****

الإفتاء في المذهب المالكي
من التأصيل والتقعيد إلى التطوير والتجديد

د. الذوادي بن بخوش قوميدي•

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خير الأنبياء والمرسلين، وعلى آله وصحبه والتابعين إلى يوم الدين.أما بعد..

فعنوان هذا البحث: (الإفتاء في المذهب المالكي: من التأصيل والتقعيد إلى التطوير والتجديد)، وهو يتعلق بالمحور السادس: مذهب الإمام مالك (التكوين والتطوير)، ويتصل بالنقطة السادسة والأخيرة، وهي (الإفتاء في المذهب تقعيداً وتطويراً). ويخدم -فيما أتصور- الهدف الأخير من أهداف المؤتمر (بيان ملامح القوة في مذهب الإمام مالك ثباتاً ومرونة).

الإشكال المحرك للبحث:

تدور فكرة هذا الموضوع حول محاولة النظر المنهجي في إشكال طالما تردد في ذهني، وهو يتعلق بتطوير وتجديد الفقه المالكي ليحتضن القضايا والنوازل المعاصرة؛ حيث يلاحظ المتأملُ تهيُّبًا شديدا من كثير من الفقهاء والباحثين في الفقه المالكي من التجديد والتطوير، وتخوفا واضحا على المرجعية الفقهية لأمم المغرب الإسلامي، مما أفرز جمودا "على المسطور في الكتب" كما يعبر الإمام القرافي رحمه الله..

وإذا كانت حركة التأصيل والتقعيد —في ما يرى الباحث- قد أخذت بحظ وافر من جهود علماء المذهب، فإن الجهود المتوجهة إلى تطوير وتجديد الإفتاء لا تزال بعيدة عن تحقيق الكفاية

• - جامعة باتنة/ الجزائر.

المطلوبة، وبخاصة في واقعنا المعاصر، وليس أدل على هذا من الإشكالات الكثيرة المطروحة على القضاء..

إن ذلك التهيب الشديد يحرمنا من النظر المتجدد، أقصد النظر الإحيائي الذي يتوخى الإعمال والتفعيل للأصول والقواعد لا الإهمال والتعطيل، ولا أقصد النظر الذي يستبدل الأصول بأصول أخرى أو القواعد بقواعد مغايرة..

والنظر الإحيائي المقصود هنا هو الذي يخرُج بنا من ضيق الأشكال والقوالب الفروعية إلى سعة الاستدلال الواسع، الذي يُعمل الأصول والقواعد والمقاصد، ويستثمرها لتأطير الواقع الجديد بأحكام وفتاوى تزاوج بين الثبات على الأصول والمرونة مع الواقع.

وعلى سبيل المثال تأخذ بعض الآليات القديمة المعروفة –كآلية تخريج الفروع على الفروع– دورا أبرزَ في الاجتهاد الفقهي، في مقابل آلية تخريج الفروع على الأصول التي لم تأخذ حقها من الاهتمام والإعمال كالآلية السابقة..

لقد سبَّبَ الانحصارُ في القوالب الفقهية القديمة انحسارًا لحركة التطوير والتجديد، فأثمر عجزا في التأطير الشرعي الإفتائي للقضايا الجديدة والنوازل المعاصرة، وكلالةً في العقل الفقهي، وقفتْ به دون إحداث حركية اجتهادية فاعلة في واقعنا الراهن، الأمر الذي يفتح تساؤلات من المهتمين بالفقه إفتاءً وقضاءً، حول قدرة الفقه المالكي على تأطير الحياة المعاصرة!

أهمية البحث:

تنبع أهمية هذا الموضوع من الحاجة الماسة لتطوير وتجديد منهجية الإفتاء في المذهب المالكي، انطلاقا من الأصول والقواعد والمقاصد التي انتهجها الإمام مالك رحمه الله، وحررها تلاميذه وأتباعه وسائر علماء المذهب عبر عصور متوالية.. وسعيا إلى تحقيق الكفاية الفقهية الإفتائية أو القضائية المطلوبة في واقعنا الراهن الذي يشهد تحولات سريعة ومفاجئة.

الأهداف المرجوة من البحث:

من المفترض أن يصل هذا البحث إلى اقتراح آليات منهجية في الإفتاء الفقهي القائم على إحياء الاجتهاد الفقهي الآني ليستوعب القضايا المعاصرة الملحة والمستعجلة، فتوافر الأصول وتنوعها وتكاملها لابد أن يثمر حركية اجتهادية، والمنظومة الأصولية في المذهب المالكي التي ضمنت للمغرب الإسلامي على –مدى قرون متطاولة– استقرارا تشريعيا، وانسجاما اجتماعيا، ينبغي أن تعطي اليوم —بما فيها من التنوع والتكامل– مرونة وحركية وانفتاحا على الواقع المعيش.

عناصر البحث:

يدور البحث على العناصر الآتية:

أولا — المصطلحات والمفاهيم (الإفتاء، التأصيل والتقعيد، التطوير والتجديد).

ثانيا – دلائل التطوير والتجديد في المنهج الإفتائي للإمام مالك ﷺ.

ثالثا – آليات مقترحة للتطوير والتجديد الإفتائي لواقعنا المعاصر.

رابعا — نموذج تطبيقي لمسألة معاصرة.

خاتمة – نتائج وتوصيات.

منهج البحث:

لعل ما يناسب مثل هذا البحث هو المنهج التحليلي، الذي يقوم على التفسير والنقد، والاستنباط للحقائق المعرفية والمنهجية.

أولا – المصطلحات والمفاهيم

(الإفتاء، التأصيل والتقعيد، التطوير والتجديد).

يجدر بنا في مستهل هذا البحث أن نعرج على المفاهيم الضرورية للمصطلحات المستخدمة في العنوان، لنضع القارئ الكريم في الإطار التصوري الواضح، وليتسنى لنا البناء على المعلوم لا المجهول.

1 _ مفهوم الإفتاء:

أول مصطلح ينبغي تعريفه هو الإفتاء، وهو من أصل (فتي)، والفاء والتاء والحرف المعتل أصلانِ: أحدهما يدلُّ على طَرَاوة وجِدّة، والآخر على تبيين حكم. وهذا الأصل الثاني هو ما يتمشى مع غرضنا في هذا البحث، ولوضوح المعنى الشرعي أو الاصطلاحي وانتشاره في استعمال الناس قال أهل اللغة: يقال: أفتى الفقيه في المسألةِ، إذا بيَّن حكمَها. واستفتَيتَ، إذا سألتَ عن الحكم، قال الله تعالى: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ ٱللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي ٱلْكَلَٰلَةِ﴾[النساء: 176] ويقال منه فَتْوى وفُتْيا[1].

وغاية الإفتاء –فيما نتصور– هي التأطير الشرعي لحياة المسلمين بمختلف جوانبها، وهو مهمة علماء الأمة في كل عصر، ولا يمكن تأطير الحياة المتغيرة إلا بتجديد الفتوى، ووسيلة ذلك الاجتهاد.

والاجتهاد هو مناط القوة والتقدم للأمة الإسلامية، والفقيه المجتهد لا ينحصر دوره في استخراج الأحكام، وإنما يتجاوز ذلك إلى العمل المستطاع في توجيه الحياة البشرية، نحو الالتزام الكامل بما شرعه الله لعباده، ومن هنا يكون الاجتهاد –ومنه الإفتاء– قوة عقلية للبحث وكذلك قوة إرشاد وإنذار وتغيير[2].

(1) انظر: معجم مقاييس اللغة، لابن فارس، جـ4، ص473-474.

(2) انظر: الاجتهاد والتقليد في الشريعة الإسلامية، د. محمد الدسوقي، ص109.

وإنّ لسلامة الإفتاء شرطين: أولهما حسن الفهم والتدبر لمباني ومعاني النصوص الشرعية والاستخدام للأصول والقواعد، والثاني: فهم الواقع ودقة التقدير لملابساته والفقه لمظاهره وأسبابه ونتائجه وآثاره.. ومن هنا يكون فهمُ النصوص والأصول المنطلقَ المنهجيَّ الأول لصحة الإفتاء، ويأتي بعده تمكنُ المفتي من المطابقة بين الأحكام المستنبطة من النصوص والأصولِ والوقائع الحادثة، تحقيقا لغاية الفتوى التي هي التأطير الشرعي للحياة، تأطيرا يزاوج بين مقصود الشرع ومصالح المكلفين.

ومن ثمَّ يكون المطلوب من علماء الأمة –اليوم وفي كل عصر– التصدي لما يواجههم من مستجدات في مختلف مجالات الحياة، لتحقيق الحاجة الواقعية، ولإثبات استجابة الشريعة، وقيامها بحاجة العصر.

2 – مفهوم التأصيل والتقعيد:

المقصود بالتأصيل والتعقيد تدوين قواعد المنهج الاجتهادي وصياغتها على شكل نظريّة عامة للاستنباط، لا وضع مفردات الأصول والقواعد في ذاتها، فقد سبق وجودها والعمل بها لدى الفقهاء منذ عصر التنزيل، وإذا كان من المعروف أن حركة التأصيل والتقعيد قد بدأت بشكل واضح على يد الإمام الشافعي ﷺ، فإن المؤكد أنها تواصلت بعده بجهود أئمة أعلام، ضبطا للمنهج الاجتهادي الذي ينبغي الاحتكام إليه ولا يسوغ الخروج عنه، وقد كان علم أصول الفقه –على اتساعه وتطوره– ميزانا قويما، ومنهاجا اجتهاديا لا ينبغي لأي باحث في العلوم الشرعية تجاوزُه.

ومن أبرز حلقات تطور علم أصول الفقه ظهوره بالطابع المذهبي بعد أن نشأ مستقلا، فظهرت بعد رسالة الشافعي ﷺ مؤلفات مذهبية كثيرة متوالية عبر العصور، خدمة للأصول والقواعد تمحيصا وتحريرا، وترجيحا في المتنازع فيه، وليس بوسعنا تتبع حركة التأليف والتحقيق والتجديد في القواعد والأصول، ولكن نشير إلى أنّ هذه الحركة قد أخذت اتجاهات مختلفة، مثلتها مدارس تنوعت زمانا ومكانا، كاتجاه المتكلمين، واتجاه الحنفية، ثم اتجاه الجمع بينهما، ثم اتجاه تخريج الفروع

على الأصول، ثم اتجاه بناء القواعد الأصولية على مقتضى مقاصد الشريعة الإسلامية[1]، هذا الأخير الذي برز واضحا في المذهب المالكي من خلال جهود الإمام الشاطبي رحمه الله، في كتابه الموافقات الذي اعتنى فيه بعلم المقاصد ودوره في الاستنباط، بعد أن كانت العناية بالقواعد اللّغوية طاغية على المنهج الاجتهادي، وهو يلخص ذلك في قوله: «إنما تحصل درجة الاجتهاد لمن اتصف بوصفين: أحدهما: فهم مقاصد الشريعة على كمالها، والثاني التمكن من الاستنباط بناء على فهمه فيها»[2].

والمؤكد أن حركة التأصيل والتقعيد استمرت ولم تنقطع عبر حلقات من التجديد والتحرير والتحقيق والتمحيص، غير أنّها أخذت شكلا متكيفا مع الحاجة التشريعية التي تفرضها تحولات الزمان والمكان والعوائد والأحوال، مما هو مجال للتقديم والتأخير والإعمال والإرجاء، وهناك محاولات تقعيدية جمة –عبر تاريخ الفقه الإسلامي– أخذت الطابع الآني اللائق بأهل الزمان والمكان؛ ويظهر طابع الآنيّة في التقعيد لنظام الإفتاء كمقصد واضح لدى المؤلفين كما في قول الإمام ابن الصلاح (ت643هـ) في مقدمة كتابه أدب الفتوى من: «تأليف كتاب في الفتوى لائق بالوقت»[3].

ويشير إلى هذا أيضا سببُ خلافِهم في مسألة تقليد الميت بين قائل بالجواز وقائل بعدمه، فإذا حللنا وعللنا، وسبرنا مقاصدهم الباعثة على اختيار مواقفهم، تبيَّن لنا هدفهم الواحد، الذي هو حرصهم على بقاء التشريع حيّا غضًّا، حتى يكون الاجتهاد آنيا عصريا، وهذا ينفي الجمود على آراء السالفين أو مواقفهم التشريعية أو التنظيمية، ويحتِّم تجديد النظر الذي يؤدي إلى إحدى نتيجتين: إمّا الإبقاء على الرأي السابق الذي ترجح، فأصبح بهذا جديدا آنيا، وإما اختيار رأي يكون ثمرة بحث جديد، وكلاهما يتحقق به المقصد.

(1) انظر: التجديد في أصول الفقه د. شعبان محمد إسماعيل، ص25، وما بعدها.
(2) الموافقات، جـ4، ص76.
(3) أدب الفتوى، ص25.

ولقد بذل العلماء المالكيون جهودا كبيرة في خدمة أصول وقواعد المذهب، وتتابع حملة هذا المذهب في هذا العمل حتى غدا للمذهب المالكي مدارس متعددة[1].

ج – مفهوم التجديد والتطوير:

إن الشريعة الإسلامية إلهية المصدر، قدسية النصوص والمبادئ، وهي بذلك تكتسب ثباتا وهيمنة على التفكير الفقهي كلّه، وأما الفقه الذي هو نتاج للتفاعل بين النصوص والعقل والواقع، فإنما هو الحلول المطلوب إحداثها إزاء ما يستجد من نوازل ووقائع وأوضاع متغيرة، سعيا إلى إصلاحها، ولكن هذه الحلول كثيرا ما يكون لها طابع الخصوص الزماني والمكاني، ولهذا لن تأخذ قداسة النصوص والمبادئ، ولا يمكن أن تبقى جاثمة على العقول مهيمنة عليها؛ بل ينبغي تجديد النظر فيها بحيث تدرس كحلول مقترحة، وينظر في مدى صلاحها وإصلاحها للواقع المتجدد، فإن صلحت وإلا كان لزاما على العقل المعاصر أن يستنبط غيرها مهتديا بالنصوص والأصول والقواعد.

ومن هنا تدعو الحاجة إلى تفهيم التجديد الإفتائي..

وكلمة التجديد في اللغة معناها تصيير الشيء جديدا، وهو نقيض القديم. ويأتي الفعل لازما بصيغة جَدَّ، وتجدَّدَ، بمعنى صار جديدا، وهو نقيض الخَلَق. ويأتي متعديا بصيغة أَجَدَّهُ وجدَّدَه واستجَدَّه، أي صيَّرَه جديدا[2].

ومن المعنى اللغوي ينقدح في أذهاننا تصور واضح لمعنى التجديد، فالأمر المجدَّد أو المراد تجديده، كائنٌ بأصله، قائمٌ بذاته، فليس مُحْدَثا ولا مبتكرا. والشيء المجدَّد استحق التجديد لدخول الخَلَقِ (القِدَم) عليه. وغاية التجديد تصيير الشيء المجدَّد إلى حالته الأولى، وطبيعتِه الأصلية، قبل دخول البِلى عليه، ومعنى التجديد –كما هو واضح في اللغة– لا يقبل معنى التبديل أو التغيير الذي يؤول إلى استبدال جوهر الشيء استبدالا كلّيًا.

(1) انظر تفصيل الكلام في هذه المدارس في: مقدمة ابن خلدون، ص447.

(2) انظر: مختار الصحاح، لزين الدين الرازي، ص65، والمصباح المنير، للفيومي، ص36.

والتجديد اسم شرعي، قبل أن يكون مصطلحا علميا، فالحدود اللغوية السابقة تفيدنا كثيرا في فهم المسمى الشرعي للتجديد المذكور في حديث النبي ﷺ: (إن الله يبعث لهذه الأمة على رأس كل مائة سنة من يجدد لها دينها)[1]. فمنه نفهم أن حقيقة التجديد مقررة من منطلق شرعي، وبالوحي الصادق، وهي حقيقة لا تتعارض مطلقا مع اكتمال الرسالة.

ولقد فهم العلماء أن «معنى التجديد إحياء ما اندرس من العمل بالكتاب والسنة والأمر بمقتضاهما»[2]. ولا يخفى أن الإحياء ههنا متعلق -بشكل واضح- بالعمل، وهو غاية فهم خطاب الشارع، وذلك يعني: تأطير حياتنا الواقعية -في جميع جوانبها وقضاياها ومشكلاتها- بالأحكام الشرعية بناء على المرجعية العليا ممثلة في الوحي ومقتضياته ومقاصده.

وانطلاقا من المعنى اللغوي والاستعمال الشرعي السابقين فهم علماؤنا أن التجديد للدين «توضيح ما أبهم من تعاليمه، وتمكين ما زَحْزَح التهاونُ من أمره، وحسنُ الربط بين أحكامه وبين ما تحدث الدنيا من أقضية، وتنزيلُ أحوال الحياة المتغايرة على مقتضيات القواعد العامة، والمصالح المرسلة»[3]. وهذا المفهوم ألصقُ بالجانب الفقهي من مفهوم التجديد الديني الواسع.

وبآلية التجديد يكون للفقه والإفتاء حركية تَتَغَيَّى تأطيرَ الحياة حسب شكل الحاجة الخاصة بأهل كل عصر من العصور، ولهذا ارتبط مفهوم التجديد دائما بطبيعة التحديات الواقعية في كل عصر عبر التاريخ الإسلامي.

وإن التجديد أو التطوير الإفتائي المطلوب ليس معناه مطاوعةَ الواقع بحوادثه ولِيَّ أعناقِ الثوابت من النصوص والقواعد لتنحني للواقع اللامحدود بالطاعة والتقديس، كما لا يتحقق بالجمود القاصر على الصور والأشكال المرتبطة بالأطر الظرفية الزمانية والمكانية. فالتجديد في الإفتاء ينبغي أن يراعي جملة مقاييس أهمها:

([1]) أخرجه أبو داود في سننه عن أبي هريرة، كتاب الملاحم، باب ما يذكر في قرن المائة، رقم (4291)، جـ4، ص109.

([2]) عون المعبود شرح سنن أبي داود، لشمس الحق العظيم آبادي، جـ11، ص260.

([3]) كيف نفهم الإسلام، محمد الغزالي، ص187.

1 – اختلاف أعراف الناس واختلاف مصالحهم وتعدُّد حاجاتهم، وتغيُّرها عبر الزمان والمكان.

2 – النظر في الاختلافات الفقهية، وتعُّددِ الآراء العلمية، ومدى مناسبتها للمجتمع، وصلاحها للتطبيق في المكان والزمان.

3 – مدى انطباق الحكم على الواقعة بذاتها.

وفي الشريعة الإسلامية مساحة واسعة تركتها النصوص قصداً لاجتهاد المجتهدين في الأمة ليملؤوها بما هو أصلحُ لهم وأليَقُ بزمانهم وحالهم، مراعين في ذلك المقاصد العامة للشريعة، مهتدين بروحها ومُحْكَمات نصوصها. وهذا لا يصلح إلا من مجتهدي العصر ذاته. يقول الإمام مالك ﷺ في هذا السياق: «أنزل الله كتابه وترك فيه موضعا لسنة نبيه، وسن نبيه ﷺ السنن وترك فيها موضعا للرأي والقياس»[1].

وبمراعاة القواعد والأصول ومقاصد الشريعة وكلياتها وأهدافها يتخلص الفقيه من الجمود على موقف واحد دائم في الفتوى، فيراعي تغيَّر الزمان والمكان والعرف والحال.

ويتصل بهذا مراعاة العرف والعادة، ومنه لا يجوز –منهجيا– للفقيه أن يجمد على ما سطره الفقهاء الأسلاف، فينقل عنهم الفتوى التي استخرجوها لواقعهم وحالهم وزمانهم، ويسعى لتنزيلها على واقعه دون تَثَبُّت، فهذا بالذات ما أنكره أئمة الفتوى، يقول القرافي رحمه الله موجها كلّ فقيه: «.. ولا تجمد على المسطور في الكتب طول عمرك، بل إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك، فلا تُجْرِه على عرف بلدك، واسأله عن عرف بلده وأَجْرِه عليه، وأَفْتِه به دون عرف بلدك والمقرر في كتبك، فهذا هو الحق الواضح، والجمود على المنقولات أبدًا ضلالٌ في الدين، وجهلٌ بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين»[2].

(1) نصب الراية للزيلعي، جـ4، ص64.

(2) الفروق، جـ1، ص198.

وتعليل هذا التقعيد المتوارث -كما يقول الإمام القرافي نفسه-: «أنّ العادتين متى كانتا في بلدين ليستا سواء، إن حكمهما ليس سواء»[1].

ثانيا - دلائل التجديد والتطوير في المنهج الإفتائي للإمام مالك ﷺ.

من هذه دلائل -وهي كثيرة- ما يأتي:

1 - سعة الأفق الاجتهادي للإمام مالك ﷺ:

المجتهد صاحب الأفق الواسع هو من لا يضيق ذرعا بخلاف غيره، ولا يرى لنفسه الصواب دون غيره، وسعة الأفق الاجتهادي ثمرة الارتياض المتواصل والمراس المضني، وقد تحقق بذلك الإمام مالك ﷺ حين رفض طلب الخليفة المنصور بأن يحمل الناس جميعا على ما في الموطأ، وقال له: يا أمير المؤمنين لا تفعل فإن الناس قد سبقت لهم أقاويل وسمعوا أحاديث، ورووا روايات، وأخذ كل قوم بما سبق إليهم وعملوا به ودانوا له من اختلاف أصحاب رسول الله ﷺ وغيرهم، وإن ردهم عما اعتقدوه شديد، فدع الناس وما هم عليه وما اختار أهل كل بلد لأنفسهم[2].

2 - رحابة صدره وانفتاحه على غيره من المذاهب الفقهية:

كما في إباحته الاقتداء بالمخالف في الفروع ولو ترك شرطا من شروط الصلاة، أو ركنا من أركانها في الفقه المالكي، إذا كان الإمام لا يراه شرطا لا ركنا في مذهبه، كالصلاة وراء من نام ولم يتوضأ أو لا يقرأ الفاتحة في الصلاة، أو يفتتح الصلاة بغير تكبيرة الإحرام على مذهب الإمام أبي حنيفة ﷺ، وفي إباحته الخروج عن المذهب والعمل بقول المخالف عند الحاجة، وفي بعض القضايا التي يصعب فيها الأخذ بالفقه المالكي أو لغير ذلك من الأسباب.

(1) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص118.

(2) ترتيب المدارك وتقريب المسالك، للقاضي عياض، جـ2، ص71-73.

روي عن مالك أنه دخل المسجد بعد صلاة العصر وجلس ولم يصل تحية المسجد، فقال له صبي: قم يا شيخ فاركع ركعتين، فقام فصلاهما فقيل له في ذلك، فقال خشيت أن يصدق علي قوله تعالى: ﴿ وَإِذَا قِيلَ لَهُمُ ٱرۡكَعُواْ لَا يَرۡكَعُونَ ﴾ [المرسلات: 48].

3 – تجديد النظر وترديد الفكر:

الخط الذي ارتسمه الإمام مالك رحمه الله وجوب التحقيق العلمي في الوجوه والروايات تحريا للحق، وعدم التعويل على سعة الخلاف، حتى ولو كان ذلك الخلاف من أصحاب رسول الله ﷺ ورضي الله عنهم، نقل ابن الصلاح عن مالك ﷺ قوله في خلافهم: «مخطئ ومصيب، فعليك بالاجتهاد. وقال: ليس كما قال ناس فيه توسعة»[1].

إن التوسعة التي هي رحمة بالناس لا تعني التخير من الأقوال من غير ترجيح علمي، فهذا قصور أو تقصير، يدل على نقصان الكفاءة أو الأمانة، وإنما تعني التوسعة على المجتهد ذي الأهلية والأمانة حين يبذلُ الجهد، ويبلغُ الكدَّ في تبيُّن الرجحان وَفْق الأدلة والقواعد الكلية، ميلا إلى ما هو أقربُ إلى الحق وأحبُّ إلى الله تعالى[2].

وهذا فرق دقيق تنبه إليه ابن الصلاح ونبَّه عليه، حتى لا يُساء فهم كلام الإمام مالك رحمه الله تعالى.

4 – العقل القياسي والاستحساني:

نقل ابن العربي قول بعضهم: النصوص معدودة والحوادث غير محدودة، ومن المحال تضمُّن المعدودِ ما ليس بمحدود[3].

(1) أدب الفتوى لابن الصلاح، ص88.

(2) السابق، نفسه.

(3) المحصول في أصول الفقه، لابن العربي، ص125.

ولقد أجمع المالكيون أن مالكا رحمه الله كان يأخذ بالمقاييس، ففي الموطأ كثير من المقاييس، يأتي بالأحاديث النبوية أو إجماعات أهل المدينة ثم يقيس عليها، ويُلحق الأمثال بأمثالها، والأشباه بأشباهها.

ومثاله قياسه حال زوجة المفقود إذا حكم بموته فاعتدّت عدة الوفاة وتزوجت ثم ظهر حيًّا، بحال من طلقها وأعلمها بالطلاق ثم راجعها ولم تعلم بالرجعة، فتزوجت بعد انتهاء العدة، وذلك لأن عمر ﷺ أفتى لهذه بأنها لزوجها الثاني، دخل بها أم لم يدخل، فقاس مالك زوجة المفقود وقال إنها لزوجها الثاني[1].

ولا يقتصر القياس في الفقه المالكي على المنصوص؛ بل يتعداه إلى القياس على المستنبط، أي القياس على ما ثبت بالقياس، بيَّنَ هذا الإمامُ ابنُ رشد الجد في المقدمات، فقال: «إذا عُلم الحكم في فرع صار أصلا، وجاز القياس عليه». ثم بيَّنَ أن هذا المعنى مما اتفق عليه مالك وأصحابه[2].

وفي هذا دلالة واضحة على رحابة الفقه المالكي وسعته على الفقيه المجتهد، مما يثمر غَناء لا حدود له في الفروع.

وقد جاء عن مالك أن الاستحسان تسعة أعشار العلم[3]. وهو عنده كما يذكر الشاطبي: استعمال مصلحة جزئية في مقابَلَةِ قياسٍ كلِّي[4]. ومثاله دخول الحمام دون تعيين لقدر الزمن والماء[5].

ويتبين من الفروع المأثورة عن مالك أنه كان يأخذ بالاستحسان في موضعين:

أ- أنه كان يفتي به في المسائل لا على أنه القاعدة، بل على اعتبار أنه استثناء وترخص منه..

(1) مالك، أبو زهرة، ص367.

(2) انظر: المقدمات الممهدات، جـ1، ص75.

(3) الاعتصام، للشاطبي، جـ2، ص137.138.

(4) المصدر نفسه، ص139. وانظر: الجواهر الثمينة في بيان أدلة عالم المدينة ، لحسن المشاط، ص219.

(5) انظر: الجواهر الثمينة ، للمشاط، ص220. وانظر الاعتصام، للشاطبي، جـ2، ص139 وما بعدها.

ب- أنه أكثر ما يكون عندما يكون موجب القياس مؤديا إلى غلو في الحكم وحرج شديد، فالاستحسان على هذا هو الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي، وتشهدُ له عند مالك الرخصُ الواقعةُ في الشريعة، فإنَّ حقيقتَها ترجع إلى اعتبار المآل في جلب المصالح ودرء المفاسد على الخصوص، وإن كان الدليل العام يقتضي ذلك.

وقال ابن رشد الجد: الاستحسان الذي يكثر استعماله حتى يكون أغلبَ من القياس، هو أن يكون طرد القياس يؤدي إلى غلوٍّ في الحكم ومبالغة فيه، فيُعدَلُ عنه في بعض المواضع لمعنًى يؤثِّر في الحكم، فيختص به ذلك الموضع، والحكم بغلبة الظن أصل في الأحكام[1].

5 – العقل المقاصدي الاستصلاحي:

لقد أسس الإمام مالك ﷺ فقهه على الفهم العميق لروح الشريعة الإسلامية ومقاصدِها ومراعاة حِكَمِها وأسرارها عند استنباط الأحكام من نصوصها، وتفريع الفروع عليها، وبُعدِ النظر واعتبار المآلات. هذا ما حدا بالعلامة ابن خلدون إلى وصف المذهب المالكي بأنه «أبصر بمقاصد الشريعة واعتبارها للمصالح»[2].

وكان مالك ﷺ يعقب على بعض استدلالاته بقوله: (دين الله يسر)[3]. إدراكا منه لهذا المقصد الشرعي العام، وكان يتحرى النظر المقصدي في الأحكام الجزئية، كقوله: فيما جاء في الخطبة على الخطبة: «وتفسير قول رسول الله ﷺ فيما نرى والله أعلم (لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه)[4]، أن يخطب الرجل المرأة فتركن إليه، ويتفقان على صداق واحد معلوم، وقد تراضيا. فهي تشترط عليه لنفسها. فتلك التي نهى أن يخطبها الرجل على خطبة أخيه. ولم يعن بذلك،

(1) نقله في الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، جـ1، ص150.
(2) مقدمة ابن خلدون، ص374.
(3) الموطأ، جت1، ص302، وجـ2، ص599.
(4) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب النكاح، باب ما جاء في الخطبة، جـ2، ص523.

إذا خطب الرجل المرأة فلم يوافقها أمره، ولم تركن إليه، أن لا يخطبها أحد. فهذا باب فساد يدخل على الناس»[1].

6 – جملة المزايا التي اختصت بها أصول مذهب مالك ﷺ:

أ – وفرة مصادره المذهب المالكيّ وتنوّع أصوله، ممثلة في الكتاب والسنة وإجماع الأمة وعمل أهل المدينة والقياس ولاستحسان والاستقراء وقول الصحابي وشرع من قبلنا والاستصحاب والمصالح المرسلة وسد الذرائع والعرف والأخذ بالأحوط ومراعاة الخلاف[2]. بالإضافة إلى القواعد العامة المتفرعة عنها والتي أنهاها بعض المالكية إلى ألف ومائتي قاعدة تغطي جميع أبواب الفقه ومجالاته.

هذه الكثرة أغنت الفقه المالكي وأعطته قوة وحيوية ووضعت بين أيدي علمائه من وسائل الاجتهاد وأدوات الاستنباط ما يؤهلهم لبلوغ درجة الاجتهاد ويمكنهم من ممارسته ويسهل عليهم مهمته.

وإذا كانت بعض المذاهب شاركت المذهب المالكي في بعض هذه الأصول، فإن ميزة الفقه المالكي تكمن في الأخذ بجميع هذه الأصول بينما غيره لم يأخذ إلا ببعضها وردّ الباقي.

ب – تنوع هذه الأصول والمصادر فهي تتراوح بين النقل الثابت والرأي الصحيح المستمد من الشرع والمستند إليه كالقياس. هذا التنوع في الأصول والمصادر والمزاوجة بين العقل والنقل والأثر والنظر وعدم الجمود على النقل أو الانسياق وراء العقل هي الميزة التي ميزت المذهب المالكي عن مدرسة المحدثين ومدرسة أهل الرأي وهي سر وسطيته وانتشاره والإقبال الشديد عليه وضرب أكباد الإبل إلى إمامه في أيام حياته.

(1) الموطأ، جـ2، ص523-524.

(2) عدّد العلامة حسن المشاط –رحمه الله– سبعة عشر أصلا، وذكر أن هناك من زاد: الاستقراء والبراءة الأصلية والأخذ بالأخف والأخذ بالأحوط. انظر: الجواهر الثمينة، ص95، وص115.

ويشهد بذلك مثل الإمام ابن تيمية فيقول: «.. من تدبر أصول الإسلام وقواعد الشريعة وجد أصول مالك وأهل المدينة أصح الأصول والقواعد»[1].

ج – أن هذه الأصول تمتاز بالمرونة، من ذلك أنه رحمه الله لم يقل بقطعية النصوص المطلقة، بل فتح الباب على مصراعيه لتخصيص عامها وتقييد مطلقها، فأكثر من المخصصات، لأنه كلّما فتح باب التخصيص مثلا كان في النص مرونة تتسع لوسائل الاستنباط، فلا يجمد الفقيه عند العبارة، بل يربط الأصول بعضها ببعض، فيخصص هذا بذاك، ويبعد المعنى الغريب بمعنى مأخوذ من أصل قريب، فيخرج من بينها فقه نضيج قوي قويم مألوف معروف، غيرُ بعيد عن أحكام العقول، وعما يتلقاه الناس بالقبول[2].

د – اتجاه أصول المذهب المالكي إلى تحقيق المصلحة من أقرب طريق، فقد أكثر الإمام مالك من طرق المصلحة، فاعتمد القياس، والاستحسان، والمصلحة المرسلة، وسد الذرائع وفتحها، واعتبر العرف وهو باب من أبواب رفع الحرج ودفع المشقة، وتحقيق المصلحة وسد الحاجة..

فمالك رحمه الله تعالى قد رأى قصد الشارع الأساسي إلى تحقيق مصالح الناس جليا في الشريعة، فجعل فقهه الذي لا يعتمد فيه على النص القطعي يسير حول قطبها، ويدور على محورها، يحميها بسد الذرائع وفتحها، ويكثر من الطرق الموصلة إليها، لتتحقق من أقرب طريق وأيسر سبيل[3].

هـ – إن أصول الاستنباط في المذهب المالكي مترابطة يكمل بعضها بعضا، ويستقي جميعها من معين واحد، ويهتدي بهدي واحد، وهو النص الإسلامي وروحه ومعناه، وتطبيق النبي ﷺ والصحابة له، وبذلك التقى فقهه في غاية واحدة هي مراعاة مصالح الناس في الدنيا والآخرة، وسلك طريق الاتباع دون الابتداع، فقد كان يعتمد على أقضية الصحابة وفتاويهم في تعرف غاية

(1) مجموع فتاوى ابن تيمية، جـ20، ص328،329.
(2) مالك، أبو زهرة، ص455.
(3) مالك، أبو زهرة، ص455،456.

الشريعة، ثم يسترسل بعد ذلك في تعرف الأحكام والغايات استرسال العريق في فهم الشريعة بنصوصها ومراميها، وغاياتها القريبة والبعيدة، وبذلك فتح الطريق لمن جاء بعده من تلاميذه وتلاميذهم، ففهموا الفقه فهمه، وسلكوا طريقه، فنما الفقه المالكي نموا عظيما واتسع اتساعا كبيرا[1].

7 . جملة الخصائص التي اكتسى بها الفقه المالكي:

أ – قابليته للتطور والتجديد:

يتميز الفقه المالكي بالقابلية للتجديد، لابتنائه على العادات والأعراف الحسنة والمصالح المرسلة وسد الذرائع، ذلك أن هذه العوامل تختلف من عصر إلى عصر ومن بلد إلى بلد مما يفتح الباب على مصراعيه أمام كل باحث مقتدر وكل فقيه مجتهد يتمتع بأهلية الاجتهاد، لاستنباط ما يحتاج إليه من أحكام أو اختيار ما هو الأفضل والأنسب مما هو موجود ومنصوص عليه في التراث الفقهي.

فيمكن –مثلا– الإفتاء بما جرى به العمل، استنادا إلى المصالح المرسلة وسد الذرائع والعادات الحميدة، باعتماد أقوال مرجوحة داخل المذهب أو خارجة عن المذهب، تتناسب مع الظروف الاجتماعية الراهنة، مما يُغني عن استيراد الحلول من الغير، ويساعد على المحافظة على هُوِيّتنا الإسلامية ومرجعيتنا الفقهية ممثلة في الطابع المالكي في التشريع والقضاء.

على أن يكون مجال التجديد والتطوير محدودا بالأحكام الاجتهادية، ووسائلها، من غير مجال القطعيات والواضحات، التي ترتفع تماما عن أي نظر أو اجتهاد، ولا تقبل التغيير، لا باسم المصلحة ولا العرف ولا العمل الجاري.

ب – المرونة في معالجة المشكلات والنوازل الطارئة:

من خلال أصل مراعاة الخلاف، الذي معناه ترك العمل بالدليل لمسوّغ مقبول؛ لذلك وُجد في الفقه المالكي الحكم بصحة بعض العقود الفاسدة المختلف فيها، بعد وقوعها، مراعاة لقول

(1) مالك، أبو زهرة، ص456.

المخالف بصحتها لدليل قوي، وكما في ترتيب آثار العقود الصحيحة على العقد الفاسد المختلف فيه أيضا.. ومثال ذلك تصحيح الفقه المالكي لبعض الأنكحة الفاسدة المختلف فيها، بعد الدخول، فيُلحق فيها الولد بالزوج، ويقع فيها التوارث بين الزوجين، قبل الفسخ، ويُعتد بالطلاق الواقع فيها.

ج – منع الحيل:

ويحرّم الفقه المالكي استعمال الحيل للتخلص من الواجبات أو التوصل إلى المحرمات، ويرفض نتائجها ويؤاخذ المحتال بنقيض قصده، ويحرمه من الاستفادة من حيلته، ويعاقبه على فعلته. وكمثال على ذلك الفرار من الزّكاة والطلاق في مرض الموت.

د – المزاوجة بين الشرع والعقل:

يمزج المذهب المالكي في أصوله بين ما هو عقلي وما هو شرعي مراعيا في ذلك مقاصد الشريعة وما تعارف الناس عليه في معاملاتهم وشؤون حياتهم مما لا يتعارض مع النصوص الصريحة[1]. يقول القاضي عياض: «وترتيبه له [أي الاجتهاد] على ما يوجب العقل، ويشهد له الشرع»[2].

فكما نجد الكتاب والسنة وشرع من قبلنا، وإجماع أهل المدينة، وعملهم، نجد أصولا عقلية في غاية من الدقة والمرونة كاعتماد المصالح المرسلة والاستحسان، كل ذلك أضفى على المذهب صفة الاعتدال والتوسط، ما بين العقل والنقل، وما بين الشرع والواقع. لذلك كثيرا ما تجده يتوسط في المسألة بين مذهبين متقابلين.

ولهذا كثرت التطبيقات الواقعية للمذهب المالكي –عبر التاريخ– إن على مستوى الإفتاء والقضاء، أو على مستوى التأصيل والتقعيد، فمنحت المذهب قيمة عملية وعلمية في غاية من الأهمية، وأثبت جدارته وقدرته على استيعاب القضايا والمستجدات..

(1) مباحث في المذهب المالكي بالمغرب، د. عمر الجيدي، ص6.

(2) ترتيب المدارك وتقريب المسالك، جـ1، ص88.87. ونقله ابن فرحون في الديباج، جـ1، ص80.79.

ثالثا – آليات مقترحـــــة للتطوير والتجديد الإفتائي لواقعنا المعاصر.

غاية التجديد أو التطوير الإفتائي في المذهب المالكي هي التأطير للواقع بحسن النظر في الأدلة وحسن تنزيل الأحكام على الوقائع، وخدمة لهذه الغاية أقترح الآليات الأتية، ولا أزعم فيها جمعا ولا منعا..

1 – تفعيل آلية تخريج الفروع على الأصول:

يلاحظ المتأمل انحسارا للتخريج الفقهي في بعض الآليات على حساب البعض الآخر، مما حرم –ويحرم– العقل الفقهي من إحداث حركية اجتهادية فاعلة في واقعنا الراهن، فآلية تخريج الفروع على الأصول –مع مرور الزمن– انكمشت في مقابل آلية تخريج الفروع على الفروع التي كانت –حقيقة– من عوامل سعة المذهب المالكي.

فهل كان التخريج من حق الأوائل وحظهم دون الأواخر؟

الحق أنه ينبغي إحياء كل آليات الاجتهاد الفقهي لتحقيق الكفاية الإفتائية في القضايا المعاصرة الملحة والمستعجلة. ومنها آلية تخريج الفروع على الأصول.

فإلى أي مدى يمكننا النهوض بحركية الاجتهاد الفقهي من خلال التخريج على الأصول؟

لقد توسع العمل بالتخريجات لدى أسلافنا وتنوع، حتى قال القرافي: «ومعلوم أن التخريج قد يوافق إرادة صاحب الأصل وقد يخالفها، حتى لو عرض عليه المخرج على أصله لأنكره وهذا معلوم بالضرورة»[1]. وقد كان بعض الفقهاء –كالإمام الأصيلي– يجتهد رأيه ولا يبالي أَوافق مالكا أم خالفه، رغم أنه كان من حفاظ المذهب، فكان يتكلم على الأصول ويترك التقليد[2].

([1]) الذخيرة للقرافي، جـ1، ص35.

([2]) انظر: ترتيب المدارك، للقاضي عياض، جـ7، ص139.

2 – استثمار الخلاف الفقهي داخل المذهب:

وذلك بالتعليل والتحليل لآراء الفقهاء، لنفهم الأغراض والمقاصد التي لأجلها أفتوا، ولأجلها اختلفت آراؤهم وتنوعت أقوالهم في مسائل شتى.

وجدوى إعمال هذه الآلية يظهر في استقصاء الغايات الحقيقية التي يرمي إليها الفكر الفقهي، فكثيرا ما يكون مرمى الأفكار واحدا ومقصد الخلاف هو نفسه عند الجميع، وهذا يساعد على اختيار أَولى الآراء وأقربِها إلى تحقيق الغاية.

لو أعدنا النظر في كل خلاف فقهي –داخل المذهب أو خارجه– بالتعليل والتحليل وعرفنا غايةَ كلِّ موقفٍ ومبعثَ كل رأي لاستطعنا أن نجعل من الغايات والمقاصد رائدا لا يكذبنا، وحاديا لا يتعبنا في البحث عن أقرب الحلول لمشكلاتنا الحاضرة.

إن (لكلّ عصر مجتهديه)، هذه حقيقة منهجية ثابتة، إذا سلمنا بها أمكننا أن نبحث بعدُ عن الوسائل والخطط التي تكفل غاية الإفتاء في عصرنا، ولم نبق حبيسي ما أنتجه أسلافنا من حلول كانت ألصق بزمانهم وأليق بواقعهم، وكان لنا وعلينا أن نجدد النظر فيها، بحسب ما يحقق الحلول الفقهية للمسائل الحادثة في واقعنا، نتقيد في ذلك بالأصول الاستنباطية الثابتة، ونختار من المناهج المتنوعة ما يناسب المتغيرات.

3 – الخروج المنضبط إلى سائر المذاهب الفقهية:

الواقع أن كلمة الخروج عن المذهب ذات حساسية بالغة عند الكثيرين، ولا أرى ذلك إلا انعكاسا لضيق مفهوم المذهب عندهم، بحيث يتصورون انحصار المذهب في الآراء الاجتهادية لصاحب المذهب أو فقهائه، أو ما اشتهر على صعيد الفتوى أو العمل، دون المنهج المتبع في ذلك، وقد وُجِدَت تعريفات تفيد هذا المعنى بالفعل، كقول الشيخ أحمد الدردير: «مذهب مالك مثلا: عبارة عما ذهب إليه من الأحكام الاجتهادية التي بذل وسعه في تحصيلها»[1].

([1]) حاشية محمد عرفة الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج1، ص19.

وبأوسعَ قليلا من ذلك يقول الإمامُ القرافي: «فإذا قيل ما مذهب مالك؟ فقل: ما اختص به من الأحكام الشرعية أو الفروعية الاجتهادية، وما اختص به من أسباب الأحكام والشروط والموانع والحجاج المثبتة لها»[1].

والحق أن معنى المذهب يتسع ليشمل المناهج الاجتهادية التي يتبناها أساتذة المدرسة وتلاميذها، والتي تضبط حركة الاستنباط لتوصل إلى الاختيارات المتماثلة أو المتقاربة. هذا الشمول نجده في قول د. عمر سليمان الأشقر: «ويطلق المذهب عند علماء الفقه على المنهج الفقهي الذي سلكه فقيه مجتهد، واختص به من بين الفقهاء، أدى به إلى اختيار جملة الأحكام في مجال علم الفروع»[2].

فالمناهج الاجتهادية المعتمدة في الاستنباط، والتي يتقيد بها فقهاء المذاهب جيلا بعد جيل، لا تكون تقليدا في ثمرة الاجتهاد، بل تقيُّدًا بمسالك الاجتهاد أو مناهج البحث الفقهي.

إن الالتزام بمرجعية مذهبية في الفقه والفتوى مصلحة معتبرة، يعبر عنها الإمام الشهرستاني بقوله: «لم يجوّزوا أن يأخذ العامي الحنفي إلا بمذهب أبي حنيفة، والعامي الشافعي إلا بمذهب الشافعي، لأن الحكم بأن لا مذهب للعامي، وأن مذهبه المفتي، يؤدي إلى خلط وخبط»[3].

ورغم أن الأصل أن مذهبَ العامي مذهبُ مفتيه، وأن الراجح لدى علماء الأصول أنه لا يجب التزام مذهب إمام معين في كل المسائل والحوادث التي تعرض، كما يقرر المحققون قديما وحديثا[4]، إلا أنهم احتاطوا فمنعوا انتقال العامي من مذهب إلى مذهب في مسألة، وأفتوا بتعيّن

(1) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، للقرافي، ص100.

(2) المدخل إلى دراسة المدارس والمذاهب الفقهية، ص44.

(3) الملل والنحل للشهرستاني، ج1، ص153.

(4) انظر: مسلم الثبوت مع شرحه فواتح الرحموت، ج2، ص449.450، والضوابط الشرعية للأخذ بأيسر المذاهب، د. وهبة الزحيلي، ص12.13.

التزامه بمذهب واحد حتى قال القرافي وغيره: «حكم الله تعالى في حقه ما قاله إمامه دون ما قاله غيره»، وأشار إلى أن في ذلك مصلحة دقيقة يقل التفطن إليها[1].

إن هذا الإلزام هو أيضا إلزام اعتباري مصلحي، غرضه الاحتياط من الوقوع في التلفيق الممنوع، والترخص المتفلِّت الذي يبعث عليه التشهي، فـ «لا يصلح أن يُقلِّدَ المقلدُ من شاء منهم على الشهوة»[2].

وعليه يكون صمام الأمان من الخلط والخبط أن يكون الإفتاء بأيدي المجتهدين، حتى إذا خرج المفتي بالمستفتي على المذهب إلى غيره كان خروجه عن بصر دقيق بالحكم الشرعي.

هنا، نرى جازمين أن الاجتهاد المذهبي –من أهله طبعا– ينبغي أن يكون اجتهادا على المستوى المطلوب، متناسبا تماما مع الحاجة الفقهية زمانا ومكانا.

ولا ينبغي للمجتهد في المذهب –وإن جاز له الانتساب استصلاحا– الالتزامُ بالمذهب في كل الفروع، بل واجبُه الانفتاحُ على الآراء والاجتهادات خارج مذهبه، توسيعا لدائرة النظر والاختيار، وتحصيلا لغلبة الظن بما يراه بعد الاطلاع الواسع، والاجتهاد الحر الذي يعتبر الفقهَ الإسلاميَّ كلَّه وحدة تشريعية لا تفاريق مذهبية[3].

ولم يمنع المحققون من الخروج أو الانتقال من المذهب إلى غيره في المسائل الجزئية، ولكن ضبطوه بثلاثة شروط:

أ. أن لا يجمع بين المذهبين على وجه يخالف الإجماع.

(1) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص117.

(2) ترتيب المدارك، للقاضي عياض، جـ1، ص30.

(3) انظر: إعداد الممارسين للاجتهاد الجماعي، د. محمد كمال الدين إمام، مجلة المسلم المعاصر، العدد83، السنة 21، ص93.

ب ـ وأن يعتقد فيمن يقلده الفضل بوصول أخباره إليه ولا يقلده رميا في عماية.

ج ـ وأن لا يتبع الرخص[1].

4 – الاهتداء بغايات التشريع ومقاصده في تنزيل الأحكام على الوقائع:

وعلم مقاصد الشريعة الإسلامية علم جليل الأهمية، وفِقهُه من الشروط اللازم توافُرها في كل مَن أراد التصدي للاجتهاد في الشريعة الإسلامية؛ لهذا وجَدنا محققي المذهب يركِّزون على المقاصد جنبا إلى جنب مع الأصول والقواعد، لِمَا لها من الأهميَّة في الاجتهاد، استنباطا أو تنزيلا.

يقول القرافي: «فلا يجوز التخريج إلا لمن هو عالم بتفاصيل أحوال الأقيسة والعلل ورتب المصالح وشروط القواعد، وما يصلح أن يكون معارضا وما لا يصلح، وهذا لا يعرفه إلا من يعرف أصول الفقه معرفة حسنة، فإذا كان موصوفا بهذه الصفة فحصل له هذا المقام تعيّن عليه مقام آخر وهو النظر وبذل الجهد في تصفح تلك القواعد الشرعية، وتلك المصالح وأنواع الأقيسة وتفاصيلها»[2].

ولقد كان من أسباب موت الفقه ومآله إلى صور وأشكال بلا أرواح في العصور المتأخرة إهمال النظر إلى مقاصد الشريعة من أحكامها، كما يلحظ العلامة ابن عاشور، لقد كان النظر المقصدي رفيق الاجتهاد استنباطا وتطبيقا على مرّ العصور، وأئمة المذاهب وتلاميذهم والعلماء من بعدهم كانوا يراعون في اجتهاداتهم المصالح والمفاسد، ومقاصد الشريعة وحاجيات الأمة وعوائدها، ودفع المشقات ونحو ذلك، فلما جاء المتأخرون أهملوا النظر إلى المقاصد فأوجب ذلك تشعب الخلاف، فإنَّ تتبُّع تصاريف الأحكام يرشد الفقيهَ إلى مقاصدها، وفي سوابق أعمال السلف دلالة واضحة على عنايتهم بهذا[3].

(1) انظر: شرح تنقيح الفصول، للقرافي، ص339.

(2) الفروق، جـ2، ص115.

(3) انظر: أليس الصبح بقريب، الشيخ الإمام محمد الطاهر بن عاشور، ص199.200.

5 – النظر الجماعي في القضايا المهمة:

فالاجتهاد الجماعي معناه اجتماع أنظار المجتهدين للبحث في الأحكام الشرعية الاجتهادية أو وسائلها، وهو عبارة عن مجموع لأجزاء النظر الفردي، ونتيجته إما صواب أو أصوب، ورأي الجماعة أقرب إلى الحق والمصلحة الشرعية من رأي الفرد.

كان الإمام مالك ﷺ يقول: «إن كان أصحاب رسول الله ﷺ تصعب عليهم المسائل ولا يجيب أحدهم في مسألة حتى يأخذ رأي صاحبه مع ما رزقوا من السداد والتوفيق، مع الطهارة، فكيف بنا الذين غطت الخطايا والذنوب قلوبنا»[1].

والاجتهاد الجماعي يقي مصارع التفرد، ذلك أن في الرأي الفردي مخاوف ومحاذير، وخاصة في ما يتعلق بالمصالح العامة والقضايا المصيرية، لتعرضه للهوى الشخصي، والقصور العلمي، والميل التعسفي، وإذا كان السابقون فيما بعد استقرار المذاهب الفقهية قد أفتوا بإغلاق باب الاجتهاد كتدبير وقائي ضد تلك المخاوف، فإن ذلك لم يعد ممكنا اليوم ولهذا فإن العلاج المناسب –كما يرى علماء عصرنا– يكون في نقل الاجتهاد «من عهدة الأفراد إلى عاتق الجماعة، فيصبح جماعيا يمارسه فقهاء العصر الثقات بطريق الشورى فيما بينهم، بعد أن كان فرديا يمارسه كل فقيه بمفرده..»[2].

ولما استقرى الشيخ عبد الوهاب خلاف رحمه الله حركة التشريع والفقه عبر الأدوار التشريعية أكد لنا «أن التاريخ أثبت أن الفوضى التشريعية في الفقه الإسلامي، كان من أكبر أسبابها الاجتهاد الفردي»[3].

([1]) صفة الفتوى، لابن حمدان، ص98.

([2]) الفقه الإسلامي ومدارسه، الشيخ مصطفى الزرقا، ص115.124.

([3]) انظر: مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، ص13.

ومجال الاجتهاد الفردي في الحقيقة أوسع من مجال الاجتهاد الجماعي، ولكن «الفتوى في الشؤون العامة التي تهم الأمة بمجموعها، وتؤثر عليها تأثيراً قويا وعاما ينبغي ألا ينفرد أحد من المفتين بالاجتهاد فيها، وإصدار الرأي الأخير فيها؛ بل ينبغي أن يكون هذا الاجتهاد جماعيًّا»[1].

رابعا - نموذج تطبيقي لمسألة معاصرة:

هل يجوز أن يعقد الرجل القران على امرأة حامل منه؟

هذه مسألة طرحت على مستوى قضاء الأحوال الشخصية الجزائري، منذ سنوات، وهي مسألة واقعية ملحة فكثيرا ما يقع بعض الناس في جريمة الزنى ثم تنكشف الأمور عن حمل، فيصحو ضميرهم لتصحيح الخطأ والاعتراف بالجرم بإجراء العقد الشرعي، وقد تقع مشاكل جسيمة في فترة الحمل ربما تؤدي إلى إزهاق الأرواح، وذلك حين يعلم أهل الفتاة بأن ابنتهم قد زنت وهي الآن حامل فربما يلجأون إلى قتلها أو قتل من تسبب لها في ذلك، وربما تراجع الزاني عن اعترافه بالذنب لو طالت المدة فيتضاعف بذلك الضرر.

وتحميل المسؤولية لجانب المرأة دون جانب الرجل في هذه الجريمة ليس من العدل المأمور به شرعا، لأن الواقع الاجتماعي يطلعنا على حالات كثيرة تتحمل فيها المرأة وحدها مسؤولية رعاية الولد الذي ينسب إليها دون الرجل الذي يناسبه التخلص من مسؤولية جنايته كما هو معروف في واقعنا الاجتماعي الراهن، عكس الواقع الاجتماعي الذي كان سائدا قديما يوم كان الأب الزاني يطالب بابنه من الزنى ويحرص على نسبته إليه.

أضف إلى ذلك ما يحصل لولد الزنى عند التخلي عنه من الطرفين –المرأة والرجل– من إهمال وتشرد ورميه في الملاجئ وما ينتج عن ذلك من تنشئة غير سوية لهذا الولد نفسيا وتربويا.. وحرمانٍ من الحقوق المدنية التي يتمتع بها سائر أفراد المجتمع[2].

([1]) الشورى وقضايا الاجتهاد والجماعي، د. محمد عبد القادر أبو فارس، ص62.

([2]) سعت وزارة التضامن الوطني بالجزائر منذ سنوات إلى إصدار قانون خاص بالأمهات العازبات، يهدف إلى الحماية الاجتماعية لأطفالهن الذين يبقون مجهولي الآباء، بتقديم مساعدات مالية لهن خاصة بالرضاعة والتكفل بهم بدل وضعهم في مراكز الطفولة المسعفة. وذكرت جريدة الخبر اليومية أن هذا القانون قد أثار ضجة في عهدة

وفي الطريق إلى حل ذلك السؤال الكامل وعلاج إشكالاته نحتاج إلى البحث في المسائل الجزئية الآتية:

هل يجوز لمن زنى بامرأة فحملت منه أن يتزوجها؟ وإذا كان ذلك جائزا فمتى يجوز له العقد عليها؟

وهل يشترط انقضاء العدة التي هي وضع الحمل أم لا يشترط ذلك؟

لماذا اشترط فقهاؤنا –المالكية على الخصوص– استبراء المرأة المزني بها حتى في حال لو كان الحمل من زنى من يريد الزواج منها بالذات؟

وإذا كان المقصود الشرعي من الاستبراء هو منع اختلاط الأنساب فهل يمكن أن نقول إن الحاجة إليه منتفية في مسألتنا هذه؟ لأن الحمل من هذا الرجل ذاته، ولن يقع ذلك المحذور الشرعي الذي حذر منه النبي ﷺ بقوله: (لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه ولد غيره)[1]. يعني إتيان الحبالى.

ثم إن جمهور العلماء قالوا: "إن ماء الزنى هدر" وهذا معناه أنه لا يترتب عليه نسب ولا مصاهرة ولا عدة.

وهنا يأتي سؤال مهم جدا بعد السؤال الأول والمتعلق بإثبات النسب. فغالب أو جموع العلماء يقولون بعدم ثبوت النسب من الزنا، وحجتهم في ذلك أساسا حديث النبي ﷺ: (الولد للفراش)[2]. فما حقيقة هذا الاستدلال؟

المجلس الشعبي الوطني السابق، واعتبر النواب أن تخصيص منحة للأمهات العازبات تشجيع لهن، مما يفرز مشكلة الأبناء غير الشرعيين الذين أصبح عددهم في تزايد مستمر، حيث تم إحصاء أكثر من أربعة وثلاثين ألف طفل غير شرعي خلال السنة الماضية (2006م). انظر يومية الخبر، العدد رقم 5175، ليوم 22 نوفمبر 2007م.

([1]) أخرجه الترمذي وحسنه، كتاب النكاح، باب الرجل يشتري الجارية وهي حامل، رقم: 1131، جـ3، ص437.

([2]) سيأتي تخريجه قريبا إن شاء الله.

والسؤال الثالث وهو خطير أيضا: إذا تمت الفتيا بجواز العقد على المرأة الحامل وبنسبة الولد إلى أبيه، ألا يكون في ذلك فتحٌ للذريعة لاستمرار هذا السلوك ومن ثمَّ الاستهانة بالحكم الشرعي وقدسية الرباط الوثيق والميثاق الغليظ؟ فما التدابير التي يمكن أن نجتهد في وضعها لندفع المفاسد الواقعة ونستدفع المفاسد المتوقعة ونحتاط منها؟

تطبيقا للآليات المقترحة آنفا سنحاول أن نثير إشكالات هذه المسألة أكثر من أن نحاول الإجابة فيها، ويمكن أن نتدرّج في ذلك من خلال المقدمات الآتية:

المقدمة الأولى:

تتحدد صورة المسألة بمدى جواز عقد نكاح رجل على امرأة زنى بها فحملت منه، وما يتبع ذلك من اشتراط انقضاء العدة التي هي وضع الحمل أو عدم اشتراطه[1].

أجاز العلماء زواج الرجل من المرأة التي زنى بها ولا مانع يمنع ذلك. ولكن اختلفوا في الزواج في العدة إن كانت حاملا منه.

أما المالكية فاشترطوا أن يكون الزواج بعد الاستبراء، أي العدة.

جاء في المدونة: «قلت (أي سحنون): أفيتزوج الرجل المرأة التي قد زنى بها هو نفسه في قول مالك؟ قال: نعم، بعد الاستبراء من الماء الفاسد»[2]، وجاء في مواهب الجليل: «وسواء كان هو الزاني بها، أو زنى بها غيره فإنه لا يجوز له أن يتزوجها حتى يستبرئها من الزنى وإن تزوج بها

(1) نستبعد هنا ما إذا كانت المرأة حاملا من غيره، فذلك ممنوع بالنصوص الواضحة، فقد روى مسلم في صحيحه عن أبي الدرداء (أن النبي ﷺ أتي بامرأة مُجِح –أي حامل قربت ولادتها– على باب فُسطاط فقال: لعله يريد أن يُلِمَّ بها. أي يتزوجها، فقالوا: نعم، فقال رسوله الله ﷺ: هممت أن ألعنه لعنا يدخل معه قبره، كيف يورثه وهو لا يحل له، كيف يستخدمه وهو لا يحل له)؟ صحيح مسلم، كتاب النكاح باب تحريم وطء الحامل المسبية، رقم: 1441، جـ2، ص1065. وروى الترمذي، وحسنه، وأبو داود واللفظ له، من حديث رويفع بن ثابت (أن النبي ﷺ قال: من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقي ماءه زرع غيره). أي لا يتزوج امرأة حاملا حتى تضع حملها وتنتهي عدتها من زوجها السابق. سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب في وطء السبايا، رقم: 2158.جـ2، ص204، وهو حديث حسن.

(2) المدونة: جـ2، ص197.

في مدة الاستبراء فسخ النكاح» واستشهد بما جاء في المدونة، ثم نقل عن النوادر: «ومن زنى بامرأة، ثم تزوجها قبل الاستبراء فالنكاح يفسخ أبدا وليس فيه طلاق ولا ميراث ولا دية وفاة، والولد بعد عقد النكاح لاحق فيما حملت به بعد حيضة إن أتت به لستة أشهر من يوم نكحها، وما كان قبل حيضة فهو من الزنى لا يلحق به»[1].

ثم أورد بعد هذا استثناء من هذا الرأي المشهور في المذهب، فقال: «إلا على طريقة الداودي[2]: إذا صانها من غيره، حكاه اللخمي في أمهات الأولاد». فتحصَّل من هذا أنها إذا كانت مستبرأة من زناه أنها لا تحرم عليه ويصح له نكاحها، ولكن بعد الاستبراء[3]. إلا على رأي الداودي، الذي يوافق رأي الحنفية، فقد ذهب الحنفية غير أبي يوسف إلى أنه يجوز نكاح الحامل من الزنا، ويصح. قال في الدر المختار: «وصح نكاح حبلى من زنى»[4].

وجاء في كنز الدقائق وشرحه تبيين الحقائق: «حل تزوج الحبلى من الزنى ولا يحل تزوج الحبلى من غيره..لحرمة الحمل وصيانته عن سقيه بماء الغير لا لصاحب الماء..بخلاف ما إذا تزوجت بالزاني الذي حبلت منه؛ لأن الأحكام مرتبة عليه من حل الوطء ووجوب النفقة والسكنى وغير ذلك»[5].

(1) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، للحطاب، جـ5، ص34.

(2) أبو جعفر أحمد بن نصر الداودي الأسدي، من أئمة المالكية بالمغرب، والمتسمين في العلم، أصله من المسيلة، بالجزائر. كان بطرابلس، وبها أملى كتابه في شرح الموطأ، ثم انتقل إلى تلمسان، وكان فقيهاً فاضلاً متفنناً مؤلفاً مجيداً، له حظ من اللسان والحديث والنظر، أخذ عنه أبو عبد الله البوني، وعليه تفقه، وألّف كتاب القاضي في شرح الموطأ، والواعي في الفقه، والنصيحة في شرح البخاري، وكتاب الأصول، وكتاب البيان، وكتاب الأموال، وغير ذلك، توفي بتلمسان سنة 402هـ. ترتيب المدارك وتقريب المسالك، جـ1، ص497.

(3) مواهب الجليل شرح مختصر خليل للحطاب، جـ5، ص35.

(4) انظر: بدائع الصنائع للكاساني، 7، 390، وحاشية رد المحتار ، لابن عابدين، جـ3، ص53.

(5) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، جـ5، ص279.

وقال النووي من الشافعية: «وإن حملت من الزنى فيكره نكاحها قبل وضع الحمل». واستدل بما روي أن عمر ﷺ ضرب رجلا وامرأة على الزنى وحرص أن يجمع بينهما[1].

والخلاصة: يصح العقد عليها والدخول بها على رأي الحنفية، لأن الحمل منه وليس فيه سقي زرع غيره بمائه.

المقدمة الثانية:

حول اشتراط فقهائنا المالكية استبراء المرأة المزني بها حتى في حال لو كان الحمل من زنى من يريد الزواج منها.

الظاهر أن المالكية احتاطوا بهذا الشرط لحرمة العدة، فكأنهم حملوا مراعاة العدة على جهة التعبد، عكس الحنفية الذين عللوا عدم الحاجة إلى الاستبراء في هذه الحال بعدم الوقوع في ما حذر منه النبي ﷺ بقوله: (من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقى ماءه زرع غيره).

ويعضد هذا التعليل قول الإمام الداودي فيما نقل عنه البرزلي المالكي، ونقله عنه الحطاب: «إلا على طريقة الداودي إذا صانها من غيره»[2].

والمعنى إذا كان الحمل من زناه وتأكد أنه لم يشاركه فيها غيره، ووثق من نسبة الحمل إليه، فلا بأس هنا أن ينكحها ولو في العدة.

المقدمة الثالثة:

حول جواز نسبة ولد الزنى لأبيه الزاني.

اتفق الجمهور –ومنهم المالكية– على أن أولاد الزنى لا يلحقون بآبائهم إلا في الجاهلية على ما روي عن عمر بن الخطاب على اختلاف في ذلك بين الصحابة، وشذ قوم فقالوا: يلتحق ولد الزنى في الإسلام، أعني الذي كان عن زنى في الإسلام.

([1]) المجموع للنووي وهو شرح المهذب للشيرازي، جـ16، ص242.

([2]) مواهب الجليل، للحطاب، جـ5، ص35.

واتفقوا على أن الولد لا يلحق بالفراش في أقل من ستة أشهر، إما من وقت العقد، وإما من وقت الدخول، وأنه يلحق من وقت الدخول إلى أقصر زمان الحمل، أو إن كان قد فارقها واعتزلها[1].

ولا ينسب ولد الزنى –لدى الحنفية– إلى أبيه لانعدام الفراش[2]. وينسب إلى أمه، وعللوا ذلك بأنه متيقن به من جهتها، ولهذا يثبت نسب ولد الزنى وولد الملاعنة منها حتى ترثه ويرثها[3].

وكذا عند الشافعية، قال النووي: «فإن حكم ولد الزنى حكم ولد الملاعنة لأنه ثابت النسب من أمه وغير ثابت النسب من أبيه فكان حكمه حم ولد الملاعنة»[4].

وعمدة ما استدل به الجمهور من الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية هو حديث عائشة رضي الله قالت: (كان عتبة بن أبي وقاص عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمعة مني فاقبضه قالت فلما كان عام الفتح أخذه سعد بن أبي وقاص وقال ابن أخي قد عهد إلي فيه فقام عبد بن زمعة فقال أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فتساوقا إلى النبي ﷺ فقال سعد يا رسول الله ابن أخي كان قد عهد إلي فيه فقال عبد بن زمعة أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فقال رسول الله ﷺ هو لك يا عبد بن زمعة ثم قال النبي ﷺ: الولد للفراش وللعاهر الحَجَر. ثم قال لسودة بنت زمعة زوج النبي ﷺ احتجبي منه لما رأى من شبهه بعتبة فما رآها حتى لقي الله)[5].

قال الإمام النووي: «وأما قوله ﷺ: (الولد للفراش)، فمعناه أنه إذا كان للرجل زوجة أو مملوكة صارت فراشا له، فأتت بولد لمدة الإمكان منه لحقه الولد وصار ولدا يجري بينهما التوارث وغيره من أحكام الولادة، سواء كان موافقا له في الشبه أم مخالفا. ومدة إمكان كونه منه ستة أشهر من

(1) بداية المجتهد، لابن رشد، جـ4، ص142.

(2) المبسوط، للسرخسي، جـ4، ص206-207.

(3) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، جـ7، ص418.

(4) المجموع للنووي، جـ16، ص105.

(5) أخرجه البخاري، كتاب البيوع، باب تفسير المشبهات، رقم: 1948، جـ2، ص724، ومسلم في كتاب الرضاع، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات، رقم: 1457، جـ2، ص1080.

حين اجتماعهما». «أما ما تصير به المرأة فراشا، فإن كانت زوجة صارت فراشا بمجرد عقد النكاح ونقلوا في هذا الإجماع وشرطوا إمكان الوطء بعد ثبوت الفراش»[1].

والذي نفهمه من هذا أن الفراش هو الدليل القوي ووسيلة الإثبات المعتد بها لدى التنازع في نسب الولد، وهي القرينة الأقوى من مجرد الدعوى كما هو واضح[2].

وعمم المالكية الحكم بعدم إلحاق ولد الزنى بأبيه الزاني على كلا الحالين: حال وجود الفراش وحال عدم وجود الفراش، قال الحطاب: «قال أبو عمر (هو ابن عبد البر): كَانَ عُمَرُ (ابن الخطاب) أبو عمر كان عمر ينيط أولاد الجاهلية بمن استلحقهم إذا لم يكن هناك فراش؛ لأن أكثر فعل الجاهلية كان كذلك، وأما اليوم في الإسلام فلا يلحق ولد الزنى بمدعيه عند أحد من العلماء كان هناك فراش أم لا»[3].

المقدمة الرابعة:

يبدو أن مجال العمل بحديث (الولد للفراش) هو حال التنازع، قال الإمام الباجي رحمه الله: «وأما قوله ﷺ وللعاهر الحَجَر فمعناه إذا ادعى ولد صاحب الفراش من أمة أو حرة، وأما إن لم يدعه ففي المدنية أن محمد بن عيسى سأل ابن كنانة عن قوم أسلموا بجماعتهم وتحملوا إلى دار الإسلام فادعى بعضهم ولد زنية أيلحق به؟ قال: نعم، من حرة كان الولد أو من أمة إلا أن يدعيه معه سيد الأمة أو زوج الحرة فيكون أولى به؛ لأن النبي ﷺ قال الولد للفراش وللعاهر الحجر وقاله ابن القاسم... وروى عيسى عن ابن القاسم في جماعة يسلمون فيستلحقون أولادا من زنى

(1) شرح النووي على مسلم، جـ10، ص38.

(2) من وسائل إثبات النسب التي كانت قديما عند العرب القيافة، أي الاعتبار بالشبه في إلحاق الولد، والقافة عند العرب: هم قوم كانت عندهم معرفة بفصول تشابه أشخاص الناس، فقال بالقيافة من فقهاء الأمصار مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور والأوزاعي، وأبى الحكم بالقافة أكثر أهل العراق. انظر: بداية المجتهد، جـ4، ص142.

(3) مواهب الجليل، جـ7، ص252.

فإن كانوا أحرارا ولم يدعهم أحد لفراش فهم أولادهم، وقد ألاط عمر من وُلد في الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام إلا أن يدعيه معهم سيد الأمة أو زوج الحرة..»[1].

والذي نفهمه مما سبق أن مجال العمل بهذا الحديث هو ما إذا كان هنا تنازع على الولد بأن يكون هناك فراش ودعوى تعارض الفراش. وهذا يفيد أن الحديث ليس نصا في المسألة، قال الإمام ابن تيمية: «فإذا لم تكن المرأة فراشا لم يتناوله الحديث، وعمر ألحق أولادا ولدوا في الجاهلية بآبائهم»[2].

المقدمة الخامسة:

هل قضاء النبي ﷺ في حديث (الولد للفراش) وحي أم اجتهاد؟

في الحديث إشارة إلى أن حكم النبي ﷺ هو حكم قضائي اجتهادي وليس وحيا، بدليل احتياطه بقوله: (وَاحْتَجِبِي مِنْهُ يَا سَوْدَة). فأمرها به ندبا واحتياطا؛ لأنه في ظاهر الشرع أخوها؛ لأنه ألحق بأبيها، لكن لما رأى الشبه البين بعتبة بن أبي وقاص خشي أن يكون من مائة فيكون أجنبيا منها فأمرها بالاحتجاب منه احتياطا[3]. وحكم القاضي منوط بالأدلة والقرائن الظاهرة. لذلك قال الإمام النووي: «وفي هذا الحديث أن حكم الحاكم لا يحيل الأمر في الباطن، فإذا حكم بشهادة شاهدي زور أو نحو ذلك، لم يحل المحكوم به للمحكوم له. وموضع الدلالة أنه ﷺ حكم به لعبد بن زمعة وأنه أخ له ولسودة، واحتمل بسبب الشبه أن يكون من عتبة فلو كان الحكم يحيل الباطن لما أمرها بالاحتجاب والله أعلم»[4].

(1) المنتقى للباجي، جـ4، ص31.29.
(2) الفتاوى الكبرى، جـ2، ص80.79.
(3) شرح النووي على صحيح مسلم، جـ10، ص39.
(4) شرح النووي على صحيح مسلم، جـ10، ص40.

ونصل بعد ما سبق إلى أن مسألة إلحاق نسب ولد الزنى بأبيه الزاني خلافية اجتهادية، إذ ليس فيها نص صريح وليست مما أجمع عليه العلماء، وممن نقل فيها الخلاف شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله، قال: «واختلف العلماء في استلحاق ولد الزنى إذا لم يكن فراشا...»[1].

المقدمة السادسة:

لقد وُجدت فتاوى قديمة وحديثة ومعاصرة في صحة الزواج وإلحاق ولد الزنى بأبيه.

ومن الفتاوى القديمة قول الإمام ابن القيم رحمه الله في كتابه القيم زاد المعاد: «فإن قيل: فقد دل الحديثُ على حكم استلحاق الولد، وعلى أن الولد للفراش، فما تقولون لو استلحق الزاني ولداً لا فِراش هُناك يُعارضه، هل يلحقُه نسبُه، ويثبتُ له أحكامُ النسب؟

قيل: هذه مسألة جليلة اختلف أهلُ العلم فيها، فكان إسحاق بن راهويه يذهبُ إلى أن المولودَ مِن الزنى إذا لم يكن مولوداً على فراش يدعيه صاحبه، وادعاه الزاني، أُلحِقَ به، وأوّل قول النبي ﷺ: «الولد للفراش»، على أنه حكم بذلك عند تنازُع الزاني وصاحب الفراش.. وهذا مذهب الحسن البصري، رواه عنه إسحاق بإسناده، في رجل زنى بامرأة، فولدت ولداً، فادعى ولدَها فقال: يُجلد ويلزمُه الولد، وهذا مذهبُ عروة بن الزبير وسليمانَ بن يسار ذكر عنهما أنهما قالا أيُّما رجل أتى إلى غلام يزعم أنه ابن له، وأنه زنى بأمه ولم يَدّعِ ذلك الغلامَ أحد، فهو ابنُه، واحتج سليمان بأن عمر بن الخطاب كان يُلِيطُ أولادَ الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام، وهذا المذهبُ كما تراه قوة ووضوحاً، وليس مع الجمهور أكثرُ مِن «الولد للفراش» وصاحبُ هذا المذهب أولُ قائل به، والقياسُ الصحيح يقتضيه، فإن الأبَ أحدُ الزانيين، وهو إذا كان يلحق بأمه، وينسب إليها، وترثه ويرثُها، ويثبت النسب بينه وبين أقارب أمه مع كونها زنت به، وقد وُجِدَ الولدُ مِن ماء الزانيين، وقد اشتركا فيه، واتفقا على أنه ابنهُما، فما المانِعُ مِن لحوقه بالأب إذا لم يدعِهِ غيرُه؟»[2].

([1]) مجموع الفتاوى، جـ2، ص139.

([2]) زاد المعاد في هدي خير العباد، جـ5، ص374.

– ومن الفتاوى الحديثة فتوى الأزهر الشريف بإمضاء الشيح حسن مأمون في 12 شعبان 1374هـ/5 أفريل 19955م. أفتى رحمه الله بصحة الزواج على مذهب الحنفية والشافعية، واشترط التوبة من الزانيين[1].

– ومنها الفتاوى المعاصرة فتوى موسوعة الفقه الإسلامي المعاصر برئاسة د. عبد الحليم عويس رحمه الله، ومما جاء فيها: ولئن كان هذا القول مخالفا لرأي جمهور الفقهاء إلا أننا نميل إليه لما فيه من مصلحة للولد وللمجتمع، فمن البدهي أنه من الخير أن ينسب إلى أبيه ليقوم بتربيته ويتولى أمره، لأن كونه بلا أب يؤدي إلى تشرده وضياعه واحترافه الإجرام إلى غير ذلك من صور الإخلال بالمجتمع.

هذا بالإضافة إلى أن القول بإلحاق الولد بالزاني قول قوي والقياس الصحيح يقتضيه، لأن الأب أحد الزانيين، والولد يلحق بأمه وينسب إليها ويجري بينهما التوارث ويثبت النسب بينه وبين أقارب أمه مع كونها زنت به. وقد تخلق الود من ماء الزانيين، حيث اشترك فيه واتفق على أنه ابنهما، فلم يكن ثمة مانع من لحوقه بالأب، إذا لم يدعه لنفسه[2].

المقدمة السابعة:

إن المعاملة بنقيض المقصود الفاسد باب من أبواب الاستصلاح، وأصل من أصول السياسة الشرعية –وإن كان ضعيفًا كما قال الإمام ابن عاشور[3]، ينبغي الأخذ به في مسألتنا هذه، لاختلاف واقعنا المعاصر عن واقع السابقين، خصوصا مع فساد الذمم وقلة الأمانة وشيوع الاحتيال، وقلة الاكتراث، والتنصل من المسؤولية، فإن الأب الزاني في واقعنا يُسَرُّ إذا أعفيناه من مسؤوليته، فلا يناسبه إلا أن نلزمه بقوة القانون بتحمل مسؤوليته الجنائية ومسؤوليته الاجتماعية.

(1) انظر: موقع وزارة الأوقاف المصرية. على شبكة الأنترنت. www.islamic-council.com

(2) موسوعة الفقه الإسلامي المعاصر، رئيس التحرير د. عبد الحليم عويس، جـ3، ص2221.

(3) التحرير والتنوير، جـ2، ص375.

وقد رأينا علماء السلف يأخذون بهذا الأصل، فيحكمون -زجرا وتأديبا- بتأبيد الحرمة بين المتزوجين في العدة، كما ذهب إليه عمر بن الخطاب ومالك والليث والأوزاعي وغيرهم رضي الله عنهم، ثم يتراجعون عن الحكم بالتأبيد كما ذهب إليه المتأخرون من المالكية[1].

ولا شك أن هذا من اعتبار المصلحة الشرعية التي هي من أصول فقهنا الإسلامي عموما والفقه المالكي خصوصا.

وأخيرا.. ألا يكون في الحكم بترجيح صحة عقد النكاح على المرأة الحامل ممن زنى بها، مع مراعاة الاحتياط الذي ذكره الإمام محمد بن نصر الداودي المالكي، والذي يضمن التأكد من عدم اختلاط ماء الزاني بماء غيره، أو مراعاة أن لا يسقي ماءَه زرعَ غيره كما علل الحنفية.. ألا يكون في ذلك حلٌّ مناسب لمشكلة متفاقمة، مع أن الواقع في الأحكام القضائية أن القاضي يحكم إلزاما بالعقد وصحته غير ناظر إلى مواقف فقهاء المذهب المالكي اتفقت أو تباينت؟!

ألا يكون في الحكم بصحة نسبة ولد الزنى إلى أبيه الزاني حفظا لحقوق هذا الولد البريء، الذي لا مطعن في كرامته الإنسانية، ولا مناص من رعاية حقوقه الآدمية؟!

ثم يبقى علينا بعد ذلك أن نحتاط بكل ما يتوفر من وسائل الإثبات لندرأ الدعاوى الباطلة، والتحايلات الشيطانية التي لا يفتأ يخترعها المتحايلون. كما ينبغي أن لا نُسوِّيَ بين المحسن والمسيء فنعفي الجانيين أو أحدهما من العقوبة الشرعية المفروضة، وانظر إلى فتوى الأمام الحسن البصري التي سبق ذكرها كيف حكم في رجل زنى بامرأة فولدت ولدًا، فادَّعى ولدَها، فقال: يُجلَد ويَلزمه الولد..

هذه مسألة نموذجية وغيرها كثير.. ينتظر منا حركية إفتائية، تؤطر واقعنا الاجتماعي والسياسي والاقتصادي، الذي يكاد -رغما عنا- يتفلت خارجا عن مرجعيتنا الفقهية التي لا نزال نبالغ في الخوف عليها من اجتهاد مؤصل ومقعد ومنظم! والله أعلى وأعلم.

([1]) انظر: التحرير والتنوير، لابن عاشور، ج2، ص375.

خاتمة

1 – لقد اتفق للمذهب المالكي في المغرب الإسلامي من الانتشار واستقرار مالم يتفق لغيره، حتى ظل عامل وحدة معنوية وجزءا من مكونات الشخصية الثقافية والفكرية لمنطقة المغرب العربي عموما، بالرغم من تعاقب وظهور الكثير من النِّحَل والمذاهب الأخرى على مراحله التاريخية، مما يعطينا صورة عن عوامل القوة الكامنة في هذا المذهب، وهذا ما يجعلنا نعتز به كمرجعية فقهية أيّما اعتزاز.

2 – ولقد امتاز المذهب المالكي على غيره من المذاهب بالخصوبة والمرونة والملاءمة للواقع وتعدد المدارس وتكامل المناهج. كما طبعته حركية اجتهادية عبر العصور من خلال آليّات متعددة للتخريج الفقهي.

3 – ثم تفتّح الاجتهاد في المذهب المالكي على المخالفين من خلال بوابات واسعة لعلّ منها قاعدة مراعاة الخلاف التي تعني الاعتداد بالرأي المخالف لمسوّغ، وتمتع بمرونة واسعة، اكتسبها من مراعاة المقاصد الشرعية والدوران على محورها.

4 – إن سبيل التطوير والتجديد هو الرجوع إلى الأصول والقواعد والمبادئ والمقاصد، وعدم الانحباس في مسطورات المذهب من الفتاوى التي كانت حلولا آنية لظروف سابقة.

5 – إن التهيب الشديد فيه من اختيار الفتاوى من خارج المشهور في المذهب أو من خارج المذهب والخوف المبالغ على وحدة المرجعية الفقهية للأمة ليُعدان أكبر حاجز في وجه المحاولات الاجتهادية المعاصرة التي يجب أن تسعى إلى الحلول المناسبة الممكنة في إطار المذهب أولا، ثم في الإطار الواسع للفقه الإسلامي عموما.

6 – وإن الخروج الجزئي المنظم والمنضبط على المذهب لا بأس به، وقد كان سبيلا لأسلافنا المالكيين للتوسع والترخص حين يضيق بهم الالتزام بالمذهب.

7 – لقد ضبط علماؤنا الخروج من الذهب بعدم الجمع بين مذهبين على وجه يخالف الإجماع، أو يوقع في التلفيق الممنوع.

8 – إن النظر الجماعي في المسائل ذات الأثر المنتشر في الأمة ضمانة مهمة لإيجاد الحلول المناسبة لواقعنا، وللمحافظة على الطابع المذهبي والوحدة المرجعية لمغربنا الإسلامي الكبير.

9 – وأخيرا يوصي الباحث بالإعداد لتشكيل مجلس مغاربي للعناية بالفقه المالكي، وتطوير الإفتاء به، وَفْق معايير الوحدة والانسجام والتعاون.

وبالله تعالى التوفيق والسداد.

مراجع البحث

1– الاجتهاد والتقليد في الشريعة الإسلامية، د. محمد الدسوقي، دار الثقافة –الدوحة، ط1، 1407هـ/1987م.

2– الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، لشهاب الدين أبي العباس القرافي (ت684هـ)، حققه أبو بكر عبد الرزاق، المكتب الثقافي –القاهرة، ط1، 1989م.

3– أدب الفتوى وشروط المفتي وصفة المستفتي، لابن الصلاح الشهرزوري (ت643هـ)، تحقيق د. رفعت فوزي عبد المطلب، مكتبة الخانجي –القاهرة، ط1، 1413هـ/1992م.

4– الاعتصام، لأبي إسحاق الشاطبي، تحقيق: أحمد عبد الشافي دار الشريفة –الجزائر.

5– إعداد الممارسين للاجتهاد الجماعي، د. محمد إمام، مجلة المسلم المعاصر، العدد83 السنة21.

6– أليس الصبح بقريب، محمد الطاهر بن عاشور، الشركة التونسية للتوزيع، تونس.

7– الإنصاف في بيان أسباب الاختلاف، ولي الله الدهلوي، تعليق: عبد الفتاح أبو غدة، دار النفائس، بيروت، الطبعة الثالثة، 1406هـ/1986م.

8– بدائع الصنائع ، الكاساني (ت587هـ)، دار الكتاب العربي –بيروت، ط2، 1982م.

9– بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، الحفيد (ت595هـ)، دار الحديث –القاهرة، 1425هـ/2004م.

10– التجديد في أصول الفقه، دراسة وصفية نقدية، د. شعبان محمد إسماعيل، مكتبة دار السلام –القاهرة، ط1، 1420هـ/2000م.

11– التحرير والتنوير، محمد الطاهر بن عاشور، دار سحنون – تونس، 1997م.

12– ترتيب المدارك وتقريب المسالك، لأبي الفضل عياض بن موسى اليحصبي، القاضي (ت544هـ)، تحقيق: سعيد أحمد أعراب، مطبعة فضالة – المحمدية، المغرب، ط1، 1983م.

13– الجواهر الثمينة في بيان أدلة عالم المدينة، حسن بن محمد المشاط، (ت1399هـ)، تحقيق عبد الوهاب أبو سليمان، دار الغرب الإسلامي، ط2، 1411هـ/1990م.

14– حاشية رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان لمحمد أمين الشهير بابن عابدين، إشراف مكتب البحوث والدراسات دار الفكر بيروت.

15– حاشية محمد عرفة الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، طبعة دار إحياء الكتب العربي.

16– الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (ت799هـ)، تحقيق: د. محمد أبو النور، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة.

17– الذخيرة، لشهاب الدين القرافي، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب –بيروت، 1994م.

18– زاد المعاد في هدي خير العباد، لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي، تحقيق: شعيب الأرناؤوط وعبد القادر الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة –بيروت، ومكتبة المنار الإسلامية – الكويت، ط14، 1407هـ/1986م.

19– سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث السجستاني (ت275هـ)، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر – بيروت.

20– سنن الترمذي، أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي السلمي، حققه: أحمد محمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث العربي – بيروت.

21– شرح تنقيح الفصول، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (ت684هـ)، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، ط1، 1393هـ/1973م.

22– الشورى وقضايا الاجتهاد والجماعي، د. محمد أبو فارس، شركة الشهاب – الجزائر.

23– صحيح البخاري، لأبي محمد بن إسماعيل الجعفي، تحقيق: د. مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، اليمامة –بيروت، ط3، 1407هـ/1987م.

24– صحيح مسلم، لأبي الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي – بيروت.

25– صفة الفتوى والمفتي والمستفتي، لأحمد بن حمدان الحنبلي (ت695هـ)، تخريج وتعليق محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي –بيروت –دمشق، ط4، 1404هـ/1984م.

26– الضوابط الشرعية للأخذ بأيسر المذاهب، د.الزحيلي، مؤسسة الإسراء، ط3، 1991م.

27– عوامل السعة والمرونة في الشريعة الإسلامية، د. القرضاوي، دار الصحوة، ط1، 1985م.

28– عون المعبود شرح سنن أبي داود، لشمس الحق العظيم آبادي، دار الكتب العلمية – بيروت، ط2، 1414هـ.

29– فواتح الرحموت، لعبد العلي محمد بن نظام الدين الأنصاري (ت1225هـ)، بشرح مسلم الثبوت في فروع الحنفية، لمحب الله بن عبد الشكور (ت1119هـ)، دار إحياء التراث العربي – بيروت، مؤسسة التاريخ العربي، ط1، 1418هـ/1998م.

30– الفقه الإسلامي ومدارسه، الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم –دمشق، الدار الشامية –بيروت، ط1، 1416هـ/1995م.

31– الفقيه والمتفقه، لأبي بكر أحمد بن علي المعروف بالخطيب البغدادي (ت463هـ)، تحقيق عادل بن يوسف العزازي، دار ابن الجوزي، 1417هـ.

32– الفروق، للإمام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي (ت684هـ). تحقيق د. عبد الحميد هنداوي، المكتبة العصرية –بيروت، ط1، 1423هـ/2002م.

33– الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، لمحمد الثعالبي الفاسي (1376.1291هـ)، اعتنى به أيمن صالح شعبان، دار الكتب العلمية –بيروت، ط1، 1416هـ/1995م.

34– كيف نفهم الإسلام، محمد الغزالي رحمه الله، طبعة دار الكتب، الجزائر.

35– مالك حياته وعصره، آراؤه وفقهه، محمد أبو زهرة، طبعة دار الفكر العربي.

36– مباحث في المذهب المالكي بالمغرب، د. عمر الجيدي، مطبعة المعارف الجديدة – الرباط، 1993م.

37– المبسوط، لأبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، دار المعرفة –بيروت، 1406هـ.

38– المجموع شرح المهذب للشيرازي، والشارح هو النووي، طبعة دار الفكر.

39– مجموع فتاوى شيخ الإسلام تقي الدين أبي العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (ت728هـ)، تحقيق عبد الرحمن محمد قاسم، مكتبة ابن تيمية ـ الرياض.

40– المحصول في أصول الفقه، للقاضي أبي بكر بن العربي (ت543هـ)، تحقيق حسين علي البدري وسعيد فودة، دار البيارق –عمّان، 1420هـ/1999م.

41– مختار الصحاح، لزين الدين الرازي (ت666هـ)، ترتيب محمود خاطر، تحقيق وضبط حمزة فتح الله، دار البصائر ومؤسسة الرسالة، –بيروت، 1407هـ/1987م.

42– المدخل إلى دراسة المدارس والمذاهب ، د.الأشقر، دار النفائس عمّان، ط2، 1998م.

43– المدونة الكبرى، للإمام مالك بن أنس (ت179هـ)، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية –بيروت.

44– مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، عبد الوهاب خلاف، دار القلم –الكويت، ط6، 1414هـ/1993م.

45– المصباح المنير، لأحمد بن محمد بن علي الفيومي (ت770هـ)، مكتبة لبنان، 1990م.

46– معجم مقاييس اللغة، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر،1399هـ/1979م.

47– المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات، لأبي الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي (ت520هـ)، تحقيق د. محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1408هـ/1988م.

48– مقدمة ابن خلدون، عبد الرحمن بن محمد بن خلدون، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

49– الملل والنحل، للإمام أبي الفتح الشهرستاني (ت548هـ)، اعتنى به وعلق عليه أبو عبد الله السعيد المندوه. مؤسسة الكتب الثقافية –بيروت، ط1، (1415هـ/1994م).

50– الموافقات في أصول الشريعة لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي (ت790هـ)، تحقيق: عبد الله دراز، دار الكتب العلمية ـ بيروت.

51– موسوعة الفقه الإسلامي المعاصر، رئيس التحرير د. عبد الحليم عويس، دار الوفاء – القاهرة، ط1، 1426هـ/2005م.

52– مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، لأبي عبد الله، شمس الدين محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني (ت954هـ)، تحقيق زكريا عميرات، دار عالم الكتب، طبعة خاصة 1423هـ/2003م.

53– موطأ الإمام مالك ، تحقيق: فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1985م.

54– نصب الراية لأحاديث الهداية، لجمال الدين الزيلعي (ت762هـ)، تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة الريان –بيروت ودار القبلة للثقافة الإسلامية–جدة، ط1، 1418هـ/1997م.