COLUMBIA UNIVERSITY
0027056619

893.799 M278

Ø855Ø441

MAR 22 1948

DATE DUE

MAR 25 2002

MAR 07 2002

MAY 31 2004

MAY 14 2004

GAYLORD

PRINTED IN U.S.A.

# فلسفة التشريع في الإسلام

## مقدمة في دراسة الشريعة الإسلامية على ضوء مذاهبها المختلفة وضوء القوانين الحديثة


تأليف

**صبحي محمصاني**

دكتور في الحقوق ( ليون ) ب . ح . ( لندن )
رئيس غرفة في محكمة الاستئناف
سابقاً مدعي عام محكمة الاستئناف الشرعية
استاذ المجلة والقانون الروماني في الجامعة الاميركية
بيروت



جميع الحقوق محفوظة للمؤلف



يطلب من

مكتبة الكشاف ومطبعتها

شارع المعرض - بيروت

١٣٦٥ - ١٩٤٦



COLUMBIA UNIVERSITY LIBRARY

COLUMBIA
UNIVERSITY
LIBRARY

# مقدّمة

تمر الايام وتتوارى الاجيال ، فيكتب التاريخ خلال ذلك صحفاً خالدة ، هي مرآة للحوادث الاجتماعية العظيمة ، مرآة ترينا البعيد من هذه الحوادث كالشبح الزائل ، وتعطينا عن الاقرب منها صورة أشد وضوحاً ، حتى نخال البعيد عنا جامداً غريباً ، ونرى القريب الينا مثالا حياً لما يجري امامنا ولما يدور حولنا .

وبرغم ذلك ، فان بين هذه الحوادث التاريخية المتباعدة صلة تربطها فيما بينها ربطاً وثيقاً ، وتجعلها تسير مع الزمن سيراً تدريجياً متوازناً . فتصبح هذه الصلة تياراً ، يكاد يكون ظاهراً على ممر الدهور والعصور ، تياراً يربط الماضي بالحاضر ، والقديم بالجديد .

وهكذا نحن اذا أردنا درس الجديد لم يسعنا الا تفهم القديم وتفهم أسباب تطوره . واذا قصدنا الى درس القديم كان لا بد لنا من مقارنته بالجديد ومن معرفة أسباب نشوئه ووجوده .

ومن الحقائق التاريخية الثابتة ان مظاهر الحياة الاجتماعية متغيرة بتغير الازمنة والامكنة . ولما كانت الشرائع والاحكام مظهراً من هذه المظاهر ، تتأثر بتلك الحياة تأثراً بيّناً ، وتؤثر فيها آثاراً واضحة ، أدركنا سبب اختلاف الشرائع باختلاف العصور والبلدان ،

وأدركنا سبب تلوّنها بصبغة الامم والاجيال الخاصة ، تبعاً لعاداتها وتقاليدها ، وأميالها ونزعاتهـــا .

على أن هذه الشرائع المختلفة المتباينة تتقارب من أوجه عديدة . ذلك لأنهـا تتقارب في أسباب وجودها ، وفي العلل التي ترتكز عليها . فمن ثمّ نستبين بين الشرائع جميعاً ، اذا ما وضعت عـلى بساط المقابلة والمقارنة ، شبهاً الى جانب التباين وموافقـات الى جانب الفروق .

فاختلاف القوانين وتشابهها ، قديماً وحديثاً ، أوحيا الى كاتب هذه السطور الفكرة الاولى لتصنيف هـذا الكتاب . وهو ليس الا مقدمة وجيزة في دراسة التشريع الاسلامي عـلى ضوء المذاهب المختلفة وضوء القوانين الحديثة .

وقد بذلت الجهد اثناء ذلك في أن أعتمد عـــلى المراجع الصحيحة الموثوق بها ، وفي أن أنتقي منها ، اذا تعددت ، أقدمها ، ومن ثمّ أقربها الى مصادرها الاولى . ومعلوم أن معظم هـــذه المناقب ، انِ لم أقل جميعها ، مطبوعة طبعاً قديماً متلاصقاً ، على ورق أصفر رخيص . هذا الى ما فيها من الحواشي والهوامش . فكان من نتيجة ذلك أن صعبت مطالعتهـا ، وأورثت في بعض الناس ضجراً وسأماً ، فتركوها أو هجروهـــا متأثرين بالشكل الخارجي دون الجوهر الحقيقي .

فأنا خالفت هؤلاء ، وعشقت الكتب الصفراء ، وأفخر بأن أكون من عشاقها ، لأنها تخزن من الكنوز الفكرية مـــا يفوق التقدير ، ولأنها تحوي ثمرة الجهود الجبارة التي قام بها الاسلاف في

هذا الميدان ، وزبدة الافكار القيمة التي تركوها .

وان غايتي الاولى من هذا الكتاب أن أبيّض ما استطعت من الدفائن الصفراء ، وأن أظهر منها ما تمكنت ، ثم أن أضع ما أستخرجه امام ما يقابله من الآراء الحديثة ، موضحاً أوجه الوفاق وأوجه الخلاف فيما بينها ، مع حجج المؤيدين والمخالفين لكل من هذه الآراء . وقد سعيت في غالب الاحيان ان اعرض ما توصلت اليه مع مصادره دون ان اذهب مذهباً معيناً ، او ان افاضل بين رأي وآخر ، تاركاً الامر في ذلك الى القاريء الكريم او الى غيري من الباحثين .

وارجو أن أتوصل بذلك الى ايضاح وجهة النظر الاسلامية في التشريع الى الاجانب والى المثقفين بثقافتهم ايضاحاً حقيقياً . وأرجو أن أتوصل الى ازالة ما تركه بعض الناس في الاذهان من آثار التشويش والتدجيل . وقد كان من هؤلاء طائفة من المستشرقين ومن نحا نحوهم من المتطفلين وأشباههم ، عوّدونا الكتابة في مواضيع لا يحسنون لغتها ، أو لا يعرفون مراجعها الاصلية . فالحقائق العلمية الثابتة لا يغتفر طمسها أو تشويهها ، مهما كان الباعث على ذلك ، سواء أكان السهو أم التسرع أم قلة التدقيق أم الجهل أم التغرض أم المزاج من هذه البواعث جميعاً .

وأرجو أن أتوصل ايضاً الى تقريب الاسلوب القانوني الغربي الى المطلعين على الشرع الاسلامي ، خصوصاً على مجلة الاحكام العدلية ، والى بيان الموافقات والفروق بين الطريقتين ، ما استطعت الى ذلك سبيلا .

هذه ، على الجملة ، هي الغاية التي قصدت اليها عند تأليف هذا الكتاب . فاذا بلغت بعض ما قصدت اليه ، كنت سعيداً بهذا التوفيق . « وما اوتيتم من العلم الا قليلا » .

وقد اعتاد غيري من المؤلفين تصدير مؤلفاتهم بالاعتذار عما قد يجده القارىء فيها من خطأ أو سهو . على ان اعتذارهم هذا اذا كان أحياناً من نوع اظهار التواضع ، فليس هذا شأني على كل حال . واني أراني أشد منهم حاجة الى طلب المعذرة والحلم عن مواضع الخطأ أو النقصان في هذا الكتاب .

وأخيراً ، لا بدّ من التنبيه الى أمر . وهو أن هذا الكتاب ليس الا مقدمة . أرجو أن أتبعها ان شاء الله بكتاب آخر [١] ، يبحث في « النظرية العامة للعقود والموجبات في الشريعة الاسلامية » على ضوء المذاهب المختلفة ، خصوصاً المذهب الحنفي وباقي المذاهب السنية ، وعلى ضوء القوانين المدنية الحديثة ، وأخص منها القوانين اللبنانية والانكليزية والفرنسية . والله وليّ التوفيق في البداية والنهاية .

بيروت في اول تشرين الثاني سنة ١٩٤٥ .

صبحي رجب محمصاني

---

(١) هو الآن قيد الطبع ، ويقع في جزئين .

# الباب الأول

## تعريف علم الفقه وتقسيمه

### الانسان مدني بطبعه

لسنا في معرض يسمح لنا بتعداد النظريات التي تبحث في اصل المجتمع ، ولا ببيان فساد قول روسو وامثاله ان الانسان كان في البدء يعيش منفرداً « على الطبيعة »[1] ، وان المجتمع تكوّن بنتيجة عقد اجتماعي[2] بين افراده . بل نكتفي بتدوين الرأي السائد عند علماء الاجتماع اليوم . وهو ان الانسان اجتماعي بطبعه ، وان الحياة الاجتماعية لازمة له .

وبديهي ان تستتبع هذه الحقيقة ضرورة وجود الشرائع في المجتمع ، لتكون محكّمة بين افراده . ذلك لان الحياة الاجتماعية توجب على هؤلاء التعامل المتبادل ، وتولّد العلاقات المختلفة فيما بينهم ، وتورث المنازعات التي تنشأ من هذه العلاقات . فكان لا بدّ من قواعد تحدد حقوق كل فرد بالقياس الى حقوق الآخرين ، وتكون من ثم وازعة للنزاع والشقاق .

وقد تبنّت مجلة الاحكام العدلية هذا الرأي . ويلاحظ القارىء

---

(١) A l'état de nature

(٢) Contrat social

هنا ، كما سيلاحظ في محلات اخرى ، ان المجلة تعرّضت لآراء نظرية قلما توجد في مدوّنات الاحكام الحديثة . فقد نصّت في مادتها الاولى على : « ان الانسان ، من حيث انه مدني بالطبع ، لا يمكن ان يعيش على وجه الانفراد كسائر الحيوانات . بل يحتاج الى التعاون والتشارك ببسط بساط المدنية . والحال ان كل شخص يطلب ما يلائمه ويغضب على من يزاحمه . فلاجل بقاء العدل والنظام بينهم محفوظَيْن من الخلل ، يحتاج الى قوانين مؤيّدة شرعية » .

وان المدني ، كما ترى من تفسير المادة نفسها ، معناه من لا يعيش على وجه الانفراد . وهو يشمل الحضري والبدوي معاً ، لا الاول فحسب ، لان كليهما اجتماعي بطبعه ، يعيش مع غيره ويتعاون معه في الحياة [١] .

وقد أوضح ابن خلدون هذه الحقيقة بقوله : « ان الاجتماع الانساني ضروري . ويعبر الحكماء عن هذا بقولهم الانسان مدني بالطبع ، أي لا بدّ له من الاجتماع الذي هو المدنية في اصطلاحهم ، وهو العمران . . . وان الواحد من البشر غير مستقل بتحصيل حاجاته في معاشه . . . وان البشر لا يمكن حياتهم ووجودهم الا باجتماعهم وتعاونهم على تحصيل قوتهم وضروراتهم . واذا اجتمعوا دعت الضرورة الى المعاملة واقتضاء الحاجات ومدّ كل واحد منهم يده الى حاجته يأخذها من صاحبه ، لما في الطبيعة الحيوانية من

---

(١) هذا يعارض ما جاء في شرح المجلة للاستاذ المحامي ( ج ١ ص ٢٦ ) من ان كلمة مدني معناها لا بدوي .

الظلم والعدوان بعضهم على بعض ، ويمانعه الآخر عنها . . . فيقع التنازع المفضي الى المقاتلة ... فاستحال بقاؤهم فوضى دون حاكم يزع بعضهم عن بعض »[١] .

ومن يتتبع التاريخ ويرجع الى العصور الأولى يرَ هذه القوانين « المؤيدة للعدل والنظام » ممزوجة بعادات القبائل الموروثة ، ويلمس انها لم تكن منفصلة عن باقي العادات الاجتماعية من دينية واخلاقية وغيرها .

وهذا المزيج بين العادات القديمة جميعاً حقيقة تاريخيـــة مقبولة عند الباحثين في تاريخ الشرائع ، كماين الانكليزي[٢] وده كولانج الافرنسي[٣] . وقد بحث فيها هؤلاء وعززوها بالشواهد المأخوذة من تاريخ الهنود القدماء واليونان والرومان وغيرهم من الامم القديمة ، واثبتوها بوجه كافٍ يدحض رأي المعـــارضين ، امثال الكاتب الانكليزي دياموند[٤] .

وقد ابتدأت تلك العادات بسيطة بتأثير بساطة الحياة الاجتماعية . وكان تنفيذها حينذاك يرتكز على الرأي العام في القبيـــلة وعلى سلطة رئيسها المعنوية ، واحياناً ايضاً على قوة الأفراد وفاقاً لقاعدة

---

(١) مقدمة ابن خلدون ، المطبعة البهية ، مصر ، ص ٣٥ و٣١٤ و١٦٢ – ١٦٣ .

(٢) في كتابه « القانون القديم » .
( Henry - Sumner Maine's Ancient Law )

(٣) في كتابه « المدينة القديمة » .
( La Cité Antique de Fustel de Coulanges )

(٤) انظر « كتابه « قانون العصور الاولى » لندن ، ١٩٣٥ .
( Diamond's Prinitive Law )
ونقد هذا الكتاب في المجموعة السنوية للقانون الانكليزي لعام ١٩٣٥ ، ص١٥ ،
( Annual Survey of English Law )

الحق للقوة .

على ان الامر تغير بتقدم الحضارة . فكثرت العلاقات بين الناس ، واصبحت متشابكة معقّدة . فمسّت الحاجة اذ ذاك الى القوانين الواضحة لأجل صون الحقوق . ثم انفصلت هذه القوانين عن العادات الأخرى وخلفت الدولة رئيس القبيلة ، واخذت هي تسهر على تنفيذ القوانين بمحاكمها وقوتها الاجتماعية .

## معنى القانون

ان كلمة القانون يونانية الاصل [١] ، دخلت الى العربية عن طريق السريانية [٢] . وكان استعمالها في الاصل بمعنى المسطرة ، ثم صار بمعنى القاعدة . وهي اليوم تستعمل في اللغات الاوروبية بمعنى الشريعة الكَنَسية [٣] .

ومعنى القانون في لغة العرب « مقياس كل شيء » [٤] . ومنه اخذ التعبير العام ، الذي يطلق على كل قاعدة كلّية الزامية ،

---

(١) Kanôn . راجع الموسوعة الاسلامية تحت كلمة Kanûn
( The Encyclopaedia of Islam )

(٢) جاء في تاج العروس ( ج ٩ ص ٣١٥ ) ان كلمة قانون رومية ( يونانية ) او فارسية . وجاء في محيط المحيط انها من السريانية . والحقيقة انها من اليونانية ، وان اللغة العربية اخذتها كغيرها ايضاً من الكلمات اليونانية عن طريق اللغة السريانية .

(٣) Canon Law , Droit Canonique

(٤) قاموس لسان العرب لابن منظور ( ج ٧ ص ٢٢٩ ) ، وقاموس المحيط للفيروزبادي ( ج ٢ ص ٢٦٩ ) . وتطلق هذه الكلمة ايضاً على نوع من آلات الطرب الشرقية .

فيقال قانون الصحة وقوانين الطبيعة ، وهكذا [١] .

اما في الاصطلاح ، فان الفقهاء المسلمين ندر ان استعملوا هذه الكلمة . وانما استعملوا مكانها كلمات الشرع والشريعة والحكم الشرعي ، كما سنرى قريباً . وللكلمة اليوم معانٍ ثلاثة .

اولها ، وهو الاعم ، يقصد به المدوّنة او مجموعة الاحكام الشرعية [٢] . فيقال قانون الجزاء العثماني ، وقانون الموجبات والعقود اللبناني ، الخ .

والمعنى الثاني يراد به الشرع والشريعة [٣] بوجه عام ، كما في قولنا القانون الانكليزي او درس القانون او ما اشبه . وان كلمة الشرع والشريعة في اللغة العربية مأخوذة من كلمة الشارع ، ومعناها الله ( عزّ وجل ) ، وهو مصدر الشرع الاسلامي الاول ، كما سيأتي بيانه .

واخيراً ، تطلق كلمة قانون بصورة خاصة على كل قاعدة من قواعد المعاملات العامة الالزامية [٤] . فيقال مثلاً سنّ مجلس النواب قانوناً بمنع الاحتكار او ما الى ذلك . وان صفات القانون بمعناه هذا هي انه يتعلق بالمعاملات المدنية دون العبادات ، خلافاً

---

(١) هذا المعنى تكلم الغزالي عن قوانين الحد ، في المستصفى من علم الاصول ( مصر ، ١٩٣٧ ، ج ١ ص ٨ ) .

(٢) Codex , Code

(٣) Jus , Law , Droit, Recht

(٤) Lex , a law, loi , Gesetz . استعمل كلمة قانون بهذا المعنى الامام ابو القاسم بن جزيّ ، من اهل غرناطة ، الذي عاش في اوائل القرن الثامن للهجرة ( ٦٩٣ – ٧٤١ هـ ) ، اي في اواخر القرن الرابع عشر للميلاد ، في كتاب القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية ، طبع فاس ، ١٩٣٥ .

لقواعد الفقه الاسلامي التي تبحث في الدين والقضاء بآن واحد ، وانه الزامي تساند تنفيذه الحكومة ، وانه عام لا يوضع لقضية واحدة او لشخص معين كما هو حكم القاضي ، بل يوضع لجميع الناس او لفئة منهم بدون تفريق او تخصيص .

وقد كثر استعمال كلمة القانون في العهد العثماني للدلالة على الاحكام الصادرة من الدولة ، لتفريقها عن احكام الشرع الحنيف المبنية على ادلته المعروفة ، لا سيّما اذا كان الحكم في المسألة الواحدة يختلف في القانون عما هو في الشرع . مثاله ، الربا محرم شرعاً ، ولكن الفائدة مباحة قانوناً .

وقد استعملت كلمة الشريعة ايضاً بهذه المعنى ، فقيل شرائع الاسلام [١] بمعنى قوانينه . وكذلك استعمل علماء الاصول المسلمون كلمة الحكم بمعنى القانون الشرعي ، وكلمة الحاكم بمعنى الشارع [٢] . واليك تفسير كل ذلك بايجاز ، مع بيان تعريف علم الاصول ثم تعريف علم الفقه .

## علم الاصول والحكم الشرعي

علم الاصول هو العلم الذي يبحث في الادلة الشرعية وفي طرق استنباط الاحكام منها . فموضوعه اذاً هو هذه الاحكام وتلك الادلة .

فالادلة الشرعية هي اصول التشريع الاسلامي ومصادره . وان

---

(١) كتاب مشهور في الفقه الجعفري .

(٢) لكلمة الحاكم اليوم معان اخرى : فهي تطلق على الموظف الاداري الاعلى ، كما في حاكم لبنان . وتطلق على القاضي ، فيقال حاكم الصلح . ومنها الحكم والمحكمة .

المتفق عليه منها اربعة : القرآن الكريم والسنة والاجماع والقياس ، على ما سيأتي بيانه في باب لاحق .

اما الحكم الشرعي ، فهو « خطاب الشارع المفيد فائدة شرعية »[١] . وبعبارة اخرى ، هو عند الاصوليين ما خاطب به الشارع الناس المكلفين من طلب ، او تخيير ، او وضع ، يتعلق بافعالهم . وهذا ، كما ترى ، تعريف ليس ببعيد عن تعريف القانون بمعناه الخاص الذي اوضحناه . فلذا قيل في القاعدة الكلية الواردة في كتاب المجامع ان « الحكم يراعى في الجنس لا في الافراد »[٢] ، اي انه عام كالقانون ، لم يوضع لفرد معين أو لحالة مخصوصة .

وان الحكم الشرعي يفترض وجود الحاكم والمحكوم فيه والمحكوم عليه . فالحاكم معناه الشارع ، وهو الله عز وجل ، لانه مصدر الاحكام الاول في الشرع الاسلامي . والمحكوم فيه هو الفعل الذي يتعلق به الحكم الشرعي . والمحكوم عليه هو الانسان المكلف بالحكم الشرعي . ويشترط ان يكون هذا عاقلاً اهلاً للتكليف . وثمة عوارض تؤثر على اهلية التكليف . وهي اما سماوية تقع دون اختيار الانسان ، كالصغر والجنون والعته والنوم والمرض والموت والنسيان ، واما مكتسبة بفعل الانسان ، كالسكر والهزل والسفه والتبذير والخطأ والجهل والسفر والاكراه .

ثم ان الحكم الشرعي نوعان : تكليفي ووضعي . فالتكليفي

---

(١) الاحكام في اصول الاحكام للآمدي ، ج ١ ص ٦٩ .

(٢) مجامع الحقائق ( لابي سعيد الخادمي ) وشرحه منافع الدقائق ( لمصطفى بن محمد الكوزلحصاري ) ، الاستانة ، ١٣٠٨ هـ ، ص ٣١٩ .

هو ما كان اثره يتعلق بالاقتضاء والتخيير . وتقسم الافعال من هذه الناحية الى واجب ومندوب ومباح ومكروه وحرام . فالواجب هو المطلوب فعله شرعاً مع الذم على تركه . ثم الحرام هو المطلوب تركه شرعاً مع الذم على فعله . ثم المندوب هو المطلوب فعله شرعاً من غير ذم على تركه مطلقاً . ثم المكروه هو المطلوب تركه من غير ذم على فعله . واخيراً المباح هو ما كان المرء مخيراً فيه بين الفعل والترك من غير بدل [١] . مثلاً الآية الكريمة « واحلّ اللهُ البيعَ وحرمَ الربا » [٢] ، فالبيع حكم تكليفي مباح ، والربا حكم تكليفي حرام او محظور ، وهكذا .

اما الحكم الوضعي ، فهو ما كان موضوعاً كسبب أو شرط أو مانع للافعال ، او ما يترتب على هذه الافعال من صحة او بطلان او رخصة او عزيمة . وامثلة توضح ذلك :

يقال ان القتل سبب القصاص ، ومعناه ان القصاص هو الحكم الوضعي لفعل القتل ، لانه سبب له . وكذلك ، يعتبر تسليم المبيع شرطاً في عقد البيع ، لانه من شروط ايفاء العقد . ويعدّ خيار العيب في المجلة مانعاً من لزوم البيع ، لان العيب في المبيع ، أي الصفات التي تنقص قيمته ، لما كانت تعطي المشتري حق فسخه ، فهي تمنع من اعتبار البيع لازماً . ثم ان بيع الراشد صحيح ، وان بيع المجنون باطل ، فأذنْ حكم الاول الوضعي هو الصحة وحكم الثاني البطلان . ثم من امثلة الرخصة الضرورات ، فحكمها

---

(١) الاحكام للآمدي ، ج ١ ص ٥٠ — ٦٤ .

(٢) البقرة (٢) ٢٧٥ .

الترخيص واباحة المحظورات . واخيراً ، العزيمة هي ما جوّز في الاصل من الاحكام ، كما نرى في العقود المشروعة مثلاً .

## تعريف علم الفقه

الفقه لغةً الفهم ، ومنه الآية الكريمة « وطُبع على قلوبهم فهم لا يَفْقَهون »[١] . اما الاصطلاح ، فقد خص بالفقه علم الشريعة ، وسمّي العالم به فقيهاً[٢] .

وبتعريف مجلة الاحكام العدلية في مادتها الاولى : « الفقه علم بالمسائل الشرعية العملية » . ولكن تعريف الفقهاء جاء اتم من هذا التعريف . فالفقه عندهم هو « العلم بالاحكام الشرعية الفرعية المكتسب من ادلتها التفصيلية »[٣] . وهاك شرح التعريف :

اولاً — الفقه « علم » : نعم استعمل الفقهاء احياناً كلمة العلم بمعنى الفهم والمعرفة . ولكن لا ريب ايضاً في انهم درسوا الفقه على انه ذو موضوع خاص وقواعد خاصة ، بوجه نستبين منه انهم اعتبروه علماً بالمعنى الذي نعرفه اليوم . وهذا موافق للرأي الحديث السائد[٤] ، برغم وجود شيء من التردد في قبول ذلك عند البعض

(١) سورة التوبة (٩) ٨٧ .

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم (ج ١ ص ٣) ، نقلا عن الصحاح وضياء الحلوم .

(٣) الدر المختار للحصكفي ، ج ١ ص ٦ .

(٤) راجع مثلاً بلانيول ( القانون المدني ، باريس ، ١٩٢٢ ، ج ١ رقم ٣ ) ، واوستن ( في كتابه Jurisprudence , Student's edition ، لندن ، ١٩٢٠ ص٧٥ )، وكيتون ( في كتابه المبادىء الاولية في علم الحقوق The Elementary Principles of Jurisprudence ، لندن ، ١٩٣٠ ص ١ وما بعدها ) .

من رجال القانون [١] . ويعود سبب التردد الى موضوع هذا العلم ، الذي يتلوّن بالآراء الاجتماعية ، ويتأثر بظروف البيئة وبمظاهر الحياة الانسانية . فلهذا اعتبره بعض القدماء فنّاً ، وهكذا عرفه سلسوس الروماني بانه « فن العدل والانصاف » [٢] .

ثانياً — الفقه علم « بالاحكام الشرعية » : لقد مرّ معنا تعريف الحكم الشرعي ومعناه . اما كلمة « الفرعية » فيقصد بها ان الاحكام الفقهية تتعلق بالمسائل العملية الناتجة من افعال المكلفين في معاملاتهم اليومية . ولذا سمّيت احكام هذه المسائل بالفروع لتفريقها عن الاصول ، وهي الادلة الشرعية موضوع علم اصول الفقه الذي بيّناه .

ثالثاً — زاد الفقهاء على تعريف المجلة ان علم الفقه « مكتسب من ادلة الاحكام التفصيليّة » . اذ ان الفقيه عليه ان يسند الاحكام الى ادلتها ومآخذها بالنظر والاستدلال . وقد قيل في القواعد الكلية المذكورة في المجامع : « الاسباب مطلوبة للاحكام » [٣] .

## الفقه الاسلامي دينه وقضاؤه

ان الشريعة او الشرع عند المسلمين هو ما شرعه الله تعالى

---

(١) طالع مثلاً خطاب اللورد رايت في جامعة لندن بتاريخ ٢٤ تشرين الاول سنة ١٩٣٧ ، المنشور في مجلة القانون الفصلية لسنة ١٩٣٨ ص ١٨٧
( Law Quarterly Review )

(٢) رواه عنه يوستنيانوس في صدر مجموعة الديجستا :
Est autem a justitia appellatum; nam, ut eleganter Celsus definit , jus est ars boni et aequi .

(٣) انظر الآمدي ( ج ١ ص ٤ ) ، والمجامع وشرحه المنافع ( ص ٣١١ ) .

على لسان نبيّه ( ص ) ، كما جاء في الآيات الكريمة : « شرع لكم من الدين ما وصّى به نوحاً والذي اوحينا اليك وما وصينا به ابرهيم وموسى وعيسى » . « لكل جعلنا منكم شِرعة ومنهاجاً » . « ثم جعلناك على شريعة من الامر فاتّبعها ولا تتّبع أهْواء الذين لا يعلمون » [١] .

فالشارع اذاً هو الله ( عز وجل ) وحده ، الذي انزل الشريعة الاسلامية بما فيها من دين ومن قضاء . فكان طبيعياً ان يبحث علم الفقه او علم الشريعة في العبادات وفي المعاملات جميعاً ، وان يعدّ الاصوليون هذا العلم من العلوم الدينية [٢] . وكان طبيعياً ايضاً ان ترتبط امور المعاملات بالدين في اصولها ومآخذها وفي احكام التفسير والاجتهاد ، وما الى ذلك من مناهج التفكير والتحري والاستدلال .

ولقد قدّمنا ان احكام المعاملات كانت عند الامم القديمة مختلطة بباقي العادات الدينية والاجتماعية . ولكن انفصال القانون عن الدين تدرّج شيئاً فشيئاً في الغرب ، حتى اصبح تاماً منذ عصر ازدهار الامبراطورية الرومانية ، وحتى اصبح القانون اليوم لا يتعلق الا بالامور المدنية المحضة ، واصبح علم القانون مختصاً بالحقوق الدنيوية الوضعية [٣] .

---

(١) الشورى (٤٢) ١٣ ، والمائدة (٥) ٤٨ ، والجاثية (٤٥) ١٨ .

(٢) المستصفى للغزالي ، ج ١ ص ٤ .

(٣) لذلك يستغرب التعريف الوارد في بدء كتاب الاحكام ليوستنيانوس ( Institutes , 1, 1 ) بان علم الحقوق هو العلم بالامور الدينية والدنيوية :
Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia .

والحاصل ان الشريعة الاسلامية شريعة الهية بمصادرها واحكامها . وان القانون المدني يبحث في المعاملات وحدها ، ويستمد احكامه من سلطة الدولة ، التي تسنّه وتعدّله وتلغيه حسب الظروف المَصْلَحية لديها .

## تقسيم علم الفقه

اذْ كان الفقه الاسلامي ديناً وقضاءً بآن واحد كما قدمنا ، ادركنا سبب تقسيم مسائله الى قسمين كبيرين . احدهما قسم العبادات وهو يتعلق بامور الآخرة ، من صلاة وزكاة وصيام وحج . وهو بحث خارج عن موضوع كتابنا هذا . والقسم الثاني يتعلق بامور الدنيا ، وهو ينقسم بدوره الى ثلاثة اقسام : العقوبات والمناكحات والمعاملات .

فقسم العقوبات يبحث في الجنايات والجرائم ، كالقتل والسرقة والزنا والشرب والقذف ، وفي عقوباتها ومتفرعاتها ، كالقصاص والحدود والديات .

ثم قسم المناكحات يشمل الزواج والطلاق وما تفرّع عنهما ، كالعدة والنسب والنفقة والحضانة والولاية والوصاية والارث وغيرها . ويسمّى اليوم قانون الاحوال الشخصية او قانون العائلة .

ثم قسم المعاملات اخيراً يبحث في الاموال وما يتعلق بها من حقوق وعقود ، كاحكام البيوع والاجارة والهبة والاعارة والوديعة والكفالة والحوالة والشركة والصلح والغصب والاتلاف وما شابه [١].

---

(١) قسم بعضهم المسائل الفقهية الى ثلاث : العبادات والعقوبات والمعاملات . ثم قسموا مسائل المعاملات الى مناكحات ، ومعاوضات مالية ، وامانات ، ومخاصمات . راجع هامش الفتاوي الانقروية ، بولاق ، ١٢٨١ هـ ، ج ١ ص ١ .

وعلى هذا النحو من التقسيم ، ورد في المادة الاولى من المجلة ان « المسائل الفقهية اما ان تتعلق بامر الآخرة وهي العبادات ، واما ان تتعلق بامر الدنيا وهي تنقسم الى مناكحات ومعاملات وعقوبات . فان الباري تعالى أراد بقاء نظام هذا العالم الى وقت قدّره . وهو انما يكون ببقاء النوع الانساني ، وذلك يتوقف على ازدواج الذكور مع الاناث للتوالد والتناسل ، ثم ان بقاء نوع الانسان انما يكون بعدم انقطاع الاشخاص . والانسان بحسب اعتدال مزاجه يحتاج للبقاء في الامور الصناعية الى الغذاء واللباس والمسكن ، وذلك يتوقف على التعاون والتشارك بين الافراد . . . فلاجل بقاء العدل والنظام بينهم محفوظَيْن من الخلل يحتاج الى قوانين مؤيّدة شرعية في امر الازدواج ، وهي قسم المناكحات من علم الفقه ، وفي ما به التمدن من التعاون والتشارك ، وهي قسم المعاملات منه ، ولاستقرار امر التمدن على هذا المنوال لزم ترتيب احكام الجزاء ، وهي قسم العقوبات من الفقه » .

ومن يتصفح الكتب الفقهية الاسلامية يجدها متشابهة في اسلوبها وتبويبها بوجه عام . فهي جميعاً تبتديء بقسم العبادات . ثم تنتقل الى باقي الاقسام ، من عقوبات ومناكحات ومعاملات ، فتبحث في ابوابها المتعددة على ترتيب يختلف احياناً باختلاف المؤلفين ، ولكنه على كل حال ليس فيه التفريق الواضح بين ابواب هذه الاقسام الثلاثة .

وكذلك نجد في هذه الكتب فصولاً شتى تبحث في اصول

المحاكمة ، كالدعوى والبيّنات والاقرار وحكم القاضي وآدابه وفي السِيَر كاحكام الجهاد واختلاف الدارين والامان والغنائم والجزية ، وفي العشر والخراج ، وفي الرق والعتاق ، وما الى ذلك .

## تقسيم القوانين الحديثة

تقسم القوانين الوضعية الى قسمين كبيرين : قسم الحقوق الدولية وقسم الحقوق الداخلية .

فالاول ينقسم قسمين ايضاً : احدهما القانون الدولي العام ، وموضوعه علاقات الدول فيما بينها في السلم والحرب . والثاني القانون الدولي الخاص ، وموضوعه مسائل « الجنسية » وتنازع القوانين المختلفة عند تطبيقها على الاجانب .

ثم ان قسم الحقوق الداخلية ينقسم ايضاً الى عام وخاص . فالقانون العام هو ما تعلق بالدولة وبعلاقاتها مع الافراد . ويدخل فيه : القانون الاساسي او الدستوري وهو يتعلق بتنظيم الدولة الاساسي ، والقانون الاداري ويتعلق بتحديد وظائف الدولة مفصلاً واختصاصها وعلاقاتها مع الافراد ، وقانون الجزاء او قانون العقوبات وهو يعين مجازاة الذين يعتدون على الراحة العامة والامن العام . وقد وُضع قانون الجزاء في قسم القانون العام ، لعلاقة الدولة والحق العام في العقوبات ، وذلك باجماع العلماء في فرنسا وبرأي معظم العلماء في انكلترا [١] .

---

(١) خالف بعض العلماء الانكليز هذا الرأي ، فعدّوا قانون الجزاء من ضمن القانون الخاص . ومن هؤلاء : اوستن ( في كتابه المشار اليه آنفاً ، ص ٣٦٧ ) ، وسالموند ( في كتابه علم الحقوق Jurisprudence طبع لندن ، ١٩٢٤ ، ص ٥٤٦ ) .

اما القانون الداخلي الخاص ، فيبحث في علاقات الافراد فيما بينهم . وهو ايضاً على اقسام اهمها : القانون المدني ، وهو يشمل احكام الاحوال الشخصية والاموال والحقوق العينية والشخصية . ثم قانون التجارة ، وهو يبحث في معاملات التجار وامور التجارة . ثم قانون اصول المحاكمات ، وهو يحـــدد تنظيم القضاء واختصاصه وطرق تقديم الدعوى والمرافعات والاحكام وطرق تنفيذها . والى جانب هذه القوانين الخاصة توجد قوانين اخرى ، كقانون العمل وقانون الزراعة وغيرهما .

هـذا بوجه التقريب هو التقسيم في القوانين الحديثة . وهو ، على الجملة ، تقسيم عملي مفيد ، يوافق الحاجات الجديـدة ويناسب ضرورات الحياة الحاضرة ، ويسهل دارسة الاحكام القانونية .

# الباب الثاني

# لمحة تاريخية

## الفصل الاول

## المذاهب الاسلامية

---

### مهد الشريعة

ان العرب في الجاهلية ، اي قبل الاسلام ، كانوا يعيشون في جزيرتهم وما حولها عيشاً بسيطاً يكاد يكون فطرياً . وكان مجتمعهم مؤلفاً من قبائل متفرقة لا يربطها سلطان مركزي ، وكانت القبيلة والعصبية القبلية اساس حياتهم الاجتماعية وكان الفرد ينتمي الى قبيلته بالقرابة او بالتبني او بالحلف والموالاة ، فيتعصّب لها وتحميه من كل اعتداء غريب . وكان الغزو شائعاً بين القبائل ، مع ما يلحق ذلك من نهب الاموال وأسر الرجال وسبي النساء والاسترقاق .

اما العائلة ، فكان نظامها متفككاً والمرأة كانت مَهينة . فالعادة اجازت وأد البنات عند الولادة بسبب العار او بسبب الفاقة ، واباحت تعدد الزوجات دون حد واباحت المتعة او الزواج الموقت ، واعطت حرية الطلاق للزوج دون قيد ولا شرط ، وحرمت النساء من حق الارث .

ونظام المعاملات عندهم كان عُرفياً ، فالعرف اجاز عقود المبادلة والبيع والمزارعة والربا وغيرها .

هذه بكلمة كانت حالة العرب لما ظهرت رسالة النبي العربي محمد بن عبد الله ( ص ) سنة ٦١٠ م . وبهذا ابتدأ تاريخ التشريع الاسلامي[١] . فكان الكتاب اي القرآن الكريم المصدر الاساسي له ، وكانت مدة تنزيله اثنتين وعشرين سنة ونيف ، منها اثنتا عشرة سنة في مكة المكرّمة والباقي في المدينة المنوّرة . ثم كانت السنة المصدر الثاني بعد الكتاب ، وهي ما صدر عن الرسول العربي من حديث او فعل او تقرير .

## اهل الرأي واهل الحديث

توفي النبي ( ص ) سنة ٦٣٢ م ، وبَقي اهل الفُتيا من الصحابة يفتون ويحكمون فيما يعرض عليهم من الحوادث والقضايا على حسب القرآن والسنة . وكانوا في ذلك يتشاورون فيما بينهم ، ويأخذون بالاجماع عند عدم النص . فنشأ من ثم اجماع الفقهاء كدليل ثالث للتشريع الى جانب الكتاب والسنة .

فقام اولاً بالفتيا والقضاء الخلفاء الراشدون ، ابو بكر الصديق وعمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعلي بن ابي طالب . واخص بالذكر منهم عمر الفاروق ، الذي كان المؤسس الاكبر للدولة

---

(١) راجع تاريخ التشريع الاسلامي للخضري ( مصر ، طبعة ثانية ، ١٩٢٦ ) ، ونظرة عامة في تاريخ الفقه الاسلامي للدكتور علي حسن عبد القادر ( الجزء الاول ، القاهرة ، ١٩٤٢ ) ، وتاريخ التشريع الاسلامي للسادة السبكي والسايس والبربري ( مصر ، طبعة ثانية ، ١٩٣٩ ) ، وكتابي فجر الاسلام وضحى الاسلام للسيد احمد امين ، وحسن المحاضرة للسيوطي ، وكتب الطبقات التي سيأتي بيانها .

الاسلامية بعد النبي ( ص ) ، والذي نظر الى روح الشريعة الحقيقية ، ونفذها بحزم وقوة ، وعدل واحسان ، ونظم الدولة والدواوين ووفق حاجات الزمن وتطوره .

وفي ذلك العهد وبعده ، تفرق بعض الصحابة في الامصار الاسلامية المختلفة . فاشتهر منهم كثيرون امثال عبد الله بن عباس في مكة ، وزيد بن ثابت وعبد الله بن عمر في المدينة ، وعبد الله بن مسعود في الكوفة ، وعبد الله بن عمرو بن العاص في مصر .

وتلا عصر الصحابة عصر التابعين . وفي هذا العصر غلبت على كل بلد فتاوى من كان فيه من الصحابة . ثم ظهر بعد التابعين فقهاء ومذاهب مختلفة عديدة . انقرض بعضها بزوال اتباعها ، وبقي البعض الآخر وذاع شيئاً فشيئاً . حتى كان صدر الدولة العباسية ، فازدهر فيه علم الفقه ووصل الى عصره الذهبي ، اذ انتشرت المذاهب السنية الاربعة ، وجمع الحديث ، وكتبت تفاسير القرآن الكريم ، ودوّن علم الاصول .

وعلى الجملة ، انقسم الفقهاء طائفتين كبيرتين : احداهما طائفة اهل الرأي في العراق برئاسة ابي حنيفة النعمان . والثانية طائفة اهل الحديث في الحجاز برئاسة مالك بن انس .

وقد اشتهر مذهب الحديث بالتمسك بالسنة النبوية وبالنفور عن الرأي والاجتهاد . وسببه ان البلاد الحجازية كانت مهد السنة ومأوى الصحابة ، فكان فقهاؤها اعلم بها من غيرهم . هذا الى ان اهلها كانوا لا يزالون على بساطة من العيش قريبة من البداوة ، فكانت الفتيا المستمدة من النصوص الشرعية ومن اجماع الفقهاء

كافيـــة للفصل في منازعاتهم ، ولم يكن بالتالي من احتياج الى التوسع في الاجتهاد والاستدلال .

اما في العراق ، فكان الامر على العكس من هذا . فكان اهله اكثر تعمقاً في الحضارة ، بما في ذلك من مشاكل عديـــدة ووقائع متجددة . وكان الفقهاء لا يأخـــذون من الاحاديث الا قليلها بسبب بعدهم عن ارض الحديث ، وما يتبع ذلك من سهولة تفشي الكذب في روايته . وكانوا يرجعون في كثير من المسائل الفقهية الى تحكيم العقل والرأي والى الاجتهـــاد بالقياس والاستحسان . وقد توسعوا في ذلك وافرطوا في التوسع ، حتى تعرضوا لمسائل فرضية محضة .

واذا اردنا سَرد المذاهب بالقياس الى درجة توسعها في الرأي ، وجب وضع المذهب الحنفي في المركز الاول ، ووضـع المذهب الظاهري في الطرف الاخير ، ثم وجب ترتيب باقي المذاهب السنية المعروفـــة كما يلي : الشافعي فالمالكي ثم الحنبلي . ولا بد من الاشارة الى ان هذا الترتيب ليس الا تقريباً اجمالياً . اذ برغم ذلك ، ليس من النـادر ان نرى هـــذا الترتيب معكوساً او مختلفاً في بعض المسائـل . مثاله ، سنرى في مسألة قبول الشاهد الواحـــد ان المذهب الحنبلي اكثر توسعاً من المذهب الحنفي ، وهكذا .

غير ان هذا التباين بين ائمة المذاهب المختلفة لم يدم عـلى هذا النحو بين تلامذتهم . اذ ان كثيرين من تلامـــذة الامام الواحد قد رحلوا الى الامصار الاخرى واتصلوا بالائمة الآخرين وبتلامذتهم ،

واخـــذ كل فريق عن الفريق الآخر الشيء الكثير . وكان بينهم جدال وحوار ومناظرات [١] .

فاسفر ذلك كله عن اتجاه جديـــد يرمي الى تقريب النظريات المتعارضة ، والى مزج طريقة اهل الحديث بطريقة اهل الرأي . فاستتبع هذا الاتجاه ظهور ائمة وتلامـــذة من الطريقتين معتدلين ومتوسطين ، كما نلمس في مذهب الشافعي الجديد وفي فتاوي ابي يوسف والطحاوي وغـــيرهم . حتى اننا نرى في الكتب الحنفية احاديث عديدة لم يقبل بها اهـل الحديث ونرى في مذاهب اهل الحديث توسعاً ظاهراً في الاجتهاد ، كدليل المصالح المرسلة عند المالكيين ، وكالاتجاه العقلي الملموس عند مجددي المذهب الحنبلي ، امثال ابن تيمية وابن القيم الجوزية .

هذا الذي ذكرنا كان عن المذاهب السنية ، واهمها المذاهب الاربعة الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي . فنحن نستعرضها ههنا بايجاز على ان نذكر بعد ذلك لمحة عن المذاهب السنية البائدة وعن مذاهب اهل الشيعة .

---

(١) انظر ضحى الاسلام ، ج ٢ ، الطبعة الاولى ، مصر ، ١٩٣٥ ، ص ١٦٥ — ١٧٠ .

# الفصل الثاني
## المذهب الحنفي

### الامام الاعظم

الكوفة في العراق ، كانت محطاً لكثيرين من الفقهاء المسلمين . ففي ايام الخلفاء الراشدين ، بعث اليها عمر بن الخطاب الصحابي عبد الله بن مسعود ( المتوفى سنة ٣٢ هـ ) معلماً وقاضياً . وهو صحابي محدث فقيه . ثم اشتهر فيها بعده تلاميذه وتلاميذ تلاميذه ، مثل علقمة النخعي ومسروق الهمداني والقاضي شريح وابرهيم النخعي وعامر الشعبي وحماد بن ابي سليمان .

وفي الكوفة ايضاً نشأ المذهب الحنفي . ومؤسسه ابو حنيفة النعمان بن ثابت ، المعروف بالامام الاعظم . وهو فارسي الاصل ، ولد في الكوفة سنة ٨٠ هجرية ( ٦٩٩ م ) . وقد بدأ حياته العلمية بدرس علم الكلام ، ثم تعلم فقه مدرسة الكوفة عن شيخه حماد بن ابي سليمان ( المتوفى سنة ١٢٠ هـ ) . وكان الى جانب حياته العلمية خزّازاً [١] يتعاطى المعاملات العملية . فأكسبه علم الكلام واحتراف التجارة مقدرة واسعة على تحكيم الرأي والمنطق وعلى تطبيق الاحكام الشرعية على القضايا العملية ، وعلى التوسع فيها

---

(١) بائع الخزّ ، وهو نسيج من صوف وابريسم ( قاموس لسان العرب عن ابن الاثير ) .

بطريق القياس والاستحسان . فاذا سمّي مذهبه بمذهب اهل الرأي.

وقد روي عنه انه قال : « علمنا هـذا رأي ، وهو احسن ما قدرنا عليه . فمن قـــدر على غير ذلك ، فله ما رأى ولنا ما رأينا »[١] . وانه قال : « اذا لم يكن في كتاب الله ولا في سنة رسول الله ، نظرت في اقاويـــل اصحابه ، ولا اخرج عن قولهم الى قول غـيرهم . فاذا انتهى الامر الى ابرهيم والشعبي وابن سيرين والحسن وعطاء وسعيد بن جبير ، فقوم اجتهدوا ، فاجتهد كما اجتهدوا »[٢] .

والامام ابو حنيفة لقّب بالامام الاعظم لعلمـه الوافر . ففيه قال الامام الشافعي : « من اراد الفقه ، فهو عيال عـــلى ابي حنيفه » . وقال ابو يوسف : « كنا نختلف في المسألة ، فنـأتي ابا حنيفة ، فكأنما يخرجها من كمه فيدفعها الينا »[٣] .

وفي آخر الخلافة الاموية عرض ابن هبيرة والي العراق منصب القضاء على ابي حنيفة ، فرفضه فضرب . وكذلـــك في العهد العباسي استحضرة ابو جعفر الى بغداد وعرض عليه ان يوليه القضاء فرفض ايضاً ، فحبس فيها حتى وفاته عام ١٥٠ هـ ( ٧٦٧ م )[٤] . وقيل ان ذلك سببه ما شاع عنه من عـــدم رضاه عن سياسة القائمين بالدولة حينذاك . وقيل السبب اعتقاده بما اعتقد به بعضهم

---

(١) الملل والنحل للشهرستاني ( بهامش ابن حزم ) ، ج ٢ ص ٣٩ .

(٢) الانتقاء لابن عبد البر ، القاهرة ، ١٣٥٠ هـ ، ص ١٤٣ .

(٣) الانتقاء ، ص ١٣٦ و١٣٨ .

(٤) تاريخ القضاء في الاسلام ، للسيد محمود عرنوس ( القاهرة ، ١٩٣٤ ، ص ٧٢ وما بعدها )، وتاريخ بغداد لاحمد بن علي الخطيب ( ج١٣ ص ٣٢٦ وما بعدها).

ان تولي المناصب في الحكومة يجر الى الهلاك ويعرض الدين والكرامة للخطر .

اما في ناحية الحديث ، فابو حنيفة كان يتشدد في التحري عنه ، ولا يقبل منه الا قليله الذي ثبت عنده بتأكيد . وبالرغم من ذلك ، فقد روى عنه اصحابه واتباعه مسانيد عديدة في الحديث ، وصلت الى خمسة عشر مسنداً [١] ، جمعها قاضي القضاة ابو المؤيد محمد بن محمود الخوارزمي ( المتوفى سنة ٦٥٥ هـ ) في مجلد واحد اسماه « جامع المسانيد [٢] » . لذا لا يمكننا ان نقبل بصحة ما ذكره ابن خلدون عما قيل عن ابي حنيفة ان روايته للحديث بلغت فقط الى سبعة عشر حديثاً او نحوها [٣] .

## اصحاب ابي حنيفة وكتب ظاهر الرواية

ان اقوال ابي حنيفة في الفقة نقلت الينا على يد ما كتبه تلاميذه [٤] . واشهر هؤلاء اربعة : ابو يوسف ، وزفر بن الهزيل بن قيس ، ومحمد بن الحسن بن فرقد الشيباني ، والحسن بن زياد اللؤلؤي . وبواسطتهم اشتهر المذهب الحنفي ، وخاصة بواسطة ابي

---

(١) راجع هذه المسانيد في تاريخ الفقه الاسلامي للدكتور عبد القادر ، ج ١ ص ٢٢٢ .

(٢) طبع مؤخراً في مصر ، سنة ١٣٢٦ هـ ، في نحو ٨٠٠ صفحة .

(٣) المقدمة ، ص ٣٨٨ .

(٤) اما كتاب الفقه الاكبر لابي حنيفة ، فهو رسالة صغيرة في العقائد ، تقع في بضع صفحات . وقد شرحها ملاّ علي القاري ( المتوفى سنة ١٠٠١ هـ ) ، وطبعت مع الشرح بمطبعة التقدم ، مصر ، سنة ١٣٢٣ هـ .

يوسف ومحمد المعروفين بالامامين والصاحبين [١] . فكان الامام الاعظم واصحابه خير منفذين لوصيـــة شيخ شيوخهم عبد الله بن مسعود : « كونوا ينابيع العلم مصابيح الليل » [٢] .

وابو يوسف يعقوب بن ابرهيم الانصاري ( ١١٣ — ١٨٢ هـ ) تولى القضاء في بغداد ، ثم في خـــلافة هارون الرشيد صار اليه منصب قاضي القضاة وامر تولـــية القضاة في باقي انحاء المملكة العباسية . فتوصل بذلك الى نشر مذهب الامـــام الاعظم من الناحية العملية . هذا الى ما زاده فيه من الفتاوى التي اوجبتها مشاكل القضاء ، ومن الاحكام المستندة الى الاحاديث التي صحت عنده ، والتي اخذها عن بعض رجال الحديث الذين اتصل بهم . وقد اضطر بسبب ذلك الى ان يخالف ابا حنيفة في مواضع عديدة .

واقوال ابي يوسف مشهورة في كتب الفقه الحنفي وفي آخر كتاب الام للشافعي [٣] . وقد وصل الينا كتابه في الخراج ، وهو رسالة قيمة كتبها الى الرشيد ، تبحث في الضرائب وامور الدولة المالية ، بصورة تدل على خبرة واسعة وتحقيق دقيق [٤] :

اما تدوين المذهب الحنفي ، فكان الفضل فيه الى الامام محمد

---

(١) يقال ايضاً الشيخان لابي حنيفة وابي يوسف ، والطرفان لابي حنيفة ومحمد ( الفوائد البهية ، لمحمد اللكنوي الهندي ، مصر ، ١٣٢٤ هـ ، ص ٢٤٨ ) .

(٢) مجمع الامثال للميداني ، المطبعة البهية ، ج ٢ ص ٣٧٤ .

(٣) الجزء السابع ، طبع بولاق ١٣٢٥ هـ ، تحت عنوان « هذا كتاب ما اختلف فيه ابو حنيفة وابن ابي ليلى عن ابي يوسف رحمهم الله تعالى » ( ص ٨٧ - ١٥٠ ) ، وتحت عنوان « كتاب سير الاوزاعي » ( ص ٣٠٣ - ٣٣٦ ) .

(٤) طبع في بولاق ، سنة ١٣٠٢ هـ .

بن الحسن الشيباني ( ١٣٢ — ١٨٩ هـ ) . وهو ايضاً اخذ العلم عن مدرسة العراق ، ولكنه رحل الى المدينة واتصل بأهل الحديث واخذ عن الامام مالك . ثم اشتهر بتدوين الكتب المعتمدة في المذهب وبتفريع المسائل ، وخاصة في باب الارث والفرائض . واشتهر ايضاً بتحليل القضايا الحقيقية ، وباستنباط القضايا الفرضية توسعاً في الاستنتاج والاستقراء .

وان الكتب التي دونها الامام محمد على نوعين : الاولى ما نقلها عنه الرواة الثقات ، وتسمى كتب ظاهر الرواية او مسائل الاصول . والثانية ما لم تأت برواية الثقات ، وتسمى كتب او مسائل النوادر .

فكتب ظاهر الرواية ستة . وهي : المبسوط ، والجامع الكبير [١] ، والجامع الصغير [٢] ، وكتاب السير الكبير ، وكتاب السير الصغير ، والزيادات . وقد جمعت الستة في كتاب الكافي [٣] لابي الفضل المروزي المعروف بالحاكم الشهيد ( المتوفى سنة ٣٤٤ هـ ) . ثم شرح الكافي في كتاب المبسوط بثلاثين جزءاً لشمس الائمة محمد بن احمد السرَخْسي ، المتوفى في اواخر القرن الخامس للهجرة . وعن كتب ظاهر الرواية اخذت « جمعية مجلة الاحكام العدلية » اكثر المسائل التي دونتها .

اما كتب النوادر التي رويت عن الامام محمد فهي : كتاب

---

(١) طبعته حديثاً لجنة احياء المعارف النعمانية ، بحيدر آباد الهند .

(٢) طبع على هامش كتاب الخراج ، طبعة بولاق .

(٣) كتاب الكافي مخطوط في مكتبة مصر .

امـــالي محمد في الفقه او الكيسانيات الذي جاء برواية شعيب الكيساني ، وكتاب الرقيات وهو يحوي المسائل التي عرضت عليه حينما ولاه الرشيد قضاء الرقة ، والهارونيات ، والجرجـــانيات ، وكتاب المخارج في الحيل ، وزيادة الزيادات ، وكتاب نوادر محمد برواية ابن رستم .

وتعتبر من مسائل النوادر ايضاً الكتب الاخرى التي رويت عن اصحـاب المذهب ، ككتاب المجرد لابي حنيفـة برواية تلميذه الامام الحسن بن زياد اللؤلؤي . ولمحمد بن الحسن ايضاً كتاب الرد على اهل المدينة [١] ، وكتاب الآثار [٢] .

## مؤلفات التلامذة والمتأخرين

بعد كتب ظاهر الروايه وكتب النوادر ، تأتي كتب الفتاوى والواقعات التي اجتهد فيها المجتهدون المتأخرون حيث لم يجـــدوا رواية عن السلف ، ككتاب النوازل [٣] لابي الليث نصر السمرقندي ( المتوفى سنة ٣٧٣ هـ ) ، وغيره .

وقد كان لاصحاب ابي حنيفة تلاميذ ، اشتهر منهم : هـلال الرأي ( المتوفى سنة ٢٤٥ هـ ) ، واحمد بن مهير الشهير بالخصاف ( المتوفى سنة ٢٦١ هـ ) صاحب كتاب الحيـــل وكتاب الوقف وغيرهما ، وابو جعفر الطحاوي ( المتوفى سنة ٣٢١ هـ ) .

---

(١) رواه الشافعي في كتاب الام ( ج ٧ ص ٢٧٧ – ٣٠٣ ) ، بعنوان « كتاب الرد على محمد بن الحسن » .

(٢) طبعته ايضاً لجنة احياء المعارف النعمانية بحيدر آباد .

(٣) مخطوط في المكتبة المصرية ، رقم ٥٦٥ .

ثم جاء بعد من ذكرنا طبقة من الفقهاء قاموا على المذهب الحنفي وايدوه . ومن هؤلاء : ابو الحسن الكرخي ( المتوفى سنة ٣٤٠ هـ ) ، وابو عبد الله الجرجاني ( المتوفى سنة ٣٩٨ هـ ) مؤلف خزانة الاكمل ، وشمس الائمة السرخسي مصنف المبسوط ، وعلي بن محمد البزدوي ( المتوفى سنة ٤٨٢ هـ ) مؤلف كتاب الاصول ، وابو بكر الكاساني ( المتوفى سنة ٥٨٧ هـ ) مؤلف بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، وبرهان الدين علي المرغيناني ( المتوفى سنة ٥٩٣ هـ ) مؤلف كتاب الهداية شرح بداية المبتدي ، وغيرهم .

والهداية تقع في اربعة اجزاء . وهي من اشهر الكتب الحنفية المعتبرة . وقد كثرت عليها الشروح والحواشي . ومن هذه : الغاية للسروجي ، والكفاية للكرلاني ، والوقاية لتاج الشريعة ، والنقاية مختصر الوقاية لصدر الشريعة ، والنهاية للسغناقي ، وخلاصة النهاية حاشية الهداية للقونوي ، ومعراج الدراية لقوام الدين الكاكي ، والعناية للبابرتي ، والبناية للعيني ، وفتح القدير لكمال الدين بن الهمام .

ثم عقب ذلك عصر التقليد . فجاءت طبقة من الفقهاء توقفوا عن الاجتهاد واقتصروا على التقليد . فالفوا المتون المختصرة ، ثم شرحت المتون ، وشرحت الشروح ، وتعددت الحواشي والتكملات ، وجمعت الفتاوى . فكثرت التآليف كثرة تكاد تفوق الحصر . وقد اعتبر الفقهاء ان ما في المتون مقدم على ما في شروحه ، وان ما في الشروح مقدم على الفتاوى .

ومن هذه الكتب كثر اعتماد المتأخرين على كتاب المختصر لاحمد بن محمد القُدُوري ( المتوفى سنة ٤٢٨ هـ ) ، وعلى اربعة اخرى عرفت بالمتون الاربعة . وهي الوقاية مختصر الهداية لتاج الشريعة محمود المحبوبي ، والمختار وشرحه الاختيار لعبد الله المَوْصلي ( المتوفى سنة ٦٨٣ هـ ) ومجمع البحرين لابن الساعاتي ( المتوفى سنة ٦٩٤ هـ ) ، والكنز او كنز الدقائق لحافظ الدين النَسَفي ( المتوفى سنة ٧١٠ هـ ) .

وقد فاق كنز الدقائق باقي المتون شهرة ، وكثرت شروحه وحواشيه . واهمها : تبيين الحقائق للزيلعي ، ورمز الحقائق للعيني ، والبحر الرائق لزين العابدين بن نجيم [1] ، وتكملته للطوري ، والنهر الفائق لعمر بن نجيم ، ومنحة الخالق لمحمد امين بن عابدين ، وكشف الحقائق للافغاني ، وغيرها .

ومن مجامع الفتاوى اشتهرت : الفتاوى الولوالجية لعبد الرشيد الولوالجي ( المتوفى بعد سنة ٥٤٠ هـ ) ، والفتاوى الخانية لقاضيخان الحسن بن منصور ( المتوفى سنة ٥٩٢ هـ ) ، والفتاوى الظهيرية لظهير الدين محمد البخاري ( المتوفى سنة ٦١٩ هـ ) ، والفتاوى الطرسوسية المعروفة بانفع الوسائل الى تحرير المسائل لابرهيم بن علي الطرسوسي ( المتوفى سنة ٧٥٨ هـ ) ، والفتاوى التتارخانية لابن علاء الدين ( المتوفى حوالي سنة ٨٠٠ هـ ) ، والفتاوى البزازية لحافظ الدين محمد المشهور بابن البزّاز ( المتوفى سنة ٨٢٧ هـ ) ، والفتاوى الخيرية لخير الدين المنيف الفاروفي الرملي ( المتوفى سنة

---

(١) ترجمته تأتي فيما بعد .

١٠٨١ هـ ) ، والفتاوى الانقروية لمحمد افندي الانقروي ( المتوفى سنة ١٠٩٨ هـ ) [١] ، والفتاوى الهندية [٢] ، والفتاوى الحامدية لحامد افندي بن علي العمادي [٣] ، ومختصرها تنقيح الحامدية لمحمد امين بن عابدين ( المتوفى سنة ١٢٥٢ هـ ) ، والفتاوى المهدية في الوقائع المصرية لمفتي الديار المصرية الشيخ محمد العباسي المهدي [٤] .

والى جانب ما ذكرنا اشتهر ايضاً من كتب الحنفية المتأخرين : جامع الفصولين لابن قاضي سماوة او سماونة ( المتوفى سنة ٨١٨ أو ٨٢٣ هـ ) ، ودرر الحكام شرح غرر الاحكام لملا خسرو ( المتوفى سنة ٨٨٥ هـ ) ، وحاشيته غنية ذوي الاحكام للشرنبلالي ( المتوفى سنة ١٠٦٩ هـ ) ، وملتقى الابحر للحلبي المتوفى سنة ٩٥٦ هـ ) ، وشرحه مجمع الانهر لداماد افندي ( المتوفى سنة ١٠٧٨ هـ ) ، وشرحه الآخر الدر المنتقى لمحمد علاء الدين الحصكفي ( المتوفى سنة ١٠٨٨ هـ ) ، وتنوير الابصار للتمرتاشي ، وشرحه الدر المختار للحصكفي ايضاً ، ورد المحتار على الدر المختار لمحمد امين بن عابدين ، وتكملته قرة عيون الاخيار لابنه محمد علاء الدين .

## انتشار المذهب الحنفي

هذه خلاصة عن رجال المذهب الحنفي وتآليفهم . اما انتشار هذا

---

(١) كان شيخ الاسلام في ايام السلطان محمد الرابع العثماني . عن قاموس الاعلام ، ج ١ ص ٦٣٩ .

(٢) سيأتي الكلام عليها فيما بعد .

(٣) مفتي دمشق من سنة ١١٣٧ — ١١٩٥ هـ .

(٤) جمعت سنة ١٣٠٤ هـ .

المذهب في الاقطار الاسلامية ، فكان اكبر حظاً من جميع المذاهب الاخرى . فقـــد كان المذهب الغالب في العراق ايام العباسيين لايثارهم اياه في القضاء . وكان مذهب الدولة العثمانية الرسمي ، وعنه اخذت ودوّنت مجلة الاحكام العدلية .

وهو لا يزال اليوم مذهب الدولة في الفتيا والقضاء في البلاد التي خضعت للحكم العثماني كمصر وسوريا ولبنان ، ومذهب الامارة في تونس ، والمذهب الغالب في مسائل العبادات على سكان تركيا وبعض البـــلاد التي خضعت لحكمها ، كالشام والالبان ، وعلى مسلمي البلقان والقوقاز . وكذلك هو المذهب الغالب في افغانستان وتركستان وعند مسلمي الهند . وله اتباع في كثير من البلدان الاخرى .

# الفصل الثالث

## المذهب المالكي

### امام المدينة

كانت بلاد الحجاز مهبط الوحي ومهد اهل السنة . وقد نشأت فيها مدرسة ذات لون خاص ، عرفت بمدرسة اهل الحجاز او اهل المدينة . وهي ترجع في اصلها الى عمر بن الخطاب وابنه عبد الله وزيد بن ثابت وعبد الله بن عباس وعائشة زوج النبي ( ص ) . ثم مثّل هذه المدرسة بعدهم فقهاء اشهرهم سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير والقاسم بن محمد وابو بكر بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار وخارجة بن زيد وعبيد الله بن عبد الله .

وان المدينة المنوّرة ، دار الهجرة النبوية ، بقيت بعد هذه الطبقة من الفقهاء مركز مدرسة اهل الحديث . فانبتت امامها مالك بن انس الاصبحي العربي ، الذي ولد فيها سنة ٩٥ هـ ( ٧١٣ م )[1] . واقام فيها ، ولم يرحل عنها الا حاجّا الى مكة . ثم مات فيها ايضاً سنة ١٧٩ هـ ( ٧٩٥ م ) .

وبكلمة موجزة كان مالك عالم المدينة وامامها وفقيهها ومحدّثها ، حتى قيل « أيفتى ومالك في المدينة ؟ » . وهو استاذ الشافعي ، الذي قال عنه : « مالك حجة الله تعالى على خلقه بعد التابعين .

---

(١) قيل ايضاً ٩٣ أو ٩٧ هـ .

ومالك معلمي وعنـــه اخذنا العلم . واذا جاءك الحديث عن مالك فشد به يدك . واذا جاء الاثر فمالك النجم »[١] .

وكان مالك عالماً جريئاً ، راسخ العقيدة ، متين الايمان ، لا يَهاب في ابداء رأيه سطوة ولا سلطاناً ، ولا يخشى في مذهبه وعداً ولا وعيداً . بل كان جَلْداً في تحمل الاذى ، صبوراً على الاضطهاد ، في سبيل عقيدته وايمانه . وهذا ما دعى والي المدينة جعفر بن سليمان الى ضربه بالسياط من اجـل ما نسب اليه بشأن قوله ان البيعة لا تحل بالاكراه[٢] .

وقد اخـــذ مالك علم الفقه عن ربيعة بن عبد الرحمن الشهير بربيعة الرأي . وسمع الحديث من كثيرين ، امثال نافع مولى ابن عمر والزهري وابي الزناد ويحيى بن سعيد الانصاري . وروى عنهم الحديث وعن غيرهم من التابعين وتابع التابعين ، حتى صار ثقة في الرواية ، وحجة في الفقه .

وقد صنّف مالك كتابه « الموطأ » في الحديث ، وبوّبه تبويباً حسب مواضيع الفقه . والموطأ قال عنه الشافعي : « ما عـــلى الارض كتاب بعد كتاب الله اصح من كتاب مالك »[٣] .

وقيل ان للموطأ روايات عديـــدة ، ولكنه لم يصلنا منها الا

---

(١) راجع ترجمته المنقولة عن كتاب كوثر المعاني للشنقيطي في تنوير الحوالك شرح موطـأ مالك للسيوطي ( مصر ، ١٣٦٨ هـ ، ج ١ ص ١ – ١٠ ) ، وكتاب الانتقاء لابن عبدالبر ( ص ٩ وما بعدها ) ، وكتاب الديباج المذهب في معرفة اعيان علماء المذهب لابن فرحون ( مصر ، ١٣٥١ هـ ) ، وبهامشه نيل الابتهاج للتنبكتي .

(٢) الفهرست لابن النديم ( المطبعة الرحمانية ، مصر ، ١٣٦٨ هـ ، ص ٢٨٠ ) ، والامامة والسياسة لابن قتيبة ( مطبعة مصطفى محمد ، مصر ، ج ٢ ص ١٥٦ ) .

(٣) تنوير الحوالك ، ص ٦ .

اثنتان : احداهما رواية الامام محمد بن الحسن صاحب ابي حنيفة ، المطبوعة في الهند . والثانية رواية يحيى الليثي ( المتوفى سنة ٢٣٤ هـ ) ، المطبوعة في مصر ، والتي شرحها الزرقاني والسيوطي وغيرهما .

وكان مالك يعتمد في اجتهاده على القرآن الكريم والحديث . وكان يقبل من الحديث ما صح سنده عنده ، وان كان بخبر الواحد ، اي وان كان راويه واحداً . وكان مالك يعتمد على عمل اهل المدينة وعلى قول الصحابة . وكان يرجع عند عدم النص الى القياس والى دليل جديد خاص بمذهبه ، عرف بالمصالح المرسلة ، اي ما تقتضيه المصلحة العامة ، كما سيأتي بيانه في الباب القادم .

## تلاميذه واتباعه

كان من تلاميذ الامام مالك الامام محمد بن الحسن الشيباني الحنفي ، والامام الشافعي صاحب المذهب المشهور . وكان من اتباعه راوي الموطأ يحيى الليثي الاندلسي الذي ذكرناه ، واسد بن الفرات التونسي ( المتوفى سنة ٢١٣ هـ ) ، وعبد السلام التنوخي المعروف بسحنون من القيروان ( المتوفى سنة ٢٤٠ هـ ) .

واشتهر منهم في مصر : عبد الرحمن بن القاسم ( المتوفى سنة ١٩١ هـ ) ، وعبد الله بن وهب ( المتوفى سنة ١٩٧ هـ ) ، واشهب بن عبد العزيز القيسي ( المتوفى سنة ٢٠٤ هـ ) ، وعبد الله بن عبد الحكم ( المتوفى سنة ٢١٤ هـ ) ، وولده محمد ، وغيرهم .

وتعاقبت بعد هؤلاء طبقة من الفقهاء المشهورين . نكتفي منهم بذكر ابي الوليد الباجي وابي الحسن اللخمي وابن رشد الكبير

وابن رشد الحفيد وابن العربي من القرنين الخامس والسادس للهجرة وابي القاسم بن جزّي ( المتوفى سنة ٧٤١ هـ ) مؤلف القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية ، وسيدي خليل ( المتوفى سنة ٧٦٧ هـ ) صاحب المختصر المشهور ، والخرشي ( المتوفى سنة ١١٠١ هـ ) ، والعدوي ( المتوفى سنة ١١٨٩ هـ ) ، وغيرهم .

واساس العلم عند اتباع مالك اليوم كتاب المدوّنة . وقد جمعها اسد بن الفرات في الاسدية ، ثم اخذها سحنون ورتبها ونشرها باسم المدوّنة الكبرى .

وان المذهب المالكي نشأ بالمدينة ، وانتشر في الحجاز . ثم اختص به اهل المغرب والاندلس . وسبب ذلك ، كما اوضحه ابن خلدون ، ان رحلة فقهاء هؤلاء « كانت غالباً الى الحجاز ، وهو منتهى سفرهم ، والمدينة يومئذٍ دار العلم . . . ولم يكن العراق في طريقهم ، فاقتصروا على الاخذ من علماء المدينة . . . وايضاً فالبداوة كانت غالبة على اهل المغرب والاندلس ، ولم يكونوا يعانون الحضارة التي لاهل العراق فكانوا الى اهل الحجاز اميل لمناسبة البداوة . . . »[1] .

ولا يزال هذ المذهب غالباً على اهل المغرب الاقصى والجزائر وتونس وطرابلس الغرب . وكذلك انتشر المذهب في صعيد مصر والسودان والبحرين والكويت . وله اتباع ايضاً في باقي البلاد الاسلامية .

---

(١) مقدمة ابن خلدون ، ص ٣٩٢ .

# الفصل الرابع

## المذهب الشافعي

### الامام الشافعي

الامام محمد بن ادريس الشافعي قُرَشي الاصل . ولد في غزة سنة ١٥٠ هـ ( ٧٦٧ م ) ، ومات في مصر سنة ٢٠٤ هـ ( ٨١٩ م ) . وكان اماماً رحالة ، سافر الى الحجاز فاخذ العلم عن مالك بن انس ، وسافر الى العراق فاخذ عن محمد الشيباني صاحب ابي حنيفة . واقام في البادية وفي اليمن وفي مصر وفي العراق مراراً [١] .

وكان في اول امره من اتباع مالك واهل الحديث . ولكن رحلاته واختباراته اثرت عليه ، فانتحى لنفسه مذهباً خاصاً ، هو مذهبه العراقي او القديم . ثم بعد ان اقام في مصر رجع عن بعض اقواله السابقة ، واملى على تلاميذه مذهبه المصري او الجديد .

والامام الشافعي كان على جانب عظيم من الثقافة في اللغة والفقه والحديث ، وعلى جانب عظيم من الخبرة العملية . وكان ثاقب الفكر ، بليغ العبارة ، قديراً على الاستنباط والجدل .

---

(١) راجع تفصيل سيرته في كتاب مناقب الامام الشافعي لفخر الدين الرازي ( مصر ، ١٢٧٩ هـ )، والانتقاء لابن عبد البر ( ص ٦٥ وما بعدها ) .

وقد تمكن بذلك جميعه من مزج طريقة الرأي بطريقة الحديث ، فجاء مذهبه وسطاً بين الحنفي والمالكي . فهو يقبل بادلة الاحكام الاربعة ، الكتاب والسنة والاجماع والقياس ، ويقول بالاستدلال . ولكنه يرفض العمل بما سمّاه الحنفيون الاستحسان ، وبما سمّاه المالكيون المصالح المرسلة .

## مؤلفاته

كان الامام الشافعي اول من رتّب ادلة الاحكام ، وكتب عن اصول الفقه بصورة علمية في رسالته الشهيرة [١] . وهذه تبحث في نصوص الكتاب والسنّة ، والناسخ والمنسوخ ، وجمل الفرائض ، والعلل في الاحاديث ، وشروط قبول الحديث عن خبر الواحد ، والاجماع ، والاجتهاد ، والاستحسان ، والقياس .

ولا ريب في ان اهم ما وصل الينا من الشافعي كتاب الام . وهو كتاب يقع في سبعة اجزاء ، رواه عنه تلميذه الربيع بن سليمان بطريقة علمية جدلية ، قلّ من كتب مثلها في حينه .

وقد قال بعضهم ، كابي طالب المكي [٢] في كتاب قوت القلوب والغزالي في احياء علوم الدين [٣] ، ان الام صنّفه احد تلامذة الشافعي ابو يعقوب البويطي ، ثم زاد عليه الربيع بن سليمان وتصرف فيه واظهره . وقد دافع عن هذا الرأي مؤخراً الدكتور زكي مبارك في رسالة خاصة [٤] ، واثار بذلك اعتراضاً قوياً من

---

(١) طبعت في المطبعة العلمية بمصر سنة ١٣١٢ هـ ، وهي تقع في ١٦٠ صفحة .
(٢) محمد بن علي بن عطية الحارثي ، المتوفى سنة ٣٨٦ هـ .
(٣) المطبعة العثمانية المصرية ، ١٩٣٣ ، ج ٢ ص ١٦٦ .
(٤) طبعت في مصر ، سنة ١٩٣٤ .

بعضهم كالشيخ حسين والي ، الذي ردّ عليه في مجلة نور الاسلام وجريدة البلاغ ، مؤيداً نسبة الام الى الشافعي .

وعلى كل حال ، فنحن نرى ، مع الدكتور علي حسن عبد القادر[١] ، ان تحقيق هذه المسألة لا يكفيه الاطلاع على النسخة المنقولة عن مخطوطة سراج الدين البلقيني ، الموجودة لدينا وحدها ، بل يستوجب النظر الى المخطوطات الاخرى ، بعد استخراجها جميعاً استخراجاً علمياً .

وان كتاب الام يبحث في مواضيع الفقه المختلفة من عبادات ومعاملات وعقوبات ومناكحات . وقد تعرض الجزء السابع لامور شتى . منها كتاب خلاف علي وابن مسعود ، وكتاب خلاف الشافعي ومالك . وتعرض لامور في اصول الفقه ، كالرد على من لا يقبل بالاحاديث كلها ، وحكاية من رد خبر الخاصة ، وابطال الاستحسان . وكذلك روي في هذا الجزء ، كما اسلفنا ، كتاب الرد على اهل المدينة لمحمد بن الحسن الشيباني ، وكتاب اختلاف ابي حنيفة وابن ابي ليلى ، وكتاب سير الاوزاعي لابي يوسف[٢] .

وللشافعي ايضاً كتاب اختلاف الحديث برواية تلميذه الربيع ، ومسند الامام الشافعي . وهذا يحوي الاحاديث الواردة في كتاب الام[٣] .

---

(١) في كتابه نظرة عامة في تاريخ الفقه الاسلامي ، القاهرة ، ١٩٦٢ ، ج ١ ص ٢٦١ .

(٢) ج ٧ ، ص ١٥١ و ١٧٧ و ٢٥٠ و ٢٧٧ و ٨٧ و ٣٠٣ .

(٣) الكتابان طبعا بهامش كتاب الام .

## تلاميذه واتباعه

كان ممن اخذ عن الشافعي في العراق اصحاب المذاهب الخاصة الائمة احمد بن حنبل وداود الظاهري وابو ثور البغدادي وابو جعفر بن جرير الطبري ، كما سيأتي بيانه .

وممّن اشتهر من تلاميذ الشافعي المصريين [١] : ابو يعقوب البويطي ( المتوفى سنة ٢٣١ هـ ) ، واسماعيل المُزَني ( المتوفى سنة ٢٦٤ هـ ) مؤلف كتاب المختصر المعروف [٢] ، والربيع بن سليمان المرادي ( المتوفى سنة ٢٧٠ هـ ) رواية كتب الشافعي ، والربيع بن سليمان الجيزي ( المتوفى سنة ٢٥٦ هـ ) .

وقد نشر المذهب الشافعي بعد هؤلاء طبقة من الفقهاء ، اشهرهم : ابو اسحق الفيروزبادي ( المتوفى سنة ٤٧٦ هـ ) مصنّف كتاب المهذب المشهور ، وحجة الاسلام ابو حامد الغزالي ( المتوفى سنة ٥٠٥ هـ ) صاحب التآليف المشهورة في الاصول والفقه والفلسفة كالمستصفى والوجيز واحياء علوم الدين وغيرها ، وابو القاسم الرافعي ( المتوفى سنة ٦٢٣ هـ ) مؤلف كتاب فتح العزيز شرح الوجيز ، والقاضي عز الدين بن عبد السلام ( المتوفى سنة ٦٦٠ هـ ) مؤلف قواعد الاحكام في مصالح الانام ومحي الدين النووي ( المتوفى سنة ٦٧٦ هـ ) مصنف الكتاب الكبير المجموع

---

(١) انظر طبقات الشافعية لابي بكر بن هداية الله الحسيني وطبقات الفقهاء للشيرازي ( بغداد ، ١٣٥٦ هـ ) ، وطبقات الشافعية الكبرى لتاج الدين السُبكي ( مصر ، ١٣٢٤ هـ ، ستة اجزاء ) ، ووفيات الاعيان لابن خلكان ، والفهرست لابن النديم ، وغيرها .

(٢) مطبوع بهامش كتاب الام .

شرح المهذّب وشرح صحيح مسلم وكتاب منهاج الطالبين وغيرها ، والقاضي ابن دقيق العيد ( المتوفى سنة ٧٠٢ هـ ) ، وتقي الدين علي السُبْكي ( بضم السين وسكون الباء ، المتوفى سنة ٧٥٦ هـ ) مؤلف تكملة المجموع للنووي وشرح منهاج البيضاوي وفتاوى السُبْكي ، وولده تاج الدين عبد الوهاب السبكي ( المتوفى سنة ٧٧١ هـ ) مصنف جمع الجوامع وتتمة شرح منهاج البيضاوي وطبقات الشافعية الكبرى وغيرها ، وجلال الدين السيوطي صاحب المؤلفات العديدة [١] ، وغيرهم كثيرون .

وان مصر ولا ريب هي عمادة المذهب الشافعي . ففيها نشر الامام الشافعي مذهبه الجديد . وفيها كان كثير من اصحابه وتلاميذه وناشري مذهبه . وفيها لا يزال له اتباع كثيرون ، وخاصة في الريف . وكان هذا المذهب مذهب الدولة ايام الايوبيين . وكان منصب شيخ الازهر الشريف محصوراً في علمائه مدة من الزمن .

ويغلب مذهب الشافعي اليوم ايضاً على اهل فلسطين . وكذلك له كثير من الاتباع في سوريا ولبنان ، وخاصة في مدينة بيروت ، وفي العراق والحجاز والهند والهند الصينية وجاوا ، وبين اهالي فارس واليمن السفيين .

---

(١) ترجمته تأتي فيما بعد .

# الفصل الخامس

## المذهب الحنبلي

### الامام وتلاميذه

ان الامام ابا عبد الله احمد بن حنبل [1] هو مؤسس المذهب السنّي الرابع . وقد ولد في بغداد سنة ١٦٤ هـ ( ٧٨٠ م ) ، وتوفي فيها سنة ٢٤١ هـ ( ٨٥٥ م ) . وكان اماماً رحالة ، سافر في طلب العلم والحديث الى الشام والحجاز واليمن والكوفة والبصرة . فجمع من الحديث مجموعة كبيرة في « مسند الامام احمد » ، وهو يقع في ستة اجزاء ، ويحتوي على اكثر من اربعين الف حديث .

وقد اشتهر ابن حنبل بالابتعاد عن الرأي وبتمسكه بنصوص الكتاب والحديث ، حتى عدّه بعضهم في فئة المحدّثين اكثر منه في فئة المجتهدين . ومن هؤلاء ابن النديم ، الذي وضع ابن حنبل مع البخاري ومسلم وباقي المحدثين في باب فقهاء الحديث [2] . ومنهم ايضاً ابن عبد البر الذي لم يذكر ترجمة هذا الامام في كتابه « الانتقاء في فضائل الائمة الفقهاء » . وكذلك الطبري في كتابه « اختلاف

(١) انظر كتاب مناقب الامام احمد بن حنبل لابن الجوزي ( مطبعة السعادة ، مصر ، ١٣٤٩ هـ ) ، ومختصر طبقات الحنابلة للشطي ( دمشق ، ١٣٣٩ هـ ).

(٢) الفهرست ، ص ٣١٤ و ٣٢٠ .

الفقهاء » ، وابن قتيبة في « كتاب المعارف »[١] ، لم يذكرا شيئاً عن ابن حنبل ولا عن مذهبه .

ولا ريب في ان هذا القول مردود ، اذ ان المذهب الحنبلي يعدّ من المذاهب الفقهية السنّية الاصلية ، التي لها اساوبها المستقل ومبادئها الخاصة في علمي الاصول والفروع . وقد كان ابن حنبل من اكبر تلامذة الشافعي . ثم انتحى لنفسه مذهباً مستقلاً ، مبنياً على خمسة اصول : نصوص الكتاب والسنة ، فُتيا الصحابة عند عدم وجود مخالف لها ، قول بعض الصحابة اذا وافق الكتاب والسنة ، الحديث المرسل والضعيف ، واخيراً القياس عند الضرورة[٢] .

وكان ابن حنبل صُلْباً في دينه ، متين في عقيدته . فلا غروَ من ان يرفض القول بخلق القرآن عند ما دعي الى ذلك في ايام الخليفة الواثق[٣] . فلهذا اضطهد وضرب وسجن .

ولم يكن هذا شأنه وحده . فالتاريخ حافل بحوادث الاضطهاد الفكري لرجال الشريعة . فالبويطي ، من اصحاب الشافعي ، حبس كابن حنبل وللسبب ذاته ، ومات في سجن بغداد . ولقد رأينا ايضاً كيف حبس ابو حنيفة ، وضرب مالك ، لاسباب سياسية معروفة . ثم روي ان السَّرَخْسي ابتدأ باملاء كتابه « المبسوط » وهو في السجن . وكذلك حبس ابن القيم الجوزية

---

(١) المطبعة الاسلامية ، مصر ، ١٩٣٦ ، ص ٢١٦ وما بعدها .

(٢) اعلام الموقعين عن رب العالمين ، لابن القيّم الجوزية ، ص ٢٣ — ٢٦ .

(٣) انظر ضحى الاسلام للسيد احمد امين ، ج ٢ ص ٢٣٥ ، و ج ٣ ص ٣٦ وما بعدها .

وشيخه تقي الدين بن تيميّة في قلعة دمشق ، ومات هـذا الاخير فيها .

وقديماً عند الرُومان امر الامبراطور كراكلا باعدام بابنيانوس ، السوري الاصل ، امير الفقهاء الرومانيين على الاطلاق ، لانه رفض الافتاء بجواز قتل جيتا شقيق الامبراطور[١] . ففي هـذه الامثلة وما اليها دليل على ان النزاهة الحقيقية والايمان الصحيح لا يلينان للقوة والاستبداد ، ولا يشفقان من التضحية مهما غلا بدلها .

ومن اتباع احمد بن حنبل الذين اشتهروا برواية مذهبه : ابو بكر بن هانيء المعروف بالاثرم مؤلف كتاب السنن في الفقه ، وابو القاسم الخرقي ( المتوفى سنة ٣٣٤ هـ ) صاحب المختصر ، وعبد العزيز بن جعفر ( المتوفى سنة ٣٦٣ هـ ) ، وموفق الدين بن قدامة ( المتوفى سنة ٦٢٠ هـ ) مصنف كتاب المغني الذي هو من اجل الكتب الفقهية الاسلامية[٢] ، وشمس الدين بن قدامة المقدسي ( المتوفى سنة ٦٨٢ هـ ) مؤلف كتاب الشرح الكبير على متن المقنع[٣] ، وتقي الدين احمد بن تيمية ( ٦٦١ – ٧٢٨ هـ ) صاحب الفتاوى المشهورة ومجموعة الرسائل الكبرى ومنهاج السنّة ورسالة معارج الاصول وغيرها ، وابو عبد الله بن بكر الزرعي الدمشقي

---

(١) جيرار ، القانون الروماني ، باريس ، ١٩٢٤ ، ص ٦٧ .

(٢) قبل طبع المغني ، قال فيه صاحب مجلة المنار ( في المجلد السادس والعشرين ، لسنة ١٣٤٤ هـ ، ص ٢٧٨ ) : « اذا يسّر الله تعالى لكتاب المغني من يطبعه ، فانا اموت آمناً على الفقه الاسلامي ان يموت » . وقد احسنت مطبعة المنار صنعاً بطبعها هذا الكتاب فيما بعد ، في اثني عشر جزءا . وهو من مطبوعات جلالة الامام عبد العزيز آل سعود ، ملك الحجاز ونجد وملحقاتها .

(٣) طبعته ايضاً مطبعة المنار ، بذيل كتاب المغني .

المعروف بابن القيم الجوزية ( المتوفى سنة ٧٥١ هـ ) مؤلف اعلام الموقعين عن رب العالمين والطرق الحكمية في السياسة الشرعية وزاد المعاد في هَدْي خير العباد وغيرها .

## انتشار المذهب والحركة الوهابية

كان المذهب الحنبلي اقل المذاهب السنية انتشاراً . فقد انتشر اولا في بغداد ، ثم في خارج العراق في القرن الرابع ، واخيراً في مصر في القرن السادس للهجرة .

وقد ابتدأ احياء المذهب وتجديده على يد المجتهدين ابن تيمية وتلميذه ابن القيّم وغيرهما . ثم زاد في تجديده ونشره في القرن الثاني عشر للهجرة ( الثامن عشر للميلاد ) الامام محمد بن عبد الوهاب ، بحركته الاصلاحية الوهابية في نجد . وشاع المذهب الحنبلي الجديد على اثر انتصار الوهابيين ، وخاصة في ايام جلالة الامام الملك عبد العزيز آل سعود . ١

وهو اليوم مذهب الدولة في المملكة العربية السعودية . وله ايضاً مقلدون في باقي جزيرة العرب ، وفي فلسطين والشام والعراق وغيرها .

والشيخ محمد بن عبد الوهاب ولد في بلدة العُيَينة ( نجد ) سنة ١١١٥ هـ ، ومات سنة ١٢٠٦ هـ . وقد نشر دعوته في رسائل عديدة ، سهلة العبارة . منها « رسالة القواعد الاربع » ، و « كتاب كشف الشبهات » و « كتاب مسائل الجاهلية » . وقضى حياة مليئة بالجهاد والتضحية والاضطهاد في سبيل نشر تعاليمه ومبادئه .

وكان ابن عبد الوهاب من مجددي المذهب الحنبلي بعد

ابن تيمية وابن القيم ، ومن القائلين بالدعوة السلفية التي ترجع في اصول الدين الى القرآن والسنة الصحيحة ، وتحارب التقليد الاعمى « الذي قتل في الامة الاسلامية التفكير الجدي . . . وقتل فيها روح الاستقلال . . . واطفأ فيهـــا جذوة النشاط » ، وتحارب الداعين الى هذا التقليد المستمسك بحجة « انّا وجدنا آباءنا كذلك يفعلون » ، وتنبذ ما كان من جراء ذلك من التعلّق بالشروح والمتون والآراء والاهواء ، وما كان من البـــدع الدينية ، كتقديس القباب وعبادة القبور وبضاعـــة الطبالين والزمارين والرقّاصين ، الذين اتخذوا آيات الله هزواً ، وما الى ذلك كله مما يتنافى مع روح الاسلام الحقيقية ويشبه الوثنية الجاهلية [١] .

---

(١) راجع رسالة اثر الدعوة الوهابية ، لمحمد حامد الفقي ، مصر ، ١٣٥٤هـ .

# الفصل السادس

## المذاهب السنية البائدة

### اهم هذه المذاهب

كانت المذاهب السنية عديدة ، وقد بلغت بضعة عشر مذهباً . ولكن عددها قلّ شيئاً فشيئاً ، بانقراض بعضها ، حتى لم يبق منها الا المذاهب الاربعة التي مرّ بيانها .

ومن اصحاب المذاهب البائدة : عبد الله بن شُبرمة ( المتوفى سنة ١٤٤ هـ ) ، ومحمد بن عبد الرحمن بن ابي ليلى قاضي الكوفة ( المتوفى سنة ١٤٨ هـ ) ، وسُفيان الثَوْري ( المتوفى سنة ١٦١ هـ ) ، والليث بن سعد ( المتوفى سنة ١٧٥ هـ ) ، وشريك النخعي ( المتوفى سنة ١٧٧ هـ ) ، وسفيان بن عُيَيْنة ( المتوفى سنة ١٩٨ هـ ) ، واسحق بن راهُوَيه ( المتوفى سنة ٢٣٨ هـ ) ، وابرهيم بن خالد البغدادي المعروف بابي ثور ( المتوفى سنة ٢٤٦ هـ ) .

ومنهم ايضاً الاوزاعي وداود الظاهري والطبري وغيرهم . ونحن نكتفي هنا بكلمة وجيزة عن هؤلاء الثلاثة .

### مذهب الاوزاعي

الاوزاعي هو الامام ابو عمرو عبد الرحمن بن عمرو . ونسبه من الاوزاع ، بطن من اليمن ، وقيل قرية بدمشق . ولد في بعلبك

سنة ٨٨ هـ ، وكان يسكن بيروت حيث توفي سنة ١٥٧ هـ [١] . وقد دفن في الجهة الجنوبية من رمل بيروت ، في مكان يعرف اليوم باسم محلة الاوزاعي .

وكان هذا الامام فقيهاً ، ورعاً ، جريئاً ، عالماً في الحديث . وكان امام اهل الشام ، والناس فيها على مذهبه . ثم انتقل مذهبه الى الاندلس . ولكنه انقرض بعد القرن الثاني للهجرة ، بظهور المذهب الشافعي في الشام والمذهب المالكي في الاندلس .

وان المذهب الاوزاعي يعدّ من مذاهب اهل الحديث [٢] ، الذين ينفرون عن الرأي والقياس . وهو المذاهب المفقودة ، اذ اننا لا نعرف عنه اليوم الا ما نجده عرضاً في الكتب الفقهية المصنفة في باقي المذاهب [٣] . وقد سمعت بوجود مخطوط في فقه الاوزاعي ، في مكتبة كلية القرويين بفاس ، عاصمة المغرب الاقصى . فاذا صح ذلك ، فعسى ان يتم اولو الامر هناك بطبع هذا المخطوط النفيس واخراجه الى الناس ، خدمة للتاريخ ، واحياء للعلوم الشرعية الاسلامية .

## المذهب الظاهري

داود بن علي الاصفهاني ، المعروف بابي سليمان الظاهري ، ولد

---

(١) عن ابن خلكان ، ص ٢٧٥ . وقد ذكر ابن النديم ان وفاته كانت سنة ١٥٩ هـ ، في الفهرست ، ص ٣١٨ .

(٢) عدّه ابن قتيبة مع اهل الرأي خطأ . انظر المعارف ، ص ٢١٧ .

(٣) انظر كتاب سير الاوزاعي لابي يوسف في الجزء السابع من كتاب الام ، وكتاب محاسن المساعي في مناقب الامام ابي عمر الاوزاعي ( نشره الامير شكيب ارسلان وطبعته مطبعة الحلبي في مصر ، وهو مأخوذ عن نسخة وجدت في مكتبة برلين بقلم زين الدين الخطيب ) .

في الكوفة سنة ١٢٠٠م و ٢٠٢ هـ ، ونشأ في بغداد ، ثم توفي فيها سنه ٢٧٠ هـ . وكان اولا من منتحلي مذهب الشافعي ، ثم استقل بمذهب خاص [١] .

وقد عرف مذهبه بالمذهب الظاهري ، لانه يأخذ بظاهر الكتاب والسنة . وهو لا يقبل بالاجماع الا اذا صدر عن جميع علماء الامة ، ولا بالقياس الا اذا استند الى نص . ثم هو يرفض العمل بما دون ذلك من ادلة ، كالرأي والاستحسان والتقليد وما اليها . وعنده ان الآية الكريمة « فان تنازعتم في شيء فردوه الى الله والرسول » [٢] هي « جامعة لكل ما تكلم الناس فيه اولهم عن آخرهم » [٣] .

وقد اتبع مذهبه كثيرون . اشتهر منهم ولده محمد بن داود ( المتوفى سنة ٢٩٧ هـ ) ، وابن المغلّس ( المتوفى سنة ٣٢٤ هـ ) . وانتشر المذهب خصوصاً في الاندلس ، حيث بقي حتى القرن الخامس . ثم ابتدأ بالاضمحلال ، الى ان انقرض تماماً في القرن الثامن للهجرة .

وممّن انتحلوا هذا المذهب ابو محمد علي بن حزم الاندلسي ( المتوفى سنة ٤٥٦ هـ ) ، المعروف بابن حزم . ولهذا مؤلفات اشهرها : كتاب الاحكام لاصول الاحكام في ثمانية اجزاء ، ومختصره النبذ في الفقه الظاهري ، وكتاب المحلّى في فروع الفقه

---

(١) ابن خلكان ، ج ١ ص ١٧٥ .

(٢) سورة النساء (٤) ٥٩ .

(٣) الاحكام لاصول الاحكام لابن حزم ، ج ١ ص ٩ ، و ج ٥ ص ١٦٠ ، و ج ٧ ص ٥٥ – ٥٦ .

في احد عشر جزءاً ، وكتاب الفصل في الملل والاهواء والنحل وغيرها .

وابن حزم مؤلف ، عالم ، قويّ الحجة . لكنه عنيف العبارة نحو مخالفيه . فانه لم يتورّع من رميهم بالكلام القارص ، كوصفه اقوال ابي حنيفه واتباعه بالكذب وبالكلام الاحمق البارد ، وما شاكل .

وبالرغم من تمسك هذا المذهب بظاهر النصوص وابتعاده الشديد عن الرأي والقياس ، فانه قد انفرد احياناً بنظريات ، وان اختلفت عما جاء في باقي المذاهب الاسلامية ، لكنها قريبة من النظريات العصرية الغربية . مثاله : لا تجب نفقة الزوج المعسر على زوجته الغنية في الشرع الاسلامي الا في هذا المذهب البائد[1] .

## مذهب الطبري

ابو جعفر محمد بن جرير الطبري ولد في آمل ، طبرستان ، سنة ٢٢٤ هـ ، ومات في بغداد سنة ٣١٠ هـ . وقد كان عالماً في علوم كثيرة . فهو مؤلف تاريخ الطبري المشهور ، وصاحب التفسير الكبير للقرآن الكريم الذي قيل انه « لم يعمل احسن منه » .

وكان الطبري فقيهاً رحالة . اخذ فقه الشافعي ومالك وفقه اهل الرأي ، ثم انتحى لنفسه مذهباً خاصاً ، انتشر في بغداد . وكان من اتباعه ابو الفرج المعافا النهرواني وغيره[2] . وكانت له

---

(١) المحلّى لابن حزم ، ج ١٠ رقم ١٩٣٠ .

(٢) راجع اسماء باقي اصحابه والمتفقهين على مذهبه في الفهرست ، لابن النديم ، ص ٣٢٧ - ٣٢٩ .

تآليف في الفقه ايضاً ، اهمها : كتاب اللطيف ، وكتاب الخفيف ، وكتاب البسيط ، وكتاب الآثار ، وكتاب اختلاف الفقهاء . وهذا الاخير يحوي بحثاً مقارناً في المذاهب الفقهية الاسلامية [١] .

غـــير ان مذهب الطبري اندرس في منتصف القرن الخامس للهجرة ، واصبح مدفوناً في بطون التاريخ .

---

(١) من هذا قطعة مخطوطة بمكتبة مصر . وقد طبعت في القاهرة ، سنة ١٣٢٠ هـ .

# الفصل السابع

## المذاهب الشيعية

### اهل السُّنة

ان المذاهب التي اسلفنا تسمّى السنّية ، نسبة الى اهل السنة . وهم الذين قالوا بعد وفاة النبي محمد بن عبد الله ( ص ) بخلافة ابي بكر الصديق ثم عمر بن الخطاب ثم عثمان بن عفّان ( رضي الله عنهم ) .

وقد خالفهم في ذلك قوم قالوا ان عليّ بن ابي طالب ( كرّم الله وجهه ) هو احق من هؤلاء بالخلافة ، لانه من اهل بيت النبي ( ص ) ، فهو ابن عمه وزوج ابنته فاطمة ، ولانه اول من دخل في الاسلام من الرجال ، ولان النبي ( ص ) على قولهم اوصى بالخلافة له من بعده . لذلك تشيّعوا له واطلق عليهم اسم الشيعة ، اي شيعة الامام عليّ . وهم يبلغون اليوم ثمن المسلمين في العالم تقريباً [١] .

وان سبب الخلاف بين اهل الشيعة واهل السنة ، كما ترى ، كان اساسه سياسياً . وقد بقي كذلك ابّان التاريخ الاسلامي ، اذ كان همّ الشيعة العمل على استرداد حق اهل البيت من الخلفاء

---

(١) راجع كتاب ماسنيون ( Annuaire du Monde Musulman ) ؛ باريس ، ١٩٢٩ ، ص ٢٤ و ٣٨ .

الراشدين ، ابي بكر وعمر وعثمان ، ومن الخلفاء الامويين والعباسيين . ولكن الخلاف بين الطائفتين من هذه الناحية لم يعد ما يبرره في وقتنا الحاضر .

وقد كان ايضاً بين اهل السنة واهل الشيعة خلاف من نواح اخرى عديدة . منها الامامة والاجتهاد والادلة والاصول وفروع العبادات والمعاملات . ونحن سنلمح الى بعضها في حينه .

والامامة عند اهل الشيعة كانت ايضاً السبب في انقسامهم هم الى فرق ونحل . واهمها : الامامية ، فالزيدية ، ثم الاسماعيلية . وقد اتفق منتحلو هذه الفرق جميعاً على ان الامامة لاهل البيت . واتفقوا على تعيين الائمة الاربعة علي بن ابي طالب ، وولديه الحسن والحسين ، وعلي زين العابدين بن الحسن .

ولكنهم افترقوا بعدئذٍ ، فقال الزيدية بامامة زيد بن علي ، وقال الباقون بامامة ابي جعفر محمد الباقر ومن بعده جعفر الصادق . ثم افترق هؤلاء بعد ذلك الى فرقتين ايضاً : احداهما الاسماعيلية قالت ان الامام السابع هو اسماعيل بن جعفر الصادق . والثانية الامامية او الاثنا عشرية قالت بامامة موسى الكاظم ، ومن بعده علي الرضا ومحمد الجواد وعلي الهادي والحسن العسكري ، واخيراً الامام الثاني عشر محمد المهدي المنتظر .

ولا بأس هنا بكلمة مختصرة في كل من هذه الفرق [١] .

## الشيعة الامامية

سمّيت هذه الشيعة بالاثني عشرية ، لانها قالت بامامة الائمة

(١) انظر ضحى الاسلام ، ج ٣ ص ٢٠٨ وما بعدها .

الاثني عشر الذين ذكرنا . وسمّيت ايضاً بالشيعة الامامية ، لما علقته من الاهتمام بالامام ، وبعصمة الائمة كما سنرى ، وبالمهدي المنتظر [١] .

وادلة التشريع في مذهب هـذه الشيعة هي الكتاب والسنة والاجماع . فالكتاب ، اختلف علماؤهم في وقوع التحريف فيه ، ولكن القول المختار هو على عدم وقوعه [٢] . وفي السنة لا يقبل اهل الشيعة الا الاحاديث التي تعود باسنادهـا الى اهل البيت ، وتسمّى عندهم بالاخبار .

ثم ان الاجماع عندهم هو « الاتفاق المشتمل على قول الامام المعصوم عليه السلام ، لا مجرد اتفاق العلماء على قول » [٣] . اما القياس ، فهو محرم منهي عنه عنـد طائفة الاخباريين منهم ، ومقبول عند الاصوليين [٤] .

هذا في علم الاصول . اما في فروع الفقه ، فمذهب الشيعة الامامية لا يختلف كثيراً عن المذهب الشافعي ، حتى ان بعضهم

---

(١) انظر الملل والنحل للشهرستاني ( بهامش الفصل في الملل والاهواء والنحل لابن حزم ، مصر ، ١٣٤٧ هـ ، ج ٢ ص ٢ وما بعدهـا ) . راجع ايضاً في ضحى الاسلام ( ج ٣ ص ٢١٥ و ص ٢٢٦ – ٢٤٩ ) مـا ورد عن المهدي ، اي الامام المنتظر الذي سيرجع مع اعدائه فيمذبهم ويملأ الارض عدلاً ، وما ورد عن عمل اهل الشيعة بالتقيّة ، اي النظام السري في شؤونهم حتى تتم الخطط المرسومة .

(٢) وسيلة الوسائل في شرح الرسائل في علم الاصول للحاج سيّد محمد باقر ، مطبعة التبريزي ، ١٢٩٠ هـ ، ص ٦١ .

(٣) حل العقول لعقـد الفحول لمحمد باقر مرتضى الطباطبائي ، مطبوع بنفس المجلد مع وسيلة الوسائل ، ص ٤٤ .

(٤) تذكرة الفقهاء للحلّي ( ج ١ ص ١ ) ، ووسيلة الوسائل ( ص ٧ ) ، وحل العقول ( ص ٥٣ ) .

يعتبرونه مذهباً خامساً الى جانب المذاهب السنية الاربعة . ومن مسائل الخلاف في الفروع : جواز المتعة او الزواج الموقت ، وبعض مسائل الارث ، وغيرها .

وقد اشتهر عند هذه الشيعة الامام جعفر الصادق ( ٨٠ أو ٨٣ — ١٤٨ هـ ) . وهو من كبار المجتهدين المعروفين بالصدق والشرف والعلم . واليه ينسب احياناً هذا المذهب ، فيسمّى المذهب الجعفري . وكذلك اشتهر عند الامامية زُرارة بن أعيَن ( المتوفى سنة ١٥٠ هـ ) ، وولداه الحسين والحسن ، وغيرهم كثيرون [١] .

ولا ريب في ان الفرقة الامامية اكبر الفرق الشيعية . فمنها في ايران حوالي السبعة ملايين ، وفي الهند خمسة ملايين ، وفي العراق مليون ونصف ، وفي لبنان مائة وستة وخمسون الفاً ونيّف [٢] ، وفي سوريا احد عشر الفاً تقريباً [٣] .

وان مذهب الشيعة الامامية مذهب الدولة الايرانية ، منذ بدء حكم الاسرة الصفوية ( نسبة الى اسماعيل الصفوي ) سنة ٩٠٧ هـ ( ١٥٠١ م ) . وقد جرت في القرن الثامن عشر محاولات عديدة في

---

(١) راجع الفهرست لابن النديم ، ص ٢٠٧ — ٣١٤ و ٢٧٥ — ٢٧٩ . ومن الكتب المعروفة عندهم : كتاب شرائع الاسلام لجعفر بن الحسن الحلّي المعروف بالمحقق ( المتوفى سنة ٦٧٦ هـ او ١٢٧٧م ) . وشرحه المسمّى جواهر الكلام لمحمد حسن النجفي المتوفى في اواسط القرن الثالث عشر ، وتذكرة الفقهاء لحسن بن يوسف الحلّي في جزئين ، وكتاب مفتاح الكرامة شرح قواعد العلامة تصنيف محمد الجواد بن محمد الحسيني العاملي (المتوفى سنة ١٢٢٦ هـ) ، وكتاب وسائل الشيعة الى مسائل الشريعة لمحمد بن الحسن بن علي الحر العاملي ( المتوفى سنة ١١٠٤ هـ ) ، وكتب الاحاديث التي سيأتي بيانها ، وغيرها .

(٢) ٨٣٢ ، ١٥٦ ، بحسب احصاء سنة ١٩٣٢ .

(٣) ٩٧٤ ، ١٠ ، في التقرير المقدم لجامعة الامم سنة ١٩٣٤ .

ايران لتوحيد المذاهب السنية والمذاهب الشيعية ، ولكنها لم تفلح[1] .

وفي سوريا ولبنان ، يقال لمنتحلي هـذه الشيعة المتاولة ، جمع مُتوالي ، أي المتوالي للامام علي بن ابي طالب . ولهم في لبنـان محاكم شرعية خاصة ، تنظر في مسائل الاحوال الشخصية ، وتسمّى المحاكم الجعفرية .

## الشيعة الزيدية

هذه الشيعة قالت بامامة زيد بن علي الامام الشيعي الخامس ، وبامامة اولاد السيدة فاطمة بنت النبي ( ص ) من بعده . والامام زيد قتِل سنة ١٢٢ هـ ، في حربه مع رجـــال الخليفة الاموي هشام بن عبد الملك . وكذلك قتِل ولده يحيى بعد ثلاث سنوات في ثورته على الوليد بن يزيد .

وممّن اشتهر من مجتهدي الزيـــدية : الحسن بن صالح بن حي ( المتوفى سنة ١٦٨ هـ ) ، والحسن بن زيد بن محمد الملقب بالامام الداعي الى الحق والذي كان ملكا على طبرستان من سنة ٢٥٠ الى وفاتـــه سنة ٢٧٠ هـ ، والقاسم بن ابرهيم العلوي ، وحفيده الهادي يحيى ، وابو جعفر المرادي ، وغيرهم[2] .

ومن اقـدم كتبهم كتاب « المجموع » ، وهو يحوي الاخبار والفتاوى التي رويت عن الامـــام زيد بن علي مرتبـــة وَفْقَ

---

(١) انظر محاضرات غولد زيهر ( Le Dogme et la Loi de l'Islam ) ، ص ٢٤٧ — ٢٤٩ .

(٢) انظر الفهرست لابن النديم ، ص ٢٧٤ .

مواضيعها [١] . ومن الكتب المعروفة في فقههم اليوم كتاب الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير ، وهو لشرف الدين الحسين بن احمد الحيمي ( المتوفى سنة ١٢٢١ هـ ) [٢] .

وان اهل الشيعة الزيدية معتدلون في حكمهم على الخلفاء الراشدين السابقين لعلي بن ابي طالب . فهم يقولون بصحة امامة ابي بكر وعمر ، لجواز امامة المفضول مع قيام الافضل عندهم [٣]. وهم اقرب النحل الشيعية الى المذاهب السنية ، ومركز هذه الشيعة اليوم بلاد اليمن .

## الشيعة الاسماعيلية

وهي شيعة الاقلية الذين نبذوا امامة موسى الكاظم ، وقالوا بامامة اخيه الاكبر اسماعيل . وقد ظهر هذا المذهب في مصر ، واتّبعه فيه الخلفاء الفاطميون من سنة ٩٠٩ الى سنة ١١٦١ م . اما اتباعه اليوم ، فهم طائفتان : الاسماعيلية الشرقية والاسماعيلية الغربية .

فالاولى مركزها الهند . ولها منتحلون ايضاً في فارس واسيا الوسطى . ويتولى رئاستها السلطان محمد شاه المعروف بآغا خان . وهو عند اتباعه الامام الثامن والاربعون بعد النبي ( ص ) . وهؤلاء يدفعون له العشر من اموالهم ، ويبلغ عددهم في الهند البريطانية

---

(١) طبعه غريفيني ( Griffini ) ، ميلانو سنة ١٩١٩ .

(٢) طبع مع تتمته للعباس بن احمد الحسيني اليحيى ، في خمسة اجزاء ، بمطبعة السعادة بمصر ، سنة ١٣٤٧ - ١٣٤٩ هـ .

(٣) الملل والنحل للشهرستاني ( بهامش كتاب ابن حزم ) ، ج ١ ص ١٦٠ .

نحواً من مليون [١] .

والاسماعيلية الغربية منتشرة في بلاد العرب الجنوبية ، وبجوار خليج فارس ، وفي جبال حماه واللاذقية من سوريا . ويقدر عدد الاسماعيليين في سوريا بما فيه العلويين بنحو عشرين الفاًونصف [٢] .

اما فقه الاسماعيلية ، فهو غير مشهور . والاعتماد في ذلك على كتاب اسمه « دعائم الاسلام » ، لم نطلع عليه ، وقيل انه لم ينشر [٣] .

---

(١) انظر كتاب ماسنيون ( Annuaire du Monde Musulman ) ، باريس ، ١٩٢٣ ، ص ٢٩١ .

(٢) عن التقرير المرفوع لجامعة الامم سنة ١٩٣٤ .

(٣) راجع كتاب « المقدمة لدرس الشرع الاسلامي » تأليف فيزي (بالانكليزية)، اكسفورد ، ١٩٣١ ، ص ٣٢ — ٣٣ . وراجع اسماء المصنفين للكتب الاسماعيلية في الفهرست لابن النديم ، ص ٢٦٧ وما بعدها .

# الفصل الثامن

## القوانين العثمانية ومجلة الاحكام العدلية

### فكرة التدوين الرسمي

بيّنا في الفصل السابق ظهور المذاهب الاسلامية واختلافها في اصول الفقه وفروعه . ورأينا حالة التشريع في عصر الجمود ، الذي تلا العصر الذهبي . واوضحنا كيف توقف الاجتهاد وعم التقليد ، وكيف كثرت المؤلفات من متون مختصرة الى شروح وشروح الشروح ، وحواشٍ وتكملات ، وجوامع الفتاوى وتنقيح الفتاوى وما اليهـــا ، حتى اصبح الخوض في موضوع الفقه من الامور الصعاب .

ومما زاد في الصعوبة عدم التدوين الرسمي للاحكام الشرعية في مسائل المعاملات . نعم جمع القرآن الكريم على قراءة واحدة في عهد عثمان بن عفان عام ٣٠ هـ ( ٦٥٠ م ) ، ولكن الحديث لم يجمع على هذا النحو . فقد ابى عمر بن الخطاب جمع السنن ، لئلا يقبل الناس عليها ويتركوا القرآن الكريم .

ثم ان الخليفة الاموي عمر بن عبد العزيز حاول جمع السنن في اوائل القرن الثاني للهجرة ( القرن الثامن للميلاد ) . فكتب الى ابي بكر بن حزم لينظر ما كان من الحديث فيكتبه ، « لانه خاف دروس العلم وذهاب العلماء » . ولكنه لم يتوفق الى ما

اراد ، لانه توفي قبل اتمام جمعها [١] . وكذلك لم تجمع احكام المعاملات في قانون عام . فنتج من ذلك اختلاف في الاحكام واختلاف في الاجتهاد والآراء .

## محاولات ابن المقفع والبي جعفر المنصور

كان عبد الله بن المقفع ( المتوفى سنة ١٤٤ ؟ هـ ) فارسي الاصل . وكان كاتباً قديراً ، اشتهر بعلمه وادبه وبلاغته ، واشتهر بما نقله من اللغة الفارسية الى العربية [٢] .

وقد لاحظ ابن المقفع في بدء العهد العباسي الفوضى في المذاهب فكتب الى الخليفة ابي جعفر المنصور تقريراً في « رسالة الصحابة » بيّن فيه الضرر من فوضى الاجتهاد واختلاف الاحكام ، وبيّن الفائدة من وضع قانون عام لجميع الامصار ، يؤخذ عن الكتاب والسنة ، وعند عدم النص يؤخذ عن الرأي على ما يقتضيه العدل ومصلحة الامة .

واليك بعض ما جاء في الرسالة من هذه الناحية : « ومما ينظر فيه امير المؤمنين من امر هذين المصرين وغيرهما من الامصار والنواحي اختلاف هذه الاحكام المتناقضة التي قد بلغ اختلافها امراً عظيما . . . فلو رأى امير المؤمنين ان يأمر بهذه الأقضية والسِّير المختلفة فترفع اليه في كتاب ، ويرفع معها ما يحتج به كل قوم من سنة او قياس ، ثم نظر امير المؤمنين في ذلك ، وامضى في كل قضية رأيه ، ونهى عن القضاء بخلافه ، فكتب بذلك كتاباً

---

(١) تنوير الحوالك شرح موطأ مالك ، ج ١ ص ٤ .

(٢) هو معرّب كتاب « كليلة ودمنة » المشهور .

جامعاً ، رجونا ان يجعل الله هذه الاحكام المختلطة الصواب بالخطأ حكما واحـــداً صواباً ، ورجونا ان يكون اجتماع السّير قربة لاجماع الامر برأي امير المؤمنين وعلى لسانه »[١] .

هكذا كان اقتراح ابن المقفع ، ولكنه اقتراح لم يَقترن بالتنفيذ . وكان الباعث على ذلك خوف الفقهاء واولي الامر من ارتكاب الخطأ في اجتهادهم في شريعة دينية كالشريعة الاسلاميـة ، واباءهم ان يتحملوا تبعة اجبار الناس على تقليدهم[٢] .

ويؤيّد ذلك ما روي عن الخليفة ابي جعفر المنصور انه لما حج عام ١٤٨ هـ ( ٧٦٥ م ) ، طلب الى الامام مالك بن أنس ان يحمل الناس على علمه ومذهبه ، فأبى هذا قائلاً : « ان لكل قوم سلفاً وائمة ، فان رأى امير المؤمنين ، اعز الله نصره ، قرارهم على حالهم فليفعل » .

ثم ان ابا جعفر يَوم حج عام ١٦٣ هـ ( ٧٧٧ م ) ، اعاد عـلى الامام مالك اقتراحه السابق ، وقال له : « يا ابا عبدالله ، ضع هذا العلم ( الفقه ) ودوّن منه كتباً ، وتجنب شدائد عبد الله بن عمر ورخص عبـــد الله بن عباس وشوارد ابن مسعود ، واقصد الى اواسط الامور وما اجتمع عليـه الائمة والصحابة رضي الله عنهم ، لنحمل الناس ان شاء الله على علمك وكتبك ، ونبثها في الامصار ونعهد اليهم ان لا يخالفوها »[٣] . فكتب مالك الموطأ الذي

---

(١) تاريخ القضاء في الاسلام للسيد عرنوس ، ص ٨٤ – ٨٥ .

(٢) نذكر فيما بعد قول الائمة بشأن ذم التقليد .

(٣) الامامة والسياسة لابن قتيبة ( ج ٢ ص ١٥٠ – ١٥٩ ) ،والانتقاء لابن عبد البر ( ص ٤١ ) .

ذكرنا ، ولكنه رفض ان يحمل الناس على مذهبه . ورفض ذلك ايضاً في عهد هارون الرشيد .

وقد بقي الامر كما قدمنا دون تدوين رسمي للقوانين الفقهية حتى ايام الدولة العثمانية . وكان من اراد الاطلاع على حكم شرعي في مسألة من المسائل العملية عمد الى الكتب الفقهية ، والى شروحها وهوامشها ، والى كتب الفتاوى العديدة .

## الفتاوى الهندية

كان ممّن اهتم بجمع الفتاوى في القرن الحادي عشر للهجرة ( السابع عشر للميلاد ) احد ملوك الهند السلطان محمد اورنك زيب بهادر عالمكير [١] . فانه الف لجنة من مشاهير علماء الهند برئاسة الشيخ نظام « ليؤلفوا كتاباً حامشاً ( جامعاً ) لظاهر الروايات التي اتفق عليها وافتى بها الفحول ، ويجمعوا فيه من النوادر ما تلقتها العلماء بالقبول » . فجمعوا ذلك في كتاب معروف بالفتاوى الهندية او بالفتاوى العالمكيرية نسبة الى ذلك السلطان .

وهو كتاب جامع يقع في ستة اجزاء ضخمة ، مرتب ترتيب كتاب الهداية للمرغيناني . ويبحث في العبادات والمعاملات ، كباقي الكتب الفقهية الاسلامية . وقد كان ولا يزال من المراجع الشهيرة في الفقه الحنفي . وهذا الجمع شبه الرسمي لم يكن الزامياً كالقوانين

---

(١) ١٠٢٨ – ١١١٨ هـ ( ١٦١٨ – ١٧٠٦ م ) . انظر ترجمته في قاموس الاعلام لسامي بك ( استانبول ، ١٣٠٦ هـ ، ج ٤ ص ٣٠٦٩ ) ، وفي الموسوعة الاسلامية تحت كلمة اورنك زيب .

( Encyclopedia of Islam , V° Awrangzeb )

الحديثة ، ولم يكن على شاكلتها في النمط والاسلوب . بل حوى مسائل من الفقه كثيرة ، بعضها حقيقي وبعضها فَرَضي ، مع بيان القول او الاقوال المختارة للفتوى في كل منها .

## القوانين العثمانية

في القرن التاسع عشر ظهرت مدوّنات القوانين الاوروبية الحديثة . فرأت الدولة العثمانية ان حاجات العصر تستوجب اصدار القوانين الموافقة لها .

ففي سنة ١٨٥٠ ، اصدرت قانون التجارة ، نقلاً عن القانون الفرنسي . وفي سنة ١٨٥٨ ، اصدرت قانون الاراضي ، ثم وضعت قانون الجزاء نقلاً عن القانون الفرنسي ايضاً ، ولكنها ادخلت عليه فيما بعد تعديلات كثيرة مأخوذة عن القانون الايطالي . ثم اصدرت قانون اصول المحاكمات التجارية عام ١٨٦١ ، وقانون التجارة البحرية عام ١٨٦٤ ، وقانون اصول المحاكمات الحقوقية عام ١٨٨٠ وذيله عام ١٩١١ ، وقانون الاجراء عام ١٩٠٦ ، وقوانين اخرى خاصة عديدة ، كنظام اموال الايتام ، وقانون حكام الصلح ، وقانون اصول المحاكمات الشرعية ، وغيرها .

وقد تأثرت المدوّنات العثمانية بالقوانين الاجنبية ، فكان معظمها مأخوذاً عن هذه القوانين بتبويبه ونصوصه وروحه . وتمشّت الدولة العثمانية في ذلك مع تيار الضرورة التجارية والتطور الاجتماعي ، فجاءت بعض مدوّناتها متوافقة والشرع الاسلامي ، وجاء البعض الآخر مختلفاً عنه .

مثاله ، لم يقرّ قانون الجزاء العثماني العقوبات الشرعية ، كقطع

يد السارق والجلد وما اشبه . وكذلك ، خلافاً لتحريم الربا في الشرع ، اجيزت الفائدة القانونية في قانون اصول المحاكمات الحقوقية ( المادة ١١٢ ) ، واجيزت الفائدة الرضائية في المداينات العادية والتجارية بمقتضى نظام المرابحة [١] . وعلى كل حال ، لا مجال هنا للتبسط في هذا البحث ، لخروجه عن موضوعنا .

## مجلة الاحكام العدلية

رأت الدولة العثمانية ايضاً ان تجمع القانون المدني . فعيّنت لجنة اسمها جمعية المجلة « مجله جمعيتي » ، مؤلفة من سبعة علماء ، برئاسة احمد جودت باشا ناظر ديوان الاحكام العدلية . وكان اعضاؤها في البدء السادة احمد خلوصي واحمد حلمي من اعضاء ديوان الاحكام العدلية ، ومحمد امين الجندي وسيف الدين من اعضاء شورى الدولة ، والسيد خليل مفتش الاوقاف ، والشيخ محمد علاء الدين بن عابدين [٢] . ولكن تشكيل هذه اللجنة تغير اثناء مدة عملها ، فاستبدل بعض اعضائها وزيد عليها اعضاء آخرون .

وكانت غاية اللجنة « تأليف كتاب في المعـــاملات الفقهية ،

---

(١) انظر المادة الاولى من نظام المرابحة الجديد ، الصادر عام ١٨٨٧ .

(٢) الشيخ محمد علاء الدين بن عابدين هو مؤلف قرة عيون الاخيار لتكملة رد المحتار ، وهو ابن محمد امين بن عابدين ( المتوفى سنة ١٢٥٢ هـ ، ١٨٣٦ م ) ، مصنف كتاب العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية ، وكتاب رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار المعروف بحاشية ابن عابدين ، وغيرها . وقد ذكر الشيخ محمد علاء الدين في بدء تكملته ( ص٤ ) انه استعفى من جمعية المجلة بعد مدة تقرب من ثلاث سنين ورجع الى وطنه دمشق الشام ، لما في قلبه « من الرمضاء من فراق الاوطان والاهل والخلان » .

يكون مضبوطاً ، سهل المأخذ ، عارياً من الاختلافات ، حاوياً للاقوال المختارة ، سهل المطالعة على كل أحد » .

وسبب التدوين ، كما اوضحته اللجنة في تقريرها الذي رفعته الى الصدر الاعظم عالي باشا بتاريخ المحرم سنة ١٢٨٦ هـ ( ١٨٦٩ م ) هو : ان « علم الفقه بحر لا ساحل له ، واستنباط درر المسائل اللازمة منه لحل المشكلات يتوقف على مهارة علمية وملكة كلية ، وعلى الخصوص مذهب الحنفية ، لانه قام فيه مجتهدون كثيرون متفاوتون في الطبقة ، ووقع فيه اختلافات كثيرة . ومع ذلك ، فلم يحصل فيه تنقيح كما حصل في فقه الشافعية ، بل لم تزل مسائله اشتاتاً متشعبة . فتمييز القول الصحيح من بين تلك المسائل والاقوال المختلفة ، وتطبيق الحوادث عليها ، عسير جداً . وعدا ذلك فانه بتبدل الاعصار تتبدل المسائل التي يلزم بناؤها على العرف والعادة » .

وقد باشرت اللجنة عملها عام ١٢٨٥ هـ ( ١٨٦٩ م ) ، وعرضت المقدمة والكتاب الاول من المجلة على شيخ الاسلام وغيره من المقامات ، وأدخل عليها ما لزم من التهذيب والتعديل . ثم تقاسم اعضاء اللجنة العمل ، فاشترك في بعض كتبها فريق منهم دون الآخرين الا رئيسها فانه اشترك في ابوابها جميعاً . وقد تم ترتيبها عام ١٢٩٣ هـ ( ١٨٧٦ م ) .

هكذا كان تدوين القانون المدني العثماني . وقد نشر بارادة سنية من السلطان باسم مجلة[1] الاحكام العدلية .

---

(١) المجلة معناها لغة الصحيفة فيها الحكمة ، وكل كتاب عند العرب ( لسان العرب ، ج ١٣ ص ١٢٧ ) .

## محتويات المجلة

تحتوي مجلة الاحكام العدلية على الف وثمانمائة واحدى وخمسين مادة ( ١٨٥١ ) ، وتقسم الى مقدمة وستة عشر كتاباً . فالمقدمة مؤلفة من مائة مادة ، الاولى في تعريف علم الفقه وتقسيمه ، والباقية في القواعد الكلية العامة .

وكتبها هي : كتاب البيوع ، كتاب الاجارات ، كتاب الكفالة ، كتاب الحوالة ، كتاب الرهن ، كتاب الامانات ، كتاب الهبة ، كتاب الغصب والاتلاف ، كتاب الحجر والاكراه والشفعة ، كتاب الشركات ، كتاب الوكالة ، كتاب الصلح والابراء ، كتاب الاقرار ، كتاب الدعوى ، كتاب البيّنات والتحليف ، كتاب القضاء .

والمجلة مأخوذة بوجه عام عن كتب ظاهر الرواية في المذهب الحنفي . واذا تعددت الاقوال عند الامام الاعظم واصحابه ، اختارت المجلة القول الذي رأته موافقاً لحاجات العصر وللمصلحة العامة . مثاله في الحجر على السفيه ، اخذت المجلة برأي الامامين ابي يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني ، وتركت رأي الامام الاعظم . وكذلك اخذت برأي ابي يوسف في عقد الاستصناع ، وهكذا .

ثم انها تركت في بعض المسائل القليلة ظاهر الرواية الحنفية واخذت بغيرها . مثاله في ضمان منافع الشيء المغصوب رجّحت رأي الفقهاء المتأخرين في المذهب الحنفي ، وهو رأي قريب من المذهب الشافعي .

وخلافاً للفتاوى العالمكيرية وغيرها من جوامع الفقه الاسلامي ،

فان المجلة لم تبحث في العبادات ولا في العقوبات ، بل لم تحو الا الاحكام الفقهية المتعلقة بالمعاملات المدنيّة .

ومن يقارن بين مجلة الاحكام العدليـــة وبين القوانين المدنية الاوروبية ، يجدْ في الاولى بعض النقص ، ويرَ عليهـــا بعض الملاحظات . واهم ذلك في المواضع الآتية :

اولا — لم تبحث المجلة في الاحوال الشخصيـــة ، من زواج وطلاق ونفقة وبنوة ونسب وولاية ووصاية وحضانة وما اليها ، الا ما جاء في الكتاب التاسع عن الحجر . وكذلك لم تبحث في احكام الارث والوصية والمفقود والاوقاف ، ولا في بعض الامور الاخرى التي نجدها في القوانين المدنية الحديثة . ويعود السبب في ذلك الى الخلاف الكبير الواقع في بعض هذه المسائل ، والى تعدد العناصر والاديان في المملكة العثمانية ، والى سياسة التسامح التي اتبعتها الدولة في ذلك الوقت مع غير المسلمين ، وتركها لهم الحرية في امورهم المذهبية واحوالهم الشخصية .

وقد بقي الامر كذلك حتى سنة ١٩١٧ حين سنت الدولة قانوناً للزواج والفرقـــة ، صدر باسم قانون العائلة في ٨ محرم ١٣٣٦ هـ ( ١٣٣٣ مالية ) . وهذا القانون ، وان كان في الاصل على مذهب الدولة الحنفي ، الاّ انه في كثير من المسائل اخذ عن باقي المـذاهب الاسلامية ، كما في فساد زواج المكره ، وبطلان طلاق السكران او المكره ، وتفريق الزوجين عنـد الشقاق والنزاع ، وغير ذلك من المسائل [١] .

---

(١) راجع الاسباب الموجبة لهذا القانون .

ثانياً — ليس في المجلة نظرية عامة للموجبات والعقود . فنرى مثلاً قواعد الايجاب والقبول التي تتعلق بجميع العقود مندرجة في كتاب البيوع . ونرى معظم احكام الجرم المدني مبعثرة في المواد المتعلقة بالغصب والاتلاف وما شاكل .

ثالثاً — اخذت المجلة بنظرية العقد الفاسد ، واشترطت لصحة بعض العقود شروطاً تقيّد حرية التعاقد ، ولم تأخذ ببعض التسهيلات التي جاءت في المذاهب الاخرى . مثاله ، جاء فيها ان « تأجيل الثمن ( في البيع ) لمدة غير معينة ، كأمطار السماء ، يكون مفسداً للبيع » . ثم ان المجلة ، خلافاً للشافعي ، لم تعتبر المنافع من الاموال المتقومة ، فاذا لم يضمن الغاصب منافع الشيء المغصوب الا في بعض الاحوال ( المادة ٥٩٦ ) . الخ ...

ولكن هذا النقص أزالته المادة ٦٤ من قانون اصول المحاكمات الحقوقية العثماني المعدلة بقانون ١٥ جمادى الآخرة سنة ١٣٣٢ هـ ( ٢٨ نيسان سنة ١٣٣٠ مالية و ١٩١٤ ميلادية ) ، التي وضعت مبدأ حرية التعاقد في القانون العثماني . فاباحت جميع العقود والتعهدات التي لا تخلّ بالانظمة والآداب والنظام العام ، واكتفت باتفاق المتعاقدين على النقاط الاصلية ليتمّ العقد بينهما ، ولو لم تذكر النقاط الفرعية . واجازت التعاقد على الاشياء المستقبلة ، واعتبرت في حكم المال كل الاعيان والمنافع والحقوق التي جرت العادة على تداولها .

## شروح المجلة

سدّت مجلة الاحكام العدلية في حينها فراغاً كبيراً في عالم

القضاء والمعـــاملات الشرعية . فبعد ان كانت المسائل مبعثرة في كتب الفقه العديدة ، وكانت الفتاوى والاقوال متعددة ومختلفة في الموضوع الواحد ، اصبحت الاحكام الشرعية واضحة ثابتة ، لايحتاج رجال القانون الى عناء كبير لفهمها وتطبيقها .

وبعد ان كانت الشروح والحواشي تصنف على متون المختصرات وامهات كتب الفقه ، اصبح الشرح منحصراً في مواد المجلة ، لاجل تفسير معانيها وبيان مصادرها وادلتها .

ومن شروح المجلة التركية القديمة شروح عاطف بك ورشيد باشا وجودت باشا وغيرها . ومن اقدم هـــذه الشروح في اللغة العربية الشرح المسمّى « مرآة مجلة احكام عدلية » ، تأليف مفتي قيصري السابق مسعود افندي ، المطبوع بالاستانة سنة ١٢٩٩ هـ ( ١٨٨١ م ) . وهو شرح باللغة العربية على المتن التركي ، يحتوي على بيان صحيح للمآخذ مع شرح وجيز واضح .

ثم تلاه شرح المرحوم سليم رستم باز اللبناني من اعضاء شورى الدولة العثمانية سابقاً . فقد طبع شرحـــه سنة ١٨٨٨ ، ثم اعيد طبعه مراراً [١] . وهو كتاب ضخم ، سهل الفهم ، مختصر العبارة ، معزّز باسماء المناقب التي اخذ عنها . وقـــد اشتهر عند رجال القانون في البلاد العربية ، وكان كثير التداول في ايديهم . ولكنه شرح عملي ، وهو على هذا النمط لم يذكر الادلة الشرعية لاحكام

---

(١) صدرت الطبعة الثالثـة منه في المطبعة الادبية في بيروت سنة ١٩٢٣ . وللمرحوم باز شروح قانونيـة مشهورة هي : شرح قانون اصول المحاكمات الحقوقية ، وشرح قانون اصول المحاكمات الجزائية ، وشرح قانون الجزاء ، ومرقاة الحقوق .

المجلة . وكذلك اصدر السيد يوسف آصاف شرحاً بعنوان « مرآة المجلة » ، يقع في جزئين [١] .

اما اكبر شروح المجلة واجلها ، فهو الشرح المسمّى بدرر الحكام شرح مجلة الاحكام ، تأليف علي حيدر الرئيس الاول لمحكمة التمييز العثمانية وامين الفتيا ووزير العدلية واستاذ المجلة بمعهد الحقوق في استانبول سابقاً . وهـذا الشرح يقع في ستة عشر جزءاً ، مقسمة على حسب تقسيم كتب المجلة ، بَعضها كبير والآخر صغير . وهو اوسع من شرح باز ، وفيه الادلة الشرعية لكل من الاحكام مع بيان المصادر والمناقب . وعلى المجلة ، هو تفسير وافٍ يدل على علم مصنفه الغزير ، وعلى اطلاعه الواسع . وقـد نقل عنه بعض الشراح المتأخرين ، وعرّبه عن التركيـة المحامي الاستاذ فهمي الحسيني [٢] .

واول شروح المجلة الحديثـة الشرح المسمّى « كتاب الادلة الاصلية الاصولية شرح مجلة الاحكام العدلية في قسم الحقوق المدنية » صنفه عام ١٩١٩ الاستاذ محمد سعيد مراد الغزي ، احـد اساتذة معهد الحقوق في دمشق . وهو شرح وجيز يقع في ثلاثـة اجزاء صغيرة ، ويحتوي في المواد الكلية على مقابلات مفيدة [٣] .

---

(١) طبع في مصر ، سنة ١٨٩٦ .

(٢) طبعت اجزاؤه متفرقة بين سنة ١٩٢٥ وسنة ١٩٣٦ في مطابع حيفا ويافا وغزة والقاهرة . والاصل التركي طبع في الاستانة سنة ١٣٣٠ هـ في اربعة مجلدات . ولعلي حيدر ايضا كتاب الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية رتبه في غرة رجب سنة ١٣٣٣ هـ ( ١٩١٥ م ) ، وقد عربته ونشرته المجلة القضائية في المجلدين الثالث والرابع ( سنة ١٩٢٣ — ١٩٢٤ ، مطبعة صادر ، بيروت ) .

(٣) طبع في المطبعة البطريركية ، سنة ١٣٣٨ هـ .

وقد تلاه عام ١٩٢٧ شرح آخر للاستاذ محمد سعيد المحاسني ، استاذ المجلة ايضاً في معهد دمشق . وهو كتاب مدرسي يقع في ثلاثة اجزاء ، مرتبة على نمط شرح علي حيدر ، مع حذف المراجع واضافة بعض المقابلات بالقوانين الحديثة [١] .

وهناك شرح آخر صنفه مفتي حمص الاسبق المرحوم محمد خالد الاتاسي واتمه ونشره ولده المفتي السابق سماحة محمد طاهر الاتاسي . وهو شرح كبير واف ، يقع في ستة اجزاء [٢] ، وفيه ذكر للمراجع الفقهية المعتمد عليها . وكذلك ظهر مؤخراً شرح للمجلة ، تأليف السيد منير القاضي ، عميد كلية الحقوق في بغداد . وهو يقع في خمسة اجزاء مبوّبة بحسب المواضيع ، لا بحسب ارقام المواد [٣] .

وتوجد شروح اخرى ، معظمها يقتصر على بعض مواد المجلة ، وخاصة المائة الاولى . ولسنا نرى مجالاً لاطالة الكلام فيها .

---

(١) لنفس المؤلف كتاب آخر في موضوع المجلة . وهو مختصر ، ولكنه مبوّب تبويباً علمياً ، طبع بعنوان « موجز في القانون المدني » .

(٢) طبع في حمص بين سنوات ١٩٣٠ – ١٩٣٧ .

(٣) طبع في بغداد في مطبعتي المعارف والنفيض الاهلية بين سنوات ١٩٣٦ – ١٩٦٢ .

# الفصل التاسع

## حركة التشريع في البلاد الشرقية

### المجلة في ايامنا الحاضرة

كانت حركة تدوين التشريع عامة في البلاد العربية . فمجلة الاحكام العدلية طبقت في تركيا وفي معظم الاراضي التي كانت تابعة للحكم العثماني ، وبقيت فيها مدة بعد الحرب العالمية الاولى . ولكنها الغيت بعد ذلك تماماً في تركيا ، ثم الغيت تدريجياً في لبنان ما عدا بعض المسائل القليلة . ولم تبق اليوم الا في فلسطين والعراق وسوريا وشرق الاردن [١] ، مع كثير من التعديلات والتغييرات التي طرأت عليها .

ولا بد من التلميح الى مشروع القانون المدني العراقي الجديد . ففي سنة ١٩٣٦ تألفت في بغداد لجنة ، مهمتها وضع هذا المشروع على اساس نصوص الفقه الاسلامي ، مع ادخال ما تقتضيه ظروف التطور من اقتباس عن القوانين العصرية . وان هذه اللجنة كلفت احد أعلام الفقه في مصر ، الدكتور السنهوري بك ، بوضع المشروع الجديد . فبعد ان وضع جزءاً منه توقف عن العمل برهة ، ثم رجع

---

(١) مثلاً في شرق الاردن ، لا تزال المجلة معمولاً بها مبدئياً ، مع المادة ٦٤ من قانون المحاكمات الحقوقية ، ومع تعديلات اخرى ، كقانون تعديل البينات لسنة ١٩٢٨ الذي اجاز للقاضي حق تمحيص الشهادات وتقدير قيمتها ( نشر في الجريدة الرسمية في العدد ٢١١ الصادر في ٦ كانون الاول سنة ١٩٢٨ ) .

اليه في سنة ١٩٤٢ واتمه . والمشروع اليوم قيد الدرس امام لجنة برئاسة الدكتور السنهوري وعضوية بعض كبار رجال القانون في بغداد . ومتى انجزت هذه اللجنة بحثها عرض المشروع على البرلمان لاجل اقراره [١] .

وبعد ، فنحن نسوق ههنا كلمة مختصرة في التدوين والتشريع في اهم البلاد الاسلامية والعربية .

## الهند البريطانية

في الهند البريطانية اثنان وتسعون مليوناً تقريباً من السكان المسلمين من اصل اربعمائة مليون تقريباً [٢] . ومن هؤلاء المسلمين عدد كبير يقيمون في اقاليم البنغال والبنجاب وكاشمير . وان المذهب الغالب عليهم هو المذهب السني الحنفي ، ويتلوه المذهب السلفي ، فالمذهب الشيعي ، ثم المذهب الشافعي .

ومنذ البدء ، كانت سياسة الحكم البريطاني ان تترك اهالي الهند على عاداتهم وشرائعهم . لذا سنت السلطة سنة ١٧٧٢ قانوناً ينص على ان الشريعة القرآنية يعمل بها في جميع قضايا الارث والزواج وغيرها من العادات والمسائل الطائفية المتعلقة بالمسلمين .

فكان طبيعياً ان يرجع القضاة ورجال القانون في دعاوى المسلمين الى الشرع الاسلامي والى الكتب الفقهية العربية . وقد اشتهر عندهم في المذهب الحنفي كتاب الهداية كثيراً ، ثم الفتاوى

---

(١) اني مدين بهذه المعلومات الى الدكتور السنهوري بك .

(٢) An I. A. Guide to the Peace
( نيويورك ، ١٩٤٥ ، ص ٢٨٠ و ٢٨١ ) .

الهندية العالمكيرية والسراجية [١] وغيرها . واشتهر في الفقه الجعفري كتاب شرائع الاسلام .

وقد نقلت بعض هذه الكتب الى اللغة الانكليزية . فترجم هاملتون الهداية عام ١٧٩١ [٢] ، وترجم السير وليم جونز كتاب السراجية سنة ١٧٩٢ ، وترجم بابلي بعض ابواب الفتاوى الهندية والقسم الاكبر من كتاب شرائع الاسلام [٣] .

بقي الامر كذلك حتى منتصف القرن التاسع عشر . ففيه بدأت الحكومة حركتها التشريعية . فاصدرت قوانين عديدة ، منها : قانون سنة ١٨٤٣ بالغاء الرق ، وقانون الجزاء وقانون اصول المحاكمات الجزائية اللذان اصبحا نافذين ابتداء من سنة ١٨٦٢ ، وقانون البينات الهندي [٤] لعام ١٨٧٢ ، وقانون الاوقاف لعام ١٩١٣ [٥] ، وقانون « الشريعة » للمسلمين لعام ١٩٣٧ [٦] ، وغيرها .

هذه ، على الجملة ، حالة التشريع في الهند . فانه ، فيما عدا التعديلات القانونية التي سنتها الدولة ، لا يزال الشرع الاسلامي

---

(١) السراجية تأليف سراج محمد السجاوندي من فقهاء القرن السادس للهجرة، وقد اشتهر هذا الكتاب في موضوع الفرائض والمواريث ، وكذلك شرحه المسمّى بالشريفية للسيد الشريف الجرجاني .

(٢) طبعت في لندن في اربعة اجزاء ، ثم طبعت تكرارا عام ١٨٧٠ .

(٣) Baillie , Digest of Moohummudan Law

(٤) Indian Evidence Act

(٥) ويلسون ، جامع الشريعة المحمدية الانكليزية - Digest of Anglo ) ، ( Muhammadan Law ، كلكتا ، ١٩٢١ ، ص ٤ و ٢١ - ٤٨ .

(٦) Shariat Act , 1937 . انظر كتاب مبادىء الشريعة المحمدية تأليف ملاّ ( Principles of Mohamedan Law )، كلكتا ١٩٣٨ ، ص ٣ وما بعدها .

يطبق على المسلمين ، اما بمقتضى نص القانون كما في احوالهم الشخصية ، واما بمقتضى العرف والعادة كما في احكام الشفعة وغيرها . وعلى كل حال ، فان القضاة في تطبيق احكام الشرع لا يتقيدون دائماً باقوال الفقهاء وفتاويهم ، بل يتوسعون احياناً في تفسيرها ، متأثرين في ذلك بالثقافة الحقوقية الانكليزية وبتطور ظروف المجتمع الحديث [١] .

ولا بد من ان نشير اخيراً الى نهضة التجديد الهندية التي قام بها السير احمد خان بهادور ( ١٨١٧ — ١٨٩٨ ) ، مؤسس الجامعة الاسلامية الشرقية الهندية . وتابعها من بعده السيد امير علي صاحب التآليف الانكليزية « روح الاسلام » [٢] عام ١٨٩١ و « الشرع المحمدي » [٣] عام ١٨٩٢ وغيرهما ، ثم الشيخ ابو الكلام احمد [٤] ، ومن اليهم [٥] .

## مصر

في مصر حوالي السبعة عشر مليوناً [٦] ، معظمهم من المسلمين .

---

(١) عبدالرحيم ، الشريعة المحمدية ( Muhammadan Jurisprudence )، طبع مدراس ، ١٩١١ ، ص ٤٢ — ٤٤ .

(٢) The Spirit of Islam

(٣) Mahommedan Law ، في جزئين ، طبع للمرة الاولى في كلكتا ، عام ١٨٩٢-٩٤ ، واعيد طبعه، وقد ظهرت الطبعة الخامسة من الجزء الثاني سنة ١٩٢٩ .

(٤) راجع ما نشر عنه وعن حركته في مجلة المنار ، بمصر ، في الجزئين الاول والثاني لسنة ١٣٤١ هـ .

(٥) هذه الحركة هي غير الدعوة الاحمدية، التي قام بها مرزا غلام احمد القادياني ( المتوفى سنة ١٩٠٨ ) ، الذي ادعى انه المهدي المنتظر والمسيح الموعود . راجع ما كتب عن تلك الدعوة في المنار ( سنة ١٣٤٤ هـ ص ٥٥ ، وسنة ١٣٤٦ ص ٥٤٣ )، ورسالة السيد محمد الخضر حسين ( القاهرة ، ١٣٥١ هـ ) .

(٦) بالضبط كان عدد السكان في الاحصاء الاخير ١٦٫٦٨٠٫٠٠٠ .

ومعظم هؤلاء على المذهب الشافعي ، وهذا طبيعي لان الامام الشافعي نشر مذهبه الجديد فيها .

وكان المذهب الشافعي أيضاً مذهب القضاء المصري حتى زمن الدولة الاسماعيلية . ثم عاد بعد زوالها وصار مذهب الدولة الايوبية الى ايام الظاهر بيبرس ، الذي احدث القضاة الاربعة : الشافعي والمالكي والحنفي والحنبلي ، مع الاحتفاظ بالمرتبة الاولى للقاضي الشافعي . وقد بقي الامر كذلك حتى بعد الفتح العثماني ، اذ اصبح القضاء حينئذ على المذهب الحنفي ، ولا يزال عليه في القضاء الشرعي المصري الى اليوم الحاضر .

وابان الحكم العثماني ، تألفت المحاكم النظامية وضيق اختصاص القضاء الشرعي ، ولكنه لم يعمل بمجلة الاحكام العدلية لاسباب سياسية . وقد تم استقلال مصر قضائياً وادارياً في عهد اسماعيل باشا بمقتضى الفرمان الخديوي الصادر في ١٢ جمادى الاولى سنة ١٢٩١ هـ ( ١٨٧٤ م ) .

وعقب ذلك انشاء المحاكم المختلطة للنظر في قضايا الاجانب وصدور القانون المدني المختلط سنة ١٨٧٥ ، واعادة تنظيم المحاكم الاهلية وصدور القانون المدني الاهلي سنة ١٨٨٣ ، وصدور القوانين المختلطة والاهلية المختلفة ، وصدور اللوائح العديدة بترتيب المحاكم الشرعية وحصر اختصاصها بالاحوال الشخصية وما اليها [١] .

---

(١) انظر كتاب غودبي ( Goadby's Introduction to the Study of Law ) لندن ، ١٩٢١ ، ص ١٦٢ وما بعدها ) ، وتاريخ القضاء في الاسلام للسيد عرنوس ( ص ١٠٣ – ١١١ و ص ١٩٦ وما بعدها ) .

وعدا ذلك ، فقد فوضت الحكومة المصرية الى المرحوم محمد قدري باشا تدوين كتاب الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية على المذهب الحنفي . فدوّنه في ستمائة وسبع واربعين مادة . وهو يبحث في الزواج والطلاق والاولاد والوصاية والحجر والهبة والوصية والمواريث . ثم اصبح عليه المعوّل في المحاكم الشرعية المصرية ، وفي غيرها من البلاد الاسلامية .

وقد تأيّد العمل في مصر مبدئياً بارجح الاقوال من مذهب ابي حنيفة ، بمقتضى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لسنة ١٩١٠ . الاّ ان القانون رقم ٢٥ الصادر عام ١٩٢٠ عدّل ذلك ، وقضى بالعمل بمذهب مالك والشافعي وغيرهما في مسائل معينة من ابواب النفقة والعدّة والمفقود . ولا بدّ من التنويه ايضاً بقانون المواريث المصري الصادر في ٦ آب سنة ١٩٤٣ [١] .

وفي مصر ايضاً كانت حركة اصلاحية جديدة ، هي حركة السلفية او مذهب السلف الصالح . وقد قام بها السيد جمال الدين الافغاني ( ١٨٣٩ — ١٨٩٧ ) ، وتلميذه من بعده الاستاذ الامام الشيخ محمد عبده ( ١٨٤٩ — ١٩٠٥ ) [٢] مفتي الديار المصرية ، رحمهما الله . وان مبادىء هذه الحركة نشرت في كتب ومحاضرات ومقالات ، اهمها في مجلة المنار ، التي انشأها السيد محمد رشيد رضا

---

(١) هذا القانون رقمه ٧٧ . وقد نشر في الجريدة الرسمية رقم ٩٢ المؤرخة في ١٢ آب سنة ١٩٤٣ ، على ان يطبق بعد مرور شهر من نشره . وهو يتألف من ثماني واربعين مادة .

(٢) راجع تاريخ الاستاذ الامام الشيخ محمد عبده ، للسيد محمد رشيد رضا ، مطبعة المنار ، ١٩٣١ .

في القاهرة سنة ١٨٩٧ .

ومذهب السلفية يرى الرجوع الى القرآن والسنة ، ومحاربة الجمود والخرافات والبدع المخالفة للدين ، والثورة على كل تقليد اعمى ، لان « المقلدين من كل امة المنتحلين اطوار غيرها يكونون فيها منافذ وكوى لتطرق الأعداء اليها ، وتكون مداركهم مهابط الوساوس ومخازن الدسائس ، بل يكونون بما افعمت افئدتهم من تعظيم الذين قلدوهم واحتقار من لم يكن على مثالهم ، شؤماً على ابناء امتهم يذلونهم ويحتقرون امرهم ويستهينون بجميع اعمالهم »[١] .

فبهذا ترى ان مذهب السلفية يقرب من المذهب الوهابي أو الحنبلي الجديد[٢] ، لأن المذهبين يرجعان الى اصل الشريعة المبنية على الكتاب الكريم والسنة الصحيحة ويريان الاجتهاد على هذا الاساس ، دون التقيد بآراء بعض الفقهاء المقلدين الجامدين .

وعلى هذا يرى السلفية توحيد المذاهب الاسلامية المختلفة ، لأنه « لن يستطيع شعب اسلامي ان يتحمل اثقال تقليد . . المقلدين لمذهب واحد ، ولا ان يجعلوا مصالحهم الزوجية والمنزلية والمالية منوطة بفهمهم لكتب مذهب واحد في عسره ويسره »[٣] . وهكذا يقولون ان الشرع الاسلامي يتماشى والمدنية الحديثة ، ويفتون بتحليل كثير من المعاملات التي اقتضتها حاجات التجارة في هذه

---

(١) العروة الوثقى ، مجموعة المطبعة الاهلية ، بيروت ، ١٩٣٣ ، ص ٦٦ . وهي مجلة اسبوعية اصدرها الامام الافغاني وعبده في باريس عام ١٨٨٣ ، فصدر منها ثمانية عشر عددا في ثمانية اشهر .

(٢) راجع المنار ، سنة ١٣٤٥ هـ ، ص ٣ .

(٣) المنار ، نفس السنة ، ص ١٥٨ .

الايام ، لانه « عند تعارض العقل والنقل اخذ بما دلّ عليه العقل » . وهذا يوافق ما قاله ابن تيمية « ان صحيح المنقول في الشرع الاسلامي موافق دائماً لصريح المعقول »[١] .

وكان من اثر هذه الحركة المباركة ما قام به فضيلة شيخ الازهر المرحوم الشيخ محمد مصطفى المراغي ( المتوفى عام ١٩٤٥ ) من اصلاح وارشاد وتوجيه ، كان له جميعاً اثره الحميد في عالم التشريع والتدريس والنشر . فقد ندب فضيلته جماعة من العلماء يمثلونه في المؤتمر الدولي للقانون المقارن المنعقد في لاهاي في آب سنة ١٩٣٧ . فشرح المندوبون المسؤولية الجزائية والمدنية في الشريعة الاسلامية ، وأيّدوا ان هذه الشريعة قائمة بذاتها ، مستقلة عن تأثير الفقه الروماني ، وصالحة للتطور الحديث . فقرر المؤتمر الموافقة على اعتبارها قابلة للتطور ، بنفسها ومن تلقاء نفسها ، وَفْقَ حاجات الحياة الحاضرة ، كما انه اقترح ان تستعمل اللغة العربية في المؤتمرات القادمة مع اللغات المستعملة في بحث المسائل المتعلقة بالشرع الاسلامي .

وكذلك تألفت لجنة رئيسها المرحوم الشيخ المراغي ، ومن بين اعضائها اصحاب السماحة والفضيلة الشيخ عبد المجيد سليم مفتي مصر والشيخ فتح الله سليمان رئيس القضاة فيها . ومهمة هذه اللجنة اصلاح نظام الاحوال الشخصية وتدوينه تدويناً عصرياً ، بالاعتماد على جميع المذاهب الاسلامية ، دون التقيد بتقليد مذهب واحد

---

(١) كتاب الاسلام والنصرانية مع العلم والمدنية للشيخ محمد عبده ، مطبعة المنار ، سنة ١٣٥٠ هـ ، ص ٥٦ .

فحسب [١] .

واخيراً ، لا بد من التنويه بالحركة الوطنيـة الشرعية ، تلك التي اثارها النقل عن القوانين الاوروبية وعدم المحافظة على الشريعة الاسلامية كأساس للتشريع المصري الحديث في جميع نواحيه . فانه لمـا رفض الخديوي اسماعيل باشا اجتلاب المجلة العثمانيـة ، حباً بالاستقلال والتحرر من الترك ، كلف هذا الخديوي الشيخ مخلوف المنياوي تطبيق القانون الفرنسي على مذهب الامام مالك . وبالرغم من الكتاب الضخم الذي وضعه يومئذ هـذا العالم ، وما بيّنه فيه من موافقة ومناسبة ، فان اصدار القانون المدني المصري نقلاً عن قانون نابليون اثار ضجـة في الاوساط المحافظة . وجرّب بعضهم اثبات عدم الحاجة الى ذلك . فدوّن المرحوم قدري باشا كتاب « مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان » بشكل قانون مدني عصري ، مأخوذ عن مذهب ابي حنيفة [٢] .

ومؤخراً ، لما الفت الحكومة المصرية اللجان لاجل اعادة النظر في قوانين البلاد وتعديلها ، رجعت الفكرة الوطنية . فقام فريق

---

(١) تاريخ التشريع الاسلامي للسادة السبكي ورفقاه ( القاهرة ، ١٩٣٩ ، ص ٣٥١ وما بعدها ) . راجع كلمة فضيلة الاستاذ المراغي التي افتتح بهـا جلسات تلك اللجنة في كتاب القضاء في الاسلام للسيد عطيه مصطفى مشرفـة ( مصر ، ١٩٣٩ ، ص ٧٨ - ٨٠ ). وراجع النشرة الفصلية لجمعية التشريع المقارن ( Bulletin trimestriel de la Société de législation comparée) لسنة ١٩٣٧ ، ص ٣٥٦ - ٣٥٧ .

(٢) وهو يحتوي على ١٠٦٥ مادة . ولقدري باشا قانون الاحوال الشخصية المصري الذي ذكرناه ، وقانون العدل والانصاف للقضاء على مشكلات الاوقاف ، ويحتوي على ٦٤٦ مادة .

من العلماء [١] يدعون الى اتخاذ الشريعة الاسلامية اساساً للتقنين ، معترضين على التشريع الحديث بانه اصبح اجنبياً عن البلاد ، ومقترحين الرجوع الى الشريعة الاسلامية التي حكمت البلاد ثلاثة عشر قرناً ، تلك الشريعة التي تحمي العزة الوطنية واللغة العربية والدين والتقاليد ، والتي فيها من الكنوز والثروة ما يناسب الحضارة الحديثة والنهضة القومية في جميع نواحيها ، بما في ذلك من تحرر من الغريب وما فيه من تمكين لمركز مصر كقدوة للشرق ، والتي تضمن وحدها التلاؤم بين طبيعة المحكومين وميولهم وبين آلة الحكم ، ذلك التلاؤم الذي لا بد منه لنجاح كل تشريع .

ولأجل تنقيح القانون المدني المصري ، تألفت لجنة اولى سنة ١٩٣٦ ، فلجنة ثانية سنة ١٩٣٨ ، ثم لجنة ثالثة في اواخر السنة نفسها برئاسة الدكتور عبد الرزاق السنهوري بك . وبعد عامين تقريباً اتمت اللجنة الاخيرة عملها ، واتبعته بمذكرات ايضاحية قيّمة .

والمشروع الجديد يتألف من ١٥٩١ مادة ، وهو مستقى من مصادر ثلاثة : القانون المقارن ، واجتهاد القضاء المصري ، والشريعة الاسلامية . فعن هذه الشريعة اقتبس المشروع نظرية سوء استعمال الحقوق ، ومسؤولية عدم التمييز ، وحوالة الدين ، ومبدأ الحوادث الطارئة ، واحكام مرض الموت ، والغبن ، ومدة التقادم ، والشفعة ، والهبة ، وغيرها من الاحكام التفصيلية . وكذلك أقر المشروع في

---

(١) اخص بالذكر فضيلة الشيخ محمد سليمان نائب المحكمة العليا الشرعية في رسالته « باي شرع نحكم » ( القاهرة ، ١٩٣٦ م ) ، وفضيلة الشيخ احمد محمد شاكر في رسالته « الشرع واللغة » ( القاهرة ، ١٩٤٤ ) ، والسيد محب الدين الخطيب ، وغيرهم .

مادته الاولى ان القاضي يستلهم مبادىء الشريعة الاسلامية عند عدم وجود النص التشريعي [١] .

## تركيا

أبنّا سابقاً ما دوّنته الدولة العثمانية من القوانين المستمدة من الشرائع الغربية ، ثم كيف دوّنت مجلة الاحكام العدلية . ونحن نبين هنا بايجاز ما طرأ بعد ذلك من التعديل في التشريع التركي .

بدأت النهضة التركية بالثورة على الحكم السياسي ايام عبد الحميد سنة ١٩٠٨ ، تلك الثورة التي اثمرت الاصـــلاح « الدستوري » المعروف . وكان طبيعياً ان تبقى نفسية الشعب التركي منذ ذلك الحين طموحة الى التجدد ، والى ترك التقاليد الموروثة . فجاهر الكثيرون بطلب الاصلاح ، واقترح بعضهم كمحمد عبيد الله افندي ترجمة القرآن الكريم الى اللسان التركي محافظة على الشعور القومي .

ولما انتصرت الحركة الوطنية الكمالية برئاسة محيي الامة التركية الجديدة ، مصطفى كمال باشا او مصطفى اتاتورك ، ظهر الاصلاح بشكل قومي علماني جديد يرمي الى هدم الخلافة الاسلامية ومحاربة كل ما هو غير تركي . فانه ما كاد الترك يرجعون ظافرين بمعاهدة لوزان عام ١٩٢٣ حتى اعلنوا الجمهورية التركية في التاسع والعشرين من تشرين الاول من ذلك العام ، مع ابقـــاء الخليفة عبد المجيد افندي .

---

(١) انظر خطاب الدكتور السنهوري عن هذا المشروع ، الذي القاه بالجمعية الجغرافية الملكية المصرية في ٢٤ نيسان سنة ١٩٤٢ ، المنشور في مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثانية عشرة ، ص ٥٥١ — ٥٧٠ .

ثم في اوائل العام التالي الغيت الخلافة ، وابعد عن تركيا جميع من كان فيهـا من سلالة آل عثمان ، والغي منصب شيخ الاسلام ، والغيت المحاكم الشرعية .. وفي عام ١٩٢٥ ، قضي على الحركات الرجعية ، كالمولوية والبكتاشية وغيرهما ، وجعل لبس القبعة اجبارياً . ثم عقب ذلك ترجمة القرآن الكريم الى اللغة التركية ، واستبدال الحروف العربية بالحروف اللاتينية ، وتجريد اللغة التركية ما امكن من الكلمات الدخيلة من عربية وغيرها .

اما من ناحية التشريع ، فقد كان الانقلاب كبيراً وسريعاً . فان الترك ، كما صرح بذلك وزير العدلية آنئذٍ محمود اسعد بك[١] ، قصدوا الى توفير الوقت والعناء بانتخاب احد القوانين الاوروبية الحديثة ، وترجمته والموافقة عليه بالجملة في المجلس النيابي على نحو ما فعل نابليون بقانونه دون مناقشة تفصيلية ، وبهذه الطريقة هم يكسبون قانوناً جاهزاً مع شروحه وتفاسيره ، والاجتهاد الماضي بشأنه . وهكذا كان ، ففي عام ١٩٢٦ تبنّت تركيا قانون الموجبات للاتحاد السويسري ، ثم القانون المدني السويسري[٢] ، بلا تعديل يذكر .

وبعبارة اوضح ، فان القانون المدني التركي هو كالسويسري مع تعديل يسير . مثاله ، اختلاف سن البلوغ ، فهي تمام الثامنة عشرة في تركيا ( المادة ١١ ) ، مع انها تمام العشرين في سويسرا ( المادة ١٤ ) .

---

(١) تصريحه الى الكونت اوستوروغ المدوّن في رسالته « اصلاح انقرة » ، ( The Angora Reform ) ، لندن ، ١٩٢٧ ، ص ٨٦ – ٨٧ .

(٢) هذا القانون عرّبه السيد خالد الشابندر من بغداد .

وبهذا الغيت مجلة الاحكام العدلية وجميع الاحكام الشرعية الاسلامية . فاصبح الترك يقرّون المساواة بين الجنسين في الارث وفي حق طلب الطلاق القضائي لاسباب معينة ، ومنع تعدد الزوجات ، وصحة الزواج ولو اختلف الزوجان في الدين ، وما الى ذلك .

وبالرغم مما ذكرنا ، فقد اعتبر الترك ان دين الدولة هو الاسلام ، ولكنهم فصلوه عن القانون . فاصبح اختصاص الاول في ناحية العقيدة ، واصبح الثاني علمانياً مصدره الدولة ، لا علاقة للدين ولا لرجاله به على الاطلاق .

## الجمهورية اللبنانية

كان لبنان في القديم اسماً لجبل في بلاد الشام ( سوريا ) ، وكان في عهد الحكم العثماني منذ بروتوكول سنة ١٨٦٤ يتمتع باستقلال داخلي ، وكان ولا يزال من تلك البقاع العربية التي انبتت رجالاً كثيرين ، خدموا اللغة العربية وآدابها ، ونشروا لواءها عالياً بما اشتهروا به من الثقافة والغيرة القومية .

ولما انتهت الحرب الماضية ، وُضع لبنان تحت الانتداب الفرنسي ، واعلن استقلاله عام ١٩٢٠ باسم لبنان الكبير ، بعد ان ضم اليه قسم من الساحل والداخل . ثم اعلنت الجمهورية اللبنانية عام ١٩٢٦ ، وصار رئيسها لبنانياً تحت الانتداب الفرنسي .

واخيراً الغي هذا الانتداب ، وتعدل الدستور بقانون ٩ تشرين الثاني سنة ١٩٤٣ بعد شبه ثورة دموية شهيرة ، واعترفت الدول

العظمى باستقلال لبنان التام . فاستتبع ذلك تسلم الحكومة الاهلية جميع حقوق السيادة ، بما فيها حق التمثيل الخارجي وما اشبه .

وهكذا تمثل لبنان المستقل في مؤتمر سان فرنسيسكو ووقع ميثاق الامم المتحدة[١] ، وظفر بالمادتين الثامنة والثامنة والسبعين من هذا الميثاق اللتين تجعلانه عضواً في الهيأة الدولية وتحرراته من كل قيد يمسّ سيادته واستقلاله .

اما من الناحيـــة التشريعية ، فكان لبنان خاضعاً للقوانين العثمانية ومجلة الاحكام العدلية . غير ان السلطة المنتدبة اخذت منذ الاحتـــلال الفرنسي تعمل بتدرج عـــلى سن القوانين والقرارات التشريعية في مسائل عديـدة ، مستقلة في ذلك احياناً ، ومتآزرة مع الحكومة المحلية احياناً اخرى .

وفي الواقع صدرت قوانين وقرارات كثيرة ، منها العام ومنها الخاص . ونحن نكتفي ههنا بكلمة وجيزة عن اهمهـــا ، وهي : قانون الملكيـــة ، وقانون الموجبات والعقود ، وقانون اصول المحاكمات المدنية ، وقانون التجارة ، وقانون العقوبات ، وقانون تنظيم المحاكم الشرعية .

فالاول اصدرته المفوضية العليا الفرنسية بالقرار ذي العـــدد ٣٣٣٩ المؤرخ في ١٢ تشرين الثاني سنة ١٩٣٠ ( المنشور في النشرة الرسمية في ٣١ كانون الثاني سنة ١٩٣١ ) . وهو يقع في مائتين وسبعين مادة . ويبحث في العقارات ، وفي الحقوق العينية المختلفة

---

(١) صدقه المجلس النيابي اللبناني في جلسة ٤ ايلول سنة ١٩٤٥ بقانون مؤرخ في ٢٥ ايلول سنة ١٩٤٥ .

من ملك وانتفاع وارتفاق وتأمين وغيرها ، وفي اكتساب هذه الحقوق وانتقالها وسقوطها .

وان هذا القانون ، معطوفاً على ما سبقه من القرارات التي تتعلق باعمال التحديد والتحرير وبانشاء السجل العقاري [١] ، ومعطوفاً على ما لحقه من تعديلات ، يؤلف اليوم قانون « الملكية » في الاراضي الشرقية التي كانت خاضعة للانتداب الفرنسي ، اي في سوريا ولبنان . وبهذا الغيت جميع الاحكام السابقة التي لا تأتلف واحكام القانون الجديد . مثاله ، الغي من المجلة ما يتعلق بمسائل الشفعة و « الحيطان والجيران » وباقي الحقوق العينية ، وما اليها .

ثم في عام ١٩٢٥ ، عهدت الحكومة الى القاضي الفرنسي السيد روبرس [٢] بوضع قانون الموجبات والعقود . ثم عرضت ما دوّنه على الاستاذ لويس جوسران ، رئيس معهد الحقوق في جامعة ليون ومستشار محكمة التمييز الفرنسية سابقاً ، صاحب التآليف والابحاث المشهورة في عالم الشريعة الفرنسية [٣] . فغيره هذا تغييراً اساسياً ، وكتبه مجدداً ، ووضع مشروعه النهائي . وهذا المشروع عرض بدوره على اللجنة الاستشارية التشريعية

---

(١) القرارات ذات الارقام ١٨٦ – ١٨٩ الصادرة في ١٥ آذار سنة ١٩٢٦ وتعديلاتها .

(٢) Ropers .

(٣) اهمها : كتاب دروس القانون المدني الوضعي الفرنسي في ثلاثة اجزاء ، وكتاب نظرية سوء استعمال الحقوق :

Cours de droit civil positif français ;

De l'esprit des droits et de leur relativité , théorie dite de l'abus des droits .

اللبنانية ، فنقّحت ما لزم منه . ثم تقدم الى المجلس النيـــابي اللبناني ، فأقرّه على ان يعمل به بعد مضي ثلاثين شهراً من نشره في الجريدة الرسمية . وفي الواقع ، نشر هذا القانون بتاريخ ١١ نيسان سنة ١٩٣٢ ، وصار العمل به ابتداء من ١١ تشرين الاول سنة ١٩٣٤ .

وقانون الموجبات والعقود اللبناني يحتوي على الف ومائة وسبع مواد . ويقسم الى قسمين : احدهما يبحث في الموجبات على وجه عام ، اي في انواعها ومصادرها ومفاعيلها وانتقالها وسقوطها وامور عامة اخرى . والثاني يبحث في العقود الخاصة ، البيع والمقايضة والهبة والاجارة والوديعة والقرض والاعارة والوكالة والشركات ، بما فيها شركة الملك ، وعقود الغرر ( الضمان والمقامرة والمراهنة والدخل مدى الحياة ) والصلح والكفالة .

وقد صدر لقانون الموجبات والعقود ملحق في القرار ذي العدد ٤٦ ل المؤرخ في ٢٠ تشرين الاول سنة ١٩٣٢ ، وهو يبحث في عقد رهن المنقولات والحقوق .

وكذلك عدلت بعض مواد هذا القانون بقوانين لاحقة . واهمها : المرسوم الاشتراعي رقم ٥١ ل الصادر في ٥ تشرين الثاني سنة ١٩٣٢ بتعديل المادة ١٣١ المتعلقة بحارس الجوامد ، وقانون ٢٧ ايار سنة ١٩٣٧ بتعديل المـادتين ٦٥٢ و ٦٥٦ بشأن تعويض الصرف من الخدمة في اجارة العمل .

وان قانون الموجبات والعقود الغى صراحة في المـادة ١١٠٦ جميع احكام المجلة وغيرها من النصوص التشريعية التي تخالفه أو لا

تتفق مع نصوصه . وبهذا لم يبق من احكام المجلة ، مع ما الغي بالقوانين السابقة ، الا نصوص يسيرة . واهمها : احكام الحجر على الصغير والمجنون والمعتوه والسفيه ، في المادة ٩٤١ وما بعدها ، مع مراعاة ما عدل منها بالمواد ٢١٥ — ٢١٨ من قانون الموجبات . ثم ايضاً احكام المزارعة والمساقاة والمغارسة [١] ، واحكام تصرفات المريض مرض الموت خصوصاً عند ما تكون في حكم الوصية عند المحمديين ، واحكام اخرى شتى تتعلق بالصيد واراضي الموات والاراضي المباحة ، وغيرها .

ويوم نفاذ قانون الموجبات والعقود ، وضع قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني موضع الاجراء ، بالمرسوم الاشتراعي رقم ٧٢ ل المؤرخ في اول شباط ١٩٣٣ . وهذا القانون نقحته اللجنة التشريعية اللبنانية ، وهو من وضع السيد بارو [٢] ، احد اساتذة معهد ليون .

وهكذا الغيت بقانون اصول المحاكمات المدنية جميع القوانين السابقة التي تخالفه او لا تتفق معه ، كقانون حكام الصلح ، وقانون اصول المحاكمات الحقوقية العثماني وذيله ، وقانون الاجراء [٣] . وقد طرأ على القانون الجديد تعديلات عديدة ، اهمها في التنظيم القضائي ، وقواعد الاختصاص والصلاحية ، وحبس المدين .

---

(١) في المواد ١٦٣١ — ١٦٤٨ من المجلة . راجع ايضاً المادة ٦٢٣ من قانون الموجبات ونظام المساقاة في القرار رقم ١٢ ل . ر . الصادر في ١٦ كانون الثاني سنة ١٩٣٤ .

(٢) Perroud .

(٣) الا في معاملات التنفيذ الجارية على العقارات التي لم يطبق عليها نظام السجل العقاري ( المادة ٨٥٦ من القانون الجديد ) .

وكذلك ناطت الحكومة بالاستاذين كوهندي وغونو ، استاذي القانون التجاري في معهد ليون ايضاً ، وضع قانون التجارة اللبناني . فوضعا مشروعاً ، عدلته اللجنة الاشتراعية الاستشارية [١] ، ونقحه الاستاذ فابيا ، احد اساتذة معهد الحقوق الفرنسي في بيروت . ثم نشر بعدئذ في الجريدة الرسمية بتاريخ ٧ نيسان سنة ١٩٤٣ [٢] ، على ان يعمل به بعد ستة اشهر من نشره . وهو ينص على امور لم تكن في القانون السابق ، كأحكام الشركات المغفلة ( الانونيم ) وسجل التجارة والصلح الاحتياطي وغيرها ، كما انه اقرّ عدم اهلية المرأة المتزوجة للاتجار دون رضى زوجها الصريح او الضمني ( المادة ١١ منه ) ، خلافاً للقانون العام المعمول به في هذه البلاد .

وقد عزمت ايضاً الحكومة اللبنانية على اصدار قانون جديد للعقوبات . فعهدت بتدوينه الى لجنة من كبار القضاة في محكمة الاستئناف [٣] . فقامت اللجنة بذلك ، وانجزت عملها ، وقدمت مشروع القانون الجديد . وبعد ترجمته وافقت الحكومة عليه بمرسوم اشتراعي [٤] ، ونشر في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٧ تشرين الاول سنة ١٩٤٣ ، على ان يعمل به ابتداء من اول تشرين الاول سنة ١٩٤٤ . فجاء هذا القانون دليلاً على نضج المشترعين

---

(١) المؤلفة بمقتضى المرسوم رقم ٦٠١٩ المؤرخ في ١٨ كانون الاول سنة ١٩٢٩ .

(٢) بمقتضى المرسوم الاشتراعي رقم ٣٠٤ المؤرخ في ٢٤ كانون الاول سنة ١٩٤٢ .

(٣) مؤلفة من السادة فؤاد عمون ووفيق القصار وفيليب بولس ، بمقتضى قرار رئيس الوزارة وزير العدلية ذي العدد ٩٢١ الصادر في ٢٢ شباط سنة ١٩٣٩ .

(٤) ذي العدد ٣٤٠ المؤرخ في اول اذار سنة ١٩٤٣ .

والقضاة اللبنانيين ، وعلى استعداد هذه البلاد الكافي للاستقلال في هذه الناحية وفي غيرها من النواحي العامة .

على أن قانون العقوبات ، خلافاً لغيره من القوانين اللبنانية السابقة ، لم يعرض على هيأة تشريعية للتدقيق فيه . فكان من الطبيعي ان نجد في هذا القانون هنّات يسيرة ، من حيث بعض موضوعاته او بعض المصطلحات اللغوية .

وبالجملة ، فالقوانين اللبنانية الجديدة مأخوذة عن أرقى القوانين والاجتهادات الاوروبية . وهي متشبعة بأحدث الآراء والنظريات الحقوقية ، الرائجة في فرنسا والمانيا وسويسرا وغيرها .

ولا بد من الاشارة اخيراً الى قانون تنظيم المحاكم الشرعية الجديد ، الصادر بالمرسوم الاشتراعي رقم ٢٤١ المؤرخ في ٤ تشرين الثاني سنة ١٩٤٢ ، الذي نظم المحاكم الشرعية الاسلامية السنية والجعفرية ، الناظرة في امور الاحوال الشخصية . فالغى فيها محكمة التمييز واستبدلها بمحكمة استئناف شرعية ، مؤلفة من قضاة شرعيين ، مع قاض عدلي يقوم بوظيفة الادعاء العام لديها . واوجب العمل في المحاكم السنية بقانون العائلة العثماني وبأرجح الآراء من مذهب ابي حنيفة ، وفي المحاكم الجعفرية بالمذهب الجعفري وبما يتلاءم وهذا المذهب من قانون العائلة ( المادة ١١١ ) .

وفوق ذلك ، فان الحكومة اللبنانية على اثر استقلالها السياسي اخذت باصدار كثير من القوانين الخاصة أو بتعديل القوانين السابقة ، لمسايرة مقتضيات التوجيه القومي والوضع الجديد الناشيء عن الاستقلال .

# الفصل العاشر

## لمحة في تاريخ القوانين الاوروبية

### القانون الروماني

اذ كانت القوانين الجديدة في البلاد الشرقية نتاج الشرائع الاوروبية ، وجدنا من الفائدة ان ننظر في تاريخ بعض هذه الشرائع نظرة سريعة ، فنبدأ باساسها الروماني القديم .

وهكذا نحن نرجع الى القرن الثامن قبل المسيح يوم تأسيس رومية « المدينة الخالدة » ، عاصمة الدولة الرومانية ، تلك الدولة التي انتشرت في الفتوحات السياسية والثقافية انتشاراً ترك الاثر الكبير في تاريخ المدنية الغربية طيلة اربعة عشر قرناً ، والتي اضمحلت بوفاة يوستنيانوس في القرن السادس للميلاد .

وكانت شريعة الرومانيين في اول عهدها مبنية على العرف والعادة . ولكن فكرة التدوين بدأت قديماً عندهم ، فجمع قانون الالواح الاثني عشر [1] في منتصف القرن الخامس قبل المسيح ، وكان نقشه على تلك الالواح النحاسية النواة الثابتة للشريعة الرومانية القومية .

وقد زادت بعد ذلك مصادر التشريع الروماني . وكان فيها المباشر وغير المباشر . فالاول صدر عن سلطات اختلفت باختلاف عصور التاريخ الروماني . واهمها : قوانين الملك ، وقوانين

---

(١) Duodecim Tabulae

مجلس الشيوخ ، وقوانين مجالس الشعب المتعددة ، و « الدساتير » او الاوامر الامبراطورية [١] . اما الثاني ، او غير المباشر ، فانه نتج عن اجتهاد القضاة ومناشيرهم ، وعن فتاوى علماء القانون [٢] ، امثال بابنيانوس واولبيانوس السوريين ، وغايوس ، وبولس ، ومودستينوس ، وغيرهم [٣] .

واهم ما تركه الرومان مجاميع الشرائع الست [٤] التي امر الامبراطور يوستنيانوس بتدوينها في اوائل القرن السادس ، والتي اخذت عن جميع مصادر شريعتهم من قوانين واجتهاد وفتاوى ، وهي تعرف باسم « جامع الحقوق المدنية » [٥] .

ولما اضمحلت الامبراطورية الرومانية ، امتزجت بعض احكام القانون الروماني بقوانين الغزاة الذين اجتاحوا اوروبا ، واختلطت بعاداتهم القَبَلية . ثم اهمل هذا القانون بعد ذلك ، ولم تتجدد دراسته الا في عصر النهضة العلمية في اواخر القرون الوسطى .

وان معظم القوانين الاوروبية الحديثة بوجه عام تأثرت بالقانون

---

(١) Leges regiae , Senatusconsulta , Leges , Plebiscita , Constitutiones .

(٢) Edicta magistratuum et Responsa prudentium

(٣) Papinianus , Ulpianus , Gaius , Paulus et Modestinus

(٤) Codex , Digesta ( Pandectae ) , Institutes , Quinquaginta decisiones , Codex repertitae praelectionis, Novellae constitutiones .

(٥) Corpus juris civilis . راجع في كل ذلك كتاب القانون الروماني ، تأليف جيرار ( باريس ، ١٩٢٤ ، ص ١ - ٩٦ ) .
وكتاب Antiquité romaine et moyen âge تأليف Seignobos ، ( باريس ، ١٩١٩ ) .

الروماني ، واتخذته اساساً لهـــا ، مع التغيير الذي يتطلبه تطور الامم واختلاف الزمان والظروف الخـــاصة . ولعلّ اهم ما ورثه الاوروبيون عن اسلافهم الرومانيين القواعد العامة في باب الموجبات والعقود ، فهذه نراها في القانون الروماني في عهده الاخير متقاربة جد التقارب ممّا هي عليه اليوم في معظم القوانين الحديثة .

وملاحظة اخيرة : وهي ان الشريعة الرومانية منـــذ قانون الالواح الاثني عشر ، وجميع الشرائع الحديثة هي قوانين مدنيـــة وضعية صادرة عن الدولة ، ولا علاقة لها باحكام الدين ، خلافاً لما رأيناه في الشريعة الاسلامية [١] .

## قانون نابوليون

كانت فرنسا في اواخـــر القرون الوسطى فريسة الفوضى التي كانت تتحكم في اوروبا آنذاك ، وكانت الاقاليم الفرنسية مجزأة في التنظيم والعادات والتقاليد . وكان امرهـــا كذلك من الناحية التشريعية . فانها انقسمت قسمين كبيرين : احدهما القسم الشمالي وهو المسمّى ببلاد الشريعة العُرفية [٢] ، والثـــاني القسم الجنوبي المعروف ببلاد الشريعة المدوّنة [٣] بسبب تأثره بالقوانين الرومانية .

وما ان قويت سلطة الدولة المركزية ، وانتظمت الوحـــدة الداخلية ، حتى مست الحاجة الى توحيد القوانين المختلفة والعادات المتفرقة . وقد قام بهذا العمل الشاق نابليون ، فجمع لذلك لجنة

---

(١) سنرى فيما بعد علاقة الشرع الاسلامي بالقانون الروماني .

(٢) Pays de droit coutumier

(٣) Pays de droit écrit

اشرف على اعمالها بنفسه . وهي دوّنت قانون نابوليون الشهير او القانون المدني الفرنسي ، الذي نشر عام ١٨٠٤ ، وكان اول تدوين رسمي عام في اوروبا الحديثة ، وفاتحة عهد جديد في هذا الميدان [١].

وان قانون نابوليون لا يزال الى اليوم معمولاً به في فرنسا ، مع التعديلات العديدة التي طرأت عليه منذ ذاك التاريخ ، والتي اوجبتها تطورات الحياة الاجتماعية وحاجات الناس الجديدة . وهو يحتوي على الفين ومائتين واحدى وثمانين مادة ، ويقسم الى مقدمة في تطبيق القوانين ونشرها ، والى ثلاثة كتب ، اولها في الاشخاص ، والثاني في الاموال والحقوق العينية ، والثالث في اسباب التملك ، الارث والهبة والوصية والعقود والموجبات اجمالاً والعقود الخاصة والامتيازات والرهونات والتأمينات ومرور الزمن .

ثم عقب هذا القانون قانون اصول المحاكمات المدنيـــة وقانون التجارة سنة ١٨٠٧ ، وقانون اصول المحاكمات الجزائية سنة ١٨٠٨ ، وقانون الجزاء سنة ١٨١٠ .

وقد كانت القوانين الفرنسية ، وخاصة القانون المـدني ، مثالاً اتبعته معظم دول اوروبا في تدوين قوانينها . فجاء بعضها ، كالقانون البلجيكي ، منقولاً عنه بكامله تقريباً . وجاء البعض الآخر منقولا بتصرف اقتضته الظروف الخاصة للدولة الـــتي اصدرته ، كالقانون الالماني والقانون السويسري .

---

(١) انظر تاريخ التشريع الفرنسي في كتاب بلانيول المذكور سابقاً (ج ١ رقم ٣٦ - ١٤٣ ) ، وفي كتاب Cours élémentaire d'histoire du droit français تأليف اسمان Esmein ( باريس ، ١٩٢١ ) .

## سويسرا والمانيا

اخذت قوانين سويسرا والمانيا كثيراً عن قانون نابوليون . ولكنها على الرغم من ذلك احتفظت بطابعها الوطني الخاص من حيث نمطها وفحواها . وقد كان للاساتذة في تدوينها قسط وافر ، فجاءت باسلوبها ذات لون علمي نظري ، امتازت بـــه من باقي القوانين الاوروبية ، وعدّت لاجله من ارقى القوانين الحالية .

ففي سويسرا ، صدر قانون الموجبات للاتحاد السويسري [١] عام ١٨٨١ ، ووضع موضع الاجراء ابتداء من اول سنة ١٨٨٣ . ثم عهد الى السيد اوجين هوبر ، احـــد اساتذة جامعة برن ، بوضع القانون المدني السويسري . فوضعه واقرته مجالس الاتحـــاد عام ١٩٠٧ ، وعمـــل به من بدء عام ١٩١٢ . فجاء من احسن القوانين الحديثة من الناحيتين العلمية والعملية . وهذان هما القانونان اللذان تبنتهما تركيا الكمالية سنة ١٩٢٦ كما اسلفنا .

اما في المانيا ، فقد صدر قانون الامبراطورية الالمانية المدني [٢] عام ١٨٩٦ ، ووضع موضع التنفيذ ابتداء من اول سنة ١٩٠٠ . وهو يحتوي على الفين وثلاثمائة وخمس وثمانين مادة موزعة في خمسة كتب ، تبحث تباعاً في العموميات والموجبات والحقوق العينيـة وحقوق العائلة والمواريث .

وعلى اثر تسلم الحزب الوطني الاشتراكي [٣] الحكم في المانيـا ،

---

(١) Code fédéral des obligations

(٢) Bürgerliches Gesetzbuch

(٣) Nazionalsozialist او مختصراً نازي او نازي Nazi .

الّفت الحكومة عام ١٩٣٥ مجمعاً لعلم الحقوق ، غايته اقتراح التعديلات التشريعية اللازمة ، لكي يتمشى القانون الالماني فى اساسه وفروعه مع مبادىء الحزب [١] . ولا شك في ان هذه الحركة اندثرت بعد الحرب العالمية الثانية بانكسار المانيا النازية .

## انكلترا واميركا

شذّ عن حركة التدوين العامة في القرن التاسع عشر انكلترا والولايات المتحدة الاميركية. فانهما بقيتا بالجملة بعيدتين عن هذه الحركة ، واحتفظتا بشريعتهما المبنية على العادة والسابقات المعروفة باسم « العرف العام » [٢] .

ولهذا السبب ، ظن بعض الباحثين الاجانب ان في هذا « العرف العام » بعض الجهالة وعدم الاستقرار ، وان للقاضي الاميركي او الانكليزي ان يحكم على هواه . ولكن هذا الظن مغلوط ، لانه وان نقصهم في تلك البلاد مدوّنة قانونية رسمية شاملة ، فان على قضائهم ان يتقيدوا باجتهادهم السابق او بما يسمونه « السابقات » [٣] . فالمحاكم البدائية ملزمة باتباع اجتهاد المحاكم العليا ، والمحاكم العليا تتقيد باجتهادها السابق ، بصورة تجعل من « السابقات » اساساً ثابتاً لاحكامهم ، لا يمكنهم تغييره بسهولة ، وتجعل الاجتهاد موحداً معلوماً .

---

(١) ومن اعمال هذا المجمع كتاب Die Lehre von den Leistungsstorungen (طبع توبنغن ، ١٩٣٦) . انظر ايضاً كتاب مانكيفتز Mankiewicz بعنوان Le national-socialisme allemand (باريس ١٩٣٨) .

(٢) Common Law

(٣) Precedents

وقد جاهر بهذا المبدأ بلاكستون [١] ، وغيره من كتاب القرن الثامن عشر في انكلترا . ثم اصبح قاعدة ثابتة الزامية في القرن التاسع عشر ، على اثر احكام عديدة صدرت عن مجلس اللوردات بصفته المرجع الأعلى للقضاء الانكليزي [٢] .

وفي الواقع ، تناول اجتهاد المحاكم معظم احكام الشريعة العرفية الانكليزية ، فاندمج العرف بالسابقات ، واصبح مجموعة من الاجتهاد القضائي . وهكذا تبلور العرف العام وانقلب الى تشريع قضائي [٣] .

ومع ذلك ، فقد كان عند الانكليز منذ بدء تاريخهم التشريعي بعض القوانين [٤] التي سنّتها الدولة . ولكنها كانت قوانين خاصة ، متعددة ومتناقضة ومبعثرة . وقد جمع قسم منها في القرن الثامن عشر ، وخاصة ابتداء من سنة ١٨٦١ [٥] .

وكذلك دوّنت في انكلترا بعض مسائل الشريعة الجزائية والتجارية ، كقانون السندات التجارية لعام ١٨٨٢ ، وقانون الشركة لعام ١٨٩٠ ، وقانون البيع لعام ١٨٩٣ ، وقانون الضمان البحري لعام ١٩٠٦ ، وقوانين السّرقة ، وخاصة قانون سنة

---

(١) Blackstone . انظر كتاب Law in the Making ، تأليف آلن ، اكسفورد ، ١٩٣٠ ، ص ١٤٧ وما بعدها .

(٢) خصوصاً في الحكم الصادر سنة ١٨٦١ في قضية بيمش ضد بيمش ( Beamish v. Beamish (1861) 9H.L·C. 2 74 ) . انظر كتاب بولوك A First Book of Jurisprudence ، لندن ، ١٩١٨ ، ص ٣٣٤ وما بعدها .

(٣) Case - Law

(٤) Statutes

(٥) Statute Law Revision Acts

١٩١٦ ، وما اليها . وأيضاً دوّنت بعض القوانين في البلاد الواقعة تحت الحكم البريطاني ، كقوانين الهند التي ذكرنا آنفاً .

ويطول بنا الكلام لو اردنا البحث في فائدة التدوين من الناحية النظرية وفي الجدال الذي قام حوله [١] . ولكننا نكتفي بالاشارة الى انه قام بعض رجال الانكليز في انكلترا ، وطالبوا بالتدوين الرسمي العام ، كما نرى في اقتراح وستبوري [٢] عام ١٨٧٠ . ولكن سعيهم لم يتكلل بالنجاح .

ومن اسباب ذلك روح المحافظة على التقاليد التي اشتهر بها الانكليز ، وكثرة العناصر والملل التي تتألف منها الامبراطورية البريطانية ، وما يستتبع ذلك من تعدد الشرائع واختلاف العادات .

واليك امثلة تشهد بهذا الاختلاف : فالشريعة السكوتلندية ، خلافاً للانكليزية ، تأثرت بالقانون الروماني . ثم ان مستعمرة جنوبي افريقيا تخضع للقانون الروماني الهولندي ، وولاية كويبك في كندا وجزيرة موريس تخضعان لقانون نابليون . وايضاً رأينا ان الشرع الاسلامي يعمل به مسلمو الهند في احوالهم الشخصية وفي غيرها . وكذلك هو الامر في اميركا . فالولايات المتحدة غير موحدة التشريع ، ولكل ولاية منها تشريعها او قانونها الخاص . فالعرف العام الانكليزي يسودها على الجملة . غير ان

---

(١) راجع بهذا الموضوع كتاب اوستن المذكور ( ص ٣٣١ وما بعدها ) ، وكتاب سالموند ( ص ١٧٦ وما بعدها ) .

(٢) Westbury's Digest

لبعض الولايات منها تدوين رسمي ، كولاية لويزيانا التي اخـــذت كثيراً عن القـــانون الفرنسي . وللبعض الآخر مجموعات مختلفة للعرف العام [١] .

وبصورة اجماليـــة ، لم تتأثر الشريعة الاميركية الانكليزية بالقانون الروماني ، كما تأثرت بـــه باقي القوانين الاوروبية . بل أخـذت منه شيئاً يسيراً عن طريق القانون الكَنَسي في القرون الوسطى ، وعن طريق بعض المؤلفين امثال براكتون ولتلتون [٢] وغيرهم .

---

(١) Consolidations

(٢) Bracton , Littleton

# الباب الثالث

# مصادر الشرع الأسلامي

## الفصل الاول

## الادلة الشرعية

---

### تمهيد

ان القرآن الكريم هو المصدر الاول للتشريع الاسلامي . ولا خلاف في ذلك عند جميع ائمة المذاهب الاسلامية ، السنية والشيعية . وان كان من خلاف ففي تفسير بعض آياته .

وان الحديث الشريف أو السنة النبوية هي المصدر الثاني بعد القرآن الكريم ، وهي التي جاءت مفسرة ومتممة له . وقد أبتدأ الخلاف بين المذاهب في هذا المصدر ، من ناحية طرق التحقيق عنه ومن ناحية شروط قبوله .

ومن هذين الاصلين تفرع اصلان آخران ، هما الاجماع والقياس فقبل بهما جمهور الفقهاء ، ورفضهما أو تشدّد في قبولهما الآخرون .

وعدا هذه الادلة المعروفة بالادلة الاربعة ، توجد ادلة اخرى خاصة ببعض المذاهب ، كالاستحسان عند الحنفيين ، والمصالح المرسلة عند المالكيين ، وغيرهما . ونحن نفصل كل ذلك في محله .

وقد درس الفقهاء هذه المصادر والادلة في علم خاص سمّي بعلم الاصول ، المار تعريفه ، وهو يبحث في ادلة الاحكام الشرعية وفي طرق استنباط الاحكام منها .

## علماء الاصول

ازدهر علم الاصول في صدر الدولة العباسية . وكان اول من كتب فيه باسلوب علمي الامام الشافعي ، في رسالته الشهيرة التي قدمنا بيانها .

وممن اشتهر بعد ذلك من علماء الاصول عند الشافعية : ابو حامد الغزالي مصنف المستصفى [١] ، وأبو عبد الله محمد بن عمر فخر الدين الرازي ( المتوفى سنة ٦٠٦ هـ ) مؤلف كتاب المحصول في الاصول ، وسيف الدين الآمدي ( المتوفى سنة ٦٣١ هـ ) صاحب كتاب الاحكام في اصول الاحكام ، والقاضي عبد الله عمر البيضاوي ( المتوفى سنة ٦٨٥ هـ ) مؤلف كتاب منهاج الوصول الى علم الاصول [٢] ، وجمال الدين الاسنوي ( المتوفى سنة ٧٧٢ هـ ) صاحب كتاب نهاية السول في شرح منهاج الاصول ، وتاج الدين السبكي مؤلف كتاب جمع الجوامع ومتمم كتاب الابهاج شرح المنهاج الذي ابتدأ به والده تقي الدين [٣] .

ومن الاصوليين الحنفيين اشتهر البزدوي [٤] مصنف كتاب

---

(١) مرّ الكلام عنه في الفصل الرابع من الباب السابق .

(٢) وهو مختصر كتاب الحاصل للارموي ، والحاصل مختصر كتاب المحصول للرازي .

(٣) مرّ الكلام عليهما في الفصل الرابع المذكور . وان جمع الجوامع شرحه جلال الدين المحلي ، وصنف البناني حاشية على الشرح .

(٤) مرّ ذكره في الفصل الثاني من الباب السابق .

الاصول ، الذي شرحه النَّسَفي في المنار ، والذي شرح شرحه ابن ملك في كتاب منار الانوار ، وشرحه ايضاً ابن العيني . واشتهر من هؤلاء ايضاً : صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود ( المتوفى سنة ٧٤٧ هـ ) مصنف تنقيح الاصول [١] ، وكمال الدين محمد بن الهمام ( المتوفى سنة ٨٦١ هـ ) مصنف كتاب التحرير [٢] ، ومحب الله بن عبد الشكور البهاري ( المتوفى سنة ١١١٩ هـ ) مصنف كتاب مسلّم الثبوت . والكتابان الاخيران هما على طريقتي الشافعية والحنفية معاً .

ومن علماء الاصول المالكيين اشتهر جمال الدين عثمان بن الحاجب ( المتوفى سنة ٦٤٦ هـ ) مؤلف منتهى السؤل والامل مختصر كتاب الاحكام للآمدي ، وابو اسحق ابرهيم الشاطبي الغرناطي ( المتوفى سنة ٧٩٠ هـ ) صاحب كتاب الموافقات المعروف وكتاب الاعتصام [٣] . واشتهر من الحنبليين ابن تيمية وابن القيم الجوزية ، ومن اهل الظاهر ابن حزم [٤] .

## النسخ في الكتاب والسنة

ان النّسخ في علم الاصول معناه رفع حكم شرعي بدليل شرعي لاحق . وسببه التيسير على الناس ، والتدريج في التشريع ، وتغيّر احكام المعاملات بتغير الازمان . وهو على انواع : نسخ القرآن بالقرآن ،

---

(١) مرَّ معنا انه مؤلف كتاب النقاية مختصر الوقاية .

(٢) مرَّ معنا ايضاً انه مؤلف فتح القدير شرح البداية .

(٣) راجع ترجمته في كتاب نيل الابتهاج بتطريز الديباج للتنبكتي ( هامش الديباج لابن فرحون ) ص ٤٦ .

(٤) مرَّ ذكر ابن تيمية وابن القيم وابن حزم في الباب السابق

ونسخ السنة بالسنة ، ونسخ القرآن بالسنة . وقد حصل في ذلك تفصيل وخلاف .

فوقوع نسخ القرآن بالقرآن ثابت عند جمهور الفقهاء . ولم يخالفهم في ذلك الا ابو مسلم بن بحرانه [١] . وان معظم النسخ حصل في امور المعاملات التفصيلية الواردة في الآيات المدنية ، خلافاً للاحكام الكلية الواردة في الآيات المكية ، التي كان النسخ فيها قليلاً . وقد ذكر السيوطي وقوع النسخ في عشرين موضعاً [٢] .

وكذلك وقع نسخ السنة بالسنة في مسائل كثيرة . مثاله الحديث الشريف : « كنت نهيتكم عن زيارة القبور ، الا فزوروها ، فانها ترق القلب ، وتدمع العين وتذكر الآخرة ، ولا تقولوا هجراً » [٣] .

اما نسخ القرآن بالسنة ، ففيه خلاف . نعم اتفق الائمة على وجوب اتباع السنة اذا كانت موافقة لنص القرآن او اذا كانت فيما لا نص عليه . فهي اذ ذاك بمنزلة التفسير لمعناه ، والتفصيل لمجمل احكامه . ولكنهم اختلفوا في جواز مخالفتها لنصه [٤] .

قال مالك واصحاب أبي حنيفة وبعض اهل الظاهر [٥] انه يجوز للسنة ان تنسخ القرآن ، لان كليهما من الوحي الالهي . فيكون

---

(١) تفسير الفخر الرازي ، ج ١ ص ٤٣٥ .

(٢) الاتقان في علوم القرآن ، ج ٢ ص ٢٢ — ٢٣ .

(٣) رواه السيوطي في الجامع الصغير (رقم ٦٤٣١) ، نقلاً عن مستدرك الحاكم .

(٤) الاحكام للآمدي ( ج ٢ ص ١٨٥ ) ، والتقرير والتحبير لابن امير الحاج شرح التحرير لابن الهمام ( بولاق ، ج ٣ ص ٦٤ ) .

(٥) الاحكام لاصول الاحكام لابن حزم ، ج ٤ ص ١١١ — ١١٤ .

هذا النسخ جائزاً عقلاً . هذا الى دليل وقوعه فعلاً . مثاله ، جاء في آية الوصية : « كُتِبَ عليكم اذا حضرَ احدَكم الموتُ انْ تركَ خيراً الوصيةُ للوالدَيْن والأقربينَ بالمعروفِ حقاً على المتقين »[١] . فمع ما في هذه الآية من الحث على الايصـــاء للابوين والأقارب ، فانها نسخت عند من ذكرنا من الفقهاء بالحديث الشريف « لا وصية لوارث »[٢] .

اما الشافعي في رسالته الشهيرة واكثر اصحابه واحمد بن حنبل ، فقد منعوا ان تكون السنة ناسخة للكتاب ، واستندوا بذلك الى حجج ، اهمها :

اولاً — القرآن اصل ولفظه معجزة ، بينما السنة فرع القرآن وليست بمعجزة مثله .

ثانياً — الآية : « قلْ ما يكونُ لي ان ابدّلَه من تِلقاءِ نفسي انْ أتّبعُ الا ما يُوحى اليّ اني أخافُ انْ عَصَيْتُ ربّي عذابَ يومٍ عظيم »[٣] . فهذا امر موجه الى النبي ( ص ) بان لا يبدل احكام القرآن الكريم من تلقاء نفسه .

ثالثاً — الآية : « ما ننسخْ مِن آيةٍ او نُنسها نأتِ بخيرٍ منها

---

(١) سورة البقرة (٢) ١٨٠ .

(٢) روي ايضاً بألفاظ اخرى : « ان الله قد اعطى كل ذي حق حقه فلاوصية لوارث » ، « لا تجوز وصية لوارث الا ان يشاء الورثة » ، « لا وصية لوارث الا ان يجيز الورثة » ، « لا وصية لوارث ولا اقرار بدين » . انظر البخاري بشرح العيني ( ج ١٤ ص ٣٧ و ٣٨ ) ، ونيل الاوطار للشوكاني ( ج ٦ ص ٣٤ نقلاً عن الدارقطني واكثر الكتب الستة ) .

(٣) سورة يونس (١٠) ١٥ .

او مِثلِها »[١] . ومعلوم ان نسخ الآية لا يكون الاّ بآية .

رابعاً — الحديث : « ما جاءكم عني فاعرضوه على كتاب الله ، فما وافقه فانا قلته وما خالفه فلم اقله »[٢] . ثم الحديث الصريح : « كلامي لا ينسخ كلام الله ، وكلام الله ينسخ كلامي ، وكلام الله ينسخ بعضه بعضاً »[٣] .

خامساً — بشأن آية الوصية ، اوضح الشافعي انها الغيت ضمناً بآية المواريث التي اتت بعدها والتي عينت فرائض كل من الورثة وحصصهم الشرعية ، وان حديث « لا وصية لوارث » اتى موافقاً لآية المواريث ولا تكون السنة الاّ تبعاً للكتاب[٤] .

والحاصل ، فان قول الشافعي واحمد بن حنبل في هذه المسألة هو ، كما ترى ، اقرب الى القاعدة الحديثة ، القائلة بان حق الغاء القانون يعود الى السلطة التي اصدرته[٥] .

---

(١) سورة البقرة (٢) ١٠٦ .

(٢) رسالة الشافعي ، ص ٦٢ .

(٣) رواه الدارقطني وابن عدي ، وعدّه السيوطي من الاحاديث الضعيفة ، ( الجامع الصغير ، رقم ٦٤٣٧ ) .

(٤) رسالة الشافعي ، ص ٦١ . راجع ايضاً رسالة معارج الاصول لابن تيمية ، مصر ، ١٣٢٣ هـ ، ص ٢٤ .

(٥) Cujus est condere legem , ejus est abrogare

# الفصل الثاني
## الكتـــاب

### تنزيل القرآن الكريم

القرآن الكريم هو الدليل الاول والمصـــدر الاساسي للشرع الاسلامي . وهو كتاب الله تعالى ، حيث جاء فيه : « تنزيلُ الكتابِ لا رَيب فيه من رب العالمين » . « انّا نزلنـــا اليك الكتابَ بالحقِّ لتحكمَ بين الناس بمـــا أراك اللهُ ولا تكنْ للخائنين خصيماً » . « وما ينطق عن الهوى . انْ هو الا وحيٌ يوحَى »[١] .

وكانت آيات القرآن تنزل متفرقة حسب مقتضيـــات حوادث المجتمع الاسلامي . فلذا سميت هذه الحوادث باسباب الـــنزول . وكانت مدة تنزيل القران اثنتين وعشرين سنة ويزيد ، منها اثنتا عشرة سنة وخمسة اشهر وثلاثة عشر يوماً في مكة قبل هجرة النبي ( ص ) ، والباقي في المدينة أو دار الهجرة النبـوية . والآيات المكية اكثرها قصير يتعلق بامور الدين والعبادات والتوحيد بصورة اجمالية ، بينما الآيات المدنية طويلة فيهـا معظم التشريع الاسلامي التفصيلي .

---

(١) سورة السجدة (٣٢) ٢ ، والنساء (٤) ١٠٥ ، والنجم (٥٣) ٣ - ٤ .

وكان التشريع القرآني يأتي تدريجياً على مقتضى اسباب النزول ، واستعداد العرب لترك عاداتهم القديمة واستبدالها بالاحكام الجديدة ، كما نرى في مسألة تحريم الخمر والميسر مثلاً . فقد أتى التحريم اولا بصورة النصح دون النهي ، في الآية الكريمة : « يسألونك عن الخمر والميسر قلْ فيهما اثم كبيرٌ ومنافعُ للناس واثمُهما أكبر من نفعهما » . ثم حرم السكر عند اقتراب الصلاة بالآية : « يا ايها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاةَ وأنتم سُكارى حتى تعلموا ما تقولون» . وأخيراً أتى تحريم ذلك تحريماً مطلقاً في الآية : « يا ايها الذين آمنوا انما الخمرُ والميسرُ والانصابُ والازلامُ رجسٌ من عملِ الشيطانِ فاجتنبوه لعلكم تُفلحون . انما يريدُ الشيطانُ أن يُوقع بينكُمُ العداوةَ والبغضاءَ في الخمرِ والميسرِ ويُصدَّكم عن ذكرِ اللهِ وعن الصلاة فهل انتم منتهون »[١] .

## جمعه وتفسيره

لم يجمع النبي ( ص ) القرآن الكريم في كتاب واحد . فقد كان اميّاً لا يحسن الكتابة . بل كان يكتبه له الكتّاب في صحف متفرقة ، ويحفظه القراء في صدورهم .

وبعد وفاة النبي ( ص ) ، جمع القرآن زيد بن ثابت بامر ابي

---

(١) هذه الآيات في سورة البقرة (٢) ٢١٩ ، والنساء (٤) ٤٣ ، والمائدة (٥) ٩٠ - ٩١ . ومعنى الميسر القمار ، والانصاب الاصنام ، والازلام قداح الاستقسام ( تفسير الجلالين ) . انظر سنن ابي داود ( ج ٢ رقم ٣٦٧٠ ) ، وكتاب الناسخ والمنسوخ لابي القاسم ابي النصر ( هامش كتاب اسباب النزول للواحدي ، ص ٧٢ - ٨٢ ) .

بكر الصديق . ثم جمع في عهد عثمان بن عفان عام ٣٠ هـ ( ٦٥٠ م ) على قراءة واحدة وفي مصحف واحد ، وعممّت نسخه على الامصار المختلفة [١] .

وكان تفسير القرآن موضوع خلاف بين المفسرين . لكن لا ريب في ان اصحاب النبي ( ص ) ، الذين لازموه ، كانوا اعرف باسباب النزول من غيرهم . فلذا اشتهر بالتفسير منهم عشرة ، بينهم الخلفاء الراشدون الاربعة ، ابو بكر وعمر وعثمان وعلي ، والصحابة عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس ، وابيّ بن كعب ، وزيد بن ثابت ، وابو موسى الاشعري وعبد الله بن الزبير [٢] . وبوجه خاص ، اشتهر من هؤلاء العشرة اكثر من سواهم : علي بن ابي طالب وعبد الله بن عباس ، وهما من اقرباء النبي ( ص ) ، وعبد الله بن مسعود .

وفي صدر الدولة العباسية وما بعدها ، ظهر علم التفسير ، وصنفت التفاسير العديدة . واشهرها : التفسير الكبير المسمّى جامع البيان فى تفسير القرآن للطبري [٣] في ثلاثين جزءاً ، وتفسير الكشاف في اربعة اجزاء لابي القاسم محمود بن عمر الخوارزمي الزمخشري ( المتوفى سنة ٥٣٨ هـ ) ، ومفاتيح الغيب المشتهر

---

(١) راجع ترتيب سور القرآن المكية والمدنية ، وترتيبها في الصحف المختلفة في كتاب تاريخ القرآن لابي عبدالله الزنجاني ( القاهرة ، ١٩٣٥ ، ص ٢٧ – ٥٧ )، وكتاب تاريخ القرآن لنولدكه ( Noldeke , Geschichte des Qorâns طبع غوتنغن ، ١٨٦٠ ، ص ٤٥ ومابعدها ) .

(٢) انظر الاتقان في علوم القرآن للسيوطي ، ج ٢ ص ١٨٧ .

(٣) وهو احد اصحاب المذاهب البائدة ، كما اسلفنا .

بالتفسير الكبير لفخر الدين الرازي في ثمانية اجزاء ، وتفسير البيضاوي ، وتفسير الجلالين لجلال الدين المحلي وجلال الدين السيوطي ، وغيرها [١] . واشهر تفاسير الشيعة مجمع البيان وجامع الجوامع لابي علي الفضل بن الحسن الطبرسي ( المتوفى سنة ٥٤٨ هـ ) [٢] .

## ترجمة معاني القرآن الكريم

ان القرآن الكريم انزل « بلسانٍ عربيّ مبين » . « انّا انزلناه قرآناً عربياً لعلكم تَعقِلون » [٣] . وقد حمي الجدال حول جواز ترجمته او ترجمة معانيه الى اللغات الاجنبية . واشتد هذا الجدال حديثاً في مصر ، على اثر قرار الوزارة المصرية عام ١٩٣٦ بالموافقة « على ترجمة معاني القرآن الكريم ترجمة رسمية تقوم بها مشيخة الجامع الازهر بمساعدة وزارة المعارف العمومية » ، وذلك لاجل نشر هداية الاسلام بين الامم والقضاء على الاثر السيّء الذي احدثته الترجمة الخاطئة [٤] .

وهذا القرار اقترحه فضيلة شيخ الجامع الازهر ، وساندته فتوى كبار العلماء واساتذة كلية الشريعة . ولكن البعض ، ومنهم

---

(١) راجع الكتب المؤلفة في القرآن وتفسيره ، في الفهرست لابن النديم ، ص ٣٦ وما بعدها .

(٢) انظر كتاب احسن الوديعة في تراجم مشاهير الشيعة ، لمحمد مهدي الكاظمي ، طبع بغداد ، ١٣٤٨ هـ ، ج ٢ ص ٢٠٤ .

(٣) الشعراء (٢٦) ١٩٥ ، ويوسف (١٢) ٢ .

(٤) راجع مثلاً ما جاء في مجلة المنار ( سنة ١٣٤٣-١ هـ ص ٧٩٥ ) عن الترجمة الانكليزية الخاطئة التي نشرتها فرقة الاحمدية في الهند .

جمعيـــة المحامين الشرعيين ، عارضوا بذلك . ثم اشتد الحوار بين المؤيدين والمعارضين ، وتراشق الفريقان بالحجج ، وتسابقا في نشر المقالات العديدة والرسالات المختلفة [١] .

وخلاصة حجج المعارضين ان « اللسان العربي شعـــار الاسلام واهله » [٢] ، وان القرآن الكريم هو اسم للنظـــم والمعنى وان الترجمة بطلان لتعريفه [٣] ، « وانه لا يجوز ترجمة القرآن ولا ترجمة معانيه ولا ان تمسّه الترجمة بحال لما يترتب على ذلك من المضار في الدين واللغة والوطن » [٤] ، وان « القرآن روح ونور لا يترجمان وان الترجمة مضيعة له » [٥] .

اما المؤيدون لجواز ترجمة معاني القرآن الكريم ، فقد استدلوا بما يأتي :

اولاً — « روي ان الفرس كتبوا الى سلمان ( الفارسي ) ان يكتب لهم الفاتحة بالفارسية ، فكانوا يقرأون ذلك في الصلاة [٦] » ، وان النبي ( ص ) لم ينكر عليهم ذلك [٧] .

---

(١) انظر كتاب « حدث الاحداث في الاسلام الاقدام على ترجمة القرآن » للشيخ محمد سليمان ( المطبعة السلفية بمصر ، ١٣٥٥ هـ ) ، و كتاب « الادلة العلمية على جواز ترجمة معاني القرآن الى اللغات الاجنبية » لمحمد فريد وجدي ( مصر ، ١٩٣٦ ) .

(٢) ابن تيمية في كتاب « اقتضاء الصراط المستقيم في لغة اصحاب الجحيم » ( كما رواه الشيخ محمد سليمان في كتاب حدث الاحداث ، ص ٣٠ ) .

(٣) كتاب المنار للنسفي وشرحه لابن ملك ، دار السعادة ، ١٣١٤ هـ ، ص ٩ .

(٤) فتوى المحامين الشرعيين في ١٢ حزيران سنة ١٩٣٦ .

(٥) حدث الاحداث ، ص ٦٢ .

(٦) المبسوط للسرخسي ، ج ١ ، ص ٣٧ .

(٧) رسالة النفحة القدسية في احكام قراءة القرآن وكتابته بالفارسية ، للشرنبلالي ، مصر ، ١٣٥٥ هـ ، ص ١٥ .

ثانياً — جوّز الامام ابو حنيفة الصلاة بالفارسية او بغيرها مطلقاً . وقال صاحباه ابو يوسف ومحمد ان ذلك لا يجوز الا لمن لا يحسن العربية . وقيل ان ابا حنيفة رجع عن قوله ، وقيّد الجواز بعدم القدرة على فهم العربية ، كما فعل صاحباه [١] .

ثالثاً — لم تكن الدعوة الاسلامية موجهة الى العرب فحسب ، بل الى جميع الشعوب . يؤيّد ذلك قوله تعالى : « تبارك الذي نزّلَ الفرقانَ على عبدِهِ ليكون للعالمين نذيراً » . « قُلِ الله شهيدٌ بيني وبينكم ، واوحيَ اليّ هذا القرآن لانذركم به » [٢] . ويؤيّده ايضاً قول النبي ( ص ) : « بعثت الى الناس عامة » [٣] . وانما نزل القرآن بلغة العرب تيسيراً للدعوة ، لان الرسول وقومه عرب ، على ما جاء في القرآن الكريم : « فانما يسّرناه بلسانك لعلّهم يتذكرون » . « ولو نزّلناه على بعض الاعجمين ، فقرأه عليهم ما كانوا به مؤمنين » [٤] .

وان الرأي المختار اليوم هو أن ترجمة القرآن ترجمة حرفية متعذر ومحظور . و « اما الترجمة المعنوية ، التي هي عبارة عن

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ( ج ١ ص ١١٠ — ١١١ ) ؛ والمجموع شرح المهذب للنووي ( ج ٣ ص ٣٨٠ ) ، وشرح الفقه الاكبر للملاّ علي القاري ( مصر ، ١٣٢٣ هـ ، ص ١٣٦ — ١٣٧ ) . وقد استدل ابو حنيفة لجواز ذلك بالآية « وانه لفي زُبُرِ الاولين » ( الشعراء ، ١٩٦ ) ، وبالآية « وانزلنا اليك الكتاب بالحق مصدّقاً لما بين يديه من الكتاب » ( المائدة ، ٤٨ ) . انظر الفتاوى الحديثية لابن حجر ، مطبعة التقدم ، ص ١٢٩ .

(٢) سورة الفرقان (٢٥) ١ ، والانعام (٦) ١٩ .

(٣) رواه البخاري . انظر شرحه للعيني ( ج ٤ ص ٧ ) ، والاحكام لابن حزم ( ج ١ ص ٣٤ ) .

(٤) الدخان (٤٤) ٥٨ ، الشعراء (٢٦) ١٩٨ — ١٩٩ .

تفسير ما يحتاج الى تفسيره منه بلغة اخرى ، فغير محرم ، وانما تتبع فيه المصلحة الشرعية بقدرها »[١] .

وعلى كل حال ، فقد ترجم القرآن الكريم في الواقع الى معظم اللغات الاجنبية : اللاتينية[٢] ، والانكليزية[٣] ، والفرنسية[٤] ، والتركية[٥] ، وغيرها . وفي كل من هذه اللغات اليوم ترجمة واحدة او اكثر .

---

(١) مجلة المنار ، ١٣٤٤ هـ ، ص ٦٩٢ .

(٢) اول ترجمة لاتينية كانت بقلم روبرت كنّت Robert Kennett عام ١١٤٣م . ثم تلتها تراجم اخرى ، اشهرها اليوم ترجمة مراتشي Maracci بعنوان Alcorani Textus Universus . انظر تاريخ القرآن للزنجاني ، ص ٦٩ .

(٣) اشتهر منها ترجمة بالمر Palmer ( طبع اكسفورد ) ، والترجمة التي اخرجتها المدرسة الهندية الحديثة عام ١٩١١ المرتبة بحسب تاريخ نزول الآيات .

(٤) في الفرنسية ترجمات عديدة ، منها : ترجمة سافاري Savary ، وترجمة كازيمرسكي Kasimirsky ، وترجمة Pesle مع احمد تيجاني ( رباط مراكش ) ، وغيرها .

(٥) ذكرنا سابقاً كلمة جذا الخصوص .

# الفصل الثالث

## السنة

### كتابة الحديث

السنّة هي ما نقل عن صاحب الشريعة الاسلامية قولاً او فعلاً أو تقريراً . وهي لذلك على ثلاثة أقسام : اولها السنة القولية او الحديث الشريف ، وهي المأخوذة عن قول النبي ( ص ) واحاديثه . والثاني السنة الفعلية ، وهي المستمدة من أفعاله . والثالث السنة التقريرية ، وهي ما استدل عليها من سكوته ومن رضاه عن افعال حصلت بعلمه .

وان صاحب الشريعة لم يأمر بكتابة السنة ، كما فعل بالقرآن الكريم . بل انه على العكس نهاهم عن ذلك بقوله : « لا تكتبوا عني ، ومن كتب عني غير القرآن فليمحه ، وحدّثوا عني ولا حرج »[١] .

ولقد ذكرنا قبلُ اباء عمر بن الخطاب ان يجمع السنن لئلا يقبل الناس عليها ويتركوا القرآن الكريم ، وذكرنا محاولة جمعها ايام عمر بن عبد العزيز . وقد بقيت السنن دون تدوين جامع حتى العصر العباسي . ففيه ابتدأ جمع الحديث وترتيبه ، وظهرت مجامع الحديث المعتبرة .

---

(١) رواه مسلم في صحيحه ( ج ٨ ص ٢٢٩ ) ، وغيره .

## المسانيد والمصنفات

ان مجامع الحديث نوعان : المسانيد والمصنفات . فالاولى جمعت فيها الاحاديث بحسب اسنادهـــا ، اي بحسب اسماء المحدثين الذين نقلوها عن النبي ( ص ) ، واشهرهـا مسند الامام احمد بن حنبل الذي قدمنـــا بيانه . والثانية هي ما جاءت فيها الاحاديث مرتبة ترتيب مواضيع الفقه . واهم ما وصل الينا من المصنفات القديمة موطأ الامام مالك الذي اسلفنا ذكره ايضاً .

وفي القرن الثالث للهجرة ، ظهرت المصنفات السنّية المعروفة بالكتب الستة . وهي الصحيحان وكتب السنن الاربعة . ولا بأس ههنا بكلمة وجيزة تعرّف كلاً من هذه الكتب .

فالصحيحان هما صحيح البخـاري وصحيح مسلم . فالاول هو لابي عبد الله محمـــد بن اسماعيل البخاري ( ١٩٤ — ٢٥٦ هـ ) ، والثاني لابي الحسين مسلم النيسابوري ( ٢٠٦ — ٢٦١ هـ ) . وقد رحل الاثنان في جمع الحديث الى كثير من الامصار ، وتشددا بالتدقيق في صحة الرواية والاسناد ، حتى اصبح ما جمعـاه موضع الثقة والاعتماد . وقيـــل ان البخاري قضى ست عشرة سنة في تصنيف الجامع الصحيح .

وان الجامع الصحيح هذا يعدّه اهل السنة اجل كتاب بعد القرآن الكريم[١] . وهو يحتوي على اكثر من سبعة الآف حديث بما فيه المكرر ، وعلى نحو اربعة الآف بدونه . واهم شروحه :

---

(١) قال ابن تيمية : « ليس تحت ادیم السماء كتاب اصح من البخاري ومسلم بعد القرآن » . عن فتاوى ابن تيمية ، مصر ، ١٣٢٦ - ١٣٢٩ هـ ، ج ٢ ص١٩٦ .

فتح الباري شرح صحيح البخاري للحافظ ابي الفضل احمد بن حجر العسقلاني الشافعي ( ٧٧٣ – ٨٥٢ هـ ) ، وعمدة القاري شرح صحيح البخاري في خمسة وعشرين جزءاً لبدر الدين محمود العيني الحنفي ( ٧٦٢ – ٨٥٥ هـ ) .

وعند الجمهور يأتي صحيح مسلم بعد صحيح البخاري ، ولكن علماء المغرب يفضلونه عليه [١] . وهو يحتوي بالمكرر على سبعة الآف حديث ويزيد . واهم شروحه شرح النووي الشافعي في ثمانية عشر جزءاً .

ثم تأتي بعد الصحيحين كتب السنن الاربعة . وهي التي جمعها ابن ماجه ( المتوفى سنة ٢٧٣ هـ ) ، وابو داود السجستاني ( المتوفى سنة ٢٧٥ هـ ) ، والترمذي ( المتوفى سنة ٢٧٥ أو ٢٧٩ هـ ) ، والنسائي ( المتوفى سنة ٣٠٢ أو ٣٠٣ هـ ) . ومن اشهر ما ظهر بعد هذه الكتب مصنف ابي الحسن الدارقطني ( المتوفى سنة ٣٨٥ هـ ) ، ومصابيح السنة لابي محمد البغوي ( المتوفى سنة ٥١٠ أو ٥١٦ هـ ) [٢] .

اما عند اهل الشيعة ، فاهم مجموعات الحديث او الاخبار هي اربعة : الكافي لمحمد بن يعقوب الكليني ( المتوفى سنة ٣٢٨ أو ٣٢٩ هـ ) ، ومن لا يحضره الفقيه لابن بابويه ( المتوفى سنة ٣٨١هـ ) ، والاستبصار فيما اختلف من الاخبار وتهذيب الاحكام ، والاثنان لجعفر محمد الطوسي ( المتوفى سنة ٤١١ هـ ) [٣] .

---

(١) مقدمة ابن خلدون ، ص ٣٨٧ .

(٢) انظر في ترجمة جميع من ذكرنا كتاب وفيات الاعيان لابن خلكان .

(٣) انظر الموسوعة الاسلامية ، تحت كلمة شيعة .

## تمحيص الحديث

بعد تدوين الحديث ، اخذ رجاله يدرسونه درساً علمياً انتقادياً في علم خاص ، يعرف بمصطلح الحديث . وقد سمّي الباحثون في هذا العلم برجال الجرح والتعديل . وهؤلاء وضعوا قواعد لتمحيصه وتدقيقه ، وقسموه بحسب درجة الاعتماد عليه الى حديث صحيح وحسن وغريب وما الى ذلك [١] .

وتعتبر السنة المصدر الثاني للتشريع الاسلامي بعد القرآن الكريم . فهي قد فسرّته وبيّنت مجملات نصوصه ، وفصّلت كليّات احكامه . وهي واجبة الاتباع في جميع المذاهب الاسلامية [٢] ، بدليل ما جاء في الكتاب : « وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا » . « وأطيعوا الله وأطيعوا الرسول » . « من يطع الرسول فقد اطاع الله » [٣] ، وغيرها من الآيات التي جاءت في لفظها او في معناها .

وقد ابتدأ الخلاف في السنة بين المذاهب الاسلامية المختلفة ، فوقع اولاً بين اهل السنة واهل الشيعة . فهؤلاء لم يقبلوا الا بالاحاديث ، او كما يسمونها بالاخبار ، التي تعود باسنادها لاهل بيت النبي ( ص ) . وقال المحدثون عندهم : « ان كل ما لم يخرج عن اهل البيت عليهم السلام فهو زخرف » [٤] .

---

(١) راجع مقدمة ابن الصلاح في علوم الحديث ، بمباى ( الهند ) ، ١٩٣٨ ، ص ٧ و ١٥ و ٢٠ .

(٢) الا طائفة قليلة ذكر انها ردت الاخبار كلها ( الام ، ج ٧ ص ٢٥٠ ) .

(٣) سورة الحشر ( ٥٩ ) ٧ ، والمائدة (٥) ٩٢ ، والنساء (٤) ٨٠ .

(٤) وسيلة الوسائل في شرح الرسائل في علم الاصول ، ص ٧ .

ثم حصل الخلاف ايضاً بين المذاهب السنية . فانقسموا طائفتين : طائفة اهل الرأي في العراق ، وطائفة اهل الحديث في الحجاز . فرفضت الاولى احاديث اخذت بها الثانية . وكذلك اختلف في مصطلح الحديث وشروط قبوله ، وما الى ذلك .

## رواية الحديث

يقسم الحديث من ناحية روايته الى متواتر ومشهور وآحادي . فالمتواتر هو ما افاد العلم بنفسه ، لاستناده الى الحس ، ولتعدد رواته ، بحيث لا يمكن تواطؤهم على الكذب . والحديث المشهور هو الذي رواه واحد او اثنان في الاصل ، اي في قرن الصحابة ، ثم انتشر وتواتر . اما خبر الواحد فهو ما كان دون المتواتر والمشهور .

وقد اثير الجدال حول قبول خبر الواحد ، او الحديث برواية الواحد عن الواحد حتى ينتهي به الى النبي ( ص ) . فمنهم من ردّه قياساً على الشهادة التي لا تقبل آحادية في الاصل . ومنهم من قبل به من غير قرينة ، كما في المذهب الظاهري وفي احدى الروايتين عن احمد بن حنبل ، لان النبي ( ص ) اذا ما اراد ان يفتي او يحكم في مسألة لم يكن يدعو لذلك جميع اهل المدينة . اما جمهور الفقهاء ، فهم يرون ان خبر الواحد العدل يفيد العلم ويقبل به اذا احتفّت به القرائن [١] .

---

(١) راجع في الموضوع : رسالة الشافعي ( ص ٩٨ وما بعدها ) ، والاحكام للآمدي ( ج ١ ص ١٦١ وما بعدها ) ، والاحكام لابن حزم ( ج ١ ص ١٠٨ وما بعدها ) ، ومسلّم الثبوت ( ج ٢ ص ٨٨ ) .

ويشترط في الحديث الآحادي ان يكون الراوي مسلماً ، عاقلاً ، عدلاً ، ومشهوراً بالضبط . فعليه تقبل رواية المرأة والرقيق والاعمى ، ولا تقبل رواية الصبي غير المميّز ولا المجنون ولا الكافر ولا الفاسق . وقد اتفق الجمهور على عدالة الصحابة واستقامتهم في رواية الحديث ، بمعنى ان روايتهم مصدّقة . واشتهر منهم بصدق الحديث بصورة خاصة ابو بكر وعمر وعلي وعبد الله ابن مسعود وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس ومعاذ والسيدة عائشة وابو هريرة وانس ومن اليهم .

ويروى الحديث بكلمة حدّثنا ، او ما بمعناها كأخبرنا وانبأنا[١] ، عن سلسلة من الراوين ، ويكون اما متصلاً بالنبي ( ص ) ، او مرسلاً اي مع ترك الواسطة بينه وبين النبي ( ص ) . وان المرسل اذا رواه احد الصحابة مقبول بالاجماع . واذا رواه احد كبار التابعين ، فهو مقبول عند الجميع ما عدا الشافعي ، فانه اشترط فيه ان يتأيّد بدليل آخر . واذا رواه ما دون هؤلاء ففي الامر خلاف[٢] .

واختلف الفقهاء اخيراً في صحة رواية الحديث بالمعنى دون اللفظ . والرأي المختار انه جائز لمن كان عالماً بدلالات الالفاظ واختلاف مواقعها بشرط نقله من غير زيادة في المعنى ولا نقصان منه[٣] .

---

(١) عبارة البخاري . انظر شرحه للعيني ، ج ٢ ص ١١ .

(٢) شرح المنار لابن ملك ، ص ٢٠٧ وما بعدها .

(٣) الاحكام للآمدي ( ص ١٩٣ ) ، ورسالة الشافعي ( ص ٧٥ ) .

وقد كان هذا الخلاف في مصطلح الحديث سبباً من اسباب اختلاف المذاهب . وهكذا اذا صح الحديث في احدى المسائل في مذهب دون الآخر ، ترتب على ذلك اختلاف بينهما في الفتوى .

## الاحاديث الموضوعة

من الاخطـــار التي تعرّض لها الحديث الكذب والوضع . فقد كثر وضع الاحاديث في بعض عصور التاريخ الاسلامي خدمة للسياسة وتأييداً للحزبية ، او ترويجاً لبضاعة القُصّاص ، او لغير ذلك من الاسباب [١] . وكثرت الاحاديث كثرة لا تحصى بالقياس الى ما كانت عليه في عهـد صحابة النبي ( ص ) ومن تبعهم من كبار التابعين . ورويت احاديث ضعيفة سخيفة ، يأباها المنطق والعقل السليم . وبهذا صدق قول النبي ( ص ) : « سيكون في آخر امتي اناس يحدثونكم ما لم تسمعوا انتم ولا اباؤكم فإيّاكم وايّاهم » [٢] .

ومن امثلة الاحاديث الموضوعة : « الديك الابيض صديقي او حبيبي . الفأرة انها يهودية . الضب كان يهودياً عاقاً فمسخ . السنور عطسة الاسد . الخنزير عطسة الفيل . اكل السمك يذهب الجسد . قلب المؤمن حلو يحب الحلاوة . لو كان الارز رجلاً لكان حليما . الباذنجان شفاء من كل داء . العازب فراشه من نار . مسكين

---

(١) راجع تقسيم ابن الجوزي لرواة الموضوعات في كتاب اللآلىء المصنوعة في الاحاديث الموضوعة ( ج ٢ ص ٤٦٧ - ٤٧٤ ) .

(٢) صحيح مسلم ( ج ١ ص ٩ ) ، وشرحه للنووي ( ج ١ ص ٧٨ ) .

رجل بلا امرأة ومسكينة امرأة بلا رجل . اكرموا عمتكم النخلة [١] . البحر هو من جهنم . شر الحمير الاسود القصير » [٢] .

ولو ان هؤلاء المحدثين المدلسين اعتبروا بقول صاحب الشريعة الاسلامية « من يقل عليّ ما لم اقل فليتبوّأ مقعده من النار » [٣] . ولو انهم اقتدوا ببعض الصحابة ، امثال عمر بن الخطاب والزبير وعبد الله بن مسعود وسعد بن ابي وقاص ، الذين خافوا من التحدث ومن تدوين الحديث خشية التحريف والزيادة والنقصان ، لو انهم فعلوا ذلك لأحسنوا ولصانوا الشرع الاسلامي من كثير من المفتريات والاقاويل الملفقة . ولكم من حديث زائف تسلح به بعض الجهلة ليرموا الشرع بما ليس فيه وليصوروه على غير ما هو .

ولكن هذا لا يجب ان يفهم منه ، كما زعم بعض المستشرقين ، ان كل حديث يعتبر موضوعاً ما لم يقم الدليل على العكس . بل انما الذي يجب استخلاصه هو ان علماء مصطلح الحديث لم يأخذوا بالاحاديث على علاّتها ، وانهم في نقدهم الرجال الرواة وفي تحريهم الاسناد والضبط والعدالة ، قد وضعوا ميزاناً علمياً صادقاً للجول في

---

(١) هذا الحديث اعتبره القرافي صحيحاً في كتابه الفروق ، ج ٣ ص ٨٥ .

(٢) راجع كتاب تأويل مختلف الحديث في الرد على اعداء اهل الحديث لابن قتيبة ( ص ٩ — ١٠ ) ، ورسالة المغني عن الحفظ والكتاب للموصلي ( مصر ، ١٣٤٢ هـ ، ص ١١ و ٦١ ، مع انتقادها لحسام الدين القدسي ، مطبعة الترقي بدمشق ، سنة ١٩٢٥ ) ، وفتاوى ابن تيمية ( ج ٢ ص ١٩٥ — ١٩٨ ) ، وكتاب تحذير المسلمين من الاحاديث الموضوعة ( مصر ، ١٩٠٣ ، ص ٦٣ وما بعدها ) ، وكتاب اللآلئ المصنوعة ( ج ٢ ص ٢٢٤ و ٢٢٨ و ٢٣٣ و ٢٣٨ ) .

(٣) البخاري بشرح العيني ، ج ٢ ص ١٥٣ .

هذا الميدان بكل ثقة واطمئنان [١] . ولذا نرى اليوم ائمة مذهب السلفية الجديد يثورون على التقليد ويجتهدون ويمحصون ، حتى انهم لم يقبلوا بجميع احاديث الصحيحين ، بل اثبتوا ان البخاري نفسه ليس معصوماً من الخطأ لا هو ولا رواته [٢] .

---

(١) راجع في هذا الباب لائحة الكتب والمخطوطات العديدة التي ذكرها الدكتور عبد القادر في كتابه تاريخ الفقه الاسلامي ، ج ١ ص ٣٠٣ — ٣٠٤ .

(٢) مجلة المنار لسنة ١٣٤٧ هـ ( ص ٥٠٧ — ٥١٦ ) . انظر ايضاً كتاب يسر الاسلام واصول التشريع العام للسيد محمد رشيد رضا ( مصر ، ١٩٢٨ ) .

# الفصل الرابع
## الاجماع

### ادلة الاجماع

بعد الكتاب والسنة يعتبر الاجماع عند جمهور الفقهاء المصدر الثالث للشرع الاسلامي . وهو اتفاق المجتهدين المسلمين في عصر من الاعصار على حكم شرعي .

وقد استند الفقهاء بذلك الى ادلة من الكتاب والسنة ، والى حجج عقلية . واليك خلاصتها :

اولاً — الكتاب .

الآية الكريمة : « ومن يشاقِقِ الرسولَ من بعدِ ما تبيّن الهدى ويتّبِعْ غيرَ سبيلِ المؤمنين نُوَلِّهِ ما تولى ونُصْلِهِ جهنّم وساءت مصيراً »[١] . فالاجماع هو سبيل المؤمنين الذي يجب اتباعه .

والآية : « يا ايّها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول واولي الامر منكم فان تنازعتم في شيءٍ فردّوه الى الله والرسول »[٢] . اي ان اجماعكم عند عدم التنازع مقبول .

---

(١) سورة النساء (٤) ١١٥ .

(٢) ذات السورة ، ٥٩ .

والآيات : « واعتصموا بحبل الله جميعاً ولا تفرّقوا » . « كنتم خير امة اخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر » . « وكذلك جعلناكم امة وسطاً لتكونوا شهداء على الناس » . « يا ايّها الذين آمنوا اتقوا الله وكونوا مع الصادقين » [١] .

ثانياً — الاحاديث العديدة : « امتي لا تجتمع على الخطأ او على الضلالة » [٢] . « يد الله مع الجماعة » [٣] .

ثالثاً — قول ابن مسعود المأثور : « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ، وما رآه المؤمنون قبيحاً فهو عند الله قبيح » [٤] .

رابعاً واخيراً — العقل . وهو ينفي عادة ان يخطىء جميع المجتهدين ، اذا اتفقوا على امر من الامور ، دون ان يتنبه اليه واحد منهم .

## معنى الاجماع وشروطه

الاجماع عند جمهور الفقهاء هو ان يتفق على الحكم جميع المجتهدين المسلمين في عصر من الاعصار . فلذا لا يكفي عندهم عمل اهل المدينة وحده . وذلك خلافاً للامام مالك ، الذي قال ان

---

(١) آل عمران (٣) ١٠٣ و ١١٠ ، والبقرة (٢) ١٤٣ ، والتوبة (٩) ١١٩ .

(٢) قال عنه ابن حزم ان معناه صحيح وان لم يصح لفظه ولا سنده ( الاحكام ، ج ٤ ص ١٣٣ ) . وقد رواه المناوي في كنوز الحقائق ( ص ١٣٨ ) عن ابن ابي عاصم .

(٣) نقله السيوطي عن الترمذي في الجامع الصغير ، رقم ١٠٠٠٤ .

(٤) قال بعضهم هو حديث شريف ، مثلاً الآمدي في الاحكام ، ج ١ ص ١١٢ . ولكن هذا خطأ . والصحيح انه قول عبد الله بن مسعود ، كما بيّنه السخاوي في المقاصد الحسنة والعلائي وغيرهما . وقد رواه احمد في كتاب السنة . انظر شرح الحموي على الاشباه ( ج ١ ص ١٢٧ ) ، وشرح المجامع ( ص ٣٠٨ ) .

المدينة دار الهجرة ودار الصحابة ، وان اهلها أعلم بالوحي وباحوال صاحب الشريعة ، وان اجماعهم من ثم يعمل به وحده ، اذ قال النبي ( ص ) : « انما المدينة كالكير تَنْفي خَبَثَها ويَنْصَعُ طيبُها . . . وهي المدينة تنفي الناس كما ينفي الكير خبث الحديد »[١] .

وكذلك لا يشترط في المذهب المختار ان يكون الاجماع صادراً عن صحابة النبي ( ص ) . فاذنْ ، هو مقبول ولو صدر عن غير هؤلاء . وقد خالف الجمهور في ذلك الامامان احمد بن حنبل وداود الظاهري ، اللذان قالا ان الاجماع مختص بالصحابة دون غيرهم[٢] .

واخيراً في الرأي المقبول ، لا ينعقد الاجماع باتفاق الخلفاء الراشدين الاربعة وحدهم ، الا اذا لم يخالف اتفاقهم احد . وذلك خلافاً للقاضي ابي حازم الحنفي وللامام احمد بن حنبل في احدى الروايتين عنه ، فانهما قبلا باجماع هؤلاء الخلفاء وحدهم ، واستدلاّ بالحديث الشريف « عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين »[٣] .

والاجماع اما ان يكون بابداء الرأي صراحة ، واما ان يكون سكوتياً . فالسكوتي يحصل اذا ما افتى احد المجتهدين في احدى المسائل ، وعرف بفتواه الباقون من اهل الاجتهاد في عصره ، ولم ينكرها عليه احد منهم . وقد جعل اكثر اصحاب

---

(١) انظر الموطأ وشرحه تنوير الحوالك ( ج ٢ ص ٢٠١ – ٢٠٢ ) ، والبخاري وشرحه للعيني ( ج ١٠ ص ٢٤٥ ) ، ومسلم وشرحه للنووي ( ج ٩ ص ١٥٣ ) .

(٢) اعلام الموقعين ( ج ١ ص ٢٤ ) ، والاحكام لابن حزم ( ج ٤ ص ١٤٧ ) .

(٣) قطعة من حديث رواه احمد والترمذي وابو داود السجستاني .

ابي حنيفة الاجماع السّكوتي حجة . ولكن الشافعي نفاه ولم يقره . ثم ان الآمدي اختار رأياً وسطاً ، وهو ان « الاجماع السّكوتي ظني والاحتجاج به ظاهر لا قطعي »[١] .

هذا الذي ذكرنا خلاصة وجيزة عن رأي المذاهب السنية في الاجماع . اما اهل الشيعة ، فانهم لا يقبلون الاجماع الا اذا صدر عن اهل البيت اي اهل النبي ( ص ) ، او اذا اشترك مع المجتهدين سيدهم الامام المعصوم . فالاجماع على المشهور عندهم « هو الاتفاق المشتمل على قول المعصوم عليه السلام ، لا مجرد اتفاق العلماء على قول »[٢] .

وملاحظة اخيرة : هي ان الاجماع افاد الشرع الاسلامي ، من ناحية تغييره بحسب الزمان والعرف وتأثره بآراء الفقهاء المجتهدين ، في جميع القضايا التي لا نص عليها في الكتاب والسنة ، او التي كان فيها النص غير ظاهر او غير صريح .

---

(١) الاحكام ، ج ١ ص ١٣٠ .

(٢) حل العقول لعقدالفحول لمحمد باقر مرتضى الطباطبائي ( مطبعة التبريزي ، ١٢٩١ هـ ، ص ٤٤ ) ، وكتاب عناوين الاصول للشيخ محمد مهدي الكاظمي ( بغداد ، ١٣٤٢ هـ ، ج ٢ ص ٧ ) ، و كتاب التقرير والتحبير ( ج ٣ ص ٩٨ ) .

# الفصل الخامس

## القياس

### معنى القياس

بانتشار الفتوحات وتوسع المملكة الاسلامية ، وبتتالي القرون ، حدثت قضايا جديدة لم يكن فيها نص من الكتاب او السنة ولم يكن فيها اجماع . فاضطر الفقهاء لاجل حلها الى تحكيم العقل واعمال المنطق والرأي . ولم يكونوا في ذلك مطلقي الحرية ، بل تقيدوا باحكام وقواعد علمية ، ادرجوها في باب جديد ، هو باب القياس ، واعتبروه دليلاً رابعاً لاحكام الشرع الاسلامي .

وقد ساروا في ذلك من القاعدة الشرعية الاصولية ان الاحكام جميعاً مبنية على مقاصد ومصالح ، وان هذه المقاصد والمصالح هي علة تلك الاحكام وسبب وجودهـــا . ثم اخذوا يستنبطون من الاحكام عللها . فاذا عرفوا علة حكم منصوص عليه في مسألة من المسائل ، امكنهم قياس مسألة اخرى عليهـا واعطاؤها مثل حكم المسألة الاولى ان اتفقت معها في العلة .

فالخمر مثلاً محرم بالنص ، وعلة تحريمه الاسكار . فلو فرضنا ان النبيذ لم يكن محرماً بالنص ايضاً [١] ، لأمكننا قياسه على الخمر

---

(١) النبيذ وكل المسكرات محرمة في الواقع بنص الحديث « كل مسكر خمر وكل خمر حرام » ( صحيح مسلم ، ج ٦ ص ١٠١ ) .

لانه مسكر ، ولامكننا تحريمه لجامع علة الاسكار في المقيس والمقيس عليه . وكذلك متى زال الاسكار ، زال التحريم [١] .

وعلى هـذا النحو سلك الفقهاء في قياس العكس ، بان نفوا الحكم عن مسألة جديدة اذا كانت العلل والاوصاف المؤثرة فيها لا تجمعها والمسألة المنصوص عليها .

فالقياس في الاصطلاح اذاً نوعان : قيـاس الطرد وقياس العكس . فالاول « هو الاستواء بين الفرع والاصل في العـلة المستنبطة من حكم الاصل » [٢] . وهو يتضمن الحاق الشبيه بشبيهه والمساواة بينهما في الحكم بداعي وحدة العلة . والثاني هو « تحصيل حكم معلوم نقيض ما في غيره لافتراقهما في علة الحكم » [٣] . واذا اطلقت كلمة القياس عني بها النوع الاول ، وهو الشائع والاهم . وفي هذا النوع ، كما ترى ، معنى التقدير والتسوية ، وهو معنى الكلمة اللغوي .

## ادلة القياس

كان القياس سبباً من اسباب الاختلاف بين المذاهب . فقد نفاه اهل الشيعة الامامية [٤] ، وداود الظاهري واتباعه [٥] . وقبل

---

(١) الفروق للقرافي ، ج ٢ ص ٣٥ .

(٢) تعريف الآمدي في الاحكام ، ج ٣ ص ٦ . وقد عرّفه ابن الحاجب انه «مساواة فرع الاصل في علة حكمه» وعرّفه البيضاوي في المنهاج انه « اثبات مثل حكم معلوم في معلوم آخر لاشتراكهما في علة الحكم عند المثبت » ( غاية السول للاسنوي ، ج ٣ ص ٢ ) .

(٣) تعريف الآمدي ايضاً في الاحكام ، ج ٣ ص ٤ .

(٤) حل العقول ، ص ٥٣ .

(٥) الاحكام لابن حزم ، ج ٧ ص ٥٣ — ٥٦ .

به جمهور الفقهاء واهل الشيعة الزيدية [١] .

وكذلك اختلف جمهور الفقهاء في درجة اعتماد القياس . فتوسع به اهل الرأي او مدرسة العراق ، وتشدد فيه اهل الحديث او مدرسة الحجاز . فقال بعض الحنفية مثلاً ان مجرد الشبه في الاوصاف دون اتفاق العلة كافٍ للقياس ، بينما قال احمد بن حنبل بترجيح الحديث المرسل والضعيف على القياس ، وقال بعدم استعمال هذا الدليل الاخير الا للضرورة [٢] .

وقد اثار موضوع القياس جدلاً بين نفاته ومؤيديه . واحتجت كل طائفة بادلة شرعية ، نذكر اهمها باختصار .

فالذين نفوا القياس زعموا انه لا حاجة اليه ، لان القرآن الكريم لم يترك لذلك سبيلاً . ففي الايات الكريمة : « ونزّلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء » . « ما فرّطنا في الكتاب من شيء » . « وما اختلفتم فيه من شيء فحكمه الى الله » [٣] .

واحتج هؤلاء ايضاً بان القياس ظني لا يمكن الركون اليه ، « وان الظن لا يغني من الحق شيئاً » [٤] . واستشهدوا بقول النبي ( ص ) « اعظمها فتنة على امتي قوم يقيسون الامور برأيهم فيحلون الحرام ويحرمون الحلال » [٥] ، وبقول بعض الصحابة والتابعين بذم القياس . واستنتجوا بان القياس يفضي الى الاختلاف في الرأي ،

---

(١) غاية السول للاسنوي ، ج ٣ ص ٨ .

(٢) اعلام الموقعين ، ج ١ ص ٢٥ — ٢٦ .

(٣) سور النحل (١٦) ٨٩ ، والانعام (٦) ٣٨ ، والشورى (٤٢) ١٠ .

(٤) سورة النجم (٥٣) ٢٨ .

(٥) اعلام الموقعين ، ج ١ ص ٢١٧ وما بعدها .

والى التفرقة في المذاهب والاجتهاد .

اما ادلة جمهور الفقهاء على جواز الاخذ بالقياس ، فهي الآتية :

اولاً — في الكتاب : « وتلك الامثال نضربها للناس وما يعقلها الا العالمون » . « فاعتبروا يا اولي الابصار »[١] . فادراك الامثال والاعتبار انما يكونان بالتقدير والنظر من الشيء الى غيره ، كما في القياس .

ثانياً — السنة . جاء في الحديث الشريف : « انا اقضي بينكم بالرأي فيما لم ينزل فيه وحي » . وكذلك روى عن النبي ( ص ) انه قال لابن مسعود : « اقضِ بالكتاب والسنة اذا وجدتهما ، فاذا لم تجد الحكم فيهما ، اجتهد رأيك » . وقال ما بمعناه لمعاذ وابي موسى الاشعري حين بَعثهما قاضيين الى اليمن[٢] .

وقد روي ان امرأة من جُهينة جاءت الى النبي ( ص ) . فقالت : « ان امي نذرت ان تحج فلم تحج حتى ماتت ، أفأحج عنها ؟ قال نعم حجي عنها . أرأيت لو كان على امك دين أكنت قاضية ؟ اقضوا الله ، فالله احق بالوفاء »[٣] . فيستدل من ذلك

---

(١) العنكبوت (٢٩) ٤٣ ، الحشر (٥٩) ٢ .

(٢) الاحكام للآمدي ، ج ٣ ص ٧٧ وما بعدها . وحديث معاذ مرسل رواه احمد وابو داود والترمذي . وما له ان النبي (ص) سأل معاذاً عندما ولاه قضاء اليمن : « بمَ تحكم ؟ قال بكتاب الله . قال فان لم تجد ؟ قال فبسنة رسول الله . قال فان لم تجد ؟ قال اجتهد رأيي » . وقد اقره النبي (ص) على ذلك .. انظر ما قيل عن شك بعض العلماء في صحة هذه الرسالة في تاريخ الفقه الاسلامي للدكتور عبد القادر ، ج ١ ص ٧٠ و ٢١٠ .

(٣) روي بنفس المعنى عن جارية خثعمية سألت النبي (ص) ان تحج عن ابيها الشيخ . انظر البخاري بشرح العيني ، ج ١٠ ص ٢١٢ و ٢١٤ .

ان النبي قاس قضاء فريضة الحج على واجب قضاء الدين .

ثالثاً — اتفق الصحابة بالاجماع على استعمال القياس . ومنه ما كتبه عمر بن الخطاب لابي موسى الاشعري : « اعرف الامثال والاشباه وقس الامور عندك »[١] . ومن ذلك ايضاً ما روي عنه انه استشار الصحابة في عقوبة شارب الخمر ، فقال له علي بن ابي طالب : « نطبق عليه حد المفتري » ، اي ثمانين جلدة ، لانه « اذا شرب سكر ، واذا سكر هذى ، واذا هذى افترى »[٢] . فهنا قيس شرب المسكر على الافتراء .

رابعاً — ان ما ذكره نُفاة القياس يُرد عليه بانه يتعلق بالرأي المبني على مجرد الهوى ، وهو قياس فاسد . اما القياس الصحيح المقبول ، فهو ما كان مستنداً الى علة حقيقية ظاهرة ، ومتوافقاً مع مقاصد الشريعة الاصلية . وهو لا يكون ابداً معارضاً للنصوص ، لان المنقول الصحيح دائر مع المعقول الصحيح ، وجوداً وعدماً[٣] .

## اركان القياس وشروطه

ان اركان القياس اربعة : الاصل وهو المقيس عليه ، والفرع وهو المقيس ، والحكم وهو ما يحكم به قياساً ، والعلة وهي

---

(١) سيأتي الكلام في باب الاجتهاد عن اختلاف عبارة كتاب عمر هذا وعن مصادره .

(٢) رواه مالك في الموطأ ( انظر شرحه تنوير الحوالك ، ج ٢ ص ١٧٨ ) ، ورواه غيره مع اختلاف في اللفظ .

(٣) اعلام الموقعين ، ج ٢ ص ٢٤ .

الوصف الجامع الذي يجمع بين المقيس والمقيس عليه ويكون سبب القياس . ففي المثل الذي ذكرنا آنفاً ، الخمر هو الاصل ، والنبيذ الفرع ، والاسكار هو العلة ، والتحريم هو الحكم الشرعي .

وينبغي لصحة القياس في القول المختـــار ان يستوفي الشروط الآتية :

اولاً — ان تكون العلة بمعنى الباعث اي الحكمة المقصودة شرعاً ، وان تكون « ظاهرة منضبطة بنفسها » غـــير « خفية مضطربة »[١] .

ثانياً — ان تكون العلة واحدة في المقيس وفي المقيس عليه . فمجرد الشبه بالاوصاف لا يكفي للقياس ، لان « الشيء انما يلحق بغيره اذا تساويا بجميع الوجوه »[٢] .

ثالثاً — ان يكون حكم الاصل او المقيس عليه عـاماً . فلذا لا يجوز القياس على ما كان منحصراً بواقعة خاصة . ففي قواعـد المجامع ان « النص على خلاف القياس يقتصر على مورده » . وفيها ايضاً القاعدة الـكلية ، المنقولة في المجـــلة ( المادة ١٥ ) ، ان « ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه »[٣] . وهذا يوافق القاعدة المعروفة اليوم القائلة بان المستثنيات تفسر بتضييق[٤] .

مثاله ، سنرى ان نصاب الشهادة في المجلة رجلان او رجـــل

---

(١) الاحكام للآمدي ، ج ٣ ص ١٢ وما بعدها .

(٢) قاعدة عامة وردت في مجامع الحقائق . انظر شرحه منـافع الدقائق ، ص ٣٢٢ .

(٣) انظر المجامع وشرحه المنافع ، ص ٣٣٢ و ٣٣١ .

(٤) Exceptiones strictissimae interpretantur

وامرأتان [١] . ولكنه جاء عن النبي ( ص ) انه جعل شهادة خُزَيمة ابن ثابت الانصاري شهادة رجلين [٢] ، اي ان شهادة خزيمة وحدها عدّت كافية للحكم خلافاً للقياس . فهذا الاستثناء اختص به خزيمة ، فلم يقس جمهور الفقهاء عليـــه غيره [٣] ، ومن ثم لم يقبلوا شهادة الواحد من غيره .

والحاصل ان القياس ، كما نرى ، لا يعد صحيحاً ولا يعتبر من الادلة الشرعية الا اذا استوفى شروطاً معينة . وهو على هذا النحو يرتكز على قواعد منطقية علمية ، ويختلف عن الرأي المبني على مجرد الهوى .

---

(١) المادة ١٦٨٥ منها ، وسنذكر ايضاح ذلك فيما بعد .

(٢) رواه البخاري ( راجع شرحه للعيني ، ج ١٤ ص ١٠٤ ) . وروي الحديث ايضاً في مسند الامام أحمد بعبارة : « من شهد له خزيمة او عليه فحسبه » ( انظر كنوز الحقائق في حديث خير الخلائق للامام المناوي، مصر ، ١٣٠٥ هـ ، ص ١١٨ ) .

( ٣ ) ذهب طائفة من قضاة السلف الى الحكم بشهادة الشاهد الواحد اذا علم صدقه من غير يمين ، وذلك قياساً على حديث خزيمة ( الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم الجوزية ، مصر، ١٣١٧ هـ ، ص ٧٥ ) . وسنفصل ذلك في باب البينات من هذا الكتاب .

# الفصل السادس

## الادلة الشرعية الاخرى

### الاستصحاب والخبر المطلق

قدمنا في الفصل السابق بيان الادلة المتفق عليها عند جمهور الفقهاء ، ورأينا ان مصدر التشريع الاسلامي الاول هو النص ثم يتلوه الرأي .

فالنص ، سواء أكان في الكتاب ام في السنة ، يقدم على غيره من الادلة ، ولا خلاف في ذلك في جميع المذاهب ، وعند عدم النص ينظر الى الرأي ، فيقدم اولاً الرأي المجمع عليه عند المجتهدين في عصر من الاعصار وهو الاجماع ، ثم الرأي المبني على القياس ، وذلك ضمن الشروط والحدود التي اوضحناها .

ولقد بيّنا في ذاك الفصل ابتداء الخلاف بين الفقهاء ، من ناحية شروط قبول الاحاديث ومن ناحية شروط الاجماع والقياس . ولكن الخلاف بينهم كان اشد من ذلك في الاحوال التي لا دليل فيها من الادلة الاربعة التي ذكرنا ، اذ اخذ بعضهم بادلة جديدة لم يقبل بها البعض الآخر ، كالاستحسان والمصالح المرسلة والاستصحاب .

وكل هذه الادلة الجديدة راجعة الى الرأي واعمال العقل والى درس علل الاحكام ، واتباع ما تقتضيه مصلحة الناس في حياتهم

الاجتماعية ، « ومراعاة اقرب الاشياء الى الخير المطلق »[١] ، وما يوجبه العدل والانصاف .

فالعدل الحقيقي والانصاف هما اساس التشريع الاسلامي ، لانه تشريع الهي ، يضم بين احكامه قواعـــد الدين والاخلاق وقواعد المعاملات الاقتصادية . فكان طبيعياً ان تتشابك هذه الاحكام فيما بينها ويتأثر بعضها بالبعض الآخر . وكان طبيعياً ايضاً ان تتوحد اصولها وادلتها وعلومها ودراساتها ، ثم تتأصل هـــذه الاحكام في النفوس ويقوى احترامها ، عـــلى ما فى مراعاتها من محافظة على مرضاة الله والعباد .

فلهذا كله جمع العدل والاحسان في آية واحدة ، هي « ان الله يأمر بالعدل والاحسان »[٢] ، وسار الاثنان معاً حتى اصبحا بمنزلة المترادفين . وصار من العدل ان لا يضر المرء اخـــاه وان لا يحب له الا ما يحب لنفسه . وصـــار من واجبات المعاملات النصيحة والصدق . وكان من توابع استيفـــاء الحقوق الاحسان والمسامحة والامهال وما اليها[٣] .

ولا غرو بعدئذ ان يستتبع ذلك تمسك الفقهاء في اجتهادهم بروح الشريعة وسعيهم وراء مثل اعلى ، هو العدل الحقيقي ، الذي لم تصل اليه الشرائع الوضعية ، والذي لن تصل اليه مهما سمت ومهما

---

(١) حجة الله البالغة ، لاحمـد عبد الرحيم ، المعروف بشاه ولي الله ، المطبعة المنيرية ، ١٣٥٢ هـ ، ج ١ ص ١٧ .

(٢) سورة النحل ( ١٦ ) ٩٠ .

(٣) احياء علوم الدين للغزالي ، المطبعة العثمانيـة المصرية ، ١٣٥٢ هـ ، ج ٢ ص ٦٦ – ٧٥ .

تطورت .

وقديماً لعب مبدأ الانصاف [١] هذا دوراً هاماً في تاريخ الشريعتين الرومانية والانكليزية . وقديماً كان قاضي القضاة « البريتور » [٢] الروماني وقضاة المحاكم القنشلبارية الانكليزية [٣] يغيّرون القانون القديم ، ويعدّلونه ويتممون مواضع النقص فيه [٤] ويسيّرونه مع مقتضيات الحياة ومبادىء الحق .

وبعد ، فنحن نوضح بايجاز اهم ما بقي من الادلة الاصولية عند الفقهاء المسلمين ، على ان نرجىء البَحث في قاعدة تغيير الاحكام وفي مغايرة الاجتهاد للنصوص الى الباب القادم .

## الاستحسان

الامام الاعظم ابو حنيفة النعمان واتباعه توسعوا في اعمال الرأي ، كما قدمنا . فتمسكوا بالقياس وبالغوا في الاخذ به ، حتى انهم جعلوه مقياساً لجميع الاحكام ، سواء اكانت من المنصوص عليها ام لم تكن .

فاذا كان في الامر دليل اقوى من القياس ، كنص من الكتاب او السنة او كالاجماع ، تركوا القياس الظاهر الجلي ، واخذوا بالدليل الاقوى « استحساناً » .

ومثل يوضح ذلك : ان بيع كل معدوم ، اي كل ما لم يكن

---

(١) Aequitas , Equity

(٢) Praetor

(٣) Chancery Courts

(٤) Aequitas correctio legis generaliter latae , quâ parte deficit .

موجوداً وقت العقد ، يعتبر باطلاً [١] . ولما كانت المنافع في المذهب الحنفي تعد معدومة لعدم وجودها عند العقد [٢] ، كانت الاجارة بيعَ معدومٍ ، واللازم انها باطلة قياساً . ولكنها جوّزت بنص الكتاب والسنة والاجماع . فهذه كلها ادلة اقوى من القياس . فعدل عن القياس في الاجارة ، وقيل جوّزت استحساناً .

وكذلك هو شأن الاستصناع ، ومعناه ان يطلب احد من آخر صنع شيء ، كالزورق او غيره . فهذا العقد يقع على شيء معدوم وقت العقد ، وهو الشيء المطلوب صنعه . فاذن هو باطل قياساً . ولكنه ، اذ كان جائزاً بدليل السنة الفعلية وبتعامل الناس فيه بالاجماع ، لذلك قيل بالعدول عن القياس فيه وبتجويزه استحساناً .

هذا النحو من الاستدلال ، اي العدول عن القياس لدليل اقوى منه ، قد قبل به باقي الفقهاء . ولكن بعضهم [٣] اعترضوا على تخصيصه بتسمية الاستحسان من بين سائر الادلة . واعترض آخرون بان لا محل لهذا الاستحسان باعتبار انه « ليس في الشريعة شيء على خلاف القياس ، وان ما يظن مخالفته للقياس فاحد الامرين لازم فيه ولا بد : اما ان يكون القياس فاسداً ، او ان يكون ذلك الحكم لم يثبت بالنص كونه من الشرع » [٤] .

---

(١) المادة ٢٠٥ من المجلة .

(٢) خلافاً للشافعي الذي يعدها مالاً متقوماً ( المبسوط ، ج ١١ ص ٧٨ ) .

(٣) الغزالي في المستصفى ، ج ١ ص ١٣٩ .

(٤) اعلام الموقعين ( ج ١ ص ٣٣٥ ) ، ومجموعة الرسائل الكبرى لابن تيمية ( مصر ، ١٣٢٣ هـ ، ج ٢ ص ٢١٨ ) .

وعلى كل حال ، فانه لم يكن ليحصل خلاف جدي في الامر لو ان كلمة الاستحسان اقتصرت على هـذا التأويل . وهو ، كما ترى ، لا يخرج عن المعنى الحقيقي اللغوي . فالكلمة مصدر من استحسن ، اي عـدّ الشيء حسناً . ولا شك ان الفقهاء جميعاً استحسنوا تقديم النص والدليل الاقوى على غيره من الادلة .

ولكن سبب الخلاف في الموضوع ان الاستحسان استعمله الحنفية بمعنى القياس الخفي ، لتفريقـه عن القياس الجلي الذي مرّ بيانه . وعرّفوه بانه « دليـل ينقدح في نفس المجتهد لا تساعده العبارة عنه ، ولا يقدر على ابرازه واظهاره » ، وانه « ترك القياس والاخذ بما هو اوفق للناس » [١] ، وانه ترك الدليل للعرف او للمصلحة او للضرورة ورفع المشقة . مثاله ، جوّز بيع الوفـاء لحاجة الناس اليه [٢] ، وصار التوسع في كثير من الاحكام بداعي الضرورة والمشقة ، كما سنفصله في محله .

وقد اخذ بالاستحسان بهذا المعنى ايضاً بعض المالكية . وعرّفوه بانه « الالتفات الى المصلحة والعدل » [٣] . وقيل كذلك عن الامام احمد بن حنبل [٤] . ولكن الامام الشافعي رفضه ، وقال : « من استحسن فقد شرع » [٥] .

---

(١) المبسوط للسرخسي ، ج ١٠ ص ١٤٥ .

(٢) جامع الفصولين ، ج ١ ص ٢٣٦ .

(٣) الاعتصام للشاطبي ( ج ٢ ص ١١٦ - ١٢٩ ) ، وبداية المجتهد ( ج ٢ ص ١٥٢ ) .

(٤) كما جاء في الاحكام للآمدي ( ج ٣ ص ١٣٦ ) ، خلافاً لما جاء في جمع الجوامع للسُبكي ( انظر شرحه للمحلي مع حاشية البناني ، ج ٢ ص ٣٦٩ ) .

(٥) المستصفى ، ج ١ ص ١٣٧ .

وعلل الشافعي ذلك بقوله : « أفرأيت اذا قال الحاكم والمفتي في النازلة ليس فيها نص خبر ولا قياس وقال استحسن ، فلا بد ان يزعم ان جائزاً لغيره ان يستحسن خلافه . فيقول كل حاكم في بلد ومفتٍ بما يستحسن ، فيقال في الشيء الواحد بضروب من الحكم والفتيا . فان كان هذا جائزاً عندهم ، فقد اهملوا انفسهم فحكموا حيث شاؤوا . وان كان ضيقاً ، فلا يجوز ان يدخلوا فيه . وان قال الذي يرى منهم ترك القياس بل على الناس اتباع ما قلت ، قيل له من امر بطاعتك حتى يكون على الناس اتباعك ؟ أو رأيت ان ادعى عليك غيرك هذا ، أتطيعه ؟ ام تقول لا اطيع الا من امرت بطاعته ؟ فكذلك لا طاعة لك على احد . وانما الطاعة لمن امر الله او رسوله بطاعته ، والحق فيما امر الله ورسوله باتباعه ، ودل الله ورسوله عليه نصاً او استنباطاً بدلائل »[١] .

ثم قد احتج القائلون بالاستحسان بادلة . منها الآية الكريمة : « الذين يستمعون القول فيتبعون احسنه »[٢] . ومنها حديث ابن مسعود : « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن »[٣] . ولكن النافين للاستحسان اجابوا على ذلك انه لا دلالة في الآية على الاستحسان ، وان الحديث يشير الى الاجماع كما قدمنا .

وملاحظة اخيرة : للاستحسان تأويل ثالث . وهو « ما يستحسنه المجتهد بعقله ويميل اليه برأيه » . فهذا التأويل باطل ، لانه يستند

---

(١) الام في باب ابطال الاستحسان ، ج ٧ ص ٢٧٣ - ٢٧٤ .
(٢) سورة الزُّمَر (٣٩) ١٨ .
(٣) مرّ تخريجه سابقاً .

الى الميل والهوى . وهو مردود عند الحنفية في الرأي المختار وعند الامام مالك [١] .

## المصالح المرسلة

اتفق الائمة في المذاهب المختلفة على ان الاصل في قسم العبادات من الشريعة الاسلامية هو التعبد بما امر به الشرع ، وان احكام العبادات معروفة بادلة الشرع . وموضوع العبادات على كل حال خارج عن بحثنا . وكذلك اتفق الائمة ، ما عدا داود الظاهري [٢] ، على ان قسم المعاملات من الشريعة معقول المعنى ، وانه مبني على مصالح الناس ومنافعهم [٣] .

وان المصالح ، اذا بيّن الشرع بالنص او بالاجماع او بالقياس اعتبارها او بطلانها ، وجب اتباعه . ولكنه اذا سكت عنها ، اي اذا كانت الادلة الشرعية لم تبين المصلحة في امر من الامور ، امكننا التساؤل عن جواز التحقيق عنها والتعليل بها .

وقد قال الامام مالك بجواز ذلك ، اي بجواز اتخاذ التعليل بالمصلحة دليلًا من الادلة الشرعية ، واسمى هذا الدليل الجديد بالمصالح المرسلة [٤] ، لان هذه المصالح لم يرد فيها نص فارسلت عنه . ومعنى التعليل بهذا الدليل هو ان يربط الحكم بالمعنى

---

(١) الاعتصام في الموضع المذكور ، وشرح المنار لابن ملك ( ص ٢٨٥ ) .

(٢) عند الظاهرية تعتبر المعاملات كالعبادات تعبدا غير معقول المعنى .

(٣) كما سنبين في محله .

(٤) راجع في هذا الموضوع كتاب الاعتصام ( ج ٢ ص ٩٥ – ١١٦ ) ، والمستصفى ( ج ١ ص ١٣٩ – ١٤٤ ) ، وتبصرة الحكام ( ج ٢ ص ١١٧ ) .

المناسب له والملائم لتصرفات الشرع . أو بعبارة اخرى هو إن يعتبر المعنى المعقول الموافق للمصلحة ولمقصد الشريعة ، ويبنى عليه الحكم الذي يقتضيه .

ويشترط في هذا الدليل الجديد شروط ثلاثة . الاول ان تكون المسألة من مسائل المعاملات ، بحيث ترتكز المصلحة فيها على المعقول ، لا ان تكون من التعبدات . الثاني ان توافق المصلحة روح الشريعة ، بحيث لا تعارض دليلاً من ادلتها . والشرط الثالث هو ان تكون هذه المصلحة من فئة الضروريات او الحاجيات ، لا من فئة الكماليات . فالفئة الاولى يقصد فيها المحافظة على الدين والنفس والعقل والنسل والمال . والفئة الثانية تتعلق بما تتطلبه الحاجة لاجل صلاح المعيشة . اما الفئة الثالثة ، اي الكماليات ، فهي ما كانت واقعة « موقع التزيين والتحسين » .

ونحن نبسط هنا بعض الامثلة المستندة الى المصالح المرسلة :

اولاً — توظيف الضرائب على الاغنياء ، لاجل نفقات الجند وحماية الملك .

ثانياً — معاقبة الجاني بأخذ المال منه ، اذا وقعت جنايته في ذلك المال نفسه أو في عوضه .

ثالثاً — اذا تترّس الكفار في الحرب بأسرى المسلمين بان وضعوهم امامهم حين الزحف ، جاز قتل اسرى المسلمين عند قتال الكفار ، ان كان ذلك لا بد منه لمنع تقدمهم وللمحافظة على مصلحة كافة المسلمين .

رابعاً — اجاز مالك سجن المتهم بالسرقة . واجاز اصحابه ايضاً

ضربه . ولهذا الضرب عند هؤلاء فائدتان : اظهار المال المسروق ، وجعل السارق عبرة لامثاله وزجراً لهم . ولكن لا قيمة للاقرار في حال التعذيب [١] . وهذا شبيه بما نعلمه من ان ضرب المتهم كان مباحاً ايضاً عند الرومان ، وفي اوروبا في القرون الوسطى ، وفي القانون الصيني القديم [٢] .

هـذه خلاصة دليل المصالح المرسلة في المذهب المالكي . وقد رفضه على الجملة باقي الائمة الا بعضهم ، كالامام الطوفي الحنبلي على ما سنوضح فيما بعـــد والامام الغزالي الشافعي . فهذا قال بالاستصلاح ، ولكنه لم يعتبره دليلاً خامساً ، ولم يجوّزه الا اذا كانت المصلحة ضرورة قطعية كلية .

فعليه ، فقـــد اجاز الغزالي قتل اسرى المسلمين اذا تترس الكفار بهم منعاً لغلبة العدو وتقتيل كافة المسلمين . ولكنه لم يقبل بضرب المتهم بالسرقة ، لان مصلحة الاستنطاق تعارضها مصلحة اخرى ، وهي مصلحـــة المضروب واحتمال كونه بريئاً . « فترك الضرب في مذنب اهون من ضرب بريء » [٣] .

وانت ترى ان رأي الغزالي في مسألة ضرب المتهم يوافق النظريات العصرية ، والرأي المختار في المذهب الحنفي [٤] ، والحديث الشريف « فان الامام لان يخطىء في العفو خير من ان يخطىء

---

(١) الا عند الامام سحنون ، فانه قال بصحة مثل هذا الاقرار . انظر الاعتصام في الموضع المذكور .

(٢) انظر كتاب كيتون ، المبادىء الاولية في علم الحقوق ، ص ٢٦٩ .

(٣) المستصفى في الموضع المذكور .

(٤) المبسوط ، ج ٢٤ ص ٧٠ .

في العقوبة »[١] .

## الاستدلال واستصحاب الحال

الاستدلال مصدر من استدل ، اي طلب الدليل ووجده . وبهذا المعنى استعملناه كثيراً واستعمله معظم الاصوليين والفقهاء على اختلاف مذاهبهم .

ولكن ، عدا ذلك ، استعملت هذه الكلمة في الاصطلاح كدليل عقلي خاص ، « هو دليل ليس بنص ولا اجماع ولا قياس »[٢] . ففي هذا التعريف الاجمالي المبهم تدخل معان عديدة للاستدلال وانواع مختلفة منه ، نكتفي هنا باهمها . وهي : الاستدلال بالقياس المنطقي ، والاستدلال باستصحاب الحال .

فالاستدلال بالقياس المنطقي هو قول مؤلف من قضايا ، يستلزم التسليم بها لذاتها التسليم بقول آخر ناتج عنها . مثاله : البيع عقد ، وكل عقد ركنه الرضى ، واللازم ان البيع ركنه الرضى . وهذا التأويل له علاقة بعلم المنطق ، ولا نرى ضرورة للتوسّع فيه[٣] .

اما الاستصحاب ، او الاستدلال باستصحاب الحال ، فهو دليل

---

(١) رواه السيوطي في الجامع الصغير ( رقم ٣١٣ ) ، نقلاً عن الترمذي والبيهقي والحاكم وابن ابي شيبة .

(٢) جمع الجوامع مع شرحه وحاشيته ( ج ٢ ص ٣٥٨ ) ، والاحكام للآمدي ( ج ٣ ص ١١٩ وما بعدها ) ، والمستصفى ( ج ١ ص ١٢٧ ) ، واعلام الموقعين ( ج ١ ص ٢٩٦ ) .

(٣) راجع في الموضوع شرح القاضي عضد الدين على مختصر المنتهى لابن الحاجب، ١٣٠٧ هـ ، ج ١ ص ١٧ — ٣٥ .

عقلي يرجع اليه عند عدم الدليل الآخر . ومعنى الاستصحاب لغة الاستدامة ، واصطلاحاً استلزام بقاء ما تحقق وجوده او عدمه في حال من الاحوال على ما كان عليه ، بسبب عدم ثبوت تغييره . وقد قال بذلك بصورة خاصة معظم اتباع الشافعي واحمد بن حنبل واهل الشيعة الامامية [١] . ونحن نوضح هـذا النوع من الاستدلال ببعض الامثلة :

اولاً — استصحاب البراءة الاصلية .

ومعناه ان العقل يدل على ان الاصل في الواجبات العدم الا اذا ورد الدليل على عكسه . ومن ثم ، جاء في القاعدة الكلية الواردة في كتاب الاشباه والنظائر [٢] ، والمنقولة في المادة الثامنة من المجلة ، ان « الاصل براءة الذمة » . فعليه ، لا يعتبر الانسان مجبراً على اداء شيء الا لسبب مستند الى دليل شرعي .

ثانياً — استصحاب العموم الى ان يرد التخصيص .

ومعنى ذلك ان النص العام يوجب الحكم فيما يتناوله على وجه الشمول ، حتى يرد نص آخر يقصره على بعض افراده بطريقة التخصيص . فالحكم العام لا يحتمل الاستثناء الا بدليل خاص .

ثالثاً — استصحاب النص الى ان يرد النسخ .

وتفسير ذلك انه ينبغي مداومة اعتبار النص ، حتى ينسخ بنص او بدليل آخر .

رابعاً — استصحاب الوصف الثابت شرعاً حتى يثبت خلافه ،

---

(١) كتاب عناوين الاصول المذكور ، ج ٢ ص ٤٨ وما بعدها .

(٢) كتاب الاشباه للسيوطي ( ص ٣٩ ) ، ولابن نجيم ( ص ٢٣ ) .

او استصحاب الماضي بالحال .

ومعناه ان ما ثبت وجوده او عدمه في الماضي يحكم ببقائه على تلك الحال ، الى ان يثبت تغييره . وهذا يستند الى القاعدة الكلية الواردة في الاشباه [١] ، وفي المادة الخامسة من المجلة ، وهي ان « الاصل بقاء ما كان على ما كان » . وبعبارة اخرى ، كما جاء في المجامع [٢] وفي المادة العاشرة من المجلة ايضاً ، ان « ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ، ما لم يوجد دليل على خلافه . فاذا ثبت في زمان ملك شيء لاحد يحكم ببقاء الملك ما لم يوجد ما يزيله » [٣] .

وفي تعليل هذا النوع من الاستصحاب خلاف بين المذهبين الشافعي والحنفي . ففي الاول ، يعتبر عدم اثبات التغيير دليلاً على دوام الحال السابق . اما في المذهب الحنفي ، فعدم اثبات التغيير ليس دليلاً على بقاء الحال السابق ، بل هو سبب لنفي ادعاء التغيير [٤] . وان الفرق بين المذهبين كما ترى هو نظري ، لان النتيجة فيهما واحدة .

خامساً — الاستصحاب المقلوب ، او استصحاب الحال في الماضي .

ومعناه ان ما ثبت وجوده او عدمه في الوقت الحاضر يحكم باعتباره كذلك في الماضي حتى يقوم الدليل على العكس . مثاله ، اذا وقع البحث عند الفقهاء في نوع من التعامل او في نوع من

---

(١) للسيوطي ( ص ٣٧ ) ، ولابن نجيم ( ص ٢٣ ) .

(٢) المجامع وشرحه المنافع ، ص ٣٣٠ .

(٣) انظر ايضاً المادة ١٦٨٣ من المجلة .

(٤) انظر اعلام الموقعين في الموضع المذكور ، وشرح المجامع ( ص ٣١١ ) .

المكابيل المعروف في ايامهم هل كان على عهد النبي ( ص ) ام لم يكن ، فانه يحكم بالايجاب استصحاباً ، اذا لم يقم دليل العكس ، وذلك على سبيل الترجيح ليس الا [١] .

## الشرائع القديمة

قبل ختام الكلام عن مصادر التشريع الاصولية ، نذكر دليلاً اخيراً اختلف في قبوله ، وهو « شرع من قبلنا شرع لنا » . ونتساءل هل ان الشريعة الاسلامية نسخت ما قبلها من الشرائع او لم تنسخها ؟

اجاب قوم ان تلك الشرائع منسوخة بالشريعة الاسلامية ، الا ما جاء النص على ابقائه منها . وهذا القول هو المختار عند علماء الاصول [٢] .

وقال آخرون « شريعة من قبلنا شريعة لنا » ، بمعنى انه يجب العمل بالشرائع السابقة للشريعة الاسلامية في كل ما لم يظهر نسخه منها ، باعتبار ان « القديم يترك على قدمه » ، على ما جاء في المجامع [٣] ، ونقل في المجلة ( المادة السادسة ) .

ونحن على الجملة ، لا نرى فائدة من هذا الدليل لعلاقته بصورة خاصة في امور التعبد . اما في المعاملات ، فسوف نرى في الباب القادم التأثير الذي تركته العادات القديمة في الشرع الاسلامي .

---

(١) الابهاج شرح المنهاج للسبكي ( المطبوع مع شرح الاسنوي ) ، ج ٣ ص ١١١ - ١١٢ .

(٢) المستصفى ( ج ١ ص ١٣٢ ) ، والاحكام للآمدي ( ج ٣ ص ١٢٩ ) .

(٣) شرح المجامع ، ص ٢١١ و ٣٢٦ .

# الفصل السابع

## الاجتهاد

---

### الاجتهاد والتقليد

الاجتهاد لغة معناه استفراغ الوُسع وبذل الجهد . واصطلاحاً هو استفراغ الوسع في طلب العلم بالاحكام من ادلتها الشرعية ، اي بذل الهمة لاستنباط الاحكام من المصادر الاصولية التي بيّنا . وهو عكس التقليد ، اي اتباع رأي الغير دون فهم ولا تدقيق ، او كما عرّفه الآمدي « العمل بقول الغير من غير حجة ملزمة »[١] .

ولما كانت الشريعة الاسلامية شريعة الهية ، مستمدة من اصول معروفة معينة ، منقولة كالكتاب والسنة ، او معقولة كالاجماع والقياس والاستحسان وما اليها ، كان الاجتهاد الواسطة لاستنباط الاحكام من هذه الادلة ، والوسيلة لاعطائها المدى الذي تطلبته المعاملات والحاجات الاجتماعية . فكان لذلك عاملاً ضرورياً في تاريخ نشوء الشرع .

وقد كان المجتهدون يعملون بالنص اذا وجد ، ويأخذون بالرأي عند عدمه . فيقيسون الامور باشباهها تارة ، ويستحسنون او يستصلحون او يستدلون تارة اخرى .

كل هذا لم يكن على نحو واحد ، بل كانت المسالك فيه

---

(١) الاحكام ، ج ٣ ص١٦٦ .

متعددة . فنتج من ذلك ، كما رأينا ، اختلاف في الاجتهاد واختلاف في المذاهب ، لا سيما في العصر العباسي الذهبي ، حيث ظهرت المذاهب السنية الاربعة ، وتقدم علم الفقه وعلم الاصول .

وجرى بين الفقهاء جدال ومناظرات ، وجرى بينهم اتصال وتطعيم ، حتى اصبح الخلاف بين اتباع المذهب الواحد وبين اتباع المذاهب الاخرى اقل مما كان عليه بين الائمة انفسهم . فكان طبيعياً ان ينجم من ذلك كله تقارب ملموس بين نظرياتهم المتعارضة .

الا ان هذا الازدهار تدرج في الاضمحلال منذ اواخر الدولة العباسية . ثم بعد سقوط بغداد في ايدي هولاكوخان في اواسط القرن السابع للهجرة ( الثالث عشر للميلاد ) ، اجمع الفقهاء السنيون على سد باب الاجتهاد ، خوفاً من الاضطهاد ، وعلى الاكتفاء بالمذاهب الاربعة المعروفة . ثم تقهقرت المدنية العربية شيئاً فشيئاً ، واصابها الجمود في جميع نواحيها . فاستتبع ذلك تفشي التقليد وتوقف الاجتهاد في الفقه ، وكثرة البدع المبنية على الوهم والجهل ، وانتشار الخرافات السخيفة التي بقيت مدة من الزمن مظهراً من مظاهر الانحطاط والخمول .

وكم من مرة استمسك المقلدون الجهلة بامور تافهة لا علاقة لها بالفقه ! وكم من غريب او مستشرق رأى ذلك ، فحكم على الشرع الاسلامي بالتأخر ، وظن انه لا يتماشى مع الحضارة الجديدة ! الى ان جاء القرن التاسع عشر ، فهبت الحركات الاصلاحية في كل مكان ، وظهر مذهب السلف الصالح الذي قدمنا بيانه . فقام ائمة ،

امثال الامام الشيخ محمد عبده ، يدعون الى نبذ التقليد وعدم التقيد بمذهب معين ، ويقولون بتوحيد المذاهب ما امكن ، والرجوع الى مصادر الشريعة وروحها الحقيقية ، والسير بها في ميدان التقدم والتمدن .

## المجتهدون

ليس الاجتهاد مباحاً لمن اراد . بل هو يستلزم كفاءة معلومة تؤهل المجتهد لاداء ما يسعى اليه من الاستنباط والاستدلال . فالمجتهد يشترط فيه ان يكون راشداً عاقلاً ، عدلا متصفاً بالاخلاق الحسنة ، وان يكون عالماً بمدارك الاحكام اي عارفاً بالادلة الشرعية وطرق اتباعها وما الى ذلك من معرفة اللغة ، والتفسير ، واسباب نزول القرآن ، ومعرفة حال الرواة وطرق الجرح والتعديل ، والناسخ والمنسوخ . وقد اشترط الشاطبي ايضاً ان يتصف المجتهد بفهم مقاصد الشريعة على كمالها [١] .

وهذه الشروط لا بد منها للمجتهد المطلق الذي يقصد الى الاجتهاد في جميع مسائل الفقه . ولكنها لا تتوجب على غيره من المجتهدين . فالمجتهد فى مسألة من المسائل ، يكفي ان يكون عالماً بما يتعلق بها من الادلة ، وما تستتبعه من الامور .

ثم ان المجتهدين درجات : المجتهد في الشرع ، والمجتهد في المذهب ، والمجتهد في المسائل ، والمجتهد المقيد .

فالاول ، أي المجتهد في الشرع ، هو من استقل بمذهب

---

(١) الموافقات ، ج ٤ ص١٠٦ .

خاص ، كأصحاب المذاهب السنية الاربعة ، الائمة ابي حنيفة ومالك والشافعي واحمد بن حنبل ، او كأصحاب المذاهب البائدة ، الائمة الاوزاعي وداود الظاهري والطبري ، او كالامام جعفر الصادق عند الشيعة ، او كغيرهم ممن كانوا في درجتهم .

ومن المجتهدين من لم يستقل بمذهب خاص ، بل كان من اتباع احد ائمة المذاهب المعروفة ، ثم خالفه في اجتهاده في امور اصولية او فرعية كثيرة ، اجتهد فيها لنفسه عند تفريع المسائل وتطبيق المبادىء على الوقائع العملية . فهذا يسمّى المجتهد في المذهب . مثاله في المذهب الحنفي الصاحبان ابو يوسف ومحمد بن الحسن ، وفي المذهب الشافعي تلميذه المُزَني[1] ، ومن اليهم .

وفي الدرجة الثالثة يأتي المجتهد في المسائل او مجتهد الفتيا . وهو الذي يجتهد في بعض المسائل دون المبادىء العامة للمذهب .

وهذا مثل الطحاوي والسرخسي في المذهب الحنفي ، والغزالي في المذهب الشافعي ، وغيرهم .

واخيراً ، تأتي درجة المجتهدين المقيدين . وهم الذين يتقيدون بآراء السلف ويتبعون اجتهادهم ، ولكن عن معرفة بمدارك الاحكام وفهم لدلالاتها . وهم طبقة اصحاب التخريج ، لانهم يقدرون على التفضيل بين الآراء المختلفة في المذهب ، وعلى التمييز بين الروايات من قوي وضعيف وظاهر الرواية والرواية النادرة . مثاله عند الحنفية : الكرخي والقدوري وصاحب الهداية واصحاب المتون

---

(١) جاء في طبقات الشافعية الكبرى لابن السبكي ( ج ١ ص ٢٦٣ ) ان المزني « واذا لم يفارق الشافعي في اصوله فتخريجاته خارجة عن قاعدة امامه » .

الاربعة الذين ذكرنا وغيرهم . وهؤلاء ايضاً على درجات مختلفة . ثم بعدهم تأتي طبقة المقـــلدين الذين يتبعون الغير بدون فهم ولا تدقيق [١] .

## ادلة وجوب الاجتهاد

توافرت ادلة الشرع ، في الكتاب والسنة واجماع الصحـــابة والائمة الاربعة [٢] ، على ان الاجتهاد واجب عـلى كل من اتصف بصفات المجتهد . واليك ايجاز هذه الادلة :

اولاً — الكتاب .

ان القرآن الكريم اوجب الاعتبار والنظر في فهم الاحكام وتفسيرها ، والرجوع عند الخلاف الى اصل الشريعة . وهكذا ، جاء في الآيتين : « فاعتبروا يا اولي الالباب » . « فان تنازعتم في شيء فردوه الى الله والرسول » [٣] .

ثانياً — السنة .

روي عن النبي ( ص ) انه قال : « اجتهدوا فكل ميسّر لما خلق له [٤] . اذا حكم الحاكم فاجتهد ثم اصاب فله اجران ، واذا

---

(١) راجع شرح المنظومة المسماة بعقود رسم المفتي لابن عابدين ، مطبعة معارف سوريا ، ١٣٠١ هـ ، ص ٤ — ٥ .

(٢) انظر رسالة القول المفيد في ادلة الاجتهاد والتقليد للشوكاني ( ١٢٥٠ — ١٣٦٧ هـ )، والاحكام للآمدي ( ج ٣ ص ١٣٩ وما بعدها ) ، واعلام الموقعين ( ج ٢ ص ١٢٨ وما بعدها ) .

(٣) الحشر ( ٥٩ ) ٢ ، والنساء ( ٤ ) ٥٩ .

(٤) الاحكام للآمدي ، ج ٣ ص ١٢٠ .

حكم فاجتهد ثم اخطأ فله اجر [١] . طلب العلم فريضة على كل مسلم [٢] . العلماء امناء امتي [٣] . العلمـــاء مصابيح الارض وخلفاء الانبياء وورثتي وورثة الانبياء [٤] » . ففي كل ذلك حث على السعي والعلم والاجتهاد .

ثالثاً — اجماع الصحابة .

قال ابو بكر الصدّيق : « اقول في الكلالة [٥] برأيي ، فان يكن صواباً فمن الله ، وان يكن خطـــأ فمني ومن الشيطان ، والله ورسوله منه بريئان » .

وقال عمر بن الخطاب : « ان عمر لا يدري انه أصاب الحق ولكنه لم يألُ جهداً » . وقال ايضاً ، جواباً عـلى امرأة ردّت عليه النهي عن المبالغة في المهر ونبهته عـلى الحق وهو في خطبته على ملأ من الناس : « اصابت امرأة واخطأ عمر » [٦] .

رابعاً — اقوال الائمة الاربعة [٧] .

روى ابن القيّم عن الامامين ابي حنيفة وابي يوسف انهما قالا :

---

(١) روي في الصحيحين : مسلم ( ج ٥ ص ١٣١ ) ، والبخاري بشرح العيني ( ج ٢٥ ص ٦٧ ) .

(٢) رواه السيوطي ( الجامع الصغير رقم ٥٢٦٤ ) ، عن البيهقي والطبراني والخطيب وابن عدي . وقال النووي انه حديث ضعيف ، وان كان معناه صحيحاً ( فتاوى النووي المعروفة بالمسائل المنثورة ، دمشق ، ١٣٤٨ هـ ، ص ١١٨ ) .

(٣) الجامع الصغير ( رقم ٥٧٠٢ ) عن الديلمي . وهو حديث ضعيف .

(٤) الجامع الصغير ( رقم ٥٧٠٤ ) عن ابن عدي . وهو ضعيف ايضاً .

(٥) اي في ارث الكلالة ، وهو من لا والد له ولا ولد .

(٦) الاحكام للآمدي ( ج ٣ ص ١٥٠ ) ، واحياء علوم الدين للغزالي ( ج ١ ص ٣٩ ) .

(٧) القول المفيد ، ص ١٥ — ٢٧ .

« لا يحل لأحد ان يقول بقولنا ، حتى يعلم من اين قلنا » .

وروي عن معن بن عيسى انه سمع الامام مالكاً يقول : « انما انا بشر أخطيء واصيب . فانظروا في رأيي ، كل ما وافق الكتاب والسنة فخذوا به ، وما لم يوافق الكتاب والسنة فاتركوه » . ولهذا نهى هذا الامام الخليفة الرشيد ان يحمل الناس على المذهب المالكي .

وكذلك قال الامام الشافعي : « ما قلت وكان النبي ( ص ) قد قال بخلاف قولي ، فما صح عن النبي اولى ولا تقلدوني . واذا صح خبر يخالف مذهبي فاتبعوه واعلموا انه مذهبي » .

واخيراً الامام احمد بن حنبل ، اشهر الائمة التزاماً للسنة وتنفيراً عن الرأي ، قال لاحدهم بنفس المعنى : « لا تقلدني ولا مالكاً ولا الشافعي ولا الثوري ، وخذ من حيث اخذوا » .

فهذه الادلة جميعاً توضح ان التقليد الاعمى باطل فى الشريعة ، وان الاجتهاد واجب على كل عالم قادر عليه . وهي توضح امراً آخر ، وهو ان المجتهد يخطيء ويصيب . وعلى هذا كان الرأي المختار ، خلافاً لبعض المعتزلة [١] ، الذين يقولون ان كل مجتهد في العقليات مصيب . وقولهم كما ترى تكليف بما لا يطاق . وهو غير جائز شرعاً ، بدليل الآية الكريمة : « لا يكلف الله نفساً الا وسعها » [٢] .

وان واجب الاجتهاد وتحريم التقليد يستتبعان امراً آخر . وهو انه لاينبغي على المجتهد او القاضي ان يتقيد باجتهاده السابق ، اذا

---

(١) الاحكام للآمدي ، ج ٣ ص ١٤٦ — ١٤٧ .

(٢) سورة البقرة ( ٢ ) ٢٨٦ .

تبين له انه مخطيء فيه . وبهذا المعنى جاء في كتاب عمر الفاروق الى ابي موسى الاشعري : « ولا يمنعك قضاء قضيت فيه اليوم ، فراجعت فيه رأيك ، فهديت فيه لرشدك ، ان تراجع في الحق . فان الحق قديم لا يبطله شيء . ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل »[١].

واخيراً لا بد من الملاحظة ان الاجتهاد عند اهل الشيعة الامامية كان اوسع منه عند اهل السنة . فعندهم كان باب الاجتهاد دائماً مفتوحاً ، وهو لا يزال كذلك حتى اليوم . ثم انهم يعلقون على الاجتهاد اهمية كبرى تفوق اهمية الاجماع والقياس . وان الامام عندهم سيد المجتهدين ، يستمدون علمهم منـــه . وهو معصوم عن الخطأ ، بخلاف الخليفة عند السنيين كما سنرى .

## متى يجوز التقليد

التقليد ، بالمعنى الذي قدمنا تعريفه ، اي اتبـاع رأي الغير دون فهم ولا حجة ، لا يجوز لمن كان قادراً على الاجتهاد . بل يجوز فقط لمن عجز عنه ، وهو العامي الجاهل او المتعـــلم الذي

---

(١) راجع النص الكامل لهذا الكتاب الشهير ، مع اختلاف في بعض عباراته، في : الاحكام السلطانية للماوردي ( ص ٦٨ ) ، واعلام الموقعين ( ج ١ ص ٧٢ ) ، والمبسوط (ج ١٦ ص ٦٠وما بعدها ) ،والعقد الفريد ( ج ١ص٤٧ ) ،وعيون الاخبار لابن قتيبة ( ج ١ ص ٦٦ ) ، ومقدمـة ابن خلدون ( ص ١٩٢ ) ، وجمهرة رسائل العرب ( نقل السيـد احمد ذكي صفوت ، ١٩٣٧ ، ج ١ ص ٢٥٢ ) ، والاحـكام للآمدي ( ج ٣ ص ٨١ ) ، وغيرها. وقد روى هذا الكتاب كثيرون من الثقاة. انما شك في صحته بعض الباحثين ، كابن حزم الذي ادعى انه موضوع ، وغـيره ايضاً . راجع النبذ في اصول الفقه الظاهري ( ص ٥١ ) ، والمحلّى ( ج ١ رقم ٩٩ مع الرد في الهوامش)، وكتاب تاريخ الفقه الاسلامي للدكتور عبدالقادر(ص ٧٠).

ليس كفؤاً للاجتهـــاد . فلمثل هؤلاء قيل في القواعد العامة : « الفتوى في حق الجاهل كالاجتهاد في حق المجتهد »[١] ، او « فتاوى المجتهدين بالنسبة الى العوام كالأدلة الشرعية بالنسبة الى المجتهدين »[٢] .

وهذا معقول ، لان الحياة الاجتماعية والاقتصادية تقضي عـــلى بعض الناس بالاشتغال في انواع الكسب المختلفة ، من صناعات وحرف وما اليها . فلا يتفرغ للاجتهاد الا من تخصص في علوم الفقه والاصول . اما من لم يتيسر له ذلك ، فعليه اتباع قول المجتهدين ، عملاً بالآية الكريمة « فاسألوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون »[٣] .

ولا ريب في انه بعد انضباط المذاهب المختلفة ، اصبح مجال الاجتهاد اضيق ممـــا كان عليه قبل ذلك ، لان المسائل والقضايا عرضت على المجتهدين السابقين ، فمحصوها واجتهدوا فيها اجتهادهم ، وادلوا بحججهم لتأييد آرائهم وبنوا المذاهب عـــلى اسس واصول معينة ، حتى قلّ بعد ذلك من قصد الى الاستقلال بالاجتهاد . فكان معظم المجتهدين مقيدين بمذهب واحد ، يتبعونه ويفتون على مقتضاه ، حتى كان سدّ باب الاجتهاد كما اسلفنا . غير ان هذا الأمر لم يدم طويلاً بعد ظهور الحركات الاصلاحية الجديدة ، الوهابية والسلفية وما اليها . هذا الى ان سد باب الاجتهاد كما رأينا مغاير لروح الشريعة وللنصوص والأدلة التي بيّنا .

---

(١) المجامع وشرحه ، ص ٣٢٦ .
(٢) الموافقات ، ج ٤ ص ٢٩٢ .
(٣) سورة النحل ( ١٦ ) ٤٣ .

ولقد اثيرت في موضوع التقليد اسئلة : هل يمكن تقليد غير ائمة المذاهب الاربعة عند السنيين ؟ وهل يمكن الانتقال من مذهب الى مذهب آخر ؟

فعن السؤال الاول ، قال ابن الصلاح [١] يتوجب على المقلد تقليد الائمة الاربعة دون غيرهم ، لان مذاهبهم قد انتشرت ، ومسائلها قد تحققت وانضبطت ، وفروعها نشرت . وهو قول وجيه ، اذ يفترض فى المقلد الجهل بالاحكام ، فمن المعقول والاحتياط ان يتبع هذا ما اشتهر من المذاهب دون غيرها .

اما عن السؤال الثاني ، فالرأي المختار يقول ان العامي اذا اتبع مذهباً معيناً في مسألة من المسائل ، جاز له ان يرجع الى اتباع مذهب غيره في مسألة اخرى ، بشرط ان لا تكون هذه المسألة متصلة بالمسألة الاولى . وكذلك اذا اتبع العامي فتوى احد المجتهدين في قضية من القضايا ، امكنه اتباع فتوى غيره في قضية اخرى . ولكنه ليس له الرجوع عن الفتوى الواحدة ، بعد ان اتبعها وعمل بها [٢] .

## قول الصحابي

رأينا سابقاً ان اجماع صحابة النبي ( ص ) يُعمل به دون خلاف عند السنيين . اما الخلاف فقد كان في مسألة لزوم اتباع فتيا احد الصحابة وتقديمه على القياس او على غيره من الفتاوى [٣] .

---

(١) شرح المنهاج للاسنوي ، ج ٣ ص ١٩١ .

(٢) الاحكام للآمدي ، ج ٣ ص ١٧٤ .

(٣) شرح المنار لابن ملك ( ص ٢٥٢ ) ، واعلام الموقعين ( ج ٤ ص ١٠٤ وما بعدها ) .

ففي هذه المسألة ، قال بعض الحنفية ان قول الصحابة من الأدلة الشرعية ، وانه بهذه الصفة واجب الاتباع . وكانت حجتهم في ذلك ان الصحابة كانوا اقرب الناس الى النبي ( ص ) ، واعلمهم بسنته واحواله وباسباب نزول القرآن ، وبمدارك النصوص وتفسيرها ، وان النبي ( ص ) قال فيهم « اصحابي كالنجوم بأيّهم اقتديتم اهتديتم » .

ولكن الرأي السائد عند باقي المذاهب وعند الكرخي من الحنفيين ذهب الى ان قول الصحابي ليس بحجة ولا يجب تقليده ، حتى ان الغزالي عدّه من الاصول الموهومة [١] . ثم ان الحديث الذي استند اليه المعارضون ، لا يعني لزوم التقليد ، هذا الى انه ضعيف الاسناد ساقط الرواية [٢] .

## اجتهاد المحاكم اليوم

اليوم ، بعد ان اصبحت معظم القوانين وضعية صادرة عن الدولة ، واصبحت مدوّنة في نصوص معيّنة صريحة ، ضاق مجال الاجتهاد ، بالمعنى الذى ذكرنا ، وصارت كلمة الاجتهاد تطلق خصوصاً على المسلك الذي يتبعه القضاة في احكامهم ، سواء أكان ذلك في تفسير نصوص القانون ، ام في استنباط الحل الواجب عند عدم النص او بحال غموضه .

ولما كانت مجلة الاحكام العدلية لم تشتمل على جميع احكام

---

(١) المستصفى ، ج ١ ص ١٣٥ .

(٢) الاحكام لابن حزم ( ج ٦ ص ٨٢ ) ، واعلام الموقعين ( ج ٢ ص ١٧٤ ) ، والتقرير والتحبير ( ج ٣ ص ٩٩ ) .

المعاملات الشرعية فقد أصدرت « نظارة العدلية » العثمانية بلاغاً يوجب الرجوع الى الكتب الفقهية عند عدم النص في المجلة [١] .

والمحاكم عندنا وفي كثير من البلاد ايضاً ، كفرنسا مثلاً ، غير ملزمة قانوناً بالتقيد باجتهادها السابق ، ولا ملزمة باتباع اجتهاد المحاكم العليا ، الا انها في الواقع تتقيد غالباً بهذه الاجتهادات ، لا سيما باجتهاد محكمة التمييز [٢] . فتكون نتيجة ذلك نشوء نوع من التشريع التدريجي الخفي ، الذي يسد فراغاً كبيراً ، ومن ثم لا تنكر قيمته العملية الثمينة .

اما في اميركا وانكلترا ، فللاجتهاد اهمية عملية كبرى ، لان معظم شريعة تلك البلاد ، كما قدمنا ، غير مدوّنة في قانون جامع . فالمحاكم فيها مقيدة باجتهاد المحاكم العليا ، وهذه بدورها مقيدة باجتهادها السابق . وهكذا تعتبر السابقات ذات اهمية . وهي في الواقع تمثل « العرف العام » ، وتؤلف بلا ريب مجموعة ثابتة من التشريع القضائي لا يستهان بها .

## الاجتهاد في المجلة

بين القواعد الكلية التي جمعتها المجلة في مقدمتها ، توجد مادتان تتعلقان بالاجتهاد ، نرى ايضاحهما هنا اتماماً للفائدة .

قالت المجلة : « لا مساغ للاجتهاد في مورد النص » ( المادة

---

(١) جريدة محاكم ( التركية ) في عددها رقم ١٠٧ الصادر في ٢٩ شعبان سنة ١٢٩٨ هـ ( ١٤ تموز سنة ١٢٩٧ مالية ) ، ص ٨٥٣ — ٨٥٤ .

(٢) الغيت محكمة التمييز اللبنانية إبان الحرب العالمية الثانية ، بالمادة الثانية من القرار ذي الرقم ٢٣٩ ل . ر . الصادر في ١٦ ايلول سنة ١٩٣٩ .

١٤ ) . وهذه القاعدة المأخوذة عن كتاب المجامع [١] ، تستند الى الآية الكريمة : « ان الظن لايغني من الحق شيئاً » [٢] . ومعنى ذلك ان القاضي او المجتهد مقيد بنصوص الشرع او القانون عند وجودها ، ولا يمكنه اعمال رأيه واستنباط حكم آخر يعارض النصوص .

ولا ريب في ان هذا المبدأ معقول ، لان في الاجتهاد معنى استفراغ الجهد ، وهذا لا لزوم له عندما يكون المطلوب موجوداً في النص الصريح . مثلاً ، نصّ القرآن الكريم على تحليل البيع ، بقوله « واحل الله البيع » [٣] . فازاء هذ النص لا يسوغ الاجتهاد بعكسه والقول بتحريم البيع .

ثم قالت المجلة ايضاً : « الاجتهاد لا ينقض بمثله » ( المادة ١٦ ) . وقد اخذت هذه القاعدة عن كتاب الاشباه والنظائر ، حيث وردت بعبارة « الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد » [٤] . ومعناها ان القاضي اذا حكم في قضية بحسب اجتهاده ، ثم ظهر له انه اخطأ بذلك الاجتهاد فعدل الى غيره ، فهذا التغيير لا ينقض حكمه الاول المبني على اجتهاده السابق .

وان هذه القاعدة علتها وضع الاحكام بمعزل عن التقلب والاضطراب وهي مبنية على اجماع الصحابة . فقد روي ان ابا بكر الصديق حكم في قضايا احكاماً خالفه فيها عمر بن الخطاب ،

---

(١) راجع شرحه ، ص ٣٢٩ .

(٢) يونس ( ١٠ ) ٣٦ .

(٣) بقرة ( ٢ ) ٢٧٥ .

(٤) للسيوطي ( ص ٧١ ) ، ولابن نجيم ( ص ٦١ ) .

ولكن هذا الاخير لم ينقضها عندما اصبحت اليه الخلافة [١] .

وعدا ذلك ، فهذه القاعدة لاتقيد في وقتنا الحاضر الا المحكمة التي حكمت الحكم الاول او المحكمة التي هي من درجتها . اما المحاكم العليا الاستئنافية او التمييزية ، فانها قادرة على نقض احكام المحاكم البدائية ، ضمن شروط ومهل قانونية معينة .

## الاجتهاد عند الرومان

قبل ختام هذا الموضوع نرى من المناسب ان نذكر كلمة عن الاجتهاد عند الرومانيين ، بالنظر الى ما يوجد من شبه بين اجتهادهم وبين اجتهاد فقهاء الاسلام .

ففي رومية القديمة ، كان علم القانون سراً ، يختص الكاهن الاكبر [٢] بحفظه . ثم انتقل منه هذا العلم الى طبقة من الفقهاء عرفت بطبقة الشيوخ [٣] . ولكنه لم يبتدىء بالتقدم والازدهار الا في عصر الامبراطور اوغسطس . ففي عهده نشأ المذهبان الشهيران ، مذهب بروكولوس [٤] ومذهب سابينوس [٥] . واخيراً جاء العصر الذهبي في القرن الثاني بعد المسيح ، فظهر فيه علماء كثيرون ، اشهرهم غايوس وبابنيانوس واولبيانوس وبولس ومود ستينوس . وقد صنف هؤلاء ومن اليهم تآليف عديدة ، كانت مصدراً من مصادر

---

(١) الاشباه والنظائر للسيوطي ، في الموضع ذاته .

(٢) Pontifex Maximus

(٣) Veteres

(٤) Proculus وهو تلميذ مؤسس المذهب لابيو Labeo .

(٥) Sabinus وهو تلميذ كابيتو Capito .

شريعة الامبراطور يوستنيانوس ، واثراً من الآثار الخالدة في تاريخ التشريع الغربي .

وكانت فتاوى فقهاء رومية [١] في اول عهدها من نوع الاجوبة التي تعطى للتلامذة او لارباب المصالح ، وكانت تعطى احياناً للقضاة دون ان تكون لها صفة الالزام . ولكن شأنها تغير في عهد اوغسطس ، الذي منح طائفة من الفقهاء الحق باعطاء المشورة القانونية ، وامر بان تكون هذه المشورة ملزمة للقاضي في القضية التي تعطى بشأنها ، ما لم يعط فقيه آخر من طبقة هؤلاء رأياً مخالفاً .

واخيراً ، صدر القانون عام ٤٢٦ م باجبار القضاة على التقيد باجتهاد الفقهاء الخمسة الذين ذكرنا ، وباعتبار مؤلفاتهم حجة في الرأي يرجع اليها في القضاء ، مع ترجيح رأي اكثريتهم عند الاختلاف ، وترجيح القول الذي يأخذ به اشهرهم بابنيانوس عند تساوي الآراء . على انه فيما عدا ذلك ، اي عند تساوي الآراء وعدم ظهور رأي لبابنيانوس في المسألة ، يكون القاضي مخيراً بترجيح ما شاء من الآراء المتعارضة .

هذا هو تأثير اجتهاد العلماء . اما القضاة فلم يكن شأنهم اقل من ذلك في هذا الباب . فان قاضي القضاة الروماني « البريتور » [٢] وغيره من اصحاب المناصب الكبيرة كان لهم حق التشريع غير المباشر ، بما يصدرونه من المناشير [٣] ، وبما يضعون فيها من

---

(١) Responsa Prudentium

(٢) القاضي الاهلي وقاضي الاجانب
Praetor Peregrinus et Praetor Urbanus

(٣) Edicta Magistratuum

الاحكام العامة التي يتبعونها ومن القواعد التي يسيرون عليها اثناء ولايتهم . وكان حق سماع القضايا والفصل فيها [١] وحق اصدار مناشير [٢] عاملين لا يستهان بهما من عوامل نشوء الشريعة الرومانية وتغييرها حسب مقتضيات التطور الاجتماعي .

كل هذا اخذه يوستنيانوس ودوّنه في مجاميعه الشهيرة الى جانب قوانين الاباطرة . فجاء تدوينه جامعاً لجميع المصادر التي كونت الشريعة الرومانية الشهيرة . فنرى الى جانب مجموعة القوانين [٣] ، كتاب « الاحكام » [٤] المأخوذ عن كتاب غايوس المعروف بنفس الاسم ، ومدوّنة الاجتهاد [٥] المنقولة عن فتاوى العلماء ومراسيم القضاة .

---

(١) us jurisdicendi

(٢) Jus edicendi

(٣) Codex

(٤) Institutes

(٥) Digesta , Pandectae

# الباب الرابع

# مصادر التشريع الخارجيّة

## الفصل الاول

## تغير الاحكام

---

### المصادر الخارجية

ان الشريعة الاسلامية شريعة الهية ، في مصادرها ومبادئها . وانها بهذه الصفة تستدعي الانتباه والتدقيق في مسألة تغير احكامها ، وفق الازمنة والامكنة والحاجات .

وان مصادر هذه الشريعة جمعها علماء الاصول في الادلة الشرعية المعروفة . وقد بحثنا في هذه الادلة في الباب السابق .

انما لا بد من التحقيق في هذا المعرض عن مصادر اخرى ، لم تدخل في اصطلاح الاصوليين . وهي التشريع المباشر الصادر عن الدولة ، والعرف والعادة ، والحيل الشرعية . ولقد اسمينا هذه المصادر بالمصادر الخارجية ، لتمييزها من المصادر الاصولية المعروفة بالادلة الشرعية .

ونحن نوضح في هذا الباب موقف الفقهاء المسلمين من مبدأ تغير

الاحكام . ثم نبين ، على ضوء هذا المبدأ ، اثر المصادر الخارجية في التشريع الاسلامي ، ونمط الاصوليين في توفيق ذلك مع نهجهم الخاص واسلوبهم في دراسة الادلة الشرعية .

## مقاصد الشريعة

من الفقهاء المسلمين على اختلاف مذاهبهم ، امثال العز بن عبد السلام الشافعي وابن القيم الجوزية الحنبلي وابي اسحق الشاطبي المالكي [١] وغيرهم ، كثير من كتب في مناهج الشريعة الاسلامية ومقاصدها ، وفي المصالح والاسباب التي بنيت عليها . وهم قسموا الاحكام من هذه الناحية الى فئتين : فئة العبادات وفئة المعاملات الدنيوية .

اما الاولى ، فتبحث في المسائل التعبدية . وهي معروفة بالشرع ، ولا علاقة لنا بها . واما الثانية ، فانها تعود لمصالح الناس في الدنيا . او بعبارة العز بن عبد السلام : « التكاليف كلها راجعة الى مصالح العباد في دنياهم واخراهم ، والله غني عن عبادة الكل ، ولا تنفعه طاعة الطاعين ، ولا تضره معصية العاصين » [٢] .

واحكام المعاملات مقاصدها الشرعية معروفة بالعقل . وهي مبنية على جلب المنافع للناس ودرء المفاسد عنهم . وبعبارة اخرى ، هي مبنية على ان الاصل في المنافع الاباحة وفي المفاسد المنع [٣] .

---

(١) مرت ترجمتهم سابقاً . انظر قواعد الاحكام لابن عبد السلام ( ج ١ ص ١ وما بعدها ) ، والموافقات للشاطبي ( ج ٢ ص ٥ وما بعدها ).

(٢) قواعد الاحكام ، ج ٢ ص ٧٠ .

(٣) شرح المنهاج للاسنوي ، ج ٣ ص ١٠٨ .

وقد قال بهذا معظم الفقهاء . ولم يشذ عنهم الا قليل ، امثال داود الظاهري ، الذي لم يفرق بين العبادات والمعاملات ، بل عدّ الفئتين تعبداً ، لا ينظر فيها الى معقول المعنى [١] .

ومن احسن ما جاء في مقاصد الشريعة قول ابن القيم : « ان الشريعة مبناها واساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد . وهي عدل كلها ، ورحمة كلها ، وحكمة كلها . فكل مسألة خرجت من العدل الى الجور ، وعن الرحمة الى ضدها ، وعن المصلحة الى المفسدة ، وعن الحكمة الى العبث ، فليست من الشريعة وان ادخلت فيها بالتأويل . فالشريعة عدل الله بين عباده ، ورحمته بين خلقه ، . . . فهي بها الحياة والغذاء والدواء والنور والشفاء والعصمة . وكل خير في الوجود فانما هو مستفاد منها ، وحاصل بها . وكل نقص في الوجود فسببه من اضاعتها . . . فالشريعة التي بعث الله بها رسوله هي عمود العالم ، وقطب الفلاح والسعادة في الدنيا وفي الآخرة » [٢] .

## مبدأ تغير الاحكام

قال ابن خلدون : « ان احوال العالم والامم وعوائدهم ونحلهم لا تدوم على وتيرة واحدة ، ومنهاج مستقر . انما هو اختلاف على الايام والازمنة ، وانتقال من حال الى حال . وكما يكون ذلك في الاشخاص والاوقات والامصار ، فكذلك يقع في

---

(١) الاعتصام للشاطبي ، ج ٢ ص ١١٦ .

(٢) اعلام الموقعين ، ج ٣ ص ١ .

الآفاق والاقطار والازمنة والدول ، سنة الله التي قـــد خلت في عباده [١] .

وان هذه الحقيقة الاجتماعية تستتبع بلامراء تبدل مصالح الناس بتبدل مظاهر المجتمع . ولما كانت مصالح العباد اساس كل شريعة على ما اوضحنا ، كان من اللازم المعقول ان تتبدل الاحـــكام الشرعية وفق تبدل الزمان ، وان تتأثر بمظـــاهر المحيط والبيئة الاجتماعية .

ولقد اصاب ابن القيم في اثباته « تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الازمنة والامكنة والاحوال والنيات والعوائـــد » . ولقد صدق في تنبيهه الى هذا الامر الواضح ، الذي « وقـــع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة ، اوجب مـــن الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل اليه ما يعلم ان الشريعة الباهرة التي في اعلى رتب المصالح لا تأتي به » [٢] .

ولا ينبغي ان ننسى ان هذه الحقيقة ، التي اوضحها مونتسكيو[٣] وغيره من علماء الاجتماع والقانون اليوم ، قد لاحظها قبلهم ابن القيم الجوزية وابن خلدون وغيرهما من فقهاء العرب منذ القرن الرابع عشر للميلاد ( الثامن للهجرة ) . فسبق هؤلاء علماء الغرب في ذلك بما لا يقل عن الاربعة قرون [٤] .

---

(١) المقدمة ، ص ٢٤ .

(٢) اعلام الموقعين في الموضع المذكور .

(٣) انظر كتابه روح الشرائع ( De l'Esprit des lois ) ، ج ١ ، الكتب ١٧ — ١٩ .

(٤) انظر كتابنـــا « اراء ابن خلدون الاقتصادية » ( بالفرنسية ) ، ليون ، ١٩٣٢ ، ص ٩٩ و ١٧١ .

وبهذا المعنى جاء في قواعد المجامع [١] ، التي نقلتها مجلة الاحكام العدلية ( المادة ٣٩ ) ، انه « لا ينكر تغير الاحكام بتغير الازمان » . وهي قاعدة يجب اتمامها بزيادة تغير الامكنة والاحوال ، وَفْقَ ما اوضحه الفقهاء .

وان هذه القاعدة تستوجب تحري المصالح التي تبنى عليها الاحكام الشرعية . ثم انه لما كانت المصالح هي علل الاحكام واساسها ، كان من اللازم ان يستتبع هذا قاعدة اخرى . وهي انه اذا زالت العلل او تغيّرت ، وجب زوال او تغيير ما بني عليها من الاحكام . فلذا قيل في القواعد الاصولية ، « ان الحكم الشرعي المبني على علة يدور مع علته ، وجوداً وعدماً » . وقال المولى العلائي « ان الحكم الشرعي مبني على علته فبانتهائها ينتهي » [٢] .

## امثلة عن تغير الاحكام والاجتهاد

ليس من ينكر تأثير المبدأ الذي ذكرنا على تقلب الآراء واختلاف المذاهب ، ثم على تغيير الفتاوى والاحكام . ألم نرَ كيف ترك الامام الشافعي مذهبه العراقي القديم ، واستبدله بمذهبه المصري الجديد ، متأثراً بظروف الحياة الاجتماعية في مختلف البلدان ؟ وكذلك ألم ينقص الخراج في ايام ابي يوسف [٣] عما كان

---

(١) المجامع وشرحه المنافع ، ص ٣٢٨ .

(٢) المنافع شرح المجامع ص ٣١٩ . وشبيه بذلك ما جاء في الامثال اللاتينية :
Ratione legis c.ssante , cessat lex

(٣) كتاب الخراج لابي يوسف ، طبع بولاق ، ١٣٠٢ ﻫ ، ص ٤٨ .

عليه في ايام عمر بن الخطاب ، بسبب تغير الامصار والاحوال ؟

وان امثلة تغير الفتاوى والاحكام في المسائل الفرعية عديدة تفوق الحصر . منها ما لاحظه الفقهاء الحنفيون المتأخرون من ان ائمة المذهب اجتهدوا في كثير من المسائل الفقهية بناء على العرف الذي كان في زمانهم ، بحيث لو كان ذاك العرف مختلفاً لقالوا بخلاف ما قالوه . فلذا جوّز المتأخرون الافتاء بما يخالف ظاهر الرواية في مثل هذه المسائل ، اذا تغير العرف واقتضت الضرورة ذلك .

واليك بعض الامثلة المقتطفة من رسالة « نشر العرف في بناء بعض الاحكام على العرف » لابن عابدين [١] ، ومن غيرها من كتب الحنفيين : ففي الصدر الاول من الاسلام كانت المعلمين عطايا كافية . بناء عليه منع أبو حنيفة وصاحباه الاستئجار على تعليم القرآن ونحوه . ولكن لما انقطعت العطايا عن المعلمين ، افتى شيوخ المذهب المتأخرون بجواز الاستئجار على ذلك ، لتغير العرف .

وكذلك افتى المتأخرون بان على غاصب عقار اليتيم والوقف ضمان منافع المغصوب ، خلافاً لقاعدة عدم ضمان المنافع في المذهب الحنفي . وافتوا ايضاً بعدم اجارة عقار اليتيم والوقف لاكثر من سنة في الدور ولاكثر من ثلاث سنين في الاراضي ، خلافاً لاصل المذهب ، لتغير الاحكام بتغير الايام .

وايضاً ، كانت البيوت قديماً تبنى على نمط واحد ، وكان اذا نظر المشتري الى احدى غرف البيت عدّ عالماً بالبيع ، بوجه كاف

---

(١) مطبعة معارف سوريا ، سنة ١٣٠١ هـ ، ص ١٢ وما بعدها .

لاسقاط « خيار الرؤية » الممنوح له في المذهب الحنفي ، اي لاسقاط حقه بطلب فسخ البيع عند رؤية المبيع . ولكن البناء في ايام الشيوخ المتأخرين تغير عما كان عليه في الماضي ، ولم يعد على نمط واحد . فافتى هؤلاء بانه من الواجب رؤية كل غرفة قبل الشراء ، الا اذا كانت البيوت مصنوعة على نسق واحد ، وهذا ما قالت به مجلة الاحكام العدلية ( المادة ٣٢٦ ) .

## تغيير النصوص

هذا المبدأ الذي ذكرنا ثابت في تاريخ الشرائع القديمة والحديثة جميعاً . وهو في القوانين العصرية يجري على اطلاقه . فهذه القوانين وضعية تتغير بنفس الطريقة التي وضعت بها . فاذا كانت نصاً تتغير بنص لاحق ، وهكذا .

اما عند المسلمين ، فمعظم الفقهاء المجتهدين قبلوا بقاعدة تغير الاحكام . ولكنهم اختلفوا في جواز هذا التغير ، اذا كان في الامر نص واضح في الكتاب أو السنة . والصعوبة في ذلك ترجع الى صفة الشرع الاسلامي ومصدره الالهي .

ولا ريب في ان النسخ قد حصل في الكتاب والسنة ، وقد أبنّا معناه واسبابه وشروطه في الباب السابق . ولا ريب ايضاً ان النسخ جائز ، بدليل وقوعه ، ولانه تعديل نص بنص . ولكن ايجوز تعديل النص بغير النص ، اي تعديله بالاجتهاد او بالتشريع الوضعي او بالعادة ، او بغير ذلك من الطرق ؟

ان الجواب عن سؤالنا دقيق ، يحتاج الى تفصيل . فاذا كان النص يتعلق بامور الدين والعبادة ، فهو ثابت « ما دامت الارض

ارضاً والسماء سماءً » ، لان اصول الدين وقواعد التوحيد والايمان حقيقة واحدة ازلية ابدية ، يقتضي فيها « التعبد والتزام النص »[١] ، ولان الدين « لازم لكل حي ، ولكل من يولد الى يوم القيامة في جميع الارض ، فصح انه لا معنى لتبدل الزمان ولا لتبدل المكان ، ولا لتغير الاحوال ، وان ما ثبت فهو ثابت ابداً في كل مكان وفي كل زمان وعلى كل حال »[٢] .

ولكن اذا كان النص يتعلق بامور المعاملات الدنيوية ، فان الاصل فيه الالتفات الى المعاني وادراك العلل التي بني عليها ، كما بينا في مقاصد الشريعة وحكمة التشريع . هـذا ما اتفق عليه جمهور الفقهاء . ولكنهم اختلفوا في مسألة تغيير الاحكام الثابتة بالنصوص . فمنهم من حرمه ، ومنهم من قبل به في بعض الاحوال .

فالرأي السائد عند جمهور الفقهاء لم يقبل بمخالفة نصوص الكتاب او السنة ابداً ، ولم يسوغ تغييرها بسبب تغير الاحوال . بل حرم الفتوى بما يخالف النص ، وقيّد قبول العرف والتيسير للحرج والترخيص للمشقة في المسائل التي لا نص فيها .

والى هذا القول ذهب الامام ابو حنيفة ، وصاحبه محمد ، والامام الشافعي ، وداود الظاهري ، وغيرهم[٣] . وهكذا روي عن الشافعي انه قال : « اذا رويت عن رسول الله ( ص ) حديثاً ،

---

(١) الموافقات ، ج ٢ ص ٣٠٠ وما بعدها .

(٢) الاحكام لابن حزم ، ج ٥ ص ٥ .

(٣) الام ( ج ٧ ص ٢٧٥ ) ، والمستصفى ( ج ١ ص ١٣٩ ) ، واعلام الموقعين ( ج ٢ ص ٢٠٨ وما بعدها ) ، والاشباه والنظائر لابن نجيم ( ص ٣٣ ) .

ولم آخذ به ، فاعلموا ان عقلي قد ذهب »[١] . وهكذا ايضاً انكر ابن حزم الظاهري جواز الانتقال عن حكم « بغير نص اوجب النقل عنه . . . لتبدل حال من احواله ، او لتبدل زمانه ، او مكانه . فهذا هو الباطل »[٢] .

وبرغم ذلك ، فلا ريب انه كان من الخلفاء والائمة والفقهاء المسلمين من جوز تغيير النصوص او بعضها لتغير علتها او لتغير العرف الذي بنيت عليه ، او لاقتضاء الضرورة والمصلحة . واليك بعض الامثلة التي تؤيد ذلك ، والتي عثرت عليها في الكتب الفقهية الاسلامية . واني اثبتها هنا ، مع الاعتراف بانها ليست حصرية . ثم اني اوضحها بايجاز ، واذكر مصادرها الاصلية ، دون تحبيذ او تعليق ، ودون الذهاب الى مذهب معين .

## سابقات عمر بن الخطاب

ان الخليفة الفاروق عمر بن الخطاب كان مؤسس الدولة الاسلامية بلا مراء . وانه في ذلك كان مشهوراً بالعدل ، ومتصفاً بالبأس والجرأة . فكانت الدولة في ايامه دولة قوية السلطان ، ساهرة على حقوق الرعية ومصالحها .

وكان عهد عمر بن الخطاب حافلاً بالفتوحات العديدة والتقلبات الملموسة . فكان من اثر ذلك ان ظهرت حاجات جديدة ، وتغيرت عادات قديمة . فلا غروَ من ان يستتبع هذا التغيير في العادات

---

(١) اعلام الموقعين ، ج ٣ ص ٢١٠ .
(٢) الاحكام لاصول الاحكام ، ج ٥ ص ٤ .

والحاجات تغييراً في بعض الاحكام والفتاوى ، التي كانت على عهد النبي ( ص ) او على عهد الخليفة ابي بكر الصديق .

ولقد كان الفاروق في هذا الامر حازماً صارماً ، لم يتأخر حتى عن مخالفة النصوص ، اذا اقتضت السياسة الشرعية او مصلحة المسلمين ذلك . واليك بعض الشواهد على ما نبدي .

اولا — المؤلفة قلوبهم .

معلوم ان القرآن الكريم عيّن مصرف الصدقات ، في الآية الكريمة [١] : « انما الصدقاتُ للفقراءِ والمساكينَ ، والعاملين عَليها ، والمُؤَلَّفةِ قلوبُهم ، وفي الرقابِ والغارمينَ ، وفي سبيلِ الله وابنِ السبيلِ ، فريضةً من الله » [٢] . وان المؤلفة قلوبهم [٣] هم الذين كان النبي ( ص ) يعطيهم من الصدقات ، ليتألفهم على الاسلام ، لضعف ايمانهم او لدفع شرهم او لعلو منزلتهم في قومهم [٤] .

وعلى الرغم من هذا النص القرآني الصريح ، فقد الغى عمر بن الخطاب حصة المؤلفة قلوبهم . وردهم بقوله : « هذا شيء كان رسول الله يعطيكموه ليتألفكم على الاسلام ، والآن فقد اعز الله

---

(١) سورة التوبة (٩) ٦٠ .

(٢) الفقراء والمساكين هم المحتاجون . والعاملون على الصدقات هم السعاة لجبايتها . ومعنى « وفي الرقاب » ما يدفع من الصدقات في فك المكاتبين من الارقاء . و « في سبيل الله » تعني الغازين بالجهاد . ثم « ابن السبيل » هو المنقطع في السفر . انظر تفسير الفخر الرازي ( ج ٤ ص ٤٦٠ - ٤٦٤ ) ، وتفسير الجلالين ( ج ١ ص ٢٢٢ ) .

(٣) انظر اسماءهم في كتاب المعارف لابن قتيبة ، ص ١٤٩ .

(٤) انظر تفصيل ذلك ، مع اختلاف المذاهب فيه ، في فتح القدير ( ج ٢ ص ١٤ - ١٥ ) ، والشرح الكبير ( ج ٢ ص ٦٩٦ وما بعدها ) ، والمجموع شرح المهذب ( ج ٦ ص ١٩٧ وما بعدها ) .

الاسلام واغنى عنكم ، فان ثبتم على الاسلام ، والا فبيننا وبينكم السيف »[١] . « انّا لانعطي على الاسلام شيئاً ، فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر »[٢] .

فهنا بني النص على ضرورة الدعوة الاسلامية ولزوم نصرتها . ولكن بعد ان قويت شوكة الاسلام ، بطلت هذه العلة ، فنسخ ابن الخطاب النص المبني عليها .

ثانياً — الطلاق .

اذا طلق الرجل زوجته ثلاث مرات في مجلس واحد ، كان الطلاق يعد واحداً في ايام النبي ( ص ) وابي بكر الصديق وفي بدء خلافة عمر بن الخطاب . هكذا كانت السنة اذا[٣] ، وهكذا سار الاجماع من بعدها .

وبرغم ذلك ، فان ابن الخطاب امر باعتبار مثل هذا الطلاق بائناً ، اي ثلاثاً كما لفظ ، لانه رأى الناس استهانوا بهذا الامر وكثر وقوعه جملة واحدة ، فقصد الى عقوبتهم والى زجرهم عن هذه العادة .

ثم ان ما رآه عمر بن الخطاب حسناً في زمانه ، لم يره بعض الفقهاء كذلك في زمانهم . بل ان هؤلاء رأوا الرجوع الى السنةالنبوية ، وفاقاً لمبدأ تغير الاحكام نفسه[٤] . وقد علق احد

---

(١) فتح القدير في الموضع المذكور .

(٢) رواه البيهقي . انظر المجموع في الموضع المذكور .

(٣) انظر حديث ابن عباس في صحيح مسلم بشرح النووي ، ج ١٠ ص ٧٠ .

(٤) انظر اعلام الموقعين ( ج ٣ ص ٢٤ — ٤٢ ) ، والقانون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

الافاضل المعاصرين [١] على عمل عمر بانه كان الزاماً من الامام بحكم السياسة الشرعية ، « لان الاحكام الثابتة بالكتاب والسنة صريحاً لا يملك احد تغييرها او الخيار بينها وبين غيرهـــا ، سواء أكان فرداً ام كان امة مجتمعة » .

ثالثاً — بيع امهات الاولاد .

ان امهـات الاولاد هن الجواري اللواتي استولدهن سيدهن . وقد كان بيعهن جائزاً على عهد النبي ( ص ) وابي بكر . ولكن عمر بن الخطاب نهى عن بيعهن بقوله : « خالطت دماؤنا دماءهن ».

وهذا رأي وجيه ، لانه ، بعبـارة ابن رشد الحفيد : « ليس من مكارم الاخلاق ان يبيـع المرء ام ولده ، وقد قال عليه الصلاة والسلام : بعثت لاتمم مكارم الاخلاق » [٢] .

رابعاً — السرقة .

ان عقوبة السارق في الشريعة الاسلامية هي الحـدّ الشرعي ، اي القطع ، بدليل الآية الكريمة : « والسارقُ والسارقـــةُ فاقطعوا ايديَهما » [٣] ، وبدليل السنة القوليـــة والفعلية . ولكن عمر بن الخطاب أسقط هذه العقوبة عن السارق في عام المجاعـــة ، بسبب الضرورة والحاجة واحياء للنفوس . وعلى هذا ايضاً سار اجمـــاع الفقهاء [٤] .

---

(١) فضيلة الشيخ احمد محمد شاكر ، في كتابه نظـام الطلاق في الاسلام ، مصر ، ١٣٥٦ هـ ، رقم ٩٠ .

(٢) بداية المجتهد ، ج ٢ ص ٣٢٦ .

(٣) سورة المائدة (٥) ٣٨ .

(٤) اعلام الموقعين ، ج ٣ ص ٧ — ٩ .

خامساً — الزنا .

ان عقاب الزاني غير المحصن ، اي غير المرتبط بزواج صحيح ، هو عند جمهور الفقهاء الجلد مائة سوط والتغريب او النفي سنة كاملة . وان التغريب ثابت بالسنة المشهورة [١] . ولكن روي عن عمر بن الخطاب انه نفى ربيعة بن امية بن خلف ، فلحق بالروم ، فقال عمر : « لا اغرب بعدها احداً » [٢] . وكان ذلك لاجل ردع المسلمين عن الالتحاق باعدائهم ، على الرغم من صريح النص .

سادساً — التعزير .

ان التعزير معناه شرعاً العقوبة التأديبية التي يفرضها الحاكم على جناية او معصية لم يعين الشرع لها عقوبة محدودة . وقد جاء في الحديث الشريف : « لا يجلد فوق عشر جلدات الا في حد من حدود الله » [٣] . وعلى الرغم من ذلك ، فقد روي عن عمر بن الخطاب انه حكم بالجلد مائة سوط على من زوّر خاتم بيت المال .

وقد اعتبر بعض الفقهاء ان الحديث المذكور منسوخ . ولكن اصحاب الامام مالك اوّلوه بانه مختص بزمن النبي ( ص ) ليس الا [٤] . فاذنْ ، نستبين من قول هؤلاء ان بعض الاحكام المنصوص عليها موقوتة عندهم ، وانها قابلة للتغير بتغير الأعصار .

---

(١) نيل الاوطار ، ج ٧ ص ٧٣ وما بعدها .

(٢) تفسير الفخر الرازي ، ج ٦ ص ٢١٧ .

(٣) اخرجه البخاري ومسلم واحمد واصحاب السنن الاربعة ، مع بعض الاختلاف في العبارة احياناً . انظر البخاري بشرح العيني ( ج ٢٤ ص ٢٣ ) ، وصحيح مسلم ( ج ٥ ص ١٢٦ ) ، وسنن ابي داود ( ج ٤ رقم ٤٤٩١ ) ، والجامع الصغير للسيوطي ( ج ٢ رقم ٩٩٥١ ) .

(٤) شرح النووي على صحيح مسلم ، ج ١١ ص ٢٢١ — ٢٢٢ .

سابعاً — عاقلة الدية.

معلوم ان الدية تتوجب شرعاً على العاقلة في بعض الاحيان . وقد كانت العاقلة في زمن النبي ( ص ) قبيلة الجاني ، وبقيت كذلك ايضاً عند فقهاء مدرسة الحجاز .

ولكن الامر تغير في عهد عمر بن الخطاب الذي نظم الجيوش او الدواوين . وبما ان النصرة عندئذ انتقلت من القبيلة الى اهل الديوان ، فقد وضع هذا الخليفة الدية على هؤلاء ، خلافاً لما كان في عهد النبي ( ص ) . وبرأيه ايضاً اخذ فقهاء مدرسة العراق .

وقد برّر السرخسي هذا التغيير بقوله : « انْ قيل كيف يظن ( بالصحابة ) الاجماع على خلاف ما قضى به رسول الله ( ص ) ، قلنا هذا اجتماع على وفاق ما قضى به رسول الله ( ص ) . فانهم علموا ان رسول الله ( ص ) قضى به على العشيرة باعتبار النصرة ، وكانت قوة المرء ونصرته يومئذٍ بعشيرته . ثمّ لمّا دوّن عمر رضي الله عنه الدواوين ، صارت القوة والنصرة للديوان فقد كان المرء يقاتل قبيلته عن ديوانه » . غير ان هذا التعليل لم يقبل به الامام الشافعي ، لان العاقلة كانت العشيرة في عهد رسول الله ( ص ) ، ولا نسخ عنده بعد رسول الله [١] .

## سابقات بعض الخلفاء

من امثلة تغيير السنة ما رواه البخاري عن الخليفة الصالح عمر بن عبد العزيز انه قال : « كانت الهدية في زمن رسول الله

---

(١) المبسوط ، ج ٢٧ ص ١٢٥ — ١٢٦ .

( ص ) هدية ، واليوم رشوة » . وفي الواقع ، كان النبي ( ص ) وابو بكر وعمر بن الخطاب يقبلون الهدية من الرعية . ولكن عمر بن عبد العزيز رفضها ، وعدّ اخذها مذموماً باعتباره رشوة [١] .

ومن ذلك ايضاً ما جاء في دية اهل الذمة . فانها مساوية لدية المسلم عند ابي حنيفة ، وهي على النصف منها عند مالك وابن حنبل ، وعلى الثلث عند الشافعي . وفي هذا اخرج البيهقي عن الزهري ان دية النصراني واليهودي كانت مثل دية المسلم في زمن النبي ( ص ) وابي بكر وعمر وعثمان ، وان معاوية اخذ نصف هذه الدية لبيت المال فبقي النصف لاهل القتيل ، وان عمر بن عبد العزيز قضى لهم ايضاً بنصف الدية والغى حصة بيت المال [٢] . فظاهر من هذا ان عمل الخليفتين كان مغايراً للسنة ولعمل الصحابة ، وسببه اقتضاء السياسة الشرعية آنذاك .

## الامام ابو يوسف الحنفي

اذا كان النص الشرعي مبنياً على العرف والعادة ، ثم تغيرت العادة ، فهل يجوز تغيير النص ؟ او بعبارة اخرى هل يجب اتباع النص المبني على العادة القديمة ، ام اتباع العادة الجديدة ؟

لا ريب في ان جمهور الفقهاء ، ومنهم الامامان ابو حنيفة وصاحبه محمد ، قالوا بلزوم اتباع النص دون العادة . ولكن ابا يوسف قاضي قضاة بغداد خالفهم في ذلك ، ورأى استحساناً وجوب ترك

---

(١) صحيح البخاري بشرح العيني ، ج ١٣ ص ١٥٤ .

(٢) نيل الاوطار ، ج ٧ ص ٥٥ .

النص واتباع العادة في مثل هذه الحال ، « لان العادة كانت هي المنظور اليها »[١] . وهذا الرأي اختارته مجلة الاحكام العدلية بدليل نصها المطلق الوارد في القاعدتين « استعمال الناس حجة يجب العمل بها ، ولا ينكر تغير الاحكام بتغير الازمان »[٢] ، وبدليل ما جاء في تقرير لجنة تدوين المجلة المرفوع الى الصدر الاعظم من « انه بتبدل الاعصار تتبدل المسائل التي يلزم بناؤها على العرف والعادة » .

ومثل يوضح ذلك . من المعلوم ان الشعير والحنطة هما من المكيلات بحسب الحديث الشريف : « البر بالبر كيلًا بكيل ، والشعير بالشعير كيلًا بكيل »[٣] . وهكذا اذا بيع البر او الشعير وجب تعيينها كيلًا . وسببه ان العادة جرت في ايام النبي (ص) على هذا الوجه .

ولكن هذه العادة تغيرت فيما بعد ، فاصبح الشعير والحنطة من الموزونات في معظم البلدان وصار التعامل اليوم على بيعها بالوزن[٤] . فهل ان هذه العادة مردودة لتعارضها مع النص ؟ كلا ، على قول ابي يوسف . ولعله تأثر في ذلك بالاختبارات العملية التي اكتسبها في منصب القضاء .

ولا ريب ان قول هذا الامام وجيه يوافق الحاجات الجديدة

---

(١) المنافع ( ص ٣٠٩ و ٣٢٤ ) ، وفتح القدير وحاشيه العناية ( ج ٥ ص ٢٨٣ ) ، والموافقات ( ج ٢ ص ٢٨٣ ) .

(٢) المادتان ٣٧ و ٣٩ . انظر شرح علي حيدر على المادة ٣٧ .

(٣) انظر كتاب المغني لابن قدامة ، ج ٤ ص ١٣٦ .

(٤) فتح القدير في الموضع المذكور ، ورسالة نشر العرف لابن عابدين (ص ٨) .

والنظريات العصرية [١] . وهو فوق ذلك موافق للقاعدة العامة ، القائلة بأن المعلول يدور مع علته وجوداً وعدماً .

وعلى هذه القاعدة جوز بعضهم اثبات اوائل الشهور العربية ، وخاصة شهر رمضان المبارك ، بالحساب الفلكي . وفسروا ذلك بان الحديث الشريف ، الذي أمر باعتماد رؤية الهلال وحدها لاجل الصيام ، « جاء معللاً بعلة منصوصة ، وهي ان الامة أمية لا تكتب ولا تحسب . فاذا خرجت الامة عن أميتها ، وصارت تكتب وتحسب ... وأمكن الناس أن يصلوا الى اليقين والقطع في حساب أول الشهر ... اذا صار هذا شأنهم في جماعتهم ، وزالت علة الامية ، وجب أن يرجعوا الى اليقين الثابت وأن يأخذوا في اثبات الاهلة بالحساب وحده ، وأن لا يرجعوا الى الرؤية الا حين يستعصي عليهم العلم به » [٢] .

## الامام القرافي المالكي

الامام شهاب الدين ابو العباس احمد بن ادريس ( المتوفى سنة ٦٨٤ هـ ) المعروف بالقرافي المصري ، كان في عصره رئيس المالكية بمصر [٣] ، وكانت له تصانيف عديدة أشهرها كتاب « الفروق » في أربعة أجزاء ، وكتاب « الاحكام في تمييز الفتاوى عن الاحكام

---

(١) انظر قاموس الاجتهاد العام لدالوز ، المجلد ٣٠ ، تحت كلمة قانون ، رقم ٥٤٥ : ( Rép. de Jurisprudence gén . , Vo. Loi )

(٢) فضيلة احمد محمد شاكر في رسالته « اوائل الشهور العربية » ، مصر ، ١٩٣٩ ، ص ١٣ .

(٣) حسن المحاضرة في اخبار مصر والقاهرة ، للسيوطي ، ج ١ ص ١٢٧ .

وتصرفات القاضي والامام » .

وقد سئل هذا الامام ، على ما جاء في كتابه الاحكام [١] ، « اذا صارت العوائد لا تدل على ما كانت تدل عليه اولا ، فهل تبطل الفتاوى المسطورة في كتب الفقهاء ، ويفتى بما تقتضيه العوائد المتجددة ؟ أو يقال نحن مقلدون ، وما لنا أحداث شرع لعدم أهليتنا للاجتهاد ، فنفتي بما في الكتب المنقولة عن المجتهدين ؟» .

فكان جواب القرافي : « ان كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد ، يتغير الحكم فيه عند تغيير العادة ، الى ما تقتضيه العادة المتجددة . وليس بتجديد للاجتهاد من المقلدين حتى يشترط فيه أهلية الاجتهاد . بل هذه قاعدة اجتهد فيها العلماء وأجمعوا عليها . فنحن نتبعهم فيها من غير استئناف » .

هذا الجواب لا ريب في انه يتعلق بالاحكام المبنية على الاجتهاد ، ولا يتعلق بتغيير النصوص . ولكن وردت بعده تتمة ، جاءت بصورة مطلقة . وهي ان « جميع ابواب الفقه المحمولة على العوائد اذا تغيرت العادة تغيرت الاحكام في تلك الابواب » . فهذا الكلام اذا امكن حمله على اطلاقه ، كان شاملاً لجميع الاحكام دون استثناء ، وكان من ثم يوافق ما قاله ابو يوسف على ما مر آنفاً .

## الامام الطوفي الحنبلي

كان الامام نجم الدين ابو الربيع سليمان بن عبد القوي الطوفي

---

(١) مطبعة الانوار ، مصر ، ١٩٣٨ ، ص ٦٧ - ٦٨ .

( المتوفى سنة ٧١٦ هـ ) من ائمة المذهب الحنبلي المشهورين [١] . وكان ايضاً من الائمة الذين جاهروا بتقديم المصلحة على النص والاجماع .

قال هذا الامام ، في شرحه الحديث الشريف « لا ضرر ولا ضرار » [٢] ، انه اذا تعارضت المصلحة مع النص والاجماع ، « وجب تقديم رعاية المصلحة عليهما بطريق التخصيص والبيان لهما » .

وان طريقة الطوفي هذه « ليست هي القول بالمصالح المرسلة على ما ذهب اليه مالك ، بل هي ابلغ من ذلك . وهي التعويل على النصوص والاجماع في العبادات والمقدرات ، وعلى اعتبار المصالح في المعاملات وباقي الاحكام » . وذلك لان « مصلحة سياسة المكلفين في حقوقهم . . . معلومة لهم بحكم العادة والعقل . فاذا رأينا الشرع متقاعداً عن افادتها ، علمنا انا احلنا في تحصيلها على رعايتها » [٣] .

وبعبارة وجيزة ، فالامام نجم الدين الطوفي في رسالة « المصالح المرسلة » يقصد الى بيان ان حديث « لا ضرر ولا ضرار » « هو بمنزلة ان يقال بعد كل حكم نص عليه : الا ان اقتضت المصلحة

---

(١) انظر ترجمته في مختصر طبقات الحنابلة ، ص ٥٢ .

(٢) هذا الحديث نقلته مجلة الاحكام العدلية في المادة التاسعة عشرة ، وهو حديث حسن ، اخرجه احمد في مسنده ، ومالك في الموطأ ، والحاكم في مستدركه ، والبيهقي وابن ماجه والدارقطني . انظر الجامع الصغير للسيوطي ( ج ٢ رقم ٩٨٩٩ ) ، والابهاج شرح المنهاج للسبكي ( ج ٣ ص ١٠٨ ) ، والاشباه والنظائر للسيوطي ( ص ٥٩ — ٦٠ ) .

(٣) كتاب يسر الاسلام واصول التشريع العام للسيد محمد رشيد رضا ( ص ٧٢ — ٧٣ ) ، والمجلد التاسع من مجلة المنار ( ص ٧٦٥ — ٧٧٠ ) .

خلافه »[١] .

واخيراً ، روى ابن القيم الجوزية ، بين الامثلة الصحيحة عن تغيير الفتوى بحسب تغير الازمنة والامكنة والاحوال ، انه سمع شيخه ابن تيمية يقول : « مررت انا وبعض اصحابي في زمن التتار بقوم منهم يشربون الخمر ، فانكر عليهم من كان معي ، فانكرت عليه وقلت له : انما حرم الله الخمر لأنها تصدّ عن ذكر الله وعن الصلاة ، وهؤلاء يصدهم الخمر عن قتل النفوس وسبي الذرية واخذ الاموال فدعهم »[٢] . وهذا ، كما ترى ، من امثلة قاعدة « يختار اهون الشرين » ، التي سنوضحها في باب الضرورة .

## الخلاصة

هذه ، على الجملة ، هي الآراء المختلفة في مسألة تغيير النصوص الشرعية ، وفق تبدل الاجيال والاحوال . ولا بدّ من التنبيه الى امور خطيرة ، ترمي الى تقليل اهمية الخلاف بين هذه الآراء المتباينة . وهذه الامور ثلاثة ، وهي :

اولا — ان مجال الخلاف يسير ، لان النصوص المتعلقة بالمعاملات هي قليلة جداً بالقياس الى النصوص المتعلقة بالعبادات .

ثانياً — ان الاحكام المعرضة للتغير والتعديل معظمها يتعلق بالجزئيات ، دون القواعد الكلية التي تبقى مبدئياً ثابتة واحدة في جميع البلاد ماضيها وحاضرها ومستقبلها .

---

(١) هذا تعليق المرحوم العلامة الشيخ مصطفى الغلاييني على كلام الطوفي . انظر كتابه « الاسلام روح المدنية » ، بيروت ، الطبعة الرابعة ، ١٩٣٥ ، ص ٣٠ .

(٢) اعلام الموقعين ، ج ٣ ص ٣ .

ثالثاً — ان بعض نصوص الحديث التي تعود الى معايش الدنيا والتي ذكرها النبي ( ص ) على سبيل الرأي ، ليست واجبة الاتباع . ودليل ذلك ما رواه مسلم ان النبي ( ص ) مرّ بقوم يَأبُرون [١] النخل ، فسأل « ما يصنع هؤلاء ؟ » ، فقيل له بأنهم يلقحون النخل . فقال « لو لم يفعلوا لصَلُح » . فاخبروا بقوله ، فتركوا التلقيح ، فلم ينضج الثمر . فلما علم النبي ( ص ) بذلك قال : « انما انا بشر . اذا أمرتكم بشيء من دينكم فخذوا به . واذا أمرتكم بشيء من رأيي ، فانما انا بشر » . « أنتم أعلم بأمر دنياكم » [٢] .

ثم ان تغيير النصوص نفسها ، في الامثلة التي رويناها ، ليست بعيدة بحد ذاتها عن روح الشريعة الاسلامية ، المبنية على التيسير والتبشير .

فقد جاء في الآية الكريمة : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » [٣] . وجاء في الاحاديث الشريفة : « يسروا ولا تعسروا وبشروا ولا تنفروا » [٤] . « خذوا من العمل ما تطيقون » [٥] . « ما نهيتكم عنه فاجتنبوه ، وما امرتكم به فافعلوا منه ما

---

(١) او يُؤبّرون بمعنى يبذرون او يلقحون .

(٢) صحيح مسلم ( ج ٧ ص ٩٥ ) ، وشرحه للنووي ( ج ١٥ ص ١١٦ — ١١٨ ) .

(٣) البقرة (٢) ١٨٥ .

(٤) البخاري وشرحه للعيني ( ج ٢ ص ٤٥ ) . وقد ورد هذا الحديث ايضاً، مع بعض تغيير في اللفظ ، في صحيح مسلم ( ج ٥ ص ١٤١ ) .

(٥) البخاري بشرح العيني ، ج ١١ ص ٨٥ .

استطعتم »[١] .

وبعد ، فهذه الادلة والاقوال وما اليها ، التي ترجع الى مصادر الشرع المعتبرة ، والى سابقات اسلامية وآراء اهل العلم في مختلف المذاهب ، كلها على الجملة امثلة من مبدأ كلي يجمعها وغيرها في هذا الباب . الا وهو ان احكام المعاملات كلها مبنية على علل معقولة ، وكلها عائدة الى مصلحة الناس وحاجاتهم وعاداتهم ، وانها كلها تدور مع عللها وجوداً وعدماً[٢] ، وتتغير بحسب المصلحة العامة والحاجة والضرورة ، وتتأثر باختلاف البيئة وتقلب العصور والاحوال والعادات .

وهذا الذي اسلفنا يثبت ان الشرع الاسلامي في جميع اطواره التاريخية لم يعارض سنة النشوء والتطور ، وانه ماشى ويماشي الحضارة في كل مكان وفي كل زمان ، وان هذه الشريعة لم تعدم رجالا امثال عمر بن الخطاب وابي يوسف وغيرهما ، رجالا نظروا الى غاياتها الحقيقية وطبقوها بمعانيها ومقاصدها لا بحروفها ونصوصها فحسب ، في وقت لم يكن الناس فيه يجمدون او يُحجمون .

فروح الشريعة الاسلامية كانت ولا تزال مبنية على المصلحة العامة ، والخير العام ، واليسر العام .

ولعل هذا كله ان يكفي لبيان فساد ما كتبه بعض الافرنج في الموضوع وبيان فساد ما زعموه من ان الشرع الاسلامي

---

(١) صحيح مسلم ( ج ٧ ص ٩١ ) . ورد في صحيح البخاري بلفظ مختلف ، انظر شرح العيني ( ج ٢٥ ص ٣١ ) .

(٢) قواعد الاحكام للعز بن عبد السلام ، ج ٢ ص ٤ .

« محكوم عليه بالجمود »[١] . وما كان سبب استنتاجهم المغلوط الا تقصيرهم عن التنقيب في مراجع الشرع الاصلية ، وعجزهم عن فهم معانيه الحقيقية . « ان في ذلك لعبرةً لاولي الابصار »[٢] .

---

(١) انظر كتاب مبادىء الشرع الاسلامي الجزائري تأليف زايس ، طبع الجزائر ، ١٨٨٥ ، ج١ ص٩ . ( Zeys , Traité élémentaire de Droit musulman )

(٢) آل عمران ( ٣ ) ٣ .

# الفصل الثاني

## الحيل الشرعية

### لمحة تاريخية

ثابت في تاريخ التمدن ان تطور المجتمع والرأي العام أسبق من الشرائع في ميدان التغيّر والانقلاب . وهكذا كثيراً ما نرى الشعوب محافظة على شرائعها القديمة ، بينما تكون ضرورات الحياة الاجتماعية تتطلب تعديلها على ما يلائم تلك الحيـــاة ، ويقرّب بين النظريات والعمليات .

وكان من الوسائل المعروفة لهذا التعديل والتقريب : التشريع المباشر من قبل الدولة ، والاستحسان القضائي ، والحيل الشرعية [١] .

وفي تاريخ القانون الروماني القديم امثلة عديدة عن الحيـــل الشرعية ، نسوق هنا بعضاً منها :

في المادة الثانية من اللوح الرابع من قانون الالواح الاثني عشر [٢] ، اذا باع الوالد ولده ثلاثاً ، تحرر الولد من سلطته الابوية [٣] . وقد

---

(١) Fictio juris انظر كتاب القانون القديم تأليف ماين المذكور (ص١٣ وما بعدها) ، وتعليقات بولوك على ذلك الكتاب ( Introduction and Notes to Maine's Ancient Law ) لندن ، ١٩١٤ ، ص ٨ – ٩ ) .

(٢) راجع مجموعة القوانين الرومانية لجيرار ( Textes de droit romain باريس ، ١٩٢٣ ، ص ١٣ ) .

(٣) Si pater filium ter venum duuit, filius a patre liber esto

استعمل الرومان هذه القاعدة ، بطريقة الحيلة الشرعية ، كوسيلة لاجراء التبني أيضاً .

ومثل آخر : كان القانون القومي الروماني لا يقر حق التملك [١] الا بشروط معينة قاسية . ولكن قاضي القضاة « البريتور » اقرّ في بعض الأحيان شبه الملك ، او ما يسمونه « الملكية البريتورية » [٢] . ولهذه الغاية ابتدع القاضي « بوبليسيوس » الدعوى المسماة باسمه [٣] بقصد حماية المالك البريتوري . وهي دعوى يقول فيها القاضي ، خلافاً للواقع وبوجه الحيلة الشرعية ، ان المدعي قد وضع يده على الشيء الذي يدعي ملكيته المدة الكافية لاكتساب الملك بمرور الزمن [٤] .

وكذلك ، نرى في فتاوى علماء القانون الرومانيين ، وفي اجتهاد المحاكم الانكليزية ، كثيراً من الأمثلة المبنية على الحيل الشرعية . وهي كلها تدور على الادعاء بان القانون القديم باقٍ في الظاهر على ما كان ، مع انه في الواقع قد تناوله التغيير والتعديل .

## الشريعة الاسلامية

بعد هذا التمهيد التاريخي ، نعود الى الشرع الاسلامي ، لنرى حكمه في مثل هذه الحيل وما اليها . وهي ، على الجملة ، تنقسم

---

(١) Dominium ex jure Quiritium

(٢) In bonis habere

(٣) Actio Publiciana

(٤) Item usucapio fingitur in ea actione quae Publiciana vocatur . انظر كتاب الاحكام ( Institutes ) لغايوس ، الشرح الرابع ( بند ٣٦ ) .

قسمين : اولهما الحيل الشرعية المباحة ، والثـــاني الحيل الشرعية المختلف فيها .

فالحيلة الشرعية المباحة هي التحيل على قلب طريقة مشروعة ، وضعت لأمر معيّن ، واستعمالها في حالة اخرى ، بقصـد التوصل الى اثبات حق ، أو دفع مظلمة ، أو الى التيسير بسبب الحاجة . فهذا الضرب من الحيل لا يهدم مصلحة شرعية ، فهو اذن جائز في جميع المذاهب الاسلامية .

مثاله ، اعتاد اهالي بخارى الاجارة الطويلة . ولكن بما ان هذه الاجارة لا تجوز عند الحنفيين في الاشجار ، لذلك اضطر هؤلاء الى وضع حيلة بيع الكرم وفاءً [١] . فالبيع الوفائي كان هنا حيلة شرعية ، اتخذت بسبب حاجة الناس ، ولأجل التخلص من قاعدة منع الاجارة الطويلة في الاشجار .

والقسم الثاني من الحيل الشرعية ، هو الذي يقصد منـــه « التحيل على قلب الاحكام الثابتة شرعاً الى احكام اخر ، بفعل صحيح الظاهر لغو في الباطن » [٢] . وقد حصل خلاف بين المذاهب في صحة هذا الضرب من الحيل . فنرى ايضاحه هنا بصورة اجمالية .

## الحيل عند الحنفية وبعض الشافعية

روي عن الامام ابي حنيفة انه قال : « ان قصد ابطال الاحكام صراحة ممنوع . واما ابطاله ضمناً فلا » [٣] . وقد تساهل

---

(١) الاشباه والنظائر لابن نجيم ، ص ٤١ .
(٢) الموافقات ، ج٢ ص ٣٨٠ .
(٣) الموافقات ، ج ٤ ص ٢٠٢ .

الفقهاء الحنفية وبعض الفقهاء الشافعية في قبول الحيل الشرعية بالمعنى الثاني الذي ذكرنا ، وذكروا امثلة منها في معظم ابواب الفقه . ونحن نكتفي ههنا ببعض هذه الامثلة :

اولاً — معلوم ان لا وصية لوارث في الشرع الاسلامي ، الا باجازة الورثة . بناء على هذه القاعدة لم يجوز المذهب الحنفي اقرار المورث لوارثه بدين في مرض الموت الا باجازة باقي الورثة ، لان هذا يحمل على محمل الوصية . فالحيلة في ذلك[١] هي ان يقر المريض بالدين لرجل اجنبي يثق به ، وهذا بدوره يقبض قيمة الدين من التركة ويدفعها الى الوارث .

ثانياً — ان الشفعة جائزة في المذهب الحنفي للشريك في الملك المبيع ، وللخليط في حقوق المبيع ، وللجار . ولكن الفقهاء استنبطوا حيلاً مختلفة للتخلص من حق الشفعة ، وقد ذكر الخصاف منها امثلة عديدة .

منها انه لو كان زيد يملك داراً بجوار دار عمرو ، ثم اراد زيد بيع داره من اجنبي ، كان لعمرو حق تملكها بالشفعة بسبب الجوار ، شرط دفعه الثمن الذي اداه المشتري الاجنبي . فمن حيل تخليص الدار من الشفعة ان يقر زيد للاجنبي بان الدار له ويشهد على ذلك شهوداً ، ثم يعطي المقر له الثمن لزيد على سبيل الهبة[٢] . فهذا العمل باطنه بيع وظاهره اقرار بالملك مع الهبة . وقد استعمل حيلة للتوصل الى هضم حق صاحب الشفعة .

---

(١) كما قال الخصاف ، في كتاب الحيل ، القاهرة ، ١٣١٤ هـ ، ص ٩٠ .

(٢) المصدر نفسه ، ص ٨٠ .

وحيلة اخرى : هي ان يهب زيد الدار للمشتري الاجنبي ، ويعوضه المشتري عن ذلك مبلغاً من المال . وبهذا لا يكون لعمرو في الدار شفعة [١] ، لانه لا شفعة في عقد الهبة .

ثالثاً — لا يجوز اخذ عوض عن القرض ، بسبب تحريم الربا . فالحيلة في التوصل الى دفع العوض عن القرض هي ان يبيع المدين من الدائن سلعة باقل من قيمتها ، او ان يشتري منه سلعة باكثر من قيمتها ، او ان يهديه هدية [٢] بما يوازي العوض .

فمثل هذه الامثلة وما اليها اجازها الفقهاء الحنفية وبعض الفقهاء الشافعية . فمن كتب الاولين كتاب المخارج في الحيل ، المنسوب الى الامام محمد بن الحسن صاحب ابي حنيفة [٣] . ولكن قبول نسبة الكتاب اليه يستدعي بعض التردد والتحفظ ، لانه روي عن هذا الامام انه كان يكره الحيل الموصلة الى ابطال الحق [٤] .

ثم نجد مما كتب في الموضوع عند الحنفية : كتاب الحيل لاحمد ابي بكر الخصاف ، والفصول المختلفة التي عقدت عن مسألة الحيل في كتب الفقه الحنفي . اما كتاب ابي حنيفة الذي ذكره الخطيب

---

(١) ذكره البخاري مثلاً عن حيل بعض الناس ويقصد بهم الحنفية . انظر شرح العيني ، ج ٢٤ ص ١٢٣ .

(٢) المغني ( ج ٤ ص ١٧٩ ) ، وفتاوى النووي المسماة بالمسائل المنثورة ( دمشق ، ١٣٤٨ هـ ، ص ٥٧ ) .

(٣) ان هذا الكتاب مخطوط في مكتبة القاهرة . وقد نشره الاستاذ يوسف شخت سنة ١٩٣٠ .

(٤) شرح العيني على البخاري ( ج ٢٤ ص ١٠٩ ) ، والميزان للشعراني ( ج ٢ ص ٩٨ — ٩٩ ) .

في تاريخ بغداد[١] ، وكتاب ابي يوسف في الحيل ، فانهما لم يصلا الينا[٢] .

وممن الف في الحيل من الشافعية : ابو بكر محمد بن عبد الله الضيرفي ( المتوفى سنة ٣٣٠ هـ ) ، وابو الحسن محمد بن يحيى بن سراقة العامري ( المتوفى سنة ٤١٦ هـ ) ، وابو حاتم محمد بن الحسين القزويني ( المتوفى سنة ٤٤٠ هـ )[٣] .

## باقي المذاهب الاسلامية

روي عن الامام الشافعي انه لم يسوّغ الحيل . وان من عرف سيرته وفضله ، « علم انه لم يكن معروفاً بفعل الحيل ولا بالدلالة عليها ... وأكثر الحيل التي ذكرها المتأخرون المنتسبون الى مذهبه من تصرفاتهم ، تلقوها عن المشرقيين ( الحنفيين ) ، وادخلوها في مذهبه »[٤] .

وكذلك حرم الامامان مالك وابن حنبل واتباعهما جميع الحيل الشرعية ، التي هي من النوع الذي ذكرنا . وقد عقد ابن القيم في هذا الموضوع فصولاً طويلة ، بيّن فيها باسهاب الادلة على بطلان هذه الحيل ، ورد على حجج من جوزها ، ثم فرّق بين الحيل المحرمة والحيل المشروعة ، وضرب منها امثلة كثيرة[٥] .

---

(١) ج ١٣ ص ٤٠٣ .

(٢) نظرة عامة في تاريخ الفقه الاسلامي للدكتور عبد القادر ، ص ٢٣٢ .

(٣) انظر ترجمتهم في طبقات الشافعية لابي بكر الحسيني (المتوفى سنة ٨١٤هـ)، بغداد ، ١٣٥٦ هـ ،ص ١٨ و ٤٣ و ٤٩ .

(٤) اعلام الموقعين ، ج ٣ ص ٢٤٧ .

(٥) اعلام الموقعين ايضاً ، ج ٣ ص ١١٩ – ٣٥٢ ، وج ٤ كله ، وخاصة ص ١ – ٤٠ .

وان تحريم الحيل عند من ذكرنا يستند الى القاعدة الشرعية الاصولية ، ان التشريع مبني على مصالح مقصودة ، وانه يجب سد الذرائع أو الوسائل التي تفوّت هذه المصالح . فلو وضع الشارع حكماً مبنياً على مصلحة مقصودة ثم اجاز الحيلة للتخلص من هذا الحكم ، لكان ذلك نقضاً له ، وهو تناقض لا يجوز وقوعه . ومن قال بعكسه ، كان مخالفاً لروح الشرع ، وتاركاً لمعاني الشريعة المعقولة . وهذا ما يأباه الشارع ، بل ما تأباه « سياسة ملوك الدنيا . . . فان احدهم اذا منع جنده أو رعيته أو أهل بيته من شيء ، ثم أباح لهم الطرق والاسباب والذرائع الموصلة اليه ، لعدّ متناقضاً ، ولحصل من رعيته وجنده ضد مقصوده . وكذلك الاطباء ، اذا أرادوا حسم الداء ، منعوا صاحبه من الطرق والذرائع الموصلة اليه ، والا فسد عليهم ما يريدون اصلاحه . فما الظن بهذه الشريعة الكاملة ، التي هي في أعلى درجات الحكمة والمصلحة والكمال ؟ » .

مثلاً ، ان الشفعة « شرعت لدفع الضرر ، فلو شرع التحيل لابطالها ، لكان عوداً على مقصود الشريعة بالابطال ، ولَلَحِق الضرر الذي قصد ابطاله »[١] .

وفوق هذا الدليل العقلي على تحريم الاحتيال على الشريعة ، نبيّن فيما يلي بعضاً من ادلة التحريم الشرعية ، ونقتصر في ذلك على ما يكفي لايضاح الموضوع .

اولاً — ان نصوص الشرع لاتقصد الى الاعمال الشرعية

---

(١) المصدر نفسه ، ج ٣ ص ١٢٠ و ٢٦٠ .

بنفسها ، بل الى مصلحة وضعت لاجلها . فاذن ، ينبغي ان تفسر الاعمال جميعاً بحسب روحها وحقيقتها ، لا بحسب ظاهرها ، وان تمنع من ثم الحيل الخارجية التي تخفي في باطنها عملاً محرماً .

مثلاً الآية الكريمة : « ولا تسبّوا الذين يَدعون من دون الله فَيسبّوا الله عَدْواً بغير علم »[١] . وتفسيرها ان المسلمين منعوا من سب الاصنام ، لئلا يتخذ عبدتها ذلك ذريعة الى سب الله ( تعالى ) .

وبهذا المعنى جاء في البُخاري ان النبي ( ص ) قال : « ان من اكبر الكبائر ان يلعن الرجل والديه . قيل يا رسول الله ، وكيف يلعن الرجل والديه . قال يسب الرجل ابا الرجل ، فيسب اباه ويسب امه »[٢] .

ثانياً — ان في هذا التحيل على القانون خداعاً ، وان الخداع محرم في الشرع الاسلامي ، بدليل الكتاب والسنة . فقد جاء في الآية الكريمة : « ولا تتخذوا آيات الله هزواً »[٣] . وجاء في الحديث الشريف : « لا تحل الخديعة لمسلم »[٤] .

ثالثاً — روي عن النبي ( ص ) وعن الصحابة والتابعين ما يؤيد تحريم الحيل الشرعية . مثاله الحديث الشريف : « اذا اقرض احدكم اخاه قرضاً فاهدى اليه طبقاً فلا يقبله ، او حمله على دابته

---

(١) الانعام (٦) ١٠٨ .
(٢) البخاري بشرح العيني ، ج ٢٢ ص ٨٣ .
(٣) البقرة (٢) ٢٣١ .
(٤) اعلام الموقعين ، ج ٣ ص ٢٦١ .

فلا يركبها ، الا ان يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك »[١] .

وجاء ايضاً عن ابن مسعود وابن عباس انهما ، امتثالاً لسنة النبي ، افتيا بالنهي عن قبول هدية المدين قبل الوفاء ، لان المقصود بها تأخير الاقتضاء وتجويز الحيلة على الربا . وكذلك اتفق الفقهاء والتابعون ، ومن تبعهم من ائمة الحديث[٢] كالبخاري[٣] وغيره ، على منع الحيل في الاحكام ، وعلى وجوب تركها .

## الخلاصة

هذا ، على الجملة ، هو الخلاف بين المذاهب في مسألة الحيل . اما مجلة الاحكام العدلية ، فانها لم تنص على هذه المسألة . بل كان شراحها ورجال القضاء يرجعون في ذلك الى الكتب الفقهية الحنفية ، وكان اجتهادهم جارياً على قبول الحيل في الشفعة وفي غيرها . وذلك ، على الرغم من وجود القاعدتين الكليتين ان « الامور بمقاصدها ، وان العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني »[٤] .

ومن الحيل المعروفة على القانون ان يحرم المورث وارثه من ميراثه باقراره بماله للغير . فمثل هذا الاقرار ملزم للمورث في حياته ، وملزم لورثته بعد مماته . ولا يمكن هؤلاء الادعاء بابطال

---

(١) رواه السيوطي في الجامع الصغير (رقم ٦٦٧٤) ، نقلا عن ابن ماجه والبيهقي وابن منصور .

(٢) اعلام الموقعين ، ج ٣ ص ١٤٩ — ١٥٢ .

(٣) في كتاب الحيل من الجامع الصحيح . انظر شرح العيني ، ج ٢٦ ص ١٠٨ وما بعدها .

(٤) المادتان الثانية والثالثة ، وسيأتي تفسيرهما .

الاقرار بمقتضى المجلة [١] .

ولكن هذا تغير في لبنان بعد صدور القوانين الحديثة . فاصبح بامكان الوارث ان يثبت عكس اقرار مورثه ، اذا كان قد جرى احتيالاً على القانون وبقصد حرمانه من الأرث [٢] .

وهذا الاصلاح التشريعي موافق لمذهب الفقهاء المسلمين القائلين بتحريم الحيل والتحيل . فقد عدّ ابن القيم التحيل على حرمان الوارث ميراثه من الحيل المحرمة ، وذكر من ذلك أمثلة عديدة . منها أن يقر المورث بمـــاله لغيره عند الموت ، بقصد حرمان الوارث من نصيبه الأرثي . ومنهـا أيضاً أن يقول الرجل لزوجته في مرض موته : « اذا مت من مرضي هذا ، فانت طالق قبـل مرضي بساعـــة ثلاثاً » ، وذلك بقصد حرمانها من الميراث [٣] .

وبعد ، نستنتج مما تقدم ان الحيل جوّزت عند الفقهاء الحنفية ، وعند بعض المتأخرين من الشافعية . ولكنها كانت مكروهة عنـد محمد بن الحسن ، صاحب ابي حنيفة ، وكانت محرمة عند الامـــام الشافعي ، وعند الامامين مالك وابن حنبل واتباعهما .

فاذن ، من الخطأ أن نقول ، بصورة اجمالية ، ان الشرع الاسلامي اجاز الاحتيال على القانون ، دون تفصيل بين المذاهب .

---

(١) المادة ١٥٩٤ . وكذلك في المادة ١٦٥٢ ، يعتبر الوارث والمورث « في حكم المتكلم الواحد » .

(٢) هذا بالقياس على المادة ٥٥٣ من قانون اصول المحاكمات المدنية . راجع اجتهاد محكمة الاستئناف المدنية اللبنانية في القرارين الاعداديين عدد ١٣ الصادر في ٦ شباط سنة ١٩٤٠ ، وعدد ٤٧ الصادر في ٢٤ شباط سنة ١٩٤١ .

(٣) اعلام الموقعين ، ج ٣ ص ١٥٣ و ٢٥٨ .

فالحيل ، ولو اجيزت في مذهب او اثنين من المذاهب الاسلامية ، هي باطلة ، في المذاهب الباقية ، التي تستند كما رأينا الى أدلة شرعية وسابقات معتبرة [١] .

---

(١) للزميل الاستاذ جان باز اطروحة صنفها بالفرنسية للحصول على شهادة الدكتوراه في الحقوق من جامعة ليون ، بعنوان :

Essai sur la fraude à la loi en droit musulman

اي « رسالة في الاحتيال على القانون في الشريعة الاسلامية » ( باريس ، سيراى ، ١٩٣٨ ) . وهي قد حوت دراسة قيّمة عن هذا الموضوع في القوانين الاجنبية العديدة ، ثم اكتفت بدراسته في المذهب الحنفي وحده من بين المذاهب الاسلامية . وقد استنتج مؤلفها الكريم ( في الصفحة ٣٩٦ ) ان الاحتيال على القانون ، الذي لم يكن موضوع حظر في الشرع الاسلامي الاصلي ( كذا ) ، اخذ يسترعي الانتباه في بعض البلاد التي ما تزال تعمل بمقتضى الشرع الاسلامي ، متأثرة في ذلك كثيرا بالثقافة والمدنية الفرنسية . فنحن نرى ان هذا الكلام اذا كان صحيحاً يجب ان يحصر بالمذهب الحنفي وحده ، لان باقي المذاهب الاسلامية حرمت الحيل الشرعية منذ القدم ، قبل ان تتأثر بأي ثقافة غربية كانت .

# الفصل الثالث

## التشريع الوضعي المباشر

### جواز التشريع من قبل السلطان

قدمنا ان الفقه الاسلامي دين وقضاء ، وان الشارع الاول هو الله ( تعالى ) في كتابه الكريم او على لسان نبيه ( ص ) ، وان الشريعة الاسلامية في اساسها الهية . وذلك كله خلافاً للقوانين الغربية والقوانين العصرية ، التي هي وضعية صادرة عن الدولة .

وعلى الرغم من هذا ، فان تاريخ الحكومات الاسلامية يثبت ان الخليفة او السلطان لم يتأخر عن سن القوانين مباشرة ، او بطريق الاجتهاد ، كلما دعت المصلحة العامة الى ذلك .

وان جواز هذا التشريع ، وواجب اتباعه من طرف الرعية ، يستند الى الكتاب والسنة والاجماع .

ففي الكتاب ، الآية الكريمة : « أطيعوا الله واطيعوا الرسول واولي الامر منكم »[1] . ومن اولي الامر طبعاً الخلفاء والسلاطين .

وفي السنة ، الاحاديث الصحيحة : « من اطاعني فقد اطاع الله ، ومن عصاني فقد عصى الله ، ومن يُطعِ الامير فقد اطاعني ، ومن يَعْصِ الامير فقد عصاني . اسمعوا واطيعوا ، وان استعمل عليكم عبد حبشي كأن رأسه زبيبة . من كره من اميره شيئاً

---

(١) سورة النساء (٤) ٥٩ .

فليصبر عليه ، فانه ليس احد من الناس خرج من السلطان شبراً فمات عليه الا مات ميتة جاهلية . ألاَ من وَلِيَ عليه والٍ فرآه يأتي شيئاً من معصية الله ، فليكره ما يأتي من معصية الله ، ولا ينزعنّ يداً من طاعة »[١] .

وعلى هذا كان الاجماع ايضاً . فقد اجتهد الخلفاء المسلمون في مسائل كثيرة عرضت عليهم . وكان اجتهادهم ، اذا قبل باجماع ، يصبح جزءاً من الشرع الاسلامي .

## نواحي هذا التشريع

ان الناحية الرئيسية لاشتراع السلطان كانت عند انتفاء النص الشرعي ، في المسائل الجديدة التي حدثت في الحياة الاجتماعية ، وخاصة في الامور الادارية ، كترتيب الدواوين وفرض الضرائب ، وجباية الخراج وتنظيم السجون ، وغيرها من الامور التي استوجبتها الحاجة ، والتي لم تكن معروفة في السابق .

ومن نواحي هذا التشريع ما عرف « بالسياسة الشرعية » وما يتبعها من وظائف الحسبة ، التي جعلت من السلطان والامام والولاة راعين للمصلحة العامة ، منظمين لاحوال الناس في المعامـــلات ، « معزّرين » ومؤدبين للمجرمين بما يتناسب واعمالهم ، مستعملين في ذلك حتى الحبس والنفي والقتل « بطريق السياسة »[٢] .

---

(١) من احاديث الصحيحين . وروي فيها احاديث اخرى مع تغيير في اللفظ . انظر صحيح البخاري بشرح العيني ( ج ١٤ ص ٢٢٢ وج ٢٤ ص ٢٢٤ و ١٧٨ ) ، وصحيح مسلم ( ج ٦ ص ١٣ — ٢٤ ) .

(٢) مقدمة ابن خلدون ( ص ١٩٦ )، والمبسوط ( ج ٢٦ ص ١٢٤ ) .

وفوق هذا ايضاً ، لم يتأخر الخلفاء عن تغيير بعض الاحكام الثابتة بالنصوص ، اذا اقتضت ذلك السياسة الشرعية او المصلحة العامة . ومن امثلة هذا التغيير ما ذكرنا عن سابقات عمر بن الخطاب ، من الغائه الحد عن السارق عام المجاعة ، والغائه حصة المؤلفة قلوبهم في الصدقات مع انهم من المستحقين في القرآن الكريم ، والغائه عقوبة التغريب في الزنا لان احد المحكوم عليهم المغربين التحق بالروم وتنصر ، وهكذا .

وقد كان للخليفة تأثير على الشرع الاسلامي من ناحية اخرى . وهي امره باتباع مذهب او اجتهاد معين دون المذاهب الاخرى . ولقد رأينا من هذا كثيراً من الامثلة في التاريخ الاسلامي . فالخلفاء الامويون والعباسيون كانوا يحاربون جميع المذاهب المخالفة لهم ولسياستهم ، وقد اراد ابو جعفر المنصور والرشيد ان يحملا الناس على اتباع مذهب الامام مالك ، لولا ممانعة هذا الامام . وكذلك تشيع الفاطميون للنحلة الاسماعيلية ، والايوبيون للمذهب الشافعي ، والايرانيون للشيعة الامامية ، واليمنيون للشيعة الزيدية ، والوهابيون للمذهب الحنبلي ، والعثمانيون للمذهب الحنفي ، وهكذا .

ولقد رأينا كيف سن الخليفة العثماني القوانين التي ذكرنا . فمنها ما كان على المذهب الحنفي ، كمجلة الاحكام العدلية . ومنها ما كان مصدره القوانين الاوروبية ، كقوانين الجزاء والتجارة واصول المحاكمة .

كل هذا جعل للدولة رقابة فعلية على الاجتهاد والمجتهدين . وهكذا ، جاء في المجلة : « لو صدر امر سلطاني بالعمل برأي

مجتهد في مسألة ، لأن رأيه بالناس أرفق ولمصلحة العصر أوفق ، فليس للحاكم أن يعمل برأي مجتهد آخر مناف لرأي ذاك المجتهد ، واذا عمل فلا ينفذ حكمه »[١] .

وبمعناه ختمت جمعية المجلة تقريرها ، الذي رفعته الى الخليفة العثماني بواسطة الصدر الأعظم ، بقولها : « فاذا أمر امام المسلمين بتخصيص العمل بقول من المسائل المجتهد فيها ، تعين ووجب العمل بقوله . واذا حلّت هذه المعروضات المبسوطة لدى حضرتكم العلية محل التصويب ، يجري توشيح أعلى المجلة الملفوفة بالخط الشريف الهمايوني . والأمر لولي الأمر » .

## حدود اختصاص السلطان

في الدول العصرية سلطات اشتراعية خاصة ، من برلمان أو ما شابه ، تختص بسن القوانين . وليس لرئيس الدولة الا سلطة نشر تلك القوانين وتنفيذها ، خلافاً لما كان عليه الأمر في الدول الاسلامية . ففيها ، كان السلطان وحده مصدر السلطة والأمر . وهكذا كان الخليفة العثماني قبل الاصلاح الاخير يصدر القوانين ، بمجرد « ارادته السنية » .

وعلى الرغم من ذلك ، فان السلطان لم يكن غالباً ينفرد برأيه في هذا العمل . بل كان في الواقع يتقيد باحكام الشرع والعدل ، ويستشير الفقهاء والعلماء في المسائل التي لا نص عليها .

فالتقيد باحكام الشرع والعدل شرط واجب لطاعة اولي الأمر

---

(١) الفقرة الاخيرة من المادة ١٨٠١ .

في الشرع الاسلامي . وعلى هذا في الحديث الشريف امثلة عديدة : « انما الطاعة في المعروف . السمع والطاعة حق ما لم يؤمر بالمعصية ، فاذا أمر بمعصية ، فلا سمع ولا طاعة [١] . لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق » [٢] .

وهنا ننبه الى فرق بين الخليفة عند السنيين وبين الامام عند الشيعة . فالائمة عند الشيعة الامامية هم « خلفاء الله في ارضه » [٣] ، مع ان الخليفة عند السنيين « يخلف النبي في امته » [٤] . وهذا الفرق يستتبع ان الائمة عند الشيعة تجب طاعتهم وهم معصومون عن الخطأ [٥] ، بينما خليفة السنيين ليس معصوماً عن ذلك ، وعندهم « لا طاعة للسلطان في المعصية وانما الطاعة في المعروف » [٦] .

ومن الحدود الموضوعة ايضاً لاختصاص السلطان طريقة الحكم الاسلامي . وهي الشورى في الامور ، عملاً بنص الكتاب الكريم : « وشاورهم في الامر فاذا عزمت فتوكل على الله . وامرُهم شورى بينهم » [٧] . وقد روى البخاري ان النبي ( ص ) شاور اصحابه

---

(١) هذه جميعها ، او ما ورد في معناها بلفظ مختلف ، رواهـا الصحيحان . راجع صحيح البخاري وشرحـه للعيني ( ج ١٢ ص ٣١٤ وج ١٤ ص ٢٢١ ) ، وصحيح مسلم ( ج ٦ ص ١٥ ) .

(٢) رواه السيوطي في الجامع الصغير ( رقم ٩٩٠٣ ) ، نقلا عن احمد في مسنده وعن الحاكم في مستدركه .

(٣) اصول الكافي للكليني ، ص ٦٩ .

(٤) مقدمة ابن خلدون ، ص ١٦٦ .

(٥) الملل والنحل للشهرستاني ، بهامش ابن حزم ، ج ١ ص ١٥١ .

(٦) المجامع وشرحه المنافع ، ص ٣٣٠ .

(٧) آل عمران (٣) ١٥٩ ، والشورى ( ٤٢ ) ٣٨ .

في بعض الامور ، وان الائمة بعده كانوا يستشيرون الامناء من اهل العلم في الامور المباحة التي لا نص عليها في الكتاب والسنة ليأخذوا باسهلها [١] . ورُوي بصورة خاصة عن عمر بن الخطاب انه كان من اشهر من تمشى على المشاورة في احكامه واجتهاده [٢] .

---

(١) انظر شرح العيني على البخاري ( ج ٢٥ ص ٧٨ — ٧٩ ) ، وصحيح مسلم ( ج ٥ ص ١٥٧ ) .

(٢) اعلام الموقعين ، ج ١ ص ٧٠ .

# الفصل الرابع

## العرف والعادة

### العادة بوجه عام

ان العادة ، بمعناها العام ، هي كل ما اعتاد عليه الناس او فئة منهم . ولقد كانت ولا تزال تلعب دوراً هاماً في تاريخ نشوء الامم وفي حياتهم الاجتماعية وفي مظاهر مدنيتهم ، متأثرة في ذلك بسببين رئيسيين ، طبيعة الاقليم والروح القومية [١] . وكذلك هي تزداد قوة وانتشاراً بواسطة التقليد [٢] ، الذي ينقلها ويثبتها في حياة الشعوب .

ثم ان العادات على انواع : فمنها ما يتعلق بالمعاملات والحقوق ، ومنها ما يعود للاخلاق والآداب ، ومنها ما يتعلق بالملبس والسلوك الاجتماعي ، ومنها ما لا معنى له سوى التسلية [٣] ، وهكذا .

وتختلف العادات ، كباقي المظاهر الاجتماعية ، باختلاف الأمصار

---

(١) راجع في الموضوع كتاب مونتسكيو « روح الشرائع » ( الجزء الاول ، الكتاب الرابع عشر ) ، وكتاب Cursus der Institionen , 1893 , Leipzig ( في المقدمة ) تأليف بوختا Puchta ، وكتاب سافيني

Savigny , System des heutigen romischen Rechts

(٢) انظر كتاب Les lois de l'imitation تأليف تارد Tarde

(٣) مثاله عادة الملك في بعض ولايات اميركا .

والأعصار . فتأخذ في كل زمان وفي كل مكان طابعا خاصاً يميزها من بين غيرها .

مثاله ما ذكره الشاطبي عن كشف الرأس في ايامه « فانه يختلف بحسب البقاع في الواقع . فهو لذوي المروءات قبيح في البلاد المشرقية ، وغير قبيح في البلاد المغربية . . . فيكون عند اهل المشرق قادحاً في العدالة وعند اهل المغرب غير قادح »[١] .

وايضاً خاتم الخطبة اليوم . فالعادة في بعض البلاد ان يوضع في اليد اليمنى قبل الزواج ثم ينقل الى اليسرى بعده ، مع ان العادة في البعض الآخر هي على العكس من ذلك . وكذلك ايضاً المحادنة[٢] عند طبقة العمال في فرنسا . فهي لاتعتبر كافية لعزل الوصي عن وصايته لانها ليست من مساوىء الاخلاق المتواترة عندهم[٣] ، بينما هي على العكس من ذلك عند غيرهم .

وقد كانت العادة في بدء نشوء الامم اساس جميع المظاهر الاجتماعية . فكانت وحدها اساس الدين والاخلاق والمعاملات . ثم ان اهميتها من الناحية التشريعية تلاشت شيئاً فشيئاً بظهور المحاكم وتدوين القوانين ، واصبح دورها يسيراً في ايامنا الحاضرة .

فلهذا كانت العادة في تاريخ التشريع الروماني من المصادر الاصلية . فلقد جمعت اولاً في قانون الالواح الاثني عشر . وبقيت

---

(١) الموافقات ، ج ٢ ص ٢٨٤ .

(٢) المساكنة غير المشروعة .

(٣) على هذا الاجتهاد حكم محكمة الاستئناف في دوبه Douai الصادر في في ١١ نيسان سنة ١٩٣٨ . انظر مجلة سيراي لسنة ١٩٣٨ ، القسم الثاني ، ص ٢١٥ — ٢١٦ .

معتبرة حتى في ايام يوستنيانوس ، القائل ان « الشريعة غير المدونة هي التي تستحسنها العادة »[١] .

وفي فرنسا ، كما قدمنا ، كانت العادة شريعة الايالات الشمالية ، المسماة ببلاد الشريعة العرفية . ولكن اهميتها تضاءلت بعد تدوين قانون نابوليون وما تلاه من القوانين ، ولم يبق لها من تأثير الا في مواضع قليلة ، كما في الامور التجارية وغيرها من المعاملات[٢] . وكذلك لم يعد يكتب فيها من علمائهم اليوم الا نفر قليل[٣] .

اما في انكلترا واميركا ، فقد رأينا ان العرف العام[٤] من ادلة التشريع . غير ان اكثر العادات القديمة اصبحت اليوم مربوطة بقرارات المحاكم ، بصفة سابقات لا يجوز اغفالها .

والحاصل ، ان العادة لعبت دوراً مهماً في تاريخ شرائع الامم . وهذا الدور ، وان كان يسيراً في الوقت الحاضر بالقياس الى الماضي ، الا أنه دور حيوي لا يمكن للشرائع أن تتجاهله ، لان العادة التي سبقت القوانين وقامت مقامها قبل تدوينها ، لا تزال تؤيدها وتفسّرها وتعدّلها وتحرّكها من جمودها . وستبقى كذلك حتى تصل بين ماضيها وحاضرها ، وتصل بين حاضرها ومستقبلها .

---

(١) عن كتاب الاحكام ليوستنيانوس ( Institutes , 1 , 2 , 9 ):
Ex non scripto jus venit , quod usus comprabavit .

(٢) مثاله الحُلوان ( الراشن او البخشيش Pourboire ) كان قديماً من نوع العطية الاختيارية ، التي تعطى للخدمة وغيرهم . ولكنه اصبح اليوم اجبارياً تحت تأثير العرف . فهو في فرنسا وغيرها من البلاد الاوروبيه يضم غالباً على الحساب بنسبة عشرة بالمائة ، باسم اجرة الخدمة Service .

(٣) فرانسوا جيني François Gény

(٤) Common Law

## اثر العادة في التشريع الاسلامي

عند العرب قبل الاسلام ، كانت التقاليد والعادات اساساً لكل مظهر من مظاهر حياتهم ، من ديانة واخلاق ومعايش وتجـــارة ومعاملات ، ولم يعرف انهم دوّنوا شيئاً منها .

ولما ظهر الاسلام اصبح النص المبني على القرآن والسنة اساس التشريع ، فتضاءلت اهمية العادة عما كانت عليه في السابق . وهي على كل حال لم تعتبر كدليل خاص من الأدلة الشرعية عند علماء الاصول ، بل دخلت في التشريع الاسلامي من ابواب مختلفة ، نذكر اهمها :

اولاً — ان بعض النصوص ، وخـــاصة بعض الأحاديث ، كانت مبنية على العرف . وقد ضربنا منها مثلاً عن الحنطة والشعير انها من المكيلات . ومن الطبيعي عند ما تكون الأحكام مبنية على العرف ان يرجع اليه في تفسيرهـــا وتفهم معانيها ، كما في مسائل الدية والقسامة .

ثانياً — السنة التقريرية أقرت كثيراً من العادات العربية . أي أن النبي ( ص ) سكت عن بعض العوائد المستحسنة ورضي عنها ، فاصبحت جزءاً من العادات الاسلامية المبنية على السنة .

ثالثاً — لقد مرّ معنا أن الامام مالكاً اعتبر عمل أهل المدينة اجماعاً كافياً ودليلاً شرعياً عند عدم النص . ولم يكن عمل أهل المدينة في غالب الامر الا العرف والعادات ، القديمة والمعاصرة ، التي كانت شائعة بين الناس في تلك المدينة التجارية .

رابعاً — اذا نشأت عادات جديدة بداعي الحاجة ، او اذا عثر

العرب في فتوحاتهم على عادات لم يعرفوها ، وكان لا نص يخالفها في الكتاب أو السنة ، فكانت تقبل مثل هذه العادات ، ثم تدخل في التشريع الاسلامي من باب اجماع المجتهدين ، أو من أبواب الادلة التشريعية الاخرى كالاستحسان والاستصلاح . وقد مرّ ايضاح ذلك ، وبيان مبدأ تغير الاحكام ، واختلاف الاقوال في جواز تغيير النص ، وأهمية العرف والعادة في كل ذلك .

## اثر العادة في الاحكام الفرعية

العرف والعادة بمعنى واحد . وتعريف العادة ، كما نقل ابن نجيم عن الهندي في شرح المغني ، انها « عبارة عما يستقر في النفوس من الامور المتكررة المقبولة عند الطباع السليمة »[1] . وهي اما عامة يتعامل بها اهل البلاد جميعاً ، واما خاصة لبلد من البلاد او لجيل من الناس . وفي الحالتين هي معتبرة شرعاً .

وعلى هذا جاء في القواعد الكلية ، ان « العادة محكّمة » . وهي قاعدة من القواعد الاربع التي قال عنها القاضي الحسين[2] ان مبنى الفقه عليها[3] . وقد نقلتها المجلة واوضحتها بقولها : « العادة محكّمة ، يعني ان العادة عامة كانت او خاصة تجعل حكماً لاثبات حكم شرعي » ( المادة ٣٦ ) .

---

(١) في كتاب الاشباه والنظائر ، ص ٣٧ .

(٢) هو ابو علي الحسين بن محمد بن احمد المروّروذي ، المتوفى سنة ٤٦٢ هـ . عن وفيات الاعيان لابن خلكان ، ج ١ ص ١٦٥ .

(٣) كما نقله تاج الدين السبكي في جمع الجوامع . انظر شرحه المحلي مع حاشية البناني ، ج ٢ ص ٣٧٣ .

ودليل تحكيم العادة في الامور الشرعية هو اجماع الفقهاء ، المبني على سابقات قضائية اسلامية . ففي القول المأثور : « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن »[١] . وكذلك روى البخاري ان القاضي شريح في عهد عمر بن الخطاب قال للغزالين : « سنّتكم بينكم »[٢] .

ثم ان الكتب الفقهية حوت قواعد كلية اخرى ، في مسألة تحكيم العادة ، نقلتها المجلة جميعاً . وهي وجيزة التركيب ، فصيحة العبارة ، واضحة المعنى . وها هي :

اولاً — « استعمال الناس حجة يجب العمل بها » ( المادة ٣٧ ) . وهي قاعدة نقلت في المجامع عن التلويح[٣] .

ثانياً — « المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً » ( المادة ٤٣ ) . وهي مأخوذة عن الفتاوى الظهيرية . وقد وردت ايضاً بعبارات اخرى . مثلاً في البزازية « المشروط عرفاً كالمشروط شرعاً » ، وفي المجامع « العادة المطردة تنزل منزلة الشرط »[٤] .

ثالثاً — « المعروف بين التجار كالمشروط بينهم » ( المادة ٤٤ ) . او بعبارة القنية ، « المتعارف بين التجار كالمشروط »[٥] .

رابعاً — « التعيين بالعرف كالتعيين بالنص » ( المادة ٤٥ ) .

---

(١) مرّ تخريجه سابقاً . وهو ليس بحديث شريف ، كما ظن بعض الحنفية ، بل هو من قول عبدالله بن مسعود .

(٢) البخاري بشرح العيني ، ج ١٢ ص ١٦ .

(٣) المنافع ، ص ٣٠٨ .

(٤) ذات المصدر ، ص ٣٢٤ .

(٥) كما نقله ابن عابدين ، في رسالة نشر العرف ، ص ١٥ .

وفي المبسوط ، « الثابت بالعرف كالثابت بالنص »[١].

## شروط العادة

لكي تعتبر العـــادة محكّمة شرعاً ، يجب ان تستوفي بعض الشروط ، وهي :

اولا — يطلب ان تكون ، كما قيل في التعريف ، « مقبولة عند الطباع السليمة » ، اي ان تكون معقولة ومطابقة للذوق السليم او الرأي العام .

ثانياً — يجب في العادة ان تكون من الامور المتكررة الشائعة . ففي القاعدة الكلية الواردة في الاشباه والنظائر [٢] وفي المجلة « انما تعتبر العادة اذا اضطردت او غلبت » ( المادة ٤١ ) . وتفسير ذلك ، كما نقلت المجلة عن المجامع [٣] ، ان « العبرة للغالب الشائع لا للنادر » ( المادة ٤٢ ) . مثلاً ، اذا اطلق الثمن في البيع ، اي اذا ورد في العقد دون تخصيص ، كان الثمن على غالب نقد البلد [٤] ، لا على النقد النادر .

ثالثاً — يعتبر العرف السابق او المقارن للمعاملات دون العرف المتأخر الطارىء [٥] . فلو حصل الاتفاق على ثمن المبيع بـدراهم او بدنانير في بلدة اختلفت فيها النقود ، كان البيع منصرفاً الى النقد

---

(١) ذات المصدر ، ص ٤ .

(٢) الاشباه لابن نجيم ، ص ٣٧ .

(٣) المنافع شرح المجامع ، ص ٣٢٥ . وفي المثل اللاتيني :
Ad ea quae frequentius accidunt jura adaptantur

(٤) الهداية ، ج ٣ ص ١٨ .

(٥) الاشباه والنظائر للسيوطي ( ص ٦٨ ) ، ولابن نجيم ( ص ٤٠ ) .

الدارج والى العرف الغالب حين البيع ، وليس الى ما يطرأ بعد ذلك من اختلاف أو تغيير .

رابعاً — لا عبرة بالعرف اذا كان بين الطرفين شرط مخالف ، لان العرف بمنزلة الشرط الضمني . فاذنْ ، هـو مردود بوجود الشرط الصريح .

خامساً — جاء في المجامع ان « العرف انما يكون حجة اذا لم يخالف نص الفقهاء » [١] . فعليه ، في الرأي المختار ، لا عـبرة بالعرف اذا كان في الشرع نص يعارضه ، لان النص اقوى من العرف . وقد خالف في ذلك الامام ابو يوسف عندما يكون النص مبنياً على العرف العام ، وان رأيه كما قدمنا اختارته المجلة . وقد أوضحنا سابقاً تفصيل ذلك كله .

وعلى كل ، فان العادة التي نقصد اليها ، والتي نعتبرها مصدراً خارجياً للشرع الاسلامي ، انما هي العادة الـتي توافق الادلة الاصولية المعتبرة . اما ما جاء منها على خلاف هذه الادلة ، او على خلاف روح الشرع الاسلامي وحكمتـه ونصوصه ، فهو مردود لا تتعرف اليه الشريعة المحمدية بشيء . ومن امثلة العادات المحرمة او المذمومة عادات البدو بحرمان النساء من الميراث [٢] ، وعـادات التعجل والحلف بالطلاق [٣] ، والتحيل على القانون عند القائلـين

(١) المنافع ، ص ٣٢٤ .

(٢) راجع كتاب القضاء بين البـدو لعارف العارف ( مطبعة بيت المقدس ، ١٩٣٣ ، ص ١٢٥ ) ، وكتاب العدل البدوي Bedouin Justice تأليف كنيت Kennet ( كيمبردج ، ١٩٢٥ ، ص ٩٩ ) .

(٣) انظر فتاوى ابن تيمية ( مصر ، ١٣٢٦ — ١٣٢٩ هـ ، ج ٣ ص ٢ وما بعدها ) ، ومجلة المنار ( سنة ١٣٦٣ هـ ، ص ٧٣٧ — ٧٤٢ ) .

بتحريم الحيل ، وما اليها .

## امثلة تحكيم العادة

ان الامثلة عن تحكيم العادة في المعاملات كثيرة في المجلة وفي الكتب الفقهية . ونحن نذكر هنا قليلاً منها على سبيل الايضاح .

لو استؤجر خياط ، فالخيط والابرة عليه عملاً بالعرف . ولو أعطى رجل ولده لاستاذ ليعلّمه صنعة من دون ان يشترط احدهما اجرة للاخر ، فبعد تعلم الصبيّ لو طالب احدهما الآخر باجرة ، يعمل بعرف البلدة وعادتها . فان كان العرف يشهد للاستاذ حكم له بأجر المثل ، اي بالاجرة المعروفة لذلك التعليم . وان كانت الاجرة عادة للصبي اجبر الاستاذ على دفعها ( المادتان ٥٧٤ و ٥٦٩ ) .

وكذلك جوّز التعامل ببيع الوفاء ، اي البيع بشرط ان البائع متى رد الثمن يرد المشتري اليه المبيع ( المادة ١١٨ ) . وجوّز ما كان يقع في ايام ابن نجيم في اسواق القاهرة مما يسمونه « خلو الحوانيت » ، فلا يملك صاحب الحانوت اخراج المستأجر منها ولا اجارتها لغيره [١] . وجوّز ايضاً مشايخ بخارى ان يدفع الرجل غزله الى الحائك لينسجه بالنصف ، وجوّز الفقهاء الحنفية استئجار الظئر ( المرضع ) بطعامها وكسوتها ، بناء على العرف مع ان في مقدار الاجرة جهالة في الحالتين . وذكروا انه ينظر الى العرف فيما يدخل في البيع تبعاً بدون ذكر ، فقد كان

---

(١) راجع في شرح الحموي على الاشباه ( ج ١ ص ١٣٦ – ١٣٨ ) الخلاف في جواز الخلو ، وفتاوى محمد بن بلال الحنفي والمفتي ابي السعود وناصر الدين اللقاني المالكي وغيرهم في هذه المسألة .

السلم المنفصل لا يدخل في بيع البيت في عرف اهل الكوفة ويدخل في عرف اهل القاهرة .

ولو باع التاجر شيئاً دون الاتفاق مع المشتري على تعجيل الثمن ولا على تأجيله ، وكان المتعارف بين التجار ان البائع يأخذ كل اسبوع قسطاً معلوماً من الثمن ، انصرف العقد الى هذا العرف [١] .

ومثل آخر : اذا استقدم احد آخر من الذين جرت عادتهم العمل بالاجرة ، كالدلال والحمال والنجار ، من غير تسمية الاجرة ، فان الاجير يستحق « من الاجرة ما جرت به العادة لدلالة العرف على ذلك » [٢] .

ثم ان للعادة تأثيراً ايضاً في تفسير بعض التصرفات . فمن ذلك القاعدتان الكليتان الآتيتان ، الواردتان في المجلة نقلاً عن المجامع [٣] :

الاولى هي : « الممتنع عادة كالممتنع حقيقة » ( المادة ٣٨ ) . ومعناها ان المستحيل بعرف الناس حكمه حكم المستحيل الحسي . فمثل المستحيل الحسي ان يدعي رجل انه ابن رجل آخر اصغر منه سناً . ومثل المستحيل العرفي ان يدعي رجل معدم ان السلطان

---

(١) مثاله عادة الدفع يوم السبت ، المسماة « السبتية » ، المعروفة بين تجار مدينة بيروت وغيرها .

(٢) راجع في كل هذه الامثلة : الاشباه والنظائر لابن نجيم ( ص ٣٨ — ٤١ )، ورسالة نشر العرف لابن عابدين ( ص ٢٧ ) ، وقواعد الاحكام للعز بن عبد السلام ( ج ٢ ص ١٣٥ ) ، وتبصرة الحكام لابن فرحون ( ج ٢ ص ٦٥ وما بعدها ) .

(٣) المنافع شرح المجامع ، ص ٣١٩ و ٣٣٢ .

استدان منه مبلغاً كبيراً من المال . فهنا كان للعـــادة تأثير في وصف الامر المدعى به والحاقه بالمستحيل الحسي [١] .

والقاعدة الثانية : « الحقيقة تترك بدلالة العادة » ( المادة ٤٠ ) . اي ان المعنى الحقيقي للفظ ما ، اذا اصبح مهجوراً وشاع استعمال ذلك اللفظ في معنى آخر ، فيكون المعنى المشهور معولاً عليـه دون الحقيقي . وبمعناه قيل في المثل : « غلط مشهور خير من صحيح مهجور » [٢] .

---

(١) انظر المادة ١٦٩٧ من المجلة .

(٢) يقابله في اللاتينية :

Via trita via tuta . Communis error facit jus .

# الفصل الخامس

## علاقة الشريعة الاسلامية بالشريعة الرومانية

### تباين الآراء

ان موضوع علاقة الشرع الاسلامي بالقانون الروماني موضوع دقيق ، حصل فيه خلاف كبير بين الباحثين . فمنهم من ذهب الى ان الشرع الاسلامي تأثر بالقانون الروماني ، ومنهم من نفى ذلك ، ومنهم من توسط وذهب الى رأي معتدل .

وان الفريق الاول جله من المستشرقين ومن العلماء الغربيين ، امثال غولدزيهر في كتابه « محاضرات عن الاسلام » [١] ، وفون كريمر في كتاب « تاريخ الثقافة الشرقية في ايام الخلفاء » [٢] ، وآيموس في كتاب « القانون المدني الروماني » [٣] ، واميليوبوسي في كتابه « الابحاث في العلاقات بين بيزنطية والاسلام » [٤] ، وغيرهم .

ومن الفريق الثاني الاستاذ فاتر الخوري في كتاب « الحقوق

---

(١) Goldziher , Vorlesungen uber den Islam . انظر ترجمته الفرنسية Le Dogme et a Loi de l'Islam ، باريس ، ١٩٢٠ ، ص ٣٩ .

(٢) Von Kremer , Culturgeschichte des Orients unter den Chalifen ، فيانا ، ١٨٧٥ ، ج ١ ص ٥٣٢ وما بعدها .

(٣) Amos , Roman Civil Law ، ص ٤٠٦ - ٤١٥ .

(٤) Emilio Bussi , Ricerche intorno alle relazioni fra retratto byzantino et musulmano ، ميلانو ، ١٩٣٣ .

الرومانية »[١] ، والاستاذ عارف النكدي في رسالته « القضاء في الاسلام »[٢] ، وفضيلة الشيخ محمد سليمان في رسالته « بأي شرع نحكم »[٣] ، وغيرهم .

ومن الفريق الثالث السيد محمد حافظ صبري في « كتاب المقارنات والمقابلات »[٤] ، والسيد احمد امين في كتابي فجر الاسلام[٥] وضحى الاسلام[٦] ، والسيد عطية مصطفى مشرفة في كتاب « القضاء في الاسلام بوجه عام »[٧] ، والدكتور شفيق شحاته في كتابه « النظرية العامة للالتزام في الشرع الاسلامي »[٨] وغيرهم ايضاً .

وانت ترى ان الفريقين الثاني والثالث كلهم من العلماء او الفقهاء الشرقيين . وهم ، بوجه عام ، قد دققوا في المسألة اكثر من تدقيق الفريق الاول . فاصاب بعضهم فيما كتب ، وتأثر البعض الآخر بالشعور القومي بعض التأثر .

ثم ان الفريق الاول ، وكلهم من الغرباء ، معظمهم لم يدرسوا الفقه الاسلامي درساً عميقاً ، بل اقتنعوا من ذلك في غالب الامر بدراسات سطحية ، لا تعدّ كافية من الناحية العلمية . ومثال ذلك

---

(١) دمشق ، ١٩٢٤ ، ص ٩ — ١٢ .
(٢) دمشق ، ١٩٢٢ ، ص ٣ .
(٣) القاهرة ، ١٩٣٦ ، رقم ٤٠ .
(٤) مصر ، ١٩٠٢ ، ص ٥ و ١٨٦ .
(٥) ١٩٣٣ ، ص ٢٩٠ .
(٦) ج ١ ( ١٩٣٤ ، ص ٢٧٨ ) ، و ج ٢ ( ١٩٣٥ ، ص ١٠٤ ) .
(٧) مصر ، ١٩٣٩ ، ص ١١٧ وما بعدها .
(٨) بالفرنسية ، طبع في القاهرة ، ١٩٣٦ ، ص ١٨٠ .

قول آيوس ، اذ كتب في جزم :.« ان الشرع المحمدي ليس الا القانون الروماني للامبراطورية الشرقية معدّلاً وَفْقَ الاحوال السياسية في الممتلكات العربية »[١] . فهذا النظر القاسي يثير الاستخفاف ، لانه منتهى المبالغة ، ولانه مجرد عن البرهان العلمي الذي يقتضيه البحث التاريخي في مثل هذه الامور .

وان خلاصة الحجج التي تذرع بها من قال بتأثر الشريعة الاسلامية بالشريعة الرومانية هي الشبه الموجود او المدعى وجوده بين الشريعتين فى بعض الاحكام ، ومداخلة الشريعة العبرية ، وتأثير العادات في البلاد المفتوحة . ونحن نرى ان البحث في قيمة هذه الحجج يثير التدقيق في المسائل الآتية ، وهي :

اولاً — هل ان الشبه المزعوم يستحق الاهتمام ام انه طفيف لا يذكر ؟

ثانياً — هل ان مجرد الشبه يكفي للدلالة على الاقتباس ؟

ثالثاً — ماذا كان موقف الفقهاء المسلمين من القانون الروماني ؟

رابعاً — ما هي نواحي الاتصال بين الشريعتين ؟ وما هي علاقة الشريعة اليهودية وعادات الرومان في البلاد المفتوحة بهذا الموضوع ؟

---

(١) هذا ما ذكره الاستاذ « لي » في كتابه تاريخ الشرائع ( لندن ، ١٩١١ ، ص ٣٢٢ ) ، نقلا عن كتاب آيوس المذكور ( ص ٤١٥ ) . وهو في الاصل حرفياً :

**Mohamedan Law is nothing but the Roman Law of the Eastern Empire adapted to the political conditions of the Arab Dominions . ( Lee , Historical Jurisprudence ) .**

## مقدار الشبه بين الشريعتين

قال فون كريمر [١] ان مواضع الشبه بين القانون الروماني والشرع الاسلامي هي عديدة . واهمها قاعدة البينة على المدعي ، وسن البلوغ والرشد ، وبعض احكام المعاملات التجارية كالاجارة والبيع ، والتفريق بين البيع والمقايضة . وهاك بيان حقيقة هذا الشبه وتفسيره .

فقاعدة « البينة على المدعي » ، اي قاعدة وضع عبء الاثبات على المدعي لدى القضاء ، تستند في الشريعة الاسلامية الى الحديث الشريف : « البيّنة على المدعي واليمين على من انكر » [٢] . ومعلوم ان الحديث اقدم تاريخاً من الفتوحات الاسلامية في البلاد التي كانت خاضعة للشريعة الرومانية ، ومن ثم لا يمكن ان يكون مقتبساً عن هذه الشريعة .

ثم ننبّه الى الشبه المزعوم في مسألة التفريق بين البيع والمقايضة في الشريعتين ، ونثبت ان هذا الشبه وهمي . فالقانون الروماني فرّق بين البيع اي مبادلة المال بالنقد ، وبين المقايضة اي مبادلة المال بالمال . فالبيع [٣] كان من فئة العقود الرضائية ، التي كانت تنعقد بمجرد الايجاب والقبول اي بمجرد رضى الطرفين المتعاقدين . ولكن المقايضة [٤] كانت من فئة العقود « غير

---

(١) في كتابه المشار اليه ، ص ٥٣٣ و ٥٣٦ — ٥٣٧ .

(٢) رواه السيوطي في الجامع الصغير ( رقم ٣٢٢٥ و ٣٢٢٦ ) ، نقلا عن الترمذي والبيهقي .

(٣) Emptio - venditio

(٤) Permutatio

المسماة » ، وهذه لم يكن الرضى وحده كافياً لانعقادها ، بل انها كانت تستوجب فوق ذلك تنفيذ العقد من قبل احد المتقايضين [١] . وان من درس القانون الروماني يعرف تفصيل ذلك واهميته العملية . اما الشرع الاسلامي فلم يتعرّف الى هذا التفريق الشكلي ، بل ان المقايضة فيه ليست الا نوعاً خاصاً من انواع البيع الرضائي [٢] .

ثم ان عقدي البيع والاجارة ، وان تشابها في الشريعتين من ناحية بعض احكامها العامة ، بسبب ارتكاز هذه على مبادىء التبادل الاقتصادي والمعاملات التجارية التي استوجبت وجودها ، الاّ ان في العقدين اختلافاً في احكام تفصيلية اخرى كخيار الرؤية ، وغيره من الامور العديدة .

واخيراً ، ليس في مسألة سن البلوغ والرشد في الشريعتين شبه جليّ . فعند الرومان كان البلوغ محدداً بتمام السنة الثانية عشرة للفتاة وتمام الرابعة عشرة للفتى [٣] . ولكن الشريعة الاسلامية في الرأي السائد اعتبرت ان منتهى سن البلوغ هو خمس عشرة سنة [٤] .

فاذن ، ان هذه الامثلة فيها بعض المبالغة ، وعلى كل ليس فيها البرهان المقنع على تأثر المسلمين بفقه الرومان . وانها ، بفرض

---

(١) Do ut des . انظر القانون الروماني لجيرار ، ص ٦٢٧ ، ومجموعة الديجستا ( D , 19 , 4 )

(٢) انظر المادتين ١٢٢ و ٣٧٩ من مجلة الاحكام العدلية .

(٣) يوستنيانوس ، الاحكام ، Inst . 1 , 22

(٤) المادة ٩٨٦ من المجلة .

صحتها ، ليست الا يسيرة لا تكاد تستحق الذكر ، لا سيما اذا نظرنا الى الفروق العديدة بين الشريعتين . فليست العبرة بوجود بعض مواضع الموافقات ، لكن العبرة بأهمية هذه المواضع بالقياس الى مواضع الفروق . فالفروق الاساسية كثيرة يطول بنا القول لو اردنا استقصاءها . وان المقام هنا لا يسمح حتى بذكر اهمها . ومع ذلك ، هاك بعض الامثلة منها :

اولاً — ان النساء الرومانيات كنّ تحت الوصاية الدائمة [١] ، وكنّ مدى حياتهن لا يمكنهن التصرف باموالهن الا باجازة الوصي . اما الشرع الاسلامي ، فقد اعطى المرأة مبدئياً الاهلية التامة لاجراء جميع التصرفات الشرعية .

ثانياً — ان المهر عند الرومان يدفع للزوج من طرف الزوجة او احد ذويها ، بينما هو عند المسلمين يدفع الى الزوجة من طرف الزوج [٢] .

ثالثاً — التبني لا يقره الشرع الاسلامي [٣] ، مع انه كان معروفاً في القانون الروماني [٤] .

رابعاً — ان الشكل والتعقيد كان ملموساً في عقود الرومان

---

(١) Tutea perpetua mulierum

(٢) في الحديث الصحيح « التمس ولو خاتماً من حديد » . روي في الصحيحين وفي مسند احمد وفي سنن ابي داود ( الجامع الصغير للسيوطي ، رقم ١٥٦٤ ) .

(٣) عملا بالآية الكريمة «وما جعل ادعياءكم ابناءكم . . . ادعوهم لآبائهم» الاحزاب (٣٣) ٤ و ٥ . انظر احكام التبني في الشريعة الاسلامية ، في مقال لمؤلف هذا الكتاب ، منشور في النشرة القضائية اللبنانية ، السنة الاولى ، ج ١ ص ٦ .

(٤) Adoptio et adrogatio

وفي اصول محاكماتهم ، مع ان الامر على العكس منه في الشرع الاسلامي ، المبني على القاعدة : « ان العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني ، وان الامور بمقاصدها » ، كما سنوضح في محله .

خامساً — ان حوالة الدين لم تكن جائزة في القانون الروماني ، مع انها جائزة بلا خلاف في جميع المذاهب الاسلامية .

سادساً — ان قواعد الارث والوصية مختلفة في الشريعتين اختلافاً بيّناً . مثلاً في الشريعة الاسلامية ، « لا وصية لوارث » . اما عند الرومان ، فان الوصية اخترعت اساساً لاجل تعيين الوارث .

سابعاً — ان احكام الشفعة والوقف الذري المعروفة في الشريعة الاسلامية لا نجد لها نظيراً في القانون الروماني . الخ الخ . .

## دلالة الشبه بحد ذاته

ما هي قيمة الشبه بحدّ ذاته ، اذا ما وجد بين شريعتين ؟ وهل في ذلك دلالة كافية على اقتباس احداهما من الاخرى ؟ وبعبارة ثانية ، أيكفي وجود بعض الموافقات بين شريعتين لاثبات ان الاولى اخذت عن الثانية ؟

لا ريب في ان مجرد الشبه وحده لا يكفي بوجه عام لاثبات الاخذ . وتفسير ذلك يحتاج الى تفصيل بين القواعد الكلية وبين الاحكام الجزئية .

فالقواعد الكلية ، كتحريم القتل بدون حق ، وتحريم السرقة والزنا وما اشبه ، هذه ترتكز على مبادىء العدل الاولية . وهي لذلك ابدية واحدة . فلا غروَ من ان تكون متشابهة قديماً

وحديثاً ، وفي مختلف الاحوال والامصار والشعوب ، سواء أكانت بين تلك الشعوب علاقات ومبادلات ام لم تكن .

اما الاحكام الجزئية ، فليست دائماً متشابهة فيما بينها . بل هي في الغالب مختلفة باختلاف المكان والزمان والظروف الاجتماعية الخاصة . ولكن الشبه غير ممتنع فيها .

فاذا وجد هذا الشبه ، فكما انه يمكن ان يأتي عن طريق التقليد والاقتباس ، كذلك هو جائز بغير هذه الطريق .

وتفسير ذلك ان الاحكام مبنية على علل واسباب . فاذا وجدت الاسباب والعلل متشابهة في بلدين ، كان من المعقول ان تكون الاحكام المبنية عليها متشابهة فيها ، وفاقاً للمبدأ القائل ان نظائر الاسباب تولد نظائر النتائج . وهذه القاعدة ليست خاصة بالاحكام الشرعية فحسب ، بل هي شاملة لجميع المظاهر الاجتماعية ، كما نرى في الشبه الملموس بين الحضارات المختلفة .

واوضح المثل على ذلك التبني ، اي ادخال الولد الغريب الى العائلة مكان الولد الحقيقي ليقوم مقامه في الحقوق والواجبات ، فهو قد كان معروفاً عند الهندوس القدماء وعند الرومان . وكانت علة وجوده خوف رئيس العائلة من ان يموت بلا وارث ، وحرصه على ايجاد من يتابع الحياة العائلية بعده ، ويقوم بما يجب لتقديس ذكرى الاموات [١] . فهل ان هذا الشبه بين شرائع الشعبين البعيدين يدل على ان احدهما اقتبس احكام التبني عن الآخر ؟

---

(١) انظر كتاب فاين « القانون القديم » ( ص ١١٦ ) ، وكتاب ده كولانج ( ص ٥٥ - ٥٦ ) .

وان قيل هذا ، فأي دليل ثمة على صحته ؟

ولا ريب في ان الامثلة من هذا النوع لا تعد ولا تحصى . خذ الشبه بين الشريعتين الاسلامية والانكليزية في مسألة حكم الفضولي الذي يتصرف في مال غيره بلا اذنه ، او خذ الشبه بينهما في بعض نواحي نظرية سوء استعمال الحقوق . فهل معنى هذا الشبه الواضح ان احدى الشريعتين اقتبست عن الاخرى ، رغم ان الثابت يدحض ذلك ؟ أيقال هنا ان الشريعة الاسلامية اخذت عن الانكليزية ، وهذا لا يعقل لان الاولى اقدم من الثانية ، بل هي وجدت قبل ان تنشأ الثانية ؟ او يقال ان الشريعة الانكليزية اخذت عن الاسلامية ، وهذا لا دليل عليه ، بل الدليل التاريخي على عكسه ؟ فالشريعة الانكليزية لم تأخذ في الاصل عن الشرائع الاوروبية القريبة منها ، فكيف تأخذ عن الاسلامية البعيدة ؟

والحاصل ان الحضارات المختلفة تتشابه دائماً في قواعدها الكلية ، وتتشابه احياناً في احكامها الجزئية اذا كانت هذه الاحكام مبنية على علل ومصالح واحدة . وهكذا ، لا يكون هذا الشبه بحدّ ذاته دليلاً كافياً وحده لاثبات النقل او الاقتباس .

فاذن ، ان الشبه لا بد منه بين الشرائع . ونحن نقر انه لا بد من وجوده بين الشريعتين الاسلامية والرومانية ، في القواعد الكلية وفي الاحكام الجزئية ، للاسباب التي اسلفناها . وهذا ما يفسر وجود الشبه الملموس بين كثير من القواعد الكلية في الفقه الاسلامي وبين ما يقابلها من الامثال الشرعية اللاتينية ، التي سنبينها في محلها .

وعلى كل حال ، فان كثيراً من هذه الامثال اللاتينيـــة لم تكن في القانون الروماني . بل زيدت عليه فيما بعد ، ايام النهضة العلمية الاوربية ، بواسطة الشراح والمفسرين، الذين أخرجتهم مدرسة بولونيا الايطالية ، وغيرها من المدارس الاوروبية . ولعل هؤلاء تأثروا في ذلك بالثقافة العربية التي وصلتهم عـن طريق الاندلس وغيرها ، كما تأثروا بتجارتهم وصناعاتهم التي اتصلت اليهم بطريق البلاد المجاورة للبحر المتوسط . وهـا ان دور الكتب في اوروبا لا تزال غنية بالكتب والمخطوطات العربية ، وان اللغات الاوروبية لا تزال تحمل من الكلمات العربية الشيء الكثير .

ومثل واحد يكفي لتأييد مـا ذكرنا . فمن الثابت في تاريخ قانون التجارة ان السفتجة والحوالة لم تعرفا في اوروبا قبل القرن الثاني عشر للميلاد ، مع انهما كانتا معروفتين في جميع كتب الفقه الاسلامي ، وخاصة في كتب الحنفيين ، التي ترجع الى القرن الثامن للميلاد . وهما كما قال غراسهوف ، نقلتـا الى الغرب بعد اربعة قرون ، بواسطة ايطاليا في ابان الحروب الصليبية ، وبواسطة الاندلس يوم كانت لا تزال بلداً عربياً . وهذا التأثير ترك طابعه في كلمة الحوالة نفسها . فقد قيل ان كلمة « آفال »[١] الفرنسية ، المستعملة بمعنى تظهير السفتجة بتوقيع شخص ثالث عـــلى سبيل الكفالة ، مشتقة من كلمة الحوالة العربية . ومثلها ايضاً كلمـــة « آفاري »[٢] الفرنسية ، المستعملة في قانون التجارة البحرية بمعنى

---

(١) Aval .

(٢) Avaries .

الخسائر البحرية ، هي مأخوذة من كلمة العوار العربية [١] .

ولم نكن لنستشهد بين ذكرنا لو لم نتعود من البعض انكار الحقائق التاريخية والادعاء المجرد بان كل ما في شرائع العرب والمسلمين مقتبس عن الرومان . ولو عرف الرومان السفتجة والحوالة ، لما احجم البعض عن مثل هذا الادعاء ايضاً .

## موقف الفقهاء المسلمين من القانون الروماني

مما لا ريب فيه ان المسلمين لم يطلعوا على كتب الرومان في الفقه ، ولم يترجموا شيئاً منها ، ولم يذكروا شيئاً عنها . ولو فعلوا ذلك لاعترفوا به ولكان اثره باقياً في كتبهم ، كما اعترفوا بترجمة كتب اليونان والفرس في العلوم المختلفة وفي الادب والفلسفة ، وكما تدل اثار ذلك في كتبهم وفي الكتب المترجمة وفي الكلمات الدخيلة المنقولة .

ولقد كان الباعث على احجام الفقهاء عن دراسة القانون الروماني عقيدتهم الثابتة ان الشريعة الاسلامية الهية مبنية على القرآن الكريم في اساسها ، وانها مثل الكمال في التشريع . لذا كانوا ينبذون كل ما صدر عن غير المسلمين في هذا العلم ، ويحرمون الاخذ به . وبهذا اقرّ فون كريمر نفسه [٢] ، برغم ادعائه بتأثير الرومان على الفقه الاسلامي .

---

(١) راجع ما نقله بول هوفلان Paul Huvelin عن غراسهوف Grasshoff في مقاله المنشور في مجلة Annales de droit commercial لسنة ١٩٠١ ، باريس ، ص ١ – ٣٠ ، وخاصة ص ٢٢ – ٢٦ .

(٢) في كتابه المذكور ، ص ٥٣٣ – ٥٣٤ .

وفوق ذلك ، لو ان فقهاء الاسلام اطلعوا على كتب القانون الروماني ، لكانوا نقلوا عنهم نظرية الموجبات والعقود العامة ، التي تعد احسن ما تركه الرومان في هذا الميدان ، ولما بقيت كتب الفقه خالية من مثل هذه النظرية العامة .

## علاقة الشريعة اليهودية

وبعد ، فكيف تأثر الشرع الاسلامي بالقانون الروماني ؟ وعن اي طريق نفذ هـذا التأثير ؟ فعلى هذا السؤال ، اجاب فون كريمر ان التأثير جاء عن طريق اليهودية ، وعن طريق العادات في البلاد المفتوحة ، مع اعترافه بان في الامر مجالاً للشك والتردد [١] .

فالجواب عن الطريقة الاولى سهل ، لان الرأي المختار عند الاصوليين المسلمين ، كما قدمنا ، يعتبر قاعدة « شرع من قبلنا شرع لنا » من الادلة الموهومة . لذلك تعد احكام الشريعة اليهودية مردودة عند المسلمين ما لم يكن في المسألة دليل شرعي يوافقها من نص او اجماع .

نعم ذكر بعض الباحثين ، ومنهم ابرهام غايغر في كتابه « ماذا اخذ محمد عن اليهودية » [٢] ، وجود شبه بين الشريعتين في بعض المسائل ، كالعدة ومدة الرضاعة . ولكن الشبه في هذه

---

(١) Zweifelhaft . المصدر ذاته ، ص ٥٣٧ .

(٢) Was hat Mohammed aus den Judenthume aufgenommen انظر ترجمته ليونغ بعنوان Judaism and Islam طبع مدراس ، ١٨٩٨ ، ص ٦٩ — ٧٠ .

المسائل الجزئية لا عبرة به ، لان الخلاف موجود في غيرها اهم منها [١] .

مثلاً ، لم يكن الزواج محرماً في الشريعة اليهودية بين اقرباء الحاشية من الدرجة الثالثة ، كما بين الخال وابنة اخته [٢] . ولكن هذا محرم في الشرع الاسلامي ، بدليل الآية الكريمة : « حرّمت عليكم امهاتكم وبناتكم واخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت ... » [٣] .

ثم ان الرضاع يعتبر من موانع الزواج في الشرع الاسلامي ، بعكس الشرع اليهودي [٤] .

ومثل اخير : يتوجب على الوارث دفع ديون الميت الزائدة عما تركه الميت من الاموال ، وذلك في الشريعتين الرومانية والعبرية ، وفي بعض الشرائع اللاتينية كالقانون المدني الفرنسي . ولكن الوارث لا يجبر على ذلك في الشريعة الاسلامية ، ولا في

---

(١) انظر في الفروق بين الشريعتين ، كتاب المقارنات والمقابلات المذكور .

(٢) انظر ما كتب تحت كلمة زواج في الموسوعة اليهودية The Jewish Encyclopedia ) ، وفي قاموس التوراة لهايستنغ ( Hasting's Dictionary of the Bible ). انظر ايضاً المادة ٢٢ من قانون العائلة العثماني الصادر في ٢٥ تشرين الاول سنة ١٣٣٣ ، وكتاب احكام القرآن الاجتماعية لروبرتس ( لندن ، ١٩٢٥ ، ص ١٤ Roberts ' Social laws of the Qoran ) ، والعهد القديم من الكتاب المقدس في سفر اللاويين ٨ ( ٧ — ١٧ ) و ٢٠ ( ١١ — ٢١ ) ، وفي سفر التثنية ٢٢ ( ٣٠ ) و ٢٧ ( ٢٠ و ٢٢ — ٢٣ ) ، حيث ذكرت محرمات الزواج دون بنات الاخت وبنات الاخ .

(٣) سورة النساء (٤) ٢٣ .

(٤) انظر قانون العائلة المذكور ، في المادتين ١٨ و ٢٦ .

بعض الشرائع الحديثة كالانكليزية والالمانية [١] .

## عادات الرومان في البلاد المفتوحة

ان تأثير هذه العادات على الشرع الاسلامي موضع نظر وتحقيق . فالثابت ان هذا الشرع مصدره الاساسي النص في الكتاب والسنة ، وان هذا النص وصل الى المسلمين عن النبي ( ص ) بالوحي الالهي في طور التشريع الاسلامي الاول ، حين لم تتعدّ الحياة الاسلامية جزيرة العرب ولم تحتك بالثقافة الرومانية . ومعلوم ان محاولة الرومان غزو جزيرة العرب كانت فاشلة منذ القديم .

ولكنه عند ما اتسعت الفتوحات الاسلامية ، واستولى المسلمون على بعض البلاد التي كانت خاضعة للحكم الروماني ، كمصر والشام ، اخذ فقهاؤهم وقضاتهم يعرضون عادات تلك البلاد على اصول الشرع الاسلامي . فما كان منها ملائماً لنصوصه ولمقاصده وحكمته ، قبلوه بالاجتهاد عن طريق الاجماع او الاستحسان او المصلحة او غير ذلك من الادلة الشرعية التفصيلية . وما كان مخالفاً للشريعة ، نبذوه وحكموا بمنعه .

ولا بد من التنبيه الى ان العادات هذه لم تكن رومانية بحتة ، بل كانت عادات تجارية شاملة لجميع الشعوب القديمة ، لا سيما شعوب البحر الابيض المتوسط . ولقد تأثر الرومان انفسهم بهذه

---

(١) انظر كتاب ده كولانج المدينة القديمة ( ص ٧٧ ) ، وكتاب المقابلات والمقارنات ( المادة ٣٣١ ) ، والفتاوى الخيرية ( ج ٢ ص ٦٤ و ٧٣ ) .

العادات وادخلوها في قانونهم باسم « قانون الشعوب » [١] ، لتفريقه عن القانون الروماني الاصلي المعروف بالقانون الاهلي او المدني [٢] .

وعلى كل حال ، فالفقه الاسلامي لم يقر بعض هـذه العادات التجارية الشاملة فحسب ، بل اقر على هذا النحو بعضاً من عادات جميع البلاد التي خضعت للحكم الاسلامي . ومن هـذه البلاد ما لم يكن خاضعاً للحكم الرومـــاني ، كالعراق وفارس وتركستان وغيرها . وسنرى مثلاً كيف ان العرف عنـد اهل بلخ وبخارى كان الباعث على تجويز البيع بالوفاء عند الفقهاء الحنفية المسلمين .

وعلى الجملة ، فان الشعوب كالافراد لا تعيش لوحدها ، بل هي جزء من كل تتشارك في المبادلات والمعاملات المختلفـة . فهي تتبادل الثقافـــة والعلوم والعادات ، كما تتبادل العروض والسلع والصناعات . فالتقليد بين الشعوب ، كالتقليد بين الافراد ، عامل اساسي للحياة الاقتصادية والاجتماعية . والحوادث التاريخية جميعاً لها تأثيرها في تطور الحضارة ونشوئها . والفتح الاسلامي لم يخرج عن هذا النظام . فانه كان الباعث عـــلى امتزاج الثقافة الاسلامية بالثقافات القديمة التي كانت في البلاد المفتوحة وكان من جراء ذلك كله تأثير متبادل لا ريب فيه .

## الخلاصة

والان نستبين مما قدمناه ان الموافقات بين الشريعتين الاسلامية

---

(١) Jus gentium . راجع مقدمة بولوك المذكورة على كتاب ماين ، ص ١٢ .

(٢) Jus civile .

والرومانية طفيفة جداً بالقياس الى الفروق . ونستبين ان هـــذه الموافقات لا تدل بحد ذاتها على تأثر الاولى بالثانية .

ثم ان موقف الفقهاء المسلمين كان موقفاً سلبياً ازاء القانون الروماني ، بالنظر الى روح الشريعة الاسلامية ومصدرها الالهي . وان العادات التي اقتبسها الفقهاء في البلاد التي كانت خاضعة للحكم الروماني دخلت الى التشريع الاسلامي ان لم يكن مـا يناقضها في نصوص الشرع او في مبادئه الاساسية .

وعلى كل ، فالعادات هذه لم تكن رومانية بحتـــة ، بل كانت عادات تجارية معروفة عند العرب وعند باقي شعوب البحر المتوسط . وقد تأثر بها الرومان انفسهم وادخلوها في شريعتهم قبل المسلمين . وان الشريعة الاسلامية ، كما تأثرت ببعض العادات الاجنبية القليلة ، كذلك تركت هي آثارها في مدنيات جديدة ناشئة ، على الوجـه الذي اوضحناه .

وفيما عدا هذا التأثر الطفيف ، فالحقيقة التي لا ريب فيها هي ان الشريعة الاسلامية قائمة بذاتها غير منقولة عن غيرهـــا . فهي شريعة مستقلة تمام الاستقلال ، لها اصولها الخاصة وتاريخها المجيد . وهذا ما توفق مندوبو الازهر الشريف باقراره من قبل المؤتمر الدولي للقانون المقارن المنعقد في لاهاي عام ١٩٣٧ [١] .

---

(١) انظر النشرة الفصلية لجمعية التشريع المقـارن لسنة ١٩٣٧ المذكورة ، ص ٣٥٦ - ٣٥٧ .

# الباب الخامس

# بعض القواعد الكلية

## الفصل الاول

### معلومات عامة

---

#### صفة القواعد الكلية

درسنا في الباب السابق بناء الاحكام على المقاصد والمصالح ، وتغيرها بتغير الزمان والمكان ، وعلاقة هذا التغير بالنصوص الشرعية . واوضحنا ان الاحكام المعرضة للتغيير والتعديل معظمها يتعلق بالجزئيات ، وانه الى جانب هذه الجزئيات توجد فئة من الاحكام العامة الكلية ، التي تعود الى المعاملات « والعوائد التي لا تختلف بحسب الاعصار والامصار والاحوال » .

ومن امثلة كليات الشرائع : تحريم القتل بدون حق ، وتحريم اكل مال الناس بالباطل ، وتحريم الزنا ، وما الى ذلك . وهي ، كما قال الشاطبي ، « كلية ابدية ، وضعت عليها الدنيا وبها قامت مصالحها في الخلق حسبما بيّن ذلك الاستقراء . وعلى وفاق ذلك جاءت الشريعة ايضاً . فذلك الحكم الكلي باقٍ الى ان يرث الله

الارض ومن عليها »[١] .

فهذا الضرب من الاحكام العامـــة يرتكز على مبادىء اولية ابدية ، هي مبادىء العدل الصافي والخير الحقيقي . وقـد اسماها القدماء القانون الالهي او القانون الطبيعي او القانون الابدي[٢] . وكتب فيها قبل المسلمين ارسطوطاليس وغـــيره من الفلاسفة اليونانيين وشيشرون وغايوس ويوستنيانوس[٣] ، وكتب بعدهم علماء الغرب من افرنسيين وانكليز والمان . وهم متفقون جميعاً على ان هذه القوانين العامـــة هي ابدية وهي « قوانين القوانين »[٤] ، و « انهـــا نافذة في جميع البلاد وعند جميع الشعوب وفي جميع الاعصار »[٥] .

وان هذه الصفة العامة الابدية للاحكام الكلية تستتبع صفة لازمة اخرى . وهي ان هذه الاحكام واحدة متشابهة في جميع الشرائع . فهي واحدة او تكاد تكون كذلك قديماً وحديثاً ، وهي واحدة او تكاد تكون كذلك في الشريعة الرومانية وفي الشرع الاسلامي وفي الشرائع الاوروبية الحديثة .

---

(١) الموافقات ، ج ٢ ص ٢٩٨ .

(٢) Lex aeterna , Jus naturale , Jus divinum .

(٣) في كتاب الاحكام ، الكتاب الاول ، ٢ (١١) :

Sed naturalia quidem jura, quae apud omnes gentes peraeque servantur , divina quaedam providentia constituta semper firma atque immutabilia permanent . ( Institutes , I , 2 ,11 ) .

(٤) Leges legum .

(٥) It is binding over all the globe , in all countries and at all times .

هذا قول بلاكستون الانكليزي في شروحه ( Commentaries , I , 40 ) .

واذا ما قلت انها واحدة ومتشابهة في القديم والحديث ، فانما اقصد بذلك الى شرائع الشعوب التي وصلت الى مستوى كاف من الحضارة يميّزها من الحالة الفطرية او ممّا كان قريباً منها .

وبعدُ ، فهذا الشبه في القواعد الكلية عند الشعوب المختلفة واقع ، سواء أكانت فيما بينها مبادلات وروابط او لم تكن ، لان مبادىء العدل هي حقيقة واحدة معروفة بالعقل . لذلك ، اذا ما وجد الشبه فيما بين شرائع الامم المختلفة ، لم يكن هذا دليلاً بحد ذاته على ان بعضها اقتبس عن البعض الآخر . ولقد اوضحنا هذه النقطة حين الكلام في علاقة الشرع الاسلامي بالقانون الروماني .

## الاشباه والنظائر

اذْ كانت الاحكام الجزئية متشابهة العلل والاسباب ، اقتضى ان تجمعها ذات القواعد العامة الكلية . وقد انتبه لذلك بعض الفقهاء المسلمين ، وبحثوا فيها تحت عنوان « الاشباه والنظائر » .

وان اصل عبارة « الاشباه والنظائر » يرجع الى كتاب عمر بن الخطاب الى ابي موسى الاشعري ، حيث جاء فيه : « اعرف الامثال والاشباه ، وقس الامور بنظائرها »[١] . اما ابو موسى

---

(١) هكذا وردت في مقدمة ابن خلدون ، ص ١٩٢ . وقد وردت بعبارات اخرى مختلفة ، اشهرها :

« اعرف الامثال والاشباه ، ثم قس الامور عندك ، فاعمد الى احبها الى الله واشبهها بالحق فيما ترى » . راجع النص الكامل لهذا الكتاب ، مع عباراته المتعددة ، في المصادر المذكورة آنفاً في فصل الاجتهاد ( الفصل السابع من الباب الثالث ) .

الاشعري ، فهو عبد الله بن قيس ، المتوفى سنة ٥٢ أو ٤٢ هـ . وقد بعثه النبي ( ص ) الى اليمن ليعلم الناس القرآن . ثم ولي قضاء البصرة ايام عمر بن الخطاب ، وقضاء الكوفة في زمن عثمان بن عفان[١] .

ومن اشهر المصنفين في القواعد الكلية ، او الاشباه والنظائر ، تاج الدين السُبْكي الشافعي . ثم نقل عنه السيوطي وابن نجيم . وقد تقدم ذكر الاول مع بيان اشهر مصنفاته . اما الآخران ، فلا بأس بكلمة وجيزة عنهما .

فجلال الدين السيوطي او الاسيوطي هو عبد الرحمن بن الكمال بن محمد من اسيوط . ولد سنة ٨٤٩ ، وتوفي سنة ٩١١ هـ . وكان شافعي المذهب ، ذا حظ وافر من العلم . وقد ترك مصنفات عديدة في علم التفسير والقراءات ، وفي علم الحديث وما يرتبط به ، وفي علم الفقه والاصول ، وفي علوم اللغة العربية ، وفي التاريخ والادب والتصوف .

واشهر هذه المصنفات هي : الاتقان في علوم القرآن ، ولباب النقول في اسباب النزول ، وتكملة تفسير الجلالين الذي كان ابتدأ به جلال الدين المحلي ، وتنوير الحوالك شرح موطأ مالك ، واسعاف المبطأ برجال الموطأ ، والحاشية على تفسير البيضاوي ، والتوشيح على الجامع الصحيح ، والديباج على صحيح مسلم بن الحجاج ، ومرقاة الصعود الى سنن ابي داود ، واللآلىء المصنوعة

---

(١) ابن خلكان ( ج ١ ص ٣٦٣ ، وطبقات الفقهاء للشيرازي ( بغداد ، ١٣٥٦ هـ ، ص ١٢ ) .

في الاحاديث الموضوعة ، وشرح سنن النسائي وسنن ابن ماجه ، ومختصر التنبيه ، ومختصر الروضة ، والجامع في الفرائض ، ومختصر احياء علوم الدين ، وحسن المحاضرة في اخبار مصر والقاهرة ، وجمع الجوامع او الجامع الكبير ، والجامع الصغير ، وغيرها ، وغيرها [١] .

وان الذي يهمنا في هذا الباب كتاب السيوطي « الأشباه والنظائر » . وهو كتاب فيه معظم القواعد الكلية .

وجاء بعد السيوطي زين العابدين بن ابرهيم بن نجيم الحنفي ، المعروف بابن نجيم ، المتوفى سنة ٩٧٠ هـ . وقد ألف كتباً معتبرة في الفقه الحنفي . أهمها كتاب البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، وكتاب الاشباه والنظائر . وهذا الكتاب الاخير منقول في ترتيبه ومعظم محتوياته عن كتاب السيوطي ، بعد أن نقح على ما يوافق المذهب الحنفي . ولهذا الكتاب شرح لاحمد بن محمد الحموي من فقهاء القرن الحادي عشر للهجرة ، بعنوان « غمز عيون البصائر » [٢] .

ثم جمع ابو سعيد الخادمي كثيراً من القواعد الكلية في خاتمة كتابه « مجامع الحقائق » ، المختصر في علم الاصول . وهذا الكتاب شرحه مصطفى محمد الكوز لحصاري في كتاب اسماه

---

(١) راجع ترجمة السيوطي ومصنفاته التي ذكرها هو في كتابه حسن المحاضرة ، ج ١ ص ١٤٠ وما بعدها .

(٢) المطبوع في مجلدين ، سنة ١٢٩٠ هـ ، بدار الطباعة العامرة .

« منافع الدقائق » .

## تعريف القواعد الكلية وفائدتها

عرّف الفقهاء القاعـــدة الكلية بانها « حكم كلّي ينطبق على جميع جزئياته » [١] . والقاعـدة تجمع الفروع من ابواب شتّى . وهي بهذا تختلف عمّا يسمونه « الضابط » ، اي مـا جمع الفروع من باب واحد فقط .

وفي المادة الثانية حتى المادة المائة من مجلة الاحـكام العدلية ، جمعت تسع وتسعون قاعدة كلية . وهي مأخوذة معظمها عن كتاب الاشباه والنظـائر لابن نجيم ، وبعضها عن كتاب المجامع او غـيره من كتب الفقه الحنفي .

وقد اوضحت المجـلة ، في الفقرة الاخيرة من المادة الاولى ، سبب جمع القواعد الكلية وفائدتها . فنصّت على : « ان المحققين من الفقهاء قد ارجعوا المسائل الفقهية الى قواعد كلية ، كل منها ضابط وجامع لمسائل كثيرة . وتلك القواعـد مسلّمة معتبرة في كتب الفقه ، تتخذ ادلة لاثبات المسائل . وتفهّمها في بادىء الامر يوجب الاستئناس بالمسائل ، ويكون وسيلة لتقررها في الاذهان . فلذا جمع تسع وتسعون قاعدة فقهية ... وان بعض هذه القواعد ، وان كانت بحيث اذا انفرد ، يوجد من مشتملاته بعض المستثنيات ، لكن لا تختل كليتها وعمومهـا من حيث المجموع ، لما ان بعضها يخصص ويقيد بعضاً آخر » .

---

(١) الاشباه للسيوطي ( ص٥ ) ، والمنافع شرح المجامع ( ص ٣٠٥ ) .

وبعبارة اخرى ، ان القواعد الكلية ليست الا مبادىء عامة جامعة لاكثر الجزئيات ، ومبنية على اساس الاغلبية . لذلك كان بعضها لا يخلو من مستثنيات وتقييدات ، كما سنرى في محله . فوجود هذه المستثنيات او التقييدات لا يغيّر صفة العموم لهذه القواعد .

اما فائدة القواعد الكلية بحسب المجلة ، فهي تسهيل فهم المسائل والمبادىء ليس الا . فعليه ، لا يصح للقاضي الاستناد اليها في احكامه ما لم يوجد عليها نص صريح في الحديث الشريف ، كقاعدة « البيّنة على المدعي واليمين على من انكر » ، او ما لم تكن منقولة عن الكتب المعتبرة في الفقه الحنفي . وهكذا ورد في تقرير جمعية المجلة الى الصدر الاعظم : « ان حكام الشرع ، ما لم يقفوا على نص صريح ، لا يحكموا بالاستناد الى واحدة من هذه القواعد » .

وبالجملة ، هذه القواعد العامة بليغة العبارة ، محكمة التركيب ، تشبه ببناها ومعناها الامثال القانونية المعروفة عند الغربيين . ونحن نذكر ما يقابلها من تلك الامثال عند ايضاح كل منها ، على سبيل اتمام الفائدة . وهذا الشبه مفروض وجوده في معظم القواعد الكلية ، لما قدمنا من الاسباب .

ولقد مرّ معنا بعض هذه القواعد ، عند الكلام في القياس والاجتهاد وتغيّر الاحكام . ونحن نفسّر البعض الآخر في هذا الباب ، على ان نجمع في فصل واحد كل ما كان منها مرتبطاً بغيره ، او ما كان مستنداً الى تعليل واحد او متقارب ، وعلى

ان نرجيء ايضاح الباقي الى حيث نرى ان ترتيب مواضيع الكتاب يقتضي ارجاءه .

وبذلك ، كما ترى ،يسهل فهم معنى القواعـــد العامة ، وفهم شروطها وتقييداتها ومستثنياتها ، ويمتنع التكرار الذي لا مناص منه اذا ما شرحت كل مادة منها على حدة .

# الفصل الثاني

## حكم الضرورة والحاجة

### الصفة تجلب التيسير

جعلت الاحكام الشرعية عامة ، بحيث لا تنظر الى حالة من الحالات ، ولا الى فرد من الافراد . بل هي تنظر الى جميع الحالات والى جميع الافراد .

الا ان هذه الصفة تجعل من تطبيق الاحكام في بعض الاحيان حرجاً على الناس وتجعل الافراط في التمسك بالقانون ينقلب الى ظلم وضرر ، او كما قال الغزالي « كل ما تجاوز حدّه انعكس الى ضدّه » [١] . لذلك اقتضى التيسير على الناس ، وعدم مراعاة الاحكام العامة في بعض الاحوال الاستثنائية ، رفعاً للضرر ودفعاً للمشقة .

وقد استند الفقهاء الحنفية بذلك الى الاستحسان ، واستند المالكية الى التعليل بالمصالح المرسلة . ثم عارض بعض علماء الاصول بهذا الاستنساب للمصلحة ، او بعبارة الغزالي بهذا الاستصلاح . ولكن جمهور الفقهاء قبلوا به ، واستندوا بذلك الى الكتاب والسنة وسابقات عمر بن الخطاب . ولقد أوضحنا في الفصول

---

(١) كما نقله السيوطي في الاشباه ( ص ٥٩ ) . ومعناه جاء في المثل اللاتيني : « منتهى العدل منتهى الظلم » Summum jus summa injuria .

السابقة كثيراً من هذه الادلة [١] ، ولا حاجة بنا الى تكرار ايضاحها ، بل نزيد عليها غيرها من نوعها .

مثاله في الكتاب الكريم : « وما جعل عليكم في الدين من حرج » . « فمن اضطُرّ غير باغٍ ولا عادٍ فان الله غفور رحيم »[٢] . وفي الحديث الشريف : « الدين يسر . أحب الدين عند الله الحنيفية السمحة »[٣] . فهذه الادلة وما اليها ، وان ذكرت الدين فحسب ، لكن هي عامة في الفقه الاسلامي ، لان هذا الفقه كما رأينا دين وقضاء في الوقت نفسه .

وكذلك روي عن النبي ( ص ) انه نهى عن قطع ايدي اللصوص في الغزو ، بقوله : « لا تقطع الايدي في السفر »[٤] . ثم بالاستناد الى هذا الحديث وقياساً عليه ، افتى المجتهدون بوجوب رفع الحد والعقوبة في ارض العدو ، لئلا يلتحق المحكوم عليهم بالاعداء .

وعلى هذا كله ، بنى الفقهاء القاعدة الكلية « المشقة تجلب التيسير » . وهي من القواعد الاربع التي قال عنها القاضي الحسين ان مبنى الفقه عليها[٥] . وان التيسير معناه الرخصة ، او التخفيف الشرعي بسبب المشقة ، استثناء من القاعدة العامة . والمشقة تشمل الاضطرار والحاجة ، دون المصلحة الكمالية .

---

(١) في مواضيع الاستحسان والمصالح المرسلة وتغير الاحكام .
(٢) الحج ( ٢٢ ) ٧٨ ، والنحل ( ١٦ ) ١١٥ .
(٣) البخاري وشرحه للعيني ، ج ١ ص ٢٣٦ - ٢٣٥ .
(٤) رواه ابو داود في سننه ، في كتاب الحدود ، ج ٤ ص ١٤٢ .
(٥) جمع الجوامع مع شرح المحلّي وحاشيته للبناني ، ج ٢ ص ٣٧٣ .

فحـــالة الاضطرار او الضرورة ، كما رأينـــا ، هي بعرف الاصوليين ، مَا التجأ فيهـا المرء الى حفظ دينه او نفسه او ماله او عقله او نسله من الهلاك . والحاجة هي ما كانت لازمة لصلاح المعيشة . اما الكماليات ، فهي ما وقعت « موقـــع التزيين والتحسين » .

وبهذه القاعدة اخذت مجلة الاحكام العدلية ، فقالت : « المشقة تجلب التيسير . يعني ان الصعوبة تصير سبباً للتسهيل ، ويلزم التوسيع في وقت المضايقة . يتفرع على هـذا الاصل كثير من الاحكام الفقهية ، كالقرض والحوالة والحجر وغـــير ذلك . وما جوّزه الفقهاء من الرخص والتخفيفات في الاحكام الشرعية مستنبط من هذه القاعدة » ( المادة ١٧ ) .

وكذلك جاء في المجلة بنفس المعنى : « الامر اذا ضاق اتسع . يعني اذا ظهرت مشقة في امر يرخص فيه ويوسع » ( المادة ١٨ ) . وهي من قول الشافعي « اذا ضاق الامر اتسع » . وقد عكسها الفقهاء ايضاً ، فقالوا : « اذا اتسع الامر ضاق »[١] .

## الضرورات تبيح المحظورات

قال الغزالي : « جميع المحرمات تبـاح بالضرورة »[٢] . وجاء في القواعـد الكلية الواردة في الاشباه والنظائر[٣] ، والمنقولة في

---

(١) الاشباه للسيوطي ، ص ٥٩ .

(٢) الوجيز ، ج ٢ ص ٢١٦ .

(٣) للسيوطي ( ص ٦٠ ) ، ولابن نجيم ( ص ٣٦ ) .

المجلة ( المادة ٢١ ) ، ان « الضرورات تبيح المحظورات » . ومعناها قيل في الامثال الشرعية اللاتينية : « الضرورة لا قانون لها »[١] .

وان الامثلة على تطبيق هذه القاعدة عديدة . منها الاعذار التي تسقط التكاليف الشرعية ، كصغر السن والجنون والمرض والاكراه والنسيان والجهل . وقد درس الفقهاء المسلمون هذه الاعذار بصورة خاصة في كتب أصول الفقه . ونحن سنوضح بعض أحكامها في باب أهلية التعاقد ، من كتابنا « النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية » .

ومنها التيسير للعسر و « عموم البلوى » : مثاله اذا تحقق عسر المديون عن اداء دينه جاز تقسيط الدفع عليه ، عملاً بالآية الكريمة « وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة »[٢] . وهذا التقسيط والامهال أسماه قانون الموجبات اللبناني « الاجل الممنوح »[٣] . وكذلك في المجلة ، لو استأجر أحد زورقاً على مدة معينة وانقضت المدة والزورق في وسط البحر ، فالاجارة تمتد بسبب الضرورة حتى الوصول الى الساحل ، ولا يجبر المستأجر على تسليم الزورق قبل ذلك ( المادة ٤٨٠ ) .

ومنها ايضاً تجويز بعض المعاملات والمسائل بسبب احتياج الناس

---

(١) Necessitas non habet legem

(٢) سورة البقرة (٢) ٢٨٠ . وفعل « كان » هنا جاء تاماً ، بمعنى وقع وحدث . وقيل جاء ناقصاً على حذف الخبر ، وتقديره « وان كان ذو عسرة غريماً لكم » . نظر تفسير الفخر الرازي ، ج ٢ ص ٣٦٠ .

(٣) في المادة ١١٥ منه ، نقلا عن التعبير الفرنسي : Terme de grâce

اليها في حياتهم الاقتصادية . مثاله ما نقلته المجلة عن الاشباه والنظائر [١] : « الحاجة تنزل منزلة الضرورة ، عامة كانت او خاصة . ومن هذا القبيل تجويز البيع بالوفاء. حيث انه لما كثرت الديون على اهل بخارى ، مسّت الحاجة الى ذلك ، فصار مرعيّاً » ( المادة ٣٢ ) . وقد رأينا ان الحاجة هنا جوّزت البيع بالوفاء للفرار من قاعدة تحريم الربا .

## تفسيرات القاعدة

نعم ان الضرورات تبيح المحظورات ، ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة ، بل لها تقييدات عديدة .فالاباحة مقيّدة بالنص ، او بالقدر ، او بالزمن . وها نحن نستعرض هذه التقييدات ، مع المواد الكلية التي ذكرت بشأنها ، ومع الامثلة التي نراها لازمة لايضاحها .

اولاً — التقييد بالنص .

قال ابن نجيم : « المشقة والحرج انما يعتبر في موضع لا نص فيه » [٢] . وهو مذهب ابي حنيفة ومحمد بن الحسن . وقد مرّ معنا بيان خلاف ابي يوسف وغيره في ذلك [٣] .

ثانياً — التقييد بالقدر .

نصت المجلة على ان « الضرورات تقدّر بقدرها » ( المادة ٣٢ ) :

---

(١) للسيوطي ( ص ٦٢ ) ، ولابن نجيم ( ص ٣٦ ) .

(٢) الاشباه والنظائر ، ص ٣٣ .

(٣) في فصل تغير الاحكام والنصوص .

والاصح ان يقال ، كما جاء في الاشباه [١] ، « ما ابيح للضرورة يقدّر بقدرها » ، لان ما يقدّر ليس الضرورة نفسها بل هو ما ابيح بسببها . وبمعناه نصت المجلة ايضاً على ان « الضرر يدفع بقدر الامكان » ( المادة ٣١ ) [٢] .

ومعنى كل ذلك ان الضرورة حالة شاذة استثنائية ، والمستثنيات تفسر بتضييق . بمعنى ان الترخيص الذي تقتضيه الضرورة لا يكون على اطلاقه ، بل يكون بالقدر اللازم لرفع المشقة . مثلاً اذا جازت سرقة الرغيف للجائع ، فلا تجوز له سرقة قناطير الدقيق .

ثالثاً — التقييد بالزمن .

ان الترخيص للاضطرار او الحكم الاستثنائي الذي يقتضيه يبقى ما دام العذر او حالة الاضطرار موجودة . فاذا زالت هذه الحالة الاستثنائية ، زال الترخيص او الحكم الاستثنائي ، ورجع الامر الى القاعدة الاصلية .

وبمعناه جاء في الاشباه والنظائر والمجامع [٣] والمجلة ان « ما جاز لعذر بطل بزواله ، واذا زال المانع عاد الممنوع » ( المادتان ٢٣ و ٢٤ ) . وهذا من تطبيقات القاعدة العامة ان النتيجة تقف

---

(١) للسيوطي (ص ٦٠) ، ولابن نجيم (ص ٣٤) ، وشرح المجامع (ص٣٣١). وقد وردت في المجامع ايضاً بلفظ آخر ، وهو « الثابت بالضرورة يقدر بقدرها » ( انظر المنافع ، ص ٣١٨ ) .

(٢) وردت القاعدة في المجامع ( المنافع ص ٣٢٣ ) ، بلفظ « الضرر مدفوع بقدر الامكان » .

(٣) الاشباه والنظائر للسيوطي ( ص ٦١ ) ، ولابن نجيم ( ص ٣٤ ) ، والمنافع ( ص ٣١١ ) .

بوقوف علتها [١] . فلو حُجر مثلاً على امريء بسبب الجنون ، فالحجر يرتفع عنه برجوعه الى عقله .

## مسألة الضمان

اذا كان الاضطرار يجلب الترخيص ، فهل يعني انه يبرر هضم حق الغير أيضاً ؟ مثلاً لو جاز أكل مال الغـــير اضطراراً لدفع الجوع ، فهل يضمن الآكل قيمة المأكول ؟

في المذهب الحنفي وبعض المذاهب الاخرى ، يتوجب الضمان على الآكل . وذلك وفاقاً للقاعدة الـكلية الواردة في المجامع [٢] ، وفي المجلة ، وهي : « ان الاضطرار لا يبطل حق الغير . يتفرع على هذه القاعدة انه لو اضطر انسان من الجوع فأكل طعـــام آلاخر يضمن قيمته » ( المادة ٣٣ ) . وقد روي خلاف هذا المذهب عن الامامين مالك بن انس واحمد بن حنبل في احد قوليهما ، اذ انهما نفيا الضمان عن آكل مال الغـير جوعاً ، « لوجوب المساواة واحياء النفوس مع القدرة على ذلك » [٣] .

وكذلك في المجلة ، لو وقـع حريق في محلة فهدم رجل بيت جاره لئلا يحترق بيته ، كان ضامناً لقيمة بيت الجـار ، الا اذا كان الهدم بأذن اولي الأمر ، فعندئذٍ لا ضمان عليه ( المادة ٩١٩ ) .

وقد اختلف في حكم من قتل جملاً أو حيواناً صائلاً ، لأجـل دفع اعتدائه . فالحنفيون يقولون بتضمين القاتل قيمته . ولـكن

---

(١) في المثل اللاتيني : Cessante causa cessat effectus

(٢) المنافع ، ص ٣١٢ .

(٣) اعلام الموقعين ( ج ٣ ص ٨ ) ، والفروق للقرافي ( ج ٤ ص ٩ ) .

باقي الائمة يخالفونهم في ذلك ، ويمنعون الضمان عنه . ويستند هؤلاء الى القاعدة التي أوضحها ابن رجب ، وهي ان « من أتلف شيئاً لدفع أذاه له لم يضمنه ، وأن أتلفه لدفع اذاه به ضمنه »[١] . وهذا ، كما ترى ، تفصيل فيه كثير من التدقيق والحكمة والعدل[٢] .

## الترجيح عند تعارض المصالح

هل يجوز الترخيص للاضطرار أو الحاجة اذا كان ذلك يتعارض ومصلحة اخرى ؟ جواباً عن هذا السؤال ، جاء في المجامع[٣] وفي المجلة انه « يختار اهون الشرين » ( المادة ٢٩ ) . ومن هذه القاعدة الاساسية ، تتفرع مسائل عديدة ونتائج كثيرة . واهمها : درء الضرر العام ، ودرء المفاسد ، وتقديم الضرر الاخف . وفيما يلي ايضاح ذلك :

اولاً — درء الضرر العام .

قال قاضيخان : « يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام » . وقد نقل قوله في الاشباه والنظائر[٤] ، ثم في المجلة ( المادة ٢٦ ) .

وتستتبع هذه القاعدة عند جمهور الفقهاء جواز تدخل الدولة واولي الامر في حياة الافراد ، كلما كان الامر يعود الى المصلحة

---

(١) القواعد لابن رجب (القاعدة ٢٦ ص ٣٦) ، والمغني ( ج ١٠ ص ٣٥٠-٣٥١ ) .

(٢) سيأتي ايضاح هذه المسائل مفصلاً في كتابنا « النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية » .

(٣) المنافع ، ص ٣١١ .

(٤) انظر فصل الاضرار من كتاب الشرب في الفتاوى الخانية ( بهامش الهندية ، ج ٣ ص ٢٦٣ ) ، والاشباه لابن نجيم ( ص ٣٥ ) . وبمعناه جاء في المثل اللاتيني :

Lex citius tolerare vult privatum damnum quam publicum malum .

العامة . ومن امثلة ذلك : جواز منع الطبيب الجاهل من مزاولة حرفته ، وجواز هدم بيت احد الناس لمنع تسرب الحريق ، وتسعير الحاجيات بحال الاحتكار ، واجبار المحتكر على بيع الاقوات عند الحاجة ، وما الى ذلك [١] .

ثانياً — درء المفاسد .

اذا كان التعارض بين درء مفسدة من جهة وجلب منفعة من جهة اخرى ، قدم درء المفسدة على جلب المنفعة . وهكذا نصّت المجلة على ان « درء المفاسد اولى من جلب المنافع » ( المادة ٣٠ ) ، او « اولى من جلب المصالح » على ما جاء في عبارة الاشباه [٢] .

وقد بنى المذهب الحنفي على هذه القاعدة نظرية سوء استعمال الحقوق ، وقال بمنع الانسان من استعمال حقه اذا نتج من ذلك ضرر فاحش للغير . ونحن نوضح هذه النظرية في غير هذا الموضع [٣] ، مع بيان اختلاف المذاهب فيها .

ثالثاً — تقديم الضرر الاخف .

جاء في المجلة ، نقلاً عن الاشباه والمجامع أيضاً [٤] ، انه « اذا تعارضت مفسدتان روعي اعظمها ضرراً بارتكاب أخفهما . والضرر الأشد يزال بالضرر الأخف » ( المادتان ٢٨ و ٢٧ ) . فلذا يعذر

---

(١) انظر المادتين ٩٦٤ و ٩١٩ من المجلة ، وموافقات الشاطبي ( ج ٢ ص ٣٥٠ ) ، والفتاوى الهندية ( ج ٣ ص ٢٧٧ ) ، والطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم ( ص ٢٢٣ و ٢٣٣ وما بعدها ) .

(٢) للسيوطي ( ص ٦٢ ) ، ولابن نجيم ( ص ٣٦ ) .

(٣) في كتابنا « النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية » .

(٤) اشباه السيوطي ( ص ٦٢ ) ، وابن نجيم ( ص ٣٥ ) ، والمنافع (ص ٣٢٣) . انظر بمعناها ما جاء في القواعد لابن رجب ( القاعدة ١١٢ ص ٢٤٦ ) .

القاتل دفاعاً عن نفسه .

ثم يقدم الدفاع عن النفس على الدفاع عن الحيوان والمال . مثلاً ، قال جمهور الفقهاء ، اذا كان قوم في سفينة وخيف عليها الغرق ، جاز طرح ما فيها من المال أو الحيوان لأجل نجاة ركابها ، لأن مفسدة فوات الاموال أخف من مفسدة فوات الأرواح . ولكنه لا يجوز في مثل هذه الحالة القاء احد الركاب في البحر لتخليص الباقين ، لان الجميع متساوون في العصمة ، ولأن المفسدة هنا تعارضها مفسدة من مثلها ، فلا مجال لتفضيل البعض على الآخرين [١] .

ومن أشباه هذه الأمثلة قضية غريبة عرضت على القضاء الانكليزي عام ١٨٨٤ . وخلاصتها ان سفينة ، وعليها بعض البحارة ، قد عبثت بها الرياح والامواج ، ودفعتها الى عرض البحار مدة طويلة ، حتى اشرف الركاب خلالها على الهلاك جوعاً . فعمدوا الى قتل اصغرهم ، وهو فى الثامنة عشرة من عمره ، وذبحوه بقصد اكله . ثم نجوا بعد حين ، وحوكموا على صنيعهم لدى القضاء . فحكم بتجريمهم باعتبار ان خوف الهلاك من الجوع لا يبرر جريمة القتل [٢] . وعلى هذا الاجتهاد ايضاً سارت المحاكم الاميركية في قضية شبيهة [٣] .

---

(١) راجع قواعد الاحكام للعز بن عبد السلام ( ج ١ ص ٧٠ و ٩١ ) ،والام للشافعي ( ج ٦ ص ٢٦ ) ، والمستصفى ( ج ١ ص ١٤١ ) ، والقوانين الفقهية لابن جزيّ ( ص ٣٣٢ ) ، والفروق للقرافي ( ج ٤ ص ٩ ) .

(٢) Regina v. Dudley and Stephens , L. R. 14 Q. B. D. 273

(٣) U. S. v. Holmes ( 1 Wallace Junior 1 )

وكذلك جوّز الشرع الاسلامي ، عملًا بالقاعدة التي ذكرنا ، ان يغصب المرء الخيط ليخيط به جرح انسان او حيوان محترم غير مأكول . ولكن لم يجوّز له ذلك لاجل خيط الثياب ونحوها [١] .

---

(١) انظر الوجيز للغزالي ( ج ١ ص ٢١٣ ) ، وشرحه فتح العزيز للرافعي ( مع المجموع ، ج ١١ ص ٣٢٧ ) .

# الفصل الثالث

## القصد في الافعال

### الامور بمقاصدها

لا بد لكل عمل من اعمال الانسان ان يكون صادراً عن ارادته ، اي اختياره لذلك للعمل . والارادة تتجه بدورها نحو الفعل لغاية مقصودة هي القصد او النية . فمعنى القصد او النية اذن هو الارادة المتوجهة نحو الفعل ، او بعبارة اخرى هو توجيه الارادة نحو الفعل . مثال ذلك اذا اطلق احد الرصاص على آخر بقصد اصابته واصابه ، فيكون الفاعل قد اراد فعل الاطلاق وقصد الاصابة .

وفي علم النفس تقسيم لما يسبق الارادة من اعمال تحضيرية ، وما يتبعها من اعمال تنفيذية ، لا نرى مجالا للتوسيع فيه ، بل نكتفي بسرد مراتب القصد ، كما قسّمها السبكي[1] في مسألة المعصية . فالقصد عنده يقسم الى خمس مراتب : الهاجس والخاطر وحديث النفس والهم والعزم .

فالهاجس هو اول ما يلقى من القصد في النفس . ويليه الخاطر ، وهو جريان القصد فيها . ويتلوهما حديث النفس ، اي التردد الذي يقع بين اتجاه الفكر للعمل وانصرافه عنه . ثم تأتي

(١) في الحلبيات ، كما نقله السيوطي في الاشباه والنظائر ، ص ٢٥ .

مرحلة الهمّ ، وهي ترجيح قصد الفعل على تركه . واخيراً يتم القصد بالعزم ، وهو الجزم به والثبات عليه .

فالهاجس والخاطر لا يدخلان تحت الاختيار ، فلا يؤاخذ المرء بهما . وكذلك لا يؤاخذ المرء بحديث النفس ، عملاً بقول النبي ( ص ) « عفي عن امتي ما حدثت به نفوسها »[١] . واخيراً لا يؤاخذ المرء ايضاً بالهمّ ، عملاً بقوله ( ص ) « ان الهمّ بالحسنة يكتب حسنة والهم بالسيّئة لا يكتب سيّئة »[٢] . واما العزم ففيه خلاف ، لا مجال لبيانه .

هذا تفصيل القصد في المعاصي الدينية . اما في المعاملات ، فان القصد المجرد باطني لا عبرة به ، لانه مجهول ولان صاحبه يمكنه الرجوع عنه . فهو لا يؤاخذ به في جميع مراتبه ما دام باطنياً . ولا يكون لهذا القصد من اهمية ، الا اذا خرج الى حيّز الوجود ، واقترن بالتنفيذ والعمل[٣] .

وان الفعل بدوره يرجع حكمه الى المقصود منه . ففي الحديث الشريف : « انما الاعمال بالنيات وانما لكل امرء ما

---

(١) ذكره الغزالي في احياء علوم الدين ، ج ٣ ص ٣٦ . وبمعناه جاء في البخاري ( شرح العيني ، ج ٢٣ ص ١٨٨ ) : « ان الله تجاوز لامتي عما وسوست او حدثت به انفسها ما لم تعمل او تكلّم » .

(٢) ذكره السيوطي في الاشباه ، في الموضع المذكور .

(٣) في قانون الجزاء اليوم ، لا عقاب في الاصل على النية وحدها . بل لا بد لذلك من ان تقترن النية ببداءة التنفيذ ، وهي المحاولة ، او بالتنفيذ الكامل .

نوى »[1] . ولذا ربطت الافعال بالمقاصد ، كما جاء في القاعدة الكلية الواردة في المادة الثانية من مجلة الاحكام العدلية ، وهي : « الامور بمقاصدها[2] . يعني ان الحكم الذي يترتب على امر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الامر » .

مثاله ، اذا اخذ احدهم اللّقَطَة بنية ردّها حل له ذلك ، واذا اخذها بقصد الاحتفاظ بها لنفسه عدّ غاصباً ( المادة ٧٦٩ ) . ففعل الاخذ واحد في الحالين ، ولكن حكمه مختلف لاختلاف القصد فيهما .

## النيّة والظاهر

تستتبع قاعدة « الامور بمقاصدها » انه اذا اختلفت النية والظاهر ، وجب الحكم بمقتضى النية ان أمكن معرفتها . فعليه ، اذا اختلف معنى الكلام عن مبناه أو لفظه ، اعتبر المعنى دون اللفظ . وقد اخذت المجلة بهذا المبدأ في تفسير العقود بقولها : « العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني » ( المادة الثالثة ) .

فمعلوم مثلاً ان العقد الواقع على منفعة شيء يسمّى اجارة اذا

---

(١) روي في كتب الحديث الستة . وهو اول احاديث البخاري ، وتمامه : «فمن كانت هجرته الى دنيا يصيبها او الى امرأة ينكحها ، فهجرته الى ما هاجر اليه» . وقد روي ايضاً بالفاظ مختلفة ، مثلاً : « انما الاعمال بالنية وانما لكل امرىء ما نوى ، فمن كانت هجرته الى الله ورسوله فهجرته الى الله ورسوله ، ومن هاجر لدنيا يصيبها او امرأة يتزوجها فهجرته الى ما هاجر اليه » .

(٢) هذه هي القاعدة التي زادها السُبكي في جمع الجوامع على القواعد الاربع ، التي ذكر القاضي الحسين ان مبنى الفقه عليها . انظر شرحه مع حاشية البناني ، ج ٢ ص ٣٧٣ .

كان بعوض اي لقاء اجرة ، ويسمّى اعارة اذا كان بلا عوض . فلو عقد اثنان عقداً بلفظ الاعارة واشترطا فيه اجراً معلوماً للمعير ، اعتبر العقد اجارة بحسب معناه ، لا اعارة بحسب لفظه [١] .

هذا هو الحكم ، اذا لم يتعلق بالظاهر حق الغير . اما اذا تعلق به حق الغير ، فانه يعمل به ، « لدفع الضرر عن الناس » . فعليه ، اذا اختلف اللفظ عن نية اللافظ وتعلق به حق الغير ، حكم بمقتضى اللفظ الظاهر .

مثاله : اذا استحلف احد المتداعين امام القاضي كانت اليمين التي يحلفها على لفظها الظاهر ، اي على نية القاضي وعلى نية المستحلِف الذي تعلق حقه فيها ، لا على نية الحالف اللافظ . وذلك عملاً بالحديث الشريف : « اليمين على نية المستحلِف » [٢] . فاذنْ ، لا تجوز التورية في اليمين ، ومعناها ان يضمر الحالف تأويلاً يختلف عن معنى اللفظ الظاهر . وقيل تجوز التورية اضطراراً اذا كان الحالف مظلوماً [٣] .

ولكنه يشترط للعمل بالنية أن تكون معروفة . فعليه اذا حصل خلاف بين النية والظاهر وتعسرت معرفة النية ، فانه يحكم بالظاهر . وبهذا جاء في الحديث الشريف : « نحن نحكم بالظاهر

---

(١) وسنعود الى ايضاح هذه القاعدة مفصلا في باب العقود من كتابنا « النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية » .

(٢) صحيح مسلم ( ج ٥ ص ٨٧ ) ، وشرحه للنووي ( ج ١١ ص ١١٧ ) .

(٣) ابن نجيم ( في الاشباه ص ٢١ ) نقلاً عن الخلاصة . وقد جاء في كتاب مفتاح الكرامة في مذهب الشيعة الامامية ( ج ٥ ص ١٨ ) انه يجوز للمديون المعسر « الانكار والحلف ، ان خشي الاعتراف ، ويوري وينوي القضاء مع المكنة » .

والله يتولى السرائر »[١] . وجاء في المجامع[٢] وفي المجلة ان : « دليل الشيء في الامور الباطنة يقوم مقامه . يعني انه يحكم في الظاهر فيما يتعسر الاطلاع على حقيقته » ( المادة ٦٨ ) .

وعلى الجملة ، فالاصل عند تعارض النية والظاهر ان يعمل بالنية ، الا اذا تعلق بالظاهر حق الغير او اذا تعذرت معرفة النية ، فحينئذٍ يعمل بالظاهر اضطراراً وعلى سبيل الاستثناء .

ويستنتج مما قدمنا ان معرفة النية من الامور الهامة ، اذ يتوقف عليها الحكم الحقيقي ويبنى على تعسرها لزوم الاخذ بالظاهر . لذا نرى في الكتب الفقهية وفي المجلة قواعد وضوابط تتعلق بتفسير الالفاظ ومعاني التصرفات الشرعية . وهي كما سنرى لا ترمي التمسك باللفظ كما زعم بعضهم ، بل ترمي التحري عن معاني الامور وعن مقاصدها الحقيقية . واليك خلاصتها .

## الحقيقة والمجاز

يقسم الكلام الى حقيقة ومجاز ومهمل . فالحقيقة اسم لكل لفظ مستعمل فيما وضع له في اللغة في الاصطلاح ، كلفظ الاسد يستعمل لغة للحيوان المعروف ، او كلفظ القياس يستعمل بمعنى الدليل الشرعي في اصطلاح علماء الاصول . والمجاز اسم لما استعمل

---

(١) ذكره الآمدي في الاحكام ، ج ٣ ص ٩١ . وذكره بعض الحنفية ، كالوصلي ( في الاختيار شرح المختار ج ١ ص ٢٥٩ ) ، بعبارة « انا اقضي بالظاهر والله يتولى السرائر » . وجاء في المهذب ( ج ٢ ص ٨٦ ) بعبارة « احكم بالظاهر والله عز وجل يتولى السرائر » .

(٢) المنافع ، ص ٣٢٠ . وبمعناه ورد في المثل اللاتيني :
Acta exteriora indicant interiora secreta .

في غير ما وضع له كلفظ الاسد يطلقه العرب على الرجل الشجاع . والمهمل هو ما كان خارجاً عن الاستعمال ، وكان لا يمكن حمله على معنى .

وكما قالت المجلة : « الاصل في الكلام الحقيقة » ( المادة ١٢ ). فلو وقف رجل داره على اولاده وكان له احفاد ومات ، فالاحفاد لا يستحقون شيئاً من الوقف ، لان لفظ الاولاد في الحقيقة لا يشمل الاحفاد .

ولكن « اذا تعذرت الحقيقة يصار الى المجاز » ( المادة ٦١ ) . ففي المثل الذي اعطينا ، لو ذكر الواقف ان الوقف لاولاده ، ثم توفي ولم يكن له اولاد بل كان له احفاد ، فحينئذٍ يحمل لفظ الاولاد على معنى الاحفاد مجازاً ، لتعذر حمله على المعنى الحقيقي ، ويستحق الاحفاد غلة الوقف .

وهذا ، كما ترى ، تفسير لنية الواقف ، واتباع للقاعدة التي وردت في المجلة ايضاً ان « اعمال الكلام اولى من اهماله . يعني لا يهمل الكلام ما امكن حمله على معنى » ( المادة ٦٠ ) [١] .

وأخيراً ، « اذا تعذر اعمال الكلام يهمل . يعني اذا لم يمكن حمل الكلام على معنى حقيقي او مجازي اهمل » ( المادة ٦٢ ) . ومثال الكلام المهمل ان يدعي احد على من هو اكبر منه سناً بانه ابنه ( المادة ١٦٢٩ ) .

---

(١) بمعناها جاء في الفقرة الاخيرة للمادة ٣٦٧ من قانون الموجبات اللبناني : « . . . يفضل المعنى الذي يجعل النص ذا مفعول على المعنى الذي يبقى معه النص بلا مفعول » . وجاء بمعناها في المثل اللاتيني :

Interpretatio fienda est ut res magis valeat quam pereat

وجميع هذه المواد التي ذكرتها المجلة في قواعدها الكلية مأخوذة عن كتاب الاشباه والنظائر وعن كتب علم الاصول [١] . وخلاصتها ان الكلام في الاصل يحمل على معناه الحقيقي ، ثم عـلى المعنى المجازي عند تعذر الحقيقة ، ولا يهمل الا اذا تعذر الاثنان .

وملاحظة اخيرة : اذا تعارض المعنى الحقيقي والمعنى المجازي وكان الاول مهجوراً اخذ بالثاني . اما اذا تعارض المعنيان وكان استعمال المجاز غالباً في العرف ، فايّهما يفضل ؟ قال الامام ابو حنيفة تفضل الحقيقة ، وقال صاحباه والامام الغزالي وغيرهم يفضل المجاز والعرف اذا استمرا واطردا . وقد اخذت المجلة بالرأي الثاني كما مر سابقاً ، فنصت على ان « الحقيقة تترك بدلالة العادة » ( المادة ٤٠ ) . وأرى ان تفسّر هذه بان دلالة العـادة يجب ان تعززها النية ، كما ذهب الى ذلك الرأي المختار عند علماء الاصول ، الذي عزاه الهندي الى الامام الشافعي [٢] .

## التصريح والدلالة

فرّق علماء الاصول الحنفية ، في تقسيم الألفاظ لجهة دلالاتها ، بين الصريح والكناية . فالصريح هو ما ظهر « ظهوراً بيّناً » . والكناية هو ما استتر المراد به واحتاج الى بيـان لفهمه ، وهو يستنتج استدلالاً من عبارة النص أو اشارته أو دلالته أو اقتضائه .

---

(١) الاشبـاه لابن نجيم ( ص ٢٨ و ٥٣ ) ، والسيوطي ( ص ٤٥ و ٨٩ ) ، وشرح المنار لابن ملك ( ص ١٠٨ وما بعدها ) .

(٢) انظر المنهاج للبيضاوي وشرحه نهاية السول للاسنوي وشرحـه الابهاج للسُبكي ( ج ١ ص ٢٠٥ ) ، واشباه السيوطي ( ص ٦٦ ) .

أما عند الشافعية ، فالتقسيم هو الى اثنين : دلالة المنطوق او الدلالة اللفظية ، ودلالة المفهوم أو الدلالة المعنوية . ونحن على كلٍ ، لا نرى مجالاً لشرح كل هذه التفصيلات ، بل نحيل القارىء بشأنها الى كتب علم الاصول [١] .

وكذلك يعارض التصريح من جهة ثانية ما يسمونه دلالة الحال او بيان الضرورة . وهو ما فهم من السكوت والقرائن او العرف المعتاد . ومن امثلة ذلك انه يجوز في اكثر المذاهب الاسلامية بيع التعاطي . وهو البيع بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي ، بان يعطي المشتري مثلاً الثمن للبائع ويأخذ السلعة ويسكت البائع دون تلفظ من الجانبين . فهنا قامت دلالة الحال مقام صريح الايجاب والقبول .

ومثل آخر : يجوز في المجلة لولي الصغير ان يأذن له بالتجارة . وقد جاء فيها انه « كما يكون الاذن صراحة يكون دلالة ايضاً . مثلاً لو رأي الولي الصغير المميّز يبيع ويشتري ، ولم يمنعه وسكت ، يكون قد اذنه دلالة » ( المادة ٩٧١ ) .

والسكوت مبدئياً لا عبرة به ، الا اذا ايّدته قرائن الحال . فعليه ، جاء في القواعد الكلية : « لا ينسب الى ساكت قول ، لكن السكوت في معرض الحاجة بيان » ( المادة ٦٧ ) . وسنعود الى ايضاح هذه القاعدة مفصلاً ، في فصل الايجاب والقبول من باب العقود [٢] .

---

(١) شرح المنار لابن ملك ( ص ١٦٤ وما بعدها ) ، وشرح المنهاج للاسنوي ( ج ١ ص ٢٣١ وما بعدها ) .

(٢) من كتابنا « النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية » .

والمهم من كل ذلك ان الكلام الصريح هو الاصل ، وانه اقوى من الدلالة . وهذا معنى القاعدة الكلية الواردة في المجامع [١] وفي المجلة انه « لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح » ( المادة ١٣ ) .

مثاله ، اذا وضع رجل ماله في دكان فرآه صاحب الدكان وسكت ، ثم ترك الرجل ذلك المال وانصرف ، صار ذلك المال عند صاحب الدكان وديعة ، اي ان الايداع انعقد دلالة . اما لو ردّ صاحب الدكان الايداع بان قال لا اقبل فلا ينعقد الايداع حينئذٍ ( المادة ٧٧٣ ) . فالنهي الصريح هنا نفى الدلالة ، لانه كما قلنا لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح .

وشبيه بذلك ما يقع احياناً من التباس في تفسير شروط الواقف في صكوك الوقف . ومنها شرط الدرجات الجعلية ، وعبارته المشهورة : « ومن مات من الموقوف عليهم قبل استحقاقه لشيء من منافع الوقف وخلف ولداً استحق ولده ما كان يستحقه المتوفى لو بقي حياً » . ففي تفسير مثل هذه الشروط ينظر الى الالفاظ اذا كانت صريحة ، لا الى دلالاتها ، « لان المقاصد اذا لم يدل عليها اللفظ لا تعتبر » [٢] .

## المطلق والمقيد

من الكلام ما كان مطلقاً ، ومنه ما كان مقيداً . فالكلام المطلق هو ما دل على المعنى الخاص الشائع بلا تعيين أو وصف

---

(١) وقد جاء في المجامع ايضاً ان « الثابت بدلالة النص انما يعتبر اذا لم يوجد الصريح بخلافه » . انظر شرحه المنافع ، ص ٣١٧ و ٣٢٨ .

(٢) فتاوى تقي الدين السبكي ، القاهرة ، سنة ١٣٥٥ هـ ، ص ١٤٦ و ١٦٩ .

يقيده . والمقيد ما اقترن بتعيين أو بوصف فيه معنى التقييد .

ومثال ذلك الوكالة ، فهي اما مطلقة أو مقيدة . فمن نوع الأولى ان يوكل أحد آخر ليبيع ماله بدون تعيين الثمن . ومن نوع الوكالة المقيدة ان يعيّن الموكل صراحة ثمن المبيع أو ان يقيد عمل الوكيل بشرط آخر أو بدلالة العرف المعتاد .

ويستنتج من تعريف المطلق والمقيد ان كل كلام لا قيد يقيده يعتبر مطلقاً . وبعبارة اخرى ان الاصل في الكلام الاطلاق ، ما لم يتعيّن التقييد صراحة أو دلالة . وبهذا المعنى قالت القاعدة الكلية الواردة في المجامع [1] وفي المجلة : « المطلق يجري على اطلاقه ، اذا لم يقم دليل التقييد نصّاً أو دلالة » ( المادة ٦٤ ) .

وفي المجلة نفسها أمثلة على هذه القاعدة . ففيها « للوكيل بالبيع مطلقاً أن يبيع مال موكله بالثمن الذي يراه مناسباً قليلاً كان أو كثيراً » ( المادة ١٤٩٤ ) . اما « اذا كان الموكل قد عين ثمناً فليس للوكيل أن يبيع بأنقص من ذلك . . . » ( المادة ١٤٩٥ ) . فهنا جاء التقييد مشروطاً صراحة أو بالنص . وكذلك يجوز أن يكون دلالة ، كما « اذا وكل أحد آخر بشراء شيء لازم لموسم معين ، فتصرف الوكالة لذلك الموسم » ( المادة ١٤٨٤ ) .

## ارتباط الكلام

الكلام مهما كان طويلاً ، اذا بحث في قضية واحدة ، وجب اعتباره بمجموعه ، لان جمله يربط بعضها بعضاً . فلا يكفي لمن

---

(١) المنافع ، ص ٣٣١ .

أراد فهم المعنى الحقيقي للكلام ان يقتصر على جزء منه دون الآخر ، بل عليه ان يرد « آخر الكلام على اوله واوله على آخره »[١] .

هذا المبدأ العام يطبق بصورة خاصة على الاقرار الذي يصدر جواباً على سؤال موجه الى المقر . فحينئذٍ يجب عطف الجواب على السؤال لمعرفة فحوى الاقرار ، عملاً بما ورد في الاشباه[٢] وفي المجلة ان : « السؤال معاد في الجواب . يعني ان ما قيل في السؤال المصدّق كأنّ المجيبَ المصدِّق قد اقرّ به » ( المادة ٦٦ ) .

ومثل ذلك : لو اطلع المدعى عليه على سند وسئل « هل تقر بما في هذا السند ؟ » ، فاجاب « نعم » ، كان جوابه معطوفاً على السؤال واقراره مشتملاً على مضمون ذلك السند ، كما لو رد عبارة السؤال في جوابه بقوله « نعم اقر بما جاء في هذا السند » . ويشترط ان لا يزيد السؤال على الجواب ، والا كان الاقرار ناقصاً . فلو سئل المدعى عليه « هل تقر بخط السند وامضائه ؟ » ، واجاب « اقر بالمتن وحده » ، كان اقراره ناقصاً لا يشمل جميع ما في السؤال ، وكان من ثم مانعاً من تطبيق القاعدة التي ذكرنا .

وبالجملة ، لا بد للوصول الى معاني الكلام ومقاصد الاعمال من ربط الالفاظ المتعلقة بالشيء الواحد وتفسيرها بمجملها دون تفريق ولا تجزئة . وبهذا المعنى ، قال قانون الموجبات اللبناني : « بنود الاتفاق الواحد تنسق وتفسر بعضها ببعض بالنظر الى مجمل العقد » ( المادة ٣٦٨ ) .

---

(١) قول الشاطبي بشأن تفسير آيات القرآن الكريم ، في الموافقات ، ج ٣ ص ٢١٣ .

(٢) الاشباه والنظائر للسيوطي ( ص ٩٧ ) ، ولابن نجيم ( ٦١ ) .

## سياق الكلام

ان للاسلوب الذي يجري عليه الكلام اهمية في تفسير معناه . فربّ كلمةٍ او صفةٍ لا اهمية لهـا في احـدى المناسبات تعتبر ذات وزن اذا ما ذكرت في مناسبة اخرى . ومن امثلة ذلك قاعدتان كليتان ذكرتهما المجلة ، وهما :

اولاً — نقلت المجلة عن المجامع [1] القاعدة ان « الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر . مثـلاً لو اراد البائع بيع فرس اشهب حاضر في المجلس ، وقال بعت هذا الفرس الادهم ، واشار اليه ، وقبل المشتري ، صح البيع ولغا وصف الادهم . واما لو باع فرساً غائباً وذكر أنه اشهب ، والحـال انه ادهم ، لا ينعقد البيع » ( المادة ٦٥ ) .

والأصح أن يقال في المثل الأخير ان البيع لا ينعقد لازماً ، لانه بحسب المجلة ينعقد غير لازم ، بمعنى ان المشتري يخير بـين امضائه وفسخه ، بما يسمّى خيار الوصف [2] .

ففي الاشياء الحاضرة تكون الصفات ظاهرة لا تحتاج الى وصف أو بيان . لذا اذا كان الوصف فيها مغلوطاً فلا تأثير له .

اما اذا كان الشيء غائباً ، فصفاته تفترض مجهولة وتكون محتاجة الى بيان . لذلك اذا باع احد مالاً بوصف مرغوب فظهر المبيع خالياً من ذلك الوصف كان البيع غير لازم بمقتضى المجلة ، وجاز للمشتري ان يفسخه ( المادة ٣١٠ ) .

---

(١) المنافع ، ص ٣٣٣ .

(٢) انظر المادة ٣١٠ من المجلة ، وشرح علي حيدر على المادة ٦٥ .

فمن هذا نرى ان معنى الاوصاف والكلام يختلف باختلاف الظروف والمناسبات .

ثانياً — « ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله » ( المادة ٦٣ ) . هذه القاعدة ذكرها صاحب الهداية وابن نجيم في الأشباه والنظائر . وقد ذكر السيوطي ما يقاربها بقوله « ما لا يقبل التبعيض فاختيار بعضه كاختيار كله واسقاط بعضه كاسقاط كله »[١] .

ومن امثلة هذه القاعدة حق الشفعة . فهو لا يقبل التجزئة . بناء عليه ، قالت المجلة : « ليس للشفيع حق في اشتراء مقدار من العقار المشفوع وترك باقيه » ( المادة ١٠٤١ ) .

ومثل آخر غريب ذكره كثير من الفقهاء بين الامثلة الفرضية في باب الطلاق . وهو : لو طلق رجل من امرأته جزءاً شائعاً أو لو طلقها نصف تطليقة ، كان الطلاق كاملاً ، لان الطلاق لا يتجزأ فذكر بعضه كذكر الكل[٢] . وقد اتفق الفقهاء على هذا الحكم ، الا ما روي عن داود الظاهري انه قال بعدم وقوع الطلاق في مثل هذه الحال[٣] . وانت ترى ان هذه المسألة فرضية محضة ، لا يمكن تصورها في الواقع ، اذ لا مبرر لصدور هذا التطليق من الرجل العاقل .

---

(١) انظر الهداية ( ج ١ ص ١٨٦ ) ، والاشباه لابن نجيم (ص ٦٤) ، والسيوطي ( ص ١٠٨ ) ، وقواعد العز بن عبد السلام ( ج ٢ ص ٨٦ ) .

(٢) راجع الهداية وقواعد ابن عبد السلام في الموضع المذكور .

(٣) الميزان للشعراني ، ج ٢ ص ١٢٦ .

# الفصل الرابع

## مبادىء عامة في البينات

## البند الاول

### واجب الاثبات

#### اهمية الاثبات

من الامور ما كان ثابتاً بالعيان ، ومنها ما احتاج لثبوته الى برهان . والطريقتان بمنزلة واحدة ، او كما قال الفقهاء[1] والمجلة « الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان » ( المادة ٧٥ ) .

وللاثبات اهمية كبرى لدى القضاء ، لانه ، كما جاء في الحديث الشريف : « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال واموالهم . . . »[2] . فواجب الاثبات رادع للادعاءات الكاذبة ، وللادعاءات الضعيفة ، وللادعاءات المجردة .

هذه هي القاعدة العامة رغم ما فيها احياناً من اخطار ، اذ لا عبرة للادعاء الذي لا يتمكن صاحبه من اثباته ولو كان صحيحاً ،

---

(١) هذه قاعدة موجودة في المجامع ( المنافع ص ٣١٧ ) . وقد وردت في الهداية ( ج ٤ ص ١٤١ ) ، بعبارة : « الثابت بالشهادة كالثابت معاينة » .

(٢) وتتمته : « ولكن اليمين على المدعى عليه » . رواه مسلم في صحيحه ، ج ٥ ص ١٢٨ .

والعبرة كل العبرة للامور الثابتة ولو استندت الى بينة في حقيقتها الخفيـــة مزورة . فالى من خاصم في باطل وجـــه النبي ( ص ) تحذيره : « انكم تختصمون اليّ ، ولعل بعضكم الحن بحجّته من بعض . فمن قضيت له بحق اخيه شيئاً بقوله ، فانما اقطع له قطعة من النار فلا يأخذها » [١] .

واثبات امر معناه تقديم الحجة واعطاء الدليل عليه حتى يبلغ حد اليقين . واليقين هو ما كان ثابتاً بالنظر او الدليل . والاصل انه لا يزول الا باليقين . ويأتي بعد اليقين في الدرجة التردد ، وهو على انواع : الظن والشك والوهم .

فالظن معناه ترجيح جهـة الصواب في التردد . وهو لا يكفي لاثبات عكس اليقين ، عملاً بالآية الكريمة : « ان الظنّ لا يغني من الحق شيئاً » [٢] ، لا سيما اذا كان هذا الظن ظـاهر الخطأ . ففي ذلك ورد في الأشباه والنظائر [٣] وفي المجلة أنه « لا عبرة للظن البيّن خطأوه » ( المادة ٧٢ ) .

الاّ ان الظن ، اذا كان من نوع الظن الغالب ، فهو يقوم مقام اليقين عند تعذره . مثلاً لو ثبت غرق سفينة ، فانه يحكم بموت من كان فيها على سبيل الظن الغالب .

والشك هو ما كان متردداً بين الثبوت وعدمه ، مع تساوي طرفي الصواب والخطأ ، دون ترجيح احدهما على الآخر . وهو لا يكفي أيضاً لرفع اليقين . وهكذا ، قال القـاضي الحسَين في

---

(١) رواه البخاري . انظر شرح العيني ، ج ١٣ ص ٢٥٧ .
(٢) سورة يونس ( ١٠ ) ٣٦ .
(٣) للسيوطي ( ص ١٠٦ ) ، ولابن نجيم ( ص ٦٣ ) .

قواعده الأربع ، التي عليهـــا بنى الفقه ، ان « اليقين لا يرفع بالشك »[١] ، أو بعبارة الأشباه [٢] والمجلة ، ان « اليقين لا يزول بالشك » ( المادة الرابعة ) .

أما الوهم ، ففيه ترجيح جهة الخطأ في التردد . وهو مردود ، أو كما قالت المجلة أيضاً « لا عبرة للتوهم » ( المـادة ٧٤ ) [٣] . وكذلك يرد كل احتمال مجرد .

وعلى الجملة ، فالعبرة في الاصـــل لليقين وللثبوت المستند الى الدليل ولا عبرة لخلافه . ولذا نصت القاعدة الكلية ، المذكورة في المجامع [٤] وفي المجلة ، على انه : « لا حجة مع الاحـتمال الناشيء عن دليل . مثلاً لو أقر أحد لأحد ورثته بدين ، فان كان في مرض موته لا يصح ما لم يصدقه باقي الورثة . وذلك لان احتمال كون المريض قصد بهذا الاقرار حرمان الورثة مستند الى دليـل كونه في المرض . واما اذا كان الاقرار في حال الصحة جاز . واحتمال ارادة حرمان سائر الورثة حينئذٍ ، من حيث انـه احتمال مجرد ونوع من التوهم ، لا يمنع حجة الاقرار » ( المادة ٧٣ ) [٥] .

---

(١) كما ذكر تاج الدين السبكي في جمع الجوامع . راجع شرحه مع حاشية البناني ، ج ٢ ص ٣٧٣ .

(٢) للسيوطي ( ص ٣٧ و ٥٤ ) ، ولابن نجيم ( ص ٢٢ و ٢٩ ) .

(٣) هي قاعدة موجودة في مجمع الفتاوى . انظر شرح المادة ٧٤ في ٥ مرآة مجله احكام عدلية » .

(٤) المنافع شرح المجامع ، ص ٣٢٩ .

(٥) هذا المثل مقبول في المذهب الحنفي . ولكن يوجد بشأنه خلاف في بعض المذاهب ، على ما سنفسره ونفصله عند الكلام عن مرض الموت ، في كتابنا «النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية » .

## عبء الاثبات

في كل نزاع قضائي طرفان متداعيان على الاقل . احدهما المدعي ، والثاني المدعى عليه . فالاول يدعي خلاف الظاهر ، والثاني يتمسك به وينكر الادعاء [١] .

واذ كان للاثبات الاهمية القضائية التي رأينا ، كان لا بد من معرفة من يقع عليه واجب الاثبات ، هل هو المدعي ام المدعى عليه ؟ لا ريب ان عبء الاثبات يقع على المدعي [٢] . وتفسيره ان الاصل في الامور الظاهر ، فعلى من يدعي خلافه ان يثبت ادعاءه . وفي القواعد الكلية الواردة في المجامع [٣] والمجلة : « البينة لاثبات خلاف الظاهر واليمين لابقاء الاصل » ( المادة ٧٧ ) . وفي قواعد المجلة ايضاً : « البينة للمدعي واليمين على من انكر » ( المادة ٧٦ ) . ودليل ذلك شرعاً الحديث الشريف : « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه او على من انكر » [٤] .

وبعبارة اخرى ، اذا ادعى احد شيئاً في ذمة آخر وجب عليه اثباته ، لان المدعى عليه يعتبر بريء الذمة بداية . وبمعناها جاء في

---

(١) في الهداية ( ج ٣ ص ١٢٥ ) : « المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها ، والمدعى عليه من يجبر على الخصومة » .

(٢) في الامثال اللاتينية : Actori incumbit probatio
Ei incumbit probatio qui dicit non qui negat

(٣) وردت في المجامع : « البينات شرعت لاثبات خلاف الظاهر واليمين لابقاء الاصل » . انظر شرحه المنافع ، ص ٣١٤ .

(٤) ذكره السيوطي عن الترمذي والبيهقي ، في الجامع الصغير ، رقم ٣٢٢٥ و ٣٢٢٦ .

المجلة : « الاصل براءة الذمة . فاذا اتلف رجل مال آخر واختلفا في مقداره ، يكون القول للمتلف والبينة على صاحب المال لاثبات الزيادة »[١] . وهذه القاعدة الكلية هي من القواعد التي استند اليها الاصوليون في المذهب الشافعي في استصحاب الحال ، وبنوا عليها ما اوضحنا سابقاً من القواعد الشبيهة بها . وهي : « الاصل بقاء ما كان على ما كان . وما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه »[٢] .

وان قاعدة « الاصل براءة الذمة » تستتبع رد دعوى المدعي اذا عجز عن اثباتها ، وتستوجب الرجوع الى الحالة الراهنة الظاهرة . اي ان ما كان يبقى على ما كان ، وان « القديم يترك على قدمه » . والعبارة الاخيرة هي أيضاً من قواعد المجامع[٣] والمجلة ( المادة ٦ ) . وبمعناها قال قاضيخان : « الاصل ان ما كان قديماً يترك على حاله ولا يغير الا بحجة »[٤] . ولكن هذا مقيد بأن لا يكون القديم مضراً ، لأنه بعبارة المجلة « الضرر لا يكون قديماً » ( المادة السابعة ) .

ثم ان الصفات أيضاً نوعان : اصلية وعارضة . فالاصلية هي ما كانت مع الموصوف ابتداءً ، كأن يعتبر الانسان الراشد

---

(١) المادة الثامنة . وهي من قواعد الاشباه كما قدمنا .

(٢) هما المادتان الخامسة والعاشرة من المجلة ، وقد مرّ تفسيرهما .

(٣) المنافع ، ص ٣٢٦ . ولهذه القاعدة تطبيقات في ابواب اخرى ، كالتقادم وغيره .

(٤) الفتاوى الخانية ، بهامش الهندية ، ج ٣ ص ٢٤٦ .

عاقلاً . فصفة العقل للراشد اصلية موجودة معه ابتداء في الاصل . اما الصفات العارضة ، فهي التي لا تكون ابتداء مع ذات الموصوف ، كالجنون أو السكر . فهذه لا يفترض وجودها اصلاً ، بل يتوجب على من يدعي وجودها ان يثبتها .

فالقاعدة التي تستنتج من ذلك ، والتي وردت في الاشباه والنظائر [١] ، هي ان الاصل في الصفات الاصلية الوجود وفي الصفات العارضة العدم . وبهذا قالت المجلة : « الاصل في الصفات العارضة العدم . مثلاً اذا اختلف شريكا المضاربة في حصول الربح وعدمه ، فالقول للمضارب ، والبينة على رب المال لاثبات الربح » ( المادة التاسعة ) .

واخيراً ، تجب الاشارة الى ان لقاعدة البينة على المدعي استثناء في المجلة . فقد جاء فيها ان « الامين مصدق بيمينه » ( المادة ١٧٧٤ ) . ومعنى ذلك انه اذا ادعى الوديع رد الوديعة الى المودع ، وانكر هذا تسلمها ، فالقول هو للوديع مع اليمين . اي انه يؤخذ بقوله اذا حلف اليمين على براءة ذمته . وهذا مخالف للقاعدة العامة ، اذ ان الوديع يدعي خلاف الظاهر ، والقياس يقضي بتكليفه هو باثبات دعواه انه رد الوديعة .

وقد قال بهذا الاستثناء جمهور الفقهاء المسلمين ما عدا المالكية . فهؤلاء لم يقبلوا به الا اذا دفعت الوديعة الى الوديع بدون بينة . اما اذا سلمت الوديعة الى الوديع ببينة ، وادعى ردها ، فعليه اثبات ذلك عندهم [٢] . وهذا الرأي كما ترى قريب من الآراء

---

(١) الاشباه والنظائر لابن نجيم ، ص ٢٥ .

(٢) بداية المجتهد لابن رشد ، ج ٢ ص ٢٥٧ .

العصرية في الموضوع .

## ترجيح البينات

لما كان الاصل في المدعى عليه براءة الذمة ، وكانت البينة على المدعي لاثبات العكس ، كان من المهم معرفة من هو المدعي ومن هو المدعى عليه ، ومن يقع عليه عبء البينة منهما ، ومن ترجح بينته عند التعارض . وهذا ما يسمى ترجيح البينات . وقد اعطت مجلة الاحكام العدلية في هذا الموضوع امثلة عديدة ، نكتفي بواحد منها على سبيل الايضاح .

وهو : لو ادعى احد أن الشيء الذي في يد رجل آخر هو ملكه ، ونازعه هذا الاخير في ادعائه ، فعلى ايهما يتوجب تقديم البينة على انه هو المالك ؟ قالت المجلة ان « بينة الخارج اولى في دعوى الملك المطلق » ( المادة ١٧٥٧ ) . ومعنى ذلك انه على من ليس الملك في يده ان يثبت انه المالك ، لان الملك في الظاهر لصاحب اليد ، والبينة تقع على من يدعي خلاف الظاهر . هذا في المذهب الحنفي ، وعند الامام احمد بن حنبل في احدى الروايتين عنه . اما عنده في الرواية الاخرى وعند الامامين مالك والشافعي ، فبينة صاحب اليد مقدمة على الاطلاق [١] .

وفي القواعد الكلية التي اخذتها المجلة عن ابن نجيم [٢] قاعدة لها

---

(١) راجع كتاب رحمة الامة في اختلاف الائمة للشيخ محمد بن عبد الرحمن الدمشقي ( هامش الميزان الكبرى ) ، ج ٢ ص ٢٠٥ .

(٢) الاشباه والنظائر ، ص ٢٥-٢٦ . وقد جاءت القاعدة في اشباه السيوطي ( ص ٤٣ ) ، بعبارة « الاصل في كل حادث تقديره باقرب زمن » .

علاقة بترجيح البينات وهي : « الاصل اضافة الحادث الى اقرب اوقاته . يعني اذا وقع الاختلاف في سبب وزمن حدوث امر ينسب الى اقرب الاوقات الى الحال ، ما لم تثبت نسبته الى زمان بعيد » ( المادة ١١ ) . فعليه ، « ترجح بينة الصحة على بينة مرض الموت . مثلاً اذا وهب احد مالاً لاحد ورثته ثم مات ، وادعى باقي الورثة انه وهبه في مرض موته ، وادعى الموهوب له انه وهبه في حال صحته ، فترجح بينة الموهوب له » ( المادة ١٧٦٦ ) . يعني انه على الموهوب له ان يثبت قوله ، وان لم يفعل اعتبرت الهبة انها حصلت في مرض الموت اي في الزمن القريب ، وجرى حكمها على مقتضى ذلك ، اي انها لا تصح الا اذا اجازها الورثة ( المادة ٨٧٩ ) [١] .

كل هذا طبعاً في المسائل التي تعين فيها سبب الترجيح . أما فيما عدا ذلك فاذا تعارضت بينتا الطرفين ، فانه ، بحسب الاحوال والمذاهب ، اما ان يعمل بهما معاً واما ان يتركا او يتهاترا واما ان يرجح بينهما بالقرعة [٢] . ونحن لا نرى مجالاً لايضاح ذلك مفصلاً ، ولا لايضاح ما ورد عنه في المجلة وفي باقي المذاهب ، لئلا نخرج عن بحثنا في المبادىء العامة .

---

(١) ولهذه القاعدة في المذهب الحنفي استثناءات اهمها ما ذكره ابن نجيم انه « لو قال القاضي بعد عزله لرجل اخذت منك الفا ودفعتها الى زيد قضيت بها عليك ، فقال الرجل اخذتها ظلماً فالصحيح ان القول للقاضي ، مع ان الفعل حادث فكان ينبغي ان يضاف الى اقرب اوقاته وهو وقت العزل ، وبه قال البعض واختاره السرخسي » ( عن الاشباه في الموضع المذكور ) .

(٢) راجع كتاب القواعد لابن رجب ، مطبعة الصدق الخيرية بمصر ، ١٩٣٣ ، ص ٣٦٣ - ٣٦٤ .

ولو رجعنا الى الكتب الفقهية الاسلامية ، لوجدنا ان اصل نظرية ترجيح البينات يرجع الى القاعدة العامة « البينة على المدعي » . ولكن الفقهاء عقدوا عليها بحوثاً طويلة وضربوا امثلة كثيرة ، تكوّن منها مجموعة من الضوابط تناقلها المتأخرون عن السابقين واخذت بها مجلة الاحكام العدلية . ونتج من كل ذلك على الجملة احكام وضوابط معقدة ، فيها بعض التقييد لحرية القاضي في تحقيق الدعاوى . ولو ان القاضي لم يقيّد الا بالحديث الشريف « البينة على المدعي » دون ما كان مبنياً على مجرد الرأي من ضوابط ترجيح البينات ، ولو ترك امر تطبيق هذا الحديث على المسائل العلمية الى حكمة القاضي وبصيرته ، لكان ذلك اقرب لروح السنّة واسهل للوصول الى الحق والعدل .

وبعد ، فطرق الاثبات الرئيسية او الحجج الشرعية ثلاث : الاقرار والبينة واليمين . ونحن نوضح بايجاز هذه الطرق وما يتبعها من المسائل كالتناقض والقرائن ، ونقتصر في ذلك على المبادىء العامة ، وعلى تفسيرها ببعض الامثلة من المجلة ، دون التعرض للمسائل التفصيلية الفرعية [1] .

(١) راجع فيها الكتابين الثالث عشر والخامس عشر من المجلة .

# البند الثاني

## الاقرار

### اثر الاقرار

اقوى الحجج الشرعية لاثبات دعوى المدعي اقرار المدعى عليه . ومعناه اعترافه بالامر المدعى به ، او « الشهادة على نفسه » .

والاقرار ملزم للمقر . وبهذا جاء في المجامع [١] وفي المجلة ان : « المرء مؤاخذ باقراره » ( المادة ٧٩ ) . ودليل ذلك شرعاً : الآية الكريمة « كونوا قوّامين بالقِسطِ شهداءَ للهِ ولو عـلى انفسكم » [٢] ، والحديث الشريف « قل الحق ولو على نفسك » [٣] .

ويشترط لصحة الاقرار ان يكون المقر عاقلاً ، بالغاً ، غير مكره ولا محجور عليه . فعلية لا يصح اقرار المكره ، ولا اقرار الصغير او المجنون او غيرهما من المحجور عليهم .

ومتى اقر المدعى عليه لا يصح رجوعه عن اقراره في حقوق العباد ، اي في الامور التي يتعلق بها حق احـد الناس ، خلافاً لحقوق الله ، اي الامور الجزائية التي تكون فيها العقوبة عامة وليس فيها حق لاحد الافراد ، كما في حد الزاني وشارب الخمر .

---

(١) المنافع ، ص ٣٣١ .

(٢) النساء (٤) ١٣٥ .

(٣) هو جزء من حديث « صل من قطعك ، واحسن الى من اساء اليك ، وقل الحق ولو على نفسك » ، رواه السيوطي عن ابن النجار في الجامع الصغير ، رقم ٥٠٠٦ .

ففي الفئة الثانية من الحقوق يصح الرجوع عن الاقرار عند جمهور الفقهاء ، بدليل الحديث « ادرؤا الحدود بالشبهات »[١] . ولكن البعض ، ومنهم اتباع المذهب الظاهري ، خالفوا في ذلك ، ومنعوا الرجوع عن الاقرار حتى فيما يوجب الحد ، وطعنوا بصحة الحديث الذي ذكرنا ، وقالوا انه قول روي عن ابن مسعود وعمر فقط[٢] .

ثم ان « الاقرار على الغير ليس بحائز » ، على ما جاء في قواعد المجامع[٣] . ومعناه ان الاقرار لا يلزم الا المقر ، خلافاً للبينة التي تتعدى الى الغير . لذا قيل في قواعد الاشباه[٤] والمجلة : « البينة حجة متعدية ، والاقرار حجة قاصرة » ( المادة ٧٨ ) . مثاله لو تعدد المدعى عليهم بدعوى دين فاقرّ به بعضهم وانكره الآخرون ، فالاقرار لا يلزم الا من اقر ، لانه حجة قاصرة . ولكن لو اثبت المدعي دعواه بالبينة ، فالاثبات هذا يلزم الجميع .

## هل يتجزأ الاقرار

يكون الاقرار احياناً كاملاً وموافقاً للادعاء . ويكون احياناً موصوفاً أو مركباً .

فالاقرار الموصوف هو ان يقر المدعى عليه بدعوى المدعي ويزيد على الاقرار بياناً اضافياً يغير نتيجته . مثاله ان يزيد المقر

---

(١) نقله السيوطي عن الكامل لابن عدي . انظر كتابه الاشباه والنظائر ، ص ٨٤ .

(٢) راجع المحلي لابن حزم ، ج ٨ ص ٢٥٢ - ٢٥٣ .

(٣) المنافع شرح المجامع ، ص ٣١٣ .

(٤) الاشباه لابن نجيم ، ص ١٠١ .

على اقراره بالدين المدعى به ، انه غير حالّ بل مربوط باجل . ويكون الاقرار مركباً عند ما يزيد المقر على اقراره بالفعل الاصلي المدعى به ، فعلاً آخر مرتبطاً به ، مثاله ان يقر بالدين المدعى به ، ويزيد انه أوفاه ، أو ان المدعي ابرأه منه .

ففي مثل هذه الاحوال وما اليها ، هل يجب الاخذ بجميع قول المدعى عليه المقر ؟ ام يجوز تجزئة اقراره ، بان يلزم بالدين المدعى به ثم يكلف باثبات ما زاد عليه ؟

في الجواب على هذه المسألة نظريتان . الاولى نظرية المذهبين الحنفي والمالكي [1] وهي تقول بتجزئة الاقرار ، فتلزم المقر بالحق المدعى به ، وتوجب عليه اثبات الزيادة في اقراره . مثلاً اذا اقر المدعى عليه بدين وادعى تأجيله او ايفاءه ، لزمه الدين باقراره واعتبر مدعياً بالتأجيل او الايفاء ، ووجب عليه اثبات ادعائه هذا .

والنظرية الثانية تقول بعدم تجزئة الاقرار . ومعنى ذلك ان الاقرار لا يقبل التبعيض ، لانه كلام واحد لا يجوز الاخذ ببعضه دون بعض . مثاله اذا اقر المدعى عليه بالدين مؤجلاً لم يجبر على الدفع قبل الاجل ، لانه ، كما قال ابن القيم الجوزية ، « انما اقر به على هذه الصفة فالزامه به على غير ما اقر به الزام بما لم يقر به » .

وكذلك روي من طريق حماد بن سلمة ان رجلاً ادعى على

---

(١) راجع الاختيار شرح المختار للموصلي ( ج ٢ ص ٢٥ ) ، والبدائع ( ج ٧ ص ٢٠٨ ) ، وشرح مختصر سيدي خليل لعبد الله الخرشي ( ج ٦ ص ٣٠٧ و ٣٠٩ ) .

آخر بالف درهم ولم تكن لديه بينة ، فاختصما الى قاضي البصرة عبد الملك بن يعلى . فاقر المدعي عليه بالدين ، وقال انه قضاه . فتمسك المدعي بالاقرار وترك ما وصل به . فقال القاضي عبد الملك : « ان شئت اخذت بقوله اجمع ، وان شئت ابطلته اجمع » .

وعلى نظرية عدم تجزئة الاقرار سار المذهب الحنبلي في القول المختار والمذهب الظاهري [١] ومعظم القوانين الحديثة مثل قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ( في المادتين ٢٢٦ و ٢٢٧ ) وقانون تنظيم المحاكم الشرعية اللبناني ( في المادة ٤٤ ) .

وانت ترى ان هذه النظرية وجيهة ، فيها كثير من العدل . ومثل يوضح ذلك : دائن استوفى دينه ثم ادعى به ثانية ، وليس لديه بينة على الدين ولا لدى المدين بينة على الايفاء . فاذا اقر المدين بدينه مع القول بانه أوفاه ، وجب الاخذ باقراره جميعه ، لانه لو جازت تجزئته للزم اجبار المدين على الدفع ثانية لعجزه عن اثبات الايفاء ، مع انه لو كذب وانكر لردت الدعوى لعدم اثبات الدين . فتجزئة الاقرار اذا جازت في هذا المثل وما اليه تؤدي الى تشجيع الكاذبين والى معاقبة الصادقين .

أما في المذهب الشافعي ، فالاقوال مختلفة . وقد فصل الغزالي ، فقال بعدم تجزئة الاقرار اذا اقر المدعى عليه بالدين مدعياً التأجيل ، وقال بتجزئته اذا اقرّ بالدين وادعى الايفاء [٢] .

---

(١) راجع المغني لابن قدامة ( ج ٥ ص ٢٨٥ ) ، والمحلى لابن حزم ( ج ٨ ص ٢٥٠ و ٢٥٢ و ٢٥٤ ) ، واعلام الموقعين ( ج ٣ ص ٣١٧ و ٣٢٣ ) .

(٢) في كتاب الوجيز ، انظر شرحه فتح العزيز للرافعي ( طبع من شرح المهذب ، ج ١١ ص ١٦٦ ) .

# البند الثالث

## البينة الشخصية

### تقييد قبول هذه البينة

البيّنة لغةً مؤنث البين ، اي الواضح الجلي والفاصل . واصطلاحاً هي « الحجة القوية »[1] ، لانها « تبين الحق وتظهره » . وهي بهذا المعنى اليوم على نوعين : البينة الخطية والبينة الشخصية . ولكنها تطلق عادة في الكتب الفقهية الاسلامية على النوع الثاني وحده ، اي على شهادة الشهود .

وان البينة الشخصية لم تقبل في الشرائع بدون تردد أو تقييد . وسبب ذلك الخوف من نسيان الشهود ، أو من كتمهم الشهادة ، او من الكذب بداعي التحزب او الاغراء او الرشوة[2] . فلذا تشددت القوانين في قبول البينة الشخصية . فان فئة منها منعت هذه البينة في الامور المدنية فيما خلا بعض المستثنيات . وان فئة اخرى اجازت قبولها في جميع الاحوال ، ولكن حددت لها نصاباً او عدداً معيناً .

ومن الفئة الاولى معظم القوانين العصرية . فانها مع قبولها البينة الشخصية دون تقييد في الامور الجزائية ، منعت قبولها في

(١) هذا تعريف المجلة في المادة ١٦٧٦ .

(٢) قال لوزايل :

Qui mieux abreuve mieux preuve ( Inst. cout. , liv. V , tit. V )

امور المعاملات المدنية الا في بعض الاحوال الاستثنائية . ففي قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني مثلاً ، لا تقبل البينة الشخصية لاثبات عكس مضمون السند الخطي ولا تقبل في الدعاوى التي تتجاوز قيمتها خمساً وخمسين ليرة لبنانية [١] الا في حالات استثنائية محصورة [٢] .

اما الشرع الاسلامي في الرأي المختار عند جمهور الفقهاء ، فقد اجاز البينة الشخصية او الشهادة في جميع الاحوال ولكنه حدد لها نصاباً او عدداً معيناً ، اختلف باختلاف المذاهب والقضايا .

وبرغم ذلك ، فقد اوضح الفقهاء ان « اشتراط العدد في الشهادة امر تعبدي ثبت على خلاف القياس لان رجحان الصدق ... بالعدالة لا بالعدد » [٣] . ونحن نوجز ههنا ايضاح مراتب الشهادات ، مقتصرين على المسائل الرئيسية .

## مراتب الشهادات

اولاً — شهادة الاربعة .

اتفقت المذاهب على ان نصاب الشهادة في حد الزنا اربعة رجال ، بالاستناد الى الكتاب : « والذين يرمُون المحصناتِ ثم لم

---

(١) في المادتين ١٥٣ و ٢٤١ منه . وقد كان المبلغ عشر ليرات عثمانية ذهباً في المادة ٨٠ من قانون اصول المحاكمات الحقوقية الثاني . انظر ايضاً المادة ١٣٤١ من القانون المدني الفرنسي .

(٢) المادة ٢٤٢ ، وهي تجيز البينة الشخصية في المواد التجارية ، وفي الافعال المادية ، وعند وجود بداءة بينة خطية وعند فقدان البينة الخطية او استحالة الحصول عليها .

(٣) شرح الكنز للزيلعي ، ج ٤ ص ٢١٢ .

يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة » . « لولا جاءوا عليه باربعة شهداء فاذ لم يأتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون » . « واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم . . . »[١] .

وان سبب التشديد في هذه المسألة الرغبة في الاحتياط وحب الستر . ولا تقبل فيها شهادة النساء ، الا ما روي عن عطاء وحماد أنهما قالا تجوز شهادة ثلاثة رجال وامرأتين ، وما روي عن المذهب الظاهري انه جوّز شهادة امرأتين مكان كل رجل فتقبل شهادة ثمان نسوة وجدهن[٢] . هذا في الزنا ، وقد شبّه به الحسن البصري القتل ، وقال انه لا يثبت ايضاً الا باربعة شهداء[٣] .

ثانياً — شهادة الثلاثة .

قال الامام احمد بن حنبل ان من عرف غناه اذا ادعى الاعسار لا يقبل منه الا ثلاثة شهود على ادعائه ، واستند بذلك الى حديث قبيصة بن مخارق[٤] .

ثالثاً — شهادة الرجلين دون النساء .

هذه البينة تكفي لاثبات ما بقي من القضايا في جميع المذاهب اذا كان الشاهدان يحوزان الشروط والصفات الشرعية المطلوبة . وهي تستند الى الكتاب والسنة .

---

(١) سورة النور (٢٤) ع ٤ و ١٣ ، وسورة النساء (٤) ١٥ .

(٢) انظر المغني ( ج ١٠ ص ١٧٥ ) ، والمحلى ( ج ٩ ص ٣٩٥ ) .

(٣) المغني ، ج ١٢ ص ٦ وما بعدها .

(٤) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم الجوزية ( مصر ، ١٣١٧ هـ ) ، ص ١٤٤ .

ففي الكتاب الآيتان الكريمتان اللتـــان وردتا بشأن الوصية والطلاق وهما : « شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت اثنان ذوا عدل منكم او آخران من غيركم » . « فاذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم وأقيموا الشهادة لله . . . »[١] . وجاء بهذا الشأن في الحديث الشريف : « شاهداك أو يمينه »[٢] .

وشهادة الرجلين العدلين ضرورية عند جميع الفقهاء ، في جميع الحدود ما عدا الزنا . وهي ضرورية ايضاً عند مالك واحمد بن حنبل فيما سوى الاموال مما يطلع عليه الرجال ، كالزواج والطلاق وما اليهما . ولا تقبل شهادة النساء في كل ذلك الا عند عطـــاء وحماد وفي المذهب الظاهري كما بيّنا آنفاً[٣] .

رابعاً — شهادة الرجلين أو الرجل والمرأتين .

وهي النصاب الشرعي الذي ذكره القرآن الكريم في كتابة الصك بالدين المؤجـل في الآية : « . . . واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان »[٤] .

وقد اتفقت المذاهب الاسلامية على قبول هذه الشهادة في قضايا الاموال ، كالبيع والقرض والغصب والديون كلها . وقد قبلهـــا

---

(١) المائدة (٥) ١٠٦ ، والطلاق (٦٥) ٢ .

(٢) رواه البخاري في صحيحه . انظر شرح العيني ، ج ١٣ ص ٢٤٣ و ٢٤٨ .

(٣) راجع بداية المجتهد لابن رشد ( ج ٢ ص ٣٨٥ ) ، والمحلّى لابن حزم والمغني ( ج ١٢ ) في المواضع المذكورة ، وشرائع الاسلام ( طبع التبريزي ، ١٣٢٥ هـ ، ص ٣٣٤ ) .

(٤) سورة البقرة (٢) ٢٨٢ .

المذهب الحنفي ايضاً في باقي حقوق العبـــاد . أي انها تقبل عند الحنفية في جميع الامور المدنية ، سواء أكانت تتعلق بالاموال ام بغيرها ، كالنكاح والطلاق . ولكنها لا تقبل في حقوق الله ، أي في المسائل الجزائية المتعلقة بالحدود . وبهذا الرأي اخذت مجلة الاحكام العدلية ( ١٦٨٥ ) .

أما مذهب اهـــل الظاهر فانه يقبل هذه الشهادة في حقوق العباد كلها ، وفي الحدود جميعاً ما عدا الزنا [١] .

خامساً — شهادة الرجل الواحد ويمين المدعي .

هذه الشهادة لم يقبل بهـا المذهب الحنفي ولا الامام الاوزاعي ولا الليث من اصحاب الامام مالك . ولكنها مقبولة في قضايا الاموال عند باقي الائمة ، بالاستناد الى السنة . فقـــد روي عن النبي ( ص ) انه قضى بشهادة الشاهد الواحد معززة بيمين المدعي على صدق دعواه [٢] . وبهذا ايضاً قضى ابو بكر الصديق وعلي بن ابي طالب وعمر بن عبد العزيز .

اما المانعون لهذه الشهادة ، فقد كان جوابهم عن ذلك ان القرآن الكريم نص على الرجلين او على الرجل والمرأتين ، وان حديث قضاء النبي ( ص ) بشاهد واحـد ويمين المدعي هو خبر آحادي لا

---

(١) انظر في كل ذلك المراجع التي ذكرناها اعلاه .

(٢) رواه مالك في الموطأ ( شرحه تنوير الحوالك ج ٢ ص ١٠٨ ) ، والشافعي في مسنده ( بهـامش الام ج٦ ص ١٥٦ ) ، ومسلم في صحيحه ( ج ٥ ص ١٢٨ ) ، واحمد بن حنبل واصحاب السنن الاربعة والدارقطني وغيرهم . انظر نيل الاوطـار ( ج ٨ ص ٢٨٥ ) ، وشرح العيني على البخاري ( ج ١٣ ص ٢٦٤ وما بعدهـا ) ، وشرح النووي على مسلم ( ج ١٢ ص ٤ ) .

يجوز ان ينسخ نص القرآن .

## شهادة النساء

من الامور الاجتماعية المسلّم بها ان المرأة اقل من الرجل خبرة في الحياة العملية . ولقد كانت كذلك منذ القديم ، حتى ان بعض الشرائع لم تقبل شهادتها على الاطلاق كما في الشريعة اليهودية [١] ، او لم تقبلها الا بتحفظ . ومن الفئة الثانية مثلاً ما جاء في قانون بعض المقاطعات السويسرية التي كانت الى اوائل القرن التاسع عشر تعتبر ان شهادة المرأتين بمنزلة شهادة الرجل الواحد . وكذلك في القانون الفرنسي القديم ، لم تكن شهادة المرأة تساوي شهادة الرجل [٢] . بل ان قانون نابليون نفسه قبل تعديله في اواخر القرن الماضي اوجب للوصية ولبعض معاملات الاحوال الشخصية شهادة الرجال دون النساء [٣] .

والى قلة الخبرة العملية ، اتصفت المرأة العربية بالبعد عن الاختلاط بالرجال ، حتى ان الشرع راعى ذلك فاجاز شهادتها فيما لا يطلع عليه الا النساء ، واعتبر شهادتها نصف شهادة الرجل في المعاملات الاقتصادية التي تكون فيها النساء عادة أقل اطلاعاً من الرجال . فقد ورد في الآية الكريمة عند الحث على كتابة الصك

---

(١) انظر كتاب المقارنات والمقابلات ، للسيد محمد حافظ صبري ، المادة ٥١ .

(٢) راجع هذه الامثلة وغيرها في اطروحة الرئيس الاول الدكتور الفرد ثابت « البينة الشخصية في القانون العثماني » ( La preuve testimoniale en droit ottoman ) طبع ليون ، ١٩٢٧ ، ص ٢٩ - ٣١ .

(٣) في المادتين ٣٧ و ٩٨٠ منه ، قبل تعديلها بقانون ٧ كانون الاول سنة ١٨٩٧ .

بالدين المؤجل : « فان لم يكونا رجلين فرجلٌ وامرأتان ممّن ترضونَ من الشهداء أن تضلّ احداهما فتذكرَ احداهُما الاخرى »[١] .

وهذا كان كثيراً بالقياس الى ما كانت عليه المرأة في الجاهلية ، اذ كانت معرّضة للوأد وهي حية ، وكانت محرومة من كثير من الحقوق المدنية كالأرث وما الى ذلك .

ولقد رأينا الخلاف في المذاهب الاسلامية بشأن شهادة النساء اذا كنّ مع الرجال . وبقي علينا الآن ان نبين الاحوال التي تجوز فيها شهادتهن منفردات .

ففي الحديث الشريف : « شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه »[٢] . وقد اتفقت المذاهب على قبول ذلك . فجاء في المجلة انه « تقبل شهادة النساء وحدهن في حق المال فقط في المواضع التي لا يمكن اطلاع الرجال عليها » ( المادة ١٦٨٥ ) . ومن هذه المواضع الولادة وعيوب النساء وما اشبهها ، وكذلك الرضاع عند جمهور الفقهاء ما عدا الحنفية .

ولقد اختلف في نصاب شهادة النساء في هذه الاحوال . فقال الحنفية والحنبلية انه تكفي فيها شهادة المرأة الواحدة ، لما روي عن النبي ( ص ) انه أجاز شهادة القابلة على الولادة[٣] ، ولقضاء علي بن ابي طالب والقاضي شريح وغيرهما بذلك . اما نصاب شهادة النساء عند باقي الائمة ، فهو امرأتان عند مالك قياساً على

---

(١) سورة البقرة (٢) ٢٨٢ .

(٢) ذكره الزيلعي في شرح الكنز ، ج ٤ ص ٢٠٩ .

(٣) ذكره الزيلعي ايضاً في الموضع المذكور .

نصاب شهادة الرجلين الا في بعض المواضع الاستثنائية [١] ، وثلاث نساء عند عثمان البتي واربع عند الشافعي . وقد روى هذا الاخير في مسنده عن عطاء عن النبي ( ص ) انه « قال في شهادة النساء على الشيء من امر النساء لا يجوز فيه اقل من اربع » [٢] .

وفيما خلا الاحوال التي لا يستطيع الرجال الاطلاع عليها ، هل تجوز شهادة النساء منفردات ؟ قال الامام مالك تجوز شهادة المرأتين مع يمين المدعي في قضايا الاموال ، وهذا احد وجهي مذهب الامام احمد بن حنبل . وروي عن عمر بن الخطاب وعلي بن ابي طالب والقاضي شريح انهم قبلوا شهادة الاربع نسوة في مسائل الطلاق والصداق وغيرهما . وعند اهل الظاهر ، كما رأينا ، تقبل شهادة النساء في كل الامور على ان تعد شهادة المرأتين بمنزلة شهادة الرجل الواحد [٣] .

## شهادة الرجل الواحد

قدمنا ان شهادة الرجل الواحد ، اذا تعززت بيمين المدعي ، مقبولة في قضايا الاموال عند بعض الائمة . ولكن هذه الشهادة لا تقبل دون يمين المدعي في الرأي المختار عند جمهور الفقهاء كما رأينا . وسبب ذلك الخوف من شهود الزور والمحافظة على حقوق

---

(١) انظر تفصيل هذه المواضع في تبصرة الحكام ، ج ١ ص ٢٤٠ .

(٢) مسند الشافعي ، هامش الام ، ج ٦ ص ٢٥٣ .

(٣) انظر القوانين الفقهية ( ص ٣١٠ ) ، والمحلى ( ج ٩ ص ٣٩٧ وما بعدها ) ، والمغني ( ج ١٢ ص ١٥ ) ، والطرق الحكمية ( ص ١٣٧ و ١٤١ ) .

الناس واموالهم من العبث .

هذا ما حمل ايضاً بعض الشرائع القديمة ، كالقانون الروماني [١] والقانون الكنسي والقانون الفرنسي القديم [٢] ، على ان ترفض شهادة الرجل الواحد او ان لا تقبل بها الا بتحفظ . وهذا ما جعل كثيراً من القوانين العصرية ترفض البينة الشخصية في الامور المدنية الا في احوال استثنائية كما قدمنا ، او تشترط تعدد الشهود للحكم في الامور الهامة كاشتراط القانون الانكليزي الشاهدين لاثبات جناية الخيانة العظمى [٣] ، وهكذا .

وعلى الرغم مما ذكرنا ، فقد قبل المذهب الحنفي وغيره شهادة الرجل الواحد في بعض الامور الاستثنائية . مثاله تجوز شهادته في الولادة ، وهذا بطريق اولى لان شهادة المرأة وحدها كافية فيها كما رأينا [٤] . وكذلك تجوز شهادة المعلم وحده في قضايا الصبيان [٥] . وتجوز شهادة خبير واحد لتقويم المتلفات .

---

(١) انظر الديجستا ( D. liv. XXII, tit. 5, fr. 12 ) ، والكودكس ( C. IV , tit. 20, 1, 9 ) :

Ut unius testimonium nemo judicum in quaecumque causa facile patiatur admitti.

قابل ايضاً المثل اللاتيني : Testis unus testis nullus

(٢) انظر في ذلك كتاب القانون المدني الفرنسي لبلانيول (ج ٢ رقم ١١٠٥ )، واطروحة الدكتور ثابت ( ص ١١٠ ) ، وكتاب الموجبات لبوتييه ( Pothier , oblig . , no. 783 ) ، وكتاب البينات لبونيه ، ( E. Bonnier , Traité des preuves ) طبع باريس ١٨٨٨ ، ص ٣٠٣ وما بعدها ).

(٣) كتاب هاريس ، قانون الجزاء ( Harris' Principles and practice of the criminal law ) لندن ، ١٩٢٩ ، ص ٣٦ .

(٤) الزيلعي في الموضع المذكور .

(٥) الدر المختار ( ج ٢ ص ٣٦٦ ) ، نقلا عن القهستاني والبرجندي .

وتجوز شهادة الواحد ايضاً في تزكية الشهود وجرحهم ، وفي اخبار عزل الوكيل ، وفي اخبار عيب المبيع ، وفي امور أخرى من اشباهها [١] .

ومن هذه الامور قول الترجمان الذي يستعين به القاضي لترجمة كلام من لا يعرف اللغة الرسمية من الطرفين او من الشهود . ففي القواعد الكلية من الاشباه والنظائر [٢] والمجلة « يقبل قول المترجم مطلقاً » ( المادة ٧١ ) . وتكفي ترجمة المترجم الواحد العدل ، وهو رأي الشيخين ابي حنيفة وابي يوسف ورأي الامام مالك . اما عند محمد بن الحسن وباقي الائمة في ارجح الروايات عنهم ، فالترجمة كالشهادة لا يقبل فيها المترجم الواحد [٣] .

هذا الى ان الفقهاء الحنفية في الاحوال الاخرى التي لا تجوز فيها شهادة الواحد يقرون بان نصاب الشهادة ليس الا امراً تعبدياً جاء على خلاف القياس ، لان رجحان الصدق هو في جانب العدالة لا في جانب العدد [٤] . اي ان العبرة بوزن الشهادة وقيمتها لا بعددها . فلذا لا تعتبر كثرة الشهود عندهم في ترجيح البينات .

---

(١) ذكر ابن وهبان من ذلك احد عشر موضعاً في منظومة الوهبانية ( طبعت بهامش المحبية ، سنة ١٢٩٦ هـ ، ص ٦١ ) ، وزاد ابن نجيم موضعاً آخر ( الاشباه ، ص ٨٨ ) . وذكر علي حيدر ( تحت شرح المادة ١٨٢٥ من المجلة ) خمسة عشر موضعاً ، نقلا عن ابي السعود . انظر بعض الامثلة من ذلك عند المالكية في تبصرة الحكام ، ج ١ ص ٢٣١ وما بعدها .

(٢) الاشباه والنظائر لابن نجيم ، ص ٥١ .

(٣) راجع تفصيل ذلك في الهداية ( بهامش الهندية ، ج ٢ ص ٣٧٨ ) ، وشرح العيني على البخاري ( ج ٢٤ ص ٢٦٦ ) ، ونيل الاوطار ( ج ٨ ص ٢٣٤ ) ، وتبصرة الحكام ( ج ١ ص ٢٣٧ ) .

(٤) الزيلعي ، ج ٤ ص ٢١٢ .

ولذا أيضاً جوّز الاخذ بقرائن الاحوال العرفية والحكم بمقتضاها في مسائل كثيرة ، كما سنرى قريباً .

واخيراً ، لا بد من الاشارة الى انه كان من الفقهاء المسلمين من قبل شهادة الرجل الواحد الصادق . ومن هؤلاء ابن القيم الجوزية ، اذ قال : « والصواب ان كل ما بيّن الحق فهو بيّنة . ولم يعطل الله ولا رسوله حقاً بعد ما تبين بطريق من الطرق اصلاً . بل حكم الله ورسوله ، الذي لا حكم له سواه ، انه متى ظهر الحق ووضح بأي طريق كان ، وجب تنفيذه ونصره ، وحرّم تعطيله وابطاله »[١] .

وعلى ذلك قال : « انه يجوز للحاكم الحكم بشهادة الرجل الواحد ، اذا عرف صدقه في غير الحدود . ولم يوجب الله على الحكام ان لا تحكموا الا بشاهدين اصلاً ، وانما امر صاحب الحق ان يحفظ حقه بشاهدين او بشاهد وامرأتين . وهذا لا يدل على ان الحاكم لا يحكم باقل من ذلك . بل قد حكم النبي ( ص ) بالشاهد واليمين وبالشاهد فقط »[٢] . او بعبارة اخرى ، « فالطرق التي يحكم بها الحاكم اوسع من الطرق التي ارشد الله صاحب الحق الى ان يحفظ حقه بها »[٣] .

وكذلك استشهد ابن القيم ايضاً بقول شيخ الاسلام ابن تيمية ان القرآن الكريم لم يذكر الشاهدين والرجل والمرأتين في طرق الحكم التي يحكم بها الحاكم ، وانما ذكر هذين النوعين من البينات

---

(١) اعلام الموقعين ، ج ١ ص ١٩٢-١٩٣ .
(٢) الطرق الحكمية ، ص ٦٦-٦٧ .
(٣) اعلام الموقعين ، ج ١ ص ٨١ .

في الطرق التي يحفظ بها الانسان حقه[١] .

وقد استند ابن القيم الى سنّة النبي ( ص ) ، اذْ اجـــاز شهادة الاعرابي وحده على رؤية هلال رمضان ، واجـــاز شهادة الشاهد الواحـــد في قضية سلب رواها ابو قتادة ، وقبل شهادة المرأة الواحدة اذا كانت ثقة فيما لا يطلع عليه الا النساء ، وجعل شهادة خزيمة بشهادتين بقوله : « من شهد له خزيمة فحسبه »[٢] .

وهذا الحديث الاخير الذي استند اليه الحنفية كما رأينا للقول بان ما « ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه » ، اتخذه ابن القيم حجة على ان هذا الحكم بالشاهد الواحد « ليس مخصوصاً بخزيمة دون من هو خـــير منه او مثله من الصحابة . فلو شهد ابو بكر وحده او عمر او عثمان او علي او ابيّ بن كعب لكان اولى بالحكم بشهادته وحده . . . » . وبعبارة اخرى ، هو يقصد ان هـــذا الحديث بني على علة هي صدق خزيمة ، وان للقاضي قياساً ان يحكم بشهادة كل واحد اذا تحقق صدقه ، وان هذا الحديث لا يناقض الكتاب ، وهو كباقي السنة جميعاً موافق له ، كما بيّنه الائمة ، « يفسّره ويبيّن مراد الله منه ويقيّد مطلقه » .

والى هذا ، اخـــيراً ، ذهب طائفة من قضاة المسلمين الذين اشتهروا بالتاريخ ، امثال شريح وزرارة بن ابي اوفى . فقد روي عنهم انهم قضوا بشهادة الواحد اذا علم صدقه . وبهذا القول اخذ ايضاً ابو داود في كتاب السنن ، فقال : « باب اذا علم الحاكم

---

(١) الطرق الحكمية ، ص ٧٠ .

(٢) مرّ تخريج هذا الحديث .

صدق الشاهد الواحد يجوز له ان يحكم به »[١] . وكذلك روي عن القاضي اياس بن معاوية ( المتوفى سنة ١٢٢ هـ ) انه اجاز شهادة عبد العزيز بن صهيب وحده[٢] .

## شروط العدالة

عدا نصاب الشهادة الذي اوضحنا ، تشترط في الشاهد العدالة . فاذن ، لا تقبل شهادة من اشتهر بالكذب او بسوء الحال والاخلاق . وقد اوجبت بعض المذاهب ، ومنها المجلة ، ان يحقق عن عدالة الشهود بالتزكية سرّاً وعلناً[٣] .

وكذلك لا تقبل الشهادة اذا كان بين الشاهد والمشهود عليه عداوة دنيوية ، ولا اذا كان بين الشاهد والمشهود له علاقة يخشى معها ان تكون الشهادة داعية « لدفع مغرم او جرّ مغنم » ، كعلاقة القربى او الاستخدام او الشركة او الكفالة او ما اشبهها.

ومن امثلة ذلك انه لا تجوز الشهادة لاصل او لفرع ، كالاب لولده او كالولد لابيه ، ولكنها تجوز عليهما . وكذلك تجوز الشهادة على احد الزوجين ، ولا تجوز لهما الا عند الشافعي ، الذي جوز شهادة احد الزوجين للاخر[٤] .

ولكن ينبغي ان ينظر الى شرط العدالة نظرة نسبية ، بمعنى

---

(١) راجع في كل ذلك الطرق الحكمية ( ص ٧٢ و ٧٥-٧٨ ) ، وكتاب السنن لابي داود السجستاني (مطبعة مصطفى محمد بمصر، ج ٣ ص ٣٠٨ رقم ٣٦٠٧).

(٢) انظر المعارف لابن قتيبة (ص ٢٠٧) ، وابن خلكان (ج ١ ص ٨١-٨٢).

(٣) راجع المواد ١٧١٦ وما بعدها . يشترط لوجوب اجراء التزكية عند ابي حنيفة ان يطعن المشهود عليه بعدالة الشهود .

(٤) منهاج الطالبين ، ص ١٣٥ .

ان عدالة الشاهد تقدّر بالقياس الى محيطه وبيئته . وعلى هذا جوّز بعض ائمة المذهب المالكي القضاء بشهادة غير العدول للضرورة وبشهادة من لا تعرف عدالته في الامور اليسيرة [١] .

وعلى كل ، فهذه كلها امور تفصيلية لا نتعرض لها ولا لغيرها من امثالها ، كالخلاف الواقع على قبول شهادة الاعمى والصبي وما الى ذلك ، لئلا نخرج عن موضوعنا هذا المتعلق بالقواعد العامة [٢] .

## تحليف الشاهد اليمين

في الشريعة الاسلامية قولان في مسألة تحليف الشاهد اليمين . الاول يقول بان لا يمين على الشاهد لان لفظ الشهادة يتضمن معنى اليمين . وهو ظاهر الرواية عند الحنفيين المروي في كتبهم المعتبرة .

والثاني يقول بتحليف اليمين ، لان عدالة الشاهد اصبحت مجهولة في هذا الزمان ، فوجب تقويتها باليمين . وقد ذهب الى هذا القول الامام ابن ابي ليلى وغيره من قضاة السلف ، ورجّحه ابن نجيم الحنفي . وقد ذهب اليه ايضاً الامام الحنبلي المشهور ابن القيم الجوزية ، فقال : « اذا كان للحاكم ان يفرق الشهود اذا ارتاب بهم فاولى ان يحلفهم اذا ارتاب بهم » . وكذلك في المذهب المالكي ، للقاضي ان يحلف الشاهد اذا اتهم [٣] .

---

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون ، ج ٢ ص ٢١

(٢) راجع تفصيل ذلك في المجلة ( المواد ١٦٩٦-١٧٠٥ ) ، وفي شرح الزيلعي على الكنز ( ج٤ ص ٢١٧ وما بعدها ) ، وبداية المجتهد ( ج٢ ص٣٨٣ وما بعدها ) .

(٣) انظر الطرق الحكمية في السياسة الشرعية (ص١٢٥)، وقرة عيون الاخيار تكملة رد المحتار (ج١ ص ٧٣ )، وشرح الخرشي على سيدي خليل ( ج٥ ص١٨٧ ) .

وبهذا القول الثاني اخذت مجلة الاحكام العدلية ، فنصّت على انه « اذا الحّ المشهود عليه على الحاكم قبل الحكم بتحليف الشهود انهم لم يكونوا في شهادتهم كاذبين ، وكان هنـــاك لزوم لتقوية الشهادة باليمين ، كان للحاكم ان يحلف الشهود وان يقول لهم ان حلفتم قبلت شهادتكم والاّ فلا » ( المادة ١٧٢٧ ) .

اما القوانين العصرية على الجملة ، فانها اوجبت تحليف الشاهـد اليمين قبل اداء شهادته . فعليه جاء في قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني انه « يجب على الشاهد قبل اداء الشهادة ان يحلف اليمين على انه يشهد بالحق كله ولا يشهد بسوى الحق » ( المادة ٢٧٢ ) [١] .

## التواتر

اذا تعارضت بيّنتان ، فالاصل عند جمهور الفقهاء ان الترجيح لا يكون بكثرة العدد [٢] . فعليه ، قالت المجـــلة : « لا اعتبار لكثرة الشهود . يعني لا يلزم ترجيح شهود احد الطرفين ، لكثرتهم بالنسبة الى شهود الطرف الآخر ، الا ان تكون كثرتهم قد بلغت درجة التواتر » ( المادة ١٧٣٢ ) .

ومعنى التواتر لغةً « تتابع اشياء واحداً بعد واحـــد » ، واصطلاحاً « تتابع الخبر عن جماعة بلغوا بالكثرة الى حيث حصل

---

(١) انظر بمعناه ايضاً المـادة ٨٩ من نظام المحاكم الشرعية الصادر بالمرسوم الاشتراعي عدد ٢٦١ بتاريخ ٤ تشرين الثاني سنة ١٩٦٢ .

(٢) وكذلك لا يكون الترجيح بشهرة العدالة الا عند مالك . انظر رحمة الامة في اختلاف الائمة ( بهامش ميزان الشعراني ج ٢ ص ٢٠٦ ) ، والقوانين الفقهية ( ص ٣٠٢ ) ، وشرح المنار لابن ملك ( ص٢٣٣ ) ، ومنهاج الطالبين ( ص ١٣٩ )، والمغني ( ج ١٢ ص ١٧٦ ) ، والبهجة في شرح التحفة ( ج ١ ص ١٤٥ ) .

العلم بقولهم »[١] . وقد عرفته المجلة انه « خبر جماعة لا يجوّز العقل اتفاقهم على الكذب » ( المادة ١٦٧٧ ) . وهذا التعريف بالحقيقة هو للخبر المتواتر وليس للتواتر ، لان التواتر كما قال الآمدي هو تتابع الخبر لا الخبر نفسه .

والتواتر عند جمهور الفقهاء من اظهر البينات ، وهو اقوى من شهادة الشاهدين[٢] . وقد قالت المجلة انه يفيد علم اليقين ، ولا تقام البينة على خلافه ( المادة ١٧٣٣ ) . ويشترط فيه ان يقع على امر ممكن حسياً وعقلياً ، بحيث يحصل منه اليقين الحقيقي .

اما عدد المخبرين بالتواتر ، ففيه اختلاف . غير ان المجلة اخذت بالرأي المختار ، ولم تشترط عدداً معيناً ، بل اوجبت ان يكون المخبرون بالتواتر « جمعاً غفيراً لا يجوّز العقل اتفاقهم على الكذب » ( المادة ١٧٣٥ ) . وبناء على ذلك ، كان الامر متروكاً في تعيين العدد الى حكمة القاضي . ولكن هذا ترك المجال لاختلاف الاحكام . فرأت « دائرة الفتوى للمشيخة الاسلامية العثمانية » تقييد ذلك ، فاشترطت ان لا يقل عدد المخبرين عن العشرين رجلاً[٣] . وكذلك قررت محكمة التمييز العثمانية ان هذا العدد لا يجب ان يقل عن خمسة وعشرين[٤] .

هذا هو حكم التواتر في مجلة الاحكام العدلية . وقد ساء

---

(١) الاحكام للآمدي ، ج ١ ص ١٥١ .

(٢) الطرق الحكمية ، ص ١٨٠ .

(٣) كما ذكره علي حيدر ، في شرح المادة ١٧٣٥ .

(٤) انظر القرار الصادر بتاريخ ١٣ ايلول سنة ١٣٠٩ مالية ، في « جريدة محاكم » التركية ، عدد ٧٥٣ ص ١١١٧٢ .

استعماله في الواقـــع ، حتى الغي مؤخراً في سوريا ولبنان بقرار المفوضية الفرنسية عام ١٩٢٦ [١] . وهو غـير معروف في القوانين العصرية بالمعنى الذي ذكرنا ، اي تتابع الخبر عن جمـــاعة عددهم يكفي للعلم اليقين .

ولكن يوجد في هذه القوانين ما يقارب التواتر ، وهو الشهادة المبنيّة على الاشاعات والسماع [٢] . وهذا غير مقبول فيهـا الا في احوال نادرة [٣] . مثاله في قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ، « ان البينة بشهادة السماع غير مقبولة ، الا في الاحوال الاستثنائية التي نص فيها القانون على قبول هذه البيّنة كعقوبة على الاهمـال او سوء النية » ( المادة ٢٥٢ ) . وكذلك في المذهب المالكي تعتبر شهادة السماع كافية في مواضع عديدة ، ويكفي فيها شاهدان على المشهور [٤] .

## تقدير الشهادة

هل يملك القاضي حق تقدير الشهادات التي يستمعها ؟ ام انـه لا يملك ذلك ، بل يجبر على الحكم بمقتضاها ؟ في الجواب عـــن هذا قولان .

القول الاول يرى ان القاضي بعد ان يستمع الشهود يتوجب

---

(١) بالقرار عدد ٨٢ الصادر في ٢٩ كانون الثاني سنة ١٩٢٦ ، المنشور في الجريدة الرسمية اللبنانية ، عدد ١٩٥٢ ، الصادر في ٥ اذار سنة ١٩٢٦ .

(٢) Commune renommée , hearsay

(٣) مثلا في المواد ١٤١٥ و ١٤٦٢ و ١٥٠٦ من القـانون المدني الفرنسي . انظر ايضاً كتاب البينات لبونيه المذكور ، ص ٢٢٠ وما بعدها .

(٤) انظر شرح الخرشي على سيدي خليل ، ج ٥ ص ٢١٢ .

عليه الحكم بمقتضى شهادتهم ، دون تقدير ولا تردد . وبهذا قالت بعض القوانين القديمة ، كالقانون الفرنسي في القرن الثامن عشر وقانون اصول المرافعات المدنية النمساوي القديم [١] . ففيها تعتبر شهادة النصاب القانوني اذا كانت موافقة للادعاء اثباتاً كافياً بحد ذاتها ، وعلى القاضي ان يتقيد بها .

والقول الثاني يرى ان الشهادة ليست الا وسيلة للاثبات ، وطريقة للتحري عن الحقيقة والحق . فعليه ، يعود للقاضي حق تقدير قيمتها وعدالتها وحق وزنها في وجدانه ، حتى اذا اقتنع بصحتها حكم على مقتضاها ، واذا لم يقتنع كان حراً في ردها . وهذا الرأي هو المختار في معظم القوانين الحديثة . مثاله ، جاء في قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني « ان المحكمة التي تحكم في الوقائع هي التي تقدر قيمة الشهادات ، وتقديرها لا يقبل المراجعة » ( المادة ٢٧٨ ) [٢] .

اما الشرع الاسلامي ، فقد اخذ برأي وسط . فهو كالرأي الاول يعتبر أن الشهادة حكمها الزام القاضي بان يحكم على مقتضاها ، حتى انه لا يجوز تأخير الحكم بعد استماعها ، الا اذا كان ذلك رجاء الصلح او بناء على استمهال المدعي . ولكنه احتاط لان تكون الشهادة صادقة ومطابقة للحقيقة على قدر المستطاع ، بان اوجب شروطاً شديدة لقبولها ، ومنها عدالة الشهود

---

(١) كتاب بونيه المذكور ص ٣٠٣ وما بعدها .

(٢) وهو الرأي الذي أخذ به في دولة شرق الاردن قانون تعديل البينات لسنة ١٩٢٨ ، المنشور في الجريدة الرسمية عدد ٢١١ ، الصادر في ٦ كانون الاول سنة ١٩٢٨ .

كما رأينا .

والعدالة هذه اعطت مجالاً للقضاة واسعاً لرفض كثير من الشهود بسبب سوء اخلاقهم وعدم التوثق من كلامهم ، لا سيما وقد اشترطت معظم المذاهب ان يحقق القاضي عن عدالة الشهود باجراء تزكيتهم سراً وعلناً . مثاله ، قالت المجلة : « يزكى الشهود سراً وعلناً ، من الجانب الذي ينسبون اليه . يعني ان كانوا من طلبة العلوم ، يزكون من مدرس المدرسة التي يسكنون فيها ومن اهاليها المعتمدة . . . وان كانوا من التجار ، فمن معتبري التجار الخ » ( المادة ١٧١٧ ) . وفوق ذلك امرت المشيخة الاسلامية والفتواخانة العثمانية [١] بانه على قضاة الشرع عند الريبة في صدق الشهود ان يحققوا بانفسهم عن احوال هؤلاء غير مكتفين بالتزكية السرية والعلنية .

وايضاً فقد كان من الفقهاء المسلمين من اخذ بالرأي الثاني الذي قدمنا . فاعترف بعضهم بان وجوب الحكم هذا جاء مخالفاً للقياس ، الذي يأبى ان تكون البينة حجة ملزمة للحكم ، لانها خبر محتمل للصدق والكذب . وقد ذهب بعضهم ، كابن القيم الجوزية ، الى القول ، كما رأينا ، ان على القاضي ان يتحرى الحق بأي طريق كان حتى ولو بالشاهد الواحد الصادق ، وان البينة ليست الا طريقاً للوصول الى الحق الذي يجب نصره وتنفيذه وتحريم ابطاله . وعلى هذا قال ايضاً ابن نجيم في كتاب الاشباه ان للقاضي ان

---

(١) هذا الامر صدر في ٢٨ جمادى الاولى سنة ١٣٣٢ هجرية ، الموافق ٩ نيسان سنة ١٣٣٠ مالية وسنة ١٩١٤ ميلادية ، وهو منشور في الجريدة العلمية عدد ١ ص ٣٦ .

يؤخر الحكم اذا كانت عنده ريبة [١] . وهذا ، كما ترى ، يعطي القاضي العادل وسيلة عملية حكيمة لتقدير الشهادة ووزنها في نفسه ، حتى اذا استوثق من صحتها واطمأن وجدانه اليها حكم بموجبها . اما اذا كان مرتاباً بامرها فله ردها ، ليكون آمناً انه يؤدي ما وجبه الشرع عليه في الآية الكريمة ، « واذا حكمتم بين الناس ان تحكموا بالعدل » [٢] .

## البينة العادلة

وثمة سؤال اخير وهو : هل يجوز للمدعى عليه ان يقدم البينة لنقض بينة المدعي ؟ الجواب يحتاج الى تفصيل . فاذا كان للمدعى عليه ما يدفع به دعوى المدعي لاثبات براءة ذمته [٣] ، جاز له تقديم بينته على ذلك بالاتفاق عند جمهور الفقهاء . اما اذا لم يكن له مثل هذه البينة ، فيكون له الحق في الطعن على عدالة الشهود والحطّ من قيمتهم ، بأن يقدم بينة تشهد « بتجريح » بينة المدعي [٤] .

ولقد ذهبت معظم القوانين العصرية الى ابعد من هذا ، فاجازت

---

(١) انظر في كل ما ذكرنا : جامع الفصولين ( ج ١ ص ١٦ ) ، ودرر الحكام شرح غرر الاحكام ( ج ٢ ص ٣٧١ ) ، والاشباه والنظائر لابن نجيم ( ص ٨٩ ) ، والطرق الحكمية في الموضع المذكور .

(٢) سورة النساء ( ٤ ) ٥٨ .

(٣) هذا في دعوى الدين او دعوى الاختلاف على عقد وقع على عين . اما في دعوى استحقاق العين ، ففيها بعض التفصيل بحسب اختلاف المذاهب . انظر بداية المجتهد ( ج ٢ ص ٣٩١ ) ، وكتاب التاج والاكليل لمختصر سيدي خليل للمواق ( بهامش الحطاب ، ج ٦ ص ٢١٣ ) .

(٤) راجع المادة ١٧٢٤ من المجلة ، وحاشية العدوي على شرح الخرشي ( بهامشه ، ج ٥ ص ١٥٩ ) .

للمدعى عليه في جميع الاحوال ان يقدم بينة النقض لاثبات عكس بينة المدعي . مثاله في قانون اصول المحاكمات اللبناني : « ليس من الضرورة ان يجيز القرار ( الذي يقضي بسماع الشهود ) صراحة للمدعى عليه استحضار شهود النقض ، اذ ان كل تحقيق يستلزم حتماً جواز تحقيق مناقض » ( المادة ٢٥٥ ) .

وعلى ذلك ايضاً لم يعد من لزوم لاجراء التزكية . فبعد ان كانت تزكية الشهود واجبة بمقتضى المجلة ( المادة ١٧١٦ ) ، اصبحت عائدة لرأي القاضي في القانون اللبناني الصادر في ٢٩ ايار سنة ١٩٢٩ ، ان شاء اجراها وان شاء لم يفعل . واخيراً الغيت ، التزكية في قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ، ومنع القاضي من اجرائها مطلقاً ( المادة ٢٧٨ ، فقرتها الاخيرة ) .

# البند الرابع

## اليمين

### عرض اليمين

قلنا ان الحجج الشرعية هي الاقرار والبينة واليمين . فاذا أقام احد الدعوى بحق على آخر ، وانكر المدعى عليه المدعى به ، وعجز المدعي عن تقديم البينة ، كان له ان يعرض اليمين على المدعى عليه ، والا ردت دعواه . ودليل ذلك ما روي عن النبي ( ص ) انه قال للمدعي مرة « ألك بينة ؟ » ، فاجابه « لا » ، فقال « لك اليمين » ، فقال « يحلف ولا يبالي » ، فقال النبي ( ص ) « ليس لك الا هذا شاهداك او يمينه »[1] .

واليمين لا تصح الا بالله ، سنداً الى الحديث : « من كان حالفاً فلا يحلف الا بالله »[2] . وقد جوّزت اليمين في دعاوى الاموال والعروض خاصة . ولم تجوّز في دعاوى الحدود ، اي العقوبات . واختلف في جوازها فيما عدا ذلك .

واذا عرض المدعي اليمين ، فالامر لا يخلو من احوال هي : ان يحلف المدعى عليه اليمين ، او ان يرفض ذلك ، او ان

---

(١) المبسوط ، ج ١٧ ص ٣٠ . رواه البخاري بلفظ مختلف ، انظر شرحه للعيني ، ج ١٣ ص ٢٤٣ و ٢٤٨ .

(٢) نقله السيوطي عن النسائي ، في الجامع الصغير ، رقم ٨٩٦٦ .

يردها على المدعي . ونحن نوضح كلاً من هـذه الاحوال بكلمة وجيزة [١] .

## حلف المدعى عليه

اذا حلف المدعى عليه اليمين المعروضة عـلى انه بريء الذمة ، ردت دعوى المدعي . وهـــذا لا خلاف فيه . اما الخلاف ففي قبول البينة بعـد هذه اليمين . اي انه اذا عاد المدعي بعد يمين المدعى عليه وعَرض البينة ، فهل تقبل منـــه ام لا تقبل ؟ في المسألة ثلاثة اقوال .

القول الاول يرى ان اليمين حجة ضعيفة ، لا تقطـع النزاع ولا تحسمه . فيقبل البينة بعدها ، لان البينة هي الاصل واليمين هي الخلف ، فمتى جاء الاصل انتهى حكم الخلف . وقد اخذ بذلك عمر بن الخطاب ، اذ قال : « اليمين الفاجرة احق ان ترد من البينة العادلة » . وكذلك اخذ به طائفة من قضاة السلف . فقد روى البخاري عن طاوس وابرهيم وشريح انهم قالوا : « البينـة العادلة احق من اليمين الفاجرة » . وعلى هـذا ايضاً مذهب الائمة ابي حنيفة والشافعي واحمد بن حنبل .

---

(١) راجع في هذه المسألة المبسوط للسرخسي (ج١٦ص ١١٩ وج ١٧ص٢٩ ) ، والبدائع ( ج ٦ ص ٢٢٩ وما بعدها ) والام، ( ج٧ص ٣٤ وما بعدها ، وص١٤٠ ) ، والمدونة الكبرى ( ج ١٣ ص ٢٤ ) ، والمحلى ( ج ٩ ص ٣٧١ وما بعدهـا ) ، وشرح العيني على البخاري ( ج ١٣ ص ٢٥٧ ) ، والوجيز للغزالي ( ج ٢ ص٢٦٥)، والمغني ( ج ١٢ ص ١٢٤ وما بعدها ) ، واعلام الموقعين ( ج٣ ص ٣٤٤ ) ،وبداية المجتهد ( ج ٢ ص ٣٨٦ وما بعدها ) ، والطرق الحكمية ( ص ١١٧ وما بعدها ) .

اما مجلة الاحكام العدلية ، فليس فيهـــا نص صريح في هذه المسألة . انما كان يرجع بشأنها الى الكتب الحنفية ، اي الى هذا القول الاول ، كما نرى في شروحها المعتبرة [١] .

غير ان هذه المسألة كانت بالفعل نادرة الوقوع لسببين : اولهما ان التحليف في رأي الامام الاعظم المختار للفتوى لا يجوز الا عند عجز المـــدعي عن تقديم البينة [٢] . والسبب الثاني ان المجلة نصت على انه « اذا قال المدعي ليس لي شاهد اصلاً ثم اراد ان يأتي بشهود ، او قال ليس لي سوى فلان ثم قال لي شاهد آخر ، لا يقبل قوله » [٣] .

والقول الثاني هو للامام مالك . فانه اجـاز للمدعي ان يقدم البينة على صدق دعواه بعد يمين المدعى عليه ، ولكن بشرط ان يكون جاهلاً وجود بينته قبل عرض اليمين . امـا اذا كان عالماً

---

(١) راجع شرح علي حيدر ، تحت المادة ١٨٦٢ .

(٢) هذا قرار من محكمة التمييز العثمانية رقم ٦٦٦ مؤرخ في ١٢ ايار سنة ١٣٢٦ مالية ، اي ١٩١٠ ميلادية ، انظر « جريـدة عدلية » التركية عدد ١٣ ص ٥٢٩ . وقد قال بخلاف هذا الرأي الامام ابو يوسف ، اذ جوّز للمدعي ان يحلف المـدعى عليه ولو كانت لديه بينة حاضرة . امـا الامام محمد ، فقد روى الخصاف انه من رأي ابي يوسف ، وروى الطحاوي انه من رأي الامام الاعظم . انظر في ذلك نتائج الافكار تكملة شرح فتح القدير عـلى الهدايـة ، ج ٦ ص ١٥٣ — ١٥٥ .

(٣) المادة ١٧٥٣ . هذا وفاقاً لرأي الامام محمد وخلافاً لرأي الامام الاعظم ، كما نقله علي حيدر عن الفتاوى الولوالجية وغيرها تحت شرح هذه المادة . وكذلك اوجبت المادتان ٨٣ و ٨٥ من قانون اصول المحاكمات الحقوقية العثماني ان يسمّي المدعي شهوده ويحضرهم .

ان له بينة واختار تحليف المدعى عليه اليمين ، ثم أراد بعد حلفها تقديم بينته ، فلا يقبل منه ذلك ، لان حكم بينته قد سقط بالتحليف . وهذا ايضاً قول بعض اصحاب الشافعي ، كالغزالي وغيره .

اما القول الثالث والأخير ، فيعتبر اليمين حاسمة للنزاع ولا يجوز سماع بينة المدعي بعدها ، لان اليمين ابطلت حق المدعي فلا تقبل البينة على حق ساقط ، ولانه « كما يترجح الصدق في جانب المدعي بالبينة ويتعين ذلك حتى لا ينظر الى يمين المنكر بعده ، فكذلك يتعين الصدق في جانب المدعى عليه اذا حلف فلا يلتفت الى بينة المدعي بعد ذلك » . وقد قال بهذا الرأي اهل المذهب الظاهري وابن ابي ليلى وابو عبيد وغيرهم .

وهذه النظرية الاخيرة اخذت بها القوانين العصرية . ففي القانون المدني الفرنسي ( المادة ١٣٦٣ ) تعتبر اليمين حاسمة وذلك قطعاً للمنازعات ورغبة في انهاء القضايا ووضع حد لاقامتها تكراراً . وقد فسّر ذلك معظم رجال القضاء والقانون في فرنسا بان اليمين نوع من العقد القضائي شبيه بالصلح يرتبط الفريقان به وبنتيجته [١] .

وكذلك ايضاً في قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ( المادة ٢٣٤ ) ، اذا حلف المدعى عليه اليمين لم تقبل من خصمه اقامة البرهان على كذب يمينه . « على انه اذا ثبت كذب اليمين بمقتضى قرار جزائي حق للفريق المتضرر ان يطالب ببدل العطل

(١) انتقد بعضهم هذا التفسير . راجع مثلاً كتاب اصول المحاكمات المدنية :
( Traité théorique et pratique de procédure civile )
تأليف غلاسون وتيسيه ومورييل ، الطبعة الثالثة ، ج ٢ رقم ٦٩٦ ، وج ٣ رقم ٧٣٦ .

والضرر »[1] .

## نكول المدعى عليه ورد اليمين

ما اسلفنا هو الحكم فيما لو حلف المدعى عليه اليمين المعروضة . ولكن اذا لم يحلفها ، او كما يقال في الاصطلاح اذا نكل عن حلفها ، فهل يحكم عليه بمجرد نكوله ؟ وهل ترد اليمين على المدعي ؟ هنا اختلفت المذاهب ايضاً .

فعند الحنفية وعند الامام احمد بن حنبل في احد الروايتين عنه ، النكول كالاقرار . فان المدعى عليه اذا نكل عن حلف اليمين عدّ كأنه اقر بحق المدعي ، لانه لو كان صادقاً بانكاره لما تردد عن الحلف . والنكول يكون اما صراحة او دلالة بالسكوت .

وفي هذا القول الاول ، لا ترد اليمين على المدعي ، اي انه لا يحلّف على صدق دعواه لا بطلب المدعى عليه ولا بدون هذا الطلب . وهكذا قيل في القواعد الكلية الواردة في المجامع[2] : « اليمين ابداً تكون على النفي » . والحجة في ذلك الحديث الشريف : « البينة على المدعي ، واليمين على من انكر » ، كما مر معنا سابقاً . فهذا الحديث قد ورد مطلقاً ، وليس فيه ما يدل على جواز تحويل اليمين على المدعي . وبهذا القول اخذت مجلة الاحكام العدلية ( المادة ١٨٢٠ ) .

---

(١) خلافاً لاجتهاد القضاء الفرنسي ، الذي منع المطالبة ببدل العطل والضرر في مثل هذه الحال . انظر قرار محكمة Rethel المؤرخ في ٢٥ كانون الثاني سنة ١٩٠٥ ( D. 1905. 2. 309 )

(٢) المنافع ، ص ٣٣٥ .

اما عند باقي الائمة وعند ابن حنبل في الرواية الثانية عنه ، فان نكول المدعى عليه لا يكفي وحده للحكم عليه ، لانه حجة ضعيفة يجب تقويتها بيمين المدعي على انه صادق في دعواه ، وان لم يطلب المدعى عليه ذلك . فاذا حلف حكم له ، والا ردت دعواه . والحجة في ذلك ان الحديث الذي ذكرنا « اليمين على المدعى عليه » لم يذكر حالة النكول ، وانه روي عن النبي ( ص ) انه قضى برد اليمين على صاحب الحق [١] . وقد اخذ مالك بهذا القول في المال خاصة ، وقاله الشافعي في جميع الدعاوى . الا ان بعض اصحابه ، كالغزالي مثلاً ، منعوا رد اليمين على المدعي اذا كان هو السلطان [٢] . وقد قال برد اليمين ايضاً اهل الشيعة الامامية [٣] .

واخيراً ، لا يقضي اهل الظاهر وابن ابي ليلى بالنكول في شيء من الاشياء اصلاً ، ولا ترد اليمين على المدعي اصلاً الا في احوال استثنائية . فعندهم ان لم يكن للمدعي بينة ، وابى المدعى عليه حلف اليمين المطلوبة ، « اجبر عليها أحبّ ام كره » . وبعبارة اخرى ، على المدعى عليه اما ان يقر بحق المدعي ، واما ان ينكر ويحلف على براءة ذمته .

اما معظم القوانين الحديثة التي اجازت اليمين ، فقد اخذت برأي وسط . فرأت كالمذهب الحنفي الحكم على المدعى عليه بمجرد نكوله عن حلف اليمين ، وجوزّت للمدعى عليه كباقي المذاهب

---

(١) رواه الدارقطني . انظر المغني ، ج ١٢ ص ١٢٦ .
(٢) الوجيز ، ج ٢ ص ٢٦٦ .
(٣) انظر شرائع الاسلام للحلّي ، ص ٣٠١ .

الاسلامية ان يرد اليمين على المدعي . فعندئذٍ اذا حلف المدعي اليمين المردودة على انه صادق في دعواه حكم له ، واذا نكل ردت دعواه . وبهذا المعنى جاء في قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني : « من كلف اليمين وتمنع عنها او عن ردها على خصمه ، او من ردت عليه اليمين وتمنع عنها ، كان خاسراً في طلبه او في دفعه » ( المادة ٢٣٢ ) .

## استعمال اليمين

ان اليمين كطريقة للحكم او للاثبات من اقدم الطرق . وهي توتكز بصورة عامة على فكرة تنبيه الحالف الى عقيدته الدينية ، والى تذكيره بالله تعالى الذي يأمر بالصدق والاستقامة ، لتكون خشيته من الله حاملة له على قول الحق ورادعة له عن الكذب والباطل .

وعلى الرغم من ذلك ، فالاختبار القضائي ينبئنا ان اليمين حجة ضعيفة لا يلجأ اليها الا عند العجز ، وان من تطلب منه يحلفها بسهولة الا في النادر . وهي طريقة غير معروفة في بعض القوانين الوضعية المدنية . فانها ، وان وجدت في معظم البلاد اللاتينية ، لكنها ليست معروفة كطريقة حاسمة بالمعنى الذي اوضحنا في كثير من الشرائع الاخرى ، كالشريعة الانكليزية وما اليها .

ثم ان اليمين ، حتى في البلاد التي اقرتها ، قد اصبح استعمالها اقلّ مما كان عليه سابقاً . مثلاً في قانون اصول المحاكمات الحقوقية العثماني ، كان « من لم يقدر على اثبات ادعائه يسأل هل يريد ان يحلف خصمه اليمين . . . » ، اي كان على القاضي ان ينبهه الى

حقه بطلب التحليف عند العجز ( المادة ٩٢ ) . اما اليوم فان قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني لا يوجب على القاضي ان ينبهه الى ذلك .

## اليمين منه قبل الحاكم

ما مر من الايضاح كان عن اليمين التي يطلبها المدعي . ولكن هل يجوز للحاكم من تلقاء نفسه ان يطلب اليمين من احد المتداعين ام لا يجوز له ذلك ؟ ان الجواب عن هذا السؤال يحتاج الى تفصيل .

فبعض القوانين الحديثة اقرّت ما يسمّونه « اليمين التكميلية » ، لتفريقها عن اليمين الحاسمة التي ذكرنا . وهي ، في القانون اللبناني مثلاً ، اليمين « التي يكلف القاضي من تلقاء نفسه احد المتداعين ان يحلفها » ، عند ما لا يكون الطلب او الدفع ثابتين كل الثبوت ، ولا مجردين تماماً عن الاثبات [١] . وبعبارة اخرى ، اذا كان قول احد المتداعين ناقص الاثبات يمكن القاضي ان يطلب اكماله بيمين هذا المتداعي .

فهذه اليمين تشبه في الشرع الاسلامي تلك التي تطلب من المدّعي اذا كان له شاهد واحد على دعواه في المذاهب التي تقبل الحكم بالشاهد الواحد مع يمين المدعي . وقد رأينا ان المذهب الحنفي والمجلة لا يقبلان بذلك .

والاصل في المجلة ، انه « لا يحلف الا بطلب الخصم . ولكن

---

(١) انظر المواد ٢٢٨ و ٢٣٧ وما بعدها من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني .

يحلف من قبل الحاكم في اربعة مواضع بلا طلب . الاول اذا ادعى احد من التركة حقاً واثبته ، فيحلفه الحاكم على انه لم يستوفِ هذا الحق بنفسه ولا بغيره من الميت بوجه ، ولا ابرأه ولا احاله على غيره ، ولا اوفي من طرف احد ، وليس للميت في مقابلة هذا الحق رهن ، ويقال لهذا يمين الاستظهار . الثاني اذا استحق احد لمال واثبت دعواه ، حلفه الحاكم على انه لم يبع هذا المال ، ولم يهبه لاحد ، ولم يخرجه من ملكه بوجه من الوجوه . الثالث اذا اراد المشتري رد المبيع لعيبه ، حلفه الحاكم على انه لم يرضَ بالعيب قولاً ، او دلالة بتصرف كتصرف الملاك . . . الرابع تحليف الحاكم الشفيع عند الحكم بالشفعة بانه لم يبطل شفعته ، يعني لم يسقط حق شفعته بوجه من الوجوه » ( المادة ١٧٤٦ ) .

فالموضع الاول ، اي يمين الاستظهار ، متفق عليه عند جميع الائمة الحنفية . اما المواضع الاخرى ، فقد قال بها الامام ابو يوسف دون الطرفين ( الامام الاعظم ومحمد بن الحسن ) . ثم زاد عليها ابو يوسف موضعاً آخر ، وهو : اذا طالبت المرأة فرض النفقة على زوجها الغائب ، تحلف بالله انه ما خلف لها زوجها شيئاً ولا اعطاها النفقة [١] .

واخيراً ، في المجلة ايضاً احوال يطلب فيها الحاكم اليمين من الطرفين ، وتسمّى احوال التحالف . ولكن المجال يضيق هنا عن تبيانها وايضاحها [٢] .

---

(١) الفتاوى البزازية او الجامع الوجيز لابن البزاز ، بهامش الهندية ، ج ٥ ص ١٦٨ — ١٦٩ .

(٢) انظر المواد ١٧٧٨ وما بعدها .

# البند الخامس

## مسائل اخرى في البينات

### البينة الخطية

في ايامنا الحاضرة تعتبر البينة الخطية ، المرتكزة على السندات وغيرها ، من اهم طرق الاثبات واقواها . ويعود السبب في ذلك الى انتشار الكتابة وسهولتها ، بالنظر الى ما كانت عليه في القديم ، حتى ان كثيراً من القوانين الحديثة ، ومنها كما رأينا القانونان العثماني واللبناني ، اوجبت هذه البينة في الامور المدنية الهامة ، ومنعت البينة الشخصية الا في احوال استثنائية محصورة .

ولكن الامر لم يكن هكذا في القديم . فلقد قيل في الامثال الشرعية الفرنسية في القرون الوسطى ان « الشهود تتقدّم على الكتابة »[١] . وكذلك في الشرع الاسلامي كانت البينة الشخصية هي المعروفة الشائعة ، بسبب قلة الكتابة في القديم بالقياس الى يومنا الحاضر ، وبسبب ندرة تعارف الناس على كتابة الصكوك ، الا في الدين المؤجل كما جاء في الآية الكريمة : « اذا تداينتم بدين الى اجلٍ مسمّى فاكتبوهُ ولْيَكْتُبْ بينكم كاتبٌ بالعدلِ .. »[٢] .

---

(١) انظر كتاب كولان وكابيتان ، القانون المدني الفرنسي ، باريس ، ١٩٢٦ ، ج ٢ ص ٢٢١ .

(٢) سورة البقرة (٢) ٢٨٢ .

وقد قال جمهور الفقهاء ان الكتابة والاشهاد هنا محمولان على الندب لا على الوجوب [١] .

لذا لم يكن في الكتب الفقهية الاسلامية اهمية كبرى للبينة الخطية ، كالتي كانت للبينة الشخصية . وقد اختلف في شروط قبولها كثيراً . وعلى كل ، فهي لم تعدّ عند الفقهاء في الاصل من الحجج الشرعية الرئيسية ، بل كانت تذكر في باب الاقرار بالكتابة ، او في باب الشهادة على خط المقر [٢] .

ولسنا نرى مجالاً هنا للتوسع في ايضاح الخلاف في المسألة ، بل نكتفي بكلمة وجيزة عما جاء عنها في مجلة الاحكام العدلية .

فالاصل في المذهب الحنفي ، انه « لا يعتمد على الخط ولا يعمل به » ، لان « الخط يشبه الخط » ، او كما قال مؤلف الفتاوى الخيرية ، لان الخط « خارج عن حجج الشرع الشريف ... وهي البينة والاقرار والنكول . وهذا شرع محمد سيد ولد عدنان ، لا الرسم في الورق من اي كائن كان ، والعبرة لما هو الواقع ، لا لما كتب بالخط من الوقائع ، اذا لم ينص عليه الشارع ، ولا اعتمده امام بارع ، يستند فيه الى نص قاطع » [٣] .

ولكن لما تعامل الناس بالصكوك واعتادوا الاعتماد عليها ،

---

(١) تفسير الفخر الرازي للآية المذكورة ، ج ٢ ص ٣٦٤ .

(٢) راجع مثلاً : المبسوط ( ج ١٨ ص ١٧٢ وما بعدها )، وشرح سيدي خليل المسمّى مواهب الجليل للحطاب ( ج ٦ ص ١٨٧ وما بعدها ) ، وتبصرة الحكام لابن فرحون ( ج ١ ص ٢٩٤ ) .

(٣) الفتاوى الخيرية ، دار السعادة ، ١٣١١ هـ ، ج ٢ ص ٦٧ .

افتى المتأخرون استحساناً بقبول الخط والعمل به [١] . وبذلك اخذت مجلة الاحكام العدلية ، وقبلت الاثبات بسندات الدين وقيود التجار وغيرها اذا كانت سالمة من شبهة التزوير والتصنيع ، واعتبرت « الاقرار بالكتابة كالاقرار باللسان » . وكذلك يعمل بالاوراق الرسمية اذا كانت خالية من التزوير والفساد ، مثل البراءات السلطانية وقيود الدفاتر الخاقانية وسجلات المحاكم وما الى ذلك [٢] .

## القرينة القاطعة

لا بد اخيراً من الاشارة الى انه عدا الحجج الشرعية التي ذكرنا ، من اقرار وبينة ويمين ، تعتبر القرينة القاطعة احد اسباب الحكم . وقد اخذت المجلة بها ، وعرّفتها بانها « الأمارة البالغة حد اليقين . مثلاً اذا خرج احد من دار خالية خائفاً مدهوشاً وفي يده سكين ملوثة بالدم ، فدخل في الدار ورؤي فيها شخص مذبوح في ذلك الوقت فلا يشتبه في كونه قاتل ذلك الشخص ، ولا يلتفت الى الاحتمالات الوهمية الصرفة كأن يكون الشخص المذكور قتل نفسه » ( المادتان ١٧٤٠ و ١٧٤١ ) .

فهذا المثل ، الذي رواه العلامة ابو اليسر محمد بن الغرس [٣] ،

---

(١) المبسوط في الموضع المذكور ، والاشباه لابن نجيم ( ص ٨٦ ) ، ورسالة نشر العرف لابن عابدين ( ص ٤١ – ٤٢ ) ، والمنافع ( ص ٣٢٩ ) .

(٢) انظر تفصيل ذلك ، في المواد ١٦٠٦-١٦١٢ و ١٧٣٦-١٧٣٩ .

(٣) في الفواكه البدرية ، في الفصل السادس في طريق القاضي الى الحكم ، كما جاء في رسالة نشر العرف المذكورة ، ص ٢١ .

يؤخذ به عند ما يقتنع القاضي بانه هو الواقع اليقين . وهـذا يتوقف بلا ريب على ظروف القضية . اذ ربما يكون الشخص الخائف احد اقرباء القتيل ، الذي حضر على اثر الصراخ فوراً بعد القتل ، فالتقط المدية عن الارض ثم خرج يطلب النجـدة ، او يفتش على القاتل لينتقم منه بنفس المدية ، او لسبب معقول آخر . فعندئذ ، لا يصح بلا شك اعتباره هو القاتل .

وكذلك ذكر الفقهاء الحنفية الحكم بالقرينة في مواضع اخرى كثيرة . مثاله اذا اختلف رجلان في سفينة فيها دقيق ، وكان احدهما تاجراً والآخر سفاناً ، وليس لاحدهما بينة ، فالدقيق يكون للاول والسفينة للثاني [1] .

وان هذه القرائن مبنية على تقدير القاضي ، وعلى وقائع الحال وعرف الناس . لذا سمّيت « قرائن الاحوال العرفيـة » . وهي اليوم مقبولة في الامور الجزائية ، ومتروكة الى اقتنـاع القاضي ووجدانه . اما في الامور المدنية ، فانها ليست مقبولة بدون قيد . ففي قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ، سمّيت هـذه القرائن بغير القانونية ، وعرّفت بانها « نتائج يستخرجها القاضي من واقعة معروفة لواقعة غير معروفة » ، وهي تترك لبصيرته وحكمته ، ولا تقبل الا في الاحوال التي يجيز فيها القانون البينة الشخصية ، ومتى كانت هذه القرائن « هامة صريحة متوافقة » ( المادتان ٣٠٢ و ٣١٠ ) .

وفئة اخرى من القرائن : هي القـانونية التي « يستخرجها

---

(١) رسالة ابن عابدين ، ص ١٩ وما بعدها .

الشارع من واقعة معروفة لواقعة غير معروفة » . مثاله في القانون اللبناني : « ان احراز العين المنقولة ، اذا كان مرتكزاً على حسن النية وسلمياً علنياً خالياً من الالتباس ، يعد مقروناً بحق الملكية ، ولا تقبل بينة على عكس هذه القرينة »[١] .

وفي الفقه الاسلامي من هذه القرائن الشرعية امثلة عديدة . وقد مرّ معنا بعضها في باب استصحاب الحال وغيره . وكذلك يعد منها ثبوت نسب الولد من الزوج ، بشروط شرعية معلومة ، عملاً بالحديث الشريف « الولد للفراش »[٢] .

## التناقض

من القواعد الكلية ما يتعلق بالتناقض في مسائل الاثبات . وهذا التناقض على نوعين : تناقض الشهود وتناقض المدعي . ونحن نبين بكلمة كلاً منهما .

اولاً — تناقض الشهود .

يكون هذا عند رجوع الشهود عن الشهادة . ففيه قالت المجلة انه : « لا حجة مع التناقض ، ولكن لا يختل معه حكم الحاكم . مثلا لو رجع الشاهدان عن شهادتهما ، لا تبقى شهادتهما حجة . لكن لو كان القاضي حكم بما شهدا به اوّلاً ، لا ينقض ذلك

---

(١) المادة ٣٠٧ من قانون اصول المحاكمات المدنية . وتقابلها بالفرنسية القاعدة المعروفة بان « التصرف المنقول يعادل السند » ( En fait de meubles, possession vaut titre )

(٢) تتمة الحديث « وللعاهر الحجر » . وقد روي في جميع الكتب المعتبرة . انظر صحيح البخاري بشرح العيني ( ج ٢٣ ص ٢٤٩ ) ، وصحيح مسلم ( ج ٤ ص ١٧١ ) .

الحكم ، وانما يلزم على الشاهدين ضمان المحكوم به » ( المادة ٨٠ ) .

وايضاح ذلك انه « اذا رجع الشهود بعد اداء الشهادة وقبل الحكم بحضور الحاكم ، فتكون شهادتهم في حكم العدم كأن لم تكن ، ويعزّرون » ( المادة ١٧٢٨ ) . وهذا متفق عليه عند جمهور الفقهاء . اما « اذا رجع الشهود عن شهادتهم بعد الحكم في حضور الحاكم ، فلا ينقض حكم الحاكم ، ويضمن الشهود المحكوم به » ( المادة ١٧٢٩ ) .

وقد روي في هذا الموضوع ان علي بن ابي طالب شهد عنده رجلان على آخر بالسرقة فقطع يده . ثم عادا بعد ذلك برجل غيره قائلين انما السارق هذا . فقال علي : « لا اصدقكما على هذا الآخر واضمنكما دية يد الاول ، ولو اني اعلمكما فعلتما ذلك عمداً قطعت ايديكما » .

وان عدم فسخ الحكم بداعي الرجوع عن الشهادة متفق عليه عند جمهور الفقهاء . وتعليل ذلك ، بعبارة شهاب الدين القرافي ، ان « الحكم ثبت بقول عدول وسبب شرعي . ودعوى الشهود بعد ذلك الكذب اعتراف منهم انهم فسقة ، والفاسق لا ينقض الحكم بقوله . فبقي الحكم على ما كان عليه »[١] .

ولكن شذ عن الجمهور في هذه المسألة بعض الفقهاء ، كالامام الاوزاعي وسعيد بن المسيب واهل الظاهر . فهؤلاء قالوا بنقض الحكم عند الرجوع عن الشهادة في جميع الاحوال ، لان الحكم ثبت بالشهادة ، فاذا رجع الشهود زال ما يثبت به الحكم . وكذلك

---

(١) الاحكام في تمييز الفتاوى عن الاحكام وتصرفات القاضي والامام ، ص٤٩ .

في مسائل الحدود والقصاص عند بعض الفقهاء ، لا ينفذ الحكم اذا رجع الشهود قبل التنفيذ ، لان الحدود تدرأ بالشبهات [١] .

وملاحظة اخيرة : جوّزت معظم القوانين العصرية للمشهود عليهم ان يطلبوا نقض الحكم بشروط معينة عند ثبوت كذب الشهادة التي بني الحكم عليها . مثاله تجوز اعادة المحاكمة في مثل هذه الحال في قانون اصول المحاكمات الجزائية العثماني ( المادة ٣٤٩ ) ، وفي قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ( المادة ٥٣٧ ) .

ثانياً — تناقض المدعي .

وهو كما عرّفته المجلة « سبق كلام من المدعي مناقض لدعواه ، اي سبق كلام موجب لبطلان دعواه » ( المادة ١٦١٥ ) . وامثلة ذلك عديدة [٢] ، واليك بعضها :

اذا اقر احد بمال لغيره ثم ادعى انه له ، فهذا الادعاء المناقض لاقراره مانع لدعواه ( المادة ١٦٤٨ ) . « واذا ابرأ احد آخر من جميع الدعاوى ، فلا يصح له ان يدعي عليه بعد ذلك مالاً لنفسه » ( المادة ١٦٤٩ ) .

وكذلك في القواعد الكلية الواردة في الاشباه [٣] وفي المجلة : « الساقط لا يعود كما ان المعدوم لا يعود » ( المادة ٥١ ) .

---

(١) راجع في كل ذلك : المبسوط ( ج ١٦ ص ١٧٨ ) ، والشرح الكبير ( مع المغني ج ١٢ ص ١١٣ وما بعدها ) ، والمحلى ( ج ٩ ص ٤٢٩ ) ، ومنهاج الطالبين ( ص ١٣٧ ) . وكذلك تراجع فيها مسألة تضمين الشهود المحكوم به ، والخلاف الواقع باختلاف الاحوال والمذاهب .

(٢) انظر المواد ١٦٤٧ - ١٦٥٩ .

(٣) لابن نجيم ، ص ١٢٧ .

ومعنى هذه القاعدة انه اذا اسقط احد حقاً ، لم يجز له الرجوع عن الاسقاط ولا المطالبة بالحق الذي سبق واسقطه ، لان المطالبة بعد الاسقاط تناقض . ويشترط في ذلك ان يكون الحق خاصاً بالمسقط ، ومتحققاً بتاريخ الاسقاط . فعليه اذا اسقط احد حقه في الارث قبل موت المورث ، فلا يصح الاسقاط . ولكن ذلك يصح لو حصل بعد موت المورث .

وقد اخذت هذه القاعدة عن قاعدة عامة اخرى . وهي : « من سعى في نقض ما تم من جهته ، فسعيه مردود عليه » ( المادة ١٠٠ )[1] . مثاله ، لو اراد كفيل البائع ان يدعي ملكية المبيع ، فلا يقبل منه هذا الادعاء ، لانه نقض لعقد الكفالة .

---

(١) انظر تكملة حاشية ابن عابدين ( ج ١ ص ١٥ ) ، والفتاوى البزازية ( ج ١ بهامش الهندية ج ٤ ص ٥٢٢ ) . وفي الامثال اللاتينية ما بمعناه :
Nemo contra factum suum venire potest.

# الفصل الخامس

## قواعد عامة شتى

### التابع تابع

من المبادىء الاولية المقررة ان الفرع يتبع الاصل [١] ، في وجوده وبقائه وسقوطه . او كما قال مصنف المجامع « استدامة الشيء تعتبر بأصله » [٢] . وبهذا المعنى جاء في القواعد الكلية من مجلة الاحكام العدلية مواد عديدة ، معظمها مأخوذ عن كتاب الاشباه والنظائر [٣] نذكرها فيما يلي مع ايضاح وجيز :

اولاً — « التابع تابع . فاذا بيع حيوان في بطنه جنين يدخل الجنين في البيع تبعاً » ( المادة ٤٧ ) . فهنا الجنين تابع للحيوان في وجوده ، فهو تابع له ايضاً في حكمه .

وامثلة اخرى من المجلة : فقد جاء في البيع انه يدخل فيه بدون ذكر ما كان تابعاً للمبيع ، اما لاتصاله به بصورة مستقرة كدخول الاقفال المسمرة في بيع الدار ، او لكونه في حكم جزء منه كدخول المفتاح في بيع القفل ، او لكونه من مرافقه كدخول حق المرور وحق الشرب وحق المسيل في بيع دار بجميع

---

(١) في اللاتينية : Accessorium sequitur principale

(٢) المنافع ، ص ٣١١ .

(٣) لابن نجيم ( ص ٦٧ وما بعدها ) ، وللسيوطي ( ص ٨١ وما بعدها ) .

حقوقها ، وما الى ذلك [١] .

ثانياً — « التابع لا يفرد بالحكم . فالجنين الذي في بطن الحيوان لا يباع منفرداً عن امه » ( المادة ٤٨ ) . وكذلك لا يباع حق المسيل الا تبعاً للارض [٢] .

ثالثاً — « من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته . فاذا اشترى رجل داراً ملك الطريق الموصل اليها » ( المادة ٤٩ ) . هذه قاعدة مأخوذة عن كتاب مجامع الحقائق [٣] . ومعناها ان تملك الاصل يستتبع تملك الفرع اذا كان ضرورياً له . مثاله ، من ملك محلاً ملك ما فوقه وما تحته ، ومن اشترى بقرة حلوباً لاجل اللبن كان الفلو الرضيع تابعاً للمبيع بدون ذكر نظراً الى غرض الشراء [٤] .

رابعاً — « اذا سقط الاصل سقط الفرع » ( المادة ٥٠ ) . اي ان « التابع يسقط بسقوط المتبوع » [٥] ، مثلا اذا برىء الاصيل برىء الكفيل ( المادة ٦٦٢ ) .

ولكن هذا المبدأ تقيده قاعدة كلية اخرى مأخوذة عن

---

(١) المواد ٢٣١ و ٢٣٢ و ٢٣٥ .

(٢) الاختيار شرح المختار للموصلي ، ج ١ ص ١٨٠ . في بيع حق الطريق وحق الشرب منفردا خلاف سيأتي تفصيله في غير هذا الموضع . وقد ورد في المجامع ان بيع الحقوق لا يجوز منفردا ( المنافع ، ص ٣١٤ ) .

(٣) راجع شرحه منافع الدقائق ، ص ٣٣٢ .

(٤) المادتان ١١٩٤ و ٢٣١ من المجلة .

(٥) من كتاب الاشباه . وفيه ايضاً « الفرع يسقط اذا سقط الاصل » . ابن نجيم ( ص ٤٨ ) ، والسيوطي ( ص ٨١ — ٨٢ ) . وفي المجامع « يسقط الفرع بسقوط الاصل » ( المنافع ص ٣٣٤ ) .

الاشباه ، وهي : « قد يثبت الفرع مع عـــدم ثبوت الاصل . مثلا لو قال رجل ان لفلان على فلان كذا ديناً وانه كفيل به ، وبناء على انكار الاصيل ادعى الدائن على الكفيل بالدين لزم على الكفيل اداؤه » ( المادة ٨١ ) . فهنا ثبت التزام الكفيل وهو الفرع ، مع عدم ثبوت التزام المدين المكفول عنه وهو الاصيل [١] . وهذا دليل ايضاً على ما قلناه سابقاً من ان العبرة في الادعاءات لما كان منها ثابتاً لدى القضاء .

خامساً — « اذا بطل الشيء بطل مـــا في ضمنه » ( المادة ٥٢ ) . مثاله لو عقد اثنان عقد بيع وابرأ فيه احدهما الآخر من بعض موجباته ، ثم بطل البيع ، فالابراء يصبح باطـــلا ، لانه ببطلان العقد بطل الابراء الذي من ضمنـــه ، ولان « المبني على الفاسد فاسد » [٢] .

سادساً — في المجامع قاعـــدة بنفس المعنى وهي : « الفرع المختص بأصلٍ وجودُه يدل على وجود اصله » [٣] . او بعبـــارة اخرى ، ان وجود الفرع المبني على اصل دليل عـلى وجود ذلك الاصل . مثاله الكفالة فرع للدين المكفول ، فوجودهـــا مبدئياً دليل على وجود ذلك الدين .

---

(١) ذكرنا هذا المثل الذي استشهدت به المادة على سبيل الايضاح للقاعدة العامة ، دون التعرض لما جاء عنه في باقي المذاهب والقوانين .

(٢) القاعدتان من الاشباه لابن نجيم ، ص ١٥٧ — ١٥٨ . والمثل منه ، وهو مذكور ايضاً في المادة ١٥٦٦ من المجلة .

(٣) المنافع ، ص ٣٢٦ .

## الابتداء والبقاء

في الشريعة احكام تمنع من صحة بعض المعاملات والتصرفات اذا جرت بصورة مقصودة مستقلة عن غيرها ، او كما قيل اذا حصلت ابتداء . مثاله في المذهب الحنفي ، خلافاً لباقي المذاهب ، لا تجوز هبة الحصة الشائعة في الملك المشترك اذا كانت قابلة للقسمة [١] .

انما لو جرت هذه المعاملات الممنوعة تبعاً لغيرها ، اي بصورة ضمنية ، صحت ، او كما قيل جازت بقاء . مثاله لو وهب احد كامل عقاره ، ثم ادعى رجل اجنبي ان له نصفه وثبت حقه في النصف وحكم له به ، فتبقى الهبة صحيحة في النصف الباقي ، وهو حصة شائعة لم تكن هبتها جائزة ابتداء ، بل انما جازت بقاء .

وهذا معنى ما جاء في الاشباه [٢] وفي المجلة من ان : « البقاء اسهل من الابتداء » ( المادة ٥٦ ) . « ويغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء [٣] . مثال ذلك ان هبة الحصة المشاعة لا تصح . لكن اذا وهب رجل عقاراً من آخر فاستحق من ذلك العقار حصة شائعة لا تبطل الهبة في حق الباقي ، مع انه صار بعد الاستحقاق حصة شائعة » ( المادة ٥٥ ) .

---

(١) انظر بهذا الشان بلاغ نظارة العدلية ، المنشور في « جريدة محاكم » ، ص ٨٥٣ .

(٢) لابن نجيم ، ص ٨٩ .

(٣) ذكرت بعبارات مختلفة في الاشباه لابن نجيم ( ص ٤٩ ) ، وفي شرح المجامع ( ص ٣٣٤ ) .

ويقرب من هذا ما قيل ايضاً في المجلة ، نقلاً عن الاشباه [١] : « يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها . فلو وكل المشتري البائع في قبض المبيع لا يجوز . اما لو اعطى جولقاً للبائع ليكيل ويضع فيه الطعام المبيع ففعل كان ذلك قبضاً من المشتري » ( المادة ٥٤ ) . وهذا المثل ذكر مع غيره في جامع الفصولين في فصل ما يثبت ضمناً وحكماً ، ولا يثبت قصداً [٢] .

ومثل آخر : لا يصح الوقف في الاموال المنقولة ، كالبقر لوحدها ، التي لم يتعامل الناس في وقفها ، على الرأي الحنفي المختار للفتوى . ولكن يجوز وقف هذه الاموال تبعاً لعقار هي فيه ، كوقف ضيعة ببقرها [٣] .

وشبيه بما ذكرنا ايضاً قاعدة « المنع اسهل من الرفع » . مثاله « الاسلام يمنع ابتداء الرق ، ولا يرفعه بعد حصوله » [٤] . ومعناه انه لا يجوز استرقاق المسلم ابتداء ، ولكن لو اسلم الرقيق لم يرتفع عنه الرق باسلامه .

## الغرم بالغنم

من مبادىء العدل الاولية ما جاء في المجلة ان : « الغرم بالغنم . يعني ان من ينال نفع شيء يتحمل ضرره » ( المادة ٨٧ ) .

---

(١) للسيوطي ( ص ٨٣ ) ، ولابن نجيم ( ص ٨٧ ) . وفيه ايضاً « يغتفر في الشيء ضمناً مالاً يغتفر قصداً » .

(٢) ج ٢ ص ٣٢١ .

(٣) الاختيار شرح المختار ، ج ٢ ص ١٠٦ .

(٤) القواعد لابن رجب ، القاعدة ١٣٦ ص ٣٠٠ - ٣٠١ .

وهذه القاعدة مأخوذة عن المجامع [١] ، وامثلتها عديدة .

ففي المجلة « الملك المشترك متى إحتاج الى التعمير والترميم ، تعمره اصحابه بالاشتراك على مقدار حصصهم » ( ١٣٠٨ ) . اذ لا يجوز لاحد الشركاء حصد المنافع ، دون تحمل الاضرار على مقدار حصته . وكذلك في الشرع الاسلامي يتوجب على الوارث دفع ديون الميت من مال التركة بنسبة حصته في الميراث ، وتتوجب النفقة على الاقارب احياناً [٢] بنسبة استحقاقهم في الميراث .

ويصح ايضاً عكس هذه القاعدة ، اذ قالت المجلة [٣] : « النِّعْمة بقَدْر النِّقْمة ، والنقمة بقدر النعمة » ( المادة ٨٨ ) . ومثال العكس هذا القاعدة الكلية : « الخَراج بالضمان » . ومعنى الخراج ما يخرج من الغلة والنتاج والمنفعة ، ومعنى الضمان ما يصرف من النفقات او يتحمل من الاضرار .

والقاعدة حديث شريف [٤] ، اخذته المجلة وفسرته بقولها : « ان من يضمن شيئاً لو تلف ينتفع به مقابلة الضمان . مثلاً لو رد المشتري حيواناً بخيار العيب ، وكان قد استعمله مدة ، لا تلزمه اجرته ، لانه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان من ماله »

---

(١) المنافع ، ص٣٢٦ . وفي المثل اللاتيني : Ubi emolumentum ibi onus

(٢) قلنا احياناً ، لان النفقة تتوجب في بعض الاحوال بقطع النظر عن الاستحقاق في الارث . مثاله لو كان لرجل فقير خال وابن عم شقيق او لاب ، ففي المذهب الحنفي تتوجب النفقة على الاول دون الثاني مع ان الوارث هو ابن العم لا الخال .

(٣) في المثل اللاتيني : Qui sentit commodum sentire debet et onus ; é contra

(٤) رواه السيوطي ، عن كتب السنن الاربعة وعن مسند احمد ومستدرك الحاكم ، في الجامع الصغير ، رقم ٤١٣٠ .

المادة ٨٥ ) .

ومعنى ذلك انه اذا اشترى احد حيواناً وتبين انه معيب ورده للبائع بسبب العيب ، فانه لا يتوجب عليه ان يدفع لهذا البائع اجرة الحيوان عن المدة التي بقي فيها في يده ، لانه لو تلف الحيوان خلال هذه المدة لكان التلف من ماله هو وليس من مال البائع ، ولانه هو الذي تحمل نفقاته في هذه المدة . فكان خراج الحيوان بضمانه .

## اثر التحريم

في هذا قاعدتان كليتان اخذتهما المجلة عن كتاب الاشباه والنظائر [1] وهما :

الاولى — « ما حرم اخذه حرم اعطاؤه » ( المادة ٣٤ ) . مثال ذلك الرشوة والربا ، فانه محرم اخذهما ومحرم اعطاؤهما . وقد استثنى الفقهاء من القاعدة حالة الاضطرار . مثلاً ، لو خاف الولي ان يستولي غاصب على مال الصغير ، جاز له ان يؤدي شيئاً ليخلصه .

الثانية — « ما حرم فعله حرم طلبه » ( المادة ٣٥ ) . مثلا السرقة او الشهادة الكاذبة ، فكما ان فعلهما محرم ، كذلك يحرم طلب ارتكابهما من شخص آخر .

## تعارض المانع والمقتضي

المقتضي هو ما كان سبباً لاقتضاء فعل ما ، والمانع ما كان

---

(١) لابن نجيم ( ص ٦٣ ) ، والسيوطي ( ص ١٠٢ ) .

سبباً لمنعه . فاذا تعارض السببان في مسألة واحدة فايهما يرجح ؟ قال كتاب الاشباه [١] والمجلة في قواعدهما الكلية « اذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع . فلا يبيع الراهن الرهن ما دام في يد المرتهن » ( المادة ٤٦ ) .

ففي الشيء المرهون هنا اجتمع السببان : المقتضي وهو الملك الذي يسمح للمالك بان يتصرف في ملكه بالبيع وغيره ، والمانع وهو بقاء الشيء في يد الدائن المرتهن ومنع التصرف فيه من قبل المالك الراهن . فالقاعدة توجب ان يرجح المانع وان يمنع الراهن من التصرف بالمرهون ما دام في يد المرتهن [٢] .

والقاعدة هذه متفرعة من قاعدة أخرى هي : « اذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام » . وقيل ان هذه القاعدة تستند الى الحديث « ما اجتمع الحلال والحرام الا غلب الحرام الحلال » [٣] .

---

(١) لابن نجيم ( ص ٤٧ ) ، وللسيوطي ( ص ٨٠ ) .

(٢) هذا في المجلة ( راجع المادة ٧٤٧ منها ) . وكذلك في القانون اللبناني ، لا يجوز للراهن بيع المرهون المنقول الا متى سنحت فرصة موافقة للبيع وبترخيص من القاضي ( راجع المادة ١٤ من المرسوم الاشتراعي رقم ٤٦ ل الصادر في ٢٠ ت ٢ سنة ١٩٣٢ المنشور في الجريدة الرسمية عدد ٢٧٣٦ لسنة ١٩٣٢ ) . اما في التأمين العقاري ، فيجوز للراهن بيع العقار المرهون مع بقاء التأمين عليه ( راجع المادتين ١٤٦ و ١٤٧ من قرار الملكية ذي الرقم ٣٣٣٩ المذكور آنفاً ) .

(٣) هذا الحديث ذكره الزيلعي في شرح الكنز ( ج ٦ ص ٥٤ ) . وقال السيوطي ( في الاشباه ص ٦٨ ) ان البيهقي ضعّفه ، وان عبد الرزاق اخرجه في مصنفه موقوفاً على ابن مسعود ، وان الحافظ العراقي قال لا اصل له . وكذلك ذكره محمد البشير الازهري مع الاحاديث الموضوعة ، في كتاب تحذير المسلمين ، ص ٨١ .

## تبدل سبب الملك

في المجلة : « تبدل سبب الملك قائم مقام تبـــدل الذات » ( المادة ٩٨ ) . هذه القاعدة وردت في المجامع بهذا اللفظ وبلفظ آخر هو « اختلاف الاسباب بمنزلة اختلاف الاعيان »[١] . ونحن نفسرها بمثل واحد .

في المذهب الحنفي والمجلة ، يجوز للواهب ان يرجع عن هبته في بعض الاحوال . ولحق الرجوع هذا موانع معينة ، منها تبدل عين الشيء الموهوب في يد الموهوب له ، كما لو كان الموهوب حنطـــة فطحنت وجعلت دقيقاً ( المادة ٨٦٩ ) . ومن موانع الرجوع ايضاً تبدل سبب الملك ، كما لو باع الموهوب له الموهوب او اخرجه من ملكه بالهبة والتسليم ( المادة ٨٧٠ ) .

فهنا كان مانع الرجوع تبدل العين او ذات الشيء في الحالة الاولى ، وكان المانع تبـدل الملك اي انتقاله من الموهوب له الى شخص آخر في الحاله الثانية . وكلاهما بمنزلة واحدة ، لان « تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات » .

## استعجال الشيء

ان الامور مرهونة باوقاتها ، حتى في المسائل الشرعية . فقـد قالت المجلة : « من استعجل الشيء قبل اوانه عوقب بحرمـانه » ( المادة ٩٩ )[٢] .

---

(١) المنافع ص ٣١٠ و ٣١٥ .

(٢) من الاشباه والنظائر لابن نجيم ( ص ٦٣ ) ، وللسيوطي ( ص ١٠٣ ) ، والقواعد لابن رجب ( القاعدة ١٠٢ ، ص ٢٣٠ ) .

مثال ذلك الوارث ، اذا استعجل بطلب الارث بقتل المورث حرم من ميراثه ، لان القتـــل من موانع الارث في الشرع الاسلامي .

ولكن الصور الخارجة عن هذه القاعدة ، كما لاحظ السيوطي ، اكثر من الداخلة فيها . ومن المستثنيات : لو قتل صاحب الدين المؤجل المدين ، فانه لا يحرم من الدين ، حتى ولا ينتظر الاجل ، بل ان الدين يعتبر حالاً .

## قواعد اخرى

في كتب الاشباه والنظائر وما اليها وفي مقدمة مجلة الاحكام العدلية قواعد عامة اخرى ارجأنا الكلام فيها الى الفصول المتعلقة بالموجبات ومصادرها من كتابنا « النظرية العامة للعقود والموجبات في الشريعة الاسلامية » .

وهذه القواعد تبحث بصورة خاصة في العقود والاعمـــال غير المباحة ، اي في التصرفات الشرعية القولية والفعلية ، وفي اعمال الفضولي والكسب غير المشروع وما الى ذلك .

وما تأخير هذا البحث الا لأن طبيعة الموضوع وترتيبه العلمي يقتضيان تأخيره . هذا الى ما في ذلك من تسهيل الفهـــم ومنع التكرار .

وهذه القواعد موجودة في المواد الآتية من المجلة وهي :

المادة ٣ : العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفـــاظ والمباني . . .

المادة ١٩ : لا ضرر ولا ضِرار .

المادة ٢٠ : الضرر يزال .

المادة ٢٥ : الضرر لا يزال بمثله .

المادة ٥٣ : اذا بطل الاصل يصار الى البدل .

المادة ٥٧ : لا يتم التبرع الا بقبض . . .

المادة ٥٨ : التصرف على الرعية منوط بالمصلحة .

المادة ٥٩ : الولاية الخاصة اقوى من الولاية العامة . . .

المادة ٦٧ : لا ينسب الى ساكت قول ، لكن السكوت في معرض الحاجة بيان .

المادة ٦٩ : الكتاب كالخطاب .

المادة ٧٠ : الاشارات المعهودة للاخرس كالبيان باللسان .

المادة ٧٢ : لا عبرة بالظن البين خطؤه .

المادة ٨٢ : المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط .

المادة ٨٣ : يلزم مراعاة الشرط بقدر الامكان .

المادة ٨٤ : المواعيد باكتساء صور التعاليق تكون لازمة . . .

المادة ٨٦ : الاجر والضمان لا يجتمعان .

المادة ٨٩ : يضاف الفعل الى الفاعل لا الامر ما لم يكن مجبراً .

المادة ٩٠ : اذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم الى المباشر . . .

المادة ٩١ : الجواز الشرعي ينافي الضمان . . .

المادة ٩٢ : المباشر ضامن وان لم يتعمد .

المادة ٩٣ : المتسبب لا يضمن الا بالتعمد .

المادة ٩٤ : جناية العجماء جبار .

المادة ٩٥ : الامر بالتصرف في ملك الغير باطل .

المادة ٩٦ : لا يجوز لأحد ان يتصرف في ملك الغير بلا اذنه .

المادة ٩٧ : لا يجوز لأحد ان يأخذ مال احد بلا سبب شرعي .

انتهى

# اهم المراجع العربية [1]

## بحسب اسماء المؤلفين على حروف الهجاء

### ١ — القرآن الكريم

ابو النصر ( هبة الله بن سلامة ) — الناسخ والمنسوخ ، طبع بهامش اسباب النزول .

الرازي ( فخر الدين محمد ) — مفاتيح الغيب المشتهر الكبير ، المطبعة العامرة الشرفية ، مصر ، ١٣٢٤ هـ ، ثمانية اجزاء .

الزمخشري ( محمود ) — تفسير الكشاف ، مطبعة مصطفى محمد ، مصر ، ١٣٥٤ هـ ، اربعة اجزاء .

الزنجاني ( ابو عبد الله ) — تاريخ القرآن ، القاهرة ، ١٩٣٥ .

سليمان ( الشيخ محمد ) — حدث الاحداث الاقدام على ترجمة القرآن ، مصر ، ١٣٥٥ هـ .

السيوطي ( جلال الدين ) — الاتقان في علوم القرآن ، مطبعة المعاهد ، مصر ، ١٩٣٥ هـ ، جزءان .

الشرنبلالي — رسالة النفحة القدسية في احكام قراءة القرآن وكتابته بالفارسية ، مصر ، ١٣٥٥ هـ .

---

(١) عدا المصادر الاخرى ، لا سيما القوانين والمجلات والقرارات ، التي ذكرت عرضاً في هوامش الكتاب .

الطبري ( محمد بن جرير ) — جامع البيان في تفسير القرآن ، مصر ، ١٣٢١ هـ ، ٣٠ جزءاً .

المحلّي ( جلال الدين ) والسيوطي — تفسير الجلالين ، مطبعة الحلبي ، مصر ، ١٣٥٢ هـ ، جزءان [١] .

الواحدي النيسابوري ( ابو الحسن علي بن احمد ) — اسباب النزول ، مطبعة هندية ، مصر ، ١٣١٥ هـ .

وجدي ( محمد فريد ) — الادلة العلمية على جواز ترجمة معاني القرآن الى اللغات الاجنبية ، مصر ، ١٩٣٦ .

## ٢ — السنّة

ابن حنبل ( احمد ) — مسنده ، المطبعة الميمنية ، ١٣١٣ هـ ، ستة اجزاء .

ابن قتيبة — تأويل مختلف الحديث ، مصر ، ١٣٢٦ هـ .

ابو داود السجستاني ( سليمان ) — السنن ، مطبعة مصطفى محمد ، اربعة اجزاء .

الازهري ( محمد البشير ) — تحذير المسلمين من الاحاديث الموضوعة ، مصر ، ١٩٠٣ .

البخاري — الجامع الصحيح ، مطبعة الحلبي ، مصر ، تسعة اجزاء .

البغوي ( حسين بن مسعود ) — مصابيح السنة ، مطبعة صبيح ، مصر ، جزءان .

---

(١) هذه هي الطبعة التي اعتمدناها في بيان ارقام الآيات الكريمة الواردة في هذا الكتاب .

الترمذي — السنن ، مطبعة الحلبي ، مصر .

الزرقاني — شرح الموطأ ، مطبعة مصطفى محمد ، مصر ، ١٩٣٦ ، اربعة اجزاء .

السيوطي — تنوير الحوالك شرح موطأ مالك ، مصر ، ١٣٤٨ هـ ، جزءان .

السيوطي — الجامع الصغير من حديث البشير النذير ، مطبعة مصطفى محمد ، ١٣٥٢ هـ ، جزءان .

السيوطي — الفتح الكبير في ضم الزيادة الى الجامع الصغير ، جمع النبهاني ، ١٣٥٠ هـ ، ٣ اجزاء .

السيوطي — اللآلىء المصنوعة في الاحاديث الموضوعة ، المطبعة الحسينية المصرية ، ١٣٥٢ هـ ، جزءان .

الشافعي — اختلاف الحديث ومسند الشافعي ( بهامش كتاب الام ) .

الشوكاني ( محمد بن علي ) — نيل الاوطار شرح منتقى الاخبار ، مطبعة الحلبي ، مصر ، ١٣٤٧ هـ ، ثمانية اجزاء .

العيني ( بدر الدين ) — عمدة القاري شرح صحيح البخاري ، المطبعة المنيرية ، مصر ، ١٣٤٨ هـ ، ٢٥ جزءاً .

القدسي ( حسام الدين ) — الرد على رسالة المغني ، دمشق ، ١٩٢٥ .

مسلم — صحيح الامام مسلم ، طبعة صبيح ، مصر ، ١٣٣٤ هـ ، ثمانية اجزاء .

المناوي — كنوز الحقائق في حديث خير الخلائق ، مصر ، ١٣٠٥ هـ .

النسائي — السنن ، بشرح السيوطي ، المطبعة المصرية ، مصر ، ١٩٣٠ ، ثمانية اجزاء .

الموصلي — رسالة المغني عن الحفظ والكتاب ، مصر ، ١٣٤٢ هـ .

النووي ( محي الدين ) — شرح صحيح مسلم ، مطبعة حجازي بالقاهرة ، ١٣٤٩ هـ ، ١٨ جزءاً .

## ٣ — علم الاصول

الآمدي ( سيف الدين ) — الاحكام في اصول الاحكام ، مطبعة صبيح ، مصر ، ١٣٤٧ هـ ، ثلاثة اجزاء .

ابن امير الحاج — التقرير والتحبير شرح التحرير ، بولاق ، ١٣١٦ — ١٨ هـ ، ثلاثة اجزاء .

ابن حزم — الاحكام لاصول الاحكام ، مطبعة السعادة ، مصر ، ١٣٤٥ — ٤٨ هـ ، ثمانية اجزاء .

ابن حزم — رسالة النبذ في الفقه الظاهري ، مطبعة الانوار ، مصر ، ١٣٦٠ هـ .

ابن عبد السلام ( عز الدين ) — قواعد الاحكام في مصالح الانام ، المكتبة الحسينية ، مصر ، ١٩٣٤ ، جزءان .

ابن ملك — شرح المنار ، الاستانة ، ١٣١٤ هـ .

ابن تيمية — رسالة معارج الاصول ، مصر ، ١٣٢٣ هـ .

الاسنوي — نهاية السول شرح منهاج الوصول ( طبع مع منهاج البيضاوي ) .

البهاري ( محب الله بن عبد الشكور ) — مسلم الثبوت ، مصر ، ١٣٢٦ هـ ، جزءان .

البيضاوي — منهاج الوصول الى علم الاصول ، مطبعة التوفيق ، مصر ، ثلاثة اجزاء .

الخضري ( الشيخ محمد ) — اصول الفقه ، الطبعة الثانية ،

مصر ، ١٩٣٣ .

رضا ( محمد رشيد ) — رسالة يسر الاسلام واصول التشريع العام ، مصر ، ١٩٣٨ .

السبكي ( تقي الدين وتاج الدين ) — الابهاج شرح المنهاج ، ( طبع مع شرح الاسنوي ) .

السبكي ( تاج الدين ) — جمع الجوامع وشرحه للمحلي مع حاشية البناني ، مصر ، ١٣٥٤ هـ ، جزءان .

الشاطبي ( ابو اسحق ) — الاعتصام ، مطبعة مصطفى محمد ، مصر ، ١٣٣٢ هـ ، جزءان .

الشاطبي — الموافقات في اصول الشريعة ، المطبعة الرحمانية ، مصر ، اربعة اجزاء .

الشافعي — الرسالة في علم الاصول ، المطبعة العلمية ، مصر ، ١٣١٢ هـ .

الشوكاني — رسالة القول المفيد في ادلة الاجتهاد والتقليد ، ١٩٢٩ .

عضد الدين ( القاضي ) — شرحه على مختصر المنتهى لابن الحاجب ، ١٣٠٧ هـ ، جزءان .

الغزالي ( ابو حامد ) — المستصفى من علم الاصول ، مصر ، ١٩٣٧ ، جزءان .

الكوزلحصاري ( مصطفى ) — منافع الدقائق شرح مجامع الحقائق لأبي سعيد الخادمي ، الاستانة ، ١٣٠٨ هـ .

## ٤ — فقه حنفي

ابن البزاز — الفتاوى البزازية او الجامع الوجيز ( طبع بهامش

الفتاوى الهندية ) .

ابن الهمام ( كمال الدين ) — فتح القدير شرح الهداية وبهامشه العناية ، بولاق ، ١٣١٥ — ١٨ هـ ، ٨ اجزاء .

ابن عابدين ( محمد امين ) — الحاشية المسماة رد المحتار على الدر المختار ، دار السعادة ، ١٣٢٤ هـ ، خمسة اجزاء والتكملة جزءان .

ابن عابدين — شرح منظومة عقود رسم المفتي ، مطبعة معارف سوريا ، ١٣٠١ هـ .

ابن عابدين — نشر العرف في بناء بعض الاحكام على العرف ، مطبعة معارف سوريا ، ١٣٠١ هـ .

ابن قاضي سماوة او سماونة ( الشيخ محمود بن اسماعيل ) — جامع الفصولين ، المطبعة الازهرية ، مصر ، ١٣٠٠ هـ ، جزءان .

ابن نجيم ( زين العابدين ) — البحر الرائق شرح كنز الدقائق ( وبهامشه منحة الخالق لابن عابدين ) ، مطبعة دار الكتب العربية الكبرى ، مصر ، ١٣٣٤ هـ ، ثمانية اجزاء .

ابن نجيم — الاشباه والنظائر ، المطبعة الحسينية المصرية ، ١٣٢٢ هـ .

ابن وهبان — منظومة الوهبانية ، طبعت بهامش المحبية ، ١٢٩٦ هـ .

الحصكفي ( محمد علاء الدين ) — الدر المختار شرح تنوير الابصار ، مطبعة الواعظ ، مصر ، جزءان .

الحموي ( احمد بن محمد ) — غمز عيون البصائر شرح الاشباه والنظائر ، دار الطباعة العامرة ، ١٢٩٠ هـ ، جزءان .

الخصاف — كتاب الحيل ، القاهرة ، ١٣١٤ هـ .

داماد افندي ( محمد بن سليمان ) — مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر وبهامشه الدر المنتقى شرح الملتقى ، دار الطباعة العامرة ، ١٣٢٨ هـ ، جزءان .

الرملي ( خير الدين المنيف ) — الفتاوى الخيرية ، دار السعادة ، ١٣١١ هـ.

الزيلعي ( عثمان بن علي ) — تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، بولاق ، ١٣١٣ — ١٥ هـ ، ستة اجزاء .

السرخسي ( شمس الدين ) — المبسوط شرح الكافي ، مطبعة السعادة ، مصر ، ١٣٣١ هـ ، ٣٠ جزءاً .

الشيباني ( محمد بن الحسن ) — الجامع الصغير ( بهامش كتاب الخراج ، طبعة بولاق ) .

الشيباني — الجامع الكبير ، مطبعة الاستقامة ، ١٣٥٦ هـ .

عالمكير — الفتاوى الهندية ، المطبعة الميمنية ، مصر ، ١٣٢٣ هـ .

القاري ( ملا علي ) — شرح الفقه الاكبر ، مصر ، ١٣٢٣ هـ .

قاضيخان ( محمود الاوزجندي ) — الفتاوي الخانية ( بهامش الفتاوى الهندية ) .

الكاساني ( علاء الدين ) — بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، مصر ، ١٣٢٧ — ٢٨ هـ ، سبعة اجزاء .

المرغيناني ( برهان الدين ) — الهداية شرح بداية المبتدي ، المطبعة الخيرية ، ١٣٢٦ — ٢٧ هـ ، اربعة اجزاء .

الموصلي ( عبد الله ) — المختار وشرحه الاختيار ، مطبعة حجازي ، مصر ، جزءان .

## ٥ — فقه مالكي

ابن جزيّ — القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية ، فاس ، ١٩٣٥ .

ابن عاصم — تحفة الحكام ، مطبعة مصطفى محمد ، مصر ، ١٣٥٥ هـ ، جزءان .

ابن فرحون ( ابرهيم بن محمد ) — تبصرة الحكام ، مصر ، ١٣٠٢ هـ ، جزءان .

التسولي ( ابو الحسن ) — البهجة في شرح التحفة ، مع التحفة .

الحطاب ( ابو عبد الله ) — مواهب الجليل شرح سيدي خليل ، مطبعة السعادة ، مصر ، ١٣٢٨ — ٢٩ هـ ، ستة اجزاء .

الخرشي ( عبد الله ) — شرح مختصر سيدي خليل ، المطبعة العامرة ، مصر ، ١٣١٦ — ١٧ هـ ، خمسة اجزاء .

العدوي — حاشيته على شرح الخرشي ( طبع بهامش الخرشي ) .

القرافي — الاحكام في تمييز الفتاوى عن الاحكام ، مطبعة الانوار ، ١٩٣٨ .

مالك ( الامام ) — المدونة الكبرى برواية سحنون ، مطبعة السعادة ، مصر ، ١٣٢٣ هـ ، ١٦ جزءاً .

المواق — التاج والاكليل لمختصر خليل ( طبع بهامش الحطاب ) .

## ٦ — فقه شافعي

ابن حجر — الفتاوى الحديثية ، مطبعة التقدم .

البَصير ( ابو الفضل ولي الدين ) - النهاية شرح الغاية والتقريب لابي شجاع ، مصر ، مطبعة حجازي ، ثلاثة اجزاء .

الرافعي - فتح العزيز شرح الوجيز ( طبع بذيل كتاب المجموع ) .

السبكي ( تقي الدين ) - الفتاوى ، مصر ، ١٣٥٥ - ١٣٥٦ هـ ، جزءان .

السيوطي - الاشباه والنظائر ، مطبعة مصطفى محمد ، ١٩٣٦ .

الشافعي - كتاب الام ، بولاق ، ١٣٢٥ هـ ، سبعة اجزاء .

الشيرازي ( ابو اسحاق ) - المهذب ، مطبعة الحلبي ، مصر ، ١٣٤٣ هـ ، جزءان .

الغزالي - الوجيز ، مطبعة المؤيد والآداب ، مصر ، ١٣١٧ هـ ، جزءان .

المزني - المختصر ( طبع بهامش الام ) .

النووي - المجموع شرح المهذب وتكملته لتقي الدين السبكي ، ١٣٤٤ - ٥٣ هـ ، المطبوع حتى الآن ١٢ جزءاً .

النوَوي - منهاج الطالبين ، المطبعة الخيرية بمصر ، ١٣١٩ هـ .

النوَوي - الفتاوى المعروفة بالمسائل المنثورة ، دمشق ، ١٣٤٨ هـ .

## ٧ - فقه حنبلي

ابن القيم الجوزية - اعلام الموقعين عن رب العالمين ، المطبعة المنيرية ، اربعة اجزاء .

ابن القيم الجوزية - الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، مصر ، ١٣١٧ هـ .

ابن تيمية - مجموعة الرسائل الكبرى ، مصر ، ١٣٢٣ هـ .

ابن تيمية ـ فتاوى ، مصر ، ١٣٢٦ ـ ٢٩ هـ ، خمسة اجزاء .
ابن رجب ( ابو الفرج عبد الرحمن ) ـ القواعد في الفقه الاسلامي ، مطبعة الصدق الخيرية ، مصر ، ١٩٣٣ .
ابن قدامة ( موفق الدين ) ـ كتاب المغني ، مطبعة المنار ، مصر ، الطبعة الثانية ، ١٢ جزءاً .
ابن قدامة المقدسي ( شمس الدين ) ـ الشرح الكبير ( طبع بذيل المغني ) .

## ٨ — مقارنات ومذاهب شيعية اخرى

ابن حزم ـ المحلّى ، مطبعة النهضة ، مصر ، ١٣٤٧ ـ ٥٢ هـ ، ١١ جزءاً .
ابن رشد ( الحفيد ) ـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، مطبعة صبيح ، مصر ، الطبعة الاولى ، جزءان .
الدمشقي ـ رحمة الامة في اختلاف الائمة ( طبع بهامش الميزان الكبرى ) .
الشعراني ( عبد الوهاب ) ـ كتاب الميزان الكبرى ، المطبعة الازهرية ١٩٣٢ ، جزءان .
صبري ( محمد حافظ ) ـ المقارنات والمقابلات ، مصر ، ١٩٠٢ .
القرافي ( شهاب الدين ) ـ الفروق ، مصر ، طبعة اولى ، ١٣٤٤ ـ ٤٦ هـ ، اربعة اجزاء .

## ٩ — كتب شيعية في الفقه والاصول

باقر ( الحاج سيد محمد ) — وسيلة الوسائل في شرح الرسائل في علم

الاصول ، مطبعه التبريزي ، ١٢٩٠ هـ .

باقر ( محمد ) ـ حل العقول لعقد الفحول ( طبع مع وسيلة الوسائل ) .

الحر العاملي ( محمد بن الحسن بن علي ) ـ وسائل الشيعة الى مسائل الشريعة ، طهران ، ١٢٨٨ هـ ، ستة اجزاء .

الحسيني العاملي ( محمد الجواد بن محمد ) ـ مفتاح الكرامة شرح قواعد العلامة ، مطبعة الشورى ، مصر ، ١٣٢٣ ـ ٢٦ هـ ، غير تام الطبع .

الحلي المحقق ( جعفر بن الحسن ) ـ شرائع الاسلام ، مطبعة التبريزي ، ١٣٢٠ هـ .

الحيمي ـ الروض النضير شرح المجموع ( فقه زيدي ) ، مع تتمته للحسني اليمني ، مطبعة السعادة ، مصر ، ١٣٤٧ ـ ٤٩ هـ ، خمسة اجزاء .

الكاظمي ( محمد مهدي ) ـ احسن الوديعة في تراجم مشاهير الشيعة ، بغداد ١٣٤٨ هـ ، جزءان .

الكاظمي ( محمد مهدي ) ـ عناوين الاصول ، بغداد ، ١٣٤٢ هـ .

الكليني ـ اصول الكافي ، ١٣٠٥ هـ .

## ١٠ — تاريخ الفقه وطبقات الفقهاء

ابن الجوزي ـ مناقب الامام احمد بن حنبل ، مطبعة السعادة ، مصر ، ١٣٤٩ هـ .

ابن فرحون ـ الديباج المذهب في معرفة اعيان علماء المذهب ، مصر ، ١٣٥١ هـ .

ابن النديم ـ الفهرست ، المطبعة الرحمانية ، مصر ، ١٣٤٨ هـ .

ابن خلكان ـ وفيات الاعيان وانباء ابناء الزمان ، المطبعة الميمنية ، مصر ، ١٣١٠ ، جزءان .

ابن عبد البر ـ الانتقاء في فضائل الثلاثة الائمة الفقهاء ، القاهرة ، ١٣٥٠ هـ .

ابن قتيبة ـ الامامة والسياسة ، مطبعة مصطفى محمـــد ، مصر ، جزءان .

ابن قتيبة ـ المعارف ، المطبعة الاسلامية ، مصر ، ١٩٣٤ .

امين ( احمد ) ـ فجر الاسلام ، مصر ، الطبعة الثانية ، ١٩٣٣ .

امين ( احمـد ) ـ ضحى الاسلام ، مصر ، ١٩٣٤ ـ ١٩٣٦ ، ثلاثة اجزاء .

التنبكتي ( سيدي احمد بابا ) ـ نيل الابتهاج بتطريز الديبـــاج ، بهامش الديباج المذهب لابن فرحون .

تيمور باشا ( احمد ) ـ نظرة تاريخية في حدوث المذاهب وانتشارها ، المطبعة السلفية ، القاهرة ١٣٤٤ هـ .

الحسيني ( ابو بكر بن هداية الله ) ـ طبقـــات الشافعية ، بغداد ، ١٣٥٦ هـ .

الخضري ـ تاريخ التشريع الاسلامي ، مصر ، طبعة ثانية ، ١٩٢٦ .

الخضري ـ محاضرات تاريخ الامم الاسلامية ، الطبعة الرابعـة ، مصر ، ١٣٥٤ هـ ، جزءان .

الخضري ـ محاضرات تاريخ الدولة العباسية ، الطبعة الرابعة ، مصر ، ١٣٥٣ هـ .

الخطيب ( احمد بن علي ) ـ تاريخ بغداد ، مصر ، ١٩٣١ ، ١٤ جزءاً .

الرازي ( فخر الدين ) — مناقب الامام الشافعي ، مصر ، ١٢٧٩ هـ .

رضا ( محمد رشيد ) ـ تاريخ الاستاذ الامام الشيخ محمد عبده ، مطبعة المنار ، مصر ، ١٩٣١ .

سامي بك ـ قاموس الاعلام ، استانبول ، ١٣٠٦ هـ .

السبكي ( تاج الدين ) ـ طبقات الشافعية الكبرى ، مصر ، ١٣٢٤ هـ ، ستة اجزاء .

السبكي والسايس والبربري — تاريخ التشريع الاسلامي ، مصر ، طبعة ثانية ، ١٩٣٩ .

السيوطي — حسن المحاضرة في اخبار مصر والقاهرة ، طبع مصطفى محمد ، مصر ، جزءان .

الشطي ( جميل ) — مختصر طبقات الحنابلة ، دمشق ، ١٣٣٩ هـ .

الشيرازي — طبقات الفقهاء ، بغداد ، ١٣٥٦ هـ .

طاشكبري ( محمد بن مصطفى ) — الشقائق النعمانية في علماء الدولة العثمانية ( بهامش ابن خلكان ) .

عبد القادر ( الدكتور علي حسن ) — نظرة عامة في تاريخ الفقه الاسلامي ، الجزء الاول ، القاهرة ، ١٩٤٢ .

عرنوس ( محمود ) — تاريخ القضاء في الاسلام ، القاهرة ، ١٩٣٤ .

الفقي ( محمد حامد ) — اثر الدعوة الوهابية ، مصر ، ١٣٥٤ هـ .

اللكنوي الهندي ( محمد ) — الفوائد البهية في تراجم الحنفية مع التعليقات السنية ، مصر ، ١٣٢٤ هـ .

مبارك ( الدكتور زكي ) — رسالته عن كتاب الأم ، مصر ، ١٩٣٤ .

مشرفة ( عطية مصطفى ) — القضاء في الاسلام ، مصر ، ١٩٣٩ .

## ١١ - كتب عربية اخرى

ابن حزم - الفصل في الملل والاهواء والنحل ، مصر ، الطبعة الاولى ، ١٣٤٧ - ٤٨ هـ ، خمسة اجزاء .

ابن خلدون - المقدمة ، المطبعة البهية ، مصر .

ابن عبد ربه - العقد الفريد ، مطبعة مصطفى محمد ، مصر ، ١٩٣٥ ، اربعة اجزاء .

ابن قتيبة - عيون الاخبار ، مطبعة دار الكتب المصرية بالقاهرة .

ابن منظور - قاموس لسان العرب .

ابو يوسف - كتاب الخراج ، بولاق ، ١٣٠٢ هـ .

الجريدة الرسمية اللبنانية .

الافغاني ( جمال الدين ) وعبده ( الشيخ محمد ) - العروة الوثقى ، المطبعة الاهلية ، بيروت ، ١٩٣٣ .

سليمان ( الشيخ محمد ) - رسالة بأي شرع نحكم ، القاهرة ، ١٩٣٦ .

شاكر ( احمد محمد ) - الشرع واللغة ، القاهرة ، ١٩٤٤ .

الشهرستاني - الملل والنحل ( بهامش ابن حزم ) .

العارف ( عارف ) - القضاء بين البدو ، مطبعة بيت المقدس ، ١٩٣٣ .

عبد الرحيم الدهلوي ( احمد شاه ولي ) - حجة الله البالغة ، المطبعة المنيرية ، ١٣٥٢ هـ .

عبده ( الشيخ محمد ) - الاسلام والنصرانية مع العلم والمدنية ، مطبعة المنار ، مصر ، ١٣٥٠ هـ .

الغزالي - احياء علوم الدين ، المطبعة العثمانية المصرية ، ١٩٣٣ ،

اربعة اجزاء .

قانون اصول المحاكمات المدنية وقانون الموجبات اللبناني .

الماوردي — الاحكام السلطانية والولايات الدينية ، المطبعة المحمودية التجارية بمصر .

مجلة الاحكام العدلية وشروحها لمسعود افندي ولعلي حيدر وباز والغزي والمحاسني والاتاسي وغيرهم .

مجموعة القوانين ، مطبعة صادر ، بيروت .

النشرة القضائية اللبنانية .

## المصادر الاجنبية

ABDURRAHIM — Muhammadan Jurisprudence, London & Madras, 1911.

AGHNIDES — Muhammadan Theories of Finance, New York, 1916.

ALLEN — Law in the Making, Oxford, 1930.

AUSTIN — Jurisprudence, Student's edition, London, 1920.

BONNIER — Traité des preuves, Paris, 1888.

COLIN ET CAPITANT — Cours élémentaire de droit civil français, Paris, 1923-25, 3 vol.

COULANGES, F. de — La cité antique, Paris, 1923.

DIAMOND — Primitive Law, London, 1935.

ENCYCLOPEDIA OF ISLAM.

ESMEIN — Cours élémentaire d'histoire du droit français, Paris, 1921.

GEIGER — Judaism and Islam, transl. by Young, Madras, 1898.

GIRARD — Manuel élémentaire de droit romain, Paris, 1924.

GIRARD — Textes de droit romain, Paris, 1923.

GLASSON, TISSIER ET MOREL — Traité théorique et pratique de procédure civile, Paris, 1925-36, 5 vol.

GOADBY — Introduction to the Study of Law, London, 1921.
GOLDZIHER — Le dogme et la loi de l'Islam, Paris, 1920.
HARRIS — Principles and practice of the Criminal Law, London, 1926.
JEWISH ENCYCLOPEDIA.
KENNETT — Bedouin Justice, Cambridge, 1925.
KREMER (Von) — Culturgeschichte des Orients unter den Chalifen, Wien, 1875.
LEE — Historical Jurisprudence, London, 1911.
MAHMASSANI, SOBHI — Les idées économiques d'Ibn Khaldoun, Lyon, 1932.
MAINE (H.-S.) — Ancient Law, Dent & Sons, London, 1927.
MASSIGNON — Annuaire du monde musulman, Paris, 1923 & 1929.
MULLA — Principles of Mahomedan Law, Calcutta, 1938.
MONTESQUIEU — De l'esprit des lois, Paris, Flammarion, 2 vol.
NOLDEKE — Geschichte des Qorâns, Göttingen, 1860.
OSTROROG — The Angora Reform, London, 1927.
PLANIOL — Traité élémentaire de droit civil, Paris, 9me éd., 3 vol.
POLLOCK — A first book of Jurisprudence, London, 1918.
POLLOCK — Introduction and notes to Maine's Ancient Law, London, 1914.
SALMOND — Jurisprudence, London, 1924.
WELLES (Sumner, G. ed.) — An Intelligent American's Guide to the Peace, New York, 1945.
WILSON — Digest of Anglo-Muhammadan Law, Calcutta, 1921.
WUSTENFELD, F. — Der Imâm el-Schâfi'i und seine Anhânger, Göttingen.
WUSTENFELD — Vergleichungs-Tabellen, Leipzig, 1854.

# فهرست

## فلسفة التشريع في الاسلام

---


صفحة

المقدمة ٥

الباب الاول — تعريف علم الفقه وتقسيمه ٩

الباب الثاني — لمحة تاريخية

الفصل الاول — المذاهب الاسلامية ٢٥

الفصل الثاني — المذهب الحنفي ٣٠

الفصل الثالث — المذهب المالكي ٤٠

الفصل الرابع — المذهب الشافعي ٤٤

الفصل الخامس — المذهب الحنبلي ٤٩

الفصل السادس — المذاهب السنية البائدة ٥٤

الفصل السابع — المذاهب الشيعية ٥٩

الفصل الثامن — القوانين العثمانية ومجلة الاحكام العدلية ٦٦

الفصل التاسع — حركة التشريع في البلاد الشرقية ٧٩

الفصل العاشر — لمحة في تاريخ القوانين الاوروبية ٩٨

الباب الثالث — مصادر الشرع الاسلامي

الفصل الاول — الادلة الشرعية ١٠٧

الفصل الثاني — الكتاب ١١٣

الفصل الثالث — السنة ١٢٠

الفصل الرابع — الاجماع ١٢٩

الفصل الخامس – القياس ١٣٣
الفصل السادس – الادلة الشرعية الاخرى ١٤٠
الفصل السابع – الاجتهاد ١٥٣

## الباب الرابع – مصادر التشريع الخارجية

الفصل الأول – تغير الاحكام ١٦٩
الفصل الثاني – الحيل الشرعية ١٩٢
الفصل الثالث – التشريع الوضعي المباشر ٢٠٣
الفصل الرابع – العرف والعادة ٢٠٩
الفصل الخامس – علاقة الشريعة الاسلامية بالشريعة الرومانية ٢٢٠

## الباب الخامس – بعض القواعد الكلية

الفصل الاول – معلومات عامة ٢٣٧
الفصل الثاني – حكم الضرورة والحاجة ٢٤٥
الفصل الثالث – القصد في الافعال ٢٥٦
الفصل الرابع – مبادىء عامة في البيّنات ٢٦٩
البند الاول – واجب الاثبات ٢٦٩
البند الثاني – الاقرار ٢٧٨
البند الثالث – البينة الشخصية ٢٨٢
البند الرابع – اليمين ٣٠٣
البند الخامس – مسائل اخرى في البيّنات ٣١٢
الفصل الخامس – قواعد عامة شتى ٣٢٠
المصادر العربية ٣٣٣
المصادر الاجنبية ٣٤٧
الفهرست ٣٤٩
الخطأ والصواب ٣٥١

893.799
M278



# الاغلاط المطبعية

| الصفحة | السطر | الخطأ | الصواب |
|---|---|---|---|
| ١٠ | ١١ | فسحب | فحسب |
| ٢٣ | الاخير | دارسة | دراسة |
| ٥٥ | ٩ | المذاهب | احد المذاهب |
| ٦٠ | ١١ | بن الحسن | بن الحسين |
| ١٦٨ | ٣ | مناشير | المناشير |
| ٢١١ | هامش ٣ | فرانسوا | كفرنسوا |
| ٢٢٥ | هامش ١ | Tutea | Tutela |
| ٢٥٠ | ١ | الاشباه | المجامع والاشباه |
| ٢٥٦ | ٥ | للعمل | العمل |
| ٢٦٠ | ١٥ | في الاصطلاح | او في الاصطلاح |
| ٢٧٧ | ١٠ | العلمية | العملية |
| ٢٩٢ | ١٢ | تحكموا | يحكموا |
| ٣٠١ | ٥ | وجبه | اوجبه |
| ٣٠٥ | ١ | العدالية | العدلية |
| ٣٠٥ | ١ | فهيا | فيها |
| ٣٠٧ | ٧ | احد | احدى |
| ٣١٦ | هامش ١ | المنقول | في المنقول |

AMERICAN
UNIVERSITY
BEIRUT

To the library of the Law School,
Columbia University,
Morningside Heights,
New York City, N.Y., U.S.A.
With the compliments of
the author
Sophi Mahmassani

# THE PHILOSOPHY OF JURISPRUDENCE IN ISLAM

Comparative study of the Islamic rites
and modern legal systems


BY

SOBHI MAHMASSANI

Docteur en Droit (Lyon) L.L.B. (Lond.)
President at the Court of Appeal
Formerly Attorney-General of the Moslem Court of Appeal
Lecturer on Majallah and Roman Law at the American University, Beirut



*All rights reserved*



AL-KACHAFF PRESS - BEIRUT - LEBANON

1946



COLUMBIA
UNIVERSITY
LIBRARY

Columbia University
in the City of New York

THE LIBRARIES




GIFT

MAR 22 1948