

❖ وصل الاجتهاد الفقهي بالحياة العملية من خلال تجديد منهج

تدريس العلوم الشرعية

- مادة الفقه المقارن أنموذجا -

كهد. حسن القصاب

كلية الشريعة - جامعة القرويين - المغرب

مقدمة:

يتنافر تجديد النظر في منهج تدريس مادة الفقه المقارن - بل كل العلوم الشرعية على التحقيق - والقناعة منها بأن تكون مجرد مواد استظهار واستحضار. خصوصا وأن التقدم السريع لوسائل الإعلام وتوافر سبل جديدة في عرض المعلومة، ما تركا للمتمسك بعنققة المنهج مجالاً للشكوى من ندرة المعلومات أو من صعوبة الوصول إلى مصادرها. ولقد ثبت أيضا - بالتجربة والممارسة - أن مجرد استثمار واستعمال التقنية الحديثة وسائل للإيضاح⁽¹⁾ مع الإبقاء على المضمون العتيق بمقاصده المتجاوزة لا يأتي إلا بالنتائج العكسية وبالمولود المهجين الضعيف.

فانبعاث الفقه وصلته بحياة الناس أكبر من مجرد تغيير في طريقة العرض، بل مرتبط أساسا بالمضمون الذي يشترطه فيه الانسجام والترغيب قبل التمكين من مهارة حل المشكلات.

لذلك نركز على أن أول ما يلزم منهج تدريس الفقه - مادة الفقه المقارن التي هي مثالنا - بسط منهج أصيل يتحول بها النظر في الخلاف الفقهي من حرج وامتعاض إلى احتفال وازدهاء.

وقوام هذا المنهج أن الحرج الملموس ليس سببه كثرة الاجتهاد وتنوعه، ولا صعوبة استيعاب التطورات المعاصرة، ولا حتى عَوَز في وسائل النظر. بل هو خلل عميق في منهج النظر السائد، ساهمت فيه ظروف تاريخية عميقة التأثير، حتى انصب النظر بسببها على الترحيح بين المجتهدين للخروج برأي واحد غالب في كل جزئية، بينما أغفل المكلف في كل ذلك، مع أنه المقصود الأساس بتلك الأحكام ولخدمته وسعاداته شرعت، حتى جاءت مجملة حيناً ومفصلة أخرى.

فهو تحويل النظر وجهة المكلفين لاعتبار تفاوتهم واختلافهم، وتنبية إلى أن لمراعاهم جاءت أدلة الشريعة ظنية، فاختلفت فيها أنظار المجتهدين اختلافاً مقصوداً للشارع الحكيم. وأما الاهتمام باختلاف المجتهدين دون اختلاف المكلفين، فإنما هو تشبثٌ بالوسيلة وإهمال للمقصد. بمعنى أن هذا المنهج الذي يلزم أن يضعه المدرس المختص نصب العين حتى يتشربه الطالب تبعاً ليس قلباً للمعهود ولا طرحاً للموجود، إنما هي نفث غبار عن مباحث كامنة وبحوث مهملة تشهد كليات الشريعة وجزئياتها بصحتها وأصالتها بالقدر الذي تدعو فيه التطورات المعاصرة إلى الالتفات إليها واعتبارها.

لذلك فإن القصد الأول والمهم في منهج تدريس هذه المادة لطلاب كليات الشريعة والقانون هو كشف هذا المنهج وإبراز معالنه في فروع الفقه الإسلامي وأصوله، ومحاولة بسط المدعى من قدرته على تقديم تفسير منسجم متماسك لهذا الاختلاف المائل أمام أعين عموم المكلفين تفسيراً يُجيب عن هذه الخصوصية التي أخرجت القدامى والمتأخرين؛ بين مستحي ساكت عن الجواب، وبين ناف نفياً مطلقاً لوجود هذا الاختلاف متمسكاً باقنم المجتهدين، وأن منهم مصيباً ومخطئاً مبسطاً المسألة في هذه الحدود.

ومن ثمة فإنه لن يعود من صميم هذه المادة ولا محط نظر دارسيها - لذلك المقصد المهين المذكور- إعادة الحديث المعهود والممل عن أهمية الاجتهاد وطرقه وتميز الفقه الإسلامي به عن بقية الأنظمة القانونية؛ كما لا مزية في التطرق إلى شروط المجتهد والتوسع في عرض الاختلافات بصدده. لكن يصير بالمقابل من أول ما يُسعى للتمكن منه هو تحديد مجال العمل بهذا المنهج ، مادامت الحاجة العملية والاستشراف المستقبلي تدعوان إلى قياس مدى قرب انسجام النظر الأصولي من انسجام الشريعة المعجز، بدل التباهي بكثرة الاطلاع وإيراد النقول. فإما قُرب يضمن مواكبتنا، وإما عجمة في عقولنا عن إدراك فصاحة الشريعة وبيائها !

لذلك فإن المراد من الطالب يتعدى لوك الأقوال دون معرفة موطن الحاجة إلى استيعاب مناهج الفقهاء، استثماراً لتلك المكاسب الثمينة التي خلفوها لنا لاستشراف مستقبل في طي الكتمان.

ولما احترت لسبر هذا الزعم الذي أندعيه من تجديد منهج تدريس علومنا الإسلامية أمودج مادة " الفقه المقارن"، فأني ملزم ببيان مدى تحقيق تجديد منهج تدريسها للغايين الكبريين من كل عملية تعليمية تعلمية؛ وألا وهما:

- تمكين الطالب من مادة علمية يحصل منها كفاية متسقة ومكتملة.

- بيان صلة تلك الكفاية بالحاجات المهنية المستقبلية لذات الطالب.

ولعل ثقل هاتين الغايين هو ما حتم منا شقّ هذه المداخلة شقين؛ شقّ نظري يبين أهمية المادة ومدى الحاجة إليه في الحياة العلمية والعلمية للطالب - وهذا أمر على بلجه تغفله كثير من مقررات العلوم الإسلامية في مقدماتها الممهدة للعلوم ، وشقّ تطبيقي في غاية الأهمية للإدعاء الذي أسست عليه المداخلة، والقائم على اتمام المنهج العتيق بانفصال نكد عن معيش الناس وهمومهم. لذلك سأختار



للممثلين مبحثين فقهيين من حقلين للتنوع (مبحث ولاية الزواج ومبحث المضاربة).
وفق منهج تدريسي مقترح نقف على خطواته حين البسط.

أولاً: الشق النظري

مقاصد هذا الشق محصورة في مقصدين؛ أولهما بيان أهمية المادة وصلتها بالحياة المعاصرة وكيف أن دراستها ليس ترفاً من غير، وثانيهما كشف المقدمات الممهدة التي هي مفاتيح امتلاك ناصية المادة .

1- أهمية المادة

ما من شك أن مادة " الفقه المقارن " من المواد البالغة الأهمية في تكوين طالب الفقه الإسلامي، بل هي في الحقيقة تنويج لما حصله من معارف، وتطبيق جمعي لها . وليس ذلك مختصاً بصقل معارفه الفقهية ثم مقارنتها بالقانونية . بل كذلك في كيفية استثمار رصيده اللغوي ثم تنظيم تحليله واستيعابه للمسائل ، لذلك ليست هذه المادة مادة استظهار بل مادة تطبيق واستحضار .

ثم إننا لا نقصد بعبارة "الفقه المقارن" حصر البحث في خلاف أئمة المذاهب الأربعة رحمهم الله، لأن تعريف الفقه نفسه⁽²⁾ يعني عن ذلك الوصف، مادام البحث عن الأدلة التفصيلية يتضمن بالضرورة الاطلاع على مظان الوفاق والخلاف بين الفقهاء من غير استثناء. هذا عدا أن الفقه مرتبط بدراسة كل المذاهب للعبارة المشهورة " لم يشم رائحة الفقه من لم يعرف الخلاف"⁽³⁾، لذلك فالقصد أن نستوعب مناهجهم باستثمار تلك المكاسب الثمينة التي خلفوها لنا.

2 - مقدمات لاستثمار الخلاف الفقهي في استيعاب التطورات المعاصرة :

لتكون لدراسة الفقه المقارن صلة بحياة الناس وحاجاتهم المستقبلية، لا بد من البناء - بحسب ما يظهر - على ثلاث مقدمات مهمة، وهي :



- تمييز الاجتهاد الفقهي من الاجتهاد القضائي

- الاعتداد بتصويب المجتهدين

- توضيح معنى المذهب والمدرسة الفقهية.

فبدون توضيح هذه المقدمات لن تخرج دراسة الخلاف الفقهي عن لوك الأقوال واستظهارها دون معرفة موطن الحاجة . فهي مقدمات تبعد شبهة التعصب وتقرب من السمة العملية

2-1 تمييز الاجتهاد الفقهي من القضائي:

هذا تمييز خاص بالفقه الإسلامي، ويعرفه القانون لكن ليست له فيه الخطوة والأهمية التي له في الفقه ، ولتوضيح المسألة يلزم بدء بيان معنى الفتوى ومعنى القضاء ليسهل التمييز:

الفتوى: لغة تطلق على الحكم الذي وقع الإفتاء به، وفي اللسان الفتيا والفتوى ما أفتى به الفقيه⁽⁴⁾. وتعرف اصطلاحاً بأنها "إخبار بحكم شرعي من غير إلزام"⁽⁵⁾، وقد جعل هذا القيد ليخرج حكم الحاكم وهو القاضي. ويدل على ذلك أن ورود الفتوى في كتاب الله تعالى يكون بهذا المعنى الذي لا إلزام فيه، وأنها اقتراح واسع حتى للمستفتي من أصحاب الولايات، كما في قوله تعالى ﴿يَأْتِيهَا الْمَلَأُ أَفْتُونِي فِي رُءْيَايَ إِنْ كُنْتُ لِلرُّءْيَا نَاعِبْرُونَ﴾⁽⁶⁾، وفي قوله عز وجل ﴿قَالَتْ يَا أَيُّهَا الْمَلَأُ أَفْتُونِي فِي أَمْرِي﴾⁽⁷⁾.

فالفتوى صنعة لا يحسنها كل أحد، إذ لا بد فيها من الممارسة والمخالطة، ومعرفة نفوس المستفتين وعوالمهم؛ فالفتي محقق للمناط الخاص، لذلك يلزمه تقدير مآلات الأفعال وآثار فتواه عليها؛ ولهذا فإن الأصل في الفتوى أن لا تقيد بقيود

وأن لا تخضع لتعيين من أولي الأمر⁽⁸⁾، بل الأليق فيها أن تبقى مرسله يتصدى لها كل من أنس من نفسه القدرة على إفتاء الناس بما يعرض لهم من الحوادث المتجددة، دون أن يعنى ذلك فتح الباب لكل من هبّ ودبّ ليعبث في الشريعة. فتحقق شروط المجتهد في المفتي من المسلم به الذي لا معنى للإطالة فيه.

- أما القضاء: فهو إتمام الشيء قولاً وفعلاً⁽⁹⁾، ومنه أيضاً معنى الفراغ فتقول قضى حاجته، ومعناه أيضاً الحكم بين الناس. والقضاء في الاصطلاح "الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام"⁽¹⁰⁾، وهو عند الفقهاء "فصل الخصومات وقطع المنازعات بين خصمين فأكثر بإظهار حكم الشرع في الواقعة"⁽¹¹⁾. ومشروعيته ثابتة لا خلاف فيها، لقول الله تعالى ﴿وَإِنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ يَمَّا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾⁽¹²⁾، وقوله سبحانه ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ يَمَا أَرْسَلْنَاكَ اللَّهُ﴾⁽¹³⁾. ولما هو ثابت من قول رسول الله ﷺ ﴿إِذَا اجْتَهَدَ الْحَاكِمُ فَاصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ، وَإِذَا اجْتَهَدَ فَأَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ وَاحِدٌ﴾!

- تمييز الفتوى من القضاء⁽¹⁴⁾: يميز المراعاة في الفتوى أنها متمحضة للمكلفين، لأن المقصود منها حصول الامتثال، بينما تكون المراعاة في القضاء للحجة، لأن المقصود منه فض الخصومة. فالمكلفون بالنظر القضائي سواسية متعادلون، وإنما يترجح الحكم لبعضهم دون بعض بحسب قوة الحجج، تبعاً للقاعدة المعلومة المنصوصة: البينة على من ادعى واليمين على من أنكر. أما بالنظر الفقهي فإنهم مختلفون، لأن نظر المفتي يتنوع بحسب أحوالهم؛ فمنهم الضعيف والقوي في امتثال التكليف الوارد من طريق الأدلة المحتملة، والتي بتفصيل المجتهدين لمحملها يكونون مصيبين، لا مزية لأحدهم على الآخر.

وعلى هذا الاعتبار، فإن اجتهاد الفتوى أصل واجتهاد القضاء فرع، لأن تحديات التطورات المعاصرة إنما هي من جهة اليسر أو المشقة على المكلفين، وليست مهمة الفقيه في استيعابها إلا رفع هذا الحرج، لأنه الحارس للمستوى العام للمكلفين والضامن للسير بسير ضعافهم. ولقد ثبت هذا التمييز من سيرة رسول الله ﷺ فيما تميز به تصرفه بالفتوى من تصرفه بالقضاء، بدليل حديث عائشة رضي الله عنها أنها «ما خير رسول الله ﷺ بين أمرين إلا اختار أيسرهما، ما لم يكن إثماً» وهو كذلك هدي الأئمة بعد النبي ﷺ، فقد كانوا - كما قال الإمام البخاري - " يستشيرون الأمناء من أهل العلم في الأمور المباحة ليأخذوا بأسهلها فإذا وضع الكتاب أو السنة لم يتعدوه إلى غيره اقتداء بالنبي ﷺ... " (15)

ويفيد هذا أن لا معنى للترجيح بين المجتهدين في الفتوى لتفاوت أحوال المكلفين، ولا تعادل بين المكلفين في القضاء لتفاوت حججهم. فليست ظنية الأدلة كظنية الحجج؛ لأن الأدلة إذا كانت ظنية أفادت أنها مقصودة من الشارع، تنويعاً للخطاب الشرعي حتى يحصل به امتثال عامة المكلفين بحسب طاقتهم وقدراتهم. أما ظنية الحجج فيلزم منها إعمال الترجيح، لأننا لسنا بصدد تحقيق مقصد الامتثال، فلا تعيننا أحوال الخصوم في تفاصيلها، بقدر ما يعيننا السعي إلى تحصيل الحقوق بأقوى الحجج. أي أنه نظر إلى حجج معزولة عن أصول الأفعال وبواعث النوايا.

وعلى هذا الفرق، فإن النظر إلى الحجج نظر ظاهري، لقول رسول الله ﷺ «إنما أقضي بحسب ما أسمع». أما النظر إلى الأدلة فإنه نظر حال ومآل، ولذلك لا يحسن أن يُقضى في القضاء بقضاء واحد، لأن الخطأ فيه محتمل، وعيار الصواب والخطأ معتبر فيه مطلوب، بخلاف الاجتهاد الفقهي الذي لا يستقيم فيه ذلك

العيار، بل يشوش على مقاصده إذا ما جعل الاجتهاد الفقهي والاجتهاد القضائي متداخلين كالشيء الواحد.

ثم إن كل خلط بين الوظيفتين يضعفهما معا؛ فالقضاء لا ينتعش من دون قاعدة اقتراحية يوفرها الاجتهاد الفقهي، وهذا الأخير لا يكون مؤديا لتلك المهمة إلا إن كان متحررا من التخطيء والترجيح والتغليب.

ولعل غلبة ذلك الخلط هو الذي نحا بدراسي الفقه الإسلامي - لما يحسونه من استعلاء القانونيين والرغبة في إثبات الذات - إلى تفكير بشروط أولئك، فصاروا لا يقيمون فيصلا بين الاجتهاد الفقهي والاجتهاد القضائي، مع أن الأمر مختلف؛ فالاجتهاد الفقهي في القانون يعتبر مصدرا أحيانا من مصادره، وهو مصدر لا يتعدى التعليق على القوانين، لكن لا ينبغي أن ننظر نحن إلى الفقه الإسلامي هذه النظرة، لأن اجتهاد الفتوى فيه أصل واجتهاد القضاء فرع، ثم إن تحديات التطورات المعاصرة إنما هي من جهة اليسر أو المشقة على المكلفين، وليست مهمة الفقيه في استيعابها إلا رفع هذا الحرج.

و فائدة التمييز المهمة أن يختص الاجتهاد الفقهي بتوسيع القاعدة الاقتراحية التي يفيد منها لاحقا الاجتهاد القضائي والتفعيد القانوني، فيجد بين يديه اجتهادات كثيرة يطبق منها ما هو صواب لمكلفين مخصوصين في ظرف ومكان معينين، ويدخر أخرى لمكلفين آخرين في ظروف زمانية ومكانية مختلفة، مع اشتراك الجميع في القطعيات التي هي رحمة كلها، لا مشقة فيها على أحد..

فالنظر المميز بين الاجتهاد الفقهي والقضائي يرى الخلاف مقصودا شرعيا لا دخل للمجتهدين فيه، وهذا الفرق هو الذي يجعل مجرد الاعتراف بوجود الاختلاف في

فروع الشريعة غير كاف للاستفادة العملية من بواعث اختلاف الفقهاء، وهو كذلك ما يجعل القول المشهور والمتفق عليه "إن اختلاف المجتهدين رحمة" قولاً لا ثمرة له، لأن ضيائه يُنسخ بعميق الاعتقاد الذي يجعل الترجيح السبيل الوحيدة للاستفادة من الاختلاف الفقهي، لاعتقاد أعمق يجعل المجتهدين هم منابع الخلاف وأنهم يتفاوتون فهما وإداركا ومأخذاً، لا أن ذلك مقصد شرعي قُصد به إفساح المجال لدخول كل المكلفين تحت كنف الشريعة، بحسب طاقاتهم الإيمانية والحسية .

2-2 أهمية تصويب المجتهدين في سعة الاجتهاد الفقهي:

هي قضية متفرعة عن التي قبلها. نقصد بما أن سعة الاجتهاد الفقهي وخدمته للاجتهاد القضائي مرتبط بضرورة العمل بتصويب المجتهدين

وهي مسألة - باختصار - كثر فيه الجدل بين الأصوليين حتى اختلفوا فريقين:

فريق المخطئة: يذهب هذا الفريق إلى أن الحق في قول واحد من أقوال المجتهدين، وأن اختلاف المجتهدين في مسألة من مسائل الفروع يفيد صواب واحد منهم فقط دون الآخرين. والتصور الجامع لأغلب هؤلاء الأصوليين، أن الاجتهاد من حيث هو اجتهاد صواب دائماً، لكن الشيء المطلوب بالاجتهاد يصيبه بعض ويخطئه بعض، وإذا اختلف فيه اثنان فلا يمكن أبداً أن يكونا مصيبين معاً؛ لأن المجتهد - بحسب هذا التصور - لا يكلف إصابة الحكم، وإنما لكل مسألة حكم معين يعلمه الله تعالى وكُلف المجتهد بطلبه

فريق المصوبة: وهو فريق يرى أن الظنيات ليس فيها حكم معين يطلبه المجتهد، بل الحكم ناشئ عما أدى إليه الاجتهاد؛ مادام الدليل المحتمل يشهد لكل إمام، لأن "



حكم الله تعالى في حق كل مجتهد ما ظهر له من المسائل الشرعية ولا يطالب بسوى ما ظهر له أبدا⁽¹⁶⁾. وعلى هذا فإن كل مجتهد مصيب.

وقد شاع أن الحديث المشهور حديث ﴿ إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر ﴾ متفق عليه من حديث عمرو بن العاص⁽¹⁷⁾ وأبي هريرة⁽¹⁸⁾. يشهد للمخطئة والتحقيق أنهم هم أنفسهم لا يعتمدون عليه، لعلمهم أن سبب وروده جاء في معرض الحديث عن القضاء، وأن هناك فرقا بين الفتوى والقضاء.

وبتغليب فريق المخطئة في القرون المتأخرة، بقي الخلط بين الفتوى والقضاء الذي هو السبب الرئيس في الخلط الآنف بين الاجتهاد الفقهي والاجتهاد القضائي، مادام يخلط نظر الفقيه المكلفين بنظر القاضي إلى الخصوم.

لذلك فإن نشاط الفقه من عقاله وخفته في استيعاب التطورات المعاصرة مرتبط أيضا بتصحيح النظر في قضية التصويب والتخطيء حتى لا نعددها مبحثا أصوليا زائدا كأن نقول إن الجدل فيها عقيم، بل هو ولود، لأنه مؤثر في تقهقر الفقه، باعتبار أن ما اختاره المتأخرون بعد القرن الخامس هو تسفيه التصويب وتبجيل التخطيء، وذلك بعرض التصويب وكأنه فوضى في الاجتهاد يكون بها الشيء حلالا وحراما في آن واحد لمكلف واحد، بينما صار التخطيء والترجيح هو منهج النظر السائد حتى قوي السعي للتضييق من دائرة الخلاف ليكون للمسلمين رأي واحد في كل مسألة خلافية، فاضطربت كثير من المباحث الأصولية الدقيقة والخطيرة (كمباحث النسخ، والترجيح بكثرة الرواة، وفروض الكفاية ..

2-3 توضيح حقيقة المذهب والمدرسة الفقهية:

إن من الأمور اللصيقة بمنهج التخطية عدم وضوح معني المذهب والمدرسة الفقهية، لذلك لزم هذا التوضيح:

أ- حقيقة المذهب الفقهي:

المذهب في اللغة المعتقد الذي يذهب إليه والطريقة والأصل⁽¹⁹⁾، وصار حقيقة عرفية في ما ذهب إليه إمام من الأئمة من الأحكام الاجتهادية. ويطلق عند المتأخرين على ما به الفتوى، من باب إطلاق الشيء على جزئه الأهم، كقوله ﷺ ﴿الحج عرفة﴾، " لأن ما به الفتوى هو الأهم عند الفقيه المقلد"⁽²⁰⁾، فيقال هذا على مذهب مالك وهذا على مذهب الشافعي إلى غير ذلك. و" المذهب بهذا المعنى لم يكن موجودا ولا معروفا بين المسلمين في عصر أصحاب المذاهب، فمالك وغيره من أئمة المجتهدين لم يكونوا يعرفون معنى المذهب، وإنما كانوا ينشرون علم السنة وفقه الصحابة والتابعين"⁽²¹⁾. ومن ثمة فإن التعبير الأدق لصلة الأئمة المتبوعين بالمذاهب التي يعرفون بها، أن يقال في مذهب مالك-مثلا- أنه " هو المذهب الذي ينتسب إليه مالك، لا المذهب الذي يُنسب إليه"⁽²²⁾.

وعلى هذا فإن نسبة المذهب إلى صاحبه فيها كثير من التجوز؛ إذ لم يكن الأئمة يدعون أحدا إلى التمسك بمنهجهم في الاجتهاد، وإنما وقع ذلك بعد القرن الرابع حيث تشبث الناس بالمذاهب الأربعة دون سواها، فانضم إلى كل مذهب منها أتباع ومقلدون، فصاروا فيما بعد يجمعون أقوالهم وفتاويهم، وقسموا الفقه بعد ذلك إلى مدرستين؛ مدرسة الرأي في العراق ومدرسة الحديث في الحجاز، وبدا الخلاف بين المذاهب وكأنه خلاف في الأصول قبل الفروع. والتحقيق أن الأئمة



كانوا يتبعون منهج من سبقهم من العلماء، ولم يكن لهم منهاج محدد في الاجتهاد كما يصوره المقلدة. فكل ما قيل عن أصول المذاهب وأوجه خلافها ليس صحيحا من هذه الحثية. فالواجب علينا إذن أن لا نسعى وراء توحيد المذاهب من طريق الترجيح، باعتبار أحدها أصح أصولا وأقل خطأ. بل يجب أن نطرح التعصب لتكون الأمة مذهبا واحدا وهو اعتبار جميع المذاهب⁽²³⁾.

و يؤكد ذلك ما نراه في عصرنا الآن من اضطرار الحكومات في قوانينها المدنية إلى تجاوز الدعوة الرسمية إلى التمسك بمذهب واحد كلما ضاق ذلك المذهب عن احتياجات العصر كتركيا الحنفية بإدخالها تعديلات - في العهد العثماني - على مجلة الأحكام ، وسوريا الشافعية في قانونها المدني، والمغرب المالكي في مدونة الأسرة.

فلو صاحب هذا الاضطرار العملي إيمان نظري لعلمنا أن المذاهب جعلت لخدمة المكلفين لا العكس، وأن منطلقات الأئمة واحدة خلاف ما ذهب إليه القائلون بتفاوت الظنون؛ فكلهم على هدى من ربهم لا فضل لأحد على الآخر، وأن من أخذ برأي أحدهم فهو على شرع وهدى كاملين. كما أن كل من أحسن المنطلقات التي انطلقوا منها وصل إلى مرتبة الاجتهاد دون تحجير فيها على أحد. لذلك فإن الخلاف المذهبي إنما نشأ بين صفوف المقلدين، وأكثره من الأقوال المنسوبة إلى المذهب لا مما قاله المؤسس نفسه؛ لأن مذهب الإمام حقيقة هو ما قاله ولم يرجع عنه إلى أن مات، لا ما فهمه أصحابه من كلامه؛ فقد لا يرضي الإمام ذلك الأمر الذي فهموه من كلامه، ولا يقول به لو عرضوه عليه.

ب- حقيقة المدارس الفقهية:

مضمون المدارس الفقهية أن تنوع الاجتهادات يعود إلى التصورات المبدئية التي ينطلق منها كل مجتهد، وأن الاستقراء يفيد أن هذه التصورات ترجع في كليتها إلى أن طائفة أخذت بالحديث والأثر أكثر من أخذها بالرأي، وطائفة أخرى ترى استعمال الرأي أكثر من مجرد النظر البسيط في الأثر. وبحسب هذا التصور، فإن الأولى تعرف بالمدرسة الحجازية، وتعرف الثانية بالمدرسة العراقية⁽²⁴⁾.

ولئن كان نفع هذا التقسيم في التدريس بيّنا، إلا أن خطره المنهجي خفي عميق؛ ذلك أنه يجعل في حكم المسلم به تحكم المدرسة المختارة في نتيجة الاجتهاد، مع أن كل الشواهد تدل على أن الفقه حيثما كان يصحبه الرأي، سواء كان في المدينة أو في العراق، كما تدل على أن اختلاف الفقهاء إنما هو واقع في بعض الجزئيات بحسب ما لاح لهم من الدليل، وأنهم جميعا متفقون على الأخذ بالكتاب والسنة والإجماع والقياس.

ثم إن جملة شهادات تشهد على أن هذا التقسيم حادث في الأمة، ولم يكن فيها موجودا. فقد أكد الحافظ ابن عبد البر أن مما لا خلاف فيه كون الاجتهاد بالرأي والقياس على الأصول لا يخص أهل العراق دون أهل الحجاز⁽²⁵⁾. وأفصح الإمام النووي أيضا أن هذا التفضيل بين المدرستين طارئ مستحدث، فقال: "وهذه صفة كثير من المتأخرين إلى أواخر المئة الرابعة المصنفين الذين رتبوا المذهب وحرروه وصنفوا فيه تصانيف فيها معظم اشتغال الناس اليوم"⁽²⁶⁾. وشهد لذلك أيضا تعقيب ابن رشد الحفيد بقوله: "وقال



التأخرون من أهل النظر: حجة الحجازيين من طريق السمع أقوى وحجة العراقيين من طريق القياس أظهر . وإذا كان هذا كما قالوا فيرجع الخلاف إلى اختلافهم في تغليب الأثر على القياس أو تغليب القياس على الأثر إذا تعارضا وهي مسألة مختلف فيها. لكن الحق أن الأثر إذا كان نصا ثابتا فالواجب أن يغلب على القياس. وأما إذا كان ظاهر اللفظ محتملا للتأويل فهنا يتردد النظر هل يجمع بينهما بأن يتأول اللفظ أو يغلب ظاهر اللفظ على مقتضى القياس؟ وذلك مختلف بحسب قوة لفظ من الألفاظ الظاهرة وقوة قياس من القياسات التي تقابلها ولا يدرك الفرق بينهما إلا بالذوق العقلي كما يدرك الموزون من الكلام من غير الموزون وربما كان الذوقان على التساوي..⁽²⁷⁾ فعلم أصحاب المذاهب المتبعة ، فيما أشار إليه الذهبي أيضا، " لم يكن إلا علما في كتاب الله وسنة رسول الله ﷺ وشبيه ذلك ، أما المنطق والجدل وحكمة الأوائل فلم يكن من علم الصحابة ولا التابعين والأوزاعي والثوري ومالك وأبي حنيفة"⁽²⁸⁾

ولعلنا ننتهي بهذا إلى موافقة الحجوي الفاسي في استنتاجه من أن : " ما من إمام إلا وقد قال بالرأي وتبع الأثر، إلا أن الخلاف في التحقيق إنما هو في بعض الجزئيات"⁽²⁹⁾.

ثانيا: الشق التطبيقي

قبل تنزيل الأساس النظري المتقدم على بعض المباحث الفقهية، لابد من التذكير بأننا اخترنا منهجا للدراسة ينسجم وما تقدم من مقدمات وغايات مرتقبة. وقد لا يأخذ دوما شكلا واحدا مطردا في كل المباحث المطروقة، لكننا نلح على أن يكون دائم الحضور في تحليل الطالب. لذلك فإننا نظن أن الاستفادة من " الفقه المقارن"— بحسب ما أسلفنا- هو في اتباع الخطوات المختصرة التالية:



- الرجوع بكل مسألة إلى أصلها حتى تفهم في سياقها وحدودها ،
وذلك بالاستعانة بالمعاني اللغوية والاصطلاحية.
- استعراض أقوال الأئمة المجتهدين في المسألة سرداً أولياً
- استعراض أدلة المختلفين
- مناقشة المسألة للوقوف على مواطن الخلاف ، وهل هي على الحال
الشائع بين العامة
- مقارنة المسألة في صورتها الفقهية بتمثلها القانوني للوقوف على مواطن
الاضطراب في فهم قصود الفقهاء .

وإننا لنقصد في النماذج الفقهية الالتزام بهذا المنهج، لكن دون تسطير
مدرسي تاركين ذلك لمناقشة الطلبة ، ولذلك مرة أخرى لا نفتأ نذكر أن إتباع
تلك الخطوات ليس له قصد سوى تمكين الطالب من مهارة التكييف الفقهي
للمسائل وتوخي الحياد الذي هو سلاح الطالب والباحث. لذلك لسنا نهتم
بالتفصيل المستفيض في المسائل إلا بالقدر الذي يخدم هذه الغايات السالفة ، ثم إن
ذلك التفصيل مما تعج به كتب الفقه المتوافرة بحمد الله والمادة مادة فقه مقارن ،
فهي مهارة عملية لا استظهارية .

1- الأنموذج التطبيقي الأول: مبحث الولاية في الزواج

الولاية من شروط عقد الزواج عند الفقهاء، وأهمية تناوله مفيد في بيان أن
الفقه الإسلامي تناوله في السياق العام لمعنى الأسرة ، بينما يتناوله البحث القانوني
في إطار ضيق هو حقوق المتعاقدين، لأنه يقدم محكوماً بقياس عقد الزواج على عقد
الشركة، وهو منطوق من صميم التخطيط والحكم بالرأي الواحد في مسألة يضيق
عنها.

و يستند بعض المحدثين⁽³⁰⁾ في عدم اعتبار الولاية إلى كون المسألة متخلفا فيها بين الفقهاء، وأنه لا يوجد نص بات فيها، واستدلوا لذلك بما ذكره ابن رشد في بداية المجتهد" أنه لم تأت آية ولا سنة هي ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح ، فضلا عن أن يكون في ذلك نص، بل الآيات والسنن التي جرت العادة بالاحتجاج بها عند من يشترطها هي كلها محتملة وكذلك الآيات والسنن التي يحتج بها من يشترط إسقاطها هي أيضا محتملة في ذلك".⁽³¹⁾ فلنتحقق:

أ- الولاية في النظر الفقهي:

ترد الولاية في اللغة بمعان كثيرة منها النصره كما في قوله تعالى ﴿ وَمَنْ يَتَوَلَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا فَإِنَّ حِزْبَ اللَّهِ هُمُ الْغَالِبُونَ ﴾⁽³²⁾ ومعنى الحبة كما في قوله تعالى ﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾⁽³³⁾ ومنها معنى القرب والدنو.

و تنوع أيضا في اصطلاح الفقهاء بحسب مجال هذه الولاية؛ فليست ولاية المال كولاية الزواج، لذلك فإن من نظر إلى تعريف الولاية عند الجرجاني - مثلا - بأنها " تنفيذ القول على الغير شاء الغير أو أبي"⁽³⁴⁾، لا ينبغي له منه الخلط بين ولاية الزواج وولاية المال والولاية العامة. لأن ولاية الزواج من ضمن ولاية النفس - بتعبير الحنفية - أو الولايات الخاصة بعبارة المالكية. وهذا مهم في تعيين إطار المسألة.

ومادام الأمر يتعلق بولاية الزواج، فلا بد كذلك من الوقوف على موضع التنوع الفقهي فيها.

لقد اتفق الفقهاء على أن الشيب لا ولاية عليها، أما البكر فإن لهم فيها تفصيلا بين ولاية الإيجاب ولاية الاختيار. وأن ولاية الإيجاب خاصة بزواج الصغيرة

باتفاق جميع الفقهاء، وأما الراشدة البكر فهي موضع التفصيل المنقول الذي يصل إلى أكثر من ستة أقوال تؤول اختصاراً إلى رأيين كبيرين:

- رأي يعتبر الولاية شرطاً لازماً في النكاح، فلا تعقد البكر زواجها صغيرة كانت أم كبيرة إلا بولي يتولاه وأنها إن فعلت كان نكاحها فاسداً، وهو رأي جمهور الفقهاء⁽³⁵⁾. واستدلوا لرأيهم بآيات وأحاديث منها قوله تعالى ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ﴾⁽³⁶⁾. وحديث عائشة رضي الله عنها ﴿أما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها مهر المثل بما استحل من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له﴾⁽³⁷⁾.

- وذهب رأي - وهو للحنفية- إلى عدم اعتبارها شرطاً في النكاح وأنه يجوز للمرأة أن تعقد زواجها بنفسها من غير حاجة إلى ولي، إن كان كفواً لها⁽³⁸⁾. واستدلوا لعدم اشتراط الولاية في الزواج بآيات وأحاديث كذلك، منها قوله تعالى ﴿حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾⁽³⁹⁾ وقوله سبحانه ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَا فِي أَنْفُسِنَا بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽⁴⁰⁾. واستدلوا أيضاً بحديث ابن بريدة عن أبيه أن ﴿جاءت فتاة إلى النبي ﷺ فقالت يا رسول الله إن أبي زوجني من ابن أحميه ليرفع بي حسيسته، فجعل الأمر إليها، فقالت: إني قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أردت أن تعلم النساء أن ليس للآباء من الأمر﴾⁽⁴¹⁾.

هذا باختصار مجمل موقف الفقهاء من القضية دون تفصيل أدلة كل فريق لأنها معلومة معروفة. لكن يبقى أن موقف الفقهاء ونظرتهم الشمولية لا يحاط بها من دون ضم مبحث الولاية إلى ثلاثة مباحث أخرى وهي: الكفاءة والمهر

والعضل⁽⁴²⁾. ففيها يظهر أن الحنفية قائلون بالولاية معتبرون لها بما لا يقل عن رأي الجمهور، وذلك من خلال التشديد على معنى شرط الكفاءة، لأنها عندهم "تعتبر للنساء لا للرجال، على معنى أنه تعتبر الكفاءة في جانب الرجال للنساء ولا تعتبر في جانب النساء للرجال"⁽⁴³⁾، وأنه كلما وقع الخلل في شروط الكفاءة صار للأولياء حق الاعتراض لأن في هذا النقص مساواة بحقهم، ولأن الزواج تصاهر عائلتين فكان واجبا تدخلهم للحفاظ على هذا المقصد الذي لا يتوفر إلا بين الأكفاء، والكفاء لا يتفق في كل وقت فكانت الحاجة ماسة إلى إثبات الولاية⁽⁴⁴⁾

لذلك نجدهم شددوا في معنى الكفاءة ووسعوه ليشمل الدين⁽⁴⁵⁾ أو الحرفة⁽⁴⁶⁾ أو المهر الذي اشترطوا فيه ما لم يشترطه غيرهم، إذ حددوا أقله ولم يجوزوا العقد من دونه، بخلاف الشافعية⁽⁴⁷⁾.

أما فقهاء المالكية، فإن المأمور بالنهي عن العضل عندهم هم الأولياء لا المطلقون⁽⁴⁸⁾، وإن جاء في سياق الطلاق في قوله تعالى ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكَحْنَ أَرْوَاجَهُنَّ﴾⁽⁴⁹⁾. لكن المظهر الأجلى لتصورهم الجامع هو تمييزهم النكاح المنعقد من غير ولي قبل الدخول من المنعقد بعده؛ فقالوا إن نكحت المرأة بغير ولي فسخ النكاح، فإن دخل وفات الأمر بالدخول وطول الزمن من الولادة لم يفسخ، لأنه لا يفسخ من الأحكام إلا الحرام البين أو يكون خطأ لا شك فيه، "فأما ما يجتهد فيه الرأي وفيه الاختلاف فلا يفسخ، ويثبت على مذهب مالك أن يكون الدخول فوتا وإن لم يتناول ولكنه احتاط في ذلك"⁽⁵⁰⁾. ولذلك فإن المالكية، وإن كان الأصل عندهم أن عقد الزواج بدون ولي عقد فاسد يجب فسخه قبل الدخول، إلا أنهم راعوا مذهب الحنفية وصححوا العقد بعد الدخول.



وموقف المالكية هذا ينبه من لا يميز بين العقد الفاسد والعقد الباطل (51)؛ لأن أغلب فقهاء المالكية يقولون بفساد النكاح بدون ولي لا بطلانه، ف " الزوج والزوجة ركنان والولي والصيغة شرطان" (52). وهذه المراعاة منهم لم تكن حرجاً أو ضرورة بل لأن حديث عائشة رضي الله عنها يصرح بذلك.

فيكون بذلك هذا التكامل بين الرأيين، اللذين اعتبرا متنافرين، من أكبر الأدلة على معاني الوفاق؛ لأن بضم هذه المباحث نجد مواقف الفقهاء تؤول إلى تنوع، وأنهم اختلفوا اختلاف من راعى المسألة قبل الوقوع - وهم الجمهور -، فاحترز من وقوع الخلل في بنية الأسرة فاشتروا لذلك الولي عند أول العقد؛ واختلاف من رعاها بعد الوقوع، كما رأينا عند الحنفية في مسألة عضل الأولياء وحققهم في التدخل عند حدوث الخلل. ثم إن حديث عائشة رضي الله عنها المتقدم (53) يجمع هذه الاعتبارات ويشير إليها، فبعد أن ذكر فيه بطلان العقد من غير ولي، فإننا نجد التوسعة في مضم الحديث: " فإن دخل بها فلها مهر المثل بما استحل من فرجها ".

ويبدو بعد هذه الإطلالة، التي لا تعدو التأمل في محط نظر الفقهاء - رحمهم الله -، أن ما شاع عن طريقة تناول الفقهاء للمسألة غير دقيق.

ب- الولاية في النظر القانوني:

لئن كان النقاش في الولاية نقاشاً في مسألة جزئية لم تكن تُشكل على متقدمي الفقهاء، إلا أن اهتمام التشريع القانوني بها، بتأثير من الرغبة الدولية في توحيد مصادر القانون، جعل تناولها يحور الإطار الذي نوقشت فيه قديماً؛ فبينما كانت عند الفقهاء دفاعاً عن المرأة وحماية لها، فإنها فهمت اليوم امتهانا وحطاً.

وهو فهم سببه - مرة أخرى - القياس الضيق على عقد الشركة الذي قيس عليه عقد الزواج.

والتحقيق أن عقد الزواج عقد لا يقاس عليه؛ فهم الفقهاء هذا وذهل عنه بعض التشريع القانوني⁽⁵⁴⁾، كما يبدو من التعميمات غير الصحيحة عن الطريقة التي نوقشت بها المسألة في الفقه الإسلامي؛ حتى اعتبر الاختيار الذكي الذي وفقت فيه مدونة الأسرة المغربية من خلال المادتين 24 و25⁽⁵⁵⁾ وكأنه اختيار شجاع غير مسبوق، مع أن المدونة لم تخرج فيه عن المشهور في الفقه الإسلامي، بل إنها لم تخرج فيه عن المذهب المالكي نفسه ! .

ويبقى مذهب المدونة اختياراً موفقاً على كل حال، لكنه شاهد على قدرة الخلاف الفقهي على احتواء كل الفئات والاستجابة لمطالبها دون المساس بالمقاصد الكبرى من عقد الزواج، كما هو شاهد أيضاً على قصور النظر القانوني إذا لم ير عقد الزواج إلا عقداً بين شخصين بسيطين - كأنه عقد بيع أو إجارة أو شركة، ولم ينظر إليها باعتبارها مصاهرة بين عائلتين وكيانين مركبين.

لذلك فإن الأسرة النموذجية المتناسكة لن يسعها إلغاء الولاية، فيكون التشريع القانوني بذلك أمام شرط يلتزمه الناس دون أن يقننه القانون؛ لأن الولاية ستظل واجبة معتبرة واقعا وعرفا. وليس ذلك من جانب الأولياء فحسب، بل من جانب النساء أنفسهن؛ لأن الغالب عليهن الإحساس بالمهانة والاحتقار إن غاب أولياؤهن حين العقد. وهو إحساس لا يمكن أن تسامح فيه الشريفة، لأنه من تمام عزتها في أعين من صارت إليهم. كما أن الولي من جهة أخرى مظهر لتدخل العقل لتأييد العاطفة أو عضلها إذا خيف الضرر.

فهذه المعاني التي يحملها معنى الولاية هي نفسها منتهى مطالب المذهب النسائي؛ فإن كان يُطلب تحصيل عقد الزواج بالتوثيق كتابة والتصديق عليه من القضاء، فإن هذا المطلب حاضر في الفقه الإسلامي وأشار إليه الحديث، لأن القاضي والي من لا ولي له. فتكون من اختارت أن تعقد لنفسها من دون ولي قد اختارت القاضي ولياً، شاءت ذلك أم أبت!

2- الأنموذج التطبيقي الثاني : مبحث المضاربة

المضاربة أو القراض؛ وهي أن يدفع المالك إلى العامل مالاً ليتجر فيه، والربح مشترك بينهما⁽⁵⁶⁾. ويعرف هذا العقد باسمين، فتسمى "قراضاً" عند أهل الحجاز- وهي من القرض الذي هو القطع، لأن المالك يقطع للعامل قطعة من ماله يتصرف فيها، وقطعة من الربح. وتسمى عند أهل العراق "المضاربة" لأن كلاً منهما يضرب بسهم من الربح، ولما فيها من السفر، والسفر في اللغة يسمى ضرباً.⁽⁵⁷⁾

أ - المضاربة في اختلاف متقدمي الفقهاء

و لا خلاف في جواز المضاربة عند الفقهاء بما استدلوا لذلك من حصول الإجماع، استفاضة الأدلة من الكتاب كما في قوله عز شأنه ﴿وَأَخْرَجَ بَصْرِيَّةً فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾⁽⁵⁸⁾، وفي السنة: فما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال ﴿كان العباس بن عبد المطلب إذا دفع المال مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحراً ولا يترل به وادياً ولا يشتري به دابة ذات كبد رطبة فإن فعل ذلك ضمن فبلغ شرطه رسول الله ﷺ فأجاز شرطه﴾⁽⁵⁹⁾، لكن محل خلاف الفقهاء - وإطار مسألتهم - في هذا العقد هو في مدى انضباطه للقياس من عدمه.

فهذه المعاني التي يحملها معنى الولاية هي نفسها منتهى مطالب المذهب النسائي؛ فإن كان يُطلب تحصيل عقد الزواج بالتوثيق كتابة والتصديق عليه من القضاء، فإن هذا المطلب حاضر في الفقه الإسلامي وأشار إليه الحديث، لأن القاضي والي من لا ولي له. فتكون من اختارت أن تعقد لنفسها من دون ولي قد اختارت القاضي وليا، شئت ذلك أم أبت!

2- الأنموذج التطبيقي الثاني : مبحث المضاربة

المضاربة أو القراض؛ وهي أن يدفع المالك إلى العامل مالا ليتجر فيه، والربح مشترك بينهما⁽⁵⁶⁾. ويعرف هذا العقد باسمين، فتسمى "قراضا" عند أهل الحجاز- وهي من القرض الذي هو القطع، لأن المالك يقطع للعامل قطعة من ماله يتصرف فيها، وقطعة من الربح. وتسمى عند أهل العراق "المضاربة" لأن كلا منهما يضرب بسهم من الربح، ولما فيها من السفر، والسفر في اللغة يسمى ضرباً.⁽⁵⁷⁾

أ - المضاربة في اختلاف متقدمي الفقهاء

ولا خلاف في جواز المضاربة عند الفقهاء بما استدلوا لذلك من حصول الإجماع، استفاضة الأدلة من الكتاب كما في قوله عز شأنه ﴿وَأَخْرَجَ يَصْرِيُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾⁽⁵⁸⁾، وفي السنة: فما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال ﴿كان العباس بن عبد المطلب إذا دفع المال مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحرا ولا يترل به واديا ولا يشتري به دابة ذات كبد رطبة فإن فعل ذلك ضمن فيبلغ شرطه رسول الله ﷺ فأجاز شرطه﴾⁽⁵⁹⁾، لكن محل خلاف الفقهاء - وإطار مسألتهم - في هذا العقد هو في مدى انضباطه للقياس من عدمه.

لذلك لم يعد جمهور الفقهاء المضاربة من الشركات ، بل عدوه عقدا منفلتا وغير منضبط للقياس الفقهي الذي بنوا عليه مباحث الشركة، والسبب عندهم هو عدم التساوي في حصة كل شريك، وهو عندهم شرط متوافر في صاحب المال ساقط في المضارب. وبحكم أن الاجماع - كما تقدم - منعقد على جوازها لذلك جعلوها رخصة شرعت على خلاف القياس، وأنها تقاس على " المساقاة لأنها إنما جوزت للحاجة من حيث أن مالك النخيل قد لا يحسن تعهدها ولا يتفرغ له ومن يحسن العمل قد لا يملك ما يعمل فيه.. وهي كما قيل رخصة خارج عن قياس الإجازات كما خرجت المساقاة عن بيع ما لم يخلق والحوالة عن بيع الدين بالدين والعرايا عن المزابنة" (60).

و هذا التمسك بالأقيسة أدى إلى أن يتوقف جمهور الفقهاء في أن يعدوها من الشركات، ولم يستثن من ذلك إلا الحنابلة (61). لأنهم لم يكونوا يتصورون أن تقوم شركة من غير مال لأحد الشريكين، لعدم انضباط الصفة التي يمكن أن يوصف بها، حتى قال بعضهم " وفي الحقيقة أن المضارب له عدة صفات: فالمضارب أمين، وبالتصرف وكيل، وبالربح شريك، وبالفساد أجير، وبالخلاف غاصب، وباشتراط كل الربح له مستقرض، وباشتراطه لرب المال مستبضع" (62). وهو توقف سيؤدي إلى اضطراب ما يزال قائما بين الفقهاء المنظرين لوسائل التوظيف الأجدى في معاملات البنوك الإسلامية.

ب- الاختلاف المعاصر في المضاربة:

لقد أظهرت تجربة البنوك الإسلامية أن المراجعة والمشاركة هي الوسائل الأكثر استعمالا . بينما يلفت الانتباه تقلص استخدام المضاربة تقلصا ملحوظا، أما القرض الحسن فإن التقارير لا تشير إليه أصلا وإن كان أهم الوسائل التوظيفية التي

من أجلها أنشأت هذه البنوك. والذي يعنينا هو أن نحاول كشف أسباب تراجع دور المضاربة خاصة من بين كل وسائل التوظيف في هذه البنوك.

لقد تقدمت الإشارة إلى أن اصطلاح المضاربة أعقب خلافا بين الفقهاء قديما وحديثا، لكن بشكليين مختلفين؛ ومرده بالنسبة للقدماء - وقد تقدم- أن المهارات والعمل لم تكن تعتبر عندهم من رؤوس الأموال، وهي غير العروض التي تسمى في قانون الشركات اليوم الحصة العينية. ويوضح ذلك تناوله لهذا العقد باعتباره مستثنى من الغرر وأنه على خلاف القياس، وهو موقف يجمله الكاساني في البدائع بقوله "القياس أنه لا يجوز لأنه استتجار بأجر مجهول بل بأجر معدوم ولعمل مجهول، لكننا تركنا القياس بالكتاب العزيز والسنة والإجماع،⁽⁶³⁾ فاعتبروه لذلك رخصة رخصت فيها الشريعة⁽⁶⁴⁾، على عادتهم في توجيه معارضة النص للقياس.

أما إطار المسألة عند الفقهاء المحدثين، فإن الإشكال في المضاربة ليس من هذه الحيثية، لتطور مفهوم الحصة في الشركات وإقرار الفقه المعاصر لاعتبار المساهمة بالخبرة والعمل حصة مما يجوز تقديمه. ولكن ما يجعل تطبيق هذه الوسيلة التمويلية موضع شك في فعاليتها راجع أساسا إلى تطور طرق المضاربة بين ما عهده الفقهاء المتقدمون وبين ما آلت إليه اليوم:

فعقد المضاربة في الأزمنة الغابرة كان عقدا بين صاحب مال معروف ومضارب موثوق، وهو أمر متعذر في زماننا، بل يقرب من الاستحالة لغياب المعلومات الكافية عن المضاربين وعن حسن توظيفهم لمال المضاربة، لقيام العلاقة اليوم بين البنوك الإسلامية والمتعاملين على مبدأ قانوني لا يجوز معه

البحث في عدالة المضارب، وإن حصل فإن شواهد حسن السلوك والديانة والاستقامة لا تكفي في إثباتها.

لذلك نشأ بسبب هذه المتغيرات الجديدة نقاش فقهي محترم:

- بعضهم تمسك باصطلاح المضاربة باعتبارها وسيلة فعالة في تحقيق رسالة البنوك الإسلامية، مستندا في تكييفه على توجيه بعض الفقهاء المحدثين لقعد المضاربة على فقه الشركات⁽⁶⁵⁾، محاولا الأخذ بفساد الشرط دون العقد في الشروط التي يمكن للبنك الإسلامي فرضها، خاصة منها تلك المتعلقة بضمان حسن إدارة المشاريع، مادام شرط المضاربة عند متقدمي الفقهاء يمنع تدخل صاحب المال في عمل المضارب.

- رأى فريق آخر من المجتهدين تكييف هذا العقد على ما اقترحه فقهاء الحنفية والشافعية في "الأجير المشترك" بحيث تسري على المضارب شروط الإجارة والشركة معا⁽⁶⁶⁾. ومهما يكن من أمر هذه الاقتراحات، فإن الذي يعيننا منها هو أن نثبت أن الصيغة الفقهية لهذا العقد لا تناسب دائما الطبيعة التجارية للبنوك الإسلامية الخائفة من الدخول في مشاريع تكون احتمالات الخسارة فيها مرتفعة، لتعلقها بقدرات المضاربين وبحسن تدبيرهم للمشروعات.

لذلك يحاول منظرو البنوك الإسلامية التوفيق بين شروط الفقهاء المتقدمين وبين المعايير المعروفة من طرق الضمان في البنوك التقليدية الربوية، إلا أنهم واجهوا صعوبات في الأخذ به، ويوضح ذلك أن القاعدة المعروفة في العمل المصرفي هي عدم الاكتفاء بدراسة جدوى المشروعات، بل لابد من ضمانات يقدمها المقترض تجعل البنك يطمئن لضمان استيفاء أمواله. غير أن اعتماد مبدأ المشاركة يعني ضمنا



اعتماد قاعدة المخاطرة وما تؤدي إليه، مما لا يبقى بين يدي البنوك الإسلامية إلا وسيلة وحيدة هي دراسة جدوى المشروعات المقترحة من المضاربين دراسة مدققة.

ثالثاً: الغايات المرتقبة والخلاصات العامة

بعد عرض الأنموذجين التطبيقين، واللذين لا يعدوان أن يكونا نحواً ينحى، فإننا نظن أن بعض محاسن الاهتمام بالمنهج قد تكشفنا، ولعل أهم ما تحصل منه هو محاولة إكساب الطالب وعموم المهتم بالفقه الإسلامي قدرتان؛ قدرة اكتساب انسجام نظري وتفسيري، وقدرة اكتساب مهارات عملية لحل المشكلات الوطيدة الصلة بمعيش الناس.

فأما قدرة اكتساب انسجام نظري وتفسيري؛ فالمقصود به القدرة على تفسير أسباب تنوع الاجتهادات واختلافها، والتي مدارها على دليل قطعي تشهد له كل جزئيات الشريعة، وهو أن الشريعة جاءت متنوعة التكاليف ومحملة في بعض الأحكام، لتختلف فيها أنظار المجتهدين اختلافًا مقصودًا للشارع الحكيم، ولا يد للمجتهدين فيه. وذلك حتى توافق بعض الأحكام الاجتهادية قدرات أناس وطاقتهم في أزمنة وأمكنة مخصوصة، وتصلح أخرى لأحوال آخرين في أمكنة وأزمنة أخرى؛ فإن الله سبحانه لم يجعل كل نافع نافعاً مطلقاً، ولا كل ضار ضاراً مطلقاً. بل ربما نفع هذا ما ضر هذا، وضر هذا ما نفع هذا؛ وربما ضر هذا في وقت ما نفعه في وقت آخر، ونفع هذا في وقت ما ضره في وقت آخر.

فبسبب هذه المراعاة لأحوال المكلفين وقدراتهم جاءت الشريعة مرنة وحازمة في آن واحد، ليتحقق بها الامتثال دون أن يقع بها الحرج؛ فيكون البيان الذي لا يحتمل التأويل السبيل إلى ما المقصود به الحزم الذي لا حرج فيه على أحد، كما يكون الدليل الظني المحمل والسكوت الشرعي الوسيلة إلى ما يقصد به التيسير والرحمة.

فيأخذ منها كل مكلف على حسب قدرته الجسدية وطاقته الإيمانية، دون أن يفضي ذلك إلى انحراف مقاصد الشريعة القطعية.

فمنهج مادة الفقه المقارن يربط - لذلك الاعتبار- بين حلقات سلسلة ثلاثية؛ لأن ظنية الأدلة وتصويب المجتهدين وسيلتان قصد بهما الإفضاء إلى مراد واحد من التكليف وهو تحقق الامتثال من غير حرج على أحد .

فإذا اتضح هذا علمنا أن تصويب المجتهدين لا يشمل كل نظر، بل هو خاص بالأدلة الشرعية المجملة. وأما اختلاف النظر في الحجج والبراهين العقلية المجردة ، فهذا مما تزل بها العقول ويحصل بها التفاوت الموجب للترجيح بين المصيب والمخطيء.

وبوضوح ذلك أيضا فإننا نعلم أن الخلط بين النظرين هو ما أدى إلى الخلط بين الاجتهاد الفقهي والاجتهاد القضائي، حتى أضر بهما وأضعفهما معا؛ لأنه خلط يجعل الفقيه ينظر إلى المكلفين نظر القاضي إلى الخصوم من غير تمييز، فلا تعنيه أحوالهم بقدر ما تعنيه الحجج ليرجح أقواها . بينما مقتضى المنهج المواكب هو التمييز بينهما تمييزا ينتفعان به معا، لأن اختصاص الفقه المقارن هو بالاجتهاد الفقهي الذي وسيلته النظر في الأدلة يوسع دائرة العمل بكل الشريعة، محكمها ومجملها. كما أن هذا التمييز هو ما يمكن من توسيع القاعدة الاقتراحية للفقه الإسلامي التي يفيد منها الاجتهاد القضائي والتقعيد القانوني، ليجد بين يديه اجتهادات كثيرة يطبق منها ما هو صواب لمكلفين مخصوصين في ظرف ومكان معينين ، ويدخر أخرى لمكلفين آخرين في ظروف زمانية ومكانية مختلفة، مع اشتراك الجميع في القطعيات التي هي رحمة كلها، لا مشقة فيها على أحد.

وأما قدرة اكتساب مهارة عملية وطيدة الصلة بمعيش الناس؛ فإن أول اعتبارها هو التنبه إلى الاضطراب الذي لحق بعض المصطلحات فعقلها وقيدها، بسبب إهمال سياق نشأتها وتطورها، وكيف أن حسن فهم إطار المسائل الفقهية هو من صميم حل المشكلات التي هي الثمرة المرجوة من مادة "الفقه المقارن"، بعد أن أضاعتها قرون الركود.

فإذا تحققت هذه العتبة التي تراعي عامل التاريخ وظنية الأحكام فإننا نزعم واثقين أنها كفيلة بدفع الطالب دفعا تلقائيا لتحصيل

- الوقوف على نظر الفقهاء العام لسعة الفقه وما اتفقوا فيه إذعانا وديانة للنصوص القطعية، ثم ما اختلفوا فيه وكيف أنه آيل إلى الوفاق، على أنه اختلاف مراعاة لأحوال المكلفين ومقاصدهم تخفيفا وتشديدا، وأن تنوع الأعراف والبيئات وكذا تفاوت القدرات هي الموجهات لهذا الاختلاف.

- التحقق من أن كثيرا من الأحكام المسبقة الرائجة اليوم عن نظر متقدمي الفقهاء لهذه المباحث، والتي تشكل مشجب الدعاة إلى تجاوزها، هي أحكام تبسيطية غير دقيقة ذاهلة عن أن اختلافهم اختلاف مراعاة وتصويب بحسب الحالات والطاقت.

- استثمار كل المعارف السابقة في كل العلوم الإسلامية من أصول وحديث وغيرهما، بل وروز المعارف القانونية في الميدان المدني خاصة للوقوف على ما يتفق فيه الفقه والقانون، ثم ما يفترقان فيه لمميزة حاضرة في أحدهما غائبة في الثاني.

- استيعاب التطورات المعاصرة باستثمار سعة الخلاف الفقهي، دون الحاجة إلى تلفيق حرج ومضطرب، بين أحكام الشريعة وبين مقتبسات تنبث فيه. كما لا



نضطر إلى التوسع في " نظرية الضرورة " التوسع الخطير الذي تكون به مشجبا يعلق عليه كل عجز وقصور، لأن التوسعة الأصلية التي جاءت بها ظنية الأدلة تغني عنها. بل يجعل تقنين مستجدات التطورات المعاصرة سلسا طيعا، فلا تؤثر في الفقه الإسلامي، بل يكون هو المؤثر فيها.

- التحقق من أن ربط القضايا المعاصرة باضطراب أغلب المحدثين المتمسكين بمنهج التخطيء والمتأثرين بالنسق القانوني، والتمهيد لكل ذلك بسيط إسهام متقدمي الفقهاء في تلك القضايا، كفيلان بإظهار التسرع الكبير الذي طال التعبير عن مواقفهم، وأن اجتزاء أقوالهم والغفلة عن مقاصدهم قد يوهم أنهم أصل اضطراب المتأخرين. كما يتحقق من أنه لا يستفاد من فقههم بالترجيح المحدد للمشدّد من المخفف منهم، وأن هذا أو ذاك هو الاجتهاد الأوفى لاحتياجات العصر، موافقة مطلقة في الزمان والمكان منسحبة على كل إنسان. بل ينبغي النظر إليه نظرا شاملا، وكأنه مذهب واحد متنوع بتنوع أحوال المكلفين .

و عموما، فإننا نظن قد أسهمنا في وضع بعض الصوى في منهج تجديد تدريس العلوم الشرعية دون أن ندعي امتلاك ناصية المنهج في دقائقه ولا استكمال كل آليات التحليل، ليبقى المأمول تحصيل أجر الدال على الطريق. هو ما قد حاولنا كشفه من خلال التمثيل ببعض المباحث الفقهية التي اشتهر الخلاف فيها بين الفقهاء، وكيف أن بعض التحقق يفيد أنها تؤول إلى وفاق إذا ما نظر إليها بهذا النظر الجامع، وأنا لسنا فيها مضطرين - بفضل المكاسب الثمينة التي يبسطها المنهج بين أيدينا- إلى أن نلحق تلفيقا حرجا ومضطربا، بين أحكام الشريعة وبين مقتبسات تنبث فيها. كما لا نضطر إلى التوسع في " نظرية الضرورة " التوسع الخطير الذي تكون به مشجبا يعلق عليه كل عجز وقصور، لأن التوسعة الأصلية

التي جاءت بما ظنية الأدلة تعني عنها. بل يجعل تقنين مستجدات التطورات المعاصرة سلسا طيعا، فلا تؤثر في الفقه الإسلامي، بل يكون هو المؤثر فيها. فكلما جعلنا المكلفين محور الاهتمام الأصولي، كلما سهل علينا أن نعلم يقينا- لا ظنا وتخميننا- أن ما يستنبطه المجتهدون من الأدلة الظنية كله صواب مقصود للشريعة، ولاستطعنا استيعاب كل التطورات المعاصرة؛ سواء تلك التي يجود بها الحاضر المبهم أو تلك التي ما تزال في طي الكتمان، لأن هذه التطورات تطراً على واقع المكلفين لا على أصل الشريعة !

الهوامش

- 1- كاستعمال أجهزة الحاسوب وبرامج العرض من أمثال power point وتقنية data-show.
- 2- العلم بالأحكام العملية من أدلتها التفصيلية
- 3- تنسب لغير واحد من الأئمة ، فقيل هي لقتادة التابعي ونسبت لمالك وغيره
- 4- لسان العرب ، مادة فتو : 148/15.
- 5- القرافي، الاحكام في تمييز الفتوى من الأحكام، ص:29
- شرح الخطاب على المختصر : 32/1.
- 6- سورة يوسف، آية 43
- 7- سورة النمل آية 32.
- 8- قال الدكتور الجيادي رحمه الله: " إذا كان المشاركة قد أحضروا الفتوى للتقنين واعتبروها وظيفة رسمية ومنصبا من مناصب الدولة ، فإنها في المغرب ظلت مطلقة من كل قيد .. ولعل هذا كان سببا في ازدهارها في المغرب" ، أنظر محاضرات في تاريخ المذهب المالكي ، ص : 96.

- 9- لسان العرب ، مادة قضي : 417/15.
- 10- تبصرة الحكام في أصول الأفضية والأحكام لابن فرحون : 9/1.
- 11- انظر - شرح الدردير بحاشية الدسوقي: 129/4 .
- حاشية ابن عابدين : 309/4 .
- مغني المحتاج: 372/4.
- 12- سورة المائدة، آية: 49.
- 13- سورة النساء ، آية: 105
- 14- اهتم الإمام القراني بهذا المعنى في رسالته الشهيرة " الإحكام في تمييز الفتوى من الأحكام"، إلا أن عرضنا لهذا التمييز هنا ليس محصورا فيما سطره رحمه الله في رسالته، ذلك أنها لم تعن بالأساس الواسع لتمييز الفتوى من الأحكام.
- 15- صحيح البخاري، كتاب الاعتصام ، باب قول الله تعالى (وأمرهم شورى بينهم)
16- الميزان : 140/1.
- 17- يرويه أصحاب الصحاح والسنن من طريق" عن يزيد بن عبد الله بن أسامة بن الهاد عن محمد بن ابراهيم عن بسر بن سعيد عن أبي قيس مولى عمرو بن العاص عن عمرو بن العاص .
قال النووي" هذا الإسناد فيه أربعة تابعيون بعضهم عن بعض وهم يزيد فمن بعده" شرح النووي على صحيح مسلم : 13/12
- 18- عن "معمر بن راشد عن الثوري عن يحيى بن سعيد عن أبي بكر بن محمد ابن عمرو بن حزم عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن ابي هريرة". قال ابن حبان " قال أبو حاتم رضي الله عنه ما روى معمر عن الثوري مسندا الا هذا الحديث" صحيح ابن حبان 446/11 .
وقال البيهقي " لم يروه عن سفيان إلا معمر تفرد به عنه عبد الرزاق" السنن : 119/10
- 19- لسان العرب: 393/1.
- 20- مقدمة مواهب الجليل : 1/1.
- 21- محاضرات في تاريخ المذهب المالكي ، ص : 7.



- 22- أحمد الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، ص: 23
- 23- الفكر السامي : 449/2.
- 24- هذا التقسيم المدرسي تداوله أتباع المذاهب أثناء المناظرات، واعتمده الكاتبون المحدثون في تاريخ التشريع الإسلامي، حتى صار قاعدة مسلمة، انظر على سبيل المثال، الدكتور فاروق النبهان، المدخل للتشريع الإسلامي، ص: 140 .
- 25- جامع بيان العلم : 61/1.
- 26- الامام النووي ، آداب الفتوى والمستفتي، ص: 20
- 27- ابن رشد لحفيد، بداية المجتهد: 656/1
- 28- الذهبي ، تذكرة الحفاظ : 192/1
- 29- الفكر السامي : 316/1.
- 30- انظر مثلاً د الخليلي - وجهة نظر الجزء الخامس، ص 53 وما بعدها
- التعليق على قانون الاحوال الشخصية ط 3، ج 1 ، 207 .
- 31- بداية المجتهد : 8-7/2
- 32- سورة المائدة ، آية 56 .
- 33- سورة التوبة، آية : 71
- 34- التعريفات ، ص 329
- 35- أنظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : 231/2 ، معني المحتاج : 153/3.
- 36- سورة البقرة ، آية 221
- 37- رواه الترمذي ، وقال حديث حسن ، كتاب النكاح ، رقم الحديث 1021
وأبو داود في كتاب النكاح ، رقم الحديث 1783
الامام أحمد في باقي مسند الانصار رقم الحديث 23236.
- 38- الكاساني، بدائع الصنائع : 628/2
- 39- سورة البقرة، آية: 230
- 40- سورة البقرة، آية: 234 ، والآية: 240

- 41- رواه ابن ماجة، في كتاب النكاح، رقم الحديث 1864
وراه عن هناد بن السري حدثنا وكيع عن كهيمس بن الحسن عن ابن بريدة عن أبيه .
وهو حديث مرفوع متصل السند ورجاله رجال الصحيح .
- 42- العضل: منع الولي المرأة العاقلة البالغة من الزواج بكفتها إذا طلبت ذلك، ورغب كل
واحد منهما في صاحبه. وهو ممنوع شرعا
انظر تفسير القرطبي 159/3، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 232/2، معني المحتاج :
154/3. الفقه الاسلامي وأدلته: 6720/9
- 43- الكاساني، بدائع الصنائع: 629/2
- 44- السرخسي، المبسوط : 43 / 4
- وعلل الامام الشيباني ذلك بأن الخلل " يرتفع بإجازة الولي ووجه الجواز أنها تصرفت في
خالص حقها وهي من أهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار
الأزواج وإنما يطالب الولي بالتزويج كيلا تنسب إلى الوقاحة" الهداية: 1 / 191.
- 45- قال الكاساني: " في قول أبي حنيفة وأبي يوسف حتى لو أن امرأة من بنات الصالحين
إذا زوجت نفسها من فاسق كان للأولياء حق الاعتراض عندهما لأن التفاخر بالدين أحق من
التفاخر بالنسب والحرية والمال والتعبير بالفسق أشد وجوه التعبير "انظر بدائع الصنائع: 2/
628 .
- 46- نفسه.
- 47- قال الكاساني: " لا جواز للنكاح بدون المهر عندنا ... وأما بيان أدنى المقدار الذي
يصلح مهرا فأدناه عشرة دراهم أو ما قيمته عشرة دراهم وهذا عندنا وعند الشافعي المهر غير
مقدر يستوي فيه القليل والكثير"
انظر بدائع الصنائع: 559/2- 561 .
- 48- التمهيد 188/22
- 49- سورة البقرة، آية 232



- وهذه الآية نزلت - كما يقول المفسرون - في معقل بن يسار إذ عضل أخته عن مراجعة زوجها. أنظر تفسير القرطبي: 73/3
- 50- ابن عبد البر، الاستذكار: 38/16
- 51- لا حظور لهذا التمييز في القانون المدني، وهو غير الفساد الذي يذكرونه، لأن الفساد في الفقه الاسلامي هو بعد العقد ، بينما يفهم في القانون بما يقع قبل العقد ويمنع تحققه .
- 52- الامام الخطاب، مواهب الجليل: 419/3
- التسولي، البهجة بشرح التحفة: 444/1
- 53- (أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فإن دخل بها فلها مهر المثل بما استحل من فرجها ، فإن اشترى فبالسلطان ولي من لا ولي له)
- 54- لم تتجاهل مجلة الأحوال الشخصية التونسية هذا الشرط تماما، وإنما أوردته في حالة زواج المحجور كما في الفصلين 6 و 7 .
- أما بخصوص الولاية على المرأة فقد اكتفت بتوافق إرادة الزوجين بحسب ما صرح به الفصل 3 "لا ينعقد الزواج إلا برضا الزوجين" وعادت في الفصل 9 لتؤكد المعنى ذاته " للزوج والزوجة أن يتوليا زواجهما بأنفسهما...."
- 55- جاء في المادة 24 " الولاية حق للمرأة تمارسه حسب اختيارها ومصحتها "
- وجاء في المادة 25 "للرشيده أن تعقد زواجها بنفسها أو تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها".
- 56- مغني المحتاج : 309 /2 ، بدائع الصنائع : 121 /5
- 57- المبسوط: 127/7
- 58- سورة المزمل، آية: 20
- 59- رواه الطبراني في الأوسط عن ابن عباس ، وقال الهيثمي: وفيه أبو الجارود الأعمى ، و هو متروك كذاب. مجمع الزائد: 161/4



- 60- معني المحتاج : 310/2.
- 61- قال ابن قدامة " وحكم المضاربة حكم شركة العنان، في أن كل ما جاز للشريك عمله جاز للمضارب عمله وما منع منه الشريك منع منه المضارب وما اختلف فيه ثم فههنا مثله وما جاز أن يكون رأس مال الشركة جاز أن يكون رأس مال المضاربة وما لا يجوز ثم لا يجوز ههنا " انظر المعني: 136/5.
- 62- الزيلعي، تبين الحقائق : 67/5
- 63- بدائع الصنائع 108/5
- 64- قال عند ابن رشد الجدا في بقوله " وهو رخصة وتوسعة بين المسلمين للضرورة التي دعت إليه " المقدمات الممهديات: 6/3
وانظر كذلك حكاية هذا الاتفاق عند:
- ابن رشد الحفيد بداية المجتهد 236/2
- المحلى لابن حزم 247/8
- معني المحتاج للشريبي 398/3 .
- المعني لابن قدامة : 27/5.
- 65- انظر تفصيل هذا الرأي في " مصرف التنمية الاسلامي " ص 246 وكذلك عند عبد الستار أبو غدة الذي يجمل هذا التكييف الفقهي بقوله " ... القراض قد استضافته جميع الكتابات الفقهية، وعنت به أبا عناية، إلى حد أنها أفردته عن عداد الشركات مع أنه شركة" ص 1 من بحثه المقدم للمؤتمر الثاني للمصرف الإسلامي المنعقد بالكويت مارس 1983 - كتاب بحوث المؤتمر - مطبعة السلام - الكويت 1983 .
- 66- انظر تفصيل هذا المقترح في " البنوك الإسلامية .. " حيث أوردته د. عائشة المالقي نقلا عن د. مجدي عبد الفتاح سليمان. ص: 343