

# بحوث في التشريع الإسلامي

وأسانيد قانون الزواج والطلاق رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩

د. محمد مصطفى المراغي

من تراثنا  
الحديث

## ١ - مقدمة

خلط الجدل بالسباب والخروج على  
أدب العلم والمناظرة يقوى حجة أو يهدم  
خصماً. وما لنا لا نغتنب بهذا وقد  
تستمر هذه الحركة ويتجدد نشاط الفقه  
الإسلامي بعد ركوده في المتون  
والشروح، وتوجه إليه الأنظار، وتتولد  
فكرة تهذيبه، باختيار ما صح دليله، وما  
قام البرهان على أن فيه مصلحة للناس  
من أقوال أئمة الهدى وفقهاء الإسلام،  
وقد يقضى على تلك الفكرة الخاطئة  
فكرة وجوب تقليد الأئمة الأربعة دون  
سواهم، سواء أوافقت مذاهبهم مصلحة  
المجتمع أم خالفتهما. وفكرة أن الدين

أثار مشروع قانون الزواج والطلاق  
حركة فكرية اجتماعية ودينية، فنشط  
العلماء للبحث والاستنباط والرجوع إلى  
كتب الشريعة المطهرة وتطبيقها على  
القانون، ونشط غيرهم إلى بحثه من  
الوجهة الاجتماعية وتقدير ما فيه من  
مصالح ومضار، وهذا النشاط نفسه خير  
وبركة، فالجمود آية من آيات الموت،  
والحركة دليل من دلائل الحياة.

اعتبطنا لهذا الجدل الديني الاجتماعي  
سواء أكان في مناصرة المشروع أم في  
هدمه، لولا ما زعمه بعضهم من أن

الإسلامي بمذاهبه المتعددة عاجز عن سد حاجات الناس.

قد نصل بهذه الحركة إلى خير كثير، وإلى أن نضع على بساط البحث قواعد نظام الأسرة وغيرها، ونأخذ أحكامها كلها من الفقه الإسلامي، ونبرهن للناس على أن الشريعة الإسلامية تسع الناس وتكفل مصالحهم، وأنها جديرة لعدم الخروج عليها وبعدم رميها بالجمود، فنقرب الناس منها، وتلوى نحوها أعناق الكاشحين والمعرضين عنها. وإذا تم لنا ذلك فسنصل إلى نعيم الفوز بخدمة الدين القويم.

وقد أردت أن أبين مراجع القانون من نصوص العلماء وطريق استنباطه من تلك النصوص، وذلك فيما اختلف عليه من المواد، أما المواد التي اعترف صاحبها الفضيلة شيخ الأزهر ومفتى الديار المصرية، واعترف العلماء بصحتها، فلا أعرض لبيان النصوص التي ترجع إليها إلا إذا دعت إلى ذلك مناسبة.

ولا بد أن أصرح هنا بأن بيان الحاجة إلى القانون وما فيه من مصلحة أمر يشارك فيه علماء الدين وغيرهم، ولكل واحد من أفراد الأمة تقدير ذلك وإبداء الرأي فيه ووزنه بميزان التجارب التي استفادها من الحياة. أما إبداء الرأي من الوجهة الفقهية فهو أمر يختص بعلماء

الشريعة، ومن الواجب على غيرهم أن يدعوا لهم الكلمة فيه، وسأعرض لفصول متعددة قبل أن أصل إلى دراسة القانون، وسأعزو النصوص التي أثبتتها إلى الكتب المأخوذة عنها؛ ليستطيع أن يطلع عليها في مواضعها من يريد ذلك، وسأبين وجه الأخذ بهذه النصوص، وهذا ما ترجع عهده إلى.

## ٢- التكفير والتأثير في الأحكام الفقهية

كان السلف من العلماء يختلفون في الأصول والفروع، وكانت صدورهم مملوءة بالرهبة من الله، ونفوسهم مصقولة بالأدب الديني، تجملها مكارم الأخلاق، وتخالطها روح الإسلام الطاهر، وما كان أحد منهم يرمى مخالفه بالكفر والإلحاد إلا حيث يخرج عن الدين جملة، وتصل به المخالفة إلى تكذيب الله ورسوله، أما المخالفة في حكم فقهي لم يقم عليه دليل قطعي الثبوت والدلالة فلم يكن معروفاً بينهم رمى المخالف فيه بالكفر والإثم، وكانت هذه الروح السلمية مع حسن النية وابتغاء الحق لذاته يقرب شقة الخلاف بين المتخالفين أو يزيلها، فلم تنقطع مع الخلاف صلوات القربى، ولا وشائج الأرحام، لذلك كانوا عصابة واحدة في مناصرة الدين، ورد أعدائه عنه.

تقلصت هذه الروح، فأصيب الإسلام بما هو مصاب به الآن.

كان هذا خلق السلف، وقد تبدلت الأحوال، وبعد الناس عن روح الدين، وضلوا عن القواعد التي تركها الأسلاف، وتبدلت الغرائز، وفسدت الأخلاق، وضعفت المروءات، فصار الكفر يرمى به جزافاً من يختلف مع آخر على أى شئ من الأشياء، وسأثبت هنا قواعد العلماء فى التكفير والتأثيم ليطلع عليها من لا يعلمها، ويتذكرها من رآها من قبل، عسى أن يقف الناس عندها ويقبلوا عما هم فيه:

قال الغزالي فى المستصفى: وأما الفقهية فالقطعية منها وجوب الصلاة، والزكاة، والحج، والصوم، وتحريم الزنا، والقتل، والسرقه، والشرب، وكل ما علم قطعاً من دين الله، فالحق فيها واحد وهو المعلوم، والمخالف فيها آثم. ثم ينظر فإن أنكر ما علم ضرورة من مقصود الشارع كإنكار تحريم الخمر والسرقه، وجوب الصلاة والصوم، فهو كافر، لأن هذا إنكار لا يصدر إلا عن مكذب بالشرع، وإن علم قطعاً بطريق النظر لا بالضرورة، ككون الإجماع حجة، وكون القياس وخبر الواحد حجة، وكذلك الفقهيات المعلومه بالإجماع فهى وإن كانت قطعية

وقد فهموا الحياة كما يفهمها العقلاء فى هذه الأيام، فسموا إلى علم ما لم يعلموا، وبالغوا فى الطلب، ولم ينصبوا حرب العداوة بين العلم والدين، وفهموا سر الحياة وروح الاجتماع وأمزجة الأمم، وراعوا تقلبات العصور، فاختلفت مذاهبهم تبعاً لهذا كله، وأعطوا لكل وقت حكماً، وتغيرت الفتوى بتغير العرف، وحكم بعضهم العرف فى تخصيص النصوص الصريحة، وما إباحة رعى حشيش الحرم دفعاً للخرج مع النهى عنه صراحة، وإباحة تبادل النقود عدلاً وإن اختلف وزنها، وإباحة الاستصناع مع النهى عن بيع ما ليس بموجود، إلا نوع من هذا، ولعل تتبع فروع المصالح المرسله والاستحسان، وفروع العرف العام والخاص، يكشف إلى حد بعيد عن مرامى الفقهاء. وسيعلم فى فصل تغير الأحكام بتغير العرف كثير من هذا.

بهذه الروح حكموا الأمم التى استولوا عليها، وتركوا لمن بعدهم ثروة من الفقه الإسلامى لم يعهد أن أمة حصلت على مثلها فى وقت قصير كالوقت الذى وضعوها فيه، وبهذه الروح أقاموا العدل الذى قامت به السموات والأرض، ودام ملكهم إلى أن



فمنكرها ليس بكافر، لكنه آثم مخطيء، أما ما عده من الفقهيات الظنية التي ليس عليها دليل قاطع فهو في محل الاجتهاد، فليس فيها عندنا حق معين، ولا إثم على المجتهد إذا تم اجتهاده وكان من أهله.

وفي التحرير وشرحه: وأما المسائل الفقهية فمفكر الضرورة منها كالأركان الأربعة الصلاة، والصوم، والزكاة، والحج، وحرمة الزنا، وشرب الخمر، وقتل النفس، والربا، كافر آثم، وأما إنكار كون الإجماع حجة، وخير الواحد حجة، والقياس حجة فغير موجب للكفر، ولكن صاحبه آثم، وإنكار الإجماع السكوتي والإجماع على الحروب ونحوها لا تأثم فيه، أما ما عدا ذلك من المسائل الفقهية فلا إثم في إنكاره قطعاً بشرط أن يكون الإنكار غير مصادم لنص أو إجماع. وقد أجمع الصحابة على ذلك وشاع اختلافهم في المسائل الاجتهادية، ولم يكن جميعهم محقاً قطعاً، ولم ينقل أن بعضهم آثم بعضاً، ولو حصل ذلك منهم لنقل، انتهى بتصرف يسير.

### ٣- الاجتهاد

لم أكن في حاجة إلى تناول بحث الاجتهاد لأن القانون لم يشتمل على

أحكام خارجة عن آراء أئمة المسلمين المعروفين بالعدالة والاجتهاد، غير أن العلماء الذين درسوا مشروع القانون تعرضوا لهذه المسألة، وحكموا بقفل باب الاجتهاد، ووضعوه في صورة المستحيل عادة في هذه الأزمان، ومنذ قرون طويلة مضت، وهو غلط تأباه قواعد الأصول كما سيتضح مما نقله عن أشهر فقيه إسلامي وأشهر أصولي متكلم. وهو حجة الإسلام الغزالي.

قال أولئك العلماء: "والمجتهد لا يكاد يوجد من أمد بعيد لتوقف الاجتهاد على أمور يتعسر وجودها لشخص ما في تلك الأزمنة، وليس ذلك لاستحالته عقلاً لأنه أمر يمكن في ذاته، فلا مانع من تحققه لمن أراد الله من عباده، وإنما ذلك لقصور الهمم وتقاصر العزائم عن البحث والتنقيب وعدم الإحاطة بالناسخ والمنسوخ، والوقوف على أحوال الرواة خصوصاً بعد البعد عن عصر النبوة، فلا قاضى يوجد مجتهداً الآن كما هو معروف ومشاهد"

وينبغي الإشارة إلى أن المجتهد قد يكون أهلاً لاستنباط الأحكام الشرعية جميعها لتوافر الشروط فيه، ويسمى المجتهد المطلق. وقد يكون أهلاً لاستنباط أحكام وقائع خاصة لإحاطته بما يلزم لتلك الوقائع، ويسمى المجتهد

الخاص أو المجتهد الجزئى. والمجتهد والفقية والمفتى ألفاظ مترادفة فى اصطلاح علماء الأصول.

#### ٤- المجتهد المطلق

قال الغزالي فى المستصفى: "الركن الثانى: المجتهد، وله شرطان: أحدهما أن يكون محيطاً بمدارك الشرع متمكناً من استئارة الظن بالنظر فيها وتقديم ما يجب تقديمه وتأخير ما يجب تأخيره. والشرط الثانى: أن يكون عدلاً مجتنباً للمعاصى القادحة فى العدالة. وهذا يشترط لجواز الاعتماد على فتواه، فمن ليس عدلاً فلا تقبل فتواه. أما هو فى حق نفسه فلا فكأن العدالة شرط لقبول الفتوى لا شرط لصحة الاجتهاد". فإن قيل فتى يكون محيطاً بمدارك الشرع، وما تفصيل العلوم التى لا بد منها لتحصيل منصب الاجتهاد، قلنا: إنما يكون متمكناً من الفتوى بعد أن يعرف المدارك المثمرة للأحكام وأن يعرف كيفية الاستثمار. والمدارك المثمرة للأحكام أربعة الكتاب والسنة والإجماع والعقل. وطريق الاستثمار يتم بأربعة علوم، اثنان مقدمان واثنان متممان وأربعة فى الوسط. فهذه ثمانية. فلنصلها ولننبه فيها على دقائق أهمها الأصوليون: أما كتاب الله عز وجل فهو الأصل، ولا بد من معرفته. ولنخفف فيه أمرين: أحدهما أنه لا

يشترط معرفة جميع الكتاب، بل ما يتعلق به الأحكام منه، وهو مقدار خمسمائة آية. الثانى: أنه لا يشترط حفظها عن ظهر قلبه، بل أن يكون عالماً بموضعها بحيث يطلب منها الآية المحتاج إليها وقت الحاجة. وأما السنة فلا بد من معرفة الأحاديث التى تتعلق بالأحكام، وهى وإن كانت زائدة على ألوف فهى محصورة، وفيها التخفيفان المذكوران، إذ لا يلزم معرفة ما يتعلق من الأحاديث بالمواظع وأحكام الآخرة وغيرها. الثانى: أنه لا يلزمه حفظها عن ظهر قلبه، بل أن يكون عنده أصل مصحح لجميع الأحاديث المتعلقة بالأحكام كسنان أبى داود ومعرفة السنن لأحمد والبيهقى، أو أصل وقعت العناية فيه بجميع الأحاديث المتعلقة بالأحكام. ويكفيه أن يعرف مواقع كل باب فيراجع وقت الحاجة إلى الفتوى، وإن كان يقدر على حفظه فهو أحسن وأكمل. وأما الإجماع فينبغى أن تتميز عنده مواقع الإجماع حتى لا يفتى بخلاف الإجماع، كما يلزمه معرفة النصوص حتى لا يفتى بخلافها. والتخفيف فى هذا الأصل أنه لا يلزمه أن يحفظ جميع مواقع الإجماع والخلاف؛ بل كل مسألة يفتى فيها فينبغى أن يعلم أن فتواه ليست مخالفة للإجماع. إما بأن يعلم أنه موافق مذهباً من مذاهب العلماء

أبهم كان، أو يعلم أن هذه واقعة متولدة في عصر لم يكن لأهل الإجماع فيها حوض، فهذا القدر فيه كفاية. وأما العقل فنعنى به مستند النفسى الأصيلى للأحكام، فإن العقل قد دل على نفسى الحرج فى الأقوال والأفعال، على نفسى الأحكام عنها من صور لا نهاية لها.

أما ما استنته الأدلة السمعية من الكتاب والسنة فالمستثناه محصورة وإن كانت كثيرة. فينبغى أن يرجع فى كل واقعة إلى النفسى الأصيلى، والبراءة الأصلية، ويعلم أن ذلك لا يغير إلا بنص أو قياس على منصوص، فيأخذ فى طلب النصوص. وفى معنى النصوص الإجماع وأفعال الرسول بالقياس إلى ما يدل عليه على الشرط الذى فصلناه. هذه هى المدارك الأربعة. فأما العلوم الأربعة التى يعرف بها طريق الاستثمار فعلمان مقدمان: أحدهما معرفة نصب الأدلة وشروطها التى بها تصير البراهين والأدلة منتجة، والحاجة إلى هذا نعم المدارك الأربعة. والثانى: معرفة للغة والنحو على وجه يتيسر له به فهم خطاب العرب، وهذا يخص فائدة الكتاب والسنة. ولكل واحد من هذين العلمين تفصيل، وفيه تخفيف وثنقيل، أما تفصيل العلم الأول، فهو أن يعلم أقسام الأدلة وأشكالها وشروطها، فيعلم أن الأدلة ثلاثة: عقلية

تدل لذاتها، وشرعية صارت أدلة بوضع الشرع، ووضعية وهى العبارات اللغوية، ويحصل تمام المعرفة فيه بما ذكرناه فى مقدمة الأصول لا بأقل منه. أما المقدمة الثانية فعلم اللغة والنحو، أعنى القدر الذى به يفهم خطاب العرب وعاداتهم فى الاستعمال إلى حد يميز بين صريح الكلام وظاهره وبجمله، وحقيقته ومجازه، وعامه وخاصه، ومحكمه ومتشابهه، ومطلقه ومقيده، ونصه وفحواه، ولحنه ومفهومه، والتخفيف فيه أنه لا يشترط أن يبلغ درجة الخليل والمرد، وأن يعرف جميع اللغة ويتعمق فى النحو؛ بل القدر الذى يتعلق بالكتاب والسنة ويستولى به على مواقع الخطاب ودرك حقائق المقاصد منه.

وأما العلمان المتممان، فأحدهما: معرفة الناسخ والمنسوخ من الكتاب والسنة، وذلك فى آيات وأحاديث مخصوصة. والتخفيف فيه أنه لا يشترط أن يكون جميعه على حفظه؛ بل كل واقعة يفتى فيها بآية أو حديث، فينبغى أن يعلم أن ذلك الحديث وتلك الآية ليست من جملة المنسوخ، وهذا يعم الكتاب والسنة. الثانى: وهو يخص السنة معرفة الرواية وتمييز الصحيح منها عن الفاسد والمقبول عن المردود، فإن مالا ينقله العدل عن العدل فلا حجة فيه.

ولم يكن الطريق في زمان الصحابة، ويمكن الآن سلوك طريق الصحابة. أهـ  
هذه هي شروط المجتهد المطلق الذي كلفه الشارع البحث عن الأحكام جميعها من أدلتها التفصيلية، وحرم عليه التقليد وتوسيط أحد من خلق الله بينه وبين الأدلة، وتلخص فيما يأتي:

١- يشترط في المجتهد أن يكون عالماً بموضع الآية التي يريد الاستدلال بها، لتطبيقها عند الحاجة، ولا يشترط فيه حفظ الكتاب كله ولا حفظ آيات الأحكام.

٢- يشترط أن يكون عارفاً بموقع كل باب من أبواب الحديث بحيث يستطيع المراجعة وقت الفتوى، ولا يشترط أن يكون حافظاً للأحاديث كلها، ولا أن يكون حافظاً لأحاديث الأحكام، وكفى أن يكون عنده أصل مصحح كسنن أبي داود ومعرفة السنن لأحمد البيهقي.

٣- يلزم أن يعرف أن الآية التي يستدل بها ليست منسوخة، والحديث الذي يستدل به ليس منسوخاً.

٤- يلزم أن يعرف أن المسألة التي يبحث فيها ليست مجعاً فيها على رأى يخالف رأيه، ولا يلزمه حفظ مواقع الإجماع والخلاف.

والتخفيف فيه أن كل حديث يفتى به مما قبلته الأمة فلا حاجة به إلى النظر في إسناده، إن خالفه بعض العلماء فينبغي أن يعرف روايته وعدالتهم، فإن كانوا مشهورين عنده كما يرويه الشافعي عن مالك عن نافع عن ابن عمر مثلاً اعتمد عليه، فهؤلاء قد تواتر عند الناس عدالتهم وأحوالهم، والعدالة إنما تعرف بالخبرة والمشاهدة أو بتواتر الخبر، فما نزل عنه فهو تقليد، وذلك بأن يقلد البخاري ومسلماً في أخبار الصحيحين، وأنهما ما رواها إلا ممن عرفوا عدالته، فهذا مجرد تقليد وإنما يزال التقليد بأن يعرف أحوال الرواة بتسامع أخبارهم وسيرهم، ثم ينظر في سيرهم أنها تقتضى العدالة أم لا، وذلك طويل، وهو في زماننا مع كثرة الوسائط عسير. والتخفيف فيه أن يكتفى بتعديل الإمام العدل بعد أن يعرف أن مذهبه في التعديل مذهب صحيح، فإن المذاهب مختلفة فيما يعدل به ويجرح، فهذه هي العلوم الثمانية التي يستفاد بها منصب الاجتهاد، ومعظم ذلك يشتمل عليه ثلاثة فنون: علم الحديث، وعلم اللغة، وعلم أصول الفقه، فأما الكلام وتفاريع الفقه فلا حاجة إليها، نعم إنما يحصل منصب الاجتهاد في زماننا بممارسته فهو طريق تحصيل الدربة في هذا الزمان،

٥- يلزم أن يكون عارفاً باللغة والنحو على الوجه الذى يتيسر به فهم خطاب العرب، وأن يكون عارفاً للأدلة وشروطها.

٦- الأحاديث التى اشتهر رواتها بالعدالة وقيلتها الأمة لا يلزمه أن يبحث عن أسانيدھا، أما الأحاديث التى ليست كذلك فيكفيه فيها تعديل الأئمة العدول لرواتها بعد أن يعرف مذاھبهم فى الجرح والتعديل، وأنها مذاھب صحيحة.

ومعظم هذه الشروط يشتمل عليه ثلاثة فنون: الحديث، واللغة، وأصول الفقه، ولقد جمع العلماء آيات الأحكام فى غير ما كتاب، وجمعوا أحاديث الأحكام فى غير ما كتاب، وجمعوا الناسخ والمنسوخ فى غير ما كتاب، وجمعوا مواقع الإجماع فى غير ما كتاب، وأصبحت الأحكام مدونة فى كتب الفقه وفى شروح الحديث وكتب التفسير.

وقد انتهى زمن الرواية للحديث وأصبحت الأمة تعتمد على الكتب المدونة كما تعتمد على آراء أئمة الجرح والتعديل فى الرواة، ومع هذا فكتب الرجال موفورة تضم سيرهم وأحوالهم

ولا يعسر على طلاب العلم البحث عن رواة أى حديث من الأحاديث.

واللغة العربية وفنونها من نحو وصرف وأدب وبلاغة تدرس فى معاهد مصر الدينية وغيرها دراسة دقيقة تكفى لفهم خطاب العرب، كما يدرس أصول الفقه على أدق الوجوه وأكملھا، وتدرس الأدلة وشروطها، وغير ذلك مما نص عليه الغزالي وما لم ينص عليه.

وليس مما يلائم سمعة المعاهد الدينية فى مصر أن يقال عنها: إن ما يدرس فيها من علوم اللغة والمنطق والكلام والأصول لا يكفى لفهم خطاب العرب ولا لمعرفة الأدلة وشروطها، وإذا صح هذا، فيالضبيعة الأعمار والأموال التى تنفق فى سبيلھا.

ليس الاجتهاد ممكناً عقلاً فقط؛ بل هو ممكن عادة، وطرقه أيسر مما كانت فى الأزمنة الماضية أيام كان يرحل المحدث إلى قطر آخر لرواية حديث، وأيام كان يرحل الرواة لرواية بيت من الشعر، أو كلمة من كالم اللغة، وقد توافرت مواد البحث فى كل فرع من فروع العلوم: فى التفسير، والحديث، والفقه، واللغة، والنحو، والمنطق، وجمع الحديث كله، وميز صحيحه من فاسده، وفرغ الناس من تدوين سير الرواة،



وأصبحت كتب هذه الفنون تضمها مكاتب للأفراد والحكومات في كل قطر من الأقطار الإسلامية، وهذا لم يكن ميسوراً لأحد في العصور الأولى، ومذاهب الفقهاء جميعهم مدونة، وأدلتها معروفة.

والواقع أنه في أكثر المسائل التي عرضت للبحث، وأفتى الفقهاء فيها، لم يبق للمجتهد إلا اختيار رأى من آرائهم فيها، أما الحوادث التي تجحد فهي التي تحتاج إلى آراء محدثة. إن حفظ آيات الأحكام جميعها وأحاديث الأحكام جميعها وفهمها فهماً صحيحاً، ومعرفة الناسخ والمنسوخ، وحفظ مواقع الإجماع، لا يحتاج إلى المجهود الذي يبذل لفهم مرامى كتاب من كتب الأزهر المعقدة.

إن الزمن لم يغير خلقة الإنسان، والعقول لم تضمّر، والطبيعة باقية في الإنسان كما كانت في العصور الماضية، وها هم علماء الأمم يجذوهم الأمل إلى بلوغ أقصى ما يتصوره العقل البشرى ويصلون إليه بجدهم واجتهادهم، وقد كان أسلافهم في عماية وجهل، وكان أسلافنا في نور العلم وضياء المدنية، لم يقل أحد منهم بقصور العزائم، ولا يتراخى الهمم عن البحث والتنقيب، بل كلما مر عليهم الزمن كلما جدوا في

البحث والتنقيب، وكثرت وسائل البحث والتنقيب.

وإنى مع احترامى لرأى القائلين باستحالة الاجتهاد، أخالفهم في رأيهم، وأقول إن من علماء المعاهد الدينية في مصر من توافرت فيهم شروط الاجتهاد ويحرم عليهم التقليد.

#### ٥- الاجتهاد الخاص

ندع الاجتهاد المطلق وما يقال فيه من غير تبصر، وتحدث عما يسمى الاجتهاد الخاص، أو الاجتهاد الجزئى وهو الاجتهاد فى واقعة خاصة للوصول إلى معرفة حكمها الشرعى بالدليل، والقادر على هذا النوع يحرم عليه التقليد فى المسألة التى يقدر على الاجتهاد فيها.

وقد اختلف العلماء فى تجزؤ الاجتهاد وعدمه، والأكثر من منهم على تجزؤه، ومنهم حجة الإسلام الغزالي والشيخ ابن الهمام، وقد استدلوا لذلك بأن التقليد فى حال القدرة على الدليل فيه ترك للعلم واتباع للريب، وهذا منهي عنه بقوله عليه الصلاة والسلام: "دع ما يريك إلى ما لا يريك" وقوله: "استفت قلبك وإن أفنك المفتون" قال فى مسلم الثبوت: ومن له حسن أدب بأحكام الله تعالى لا يتعدى هذا الأصل.

اختلفوا فيه، والمعتمد أن يقال: إن القول بجواز التقليد حكم شرعى لا يبد له من دليل، والأصل عدم ذلك الدليل، فمن ادعاه فعليه البيان.

هذه آراء علماء الأصول فى الاجتهاد الجزئى، وهى صريحة فى حرمة التقليد على من يقدر على الاجتهاد فى وقائع خاصة، سواء أكان المقلد صحابياً أم تابعياً أم إماماً من الأئمة الأربعة أو غيرهم.

وشروط الاجتهاد الجزئى كما يرى سهلة المنال، فليس على مريد الاجتهاد فى مسألة من مسائل البيع أو الطلاق إلا أن يعرف آيات البيع أو آيات الطلاق، وأحاديث البيع أو أحاديث الطلاق، ويعرف ما نسخ منها وما بقى، ويعرف مواقع الإجماع ليتجنب المخالفة بعد أن يكون على بصيرة فى فهم اللغة، ونصب الأدلة، وليس عليه أن يحيط بجميع الأدلة وجميع علوم اللغة وفنون المنطق والكلام وآراء الفقهاء. وهل يجوز لمسلم بعد هذا أن يقول: إن على المسلمين فى جميع بقاع الأرض تقليد واحد من الأئمة الأربعة دون سواهم وإلا كانوا آثمين جاهلين خارقين للإجماع؟!.

وسأعرض لهذا الشئ المبتدع الذى سموه إجماع المحققين لأبين منزلته ومكانه

وفى المستصطفى للغزالي: اجتماع هذه العلوم الثمانية إنما يشترط فى حق المجتهد المطلق الذى يفتى فى جميع الشرع، وليس الاجتهاد عندى منصباً لا يتجزأ، بل يجوز أن يقال للعالم: إنه مجتهد فى بعض الأحكام دون بعض، فمن عرف النظر القياسى، فله أن يفتى فى مسألة قياسية، وإن لم يكن ماهراً فى علم الحديث، ومن عرف أحاديث قتل المسلم بالذمى، وطريق التصرف فيه فلا يضره قصوره عن علم النحو الذى يعرف قوله تعالى: ﴿وَأَمْسَحُوا بَرءَ وُجُوهِكُمْ وَأَرْجُلِكُمْ إِلَى الْكَعْبِينَ﴾ وقس عليه ما فى معناه.

وفى كتاب الأحكام للآمدى بعد أن نص على شروط المجتهد، قال: وذلك كله إنما يشترط فى المجتهد المطلق المتصدى للحكم والفتوى فى جميع المسائل، وأما الاجتهاد فى بعض المسائل فيكفى فيه أن يكون عارفاً بما يتعلق بتلك المسألة وما لا بد منه فيها ولا يضره فى ذلك جهله بما لا تعلق له بها مما يتعلق بباقي المسائل الفقهية.

والمكلف إذا حصلت له أهلية الاجتهاد بتمامها فى مسألة من المسائل فإن اجتهد فيها وأداه اجتهاده إلى حكم فيها، فقد اتفق الكل على أنه لا يجوز له تقليد غيره من المجتهدين فى خلاف ما أوجه ظنه، وإن لم يكن قد اجتهد فقد

بين الأدلة الشرعية، ولأكشف عن بصائر الناس هذا الغطاء الذي حجب عنهم نور الحق.

#### ٦- التقليد

العامي ومن ليس له أهلية الاجتهاد، وإن كان محصلاً لبعض العلوم المعتمدة في الاجتهاد يجب عليه اتباع قول المجتهد والأخذ بفتواه، واتفقوا على جواز استفتاءه لكل من عرف بالعلم، وأهلية الاجتهاد والعدالة.

قال الآمدي: وإذا حدثت للعامي حادثة، وأراد الاستفتاء عن حكمها فإن كان في البلد مفت واحد وجب عليه الرجوع إليه والأخذ بقوله، وإن تعدد المفتون فمن الأصوليين من ذهب إلى أنه يجب عليه البحث عن أعيان المفتين واتباع الأورع والأعلم والأدين، ومنهم من ذهب إلى أنه مخير بينهم يأخذ برأى من شاء منهم سواء أتساووا أم تفاضلوا وهو المختار.

وإذا اتبع العامي بعض المجتهدين في حكم حادثة وعمل بقوله فيها ليس له الرجوع عن ذلك القول في هذه المسألة، وهل له اتباع غيره في غير ذلك الحكم اختلفوا فيه، فمنهم من منعه، ومن من أجازته، وهو الحق نظراً إلى ما وقع عليه إجماع الصحابة من تسويغ استفتاء

العامي لكل عالم في مسألة، ولم ينقل عن أحد من السلف الحجر في ذلك، ولو كان ممتنعاً لما جاز من الصحابة إهماله.

وإذا عين العامي مذهباً معيناً كمذهب الشافعي أو أبي حنيفة أو غيره وقال أنا على مذهبه، وملتزم له، فهل له الرجوع إلى قول غيره في مسألة من المسائل اختلفوا فيه فجوزه قوم ومنعه آخرون، والمختار التفصيل، وهو أن كل مسألة من مذهب الأول اتصل بها عمله، فليس له تقليد الغير فيها، وما لم يتصل عمله بها فلا مانع من اتباع غيره فيها.

وفي التحرير وشرحه: لا يرجع المقلد فيما قلده فيه، أي عمل به اتفاقاً، ذكره الآمدي، قال الزركشي: وليس الأمر كما قال، ففى كلام غيره ما يقتضى وجود الخلاف بعد العمل، وكيف يمتنع ذلك عليه إذا اعتقد صحته، وعلى هذا فإذا تعارض قولاً بمجتهدين يجب التحرى فيهما، والعمل بما يقع في قلبه أنه الصواب، وليس له الرجوع عما عمل به إلا إذا ظهر له خطؤه.

ولو التزم مذهباً معيناً فقليل: يلزم، وقيل: لا، وهو الأصح لأن التزامه غير ملزم إذ لا واجب إلا ما أوجبه الله

ورسوله، ولم يوجب الله ولا رسوله على أحد من الناس أن يتمذهب بمذهب رجل من الأمة فيقلده في دينه في كل ما يأتي ويذر دون غيره، وقد انطوت القرون الفاضلة على عدم القول بذلك، وصرح العلاني بأن المشهور في كتب المذهب جواز الانتقال في آحاد المسائل والعمل فيها بخلاف مذهب إمامه الذي يقلده إذا لم يكن ذلك على وجه التتبع للرخص.

وفي التحرير وشرحه: نقل الإمام في البرهان إجماع المحققين على منع تقليد العوام أعيان الصحابة وأن عليهم أن يقلدوا الأئمة الذين جاءوا بعد الصحابة لأنهم دونوا وهذبوا وفصلوا وبوبوا وأوضحوا طرق النظر، وعلى هذا بنى ابن الصلاح وجوب تقليد الأئمة الأربعة لانضباط مذاهبهم وتحرير شروطها، وغير ذلك مما لم يُعلم مثله في غيرهم، وحاصل هذا أنه امتنع تقليد غيرهم لتعذر نقل حقيقة مذاهبهم، وعدم ثبوته حق الثبوت، لا لأنه لا يقلد، ولذلك قال ابن عبد السلام إن تحقق ثبوت مذهب عن واحد منهم جاز تقليده وفاقاً وإلا فلا، وإذا صح عن بعض الصحابة حكم لم يجوز مخالفته إلا بدليل أوضح من دليله، ومعلوم أنه لا يشترط أن يكون للمجتهد مذهب مدون، وأنه لا

يلزم أحداً أن يتمذهب بمذهب أحد الأئمة بحيث يأخذ أقواله كلها ويدع أقوال غيره. انتهى بتصرف.

وفي مسلم: الثبوت وشرحه بعد أن نقل ما في التحرير وشرحه من إجماع المحققين ورأى ابن الصلاح.

قال القرافي: انعقد الإجماع على أن من أسلم فله أن يقلد من شاء من العلماء من غير حجر وأجمع الصحابة رضی الله عنهم على أن من استفتى أبا بكر وعمر أميرى المؤمنين، فله أن يستفتى أبا هريرة ومعاذ بن جبل، وغيرهما فمن ادعى رفع هذين الإجماعين فعليه البيان، وقد بطل بهذين الإجماعين قول الإمام (يريد بذلك قوله: إن المحققين أجمعوا على منع تقليد أعيان الصحابة).

وقوله أجمع المحققون ليس معناه الإجماع الذي هو حجة حتى يقال: إن إجماعهم عارض الإجماعين السابقين، وفي كلام الإمام خلل آخر؛ لأن التبويب والتهديب والتفصيل، لا دخل له في التقليد، فإن المقلد إن فهم مراد الصحابي عمل به، وإلا سأل مجتهداً آخر، وبهذا بطل قول ابن الصلاح أيضاً وفي كلامه خلل آخر، إذ المجتهدون الآخرون أيضاً بذلوا جهدهم مثل بذل الأئمة الأربعة، وإنكار هذا مكابرة،

وسوء أدب، والحق أنه إنما منع من تقليد غيرهم لأنه لم تبق رواية مذهبهم محفوظة حتى لو وجدت رواية صحيحة من مجتهد آخر يجوز العمل بها، ألا ترى أن المتأخرين أفتوا بالتحليف للشهود إقامة له مقام التزكية على مذهب ابن أبي ليلى.

أطلقنا في بيان النصوص في هذه المسألة لنجلى الحق فيها ولنبرهن على صحة ما قلناه في مذكرة المشروع من خطأ القول بعدم جواز تقليد غير الأئمة الأربعة، ومن أن هذا رأى حادث في الأمة الإسلامية لم يقله أحد قبل ابن الصلاح، وهو رأى خاطئ مبنى على خطأ.

كان المسلمون مجتمعين على جواز تقليد أى عالم من علماء المسلمين، فجاء الإمام ونقل إجماع المحققين على منع تقليد أعيان الصحابة؛ لأنه ليس فى وسع العامى أن يعرف غرضهم، وأن يفهم مقصودهم، ثم رتب ابن الصلاح على هذا وجوب تقليد الأئمة الأربعة دون سواهم، وبذلك نسخ حكم الإباحة الذى كان مستفاداً من إجماع المسلمين برأى ابن الصلاح المبنى على إجماع المحققين.

ابن الصلاح هذا فقيه مقلد، فكيف يؤخذ برأى فقيه مقلد ليس واحداً من الأئمة الأربعة، وكيف ينسخ الإجماع برأى واحد لا يصح تقليده ولا الأخذ بقوله.

ليس لإجماع المحققين قيمة بين الأدلة الشرعية، فهي محصورة فى كتاب الله وسنة رسوله، وإجماع المجتهدين، والقياس على المنصوص، ولم يعد أحد من الأدلة الشرعية لإجماع المحققين، فكيف برز هذا الإجماع، وأخذ مكانته بين الأدلة، وأصبح يقوى على نسخ إجماع المسلمين.

لم نعرف أحداً من العلماء، تكلم عن إجماع المحققين، وشروطه، وطريقة نقله، وهل هو ممكن أو مستحيل، وهل يمكن نقله، وهل يكفر مخالفه، وغير ذلك من القواعد التى وضعها العلماء لإجماع المجتهدين. فكيف مع هذا نأخذ من إجماع المحققين أحكاماً شرعية تحصر الدين الإسلامى جميعه فى أشخاص أربعة بعد أن كان الفقهاء لا يمكن عددهم فى جميع العصور الماضية.

الإجماع الذى هو حجة معروف فى كتب الأصول أنه اتفاق جميع مجتهدى عصر من العصور على حكم شرعى ظنى، وليس يعيننا الآن أن نبين إمكانه،

واستحالته وإمكان نقله، وعدم إمكانه، فهذا لا يدخل في بحثنا الآن، ولكن نذكر شيئاً واحداً وهو أن محققي العلماء يرون استحالة الإجماع ونقله بعد القرون الثلاثة الأولى نظراً لتفرق العلماء في مشارق الأرض ومغاربها، واستحالة الإحاطة بهم وبآرائهم عادة، وهذا رأى واضح كل الوضوح لا يصح لعاقل أن ينازع فيه.

وإذا كان هذا واضحاً بالنسبة لإجماع المجتهدين، وهم أقل عدداً بلا ريب من المحققين فكيف عرف إجماع المحققين على منع تقليد أعيان الصحابة، وكيف أمكن نقل هذا الإجماع.

ولندل على رأى الأئمة في الإجماع، ثبت هنا ما قاله الإمامان الجليلان الشافعي وأحمد رضى الله عنهما، قال الشافعي في الرسالة: ما لا يعلم فيه خلاف فليس بإجماع وقال عبد الله بن أحمد بن حنبل: سمعت أباي يقول: ما يدعى فيه الرجل الإجماع فهو كذب، من ادعى الإجماع فهو كاذب، لعل الناس اختلفوا ما يدرية، ولم ينته إليه، فليقل: لا نعلم الناس اختلفوا.

هذا ونصوص رسول الله صلى الله عليه وسلم أجل عند العلماء من أن يقدموا عليها توهم إجماع مضمونه عدم

العلم بالمخالف، ولو ساغ ذلك لتعطلت النصوص، وساغ لكل من لم يعلم خلافاً في حكم مسألة أن يقدم جهله بالمخالف على النصوص.

ولكن ضعفاء الأحلام، ومن لم ينضج علمهم صاروا يدعون الإجماع عند عدم العلم بالمخالف قبل البحث عنه، ولم يكف الناس ما هم فيه من شر ادعاء الإجماع كذباً حتى زادوا لهم شيئاً سموه إجماع المحققين.

والخلاصة أنه يجوز تقليد غير الأئمة الأربعة متى صح النقل عنهم، وفهم مرادهم، وسنبت في فصل آخر إمكان صحة النقل من غير الأئمة الأربعة، ومما ينبغي الإشارة إلى فساد ما قاله صاحب الأشباه، وهو الخامس مما لا ينفذ القضاء به ما إذا قضى بشئ مخالف للإجماع، وهو ظاهر، وما خالف الأئمة الأربعة مخالف للإجماع، وإن كان فيه خلاف لغيره، فقد صرح في التحرير أن الإجماع انعقد على عدم العمل بمذهب مخالف للأربعة لانضباط مذاهبهم، وانتشارها، وكثرة أتباعهم، فإن هذا مبنى على اعتبار حصول الإجماع، وهو غير صحيح. لأن الذي حصل هو قول ابن الصلاح للمنع بناء على إجماع المحققين، وقد عرف ما في هذا كله من الفساد.

## ٧- إمكان الوثوق بنسبة آراء لأئمة غير الأئمة الأربعة

قال بعض العلماء: إنه لا يمكن الوثوق بأقوال غير الأئمة الأربعة، لأنه لا توجد كتب مدونة لنقل مذاهبهم، وإن وجدت، فلا يمكن الثقة فيها، لأنها لم تنقل إلينا بطريق موثوق، ولم يتلقها الناس عن الشيوخ، فهي كتب منقطعة الإسناد، وأيضاً فإنه لا بد من معرفة شروط الأحكام وقبورها، ومعرفة أن قائلها لم يرجعوا عنها، وهذا غير ميسور في أقوال غير الأئمة الأربعة.

أن من يرجع إلى الماضي قليلاً يعلم أن المعاهد الدينية في مصر كانت يدرس فيها عدد من الكتب محصور في المذاهب الأربعة نفسها، وفي التفسير والحديث وعلوم اللغة لم يكن يتلقى عن الشيوخ غير هذه الكتب، وكانت كتب اللغة نادرة جداً، وكان بعضهم لا يعرف المراجعة فيها، وكانت أمهات الكتب في جميع العلوم (ما عدا الحديث) منقطعة الإسناد، فهل نرد جميع الكتب التي تيسرت لنا حديثاً من لغة، وأدب، وتاريخ، وفقه، وكلام، ومنطق، وهل نرد كتاب الأم للإمام الشافعي، والمدونة للإمام مالك، وكتب الإمام محمد، وميسوط السرخسي، وبدائع الصنائع، وفتح القدير، والزيلعي، والتحرير،

والبحر، ومسلم الثبوت، والمواقات، والأحكام، ومختصر المنتهى، ودلائل الإعجاز، وأسرار البلاغة، ولسان العرب، والمخصص، وكل كتاب طبع في مصر، وغير مصر، وكل كتاب لم يطبع بعد؛ لأن هذه الكتب لا يوثق بها لعدم تلقيها عن الشيوخ؛ ولأنها كتب منقطعة الإسناد؟ وهل نرد كل الكونز المذخورة من أسلافنا في المكاتب في بلاد العالم جميعه؛ لأنها كتب منقطعة الإسناد؟

كان مذهب داود وهو من أهل الاجتهاد باتفاق العلماء منتشراً في الأمة الإسلامية زمناً طويلاً، وكان له أتباع من العلماء الأجلاء، وكان لهم كتب مدونة، ولا تزال موجودة إلى الآن، ومنها كتاب وضعه ابن حزم يسمى المحلى يقع في سبعة أجزاء. منه نسخ عدة في المكتبة الأميرية في مصر وإحداها من وقف الملك المؤيد.

وفي العالم الإسلامي الآن مذاهب منتشرة، يدين بها ملايين من المسلمين في اليمن وفارس، وبلاد الهند، ولهم كتب مطبوعة، وغير مطبوعة، ولهم متون وشروح، وحواش مثل التي عندنا سواء بسواء، ومنهم مجتهدون، وفيهم من يرجح قولاً على قول.

الفقه علماً قطعياً، ولوجب أن تكون أدلته قطعية والأمر فيه على غير ذلك فأدلته ظنية، وظن المجتهد يجب العمل به عليه وعلى من يقلده، وهذه الاحتمالات تجئ في المذاهب الأربعة نفسها، ومن الجائز عقلاً أن يكون أبو حنيفة رجع عن كل مذهبه قبل وفاته بيوم أو ساعة، ولم يطلع على هذا أحد من أتباعه، ومن الجائز أن يكون له قيود وشروط في الأحكام المنقولة غفل عنها كل من تعرض لنقل مذهبه وتدوينه، خصوصاً وأننا لا نعلم له كتاباً دونه بيده.

#### ٨- التقليد بغير دليل

قال ابن القيم: نقول لطائفة المقلدين هل تسوغون تقليد كل عالم من السلف والخلف أو تقليد بعضهم دون بعض، فإن سوغتم تقليد الجميع كان تسويغكم لتقليد من انتهيتم إلى مذهبه كتسويغكم تقليد غيره سواء بسواء، فكيف صارت أقوال هذا العالم مذهباً لكم تفتون بها وتقضون وقد سوغتم من تقليد هذا ما سوغتم من تقليد الآخر، فكيف سار هذا صاحب مذهبكم دون هذا، وكلاهما يسوغ أتباعه، فإن كانت أقواله من الدين فكيف ساغ لكم دفع الدين، وإن لم تكن أقواله من الدين فكيف سوغتم تقليده.

وهذه كتب الحديث تنقل آراء العلماء بالأسانيد كما تنقل الحديث عن رسول الله، وهذه شروح كتب الحديث تنقل آراء العلماء.

وهذه كتب الطبقات تذكر لنا عدداً من المجتهدين، وتنقل آراءهم، وكتب المذاهب نفسها مشحونة بآراء العلماء غير الأئمة الأربعة.

والعلماء الذين ردوا على مشروع القانون احتجوا بأثر مسند إلى عروة أخذوه من كتاب تهذيب الأسماء واللغات المطبوع في ليدن، ولم يتلقوه عن الشيوخ بالإسناد، ومع هذا فقد خلطوا آيتين من القرآن إحداهما في سورة البقرة والأخرى في سورة آل عمران وجعلوهما آية واحدة صدروا بها مذكراتهم، والحق أن إهدار هذه الكتب جميعها لعدم روايتها وتلقيها عن الشيوخ إهدار للعقل نفسه الذي يستطيع تمييز الخبيث من الطيب وتمييز الصحيح من الفاسد.

ولا شبهة في أنه يمكن الوثوق من كتب الفقه والحديث بصحة نقل الآراء عن غير الأئمة الأربعة، أما احتمال أنهم رجعوا عنها أو أن لها شروطاً وقيوداً لم تنقل، فهي فروض عقلية لم تبين التكاليف الشرعية على نفيها وإلا لكان



ثم إنكم معشر المقلدين إذا قال بعض أصحابكم ممن قلدتموه قولاً خلاف قول متبوعكم أو خرج على قوله جعلتموه وجهاً وقضيتم وألزمتم به، فإذا قال الإمام الذي هو نظير متبوعكم أو فوقيه قولاً يخالفه لم تلتفتوا إليه ولم تعدوه شيئاً، ومعلوم أن واحداً من الأئمة الذين هم نظير متبوعكم أجل من جميع أصحابه من أولهم إلى آخرهم، فقدروا أسوأ التقادير أن يكون قوله بمنزلة وجه في مذهبكم فيالله العجب صار من أفتى أو أحكم بقول واحد من مشايخ المذهب أحق بالقبول ممن أفتى بقول الخلفاء الراشدين وابن عباس وابن مسعود، وهذا من بركة التقليد بدون النظر في الدليل، فإن احتج كل فريق بترجيح متبوعه بوجه من وجوه الترجيح في تقدم زمان أو زهد أو ورع أو لقاء شيوخ وأئمة لم يلقهم من بعده أو كثرة أتباع لم يكونوا لغيره أمكن الفريق الآخر أن يبدوا لمتبوعهم من الترجيح بذلك أو غيره مما هو مثله أو فوقيه، وأمكن لغير هؤلاء كلهم أن يقولوا لهم جميعاً: إن قولكم هذا يوجب عليكم أن تتركوا قول متبوعكم لقول من هو أقدم من الصحابة والتابعين، فأين أتباع ابن عباس وابن مسعود وزيد بن ثابت من أتباع المتأخرين في الكثرة والجلالة وأين

في أتباع الأئمة مثل عطاء، وطاوس، ومجاهد، وعكرمة.

وقد نهى الأئمة الأربعة عن تقليدهم وذموا من أخذ أقوالهم بغير حجة، فقال الشافعي: مثل الذي يطلب العلم بلا حجة كممثل حاطب ليل يحمل أفعى تلدغه، وهو لا يدري، وقال المزني في أول مختصره: اختصرت هذا من علم الشافعي، ومن معنى قوله لأقربه على من أراده مع إعلامه نهيه عن تقليده وتقليد غيره لينظر فيه لدينه ويحافظ لنفسه، وقد فرق أحمد بين التقليد والاتباع، فقال أبو داود: سمعته يقول: الاتباع أن يتبع الرجل ما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن أصحابه، ثم هو من بعد في التابعين مخير، وقال أيضاً: لا تقلدني ولا تقلد مالكاً ولا الثوري ولا الأوزاعي، وخذ من حيث أخذوا، ومن قلة فقه الرجل أن يقلد في دينه الرجل، وقال أبو يوسف: لا يحل لأحد أن يقول مقالتنا حتى يعلم من أين قلنا.

والغرض من نقل هذا أن نثبت أن تقليد إمام من غير معرفة دليله لمن يستطيع النظر في الأدلة وفهمها، وترجيح دليل على دليل أمر يأباه الدين وتأباه أقوال الأئمة، ولم يكن معروفاً في الصدر الأول، ولم يكن يرضاه أحد لنفسه، وإذا لم يكن الاجتهاد ميسوراً



نفسه أمام رأيين لا يتخير بينهما، وعليه أن يختار ما تطمئن إليه نفسه ويجب عليه العمل به، وإذا كان هذا الحال العامي فما يكون حال العالم الذي يستطيع فهم الأدلة وترجيح بعضها على بعض؟.

سواء أكان جزئياً أو مطلقاً فليس يعسر على من مرن على الأدلة في العلوم العقلية وعلوم الفقه أن يرجح دليلاً على دليل، ويعمل بما تطمئن إليه نفسه، وقد نص الغزالي على أن العامي الذي يجد



**بحوث في التشريع الإسلامى  
وأسانيد قانون الزواج والطلاق  
رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ (\*)**

للشيخ محمد مصطفى المراغى



**٩- قضاء القاضى وفتواه بخلاف  
مذهبه**

فى حاشية ابن عابدين، قال فى  
الفتح: ولو قضى فى المجتهد فيه ناسياً  
مذهبه مخالفاً لرأيه نفذ عند أبى حنيفة  
رواية واحدة، وإن كان عامداً فقيه  
روایتان، وعندهما لا ينفذ فى الوجهين؛  
وجهى النسيان والعمد، والفتوى على  
قولهما. وذكر فى الفتاوى الصغرى أن  
الفتوى على قوله، والوجه فى هذا  
الزمان أن يفتى بقولهما؛ لأن التارك  
لمذهبه عمداً لا يفعله إلا هوى باطل لا  
لقصد جميل، وأما الناسى فلأن المقلد  
والحاكم الذى ولاه ما قلده إلا ليحكم  
بمذهبه لا بمذهب غيره؛ هذا كله فى  
القاضى المجتهد. وأما القاضى المقلد (أى  
المتبع لمذهب من المذاهب) فإنما ولاه

الحاكم ليحكم بمذهب أبى حنيفة مثلاً،  
فلا يملك المخالفة فيكون معزولاً بالنسبة  
إلى ذلك الحكم.

وفى شرح الدر: قضى من ليس  
بمجتهداً كحنفية زماننا بخلاف مذهبه  
عامداً لا ينفذ اتفاقاً، وكذا ناسياً  
عندهما، ولو قيده السلطان بصحيح  
مذهبه تقيده بلا خلاف، وأما الأمير  
فتمتى صادف مجتهداً فيه نفذ أمره كما  
قدمنا عن سير التتار خانية فليحفظ.

وفى حاشية ابن عابدين: وقد قدمنا  
أن السلطان لو حكم بين اثنين فالصحيح  
نفاذه، قال الرملى: وفى الخلاصة وفى  
النوازل أنه لا ينفذ. وفى أدب القاضى  
للخصاف ينفذ وهو الأصح. وقال

(\*) تابع المقالة المنشورة فى العدد السابق (٧٣-٧٤)



القاضى الإمام: ينفذ، وهذا أصح. وتدل هذه النصوص على ما يأتى:

(١) القاضى المجتهد إذا قضى بخلاف رأيه ناسياً ففى نفاذ قضائه وعدمه رأيان كلاهما مفتى به، وإذا قضى بخلاف رأيه عامداً لا ينفذ قضاؤه على المفتى به، وذلك لسببين: السبب الأول: أن تعمدته مخالفة رأيه دليل الهوى والغرض. والثانى: أن الحاكم الذى ولاه ما ولاه، إلا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره. فلا يملك مخالفة ذلك؛ لأنه معزول عن المخالفة.

(٢) القاضى المقلد لا ينفذ قضاؤه بخلاف مذهب متبوعه عامداً أو ناسياً؛ لأنه إنما ولى ليحكم بمذهب متبوعه (كأبى حنيفة مثلاً) فهو معزول عن الحكم بغير هذا المذهب.

(٣) للسلطان أن يحكم ويقضى بين الخصوم على المفتى به ومتى صادف مجتهداً فيه نفذ أمره.

ولا شبهة فى أن علة عدم نفاذ حكم القاضى بخلاف مذهبه سواء أكان مجتهداً أم مقلداً انحصرت فى أمرين: الأول: اتباع الهوى، والثانى: عزله عن خلاف مذهبه. ونحن لا نخالف فى هذا، ونصرح بأن الحكم بالهوى باطل،

ونصرح بأن الحكم بخلاف ما أذن به القاضى من الحاكم الذى ولاه باطل. ولكن الذى نتحدث عنه شئ وراء هذا كله، ذلك أننا نتحدث عن قانون سيضعه الحاكم، ويلزم فيه القضاة باتباع مذاهب معينة غير مذاهبهم لمصلحة رآها ورآها المسلمون، ونحن نصرح بأن هذا جائز شرعاً، وأن القاضى يجب عليه شرعاً أن يقضى فى مثل هذا بما يقيد به الحاكم، ولا يجوز له أن يقضى بغير ما قيده به الحاكم، وإلا كان قضاؤه باطلاً، وذلك لأن القاضى نائب عن الحاكم فى الحكم، وقد كان يجوز للحاكم أن يقضى بالأقوال التى يريد تقييد قضاته بها، فيجب عليهم اتباع شروط التوكيل عنه.

#### ١٠ - قضاء القاضى وفتواه بالضعيف من مذهبه

فى ابن عابدين: سئل شيخ الإسلام عطاء بن حمزة عن أبى الصغيرة زوجه من صغير، وقيل أبوه وكبير الصغير، وبينهما غيبة منقطعة، وقد كان التزوج بشهادة الفسقة، هل يجوز للقاضى أن يبعث إلى شافعى المذهب ليبتل هذا النكاح بسبب أنه كان بشهادة الفسقة؟ قال: نعم.

وفى شرح الدر: وحزم المصنف بأن القاضى إذا خالف مشهور مذهبه لا

ينفذ حكمه في الأصح، كما لو ارتشى إلا إن نص السلطان على العمل بغير المشهور، فيسوغ فيصير حنفياً زفرياً، وهذا لم يقع بل الواقع خلافه. وفي حاشية ابن عابدين: وحاصل عبارة المصنف أن قضاة هذا الزمان يعملون بقول زفر ابتغاء حطام الدنيا. وهو قول فاسد كما قال الكمال، ومع ذلك فهو مجتهد فيه، وصرح في جامع الفصولين: أنه لو قضي به قاض ينفذ؛ لأن للاجتهاد فيه مساعاً، والوجه عندي في هذا الزمان عدم نفاذه؛ لأنه إنما يقع بأخذ المال في مقابلته.

وحاصل المسألة التي تناولها هذا الخلاف أن الرجل إذا طلق زوجته، ثم تزوجها زوجاً صحيحاً وهي في العدة، وطلقها قبل الدخول يجب عليه مهر تام. وتجب عليها عدة مبتدأة، وقال محمد: تكمل العدة الأولى فقط، وقال زفر: لا يجب عليها تكميل العدة الأولى، وتحل للأزواج فور الطلاق.

وفي رسالة رسم المفتي: قال السبكي في الوقف من فتاويه: يجوز تقليد الوجه الضعيف في نفس الأمر في حق نفسه لا للفتوى والحكم. فقد نقل ابن الصلاح الإجماع على أنه لا يجوز وقال العلامة الشرنبلالي في رسالة العقد الفريد في جواز التقليد: مقتضى مذهب الشافعي

كما قال السبكي منع العمل بالقول المرجوح في القضاء والافتاء دون العمل لنفسه ومذهب الحنفية المنع لكون المرجوح صار منسوخاً قلت: والتعليل بأنه صار منسوخاً إنما يظهر لو كان في المسألة قولان رجع المجتهد عن أحدهما أو علم تأخر أحدهما عن الآخر وإلا فلا. كما لو كان في المسألة قولان؛ قول لأبي يوسف وقول لمحمد فإنه لا يظهر النسخ لكن مراده أنه إذا صحح أحدهما صار الآخر بمنزلة المنسوخ، وهو معنى ما مر من قول العلامة قاسم: أن المرجوح في مقابلة الراجح بمنزلة العدم، ثم إن ما ذكره السبكي من جواز العمل بالمرجوح في حق نفسه عند الشافعي مخالف لما مر عن العلامة قاسم من نقل الإجماع على عدم العمل بما شاء من الأقوال إلا أن يقال: المراد بالعمل بالحكم والقضاء وهو بعيد. والأظهر في الجواب أخذنا من التعبير بالتشهي أن يقال إن الإجماع على منع إطلاق التخيير أي بأن يختار ويتشهي مهما أراد من الأقوال في أي وقت أراد أما لو عمل بالضعيف في بعض الأوقات لضرورة اقتضت ذلك فلا يمنع منه وعليه يحمل ما تقدم من الشرنبلالي من أن مذهب الحنفية المنع.

وفي رسالة رسم المفتي: وفي المعراج عن فخر الأئمة، لو أفتى مفت بشيء من

هذه الأقول فى مواضع الضرورة طلباً للتيسير لكان حسناً وبه علم أن المضطر له العمل بذلك لنفسه كما قلنا وأن المفتى له الافتاء به للمضطر فما مر من أنه ليس له العمل الضعيف ولا الافتاء به محمول على غير موضع الضرورة كما علمته من مجموع ما قررناه.

وفى متن خليل مع شرحه: وحكم القاضى المقلد بقول إمامه أى بالراجح منه لا بقول غيره، ولا بالضعيف من مذهبه، وكذا المفتى فإن حكم بالضعيف نفذ إلا إذا لم يشتد ضعفه، وكان الحاكم من أهل الترجيح وترجح عنده ذلك الحكم بمرجح فلا ينقض كما لو قاس عند عدم النص وهو من أهله. قال الدسوقى: قوله لا بقول غيره، أى ولا يجوز له الحكم بقول غير إمامه وإن حكم لم ينفذ حكمه، والقول بأنه يلزمه الحكم بقول امامه ليس متفقاً عليه حتى قيل ليس إمامه رسولاً أرسل إليه بل حكوا خلافاً إذا اشترط السلطان عليه ألا يحكم إلا بمذهب إمامه فقيل: لا يلزم الشرط، وقيل: بل تفسد التولية، وقيل يعضى الشرط للمصلحة.

وقال الدسوقى أيضاً: قوله وكذا المفتى أى فلا يجوز له الافتاء إلا بالراجح من مذهب إمامه لا بمذهب غيره ولا بالضعيف من مذهبه. نعم يجوز له العمل

بالضعيف فى خاصة نفسه إذا تحققت الضرورة، ولا يجوز للمفتى الافتاء بغير المشهور لأنه لا تتحقق الضرورة بالنسبة لغيره كما يتحققها بالنسبة لنفسه، ولذلك سدوا الذريعة وقالوا بمنع الفتوى بغير المشهور خوف أن لا تكون الضرورة متحققة لا لأجل أنه لا يعمل بالضعيف، ولو تحققت الضرورة قاله البنائى. ويؤخذ من كلامه هذا أنه يجوز للمفتى أن يفتى صديقه بغير المشهور إذا تحقق ضرورته؛ لأن شأن الصديق لا يخفى.

هذه هى نصوص الفقهاء فى العمل بالقول الضعيف فما الذى ترشد إليه هذه النصوص؟ ترشد إلى ما يأتى:

(١) للقاضى أن يلجأ إلى غير مذهبه للضرورة (فتوى عطاء).

(٢) للقاضى أن يعمل بغير المشهور من مذهبه إذا نص السلطان على ذلك (نص الدر).

(٣) للقاضى أن يقضى بالقول المنصوص على فساده كقول زفر فى حكم العدة المار ذكره ولا ينقض قضاؤه لأنه مجتهد فيه إلا إذا كان فى مقابلة أخذ المال أو للهوى والغرض (عبارة الفصولين وتعليقها).

(٤) جواز العمل والإفتاء بالقول الضعيف في مواضع الضرورة (عبارة المعراج عن فخر الأئمة).

(٥) جواز العمل بالضعيف للشخص في خاصة نفسه وللفتوى إذا تحقق للمفتي الضرورة (عبارة الدسوقي).

(٦) منع التخيير إذا كان الغرض من الالتجاء إلى القول الضعيف الشهوة والغرض اتباعاً للهوى وابتغاء حطام الدنيا.

ويجب أن يلاحظ أن فتوى عطاء بن حمزة كانت مبنية على أن القاضى الحنفى لا يجوز له القضاء بغير مذهبه؛ لأنه معزول عنه، ولذلك أجاز له الالتجاء إلى شافعى يستطيع القضاء بذلك.

ولا يمكن لأحد أن يعترض هذه الأحكام المستفادة من هذه النصوص ونحن نوافق عليها والأصل في الدين أنه لا حجة على مسلم إلا في دليل من الأدلة الشرعية، وكل قادر على تناول الحكم منها يجب عليه أن يدع تقليد الرجال أيّاً كانوا وإذا تعذر على مسلم أن ينال الأحكام من أدلتها وجب عليه أن يقلد ويسأل أهل الذكر.

المجتهد يحرم عليه شرعاً أن يعمل بغير رأيه سواء أكان مجتهداً مطلقاً أو مجتهداً في مسألة أو مسائل خاصة. والمقلد

الذى يستطيع النظر فى الأدلة وترجيح بعضها على بعض يجب عليه أن يعمل بما يترجح عنده بالدليل. ولا يجوز له أن يتخير. ومن لا يستطيع الترجيح يتخير أو يعمل بما يطمئن إليه قلبه.

والقاضى والمفتى لا يجيدان عن هذا، غير أن القاضى يمتاز عن من يريد العمل لنفسه، ذلك أنه عندما يقلد القضاء من الحاكم يجب عليه اتباع شروط الحاكم الذى ولاه فإن ولاه على أن يحكم بمذهب إمام معين كأبى حنيفة مثلاً، وجب عليه امتثاله، وإن حتم عليه العمل بالراجح وجب عليه امتثاله، وإن نص فى منشوره على العمل بأقوال قيل أنها مرجوحة فى مسائل معينة وجب عليه امتثاله. وإن نص فى منشوره على العمل بغير مذهب أبى حنيفة فى مسائل معينة وجب عليه امتثاله. ومتى حكم القاضى بما يقيد به الحاكم الذى ولاه لا يمكن أن يقال أن حكمه للهوى والغرض ولا أنه حكم لأخذ المال فلا ينفذ حكمه بل يصير الأمر على العكس، فإن حكم بالراجح لا ينفذ لأنه معزول عنه، ويكون حكمه باطلاً لأنه مظنة الهوى ومظنة أخذ المال.

ولا يفتونا هنا أن نبادر إلى القول بأن القول الضعيف عندما يختار للعمل به لمصلحة من مصالح الأمة لا يبقى ضعيفاً



بل يصير راجحاً وسيوضح هذا في فصل آخر- وهو فصل تغير الأحكام تبعاً لتغير العرف وللضرورة-.

### ١١- تغير الأحكام بتغير الأزمنة والأمكنة والعرف

قال ابن القيم: هذا فصل عظيم النفع جداً وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة وتكليف مالا سبيل إليه، وما يعلم أن الشريعة الباهرة لا تأتي به، فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم والمصالح وهي عدل كلها ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها، وكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل. وقد ضرب لذلك أمثلة منها أنه شرع لهذه الأمة وجوب إنكار المنكر وتغييره ولكن إذا كان إنكار المنكر يستدعي منكراً أشد فإنه لا يسوغ الإنكار في هذه الحالة.

ومنها أن النبي ﷺ نهى أن تقطع الأيدي في الغزو وهذا حدٌ نهى عنه خشية أن يترتب عليه ما هو أبغض من تعطيله أو تأخيره.

ومنها أن عمر بن الخطاب أسقط الحد بالقطع عن السارق عام الجماعة قال

السعدي: حدثنا هارون بن إسماعيل الحرار حدثنا علي بن المبارك حدثنا يحيى بن أبي كثير عن حسان بن زاهر أن ابن حدير حدثه عن عمر قال لا تقطع اليد في عذق ولا عام سنة قال السعدي: سألت أحمد بن حنبل عن هذا الحديث فقال: العذق النخلة، وعام سنة الجماعة فقلت لأحمد تقول به؟ قال أي لعمري. قلت إن سرق في عام الجماعة لا تقطعه فقال لا، إذا حملته الحاجة إلى ذلك والناس في مجاعة وشدة، وهذا على نحو قضية عمر في غلمان حاطب ذلك أنهم سرقوا ناقة لرجل من مزينة وأتى بهم إلى عمر فأقروا على أنفسهم فأمر أن تقطع أيديهم ثم ردهم، وقال لعبد الرحمن بن حاطب (سيد الغلمان) أما والله لولا أني أعلم أنكم تستعملونهم وتجميعونهم حتى أن أحدهم لو أكل ما حرم الله عليه حل له لقطعت أيديهم، وأيم الله إذ لم أفعل لأغرمنك غرامة توجعك ثم قال يامزني بكم أريدت منك ناقتك؟ قال بأربعمائه، قال عمر اذهب فاعطه ثمانمائة.

وفي رسالة نشر العرف، إذا خالف العرف الدليل الشرعي؛ فإن خالفه من كل وجه بأن لزم منه ترك النص فلا شك في رده كتعارف الناس كثيراً من المحرمات من الربا وشرب الخمر ولبس



الحرير والذهب، وإن لم يخالفه من كل وجه بأن ورد الدليل عاماً، والعرف خالفه في بعض أفراده أو كان الدليل قياساً فإن العرف يعتبر إن كان عاماً فإن العرف العام يصلح مخصصاً، ويترك به القياس كما صرحوا به في مسألة الاستصناع ودخول الحمام، وإن كان العرف خاصاً فإنه لا يعتبر وهو المذهب كما ذكره في الأشباه.

وفى البزازية عازياً إلى الإمام البخاري: الحكم العام لا يثبت بالعرف الخاص وقبل يثبت به، ويتفرع على ذلك؛ لو استقرض ألفاً واستأجر المقرض لحفظ امرأة أو ملعقة كل شهر بعشرة وقيمتها لا تزيد على الأجر ففيها ثلاثة أقوال؛ صحة الإجارة بلا كراهة اعتباراً لعرف خواص بخاري، والصحة مع الكراهة للاختلاف والفساد لأن صحة الإجارة بالتعارف العام ولم يوجد.

ولو دفع إلى حائك غزلاً على أن ينسجه بالثلث كان مشايخ بلخ يجيزون هذه الإجارة لتعامل أهل بلدهم، والتعامل حجة يترك به القياس ويخص به الأثر وتجويز هذه الإجارة في الثياب للتعامل بمعنى تخصيص النص الذي ورد في قفيز الطحان لأن النص ورد في قفيز الطحان لا في الحائك إلا أن الحائك نظيره فيكون وارداً فيه دلالة فمتى تركنا

العمل بدلالة هذا النص في الحائك وعملنا به في قفيز الطحان كان تخصيصاً لا تركاً أصلاً وتخصيص النص بالتعامل جائز ألا ترى أننا جوزنا الاستصناع للتعامل والاستصناع بيع ما ليس عنده، وأنه منهي عنه، وتجويز الاستصناع بالتعامل تخصيص للنص الذي ورد في النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان لا ترك للنص لأننا عملنا بالنص في غير الاستصناع.

وذكر الشراح: أن السر والشعير والتمر والملح مكيلة أبداً لنص رسول الله ﷺ عليها فلا تتغير أبداً فيشترط التساوي بالكيل ولا يلتفت إلى التساوي في الوزن حتى لو تساوى الذهب بالذهب كيلاً لا وزناً لم يجز وكذا الفضة بالفضة لأن طاعة الرسول ﷺ واجبة علينا لأن النص أقوى من العرف، فلا يترك الأقوى بالأدنى، وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لأنها دلالة على الجواز فإن قلت قد روى عن أبي يوسف اعتبار العرف في هذه الأشياء المنصوصة حتى جوز التساوي بالكيل في الذهب، وبالوزن في الحنطة إذا تعارفه الناس فهذا فيه اتباع العرف اللازم منه ترك النص، فيلزم أن يجوز عنده ما شابهه من تجويز الربا ونحوه للعرف وإن خالف النص، قلت حاش



لله أن يكون مراد أبي يوسف ذلك، وإنما أراد تعليل النص بالعادة بمعنى أنه إنما نص على البر والشعير والتمر والملح بأنها مكيلة وعلى الذهب والفضة بأنهما موزونان لكونهما كانا في ذلك الوقت كذلك فالنص في ذلك الوقت إنما كان للعادة، حتى لو كانت العادة في ذلك الوقت وزن البر وكيل الذهب لورد النص على وفقها، وعلى هذا فلو تعارف الناس ببيع الدراهم بالدراهم واستقراضها بالعدد لا يكون مخالفاً للنص لكن فيه شبهة وهي أن الظاهر من هذه الرواية اعتبار المعيار من كيل أو وزن أما إلغاؤهما بالكلية، والعدول عنهما إلى العدد المتفاوت الأفراد في الوزن فهو خلاف الظاهر وخلاف النص الصريح في اشتراط المساواة في المكيلات والموزونات. وعلى كل حال فينبغي الجواز والخروج من الإثم عند الله تعالى، إما بناء على العمل بالعرف أو للضرورة، فقد أجازوا ما هو دون ذلك في الضرورة، فقد ذكر في البزازية في البيع الفاسد في القول السادس في بيع الوفاء أنه صحيح، قال لحاجة الناس فراراً من الربا، فبلخ اعتادوا الدين والإجارة وهي لا تصح في الكرم، وبخارى اعتادوا الإجارة الطويلة ولا تمكن في الأشجار، فاضطروا إلى بيعها

وفاء، وما ضاق على الناس أمر إلا اتسع حكمه، فإن قلت: إن المشقة والخرج إنما تعتبر في موضع لا نص فيه، ولذا رد على أبي يوسف في تجويزه رعى حشيش الحرم للضرورة بأنه منصوص على خلافه؛ قلت: يجاب بأن النص على تحريم رعى حشيش الحرم دليل على عدم الحرج فيه لأن استثناءه عليه السلام الإذخر فقط للحرج دل على أنه لا حرج فيما عداه بناء على أن ذلك حرج يسير يمكن الخروج عنه، بخلاف مسألتنا فإن تغيير ما اعتاده عامة أهل العصر في عامة بلاد الإسلام لا حرج فوقه.

ثم قال: فإن قلت: إن ما قدمته من أن العرف العام يصلح مخصصاً للأثر ويترك به القياس إنما هو فيما إذا كان عاماً من عهد الصحابة ومن بعدهم، بدليل ما قالوه في الاستصناع أن القياس عدم جوازه لكننا تركنا القياس بالتعامل به من غير تكبير أحد من الصحابة ولا من التابعين ولا من علماء كل عصر، وهذا حجة يترك به القياس؛ قلت: من نظر إلى فروعهم علم أن المراد به ما هو أعم من ذلك، ألا ترى أنه نهى عن بيع وشرط.

وقد صرح الفقهاء بأن الشرط المتعارف لا يفسد البيع كشرائه نعل على أن يحدوها البائع أى يقطعها، وشراء

ثوب أو خف على أن يرقعه ويخرزه، فإنهم قالوا يصح للعرف، وإنما تصح الدعوى إذا ثبت أن هذا العرف كان موجوداً زمن المجتهدين من الصحابة، فالمراد من العرف العام ما قابل العرف الخاص ببلدة واحدة، وهو ما تعامله أهل البلاد عامة سواء أكان قديماً أم حديثاً، واعتبار العرف الخاص ببلدة أيضاً قول في المذهب ضعيف يجوز العمل به عند الضرورة.

فإن قلت: العرف يتغير ويختلف باختلاف الأزمان، فلو طرأ عرف جديد هل للمفتي في زماننا أن يفتي على وفقه ويخالف المنصوص في كتب المذهب؟ وكذا هل للحاكم الآن العمل بالقرائن؟ قلت: مبنى هذه الرسالة على هذه المسألة، فاعلم أن المتأخرين الذين خالفوا المنصوص في كتب المذهب في المسائل السابقة لم يخالفوه إلا لتغير الزمن وعلمهم أن صاحب المذهب لو كان في زمنهم لقال بما قالوه مما يستخرج به الحق من ظالم أو يدفع دعوى متعنت ونحوه بعدم سماع دعواه أو بحبسه ونحو ذلك، ولكن لا بد لكل من الحاكم والمفتي من نظر سديد، فللمفتي الآن أن يفتي على عرف أهل زمانه وإن خالف زمان المتقدمين، وكذا للحاكم العمل بالقرائن في أمثال ما ذكرناه. وفي رسم

المفتي: والتحقيق أن المفتي لا بد له من ضرب اجتهاد ومعرفة بأحوال الناس، ومن جهل زمانه فهو جاهل. فهذا وأمثاله دلائل واضحة على أن المفتي ليس له الجمود على المنقول في كتب ظاهر الرواية من غير مراعاة الزمان وأهله، وإلا ضيع حقوقاً كثيرة ويكون ضرره أعظم من نفعه. وفيه أيضاً بعد أن نقل فروعاً كثيرة في موضوعات مختلفة: فهذه النقول ونحوها دالة على اعتبار العرف الخاص وإن خالف المنصوص عليه في كتب المذاهب ما لم يخالف النص الشرعي، ومن ذلك ما لو باع التاجر في السوق شيئاً بثمن ولم يصرحا بحلول ولا تأجيل وكان المتعارف فيما بينهم أن البائع يأخذ كل جمعة قدر معلوماً، انصرف إليه بلا بيان، واعتبر فيه عرف ذلك السوق الخاص وإن لم يتعارف عليه في أكثر البلاد، مع أن المنصوص عليه في كتب المذهب حلول الثمن ما لم يشترط تأجيله، وعلى هذا فالحكم الخاص يثبت بالعرف الخاص؛ ومن ذلك بيع الثمار على الأشجار عند وجود بعضها دون البعض، فقد أجاز به بعض علمائنا للعرف، وكان شمس الأئمة الحلواني يفتي به ويجوازه، وظاهر المذهب أنه لا يجوز، ولا شك في تحقق الضرورة في

زماننا، وفيما ذكر من الجواز تيسير على الناس ورحمة بهم من حيث صحة بيعهم وحل أكلهم الثمار والخضروات وتناولهم أثمان ذلك وبقي شئ وهو أنهم صرحوا بأن بيع الثمار على الأشجار إنما يصح إذا شراها مطلقاً أو بشرط القطع، أما بشرط الترك على الأشجار فلا يصح لأنه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه لأحد المتعاقدين منفعة وهي زيادة النمو والنضج. ولا يخفى أنهم في هذا الزمان وإن لم يشترطوا الترك لكنه معروف والمعروف كالمشروط، ولم أر من صرح بذلك، وينبغي جوازه، فإنه حيث جاز للعرف بيع المدوم مع أن بيعه باطل لا فاسد فيجوز البيع مع هذا الشرط بالأولى. (هذه النصوص منقولة من مواضع متفرقة).

وينبغي أن يطال النظر إلى هذه النصوص، فهي تنطق بالروح العالی الذي كان يملاً صدور الفقهاء، وتدل على مقدار احترامهم لعرف الناس وعاداتهم، وعلى مقدار فهمهم للقواعد الفقهية، وأنها ما وضعت إلا لمصلحة العباد وضبط التعامل بينهم، وأنه يجب أن تخضع لعرفهم، وأن تخضع للضرورات والخرج، فلا يجوز أن تجمد الفقهيات الاجتهادية أمام حوادث الزمن وأمام ما يجد فيه من عادات

ومصطلحات، وهي قابلة للتجدد وقابلة للتغير أمام العرف العام وأمام العرف الخاص.

عمر بن الخطاب رضی اللہ عنہ أسقط الحد عام المجاعة ولم يقطع أيدي غلمان حاطب لأن الضرورة قامت عذراً عنده درأ به الحد. وأحمد رضی اللہ عنہ وافق عمر في الفصلين، والحنفية تركوا القياس وهو أحد الأدلة الشرعية بالعرف العام، وخصصوا النص بالعرف العام، وإذا رجعت إلى قواعدهم التي توجب في المخصص أن يكون متصلاً قلت إنهم نسخوا عموم النص بالعرف العام، إذ العرف قد لا يطراً إلا بعد قرون من ورود النص فيظل النص معمولاً به قروناً طويلة ثم يجد العرف فيتقبض النص ويقتصر على ما وراء المتعارف ويأخذ المتعارف حكماً آخر خلاف حكم النص فيصير الشئ مباحاً بالعرف بعد أن كان حراماً بالنص. وقد أهدر الحنفية دلالة النص وهي إحدى الدلالات اللفظية، حيث جوزوا الإجارة على نسج الغزل بالثلث، مع أن دلالة النص الاستفادة من قفيز الطحان تحرم هذه الإجارة.

وقد علل أبو يوسف النص في الربويات بالعرف، وبنى على هذا أنه إذا تغير الكيل في البر والشعير وتغير الوزن

فى الذهب والفضة، اعتبر العرف الطارئ لا عرف النص، غير أن الفقهاء لم يقفوا عند هذا الحد وأجازوا التعامل فى الدراهم بالعدد بدلاً واستقراضاً وإن تفاوت وزنها، مراعاة للعرف ومراعاة للضرورة، وفى هذا خروج على النص جملة لأنه إلغاء للمعيارية بالكيل والموزون.

وجعل الحنفية العرف الخاص قاضياً على النصوص المذهبية فى مسألة ثمن البيع المتقدمة إذا كان من عادة السوق دفع شئ من الثمن كل جمعة لا دفعه جملة واحدة والمذهب ليس كذلك، وأجازوا بيع الثمار واعتبار تركها مشروطاً، وقد كان بيع الثمار باطلاً، وكان شرط الترك فاسداً.

ورأى بعضهم أن يعمل العرف الخاص ما يعمل العرف العام، أى أنه يلغى قياساً ويخص نصاً ويهدر دلالة نص. وها هم أولئك فتحوا الباب للمفتين ليفتوا تبعاً لتغير العرف العام والخاص، وتبعاً للضرورة والخرج، وأجازوا للحاكم العمل بالقرائن، وأجازوا له النهى عن سماع دعوى المتعنت، وما أشبه ذلك.

ولا يغيب عن الأذهان أن الأحكام المستفادة من النصوص قليلة جداً بالنسبة للأحكام الاجتهادية، فالأحكام

الاجتهادية قابلة للتغير بالعرف العام والخاص، والأحكام المستفادة من النصوص قابلة للتخصيص بالعرف العام باتفاق، وبالعرف الخاص على رأى بعض الحنفية.

فهل توجد مرونة فى القوانين تسع الناس أكثر مما فى هذه الأحكام؟ وهل يصح مع هذا أن يقول أحد إن قواعد الفقه جامدة لا تسع الناس فى كل عصر ومكان؟ الحق أن هذا ظلم لهذه القواعد، ولكنه ظلم جره تزلزلت الفقهاء المحدثين الذين لم يفهموا روح الدين ولا روح الفقهاء المتقدمين.

وقد يبدو لأول الأمر أن العمل بالعرف على الطريقة التى أسلفناها عمل بما ليس دليلاً شرعياً، إذ الأدلة الشرعية لا تخرج عن الكتاب والسنة والإجماع والقياس، والعرف ليس واحداً منها.

وقد حاول العلماء من قبل تسويغ اعتباره دليلاً بوجوه كثيرة يعرفها من لهم سعة اطلاع على كتب الفقه والأصول، وكلها أوجه لا تثبت على التحقيق، وأرى أن العمل به عمل بالأدلة الشرعية، وعمل بما يستفاد من مدارك التشريع فى مواطن كثيرة، وإن شئت فقل إنه عمل بأدلة الكتاب.

فى الكتاب الكريم: ﴿يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾،

﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾.. هذان النصان يجب أن تبقى سيطرتهما تامة على جميع التشريع الإسلامي، فإذا ما وجدنا أن العمل بالنصوص الخاصة يوقع في الحرج لحدوث ضرورة ما، أو لحدوث عرف عام يوجب تركه الحرج، وجب أن تقف النصوص الخاصة عن عملها في تلك المواطن، وأن يُعمل بالنص العام القاطع الموجب لنفي الحرج، من ذلك تعلم أن العرف ليس دليلاً، وأنه لم يعمل به لاعتباره دليلاً وإنما يعمل به امتثالاً للدليل العام القاطع الموجب لنفي الحرج.

## ١٢- الاجتهاد في المذهب

كان من حق هذا الفصل أن يوضع بجوار فصل الاجتهاد الخاص، ولكن أخرناه؛ لأنه نتيجة البحث السابق، فناسب أن نذكره بجواره.

عُلم مما أسلفناه في الفصل السابق أن للمفتي الآن أن يفتي على عرف أهل زمانه وإن خالف فتوى المتقدمين، وأنه لا بد للمفتي من ضرب اجتهاد ومعرفة بأحوال الناس، وأنه ليس له الجمود على المنقول في كتب ظاهر الرواية من غير مراعاة الزمان وأهله، وإلا أضاع حقوقاً كثيرة، وكان ضرره أعظم من نفعه.

فللمفتي الآن أن يُخصص نصاً بالعرف العام، وأن يترك القياس بالعرف العام، ويترك دلالة النص بالعرف العام، وأن يترك المنصوص عليه في ظاهر الرواية للعرف الخاص أو للضرورة والحرج، وأن يرجح رأياً على رأي لسبب من هذه الأسباب وإذا لم يفعل ذلك كان ضرره أعظم من نفعه وأضاع حقوقاً كثيرة.

هذا هو الفقه الذي لا يمكن لشخص يُقدّر عقله أن يجيد عنه، فإن استطاع العلماء سد باب الاجتهاد المطلق فلن يستطيعوا سد باب الاجتهاد الخاص، وإن استطاعوا فلن يستطيعوا سد باب الاجتهاد في المذهب لاختيار رأي يلائم عرفاً عاماً أو خاصاً، أو رأى قضت به ضرورة عامة أو خاصة، أو لاستنباط رأى في حادثة لم يكن منصوصاً عليها. والحق أن الاجتهاد في المذهب لم ينقطع في أي عصر من العصور الماضية، وهو باق إلى الآن، فالحوادث لا نهاية لها، ولا يمكن أن تحدها الكتب ويجوؤها الحصر، وفي كل يوم تجد للقضاة والمفتين حوادث لا عهد للكتب بها فيستنبطون لها أحكاماً طبقاً للقواعد العامة، وتنسب هذه الأحكام إلى مذهب القضاة والمفتين، وسيستمر هذا ما بقيت

الدين، وما احتاج الناس إلى القضاء والافتاء.

### ١٣- سوابق التشريع في مصر في العمل بالأقوال الضعيفة من مذهب أبي حنيفة وبغير مذهب أبي حنيفة

صدرت لائحة سنة ١٨٨٠ اشتملت المادة العاشرة منها (على أن الأحكام تكون أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة، ولكن نظراً لفساد الزمان يحكم القضاة في حد القتل بمذهب الصاحبين والأئمة الثلاثة).

وصدر القانون رقم ٢١ لسنة ١٩١٠ ونصت المادة ٢٨٠ منه على وجوب العمل بالراجح في مذهب أبي حنيفة، وبمذهب أبي يوسف في مقدار المهر، وبما نص عليه القانون المذكور مما ليس راجحاً في مذهب أبي حنيفة؛ ومما نص عليه مما ليس راجحاً عدم حيف المقر له إذا ادعى المقر أنه كاذب في إقراره، وجواز الحكم على الغائب بعد إعلانه ولو في وجه النيابة إذا لم تعلم جهة إقامته؛ واشتمل القانون أيضاً على اعتبار من انتهت إليه اليمين ولم يحضر مجلس القضاء ناكلاً، وليس هذا مذهب أبي حنيفة.

وصدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ وأخذ فيه برأى محمد في التطبيق للعبوب، وليس هذا رأياً راجحاً في المذهب، وأخذ فيه برأى مالك في نفقة المعتدة، وفي التطبيق، وضرب الأجل لزوجة المفقود لتعتد بعده عدة وفاة وتتزوج، وفي الأجل ضرور في القانون للمفقود بجميع أنواعه، أخذ بآراء ضعيفة في مذهب مالك.

هذه سوابق التشريع صدرت على أيدي علماء المذاهب الأربعة في قانون سنة ١٩٢٠، وأخذ فيها برأى شيوخ الحنفية الأجلاء في قانون سنة ١٨٨٠ وقانون سنة ١٩١٠، وهي مبنية على جواز القضاء بغير مذهب القاضي، وبالضعيف من مذهبه إذا أمر بذلك ولي الأمر لمصلحة، وقد ظهر ما أسلفناه صحة هذا الرأي، وأنه حق لا يصح أن ينازع فيه، ويجب أن يلاحظ أن قانون سنة ١٩١٠ وإن أوجب على القضاة الحكم بالراجح فإنه لم يجعل الحكم باطلاً غير نافذ إذا صدر بالمرجوح، وذلك أن المادة ٣٢٧ جعلت التماس إعادة النظر لإبطال الحكم مقبولاً إذا لم يصادف الحكم قولاً في المذهب، أما إذا صادف قولاً ولو ضعيفاً فإنه لا يقبل الالتماس ولا ينقض الحكم.

## ١٤ - السياسة الشرعية

السياسة الشرعية: تدبير مصالح العباد على مقتضى قواعد الشريعة الإسلامية فيما كان منصوصاً عليه في كتاب الله وسنة رسوله ﷺ أو أجمع عليه المسلمون من وجوب وحرمة وجب اتباعه وعدم الخروج عنه، ولا يجوز لولى الأمر إحداث شئ من النظم يصادمه ويهدمه، وما لم يكن منصوصاً عليه أو مجمعاً عليه فهو محل الاجتهاد يجوز أن يوضع له من النظم ما لا يخرج عن قواعد الشريعة العامة مما يكون الغرض منه الوصول إلى حق والخروج من باطل، ورد الظالمين عن ظلمهم وتوفير أسباب السعادة والهناء للعباد، ولما كانت نصوص الكتاب والسنة لا تفي بتفصيلات الحوادث جميعها في كل زمان ومكان، كان من الحتم أن توضع النظم، وهذا ما نسميه السياسة الشرعية، لذلك كانت السياسة مما لا يستغنى عنها مذهب من المذاهب، ولا تستغنى عنها دولة من دول الإسلام، قال ابن عقيل في الفنون: جرى في جواز العمل بالسياسة الشرعية أنه الحزم، ولا يخلو من القول به إمام، وقال الشافعي: لا سياسة إلا ما وافق الشرع. فقال ابن عقيل: السياسة ما كان فعلاً يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح وأبعد عن

الفساد، وإن لم يضعه الرسول ﷺ ولا نزل به وحى، فإن أردت بقولك إلا ما وافق الشرع أى لم يخالف ما نطق به الشرع فصحيح، وإن أردت لا سياسة إلا ما نطق به الشرع فغلط وتغليط للصحابة، فقد جرى في عهد الخلفاء الراشدين من القتل والتمثيل ما لا يجده عالم بالسنن، ولو لم يكن إلا تحريق المصاحف فإنه كان رأياً اعتمدوا فيه على مصلحة الأمة، ونفى عمر بن الخطاب نصر بن حجاج ولم يكن هناك سبب لنفيه إلا أنه كان جميلاً تفتتن به النساء، وحرق عمر قصر سعد بن أبي وقاص لما احتجب فيه عن الرعية (فعل ذلك محمد بن مسلمة بأمره)، وألزم الصحابة أن يقلوا من الحديث عن رسول الله ﷺ لما اشتغلوا به عن القرآن سياسية منه للرعية، إلى غير ذلك مما فعله عمر ومن بعده من الخلفاء.

وقد تدل هذه الحوادث التي فعلها عمر رضى الله عنه والتي فعلها غيره على أكثر مما صدرنا به هذا البحث، وأكثر مما قاله ابن عقيل في الفنون، غير أنى لا أريد الآن أن أستدل بها على أكثر من هذا، فلنتقصر الآن على أنه لا يجوز لولى الأمر النهي عن واجب ولا الأمر بحرم، أما ما عدا ذلك فيجوز أن



يضع له من الأنظمة ما يرى فيه مصلحة للأمة.

### ١٥- طاعة ولي الأمر

قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾: أمر الله تعالى بطاعته وطاعة رسوله، وأعاد الفعل إعلماً بأن طاعة الرسول تجب استقلالاً من غير عرض ما أمر به على الكتاب، بل إذا أمر وجبت طاعته مطلقاً، سواء أكان ما أمر به في الكتاب أم لم يكن فيه، فإنه أوتى الكتاب ومثله معه، ولم يأمر بطاعة أولى الأمر استقلالاً، بل حذف الفعل وجعل طاعتهم في ضمن طاعة الرسول إذاناً بأنهم إنما يطاعون تبعاً لطاعة الرسول، فمن أمر منهم بطاعة الرسول وجبت طاعته، ومن أمر بخلاف ما جاء به الرسول فلا سمع له ولا طاعة، كما صح عنه عليه السلام: "لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق"، وقال: "إنما الطاعة في المعروف"، وقال في ولاة الأمور: "من أمركم منهم بمعصية الله فلا سمع له ولا طاعة".

وقد اختلف في أولى الأمر: فقيل: هم الأمراء، وقيل: هم العلماء، وهما روايتان عن الإمام أحمد. والتحقيق أن الآية تتناول الطائفتين، وطاعتهم من طاعة الرسول، فالعلماء يبلغون أمر

الرسول، والأمراء ينفذون، فتجب طاعتهم.

وفى الآلوسى: واختلف في المراد بهم، فقيل أمراء المسلمين في عهد الرسول عليه السلام وبعده، ويندرج فيهم الخلفاء والسلاطين والقضاة وغيرهم. وقيل: المراد بهم أمراء السرايا، وقيل: المراد بهم أهل العلم، وحمله كثير - وليس ببعيد - على ما يعم الجميع لتناول الاسم لهم، لأن للأمراء تدبير أمر الجيش والقتال، وللعلماء حفظ الشريعة وما يجوز وما لا يجوز. ثم إن وجوب الطاعة لهم ما داموا على الحق، فلا تجب طاعتهم فيما خالف الشرع، إنما الطاعة في المعروف.

وهل يشمل المباح أولاً؟ فيه خلاف، فقيل: إنه لا تجب طاعتهم فيه لأنه لا يجوز لأحد أن يجرم ما حلله الله تعالى، ولا أن يجلل ما حرمه الله تعالى، وقيل: تجب طاعتهم أيضاً كما نص عليه الحصكفي وغيره، وقال بعض محققى الشافعية: تجب طاعة الإمام في أمره ونهيه ما لم يأمر بحرم، وقال بعضهم: الذى يظهر أن ما أمر به مما ليس فيه مصلحة عامة لا يجب امتثاله إلا ظاهراً فقط، بخلاف ما فيه ذلك، فإنه يجب باطناً أيضاً، وكذا يقال في المباح الذى فيه ضرر للمأمور به. انتهى.

فعلم من هذه النصوص أنه لا تجب الطاعة إذا أمر ولى الأمر بمحرم أو نهى عن واجب، أما إذا أمر بمباح فيه مصلحة عامة، أو نهى عن مباح فيه ضرر، فإنه يجب امتثال أمره ونهيه ظاهراً وباطناً على رأى الحصكفى وغيره من الحنفية، وعلى رأى محققى الشافعية، والمباح الذى لا مصلحة فيه إذا أمر به الإمام يجب امتثال أمره ظاهراً فقط. وغير خاف أن الامتثال ظاهراً وباطناً يحدث حكماً شرعياً آخروياً وحكماً دنيوياً، فأمر الإمام يحدث وجوباً شرعياً، ونهيه يحدث حرمة شرعية. وقد يقال: إن الحاكم هو الله تعالى وليس لأحد غيره أن يحلل ويحرم. وهذا صحيح، غير أن الحكم الذى يحدث عند أمر الإمام ونهيه لم يحدث بأمره ونهيه، بل حدث بأمر الله تعالى؛ وخطاب التكليف ﴿يَأْيُهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾ يتوجه على الناس عند أمر الإمام أو نهيه، فالأمر من قبل الإمام سبب فى توجه الخطاب، كما أن الزوال سبب فى توجه الخطاب بإقامة الصلاة؛ فالذى أحل وحرم هو الله تعالى.

#### ١٦- التخصيص فى القضاء

لا نزاع فى جواز التخصيص فى القضاء، وهو مبدأ مقرر فى كتب الفقه،

لأن سلطة القضاء من حق الحاكم، له أن يسندها جميعها إلى شخص واحد، وله أن يسندها إلى أشخاص، وله أن يجزئها، فيولى للمظالم قاضياً، وللمواريث قاضياً، وللتحجير والتفليس قاضياً، ولا نزاع فى أنه إذا خصص بعض القضاة بأنواع وجب عليه أن يعين لباقى الأنواع قضاة آخرين أو يسمع الدعاوى بنفسه. وقد قرر الفقهاء أيضاً أن الحقوق لا تسقط بالتقادم، وفرعوا عليه أن إقرار شخص بحق يلزمه ذلك الحق وإن طالت المدة. هذا قدر لا تنازع فيه، ولكن هل يطرد هذا فى كل دعوى ينهى الحاكم عن سماعها مهما كانت الأسباب الداعية إلى النهى، أو أنه توجد دعاوى قد ينهى الحاكم عنها لأسباب خاصة فلا يجب عليه سماعها ولا إنابة غيره لسماعها؟ هذا محل النزاع فى مسألة التخصيص، وهو موضع دقيق يصلح أن يكون مثاراً للنزاع، وأن يكون موضع اختلاف الآراء. وسنستعين على حله بمدارك الفقهاء، وسوابق التشريع فى القضاء المصرى.

صدرت أول لائحة للمحاكم الشرعية سنة ١٨٨٠ واشتملت المادة ١٤ منها على النهى عن سماع الدعوى بعد مضى خمس عشرة سنة إلا فى الوقف والإرث، فبعد ثلاث وثلاثين

سنة، ولم يسمع الحاكم دعوى نهى عنها ولم يعين من يسمعها من غير القضاة.

صدرت بعد ذلك لائحة سنة ١٨٩٧ وتضمنت المادة ٣٠ منها المنع من سماع دعوى الوقف واستبداله وغير ذلك مما يتعلق به من الشروط إلا إذا وجد إشهاد شرعى ممن يملكه على يد حاكم شرعى، وتضمنت المادة ٣١ المنع من سماع دعوى الزوجية والطلاق والإقرار بهما بعد وفاة أحد الزوجين إلا إذا كانت الدعوى مؤيدة بأوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحتها، وتضمنت المادة ٢٩٦ المنع من سماع الدعوى لمضى المدة على النحو المبين فى المادة ١٤ من لائحة سنة ١٨٨٠، ولم يسمع الحاكم دعوى نهى عنها فى هذه اللائحة ولم يعين من يسمعها.

صدر بعد ذلك قانون سنة ١٩١٠ واشتملت المواد ١٠٠، ١٠١، ١٣٧، ٣٧٦ على النهى عن سماع الدعاوى الميئة فيها، ولم يسمع الحاكم دعوى من هذه الدعاوى ولم يعين من يسمعها، وصدر قانون سنة ١٩٢٠ ونهى فى المادة ٣ منه عن سماع دعوى أن للمعتدة عادة فى الحيض أكثر من سنة، ولم يعين الحاكم من يسمع مثل هذه الدعوى.

وضع قانون سنة ١٩٢٠ بحضور أصحاب الفضيلة شيخ الأزهر محمد أبى الفضل ومفتى مصر السابق الشيخ محمد بخت كبير الحنفية وشيخ المالكية بالنيابة وشيخ الشافعية بالنيابة، وكان الأستاذ الشيخ محمد بخت أكبر فقيه من واضعى قانون سنة ١٩١٠، وعرض هذا القانون على مجلس الشورى وبحث وأقر عليه بحضور قاضى مصر إذ ذاك، والأستاذ التقى المرحوم الشيخ حسونة النواوى، ولائحة سنة ١٨٨٠ معروفة بأنها لائحة الشيخ المهدي العباسى، وكان رحمه الله حجة فى الفقه، صلباً فى رأيه، أميناً فى دينه.

هذه سوابق التشريع، وقد أوجدت نوعاً من النهى عن دعاوى لأسباب خاصة مع العلم بأن ولى الأمر لا يسمعها ولا يعين من يسمعها، فهل خرج هؤلاء العلماء كلهم على قواعد الفقه جهلاً أو تقيّة من ظلم الحكام، أو أنهم فهموا الفقه وعملوا به؛ أما أنا فأبادر إلى القول بأنهم ما جهلوا وما خافوا، وأنهم كانوا على حق فيما فعلوه.

من خير القضاء وألّم بماضيه البعيد والقريب لا يزال فى نفسه أثر من مرارة الشكوى من أحكام صدرت بزوجيات وأنساب ووصايا وأوقاف وشروط فى

أوقاف (نفقات لمعتدات متعنتات، وكانت هذه الأحكام تبنى على شهادة الشهود وحدهم، وعلى حيل أحكم أمرها ودبرت فيها طرق التزوير بمهارة، وكانت التجارب دائماً تؤيد صدق هذه الشكايات وخطأ تلك الأحكام، فلم يكن لولاة الأمور بد من أن يضعوا سداً أما هذه الضلالات والمفتريات، وأمام ذمم الشهود التي تباع وتشترى، وقد كانت الشهادات أقوى الأدلة الشرعية أيام كان الدين وازعماً، وكان خير الفرد من الحديث حجة تؤخذ منه شتى الأحكام الشرعية، ولكن الناس غير الناس، وتحدث للناس أقضية بقدر ما يحدثون من الفجور، لذلك وضعت قواعد النهى عن سماع بعض الدعاوى إلا مؤيدة بأوراق تدل على صحتها أو تقربها من الصحة، ولم يخطر لهم على بال وقت وضع هذه القواعد أن يسمع ولى الأمر هذه الدعاوى، وإنما قصدوا إيصاد الباب فى وجه المزورين وإعدام هذه القضايا، وليس من المعقول أن يسدوا الباب أمام القضاة ثم يفتحوه أمامهم أو أمام من ينيونه عنهم، وإلا كان هذا عبثاً وسخرية واستهانة بالقضاة وتسجيلاً عليهم أنهم ليسوا أهلاً لسماع هذه الدعاوى لغفلتهم وجهلهم.

وإذا نظر إلى الدعاوى المنهى عنها فى جميع القوانين يرى أن الغرض من النهى هو تقييد الأدلة؛ وعدم الاعتماد على شهادة الشهود وحدها لا يخرج عن ذلك إلا النهى عن السماع لمضى المدة، وإلا النهى عن سماع أن للمعتدة عادة فى الحيض أكثر من سنة؛ والنهى لمضى المدة وافق القانون فيه الفقه، والنهى فى مسألة المعتدة بنى على أن لولى الأمر أن يمنع سماع دعوى المتعنت. وسيذكر هذا بعد.

كان من المعقول بعد أن تغيرت الذمم وضعفت العدالة أن يفقد دليل الشهادات قيمته التي كانت له من قبل، وأن يحل مكانه دليل أقوى منه مطمئن إليه نفوس القضاة وهو الدليل الكتابى.

والأحكام الشرعية تتغير بتغير العرف والزمان، ولم تكن الشهادات أقوى الأدلة إلا لقوة الصدق ومثانة الخلق، ولم يكن الخط مهذراً عند جميع فقهاء الحنفية المتقدمين إلا لضعف حجيته؛ لأن الخط يشبه الخط، أما الآن فقد استرد الدليل الكتابى قوته التي منحها الله إياه فى كتابه، وأصبح لنفى الشبه طريق قوى هو طريق الخبراء، وطريق أقوى وهو طريق التسجيل الرسمى.

تغير الذمم والتجارة بالشهادات أمام المحاكم دعت ولالة الأمور أن يقيدوا

بجانب الخير الكثير الذى جاء بسبب النهى، وهو طرد الدعاوى المكذوبة فى الوقف والنسب والزواج والطلاق والوصية والإيضاء ونفقة المعتدات، وقد كان يحصل مثله سواء بسواء أيام كان الفقهاء لا يعتمدون الأدلة الخطية باتفاق منهم، وكما يحتاج الناس إلى إثبات زوجية حقة ونسب صحيح فإنهم يحتاجون إلى نفسى زوجية كاذبة ونفسى نسب باطل.

والواقع الذى دلت عليه التجارب أن هذه القيود فى طرق الإثبات كما أسميها أنا، أو فى سماع الدعوى كما يقول الناس، حملت الناس جميعهم على العناية بحقوقهم وتدوينها، فلم تضع حقوق بواسطة هذه القيود، وإنما تأكدت بأقوى طرق الإثبات، وكانت النتيجة طرد الدعاوى المكذوبة من أمام المحاكم وبقاء الدعاوى الصحيحة. وإذا كان الناس يحرصون على حقوقهم فى قيراط من فدان، وعلى كتابة الديون ما قل منها وما كثر لعلمهم أن الكتابة هى طريق الإثبات أمام المحاكم الأهلية، فهم أشد حرصاً بلا ريب على أعراضهم وأنسابهم، ففكرة ضياع الحقوق بواسطة النهى عن سماع الدعاوى إلا مؤيدة بأوراق مسجلة فكرة خيالية صرفة لا

قبول الشهادات بأن تصحب بدليل قوى. فالواقع أن النهى عن سماع هذه الدعاوى معناه النهى عن قبول نوع من الأدلة الضعيفة، وإحلال نوع من الأدلة القوية مكانه، والبينة فى لسان الشارع معناها ما يظهر به الحق، ولها أفراد كثيرة، منها الدليل الكتابي، والقرائن، وشهادة الشهود، وغير ذلك مما هو معروف فى كتب الفقه. فهذا نوع من التخصيص لا يدخل فى النوع الأول الذى هو من باب توزيع السلطة، وإنما هو نوع آخر من باب تقييد الأدلة. أما النهى لمضى المدة والنهى فى مسألة المعتدة فلقطع الحيل والتزوير، ولأن هذه دعاوى يكذبها الظاهر، والدعاوى التى يكذبها الظاهر لا يجوز سماعها، كما سيعلم مما يأتى:

وليس هذا نسخاً لشيء نص عليه، وإنما هو تخصيص لنصوص اعتبار الشهادة بالضرورة والخرج، وبقيت الشهادة يعمل بها فى غير الدعاوى المنهى عنها، وقد فعلت الضرورة وفعل الخرج أكثر من هذا كما علم مما أسلفناه فى البحث الحادى عشر.

وقد يقال: إن هذا يؤدى إلى ضياع بعض الحقوق التى تكون ثابتة فى الواقع وليس لها دليل إلا الشهادات، ونحن لا ننازع فى هذا، ولكنه شر قليل يغتفر

تشدها التجارب ولم تصقلها مزاولة الأعمال.

وضح مما أسلفناه أن النهى عن الصور التى وردت فى جميع القوانين كان الغرض منه إقفال باب الخيل والتزوير فى الدعاوى التى يكذبها الظاهر، وهى دعوى الحق بعد مضى المدة، ودعوى المعتدة أن لها عادة فى الحيض أكثر من سنة، وكان الغرض منه تقييد الأدلة وحمل الناس على إثبات حقوقهم بأدلة أقوى من الشهادات بعد أن ظهر ضعف دليل الشهادات وأصبحت قسبة مرضوضة لا يصح الاعتماد عليها فى القضايا الهامة التى تنظرها المحاكم. وقد نجحت هذه التجارب، وخزى زعماء الفتنة وقادة الضلال.

والآن نشير إلى أقوال الفقهاء التى ترشد إلى أن هناك نوعاً من النهى عن سماع الدعوى لا يجب فيه أن يسمع الحاكم الدعوى المنهى عنها ولا أن ينبى عنه من يسمعها.

فى البحر، وقد قدمنا أن من القضاء الباطل القضاء بسقوط الحق لمضى سنين، وما فى المبسوط لا يخالفه، وهو: "رجل ترك الدعوى ثلاثاً وثلاثين سنة ولم يكن له مانع من الدعوى ثم ادعى لا تسمع دعواه؛ لأن ترك الدعوى مع

التمكن يدل على عدم الحق ظاهراً، فإنه ليس فيه قضاء بالسقوط وإنما فيه عدم سماعها، وقد كثر السؤال بالقاهرة عن ذلك مع ورود النهى من السلطان أيده الله بعدم سماع حادثة لها خمس عشرة سنة، وأفتيت بعدم سماعها عملاً بالنهى. وقال ابن عابدين فى حاشية الدر: قال فى الأشباه: ويجب عليه سماعها. أى ويجب على السلطان الذى نهى قضاته عن سماعها بعد هذه المدة أن يسمعها بنفسه كى لا يضيع حق المدعى. والظاهر أن هذا حيث لم يظهر من المدعى أمانة التزوير.

وفى رسالة نشر العرف: فاعلم أن المتأخرين الذين خالفوا المنصوص فى كتب المذهب فى المسائل السابقة لم يخالفوه إلا لتغير الزمان والعرف، وعلمهم أن صاحب المذهب لو كان فى زمانهم لقال بما قالوه مما يستخرج به الحق من ظالم أو يدفع دعوى متعنت ونحوه بعدم سماع دعواه.

وفى الرسالة المذكورة أيضاً بعد أن عدّد أشياء من التى حكموا فيها القرائن والعرف قال: ومنها عدم سماع الدعوى ممن عرف بحب المردان على تابعه الأمر بمال، كما أفتى به أبو السعود والتمرتاشى والرملى، وعدم سماع

الدعوى ممن سكت بعد اطلاعه على بيع جاره أو قريبه داراً مثلاً.

وقد عللوا النهى عن سماع الدعوى بمضى خمس عشرة سنة بقطع الخيل والتزوير، ولم يذكروا له سبباً غير هذا، وإذا تأملنا جميع الأسباب التى منعت لأجلها سماع الدعوى المذكورة هنا نجدها ترجع إلى سبب واحد فى الحقيقة وهو تكذيب الظاهر للمدعى، فعدم سماع الدعوى لمضى ثلاث وثلاثين سنة سببه أن المدعى يكذبه الظاهر، وعدم سماع دعوى القريب والجار الدار على قريبه أو جاره بعد رؤيته يتصرف فيها وبعد سكوته عن تصرفه سببه هذا، لأن السكوت دليل فى الظاهر على أن المتصرف هو صاحب الحق فى الدار، ولم يحددوا مدة لعدم سماع هذه الدعوى، وعدم سماع دعوى المعروف بحج المردان على تابعه الأمر سببه قطع دابر الخيل والتزوير المعروفة من أمثال هؤلاء، وما عرف عنهم دليل على أن الظاهر يكذبهم، والنهى عن سماع الدعوى بعد مضى خمس عشرة سنة عللوه بأنه لقطع الخيل والتزوير، لأن سكوت المدعى هذه المدة فى غير الوقف والإرث دليل على تكذيب الظاهر للمدعى، والمعروف من تتبع الحوادث

التى منع الفقهاء فيها من سماع الدعوى بناء على تكذيب الظاهر، أنهم لا يريدون من أحد سماعها لا القضاة ولا غيرهم، ولذلك قال ابن عابدين بعد أن نقل حكم وجوب السماع على الإمام بعد النهى عن الدعوى: والظاهر أن محل هذا حيث لم يظهر من المدعى أمانة التزوير، ومعناه أنه إذا كان النهى لظهور أمانة التزوير (وهى موجبة لتكذيب الظاهر) لا يجب على الإمام السماع بعد النهى.

وقد صرح ابن عابدين فى رسالة نشر العرف: بأن للمفتى والقاضى الآن أن يفعلوا كما كان يفعل الفقهاء من قبل فيضعا من القواعد ما يستخرج به الحق من الظالم وما يدفع دعوى المتعنت بعدم سماع الدعوى ونحوه.

لذلك يجب أن يفرق بين أنواع النهى، فما كان منها من قبيل التخصيص وتوزيع السلطة وهو المعروف فى لوائح الترتيب لا يجوز له أن يتركه بدون قاض يسمعه، وله أن يسمعه بنفسه، وما كان منها من قبيل النهى عن الدعوى لمضى المدة قطعاً للخيل والتزوير لا يجب عليه أن يسمعه ولا أن يعين من يسمعه.



يسمع قول بعيد عن الفقه ومدارك  
الفقهاء.

فالقول بأن النهي عن السماع دائماً  
يوجب على الإمام أن يسمع أو يعين من

