دور الإفتاء والقضاء
في ترسيخ وتطوير الاجتهاد الفقهي

أ.د عبد القادر داودي
كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية– وهران

يعد منصب الإفتاء أهم المناصب التي عني بها الفقه الإسلامي باعتباره يكرس التطبيق المنهجي لأصول الاجتهاد ويمثل التنزيل العملي للأدلة الشرعية وفق المنظور الاجتهادي لفقهاء المذهب، كما تمثل الفتاوى التي يصدرها فقهاء المذهب الاختيار الحقيقي للراجح من الأقوال والتهذيب العملي الذي خضعت له مختلف الأقوال المختلفة أو المتعارضة أحيانا وبالتالي البروز العملي لمصطلح المشهور والقوي والمعتمد من الأقوال في المذهب. فإذا انضاف إلى كل ذلك تواطؤ العلماء على تلكم الفتاوى وقبولهم بحقيقتها ومضمونها ومناط تطبيقها وتناقلتها الأجيال المتعاقبة ازدادت قوة إلى قوتها حتى نشأ في أثناء ذلك مصطلح ما جرى به العمل الذي يغني في بعض الأحيان عن تلمس الأدلة واستظهار قوة الدليل الذي استعيض عنه بقوة التواتر واستحسان الجماعة.

أما القضاء فيعد المنصب الأعظم أهمية في خدمة الفقه وتطويره وتهذيبه لأنه يمثل التطبيق العملي الصارم لمقتضيات أدلة التشريع والتنزيل الأمثل لقواعد الشرع والتجديد المستمر للأحكام الفقهية واختبار صلوحيتها عبر تغير الأزمنة والظروف والأحوال لما يمتاز به القضاء من إلزام من جهة ومن إعادة النظر المستمر في خصوص الأدلة التفصيلية من جهة

أخرى وذلك ما يضمن الاقتراب من الصواب والحمل الصحيح لأدلة الشارع على وجهها المطلوب.

ويمكن معالجة الموضوع في المباحث الكبرى الآتية التي يندرج ضمنها مجموعة مطالب تفضيلية:

مقدمة

المبحث الأول: منصب الإفتاء ودوره في ترقية الاجتهاد المذهبي

المبحث الثاني: منصب القضاء ودوره في ترقية الاجتهاد المذهبي

الخاتمة: وتتضمن النتائج والتوصيات

منصب الإفتاء ودوره في ترقية الاجتهاد المذهبي

شهد الفقه الإسلامي حيوية كبيرة جراء توسع رقعة الإسلام وانتشاره عبر مناطق جديدة تميزها ظروف وعادات وخصائص جديدة ما جعل الفقهاء يعيدون النظر في كثير من الأحكام الصادرة في مناسبات سابقة نظرا لتغير أسباب تلكم الأحكام من مصالح وعلل، ولم يقف المتصدرون للإفتاء بنفل المسطور في المدونات الفقهية المختلفة بل يتجاوزه إلى معرفة مناط المسألة وتحقيق دليلها على الواقعة التي لا تكرار لها في الواقع جعلها تتطلب نظرا متجددا ليحصل التطابق التام بين الواقعة والحكم المناسب لها.

ولأجل ذلك كان منصب الإفتاء أخص من علم الفقه ومتميزا عنه تميز العملي عن النظري والتطبيقي عن المجرد، لأن الفقيه قد يكتفي بمعرفة الأحكام المجردة واستنباطها فتكون في صورة الكلية التي تصدق على جزئياتها وأما المفتي مع المستفتي الطالب لمعرفة الحكم الشرعي المناسب لما نزل به فيحتاج إلى تنزيل الكلية الفقهية على النازلة محل النظر.

المطلب الأول: الاجتهاد والفتوى:

كثير من العلماء جعل الفتوى نوعا من الاجتهاد وبالتالي شرط لها شروطه فيذكرون شروط المفتي ويقولون هي نفسها شروط المجتهد وقد يكون بينهما بعض الفوارق الدقيقة.

الاجتهاد: استفراغ الوسع في طلب الظن بشيء من الأحكام الشرعية على وجه يحس من النفس العجز عن المزيد فيه[1].

أو هو بذل الجهد واستنفاذ الوسع في طلب الصواب[2].

الفتوى في الاصطلاح: تبيين الحكم الشرعي عن دليل لمن سأل عنه[3].

المطلب الثاني: أهمية الإفتاء ومنصب الفتوى:

يُعد الإفتاء منصبا عظيما من المناصب الشرعية ومقاما من المقامات الدينية وهو مقام تولاه الله جل وعلا بنفسه وتولاه رسوله الكريم ﷺ، فكان الإفتاء من الله ورسوله تشريعا وإنشاء مستأنفا للأحكام الشرعية، وهو بالنسبة للمجتهدين من المسلمين كشف وبيان لما أشكل على الناس من الأحكام الشرعية.

ولأن في الإفتاء نسبة الحكم إلى الشارع كان لزاما على من يتولى هذا العمل الاتصافُ بما يؤهِّله للقيام بمنصب من مناصب النبوة والتوقيع نيابة عن الحاكم الحقيقي وهو الله رب العالمين، ولأجل هذا اهتم العلماء ببيان حقيقة الإفتاء وبيان شروطه وآدابه وما يجب على المفتي وما لا يجوز له فعله.

---

[1] الإحكام للآمدي 4/ 169.

[2] المحصول لابن العربي (ص: 152)

[3] شرح المنتهى، 456/3؛ وصفة الفتوى والمستفتي لابن حمدان، ص 4.

المطلب الثالث: طرق أداء الفتوى:

تحصل الفتوى من المفتي من جهة القول أو الفعل أو الإقرار.

فأما الفتوى بالقول فهو الأمر الغالب المشهور ولا كلام فيه.

وأما بالفعل فمن وجهين[1]:

أحدهما: ما يقصد به الإفهام في معهود الاستعمال؛ فهو قائم مقام القول المصرح به كقوله □: □ الشهر هكذا وهكذا وهكذا ...وأشار بيديه□ [2].

الثاني: ما يقتضيه كونه أسوة يقتدى به، ومبعوثا لذلك قصدًا، وأصله قول الله تعالى: ﴿ فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ﴾ الأحزاب: 37.

المطلب الرابع: شروط المفتي:

أ- من جهة العلم

لقد تكلم العلماء عن شروط الاجتهاد في باب الاجتهاد والتقليد من مباحث الأصول وجعلوا المفتي والمجتهد بمعنى واحد، وعليه فإن شروط المجتهد هي نفسها شروط المجتهد.

قال الصيرفي: هذا الاسم (المفتي) موضوع لمن قام للناس بأمر دينهم، وعَلِم جُمَل عمومِ القرآن وخصوصِه، وناسخَه ومنسوخَه، وكذلك السنن والاستنباط، ولم يوضع لمن عَلِم مسألةً وأدركَ حقيقتَها، فمن بَلَغ هذه المرتبة سمّوهُ بهذا الاسم، ومن استحقه أفتى فيما استفتي فيه[1].

[1] الموافقات للشاطبي 247/4.

[2] البخاري في كتاب الصوم، باب قول النبي □ (إذا رأيتم الهلال فصوموا وإذا رأيتموه فأفطروا) (1809)، ومسلم في الصوم، باب وجوب صوم رمضان لرؤية الهلال (1796).

وقال الزركشي: المفتي من كان عالماً بجميع الأحكام الشرعية بالقوة القريبة من الفعل وهذا إن قلنا بعدم تجزؤ الاجتهاد[2].

وقال ابن السمعاني: المفتي من استكمل ثلاث شرائط: الاجتهادَ والعدالةَ والكفَّ عن الترخيص والتساهل[3].

ب- من جهة العدالة وما يوجب الاقتداء:

بأن يكون عدلا مجتنبا للمعاصي القادحة في العدالة، وهذا شرط لجواز الاعتماد على فتواه فغير العدل لا تقبل فتواه، فكأن العدالة شرط قبول للفتوى لا شرط صحة الاجتهاد.

ولأن المفتي قائم مقام النبوة في تبليغ الشرع وجب أن يتصف بصفات العدالة والديانة التي اتصف بها المفتي الأول □ كما يوجبه العلمُ الذي انتهض لحمله وتبليغه وإلا كان مستحِقًّا الذمَّ والنكيرَ وقد قال الله تعالى: چ ژ ژ ڑ ڑ ک ک ک ک گ گ گ گ گ ڳ ڳ ڳ گ گ گ ں ں ڻ ڻ ڻ ڻ ڻ چ الجمعة، وقال سبحانه: چ گ گ گ ں ں ڻ ڻ ڻ ڻ ۀ ۀ ہ ہ ہ ہ ھ ھ ھ ھ الصف.

قال الإمام الشاطبي[4]: المفتي قائم في الأمة مقام النبي □ والدليل على ذلك أمور:

أحدها: النقل الشرعي في الحديث: □ إن العلماء ورثة الأنبياء، وأن الأنبياء لم يورثوا دينارا ولا درهما وإنما ورثوا العلم□ [1].

---

[1] البحر المحيط في أصول الفقه، 305/6.

[2] البحر المحيط 306/6.

[3] إرشاد الفحول ص 296.

[4] الموافقات 244/4.

والثاني: أنه نائب عنه في تبليغ الأحكام؛ لقوله □: □ ألا لِيُبلِّغ الشاهدُ منكم الغائب□ [2]، وقال □: □ بلغوا عني ولو آية□ [3].

والثالث: أن المفتي شارعٌ من وجهٍ؛ لأنَّ ما يبلغه من الشريعة إما منقولٌ عن صاحبها، وإما مستنبَطٌ من المنقولِ؛ فالأول يكون فيه مبلغًا، والثاني يكون فيه قائما مقامَه في إنشاء الأحكام، وإنشاءُ الأحكام إنما هو للشارع، فإذا كان للمجتهدِ إنشاءُ الأحكامْ بحسبِ نظرِه واجتهادِه فهو من هذا الوجه شارعٌ واجبٌ اتباعُه والعملُ على وفقِ ما قاله.

ولذلك كان من شروط صحة فتوى المفتي عملُه بمقتضى العلمِ وتخلُّقُه بأخلاقِ النبوة وقد تَقرَّر أن الفُتيا لا تصحُّ مِن مخالفٍ لمقتضى العلم[4].

المبحث الثاني: الاجتهاد المذهبي:

ينظر إلى الاجتهاد من جهة عمومه جميع أو شموله جل الأبواب الفقهية أو اقتصاره على جملة مسائل أو قضايا محددة وذلك يتعلق بمسألة جواز تجزوء الاجتهاد من عدمه

كما ينظر إليه من جهة القائم به أي المجتهد نفسه هل اتصف بالاجتهاد وفق أصوله بلا تقليد لأحد وهو المجتهد المطلق أم مارسه متقيدا بمذهب إمامه وهو المقيد أو المقلد.

المطلب الأول: معنى تجزؤ الاجتهاد:

---

[1] رواه أبو داود في سننه، كتاب العلم، باب الحث على طلب العلم (3157) والترمذي في باب فضل الفقه على العبادة (2606) وابن ماجة (219)، وأحمد في المسند (20723) والدارمي في سننه (351) وابن حبان في صحيحه (81).

[2] رواه البخاري في كتاب العلم، باب ليبلغ العلمَ الشاهدُ الغائبَ (105)، ومسلم في تغليظ تحريم الدماء والأعراض (3179)

[3] رواه البخاري في كتاب الأنبياء، باب ما ذكر عن بني إسرائيل (3274)،

[4] الموافقات 252/4.

هو أن يكون العالم قد تحصل له في بعض المسائل ما هو مناط الاجتهاد من الأدلة دون غيرها بمعنى أنه يكون مجتهدا في باب دون غيره ، فإذا حصل له ذلك فهل له أن يجتهد فيما يتعلق بتلك المسائل أم لا بد أن يكون مجتهدا اجتهادا مطلقا؟ خلاف بين العلماء:

المطلب الثاني: مذهب المجيزين:

ذهب الأكثرون إلى جواز تجزؤ الاجتهاد.

قال الزركشي[1]: الصحيح جواز تجزؤ الاجتهاد بمعنى أنه يكون مجتهدا في باب دون غيره، وعزاه الهندي للأكثرين وحكاه صاحب النكت عن أبي علي الجبائي وأبي عبد الله البصري،

وقال ابن دقيق العيد: وهو المختار لأنه قد يمكن العناية بباب من الأبواب الفقهية حتى يحصل المعرفة بمأخذ أحكامه وإذا حصلت المعرفة بالمأخذ أمكن الاجتهاد.

وقال الرافعي تبعا للغزالي: يجوز أن يكون العالم بمنصب الاجتهاد في باب دون باب والناظر في مسألة المشاركة تكفيه معرفة أصول الفرائض ولا يضره أن لا يعرف الأخبار الواردة في تحريم المسكر مثلا.

وقد استدل المجيزون بدليل الوقوع وذلك أنه لو لم نقل بتجزؤ الاجتهاد للزم أن يكون المجتهد عالما بجميع المسائل، واللازم منتفٍ لأن كثيرا من من المجتهدين سئلوا عن مسائل ولم يجيبوا عن بعضها.

قال في المراقي[2]:

[1] البحر المحيط في أصول الفقه (4/ 498)، الإبهاج 256/3، نشر البنود 319/2.

[2] نشر البنود 318/2.

يجوز الاجتهادُ في فنٍّ فقط ◊ أو في قضيةٍ وبعضٌ قد ربط.

المطلب الثالث: مذهب المانعين ودليله:

وذهب آخرون إلى المنع[1] لأن المسألة في نوع من الفقه ربما كان أصلها نوعا آخر منه كتعليل الشافعي تحليل الخمر بالاستعجال فلا تكتمل شرائط الاجتهاد في جزء حتى يستقل بالفنون كلها.

ولأن المجتهد لا يجوز أن يحكم بدليل حتى يحصل له غلبة الظن بحصول المقتضي وانتفاء المانع، وإنما يحصل ذلك للمجتهد المطلق، أما من أحاط بما يحتاج إليه في باب دون باب أو مسألة دون مسألة فلا يحصل له شيء من غلبة الظن لأنه لا يزال يجوز الغير.

ومن فوائد الخلاف في هذه المسألة: هل يعتبر خلاف الأصولي في الفقه؟ فإن قلنا يتجزأ الاجتهاد اعتبر خلافه، وإلا فلا عبرة بخلافه.

قيل: وكلامهم يقتضي تخصيص الخلاف إذا عرف بابا دون باب أما مسألة دون مسألة فلا تتجزأ قطعا والظاهر جريان الخلاف في الصورتين وبه صرح الأبياري.

المبحث الثالث: أنواع المجتهدين في المذهب :

ومقابل المجتهد المطلق هناك المجتهد المقيد وهو رتبتان تليان رتبة الاجتهاد المطلق مباشرة: مجتهد مذهب ومجتهد فتيا.

المطلب الأول:لمجتهد المقيد[2]: وهو الذي يلتزم مراعاة أصول مذهب إمامه.

[1] قال ابن السبكي: وزعم بعض الناس أن الاجتهاد لا يتجزأ وهو ضعيف. الإبهاج 256/3،

[2] نشر البنود 316/2.

أي أنه يلتزم مراعاة أصول إمامه الذي يقلده وهو المجتهد المطلق فصار ينظر في نصوص إمامه كنظر المجتهد المطلق في نصوص الشارع، فلا يتعداها إلى نصوص غيره على المشهور خلافا لما عليه الإمام اللخمي الذي كان يخرج على قواعد غير إمامه حتى عيب عليه ذلك ونسب له تمزيق المذهب حيث قال عنه ابن غازي:

لقد هتكت قلبي سهام جفونها .. كما هتك اللخمي مذهب مالك.

المطلب الثاني: مجتهد المذهب:

مجتهد المذهب: وهو أعلى مرتبة من مجتهد الفتيا ويعرف بصاحب الوجوه.

تعريفه: هو المتمكن من تخريج الوجوه التي يبديها باستنباطه على نصوص إمامه في المسائل بأن يكون قد أحاط بمآخذ إمامه وأدلته ووجوه تصرفه في قواعده التي أصلها باجتهاده.

فمن أحاط بأصول إمامه سواء كانت تلك الأصول منصوصة أو مستنبطة من كلامه – إذ كثيرا ما يستنبط أهل المذهب القواعد من كلام إمامهم – فهذا هو المجتهد في المذهب.

شروط مجتهد المذهب:

شرط مجتهد المذهب هو القدرة على تخريج الأحكام من نصوص الإمام.

معنى الوجوه هنا: الأحكام التي يبديها المجتهد على نصوص إمامه.

تخريج الوجوه على النصوص: ومعناه استنباطها منها كأن يقيس ما سكت عنه على ما نص عليه لوجود معنى ما نص عليه فيما سكت عنه سواء نص إمامه على ذلك أم

استنبطه هو من كلامه، أو كأن يستخرج حكم المسكوت عنه من دخوله تحت عموم ذكره الإمام أو قاعدة قررها.

استنباطه من نصوص الشارع:

قد يستنبط صاحب الوجوه من نصوص الشارع ولكن يتقيد استنباطه هنا بأن يكون جاريا على طريق إمامه في الاستدلال ومراعاة قواعده وشروطه، وبهذا يفارق استنباطه استنباط المجتهد المطلق الذي لا يتقيد بمذهب غيره ولا بمراعاة قواعد أو شروط غيره.

فمرادهم بأصحاب الوجوه مجتهد المذهب وهو المتبحر المتمكن من تخريج الوجوه على نصوص إمامه:

مجتهد المذهب مَنْ أصولُه ◊ منصوصة أم لا حوى معقولُه

وشرطه التخريج للأحكام ◊ على نصوص ذلك الإمام

المطلب الثالث: مجتهد الفتيا

– **مجتهد الفتيا:** هو المتبحر في مذهب إمامه المتمكن من ترجيح قول له على قول آخر له أطلقهما ذلك الإمام ولم ينص على ترجيح قول منهما على الآخر، والمتمكن أيضا من ترجيح قول أصحاب ذلك الإمام على قول آخر أطلقوهما[1].

فمجتهد الفتوى أدنى درجة من مجتهد المذهب، وقد أشار صاحب المراقي له بقوله[2]:

[1] قال الفقيه أبو محمد عبد الله بن علي بن ستاري: (من كان عارفاً بمأخذ صاحب المذهب ماهراً في الأصول عالماً بما تقدم وما تأخر عالماً بالترجيح فيجوز له ذلك (ترجيح أحد الأقوال)، وإن لم يكن بهذه الصفة وقد أخذ بطرف من النظر واستأنس بمذاهب الفقهاء فلا يجوز تقليده فيما نقل من ذلك، ويرجع إلى قول من كان مجتهداً في المذهب، فإن لم يجد من هذه صفته فلينتقل إلى مذهب آخر فيقلد من كان عالماً له مجتهداً فيه). المعيار المعرب (10/ 46).

[2] نشر البنود 316/2

مجتهدُ الفُتيا الذي يُرجِّحُ ◊ قولاً على قولٍ وذاك أرجحُ

المطب الرابع:المرتبة الرابعة: وهي ليست من مراتب الاجتهاد وإن كانت تلي المراتب الثلاث السابقة.

وهذه تتعلق بمن قام بحفظ المذهب وفهمه في الواضحات والمشكلات ومعرفة عامِّه وخاصه ومطلقه ومقيده ولكن عنده ضعف في تقرير أدلته وتحرير أقيسته لجهله بأصول الإمام أو المذهب ... فهذا يُعتمدُ نقلُه وفتواه بما يحكيه من مسطورات مذهبه.

ومِثْلُه في ذلك القول الذي لا يجده منقولا (منصوصا) إن وَجد في المنقول معناه بحيث يُدرِك بغير كبير فكر أنه لا فَرْقَ، وكذا ما يَعلم اندراجَه تحت قاعدة من قواعد مذهبه[1].

وما ليس كذلك (مما سوى ما ذكرنا) فيجب عليه الإمساك عن الفتوى به ولا يجوز لأحد العمل به.

ويشترط في صاحب هذه المرتبة أن يكون شديد الفهم ذا حظ كبير من الفقه.

المبحث الرابع: إفتاء المقلد:

المطلب الأول: في حكمه

ناقش العلماء مسألة المقلد هل يصح أن يكون مفتيا أم إن عملية الإفتاء حكر على الموصوف بالاجتهاد الذي رسمت شروطه بين مانع و مجيز مطلقا وبين من أجاز بقيود[1].

[1] قال المقري في قواعده: لا يجوز نسبة التخريج والإلزام بطريق المفهوم أو غيره إلى غير المعصوم عند المحققين لإمكان الغفلة أو الفارق أو الرجوع عن الأصل عند الإلزام والتقييد بما ينفيه أو إبداء معارض في المسكوت أقوى، أو عدم اعتقاد العكس إلى غير ذلك، فلا يعتمد في التقييد ولا يعد في الخلاف، وقد قيل: إن اللخمي المشهور بذلك قد فرق بين الخلاف المنصوص والمستنبط، فإذا قال: واختلف فهو الأول، وإذا قال: ويختلف فهو الثاني. المعيار المعرب (6/ 377)

قال أبو الحسين البصري وجماعة لا يجوز له الإفتاء مطلقا.

وذهب قوم إلى الجواز مطلقا إذا عرف المسألة بدليلهما.

وذهب الأكثرون إلى أنه إن تبحر في مذهب ذلك المجتهد واطلع على مأخذه وكان أهلا للنظر والتفريع على قواعده جاز له الفتوى وإلا فلا[2].

وقال آخرون: إن عدم المجتهد جاز وإلا فلا.

وقالت طائفة: يجوز لمقلد الحي أن يفتى بما شافهه به أو نقله إليه موثوق بقوله أو وجده مكتوبا في كتاب معتمد عليه ولا يجوز لمقلد الميت[3].

المطلب الثاني: ضوابط الإفتاء بالمذهب:

تقدم أن جمهور العلماء ذهبوا إلى القول بصحة الإفتاء من المقلد وأنه لا يشترط أن يكون المفتي مجتهدا مطلقا أو مقيدا وخاصة في العصور المتأخرة حيث تعذر تحقق الاجتهاد بأنواعه إلا ما ندر

الإفتاء بالمشهور[1] في المذهب[2]:

---

[1] الإبهاج (3/ 268 .

[2] سئل الشيخ ابن أبي زيد هل يستفتى من قرأ الكتب المستعملة مثل المدونة والعتبية دون رواية أو كتب المتأخرين لا توجد لها رواية أم لا ؟ فأجاب من قرأها على الشيوخ وأحكم معانيها وفهم أصولها بما بنيت عليه من الأصول الأربعة وأحكم وجه القياس وعرف الناسخ من المنسوخ وسقيم السنة من صحيحها وفهم من اللسان ما يعرف به الخطاب جازت فتواه فيما ينزل من المسائل باجتهاده مما لا نص فيه ولو لم يبلغ هذه الدرجة فلا تجوز له الفتوى في النوازل برأيه إلا أن يخبر عن عالم برواية فيقلده فيما يخبر به وإن كان فيها اختلاف فما ترجح عنده إن كان أهلا للترجيح، وجاز للحاكم القضاء بقوله إن لم يجد من استوفى شرائط الاجتهاد ويقلده القاضي في فتواه وإن لم يتفقه في قراءته فلا يحل له استفتاؤه ولا يجوز له الفتوى. فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك (1/ 58)

[3] المحصول للرازي (6/ 97).

ما دام المقلد ناقلا للمذهب فقد اشترط كثير من العلماء التزامه بالقول المشهور في المذهب ولم يجيزوا له العدول عنه إلى القول الشاذ خاصة مع عدم القدرة عن النظر والترجيح الذي يميز المتأخرين.

لقد شدد علماء المذهب في مسألة التزام المشهور ومنع الأخذ بالشاذ إلا في حالات ضيقة حيث نقل الشاطبي[3] عن الإمام المازري قوله: ولست ممن يحمل الناس على غير المعروف المشهور من مذهب مالك وأصحابه؛ لأن الورع قل، بل كاد يعدم، والتحفظ على الديانات كذلك، وكثرت الشهوات، وكثر من يدعي العلم ويتجاسر على الفتوى فيه، فلو فتح لهم باب في مخالفة المذهب؛ لاتسع الخرق على الراقع، وهتكوا حجاب هيبة المذهب، وهذا من المفسدات التي لا خفاء بها، ولكن إذا لم يقدر على أخذ الثمن إلا أن يأخذ طعاما؛ فليأخذه منهم من يبيعه على ملك منفذه إلى الحاضرة، ويقبض البائع الثمن، ويفعل ذلك بإشهاد من غير تحيل على إظهار ما يجوز.

قال الشاطبي: فانظر كيف لم يستجز –وهو المتفق على إمامته– الفتوى بغير مشهور المذهب ولا بغير ما يعرف منه بناء على قاعدة مصلحية ضرورية؛ إذ قل الورع والديانة من كثير ممن ينتصب لبث العلم والفتوى كما تقدم تمثيله؟ فلو فتح لهم هذا الباب لانحلت عرى المذهب، بل جميع المذاهب.

---

[1] احتلف في المذهب في تحديد المشهور هل هو ما قوي دليله وهو المشهور، أم هو ما كثر قائله؟ المعيار المعرب 37/12، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك (1/ 83).

[2] فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك (1/ 74)

[3] الموافقات (5/ 101)

وقال الإمام الوغليسي[1] مفتي بجاية: لست ممن يتقلد غير المشهور الذي عليه القضاء والفتيا من السلف والخلف فاعمل على ذلك وكن على جادة أيمة المذهب واحذر مخالفتهم[2].

وقال ابن عبد السلام: بيان المشهور وتميزه عن الشاذ من أعظم الفوائد، فإن أهل زماننا في فتاويهم إنما يعولون فيها على المشهور إذا وجدوه[3].

المطلب الثالث: من مساوئ ترك الفتيا بغير المشهور:

لا شك أن ترك المشهور والعدول به إلى الشاذ بلا مسوغ شرعي ضرب من التشهي واتباع الهوى لأن القول بالقوي الراجع هو دأب المجتهد نفسه فكيف بمن قلد المجتهد ممن لا يمتلك أهلية النظر والترجيح بين الأدلة والأقوال؟

وإنما أوجب الأئمة الفتيا بالمشهور اتقاء لبعض المحاذير منها:

1. منع التجاسر على العلم و الفتوى بغير علم
2. مفسدة هتك حجاب المذهب بتمييعه.
3. مخالفة المألوف بلا مسوغ وذلك بترك ما هو معلوم إلى ما ليس بمعلوم
4. سد ذريعة الهوى والتشهي مع قلة الديانة والورع.
5. إفساد الدين وانحلال عرى المذاهب جميعا.

---

[1] عبد الرحمن بن احمد الوغليسي، البجائي. عالمها ومفتيها الفقيه العالم الصالح أبو زيد قال ابن الخطيب القسنطيني توفي سنة 786 ببجاية .وله "المقدمة المشهورة" و فتاوي . أخذ عنه جماعة، : أبي الحسن علي بن عثمان و أبي القاسم بن محمد المشدالي فقيه بجاية و غيرها اكفاية المحتاج لأحمد بابا التنبكتي ص 180، معجم المؤلفين (5/ 123.

[2] المعيار المعرب 327/6.

[3] المعيار المعرب 327/6، 24/12.

قال الشاطبي[1] معلقا على موقف إمام المازري السابق:فانظر كيف لم يستجز –وهو المتفق على إمامته– الفتوى بغير مشهور المذهب، ولا بغير ما يعرف منه بناء على قاعدة مصلحية ضرورية؛ إذ قل الورع والديانة من كثير ممن ينتصب لبث العلم والفتوى كما تقدم تمثيله؟ فلو فتح لهم هذا الباب لانحلت عرى المذهب، بل جميع المذاهب؛ لأن ما وجب للشيء وجب لمثله.

المبحث الخامس: العمل بالمرجوح أو الضعيف

مع تشديد علماء المذهب في التزام المشهور والقول به وترك الشاذ والضعيف وجد من الفقهاء والمقضاة من يعتمد العمل في الترجيح والاختيار لاعتبارات مختلفة فيجنح للقول بالضعيف ويترك القوي بناء على جريان العمل به ببلد ما فأشبه العرف السائد الذي يعز تركه ومخالفته، فما مدى صحة هذا التوجه والأساس الفقهي الذي بني عليه؟

المطلب الأول: العمل القطري (ما جرى به العمل في قط من أقطار المسلمين)

انفرد المالكية بأصل عمل أهل المدينة كمصدر فقهي تشريعي على خلاف في الحد المقصود به بين موسع ومضيق، ثم عرف عندهم مع مرور الزمن بممارسة الفتوى والقضاء ما يعرف بعمل أهل بلد ما كقرطبة وفاس ومازونة وغيرها من الأمصار هل يكون ذلك مصدرا من مصادر الفتوى مع أصل ضعفه أم يرد ويعمل بالراجح والمشهور؟

فذهب بعضهم إلى أن عمل أهل الأندلس أو جهة من الجهات فليس يترجح بهذا، وإذا لم يعتمد على عمل أهل المدينة مطلقاً دون تقييد وتفصيل، وهي مستقر الوحي ومنزل

[1] الموافقات (5/ 101).

الرسالة، فكيف يرجح بعمل أهل قرطبة[1]؟

بينما ذهب كثير من المتأخرين إلى اعتماده والترجيح به وذكروا أن نصوص المتأخرين من هذا الباب متواطئة على أن هذا مما يرجح به، إلا أن يختلف العرف في بلدين فلا يكون ذلك حينئذ مرجحاً ..... فجعل الباب تابعا للعرف السائد[2].

فلو قال عالم: الذي جرى به العمل في هذه المسألة كذا لم يَعُمَّ ذلك سائر البلاد، بل يختص به ذلك الموضع الذي جرى فيه ذلك. ومثل هذا لا تجدهم يقولون فيه الذي جرى به العمل واستقرت عليه الأحكام كذا، بل يقولون الذي جرى به العمل في هذه المسألة في بلد كذا وفي عرفهم كذا وكذا. وأمَّا غير ذلك من المسائل التي يذكرون ما جرى به العمل فيها للعرف التي اقتضته المصلحة في حق العامة وتغيير العوائد، وذلك أمر عام، فإنه مما يترجح به ذلك القول المعمول به، ولا ينبغي أن يختلف في هذا. وظاهر النصوص تشهد بذلك[3].

ولاشتهار المالكية بهذا الأصل عد من خصائص مذهبهم حيث رجحوا به الضعيف وقووه كما يتقوى الدليل القاصر كقضايا الأعيان لا تكون حجة في نفسها ما لم يعضدها دليل آخر[4]

قال في مراقي السعود:

وقـــدِّم الضـــعيفَ إنْ جـــرى عَمَـــلْ ۞ بـــه لأجـــلِ ســـببٍ قـــدِ اتَّصـــل

[1] هو رد الإمام الفقيه أبي محمد بن الستاري كما في المعيار المعرب (10/ 47).

[2] المعيار المعرب (10/ 47)، تبصرة الحكام لابن فرحون 155/1.

[3] وهو قول ابن عبد السلام، المعيار المعرب (10/ 47)، تبصرة الحكام لابن فرحون 155/1.

[4] الموافقات للشاطبي 245/3.

أي أنه يجب تقديم القول الضعيف في العمل به على المشهور إذا تخالفا وثبت العمل به بشهادة العدول إذا كان العمل موافقا لقول وإن كان شاذا[1].

المطلب الثاني: شروط تقديم ما جرى به العمل:

ولأن العمل بالضعيف أو الشاذ جار على خلاف الأصل فإنهم اشترطوا للقول به شروطا منها[2]:

1. ثبوت العمل بشهادة العدول
2. أن يكون العمل لأجل سبب من حصول مصلحة أو دفع مفسدة قد اتصل بنا ذلك السبب بأن وجد عندنا فلا يعمل بضعيف جرى به عمل ببلد آخر وهو غير موجود عندنا[3].
3. أن يكون جريان العمل قد حصل من أهل الترجيح لأنهم نصوا على أن العمل بالشاذ ينقض إذا صدر من غير أهل الترجيح.
4. معرفة زمان جريان العمل
5. معرفة مكان جريان العمل.

قال النابغة في البو طليحية:

شروط تقديم الذي جرى العمل ◙ به أمور خمسة غير هُمل

أولها ثبوت إجراء العمل ◙ بذلك القول بنص أو عمل

والثاني والثالث يلزمان ◙ معرفة المكان والزمان

[1] نشر البنود على مراقي السعود 327/2.

[2] ينظر نثر البنود على مراقي السعود 639/2، مراقي السعود إلى مراقي السعود لمحمد الأمين زيدان ص447.

[3] ينظر مراقي السعود إلى مراقي السعود لمحمد الأمين زيدان ص447.

رابعها كون الذي أجرى العمل ◙ أهلا للاقتداء قولا وعمل

خامسُها معرفةُ الأسبابِ ◙ فإنها مُعينةٌ في البابِ.

ووجه الترجيح بالعمل أن لشيوخ المذهب المتأخرين تصحيحات لبعض الروايات والأقوال عدلوا فيها عن المشهور وجرى بتصحيحاتهم عمل الحكام والفتيا لما اقتضته المصلحة، والأحكام تجري مع الأعراف[1].

وبذلك يكون في تشديد العلماء في وجوب التزام المشهور ومنع العدول عنه إلى الشاذ أو الضعيف حفظ للمذهب وضمان استمراره وتسليم أهل البلد له علما وتعلما وشيوعا وشهرة حتى لا يكاد يعرف غيره كما قال صاحب المراقي:

وما سواه مثل عنقا مُغرب ◙ في كل قطر من نواحي المغرب

وبالمقابل تضمن مسايرة المذهب للتطورات والمستجدات الحادثة في المجتمع واستيعابه للقضايا والحوادث الطارئة عن طريق الاجتهاد المذهبي واختيارات أو ترجيحات رجاله فلا مندوحة عندئذ من الميل للقول الضعيف واعتماده في الفتوى والقضاء.

الفصل الثاني: القضاء:

المبحث الأول: القضاء ومنزلته من الفقه:

المطلب الأول: تعريف القضاء:

قال ابن رشيد: حقيقة القضاء الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام[2].

[1] نشر البنود على مراقي السعود 327/2.

[2] تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام (1/ 11)

أو هو الْإِخْبَار بِحكم شَرْعِي على وَجه الْإِلْزَام[1].

وقال ابن عرفة: القضاء صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل أو تجريح لا في عموم مصالح المسلمين[2].

فالقضاء نوع من الاجتهاد الشرعي باعتبار القائم به مجتهدا في الأصل يملك أهلية النظر في الشريعة أصولا وفروعا يستفرغ جهده في معرفة ما يعرض عليه من القضايا والنزاعات بين الخصوم فيعرف حكم الشرع فيها أولا ثم يقضي بإلزام الخصوم بتنفيذه وبهذا اختلف عن المفتي.

المطلب الثاني: الفرق بين القضاء والإفتاء:

وسبب تميز القضاء في ذلك وتلبسه بلباس الخطر أنه موضوع لفض النزاعات وفرض الحقوق محل التداعي وبالتالي مطالبته بفهم البينات والحجاج فضلا عن أدلة الشرع، فكان القاضي قائما مقام المجتهد في تحقيق مناط أدلة التشريع من جهة وولاية الإلزام والتنفيذ من جهة أخرى وبذلك تميز فن القضاء وولايته عن صناعة الفتوى ومنصبها.

ولذلك اعتبر العلماء الفرق بين المعتبر مما تبنى عليه الفتوى وما تبنى عليه الأحكام والأقضية، وسن الإمام القرافي في ذلك الفرق السابع عشر من فروقه[3]: الفرق بين قاعدة الأدلة وقاعدة الحجاج، أما الأدلة فسبق بيانها في الفرق (16) أنها قسمان[4]: أدلة مشروعية الأحكام وهي محصورة تتوقف على الشارع قدرها بنحو عشرين دليلا كالكتاب والسنة

[1] البهجة في شرح التحفة (1/ 25).
[2] شرح حدود ابن عرفة ص 433.
[3] أنوار البروق في أنواء الفروق 302/1.
[4] أنوار البروق في أنواء الفروق 300/1.

والإجماع والقياس والبراءة الأصلية..... والأدلة الدالة على وقوع الأحكام أي وقوع أسبابها وحصول شروطها وانتفاء موانعها ...وهذه غير منحصرة .

وأما الحجاج فهي ما يقضي به الحكام (القضاة) كالبينة والشهادة والإقرار والنكول والشاهد مع اليمين.....

المطلب الثالث: أهمية علم القضاء:

تكمن أهمية القضاء في أنه الجهة التي أوكل إليها تحقيق العدل وقطع النزاع وصون الحقوق من الضياع ومنع الظالم من التمادي في ظلمه أو الاعتداء على حقوق غيره.

علم القضاء وإن كان أحد أنواع علم الفقه إلا أنه يتميز بأمور زائدة لا يحسنها كل الفقهاء وقد يحسنه من لا باع له في الفقه وهو كالتصريف من علم العربية فإنه ليس كل النحاة يعلم التصريف، وقد يحسنه من لا باع له في النحو[1].

المبحث الثاني: علم القاضي

المطلب الأول: التحذير من القضاء بجهل:

عرفنا أن القاضي ناظر في أدلة الشارع من جهة وناظر في تمييز الحجج المبينة للحق المعينة على فصل الخصومات وتمييز الحقوق، ولهذا كان العلم شرطا أساسيا لمن بنتصب لهذا المقام وورد النكير على اقتحامه لغير العالم بالشرع من حديث ابن بريدة عن أبيه عن النبي □ قال: □ القضاة ثلاثة واحد في الجنة واثنان في النار فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق

[1] الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام لميارة الفاسي (1/ 9).

فقضى به ورجل عرف الحق فجار في الحكم فهو في النار ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار [1].

فالقاضي الذي استحق المدح هو الذي جمع بين العلم والقضاء بمقتضاه وهو الذي يستحق صاحبه الأجرين عند الإصابة أو أجرا واحدا عند الخطأ، وأما الجاهل فهو مأثوم فى اجتهاده بكل حال ، عاص بتقلده مالا يحل له من ذلك ؛ ولأنه متكلف فى دين الله متحرض على شرعته متحكم فى حكمه ، فهو مخطئ كيفما تصرف، ومأثوم فى كل ما تكلف ، دإصابته ليس بعصابة إنما هو اتفاق وتخرص ، وخطؤه غير موضوع لأنه يجهله كالعامد ، والجاهل والعامد هما سواء[2].

وحتى من كان عالما ولكنه قصر في البحث والتقصي يستحق هذا الذم والنكير لعدم استيفائه شرط الاجتهاد فوقع في الحكم بغير حكم الله بل بالباطل والاختلاق على الله[3].

وعليه فإن من لم يكن محلاً للاجتهاد فهو متكلف ولا يعذر بالخطأ في الحكم بل يخاف عليه أعظم الوزر[4].

المطلب الثاني: قضاء المقلد:

الأصل في القاضي كما في المفتي أن يكون جامعا لشروط الاجتهاد المطلق ولتعذر ذلك في المتأخرين قبل قضاء وإفتاء المقلد ومن لم يجمع شروط الاجتهاد.

---

[1] رواه أبو داود في القضاء، باب القاضي يخطئ (3573)، والترمذي في الأحكام باب ما جاء عن رسول الله في القاضي (1372).

[2] إكمال المعلم شرح صحيح مسلم – للقاضي عياض (5/ 295.

[3] المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم للقرطبي (16/ 83)

[4] معالم السنن للخطابي (4/ 160).

وعليه لا تصح ولاية المقلد إلا عند الضرورة، قال القاضي أبو بكر: فيقضي بفتوى مقلده بنص النازلة، فإن قاس على قوله أو قال يجيء من هذا كذا فهو متعد[1].

قال ابن شاس: ولا تصح تولية مقلد في موضع يوجد فيه عالم، فإن تقلد فهو جائر متعد؛ لأنه قعد في مقعد غيره ولبس خلعة سواه من غير استحقاق[2].

قال المازري: (الاجتهاد) في زماننا عار منه في أقاليم المغرب كله، فضلا عمن يكون قاضيا على هذه الصفة،ز فالمنع من ولاية المقلد القضاء في هذا الزمان تعطيل للأحكام، وإيقاع في الهرج والفتن والنزاع، وهذا لا سبيل إليه في الشرع[3].

المطلب الثالث: ضوابط قضاء المقلد.

التزام المشهور:

مثلا رأينا في الإفتاء وجوب التزام المقلد مشهور ما قلده وعدم أخذه بالضعيف والشاذ للمحاذير التي نبهوا عليها فكذلك الأمر في القضاء لأن في كل منهما بيانا لحكم شرعي مع زيادة الإلزام في القضاء.

قال القرافي[4]: الحاكم إن كان مجتهدا فلا يجوز له أن يحكم أو يفتي إلا بالراجح عنده، وإن كان مقلدا جاز له أن يفتي به بالمشهور في مذهبه وأن يحكم به وإن لم يكن راجحا

[1] تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام (1/ 26)

[2] تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام (1/ 26).

[3] تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام (1/ 27).

[4] السؤال الثاني والعشرين من الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام للقرافي، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة ص 92. المعيار المعرب 6/12.

عنده مقلدا في رجحان القول المحكوم به – إمامه الذي يقلده كما يقلده في الفتيا، وأما اتباع الهوى في الحكم والفتيا فحرام إجماعا.

فإن لم يقف على المشهور من الروايتين أو القولين فليس له التشهي والحكم بما شاء منهما من غير نظر في الترجيح[1].

الاجتهاد القضائي:

إن التزام القاضي المقلد مشهور المذهب لا يغلق الباب على الاجتهاد الذي تتطلبه كثير من القضايا الحادثة فما كان منها لا يتناسب مع المشهور نظر فيه أهل الترجيح من المذهب واختاروا القول الأنسب ولو كان ضعيفا أو شاذا مثل ما رأينا في جريان العمل.

وبذلك يتحقق استمرار الاجتهاد المذهبي عن طريق القضاء من جهة كما يتحقق اليسر ورفع العنت والحرج بترك ما فيه عنت من الأقوال والأخذ بما يناسب المصلحة والعرف الجاري.

كما أن التنظيم القضائي الذي اشتهر بالأندلس خاصة اكتسى الطابع الجماعي الذي يتيح المشورة وإعادة النظر وحتى الرقابة البعدية التي تعد من مهام قاضي الجماعة[2].

وبهذا يشكل منصب القضاء مع منصب الفتيا ثنائية مهمة لتطور المذهب والمحافظة عليه واستمراره في البلد الذي يعتمده.

خلاصة البحث:

[1] تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام (1/ 72)، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك (1/ 67).

[2] ينبغي لقاضي الجماعة أن يتفقد قضاته ونوابه فيتصفح أقضيتهم ويراعي أمورهم وسيرتهم في الناس. تبصرة الحكام (1/ 87).

مما سبق سرده وبحثه يمكن تسجيل الملاحظات التالية:

- أهمية الإفتاء في المحافظة على المكون الفقهي للمجتمع
- حاجة المجتمع لفقهاء يحسنون الرجوع لأصول المذهب وقواعده
- تكوين الفقهاء وإعداد المؤهلين للفتوى وتدريبهم على طرق أدائها والتواصل مع المجتمع.
- وجوب توحيد المرجعية الفقهية للمفتين عن طريق الإعداد المبكر والجيد الذي يبدأ مع مرحلة التعليم الابتدائي.
- حاجة القوانين السارية إلى تكييف يلائم المرجع الفقهي المعتمد.
- ضمان حصانة المجتمع عبر توحيد المرجعية الفقهية والقضائية.

والله أعلى وأعلم والحمد لله رب العالمين.