المحاضرة الثالثة:

مشروعية الإلزام في الفقه الإسلامي وحدوده

سبق البيان في التعريف الاصطلاحي للتقنين الفقهي أنه يقوم على عنصرين رئيسيين:

أولهما عنصر **التدوين** والآخر عنصر **الإلزام**.

وإذا كان تدوين الأحكام الفقهية وصياغتها بشكل مرتب ومنظم يعدُّه البعض[1] قضية شكلية لا تثير مجالا للنقاش فإن الطابع الإلزامي في التقنين هو محل الخلاف بين الفقهاء المتقدمين والمعاصرين؛ بل إن الخلاف الدائر حول حكم التقنين الفقهي مرّده ومنشؤه التنازع حول **جواز إلزام القاضي بالحكم برأي معين لا يتجاوزه**.

وانطلاقا من وجوب السمع والطاعة لولي الأمر فيما يأمر وينهى من شؤون تسيير أمور الرعية فإن حدود هذه الطاعة تكون هي الأخرى محلا للخلاف – في الأمور الاجتهادية – كحالة إلزام ولي الأمر (أو تقييده) لبعض المباحات، أو حالة إلزامه للقاضي بالحكم بمذهب معين. وهذا ما سنتناوله فيما يلي:

أولا: سلطة ولي الأمر في تقييد المباح:

المراد بتقييد المباح من طرف ولي الأمر: "أن يضع قيودا وضوابط تشريعية أو عملية على المباح الذي له تعلق بحقوق الغير، أو منعه، أو الإلزام به اعتبارا للمصلحة".

وقد اختلف الفقهاء في حكم هذا التقييد ومدى امتثال الرعية له على قولين:

القول الأول: قال به بعض العلماء[2]، ومفاده: أنه ليس لولي الأمر تقييد المباح، وإذا أمر به أو نهى عنه لا تجب طاعته فيه.

قالوا: لأنه لا يجوز لأحد أن يحرِّم ما أحلّه الله تعالى، ولا أن يحلّ ما حرّمه الله تعالى. وذلك لأن الوجوب يقتضي طلب الفعل مع المنع من الترك، والحظر يقتضي النهي عن الفعل وطلب الترك، أما المباح فيقتضي التخيير بين الفعل والترك، دون مزية لأحدهما. وأيضًا لا يكون ترك المباح طاعة؛ لأنه لو كان كذلك لكان فاعله أرفع درجة، وهذا غير صحيح؛ لأن فعله وتركه في نظر الشرع سواء[3].

القول الثاني: للحنفية[4]، وبعض المالكية[5]، وبعض محققي الشافعية[6]، وقالوا بوجوب طاعة ولي الأمر في تقييده للمباح بالمنع أو بالإيجاب.. جاء في حاشية ابن عابدين: "طاعة أمر السلطان بمباح واجبة"، وصرّح ابن عبد البر في التمهيد أن ولي الأمر" واجبٌ طاعته في كل ما يأمر به من الصلاح أو من المباح".

واستدلوا بعموم الأمر بطاعة أولياء الأمور الوارد في قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ ﴾ سورة النساء: 59. فأولوا الأمر في الآية هم الأئمة والسلاطين والقضاة وكل من كانت له ولاية شرعية.. والمراد هنا

1يقول الشيخ بكر أبو زيد وهو من المعاصرين المانعين للتقنين:" فإن التقنين حقيقته تأليف.. ومهما كانت التسمية تقنيناً، أو تدويناً، أو تأليفاً، فإن دائرة الخلاف إنما هي منحصرة في الإلزام جوازاً أو منعاً". فقه النوازل، بكر بن عبد الله أبو زيد (ت: 1429هـ) مؤسسة الرسالة الطبعة: الأولى – 1416 هـ ، 1996 م. 1/ 11.

2انظر: روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني أبو الفضل محمود الألوسي. دار إحياء التراث العربي بيروت. 5/ 66.

3انظر: الموافقات إبراهيم بن موسى الغرناطي الشهير بالشاطبي المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان دار ابن عفان الطبعة: الطبعة الأولى 1417هـ/ 1997م. 1/174.

4حاشية رد المختار على الدر المختار لابن عابدين. دار الفكر. 1421هـ – 2000م. 5/ 167، 168.

5البيان والتحصيل أبو الوليد بن رشد القرطبي حققه : د محمد حجي وآخرون دار الغرب الإسلامي، بيروت. ط :2 ، 1408 هـ – 1988 م. 3/ 63.

6المستصفى، أبو حامد الغزالي. 346.

الانقياد لهم فيما يأمرونه وينهون عنه ما لم تكن معصية، ويدخل في ذلك طاعتهم فيما يقيدونه من أمور المباح لمصلحة شرعية، وهذا من قبيل السياسة الشرعية المخولة لأولياء الأمور. وقد دلت على ذلك القاعدة الفقهية: (تصَرُّف الإمام على الرّعية مَنُوط بِالْمَصْلَحَةِ)، سواء كانت هذه المصلحة دينية أو دنيوية، فإن تضمن تصرفه منفعة ما وجب عليهم تنفيذه[1].

المناقشة والترجيح:

لعل القول الثاني هو الأولى بالترجيح، وهو القائل بجواز تقييد المباح من طرف ولي الأمر بالإلزام به أو بالمنع منه حسب ما تقتضيه المصلحة الشرعية في ذلك الوقت، وبمراعاة مجموعة من الضوابط يأتي ذكرها لاحقا في العنصر الموالي.

ومن ثم يظهر ضعف أدلة القول الأول في اعتبار تقييد ولي الأمر للمباح تحريم لما أحل الله وإحلال لما حرم الله تعالى، وهذا مردود بأن الإباحة ليست على إطلاقها، وإتيانها أو الإحجام عنها تتعلق به حقوق الآخرين بما يستوجب المنع تارة والأمر تارة أخرى، حيث ما يراه ولي الأمر من تحقيق مصلحة عامة فيُلزم به أو مخافة مفسدة عامة فينهى عنه، ولا يوصف هذا الأمر أو النهي بأنه تحليل لما حرم الله أو تحريم لما أحلّه الله بل هو من باب السياسة الشرعية[2].

ويستدل لذلك من التطبيقات النبوية بحديث النهي عن ادخار لحوم الأضاحي بعد ثلاث للدّافة التي دفت بالمجتمع المدني آن ذاك، وهي قدوم الأعراب للمدينة، فقدمت المصلحة العامة (وهي حاجة الأعراب) على المصلحة الخاصة (وهي ادخار الأضاحي مطلقا)، ووجه الدلالة أن النبي صلى الله عليه وسلم بصفته حاكم المدينة قيّد مباحا وهو ادخار الأضاحي للمصلحة العامة وهي تكافل المجتمع وتلاحمه، وعند زوال الظرف الطارئ أعاد الإباحة الأصلية في العام الموالي قائلا: "**إنما نهيتكم من أجل الدافَّة التي دَفَّتْ؛ فكلوا وادّخروا وتصدقوا**"[3].. وفي رواية البخاري "..**فَإِنَّ ذَلِكَ الْعَامَ كَانَ بِالنَّاسِ جَهْدٌ فَأَرَدْتُ أَنْ تُعِينُوا فِيهَا**"[4].

كذلك فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه مع حذيفة بن اليمان لما أمره – بصفته حاكم الدولة – بمفارقة زوجته اليهودية معللا ذلك بقوله: " إِنِّي لَا أَزْعُمُ أَنَّهَا حَرَامٌ، وَلَكِنِّي أَخْشَى أَنْ تَدَعُوا الْمُسْلِمَاتِ وَتَنْكِحُوا – أو تَعَاطَوُا في رواية– الْمُومِسَاتِ مِنْهُنَّ "[5]. فالخليفة عمر هنا قيّد مباحا وهو التزوج بالكتابيات لدرْء مفسدة عامة رآها.

ضوابط تقييد للمباح:

ذكر الفقهاء مجموعة من الضوابط يجب مراعاتها لجواز تقييد المباح من قبل ولي الأمر وهي:

1. **عدم مخالفة نصوص الشريعة وقواعدها العامة:** فتقييد المباح استثناء وليس أصلا، قصد به جلب مصلحة أو دفع مفسدة، ولذا يشترط فيه ألا يعارض نصا شرعيا أو قاعدة مقررة أو مصلحة معتبرة لا يمكن إلغاؤها، وإلا سيكون فعله ذاك بلا أصل يستند إليه وهو اعتداء على حق الشارع في التشريع.

---

1 انظر: شرح القواعد الفقهية، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا دار القلم دمشق ط: 2، 1409هـ – 1989م. 309.

2 قال ابن عقيل الحنبلي:"السياسة ما كان فعلا يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه الرسول صلى الله عليه وسلم ولا نزل به وحي". انظر: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية. تح: محمد جميل غازي، مطبعة المدني – القاهرة. 17.

3رواه مسلم، كتاب الأضاحي، باب بيان ما كان من النهي عن أكل لحوم الأضاحي (1971).

4 رواه الخاري، كتاب الأضاحي، بَابُ مَا يُؤْكَلُ مِنْ لُحُومِ الأَضَاحِيِّ وَمَا يُتَزَوَّدُ مِنْهَا (5569).

5 رواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب النكاح، باب ما جاء في تحريم حرائر أهل الشرك (13762)، ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه. كتاب النكاح، باب من كان يكره النكاح في أهل الكتاب (16163).

2. **تحقيق مقصد شرعي ومراعاة المصلحة العامة:** فهدف تقييد المباح هو تحقيق مقصد من مقاصد الشريعة العامة أو الخاصة (الجزئية) كتقييد المباح لجلب مصلحة عامة معتبرة شرعا (كما مرَّ في حديث الأضاحي) أو درْء مفسدة عامة محققة. فلا اعتبار بذلك لمصلحة موهومة أو لمصلحة خاصة ببعض الناس وضارة بآخرين، وهذا مقتضى قاعدة: "**تصرف الإمام منوط بالمصلحة**"، فمراعاته للمصلحة العامة المتحققة هي التي تسوغ تصرفه وتلزم بطاعته والتقيد به وعدم تجاوزه، فلو قام الحاكم مثلا بمنع صيد نوع من الأسماك نتيجة انقراضه لفترة محددة كان تصرفه هذا لمصلحة الأمة، بعكس ما لو كان التقييد لترويج سلعة بعض أصدقائه أو أقربائه، بحيث لا يكون له منافس في الأسواق لم يكن ذلك من قبيل المصلحة العامة[1].

3. **التحقق من الضرر عند التقييد:** فلا يجوز لولي الأمر في تقييد المباح إحداث ضرر أو أمر محرم، وعند قيامه بتقييد المباح بقاعدة منع الضرر فإنه ينبغي أن يتحقق من درجة الضرر وأن يوازن بين ضرر تقييده على الفرد وضرر إرساله على الغير، فالتقييد لا يبنى على الظنون والأوهام.. وإذا كان الضرر عاما فإنه يزال ويقيد لأجله المباح، لكن الضرر الخاص يتحمل ما لم يفحش ويتعذر الصبر عليه[2]، وهذا ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية في المادة 25 "الضرر لا يزال بمثله ولا بأكثر منه بالأولى، إذ يشترط بأن يزال الضرر بلا إضرار بالغير إن أمكن وإلا فبأخف منه"[3].

4. **دوران التقييد مع المصلحة وجودا وعدما وتوقيته بها:** فليس للإمام أن يمنع جنس المباح، بل له فقط أن يمنع أحد أفراده في حال معينة، ولمدة مؤقتة. ذلك أن جنس الإباحة ثبت بالدليل الشرعي وأقره الله سبحانه وتعالى: ((**قُلْ أَرَأَيْتُمْ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ لَكُمْ مِنْ رِزْقٍ فَجَعَلْتُمْ مِنْهُ حَرَامًا وَحَلَالًا قُلْ آللَّهُ أَذِنَ لَكُمْ أَمْ عَلَى اللَّهِ تَفْتَرُونَ (59)**)) (سورة يونس/ 59). فالمباح المنصوص عليه يكون في الغالب الأعم خادما للضروريات الخمس، وتقييده بمنعه أو إلزامه لا يمكن أن يكون على وجه التأبيد والدوام، وهو يرتبط بعلته وسببه. فإذا زالت عادت الإباحة لأصلها لأن التقييد عارض، وفي استمراره وديمومته تضييع لكثير من المصالح التي توقع الأمة في العنت.

5. **إمكانية المباح للتقييد من أهل الاجتهاد:** فالأصل في المباحات جواز التقييد إذا توافرت فيها سائر الضوابط السابقة الذكر، إلا أن هناك بعض المباحات لا تقبل التقييد، أو تقبله في وقت وظرف، ولا تقبله في وقت وظرف مغايرَيْن. ومن ذلك عل سبيل التمثيل: ما كان من خصوصيات الناس ولا حق للسلطان فيه كإلزام الناس بشرب القهوة دون الشاي أو إلزام آحاد الناس بالزواج بفلانة..كما لا يقبل تقييد المباح إلا من أهل الاجتهاد والاختصاص، فإن كان ولي الأمر من المجتهدين فله الحق في التقييد لما له من سلطة التشريع والتصرف المنوط بالمصلحة العامة للدولة، أما إذا لم يكن من أهل الاجتهاد فلا يجوز حينئذ تقييد المباح إلا بالرجوع لأهل الاختصاص من المجتهدين، ثم يقوم هو بإلزام الناس بما قرره المجتهدون.

ثانيا: سلطة ولي الأمر في إلزام القاضي بالحكم بمذهب معين.

المتقرر عند العلماء أن الاجتهاد شرط في القضاء، ومتى توافرت أدوات الاجتهاد في القاضي فلا يجوز إلزامه بالتقليد اتفاقا، أما القاضي غير المجتهد (المقلِّد) فقد اختلف الفقهاء في جواز إلزامه من طرف ولي الأمر بالحكم بمذهب معين، ومدى التزام ذلك القاضي بهذا الشرط.

1سلطة الدولة في تقييد المباح ونماذج، رأفت محمود عبد الرحمن حمبوظ، بحث منشور بموقع نسيم الشام على شبكة الإنترنت، 7، 8. الموقع: (www.naseemalsham.com) .

2تقييد المباح دراسة أصولية وتطبيقات فقهية، الحسين الموس. 250 بتصرف.

3درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر تحقيق تعريب: فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية لبنان. 1/ 35.

اختلفوا على قولين:

القول الأول: مذهب الجمهور من المالكية[1] والشافعية[2] والحنابلة[3].حيث قالوا: إنه لا يجوز لولي الأمر أن يلزم القاضي بالحكم بمذهب معين أو رأي معين، واشتراطه على القاضي باطل غير ملزم، وذلك أن القاضي أُمر بأن يحكم بالحق وما يراه محققا للعدل. واعتبروا ذلك الالزام من قبيل الشروط الباطلة، وقد يبطل عقد توليه القضاء أيضًا؛ لأن فيه حجرًا على القاضي.

الأدلة:

1. قال الله تعالى: ﴿ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ ﴾ سورة ص: 26، والحق ما دلّ عليه الدليل، وذلك لا يتعين في مذهب بعينه.
2. الإجماع على عدم جواز إلزام الناس بقول واحد وحملهم عليه، حيث صرح به غير واحد من السلف ومنهم شيخ الإسلام ابن تيمية[4]، وذكر ذلك ابن قدامة وقال: " لا أعلم فيه خلافا"[5].
3. أنه ليس لمن ولي أمرا من أمور المسلمين منع الناس من التعامل بما يسوغ فيه الاجتهاد، ولهذا لما استشار الرشيد مالكا أن يحمل الناس على موطئه في مثل هذه المسائل منعه.

القول الثاني: مذهب الحنفية[6]، وهو قول عند المالكية[7]. ويرى هذا الرأي أنه يجوز لولي الأمر أن يلزم القاضي بقول يختاره هو، ويصح اشتراط ولي الأمر على القاضي أن يقضي به وحده.

الأدلة: قالوا:

1. إن إلزام القاضي بمذهب معين لا يتجاوز حدود المصلحة، فإذا رأى الحاكم وجود هذه المصلحة جاز له الإلزام، جاء في المادة 1801 من مجلة الأحكام العدلية:" وكذلك لو صدر أمر سلطاني بالعمل برأي مجتهد في خصوص، ولما أن رأيه بالناس أرفق ولمصلحة العصر أوفق فليس للحاكم أن يعمل برأي مجتهد آخر مناف لرأي ذلك المجتهد، وإذا عمل فلا ينفذ حكمه"[8].
2. إن القاضي مفوض إليه القضاء على مذهب معين فليس له أن يتجاوزه إلى غيره حتى إن خالفه اجتهاده، لأن التولية لم تشمله فكأن القاضي هنا بمثابة الوكيل أو النائب عن الحاكم جاء في حاشية ابن عابدين:" أن القاضي لو قضى بخلاف رأيه ينفذ قضاؤه ما لم يقيده السلطان بمذهب خاص".

المناقشة والترجيح:

يبدو أن القول الثاني القائل به الحنفية ومن وافقهم هو الأولى بالقبول؛ لأن أمور الناس لا تستقيم إلا بتوحيد القضاء، ولو ترك القضاة وما يرون أو يعتقدون لتفاوت القضاء من قاض إلى آخر، أو من إقليم إلى إقليم داخل الدولة الواحدة، وهذا من شأنه

1انظر: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (المتوفى: 799هـ) مكتبة الكليات الأزهرية الطبعة: الأولى، 1406هـ - 1986م . 1/ 24، 25، 65.

2الأحكام السلطانية، أبو الحسن علي بن محمد الشهير بالماوردي، دار الحديث – القاهرة. 116.

3 المغني، أبو محمد موفق الدين الشهير بابن قدامة المقدسي مكتبة القاهرة. بدون طبعة: 1388هـ - 1968م. 10/ 93.

4مجموع الفتاوى، تقي الدين أبو العباس أحمد بن تيمية المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية،: 1416هـ/1995. 27/ 296.

5المغني لابن قدامة 10/ 93.

6حاشية ابن عابدين 3/ 692

7تبصرة الحكام، ابن فرحون. 1/ 65.

8 درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، مادة رقم (1801). 4/ 598.

أن يؤدي إلى الفوضى ولا يحقق العدالة المبتغاة[1]. وهذه مصلحة كبرى، وهي من قبيل السياسة الشرعية- كما سبقت الإشارة- كما أنه من طاعة ولي الأمر المأمور بها.

أما ما استدل به أصحاب القول الأول لما جاء في الآية الكريمة الدالة على الحكم بين الناس بالحق فالخطاب هنا متوجه إلى ولي الأمر كما هو متوجه إلى القضاة. وادعاء الإجماع في مسألة إلزام القاضي بمذهب معين غير مسلّم به لما ورد من الخلاف عند أصحاب القول الثاني.

والذي يظهر أن الذين يمنعون تقييد القاضي بمذهب معين هم يقصدون بذلك القاضي المجتهد، أما القاضي الذي لا تتوفر فيه القدرة على الاجتهاد فإنهم يتوقفون عن الحكم بالمنع بل يقولون بجوازه، وهذا ما يظهر من تعليق ابن فرحون على تجهيل أبي بكر الطرطوشي لولاة قرطبة حين كانوا يشترطون على القاضي عند تعيينه أن لا يخرج عن قول ابن القاسم ما وجده على ما حكاه له القاضي أبو الوليد الباجي، قال ابن فرحون المالكي:" وإنما قال الشيخ أبو بكر هذا، لوجود المجتهدين وأهل النظر في قضاة ذلك الزمان فتكلم على أهل زمانه وكان معاصرا للإمام أبي عمر بن عبد البر، والقاضي أبي الوليد الباجي والقاضي أبي الوليد بن رشد والقاضي أبي بكر بن العربي والقاضي أبي محمد بن عطية صاحب التفسير وغير هؤلاء من نظرائهم وقد عدم هذا النمط في زماننا[2] من المشرق والمغرب"[3].

لهذا يوصف هذا الخلاف الفقهي بأنه نظري بين الفقهاء، بدليل أن القضاة في التاريخ الإسلامي كانوا يقضون وفقا للأقوال الراجحة في المذهب السائد في الدولة آن ذاك، فالقاضي في العراق كان يحكم بمذهب الإمام أبي حنيفة، وفي الشام والمغرب بمذهب الإمام مالك، وفي مصر وفق مذهب الإمام الشافعي وهكذا..

التقنين الفقهي د/ بلعلياء

1 نقل الإمام المازري عن بعضهم: "أن القاضي إن كان على مذهب مشهور عليه عمل أهل بلده؛ نُهي عن الخروج عن ذلك المذهب، وإن كان مجتهدًا أداه اجتهاده إلى الخروج عنه؛ لتهمته أن يكون خروجه حيفًا أو هوى، وهذا القول عمل بمقتضى السياسة.." انظر: المختصر الفقهي لابن عرفة محمد بن محمد ابن عرفة، المحقق: د. حافظ عبد الرحمن محمد خير مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية الطبعة: الأولى، 1435 هـ - 2014 م. 9/ 110.

2 يتحدث ابن فرحون عن زمانه هنا وهو المتوفى سنة 799 للهجرة رحمة الله عليه.

3 تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لابن فرحون. 1/ 65.