الأخذ بما عليه العمل وأثره في تحقيق الاستقرار المجتمعي دراسة فقهية تطبيقية

إعداد الدكتور

علي محمد علي مهدي عثمان

مدرس الفقه بكلية الدراسات الإسلامية والعربية
للبنين بالقاهرة

ملخص البحث

تتناول هذه الدراسة كيف كان الفقهاء يعيشون واقعهم العملي بما فيـه مـن مشـاكل ونـوازل ويقدموا الحلول العملية المناسبة للواقع والمبنية على التأصيل الشرعي

وقال على رضي الله عنه: «حدثوا الناس، بما يعرفون أتحبون أن يكذب، الله ورسوله»

إنّ عملية التوظيف هذه يتمّ اقتطاعها أحياناً اقتطاعاً مـن داخـل النسـق المـذهبي الآخـر دون ملاحظة المناخ الذي تعيش فيـه أو تنمـو هـذه المقولـة أو تلـك في إطـاره، فـنحن لا نريـد الله وأحكامه ألعوبةً بيدنا نُنطقه بما نشاء والعياذ بالله، كما لا نريد أن نصدّر إسلاماً للبشر لا يمكن أن يتكيّف مع البشرية، ولو في أحد الأزمنة، ويحلّ مشاكلها التي يُعنى بها حقّاً، ما دمنا نعتقـد بخلود هذا الدين واستمراريّته.

ويتجه البحث لدراسة معنى مصطلح الأخذ بما عليه العمل، اعتبار ما جرى عليه العمل عنـد الفقهاء، شروط الاعتبار بما جرى عليه العمل، الوقائع التاريخية لتطبيق الفقهـاء لهـذا المبـدأ، الوقائع المعاصرة لتطبيق هذا المبدأ.

وقد توصل الباحث إلى نتائج منها أنه يشترط لاعتبار العمل شروط، منها أن يكون عمل المسلمين، وأن يكون صادرا عن الفقهاء الربانيين والعلماء المخلصين، وألا يكون العمل مخالفا للنصوص الصحيحة الصريحة، وألا يكون هذا العمل مخالفا للإجماع، وأن يجد هذا القول قبولا لدى الفقهاء ويجد رواجا للعمل به ، فإن أنكره الفقهاء فلا عبرة به .

ومنها أن ما جرى عليه العمل يدخل فيه : المسائل الاجتهادية التـي هـي مـن اختصـاص ولي الأمر ، المسائل الاجتهادية التي تتعلق بالعامة ، ويتأثر بها النظام العام ، والمسائل الاجتهادية في العبادات ، المسائل التي جرى عليها العمل في أبواب الحج ، واستقرت في أذهان العامـة ، وفي المعاملات كاختيار حرمة التسوق الشبكي ، وحرمة تدوال البتكوين ، وفي المسائل الاجتهادية التي أخذ القانون بأحد الآراء فيها ، النـوازل : كوضـع ضـوابط معينـة للتـبرع بالأعضـاء ، وحكم الحقن المجهري لتحديد نوع الجنين .

Considering Reality and its influence on Achieving Societal Stability:
A Practical Jurisprudent Study

By: Dr. Ali Mohammed Ali Mahdy Othman
Lecturer inJurisprudence
Faculty of Islamic and Arabic Studies (Males Branch) in Cairo
alimahdy080@gmail.com

مجلة كلية الدراسات الإسلامية

Abstract

This research glimpses how the jurists lived their real and practical lives with their hazards and issues. This enabled the jurists to introduce practical solutions that are suitable to their real world and based upon legal referential.

Ali (May Allah Bliss him) said “talk to people about what they know, do you to lie about Allah and the messenger”. The process of employment is sometimes taken from the context of the other school of thought regardless of the atmosphere in which we live or that statement grows within. Intentionally, we do not want Almighty Allah and His prescribed judgments forbid to be a malleable game to be utilized whimsically. We also want to introduce a kind of Islam suitable to all mankind of all times. That kind would solve all related problems as long we believe in its immortality and continuity.

Next, the research examines the concept of considering reality, what the jurists had at hand in their times, conditions of accepting what was at hand, the historical events that compelled jurists to apply that concept and the modern circumstance of application.

The researcher has underlined some results. First, there are some conditions to consider reality such as the peculiarity of Muslims, and the originators should be sincere and honest whether scholars or jurists. That

reality does not have to be in any controversy with the true texts or in contrast with the consensus. It should be widely accepted by the jurists so that it becomes largely practical because if the jurists denied it, it would have no value.

Second, considering reality includes discretionary issues which are confined to the ruler and the discretionary issues of the public which affect the public discipline. The discretionary issues of worship, those of pilgrimage and had their influence upon the minds of the public and in transactions such as the illegality of online shopping and exchanging bitcoins. Some of the discretionary issues have been considered by law. Establishing a certain criteria to volunteering human origins, microinjection so as to specify the gender of the baby are examples of the hazards.

Key words: Considering reality- achieving societal stability- online shopping.

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمـــة

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله أما بعد:

فإن للعلوم الإسلامية على اختلاف فروعها أثرا بالغ الأهمية في تعزيز روح التعـاون، وتوطيد أواصر العلاقات الانسانية ، وترسيخ القيم المجتمعية ، ولا ينكر هذا إلا مـن أصـيب بغشاوة على عينيه ، أو ضل السبيل فراح يطنطن بما تلوكه ألسنة الأعداء بغير هدى ولا بصيرة .

ويأتي هذا المؤتمر المهم والذي يرفع لواءَه أحدُ أبناء الأزهر البررة ، كليتُنا العـامرة – كلية الدراسات الاسلامية والعربية للبنين بالقاهرة ، والتـي تمثـل الأزهـر القـديم وتضـطلع بدوره ؛ امتثالا لقوله تعالى ﴿قُلْ هَذِهِ سَبِيلِي أَدْعُو إِلَى اللَّهِ عَلَى بَصِيرَةٍ أَنَا وَمَنِ اتَّبَعَنِـي وَسُـبْحَانَ اللَّهِ وَمَا أَنَا مِنَ الْمُشْرِكِينَ﴾ يوسف: ١٠٨ .تحت رعاية فضيلة الأمام الأكبر شيخ الأزهر وذلك لإحقاق الحق وإبطال الباطل ، وللتأكيد على أن العلوم الإسلامية لا تغرِّد خارج السرب ، ولا تنحسر في التراث بعيدا عن واقع المجتمع وقضاياه وحاجاته ، بل إن العلوم الإسلامية بصـفة عامة وعلوم الشريعة منها بصفة خاصة تتجدد بتجدد حاجة المجتمـع ، وتنمـو بنمـوه لتحـل مشكلاته وتعالج قضاياه بما يُسهم في وحدته وقوته وبما يعود بالخير والنفع على جميع أبنائه .

وإسهاما مني ومحاولة لنيل شرف المشاركة في أحد محاور هـذا المـؤتمر المبـارك أتقـدم بعـرض بحث بعنوان " الأخذ بما جرى عليه العمل ، وأثره في ترسيخ القيم المجتمعية " .

أسباب اختيار الموضوع:

تموج ساحة العمل الإسلامي الآن بالعديد من المذاهب والتيـارات والآراء المختلفـة أحيانـا ، والمتضاربة ، وربما المتصارعة أحيانا أخـرى ، وتجـرأ كثـيرون عـلى الفتيـا في مختلـف المسـائل فاختلفت الأقوال وتشتت العامة ، بل وادعى الاجتهاد مـن لم يُحصـل آلتـه ، وراح كثـير مـن

المتصدرين للفتوى يضرب باختيارات المؤسسات عرض الحائط متهما إياها بتهم لا تنتهي .

فقوم يتهمونها بفقهاء السلطة أو علماء السلطان ، وآخرون يتهونها بفرض الوصاية الدينية على الناس !!!!

وماجت بالناس أمواج الفتن ، وتسور محراب الاجتهاد في الشريعة من لا حظ له من النظر لا بالعلم الشرعي الصحيح ، ولا بالواقع الذي يعيشه ، ووقع المجتمع تحت فكي اتجاهين متطرفين .

الاتجاه الأول: اتجاه الغلو والإفراط في تقديس التراث ، فراح هؤلاء يجترون أقوال الأئمة التي قيلت في واقع مختلف عن واقعنا ، ويريدون لها أن تطبق في هذا الواقع مع اختلاف الأحوال والظروف والمناسبات فاستبيحت الدماء المعصومة واستلبت الأموال المصونة ودنست المقدسات واستبيحت المحرمات وتشوهت صورة الإسلام والمسلمين بسبب غياب هذه الحقيقة الجلية .وفي هذا يقول سيدنا علي بن أبي طالب رضي الله عنه: «حدثوا الناس، بما يعرفون أتحبون أن يكذب الله ورسوله»(١) .

ويقول ابن القيم : والجمودُ على المنقولات أبدًا ضلالٌ في الدين وجهلٌ بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين، ومَنْ أفتى الناس بمجرد المنقول في الكتب على اختلاف عُرْفهم وعوائدهم وأزمنتهم وأمكنتهم وأحوالهم وقرائن أحوالهم فقد ضل وأضل، وكانت جنايته على الدين أعْظَمَ من جناية من طَبَّبَ الناس كلهم على اختلاف بلادهم وعوائدهم وأزمنتهم وطبائعهم بما في كتاب من كتب الطبِّ على أبدانهم، بل هذا الطبيب الجاهل وهذا المفتي

(١)صحيح البخاري، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = المؤلف: محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي ، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر ، الناشر: دار طوق النجاة ، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ: :١/ ٣٧)

الجاهل أضَرُّ ما على أديان الناس وأبدانهم [1].

الاتجاه الثاني: اتجاه التفريط ، والهجوم على المسلمات ، فأصحاب هذا الاتجاه يتلاعبون بأحكام الشريعة ويهدرون نصوصها القطعية والظنية ويفوتون مقاصدها بدعوى التجديد تارة والعصرنة تارة أخرى . وكلا طرفي قصد الأمور ذميم .

ولا يزال صوت الأزهر المعمور جهوريا في رفض منهج كلا الطائفتين طائفة الجمود على القديم ، وطائفة الانسلاخ من التراث جملة وتفصيلا ، ويمثل منهج الأزهر منهج الوسطية والاعتدال في الاهتداء بالقديم لحل مشكلات الواقع والانفتاح على الاختيار الفقهي بما يلائم ويحقق مقاصد الشرع الحنيف .

فنحن لا نريد الشريعة ألعوبةً بين أيدينا نُنطقها بما نشاء - والعياذ بالله - ، كما لا نريد أن نصدّر إسلاماً للبشر لا يمكن أن يتكيّف مع البشرية، أو يعجز عن حل مشكلاتها .

منهج البحث:

المنهج الذي سأتبعه في البحث- إن شاء الله يتمثل فيما يلي -

١. أتبع منهج الاستقراء الناقص : فأقوم بتتبع نصوص الفقهاء والأئمة الذين اعتنوا بموضوع البحث واستخرج منها دراسة نظرية أحيل عليها المسائل التطبيقية .
٢. منهج التحليل العلمي : حيث لا أكتفي بسرد النصوص بعد جمعها ، إنما أقوم بالتفاعل معها ، وتوظيفها في إطار فكرة البحث .
٣. جمع الأمثلة محل الدراسة من مصادرها الأصيلة .
٤. توثيق الفتاوى والأحكام القضائية وقرارات المجامع الفقهية : فأقوم بجمع الفتاوى من دواوينها أو مواقعها على شبكة الانترنت مع إثبات وثائق الفتوى بالرقم والتاريخ

(١) إعلام الموقعين عن رب العالمين: ٤/ ٤٧٠.

، وأذكر رقم قرار المجمع الفقهي وتاريخة عند الإحالة إليه ، كما أقوم بتوثيق الأحكام القضائية فأذكر رقم الدعوى واسم المحكمة وتاريخ الحكم .

٥. أكثر من ذكر الأمثلة لتأكيد الفكرة ولإيضاحها .

٦. إذا كانت المسألة من مواضع الاتفاق فأذكر حكمها بدليلها، مع توثيق الاتفاق من مظانه المعتبرة.

٧. إذا كانت المسألة من مسائل الخلاف فأتبع ما يلي:

- تحرير محل الخلاف، إذا كانت بعض صور المسألة محل خلاف، وبعضها محل اتفاق.
- ذكر الأقوال في المسألة، وبيان من قال بها من أهل العلم، واذكر الأدلة والمناقشة والترجيح على حسب ما تدعو إليه الحاجة .
- الاقتصار على المذاهب الفقهية المعتبرة ، مع العناية بذكر ما تيسر الوقوف عليه من أقوال السلف الصالح، وإذا لم أقف على المسألة في مذهب ما فأسلك بها مسلك التخريج.
- توثيق الأقوال من كتب أهل المذهب نفسه.
- الترجيح، مع بيان سببه، وذكر ثمرة الخلاف إن وجدت.

٨. الاعتماد على أمهات المصادر والمراجع الأصيلة في التحرير والتوثيق والتخريج والجمع.

٩. التركيز على موضوع البحث وتجنب الاستطراد.

١٠. ترقيم الآيات وبيان سورها.

١١. تخريج الأحاديث وبيان ما ذكره أهل الشأن في درجتها – إن لم تكن في الصحيحين أو أحدهما –، فإن كانت كذلك فأكتفي حينئذ بتخريجها.

١٢. تخريج الآثار من مصادرها الأصيلة، والحكم عليها.

١٣. التعريف بالمصطلحات وشرح الغريب.

١٤. العناية بقواعد اللغة العربية والإملاء وعلامات الترقيم.

١٥. وضع الخاتمة وتشتمل على إبراز أهم النتائج.

١٦. وضع الفهارس الفنية .

خطة البحث :

ينقسم البحث إلى مقدمة ومبحثين ، وخاتمة :

أما المقدمة فأتحدث فيها عن أسباب اختيار الموضوع ، ومنهج البحث ، والخطة .

المبحث الأول : مبدأ الأخذ بما جرى عليه العمل ضبط المصطلح ، وتحديد شروطه .

وفيه مطالب :

المطلب الأول : تحديد معنى المصطلح .

المطب الثاني : اعتبار ما جرى عليه العمل عند الفقهاء .

المطلب الثالث : شروط الاعتبار بما جرى عليه العمل .

المطب الرابع : تحديد المسائل التي يعتبر فيه العمل.

المطلب الخامس : موقع اختيارات المؤسسات الدينية من مبدأ ما جرى عليه العمل .

المبحث الثاني: الوقائع المعاصرة لتطبيق هذا المبدأ .

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : الإشهاد على الطلاق .

المطلب الثاني : تقدير دية القتل الخطأ .

المطلب الثالث : حكم قول الرجل لزوجته " أنت طالئ " بالعامية المصرية .

الخاتمة : وأذكر أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال البحث ، والفهارس .

المبحث الأول
مبدأ الأخذ بما جرى عليه العمل ضبط المصطلح ، وتحديد شروطه ،وبيان مراتبه .

وفيه مطالب :

المطلب الأول : تحديد معنى المصطلح .

المطب الثاني : اعتبار ما جرى عليه العمل عند الفقهاء .

المطلب الثالث : شروط الاعتبار بما جرى عليه العمل .

المطلب الرابع : تحديد المسائل التي يعتبر فيه العمل .

المطلب الخامس : موقع اختيارات المؤسسات الدينية من مبدأ ما جرى عليه العمل .

المطلب الأول : تحديد معنى المصطلح

الأخذ بما عليه العمل :

الأخذ لغة :

يدور كلام أهل اللغة حول مادة " الأخذ " على أنها بمعنى التناول ، قال الجوهري : " أخذت الشيء آخذه أخذا: تناولته " [(١)].

وقال ابن فارس : " الْهَمْزَةُ وَالْخَاءُ وَالذَّالُ أَصْلٌ وَاحِدٌ تَتَفَرَّعُ مِنْهُ فُرُوعٌ مُتَقَارِبَةٌ فِي الْمَعْنَى والْأَصْلُ حَوْزُ الشَّيْءِ وَجَبْيُهُ وَجَمْعُهُ[(٢)].

(١) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، المؤلف: أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (المتوفى: ٣٩٣هـ)، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، الناشر: دار العلم للملايين – بيروت، الطبعة: الرابعة ١٤٠٧ هـ – ١٩٨٧ م: ٢/ ٥٥٩.

(٢) معجم مقاييس اللغة، المؤلف: أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي (المتوفى: ٣٩٥هـ)، المحقق: عبد السلام محمد هارون، الناشر: دار الفكر، عام النشر: ١٣٩٩هـ – ١٩٧٩م.مقاييس اللغة: ١/ ٦٨.

وزاد الزبيدي عن بعض أهل اللغة : أن استعمال هذا المصطلح يكون فيما فيه قهر وغلبة [١] .

الأخذ اصطلاحا :

لم يتصدَ الفقهاء لتحرير هذا المصطلح ، لكن من خلال النقول السابقة عن أهل اللغة يتبين لنا أن لفظ " الأخذ " يطلق على التناول المجرد ، وعلى التناول بما فيه قهر وغلبة ، وهو ما يستدعي وجود شيئ آخر ليتحقق مدلول اللفظ ، وهذا المعنى هو المناسب لعنوان البحث فالأخذ معناه : ترجيح أحد الأقوال المختلف فيها.

العمل :

العمل لغة : قال ابن فارس : الْعَيْنُ وَالْمِيمُ وَاللَّامُ أَصْلٌ وَاحِدٌ صَحِيحٌ، وَهُوَ عَامٌّ فِي كُلِّ فِعْلٍ يُفْعَلُ [٢] ، وقال ابن سيده : " أعملَ رَأْيه: عمل بِهِ " [٣].

لفظ العمل في اصطلاح الفقهاء :

يأتى مصطلح " العمل " على ألسنة الفقهاء على عدة معان :

الالتزام بالرأي إفتاء وقضاء وتطبيقا ، ومنه قول الكاساني : إن كان القاضي من أهل الاجتهاد، وأفضى رأيه إلى شيء يجب عليه العمل به[٤].

---

(١) تاج العروس من جواهر القاموس، المؤلف: محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، أبو الفيض، الملقّب بمرتضى، الزَّبيدي (المتوفى: ١٢٠٥هـ) المحقق: مجموعة من المحققين. الناشر: دار الهداية: ٩/ ٣٦٣.

(٢)مقاييس اللغة : ٤/ ١٤٥ .

(٣) المحكم والمحيط الأعظم ، المؤلف: أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي [ت: ٤٥٨هـ] ، المحقق: عبد الحميد هنداوي ، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت الطبعة: الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م : ٢/ ١٧٩.

(٤)بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،المؤلف: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: ٥٨٧هـ)الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م :٧/ ٤)

الرأي المختار لكونه الراجح دليلا ، ومن هذا قول النووي في مسألة المدة التـي يجـ وز فيها المسح على الخف للمسافر والمقيم : " الصحيح من مذهبنا والذي عليه العمـل والتفريـع أنه مؤقت للمسافر ثلاثة أيام بلياليها وللمقيم يوم وليلة " [١] .

الترجيح بين الأقوال المتساوية ، قال الحطاب : الشيوخ إذا اختلفوا في تشهير الأقوال وتساوى المشهرون في الرتبة فإنه يذكر القولين المشهورين أو الأقوال المشـهورة ويـأتي بعـدها بلفظة خلاف ؛ إشارة إلى ذلك وسواء اختلافهم في الترجيح بلفظ التشهير أو بـما يـدل عليـه كقولهم:

المذهب كذا أو الظاهر أو الراجح أو المفتى به كذا أو الذي عليه العمل أو نحو ذلك [٢] ، ومنه قول الدسوقي المالكي : ولو أخذ الإمام الجائر الزكاة لنفسه فإنها تجزىء كما يدل علي ه كـلام أبي الحسن وصرح به ابن رشد وقال البرزلي إنه المشهور الذي عليه العمل وإن كان في ابن عبد السلام ما يخالفه وهذا كله إذا أخذها باسم الزكاة وإلا فلا تجزيء[٣] .

أن يستعمل هذا المصطلح فيما يخالف النص أو القياس الظاهر ، قال ابن عابدين : التوكيل بلا رضا الخصم ، لا يصح عند الإمام . أي : لا يجبر خصمه على قبول الوكالة..... ، ثـم قـال:

(١)المجموع شرح المهذب((مع تكملة السبكي و المطيعي)) ، المؤلف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ) ، الناشر: دار الفكر: ١/ ٤٨٣ .

(٢)مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المؤلف: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي المتوفى: ٩٥٤هـ الناشر: دار الفكر ، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م : ١/ ٣٦ .

(٣)حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المؤلف محمد عرفه الدسوقي، تحقيق محمد عليش ، الناشر دار الفكر ، مكان النشر بيروت :١/ ٥٠٢.

لكن العمل الآن على صحة التوكيل وإن لم يرض به الخصم ، وبه صدر أمر السلطان [١].

وذهب بعض الباحثين المعاصرين إلى أن المراد بهذا المصطلح : أن يحكم أحد القضاة أو يفتي أحد المفتين ممن تثبت عدالته ونزاهته – مع العلم والمعرفة – بقول ضعيف أو مهجور من أقوال علماء المذهب ، وذلك بناء على أسباب اجتماعية أو موجبات خاصة كاعتبار أحوال القضية وما يرجع إلى أحوال المستفتين وعاداتهم ، ونظرا إلى أن القول المحكوم به يكون أكثر انطباقا وأشد ملاءمة ويأتي القضاة والمفتون فيأخذون بذلك العمل [٢].

فهذه حالات ورد فيها إطلاق مصطلح " العمل " ففي النوع الأول أطلق العمل على الصحيح الذي يتعين اتباعه ، وفي النوع الثاني أُطلق هذا المصطلح على معنى الراجح الذي يشعر بضعف مقابله من حيث النظر ، وفي النوع الثالث أطلق على معنى ما وقع عليه الاختيار في العمل بصرف النظر عن ضعف مقابله أو قوته بل يتساوى مع مقابله من حيث النظر ، وفي النوع الرابع أطلق هذا المصطلح على ما وقع الاختيار عليه في العمل ومقابله أقوى من حيث النظر والدليل ، وفي النوع الأخير تقيد مصطلح ما عليه العمل بما صدر عن القاضي أو المفتي وكان مخالفا للقياس أو النص .

والمختار في هذا البحث : أن مصطلح ما جرى عليه العمل يشمل جميع الأنواع المذكورة فهو شامل لما ذاع وانشر بين الناس من قول أو فتوى أو حكم قضائي واستمر العمل عليه وكان في نزع الناس عنه مشقة ظاهرة وحرج على التفصيل الذي سيأتي بإذن الله .

وجدير بالذكر: أن المراد بلفظ العمل ليس قاصرا على مجال المعاملات ، بل هو ترجيح للرأي

---

(١)حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة، المؤلف ابن عابدين. ، الناشر دار الفكر للطباعة والنشر. ، سنة النشر ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.مكان النشر بيروت. :٧/ ٢٧٨ .

(٢)نظرية الأخذ بما عليه العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي ، إعداد أ / عبدالسلام العشري ، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمغرب ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م .ص : ٧ و ٨ .

المختار حتى ولو لم يترتب عليه عمل ، قال العلامة الأجهوري: الذي عليه العمل أن ما خطر بقلب المكلف من المعاصي والآثام إن كان مما يختص بالقلب فهو يحاسب به ولا كلام، لكن مع العزم عليه لا بمجرد خطوره في القلب من غير عزم خلافا لبعضهم، وذلك كالرياء والشرك والحسد والكبر[١] .

الفرق بين مصطلح " ما جرى عليه العمل " وبين مصطلح " العرف :

أن العرف ما تعارفه الناس ، فهو اصطلاح العامة ، أما " ما جرى عليه العمل " فهو اختيار المفتين أو القضاة .

إشكال وجوابه :

من المقرر فقها وجوب العمل بالراجح ، وأنه لا يسوغ العمل بالضعيف مع وجود القوي[٢]، فكيف يعمل الفقهاء بالأقوال المرجوحة مع وجود الأقوال الراجحة ؟

والجواب عن هذا الإشكال :

إن صلاحية القول للعمل تتوقف على عدة اعتبارات منها قوة الرأي في نفسه ، وملاءمة هذا القول لواقع الناس وكونه محققا لمقاصد الشريعة ، فإن كان الرأي قويا من حيث النظر وظاهر الدليل إلا أن تطبيقه يفوِّت المقصد الشرعي فحينئذ يكون الراجح وما ينبغي الأخذ به ما يتفق

(١)الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني ، المؤلف: أحمد بن غانم بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي :المتوفى: ١١٢٦هـ)المحقق: رضا فرحات ، الناشر: مكتبة الثقافة الدينية :١/ ١٨٣.

(٢) قال الشاطبي : ومتى خيرنا المقلدين في مذاهب الأئمة؛ لينتقوا منها أطيبها عندهم لم يبق لهم مرجع إلا اتباع الشهوات في الاختيار، وهذا مناقض لمقصد وضع الشريعة؛ فلا يصح القول بالتخيير على حال . الموافقات للشاطبي : ٥/ ٧٨ ، دار ابن عفان ، تحقيق أبي عبيدة مشهور بن سلمان ، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ-١٩٩٧ م

مع الواقع وإن ضعف دليله ، وفي هذا يقول ابن حجر الهيتمي فقال : إن العمل من جملة ما يُرجَّح به وإن لم يستقل حجة فلما تعارض في المسألة الترجيح من حيث دليل المذهب، والترجيح من حيث العمل لم يستمر الدليل المذهبي على رجحانيته لوجود المعارض فساغ العمل بما عليه العمل[١].

المطب الثاني

اعتبار ماجرى عليه العمل عند الفقهاء

من الحقائق المسلَّم بها اختلاف الأعراف ، وتبدل العادات بحسب الزمان والمكان والأشخاص والبيئة ، يقول ابن خلدون : ومن الغلط الخفيّ في التّاريخ الذّهول عن تبدّل الأحوال في الأمم والأجيال بتبدّل الأعصار ومرور الأيّام وهو داء دوي شديد الخفاء إذ لا يقع إلّا بعد أحقاب متطاولة فلا يكاد يتفطّن له إلّا الآحاد من أهل الخليقة وذلك أنّ أحوال العالم والأمم وعوائدهم ونحلهم لا تدوم على وتيرة واحدة ومنهاج مستقرّ إنّما هو اختلاف على الأيّام والأزمنة وانتقال من حال إلى حال "[٢] .

ومن السياسة الشرعية مراعاة أعراف الناس وعاداتهم وما جرى عليه العمل لديهم ، وعدم إيقاعهم في العنت والمشقة ، تلكم هي الحنيفية السمحة التي جاء بها النبي صلى الله عليه وسلم ، فعن عائشة رضي الله عنها، أنها قالت: «ما خُيّر رسول الله صلى الله عليه وسلم بين أمرين إلا أخذ أيسرهما، ما لم يكن إثما، فإن كان إثما كان أبعد الناس منه، وما انتقم رسول الله

(١)فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل ، المؤلف: سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري، المعروف بالجمل (المتوفى: ١٢٠٤هـ)الناشر: دار الفكر :٥/ ٣٩٧.

(٢) ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر ومن عاصرهم من ذوي الشأن الأكبر المعروف بتاريخ ابن خلدون ،المؤلف : ابن خلدون ، المحقق: خليل شحادة ، الناشر: دار الفكر، بيروت الطبعة: الثانية، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م : ١/ ٣٧ .

صلى الله عليه وسلم لنفسه إلا أن تنتهك حرمة الله، فينتقم لله بها» (١).

وكان سلوك النبي صلى الله عليه وسلم مراعاةَ تطبيق هذا المبدأ العظيم ، فعَنْ عَائِشَةَ- رضي الله عنها -، أَنَّهَا قَالَتْ: سَمِعْتُ رَسُولَ الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ: " لَوْلَا أَنَّ قَوْمَكِ حَدِيثُو عَهْدٍ بِجَاهِلِيَّةٍ - أَوْ قَالَ: بِكُفْرٍ - لَأَنْفَقْتُ كَنْزَ الْكَعْبَةِ فِي سَبِيلِ الله، وَلَجَعَلْتُ بَابَهَا بِالْأَرْضِ، وَلَأَدْخَلْتُ فِيهَا مِنَ الْحِجْرِ "(٢).

ففي هذا الحديث دلالة على أن مراعاة ما استقر عليه العمل معتبرة في تقرير الأحكام حتى ولو كان هذا العمل مرجوحا ما دام تغيير هذا العمل يوقع الناس في حرج ومشقة ، قال ابن حجر: " يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ تَرَكَهُ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِذَلِكَ رِعَايَةً لِقُلُوبِ قُرَيْشٍ " (٣).

وقال النووي : وَفِي هَذَا الْحَدِيثِ دَلِيلٌ لِقَوَاعِدَ مِنَ الْأَحْكَامِ .... ومنها فِكْرُ وَلِيِّ الْأَمْرِ فِي مَصَالِحِ رَعِيَّتِهِ وَاجْتِنَابُهُ مَا يَخَافُ مِنْهُ تَوَلُّدُ ضَرَرٍ عَلَيْهِمْ فِي دِينٍ أَوْ دُنْيَا إِلَّا الْأُمُورَ الشَّرْعِيَّةَ .....، وَمِنْهَا تَأَلُّفُ قُلُوبِ الرَّعِيَّةِ وَحُسْنُ حِيَاطَتِهِمْ وَأَنْ لَا يَنْفِرُوا وَلَا يَتَعَرَّضُ لِمَا يَخَافُ تَنْفِيرَهُمْ بِسَبَبِهِ مَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ تَرْكُ أَمْرٍ شَرْعِيٍّ (٤).

وبناء على هذا فقد قرر مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة عشر أن من شروط الإفتاء: " المعرفة بأحوال الناس وأعرافهم وأوضاع العصر ومستجداته، ومراعاة تغيُّرها فيما

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب المناقب / باب صفة النبي صلى الله عليه وسلم رقم (٣٥٦٠) : ج٤/ ص١٨٩ ، وأخرجه مسلم في الفضائل باب مباعدته صلى الله عليه وسلم للآثام. . رقم ٢٣٢٧.

(٢) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه كتاب الحج / بَابُ نَقْضِ الْكَعْبَةِ وَبِنَائِهَارقم (١٣٣٣. : ج٢/ ٩٦٩ .

(٣) فتح الباري لابن حجر العسقلاني الشافعي ، طبعة : دار المعرفة - بيروت، ١٣٧٩ ، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي ، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب: ٣/ ٤٥٧ .

(٤) شرح النووي على مسلم، طبعة دار إحياء التراث العربي – بيروت ، الطبعة: الثانية، ١٣٩٢ : ٩/ ٨٩

بُنِيَ على العرف المعتبر الذي لا يصادم النصّ "[1] .

وقد حفظت لنا دوواين الفقه العديد من النصوص الفقهية التي دلت على اعتبار هذا المبدأ ، ونذكر هنا طرفا من هذه النصوص :

١. قال الصدر الشهيد ابن مازة الحنفي : أهل الاجتهاد : من يكون عالماً بالكتاب، والسنة، والآثار، ووجوه الفقه، ويشترط مع ذلك، أن يكون صاحب قريحة يعرف عرف الناس، وعاداتهم، ومعاملاتهم، فالعرف قد يغلب على الناس، والحكم قد يتغير بتغير العصر والزمان [2].

٢. وقال ابن نجيم الحنفي أيضا : لا بد للمجتهد من معرفة عرف الناس... وكان محمد يذهب إلى الصباغين، ويسأل عن معاملاتهم وما يديرونها فيما بينهم[3] .

فبينما يفيد النص الذي ذكره ابن مازة أن معرفة واقع الناس ضرورية لتحصيل الاجتهاد نرى في النص الذي ذكره ابن نجيم الواقع التطبيقي لهذا المبدأ النظري حيث كان محمد بن الحسن رحمه الله ينطلق بنفسه إلى من يحترف مهنة الصباغة حتى تكون إجابته عن أسئلتهم مبنية على تصور صحيح .

٣. قال صاحب المحيط البرهاني : ولعرف الناس أثر في جواز العقد وفساده، ألا ترى لو استأجر الرجل مرآة ليسوي عمامته جاز، ولو استأجر حباً لذلك لا يجوز وما افترقا إلا من حيث إن الأول عمل الناس، والثاني ليس عمل الناس [4].

(١) قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (١٥٣) في دروته (١٧).

(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني : ٨/ ١١ .

(٣) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري :٦/ ٢٨٨.

(٤) المحيط البرهاني في الفقه النعماني :٧/ ٤٥٠.

٤. قال الإمام مالك بن أنس: لما حج أبو جعفر المنصور دعاني فدخلت عليه فحادثته وسألني فأجبته فقال : إني قد عزمت أن آمر بكتبك هذه التي وضعتها - يعني الموطأ - فتنسخ نسخا ثم أبعث إلى كل مصر من أمصار المسلمين منها بنسخة وآمرهم أن يعملوا بما فيها لا يتعدوه إلى غيره ويدَعوا ما سوى ذلك من هذا العلم المحدث ؛ فإني رأيت أصل العلم رواية المدينة وعلمهم قال : فقلت : يا أمير المؤمنين لا تفعل هذا فإن الناس قد سبقت إليهم أقاويل وسمعوا أحاديث ورووا روايات وأخذ كل قوم بما سبق إليهم وعلموا به ودانوا به من اختلاف أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيرهم وإن ردهم عما قد اعتقدوه شديد فدع الناس وما هم عليه وما اختار كل أهل بلد منهم لأنفسهم فقال : لعمري لو طاوعتني على ذلك لأمرت به [١] ، وذكر الذهبي أن الإمام مالك علل الامتناع عن موافقة أبي جعفر المنصور بقوله : قَدْ رَسَخَ فِي قُلُوْبِ أَهْلِ كُلِّ بَلَدٍ مَا اعْتَقَدُوْهُ وَعَمِلُوا بِهِ، وردُّ العَامَّةِ عَنْ مِثْلِ هَذَا عَسِيْرٌ [٢].

ففي هذه الواقعة تتجلى لنا عبقرية الإمام مالك رحمه الله وما يتمتع به من أدراك لاختلاف طباع الناس وما يناسبهم ،وهذا هو الفقه ، فإن صبغ الناس بلون واحد مخالف للفطرة ، كما أن نزع الناس عن العادة عسير ، وما دامت العادة في إطار الخلاف السائغ فلا حاجة لفرض تغييرها بالإكراه .

٥. وقال الماوردي الشافعي : مَا كَانَ فِي عُرْفِ النَّاسِ وَعَادَاتِهِمْ يَسِيرًا كَانَ مَعْفُوًّا عَنْهُ، وَمَا

(١) الطبقات الكبير لابن سعد - المحقق: علي محمد عمر ، الناشر: مكتبة الخانجي - القاهرة الطبعة: الأولى، ٢٠٠١م : ٧/ ٥٧٣ .

(٢) سير أعلام النبلاء للذهبي ، طبعة دار الحديث- القاهرة ، الطبعة: ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م : ٧/ ١٦٩ .

كَانَ فِي الْعُرْفِ يَسِيرًا فَاحِشًا لَمْ يُعْفَ عَنْهُ [١] .

وهنا يرد الماوردى التفريق بين النجاسة المعفو عنها وغير المعفو عنها إلى عرف الناس.

٦. وقال الإمام أحمد : لا ينبغي للرجل أن يعرض نفسه للفتيا حتى يكون فيه خمس خصال ، و ذكر منها معرفة الناس [٢] .

٧. قال القرافي : أن المفتي لا يحل له أن يفتي أحدا بالطلاق حتى يعلم أنه من أهل بلد ذلك العرف الذي رتبت الفتيا عليه فإن كان من أهل بلد آخر ليس فيه ذلك العرف أفتاه بحكم الله تعالى باعتبار حال عرف بلده من صريح أو كناية ... ثم قال : فتأمل ذلك فقد غفل عنه كثير من الفقهاء ووجدوا الأئمة الأول قد أفتوا بفتاوى بناء على عوائد لهم وسطروها في كتبهم بناء على عوائدهم، ثم المتأخرون وجدوا تلك الفتاوى فأفتوا بها ، وقد زالت تلك العوائد فكانوا مخطئين خارقين للإجماع فإن الفتيا بالحكم المبني على مدرك بعد زوال مدركه خلاف الإجماع [٣].

٨. قال ابن القيم : ولا تجمد على المنقول في الكتب طولَ عمرك، بل إذا جاءك رجلٌ من غير إقليمك يستفتيك فلا تُجْرِهِ على عُرْف بلدك، وسَلْه عن عرف بلده فأجْرِهِ عليه وأفْتِهِ به، دون عرف بلدك والمذكور في كتبك، ثم قال : والجمودُ على المنقولات أبدًا ضلالٌ في الدين وجهلٌ بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين، ومَنْ أفتى الناس بمجرد المنقول في الكتب على اختلاف عُرْفهم وعوائدهم وأزمنتهم وأمكنتهم وأحوالهم وقرائن أحوالهم فقد ضل وأضل، وكانت جنايته على الدين أعْظَمَ من

(١) الحاوي الكبير : ١/ ٢٩٥ .

(٢) كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ، طبعة دار الكتب العلمية : ٦/ ٢٩٩ .

(٣) الفروق للقرافي : ٣/ ١٦٢ .

جناية من طَبَّبَ الناس كلهم على اختلاف بلادهم وعوائدهم وأزمنتهم وطبائعهم بما في كتاب من كتب الطبِّ على أبدانهم، بل هذا الطبيب الجاهل وهذا المفتي الجاهل أضَرُّ ما على أديان الناس وأبدانهم [1].

فلله درُّ هؤلاء الأئمة !!!! الذين أدركوا حقيقة الشريعة ، واتضحت لهم مقاصدها جلية ، وأين أدعياء العلم الذين يريدون أن يحملوا الناس قهرا على ما يتوهمونه صوابا ضاربين بهذه الأصول عرض الحائط ، وراحوا يصفون المسلمين بأوصاف نابية لمجرد خلاف في مسألة ، أو عمل بمذهب معتبر ؟

ولأهمية اعتبار ما جرى عليه العمل فقد اتخذ مركز الأزهر العالمي للفتوى والرصد خطوة إيجابية في إنشاء وحدة " مفتو البلدان " حيث خصص مجموعة من الباحثين للاطلاع على عادات كل بلد ومعرفة المذاهب السائدة فيها حتى تكون الفتوى مناسبة للواقع ومراعية لما جرى عليه العمل في هذه البلدان .

المطلب الثالث

شروط الاعتبار بما جرى عليه العمل

١. أن يكون العمل عمل المسلمين ، فلا عبرة بالعمل المنتشر في البلدان غير المسلمة والذي يصادم النصوص الشرعية .

ومن أمثلة هذا : أنه لا يعتد بالزواج المدني الخالي من الولي والشهود ، ولا بالطلاق المدني الصادر من المحاكم في البلاد غير الإسلامية .

توضيح المثال : حقيقة الواقع في البلاد غير المسلمة بصفة عامة والبلاد الأوربية بصفة خاصة

(١) إعلام الموقعين عن رب العالمين : ٤/ ٤٧٠ .

أن هذه البلاد ترى الطلاق والزواج وسائر الأحكام القضائية أحكاما تخضع لسلطة الدولة لا فرق فيها بين مسلم وغيره فتُصدر أحكامها بناء على القانون ، ومن المسلَّم به أن كثيرا من الأحكام لها طبيعة خاصة عند المسلمين كاشتراط الشهادة في النكاح ، وككون الطلاق بيد الزوج ، وللقاضي إيقاعه بضوابط شرعية لا تتوافر في المحاكم في بلاد غير المسلمين.

وقد نص الفقهاء على أن من شروط القاضي أن يكون مسلما [1] ، ونصت دار الإفتاء المصرية في الفتوى رقم (٧٠٨) بتاريخ ١٠/ ٥/ ٢٠١٠ على أن الطلاق الصادر من محاكم في بلاد غير إسلامية ليس طلاقا شرعيا صحيحا.

كما نص مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا ، المنعقد بكوبنهاجن- الدانمارك مع الرابطة الإسلامية ، في الفترة من ٤-٧ من شهر جمادى الأولى لعام ١٤٢٥هـ الموافق ٢٢-٢٥ من يونيو لعام ٢٠٠٤ م على : " أنه يرخص في اللجوء إلى القضاء الوضعي عندما يتعين سبيلا لاستخلاص حق أو دفع مظلمة في بلد لا تحكمه الشريعة ، شريطة اللجوء إلى بعض حملة الشريعة لتحديد الحكم الشرعي الواجب التطبيق في موضوع النازلة ، والاقتصار على المطالبة به والسعي في تنفيذه ". وجاء فيه : " أنه إذا طلق الرجل زوجته طلاقا شرعيا فلا حرج في توثيقه أمام المحاكم الوضعية ، أما إذا تنازع الزوجان حول الطلاق فإن المراكز الإسلامية تقوم مقام القضاء الشرعي عند انعدامه بعد استيفاء الإجراءات القانونية اللازمة ، وأن اللجوء إلى القضاء الوضعي لإنهاء الزواج من الناحية القانونية لا يترتب عليه وحده إنهاء الزواج من الناحية الشرعية ، فإذا حصلت المرأة على الطلاق المدني فإنها تتوجه به إلى المراكز الإسلامية وذلك على يد المؤهلين في هذه القضايا من أهل العلم لإتمام الأمر من الناحية الشرعية ، ولا وجه للاحتجاج بالضرورة في هذه الحالة لتوافر المراكز الإسلامية وسهولة الرجوع إليها في

(١) المغني :١١/ ٣٨١ .

مختلف المناطق " .

وجدير بالذكر: أنه ينبغي على الفقهاء والمفتين مراعاة أحوال المسلمين في بلدان الأقليات الإسلامية لإيجاد الحلول العملية لدمج هؤلاء المسلمين في مجتمعاتهم حتى لا يعيشوا منعزلين عن المجتمع .

٢ – أن يكون العمل صادرا عن الفقهاء الربانيين والعلماء المخلصين ، لا عن العوام ؛ إذ لا عبرة بأعمال العوام .

مثال : قال النووي : ولا يصح تحمل شهادة على منتقبة اعتمادا على صوتها ، ويشهد عند الأداء بما يعلم ، ولا يجوز التحمل عليها بتعريف عدل أو عدلين على الأشهر والعمل على خلافه[١].

شرح المثال : يشترط في الشهادة أن يكون المشهود عليه معلوما تمام العلم للشاهد ، فلا تجوز الشهادة على المنتقبة التى لا يعرفها الشاهد إلا من صوتها ، ولا يجوز الإكتفاء بإخبار عدل أن هذه فلانة لأنه الشهادة لا يجوز التقليد فيها هذا من حيث الفقه والنظر، لكن عمل الناس في زمان النووي على تحمل الشهادة على المنتقبة بإخبار العدل كأن لا يرى الانسان المنتقبة ولكن يشهد عليها اعتماد على ثقة من أخبره ، وهذا مخالف لما ينبغي أن تكون عليه الشهادة .

قَالَ الْبُلْقِينِيُّ : لَيْسَ الْمُرَادُ بِالْعَمَلِ عَمَلَ الْأَصْحَابِ بَلْ عَمَلَ بَعْضِ الشُّهُودِ فِي بَعْضِ الْبُلْدَانِ [٢]و قال ابن حجر الهيتمي : لَا اعْتِبَارَ بِهِ اهـ[٣] .

وعليه : فما جرى عليه العمل من قِبَل العامة الذين لا يتقيدون بالأحكام الشرعية لا عبرة به حتى وإن اشتهر ، كما اشتهر من منع توريث البنات في بعض البلدان ، أو نقصان نصيبهن عن القدر المفروض شرعا لهن .

---

(١)منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه :ص: ٣٤٨.

(٢)حاشية عميرة :٤/ ٣٢٩.

(٣)تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحواشي الشرواني والعبادي :١٠/ ٢٦٢.

٣ – ألا يكون العمل مخالفا للنصوص الصحيحة الصريحة .

من المسلَّم به أن أي مسلم لا يتعمد مخالفة دليل شرعي معتبر ، لكن تعود مخالفة النصوص لأسباب كثيرة منها عدم العلم بالدليل ، أو اعتقاد عدم صحته ، أو قيام المعارض للأخذ بهذا الدليل .

وقد أفرط بعض الناس في حسن الظن بالأئمة إلى درجة جعلته يظن أن حجية الحديث متوقفة على العمل به ، قال صاحب اللباب : " وَعمل أبي حنيفَة رَضِي الله عَنهُ كَاف فِي صِحَة الحَدِيث " (١) ، وقال القدوري : " وترك العمل بالخبر يقدح في حكمه وإن صح سنده " (٢).

قال ابن رشد : وما استمر عليه العمل بالمدينة واتصل، فهو عند مالك مقدم على أخبار الآحاد العدول، لأن المدينة دار النبي – صلى الله عليه وسلم – وبها توفي – صلى الله عليه وسلم – وأصحابه متوافرون، فيستحيل أن يتصل العمل منهم في شيء على خلاف ما روي عن النبي – صلى الله عليه وسلم –، إلا وقد علموا النسخ فيه(٣). ، وكان أبو بكر محمد بن أبي بكر بن حزم ربما قال له إخوة: لم لم تقض بحديث كذا! فيقول: لم أجد الناس عليه (٤).

لكن التحقيق : أن الحديث إن صح ولم يقم مانع من الأخذ به تعين العمل بالحديث ما لم يكن منسوخا ، وعدم العمل لا ينهض لإبطال حجية الحديث الصحيح.

- قال الإمام الشافعي : الحَدِيث إِذَا رَوَاهُ الثِّقَاتُ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَذَلِكَ ثُبُوتُهُ ولا نرد الحديث لِأَنَّ عَمَلَ بَعْضِ أَصْحَابِ النَّبِيِّ – صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ

(١) اللباب في الجمع بين السنة والكتاب :١/ ٣٧٠.

(٢) التجريد للقدوري :١٢/ ٦٣٤٦.

(٣) المقدمات الممهدات :٢/ ٩٥.

(٤) الجامع لمسائل المدونة :٢٤/ ٦٤.

وَسَلَّمَ - عَمَلًا خَالَفَهُ[١] .

- قال الشيخ الدردير أَنَّ الْقَاضِيَ الْعَدْلَ الْعَالِمَ إذَا عَثَرَ عَلَى حُكْمٍ خَطَأٍ مُخَالِفٍ لِلنَّصِّ الْقَاطِعِ، أَوْ لِلْقِيَاسِ الْجَلِيِّ وَكَانَ ذَلِكَ الْحُكْمُ صَادِرًا مِنْ قَاضٍ عَدْلٍ عَالِمٍ سَوَاءٌ كَانَ هُوَ نَفْسَهُ أَوْ غَيْرَهُ فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ نَقْضُهُ وَبَيَانُ السَّبَبِ فِي نَقْضِهِ[٢].

ونصوص الأئمة والفقهاء كثيرة في هذا الشأن .

ولهذا لم يعتد الفقهاء بخلاف سعيد ابن المسيب في قوله بأن المطلقة ثلاثا تحل لزوجها الأول بمجرد العقد عليها استنادا لظاهر قوله تعالى ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ ﴾ [٣] ، حيث ورد إطلاق النكاح على العقد مجردا عن الدخول كما في قوله تعالى ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾ [٤] [٥].

ولكن هذا الاحتمال ليس واردا هنا لحديث عائشة - رضي الله عنها- قالت : جاءت امرأة رفاعة القرظي النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت: كنت عند رفاعة، فطلقني، فأبت طلاقي، فتزوجت عبد الرحمن بن الزبير إنما معه مثل هدبة الثوب، فقال: «أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا، حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك»[٦] .

---

(١) الأم للشافعي :١/ ١٧٦ .ملخصا بتصرف يسير .

(٢) الشرح الكبير للشيخ الدردير :٤/ ١٥٣ .

(٣) [البقرة: ٢٣٠]

(٤) [الأحزاب: ٤٩]

(٥) المغني :٨/ ٤٧١ .

(٦) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب الشهادات / باب شهادة المختبي رقم ٢٦٣٩ :٣/ ١٦٨ .

مجلة كلية الدراسات الإسلامية

٤ – ألا يكون هذا العمل مخالفا للإجماع ، فإن خالف العمل الإجماع فلا يعتد بهذا العمل .

قال القرافي : كل شيء أفتى فيه المجتهد فخرجت فتياه فيه على خلاف الإجماع أو القواعد أو النص أو القياس الجلي السالم عن المعارض الراجح لا يجوز لمقلده أن ينقله للناس ولا يفتي به في دين الله تعالى فإن هذا الحكم لو حكم به حاكم لنقضناه وما لا نقره شرعا بعد تقرره بحكم الحاكم أولى أن لا نقره شرعا إذا لم يتأكد وهذا لم يتأكد فلا نقره شرعا والفتيا بغير شرع حرام فالفتيا بهذا الحكم حرام "[١] .

مثال : اشتهر في بعض الأزمنة إقامة جماعات متعددة في المسجد الحرام في وقت واحد بأئمة متعددين ، ذكر الحطاب المالكي عَن الشَّيْخُ مُوسَى المُنَاوِيُّ قوله : إِنَّ ذَلِكَ مِنْ الْبِدَعِ الْفَظِيعَةِ وَالْأُمُورِ الشَّنِيعَةِ الَّتِي لَمْ يَزَلْ الْعُلَمَاءُ يُنْكِرُونَهَا فِي الْحَدِيثِ وَالْقَدِيمِ وَيَرُدُّونَهَا عَلَى مُخْتَرِعِهَا الْقَادِمِ مِنْهُمْ وَالْمُقِيمِ وَنُقِلَ عَنْ ابْنِ عَرَفَةَ أَنَّهُ لَمَّا حَجَّ فِي سَنَةِ اثْنَيْنِ وَتِسْعِينَ وَسَبْعِمِائَةٍ وَرَأَى اجْتِمَاعَ الْأَئِمَّةِ فِي صَلَاةِ الْمَغْرِبِ أَنْكَرَ ذَلِكَ، وَقَالَ إنَّ ذَلِكَ لَا يَجُوزُ بِإِجْمَاعِ الْمُسْلِمِينَ لَا أَعْلَمُ بَيْنَهُمْ فِي ذَلِكَ اخْتِلَافًا [٢] .

وعليه : فلو تواطأ الناس على عمل وكان هذا العمل مخالفا للإجماع فلا عبرة به كما جرى العمل في كثير من أوساط المصريين على إقامة حفلات الزفاف التي لا تخلو من المنكرات ، فلا يجوز اتخاذ عمل الناس بها دليلا على مشروعيتها .

٥ – أن يجد هذا القول قبولا لدى الفقهاء ويجد رواجا للعمل به ، فإن أنكره الفقهاء فلا عبرة به .

ومن أمثلة هذا : مسألة إخراج الزكاة بنسبة عشر الأرباح على الودائع البنكية ؛ من حيث اعتبار هذه الودائع كالأرض واحتساب الزكاة على العائد فقط وبنسبة ١٠٪؛ وذلك منعًا

(١) الفروق للقرافي : ٢/ ١٠٩ .

(٢) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل :٢/ ١١٢.

لتآكل الأصل ، وقد أفتى أ .د / علي جمعه المفتي السابق بهذه الفتوى في برنامج تلفزيوني مسجل [١].

لكن هذا الاجتهاد لم يجد قبولا بين فقهاء العصر إذ لم يأخذ به مفتي الجمهورية الحالي أ .د / شوقي علام [٢] ، ولا مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر ، ولا لجنة الفتوى بالأزهر[٣] ولا مركز الأزهر العالمي للفتوى والرصد[٤] .

جاء في فتاوى دار الإفتاء : السؤال : أرجو إفادتنا عن زكاة المال على شهادات الاستثمار المُحدَّدة بمُدَّة عشرِ أو خَمسِ سنواتٍ؛ فهل تُستخرَجُ زكاةُ المال على قِيمه الشهادةِ والفائدةِ عندما يَحولُ عليها الحَولُ أم تُستخرَجُ على الفائدة فقط وتُستخرَجُ الزكاةُ على أصل الشهادة حين انتهاء مُدَّتِها؟.

فأجابت دار الإفتاء المصرية، قائلة: إن زكاةُ المالِ المُودَعِ فى البنوك على هيئة ودائع أو شهاداتٍ تَكونُ بمقدارِ رُبعِ العُشرِ على المالِ المُودَعِ فى البنك مضافًا إليه الأرباح، إذا حال عليه الحَولُ القَمَريُّ وكان بالغًا للنصاب [٥].

نص فتوى دار الإفتاء :

الجواب : الأموال المودَعة بالبنوك والتي تُدِرُّ عائدًا بمعدَّلٍ ثابت فيها الزكاة إذا حال عليها

---

(١) كما في الفيديو المنتشر على اليوتيوب رابط : http://www.youtube.com/cbcegypt

(٢) نشره موقع دار الإفتاء على الفيس بوك بتاريخ : ١ من فبراير ٢٠١٥ .

https://www.facebook.com

(٣) كما في فتوى رقم (٧٢٤٩) من فتاوى لجنة الفتوى الرئيسية بالأزهر .

(٤) موقع : http://www.elbalad.news/2559716 .

(٥) نشره موقع دار الإفتاء على الفيس بوك بتاريخ : ١ من فبراير ٢٠١٥ .

https://www.facebook.com

الحول القمري، ومقدار الزكاة الواجبة فيها هو ربع العشر أي: اثنان ونصف بالمائة من أصل المال.

وأمَّا ما يقال من أن الزكاة تُستَحَقُّ على العوائد فقط: فهذا اجتهاد لبعض أهل العلم مبناه على اعتبار المال المودع في البنك كالأرض التي تجب الزكاة فيما تخرجه من نتاجها، بجامع أن كلًّا منهما أصل ثابت يُدِرُّ دخلًا يتعيَّش منه صاحبه، ويضره الانتقاص من أصله، وليس ذلك عامًّا في كل أنواع الاستثمار؛ لأن من الاستثمار ما لا زكاة فيه أصلًا بالغًا ما بلغ الدخل أو العائد فيه، وحينئذٍ فالأصل أن الزكاة تخرج ربع عشر المال المودَع، فإن كان ذلك المال بالنسبة لصاحبه كالأرض بالنسبة لصاحبها في تَعَيُّشِه منها وتَضَرُّرِه من انتقاص أصلها فله أن يكتفي بإخراج عشر أرباحه الناتجة منه، ويكون ذلك مجزئًا له عن زكاة هذا المال المودَع، وذلك على رأي بعض أهل العلم. والله سبحانه وتعالى أعلم. (١)

والخلاصة : أن الاجتهاد الذي لا يجد قبولا بين الفقهاء لا يسمى عملا يتعين الأخذ به ؛ حتى وإن قال به فقيه متخصص أو صدر عن مؤسسة رسمية .

(١) فتوى دار الإفتاء، الرقم المسلسل: ٢٢٧٦، التاريخ : ٠٤/ ٠٨/ ٢٠١٠ رابط :

http://www.daralifta.org/ar/ViewFatwa.aspx?ID=12354&LangID=1&MuftiType=0

المطلب الرابع

تحديد المسائل التي يعتبر فيه العمل

سبق تقرير أن مصطلح " ما عليه العمل : ما شاع وانتشر ـ واستقر في بلد أو منطقة وكان مستندا لدليل شرعي صحيح ؛ فحينئذ ينبغي على المفتي أن تصدر فتواه مراعية لهذا العمل ، لأن إرغام الناس على ما لا يعتادون فيه مشقة وحرج ، وقد جاءت الشريعة برفع الحرج ونفي المشقة .

ما جرى عليه العمل يدخل فيه ما يلي :

(١) المسائل الاجتهادية التي هي من اختصاص ولي الأمر: ففي هذه المسائل لا يسوغ للمفتي ولا للفقيه أن يفتي برأي فقهي يخالف المعمول به ؛ لأنه يترتب على هذا الرأي المخالف من المفاسد والأضرار ما يفوق العمل برأيه على فرض رجحانه .

ومن أمثلة هذا النوع :

أ- ما يتعلق بالمعاهدات والاتفاقيات الدولية ، فلا يجوز لآحاد الناس أن يخالف المعمول به في تقرير حالة الحرب أو السلم ؛ لأن في هذا افتياتا علي ولي الأمر .

ب- ما يتعلق بقضايا الوحدة الوطنية بين أبناء المجتمع الواحد ، فلا يجوز لمسلم الآن أن يسقط الأحكام التي وردت في التراث الفقهي على واقع صار متغيرا الآن .

(٢) المسائل الاجتهادية التي تتعلق بالعامة ، ويتأثر بها النظام العام .

ومن أمثلة هذا النوع :

أ- إثبات دخول الشهر ، وتحديد مواقيت الصلوات ، والتي يعتمد العمل فيها على مذاهب فقهية معتبرة فلا يسوغ تشتيت العامة والتلبيس عليهم بما يفتنهم في دينهم بطرح هذه القضايا ، والتي هي من اختصاص ولي الأمر ، والدليل على هذا : عَنِ ابْنِ عُمَرَ– رضي

الله عنهما – قَالَ: «تَرَائِى النَّاسُ الْهِلَالَ،» فَأَخْبَرْتُ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أَنِّي رَأَيْتُهُ فَصَامَهُ، وَأَمَرَ النَّاسَ بِصِيَامِهِ "(١)

ووجه الدلالة من هذا الحديث : أن ابن عمر لم يصم من تلقاء نفسه ولم يأمر الناس بالصيام ، بل رفع الأمر لوليُّ الأمر المتمثل في النبي صلى الله عليه وسلم ، ولأنه يترتب على الفتوى في حق العامة من المآلات ما لا يترتب على الفتيا في حق الأشخاص ، كما أن للمؤسسات الرسمية من الأدوات والوسائل ما تتمكن به من إدراك الأسباب المؤثرة في تنقيح المناط ، ومن ثَمَّ بناء الحكم الشرعي على أسبابه المعتبرة شرعا ، ومثل هذا يحدث في تحديد مواقيت الصلاة .

ب- عقد صلاة الجمعة في وقت الضحى : مذهب الإمام أحمد أن وقت صلاة الجمعة يبدأ من وقت صلاة الضحى كصلاة العيد ويمتد حتى نهاية وقت صلاة الظهر ، قال أبو الخطاب الكلوذاني : ويَجُوزُ فِعْلُ الْجُمُعَةِ قَبْلَ الزَّوَالِ فِي الوَقْتِ الَّذِي تُقَامُ فِيْهِ صَلاَةُ العِيْدِ(٢) ، ولكن قد شاع وانتشر في أغلب البلاد الإسلامية مذهب الجمهور في أن وقت صلاة الجمعة زوال الشمس وهو وقت صلاة الظهر (٣)، وعليه فلا يجوز لفقيه ولا لباحث في بلاد يرى أهلها أن وقت انعقاد الجمعة زوال الشمس مثل وقت الظهر فيأتي هذا الفقيه فيأخذ بمذهب الإمام أحمد في هذه المسألة لأنه يترتب عليه من الشقاق والنزاع وفتنة عامة الناس ما لا يحمد عقباه ، ولهذا قال ابن قدامة : إذا ثبت هذا، فالأولى أن لا تصلى إلا بعد الزوال؛ ليخرج من الخلاف، ويفعلها في الوقت الذي كان النبي – صلى الله عليه وسلم –

(١) أخرجه أبوداود في سننه كتاب الصوم / بَابٌ فِي شَهَادَةِ الْوَاحِدِ عَلَى رُؤْيَةِ هِلَالِ رَمَضَانَ رقم (٢٣٤٢) :٢/ ٣٠٢.

(٢) الهداية على مذهب الإمام أحمد :ص: ١١١ .

(٣) الأم للشافعي : ١/ ٢٢٣ .

يفعلها فيه في أكثر أوقاته " [١]. ومحل الاستشهاد من قول ابن قدامة : أن الفقيه عليه أن يعدل عن الجائز في رأيه ونظره إن ترتب على الأخذ به فتنة الناس وإنكار العامة وإثارة البلبلة .

(٣) المسائل الاجتهادية في العبادات : فمن يؤم جماعة من المصلين يتمذهبون بالمذهب الشافعي ويرون الجهر بالبسملة في الصلاة الجهرية [٢] فينبغي أن يراعي هذا وإن كان يرى أن الأرجح الإسرار بالبسملة كمذهب أبي حنيفة أحمد[٣] ، أو يرى أن قراءة البسملة مكروهة في الفريضة كمذهب مالك [٤] ، وذلك لأن مقصد حفظ وحدة المسلمين واجتماع كلمتهم ، وعدم شق الصف أولى من العمل بالراجح فيما يراه الفقيه أو المفتي ، وله أن يفعل ما يشاء عندما يصلي منفردا .

ويستدل لهذا بما جرى بين عثمان والصحابة رضوان الله عليهم : حيث أتم عثمان الصلاة بمنى على خلاف فعل النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر ، ومع اعتقاد ابن عمر أن فعل عثمان مرجوح إلا أنه وافقه حذرا من تفريق كلمة المسلمين ، فعَنِ ابْنِ عُمَرَ، قَالَ: «صَلَّى رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِمِنًى رَكْعَتَيْنِ، وَأَبُو بَكْرٍ بَعْدَهُ، وَعُمَرُ بَعْدَ أَبِي بَكْرٍ، وَعُثْمَانُ صَدْرًا مِنْ خِلَافَتِهِ، ثُمَّ إِنَّ عُثْمَانَ صَلَّى بَعْدُ أَرْبَعًا»، فَكَانَ ابْنُ عُمَرَ إِذَا صَلَّى مَعَ الْإِمَامِ صَلَّى أَرْبَعًا، وَإِذَا صَلَّاهَا وَحْدَهُ صَلَّى رَكْعَتَيْنِ[٥] . وكذلك فعل عبدالله بن مسعود وَقَالَ: الْخِلَافُ

(١) المغني لابن قدامة : ٢/ ٢٦٥ .

(٢) المجموع شرح المهذب :٣/ ٣٥٥.

(٣) النتف في الفتاوى للسعدي :١/ ٦٦ ، والمغني لابن قدامة :١/ ٣٤٦.

(٤) شرح مختصر خليل للخرشي :١/ ٢٨٩.

(٥)صحيح مسلم رقم (٦٩٤) : ج١/ ص ٤٨٢.

شَرٌّ [١].

(٤) المسائل التي جرى عليها العمل في أبواب الحج ، واستقرت في أذهان العامة ويعد الإفتاء بما يخالفها فتنة للناس :

- فلا يجوز لمفتٍ حنفي أن يرخص لمن يريد الحج في أن يقتصر على أربعة أشواط في طواف الإفاضة في الحج حتى وإن كان هذا رأي الحنفية [٢] ، لا سيما قبل الطواف حتى لا يفسد النظام العام ، أما بعد الطواف فيمكنه الترخص بمذهب الحنفية .

- كما لا يجوز لفقيه مالكي أن يفتي ببطلان حج من وقف بعرفة نهارا ولم يقف بها ليلا اعتمادا على مذهبه [٣].

- كما لا يجوز لمالكي أن يفتي بجواز الوقوف بعرنة اعتمادا على مذهبه [٤]؛ لأن الاختيار في الفتوى على خلاف هذه المسائل .

(٥) في المعاملات كاختيار حرمة التسوق الشبكي ، وحرمة تداول البتكوين ؛ حيث جرى العمل بحرمة هذه الأنواع من المعاملات لما اشتمل عليه التسوق الشبكي من الغرر ، ولآثاره السلبية على الاقتصاد، وإخلاله باتزان السوق ومفهوم العمل، وفقدان المتعامل فيها للحماية القانونية والرقابة المالية المطلوبة، فضلًا عن كون السلع فيها صورية لا تُقصَدُ

(١) السنن الصغير للبيهقي رقم (٥٦٦) : ج١/ ص٢٢٠ .

(٢) قال السرخسي : " إذَا طَافَ لِلزِّيَارَةِ أَرْبَعَةَ أَشْوَاطٍ يَتَحَلَّلُ بِهِ مِنْ الْإِحْرَامِ عِنْدَنَا " . المبسوط للسرخسي : ٤/ ٤٣.

(٣) الكافي في فقه أهل المدينة :١/ ٣٥٩. ومواهب الجليل في شرح مختصر خليل :٣/ ٩٤.

(٤) بداية المجتهد ونهاية المقتصد :٢/ ١١٤.

لذاتها غالبًا [١]. كما يحرم تداول البتكوين كعملة نقدية أو بديلا عن النقد لأن فيها غـررا ، ولأنها غير معترف بها من أغلب الدول ، كما أن تداولها يمس مـن سـلطة الدولـة النقديـة وفيها افتئات على ولي الأمر [٢] .

(٦) في المسائل الاجتهادية التي أخذ القانون بأحد الآراء فيها ، فلا ينبغي لمفـ ت أن يفتـي على خلاف ما أخذ به قانون المواريث المصرـي في إعطـاء الأحفـاد المحجـوبين بالوصـية الواجبة بالضوابط والشروط التي اعتبرها القانون ، كما لا يجـوز للمفتـي أن يأخـذ بـرأي الشافعية مثلا في اعتبار الطلاق الذي تطلبه الزوجة رجعيا ؛ لأن قانون الأحوال الشخصية قد أخذ برأي الحنفية في اعتبار الطلاق الذي يقع بطلب من الزوجـة بائنـا ، كـما لا يجـ وز لمفت أن يفتي بوقوع طلاق السكران المتعدي بسكره كما هو مذهب الجمهور ، ولا بوقوع طلاق المكره ، ولا احتساب الطلاق ثلاثا إن خرج بلفظ الثلاث ، وإن كانت مسـائل قـال بها الأئمة وقامت عليها أدلتها ، إلا أن القانون قد أخذ بخلافها [٣].

(٧) النوازل : كوضع ضوابط معينة للتبرع بالأعضاء ، وحكم الحقن المجهري لتحديـد نوع الجنين .

(١) فتوى دار الإفتاء المصرية رقم (٤٨٣) بتاريخ ١٢/ ٩ / ٢٠١١م .

(٢) فتوى دار الإفتاء المصرية رقم (٤٢٠٥) بتاريخ : ٢٨/ ١٢/ ٢٠١٧ م

(٣) المادة الثانية من قانون الأحوال الشخصية المصري لسنة ٢٠٠٠ .

المطلب الخامس

موقع اختيارات المؤسسات الدينية من مبدأ ما جرى عليه العمل

المؤسسات الدينية كدور الإفتاء ولجان الفتوى والمجامع الفقهية جزء من المجتمع ويتوفر لدى هذه المؤسسات من الكفاءات والإمكانيات ما لا يتاح لغيرها ؛ فينبغي أن توضع اختياراتها في عين الاعتبار ، ولكن ما تختاره هذه المؤسسات هل يساوي مصطلح " ما جرى عليه العمل " ؟ وهل يجوز الخروج عن اختيار هذه المؤسسات في العمل أو الفتوى ؟

وللإجابة عن هذا السؤال لا بد من التفريق بين البحث العلمي ، وبين الفتوى .

ففي مقام البحث العلمي : لا حرج في اختيار ما يخالف المؤسسات الرسمية ما دام الباحث قد استوفى شرائط البحث العلمي ونظر في مآلات الأمور وترجَّح لديه بالحجج الظاهرة ما اختاره ، وذلك لأن البحث العلمي يقتضي وضع الآراء وإقامة أدلتها ، ثم مناقشتها مناقشة علمية وترجيح ما يرجحه الدليل بكل حيادية ، فإذا انتهى الباحث من بحثه إلى مخالفة ما جرى عليه العمل فلا يجوز أن ينتقل من مقام البحث العلمي المجرد إلى مقام الفتوى التي ترتبط بمؤثرات ومحددات متغيرة ؛ إذ لا يلزم من صحة القول في نفسه جواز الفتيا به ؛ لأنه قد يترتب على الفتيا به ضرر أعظم من المصلحة المرتجاة ، وقد امتنع النبي صلى الله عليه وسلم عن إعادة بناء البيت الحرام إلى قواعد سيدنا إبراهيم عليه السلام خشية الوقوع في ضرر أعظم من المصلحة المبتغاة ، فللباحث أن يبحث المسألة وأن يُدوِّن فيها ما انتهى إليه من رأي ، لكن ليس له أن يفتي بها حتى ينظر هل تترتب على فتواه مفسدة أو لا وهل يوجد مانع من الأخذ برأيه أو لا ؟

أما في مقام الفتوى : فالفتاوى التي تصدر من دور الإفتاء والمؤسسات الدينية ويراعى فيها ضوابط الفتوى الشرعية مُلزمَة في حق العامة ؛ لأن الله تعالى قد أمر بسؤال أهل العلم عند

عدم المعرفة فقال تعالى ﴿فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾[1].

وهذه المؤسسات يتوفر لها من آليات إدراك الأحكام الشرعية ومعرفة الواقع والنظر إلى المآلات ما لا يتوافر لغيرها ، ولهذه الاعتبارات فإن آراء هذه المؤسسات معتبرة.

حكم مخالفة الفتاوى التي جرى عليها العمل :

لا تجوز مخالفة الفتاوى التي جرى عليها العمل ، والتي روعيت فيها الضوابط الشرعية للفتوى ، ومخالفة الفتاوى التي جرى عليها العمل على مراتب باعتبارات متعددة منها ما يرجع إلى معتمد الفتوى ، ومنها ما يرجع إلى موضوع الفتوى ، ومنها ما يرجع إلى الأثر المترتب على الفتوى ، ومنها ما يرجع إلى انتشار الفتوى وهكذا .....

أما بالنسبة لمعتمد الفتوى : فمخالفة الفتوى التي تعتمد على الإجماع أشد في التحريم من الفتوى التي تعتمد على نص ظاهر ، ومخالفة الفتوى التي تعتمد على النص أشد من مخالفة الفتوى التى تعتمد على مجرد الاجتهاد ، وهكذا .

وأما بالنسبة لموضوع الفتوى فإنه لا تجوز مخالفة ما جرى عليه العمل في المواضيع التالية :

١. الفتوى التي تتعلق بكيان الأمة أو بالأوضاع الدولية أو الوحدة الوطنية والسيادة الإقليمية ونحو ذلك من الأمور المتعلقة ببقاء الأمة أو العلاقات بين الدول وبعضها ، ونحو ذلك – ينبغي أن يتقيد العلماء والفقهاء باختيار مؤسسات الفتوى ؛ لأن تجاوز المؤسسات في هذه القضايا الأخيرة فيه افتئات على أولياء الأمور وفيه من الهرج والمرج وانفراط عقد الأمة وتعريضها للخطر ما فيه ، ولذلك يجب حظر الفتوى في هذه المسائل على العلماء الراسخين المدركين لعلوم الشرع والواقع .

٢. كما لا تجوز مخالفة ما جرى عليه العمل في المسائل التي هي بمثابة المسلمات واتفقت عليها

(١) النحل: ٤٣

كلمة الفقهاء كدعوى عدم فرضية الحجاب ، أو أن الخمر إن لم تُسكِر فليست محرمة ، أو إهدار الطلاق الشفوي وعدم اعتباره ، أو مساواة المرأة للرجل مطلقا في الميراث أو نحو ذلك من المسائل التي تعد إثارتها فتنة للناس .

٣. المسائل التي تعم بها البلوى ، ويحتاج الناس فيها إلى فصل النزاع كتقدير الدية الشرعية.

ويجوز طرح الآراء بما يخالف ما جرى عليه العمل في المسائل التالية :

١. المسائل التي جرى عليها العمل بما يخالف الدليل الشرعي ، كمحاولة ذوي القرار في تونس المساواة بين الرجل والمرأة في الميراث مخالفين بذلك النصوص القطعية وإجماع الأمة.

٢. المسائل التي تستدعي تجديد الاجتهاد لحل مشكلة كالنظر في عدم احتساب الطلاق البدعي ، والنظر في ترتيب المستحقين للحضانة .....

٣. اختيار العالم لنفسه في مقام الورع ، فله أن يختار في حق نفسه ما ترجح لديه من آراء ، فله أن يخرج زكاة الفطر من الحبوب [١]، وله أن يخرج زكاة حلي زوجته أو بناته الذي لا يخرج عن حد العادة [٢]، وله أن يلزم نفسه بصلاة الوتر [١]. لكن عندما يفتي غيره فلا بد من

(١) المختار في الفتوى إجزاء القيمة في زكاة الفطر بناء على مذهب الحنفية . فتوى رقم (٢٥٢٠) بتاريخ ٤/ ٥/ ٢٠١١ .

موقع : http://www.dar-alifta.org/ar/Default.aspx?sec=fatwa

(٢) المختار في الفتوى عدم وجوب الزكاة في حلي النساء بناء على مذهب الجمهور : فتوى دار الإفتاء رقم (٤٢٩٨) بتاريخ : ٣/ ٤/ ٢٠٠٧ . http://www.dar-alifta.org/ar/Default.aspx?sec=fatwa

مراعاة ما جرى عليه العمل حتى لا تكون فتواه سببا في تفريق كلمة المسلمين .

وذلك بشرطين :

١. أن يكون المتصدِّي للاختيار متأهلا للنظر في المسائل الشرعية .

٢. ألا يكون اختياره لنفسه مفسدا للنظام العام أو متعديا لحقوق الغير ، فلا يجـوز لعـالم يرى صحة عقد الزواج المستوفي للشروط والأركان الشرعية والذي خلا من التوثيق أن يُقدم على الزواج بغير توثيق ؛ لأنه يترتب على الإقدام عـلى هـذا إسـقاط حقـوق الزوجة والإخلال بالنظام العام .

(١) المختار في الفتوى مذهب الجمهور وهو أن صلاة الوتر سنة مؤكدة ، فتوى دار الإفتاء رقم (٢٧٥١. بتاريخ ١٠/ ٥/ ٢٠١٤ م http://www.dar-alifta.org/ar/Default.aspx?sec=fatwa

المبحث الثاني

الوقائع المعاصرة لتطبيق هذا المبدأ

في العصر الحاضر تثار كثير من النزاعات بسبب الغلو أو التفريط في فهم هذا المبدأ ، فترى بعضهم يشن حربا ضروسا على المؤسسات الدينية ؛ لأنها تمسكت برأي فقهي جرى عليه العمل ورأت في التنازل عنه انفراط عقد الشريعة واستباحة حرمتها ، كما نرى بعض الاتجاهات قد غالت غلوا فاحشا في الاستمساك بما جرى عليه العمل واعتبرت ما خرج عنه خروجا عن الشريعة حتى ولو كان محققا لمقاصد الشريعة أو موافقا لصحيح الدليل ، وكلا طرفي قصد الأمور ذميم .

وفي هذا المبحث مطلبان :

المطلب الأول : الإشهاد على الطلاق .

المطلب الثاني : تقدير الدية .

المطلب الأول

الإشهاد على الطلاق

قد أثير في الآونة الأخيرة كلام على وسائل الإعلام حول الاعتداد بالطلاق الشفوي ، ولا خلاف بين الفقهاء في الجملة على الاعتداد بالطلاق الشفوي ، إلا أنه قد ثبت اختلاف الفقهاء في حكم الإشهاد على الطلاق هل وا جب أو لا ، وكذا اختلفوا في الأثر المترتب على عدم الإشهاد من حيث إعمال هذا الطلاق أو إهماله وعدم الاعتداد به على رأيين.

تحرير محل النزاع :

الرأي الأول : الطلاق يقع بغير إشهاد ، وهو مذهب جمهور الفقهاء من الصحابة والتابعين

وأصحاب المذاهب الأربعة وجمع لا يحصى عددهم [١].

الرأي الثاني : الإشهاد على الطلاق واجب ، وهو مذهب الشيعة الإمامية [٢]، واختاره الشيخ أحمد شاكر [٣].

الأدلة والمناقشة:

أدلة الرأي الأول :

استدل الجمهور القائلون بعدم وجوب الإشهاد على الطلاق بـ بما يأتي:

أولا ـ من الكتاب :

١ – قال تعالى " ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ﴾ "[٤] ، وقال أيضا " ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ﴾ [٥] وقال " ﴿يَاأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ " [٦]

وجه الدلالة من هذ النصوص : أن الآيات أسندت إيقاع الطلاق للرجل دون قيد أو شرط ، فاشتراط الإشهاد على الطلاق أو التوثيق بين يدي القاضي زيادة على النص بغير مقتضٍ وهي باطلة ، قال السيواسي هذه النصوص ساكتة عن قيد الإشهاد فاشتراطه إثبات بلا دليل[٧] .

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع :٣/ ١٨١. البناية شرح الهداية :٥/ ٤٥٨. شرح فتح القدير :٤/ ١٦٢. الذخيرة للقرافي :١٠/ ٢٥٤. الكافي في فقه أهل المدينة :٢/ ٥٧٤.

(٢) المحقق الحلي أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن – شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام –ج٣ – دار الأضواء – بيروت –ط٢ – ١٩٨٣م – ص٢١ .

(٣) نظام الطلاق في الإسلام للشيخ أحمد محمد شاكر ص : ٩٥ طبعة مكتبة السنة .

(٤).سورة البقرة ، جزء من الآية ٢٣١.

(٥). سورة البقرة ، جزء من الآية٢٣٦ .

(٦).سورة الطلاق جزء من آية ١ .

(٧) شرح فتح القدير :٤/ ١٦٢.

٢- قال تعالى ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ للهِ﴾ (١)

قال القرطبي :" قوله تعالى :" وأشهدوا " أمر بالإشهاد على الطلاق وقيل على الرجعة ، والظاهر رجوعه إلى الرجعة لا إلى الطلاق.. وقيل وأشهدوا عند الرجعة والفرقة جميعا (٢) . وهذا الإشهاد مندوب إليه عند الجمهور كقوله :" وأشهدوا إذا تبايعتم (3) قال ابن عبد البر :" والإشهاد على الطلاق ليس بواجب عند جمهور أهل العلم ولكنه ندب وإرشاد واحتياط للمطلق كالإشهاد على البيع " (٤) .

ثانيا : من السنة :

١- أن النبي صلى الله عليه وسلم قد طلق ابنة الجون بقوله " الحقي بأهلك " (٥)بغير إشهاد ، ولو كان الإشهاد شرطا في وقوع الطلاق لما طلّق النبي صلى الله عليه وسلم بغير إشهاد .

٢- قد طلَّق بعض الصحابة نساءهم كتطليق عمر زوجتيه (٦)، وكتطليق رفاعة (٧)وكان طلاقهم بغير إشهاد ، ولم يؤثر أن النبي صلى الله عليه وسلم أمرهم بالإشهاد على الطلاق ، ولو حدث لنقل إلينا ، كما نقل إلينا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى ابن عمر عن تطليق امرأته في حال الحيض عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللهِ بْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا: أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ، عَلَى

(١) سورة الطلاق: جزء آية ٢ .

(٢) الجامع لأحكام القرآن : ١٨/ ١٥٨ .

(3) اللباب في علوم الكتاب : ١٩/ ١٥٤ .

(٤) الكافي في فقه أهل المدينة : ٢/ ٥٧٤ .

(٥) صحيح البخاري رقم (٥٢٥٤) : ج٧/ ص٤١ .

(٦) صحيح البخاري رقم (٢٧٣٣) : ٣/ ١٩٧،

(٧) صحيح البخاري رقم (٥٨٢٥) :٧/ ١٤٨.

عَهْدِ رَسُولِ اللهِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَسَأَلَ عُمَرُ بْنُ الخَطَّابِ رَسُولَ اللهِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ ذَلِكَ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا، ثُمَّ لِيُمْسِكْهَا حَتَّى تَطْهُرَ، ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهُرَ، ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ بَعْدُ، وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَمَسَّ، فَتِلْكَ العِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللهُّ أَنْ تُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ» (١) .

ثالثا : من المعقول :

١ – أن الأصل المباعدة بين الرجل والمرأة والزواج هدم لهذا الأصل فاحتاج إلى اللفظ الذي لا يحتمل غير النكاح واحتاج إلى الشهود والولي حتى تبقى الأعراض مصونة ومحفوظة ، أما الطلاق فهو عود إلى الأصل ولهذا يقع الطلاق الكنائي إن نوى وفرت فيه النية باتفاق الفقهاء بخلاف الزواج فإنه لا يصح على الراجح بغير لفظ النكاح ، ويقع الطلاق باتفاق بغير ولي ، وعليه فقياس الطلاق على النكاح قياس مع الفارق ، والقياس مع الفارق باطل لا يعول عليه.

٢ – اتفق الفقهاء على أن الطلاق بلفظ الكناية يقع إذا توفرت فيه نية التطليق من قبل الزوج ، والنية أمر قلبي لا يستطيع الشهود الاطلاع ، فعلام يشهود الشهود ؟

هل يشهدون على النية التي لا اطلاع لهم عليها أصلا ، أم على اللفظ المحتمل !!!

أدلة الفريق الثاني :

استدل أصحاب الفريق الثاني على ما ذهبوا إليه بأدلة من القرآن والأثر والمعقول:

أولا من القرآن : قوله تعالى ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ للهِّ﴾ (٢)

قال الألوسي : زعم الطبرسي أن الظاهر أنه أمر بالإشهاد على الطلاق وأنه مروي عن أئمة

(١) صحيح البخاري رقم (٥٢٥١) : ج٧/ ٤١.

(٢) سورة الطلاق: جزء آية ٢ .

أهل البيت رضوان الله تعالى عليهم أجمعين وأنه للوجوب وشرط في صحة الطلاق [١].

ثانيا : من الأثر :

١- عن ابن سيرين قال: سأل رجل عمران بن حصين، عن رجل طلق ولم يشهد وراجع ولم يشهد قال: «طلق في غير عدة، وارتجع في غير سنة فليشهد على طلاقه وعلى مراجعته، وليستغفر الله». [٢]

٢- عن ابن جريج قال: «لا يجوز نكاح، ولا طلاق، ولا ارتجاع إلا بشاهدين، فإن ارتجع وجهل أن يشهد وهو يدخل ويصيبها، فإذا علم فليعد إلى السنة إلى أن يشهد شاهدي عدل»[٣]

ثالثا : من المعقول :

١. القياس على النكاح .

٢. منع عبث الزوج بتقييد تصرفه .

٣. أن لولي الأمر سلطة تقييد المباح ، وقد اختار ولي الأمر عدم الاعتداد بالطلاق غير الموثق كما جاء في المادة ٢١ من قانون الأحوال الشخصية رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ ، ونصها : " لا يعتد في إثبات الطلاق عند الإنكار إلا بالإشهاد والتوثيق وعند طلب الإشهاد عليه وتوثيقه يلتزم الموثق بتبصير الزوجين بمخاطر الطلاق ويدعوهما إلى اختيار حكم من

(١) تفسير الألوسي = روح المعاني :١٤/ ٣٣٠.

(٢) مصنف عبد الرزاق الصنعاني :٦/ ١٣٦.

(٣) مصنف عبد الرزاق الصنعاني :٦/ ١٣٥.

أهله وحكم من أهلها للتوفيق بينهما فان أصر الزوجان معا علي إيقـاع الطـلاق فـوراً أو قررا معا أن الطلاق قد وقعاً أو قرر الزوج أنه أوقع الطلاقاً وجـب توثيـق الطـلاق بعـد الإشهاد عليه " .

المناقشة :

تناقش أدلة الجمهور بما يلي :

أن النصوص التي استدللتم بها من القرآن والسنة وفعل الصحابة كما لم تشترط الإشـهاد عـلى الطلاق فإنها لا تنافي الإشهاد ، فإن جاءت نصوص أخرى تشترط الإشهاد فيتعين المصير إليها جمعا بين الأدلة ، وقد جاء الأمر بالإشـهاد في قولـه تعـالى قولـه تعـالى [فَـإِذَا بَلَغْـنَ أَجَلَهُـنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّـهَادَةَ للهِ] وإن حمله أكثر الفقهاء على الرجعة إلا أن سياق الآية في المفارقة (الطلاق) لا الرجعة .

ويجاب عن هذا بما يلي :

١ – لا نسلم أن الإشهاد عائد إلى المفارقة بل هو عائـد إلى الإمسـاك الـذي هـو الرجعـة ، أمـا الطلاق فقد وقع من قبل وسياق الآية ﴿يَاأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَـاءَ فَطَلِّقُـوهُنَّ لِعِـدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللهَّ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَـةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللهَّ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللهَّ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَـدْرِي لَعَـلَّ اللهَّ يُحْدِثُ بَعْـدَ ذَلِكَ أَمْرًا (١) فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَـارِقُوهُنَّ بِمَعْـرُوفٍ وَأَشْـهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾ [(١)] ، فقد وقع الطلاق ثم شرعت المرأة في العدة فإن معنى (فَ إِذا بَلَغْـنَ أَجَلَهُـنَّ) أَيْ قَ ارَبْنَ انْقِضَـاءَ الْعِـدَّةِ، كَقَوْلِـهِ تَعَـالَى: وَإِذا طَلَّقْـتُمُ النِّسـاءَ فَـبَلَغْنَ أَجَلَهُـنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ «١» [البقرة: ٢٣١] أَيْ قَرُبْنَ مِنَ انْقِضَاءِ الْأَجَـلِ.ومعنى قولـه (فَأَمْسِـكُوهُنَّ

(١) الطلاق: ١، ٢ .

بِمَعْرُوفٍ) يَعْنِي الْمُرَاجَعَةَ بِالْمَعْرُوفِ، أَيْ بِالرَّغْبَةِ مِنْ غَيْرِ قَصْدِ الْمُضَارَّةِ فِي الرَّجْعَةِ تَطْوِيلًا لِعِدَّتِهَا. ومعنى قوله (أَوْ فارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ) أَيِ اتْرُكُوهُنَّ حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهُنَّ فَيَمْلِكْنَ أَنْفُسَهُنَّ (١) .

وبهذا يتبين أن الأمر بالإشهاد لا يتعلق بالطلاق فيكون راجعا إلى المراجعة وهو مذهب الجمهور كما سبق .

٢-على فرض التسليم بأن الأمر بالإشهاد راجع إلى الطلاق فإن الأمر هنا للندب ، وقد صرفه عن الوجوب وقائع الأحوال التي صدر فيها الطلاق من النبي صلى الله عليه وسلم أو صدرت من أصحابه ولم يستفصل فيها عن الشهود ، وقد قالوا : ترك الاستفصال مع قيام الاحتمال يتنزل منزلة العموم في المقال .

مناقشة أدلة الرأي الثاني :

١-لا نسلم أن الأمر بالإشهاد في الآية راجع إلى الطلاق بل هو متعلق بالمراجعة ، وقد سبق تفصيل هذا في الجواب عن الاعتراض على دليل الجمهور ، وعلى فرض التسليم بتعلق الأمر بالإشهاد بالطلاق فإن الأمر للندب كما سبق .

٢-ويجاب عن الاستدلال بالأثرين بأن رأي عمران بن الحصين وابن جريج أن الإشهاد على الطلاق مستحب ، فإن وقع طلاق بغير إشهاد فإنه يحتسب بدليل أنه أمر بالإشهاد لاحقا فقال فليشهد على طلاقه وعلى مراجعته، وليستغفر الله وقال ابن جريج مثل ذلك .

٣-على فرض التسليم بأن رأي عمران بن الحصين وابن جريج اشتراط الإشهاد فإن هذا الرأي مخالف للأدلة الصحيحة التي سبق ذكرها ، ولا يصح الاستدلال بالرأي في مقابلة

(١) تفسير القرطبي : ١٨/ ١٥٧ .

النص .

٤-لا نسلم صحة قياس الطلاق على النكاح لما يلي :

- أن الزواج عقد ، والعقد لا يصح إلا بإرادتين مجتمعتين (إيجاب وقبول) ولهذا اشترط فيه الإشهاد ، بخلاف الطلاق فإنه تصرف ولهذا يقع باتفاق دون توافق إرادة الزوجين.
- الزواج مع الإكراه باطل شرعا من كل الوجوه ، أما الإكراه على الطلاق فهو مشروع في حالة ما إذا تحقق لدى القاضي تضرر الزوجة من البقاء على علاقة الزوجية مع زوجها فإن القاضي يحكم بالتطليق للضرر ، لكن القاضي لا يمكنه أن يفعل هذا في الزواج فثبت بهذا الفرق الواضح الجلي بين النكاح والطلاق .

٥-دعوى " منع عبث الزوج بتقييد تصرفه " لا تكون بإهدار تصرفه ، بل بتعليمه خطورة الطلاق والأضرار الناجمة عنه حتى يتحمل مسؤولية نفسه ، ونتيجة قراره ، وهل إذا أخطأ بعض الرجال أو تجاوز أو شذ تكون النتيجة تغيير الأحكام التي شرعها الله تبارك وتعالى !!! ثم إن إحصائيات الطلاق المتزايد إحصائيات للطلاق الرسمي الموثق في دووايـن الدولة الرسمية فماذا نفعل في هذه المشكلة المتفاقمة ؟؟؟

٦-دعوى " أن لولي الأمر سلطة تقييد المباح " مسلمة في الجملة لكن لا محل لها هنا لأن هذا ليس مباحا بل هو تحليل ما حرم الله فإن إهدار لفظ الرجل العاقل المختار في قوله لزوجته " أنت طالق " يترتب عليه وجوب المفارقة فإلغاء أثر هذا الطلاق تحليل لما حرَّم الله !!!

٧-دعوى أن ولي الأمر " قد اختار عدم الاعتداد بالطلاق غير الموثق " يجاب عنه بأن المحكمة الدستورية العليا قد قضت في القضية ١١٣ لسنة ٢٦ قضائية دستورية بعدم دستورية المادة ٢١ من قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال

الشخصية الصادر بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ م فيما تضمنه من قصر الاعتداد في إثبات الطلاق عند الإنكار على الإشهاد والتوثيق . وقد جاء في حكم المحكمة "..... وحيث أن حكم الإحالة بنعي على النص الطعن ، محددا نطاقا على النحو المتقدم مخالفته لنص المادتين (٢ ، ١٢) من الدستور ، على سند من أن هذا النص بقصره إثبات الطلاق عند الإنكار على الإشهاد والتوثيق ، خلافا للأصل المقرر شرعا من جواز إثبات الطلاق بكافة طرق الإثبات من بينة وإقرار ويمين ، يترتب عليه نتائج يأباها الشرع ويتأذى لها الضمير ، وذلك إذا ما وقع الطلاق بالتلفظ بألفاظه الدالة عليه صراحة أو ضمنا ، رغم عدم إمكان إثباته بغير الدليل الذي حدده النص الطعين ، بما مؤداه اعتبار العلاقة الزوجية قائمة ومستمرة قانونا رغم ما يشوبها من حرمة شرعية ، وهو ما يخالف أحكام الدستور ....."[1]

وهذا بالإضافة إلى أن المادة المذكورة يمكن فهمها في حالة الإنكار ، بل هذا ما صرحت به المادة ، وحالة إنكار الزوج أو جحوده الطلاق لا بد من البينة لإثبات الطلاق ، قال ابن قدامة : إذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها فأنكرها فالقول قوله لأن الأصل بقاء النكاح وعدم الطلاق إلا أن يكون لها بما ادعته بينة [2].

الترجيح :

بعد عرض الآراء في المسألة وبيان الأدلة ومناقشة ما يحتاج للمناقشة يتضح أن الرأي الراجح في المسألة هو رأي الجمهور ، وهو الرأي القائل باحتساب الطلاق من غير اشتراط إشهاد ولا

(١). قانون الأحوال الشخصية للمسلمين والقرارات المنفذة لأحكامه وبعض أحكام المحكمة الدستورية العليا ، وزارة التجارة والصناعة ، الهيئة العامة لشؤن المطابع الأميرية ص ٢١٩.

(٢) المغني :٨/ ٤٤٠.

توثيق ، وهذا الرأي هوما جرى عليه العمل في المؤسسات الدينية والقضائية في مصر .

١. اختارته هيئة كبار العلماء بالأزهر الشريف وقد جاء في عقب البيـان عبـارة :" تتمنَّى هيئةُ كبار العلماء على مَن "يتساهلون" في فتاوى الطلاق، على خلاف إجماع الفقهاء وما استقرَّ عليه المسلمون، أن يُؤدُّوا الأمانةَ في تَبلِيغ أحكامِ الشريعةِ على وَجهِهـا الصـحيح، وأن يَصرِفوا جُهودَهم إلى ما ينفعُ الناس ويُسهم في حل مشكلاتهم على أرض الواقع [١].

٢. وهو رأي دار الإفتاء المصرية[٢].

٣. وهو رأي لجنة الفتوى بالأزهر الشريف [٣].

٤. وهو مقتضى العمل بالقانون حيث نص القانـون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ في المادة الثالثة على ما يلي : " تصدر الأحكام طبقا لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بهاً ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام ابى حنيفة " .

وبناء على هذا القانون فإنه يجب الرجوع في المسائل المسـكوت عنهـا إلى مـذهب أبي حنيفـة ، وهذه بعض النصوص الواردة عن علماء الحنفية بخصوص هذه المسألة .

- قال السرخسي الحنفي (المتوفى: ٤٨٣هـ) " الإشهاد على الفرقة مستحب " [٤] .

(١) بيان هيئة كبار العلماء بالأزهر الشريف بشأن الطلاق الشفوي وهو منشور على بوابة الأزهر الإليكترونية بتاريخ ٥ / ٢/ ٢٠١٧

(٢) وهذا ما نشرته دار الإفتاء المصرية على موقعها الرسمي على الإنترنت بتاريخ ٣/ ٢/ ٢٠١٧ م .

(٣) كما في رد لجنة الفتوى الرئيسة بالأزهر على الدعوى رقم ٦٢/ ٢٠١٧ أسرة العجوزة ، بشأن الطلاق الشفوي وأحكامه .

(٤) المبسوط للسرخسي :٦/ ١٩.

- قال الموصلي الحنفي (المتوفى: ٦٨٣هـ) : يقع الطَّلَاقِ الْخَالِي عَنْ قَيْدِ الْإِشْهَادِ [١].
- قال الشيخ : شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشِّلْبِيُّ (المتوفى: ١٠٢١ هـ) : " الْإِشْهَادُ عِنْدَ الْمُفَارَقَةِ مُسْتَحَبٌّ بِالْإِجْمَاعِ " [٢] .
- قال العلامة : بدر الدين العينى (المتوفى: ٨٥٥هـ) " الطلاق المنصوص عري عن قيد الأشهاد " [٣] .

٥ – أن ما ذهب إليه الفقهاء هو ما طبقته محكمة النقض المصرية حيث جاء في أحد أحكامها "... يشترط فيما يقع به الطلاق أن يصدر ممن يملكه ما يفيد رفع القيد الثابت بالزواج الصحيح بلفظ الطلاق أو ما يقوم مقامه حالا بالطلاق البائن أو مآلا بالطلاق الرجعي إذا لم تعقبه الرجعة أثناء العدة ، على أن يصادف محلا لوقوعه ، ويقع الطلاق باللفظ الصريح قضاء وديانة دون حاجة إلى نية الطلاق " [٤]، كما قضت بأنه " لا يشترط لإيقاع الطلاق حضور الزوجة لأن الشارع جعله حقا للزوج يستقل بإيقاعه من غير توقف على رضاها"[٥].

٦– قضت المحكمة الدستورية العليا في القضية ١١٣ لسنة ٢٦ قضائية دستورية بعدم دستورية المادة نص المادة ٢١ من قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ م فيما تضمنه من قصر الاعتداد في

---

(١) الاختيار لتعليل المختار :٣/ ١٤٨. بتصرف يسير .

(٢) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي :٢/ ٢٥٢.

(٣) البناية شرح الهداية :٥/ ٤٥٨.

(٤). الطعن رقم ١١ سنة ٤٠ ق جلسة ٢٠/ ٣ / ١٩٧٤ م ، يراجع منشور في : قضاء النقض المدني في الأحوال الشخصية ، سعيد أحمد شعلة ، المركز القومي للإصدارات القانونية ٢٠٠٧ م ص ٩٣.

(٥). المرجع السابق : الطعن رقم ٣٠ سنة ٤٤ ق جلسة ٢٨ / ٤ / ١٩٧٦ م .

إثبات الطلاق عند الإنكار على الإشهاد والتوثيق . وقد جاء في حكم المحكمة "..... وحيث أن حكم الإحالة بنعي على النص الطعن ، محددا نطاقا على النحو المتقدم مخالفته لنص المادتين (٢ ، ١٢) من الدستور ، على سند من أن هذا النص بقصره إثبات الطلاق عند الإنكار على الإشهاد والتوثيق ، خلافا للأصل المقرر شرعا من جواز إثبات الطلاق بكافة طرق الإثبات من بينة وإقرار ويمين ، يترتب عليه نتائج يأباها الشرع ويتأذى لها الضمير ، وذلك إذا ما وقع الطلاق بالتلفظ بألفاظه الدالة عليه صراحة أو ضمنا ، رغم عدم إمكان إثباته بغير الدليل الذي حدده النص الطعين ، بما مؤداه اعتبار العلاقة الزوجية قائمة ومستمرة قانونا رغم ما يشوبها من حرمة شرعية ، وهو ما يخالف أحكام الدستور ....." [١] .

ملحوظة : الضوضاء والشغب الذي أثير على وسائل الإعلام وفي ساحات القضاء بخصوص عدم الاعتداد إلا بالطلاق المحرر في وثيقة رسمية ، فأصحاب هذه الدعوات لا يقبلون باشتراط الإشهاد فإنه مع كونه رأيا مرجوحا فهو رأي فقهي ، ولكن الغريب أنهم يتجاوزون هذا إلى إهدار الطلاق الشفوي مطلقا سواء أشهد عليه أم لا !!

المطلب الثاني

مسألة تقدير دية القتل الخطأ

كثيرا ما تنشب النزاعات بين الناس بسبب تقدير دية القتل في الوقت الحاضر – لا سيما مع فقد الإبل حسا – بأن لا توجد أصلا – أو فقدها شرعا – بأن وجدت بأغلى من ثمنها – ؛ خصوصا مع كثرة الوفيات الناجمة عن حوادث الطرق ، وقلة التعويضات التي تقضي بها المحاكم المدنية [٢]، وقد كثرت الأسئلة لدى لجنة الفتوى بالأزهر [١] ، ودار الإفتاء حول

(١). قانون الأحوال الشخصية للمسلمين والقرارات المنفذة لأحكامه وبعض أحكام المحكمة الدستورية العليا ، وزارة التجارة والصناعة ، الهيئة العامة لشؤن المطابع الأميرية ص ٢١٩.

(٢) كما سيأتي في نص قانون العقوبات .

تقدير هذه الدية بالجنيه ، وكان اختيار المؤسستين أن تقدير الدية بالفضة [٢] فتقدر (١٢٠٠٠) باثني عشر ألف درهم، والدرهم عند الجمهور ٢،٩٧٥ جرامًا تقريبًا، فيكون جملة ما هنالك ٣٥ كيلوجرامًا و٧٠٠ جرام من الفضة ، تقوَّم هذه الكمية بسعر السوق طبقًا ليوم ثبوت الحق رضاءً أو قضاءً، ثم تقسَّط على ما لا يقل عن ثلاث سنين، وتتحملها العاقلة عن القاتل، فإن لم يمكن فالقاتل، فإن لم يستطع جاز أخذ الدية من غيرهم ولو من الزكاة.

وبناء على هذا العمل فينبغي على من تصدى للتحكيم العرفي أو الإفتاء في الدية في النفس أو فيما دونها أن يراعي هذا العمل حتى يكون حكمه أو تكون فتواه متسقة مع الواقع الذي يفتي فيه .

تأصيل الفتوى :

أجمع الفقهاء على أن دية القتل على أهل الإبل مائة من الإبل ، قال القرطبي : " وأجمع أهل العلم أن على أهل الإبل مائة من الإبل " [٣]. وقال الماوردي : " الدِّيَةُ مِنَ الْإِبِلِ مُقَدَّرَةٌ بِمِائَةِ بَعِيرٍ وَرَدَتْ بِهَا السُّنَّةُ ، وَانْعَقَدَ عَلَيْهَا الْإِجْمَاعُ [٤] .

ويستدل لهذا الحكم بأحاديث كثيرة ، منها حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ألا إن قتيل الخطإ قتيل السوط والعصا فيه مائة من الإبل" [٥] .

ومن المعلوم أن أي سلعة من السلع قد تتعرض لانخفاض قيمتها عند كثرة المعروض وقلة

---

(١) كما في فتوى رقم (٤٠٧) في / ٢٨/ ٩/ ٢٠١٧ م

(٢) فتوى دار الإفتاء رقم (١٤١) بتاريخ ١٤ / ٩ / ٢٠٠٥ م -http://www.dar alifta.org /ar /Default.aspx?sec=fatwa

(٣) الجامع لأحكام القرآن :٥/ ٣١٦.

(٤) الحاوى الكبير :١٢/ ٤٩٥.

(٥) سنن ابن ماجه رقم (٢٦٢٨) :٢/ ٨٧٨. .

الطلب عليها ، وقد تتعرض لارتفاع قيمتها عند قلة المعروض وكثرة الطلب ، وفي عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه ارتفعت قيمة الإبل فقوَّمها بالذهب (الدنانير) والفضة (الدراهم) ، فعَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ قَالَ كَانَتْ قِيمَةُ الدِّيَةِ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- ثَمَانِمِائَةِ دِينَارٍ أَوْ ثَمَانِيَةَ آلاَفِ دِرْهَمٍ فَكَانَ ذَلِكَ كَذَلِكَ حَتَّى اسْتُخْلِفَ عُمَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ فَقَامَ خَطِيبًا فَقَالَ أَلاَ إِنَّ الإِبِلَ قَدْ غَلَتْ. قَالَ فَفَرَضَهَا عُمَرُ عَلَى أَهْلِ الذَّهَبِ أَلْفَ دِينَارٍ وَعَلَى أَهْلِ الْوَرِقِ اثْنَىْ عَشَرَ أَلْفًا وَعَلَى أَهْلِ الْبَقَرِ مِائَتَىْ بَقَرَةٍ وَعَلَى أَهْلِ الشَّاءِ أَلْفَىْ شَاةٍ وَعَلَى أَهْلِ الْحُلَلِ مِائَتَىْ حُلَّةٍ [1].

اختلف الفقهاء في الدية على غير أهل الإبل هل تقدر بقيمة الإبل أو تصير القيم التي ورد تقديرها في النصوص أصلا بذاتها بصرف النظر عن ارتباطها بقيمة الدية من الإبل أو لا .

المذهب الأول : مذهب الحنفية [2] والصحيح من الروايتين عن الإمام أحمد [3]والقديم من مذهب الشافعي أن الدية مقدرة بالإبل والدراهم والدنانير على سبيل التخيير ، وإذا أخرج الجاني أيًا منها لزم أولياء الدم قبولها ، وقد جعلها الامام أحمد في ستة أصناف (الإبل – الدراهم – الدنانير- الشياه – البقر – الحلل) وقصرها الإمام أبوحنيفة على الإبل والدراهم والدنانير ، وعلل هذا بأن هذه أموال الناس في عصره ، وإنما توسع عمر في الأجناس الأخرى لأنها كانت رائجة في عصره .

المذهب الثاني : مذهب المالكية أن الدية من الإبل على أهل الإبل ولا يقبل منهم غيرها ، والذهب على أهل الذهب ، والفضة على أهل الفضة [4].

---

(١) سنن أبى داود رقم (٤٥٤٤) : ٤/ ٣٠٧.

(٢) الأصل للشيباني : ٦/ ٥٥٣ ، وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : ٧/ ٣٢٥ .

(٣) مسائل الإمام أحمد وإسحاق بن راهويه : ٧/ ٣٣٤٧ ، والهداية على مذهب الإمام أحمد : ص: ٥٢٣ .

(٤) الكافي في فقه أهل المدينة : ٢/ ١١٠٩ .

المذهب الثالث : مذهب الشافعية أن الأصل في الدية الإبل ، ولا تجزئ غيرها ، فإن أعوزت يعني لم يتيسر وجودها للناس سواء أكان الفقد حسا بأن لم توجد أم أكان الفقد شرعيا بأن وُجدت بأغلى من ثمنها ننتقل إلى القيم المقدرة في النصوص [١].

ومما سبق يتبين أن اتجاها قويا من الفقهاء (الحنفية والصحيح من مذهب الحنابلة) على أن الدية يجوز إخراجها من أي صنف من الأصناف المذكورة في حديث عمر ، قال الطحاوي " الدَّرَاهِم وَالدَّنَانِير صنف من أَصْنَاف الدِّيَة لَا على وَجه الْبَدَل " [٢] ، ولكن غاية الأمر أن تقدير الدية من الفضة عند الحنفية عشرة الاف درهم ، وعند غيرهم اثنا عشر ألف درهم فاعتمدت الفتوى على رأي الحنفية والصحيح عند الحنابلة في جواز الانتقال من الإبل إلى الدراهم أو الدنانير ، وأخذت بمذهب الجمهور في تقدير الدية باثني عشر ألف درهم .

مبررات اختيار الفضة في تقويم الدية :

١. أن دية الخطأ مبنية على التخفيف ، ولذلك فهي مؤجلة في ثلاث سنوات ، وعلى العاقلة ، وهي مخمسة [٣]على الراجح ، قال الجصاص : دية الخطأ في الأصل موضوعة على التخفيف [٤] ، وبناء على ذلك فاختيار الفضة في التقويم يتناسب مع التخفيف الذي بنيت

(١) الأم للشافعي : ٧/ ٣٢٣ ، والحاوى الكبير : ١٢/ ٤٩٥ ، وروضة الطالبين وعمدة المفتين : ٩/ ٢٦١ .

(٢) مختصر اختلاف العلماء للطحاوي المحقق: د. عبد الله نذير أحمد الناشر: دار البشائر الإسلامية – بيروت – الطبعة: الثانية، ١٤١٧: ٥/ ٩٩ .

(٣) مخمسة : أي مقسمة خمسة أنواع : ١- عشرُون مِنْهَا بنت مَخَاض . ٢ -عِشْرُونَ بنت لبون . ٣ - عِشْرُونَ ابْن لبون . ٤ - عِشْرُونَ حَقه . ٥- عِشْرُونَ جَذَعَة. الوسيط في المذهب للغزالي ، تحقيق أحمد محمود إبراهيم أ محمد محمد تامر الناشر: دار السلام – القاهرة ، الطبعة: الأولى، ١٤١٧ : ج٦/ ٣٢٧ .

(٤) شرح مختصر الطحاوي للجصاص : ٥/ ٤٠٦ .

عليه دية قتل الخطأ .

٢. أن التقدير بالأصناف الأخرى يعد متعذرا وبعيدا عن إمكانية التطبيـق لغـلاء الأصـناف الأخرى [١] ، الأمر الذي يعجز عنه كثير من الناس ويكون الاحتكام إلى الديـة الشرـعية صعب التطبيق ، مع الأخذ في الاعتبار ضـعف العقوبـة التـي قـدرها قـانون العقوبـات المصري على القتل الخطأ ، الأمـر الـذي يـدفع الجـاني إلى تقبـل العقوبـة الجنائيـة وعـدم الرضوخ للدية حيث نصت المادة (٢٣٨) من قانون العقوبات المصرـي عـلى أن : " مـن تسبب خطأ في موت شخص آخر بأن كان ذلـك ناشـئاً عـن إهمالـه أو رعونتـه أو عـدم احترازه أو عدم مراعاته للقوانين والقرارات واللوائح والأنظمة يعاقب بـالحبس مـدة لا تقل عن ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز مائتي جنيـه أو بإحـدى هـاتين العقـوبتين.وتكـون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على خمس سنين وغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تجاوز خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا وقعت الجريمة نتيجة إخلال الجاني إخلالاً جسيماً بما تفرضه عليه أصول وظيفته أو مهنته أو حرفته أو كان متعاطياً مسكراً أو مخدراً عند ارتكابه الخطأ الذي نجم عنه الحادث أو نكل وقت الحادث عن مسـاعدة مـن وقعت عليه الجريمة أو عن طلب المساعدة له مع تمكنه من ذلك.وتكون العقوبـة الحـبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على سبع سنين إذا نشـأ عـن الفعـل وفـاة أكثـر مـن ثلاثـة أشخاص، فإذا توافر ظرف آخر من الظروف الواردة في الفقـرة السـابقة كانـت العقوبـة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على عشر سنين[٢].

(١) الألف دينار من الذهب : يساوي ٤,٢٥٠ كيلوجرام من الذهب ، ولو حسبنا هذا المقدار من ذهب عيار (٢١) فتكون الدية قرابة ٣ مليون جنيه ، والتقدير بالإبل قريب من هذا الرقم والتقدير بالبقر يفوق ٤ مليون جنيه ، والتقدير بالشياه يفوق ٦ مليون جنيه ، بينما التقدير بالفضة قرابة ٢٦٤ ألف جنيه .

(٢) https: //manshurat.org /node /14677

والخلاصة : أن على العالم والمفتي أن يكون بصيرا بمجتمعه ولا يحل لأحد أن يهجم على الفتوى دون مراعاة الواقع الذي يفتي فيه ومراعاة العمل المتبع ، فلا ينقل فتوى أهل بلد إلى بلد أخرى لا تتفق مع البلد الأول في الظروف والملابسات فينشأ عن ذلك خلل كبير وفساد عظيم [1].

المطلب الثالث

حكم قول الرجل لزوجته " أنت طالئ " بالعامية المصرية

من المسائل التي اختلفت فيها الفتوى بين المؤسسات الإفتائية في مصر قول الرجل لزوجته " باللهجة العامية المصرية " أنت طالئ " فذهبت لجنة الفتوى الرئيسة إلى أن هذا اللفظ صريح لا يفتقر في وقوعه إلى نية ، وذهبت دار الإفتاء إلى أنه من ألفاظ الكناية ، .

وقد رأيت أن أسير في بحث هذه المسألة على الترتيب التالي :

أولا : أقسام الألفاظ من حيث وقوع الطلاق بها .

ثانيا : الفرق بين الصريح والكناية في ألفاظ الطلاق .

ثالثا : ضابط الصريح في ألفاظ الطلاق .

رابعا : رأي الفريقين وأدلتهم وبيان الراجح في المسألة .

أولا : أقسام الألفاظ من حيث وقوع الطلاق بها

تنقسم الألفاظ من حيث وقوع الطلاق بها إلى ثلاثة أقسام :

---

(١) وردت إلى لجنة الفتوى بالأزهر الشريف – والتي أشرف بكوني عضوا من أعضائها – كثير من حالات التحكيم في الديات وكان المحكمون العرفيون قد ارتضوا دفع الدية بالذهب الأمر الذي اعترض عليه من صدر عنه القتل الخطأ اعتراضا شديدا وقال لهم افعلوا ما بدا لكم بيننا وبينكم الأزهر ثم القانون فلما حضرت الأطراف وشرحت المسألة انشرحت صدور الطرفين لما انتهت إليه اللجنة من اعتماد التقويم بالفضة اعتمادا على الأدلة والمبررات التي سبق ذكرها ، ولله الفضل والمنة .

(١) صريح : وهو ما وقعت به الفرقة من غير نية كقول الرجل لزوجته " أنت طالق " .

(٢) كنائي : وهو ما وقعت به الفرقة مع النية ، فإن لم تقترن به نيـة فـلا يقـع كقـول : ألحقـي بأهلك .

(٣) لا يوصف بالصريح ولا بالكنائي : ولا يقع به الطلاق ، سواء نوى به الطلاق أو لم ينو ؛ لأن الطلاق لا يقع بالنية وحدها باتفاق ، فإذا أسقط اللفظ فـلا اعتبـار بالنيـة وحـدها ، وذلك كقــول الرجل لزوجته " كلي أو اشربي " [١].

ثانيا : الفرق بين الصريح والكناية في ألفاظ الطلاق .

اتفقت كلمة الفقهاء على أن الصريح في الطلاق لا يفتقر إلى النية [٢]، فمتى تلفظ بـه الإنسـان وقع الطلاق إذا قصد به المتكلم وضع اللفظ لمعناه ، وذلك ؛ لأن اللفظ الصريح لا يستعمل في غير الطلاق فلا يحتاج فيه إلى النية لوقوع الطلاق؛ إذ النيـة عملهـا في تعيـين المـبهم ولا إبهـام فيه[٣].

أما الكناية : فهي كل لفظ يحتمل الطلاق ويحتمل غيره ، ويفتقر إلى النية لوقوع الطلاق .

والأصل أن الاحتمال في اللفظ الكنائي ناشئ عن دلالة اللفظ (المعنـى الموضـوع لـه) سـواء أكان الاحتمال من وضع اللغة كقول الرجل لزوجته " الحقي بأهلـك " أو أنـت خليـة " أو أنت علي حرام ونحو ذلك ، أو كان الاحتمال بجريان العرف أو اشتهار اللفظ في الفراق .

---

(١) الحاوي الكبير :١٠/ ١٥٠.

(٢) الذخيرة للقرافي :٤/ ٥٨.

(٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع :٣/ ١٠١.

ثالثا : ضابط الصريح في ألفاظ الطلاق .

قد اختلف الفقهاء في تحديد الصريح من ألفاظ الطلاق على ثلاثة أقوال :

القول الأول : انحصار الصريح في لفظ الطلاق دون غيره ، وهو مذهب الحنفية [١] ، والمالكية [٢]وهو القول القديم للشافعي ، قال إمام الحرمين : القولُ القديمُ حصر الصريح في لفظ الطلاق [٣] ، وهو اختيار ابن حامد من الحنابلة [٤].

القول الثاني : أن الصريح ما ورد في القرآن وهو ينحصر في ثلاث مواد وما يشتق منها ، وهي (الطلاق – الفراق – السراح) وهو أحد الوجوه في المذهب الشافعي وهو اختيار الماوردي [٥] ، وهو المذهب عند الحنابلة [٦].

القول الثالث : ما اشتهر على ألسنة العامة . وربما قيدوا المشتهر على ألسنة العامة بكونه لفظا قرآنيا في الطلاق ، وهو أحد الوجوه في المذهب الشافعي ، وهو اختيار جماعة من أئمة المذهب ومحققيه وعلى رأسهم إمام الحرمين[٧] .

قال إمام الحرمين بعد تحرير المسألة : وتحصَّل من مجموع ما ذكرناه تردّدُ الأصحاب في مأخذ الصريح [٨] .

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع :٣/ ١٠١.

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد :٣/ ٩٥. والذخيرة للقرافي :٤/ ٥٨.

(٣) نهاية المطلب في دراية المذهب :١٤/ ٦٢.

(٤) المغني :٨/ ٢٦٤.

(٥) الحاوي الكبير :١٠/ ١٥٠.

(٦) المغني :٨/ ٢٦٤.

(٧) نهاية المطلب في دراية المذهب :١٤/ ٦٢.

(٨) نهاية المطلب في دراية المذهب :١٤/ ٦٢.

الفرق بين الأقوال الثلاثة : أنه على القول الأول لا يعتبر صريحا في الفرقة إلا لفظ الطلاق فلو قال لزوجته : سرحتك ، أو فارقتك . كان كناية على القول الأول والثالث لعدم اشتهار الفراق والسراح في المفارقة عند العامة ، ولو قال لزوجته أنت علي حرام فهو صريح على القول الثالث وكناية على القولين الأولين .

رابعا : آراء الفقهاء المعاصرين في قول الرجل لزوجته أنت طالئ :

الفريق الأول : أنه من صريح الطلاق ، وتفتي به لجنة الفتوى ، ومركز الأزهر العالمي للرصد والفتوى [١].

الأدلة :

يستدل لمن ذهب إلى أن قول الرجل المصري لزوجته " أنت طالئ" باللهجة العامية المصرية يعد من صريح الطلاق بما يلي :

(١) أن قول الرجل لزوجته أنت طالئ قد تحقق فيه ضابط الصريح باتفاق أقوال الفقهاء فهو لفظ الطلاق ، وهو مشتهر على ألسنة العامة ، ولا يفهم منه غير الفرقة ، ولذا فهو من الصريح ، وإبدال القاف همزة لا يضر لأنه قد وقع في اللغة إبدال القاف همزة كما نص على هذا ابن منظور [٢] ، ولهذا قال مجمع اللغة العربية : قد تطورت الْقَاف فِي اللهجات العامية فَهِيَ تسمع فِي لُغَة الْكَلَام همزَة وَفِي بعض الْقرَاءَات وَفِي الْيمن وصعيد مصر وَبَين كثير من قبائل البدو تنطق كالجاف الفارسية [٣]. ومع وقوع إبدال القاف همزة في اللغة فقد اشتهر على لسان المصريين هذا الإبدال شهرة طاغية حتى صار نطق القاف بغير

(١) وذلك في عدد كبير من الفتاوى الشفهية في لجنة الفتوى ، والتي أشرف بأني عضو من أعضائها . .

(٢) لسان العرب :١٠/ ٣٦٦.

(٣) المعجم الوسيط :٢/ ٧٠٩.

إبدال مقصورا على الكتابات الرسمية والأبحاث ، وقد اعتبر السيوطي الوضع اللغوي مع شهرة الاستخدام مرجحا لحمل اللفظ على ما اشتهر فيه فقال : وَيَنْضَمُّ إِلَى هَذَا الْوَضْعِ الْعَرَبِيِّ مَعَ النِّيَّةِ الْعُرْفُ وَشُهْرَةُ ذَلِكَ فِي أَلْسِنَةِ الْعَوَامِّ كَثِيرًا؛ وَلِشُهْرَةِ اللَّفْظِ فِي الْأَلْسِنَةِ مَدْخَلٌ كَبِيرٌ فِي الطَّلَاقِ [1].

(٢) أن إبدال القاف همزة لحن ، واللحن لا يؤثر في الطلاق . قال شيخ الإسلام زكريا الأنصاري : وَلَا يُؤَثِّرُ اللَّحْنُ فِي الْإِقْرَارِ كَمَا لَا يُؤَثِّرُ فِي الطَّلَاقِ وَنَحْوِهِ [2] ، وقال في موضع آخر : اللَّحْنَ لَا يُؤَثِّرُ فِي الْوُقُوعِ وَعَدَمِهِ [3] ، وقال الرملي : قد تَقَرَّرَ أَنَّ الْخَطَأَ فِي الصِّيغَةِ إذَا لَمْ يُخِلَّ بِالْمَعْنَى لَا يَضُرُّ [4] ، وإبدال القاف هنا همزة لا يضر لأنه لا يؤدي إلى الالتباس بمعنى آخر ، وقال ابن قاسم العبادي : لَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِئٌ بِالْقَافِ الْمُعْقُودَةِ قَرِيبَةً مِنْ الْكَافِ كَمَا يَلْفِظُ بِهَا الْعَرَبُ فَلَا شَكَّ فِي الْوُقُوعِ [5] .

(٣) أننا لو سألنا أي رجل ماذا تفهم عندما تسمع رجلا قال لزوجته " أنت طالئ " فإن إجابته ستكون : أفهم منه الطلاق ، وهذا الفهم دليل على أن هذا اللفظ صريح في الطلاق قال إمام الحرمين في تحديد الفرق بين الصريح والكنائي من ألفاظ الطلاق : إن كان عامياً ، سألناه عما سبق إلى فهمه من إطلاق عامّي آخر لهذه الكلمة ، فإن زعم أنه

(١) الحاوي للفتاوي :١/ ٢٥٠.

(٢) أسنى المطالب في شرح روض الطالب :٢/ ٣٠٢.

(٣) أسنى المطالب في شرح روض الطالب :٣/ ٢٨١.

(٤) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج :٦/ ٤٢٨.

(٥) حاشية العبادي على تحفة المحتاج :٨/ ١٣.

يسبق إلى فهمه الطلاق قيل له: لفظك محمول على فهمك لو كان اللافـظ غـيرك. وهـذا توسط بين الصريح والكناية [١].

(٤) أن ترجمة لفظ الطلاق الصريح إلى غير العربية من ألفاظ الطلاق الصريح ، فقصارى مـا يحصل من تحريف اللفظ أن يعامل معاملة اللفظ الأعجمي ، قـال إمـام الحـرمين : كـل لفظةٍ معدودة من الصرائح في العربية إذا ذكر معناها الخاص بلسان آخر، فهو صريح [٢].

(٥) أن الطلاق ليس شعيرة تعبدية يشترط لها ألفاظ مخصوصة كتكبيرة الإحرام ، بل الغرض منه فك رباط الزوجية فلا يؤثر اللحن فيه ، قال إمام الحرمين : الـذي يقتضـيه الفقـه أن الصريح إذا لم يتعلق به توقيف وتعبد، يؤخذ من الشيوع [٣] .

(٦) على فرض التقيد باللفظ فقد نص الفقهاء على صحة الصلاة بِاللحن الـذي لا يتغـير بـه المعنى ، وإذا صح هذا في الصلاة فمن باب أولى أن يعتد به في الطلاق ، قال الطحطاوي : لو قال " الهمد لله " بالهاء بدل الحاء أو " كل هو الله أحد " بالكاف بدل القاف جـاز إذا لم يقدر على غير ذلك أو بلسانه علة ، قال الفقيه وإن لم يكن بلسانه علة ، ولكن جرى ذلك على لسانه لا تفسد [٤] ، وقال السيوطي : بَابُ الصَّلَاةِ وَإِبْطَالِهَا بِسُقُوطِ حَرْفٍ مِـنَ الْفَاتِحَةِ أَضْيَقُ ، فَإِنَّ الْقِرَاءَةَ لَا تَجُوزُ بِالْمَعْنَى وَلَا بِالْمُرَادِفِ بَلْ وَلَا بِالشَّاذِّ الَّذِي قُـرِئَ بِـهِ فِي الْجُمْلَةِ، وَلَمْ يَقْرَأْ أَحَدٌ قَطُّ (الْهَمْدُ للهِ) بِالْهَاءِ، فَقَوْلُهُمْ بِالصِّحَّةِ وَالْحَالَةُ هَذِهِ لِجَـرَّدِ الْإِبْـدَالِ بِالْحَرْفِ الْمُقَارِبِ أَدَلُّ دَلِيلٍ عَلَى أَنَّ الْإِبْدَالَ بِمَا ذُكِرَ لَا يُخْرِجُ اللَّفْـظَ عَـنْ مَعْنَـاهُ الْمَوْضُـوعِ

(١) نهاية المطلب في دراية المذهب :١٤/ ٦٣.

(٢) نهاية المطلب في دراية المذهب :١٤/ ٦٠.

(٣) نهاية المطلب في دراية المذهب :١٤/ ٦٠.

(٤) حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح :ص: ٢٨٩.

لَهُ[1].

(٧) أنه يترتب على اعتبار هذا اللفظ كناية استخفاف العامة بالأحكام الشرعية ، والتهاون في إطلاق لفظ الطلاق ، وهذا يتنافى مع مقصد الشارع من تعظيم حرمات الله ، بل قد وقع هذا بالفعل في واقعة ذهب الرجل مع زوجته لمن أفتاه بأن هذا اللفظ لا يقع به طلاق ، فلما تشاجر مع زوجته قال لها بالعامية المصرية " أنت طالئ طلاء من اللي بيقع مش من بتاع فلان اللي ما بيقعش !!!

القول الثاني : أن قول الرجل لزوجته باللهجة العامية المصرية " أنت طالئ " ليس من صريح الطلاق ، بل هو لفظ كنائي يفتقر إلى النية وهو اختيار دار الإفتاء المصرية [2] .

أدلة هذا القول :

يُستدل لهذا القول بما يلي :

١. أن عقد النكاح قد ثبت بيقين ، وما ثبت بيقين فلا يرتفع بالشك ، والشك حاصل من الاحتمال الذي نشأ عن إبدال القاف همزة فلما حصل الاحتمال تعينت النية لرفع اللبس.

٢. الطلاق حكم شرعي ، وألفاظ الطلاق إما صريحة وإما كنائية ، والصريح الذي لا يفتقر إلى النية في وقوعه قد جعل الشارع له ألفاظا محددة ، ومن هذه الألفاظ قول الرجل لزوجته " أنت طالق " "بالقاف " فلو قال " طالئ " لم ينعقد هذا اللفظ صريحا ؛ لأنه لم يرد في القرآن الكريم ، واللفظ يكون صريحا في وقوع الطلاق بوروده في القرآن الكريم لإنهاء علاقة الزواج ، والذي ورد في القرآن لفظ الطلاق ، أما الطلاء باللهجة المصرية العامية فهو لفظ غير قرآني ، وهو يحتمل الطلاق ويحتمل غيره ، ولذلك فهو لفظ كنائي

(١) الحاوي للفتاوي :١/ ٢٥٢.

(٢) فتوى رقم :٦٠٤) لسنة ٢٠١٠

يفتقر إلى النية .

٣. العبرة في الطلاق بالألفاظ والمباني لا المقاصد والمعاني ، وقد صرح غير واحد منهم أن الطلاق محمول على اللغة، بخلاف الأيمان؛ فمحمولة على العرف(١).

٤. كلمة الطلاق إذا نُطِقَتْ محرَّفةً -كما في "تالق، وطالئ" ونحوهما- لم يَجْرِ عليها ما يجري على لفظ الطلاق الصريح وهو لفظ "طالق" ونحوه؛ لمخالفتها قوانين الكلام العربي، ولكونها لم توضع مِن العرب أصالة للدلالة على معنى الطلاق، فإنه إنما يُستدل على صريحية الكلمة في الطلاق بورودها شرعًا أو لغة مؤدية للمعنى الموضوع لها لا غير، فإذا لم تكن كذلك فقد دخل دلالتَها مِن الاحتمال ما يُخرجها عن الصريح إلى الكناية .

٥. تخريج لفظ أنت طالئ على ترجمة لفظ الطلاق ففي وجه ضعيف عند الشافعية أن ترجمة الطلاق من الكنايات ، ذكر هذا الوجهَ الرافعي عن الإصطخري (٢) .

٦. اعتبار قول الرجل لزوجته باللهجة العامية المصرية " أنت طالئ " من كنايات الطلاق ليس بدعا من القول ؛ بل هو تخريج على ما اختاره السيوطي في من قال لزوجته " أنت تالق " قال السيوطي : " وَقَعَ السُّؤَالُ عَمَّنْ قَالَ لِزَوْجَتِهِ: أَنْتِ تَالِقٌ، نَاوِيًا بِهِ الطَّلَاقَ هَلْ يَقَعُ بِهِ طَلَاقٌ؟ فَأَجَبْتُ: الَّذِي عِنْدِي أَنَّهُ إِنْ نَوَى بِهِ الطَّلَاقَ وَقَعَ سَوَاءٌ كَانَ عَامِّيًّا أَوْ

(١) حاشية البيجوري الفقهية ٢/ ٤٠٥، وحاشية الجمل على شرح المنهج ٥/ ٣٠٩، ط. دار الفكر، وحاشية البجيرمي على شرح المنهج ٤/ ٣٢٨، ط. دار الفكر العربي..

(٢) العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير ط العلمية :٨/ ٥١١.

فَقِيهًا"[1] ، واعتمد المتأخرون قول السيوطي [2].

مستند السيوطي في هذه الفتوى :

- قرب مخرج التاء من الطاء وورود إبدال التاء طاء في كثير من كلام العرب ، وهذا القرب في المخرج مظنة للحن .
- اشتهار هذا اللفظ " تالق " في زمن السيوطي على ألسنة العوام ، وللشهرة تأثير في الطلاق.

تحليل فتوى السيوطي :

السيوطي اختار أن لفظ تالق من كنايات الطلاق ، والكناية لفظ يحتمل الطلاق وغيره ، لكن لفظ تالق لا يحتمل الطلاق لأن التلاقي ضد الفراق ، ثم إن اسم الفاعل من تلقى " متلق" فهذا اللفظ لحن في اللغة ، ثم هو لا يحتمل الطلاق أصلا ، واعتبار السيوطي إياه من ألفاظ الطلاق بناء على قرب مخرج التاء من الطاء ومثله يقال في لفظ أنت طالئ .

٥ –قد كثرت حالات الطلاق في المجتمع وينبغي الاجتهاد في خفض معدلات نسب الطلاق، وهو معنى مقصود شرعا .

مناقشة أدلة الفريق الثاني :

(١) نسلم أن عقد النكاح لا يرتفع إلا بيقين ، واليقين أن الرجل العاقل الرشيد المختار الذي لم يُغلب على عقله إذا قال لزوجته أنت طالئ فهو كقوله أنت طالق .

(١) الحاوي للفتاوي :١/ ٢٥٠.

(٢) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج :٦/ ٤٣٠.

(٢) لفظ أنت طالئ في اللهجة المصرية وعند العوام لا يعنى الطـلاء الـذي هـو لا دهان وإنـما يقصدون به الفراق ، وتحميل هذا اللفظ معنـى التهديـد لا تـدل عليـه اللغـة ، وذلـك أن الألفاظ إخبار عما في النفس من المعاني ولا بد في صحتها من مطابقة خبرها لمخبرها فـإذا لم تكن تلك المعاني في النفس كانت خبرا كاذبا ، والمقرر شرعا أن الألفاظ تحمل على معانيهـا التي تفهم منها عند الإطلاق لا سيما الأحكام الشرعية التي علق الشارع بها أحكامها. فإن تكلم بها مخادعا ماكرا محتالا مظهرا خلاف ما أبطن لم يعطه الشـارع مقصـوده كالمحلـل ، وكذا كُلُّ من احتال على إسقاط واجب أو فعل محرم بعقد أو قـول أظهـره وأبطـن الأمـر الباطـل ومـن هـذا نكـاح الهـازل وطلاقـه ورجعتـه وإن لم يقصـد حقـائق هـذه الصـيغ ومعانيها[1].

(٣) يجاب عن دعوى " العبرة في الطـلاق بالألفـاظ والمبـاني لا المقاصـد والمعـاني " بـالطلاق الكنائي ، وأن الطلاق ليس عبادة .

(٤) يجاب عن دعوى أن لفظ " أنت طالئ " صار محرفا ولم يعد عربيا ، بأن إبدال القاف همزة من التطور اللفظي لأداء بعض الكلمات ، ومن اختلاف اللهجات المعتـبر عنـد العـرب ، يقول الدكتور رمضان عبدالتواب : قد تطورت القاف في اللهجات العربية الحديثة، تطورا كبيرا، فهي في كلام مصر والشـام همـزة، كـما تنطـق غينـا في بعـض مسـتويات النطـق في السودان وجنوبي العراق، وفي بعض الكلمات في مصر، مثل: يقـدر يغـدر. وتسـمع جـيما كالجيم القاهرية، في بعض البيئات بصعيد مصر، وبين كثير من قبائل البدو في الصـحراء ،

(١) إعلام الموقعين عن رب العالمين :٣/ ١٢٠.

وكل نوع من هذه الأنواع الثلاثة للتطور، له أمثلته في العربية القديمة، [١] .

وهذه بعض الأمثلة لكلمات عربية ورد فيها إبدال القاف همزة على لسان العرب .

- زهاق – زهاء : ورد إبدال القاف فيها همزة ، قال ابن السكيت : يقال: القوم زُهَـاقُ مائة وزِهَاق مائةٌ وهم زُهَاء مائة في معنى واحد[٢] .
- زنق – زنأ : يقال: زنق على عياله، وزنأ عليهم، إذا ضيق عليهم فقرا، أو بخلا [٣]."
- القفز – والأفز : بمعنى: الوثب " .
- قفخته: ضربته على الرأس " روي : "أفخته، أي ضربت يأفوخه، وهو الموضع الذي يتحرك من رأس الطفل .

وغير ذلك مما ورد على لسان العرب واعتنى به الباحثون المعنيون باللغة والإبدال [٤] .

(٥) القول بأن ترجمة لفظ الطلاق تعد من الكنايات ضعيف من حيث النظر ، ومن حيث الترجيح المنقول في المذهب الشافعي .

أما من حيث المنقول في المذهب الشافعي فقد صرح المحققون في المذهب باعتبار ترجمة لفظ "

(١) المدخل إلى علم اللغة ومناهج البحث اللغوي للدكتور رمضان عبد التواب ، الناشر: مكتبة الخانجي بالقاهرة ، الطبعة: الثالثة ١٤١٧هـ – ١٩٩٧م ص ٧٩ وما بعدها .

(٢) إصلاح المنطق : لابن السكيت، المحقق: محمد مرعب الناشر: دار إحياء التراث العربي الطبعة: الأولى ١٤٢٣ هـ/ ٢٠٠٢ م ص ٨٤ .

(٣) بحوث ومقالات في اللغة :ص: ١٢ .

(٤) بحوث ومقالات في اللغة :ص: ١٢ .

أنت طالق " من صريح الطلاق .قال إمام الحرمين : قال الأصحاب: معنى الطلاق بالعجميّة صريح [١].

وقال الرافعي : في ترجمة لَفْظ الطَّلاَق بالعجمية وسائر اللغات وجهاً – ولم يورد أكثرهم غيْره – : أنَّها [٢] صريحةٌ؛ لكثرة استعمالها في معناها عنْد أهْل تلْك اللغات شهرة العربية عنْد أهلها ، ويُنْسَبُ إلى الإِصطخري: أنها ليْسَتْ صريحةً ؛ لأن اللفظة العربية هي الواردة في القرآن والمتكررة على لسان جملة الشرع [٣] .

فهنا الرافعي حكى هذا الوجه عن الإصطخري بصيغة التمريض ، فأفاد الضعف ، ثم ازداد هذا الضعف وَهَنًا بمخالفة الأكثر له ، بل أفهم كلام إمام الحرمين السابق ذكره أن المنقول عن الأصحاب اعتبار لفظ الطلاق بالعجمية صريحا .وقال أيضا كل لفظةٍ معدودة من الصرائح في العربية إذا ذكر معناها الخاص بلسان آخر، فهو صريح [٤] .

وأما من حيث النظر فلفظ الطلاق ليس صيغة تعبدية غير مفهومة المعنى ، وإنما هو لفظ يعبر عن النية والإرادة فحيث قصد المتلفظ اللفظ عالما بمعناه فينبغي أن يتحقق أثره الذي هو الوقوع والاحتساب

(٦) تخريج أنت طالئ على قول السيوطي غير مستقيم لما يلي :

- أن لفظ " أنت تالق " كان مشتهرا في زمن السيوطي ومع هذا الاشتهار كان لفظ أنت طالق موجودا بكثرة فلما حصل الاحتمال عند النطق بهذا اللفظ ساغ معرفة النية لرفع

(١) نهاية المطلب في دراية المذهب :١٤/ ٦٠.

(٢) الضمير هنا يعود لصيغة الطلاق بغير العربية عند أهلها .

(٣) العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير ط العلمية :٨/ ٥١١.

(٤) نهاية المطلب في دراية المذهب :١٤/ ٦٠.

الاحتمال ، بينما لفظ أنت طالئ قد اشتهر ولم يعد العرف المصري يستخدم القاف في اللهجة العامية فلم نحتج للنية للتمييز . بل لا يتبادر منه غير معنى الفراق ، والتبادر أمارة الحقيقة .

- قد اضطربت فتوى السيوطي في هذا اللفظ كما اضطرب إسنادها لأصلها ، وقد آثرت أن أذكر قوله بنصه حيث قال : " وَأَمَّا لَفْظُ " تَالِقٌ " يَحْتَمِلُ مَعْنًى آخَرَ، وَإِنَّمَا هُوَ لَفْظُ الطَّلَاقِ أُبْدِلَ مِنْهُ حَرْفٌ بِحَرْفٍ مُقَارِبٍ لَهُ فِي الْمَخْرَجِ، وَيُؤَيِّدُ جَعْلَهُ صَرِيحًا مَا أَشَارَ إِلَيْهِ الإسنوي فِي: أَنْتِ طَالِ، عَلَى إِرَادَةِ نِيَّةِ الْمَحْذُوفِ بِالطَّلَاقِ، وَيُؤَيِّدُهُ صِحَّةُ الصَّلَاةِ بِـ (الْحَمْدُ للهَّ) فَإِنَّهُ صَرِيحٌ فِي أَنَّ الْحَرْفَ الْمُبْدَلَ قَائِمٌ مُقَامَ الْحَرْفِ الْمُبْدَلِ مِنْهُ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، فَيَسْتَمِرُّ اللَّفْظُ عَلَى صَرَاحَتِهِ كَمَا اسْتَمَرَّ ذَلِكَ اللَّفْظُ مُعْتَدًّا بِهِ فِي الْقِرَاءَةِ بَلْ أَوْلَى؛ لِأَنَّ بَابَ الصَّلَاةِ وَإِبْطَالِهَا بِسُقُوطِ حَرْفٍ مِنَ الْفَاتِحَةِ أَضْيَقُ وَبَابَ الْقِرَاءَةِ أَشَدُّ ضِيقًا، فَإِنَّ الْقِرَاءَةَ لَا تَجُوزُ بِالْمَعْنَى وَلَا بِالْمُرَادِفِ بَلْ وَلَا بِالشَّاذِّ الَّذِي قُرِئَ بِهِ فِي الْجُمْلَةِ، وَلَمْ يَقْرَأْ أَحَدٌ قَطُّ (الْحَمْدُ للهَّ) بِالْهَاءِ، فَقَوْلُهُمْ بِالصِّحَّةِ وَالْحَالَةُ هَذِهِ لِمُجَرَّدِ الْإِبْدَالِ بِالْحَرْفِ الْمُقَارِبِ أَدَلُّ دَلِيلٍ عَلَى أَنَّ الْإِبْدَالَ بِمَا ذُكِرَ لَا يُخْرِجُ اللَّفْظَ عَنْ مَعْنَاهُ الْمَوْضُوعِ لَهُ، فَانْشَرَحَ الصَّدْرُ بِذَلِكَ إِلَى الْقَوْلِ بِصَرَاحَةِ هَذَا اللَّفْظِ، وَاللهُ أَعْلَمُ [1].

- أما الاضطراب في تخريج السيوطي فهو أنه قال : قَالَ فِي الرَّوْضَةِ: فَرْعٌ: إِذَا اشْتُهِرَ فِي الطَّلَاقِ لَفْظٌ سِوَى الْأَلْفَاظِ الثَّلَاثَةِ الصَّرِيحَةِ، كَـ" حَلَالُ اللهَّ عَلَيَّ حَرَامٌ "، أَوْ " أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ "، أَوِ " الْحِلُّ عَلَيَّ حَرَامٌ "، فَفِي الْتِحَاقِهِ بِالصَّرِيحِ أَوْجُهٌ، أَصَحُّهَا: نَعَمْ؛ لِحُصُولِ التَّفَاهُمِ وَغَلَبَةِ الِاسْتِعْمَالِ، وَبِهَذَا قَطَعَ الْبَغَوِيُّ وَعَلَيْهِ تَنْطَبِقُ فَتَاوَى القفال والقاضي حسين وَالْمُتَأَخِّرِينَ. وَالثَّانِي: لَا، وَرَجَّحَهُ المتولي. وَالثَّالِثُ حَكَاهُ الْإِمَامُ عَنِ القفال أَنَّهُ إِنْ نَوَى شَيْئًا

(١) الحاوي للفتاوي :١/ ٢٥٢.

آخَرَ مِنْ طَعَامٍ وَغَيْرِهِ، فَلَا طَلَاقَ، .... ثم قال : قُلْتُ: الْأَرْجَحُ الَّذِي قَطَعَ بِهِ الْعِرَاقِيُّونَ الْمُتَقَدِّمُونَ أَنَّهُ كِنَايَةٌ مُطْلَقًا، وَاللهُ أَعْلَمُ. وَأَمَّا الْبِلَادُ الَّتِي يَشْتَهِرُ فِيهَا اللَّفْظُ لِلطَّلَاقِ، فَهُوَ كِنَايَةٌ فِي حَقِّ أَهْلِهَا بِلَا خِلَافٍ. انْتَهَى." (١).

- ومحل الاضطراب أن السيوطي رحمه الله تعالى يُخرِّج لفظ أنت تالق على لفظ " أنت علي حرام " ، ولفظ أنت علي حرام لا يعد صريحا إلا عند من اعتبر أن الصريح في الطلاق اللفظ المشتهر في الاستعمال وهو أحد الوجوه عند الشافعية ومخالف لمذهب الجمهور ، ثم إن الاحتمال في لفظ أنت علي حرام حاصل من الدلالة بينما الاحتمال في لفظ أنت تالق حاصل من اللحن في النطق .

- فتوى السيوطي في هذا اللفظ لا تنطبق على لفظ " أنت طالئ " بل القريب من لفظ " أنت طالئ " قولهم أنت طالق بالقاف المعقودة ، وقد اعتبره السيوطي من الألفاظ الصريحة فقال : وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، بِالْقَافِ الْمُعْقُودَةِ قَرِيبَةٍ مِنَ الْكَافِ كَمَا يَلْفِظُ بِهَا الْعَرَبُ، فَلَا شَكَّ فِي الْوُقُوعِ (٢).

(٧) أن خفض نسب الطلاق ليس بإهدار اللفظ الصالح لإثبات الحكم شرعا بل يكون بنشر الوعي بخطورة الطلاق .

(٨) أن اعتبار كناية لفظ أنت طالئ المشتهر في اللهجة العامية المصرية مجافاة لحقيقة الأمر ، وحقيقة الأمر أن عامة الناس وخاصتهم يفهمون من سماع كلمة " الطلاء " الطلاق ، والتبادر أمارة الحقيقة ؛ قال الدميري : " كان القفال يقول إذا استفتي عن هذه المسألة:

(١) الحاوي للفتاوي :١/ ٢٥١.

(٢) الحاوي للفتاوي :١/ ٢٥٣.

إذا سمعت غيرك حلف بهذا ما كنت تفهم منه؟ إن فهمت منه الصريح .. فصريح لـك، واختار هذا الأستاذ أبو إسحق وكثير من فقهاء خراسان[1] ، وقال إمـام الحـرمين : قـد أطبق الفقهاء قاطبة على أن المعتبر في الأقارير والمعاملات إشاعة الألفاظ وما يفهم منهـا في العرف المطرد، والعباراتُ عن العقود تُعنَى لمعانيهـا، وألفـاظ الطـلاق عبـارات عـن مقاصد، فكانت بمثابتها [2] .

(١) النجم الوهاج في شرح المنهاج :٧/ ٤٨٥.

(٢) نهاية المطلب في دراية المذهب :١٤/ ٦١..

الخاتمـــة

اشتمل هذا البحث على النتائج التالية :

١. يأتي مصطلح العمل على ألسنة الفقهاء بمعان متعددة ، والمختار في هذا البحث أنه يشـمل جميع الأنواع المذكورة فهو شامل لما ذاع وانشر بـين النـاس مـن قـول أو فتـوى أو حكـم قضائي واستمر العمل عليه وكان في نزع الناس عنه مشقة ظاهرة وحرج .

٢. الفرق بين مصطلح " ما جرى عليه العمل " وبين مصـطلح " العـرف : أن العـرف مـا تعارفه الناس ، فهو اصطلاح العامة ، أما " ما جرى عليه العمل " فهو اختيار المفتـين أو القضاة .

٣. أول من اعتبر عمل الناس النبي صلى الله عليه وسلم حيث لم يغير بنـاء البيـت مراعـاة لمـا جرى عليه العمل واعتبار للمآل .

٤. تواترت نصوص الأئمة على اعتبار ما جـرى عليـه العمـل ونصـوا عـلى أن الجمـود عـلى المنقولات أبدًا ضلالٌ في الدين وجهلٌ بمقاصد الشريعة عند علماء المسلمين .

٥. يشترط لاعتبار العمل شروط ، منها أن يكون عمـل المسـلمين ، وأن يكـون صـادرا عـن الفقهاء الربانيين والعلماء المخلصـين ، وألا يكـون العمـل مخالفـا للنصـوص الصـحيحة الصريحة ، وألا يكون هذا العمل مخالفا للإجماع ، وأن يجد هذا القول قبولا لـدى الفقهـاء ويجد رواجا للعمل به ، فإن أنكره الفقهاء فلا عبرة به .

٦. ما جرى عليه العمل يدخل فيه : المسائل الاجتهادية التي هي من اختصـاص ولي الأمـر ، المسائل الاجتهادية التي تتعلق بالعامة ، ويتأثر بها النظام العـام ، والمسـائل الاجتهاديـة في العبادات ، المسائل التي جرى عليها العمل في أبواب الحج ، واستقرت في أذهان العامـة ،

وفي المعاملات كاختيار حرمة التسوق الشبكي ، وحرمة تـدوال البتكـوين ، وفي المسـائل الاجتهادية التي أخذ القانون بأحد الآراء فيها ، النوازل : كوضع ضـوابط معينـة للتـبرع بالأعضاء ، وحكم الحقن المجهري لتحديد نوع الجنين .

٧. في مقام البحث العلمي لا حرج في اختيار ما يخالف المؤسسات الرسمية ما دام الباحث قد استوفى شرائط البحث العلمي ونظر في مآلات الأمور وترجَّح لديه بـالحجج الظـاهرة مـا اختاره .

٨. لا تجوز مخالفة الفتاوى التي جرى عليها العمل ، والتي روعيت فيهـا الضـوابط الشـرعية للفتوى .

٩. مخالفة الفتاوى التي جرى عليها العمل على مراتب باعتبارات متعددة منهـا مـا يرجـع إلى معتمد الفتوى ، ومنها ما يرجع إلى موضوع الفتوى ، ومنها ما يرجع إلى الأثر المترتب على الفتوى ، ومنها ما يرجع إلى انتشار الفتوى .

١٠. فمخالفة الفتوى التي تعتمد على الإجماع أشد في التحريم من الفتوى التـي تعتمـد عـلى نص ظاهر ، ومخالفة الفتوى التي تعتمد على النص أشد من مخالفة الفتـوى التـى تعتمـد على مجرد الاجتهاد .

١١. بالنسبة لموضوع الفتوى فإنه لا تجوز مخالفة ما جرى عليه العمل في المواضيع التالية :

١٢. الفتوى التي تتعلـق بكيـان الأمـة أو بالأوضـاع الدوليـة أو الوحـدة الوطنيـة والسـيادة الإقليمية ونحو ذلك من الأمور المتعلقة ببقاء الأمة أو العلاقات بين الدول وبعضها.

١٣. كما لا تجوز مخالفة ما جرى عليه العمل في المسائل التـي هـي بمثابـة المسـلمات واتفقـت

عليها كلمة الفقهاء كدعوى عدم فرضية الحجاب ، أو دعوى مساواة الأخت لأخيها العاصب في الميراث .

١٤. المسائل التي تعم بها البلوى ، ويحتاج الناس فيها إلى فصل النزاع كتقدير الدية الشرعية .

١٥. ويجوز طرح الآراء بما يخالف ما جرى عليه العمل في المسائل التي جرى عليها العمل بما يخالف الدليل الشرعي ، والمسائل التي تستدعي تجديد الاجتهاد لحل مشكلة ، و اختيار العالم لنفسه في مقام الورع .

١٦. مما جرى عليه العمل أن الطلاق يحسب على الرجل متى صدر من أهله ووافق محله ، ولا يشترط لاحتسابه إشهاد ولا توثيق .

١٧. مما جرى عليه العمل أن دية القتل الخطأ في مصر تقدر بالفضة وهي تعادل مقدار خمسة وثلاثين كيلوجراما ، وسبعمائة جرام من الفضة الخالصة ٣٥،٧٠٠جم من الفضة .

التوصيـــات :

١. وضع لائحة قانونية تحظر على غير المختصين التصدر للفتوى لا سيما فيما يمس الشأن العام والأمور السياسية والوحدة الوطنية .

٢. أن تتلاءم الفتاوى مع الأدلة الشرعية المعتبرة وأن تنطق في مراعاة مقاصد الشريعة ، وأن يبذل المتصدرون للفتوى قصارى جهدهم في إقناع الناس وإقامة الحجة ، حتى تنشرح صدور الناس باختياراتهم .

٣. أن تعمل المؤسسات المعنية بالفتوى على توحيد اختياراتها عن طريق عقد ورش عمل في المسائل الخلافية بينها ، توحيدا للرأي ومنع لتشويش العامة .

٤. إعادة النظر في قانون العقوبات واختيار رأى المؤسسات الدينية في تقدير الدية الشرعية .

المراجـــع

أولا : القرآن الكريم .

١. الأم ، المؤلف أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (المتوفى: ٢٠٤هـ) ، الناشر: دار المعرفة – بيروت .

الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني ، المؤلف: محفوظ بن أحمد بن الحسن، أبو الخطاب الكلوذاني ، المحقق: عبد اللطيف هميم – ماهر ياسين الفحل ، الناشر: مؤسسة غراس للنشر والتوزيع ، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥ هـ/ ٢٠٠٤ م

٢. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ، المؤلف: أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (المتوفى: ٣٩٣هـ) ، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار ، الناشر: دار العلم للملايين – بيروت ،الطبعة: الرابعة ١٤٠٧ هـ – ١٩٨٧ م .

٣. نظام الطلاق في الإسلام للشيخ أحمد محمد شاكر ص : ٩٥ طبعة مكتبة السنة .

٤. الاختيار لتعليل المختار ، المؤلف: عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي (المتوفى: ٦٨٣هـ) ، عليها تعليقات: الشيخ محمود أبو دقيقة (من علماء الحنفية ومدرس بكلية أصول الدين سابقا) الناشر: مطبعة الحلبي – القاهرة (وصورتها دار الكتب العلمية – بيروت، وغيرها) تاريخ النشر: ١٣٥٦ هـ – ١٩٣٧ م .

٥. الأصل المعروف بالمبسوط ، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني (المتوفى: ١٨٩هـ) ، المحقق: أبو الوفا الأفغاني ، الناشر: إدارة القرآن والعلوم الإسلامية – كراتشي

٦. إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم ، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم ، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت ، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ – ١٩٩١م

٧. بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، المؤلف: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشـد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى: ٥٩٥هـ) ، النـاشر: دار الحـديث – القـاهرة ، تاريخ النشر: ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤ م

٨. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، المؤلف: علاء الدين، أبـو بكـر بـن مسـعودبـن أحمـد الكاسـاني الحنفـي (المتـوفى: ٥٨٧هـ) ، النـاشر: دار الكتـب العلميـة ، الطبعـة: الثانيـة، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

٩. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،المؤلف: علاء الـدين، أبـو بكـربـن مسـعود بـن أحمـد الكاساني الحنفي (المتوفى: ٥٨٧هـ)الناشر: دار الكتب العلميةالطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م

١٠. البناية شرح الهداية ، المؤلف: أبو محمد محمود بن أحمد بن موسـى بـن أحمـد بـن حسـين الغيتابى الحنفى بدر الدين العينى (المتـوفى: ٨٥٥هـ) ، النـاشر: دار الكتـب العلميـة - بيروت، لبنان ،الطبعة: الأولى، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م

١١. تاج العروس من جواهر القاموس ، المؤلف: محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، أبو الفيض، الملقّب بمرتضى، الزَّبيدي (المتوفى: ١٢٠٥هـ)المحقق: مجموعة من المحققين . الناشر: دار الهداية .

١٢. تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ ، المؤلـف: عـثمان بـن عـلي بـن محجـن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفى: ٧٤٣ هـ) ، الحاشية: شهاب الـدين أحمـد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشِّلْبِيُّ (المتوفى: ١٠٢١ هـ) ، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة الطبعة: الأولى، ١٣١٣ هـ ، سنن ابن ماجـه ،

المؤلف: ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد (المتوفى: ٢٧٣هـ) ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي ، الناشر: دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي

١٣. التجريد للقدوري ، المؤلف: أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان أبو الحسين القدوري (المتوفى: ٤٢٨ هـ) ، المحقق: مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية أ. د محمد أحمد سراج ... أ. د علي جمعة محمد ، الناشر: دار السلام - القاهرة ، الطبعة: الثانية، ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م .

١٤. تظرية الأخذ بما عليه العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي ، إعداد أ/ عبدالسلام العشري ، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمغرب ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م .

١٥. الجامع لأحكام القرآن ، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (المتوفى: ٦٧١ هـ) ، المحقق: هشام سمير البخاري ، الناشر: دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية ، الطبعة: ١٤٢٣ هـ/ ٢٠٠٣ م

١٦. الجامع لمسائل المدونة ، المؤلف: أبو بكر محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي (المتوفى: ٤٥١ هـ) ، المحقق: مجموعة باحثين في رسائل دكتوراه ، الناشر: معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي - جامعة أم القرى (سلسلة الرسائل الجامعية الموصى بطبعها) توزيع: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع الطبعة: الأولى، ١٤٣٤ هـ - ٢٠١٣ م

١٧. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المؤلف محمد عرفه الدسوقي ، تحقيق محمد عليش ،

الناشر دار الفكر ، مكان النشر بيروت .

١٨. حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة، المؤلف ابن عابدين. ، الناشر دار الفكر للطباعة والنشر. ، سنة النشر ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.مكان النشر بيروت.

١٩. الحاوى الكبير للماوردي ، دار النشر / دار الفكر - بيروت

٢٠. ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر ومن عاصرهم من ذوي الشأن الأكبر المعروف بتاريخ ابن خلدون ،المؤلف : ابن خلدون ، المحقق: خليل شحادة ، الناشر: دار الفكر، بيروت الطبعة: الثانية، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م .

٢١. روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني ، المؤلف: شهاب الدين محمود بن عبد الله الحسيني الألوسي (المتوفى: ١٢٧٠هـ) ، المحقق: علي عبد الباري عطية ، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت ، الطبعة: الأولى، ١٤١٥ هـ

٢٢. روضة الطالبين وعمدة المفتين ، المؤلف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ) ، تحقيق: زهير الشاويش ، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان ، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ / ١٩٩١م

٢٣. سنة الولادة / سنة الوفاة ٦٧٦ ، الناشر دار المعرفة ، مكان النشر بيروت

٢٤. سنن أبي داود ، المؤلف : أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني ، الناشر : دار الكتاب العربي - بيروت.

٢٥. السنن الصغير للبيهقي المؤلف: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوْجِردي

الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: ٤٥٨هـ) ، المحقق: عبد المعطي أمين قلعجي ، دار النشر: جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي ـ باكستان الطبعة: الأولى، ١٤١٠هـ - ١٩٨٩م.

٢٦. سير أعلام النبلاء للذهبي ، طبعة دار الحديث- القاهرة ، الطبعة: ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م : ٧/ ١٦٩ .

٢٧. شرح النووي على مسلم، طبعة دار إحياء التراث العربي – بيروت ، الطبعة: الثانية، ١٣٩٢ .

٢٨. شرح مختصر خليل للخرشي ، المؤلف: محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله (المتوفى: ١١٠١هـ) ، الناشر: دار الفكر للطباعة – بيروت .

٢٩. صحيح البخاري، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = المؤلف: محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي ، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر ، الناشر: دار طوق النجاة ، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ .

٣٠. الطبقات الكبير لابن سعد – المحقق: علي محمد عمر ، الناشر: مكتبة الخانجي – القاهرة الطبعة: الأولى، ٢٠٠١م .

٣١. فتح الباري لابن حجر العسقلاني الشافعي ، طبعة : دار المعرفة – بيروت، ١٣٧٩ ، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي ، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب.

٣٢. فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل ، المؤلف:

سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري، المعروف بالجمل (المتوفى: ١٢٠٤هـ)الناشر: دار الفكر .

٣٣. الفروق = أنوار البروق في أنواء الفروق ، المؤلف: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: ٦٨٤هـ) الناشر: عالم الكتب

٣٤. الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني ، المؤلف: أحمد بن غانم بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي (المتوفى: ١١٢٦هـ)المحقق: رضا فرحات ، الناشر: مكتبة الثقافة الدينية .

٣٥. قانون الأحوال الشخصية المصري لسنة ٢٠٠٠ .

٣٦. قانون الأحوال الشخصية للمسلمين والقرارات المنفذة لأحكامه وبعض أحكام المحكمة الدستورية العليا ،وزارة التجارة والصناعة، الهيئة العامة لشؤن المطابع الأميرية.

٣٧. الكافي في فقه أهل المدينة ، المؤلف: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى: ٤٦٣هـ) ، المحقق: محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني ، الناشر: مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية ، الطبعة: الثانية، ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م.

٣٨. كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ، طبعة دار الكتب العلمية .

٣٩. اللباب في شرح الكتاب ، المؤلف: عبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي (المتوفى: ١٢٩٨هـ) ، حققه، وفصله، وضبطه، وعلق حواشيه: محمد محيي الدين عبد الحميد ، الناشر: المكتبة العلمية، بيروت – لبنان

٤٠. المبسوط للسرخسي ، المؤلف محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي-

(المتوفى: ٤٨٣هـ) الناشر: دار المعرفة – بيروت ، تاريخ النشر: ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م

٤١. المجموع شرح المهذب مع تكملة السبكي والمطيعي ، المؤلف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ) ، الناشر: دار الفكر.

٤٢. المحكم والمحيط الأعظ: المحكم والمحيط الأعظم ، المؤلف: أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي [ت: ٤٥٨هـ] ، المحقق: عبد الحميد هنداوي ، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت الطبعة: الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م .

٤٣. مختصر اختلاف العلماء للطحاوي المحقق: د. عبد الله نذير أحمد الناشر: دار البشائر الإسلامية – بيروت - الطبعة: الثانية، ١٤١٧ .

٤٤. المصنف ، المؤلف: أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني(المتوفى: ٢١١هـ) المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي ، الناشر: المجلس العلمي- الهند ، نشر المكتب الإسلامي – بيروت ، الطبعة: الثانية، ١٤٠٣ .

٤٥. المدخل إلى علم اللغة ومناهج البحث اللغوي للدكتور رمضان عبد التواب ، الناشر: مكتبة الخانجي بالقاهرة ، الطبعة: الثالثة ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م .

٤٦. معجم مقاييس اللغة ، المؤلف: أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي(المتوفى: ٣٩٥هـ) ، المحقق: عبد السلام محمد هارون ، الناشر: دار الفكر ، عام النشر: ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.

٤٧. المغني لابن قدامة ، الناشر: مكتبة القاهرة

٤٨. المقدمات الممهدات ، المؤلف: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: ٥٢٠هـ) تحقيق: الدكتور محمد حجي ، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان ، الطبعة: الأولى، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م

٤٩. منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه ، المؤلف يحيى بن شرف النووي أبو زكريا

٥٠. الموافقات للشاطبي : ،ط دارابن عفان ، تحقيق أبي عبيـدة مشـهور بـن سـلمان ، الطبعـة الأولى ١٤١٧هـ ـ ١٩٩٧ م

٥١. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المؤلف: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمـد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي (المتوفى: ٩٥٤هـ) الناشر: دار الفكر ، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م .

٥٢. النتف في الفتاوى ، المولف: أبو الحسن علي بن الحسين السغدي ، المحقق: صلاح الـدين الناهي ، الطبعة: مؤسسة الرسالة- بيروت ، تاريخ الطبع: ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م

٥٣. الوسيط في المذهب للغزالي ، تحقيق أحمد محمود إبراهيم ٱ محمـد محمـد تـامر النـاشر: دار السلام – القاهرة ، الطبعة: الأولى .

المواقع الاليكترونية :

١. https://manshurat.org/node/14677 1

٢. م http://www.dar-alifta.org/ar/Default.aspx?sec=fatwa

٣. : http://www.youtube.com/cbcegypt .

٤. 1 موقع : http://www.elbalad.news/2559716 .

٥. http://www.dar//alifta.org/ar/ViewFatwa.aspx?ID=12354&LangID=1&MuftiType=0

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
مقدمه	٤٤٩٠
أسباب اختيار الموضوع	٤٤٩٠
منهج البحث	٤٤٩٢
خطة البحث	٤٤٩٤
المبحث الأول: مبدأ الأخذ بما عليه العمل ضبط المصطلح، وتحديد شروطه	٤٤٩٥
بيان مراتبه	٤٤٩٥
المطلب الأول: تحديد معنى المصطلح	٤٤٩٥
الفرق بين مصطلح" ما جرى عليه العمل " وبين مصطلح " العرف "	٤٤٩٩
إشكال وجوابه	٤٤٩٩
المطب الثاني: اعتبار ماجرى عليه العمل عند الفقهاء	٤٥٠٠
المطلب الثالث: شروط الاعتبار بما جرى عليه العمل	٤٥٠٥
المطلب الرابع: تحديد المسائل التي يعتبر فيها العمل	٤٥١٣
المطلب الخامس: موقع اختيارات المؤسسات الدينية من مبدأ ما جرى عليه العمل	٤٥١٨
حكم مخالفة الفتاوى التي جرى عليها العمل :	٤٥١٩
المبحث الثاني: الوقائع المعاصرة لتطبيق هذا المبدأ	٤٥٢٢
المطلب الأول: الإشهاد على الطلاق	٤٥٢٢
المطلب الثاني: مسألة تقدير دية القتل الخطأ	٤٥٣٣

المطلب الثالث: حكم قول الرجل لزوجته " أنت طالئ " بالعامية المصرية	٤٥٣٨
أولا : أقسام الألفاظ من حيث وقوع الطلاق بها	٤٥٣٨
ثانيا : الفرق بين الصريح والكناية في ألفاظ الطلاق	٤٥٣٩
ثالثا : ضابط الصريح في ألفاظ الطلاق	٤٥٤٠
رابعا : آراء الفقهاء المعاصرين في قول الرجل لزوجته أنت طالئ	٤٥٤١
الخاتمة	٤٥٥٣
التوصيات	٤٥٥٣
المراجع	٤٥٥٦
الفهارس	٤٥٦٤