقرة الاولى: مفهوم السيادة.	212
الفقرة الثانية: التطور الدلالي للسيادة ومصادرها.	215
أولا: النظرية الإلهية.	217
ثانيا: النظرية الديمقراطية.	218
المطلب الثاني: موقف الفكر السياسي الإسلامي من سيادة الأمة.	221
الفقرة الاولى: الرافضون لفكرة سيادة الأمة.	222
الفقرة الثانية: المؤيدون لسيادة الأمة.	226
اولا: القائلون بازدواجية السيادة.	226
ثانيا : القائلون بسيادة الأمة.	226
أ- أدلة هذا الاتجاه، كثيرة أهمها:	228
ب - آثار القول بسيادة الأمة.	229
المبحث الثاني: مؤسسة الاجتهاد التشريعي ودورها في التشريع المعاصر التشريع الأسري نموذجاً.	233
المطلب الأول: موقع مؤسسة الاجتهاد ضمن مؤسسة التشريع المعاصرة.	233
المطلب الثاني: مدونة الأسرة ونموذج الاجتهاد المعاصر.	237
الفقرة الأولى: التشريع الأسري في إطار قانون الأحوال الشخصية.	238
الفقرة الثانية: التشريع الأسري، من قانون الأحوال الشخصية إلى قانون الأسرة بظهير 2004م	241

أولا: مدونة الأسرة: سياق التعديل ومراحله.	241
ثانيا: ملاحظات على التعديل.	253
خاتمة.	256
فهرس الآيات القرآنية.	264
لائحة المصادر والمرجع.	269
فهرس الموضوعات.	285