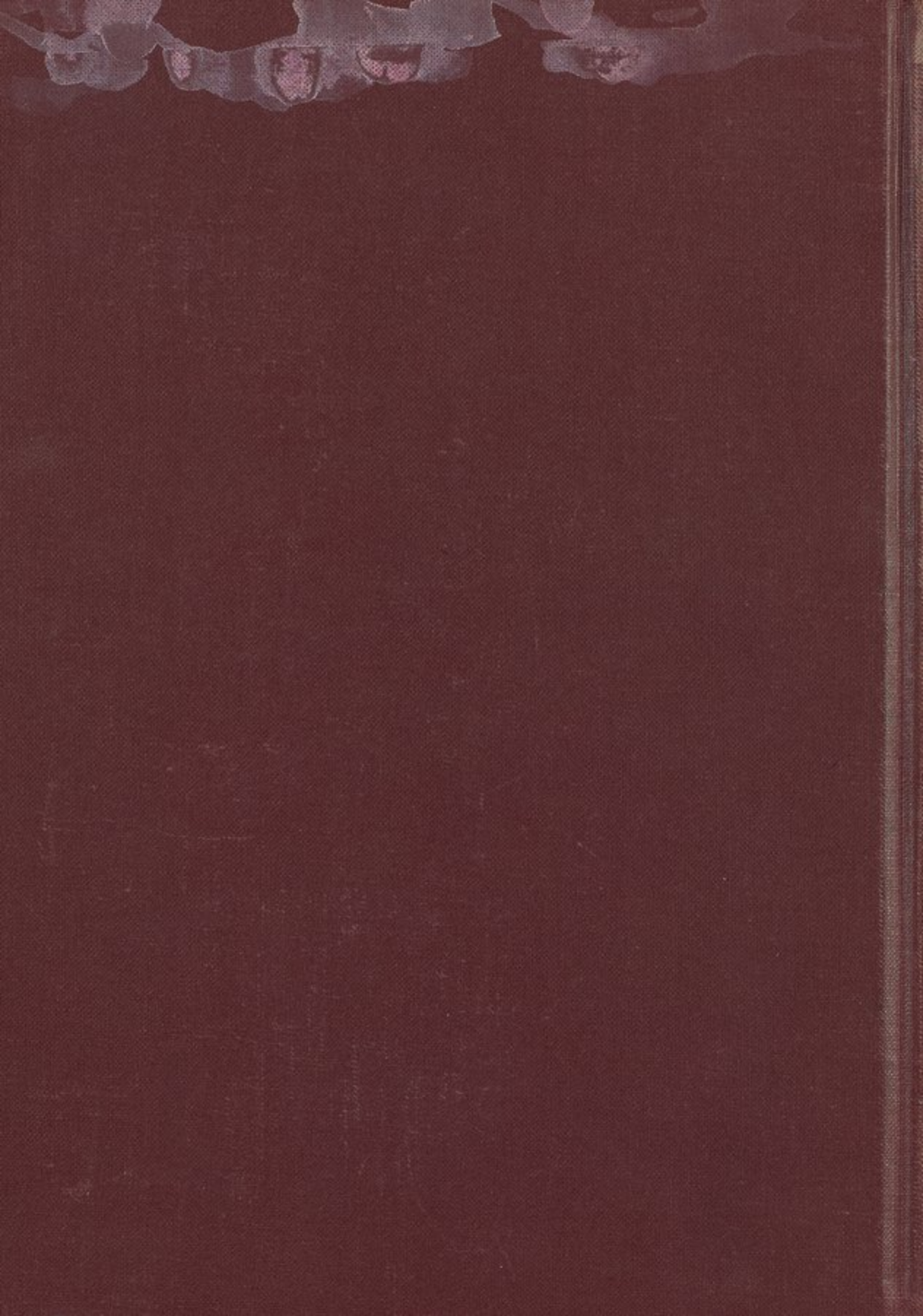




22
.27
.33
.1

2272.275.333.11
Mahmasani
Falsafat al-tashri' fi
al-Islam

DATE	ISSUED TO
SE 8'55 OCT 1 2 1955	Sindery

DATE ISSUED	DATE DUE	DATE ISSUED	DATE DUE
OCT 28		DUE JUN 1 1991	
MAY 26		DUE SEP 27 '91	
SEP 2		JUN 15 2011	
		JUN 15 2012	
XXXXXXXXXXXX			
MA 5			
		DUE JUN 15, 1993	

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY



32101 013687908

فلسفة التشريع

في الإسلام

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

تأليف

الحامي صبحي محصاني

دكتور في الحقوق (ليون)، ب. ح. (لندن)،
أستاذ المجلد والفانون الروماني في جامعة بيروت الأمريكية
أستاذ الشريعة الإسلامية في معهد الحقوق الفرنسي
رئيس في محكمة الاستئناف اللبنانية ومُدعي عام في المحكمة الشرعية العليا سابقاً
عضو المجمع العلمي العربي بدمشق



الطبعة الثانية

١٣٧١ - ١٩٥٢

فَلَسْفَةُ التَّشْرِيعِ

فِي الْإِسْلَامِ

مَقْدَمَةٌ فِي دَرَسَةِ الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ
عَلَى ضَوْءِ مَذَاهِبِهَا الْمُخْتَلِفَةِ وَضَوْءِ الْقَوَائِنِ الْحَدِيثَةِ

تأليف

المحامى صبحى محمد صانئ

Mahmasani

دكتور في الحقوق (ليون) ب. ح (لندن)،
أستاذ المحاكم والقانون الروماني في جامعة بيروت الأمريكية
أستاذ الشريعة الإسلامية في معهد الحقوق الفرنسي
رئيس في محكمة الاستئناف اللبنانية ومُنذِي عام في المحكمة الشرعية العليا سابقاً
عضو المجمع العلمي العربي بدمشق

جميع الحقوق محفوظة للزلف

الطبعة الثانية

١٣٧١ - ١٩٥٢

دار الكشاف للنشر والطباعة والتوزيع

الطبعة الاولى - ١٩٤٦

الطبعة الثانية - ١٩٥٢

مقدمة الطبعة الثانية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كانت غايتي من تصنيف هذا الكتاب ايضاح وجهة النظر الاسلامية في التشريع ، بوضع مقدمة وجيزة في دراسة الشريعة الاسلامية على ضوء مذاهبها المختلفة ، وعلى ضوء القوانين الحديثة .

وقد صدرت الطبعة الاولى عام ١٩٤٦ . واحسب انها اثارت اهتمام بعض الاوساط الشرعية والقانونية ، وانها قامت باداء بعض ما هدفت اليه . ولا ارى مجالاً لذكر اسماء العلماء والزملاء الافاضل الذين تكرموا بنقد الكتاب او بتقريضه . لكن لا بد من التنويه بالملاحظات القيمة التي ابدوها جميعاً .

وقد شجعتني على اعادة طبع هذا الكتاب السرعة في نفاذ الطبعة العربية ، والعناية بترجمتها الى بعض اللغات الاجنبية . فشرفتني حكومة البنجاب في دولة باكستان بطلب الترجمة الى اللغة الاوردية ، وشرفني المجمع الاميركي للجمعيات الدراسية في واشنطن بطلب ترجمته الى اللغة الانكليزية . واني حرصت في هذه الطبعة العربية الثانية على ابقاء مواد الكتاب كما كانت في الاصل ، مع تنقيح بسيط في بعضها ، او زيادة اقتضتها ما طرأ بعد الطبعة الاولى من قوانين او اجتهادات جديدة .

واني لسعيد بان اقدم للقارئ الكريم هذه الطبعة الثانية ، التي تم تحضيرها في يوم مبارك ، هو مولد صاحب الرسالة (ص) مؤسس الشريعة الاسلامية .

بيروت في ١٢ ربيع الاول سنة ١٣٧١

الموافق ١٠ كانون الاول سنة ١٩٥١

2272
275
333

مقدمة الطبعة الاولى

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 مثلاً 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 وتحليل اسباب تطوره . واذا قصدنا الى درس القديم ، كان لابد 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 مظهرًا من هذه المظاهر ، تتأثر بتلك الحياة تأثراً بيئياً ، وتؤثر فيها آثاراً واضحة ، أدركنا سبب اختلاف الشرائع باختلاف العصور والبلدان ، وأدركنا سبب تلوثها بصبغة الامم والاجيال الخاصة ، تبعاً لعاداتها وتقاليدها ، وأميلها ونزعاتها .

على أن هذه الشرائع المختلفة المتباينة تتقارب من أوجه عديدة . ذلك لأنها تتقارب في اسباب وجودها ، وفي العلل التي تتركز عليها . فمن ثم نستبين بين الشرائع جميعاً ، اذا ما وضعت على بساط المقابلة والمقارنة ، شبهاً الى جانب التباين ، وموافقات الى جانب الفروق .

فاختلاف القوانين وتشابهها ، قديماً وحديثاً ، أوحيا الى كاتب هذه السطور الفكرة الاولى لتصنيف هذا الكتاب . وهو ليس الا مقدمة وجيزة

في دراسة التشريع الاسلامي ، على ضوء المذاهب المختلفة وضوء القوانين الحديثة .

وقد بذلت الجهد اثناء ذلك في أن أعتد على المراجع الصحيحة الموثوق بها ، وفي أن أنتقي منها ، اذا تعددت ، أقدمها ، ومن ثم أقربها الى مصادرها الاولى . ومعلوم أن معظم هذه المناقب ، ان لم أقل جميعها ، مطبوعة طبعاً قديماً متلاصقاً ، على ورق أصفر رخيص . هذا الى ما فيها من الحواشي والهوامش . فكانت من نتيجة ذلك أن صعبت مطالعتها ، وأورثت في بعض الناس ضجراً وسأماً ، فتروكوها أو هجروها متأثرين بالشكل الخارجي دون الجوهر الحقيقي .

فأنا خالفت هؤلاء ، وعشقت الكتب الصفراء ، وأفخر بأن أكون من عشاقها ، لأنها تخزن من الكنوز الفكرية ما 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 أبيض ما استطعت من الدفائن الصفراء ، وأن أظهر منها ما تمكنت ، ثم أن أضع ما أستخرجه امام ما يقابله من الآراء الحديثة ، موضعاً أوجه الوفاق وأوجه الخلاف فيما بينها ، مع حجج المؤيدين والمخالفين لكل من هذه الآراء . وقد سعت 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 القارئ 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 الازهان من آثار التشويش والتدجيل . وقد كان من هؤلاء طائفة من المستشرقين ومن نخا نخوم من المتطفلين وأشباههم ، عودونا الكتابة في مواضيع لا يحسنون لغتها ، أو لا يعرفون

مراجعتها الاصلية . فالحقائق العلمية الثابتة لا يفتقر طمسها أو تشويهها ، مهما كان الباعث على ذلك ، سواء أكان السهو أم التسرع أم قلة التدقيق أم الجهل أم التعرض 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 سبيلاً .

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 قليلاً » .

وقد اعتاد غيري من المؤلفين تصدير مؤلفاتهم بالاعتذار عما قد يجده القارئ 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 المَعذرة والحلم عن مواضع الخطأ أو النقصان في هذا الكتاب .

وأخيراً ، لابدّ من التنبيه الى أمر . وهو أن هذا الكتاب ليس الا مقدمة . أرجو أن أتبعها ان شاء الله بكتاب آخر ^١ ، يبحث في « النظرية العامة للموجبات والعقود 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

صبي رجب محمدي

البَابُ الأولُ

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 » ^١ ، وان المجتمع نكوّن نتيجة عقد اجتماعي ^٢ 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 محكمة بين افراده . ذلك لان الحياة الاجتماعية توجب على هؤلاء التعامل المتبادل ، وتولّد العلاقات المختلفة فيما بينهم ، وتورث المنازعات التي تنشأ من هذه العلاقات . فكان لابدّ من قواعد تحدد حقوق كل فرد بالقياس الى حقوق الآخرين ، وتكون من ثم وازعة للنزاع والشقاق . وقد تبثّت مجلة الاحكام العدلية هذا الرأي . ويلاحظ القارئ هنا ، كما سيلاحظ في محلات اخرى ، ان المجلة تعرّضت لآراء نظرية قلما توجد في مدونات 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 يزاوجه .

AP'état de nature (١)

Contrat social (٢)

فلأجل بقاء العدل والنظام بينهم محفوظين من الخلل ، يحتاج الى قوانين مؤيدة شرعية .

وإن المدني ، كما ترى من تفسير المادة نفسها ، معناه من لا يعيش على وجه الانفراد . وهو يشمل الحضري والبدوي معاً ، لا الأول 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 بد 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 وضرورتهم . واذا اجتمعوا دعت الضرورة الى المعاملة واقتضاء الحاجات ومدّ كل واحد منهم يده الى حاجته يأخذها من صاحبه ، لما في الطبيعة الحيوانية من الظلم والعدوان بعضهم على بعض ، ويمانعه الآخر عنها ... فيقع التنازع المفضي الى المقاتلة ... فاستحال بقاؤهم فوضى دون حاكم يزع بعضهم عن بعض »^٢ .

ومن يتتبع التاريخ ويرجع الى العصور الأولى يرى هذه القوانين « المؤيدة للعدل والنظام » ممزوجة بعادات القبائل الموروثة ، ويلبس انها لم تكن منفصلة عن باقي العادات الاجتماعية من دينية واخلاقية وغيرها . وهذا المزيج بين العادات القديمة جميعاً حقيقة تاريخية مقبولة عند الباحثين في تاريخ الشرائع ، كما ان الانكليزي^٣ وده كولانج الافرنسي^٤ . وقد

(١) هذا يعارض ما جاء في شرح المجلة للاستاذ المحاسني (ج ١ ص ٢٤) من ان كلمة مدني معناها لا بدوي .

(٢) مقدمة ابن خلدون ، المطبعة البهية ، مصر ، ص ٣٥ و ٣١٤ و ١٦٢ - ١٦٣ .

(٣) في كتابه « القانون القديم » .

(Henry-Sumner Maine's Ancient Law)

(٤) في كتابه « المدينة القديمة » .

(La Cité Antique de Fustel de Coulanges)

يبحث فيها هؤلاء وعززوها بالشواهد المأخوذة من تاريخ الهنود القدماء واليونان والرومان وغيرهم من الأمم القديمة ، وأثبتوها بوجه كافٍ يدحض رأي المعارضين ، أمثال الكاتب الانكليزي دياموند^١ .

وقد ابتدأت تلك العادات بسيطة بتأثير بساطة الحياة الاجتماعية . وكان تنفيذها حينذاك يركز على الرأي العام في القبيلة وعلى سلطة رئيسها المعنوية ، وأحياناً أيضاً على قوة الأفراد وفقاً لقاعدة الحق للقوة .

على أن الأمر تغير بتقدم الحضارة . فكثرت العلاقات بين الناس ، وأصبحت متشابكة معقدة . فمسّت الحاجة إذ ذاك إلى القوانين الواضحة لأجل صون الحقوق . ثم انفصلت هذه القوانين عن العادات الأخرى وخلفت الدولة رئيس القبيلة ، وأخذت هي تسهر على تنفيذ القوانين بمحاكمها وقوتها الاجتماعية .

معنى القانون

إن كلمة القانون يونانية الأصل^٢ ، دخلت إلى العربية عن طريق السريانية^٣ . وكان استعمالها في الأصل بمعنى المسطرة ، ثم صار بمعنى القاعدة . وهي اليوم تستعمل في اللغات الأوروبية بمعنى الشريعة الكنسية^٤ . ومعنى القانون في لغة العرب « مقياس كل شيء »^٥ . ومنه أخذ

(١) انظر كتابه « قانون العصور الأولى » لندن ، ١٩٣٥ .

(Diamond's Primitive Law)

ونقد هذا الكتاب في المجموعة السنوية للقانون الانكليزي لعام ١٩٣٥ ، ص ١٥ ،

(Annual Survey of English Law)

(٢) Kanôn . راجع الموسوعة الاسلامية تحت كلمة Kanûn

(The Encyclopaedia of Islam)

(٣) جاء في تاج العروس (ج ٩ ص ٣١٥) أن كلمة قانون رومبة (يونانية) او فارسية . وجاء في محيط المحيط أنها من السريانية . والحقيقة أنها من اليونانية ، وإن اللغة العربية اخذتها كغيرها من الكلمات اليونانية الأخرى عن طريق اللغة السريانية .

(٤) Canon Law , Droit Canonique

(٥) قاموس لسان العرب لابن منظور (ج ٧ ص ٢٢٩) ، وقاموس المحيط لأفروزبادي

(ج ٢ ص ٢٦٩) . وتطلق هذه الكلمة أيضاً على نوع من آلات الطرب الشرقية .

التعبير العام ، الذي يطلق على كل قاعدة كَلِّية الزامية ، فيقال قانون الصحة وقوانين الطبيعة ، وهكذا ١ .

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

اولها ، وهو الاعم ، يقصد به المدونة او مجموعة الاحكام الشرعية ٢ . فيقال قانون الجزاء العثماني ، وقانون الموجبات والعقود اللبناني ، الخ . والمعنى الثاني يراد به الشرع والشرعية ٣ بوجه عام ، كما في قولنا القانون الانكليزي او درس القانون او ما شبه . وان كلمة الشرع والشرعية في اللغة العربية مأخوذة من كلمة الشارع ، ومعناها الله (عز 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 لقواعد الفقه الاسلامي التي تبحث في الدين والقضاء بآن واحد ، وانه الزامي تساعد تنفيذه الحكومة ، وانه عام لا يوضع لقضية واحدة او لشخص معين كما هو حكم القاضي ، بل يوضع لجميع الناس او لفئة منهم بدون تفریق او تخصيص .

وقد كثر استعمال كلمة القانون في العهد العثماني للدلالة على الاحكام الصادرة من الدولة ، لتفريقها عن احكام الشرع الحنيف المبنية على ادلته

(١) بهذا المعنى تكلم الغزالي عن قوانين الحسد ، 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 جزى ، من اهل غرناطة ، الذي عاش في اوائل القرن الثامن للهجرة (٦٩٣ - ٧٤١ هـ) ، اي في القرن الرابع عشر للميلاد ، في كتاب القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية ، طبع في فاس ، ١٩٣٥ .

المعروفة ، لاسيما 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 بهذا المعنى ، فقول شرايع الاسلام^١ بمعنى قوانينه . وكذلك استعمل علماء الاصول المسلمون كلمة الحكم بمعنى القانون الشرعي ، وكلمة الحاكم بمعنى الشارع^٢ . واليك تفسير كل ذلك بإيجاز ، 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 اذن هو هذه الاحكام وتلك الادلة . فالادلة الشرعية هي اصول التشريع الاسلامي ومصادره . وان 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 »^٣ . وبعبارة اخرى ، هو عند الاصوليين ما خاطب به الشارع الناس المكلفين من طلب ، او تحيير ، او وضع ، يتعلق بافعالهم . او هو القاعدة التي نص عليها الشرع في مسألة من المسائل . 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 »^٤ ، اي انه عام كالقانون ، لم يوضع لفرد معين او حالة مخصوصة .

(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 والمحنة .

(٣) الاحكام في اصول الاحكام للامدي ، ج ١ ص ٤٩ .

(٤) مجامع الحقائق (لابي سعيد الحادي) وشرحه مناسفم الدقائق (لمصطفى بن محمد الكوز لحصاري) ، الاستانة ، ١٣٠٨ هـ ، ص ٣١٩ .

وان الحكم الشرعي يفترض وجود الحاكم والمحكوم فيه والمحكوم عليه . فالحاكم معناه الشارع ، وهو الله عز وجل ^١ ، 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 من دون اختيار الانسان ، كالصغر والجنون والعتة والنوم والمرض والموت والنسيان ، واما مكتسبة بفعل الانسان ، كالسكر والهزل والسفه والتبذير والخطا والجهل والسفر والاكراد . ثم ان الحكم الشرعي نوعان : تكليفي ووضعي . فالتكليفي هو ما كان اثره يتعلق بالافتضاء 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 والتترك من غير بدل ^٢ . مثلاً الآية الكريمة « واحلّ الله البيع وحرم الربا » ^٣ ، 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

(١) لم يحسب العلامة الاستاذ عارف بك النكدي ان مثل هذا القول « ورد صراحة في كلام شيخ من شيوخ الفقه عن المتقدمين » ، وذلك في معرض نقده للطبعة الاولى من هذا الكتاب (بمجلة المجمع العلمي العربي بدمشق سنة ١٩٤٧ ص ٢٦١ وما بعدها) . فثبتاً لما قلناه انقل ما جاء في الآمدي (ج ١ ص ٤١) « انه لا حاكم سوى الله تعالى ولا حكم الا ما حكم به » ، وما جاء في المستصفي (ج ١ ص ٦) عن « الحاكم وهو الشارع ... وفي البحث عن الحاكم يتبين ان لا حكم الا لله » .

(٢) الاحكام للآمدي ج ١ ص ٥٠ - ٦٤ .

(٣) البقرة (٢) ٢٧٥ .

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 ، فأذن حكم الاول الوضعي هو الصحة وحكم الثاني البطلان . ثم من امثلة الرخصة الضرورات ، فحكمها الترخيص واباحة المحظورات . واخيراً ، العزيمة هي ما جوز في الاصل من الاحكام ، كما نرى في العقود المشروعة مثلاً .

تعريف علم الفقه

الفقه لغة الفهم ، ومنه الآية الكريمة « وطُبع على قلوبهم فهم لا يفقهون »^١ . اما الاصطلاح ، فقد خص بالفقه علم الشريعة ، وسمى 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

(١) سورة التوبة (٩) ٨٧ .

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

(٣) الدر المختار للحصكفي ، ج ١ ص ٦ .

الذي نعرفه اليوم . وهذا موافق للرأي الحديث السائد^١ ، برغم وجود شيء من التردد في قبول ذلك عند البعض من رجال القانون^٢ . ويعود سبب التردد الى موضوع هذا العلم ، الذي يتلون بالآراء الاجتماعية ، ويتأثر بظروف البيئة وبمظاهر الحياة الانسانية . فلهذا اعتبره بعض القدماء فتناً ، وهكذا عرفه سلسوس الروماني بانه « فن الصلاح والانصاف »^٣ .

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 سميت احكام هذه المسائل بالفروع لتفريقها عن الاصول ، وهي الادلة الشرعية موضوع علم اصول الفقه الذي يتناوله .

ثالثاً - زاد الفقهاء على تعريف المجلة ان علم الفقه « مكتسب من ادلة الاحكام التفصيلية » . ومعناه ان على الفقيه ان يسند الاحكام الى ادلتها ومآخذها بالنظر والاستدلال . وقد قيل في القواعد الكلية المذكورة في المجامع : « الاسباب مطلوبة للاحكام »^٤ .

الفقه الاسلامي وبه وقضاء

ان الشريعة او الشرع عند المسلمين هو ما شرعه الله تعالى على لسان نبيه (ص) ، كما جاء في الآية الكريمة : « شرع لكم من الدين

(١) راجع مثلاً بلانيول (القانون المدني ، باريس ، ١٩٢٢ ، ج ١ رقم ٣) ، واوستن (في كتابه Jurisprudence, Student's edition ، لندن ، ١٩٢٠ ص ٧٥) ، وكيون (في كتابه المبادئ الاولى في علم الحقوق The Elementary Principles of Jurisprudence ، لندن ، ١٩٣٠ ص ١ وما بعدها) .

(٢) 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)

(٣) رواه عنه يوستنيانوس في صدر مجموعة الديجست :

Est autem a justitia appellatum; nam, ut eleganter Celsus definit, jus est ars boni et aequi.

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

ما وصّى به نوحاً والذي أوحينا إليك وما وصينا به إبراهيم وموسى وعيسى .
« لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً » . « ثم جعلناك على شريعة من الأمر
فاتَّبِعها ولا تتَّبِع أهواء الذين لا يعلمون » ^١ .

فالشارع الاول اذن هو الله (عز وجل) ، الذي انزل مبادئ
الشريعة الاسلامية بما فيها من دين ومن قضاء او احكام قانونية . 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 لايتعلق الا بالامور المدنية المحضة ، واصبح علم
القانون مختصاً بالحقوق الدنيوية الوضعية ^٣ .

والحاصل ان الشريعة الاسلامية شريعة الهية بمصادرها واحكامها الاولى ،
على حين ان القانون المدني يبحث في المعاملات وحدها ، ويستمد احكامه
من سلطة الدولة ، التي تسنّه وتعطلّه وتلغيه حسب الظروف المصلحية لديها .

تقسيم علم الفقه

اذ كان الفقه الاسلامي ديناً وقانوناً بآن واحد كما قدمنا ، ادر كنا
سبب تقسيم مسائله الى قسمين كبيرين . احدهما قسم العبادات وهو
يتعلق بامور الآخرة ، من ايمان وصلاة وزكاة وصيام وحج . وهو

(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 ليوستينيانوس (Institutes, 1, 1)

بان علم الحقوق هو العلم بالامور الدينية والدنيوية :

Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia .

بحث خارج عن موضوع كتابنا هذا . والقسم الثاني يتعلق بامور الدنيا او الاحكام القانونية ، وهو ينقسم بدوره الى عدة اقسام اشهرها : العقوبات والمناكحات والمعاملات .

فقسم العقوبات يبحث في الجنايات والجرائم ، كالقتل والسرقه والزنا والشرب والقذف ، وفي عقوباتها ومتفرعاتها ، كالقصاص والحدود والديات . ثم قسم المناكحات يشمل الزواج والطلاق وما تفرع عنها ، كالعدة والنسب والنفقة والحضانة والولاية والوصاية والارث وغيرها . ويسمى اليوم قانون الاحوال الشخصية او قانون العائلة .

ثم قسم المعاملات اخيراً يبحث في الاموال وما يتعلق بها من حقوق والتزامات وعقود ، كاحكام البيوع والاجارة والهبة والاعارة والوديعة والكفالة والحالة والشركة والصلح والغصب والاتلاف وما شابه 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 اراد بقاء نظام هذا العالم الى وقت قدره . 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 . . . فلابل بقاء العدل والنظام بينهم محفوظين من الحلل يحتاج الى قوانين مؤيدة شرعية في امر الازدواج ، وهي قسم المناكحات من علم الفقه ، وفي ما به التمدن من التعاون والتشارك ، وهي قسم المعاملات

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

منه ، ولا استقرار 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 تبدىء 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 الأقسام الثلاثة .

وفوق هذه الاقسام ، نجد في الكتب الفقهية اقساماً اخرى ، اهمها المحاصمات والسير والاحكام السلطانية . فيشمل القسم الاول مسائل القضاء والدعاوى والعينات ، اي ما يدخل اليوم في قانون المرافعات واصول المحاكمة . ويبحث قسم السير (جمع سيرة) في احكام الجهاد والغنائم والامان وعقد الذمة واختلاف الدين واختلاف الدارين ، اي احكام الحرب والسلم واختلاف الجنسيات ، التي تدخل اليوم جميعاً في القانون الدولي . واخيراً يبحث قسم الأحكام السلطانية في الخلافة والسلطات العامة والوزارة والولاية والجيش والضرائب ، كالجزية والعشر والخراج . وهذا كله يدخل اليوم في التشريع الدستوري والاداري والمالي .

تقسم 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 او التبعية » وتتنازع القوانين المختلفة عند تطبيقها على الاجانب .

ثم ان قسم الحقوق الداخلية ينقسم ايضاً الى عام وخاص . فالقانون

العام هو ما يتعلق 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 وضع قانون الجزاء في قسم القانون العام ، لعلاقة الدولة والحق العام في العقوبات ، وذلك باجماع العلماء في فرنسا ويرأي معظم العلماء في انكلترا ^١ .

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

هذا بوجه التقريب هو التقسيم في القوانين الحديثة . وهو ، على الجملة ، تقسيم عملي مفيد ، شبيه من بعض وجوهه بتقسيم الفقه الاسلامي .

(١) خالف بعض العلماء الانكليز هذا الرأي ، فعدوا 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 ٥٤٤) .

البَابُ الثَّانِي

لمحة تاريخية

الفصل الاول

ادوار التشريع المختلفة

مرَّ التشريع الاسلامي بادوار مختلفة ، تقسمها لسهولة البحث الى خمسة ادوار . وهي عصر النبي (ص) ، وعصر الخلفاء الراشدين والامويين ، والعصر العباسي الذهبي ، وعصر الانحطاط والتقليد ، وعصر النهضة ^١ . ونحن نشرح باختصار كلا من هذه الادوار بعد ان نقول كلمة سريعة عن عادات العرب في الجاهلية .

عصر الجاهلية

ان العرب في الجاهلية ، اي قبل الاسلام ، كانوا يعيشون في جزيرتهم وما حولها عيشاً بسيطاً يكاد يكون فطرياً . وكانت العادة مصدر نظامهم . وكان مجتمعهم مؤلفاً من قبائل متفرقة ، لا يربطها سلطان مركزي . وكانت القبيلة والعصبية القبليّة اساس حياتهم الاجتماعية . وكان الفرد ينتمي الى قبيلته بالقرابة او بالتبني او بالحلف والموالة ، فيتعصب لها وتحميه من

(١) راجع تاريخ التشريع الاسلامي للخضري (مصر ، طعة ثانية ، ١٩٢٦) ، ونظرة عامة في تاريخ الفقه الاسلامي للدكتور علي حسن عبد القادر (الجزء الاول ، القاهرة ، ١٩٤٢) ، وتاريخ التشريع الاسلامي للسبكي والسائس والبربري (مصر ، طبعة ثانية ، ١٩٣٩) ، وكتاني فيجر الاسلام وضحي الاسلام للسيد احمد امين ، وحسن المحاضرة للسيوطي ، وكتب الطبقات التي سيأتي بيانها .

كل اعتداء غريب . وكان الغزو شائعاً بين القبائل ، مع ما يلحق ذلك من نهب الاموال واسر الرجال وسبي النساء واسترقاق الاسرى . وكان النظام الاقتصادي بسيطاً . فالعمل كان مهيناً والرق شائعاً . وكانت المعاملات كباقي نواحي حياتهم عرفية ، اي مبنية على التقاليد والعادات . فالعرف اجاز عقود المبادلة والبيع والمزاولة والربا . وكانت بعض العقود شكلية ، مثاله بيع الملامسة وبيع المنازلة وبيع الحصة ، التي كانت تنعقد بالفاظ معينة وبالمس او النبذ (طرح الثوب) او رمي الحجر ^١ . اما العائلة ، فكان نظامها متفككاً والمرأة كانت مهينة . فالعادة اجازت وأد البنات عند الولادة بسبب العار او الفقر ، واباحت تعدد الزوجات من دون حد ، واباحت المتعة او الزواج الموقت ، واعطت الزوج حرية الطلاق من دون قيد ولا شرط ، وحرمت النساء والاطفال من حق الارث ^٢ .

عصر النبي (ص)

هذا هو الدور الاول في تاريخ التشريع الاسلامي . وقد بدأ ببداية رسالة النبي محمد بن عبد الله (ص) سنة ٦١٠ م ، وانتهى بوفاته سنة ٦٣٢ م . وفي هذا الدور كان الكتاب ، اي القرآن الكريم ، مصدر التشريع الاساسي . وهو وحي من الله تعالى لهداية الناس اجمعين . وكانت مدة تنزيل القرآن الكريم اثنتين وعشرين سنة ونيف ، منها اثنتا عشرة سنة تقريباً في مكة المكرمة قبل الهجرة النبوية ، والباقي في المدينة المنورة بعد هجرة النبي اليها .

١ (١) انظر النظرية العامة للعقوبات والعقود في الشريعة الاسلامية ، مؤلف هذا الكتاب ، بيروت ، ١٩٤٨ ، ج ٢ ص ٢٦ - ٢٧ .

٢ (٢) عدم توريت النساء عند اهل الجاهلية لا خلاف عليه . انظر تفسير الفخر الرازي (ج ٣ ص ١٥٣) ، وتفسير الزمخشري (ج ١ ص ٢٤٩) . خالفنا في هذا الرأي الاستاذ النكدي في مقاله المشار اليه (المجمع العلمي العربي سنة ١٩٤٧ ص ٢٦١ - ٢٦٧) .

والى جانب هذا المصدر الاساسي للتشريع ، اضيف في هذا الدور مصدر آخر هو سنة النبي (ص) ، اي ما صدر عنه من حديث او فعل او تقرير ، وقد وضع القرآن الكريم والسنة اساس الدين والتشريع الاسلامي ، فنصا على مبادئ الايمان والعبادات ، وعلى قواعد الدعوة الاسلامية ، ونظام العائلة ، والمعاملات ، والعقوبات . ومن اهم هذه المبادئ ما يلي :
اولاً - نظام الشورى في الحكم ، ووجوب تقيد الحاكم بالمصلحة العامة وبالنصوص المقدسة .

ثانياً - الأمر بالعدل والاحسان ، والمساواة ، والاخوة الانسانية .
ثالثاً - منع الحرب الاعتدائية واباحة الحرب الدفاعية ، والحض على السلم .
رابعاً - تحسين حالة المرأة والقاصرين .
خامساً - حرمة الملكية الفردية وواجب الوفاء بالعقود ، ومنع الغش والاحتيال .

سادساً - التفريق بين حق الله او الحق العام ، وحق العباد او الحق الشخصي في مسائل العقوبات .
هذه بعض المبادئ العامة التي ادخلها الاسلام على عادات العرب القديمة . ولا شك في ان تفصيلها خارج عن موضوعنا الآن .

عصر الخلفاء الراشدين والامويين

بعد وفاة النبي (ص) ، بقي اهل الفتيا من الصحابة يفتون ويحكمون فيما يعرض عليهم من الحوادث والقضايا على حسب القرآن والسنة . وكانوا في ذلك يتشاورون فيما بينهم ، يأخذون بالاجماع او القياس عند عدم النص . فنشأ من ثم الاجماع والقياس كمصدرين اضافيين للتشريع الى جانب الكتاب والسنة . وبذلك صارت المصادر الرئيسية المعروفة اربعة ، على ما سنوضح في الباب القادم .

وقد قام 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 الأكبر للدولة الإسلامية بعد النبي (ص) ، والذي نظر الى روح الشريعة الحقيقية ، ونفذها بحزم وقوة ، وعدل واحسان ، ونظم الدولة والدواوين وفق حاجات الزمن وتطوره . وفي عصر الصحابة والتابعين ، تفرق بعض هؤلاء في الامصار الاسلامية المختلفة . فاشتهر منهم كثيرون امثال عبدالله بن عباس في مكة ، وزيد بن ثابت وعبدالله بن عمر في المدينة ، وعبد الله بن مسعود في الكوفة ، وعبدالله بن عمرو بن العاص في مصر . وقد غلب على كل بلد فتاوى من كان فيه من الصحابة او التابعين .

وفي هذا العصر نشأ الخلاف بين اهل السنة واهل الشيعة . فالاولون هم الذين قالوا بعد وفاة النبي (ص) بخلافة ابي بكر الصديق ثم عمر بن الخطاب ثم عثمان بن عفان . اما اهل الشيعة فقد قالوا بان علي بن ابي طالب هو احق بالخلافة من الثلاثة المذكورين ، فتشيعوا له واطلق عليهم اسم الشيعة ، اي شيعة الامام علي . فالخلاف الاساسي اذن بينهم وبين اهل السنة خلاف سياسي على الغالب . وسنرى تفصيل هذه المذاهب جميعاً في الفصول القادمة .

وقد جمع القرآن الكريم في هذا الدور زيد بن ثابت بامر ابي بكر الصديق . ثم جمع في عهد عثمان بن عفان عام ٦٥٠ م على قراءة واحدة وفي مصحف واحد . اما السنة فانها لم تجمع في هذا الدور بل بقيت تنقل برواية المحدثين من دون تدوين .

وقد انتهى هذا الدور الثاني من تاريخ التشريع الاسلامي في اوائل القرن الثاني للهجرة (الثامن للميلاد) .

العصر الذهبي العباسي

ابتدأ هذا الدور في اوائل القرن الثاني للهجرة (الثامن للميلاد) ، وانتهى في منتصف القرن الرابع (العاشر للميلاد) . وهو العصر الذهبي في الدولة العباسية .

ففي هذا العصر ازدهرت الدولة في جميع النواحي الاقتصادية والعلمية . فازدهر علم الفقه ، وتعددت المذاهب الفقهية ، فانقرض بعضها بزوال اتباعها ، وبقي البعض الآخر وذاع شيئاً فشيئاً . واشتهر من المذاهب السنية اربعة ، وهي الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي .

وكذلك جمع الحديث في هذا الدور ، ودونت المجموعات الشهيرة ، وكتبت تفاسير القرآن الكريم ، وصنفت الكتب العديدة في فروع الفقه واصوله . وهكذا درس الفقه على اساس علمي في علوم عديدة ، هي علم التفسير وعلم مصطلح الحديث وعلم الاصول وعلم الفروع ، على ما سنوضح في الفصول الآتية من هذا الباب ومن الباب القادم .

وعلى الجملة ، انقسم الفقهاء عند اهل السنة طائفتين كبيرتين . احدهما 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 وموطن 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 كافية للفصل في منازعاتهم . ولم يكن بالتالي من احتياج الى التوسع في الاجتهاد والاستدلال .

اما في العراق ، فكان الامر على العكس من هذا . فكان اهل اكثر تعمقاً في الحضارة ، بما في ذلك من مشاكل عديدة ووقائع متجددة . وكان الفقهاء لا يأخذون من الاحاديث الا قليلاً بسبب بعدهم عن ارض الحديث ، وما يتبع ذلك من تفشي الكذب في روايته . وكانوا يرجعون في كثير من المسائل الفقهية الى تحكيم العقل والرأي ، والى الاجتهاد بالقياس والاستحسان . [وقد توسعوا في ذلك وافرطوا في التوسع ، حتى تعرضوا لمسائل فرضية محضة . وسنرى قريباً امثلة من كل ذلك .]

عصر الاخطاط والتقليد

منذ اواخر الدولة العباسية توقف ازدهار علم الفقه . واكتفى الفقهاء بتدوين المذاهب وبمحصر اجتهادهم في المسائل الفرعية . وبعد سقوط بغداد في اواسط القرن السابع للهجرة (الثالث عشر للميلاد) اجمع الفقهاء السنيون على سد باب الاجتهاد ، خوفاً من الاضطهاد ، وعلى الاكتفاء بالمذاهب الاربعة المعروفة .

ثم تدهورت المدينة العربية شيئاً فشيئاً ، واصابها الجوع في جميع نواحيها . فاستتبع ذلك تفشي التقليد ، وتوقف الاجتهاد في الفقه . واكتفى الفقهاء باختصار الكتب الشرعية ، ثم بشرح هذه المختصرات ، وتدوين كتب الفتاوى ، لا سيما في المذهب الحنفي على ما سنوضح قريباً . ولكن على الرغم من ذلك ، فقد ترك المتأخرون بعض الكتب الفقهية القيمة وحفظوا كثيراً من تراث الأئمة الأولين .

عصر النهضة

في عصر التقليد الذي مر معنا ، كثر انتشار البدع والخرافات المبنية على الوهم والجهل . وجدد الناس في تفكيرهم حتى انهم تقيّدوا باجتهاد بعض الأولين تاركين روح الشريعة الاصلية .

لذلك كان من الفقهاء المسلمين من لم يقبل بهذا التقليد . فقاموا يعلنون لزوم الاجتهاد ، والرجوع الى مصادر التشريع الاصلية ، اي القرآن الكريم والسنة وحدهما . فلذا سمي مذهبهما بذهب السلف الصالح .

ومن هؤلاء المجددين تقي الدين بن تيمية وابن قيم الجوزية ، من فقهاء الحنابلة في القرن الثامن للهجرة (الرابع عشر للميلاد) . ثم سار على خطتهما في القرن الثاني عشر للهجرة (الثامن عشر للميلاد) محمد بن عبد الوهاب صاحب الحركة الوهابية في الجزيرة العربية . واخيراً قام في القرن التاسع

عشر جمال الدين الافغاني والشيخ محمد عبده وتلامذتهما ، ودعوا الى نبذ التقليد والى توحيد المذاهب ، والرجوع الى مصادر الشريعة الاصلية ، والابتعاد عن البدع والخرافات .
وكانت نتيجة ذلك دراسة الشرع الاسلامي على ضوء نصوصه الاصلية ، وعلى ضوء حاجات المدنية العصرية .

النزج الفقهي الاسلامي

بعد هذه النبذة المختصرة عن تطور التشريع الاسلامي ، لا بد لنا من كلمة في الاسلوب الذي اتبعه الفقهاء في دراساتهم الشرعية .
فأخلاف الظاهر من هذه الناحية كان بين طريقة اهل الرأي وطريقة اهل الحديث على ما اوضحنا آنفاً . ومثل يوضح نوع هذا الخلاف ، وهو يتعلق بتفسير الحديث الشريف : « لا تبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحه » .
فقال اهل الحديث ان الصلاح معناه ظهور النضج وبدو الحلاوة ، وانه من ثم لا يجوز بيع ما سيبرز من الثمار مع ما برز تبعاً له . اما عند اهل الرأي ، فهذا البيع جائز ، لان الصلاح عندهم معناه امن العاهة والفساد .
واذا اردنا سرد المذاهب السنية بالقياس الى درجة توسعها في الرأي ، وجب وضع المذهب الحنفي في المركز الاول ، ووضع المذهب الظاهري في الطرف الاخير ، ثم وجب ترتيب باقي المذاهب السنية المعروفة كما يلي :
الشافعي فالمالكي ثم الحنبلي . ولا بد من الاشارة الى ان هذا الترتيب ليس الا تقريباً اجمالياً . اذ يرغم ذلك ، ليس من النادر ان نرى هذا الترتيب معكوساً ، او مختلفاً في بعض المسائل . مثاله : سنرى في مسألة قبول الشاهد الواحد ان المذهب الحنبلي اكثر توسعاً من المذهب الحنفي ، وهكذا .

(١) راجع النظرية اعامة الموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية (ج ٢ ص ٧٤-٧٥) ،
والمادة ٢٠٧ من الحجة .

غير ان هذا التباين بين أئمة المذاهب المختلفة لم يدم على هذا النحو بين تلامذتهم . اذ ان كثيرين من تلامذة الامام الواحد قد رحلوا الى الامصار الاخرى ، واتصلوا بالأئمة الآخرين وبتلامذتهم . واخذ كل فريق عن الفريق الآخر الشيء الكثير . وكان بينهم جدال وحوار ومناظرات . فاسفر ذلك كله عن اتجاه جديد يرمي الى تقريب النظريات المتعارضة ، والى مزج طريقة اهل الحديث بطريقة اهل الرأي . فاستتبع هذا الاتجاه ظهور أئمة وتلامذة من الطريقتين معتدلين ومتوسطين ، كما نلص في مذهب الشافعي الجديد وفي فتاوى ابني يوسف والطحاوي وغيرهم . حتى اننا نرى في الكتب الحنفية احاديث عديدة لم يقبل بها اهل الحديث ، ونرى في مذاهب اهل الحديث توسعاً ظاهراً في الاجتهاد ، كدليل المصالح المرسله عند المالكيين ، وكالاتجاه العقلي الملموس عند مجدي المذهب الحنبلي ، امثال ابن تيمية وابن قيم الجوزية .

ومن الامور الظاهرة في تعدد المذاهب الاسلامية ان الطريقة التي اتبعها الفقهاء في اجتهادهم واستدلالهم هي الطريقة التحليلية فيما يتعلق بالنصوص ، والطريقة الاستقرائية فيما لا نص عليه . اي ان الفقهاء كانوا يأخذون النص كقاعدة ، ثم يفسرونه ويحللونه ويستخرجون منه النتائج والفروع . اما اذا لم يكن من نص في المسألة ، فانهم كانوا حذرين يقظين ، خائفين في البدء من وضع القواعد العامة ، لئلا يصطدموا بالنصوص المقدسة . فكانوا يدرسون القضية التي تعرض عليهم ، او التي كانوا يستعرضونها اثناء اجاباتهم ، ويجتهدون في استنباط الحل اللازم بالقياس او الاجماع او غير ذلك من الادلة الشرعية . فكان اجتهادهم مبنياً على الاستقراء والخبرة ، وعلى التأني والحذر . وهذا هو السبب في ان الفقهاء المسلمين بوجه عام درسوا نظرية الجرم ونظرية العقد في ابواب الجرائم والعقود المختلفة . ولكن هذا لم يمنع المتأخرين منهم عن استخلاص القواعد الحقوقية الاساسية ودرسها درساً علمياً مستفيضاً .

وعلى الاجمال ، لم يكن الخلاف بين المذاهب المختلفة خلافاً على المبادئ والتعاليم الاساسية . بل كان بوجه عام واقعاً على الفروع بمناسبة تطبيق المبادئ على القضايا العملية . فاذن ، بوجه عام يعتبر اختلاف المذاهب شبيهاً باختلاف المحاكم اليوم في تفسير بعض النصوص او القواعد عند تطبيقها على الدعاوى المعروضة عليهم .

ونحن نورد مثلاً على ذلك لنرى نوع الخلاف في هذا الأمر . فقد اتفق الفقهاء على ان غاصب الشيء يلزمه ان يرده عيناً ، وعلى انه اذا استهلك الغاصب الشيء او تلف او ضاع ، كان عليه اعطاء مثله ان امكن ، والا فاعطاء قيمته . ولكن ، لما كانت القيم والاسعار تتقلب مع الزمان والامكنة ، وجب تحديد الوقت والمكان اللذين ينظر اليهما عند تعيين قيمة المغصوب . فقال الحنفيون انه ينظر في ذلك الى زمان حصول الغصب ومكانه . واعتمد الحنبليون وقت حصول التلف ومكانه . اما في المذهب الشافعي ، فيضمن الغاصب المغصوب باقصى قيمته من وقت الغصب الى التلف . هذا مثل عن اختلاف المذاهب . فالجميع متفقون على ان الغاصب يلزمه دفع القيمة عند تعذر اداء المثل ، ولكنهم اختلفوا في التفاصيل المتعلقة بطريقة تقدير هذه القيمة ليس الا .

وهكذا نحن نرى ان اختلاف المذاهب ، بوجه عام ، كان اختلافاً في تطبيق القاعدة على القضايا العملية ، شبيهاً باختلاف المحاكم اليوم في اجتهادها القضائي . قلت بوجه عام ، لان الاختلاف وقع على المبادئ ايضاً في بعض المستثنيات القليلة .

فاذا اعتمدنا هذه الحقيقة في مسألة الخلاف بين المذاهب السنية من جهة ، وتأكدنا بان الخلاف بين اهل السنة واهل الشيعة كان في اساسه سياسياً من جهة ثانية ، كان من اللازم ان نستنتج ان توحيد المذاهب الاسلامية ، الذي قال به مذهب السلفية وغيرهم كما سنرى في غير هذا المعرض ، امر موافق لروح الشريعة الاسلامية . فالاسلام توحيد واتحاد ، واخوة وتسامح . وهو لا يتعرف الى التفرقة بين الناس ولا الى الاحزاب الدينية ، التي

نهى عنها القرآن الكريم في الآية : « ان الذين فرقوا دينهم وكانوا شيعاً^١ لست منهم في شيء »^٢ .

والآن بعد هذه الكلمة العامة ، نستعرض المذاهب السنية الاربعة . ثم نذكر بعد ذلك لمحة عن المذاهب السنية البائدة ، وعن مذاهب اهل الشيعة . واخيراً ، نبحث عن الحركات التشريعية في العهد العثماني ثم في العهد الحالي .

- (١) لا يقصد بالشيعة اهل الشيعة بل الاحزاب الذين فرقوا دينهم .

- (٢) سورة الانعام (٦) ١٥٩ .

الفصل الثاني

المذهب الحنفي

الامام الاعظم

الكوفة في العراق ، كانت محطاً لكثيرين من الفقهاء المسلمين . ففي أيام 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 وابراهيم 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 خزانة^١ يتعاطى المعاملات العملية . فاكسبه علم الكلام واحتراف التجارة مقدرة واسعة على تحكيم الرأي والمنطق وعلى تطبيق الاحكام الشرعية على القضايا العملية ، وعلى التوسع فيها بطريق القياس والاستحسان . فلذا سمي مذهبه بمذهب أهل الرأي .

وقد روي عنه انه قال : « علمنا هذا رأي ، وهو احسن ما قدرنا عليه . فمن قدر على غير ذلك ، فله ما رأى ولنا ما رأينا »^٢ . وانه قال : « ادا لم يكن في كتاب الله ولا في سنة رسول الله ، نظرت

— (١) بائع الخز ، وهو نسيج من صوف وابرسم (قاموس لسان العرب عن ابن الاثر) .

١ (٢) المنل والنجل للشهرستاني (بهامش ابن حزم) ، ج ٢ ص ٣٩ .

في اقاويل اصحابه ، ولا اخرج عن قولهم الى قول غيرهم . فاذا انتهى الامر الى ابراهيم والشعبي وابن سيرين والحسن وعطاء وسعيد بن جبير ، فقوم اجتهدوا ، فاجتهد كما اجتهدوا « ١ .

والامام ابو حنيفة لقّب بالامام الاعظم لعلمه الوافر . ففيه قال الامام الشافعي : « من اراد الفقه ، فهو عيال على ابي حنيفة » . وقال ابو يوسف : « كنا مختلف في المسألة ، فنأتى ابا حنيفة ، فكأنما يخرجها من كفه فيدفعها الينا » ٢ .

وفي آخر الخلافة الاموية عرض ابن هبيرة والي العراق منصب القضاء على ابي حنيفة ، فرفضه فضرب . وكذلك في العهد العباسي استحضره ابو جعفر الى بغداد وعرض عليه ان يوليه القضاء فرفض ايضاً ، فحبس فيها حتى وفاته عام ١٥٠ هـ (٧٦٧ م) ٣ . وقيل ان ذلك سببه ما شاع عنه من عدم رضاه عن سياسة القائم بالدولة حينذاك . وقيل السبب اعتقاده بما اعتقد به بعضهم 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 إلى خمسة عشر مسنداً ٤ ، جمعها قاضي القضاة ابو المؤيد محمد بن محمود الخوارزمي (المتوفى سنة ٦٥٥ هـ) في مجلد واحد اسماه « جامع المسانيد » . لذا لا يمكننا ان نقبل بصحة ما ذكره ابن خلدون عما قيل عن ابي حنيفة ان روايته

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

٦ (٢) الانتقاء ، ص ١٣٦ و ١٣٨ .

٧ (٣) تاريخ القضاء في الاسلام ، للسيد محمود عرنوس (القاهرة ، ١٩٣٤ ، ص ٧٢ وما بعدها) ، وتاريخ بغداد لاحد بن علي الخطيب (ج ١٣ ص ٣٢٦ وما بعدها) .

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

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

للحديث بلغت فقط الى سبعة عشر حديثاً او نحوها ^١ .

اصحاب ابي حنيفة وكتب ظاهر الرواية

ان اقوال ابي حنيفة في الفقه نقلت الينا على يد ما كتبه تلاميذه ^٢ .
 واشهر هؤلاء اربعة : ابو يوسف ، وزفر بن الهزلي بن قيس ، ومحمد بن
 الحسن بن فرقد الشيباني ، والحسن بن زياد اللؤلؤي . وبواسطتهم اشتهر
 المذهب الحنفي ، وخاصة بواسطة ابي يوسف ومحمد المعروفين بالامامين
 والصاحين ^٣ . فكان الامام الاعظم واصحابه خير منفذين لوصية شيخ
 شوخهم عبدالله بن مسعود : « كونوا يناييع العلم مصابيح الليل » ^٤ .
 وابو يوسف يعقوب بن ابراهيم الانصاري (١١٣ - ١٨٢ هـ) تولى القضاء
 في بغداد ، ثم في خلافة هارون الرشيد صار اليه منصب قاضي
 القضاة وامر تولية القضاة في باقي انحاء المملكة العباسية . فتوصل بذلك الى
 نشر مذهب الامام 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 ^٥ . وقد وصل الينا كتابه في الحراج ، وهو رسالة قيمة

٩ (١) المقدمة ، ص ٣٨٨ .

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

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

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

١٣ (٥) 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) .

كتبها الى الرشيد ، تبحث في الضرائب وامور الدولة المالية ، بصورة تدل على خبرة واسعة وتحقيق دقيق ١ .

اما تدوين المذهب الحنفي ، فكان الفضل فيه الى الامام محمد 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 ٢ ، والجامع الصغير ٣ ، وكتاب السير الكبير ، وكتاب السير الصغير ، والزيادات . وقد جمعت الستة في كتاب الكافي ٤ لابن الفضل المروزي المعروف بالحاكم الشهيد (المتوفى سنة ٣٤٤ هـ) . ثم شرح الكافي في كتاب المبسوط بثلاثين جزءاً لشمس الائمة محمد بن احمد السرخسي ، المتوفى في اواخر القرن الخامس للهجرة . وعن كتب ظاهر الرواية اخذت « جمعية مجلة الاحكام العدلية » اكثر المسائل التي دونتها .

Mejelle

اما كتب النوادر التي رويت عن الامام محمد فهي : كتاب امالي محمد في الفقه او الكيسانيات الذي جاء برواية شعيب الكيساني ، وكتاب الرقيات وهو يحوي المسائل التي عرضت عليه حينما ولاء الرشيد قضاء الرقة ، والهارونيات ، والجرجانيات ، وكتاب المخارج في الحيل ، وزيادة الزيادات ،

(١) طببع في بولاق ، سنة ١٣٠٢ هـ .

(٢) طببعته حديثاً لجنة احياء المعارف النعمانية ، بحيدرآباد الهند .

(٣) طببع على هامش كتاب الخراج ، طبعة بولاق .

(٤) كتاب الكافي مخطوط في مكتبة مصر .

وكتاب نوادر محمد برواية ابن رستم .
وتعتبر من مسائل النوادر ايضاً الكتب الاخرى التي رويت عن
اصحاب المذهب ، ككتاب المجرد لابي حنيفة برواية تلميذه الامام الحسن
ابن زياد اللؤلؤي . ولمحمد بن الحسن ايضاً كتاب الرد على اهل المدينة ^١ ،
وكتاب الآثار ^٢ .

مؤلفات التلامذة والمتأفريه

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

وقد كان لاصحاب ابي حنيفة تلاميذ ، اشتهر منهم : هلال الرأي
(المتوفى سنة ٢٤٥ هـ) ، واحمد بن مهير الشهير بالخصاف (المتوفى سنة
٢٦١ هـ) صاحب كتاب الحيل وكتاب الوقف وغيرهما ، وابو جعفر
الطحاوي (المتوفى سنة ٣٢١ هـ) صاحب كتاب الجامع الكبير في
الشروط ^٤ وغيره .

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

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

١٨ (٢) طبعته ايضاً لجنة احياء المعارف النعمانية بحيدرآباد .

١٩ (٣) مخطوط في المكتبة المصرية ، رقم ٥٦٥ .

٢٠ (٤) نشر منه المستشرق يوسف شخت في هايدلبرغ كتاب اذكار الحقوق والرهون سنة
١٩٢٧ ، وكتاب الشفعة سنة ١٩٣٠ .

سنة ٤٨٢ هـ) مؤلف كتاب الاصول ، وابو بكر الكاساني (المتوفى سنة ٥٨٧ هـ) مؤلف بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، وبُرْهان 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 والخواشي . ومن هذه : الغاية للسروجي ، والكفاية للكرلافي ، والوقاية لتاج الشريعة ، والنقاية مختصر الوقاية لصدر الشريعة ، والنهاية للسغناقي ، وخلاصة النهاية حاشية الهداية للقونوي ، ومعراج الدراية لقوام الدين الكاكي ، والعناية للبارقي ، والبنابة للعيني ، وفتح القدير لكمال الدين بن المهام .

ثم عقب ذلك عصر التقليد . فجاءت طبقة من الفقهاء توقفوا عن الاجتهاد واقتصروا على التقليد . فالقوا المتون المختصرة ، ثم شرحت المتون ، وشرحت الشروح ، وتعددت الخواشي والتكملات ، وجمعت الفتاوى . فكثرت التأليف 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 الحبوبي ، والمختارُ وشرحه الاختيار لعبدالله المَوْصلي (المتوفى سنة ٦٨٣ هـ) ، وجمع البحرين لابن الساعاتي (المتوفى سنة ٦٩٤ هـ) ، والكنز او كنز الدقائق لحافظ الدين الدَّسْفِي (المتوفى سنة ٧١٠ هـ) .

وقد فاق كنز الدقائق باقي المتون شهرة ، وكثرت شروحه وخواشيه . واهمها : تبين الحقائق للزيلعي ، ورمزُ الحقائق للعيني ، والبحر الرائق لزين العابدين بن نجيم ، وتكملته للطوري ، والنهر الفائق لعمر بن نجيم ،

ومنحة الخالق لمحمد امين بن عابدين ، وكشف الحقائق للأفغاني ، 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 لابراهيم بن علي الطرسوسي (المتوفى سنة
٧٥٨ هـ) ، والفتاوى التتارخانية لابن علاء الدين (المتوفى حوالي سنة
٨٠٠ هـ) ، والفتاوى البزازية لحافظ الدين محمد المشهور بابن البزاز
(المتوفى سنة ٨٢٧ هـ) ، والفتاوى الخيرية لحير الدين المنيف الفاروقي
الرملي (المتوفى سنة 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 او ٨٢٣ هـ) ،
ودرر الاحكام شرح غرر الاحكام لملا خسرو (المتوفى سنة ٨٨٥ هـ) ،
وحاشيته غنية ذوي الاحكام للشرنبلالي (المتوفى سنة ١٠٦٩ هـ) ،
وملتقى الابحر للحلي (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

(١) كان شبيخ الاسلام في ايام السلطان محمد الرابع العثماني . عن قاموس الاعلام ،
ج ١ ص ٤٣٩ .

(٢) سيأتي الكلام عليها فيما بعد .

(٣) مفتي دمشق من سنة ١١٣٧ - ١١٥٥ هـ .

(٤) جمعت سنة ١٣٠٤ هـ .

للتُّمْرُوثِي ، وشرحه الدر المختار للحصكفي ايضاً ، ورد المختار على الدر المختار لمحمد امين بن عابدين ، وتكملته قرة عيون الاخيار لابنه محمد علاء الدين .

انتشار المذهب الحنفي

هذه خلاصة عن رجال المذهب الحنفي وتأليفهم . اما انتشار هذا المذهب في الاقطار الاسلامية ، فكان اكبر حظاً من جميع المذاهب الاخرى . فقد كان المذهب الغالب في العراق ايام العباسيين لا يثارهم اياه في القضاء . وكان مذهب الدولة العثمانية الرسمي ، وعنه اخذت ودونت 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 البلاد التي خضعت لحكمها ، كالشام والبانبا ، وعلى مسلمي البلقان والقوقاز . وكذلك هو المذهب الغالب في افغانستان وباكستان وتركستان وعند مسلمي الهند والصين . وله اتباع في كثير من البلدان الاخرى . ويؤلف اتباعه اكثر من ثلث المسلمين في العالم ^١ .

21 (١) كتاب لويس ماسينون ، موقف الاسلام (بالفرنسية) ، باريس ١٩٣٩ ، ص ٢٧ .

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 عبدالله وزيد بن ثابت وعبدالله بن عباس وعائشة زوج النبي (ص) . ثم مثل هذه المدرسة بعدهم فقهاء ، اشهرهم سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير والقاسم بن محمد وابو بكر ابن عبد الرحمن وسليمان بن يسار وخارجة بن زيد وعبيدالله بن عبدالله . وان المدينة المنورة ، دار الهجرة النبوية ، بقيت بعد هذه الطبقة من الفقهاء مركز مدرسة اهل الحديث . فانبتت امامها مالك بن انس الاصمعي العربي ، الذي ولد فيها سنة ٩٥ هـ (٧١٣ م)^١ . واقام فيها ، ولم يرحل عنها إلا حاجاً الى مكة . ثم مات فيها ايضاً سنة ١٧٩ هـ (٧٩٥ م) . وبكلمة موجزة كان مالك عالم المدينة وامامها وفقهها ومحدثها ، حتى قيل « أفتى ومالك في المدينة ؟ » . وهو استاذ الشافعي ، الذي قال عنه : « مالك حجة الله تعالى على خلقه بعد التابعين . ومالك معلمي وعنه اخذنا العلم . واذا جاءك الحديث عن مالك فشد به يدك . واذا جاء الاثر فمالك النجم »^٢ .

١ (١) قبل ايضاً ٩٣ أو ٩٧ هـ .
٢ (٢) راجع ترجمته المنقولة عن كتاب كوثر المعاني للشنقيطي في تنوير الخواصك شرح موطا مالك للسيوطي (مصر ، ١٣٤٨ هـ ، ج ١ ص ١ - ١٠) ، وكتاب الانتقاء لابن عبد البر (ص ٩ وما بعدها) ، وكتاب الديباج المذهب في معرفة اعيان علماء المذهب لابن فرحون (مصر ، ١٣٥١ هـ) ، وبهامشه نيل الابتهاج للنبكي .

وكان مالك عالماً جريئاً ، راسخ العقيدة ، متين الايمان ، لا يهاب في ابداء رأيه سطوة ولا سلطاناً ، ولا يخشى في مذهبه وعداً ولا وعيداً . بل كان جلدأً في تحمل الأذى ، صبوراً على الاضطهاد ، في سبيل عقيدته وایمانه . وهذا ما دعى والي المدينة جعفر بن سليمان الى ضربه بالسياط من اجل ما نسب اليه بشأن قوله ان البيعة لا تحمل بالاكراه^١ .

وقد اخذ 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 مواضع الفقه . والموطأ قال عنه الشافعي : « ما على الارض كتاب بعد كتاب الله اصح من كتاب مالك »^٣ .

وقيل ان للموطأ روايات عديدة ، ولكنه لم يصلنا منها الا اثنتان : احدهما رواية الامام محمد بن الحسن صاحب ابی 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 بنحو الواحد ، اي وان كان راويه واحداً . وكانت 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 .

٢٤ (١) الفهرست لابن النديم (المطبعة الرحمانية ، مصر ، ١٣٤٨ هـ ، ص ٢٨٠) ، والامامة والسياسة لابن قتيبة (مطبعة مصطفى محمد ، مصر ، ج ٢ ص ١٥٦) .
٢٥ (٣) تنوير الحوالك ، ص ٦ .

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 ، وأسد بن الفرات التونسي (المتوفى سنة ٢١٣) ، وعبد السلام التنوخي المعروف بسحنون من القيروان (المتوفى سنة ٥٢٤) .

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 ، والحارثي (المتوفى سنة ١١٠١ هـ) ، والعدوي (المتوفى سنة ١١٨٩) ، وغيرهم .

واساس العلم عند اتباع مالك اليوم كتاب المدونة . وقد جمعها اسد ابن الفرات في الاسدية ، ثم اخذها سحنون ورتبها ونشرها باسم المدونة 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 يومئذ دار العلم ... ولم يكن العراق في طريقهم ، فاقترضوا 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 ... » ١ .

ولا يزال هذا 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 . [ويبلغ
عدد اتباعه في العالم قرابة خمسة واربعين مليوناً ٢ .]

٢٦ (١) مقدمة ابن خلدون ، ص ٣٩٢ .

٢٧ (٢) ماسينون ، في الموضع المذكور . 45 millions

الفصل الرابع المذهب الشافعي

الامام الشافعي

الامام محمد بن ادريس الشافعي قُرَشِي 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 واختباراتهِ اثرت عليه ، فانتحى لنفسه مذهباً خاصاً ، هو مذهب العراقي او القديم . ثم بعد ان اقام في مصر رجع عن بعض اقواله السابقة ، واملى على تلاميذه مذهبهُ 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 . وقد تمكن بذلك جميعه من مزج طريقة الرأي بطريقة الحديث ، فجاء مذهبهُ وسطاً بين الحنفي والمالكي . فهو يقبل بأدلة الاحكام الاربعة ، الكتاب والسنة والاجماع والقياس ، ويقول بالاستدلال . ولكنه يرفض العمل بما ستماه الحنفيون الاستحسان ، وبما سماه المالكيون المصالح المرسلة .

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

مؤلفاته

كان الامام الشافعي اول من رتب ادلة الاحكام ، وكتب عن اصول الفقه بصورة علمية في رسالته الشهيرة ^١ . وهذه تبحث في نصوص الكتاب والسنة ، والناسخ والمنسوخ ، وجل 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 ، قل من كتب مثلها في حينه .

وقد قال بعضهم ، كابي طالب المكي ^٢ في كتاب قوت القلوب والغزالي في احياء علوم الدين ^٣ ، ان الام صنفه احد تلامذة الشافعي ابو يعقوب البويطي ، ثم زاد عليه الربيع بن سليمان وتصرف فيه واطهره . وقد دافع عن هذا الرأي مؤخراً الدكتور زكي مبارك في رسالة خاصة ^٤ ، واثار بذلك اعتراضاً قوياً من بعضهم كالشيخ حسين والي ، الذي رد عليه في مجلة نور الاسلام وجريدة البلاغ ، مؤيداً نسبة الام الى الشافعي .

وعلى كل حال ، فنحن نرى ، مع الدكتور علي حسن عبد القادر ^٥ ، 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

(١) طعت 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 .

(٥) في كتابه نظرة عامة في تاريخ الفقه الاسلامي ، القاهرة ، ١٩٤٢ ، ج ١ ص ٢٦١ .

خلاف علي وابن مسعود ، وكتاب خلاف الشافعي ومالك . وتعرض
لامور في اصول الفقه ، كالرد على من لا يقبل بالاحاديث كلها ، وحكاية
من رد خبر الحاصة ، وابطال الاستحسان . وكذلك روي في هذا
الجزء ، كما اسلفنا ، كتاب الرد على اهل المدينة لمحمد بن حسن الشيباني ،
وكتاب اختلاف ابي حنيفة وابن ابي ليلى ، وكتاب سير الاوزاعي
لأبي يوسف ^١ .

وللشافعي ايضاً كتاب اختلاف الحديث برواية تلميذه الربيع ، ومسند
الامام الشافعي . وهذا يحوي الاحاديث الواردة في كتاب الام ^٢ .

تلميذه واتباعه

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

وممن اشتهر من تلاميذ الشافعي المصريين ^٣ : ابو يعقوب البويطي
(المتوفى سنة ٢٣١ هـ) ، واسماعيل المزني (المتوفى سنة ٢٦٤ هـ) مؤلف
كتاب المختصر المعروف ^٤ ، والربيع بن سليمان المرادي (المتوفى سنة
٢٧٠ هـ) راوية كتب الشافعي ، والربيع بن سليمان الجيزي (المتوفى
سنة ٢٥٦ هـ) .

وقد نشر المذهب الشافعي بعد هؤلاء طبقة من الفقهاء ، اشتهرهم : ابو
اسحق الفيروزبادي (المتوفى سنة ٤٧٦ هـ) مصنف كتاب المذهب المشهور ،
وحجة الاسلام ابو حامد الغزالي (المتوفى سنة ٥٠٥ هـ) صاحب التأليف

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

(٢) الكتابان طبعا بهامش كتاب الام .

(٣) انظر طبقات الشافعية لابن بكر بن هداية الله الحسيني ، وطبقات الفقهاء للشيرازي
(بغداد ، ١٣٥٦ هـ) ، وطبقات الشافعية الكبرى لتاج الدين السبكي (مصر ، ١٣٢٤ هـ ، ستة

اجزاء) ، ووفيات الاعيان لابن خلكان ، والفهرست لابن النديم ، وغيرها .

(٤) مطبوع بهامش كتاب الام .

المشهوره في الاصول والفقه والفلسفه 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 ، ومحيي الدين النووي (المتوفى سنة ٦٧٦ هـ) مصنف الكتاب الكبير المجموع شرح المذهب وشرح صحيح مسلم وكتاب منهاج الطالبين وغيرها ، والقاضي ابن دقيق العيد (المتوفى سنة ٧٠٢ هـ) ، وتقي الدين علي السبكي (بضم السين وسكون الباء ، المتوفى سنة ٧٥٦ هـ) مؤلف تكملة المجموع للنووي وشرح منهاج البيضاوي وفتاوى السبكي ، ولده تاج الدين عبد الوهاب السبكي (المتوفى سنة ٧٧١ هـ) مصنف جمع الجوامع وتتمه شرح منهاج البيضاوي وطبقات الشافعية الكبرى وغيرها ، وجمال 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 . وناثري 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 والمملكة الهاشمية الاردنية . وكذلك له كثير من الاتباع في سوريا ولبنان ، وخاصة في مدينة بيروت ، وفي العراق والحجاز وباكستان والهند والصينيه واندونيسيا ، وبين اهالي فارس واليمن السنين . ويبلغ عدد اتباع الشافعي في العالم اليوم قرابة المائة مليون مسلم ٢ .

(١) ترجمته تأتي فيما بعد .

(٢) ماسينون ، في الموضع المذكور .

الفصل الخامس

المذهب الحنبلي

الامام واهله

ان الامام ابا عبد الله احمد بن حنبل^١ هو مؤسس المذهب السني 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 المحدثين اكثر منه في فئة المجتهدين . ومن هؤلاء ابن النديم ، الذي وضع ابن حنبل مع البخاري ومسلم وباقي المحدثين في باب فقهاء الحديث^٢ . ومنهم ايضاً ابن عبد البر الذي لم يذكر ترجمة هذا الامام في كتابه « الانتقاء في فضائل الائمة الفقهاء » . وكذلك الطبري في كتابه « اختلاف الفقهاء » ، وابن قتيبة في « كتاب المعارف »^٣ ، لم يذكر شيئاً عن ابن حنبل ولا عن مذهبه .

ولا ريب في ان هذا القول مردود ، اذ ان المذهب الحنبلي يعدّ من المذاهب الفقهية السنية الاصلية ، التي لها اسلوبها المستقل ومبادئها الخاصة في

-
- (١) انظر كتاب مناقب الامام احمد بن حنبل لابن الجوزي (مطبعة السعادة ، مصر ، ١٣٤٩ هـ) ، ومختصر طبقات الحنابلة للشاطبي (دمشق ، ١٣٣٩ هـ) .
(٢) الفهرست ، ص ٣١٤ و ٣٢٠ .
(٣) المطبعة الاسلامية ، مصر ، ١٩٣٤ ، ص ٢١٦ وما بعدها .

علمي الاصول والفروع . وقد كان ابن حنبل من اكبر تلامذة الشافعي . ثم انتحى لنفسه مذهباً مستقلاً ، مبنياً على خمسة اصول : نصوص الكتاب والسنة ، فتيا الصحابة عند عدم وجود مخالف لها ، قول بعض الصحابة اذا وافق الكتاب والسنة ، الحديث المرسل والضعيف ، واخيراً القياس عند الضرورة^١ . وكان ابن حنبل صلباً في دينه ، متيناً في عقيدته . فلا غرو من ان يرفض القول بخلق القرآن عند ما دعي الى ذلك في ايام الخليفة الواثق^٢ . فلهذا اضطهد وضرب وسجن .

ولم يكن هذا شأنه وحده . فالتاريخ حافل بحوادث الاضطهاد الفكري لرجال الشريعة . فالبيوطي ، من اصحاب الشافعي ، حبس كابن حنبل والسبب ذاته ، ومات في سجن بغداد . ولقد رأينا ايضاً كيف حبس ابو حنيفة ، وضرب مالك ، لأسباب سياسية معروفة . ثم روي ان السرخسي ابتدأ باملاء كتابه « المبسوط » وهو في السجن . وكذلك حبس ابن قيم الجوزية وشيخه تقي الدين بن تيمية في قلعة دمشق ، ومات هذا الاخير فيها .

وقديماً عند الرومان امر الامبراطور كراسلا باعدام بابينيانوس ، السوري الاصل ، امير الفقهاء الرومانيين على الاطلاق ، لانه رفض الاقتاء بجواز قتل جيتا شقيق الامبراطور^٣ . ففي هذه الامثلة وما اليها دليل على ان النزاهة الحقيقية والايمان الصحيح لا يلينان للقوة والاستبداد ، ولا يشفقان من التضحية بها غلا بد لها .

ومن اتباع احمد بن حنبل الذين اشتهروا برواية مذهبه : ابو بكر بن هانيء المعروف بالاثرم مؤلف كتاب السنن في الفقه ، وابو القاسم الحرقى (المتوفى سنة ٣٣٤ هـ) صاحب المختصر ، وعبد العزيز بن جعفر (المتوفى سنة ٣٦٣ هـ) ، وموفق الدين بن قدامة (المتوفى سنة ٦٢٠ هـ) مصنف

(١) اعلام الموقعين عن رب العالمين ، لابن قيم الجوزية ، ص ٢٣ - ٢٦ .

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

(٣) جبرار ، القانون الروماني ، باريس ، ١٩٢٤ ، ص ٦٧ .

كتاب المغني الذي هو من اجل الكتب الفقهية الاسلامية^١ ومؤلف كتاب العبد في الفقه الحنبلي^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 السنة وكتاب السياسة الشرعية^٤ ورسالة معارج الاصول وغيرها ، وابو عبد الله بن بكر الزرعي الدمشقي المعروف بابن قيم الجوزية (المتوفى سنة ٧٥١ هـ) مؤلف اعلام الموقعين عن رب العالمين والطرق الحكمية في السياسة الشرعية وزاد المعاد في هدي خير العباد وغيرها .

انتشار المذهب والحركة الوهابية

كان المذهب الحنبلي اقل المذاهب السنية انتشاراً . فقد انتشر اولاً 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 القيم وغيرهما . ثم زاد في تجديده ونشره في القرن الثاني عشر للهجرة (الثامن عشر للميلاد) الامام محمد بن عبد الوهاب ، بمركته الاصلاحية الوهابية في نجد . وشاع المذهب الحنبلي الجديد على اثر انتصار الوهابيين ، وخاصة في ايام جلالة الامام الملك عبد العزيز آل سعود .

(١) قبل طبع المغني ، قال فيه صاحب مجلة المنار (في المجلد السادس والعشرين ، لسنة ١٣٤٤ هـ ، ص ٢٧٨) : « اذا يسر 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 جزءاً . وهو من مطبوعات جلالة الامام عبد العزيز آل سعود ، ملك المملكة العربية السعودية .

(٢) طبع ايضاً في القاهرة . وقد نقله الى الفرنسية السيد هنري لاوست من المجمع الفرنسي بدمشق ، وطبع في بيروت ، بالمطبعة الكاثوليكية ، سنة ١٩٥٠ .

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

(٤) نقله ايضاً السيد لاوست الى الفرنسية ، وطبع في بيروت سنة ١٩٤٨ .

وهو اليوم مذهب الدولة في المملكة العربية السعودية . وله ايضاً اتباع في باقي جزيرة العرب ، وفي فلسطين والشام والعراق وغيرها . ويبلغ عددهم ثلاثة ملايين ويزيد ^١ .

والشيخ محمد بن عبد الوهاب ولد في بلدة العُيَيْنَة (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 مجددى 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 ... وأطفأ فيها جذوة النشاط » ، وتحارب الداعين الى هذا التقليد المستمسك بحجة « إنا وجدنا آباءنا كذلك يفعلون » ، وتنبذ ما كان من جراء ذلك من التعلق بالشروح والمتون والآراء والاهواء ، وما كان من البدع الدينية ، كتحديد القباب وعبادة القبور وبضاعة الطبالين والزمارين والرقاصين ، الذين اتخذوا آيات الله هزواً ، وما الى ذلك كله مما يتنافى مع روح الاسلام الحقيقية ويشبه الوثنية الجاهلية ^٢ .

(١) ماسينون ، في الموضوع المذكور .

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

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 : عبدالله بن شبرمة (المتوفى سنة ١٤٤ هـ) ، ومحمد بن عبد الرحمن بن ابي ليلى قاضي الكوفة (المتوفى سنة ١٤٨ هـ) ، وسفيان الثوري (المتوفى سنة ١٦١ هـ) ، والليث ابن سعد (المتوفى سنة ١٧٥ هـ) ، وشريك النخعي (المتوفى سنة ١٧٧ هـ) ، وسفيان بن عيينة (المتوفى سنة ١٩٨ هـ) ، واسحق بن راهوييه (المتوفى سنة ٢٣٨ هـ) ، وابراهيم 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 . وقد

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

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 أهل الحديث ^١ ، الذين ينفرون عن الرأي والقياس . وهو احد المذاهب المفقودة ، إذ اننا لا نعرف عنه اليوم إلا ما نجده عرضاً في الكتب الفقهية المصنفة في باقي المذاهب ^٢ . وقد سمعت بوجود مخطوط في فقه الاوزاعي ، في مكتبة كلية القرويين بفاس ، عاصمة المغرب الاقصى . فاذا صح ذلك ، فعسى ان يهتم 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 في الكوفة سنة ٢٠٠ أو ٢٠٢ هـ . ونشأ في بغداد ، ثم توفي فيها سنة ٢٧٠ هـ . وكان اولاً من منتحلي مذهب الشافعي ، ثم استقل بمذهب خاص ^٣ . وقد عرف مذهبه بالمذهب الظاهري ، لأنه يأخذ بظاهر الكتاب والسنة . وهو لا يقبل بالاجماع إلا 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

(١) عده ابن قتيبة مع اهل الرأي خطأ . انظر المعارف ، ص ٢١٧ .

(٢) 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 براين بقلم زين الدين الخطيب) .

(٣) ابن خلكان ، ج ١ ص ١٧٥ .

تنازعت في شيء فردوه الى الله والرسول «^١ هي « جامعة لكل ما تكلم الناس فيه اولهم عن آخرهم »^٢ .

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 ابتداء بالاضمحلال ، الى ان انقرض تماماً في القرن الثامن للهجرة .

وممن انتحلوا هذا المذهب ابو محمد علي بن حزم الاندلسي (المتوفى سنة ٤٥٦ هـ) ، المعروف بابن حزم . ولهذا مؤلفات اشتهرها : كتاب الاحكام لاصول الاحكام في ثمانية اجزاء ، ومختصره النبذ في الفقه الظاهري ، وكتاب المحلى في فروع الفقه في احدى عشر جزءاً ، وكتاب الفصل في الملل والاهواء والنحل وغيرها .

وابن حزم مؤلف ، عالم ، قويّ الحجّة . لكنه عنيف العبارة نحو مخالفيه . فانه لم يتورّع من رميهم بالكلام القارص ، كوصفه اقوال ابي حنيفة 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^٣ .

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

(١) سورة النساء (٤) ٥٩ .

(٢) الاحكام لاصول الاحكام لابن حزم ، ج ١ ص ٩ ، وج ٥ ص ١٦٠ ، وج ٧ ص ٥٥ - ٥٦ .

(٣) المحلى لابن حزم ، ج ١٠ رقم ١٩٣٠ .

كثيرة . فهو مؤلف تاريخ الطبري الشهور ، 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 ^١ . وكانت له تأليف في الفقه ايضاً ، اهمها : كتاب اللطيف ، وكتاب الحثيف ، وكتاب البسيط ، وكتاب الآثار ، وكتاب اختلاف الفقهاء . وهذا الاخير يحوي بحثاً مقارناً في المذاهب الفقهية الاسلامية ^٢ .

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

[ومن الطرائف التي تهم انصار المرأة في هذه الايام ، ان هذا المذهب والمذهب الظاهري الذي ذكرناه آنفاً جَوَّز للمرأة ان تكون قاضياً على الاطلاق في كل شيء ، خلافاً لابي حنيفة الذي لم يجوِّز لها ذلك الا في قضايا الاموال ، وخلافاً لباقي الفقهاء الذين ابوا عليها هذا الحق مطلقاً ^٣ .

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

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

(٣) بداية المجتهد (ج ٢ ص ٣٨١) ، والهلبي (ج ٩ رقم ١٨٠٠) .

الفصل السابع المذاهب الشيعية

اهل الشيعة

ان المذاهب التي اسلفنا تسمى السنة ، 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 عفان (رضي الله عنهم) .

وقد خالفهم في ذلك قوم قالوا ان علي بن ابي طالب (كرم 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 الاولاد ، ولان النبي (ص) على قولهم اوصى بالخلافة له من بعده . لذلك تشيعوا له واطلق عليهم اسم الشيعة ، أي شيعة الامام علي . وهم يبلغون اليوم عشر المسلمين في العالم تقريباً ١ .

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

(١) ماسنبون ، في الموضع المذكور .

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 ابن الحسين .

ولكنهم اختلفوا بعدئذ ، فقال الزيدية بامامة زيد بن علي ، وقال الباكون بامامة ابي جعفر محمد الباقر ومن بعده جعفر الصادق . ثم اختلف هؤلاء بعد ذلك الى فرقتين ايضاً : احدهما 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

سميت هذه الشيعة بالاثني عشرية ، لانها قالت بامامة الائمة الاثني عشر الذين ذكرنا . وسميت ايضاً بالشيعة الامامية ، لما علقته من الاهتمام بالامام ، وبعصمة الائمة كما سنرى ، وبالمهدي المنتظر ٢ .
وادلة التشريع في مذهب هذه الشيعة هي الكتاب والسنة والاجماع . فالكتاب ، اختلف علماءهم في وقوع التحريف فيه ، ولكن القول المختار هو على عدم وقوعه ٣ . وفي السنة لا يقبل اهل الشيعة الا الاحاديث التي

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

(٢) انظر الملل والنحل للشهرستاني (بهامش الفصل في الملل والاهواء والنحل لابن حزم ، مصر ، ١٣٤٧ هـ ، ج ٢ ص ٢ وما بعدها) . راجع ايضاً في ضحى الاسلام (ج ٣ ص ٢١٥ و ص ٢٢٦ - ٢٤٩) ما ورد عن المهدي ، اي الامام المنتظر الذي سيرجع مع اعدائه فيعذبهم ويملاء الارض عدلاً ، وما ورد عن عمل اهل الشيعة بالرقية ، اي النظام السري في شؤونهم حتى تم الخطط المرسومة .

(٣) وسيلة الوسائل في شرح الرسائل في علم الاصول للحاج سيد محمد باقر ، مطبعة التبليغي ، ١٣٩٠ هـ ، ص ٦١ .

تعود باسنادها الى اهل البيت ، وتسمى عندهم بالاخبار .
ثم ان الاجماع عندهم هو « الاتفاق المشتمل على قول الامام المعصوم عليه السلام ، لا مجرد اتفاق العلماء على قول »^١ . اما القياس ، فهو محرم منهى عنه عند طائفة الاخباريين منهم ، ومقبول عند الاصوليين^٢ .
هذا في علم الاصول . اما في فروع الفقه ، فمذهب الشيعة الامامية لا يختلف كثيراً عن المذهب الشافعي ، حتى ان بعضهم 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 او ٨٣ - ١٤٨ هـ) . وهو من كبار المجتهدين المعروفين بالصدق والشرف والعلم . واليه ينسب احياناً هذا المذهب ، فيسمى المذهب الجعفري . وكذلك اشتهر عند الامامية زُرارة بن أعين (المتوفى سنة ١٥٠ هـ) ، وولده الحسين والحسن ، وغيرهم كثيرون^٣ .

ولا ريب في ان الفرقة الامامية اكبر الفرق الشيعية . فمنها في ايران قرابة الثلاثة عشر مليوناً ، وفي باكستان والهند ستة ملايين ، وفي العراق قرابة المليونين ، وفي لبنان قرابة مائتين وخمسة وثلاثين ألفاً^٤ ، وفي سوريا

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

(٢) تذكرة الفقهاء للحلي (ج ١ ص ١) ، ووسيلة الوسائل (ص ٧) ، وحل العقول (ص ٥٣) .

(٣) راجع الفهرست لابن النديم ، ص ٢٠٧ و ٣١٤ و ٢٧٥ - ٢٧٩ . ومن الكتب المرووفة عندهم : كتاب شرائع الاسلام لجعفر بن الحسن الحلي المعروف بالحقق (المتوفى سنة ٦٧٦ هـ او ١٢٧٧ م) ، وشرحه المسمى جواهر الكلام لمحمد حسن النجفي المتوفى في اواسط القرن الثالث عشر ، وتذكرة الفقهاء لمحسن بن يوسف الحلي 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 سبأتها بيانها ، وغيرها .

(٤) بآواخر سنة ١٩٥١ .

احد عشر الفاً تقريباً^١ .

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 ايران لتوحيد المذاهب السنية والمذاهب الشيعية ، ولكنها لم تفلح^٢ . وفي سوريا ولبنان ، يقال لمتحلي هذه الشيعة المتأولة ، جمع متوالي ، أي المتوالي للامام علي بن ابي طالب . ولهم في لبنان محاكم شرعية خاصة ، تنظر في مسائل الاحوال الشخصية ، وتسمى 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 قتل سنة ١٢٢ هـ ، في حربه مع رجال الخليفة الاموي هشام بن عبد الملك . وكذلك قتل ولده يحيى بعد ثلاث سنوات في ثورته على الوليد بن يزيد . ومن اشتهر من مجتهدي الزيدية : الحسن بن صالح بن حي (المتوفي سنة ١٦٨ هـ) ، والحسن بن زيد بن محمد الملقب بالامام الداعي الى الحق والذي كان ملكاً على طبرستان من سنة ٢٥٠ الى وفاته سنة ٢٧٠ هـ ، والقاسم بن ابراهيم العلوي ، وحفيده الهادي يحيى ، وابو جعفر المرادي ، وغيرهم^٣ . ومن اقدم كتبهم كتاب « المجموع » ، وهو يحوي الاخبار والفتاوى التي رويت عن الامام زيد بن علي مرتبة وفق مواضعها^٤ . ومن الكتب المعروفة في فقههم اليوم كتاب الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير ، وهو لشرف الدين الحسين بن احمد الحلي (المتوفي سنة ١٢٢١ هـ)^٥ .

(١) ٩٧٤ ، ١٠ ، في التقرير المقدم لجامعة الامم سنة ١٩٣٤ .

(٢) انظر محاضرات غولدزهر (Le Dogme et la Loi de l'Islam) ص ٢٤٧-٢٤٩ .

(٣) انظر الفهرست لابن النديم ، ص ٢٧٤ .

(٤) طبعه غريفي (Griffini) ، ميلانو سنة ١٩١٩ .

(٥) طبع مع تكمته للعباس بن احمد الحسيني البصري ، في خمسة اجزاء ، ب مطبعة السعادة بمصر ،

سنة ١٣٤٧ - ١٣٤٩ هـ .

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 ^١ . وهم اقرب النحل الشيعة الى المذاهب السنية ، ومركز هذه الشيعة اليوم بلاد اليمن ، حيث يبلغ عددهم قرابة الثلاثة ملايين ونيف ^٢ .

الشيعة الاسماعيلية

وهي شيعة الاقلية الذين نبذوا امامة موسى الكاظم . وقالوا بامامة اخيه الاكبر اسماعيل . وقد ظهر هذا المذهب في مصر . واتبعه 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 ايران وآسيا الوسطى . ويتولى رئاستها الامير محمد شاه المعروف بأغا خان . وهو عند اتباعه الامام الثامن والاربعون بعد النبي (ص) . وهؤلاء يدفعون له العشر من اموالهم . وكان يبلغ عددهم في الهند البريطانية نحواً من مليون ^٣ .

والاسماعيلية الغربية منتشرة في بلاد العرب الجنوبية ، وبحوار خليج فارس ، وفي جبال حماء واللاذقية من سوريا . ويقدر عدد الاسماعيليين في سوريا ومنهم العلويون بنحو عشرين ألفاً ونصف الالف ^٤ . اما فقه الاسماعيلية ، فهو غير مشهور . والاعتماد في ذلك على كتاب

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

(٢) بحسب تقدير كتاب (Guide to the peace) المطبوع باشراف صمندر واس ،

نيويورك ، ١٩٤٥ ، ص ٣٣٦ .

(٣) انظر كتاب ماسنيون (Annuaire du Monde Musulman) ، باريس ،

١٩٢٣ ، ص ٢٩١ .

(٤) عن التقرير المرفوع لجامعة الامم سنة ١٩٣٤ .

اسمه « دعائم الاسلام »^١ ، مؤلفه القاضي النعمان بن محمد التميمي المغربي المتوفى سنة ٣٦٣ هـ (٩٧٤ م) . وتوجد منه عدة مخطوطات لم تنشر بكاملها . وقد نشر منه مؤخراً كتاب الوصية^٢ ، ثم كتاب الجهاد والمقدمات^٣ .

(١) راجع كتاب « المقدمة لدرس الشرع الاسلامي » تأليف فيضي (بالانكليزية) ، اكسفورد ، ١٩٣١ ، ص ٣٢-٣٣ . وراجع اسماء المصنفين للكتب الاسماعيلية في الفهرست لابن النديم ، ص ٢٦٧ وما بعدها .
(٢) بتحقيق آصف بن علي اصغر فيضي ، طبع او كسفورد ، ١٩٣٣ .
(٣) بتحقيق فيضي ايضاً ، طبع مصر ، ١٩٥١ .

الفصل الثامن

القوانين العثمانية ومجلة الاحكام العدلية

فكرة التدوين الرسمي

بيئنا في الفصل السابق ظهور المذاهب الاسلامية واختلافها في اصول الفقه وفروعه . ورأينا حالة التشريع في عصر الجود ، الذي تلا العصر الذهبي . ووضحنا كيف توقف الاجتهاد وعم التقليد ، وكيف كثرت المؤلفات من متون مختصرة الى شروح وشروح الشروح ، وحواش وتكملات ، وجوامع الفتاوى وتنقيح الفتاوى وما اليها ، حتى اصبح الحوض في موضوع الفقه من الامور الصعبة .

وبما 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 ابنى عمر بن الخطاب جمع السنن ، لئلا يقبل الناس عليها ويتروكوا 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 . وكذلك لم تجمع احكام المعاملات في قانون عام . فنتج من ذلك اختلاف في الاحكام واختلاف في الاجتهاد والآراء .

محاولات ابنه المقفع وابي 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 ^١ .

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 عظيماً ... فلو رأى امير المؤمنين ان يأمر بهذه الاقضية والسيّر المختلفة فترفع اليه في كتاب ، ويرفع معها ما يحتاج 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 جامعاً ، رجونا ان يجعل الله هذه الاحكام المختلطة الصواب بالخطأ حكماً واحداً صواباً ، ورجونا ان يكون اجتماع السيّر قربة لاجماع الامر برأي امير المؤمنين وعلى لسانه » ^٢ .

هكذا كان اقتراح ابن المقفع ، ولكنه اقتراح لم يفتقر بالتنفيذ . وكان الباعث على ذلك خوف الفقهاء واولي الامر من ارتكاب الخطأ في اجتهادهم في شريعة دينية كالشريعة الاسلامية ، واباهم ان يتجملوا تبعة اجبار الناس على تقليدهم ^٣ .

(١) هو معرب كتاب « كلية ودمنة » المشهور .

(٢) تاريخ القضاء في الاسلام للسيد عرنوس ، ص ٨٤ - ٨٥ .

(٣) نذكر فيما بعد قول الأئمة بشأن ذم التقليد .

ويؤيد 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 يوم حج عام ١٦٣ هـ (٧٧٧ م) ، اعاد على الامام مالك اقتراحه السابق ، وقال له : « يا ابا عبد الله ، ضع هذا العلم (الفقه) ودوّن منه كتباً ، وتجنب شذائد عبد الله بن عمر ورخص عبد الله بن عباس وشوارد ابن مسعود ، واقصد الى اواسط الامور وما اجتمع عليه الائمة والصحابة رضي الله عنهم ، لنحمل الناس ان شاء الله على علمك وكتبك ، ونبشها في الامصار ونعهد اليهم ان لا يخالفوها » ١ . فكتب مالك الموطأ الذي 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 شروحيها وهوامشها ، والى كتب الفتاوى العديدة .

الفتاوى الهندية

كان ممن اهتم بجمع الفتاوى في القرن الحادي عشر للهجرة (السابع عشر للميلاد) احد ملوك الهند السلطان محمد اورنگ زيب بهادر عالمكير ٢ . فازه ألف لجنة من مشاهير علماء الهند برئاسة الشيخ نظام « ليؤلفوا كتاباً حاشياً (جامعاً) لظاهر الروايات التي اتفق عليها وافتي بها الفحول ،

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

(٢) ١١١٨-١٠٢٨ هـ (١٦١٨-١٧٠٦ م) . انظر ترجمته في قاموس الاعلام لسامي بك (استانبول ، ١٣٠٦ هـ ، ج ٤ ص ٣٠٤٩) ، وفي الموسوعة الاسلامية تحت كلمة اورنگ زيب (Encyclopedia of Islam, V^e Awrangzeb) .

ويجمعوا فيه من النوادر ما تلقته العلماء بالقبول » . فجمعوا ذلك في كتاب معروف بالفتاوى الهندية او بالفتاوى العليكية 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 إلزامياً كالقوانين الحديثة ، ولم يكن على ساكنها في النمط والاسلوب . بل حوى مسائل من الفقه كثيرة ، بعضها حقيقي وبعضها فَرَضِي ، مع بيان القول او الاقوال المختارة للفتوى في كل منها .

القوانين العثمانية

في القرن التاسع عشر ظهرت مدونات 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 المدونات 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 مدوناتها متوافقة والشرع الاسلامي ، وجاء البعض الآخر مختلفاً عنه .

مثاله ، لم يقرّ قانون الجزاء العثماني العقوبات الشرعية ، كقطع يد السارق والجلد وما اشبهه . 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 المراجعة ١ .
وعلى كل حال ، لا مجال هنا للتبسط في هذا البحث ، لخروجه عن موضوعنا .

مجلة الاعظم العدلية

رأت الدولة العثمانية ايضاً ان تجمع القانون المدني . فعينت لجنة اسمها
جمعية المجلة « مجلة جمعيتي » ، مؤلفة من سبعة علماء ، برئاسة احمد جودت
باشا ناظر ديوان الاحكام العدلية . وكان اعضاؤها في البدء السادة احمد
خلوصي و احمد 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 المعاملات الفقهية ، يكون مضبوطاً
سهل المأخذ ، عارياً من الاختلافات ، حاوياً للاقوال المختارة ، سهل المطالعة
على كل احد » .

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 حل المشكلات
يتوقف على مهارة علمية وملكة كلية ، وعلى الخصوص مذهب الخفية ، لانه
قام فيه مجتهدون كثيرون متفاوتون في الطبقة ، ووقع فيه اختلافات

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

(٢) الشيخ محمد علاء الدين بن عابدين هو مؤلف قرة عيون الاخبار 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
بخاشية ابن عابدين ، وغيرها . وقد ذكر الشيخ محمد علاء الدين في بدء تكملة (ص ٤) انه
استغنى من جمعية المجلة بعد مدة تقرب من ثلاث سنين ورجع الى وطنه دمشق الشام ، لما في قلبه
« من الرضاء من فراق الاوطان والاهل والحلان » .

كثيرة . ومع ذلك ، فلم يحصل فيه تنقيح كما حصل في فقه الشافعية ، بل لم تزل مسأله اشتاتاً متشعبة . فتميز القول الصحيح من بين تلك المسائل والاقوال المختلفة ، وتطبيق الحوادث عليها ، عسير جداً . وعدا ذلك فانه بتبدل الاعصار تبدل 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 ، وادخل عليها ما لزم من التهذيب والتعديل . ثم تقاسم اعضاء اللجنة العمل ، فاشترك في بعض كتبها فريق منهم دون الآخرين إلا 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 الاحكام العدلية .

محتويات المجلة

تحتوي مجلة الاحكام العدلية على الف ومئائتين 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

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

الذي رآته موافقاً لحاجات العصر وللمصلحة العامة . مثاله في الجبر على السفية ، 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 رجعت رأي الفقهاء المتأخرين في المذهب الحنفي ، وهو رأي قريب من المذهب الشافعي . وكذلك رجعت قول ابي الليث السمرقندي صاحب النوازل بجواز بيع الوفاء في المال المنقول خلافاً لظاهر الرواية ١ .

واخيراً ، تركت المجلة قول الفقهاء الحنفية في مسائل طفيفة ، وربما كان ذلك بطريق الخطأ ، كما نرى مثلاً في تعريف الغبن الفاحش . فقد نصت على ان هذا الغبن هو على قدر نصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس في العقار او زيادة (المادة ١٦٥) ، على حين ان الفتوى عند الحنفية هي على رأي نصير بن يحيى البلخي الذي اعتبر الغبن الفاحش ما زاد على القدر المذكور لا ما كان مساوياً له ٢ .

وخلافاً للفتاوى العالمكيرية وغيرها من جوامع الفقه الاسلامي ، فان المجلة لم تبحث في العبادات ولا في العقوبات ، بل لم تحوّر الا الاحكام الفقهية المتعلقة بالمعاملات المدنية .

ومن يقارن بين مجلة الاحكام العدلية وبين القوانين المدنية الاوروبية ، يجد في الاولى بعض النقص ، ويرى عليها بعض الملاحظات . واهم ذلك في المواضع الآتية :

اولاً - لم تبحث المجلة في الاحوال الشخصية ، من زواج وطلاق ونفقة وبنوة ونسب وولاية ووصاية وحضانة وما اليها ، الا ما جاء في الكتاب التاسع عن الجبر . وكذلك لم تبحث في احكام الارث والوصية

(١) شرح علي حيدر على المادة ١١٨ ، ورد المختار على الدر المختار (ج ٤ ص ٣٤٤) .

(٢) النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ، ج ٢ ص ١٨٢ .

والمفقود والاقواف ، ولا في بعض الامور الاخرى التي نجدتها 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 والفرقة ، صدر باسم قانون العائلة في ٨ محرم ١٣٣٦ هـ (١٣٣٣ مالية) . وهذا القانون ، وان كان في الاصل على مذهب الدولة الحنفي ، الا انه في كثير من المسائل اخذ عن باقي المذاهب الاسلامية ، كما في فساد زواج المكره ، وبطلان طلاق السكران او المكره ، وتفريق الزوجين عند الشقاق والنزاع ، وغير ذلك من المسائل ٢ .

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 مبثورة في المواد المتعلقة بالغصب والاتلاف وما شاكل .

ثالثاً - اخذت المجلة بنظرية العقد الفاسد . واشترطت لصحة بعض العقود شروطاً تقيد 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 . فلذا لم يضمن الغاصب منافع الشيء المغصوب الا في بعض الاحوال (المادة ٥٩٦) . الخ .. ولكن هذا النقص ازالته 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 . فباحث 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 المستقبلية 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 والمعاملات الشرعية . فبعد ان كانت المسائل مبعثرة في كتب الفقه العديدة ، وكانت الفتاوى والاقوال متعددة ومختلفة في الموضوع الواحد ، اصبحت الاحكام الشرعية واضحة ثابتة ، لا يحتاج رجال القانون الى عناء كبير لفهمها وتطبيقها .

وبعد ان كانت الشروح والخواشي تصنف على متون المختصرات وامهات كتب الفقه ، اصبحت 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 هذه 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 شرحه سنة ١٨٨٨ ، ثم اعيد طبعه مراراً ١ .

(١) صدرت الطبعة الثالثة منه في المطبعة الادبية في بيروت سنة ١٩٢٣ . وللمرحوم باساز شروح قانونية مشهورة هي : شرح قانون اصول المحاكمات الحقوقية، وشرح قانون اصول المحاكمات الجزائية ، وشرح قانون الجراء ، ومراقبة الحقوق .

وهو كتاب ضخيم ، سهل الفهم ، مختصر العبارة ، معرّز باسماء المناقب التي اخذ عنها . وقد اشتهر عند رجال القانون في البلاد العربية ، وكان كثير التداول في ايديهم . ولكنه شرح عملي ، وهو على هذا النمط لم يذكر الادلة الشرعية لاحكام المجلة . وكذلك اصدر السيد يوسف آصاف شرحاً بعنوان « مرآة المجلة » ، يقع في جزئين ^١ .

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

واول شروح المجلة الحديثة الشرح المسمى « كتاب الأدلة الأصلية الاصولية شرح مجلة الأحكام العدلية في قسم الحقوق المدنية » صنفه عام ١٩١٩ الاستاذ محمد سعيد مراد الغزي ، احد اساتذة معهد الحقوق في دمشق . وهو شرح وجيز يقع في ثلاثة اجزاء صغيرة ، ويحتوي في المواد السكّاية على مقابلات مفيدة ^٣ .

وقد تلاه عام ١٩٢٧ شرح آخر للاستاذ محمد سعيد المحاسني ، استاذ

(١) طبع في مصر ، سنة ١٨٩٤ .

(٢) طبعت اجزائه متفرقة بين سنة ١٩٢٥ وسنة ١٩٣٦ في مطابع حيفا وابانا وغزة والقاهرة . والاصل التركي طبع في الاستانة سنة ١٣٣٠ هـ في اربعة مجلدات . وللي حيدر ايضاً كتاب الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية رتبّه 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 البطركية ، سنة ١٣٣٨ هـ .

المجلة ايضاً في معهد دمشق . وهو كتاب مدرسي يقع في ثلاثة اجزاء ، مرتبة على نمط شرح علي حيدر ، مع حذف المراجع وازافة بعض المقابلات بالقوانين الحديثة ^١ .

وهناك شرح آخر صنفه مفتي حمص الاسبق المرحوم محمد خالد الاتاسي وأتمه ونشره ولده المفتي السابق سماحة محمد طاهر الاتاسي . وهو شرح كبير وافٍ ، يقع في ستة اجزاء ^٢ ، وفيه ذكر للمراجع الفقهية المعتمدة عليها . وكذلك ظهر مؤخراً شرح للمجلة ، تأليف السيد منير القاضي ، عميد كلية الحقوق في بغداد . وهو يقع في خمسة اجزاء مبنية 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 مبوب تبويباً علمياً ، طبع بعنوان « موجز في القانون المدني » .

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

(٣) طبع في بغداد في مطبعتي المعارف والنفيس الاهلية بين سنوات ١٩٣٦ - ١٩٤٢ .

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 تماما في تركيا ، ثم الغيت تدريجياً في لبنان وسوريا ما عدا بعض المسائل القليلة . ولم تبق اليوم الا في فلسطين والمملكة الاردنية الهاشمية^١ والعراق ، مع كثير من التعديلات والتغييرات التي طرأت عليها .

ولا بد من التاميح 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 اعلام الفقه في مصر ، الدكتور السنهوري باشا ، بوضع المشروع الجديد . فبعد ان وضع جزءاً منه توقف عن العمل برهة ، ثم رجع اليه 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

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

المشروع على البرلمان لاجل اقراره^١ .
وبعد ، فنحن نسوق ههنا كلمة مختصرة في التدوين والتشريع في اهم
البلاد الاسلامية والعربية .

باكستان والهند

كان في الهند البريطانية قبل التقسيم الاخير بحسب احصاء سنة ١٩٤١
خمس 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 السنّي الحنفي ،
ويتلوه المذهب السلفي ، فالمذهب الشيعي^٣ ، ثم المذهب الشافعي .
ومنذ البدء ، كانت سياسة الحكم البريطاني ان تترك اهالي الهند على
عادتهم 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 الهندية العالمية والسراجية^٤ ،
وغیرها . واشتهر في الفقه الجعفري كتاب شرائع الاسلام .

وقد نقلت بعض هذه الكتب الى اللغة الانكليزية . فترجم هاملتون
الهداية عام ١٧٩١^٥ ، وترجم السير وليم جونز كتاب السراجية سنة

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

(٢) انظر كتاب ولفرديسميث ، Modern Islam in India ، لندن ، ١٩٤٦ ، ص

١٥٨ .

(٣) عدد الشيعيين بالنسبة الى مجموع مسلمي باكستان والهند يبلغ واحداً من ثلاثة عشر
تقريباً . انظر نفس المصدر ، ص ٣٠٢ .

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

(٥) طبعت في لندن في اربعة اجزاء ، ثم طبعت تكررراً عام ١٨٧٠ .

١٧٩٢ ، وترجم بايلي بعض ابواب الفتاوى الهندية والقسم الاكبر من كتاب شرائع الاسلام^١ .

بقي الامر كذلك حتى منتصف القرن التاسع عشر . ففيه بدأت الحكومة حركتها التشريعية . فأصدرت قوانين عديدة ، منها : قانون سنة ١٨٤٣ بالغاء الرق ، وقانون الجزاء وقانون اصول المحاكمات الجزائية اللذان اصبحا نافذين ابتداء من سنة ١٨٦٢ ، وقانون البيئات الهندي^٢ لعام ١٨٧٢ ، وقانون الاوقاف لعام ١٩١٣^٣ ، وقانون « الشريعة » للمسلمين لعام ١٩٣٧^٤ ، وغيرها .

هذه ، على الجملة ، كانت حالة التشريع في الهند قبل التقسيم الاخير . فانه ، فيما عدا التعديلات القانونية التي سنتها الدولة ، كان الشرع الاسلامي 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^٥ .

ولا بد من التنويه بالنهضة الفكرية الهندية ، التي قام بها قبل التقسيم الاخير بعض المصلحين الصالحين من المسلمين . ومن هؤلاء السيد احمد خان بهادور (١٨١٧ - ١٨٩٨) ، مؤسس كلية عليكرة سنة ١٨٧٥ ، التي اصبحت الجامعة الاسلامية سنة ١٩٢٠ . ومنهم ايضاً القاضي الشيعي الشهير

Baillie, Digest of Moohummudan Law (١)

Indian Evidence Act (٢)

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

(٤) Shariat Act, 1937 . انظر كتاب مبادئ الشريعة المحمدية تأليف السيد ملا (Principles of Mohamedan Law) ، كلكتا ، ١٩٣٨ ، ص ٣ وما بعدها .

(٥) عبد الرحيم ، الشريعة المحمدية (Muhammadan Jurisprudence) ، طبع مدراس ، ١٩١١ ، ص ٤٢-٤٤ .

السيد امير علي (١٨٤٩ - ١٩٢٨) صاحب التأليف الانكليزية المعروفة .
واهمها : « روح الاسلام » ١ الصادر عام ١٨٩١ ، و « الشرع المحمدي » ٢
الصادر عام ١٨٩٢ . ومنهم اخيراً الشاعر محمد اقبال (١٨٧٦ - ١٩٣٨)
باعث الثورة الاجتماعية الاخيرة وصاحب « المحاضرات الست عن بناء الفكر
الديني في الاسلام » ٣ . فجميع هؤلاء وامثالهم نادوا بالاصلاح الاجتماعي ،
وبالتحرر من التقليد الاعمى والجهل ، وبالرجوع الى روح الشريعة ومبادئها
الديمقراطية ٤ .

وان هذه الحركة العلمية الاصلاحية هي غير الدعوة الاحمدية ، التي قام
بها مرزا غلام احمد القادياني (١٨٣٩ - ١٩٠٨) . فهذا قد بدأ حياته
مصلحاً وهادياً ، ولكنه ادعى عام ١٨٨٩ انه المهدي المنتظر والمسيح
الموعود . فكان ادعاؤه سبباً لنقمة العالم الاسلامي عليه ٥ . ثم بعد وفاته
انقسم جماعته الى فرقتين : الاولى الفرقة القاديانية ، التي آمنت بنبوته
مؤسسها وبزعامة خليفته من بعده . والثانية الفرقة اللاهورية المعروفة اليوم
بالجمعية الاحمدية لاشاعة الاسلام . وهذه تضم العناصر المتحررة التي لا تؤمن
بنبوته مؤسسها المزعومة . ويرئسها اليوم مولانا محمد علي ، ولها فروع لنشر
الدعوة الاسلامية في كثير من البلاد الغربية ٦ .

ولا شك في ان النهضة العلمية الاصلاحية التي نوهنا بها ساندتها نهضة

(١) The Spirit of Islam . ظهرت الطبعة الخامسة منه في لندن سنة ١٩٤٩ .

(٢) Mahommedan Law . وهو يقع في جزئين ، طبع للمرة الاولى في كلكتا سنة

١٨٩٢ - ٩٤ ، واعيد طبعه مراراً ، وكانت الطبعة الخامسة من الجزء الثاني عام ١٩٢٩ .

(٣) Six Lectures on the Reconstruction of Thought in Islam ، لاهور ،

١٩٣٠ .

(٤) انظر كتاب ولغرد سميث المذكور (ص ١٥ و ٤٧ و ٩٨) ، وكتاب رتقرد

سايموندس (نشأة باكستان The Making of Pakistan ، لندن ، ١٩٤٩ ، ص ٢٨ - ٣٧) .

(٥) راجع مجلة المنار (سنة ١٣٤٤ هـ ص ٥٥ ، وسنة ١٣٤٦ ص ٥٤٣) ، ورسالة

السيد محمد الخضر حسين (القاهرة ، ١٣٥١ هـ) .

(٦) كتاب سميث المذكور (ص ٢٩٨ وما بعدها) ، وكتـاب غيب ، Mohammedanism

Gibb (اكسفورد ١٩٤٩ ص ١٨٦ - ١٨٧) .

سياسية برئاسة القائد الاعظم المرخوم محمد علي جناح للمطالبة بدولة اسلامية مستقلة . ومن المعلوم ان هذه الحركة اسفرت عن ثورة جياحة ، كانت نتيجتها تقسيم الهند الى دولتين . الاولى اكثريتها هندوكية ، واسمها بهارات او هندوستان او الهند . والثانية باكستان ، ومعناها ارض الطاهرين . وهي تضم قرابة اثنين وثمانين مليوناً ونيف^١ اكثرهم مسلمون ، وتقسم الى قسمين : القسم الغربي المؤلف من مقاطعات السند وبلوخستان والبنجاب الغربية ومقاطعة الحدود الشمالية الغربية وولاية بهاولبور وغيرها من الولايات والمناطق العشائرية . اما القسم الشرقي فيتألف من البنغال الشرقية . ويفصله عن القسم الغربي بحر العرب وخليج البنغال ومسافات شاسعة من اراضي هندوستان . ولا تزال مقاطعة كشمير موضوع نزاع بين الدولتين الجديدتين^٢ .

وقد تأسست باكستان في ١٤ آب سنة ١٩٤٧ كدولة مستقلة ، واحتفل في اليوم التالي باعلانها دومنيون تابعة لرابطة الكومونولث البريطانية ، على ان تقرر الجمعية التأسيسية دستورها ونظام الحكم النهائي فيها . وقد اعلنت هذه الجمعية في شباط سنة ١٩٤٩ قراراً ببيان الاهداف والغايات من الدستور . ومن بين المبادئ الواردة في هذا البيان مبادئ الديمقراطية والحرية والمساواة والتسامح والعدالة الاجتماعية ، وفقاً لتعاليم الاسلام . وبمناسبة استقلال باكستان لا بد من الاشارة الى ان الجزر الهندية الهولندية الشرقية ، واهمها جاوة وسومطرة ، اعلنت استقلالها في ١٧ آب ١٩٤٥ باسم جمهورية اندونيسيا . ثم بتاريخ ٢٧ كانون الاول سنة ١٩٤٩ ، اعترف مؤتمر لاهاي بهذا الاستقلال باسم جمهورية الولايات المتحدة الاندونيسية . ويبلغ سكانها اليوم قرابة خمسة وسبعين مليوناً معظمهم من

(١) بحسب تقديرات عام ١٩٤٩ الرسمية في نشرة وزارة الاقتصاد الباكستانية لعام ١٩٥٠ ،

ص ٨ .

(٢) ان مساحة باكستان الشرقية تبلغ خمسة عشر بالمائة من مجموع مساحة الدولة الجديدة ، ولكن سكانها يبلغون اكثر من ٥٧ بالمائة من مجموع السكان (نفس المرجع) .

المسلمين ، اتباع المذهب الشافعي . ولا تزال بعض احكام الشريعة الاسلامية مع كثير من العادات المحلية تطبق عندهم لا سيما في مسائل الاحوال الشخصية .

مصر

في مصر عشرون مليوناً من السكان تقريباً ، معظمهم من المسلمين . 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 فرمان 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) .

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)^١ مفتي الديار المصرية ، رحمهما الله . وان مبادئ هذه الحركة نشرت في كتب ومحاضرات ومقالات ، اهمها في مجلة المنار ، التي انشاها السيد محمد رشيد رضا في القاهرة سنة ١٨٩٧ .

ومذهب السلفية يرى الرجوع الى القرآن والسنة ، ومحاربة الجود والخرافات والبدع المخالفة للدين ، والثورة على كل تقليد أعمى ، لان « المقلدين من كل امة المنتحلين اطوار غيرها يكونون فيها منافذ وكوى لتطرق الاعداء اليها ، وتكون مداركهم مهبط الوسوس ومحازن الدسائس ، بل يكونون بما افعمت افئدتهم من تعظيم الذين قلدوهم واحتقار من لم يكن على مثالهم ، شؤماً على ابناء امتهم يذلونهم ويحتقرون امرهم ويستهيئون بجميع اعمالهم »^٢ .

فهذا ترى ان مذهب السلفية يقرب من المذهب الوهابي او الحنبلي الجديد^٣ ، لأن المذهبين يرجعان الى اصل الشريعة المبنية على الكتاب الكريم والسنة الصحيحة وبيان الاجتهاد على هذا الأساس ، دون التقيّد بآراء بعض الفقهاء المقلدين الجامدين .

وعلى هذا يرى السلفية توحيد المذاهب الاسلامية المختلفة ، لا التمسك بمذهب واحد منها ، لانه « لن يستطيع شعب اسلامي ان يتحمل اثقال تقليد ... المقلدين لمذهب واحد ، ولا ان يجعلوا مصالحهم الزوجية والمنزلية والمالية منوطة بفهمهم لكتب مذهب واحد في عصره ويسره »^٤ . وهكذا

(١) راجع تاريخ الاستاذ الامام الشيخ محمد عبده ، للسيد محمد رشيد رضا ، طبعة المنار ، ١٩٣١ .
(٢) العروة الوثقى ، مجموعة المطبعة الاهلية ، بيروت ، ١٩٣٣ ، ص ٦٦ . وهي مجلّة اسبوعية اصدرها الامامان الافغاني وعبده في باريس عام ١٨٨٣ ، فصدر منها ثمانية عشر عدداً في ثمانية اشهر .

(٣) راجع المنار ، سنة ١٣٤٥ هـ ، ص ٣ .

(٤) المنار ، نفس السنة ، ص ١٥٨ .

يقولون ان الشرع الاسلامي يتماشى والمدنية الحديثة ، ويفتون بتحليل كثير من المعاملات التي اقتضتها حاجات التجارة في هذه الايام ، لانه « عند تعارض العقل والنقل اخذ بما دل 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 الأزهر 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 ، وأيدوا ان هذه الشريعة قائمة بذاتها ، مستقلة عن تأثير الفقه الروماني ، وصالحة للتطور الحديث . فقرر المؤتمر الموافقة على اعتبارها قابلة للتطور ، بنفسها ومن تلقاء نفسها ، وفُتق 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 التقييد بتقليد مذهب واحد فحسب^٢ .

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

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

واخيراً ، لابد من التنويه بالحركة الوطنية الشرعية ، تلك التي اثارها النقل عن القوانين الاوروبية وعدم المحافظة على الشريعة الاسلامية كأساس للتشريع المصري الحديث في جميع نواحيه . فانه لما رفض الخديوي اسماعيل باشا اجتلاب المجلة العثمانية ، حباً بالاستقلال والتحرر من الترك ، كلف هذا الخديوي الشيخ مخلوف المنيأوي تطبيق القانون الفرنسي على مذهب الامام مالك . وبالرغم من الكتاب الضخم الذي وضعه يومئذ هذا العالم ، وما بيّنه فيه من موافقة ومناسبة ، فان اصدار القانون المدني المصري نقلاً عن قانون نابليون اثار ضجة في الاوساط المحافظة . وجرب بعضهم اثبات عدم الحاجة الى ذلك . فدوّن المرحوم قدري باشا كتاب « مرشد الحيراث الى معرفة احوال الانسان » بشكل قانون مدني عصري ، مأخوذ عن مذهب ابي حنيفة ^١ .

ومؤخراً ، لما الفت الحكومة المصرية اللجان لاجل اعادة النظر في قوانين البلاد وتعديلها ، رجعت الفكرة الوطنية . فقام فريق من العلماء ^٢ 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 لابد منه لنجاح كل تشريع .

اما من ناحية تدوين احكام الشريعة ، فقد كانت الحكومة المصرية

(١) وهو يحتوي على ١٠٤٥ مادة . ولقدري باشا قانون الاحوال الشخصية المصري الذي سيأتي بيانه ، وقانون العدل والانصاف للقضاء على مشكلات الاوقاف ، ويحتوي على ٦٤٦ مادة .
(٢) اخس بالذكر فضيلة الشيخ محمد سليمان نائب المحكمة العليا الشرعية في رسالته « بأي شرع نحكم » (القاهرة ، ١٩٣٦ م) ، وفضيلة الشيخ احمد محمد شاكر في رسالته « الشرع واللغة » (القاهرة ، ١٩٤٤) ، والسيد محب الدين الخطيب ، وغيرهم .

فوضت الى المرحوم محمد قدرى باشا تدوين كتاب الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية على المذهب الحنفي . فدوّته في ستائة وسبع واربعين مادة . وهو يبحث في الزواج والطلاق والاولاد والوصاية والحجر والهبة والوصية والموارث . ثم اصبح عليه المعول في المحاكم الشرعية المصرية ، وفي غيرها من البلاد الاسلامية ^١ .

وقد تأيدت العمل في مصر مبدئياً بارجح الاقوال من مذهب ابي حنيفة ، بمقتضى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لسنة ١٩١٠ . الا ان القانون ذا الرقم ٢٥ الصادر عام ١٩٢٠ عدّل ذلك ، وقضى بالعمل بمذهب مالك والشافعي وغيرهما في مسائل معينة من ابواب النفقة والعدة والمفقود . وكذلك لم تنقيد مصر دائماً بمذهب ابي حنيفة في تدويناتها الشرعية الجديدة ، متأثرة في ذلك بالحركة الاصلاحية المنهوية بها . وهكذا ، فان قانون الموارث الجديد الصادر في ٦ آب سنة ١٩٤٣ ، وان كان قد اعتمد كتاب قدرى باشا كأصل له ، إلا انه خالفه في بعض المسائل . مثاله لقد اعتبر القانون الجديد وفاقاً لمذهب الشافعي ان اختلاف الدارين ليس من موانع الارث حتى بين غير المسلمين ^٢ . وكذلك خالف قانون الوقف الجديد الصادر سنة ١٩٤٦ القول الحنفي المفتى به في كثير من المسائل . ومنها اعطاء الواقف حق الرجوع عن وقفه ، وتجزؤ قسمه الافراز اللازمة ، وتأقيت الوقف ، وتقيد نصاب الوقف لغير الوارث بالثلث . واخيراً في قانون الوصية الجديد الصادر في ٢٤ حزيران سنة ١٩٤٦ ، اجيزت الوصية لوارث ، واعتبرت الوصية واجبة لفرع الولد الذي يموت مع الموصي او في حياته .

اما من ناحية التشريع المدني ، فقد تألفت لجنة اولى سنة ١٩٣٦ لاجل

(١) للمرحوم الشيخ محمد زيد بك الابياني شرح معتبر على هذا القانون ، يقع في ثلاثة اجزاء .

(٢) اتبع مذهب الشافعي ايضاً في هذه المسألة في فلسطين بنظام الارث الصادر في ٨ آذار

سنة ١٩٢٣ ، وفي لبنان بقانون ١٨ حزيران سنة ١٩٢٩ ، وفي سوريا بقرار الحكومة رقم

١٨٣٣ المؤرخ في ٦ شباط سنة ١٩٣٠ (المصدق بقرار المفوض الفرنسي رقم ١٢٤٥ الصادر

في ٨ شباط سنة ١٩٣٠) .

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

* والمشروع الجديد مستقى من مصادر ثلاثة : القانون المقارن ، واجتهاد
القضاء المصري ، والشريعة الاسلامية . فعن هذه الشريعة اقتبس المشروع
نظرية سوء استعمال الحقوق ، ومسؤولية عدم التمييز ، وحالة الدين ،
ومبدأ الحوادث الطارئة ، واحكام مرض الموت ، والغبن ، ومدة التقادم ،
والشفعة ، والهبة ، وغيرها من الاحكام التفصيلية ^١ . وقد تصدى على هذا
القانون ، ثم نشر في ١٦ تموز سنة ١٩٤٨ ، على ان يعمل به ابتداء من
١٥ تشرين الاول سنة ١٩٤٩ . ويقع القانون الجديد في الف ومائة وتسع
واربعين مادة . وقد نص في مادته الاولى على ان الناضي يستلهم مبادئ
الشريعة الاسلامية عند عدم وجود النص او العرف .

وهكذا ، استقلت مصر بقوانينها ، كما استقلت ايضاً بقضاؤها بالغاء المحاكم
المختلطة اعتباراً من ٢٥ حزيران سنة ١٩٤٩ ، انفاذاً لاتفاق مونترو العتود
عام ١٩٣٧ .

تركيا

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

بدأت النهضة التركية بثورة حزب « تركيا الفتاة » على الحكم السياسي
ايام عبد الحميد ، تلك الثورة التي اثمرت الاصلاح المعروف واعادة الدستور

(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 .

سنة ١٩٠٨ . 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 الى اللسان التركي محافظة على الشعور القومي .

ولما انتصرت الحركة الوطنية الكيالية 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 ابقاء الخليفة عبد المجيد افندي .

ثم في اوائل العام التالي الغيت الخلافة ، وابتعد عن تركيا جميع من كان فيها من سلالة آل عثمان ، والغى منصب شيخ الاسلام ، والغيت المحاكم الشرعية . وفي عام ١٩٢٥ ، قضى على الحركات الرجعية ، كالمولوية والبكتاشية وغيرهما ، وجعل لبس القبة اجبارياً . ثم عقب ذلك ترجمة القرآن الكريم الى اللغة التركية ، واستبدلت بالحروف العربية الحروف اللاتينية ، وجردت اللغة التركية ما امكن من الكلمات الدخيلة من عربية وغيرها .

اما من ناحية الشريع ، فقد كان الانقلاب كبيراً وسريعاً . فان الترك ، كما صرح بذلك وزير العدلية آتندى 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 وتفسيره ، والاجتهاد الماضي بشأنه . وهكذا كان ، ففي عام ١٩٢٦ تبنت تركيا قانون

(١) تصريحه الى الكونت اوستوروخ المدون في رسالته «اصلاح انقرة» ، (The Angora Reform) ، لندن ، ١٩٢٧ ، ص ٨٦-٨٧ .

الموجبات للاتحاد السويسري ، ثم القانون المدني السويسري^١ ، بلا تعديل يذكر .
وبعبارة أوضح ، فإن 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) .

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 .

ولا بدّ من التنويه بان تركيا اعادت مؤخراً التعليم الديني الى
المدارس وسمحت بالآذان باللغة العربية ، وذلك ارضاء لشعور رعاياها
المسلمين . وهم يؤلفون الاكثرية الساحقة من دولة ، تضم اليوم واحداً
وعشرين مليوناً تقريباً .

الجمهورية اللبنانية

كان لبنان في القديم اسماً لجبل في بلاد الشام (سوريا) ، وكان في
عهد الحكم العثماني لاسيما 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
والعلم ، كما اشتهروا بالغيرة الوطنية وبالمساهمة في ايقاظ القومية العربية ،
التي خلدها الشاعر اللبناني المرحوم ابراهيم اليازجي في قصيدته : « تنبهوا
واستفيقوا ايها العرب » .

(١) هذا القانون عربيه السيد خالد الشايندر من بغداد .

ولما انتهت الحرب الماضية ، وُضع لبنان تحت الانتداب الفرنسي ،
واعلن استقلاله عام ١٩٢٠ باسم لبنان الكبير ، بعد ان ضم اليه قسم من
الساحل والداخل^١ . ثم اعلنت الجمهورية اللبنانية عام ١٩٢٦ ، وصار رئيسها
لبنانياً تحت الانتداب الفرنسي .

واخيراً الغي هذا الانتداب ، وتعديل الدستور بقانون ٩ تشرين الثاني
سنة ١٩٤٣ بعد شبه ثورة دموية شهيرة ، كما تعديل ايضاً في ٧ كانون الاول
سنة ١٩٤٣ و ٢١ كانون الثاني سنة ١٩٤٧ .

وقد اعترفت الدول العظمى وغيرها باستقلال لبنان التام . وهكذا تمثل
لبنان المستقل في مؤتمر جامعة الدول العربية في القاهرة ، ووقع ميثاقه
بتاريخ ٢٢ آذار سنة ١٩٤٥ . وتمثل في سان فرانسيسكو ، ووقع ميثاق
الامم المتحدة بتاريخ ٢٦ حزيران سنة ١٩٤٥^٢ . وظفر بالمادتين الثالثة
والثامنة والسبعين من هذا الميثاق ، اللتين تجعلانه عضواً في المنظمة الدولية
وتحررانه من كل قيد يمس سيادته واستقلاله .

فاستتبع ذلك تسلم الحكومة اللبنانية جميع حقوق السيادة ، ومنها حق
الدفاع وحق التمثيل الخارجي . ثم بتاريخ ٣١ كانون الاول سنة ١٩٤٦
تم جلاء جميع الجيوش الاجنبية عن الاراضي اللبنانية ، واصدر المجلس النيابي
قانوناً بالغاء المحاكم المختلطة .

وان لبنان اليوم يضم قرابة المليون والثلاثمائة نسمة ، نصفهم او يزيد
من الطوائف المسيحية ، والنصف الاخر من الطوائف الاسلامية . وهؤلاء
جميعاً يعيشون في جمهوريتهم الصغيرة في وئام وتوفيق ، ويخضعون لدستور
واحد وتشريع واحد وقضاء واحد ، على اساس الديمقراطية والمساواة
والعدل . ولا يستثنى من ذلك الا بعض مسائل الاحوال الشخصية ، اذ

(١) انظر في هذه المسألة كتاب « بقضة العرب » ، لجورج انطونوس ، تعريب الركابي ،
دمشق ، ١٩٤٦ ، ص ٤٠٦ وما بعدها .

(٢) صدق عليه المجلس النيابي اللبناني في جلسة ٤ ايلول سنة ١٩٤٥ بقانون مؤرخ في ٢٥
ايلول سنة ١٩٤٥ .

تخضع فيها كل طائفة لاحكامها الخاصة ، ولحاكمها الشرعية او الروحية او المذهبية . ولكن على الرغم من ذلك ، فان المذهب الحنفي يطبق على الجميع في بعض المسائل ، ومنها الاوقاف والموارث والتفقات والحجر وما اشبه . ويطبق هذا المذهب ايضاً على السنيين في مسائل الفتيا وفي القضاء الشرعي المتعلق بالاحوال الشخصية . وقد اعدت الحكومة مؤخراً مشروع قانون للموارث وبعض الاحوال الشخصية . وهو لا يزال قيد الدرس والتدقيق . اما من ناحية التشريع المدني ، فقد كان لبنان خاضعاً للقوانين العثمانية ومجلة الاحكام العدلية . غير ان السلطة المنتدبة اخذت منذ الاحتلال الفرنسي تعمل بتدرج على سن القوانين والقرارات التشريعية في مسائل عديدة ، مستقلة في ذلك احياناً ، ومتآزرة مع الحكومة المحلية احياناً اخرى .

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

فالاول اصدرته المفوضية العليا الفرنسية بالقرار ذي العدد 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 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 لبنان ^٢ .

وبهذا الغيت جميع الاحكام السابقة التي لا تأتلف واحكام القانون الجديد . مثاله ، الغي من المجلة ما يتعلق بمسائل الشفعة و « الحيطات والجيران »

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

(٢) كان يطبق ايضاً في سوريا حتى الغي بالقانون المدني السوري عام ١٩٤٩ .

وباقى الحقوق العينية ، وما اليها . وقد تعدلت بعض مواد هذا القانون ، لا سيما بقانون ٥ شباط ١٩٤٨ المتعلق بفصل الشفعة .

ثم في عام ١٩٢٥ ، عهدت الحكومة الى القاضي الفرنسي السيد روبرس^٢ بوضع قانون الموجبات والعقود . ثم عرضت ما دونه على الاستاذ لويس جوسران ، رئيس معهد الحقوق في جامعة ليون ومستشار محكمة التمييز الفرنسية سابقاً ، صاحب التأليف والابحاث المشهورة في عالم الشريعة الفرنسية^٣ . فغيره هذا تغييراً اساسياً ، وكتبه مجدداً ، ووضع مشروعه النهائي . وهذا المشروع عرض بدوره على اللجنة الاستشارية التشريعية اللبنانية ، فنقّحت ما لزم منه ، على ضوء قوانين البلاد العامة وعاداتها المحلية ، فحذفت بعض موادها وعدّلت البعض الآخر^٤ . ثم تقدم المشروع الى المجلس النيابي 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 ، ومنها شركة الملك ، وعقود الغرر (الضمان والمقامرة والمراهنة والدخل مدى الحياة) والصلح والكفالة .

(١) اعدت مشروع هذا القانون لجنة مؤلفة من مؤلف هذا الكتاب ومن الاستاذ بن زهدي يكن وخليل جريج ، ولكل منهما كتاب في احكام الشفعة .

(٢) Ropers .

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

Cours de droit civil positif francais ;

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

(٤) انظر تقرير نائب رئيس اللجنة الاستشارية التشريعية ، المؤرخ في ٣١ كانون الاول

سنة ١٩٣٠

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 بجارس الجوامد ، وقانون ٢٧ ايار سنة ١٩٣٧ بتعديل المادتين ٦٥٢ و ٦٥٦ بشأن تعويض الصرف من الخدمة في اجارة العمل . وان قانون الموجبات والعقود الغى صراحة في المادة ١١٠٦ جميع احكام المجلة وغيرها من النصوص التشريعية التي تخالفه أو لا تتفق مع نصوصه . وبهذا لم يبق من احكام المجلة ، مع ما الغى 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 عندما تكون في حكم الوصية عند المسلمين ، واحكام اخرى شتى تتعلق بالصيد وارااضي الموات والاراضي المباعة ، وغيرها .

ويوم نفاذ قانون الموجبات والعقود ، وضع قانون اصول المحاكمات المدنية للبناني 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

(١) في المواد ١٤٣١ - ١٤٤٨ 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

المحاكمات الحقوقية العثماني وذيله ، وقانون الاجراء ^١ . وقد طرأ على القانون الجديد تعديلات عديدة ، اهمها في التنظيم القضائي ، وقواعد الاختصاص والصلاحية ، وجلس المدين .

وكذلك ناطت الحكومة بالاستاذين كوهندي وغونو ، استاذي القانون التجاري في معهد ليون ايضاً ، وضع قانون التجارة اللبناني . فوضعا مشروعاً ، عدلته اللجنة الاستراعية الاستشارية ^٢ ، ونقحه الاستاذ فابيا ، احد اساتذة معهد الحقوق الفرنسي في بيروت . ثم نشر بعدئذ في الجريدة الرسمية بتاريخ ٧ نيسان سنة ١٩٤٣ ^٣ ، على ان يعمل به بعد ستة اشهر من نشره . وهو ينص على امور لم تكن في القانون السابق ، كأحكام الشركات المغفلة (الأنونيم) وسجل التجارة والصلح الاحتياطي وغيرها ، كما انه أقر عدم أهلية المرأة المتزوجة للتجارة دون رضى زوجها الصريح او الضمني (المادة ١١ منه) ، خلافاً للقانون العام المعمول به في هذه البلاد . وقد تعدلت بعض مواد هذا القانون ، لا سيما المتعلقة منها بالشركات المغفلة ، بتاريخ ٣٠ ايلول سنة ١٩٤٤ و ٢٣ تشرين الثاني سنة ١٩٤٨ .

ولما عازمت ايضاً الحكومة اللبنانية على اصدار قانون جديد للعقوبات ، عهدت بتدوينه الى لجنة من كبار القضاة في محكمة الاستئناف ^٤ . فقامت اللجنة بذلك ، وانجزت عملها ، وقدمت مشروع القانون الجديد . وبعد ترجمته وافقت الحكومة عليه بمرسوم استراعي ^٥ ، 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) الا في معاملات التنفيذ الجارية على العقارات التي لم يطبق عليها نظام السجل العقاري (المادة ٨٥٦ من القانون الجديد) .

(٢) الموافقة بمقتضى المرسوم رقم ٦٠١٩ المؤرخ في ١٨ كانون الاول سنة ١٩٢٩ .

(٣) بمقتضى المرسوم الاستراعي رقم ٣٠٤ المؤرخ في ٢٤ كانون الاول سنة ١٩٤٢ .

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

(٥) ذي العدد ٣٤٠ المؤرخ في اول آذار سنة ١٩٤٣ .

والقضاء اللبنانيين ، وعلى استعداد هذه البلاد الكافي للاستقلال في هذه الناحية وفي غيرها من النواحي العامة . وقد اقتبس قانون العقوبات السوري عن هذا القانون ، كما سنرى .

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

ومن اهم القوانين اللبنانية الحديثة ايضاً قانون العقوبات العسكري^١ الصادر في ١٢ كانون الثاني سنة ١٩٤٦ ، وقانون العمل الصادر في ٢٣ أيلول سنة ١٩٤٦ ، وقانون التجارة البحرية الصادر في ١٨ شباط سنة ١٩٤٧ ، وقانون اصول المحاكمات الجزائية الصادر في ١٨ أيلول سنة ١٩٤٨ ، وقانون الغابات الصادر في ٧ كانون الثاني سنة ١٩٤٩ ، وقانون الطيران الصادر في ١١ كانون الثاني سنة ١٩٤٩ ، وقانون الجيش الصادر في ٢ تشرين الاول سنة ١٩٥٠ ، وغيرها .

وبالجملة ، فالقوانين اللبنانية الجديدة مأخوذة عن أرقى القوانين والاجتهادات الاوربية . وهي متشعبة باحدث 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 ، المعدل بقانون ٤ كانون الاول سنة ١٩٤٦ ، الذي نظم المحاكم الشرعية الاسلامية السنية والجعفرية ، النازرة في امور الاحوال الشخصية . فألقى فيها محكمة التمييز واستبدل بها محكمة شرعية عليا ، مؤلفة من قضاة شرعيين ، مع قاض عدلي يقوم بوظيفة الادعاء العام لديها . ووجب العمل

(١) هذه التسمية ترجمة مغلوطة لعبارة Code de justice militaire . والاصح ان يقال قانون القضاء العسكري ، لان هذا القانون لا يحوى احكام العقوبات العسكرية فحسب ، بل ينص ايضاً على تنظيم المحاكم العسكرية واصول المحاكمة فيها .

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 الناشئ عن الاستقلال .

سوريا

سوريا ، كجارها وشقيقها لبنان ، مرت بأدوار تاريخية شبيهة . فقد كانت قبل الحرب العالمية الاولى جزءاً من الامبراطورية العثمانية ، ثم انسلخت عنها بعد انتهاء تلك الحرب ووضعت تحت الانتداب الفرنسي . وكان تاريخ هذا الانتداب نضالاً بين الوطنيين والفرنسيين ، اسفر سنة ١٩٣٠ عن دستور فرضه الفرنسيون فرضاً ، ثم علقوه مراراً متتابعة . وكان هذا الدستور ينص على حكومة جمهورية برلمانية .

ثم كانت الحرب العالمية الثانية ، ودخلت جيوش بريطانيا وفرنسا الحرة سوريا سنة ١٩٤١ ، واعلن الجنرال كاترو انتهاء الانتداب بنفس السنة . ثم اعيد الدستور عام ١٩٤٣ ، وقرر البرلمان السوري اعتبار المادة ١١٦ منه المتعلقة بالانتداب غير نافذة لعدم موافقة السوريين عليها ، واعتبار مقاطعتي العلويين وجبل الدروز من ضمن الاراضي السورية . وقد مرت فترة من التوتر بين السوريين والفرنسيين ، انتهت في ١٧ نيسان سنة ١٩٤٦ باخلاء الاراضي السورية من جميع الجيوش الاجنبية وبإلغاء المحاكم المختلطة جميعاً . وفي خلال سنة ١٩٤٩ ، وعلى اثر حوادث فلسطين ، قلب الجيش السوري الحكم مرتين متتابعتين ، بواسطة المرحومين حسني الزعيم وسامي الحناوي . ثم قلبه بنفس السنة مرة ثالثة بواسطة السيد اديب الشيشكلي ، واعيد الحكم الدستوري الى سوريا . ثم وضعت جمعية تأسيسية خاصة الدستور السوري الجديد ، وتصدق عليه في ٥ أيلول سنة ١٩٥٠ . وهذا

الدستور ينص على نظام الحكم الجمهوري البرلماني ، وعلى تأييد الحريات والحقوق الاساسية والمبادئ الديمقراطية . وينص على ان الاسلام دين رئيس الدولة ، وان الشريعة الاسلامية المصدر الاول للتشريع السوري (المادة ٣) . وتضم الجمهورية السورية اليوم ثلاثة ملايين ونصف المليون من السكان تقريباً ، معظمهم من المسلمين . ولا يزال المذهب الحنفي متبعاً فيها ، في الفتيا وفي القضاء في مسائل الاحوال الشخصية .

اما من الناحية التشريعية المدنية ، فقد كانت سوريا كـلـبـنـان خاضعة للقوانين العثمانية وللمجلة الاحكام العدلية . ولكنها خلافاً للبنان بقيت محافظة على تلك القوانين في عهد الانتداب ، باستثناء قانون الملكية (القرار ذي العدد ٣٣٣٩) المؤرخ في ١٢ تشرين الثاني سنة ١٩٣٠ ، الذي اصدرته السلطة المنتدبة وطبقته في سوريا ولبنان .

ولم تبدأ حركة التشريع الا في عهد الاستقلال . فكان اولها صدور قانون البنات في المواد المدنية والتجارية بتاريخ ١٠ حزيران سنة ١٩٤٧ . وهو قانون عصري ، مبني على ثلاثة مبادئ اساسية . وهي الثقة بالقاضي ، ومنع المصلح والتسوية ، والاخذ بالعرف والتعامل . ويطبق هذا القانون في المحاكم الشرعية ايضاً بمقتضى المرسوم التشريعي ذي العدد ٨٨ الصادر في ٢١ تشرين الثاني سنة ١٩٤٩ ، باستثناء ما يتعلق بقبول البيعة الشخصية والقرينة القضائية ونصاب الشهادة .

وقد رافق الانقلاب السياسي ، الذي حصل في أيام حسني الزعيم سنة ١٩٤٩ ، انقلاب تشريعي كانت نتيجته تأليف لجنة برئاسة وزير العدل آنئذ الاستاذ اسعد الكوراني ، واصدار ثلاثة قوانين كبيرة : القانون المدني وقانون التجارة وقانون العقوبات . وهي منقولة مع بعض التحوير عن القوانين المصرية واللبنانية والعراقية . ولا بأس بكلمة وجيزة عن كل منها . فقد صدر اولاً القانون المدني السوري بالمرسوم التشريعي رقم ٨٤

المؤرخ في ١٨ أيار سنة ١٩٤٩ ، على ان يطبق ابتداء من ١٥ حزيران سنة ١٩٤٩ . وهو يتألف من ألف ومائة وثلاثين مادة . وقد نقل معظمه عن القانون المدني المصري . ونقل بعضه عن قانون الموجبات والعقود اللبناني ، كما في مسألة حوالة الحق في الباب الرابع من القسم الاول . ونقل البعض الآخر عن قانون الملكية (القرار ٣٣٣٩) مع الغاء حق الشفعة باعتباره من الحقوق الضعيفة ١ .

ثم بتاريخ ٢٢ حزيران سنة ١٩٤٩ صدر قانون العقوبات وقانون التجارة بالمرسومين التشريعيين رقم ١٤٨ و ١٤٩ ، على ان يطبقا اعتباراً من اليوم الاول من ايلول من نفس السنة . فقانون التجارة يتألف من سبعة مائة واربع وسبعين مادة . وهي مأخوذة عن المشروع الذي اقرته اللجنة القانونية لجامعة الدول العربية بخصوص الاسناد التجارية ، وعن القوانين التجارية اللبنانية والعراقية والمصرية بخصوص باقي المسائل . ولا بد من الاشارة الى ان هذا القانون ، خلافاً للقانون اللبناني ، نص على جواز تأسيس الشركات المحدودة المسؤولية (ليمتد) .

اما قانون العقوبات السوري ، فهو يتألف من سبعة مائة وست وخمسين مادة . وقد استمد اصوله من روح القانون اللبناني ومن معظم نصوصه ٢ .

(١) راجع المذكرة الايضاحية لهذا القانون .

(٢) راجع المذكرة الايضاحية لهذا القانون ، وقرار الهيئة العامة لمحكمة التمييز السورية رقم

٢٢٩ الصادر في ١٢ نيسان ١٩٥١ ، والمنشور في المجلة القضائية (١٩٥١ ، ص ٣٧٢) .

الفصل العاشر

لمحة في تاريخ القوانين الأوروبية

القانون الروماني

اذ كانت القوانين الجديدة في البلاد الشرقية نتاج الشرائع الأوروبية ، 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 المدينة الغربية ، وذلك خلال اربعة عشر قرناً ، انتهت بوفاة يوستينيانوس 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^١ 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 مجلس الشيوخ ، وقوانين مجالس الشعب المتعددة ، و « الدساتير » او الاوامر الامبراطورية^٢ . اما الثاني ، او غير المباشر ، فانه نتج عن اجتهاد القضاة ومناشيرهم ، وعن

Duodecim Tabulae (١)

Leges regiae, Senatusconsulta, Leges, Plebiscita, Constitutiones . (٢)

فتاوى علماء القانون^١، أمثال بابنيانوس وأوليبيانوس السوريين، وغايوس، وبولس، ومودستينوس، وغيرهم^٢.

واهم ما تركه الرومان مجاميع الشرائع الست^٣، التي أمر الامبراطور يوستينيانوس بتدوينها في اوائل القرن السادس، والتي اخذت عن جميع مصادر شريعتهم من قوانين واجتهاد وفتاوى، وهي تعرف باسم «جامع الحقوق المدنية»^٤. ولما اضمحلت الامبراطورية الرومانية، امتزجت بعض احكام القانون الروماني بقوانين الغزاة الذين اجتاحتوا اوروبا، واختلطت بعاداتهم القبلية. 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 الروماني، واتخذته اساساً لها، مع التغيير الذي يتطلبه تطور الامم واختلاف الزمان والظروف الخاصة. ولعل اهم ما ورثه الاوروبيون عن اسلافهم الرومانيين القواعد العامة في باب الموجبات والعقود، فهذه نراها في القانون الروماني في عهده الاخير متقاربة جد التقارب مما هي عليه اليوم في معظم القوانين الحديثة. وملاحظة اخيرة: وهي ان الشريعة الرومانية منذ قانون الالواح الاثني عشر، وجميع الشرائع الحديثة هي قوانين مدنية وضعية صادرة عن الدولة، ولا علاقة لها باحكام الدين، خلافاً لما رأيناه في الشريعة الاسلامية^٥.

فانونه نابوليه

كانت فرنسا في اواخر القرون الوسطى فريسة الفوضى التي كانت تتحكم

(١) Edicta magistratuum et Responsa prudentium

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

(٣) Codex, Digesta (Pandectae), Institutes, Quinquaginta decisiones,

Codex repertitae praelectionis, Novellae constitutiones.

(٤) Corpus juris civilis. راجع في كل ذلك كتاب القانون الروماني، تأليف جيار

(باريس، ١٩٢٤، ص ١-٩٦)، وكتاب Antiquité romaine et moyen âge تأليف

Seignobos، (باريس، ١٩١٩).

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

في اوروبا آنذاك ، وكانت الاقاليم الفرنسية مجزأة في التنظيم والعادات والتقاليد . وكان امرها كذلك من الناحية التشريعية . فانها انقسمت قسمين كبيرين : احدهما القسم الشمالي وهو المسمى ببلاد الشريعة العرفية ^١ ، والثاني القسم الجنوبي المعروف ببلاد الشريعة المدونة ^٢ بسبب تأثره بالقوانين الرومانية . وما ان قويت سلطة الدولة المركزية ، وانتظمت الوحدة الداخلية ، حتى مست الحاجة الى توحيد القوانين المختلفة والعادات المتفرقة . وقد قام بهذا العمل الشاق نابوليون ، فجمع لذلك لجنة اشرف على اعمالها بنفسه . وهي دوّنت قانون نابوليون الشهير او القانورن المدني الفرنسي ، الذي نشر عام ١٨٠٤ ، وكان اول تدوين رسمي عام في اوروبا الحديثة ، وفتاحة عهد جديد في هذا الميدان ^٣ .

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 . ويتسم 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 المدنية وقانون التجارة سنة ١٨٠٧ ، وقانون اصول المحاكمات الجزائية سنة ١٨٠٨ ، وقانون الجزاء سنة ١٨١٠ . ولا بد من التنويه بان معظم هذه القوانين وغيرها قد اصابها التعديل مراراً عديدة ، لاسيما خلال هذا القرن وخلال الحرب العالمية الثانية . وقد كانت القوانين الفرنسية ، وخاصة القانون المدني ، مثلاً اتبعته

Pays de droit coutumier (١)

Pays de droit écrit (٢)

(٣) انظر تاريخ التشريع الفرنسي في كتاب بلان-بول المذكور سابقاً (ج ١ رقم ٣٤ -

١٤٣) ، وفي كتاب Cours élémentaire d'histoire du droit français تأليف اسمان Esmein (باريس ، ١٩٢١) .

معظم دول أوروبا في تدوين قوانينها . فجاء بعضها ، كالقانون البلجيكي ، منقولاً عنه بكامله تقريباً . وجاء البعض الآخر منقولاً بتصرف اقتضته الظروف الخاصة للدولة التي أصدرته ، كالقانون الألماني والقانون السويسري .

سويسرا والمانيا

أخذت قوانين سويسرا والمانيا كثيراً عن قانون نابوليون . ولكنها على الرغم من ذلك احتفظت بطابعها الوطني الخاص من حيث نمطها وفجواها . وقد كان للاستاذة في تدوينها قسط وافر ، فجاءت بأسلوبها ذات لون علمي نظري ، امتازت به من باقي القوانين الأوروبية ، وعدت لاجله من أرقى 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 ، احد اساتذة جامعة برن ، بوضع القانوني المدني السويسري . فوضعه واقرته مجالس الاتحاد عام ١٩٠٧ ، وعمل 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 وثلثمائة وخمس وثمانين مادة موزعة في خمسة كتب ، تبحث تباعاً في العموميات والموجبات والحقوق العينية وحقوق العائلة والموارث . وعلى اثر تسلم الحزب الوطني الاشتراكي ^٣ الحكم في المانيا ، التفت الحكومة عام ١٩٣٥ مجعاً لعلم الحقوق ، غايته اقتراح التعديلات التشريعية اللازمة ، لكي يتمشى القانون الألماني في اساسه وفروعه مع مبادئ

Code fédéral des obligations (١)

Bürgerliches Gesetzbuch (٢)

Nationalsozialist او مختصراً نازي او نازي Nazi . (٣)

الحزب^١ . ولا شك في ان هذه الحركة اندثرت بعد الحرب العالمية الثانية بانكسار المانيا النازية .

انكلترا واميركا

شدّ عن حركة التدوين العامة في القرن التاسع عشر انكلترا والولايات المتحدة الاميركية . فانهما بقيتا بالجملة بعيدتين عن هذه الحركة ، واحتفظتا بشريعتهما المبنية على العادة والسوابق 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 مدونة قانونية رسمية شاملة ، فان على قضاتهم ان يتقيدوا بجتهادهم السابق او بما يسمونه « السوابق »^٣ . فالمحاكم البدائية ملزمة باتباع اجتهاد المحاكم العليا ؛ والمحاكم العليا تنقيد بجتهادها السابق ؛ بصورة تجعل من « السوابق » اساساً ثابتاً لاحكامهم ، لا يمكنهم تغييره بسهولة ، وتعمل الاجتهاد موحداً معلوماً . وقد جاهر بهذا المبدأ بلاكستون^٤ ، وغيره من كتاب القرن الثامن عشر في انكلترا . ثم اصبحت قاعدة ثابتة إلزامية في القرن التاسع عشر ، على أثر احكام عديدة صدرت عن مجلس اللوردات بصفته المرجع الاعلى للقضاء الانكليزي^٥ .

(١) ومن اعمال هذا المجمع كتاب Die Lehre von den Leistungsstörungen (طبع توبنغن، ١٩٣٦) . انظر ايضاً كتاب مانكيفتز Mankiewicz بعنوان Le National-socialisme allemand (باريس ١٩٣٨) ، ومقال كامبل A. H. Campbell في مجلة القانون الفصلية (Law Quarterly Review) لسنة ١٩٠٦ ، ص ١٤٥ .

Common Law (٢)

Precedents (٣)

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

(٥) خصوصاً في الحكم الصادر سنة ١٨٦١ في قضية بيمش ضد بيمش (Beamish v. A First Book of Jurisprudence ، لندن ، ١٩١٨ ، ص ٣٣٤ وما بعدها .

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^١ . ومع ذلك ، فقد كان عند الانكليز منذ بدء تاريخهم التشريعي بعض القوانين^٢ التي سنتها الدولة . ولكنها كانت قوانين خاصة ، متعددة ومتناقضة ومبعثرة . وقد جمع قسم منها في القرن الثامن عشر ، وخاصة ابتداء من سنة ١٨٦١^٣ .

وكذلك دوت 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 السرقة ، وخاصة قانون سنة ١٩١٦ ، وما اليها . وايضاً دوت 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 الجدل الذي قام حوله^٤ . ولكننا نكتفي بالاشارة الى انه قام بعض رجال الانكليز في انكلترا ، وطالبوا بالتدوين الرسمي العام ، كما نرى في اقتراح وستبوري^٥ عام ١٨٧٠ . ولكن سعيهم لم يتكامل 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

Case - Law (١)

Statutes (٢)

Statute Law Revision Acts (٣)

(٤) راجع بهذا الموضوع كتاب اوستن المذكور (ص ٣٣١ وما بعدها) ، وكتاب سالوند

(ص ١٧٦ وما بعدها) .

Westbury's Digest (٥)

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 كان يعمل به مسلمو الهند
البريطانية قبل التقسيم 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 لبعض الولايات منها تدويناً رسمياً ، كولاية لويزيانا التي اخذت كثيراً
عن القانون الفرنسي . وللبعض الآخر مجموعات مختلفة للعرف العام ^١ .
وبصورة اجمالية ، لم تتأثر الشريعة الاميركية الانكليزية بالقانون الروماني ،
كما تأثرت به باقي القوانين الاوروبية . بل أخذت منه شيئاً يسيراً عن
عن طريق القانون الكنتسي في القرون الوسطى ، وعن طريق بعض
المؤلفين امثال براكتون ولتلتون ^٢ وغيرهم .

البَابُ الثَّالِثُ

مَصَادِرُ الشَّرْعِ الْأِسْلَامِيِّ

الفصل الاول

الادلة الشرعية

مقدمات

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

وان الحديث الشريف او السنة النبوية هي المصدر الثاني بعد القرآن الكريم ، وهي التي جاءت مفسرة ومتممة له . وقد ابتدأ الخلاف بين المذاهب في هذا المصدر ، من ناحية طرق التحقيق عنه ومن ناحية شروط قبوله . ومن هذين الاصلين تفرع اعلان آخران ، هما الاجماع والقياس . فقبل بهما جمهور الفقهاء ، ورفضها او تشدد في قبولها الآخرون .

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

وقد درس الفقهاء هذه المصادر والادلة في علم خاص سمي 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 . ومن اشتهر بعد ذلك من علماء الاصول عند الشافعية : ابو حامد الغزالي مصنف المستصفى ^١ ، وابو 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 السؤل في شرح منهاج الاصول ، وتاج الدين السبكي مؤلف كتاب جمع الجوامع ومتمم كتاب الابهاج شرح المنهاج الذي ابتداء به والده تقي الدين ^٣ .

ومن الاصوليين الحنفيين اشتهر البزدوي ^٤ مصنف كتاب الاصول ، الذي شرحه النسفي 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 ^٥ ، وكمال الدين محمد بن المهام (المتوفى سنة ٨٦١ هـ) مصنف كتاب التحرير ^٦ ، ومحب الله بن عبد الشكور البهاري (المتوفى سنة ١١١٩ هـ) مصنف كتاب مسائل الثبوت . والكتابان الاخيران هما على طريقتي الشافعية والحنفية معاً .

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

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

× (٣) مر الكلام عليها في الفصل الرابع المذكور . وان جمع الجوامع شرحه جلال الدين المحلي ، وصنف البناني حاشية على الفرج .

— (٤) مر ذكره في الفصل الثاني من الباب السابق .

— (٥) مر معنا انه مؤلف كتاب النقاية مختصر الوقاية .

— (٦) مر معنا ايضاً انه مؤلف ففتح القدير شرح البداية .

ومن علماء الاصول المالكيين اشتهر جمال الدين عثمان بن الحاجب (المتوفى سنة ٦٤٦ هـ) مؤلف منتهى السؤل والامل مختصر كتاب الاحكام للآمدي ، وابو اسحق ابراهيم الشاطبي الغرناطي (المتوفى سنة ٧٩٠ هـ) صاحب كتاب الموافقات المعروف وكتاب الاعتصام^١ . واشتهر من الحنبلين ابن تيمية وابن قيم الجوزية ، ومن اهل الظاهر ابن حزم^٢ .

النسخ في الكتاب والسنة

ان النسخ في علم الاصول معناه رفع حكم شرعي بدليل شرعي لاحق . وسببه التيسير على الناس ، والتدرج في التشريع ، وتغير احكام المعاملات بتغير الازمان . وهو على انواع : نسخ القرآن بالقرآن ، ونسخ السنة بالسنة ، ونسخ القرآن بالسنة . وقد حصل في ذلك تفصيل وخلاف .

فوقوع نسخ القرآن بالقرآن ثابت عند جمهور الفقهاء . ولم يخالفهم في ذلك إلا ابو مسلم بن بحران^٣ . وان معظم النسخ حصل في امور المعاملات التفصيلية الواردة في الآيات المدنية ، خلافاً لاحكام الكلية الواردة في الايات المكية ، التي كان النسخ فيها قليلاً . وقد ذكر السيوطي وقوع النسخ في عشرين موضعاً^٤ .

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 هجرأ »^٥ .

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 .

١ (١) راجع ترجمته في كتاب نيل الابتهاج بتطريز الديباج للتذكي (بهامش الديباج لابن فرحون) ص ٤٦ .

— (٢) مر ذكر ابن تيمية وابن القيم وابن حزم في الباب السابق .

٢ (٣) تفسير الفخر الرازي ، ج ١ ص ٤٣٥ .

٣ (٤) الاتقان في علوم القرآن ، ج ٢ ص ٢٢ - ٢٣ .

٤ (٥) رواء السيوطي في الجامع الصغير (رقم ٦٤٣١) ، نقلا عن مستدرك الحاكم .

فهي إذ ذاك بمنزلة التفسير لمعناه ، والتفصيل لمجمل احكامه . ولكنهم اختلفوا في جواز مخالفتها لنصه ^١ .

قال مالك واصحاب ابي حنيفة وبعض اهل الظاهر ^٢ انه يجوز للسنة ان تنسخ القرآن ، لان كليهما من الوحي الالهي . فيكون هذا النسخ جائزاً عقلاً . هذا الى دليل وقوعه فعلاً . مثاله ، جاء في آية الوصية : « كُتِبَ عَلَيْكُمْ اِذَا حَضَرَ اَحَدُكُمْ الْمَوْتُ اِنْ تَرَكَ خَيْرًا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروفِ حقاً على المتقين » ^٣ . فمع ما في هذه الآية من الحث على الايضاء للابوين والأقارب ، فانها نسخت عند من ذكرنا من الفقهاء بالحديث الشريف « لا وصية لوارث » ^٤ .

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 ، على حين ان السنة فرع القرآن وانها ليست بمعجزة مثله .

ثانياً - الآية : « قل ما يكون لي ان ابدله من تلقاء نفسي ان اتبع الا ما يوحى اليّ اني أخاف ان عصيت ربي عذاب يوم عظيم » ^٥ . فهذا امر موجه الى النبي (ص) بان لا يبدل احكام القرآن الكريم من تلقاء نفسه .

ثالثاً - الآية : « ما ننسخ من آية او ننسخها نأت بخير منها او مثلها » ^٦ .

^٥ (١) الاحكام للامدى (ج ٢ ص ١٨٥) ، والتقرير والتحبير لابن امير الحاج شرح التحرير لابن الهمام (بولاق ، ج ٣ ص ٦٤) .

^٦ (٢) الاحكام لاصول الاحكام لابن حزم ، ج ٤ ص ١١١ - ١١٤ .

× (٣) سورة البقرة (٢) ١٨٠ .

^٧ (٤) روي ايضاً بألفاظ اخرى : « ان الله قد اعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث » ، « لا تحوز وصية لوارث الا ان يشاء الورثة » ، « لا وصية لوارث الا ان يخير 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) .

× (٥) سورة يونس (١٠) ١٥ .

× (٦) سورة البقرة (٢) ١٠٦ .

ومعلوم ان نسخ الآية لا يكون الا بآية .

رابعاً - الحديث : « ما جاءكم عني فاعرضوه على كتاب الله ، فما وافقه فاننا قلته وما خالفه فلم اقله » ١ . ثم الحديث الصريح : « كلامي لا ينسخ كلام الله ، وكلام الله ينسخ كلامي ، وكلام الله ينسخ بعضه بعضاً » ٢ . خامساً - بشأن آية الوصية ، اوضح الشافعي انها الغيت ضمناً بآية الموارث التي اتت بعدها والتي عينت فرائض كل من الورثة وحصصهم الشرعية ، وان حديث « لا وصية لوارث » اتى موافقاً لآية الموارث ولا تكون السنة الا تبعاً للكتاب ٣ .

والحاصل ، فان قول الشافعي واحمد بن حنبل في هذه المسألة هو ، كما نرى ، اقرب الى القاعدة الحديثة ، القائلة بان حق الغاء القانون يعود الى السلطة التي اصدرته ٤ .

٨ (١) رسالة الشافعي ، ص ٦٢ .

— (٢) رواه الدارقطني وابن عدي ، وعده السيوطي من الاحاديث الضعيفة ، (الجامع الصغير ، رقم ٦٤٣٧) .

٩ (٣) رسالة الشافعي ، ص ٦١ . راجع ايضاً رسالة معارج الاصول لابن تيمية ، مصر ، ١٣٢٣ هـ ، ص ٢٤ . قال فقهاء المذهب الجعفري ان آية الوصية غير منسوخة . وهو قول وجبه اخذ به قانون الوصية المصري الجديد (المادة ٣٧) .

× (٤) Cujus est condere legem , ejus est abrogare

الفصل الثاني

الكتاب

تنزيل القرآن الكريم

القرآن الكريم هو الدليل الاول والمصدر الاساسي للشرع الاسلامي . وهو كتاب الله تعالى ، حيث جاء فيه : « تنزيل الكتاب لا ريب فيه من رب العالمين » . « اتنا نزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما اراك الله ولا تكن للخائنين خصيماً » . « وما ينطق عن الهوى . ان هو الا وحي يوحى » ١ .

وكانت آيات القرآن تنزل متفرقة حسب مقتضيات حوادث المجتمع الاسلامي . فلذا سميت هذه الحوادث باسباب النزول . وكانت مدة تنزيل القرآن اثنتين وعشرين سنة ويزيد ٢ ، منها اثنتا عشرة سنة وخمسة اشهر وثلاثة عشر يوماً في مكة قبل هجرة النبي (ص) ، والباقي في المدينة او غيرها بعد الهجرة النبوية . واكثر الآيات المكية قصير يتعلق بامور الدين والعبادات والتوحيد بصورة اجمالية ، على حين ان الآيات المدنية طويلة فيها معظم التشريع الاسلامي التفصيلي ٣ .

وكان التشريع القرآني يأتي تدريجياً على مقتضى اسباب النزول ،

١ (١) سور السجدة (٣٢) ٢ ، والنساء (٤) ١٠٥ ، والنجم (٥٣) ٣ - ٤ .
١٠ (٢) هذا هو القول المختار . وقد اختلف في مدة اقامة النبي (ص) في مكة المكرمة ، ومن ثم اختلف في مدة تنزيل القرآن الكريم . فقبل انها كانت ثمان عشرة سنة او عشرين او ثلاث وعشرين او خمس وعشرين سنة . انظر في ذلك : تاريخ القرآن للزنجاني (ص ١١) ، وزاد المعاد في هدي خير العباد لابن القيم (ج ١ ص ٢٧) ، والاتقان في علوم القرآن للسيوطي (ج ١ ص ٣٩) ، واسباب النزول للواحدي النيسابوري (ص ١) ، وتاريخ التشريع الاسلامي للخضري (ص ٥) ، وتاريخ الفقه الاسلامي للدكتور عبد القادر (ج ١ ص ٧) .
١١ (٣) انظر الاقوال المختلفة في معرفة المكّي والمدني : الاتقان (ص ٨ وما بعدها) ، وتاريخ القرآن للزنجاني (ص ١١ - ٣٩) .

واستعداد العرب لتترك عاداتهم القديمة واستبدال الاحكام الجديدة بها ، كما نرى في مسألة تحريم الخمر والميسر مثلاً . فقد اتى التحريم اولاً بصورة النصح دون النهي ، في الآية الكريمة : « يسألونك عن الخمر والميسر قل فيها اثم كبير ومنافع للناس واثمها اكبر من نفعها » . ثم حرم السكر عند اقتراب الصلاة بالآية : « يا ايها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وانتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون » . واخيراً اتى تحريم ذلك تحريماً مطلقاً في الآية : « يا ايها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون . انما يريد الشيطان ان يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل انتم منتهون » ١ .

جمع وتفسيره

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

وبعد وفاة النبي (ص) ، جمع القرآن زيد بن ثابت بامر ابي بكر الصديق . ثم جمع في عهد عثمان بن عفان عام ٣٠ هـ (٦٥٠ م) على قراءة واحدة وفي مصحف واحد ، وعممت نسخه على الامصار المختلفة ٢ .

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

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

٢ (٢) راجع ترتيب سور القرآن المكية والمدنية ، وترتيبها في الصحف المختلفة في كتاب تاريخ القرآن لابي عبد الله الزنجاني (القاهرة ، ١٩٣٥ ، ص ٢٧ - ٥٧) ، وكتاب تاريخ القرآن لنولدكه (Nöldeke , Geschichte des Qoräns طبع غوتنغن ، ١٨٦٠ ، ص ٤٥ وما بعدها) .

عباس ، وائي بن كعب ، وزيد بن ثابت ، وابو موسى الاشعري ،
وعبدالله بن الزبير^١ . وبوجه خاص ، اشتهر من هؤلاء العشرة اكثر من
سواهم : علي بن ابي طالب وعبدالله بن عباس ، وهما من اقرباء النبي (ص) ،
وعبدالله بن مسعود .

وفي صدر الدولة العباسية وما بعدها ، ظهر علم التفسير ، وصنفت
التفسيرات العديدة . واشهرها : التفسير الكبير المسمى جامع البيان في
تفسير القرآن للطبري^٢ في ثلاثين جزءاً ، وتفسير الكشاف في اربعة اجزاء
لابي القاسم محمود بن عمر الحوارزمي الزمخشري (المتوفى سنة ٥٣٨ هـ) ،
ومفاتيح الغيب المشتهر بالتفسير الكبير لفخر الدين الرازي في ثمانية اجزاء ،
وتفسير البيضاوي ، وتفسير الجلالين لجلال الدين المحلي وجلال الدين السيوطي ،
وغيرها^٣ . واشهر تفاسير الشيعة مجمع البيان وجامع الجوامع لابي علي
الفضل بن الحسن الطبرسي (المتوفى سنة ٥٤٨ هـ)^٤ .

ترجمة معاني القرآن الكريم

ان القرآن الكريم انزل « بلسان عربي مبين » . « إنا أنزلناه قرآناً
عربياً لعلمكم تعقلون »^٥ . وقد حمي الجدل حول جواز ترجمته او ترجمة
معانيه الى اللغات الاجنبية . واشتد هذا الجدل 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 السيء الذي

١٤ (١) انظر الانتقان في علوم القرآن للسيوطي ، ج ٢ ص ١٨٧ .

١٥ (٢) وهو احد اصحاب المذاهب البائدة ، كما اسلفنا .

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

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

× (٥) الشعراء (٢٦) ١٩٥ ، ويوسف (١٢) ٢ .

أحدثته الترجمة الخاطئة ^١ .

وهذا القرار اقترحه فضيلة شيخ الجامع الأزهر ، وساندته فتوى كبار العلماء واساتذة كلية الشريعة . ولكن البعض ، ومنهم جمعية المحامين الشرعيين ، عارضوا في ذلك . ثم اشتد الحوار بين المؤيدين والمعارضين ، وتراشق الفريقان بالحجج ، وتسابقا في نشر المقالات العديدة والرسالات المختلفة ^٢ . وخلاصة حجج المعارضين ان « اللسان العربي شعار الاسلام واهله » ^٣ ، وان القرآن الكريم هو اسم للنظم والمعنى وان الترجمة بطلان لتعريفه ^٤ ، « وانه لا يجوز ترجمة القرآن ولا ترجمة معانيه ولا ان تمسه الترجمة بحال لما يترب على ذلك من المضار في الدين واللغة والوطن » ^٥ ، وان « القرآن روح ونور لا يترجمان وان الترجمة مضیعة له » ^٦ .

اما المؤيدون لجواز ترجمة معاني القرآن ، فقد استدلوا بما يأتي :
اولا - « روي ان الفرس كتبوا الى سلمان (الفارسي) ان يكتب لهم الفاتحة بالفارسية ، فكانوا يقرأون ذلك في الصلاة » ^٧ . وان النبي (ص) لم ينكر عليهم ذلك ^٨ .

ثانياً - جوز الامام ابو حنيفة الصلاة بالفارسية او بغيرها مطلقاً . وقال صاحباه ابو يوسف ومحمد ان ذلك لا يجوز الا لمن لا يحسن العربية .

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

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

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

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

٢٢ (٥) فتوى المحامين الشرعيين في ١٢ حزيران سنة ١٩٣٦ .

٢٣ (٦) حدث الاحداث ، ص ٦٢ .

٢٤ (٧) المبسوط للسرخسي ، ج ١ ص ٣٧ .

٢٥ (٨) رسالة النفحة القدسية في احكام قراءة القرآن وكتابته بالفارسية ، للشرنبلالي ، مصر ،

وقيل ان ابا حنيفة رجع عن قوله ، وقيد الجواز بعدم القدرة على فهم العربية ، كما فعل صاحبا ١ .

ثالثاً - لم تكن الدعوة الاسلامية موجهة الى العرب فحسب ، بل الى جميع الشعوب . يؤيد ذلك قوله تعالى : « تبارك الذي نزل الفرقان على عبده ليكون للعالمين نذيراً » . « قل الله شهيد بيني وبينكم ، واوحى اليّ هذا القرآن لانذركم به » ٢ . ويؤيده 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 : « فاما يسترنه بلسانك لعلمهم يتذكرون » . « ولو نزلناه على بعض الاعجميين ، فقرأه عليهم ما كانوا به مؤمنين » ٤ .

وان الرأي المختار اليوم هو ان ترجمة القرآن ترجمة حرفية متعذر ومحظور . و « اما الترجمة المعنوية ، التي هي عبارة عن تفسير ما يحتاج الى تفسيره منه بلغة اخرى ، فغير محرم ، وانما تتبع فيه المصلحة الشرعية بقدرها » ٥ .

وعلى كل حال ، فقد ترجم القرآن الكريم في الواقع الى معظم

٢٦ (١) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي (ج ١ ص ١١٠ - ١١١) ، والمجموع شرح المذهب للنووي (ج ٣ ص ٣٨٠) ، وشرح الفقه الاكبر للملا علي الفاري (مصر ، ١٣٢٣ هـ ، ص ١٣٦ - ١٣٧) . وقد استدل ابو حنيفة لجواز ذلك بالآية « وانه لفي زبر الاولين » (الشعراء ، ١٩٦) ، وبآية « وانزلنا اليك الكتاب بالحق مصدقاً لما بين يديه من الكتاب » (المائدة ، ٤٨) . انظر الفتاوى الحديثة لابن حجر ، مطبعة التقدم ، ص ١٢٩ .

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

٢٧ (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 .

٢٨ (٥) مجلة المنار ، ١٣٤٤ هـ ، ص ٤٩٢ .

اللغات الاجنبية : اللاتينية ١ ، والانكليزية ٢ ، والفرنسية ٣ ، والتركية ٤
وغيرها . وفي كل من هذه اللغات اليوم ترجمة واحدة او اكثر .

Venerable Bede

٢٩ (١) اول ترجمة لاتينية كانت بقلم بطرس المحترم راهب كلني عام ١١٤٣ م . ثم نلثها تراجم
اخرى ، اشهرها اليوم ترجمة مراتشي (Maracci) بعنوان (Alcorani Textus Universus) .
انظر تاريخ القرآن للزنجاني (ص ٦٩) وتاريخ العرب المطول لحي (بيروت ، ١٩٤٩ ، ج ١
ص ١٧٤) ، ومقال اوليري في مجلة اسلاميك ريفيو (تشرين الاول ١٩٤٩ ، ص ١١-١٢) .
٣٥ (٢) اقدمها ترجمة اسكندر روس سنة ١٦٤٩ . واشتهرت ايضاً ترجمات رودول وبالمز
ومولانا محمد علي ومارمادوك بكتول وغيرهم .

٣١ (٣) في الفرنسية ترجمات عديدة ، منها : ترجمة سافاري (Savary) و ترجمة كازيميرسكي
(Kasimirsky) ، و ترجمة (Pesle) مع احمد تيجاني (رباط مراكش) ، و ترجمة بلاشير
(Régis Blachère) ، وغيرها .

٣٢ (٤) ذكرنا سابقاً كلمة بهذا الخصوص . ومن الترجمات التركية الحديثة ترجمة عمر رضا
طغرل (Omer Riza Dogrul) ، الاستانة ، ١٩٤٧ .

الفصل الثالث

السنة

كتابة الحديث

السنة هي ما نقل عن صاحب الشريعة الاسلامية قولاً او فعلاً او 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 نهام عن ذلك بقوله : « لا تكتبوا عني ، ومن كتب عني غير القرآن فليمحه ، وحدثوا عني ولا حرج »^١ .

ولقد ذكرنا قبل 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 ابتداء جمع الحديث وترتيبه ، وظهرت مجامع الحديث المعتبرة .

المسانيد والمصنفات

ان مجامع الحديث نوعان : المسانيد والمصنفات . فالاولى جمعت فيها الاحاديث بحسب اسنادها ، اي بحسب اسماء المحدثين الذين نقلوها عن النبي (ص) ، واشهرها مسند الامام احمد بن حنبل الذي قدمنا 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 .

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

وفي القرن الثالث للهجرة ، ظهرت المصنفات السنية المعروفة بالكتب الستة . وهي الصحيحان وكتب السنن الاربعة . ولا بأس هنا بكلمة وجيزة تعرف كلاً من هذه الكتب ^١ .

فالصحيحان هما صحيح البخاري وصحيح مسلم . فالاول هو لابي عبدالله محمد 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 جمعهما موضع الثقة والاعتماد . وقيل ان البخاري قضى ست عشرة سنة في تصنيف الجامع الصحيح .

وان الجامع الصحيح هذا يعدّه اهل السنة اجل كتاب بعد القرآن الكريم ^٢ . وهو يحتوي على اكثر من سبعة آلاف حديث وفيه المكرر ، وعلى نحو اربعة الاف بدونه . واهم شروحه : 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 ^٣ . وهو يحتوي بالمكرر على سبعة آلاف 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) ، والذسائي (المتوفى سنة ٣٠٢ هـ) .

٣٤ (١) راجع طبقات كتب الحديث في كتاب « قواعد التحديث من فنون مصطلح الحديث » لجمال الدين القاسمي (دمشق ، ١٩٢٥ ، ص ٢٢٥ وما بعده) ، وحجة الله البالغة (ج ١ ص ١٣٢) .

٣٥ (٢) قال ابن تيمية : « ليس تحت اديم السماء كتاب اصح من البخاري ومسلم بعد القرآن » . عن فتاوى ابن تيمية ، مصر ، ١٣٢٦ - ١٣٢٩ هـ ، ج ٢ ص ١٩٤ .

٣٦ (٣) مقدمة ابن خلدون ، ص ٣٨٧ .

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)^١ .

اما عند اهل الشيعة ، فأهم 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 ٣٨١ هـ) ، والاستبصار فيما اختلف من الاخبار وتهذيب الاحكام ، والاثنان لجعفر محمد الطوسي (المتوفى سنة ٤١١ هـ)^٢ .

مجموع الحديث

بعد تدوين الحديث ، اخذ رجاله يدرسونه درساً علمياً انتقادياً في علم خاص ، يعرف بمصطلح الحديث . وقد سمي الباحثون في هذا العلم برجال الجرح والتعديل . وهؤلاء وضعوا قواعد لتمييزه وتدقيقه ، وقسموه بحسب درجة الاعتماد عليه الى حديث صحيح وحسن وضعيف وما الى ذلك^٣ . وتعتبر السنة المصدر الثاني للتشريع الاسلامي بعد القرآن الكريم . فهي قد فسرتة وبينت بمجملات نصوصه ، وفصلت كليات احكامه . وهي واجبة الاتباع في جميع المذاهب الاسلامية^٤ ، بدليل ما جاء في الكتاب : « وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا » . « واطيعوا الله واطيعوا الرسول » . « من يطع الرسول فقد اطاع الله »^٥ ، وغيرها من الآيات التي جاءت في لفظها او في معناها . ولا يستثنى من ذلك الا السنة المتعلقة بمعاش الدنيا ، كما سنرى في باب لاحق .

وقد ابتداء الخلاف في السنة بين المذاهب الاسلامية المختلفة ، فوقع

- 37 (١) انظر في ترجمة جميع من ذكرنا كتاب وفيات الاعيان لابن خلكان .
38 (٢) انظر الموسوعة الاسلامية ، تحت كلمة شيعة .
39 (٣) راجع مقدمة ابن الصلاح في علوم الحديث (بمباي ، ١٩٣٨ ، ص ٧ و ١٥ و ٢٠) وقواعد التحديث للقاسمي (ص ٥٥ وما بعدها) .
40 (٤) الا طائفة قليلة ذكر انها ردت الاخبار كلها (الام ، ج ٧ ص ٢٥٠) .
X (٥) سور الحشر (٥٩) ٧ ، والمائدة (٥) ٩٢ ، والنساء (٤) ٨٠ .

اولاً بين اهل السنة واهل الشيعة . فهو لاء 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 » ١ .

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 الحسن ، ولتعدد روايته ، 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 الجدل حول قبول خبر الواحد ، او الحديث برواية الواحد عن الواحد حتى ينتهي به الى النبي (ص) . فمنهم من رذّه 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 احتفت به القرائن ٢ .

ويشترط في الحديث الآحادي ان يكون الراوي مسلماً ، عاقلاً ،

١ (١) وسيلة الوسائل في شرح الرسائل في علم الاصول ، ص ٧ . محمد باقر
٢ (٢) 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) ، ومسلم الثبوت (ج ٢ ص ٨٨) .

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

ويروى الحديث بكلمة حدثنا ، او ما بمعناها كأخبرنا وانبأنا ١ ، عن سلسلة من الراوين ، ويكون اما متصلاً بالنبي (ص) ، او مرسل اي مع ترك الوسطة 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 يتأيد 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 .

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 الاخطار التي تعرض لها الحديث الكذب والوضع . فقد كثر وضع الاحاديث في بعض عصور التاريخ الاسلامي خدمة للسياسة وتأييداً للحزبية ،

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

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

45 (٣) الاحكام للامدي (ص ١٩٣) ، ورسالة الشافعي (ص ٧٥) .

او ترويجاً لبضاعة القصاص ، او لغير ذلك من الاسباب . وكثرت الاحاديث كثرة لا تحصى بالقياس الى ما كانت عليه في عهد صحابة النبي (ص) ومن تبعهم من كبار التابعين . ورويت احاديث ضعيفة سقيمة ، يأبأها المنطق والعقل السليم . وبهذا صدق قول النبي (ص) : « سيكون في آخر امتي اناس يحدثونكم ما لم تسمعوا انتم ولا آباؤكم فآياكم وآياهم » 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 يجب الحلاوة . لو كان الارز رجلاً لكان حليماً . الباذنجان شفاء من كل داء . العازب فراشه من نار . مسكين رجل بلا امرأة ومسكينة امرأة بلا رجل . اكرموا عمتكم النخلة ٣ . البحر هو من جهنم . شر الحمير الاسود القصير » ٤ .

ولو ان هؤلاء المحدثين المدلسين اعتبروا بقول صاحب الشريعة الاسلامية « من يقل علي ما لم اقل فليتبوأ مقعده من النار » ٥ ، ولو انهم اقتدوا ببعض الصحابة ، امثال عمر بن الخطاب والزيير وعبد الله بن مسعود وسعد ابن 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 والافاويل الملفقة . ولكم من حديث

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

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

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

٤٩ (٤) راجع كتاب تأويل مختلف الحديث في الرد على اهل الحديث لابن قتيبة (ص ٩ -

١٠) ، ورسالة المغني عن الحفظ والكتاب للموصلي (مصر ، ١٣٤٢ هـ ، ص ١١ و ٤١ ، مع

انتقادها لحسام الدين القدسي ، مطبعة الترقى 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) .

٥٥ (٥) البخاري بشرح العيني ، ج ٢ ص ١٥٣ .

زائف تسليح به بعض الجبهة ليرموا الشرع بما ليس فيه وليصوروه على غير ما هو .

ولكن يجب ان لا يفهم من هذا ان كل حديث يعتبر موضوعاً ما لم يقم الدليل على العكس ، كما زعم بعض المستشرقين . بل انما الذي يجب استخلاصه هو ان علماء مصطلح الحديث لم يأخذوا بالاحاديث على علانها ، وانهم في تقديم الرجال الرواة وفي تحريم الاسناد والضبط والعدالة ، قد وضعوا ميزاناً علمياً صادقاً للجول في هذا الميدان بكل ثقة واطمئنان^١ . ولذا نرى اليوم ائمة مذهب السلفية الجديد يشورون على التقليد ويحتشدون ويمحصون ، حتى انهم لم يقبلوا بجميع احاديث الصحيحين ، بل اثبتوا ان البخاري نفسه ليس معصوماً من الخطأ لا هو ولا رواه^٢ .

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

ك (٢) مجلة المنار لسنة ١٣٤٧ هـ (ص ٥٠٧ - ٥١٦) . انظر ايضاً كتاب يسر الاسلام واصول التفريع 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 يشاقق الرسولَ من بعد ما تبين الهدى ويتبّع 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 وأولي الامر منكم فان تنازعتم في شئٍ فردّوه الى الله والرسول »^٢ . اي ان اجماعكم عند عدم التنازع مقبول .

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 »^٣ .

ثانياً - الاحاديث العديدة : « امّتي لا تجتمع على الخطأ او على

× (١) سورة النساء (٤) ١١٥ .

× (٢) ذات السورة ، ٥٩ .

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

الضلالة « ١ . » يد الله مع الجماعة « ٢ .
ثالثاً - قول ابن مسعود المأثور : « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ، وما رآه المؤمنون قبيحاً فهو عند الله قبيح » ٣ .
رابعاً واخيراً - العقل . وهو ينفي عادة ان يخطئ 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 المدينة دار الهجرة ودار الصحابة ، وان اهلها اعلم بالوحي وباحوال صاحب الشريعة ، وان اجماعهم من ثم يعمل به وحده ، اذ قال النبي (ص) : « انما المدينة كالكيور تنفي تحبثها وينصع طيبها ... وهي المدينة تنفي الناس كما ينفي الكيور خبث الحديد » ٤ .

وكذلك لا يشترط في المذهب المختار ان يكون الاجماع صادراً عن صحابة النبي (ص) . فاذن ، هو مقبول ولو صدر عن غير هؤلاء . وقد خالف الجمهور في ذلك الامامان احمد بن حنبل وداود الظاهري ، اللذان قالوا ان الاجماع مختص بالصحابة دون غيرهم ٥ .
واخيراً في الرأي المقبول ، لا ينعقد الاجماع باتفاق الخلفاء الراشدين

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

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

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

(٤) انظر الموطأ وشرحه تنوير الحوالك (ج ٢ ص ٢٠١ - ٢٠٢) ، والبخاري وشرحه للعبسي (ج ١٠ ص ٢٤٥) ، ومسلم وشرحه للنووي (ج ٩ ص ١٥٣) .

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

الاربعة وحدهم ، الا اذا لم يخالف اتفاقهم احد . وذلك خلافا للقاضي ابي حازم الحنفي وللإمام احمد بن حنبل في احدى الروايتين عنه ، فانهما قبلتا باجماع هؤلاء الخلفاء وحدهم ، واستدلّا بالحديث الشريف « عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين » ١ .

والاجماع اما ان يكون بابداء الرأي صراحة ، واما ان يكون سكوتياً . فالسكوتي يحصل اذا ما افق احد المجتهدين في احدى المسائل ، وعرف بفتواه الباكون من اهل الاجتهاد في عصره ، ولم ينكرها عليه احد منهم . وقد جعل اكثر اصحاب ابي حنيفة الاجماع السكوتي حجة . ولكن الشافعي نفاه ولم يقره . ثم ان الآمدي اختار رأياً وسطاً ، وهو ان « الاجماع السكوتي ظني والاحتجاج به ظاهر لا قطعي » ٢ .

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 المشتل على قول المعصوم عليه السلام ، لا مجرد اتفاق العلماء على قول » ٣ .

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

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

٥٨ (٢) الاحكام ، ج ١ ص ١٣٠ .

٥٩ (٣) حل العقول لعقد الفحول لمحمد باقر مرتضى الطباطبائي (مطبعة التبزي ، ١٢٩١ هـ ،

ص ٤٤) ، وكتاب عناوين الاصول للشيخ محمد مهدي السكاظمي (بغداد ، ١٣٤٢ هـ ، ج ٢

ص ٧) ، وكتاب التقرير والتجيب (ج ٣ ص ٩٨) .

الفصل الخامس

القياس

معنى القياس

بانتشار الفتوحات وتوسع المملكة الاسلامية ، وبتوالي القرون ، حدثت قضايا جديدة لم يكن فيها نص من الكتاب او السنة ولم يكن فيها اجماع . فاضطر الفقهاء لاجل حلها الى تحكيم العقل وإعمال 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 وجودها . ثم اخذوا يستنبطون من الاحكام عليها . فاذا عرفوا علة حكم منصوص عليه في مسألة من المسائل ، امكنهم قياس مسألة اخرى عليها واعطاؤها مثل حكم المسألة الاولى ان اتفقت معها في العلة . فالحظر مثلاً محرم بالنص ، وعلة تحريمه الاسكار . فلو فرضنا ان النبيذ لم يكن محرماً بالنص ايضاً ^١ ، لأمكننا قياسه على الحظر لانه مسكر ، ولأمكننا تحريمه لجامع علة الاسكار في المقيس والمقيس عليه . وكذلك متى زال الاسكار ، زال التحريم ^٢ .

ومثل آخر : معلوم في الشريعة الاسلامية ان المريض مرض الموت يعتبر ممنوعاً عن بعض التصرفات المضرة بالورثة والدائنين ، لا سيما عن

٦٥ (١) النبيذ وكل المسكرات محرمة في الواقع بنص الحديث « كل مسكر خمر وكل خمر حرام » .

(صحيح مسلم ، ج ٦ ص ١٠١) .

٦١ (٢) الفروق للقرافي ، ج ٢ ص ٣٥ .

الاقرار وعن التبرع . وهذا المنع مبني على علة خوف الهلاك . فبالقياس ولوحدة العلة ، الحق به المحكوم عليه بالاعدام او الخارج للمبارزة ، او ما شاكل .

وكذلك ايضاً ألحق المجنون بالصبي غير المميز ، وألحق المعتوه بالصبي المميز ، من حيث حكم تصرفاتهم ، وذلك بطريق القياس ، لوجود نفس العلة ، وهي عدم الادراك والفهم في الحالة الاولى ، ونقصه في الحالة الثانية^١ . وعلى هذا النحو سلك الفقهاء في قياس العكس ، بان نفوا الحكم عن مسألة جديدة اذا كانت العلة والافصاف المؤثرة فيها لا تجمعها والمسألة المنصوص عليها .

فالقياس في الاصطلاح اذن نوعان : قياس الطرد وقياس العكس . فالاول « هو الاستواء بين الفرع والاصل في العلة المستنبطة من حكم الاصل »^٢ . وهو يتضمن إلحاق 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 على بها النوع الاول ، وهو الشائع والاهم . وفي هذا النوع ، كما ترى ، معنى التقدير والتسوية ، وهو بمعنى الكلمة اللغوي .

ادلة القياس

كان القياس سبباً من اسباب الاختلاف بين المذاهب . فقد نفاه اهل الشيعة الامامية^٤ ، وداود الظاهري واتباعه^٥ . وقبل به جمهور الفقهاء

(١) راجع النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية، ج ٢ ص ١٣٦ و ١١٧ .

(٢) تعريف الامدي في الاحكام ، ج ٣ ص ٦ . وقد عرفه ابن الحاجب انه « مساواة فرع الاصل في علة حكمه » . وعرفه البيضاوي في المنهاج انه « اثبات مثل حكم معلوم في معلوم آخر لاشتراكهما في علة الحكم عند المثبت » (نهاية السؤل للسئوي ، ج ٣ ص ٢) .

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

(٤) حل العقول ، ص ٥٣ .

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

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 كاف للقياس ، على حين ان احمد بن حنبل قال بترجيح الحديث المرسل والضعيف على القياس ، وقال بعدم استعمال هذا الدليل الاخير الا للضرورة ٢ . وقد اثار موضوع القياس جدلاً بين نفاة ومؤيديه . واحتجت كل طائفة بادلة شرعية ، نذكر اهمها باختصار .

فالذين نفوا القياس ادعوا انه لا حاجة اليه ، لان القرآن الكريم لم يتروك لذلك سبيلاً . ففي الآيات الكريمة : « ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء » . « ما فرطنا 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 عن الحق شيئاً » ٤ . واستشهدوا بقول النبي (ص) « اعظمها فتنة على امتي قوم يقيسون الامور برأيهم فيحلون الحرام ويحرمون الحلال » ٥ ، ويقول بعض الصحابة والتابعين بدم القياس . واستنتجوا بان القياس يفضي الى الاختلاف في الرأي ، والى التفرقة في المذاهب والاجتهاد .

اما ادلة جمهور الفقهاء على جواز الاخذ بالقياس ، فهي الآتية :
اولاً - في الكتاب : « وتلك الامثال نضربها للناس وما يعلمها الا العالمون » . « فاعتبروا يا اولي الابصار » ٦ . فادراك الامثال والاعتبار

٦٤ (١) نهاية السؤل للاستنوي ، ج ٣ ص ٨ .

٦٥ (٢) اعلام الموقعين ، ج ١ ص ٢٥ - ٢٦ .

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

× (٤) سورة النجم (٥٣) ٢٨ .

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

× (٦) العنكبوت (٢٩) ٤٣ ، الحشر (٥٩) ٢ .

لما يكونان بالتقدير والنظر من الشيء الى غيره ، كما في القياس .
ثانياً - السنة . جاء في الحديث الشريف : « انا اقضي بينكم بالرأي
فما لم ينزل فيه وحى » . وكذلك روي عن النبي (ص) انه قال
لابن مسعود : « اقض بالكتاب والسنة اذا وجدتهما ، فاذا لم تجد الحكم
فيهما ، اجتهد رأيك » . وقال ما بمعناه معاذ وابي موسى الاشعري حين
بعثهما قاضيين الى اليمن ^١ .

وقد روي ان امرأة من جبهينة جاءت الى النبي (ص) . فقالت :
« ان امي نذرت ان تحج فلم تحج حتى ماتت ، أفأحج عنها ؟ قال نعم
حجني عنها . أرايت لو كان على امك دين أكنت قاضية ؟ اقضوا الله ،
فإنه احق بالوفاء » ^٢ . فيستدل من ذلك 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 » ^٣ . 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 افتري » ^٤ . فهنا قيس شرب المسكر على الافتراء .

رابعاً - ان ما ذكره نفاة القياس يُرد عليه بانه يتعلق بالرأي المبني

٦٧ (١) الاحكام الآدمي ، ج ٣ ص ٧٧ وما بعدها . وحديث معاذ مرسل رواه احمد وابو
داود والترمذي . ومآله ان النبي (ص) سأل معاذاً عندما ولاه قضاء اليمن : « بم 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 .

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

٦٩ (٣) سيأتي الكلام في باب الاجتهاد عن اختلاف عبارة كتاب عمر هذا وعن مصادره .
٧٥ (٤) رواه مالك في الموطأ (انظر شرحه تنوير الحوالك ، ج ٢ ص ١٧٨) ، ورواه غيره
مع اختلاف في اللفظ .

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 ابدأ معارضاً للنصوص ، لان المنقول الصحيح دائر مع المعقول الصحيح ، وجوداً وعدماً ^١ .

اركان القياس وشروطه

ان اركان القياس اربعة : الاصل وهو المقيس عليه ، والفرع وهو المقيس ، والحكم هو ما يحكم به قياساً ، والعلة وهي الوصف الجامع الذي يجمع بين المقيس والمقيس عليه ويكون سبب القياس . ففي المثل الذي ذكرنا آنفاً ، الخمر هو الاصل ، والنبيذ الفرع ، والاسكار هو العلة ، والتحریم هو الحكم الشرعي .

وينبغي لصحة القياس في القول المختار ان يستوفي الشروط الآتية :
اولاً - ان تكون العلة بمعنى الباعث اي الحكمة المقصودة شرعاً ، وان تكون « ظاهرة منضبطة بنفسها » غير « خفية مضطربة » ^٢ .

ثانياً - ان تكون العلة واحدة في المقيس وفي المقيس عليه . فمجرد الشبه بالاوصاف لا يكفي للقياس ، لان « الشيء انما يلحق بغيره اذا تساوى بجميع الوجوه » ^٣ .

ثالثاً - ان يكون حكم الاصل او المقيس عليه عاماً . فلذا لا يجوز القياس على ما كان منحصراً بواقعة خاصة . ففي قواعد المجامع ان « النص على خلاف القياس يقتصر على مورد » . وفيها ايضاً القاعدة الكلية ، المنقولة في المجلة (المادة ١٥) ، ان « ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه » ^٤ . وهذا يوافق القاعدة المعروفة اليوم القائلة بان

٦١ (١) اعلام الموقعين ، ج ٢ ص ٢٤ .

٦٢ (٢) الاحكام للامدى ، ج ٣ ص ١٢ وما بعدها .

٦٣ (٣) قاعدة عامة وردت في مجامع الحقائق . انظر شرحه منافع الدقائق ، ص ٣٢٢ .

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

بني القياس

بني القياس

بني القياس

المستثنيات تفسر بتضييق^١ .

مثاله ، سنرى ان نصاب الشهادة في المجلة رجلان او رجل وامرأتان^٢ . ولكنه جاء عن النبي (ص) انه جعل شهادة خزيمة بن ثابت الانصاري شهادة رجلين^٣ ، اي ان شهادة خزيمة وحدها عدت كافية للحكم خلافاً للقياس . فهذا الاستثناء اختص به خزيمة ، فلم يقس جمهور الفقهاء عليه غيره^٤ ، 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 يركز على قواعد منطقية علمية ، ويختلف عن الرأي المبني على مجرد الهوى .

Exceptiones strictissimae interpretantur (١) X

٧٥ (٢) المادة ١٦٨٥ منها ، وسندكر ايضاح ذلك فيما بعد .

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

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

الفصل السادس الادلة الشرعية الأخرى

الانصاف والخير 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 بينا في ذلك 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 ، إذ اخذ بعضهم بأدلة جديدة لم يقبل بها البعض الآخر ، كلاستحسان والمصالح المرسله والاستصحاب .

وكل هذه الأدلة الجديدة راجعة الى الرأي وإعمال العقل والى درس علل الاحكام ، واتباع ما تقتضيه مصلحة الناس في حياتهم الاجتماعية ، « ومراعاة اقرب الأشياء الى الخير المطلق »^١ ، وما يوحيه العدل والانصاف . فالعدل الحقيقي والانصاف هما اساس التشريع الاسلامي ، لأنه تشريع إلهي ، يضم بين احكامه قواعد الدين والاخلاق وقواعد المعاملات الاقتصادية . فكان طبعياً ان تتشابه هذه الاحكام فيما بينها ويتأثر بعضها بالبعض الآخر .

٧٨ (١) حجة الله البالغة ، لاهند عبد الرحيم ، المعروف بشاه ولي الله ، المطبعة المنيرية ، ١٣٥٢

وكان طبيعياً ايضاً ان تتوحد اصولها وادلتها وعلومها ودراساتها ، ثم تتأصل هذه الأحكام في النفوس ويقوى احترامها ، على ما في مراعاتها من المحافظة على مرضاة الله والعباد .

فلهذا كله جمع العدل والاحسان في آية واحدة ، هي « ان الله يأمر بالعدل والاحسان » ١ ، وسار الاثنان معاً حتى اصبحا بمنزلة المتوازيين . وصار من العدل ان لا يضر المرء اخاه وان لا يجب له الا ما يجب لنفسه . وصار من واجبات المعاملات النصيحة والصدق . وكان من توابع استيفاء الحقوق الاحسان والمسامحة والامهال وما اليها ٢ .

ولا غرو بعدئذ ان يستتبع ذلك تمسك الفقهاء في اجتهادهم بروح الشريعة وسعيهم وراء مثل أعلى ، هو العدل الحقيقي ، الذي لم تصل اليه الشرائع الوضعية ، والذي لن تصل اليه مهما سميت ومهما تطورت .
وقديماً لعب مبدأ الانصاف ٣ هذا دوراً هاماً في تاريخ الشريعتين الرومانية والانكليزية . وقديماً كان قاضي القضاة « البريتور » ٤ الروماني وقضاة المحاكم القنشليارية الانكليزية ٥ يغيرون القانون القديم ، ويعدلونه ويتممون مواضع النقص فيه ٦ ، ويسيرونه مع مقتضيات الحياة ومبادئ الحق . وبعد ، فنحن نوضح بايجاز اهم ما بقي من الادلة الاصولية عند الفقهاء المسلمين ، على ان نرجى البحث في قاعدة تغيير الاحكام وفي مغايرة الاجتهاد للنصوص الى الباب القادم .

الاستحسان

الامام الاعظم ابو حنيفة النعمان واتباعه توسعوا في اعمال الرأي ، كما

١ (١) سورة النحل (١٦) ٩٠ .

٢ (٢) احياء علوم الدين للقرطبي ، المطبعة العثمانية المصرية ، ١٣٥٢ هـ ، ج ٢ ص ٦٦ - ٧٥ .

٣ (٣) Aequitas, Equity .

٤ (٤) Praetor .

٥ (٥) Chancery Courts .

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

قدمنا . فتمسكوا بالقياس وبالغوا في الأخذ به ، حتى انهم جعلوه مقياساً لجميع الاحكام ، سواء أكانت من المنصوص عليها ام لم تكن .
 فاذا كان في الامر دليل اقوى من القياس ، كنص من الكتاب او السنة او كالأجماع ، تركوا القياس الظاهر الجلي ، واخذوا بالدليل الاقوى « استحساناً » .
 ومثل يوضح ذلك : ان بيع كل معدوم ، اي كل ما لم يكن موجوداً وقت العقد ، يعتبر باطلاً^١ . ولما كانت المنافع في المذهب الحنفي تعد معدومة لعدم وجودها عند العقد^٢ ، كانت الاجارة بيع معدوم ، 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 ويتعامل الناس فيه بالاجماع ، لذلك قيل بالعدول عن القياس فيه وبتجويزه استحساناً^٣ . وعلى هذا النحو جوّز ايضاً بيع السلم ، وهو بيع شيء مؤجل بشمن معجل ، على الرغم من ان المبيع فيه معدوم وقت العقد^٤ .

هذا النحو من الاستدلال ، اي العدول عن القياس للدليل اقوى منه ، قد قبل به باقي الفقهاء . ولكن بعضهم ؛ 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

٨١ (١) المادة ٢٠٥ من المجلة .

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

— (٣) المادتان ١٢٣ و ٣٨٠ من المجلة .

٨٣ (٤) الغزالي في المستصفى ، ج ١ ص ١٣٩ .

القياس فاسداً ، او ان يكون ذلك الحكم لم يثبت بالنص كونه من الشرع « ١ » .

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

ولكن سبب الخلاف في الموضوع ان الاستحسان استعماله الخفية بمعنى القياس الحفي ، لتفريقه عن القياس الجلي الذي مرّ بيانه . وعرفوه بانه « دليل ينقدح في نفس المجتهد لا تساعده العبارة عنه ، ولا يقدر على ابرازه واظهاره » ، وانه « ترك القياس والاخذ بما هو اوفق للناس » ٢ ، وانه ترك الدليل للعرف او للمصلحة او للضرورة ورفع المشقة . مثاله ، جواز بيع الوفاء لحاجة الناس اليه ٣ ، ومنع الضرر الفاحش الناتج عن استعمال الحقوق ٤ ، وصار التوسع في كثير من الاحكام بداعي الضرورة والمشقة ، كما سنفصله في محله .

وقد اخذ بالاستحسان بهذا المعنى ايضاً بعض المالكية . وعرفوه بانه « الالتفات الى المصلحة والعدل » ٥ . وقيل كذلك عن الامام احمد بن حنبل ٦ . ولكن الامام الشافعي رفضه ، وقال : « من استحسن فقد شرع » ٧ .

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

٨٥ (٢) المبسوط للسرخسي ، ج ١٠ ص ١٤٥ .

٨٦ (٣) جامع الفصولين ، ج ١ ص ٢٣٦ . (ابن قاضي سادة)

٨٧ (٤) انظر النظرية العامة للموجبات والمقود في الشريعة الاسلامية ، ج ١ ص ٤٦ .

٨٨ (٥) الاعتصام للاشاطي (ج ٢ ص ١١٦ - ١٢٩) ، وبداية المجتهد (ج ٢ ص ١٥٢) .

٨٩ (٦) كما جاء في الاحكام للامدي (ج ٣ ص ١٣٦) ، خلافاً لما جاء في جمع الجوامع للسبكي .

(انظر شرحه للمحلي مع حاشية البناني ، ج ٢ ص ٣٦٩) .

٩٠ (٧) المستصفى ، ج ١ ص ١٣٧ .

وعلى الشافعي ذلك بقوله : « أفرايت اذا قال الحاكم والمفتي في النازلة ليس فيها نص خبر ولا قياس وقال استحسّن ، 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 اهلوا 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 ، أطيعه ؟ ام تقول لا اطيع الا من امرت بطاعته ؟ فكذلك لا طاعة لك على احد . وانما الطاعة لمن امر الله ورسوله بطاعته ، والحق فيما امر الله ورسوله باتباعه ، ودل الله ورسوله عليه نصاً أو 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 عن 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 الى الميل والهوى . وهو مردود عند الحنفية في الرأي المختار وعند الامام مالك ٤ .

المصالح المرسله

اتفق الائمة في المذاهب المختلفة على ان الاصل في قسم العبادات من

٢٥ (١) الام في باب ابطال الاستحسان ، ج ٧ ص ٢٧٣ - ٢٧٤ .

× (٢) سورة الزمر (٣٩) ١٨ .

? (٣) مر تخريجه سابقاً .

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

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 ^١ ، على ان قسم المعاملات من الشريعة معقول المعنى ، وانه مبني على مصالح الناس ومنافعهم ^٢ . وان المصالح ، اذا بين 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 يجوز ذلك ، اي يجوز اتخاذ التعليل بالمصلحة دليلاً من الادلة الشرعية ، واسمى هذا الدليل الجديد بالمصالح المرسلة ^٣ ، لان هذه المصالح لم يرد فيها نص فارسلت عنه . ومعنى التعليل بهذا الدليل هو ان يربط الحكم بالمعنى المناسب له والملائم لتصرفات الشرع . او بعبارة اخرى هو ان يعتبر المعنى المعقول الموافق للمصلحة ولتقصد الشريعة ، ويبني عليه الحكم الذي يقتضيه .

ويشترط في هذا الدليل الجديد شروط ثلاثة . الاول ان تكون المسألة من مسائل المعاملات ، بحيث تتركز 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 » .

٩٢ (١) عند الظاهرية تعتبر المعاملات كالعبادات تعبداً غير معقول المعنى .

— (٢) كما سنبين في محله .

٩٣ (٣) راجع في هذا الموضوع كتاب الاعتصام (ج ٢ ص ٩٥ - ١١٦) ، والمستصفى (ج ١ ص ١٣٩ - ١٤٤) ، وبصرة الحكم (ج ٢ ص ١١٧) .

ونحن نبسط ههنا بعض الامثلة المستندة الى المصالح المرسله :
اولاً - توظيف الضرائب على الاغنياء لاجل نفقات الجند وحماية الملك .
ثانياً - معاقبة الجاني بأخذ المال منه ، اذا وقعت جنايته في ذلك المال
نفسه او في عوضه .

ثالثاً - اذا تترس الكفار في الحرب باسرى 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 . و اجاز اصحابه ايضاً ضربه .
ولهذا الضرب عند هؤلاء فائدتان : اظهار المال المسروق ، وجعل السارق
عبوة 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 .

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

فعليه ، فقد 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 مصلحة
المضروب واحتمال كونه بريئاً . « فتترك الضرب في مذهب 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

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

٩٥ (٢) انظر كتاب كيتون ، المبادئ الاولى في علم الحقوق ، ص ٢٦٩ .

٩٦ (٣) المستصفى في الموضوع المذكور .

٩٧ (٤) المبسوط ، ج ٢٤ ص ٧٠ .

الامام لأن يخطئ في العفو خير من ان يخطئ في العقوبة « ١ .

الاستدلال باستصحاب الحال

الاستدلال مصدر من استدل ، اي طلب الدليل ووجده . وبهذا المعنى استعمالناه 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 الاستدلال 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 للتوسع فيه ٣ .

اما الاستصحاب ، او الاستدلال باستصحاب الحال ، فهو دليل 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 ٤ . ونحن نوضح هذا النوع من الاستدلال ببعض الامثلة :

اولاً - استصحاب البراءة الاصلية .

- ٩٨ (١) رواه السيوطي في الجامع الصغير (رقم ٣١٣) ، نقلاً عن الترمذي والبيهقي والحاكم وابن ابي شيبة .
- ٩٩ (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 ٢٩٤) .
- ١٥٥ (٣) راجع في الموضوع شرح القاضي عضد الدين على مختصر المنتهى لابن الحاجب ، ١٣٠٧ هـ ، ج ١ ص ١٧ - ٣٥ .
- ١٥١ (٤) كتاب عناوين الاصول المذكور ، ج ٢ ص ٤٨ وما بعدها .

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 ١ ، 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 ، 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 ٢ ، وفي المادة الخامسة من المجلة ، وهي ان « الاصل بقاء ما كان على ما كان » . وبعبارة اخرى ، كما جاء في المجامع ٣ 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 » ٤ .
وفي تعليل هذا النوع من الاستصحاب خلاف بين المذهبين الشافعي والحنفي . ففي الاول ، يعتبر عدم اثبات التغيير دليلاً على دوام الحال

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

× (٢) للسيوطي (ص ٣٧) ، ولابن نجيم (ص ٢٣) .

× (٣) المجامع وشرحه المنافع ، ص ٣٣٠ .

١٥٣ (٤) انظر ايضاً المادة ١٦٨٣ من المجلة .

السابق . اما في المذهب الحنفي ، فعدم اثبات التغيير ليس دليلاً على بقاء الحال السابق ، بل هو سبب لنفي ادعاء التغيير ^١ . وان الفرق بين المذهبين كما ترى هو نظري ، لان النتيجة فيها 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 المكائيل المعروف في ايامهم هل كان على عهد النبي (ص) ام لم يكن ، فانه يحكم بالاجاب استصحاباً ، اذا لم يقدّم دليل العكس ، وذلك على سبيل الترجيح ليس الا ^٢ .

الشرائع القديمة

قبل ختام الكلام عن مصادر التشريع الاصولية ، نذكر دليلاً آخرًا اختلف في قبوله ، وهو « شرع من قبلنا شرع لنا » . ونسأل 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 ^٣ . 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 يتروك على قدمه » ، على ما جاء في الجامع ^٤ ، 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 .

المذكور في المتن

- ١٥٤ (١) انظر اعلام الموقعين في الموضوع المذكور ، وشرح الجامع (ص ٣١١) .
١٥٥ (٢) الابهاج شرح المنهاج للسبكي (المطبوع مع شرح الاسنوي) ، ج ٣ ص ١١١-١١٢ .
١٥٦ (٣) المستصفى (ج ١ ص ١٣٢) ، والاحكام للآمدني (ج ٣ ص ١٢٩) .
× (٤) شرح الجامع ، ص ٢١١ و ٣٢٦ .

الفصل السابع

الاجتهاد

الاجتهاد والتقليد

الاجتهاد لغة معناه استفراغ الوسع وبذل الجهد . واصطلاحاً هو استفراغ الوسع في طلب العلم بالاحكام من ادلتها الشرعية ، اي بذل الهمّة لاستنباط الاحكام من المصادر الاصولية التي بينا . وهو عكس التقليد ، اي اتباع رأي الغير دون فهم ولا تدقيق ، او كما عرفه الآمدي « العمل بقول الغير من غير حجة ملازمة »^١ .

ولما كانت الشريعة الاسلامية شريعة الهية في مصدرها الاول ، مستمدة من اصول معروفة معينة ، منقولة كالكتاب والسنة ، او معقولة كالاجماع والقياس والاستحسان وما اليها ، كان الاجتهاد الوسيلة لاستنباط الاحكام من هذه الادلة ، والوسيلة لاعطاؤها 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 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

أقل بما 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 هولاء كوخان 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 والجمول . وكم من مرة استمسك المقلدون الجهلة بامور نافهة 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 الأعمى وعدم التقيد بمذهب معين ، ويقولون بتوحيد المذاهب ما امكن ، والرجوع الى مصادر الشريعة وروحها الحقيقية ، والسير بها في ميدان التقدم والتمدن .

المختبر

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 ، عدلاً متصفاً بالاخلاق الحسنة ، وان يكون عالماً بدارك 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 في 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 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 درجاتهم .

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 المبادئ على الوقائع العملية . فهذا يسمى المجتهد في المذهب . مثاله في المذهب الحنفي الصحابان ابو يوسف ومحمد بن الحسن ، وفي المذهب الشافعي تلميذه المُرْزِيّ^١ ومن اليهم . وفي الدرجة الثالثة يأتي المجتهد في المسائل او مجتهد الفتيا . وهو الذي يجتهد في بعض المسائل دون المبادئ العامة للمذهب . وهذا مثل الطحاوي والسرخسي في المذهب الحنفي ، والغزالي في المذهب الشافعي ، وغيرهم .

واخيراً ، تأتي درجة المجتهدين المقيدين . وهم الذين يتقيدون بأراء 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 والقُدُوري

١٥٩ (١) جاء في طبقات الشافعية الكبرى لابن السبكي (ج ١ ص ٢٤٣) ان المُرْزِيّ « واذا لم يفرق الشافعي في اصوله فتخريجاته خارجة عن قاعدة امامه » .

وصاحب الهداية واصحاب المتون الاربعة الذين ذكرنا وغيرهم . وهؤلاء
ايضاً على درجات مختلفة . ثم بعدهم تأتي طبقة المقلدين الذين يتبعون الغير
من دون حجة ملازمة ١ .

ادلة وجوب الاجتهاد

توافرت ادة الشرع ، في الكتاب والسنة واجماع الصحابة والائمة
الاربعة ٢ ، على ان الاجتهاد واجب على 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 ميسر لما خلق
له ٤ . اذا حكم الحاكم فاجتهد ثم اصاب فله اجران ، واذا حكم فاجتهد
ثم اخطأ فله اجر ٥ . طلب العلم فريضة على كل مسلم ٦ . العلماء امناء

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

١/٢ (٢) انظر رسالة القول المفيد في ادلة الاجتهاد والتقليد للشوكاني (١٣٤٧ هـ) ، والاحكام
للآمدي (ج ٣ ص ١٣٩ وما بعدها) ، واعلام الموقعين (ج ٢ ص ١٢٨ وما بعدها) .
* (٣) الحشر (٥٩) ٢ ، والنساء (٤) ٥٩ .

١/٣ (٤) الاحكام للآمدي ، ج ٣ ص ١٧٠ .

١/٤ (٥) روي في الصحيحين : مسلم (ج ٥ ص ١٣١) ، والبخاري بشرح العيني (ج ٢٥
ص ٦٧) .

١/٥ (٦) رواه السيوطي (الجامع الصغير رقم ٥٢٦٤) ، عن البيهقي والطبراني والخطيب وابن
عدي . وقال النووي انه حديث ضعيف ، وان كان معناه صحيحاً (فتاوى النووي المعروفة بالمشاغل
المشورة ، دمشق ، ١٣٤٨ هـ ، ص ١١٨) .

امتي ^١ . العلماء مصابيح الارض وخلفاء الانبياء وورثي وورثة الانبياء ^٢ .
ففي كل ذلك حث على السعي والعلم والاجتهاد .
ثالثاً - اجماع الصحابة .

قال ابو بكر الصديق : « اقول في الكلالة ^٣ برأني ، فان يكن
صواباً فمن الله ، وان يكن خطأ فمني ومن الشيطان ، والله ورسوله
منه بريثان » .

وقال عمر بن الخطاب : « ان عمر لا يدري انه اصاب الحق ولكنه
لم يألُ جهداً » . وقال ايضاً ، جواباً على امرأة ردّت عليه النهي عن
المبالغة في المهر ونهته على الحق وهو في خطبته على ملأ من الناس :
« اصاب امرأة واخطأ عمر » ^٤ .

رابعاً - اقوال الائمة الاربعة ^٥ .

روى ابن القيم عن الامامين ابي حنيفة وابي يوسف انهما قالا :
« لا يحل لاحد ان يقول بقولنا ، حتى يعلم من اين قلنا » .

وروي عن معن بن عيسى انه سمع الامام مالكا يقول : « انما انا
بشر أخطئ 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 مالكا ولا الشافعي

^{١١٥} (١) الجامع الصغير (رقم ٥٧٠٢) عن الديلمي . وهو حديث ضعيف .

^{١١٦} (٢) الجامع الصغير (رقم ٥٧٠٤) عن ابن عدي . وهو ضعيف ايضاً .

^{١١٧} (٣) اي في ارث الكلالة ، وهو من لا والد له ولا ولد .

^{١١٨} (٤) الاحكام للأدمي (ج ٣ ص ١٥٠) ، واحياء علوم الدين للغزالي (ج ١ ص ٣٩) .

^{١١٩} (٥) القول المفيد ، ص ١٥ - ٢٧ .

ولا الثوري ، وخذوا من حيث اخذوا .

فهذه الادلة جميعاً توضح ان التقليد الاعمى باطل في الشريعة ، وان الاجتهاد واجب على كل عالم قادر عليه . وهي توضح امراً آخر ، وهو ان المجتهد يخطئ ويصيب . وعلى هذا كان الرأي المختار ، خلافاً لبعض المعتزلة^١ ، الذين يقولون ان كل مجتهد في العقلية 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 لا ينبغي على المجتهد او القاضي ان يتقيد باجتهاده السابق ، اذا تبين له انه مخطئ 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 التماذي في الباطل »^٣ .

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 منه . وهو معصوم عن الخطأ ، بخلاف الخليفة عند

١١٩ (١) الاحكام الآمدي ، ج ٣ ص ١٤٦ - ١٤٧ .

٢ (٢) سورة البقرة (٢) ٢٨٦ .

١٢٥ (٣) 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 ٦٠ وما بعدها) ، والعقد الفريد (ج ١ ص ٤٧) ، وعيون الاخبار لابن قتيبة (ج ١ ص ٦٦) ، ومقدمة ابن خلدون (ص ١٩٢) ، ومجموعة رسائل العرب (نقل السيد احمد ذكي صفوت ، ١٩٣٧ ، ج ١ ص ٢٥٢) ، والاحكام الآمدي (ج ٣ ص ٨١) ، وغيرها . وقد روي هذا الكتاب كثير من الثقة . انما شك في صحته بعض الباحثين ، كابن حزم الذي ادعى انه موضوع وغيره ايضاً . راجع البذ في اصول الفقه الظاهري (ص ٥١) ، والمحلى (ج ١ رقم ٩٩ مع الرد في الهوامش) ، وكتاب تاريخ الفقه الاسلامي للدكتور عبد القادر (ص ٧٠) .

السنين كما سنرى .

منى يجوز التقليد

التقليد ، بالمعنى الذي قدمنا تعريفه ، اي اتباع رأي الغير من غير حجة ملازمة ، لا يجوز لمن كان قادراً على الاجتهاد . بل يجوز فقط لمن عجز عنه ، وهو العامي الجاهل او المتعلم الذي ليس كفوّاً للاجتهاد . فلمثل هؤلاء قيل في القواعد العامة : « الفتوى في حق الجاهل كالاجتهاد في حق المجتهد » ^١ ، او « فتاوى المجتهدين بالنسبة الى العوام كالادلة الشرعية بالنسبة الى المجتهدين » ^٢ .

وهذا معقول ، لان الحياة الاجتماعية والاقتصادية تقضي على بعض الناس بالاستغال 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 مما كان عليه قبل ذلك ، لان المسائل والقضايا عرضت على المجتهدين السابقين ، فمحسوها واجتهدوا فيها اجتهداهم ، وادلوا بحججهم لتأييد آرائهم وبنوا المذاهب على اسس واصول معينة ، حتى قلّ بعد ذلك من قصد الى الاستقلال بالاجتهاد . فكان معظم المجتهدين مقيدون بمذهب واحد ، يتبعونه ويفتونون 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 سدّ باب الاجتهاد كما رأينا مغاير لروح الشريعة وللنصوص والادلة التي بيّنا ^٤ .

(١) المجموع وشرحه ، ص ٣٢٦ .

(٢) الموافقات ، ج ٤ ص ٢٩٢ .

(٣) سورة النحل (١٦) ٤٣ .

(٤) /٢/ روي عن المرحوم العلامة الشيخ احمد عباس الازهري انه قال: ان باب الاجتهاد لا يزال مفتوحاً ، لكن غلظت اجسام الراغبين في دخوله فضاقت عليهم ، فزعموا انه موصد .

ولقد اثبت في موضوع التقليد اسئلة : هل يمكن تقليد غير ائمة المذاهب الاربعة عند السنين ؟ وهل يمكن الانتقال من مذهب الى مذهب آخر ؟ فعن السؤال الاول ، قال ابن الصلاح ^١ يجب على المقلد تقليد الائمة الاربعة دون غيرهم ، لان مذاهبهم قد انتشرت ، ومسائلها قد تحققت وانضبطت ، وفروعها نشرت . وهو قول وجيه ، اذ يفترض في 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) يعمل به دون خلاف عند السنين . اما الخلاف فقد كان في مسألة لزوم اتباع فتيا احد الصحابة وتقديمه على القياس او على غيره من الفتاوى ^٣ . ففي هذه المسألة ، قال بعض الحنفية ان قول الصحابة من الأدلة الشرعية ، وانه بهذه الصفة واجب الاتباع . وكانت حجبتهم في ذلك ان الصحابة كانوا اقرب الناس الى النبي (ص) ، واعلمهم بسنته واحواله وباسباب نزول القرآن ، ومجاري النصوص وتفسيرها ، وان النبي (ص) قال فيهم « اصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم » .

١٢٢ (١) شرح المنهاج للأسنوي ، ج ٣ ص ١٩١ .

١٢٣ (٢) الاحكام للأمدى ، ج ٣ ص ١٧٤ .

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

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 مدونة في نصوص معينة صريحة ، ضاق مجال الاجتهاد ، بالمعنى الذي ذكرنا ، وصارت كلمة الاجتهاد تطلق خصوصاً على المسلك الذي يتبعه القضاة في احكامهم ، سواء اكان ذلك في تفسير نصوص القانون ، ام في استنباط الحل الواجب عند عدم النص او بحال غموضه .

ولما كانت مجلة الاحكام العدلية لم تشمل على جميع احكام المعاملات الشرعية فقد اُصدرت « نظارة العدلية » العثمانية بلاغاً يوجب الرجوع الى الكتب الفقهية عند عدم النص في المجلة^٣ .

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 تنقيد غالباً بهذه الاجتهادات ، لا سيما باجتهاد محكمة التمييز^٤ . فتكون نتيجة ذلك نشوء نوع من التشريع التدريجي الحفي ، الذي يسد فراغاً كبيراً ، ومن ثم لا تشكر قيمته العملية الشئمة .

وفوق ذلك ، فقد نص القانون اللبناني الصادر في ١٤ تشرين الاول

ك٢٦ (١) المستصفي، ج ١ ص ١٣٥ .

١٢٦ (٢) الاحكام لابن حزم (ج ٦ ص ٨٢) ، واعلام الموقعين (ج ٢ ص ١٧٤) ، والقرير والتجوير (ج ٣ ص ٩٩) . (ابن اثير)

١٢٧ (٣) جريدة محاكم (التركية) في عددها رقم ١٠٧ الصادر في ٢٩ شعبان سنة ١٢٩٨ هـ [١٤ تموز سنة ١٢٩٧ مالية] ، ص ٨٥٣ - ٨٥٤ .

١٢٨ (٤) الفيت محكمة التمييز اللبنانية ابان الحرب العالمية الثانية ، بالمادة الثانية من القرار ذي الرقم ٢٣٩ ل.ر. الصادر في ١٦ ايلول سنة ١٩٣٩ ، ثم اعيدت بقانون التنظيم القضائي الصادر في ١٠ ايار سنة ١٩٥٠ .

سنة ١٩٤٤ (المادة السابعة) على انه عند وجود تباين في مسألة من المسائل يُعرض الامر على محكمة الاستئناف المؤلفة بصورة خاصة من الرئيس الاول ومن ثمانية من كبار قضاها . وهذه المحكمة تفصل في النقطة القانونية المعروضة ، ويكون قرارها ملازماً لجميع المحاكم كما لو كان نصاً تشريعياً . ولما اعيدت محكمة التمييز مؤخراً ، صار توحيد الاجتهاد من اختصاص الهيئة العامة لهذه المحكمة ١ .

اما في اميركا وانكلترا ، فللاجتهاد اهمية عملية كبرى ، لان معظم شريعة تلك البلاد ، كما قدمنا ، غير مدونة 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 مساع للاجتهاد في مورد النص » (المادة ١٤) . وهذه القاعدة المأخوذة عن كتاب المجامع^٢ ، تستند الى الآية الكريمة : « ان الظن لا يغني من الحق شيئاً »^٣ . 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 .

(١) المادة ٢٦ من قانون ١٠ ايار سنة ١٩٥٠ .

(٢) راجع شرحه ، ص ٣٢٩ .

(٣) بونس (١٠) ٣٦ .

مثلاً ، نص القرآن الكريم على تحليل البيع بقوله « واحل الله البيع »^١ .
 فازاء هذا 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 »^٢ . 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 القلب والاضطراب ،
 وهي مبنية على اجماع الصحابة . فقد روي ان ابا بكر الصديق حكم في
 قضايا احكاماً خالفه فيها عمر بن الخطاب ، ولكن هذا الاخير لم ينقضها
 عندما اصبحت اليه الخلافة^٣ .
 وعدا ذلك ، فهذه القاعدة لا تقيد 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 الرومانين ، بالنظر الى ما يوجد من شبه بين اجتهادهم وبين اجتهاد
 فقهاء الاسلام .
 ففي رومية القديمة ، كان علم القانون سرّاً ، يختص الكاهن الاكبر^٤
 بحفظه . ثم انتقل منه هذا العلم الى طبقة من الفقهاء عرفت بطبقة الشيوخ^٥ .

× (١) بقرة (٢) ٢٧٥ .

129 (٢) لسيوطي (س ٧١) ، ولابن نجيم (س ٤١) .

130 (٣) الاشباه والنظائر لسيوطي ، في الموضع ذاته .

× (٤) Pontifex Maximus

× (٥) Veteres

ولكنه لم يتبدى بالتقدم والازدهار الا في عصر الامبراطور اوغسطس .
ففي عهده نشأ المذهبان الشهيران ، مذهب بروكولوس^١ ومذهب سابينوس^٢ .
واخيراً جاء العصر الذهبي في القرن الثاني بعد المسيح ، فظهر فيه علماء
كثيرون ، اشهرهم غايوس وبابنيانوس واوليبيانوس وبولس ومودستينوس .
وقد صنف هؤلاء ومن اليهم تأليف عديدة ، كانت مصدراً من مصادر
شريعة الامبراطور يوستينيانوس ، واثراً من الآثار الخالدة في تاريخ التشريع الغربي .
وكانت فتاوى فقهاء رومية^٣ في اول عهدها من نوع الاجوبة التي
تعطى للتلامذة او لارباب المصالح ، وكانت تعطى احياناً للقضاة دون ان
تكون لها صفة الالتزام . ولكن شأنها تغير في عهد اوغسطس ، الذي منح
طائفة من الفقهاء الحق باعطاء المشورة القانونية ، وامر بان تكون هذه
المشورة ملازمة 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 باجتهد
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 »^٤ وغيره من
اصحاب المناصب الكبيرة كان لهم حق التشريع غير المباشر ،

(١) Proculus وهو تلميذ مؤسس المذهب لابيوس Labeo .

(٢) Sabinus وهو تلميذ كابيتو Capito .

(٣) Responsa Prudentium

(٤) القاضي الاهلي وقاضي الاجانب Praetor Peregrinus et Praetor Urbanus

بما يصدرونه من المناشير ١ ، وبما يضعون فيها من الاحكام العامة التي يتبعونها ومن القواعد التي يسيرون عليها اثناء ولايتهم . وكان حق سماع القضايا والفصل فيها ٢ وحق اصدار المناشير ٣ عاملين لا يستهان بهما من عوامل نشوء الشريعة الرومانية وتغييرها حسب مقتضيات التطور الاجتماعي . كل هذا اخذه يوستنيانوس ودونه في مجاميعه الشهيرة الى جانب قوانين الاباطرة . فجاء تدوينه جامعاً لجميع المصادر التي كونت الشريعة الرومانية الشهيرة . فنرى الى جانب مجموعة القوانين ٤ ، كتاب « الاحكام » ٥ المأخوذ عن كتاب غايوس المعروف بنفس الاسم ، ومدونة الاجتهاد ٦ ، المنقولة عن فتاوى العلماء ومراسيم القضاة .

-
- Edicta Magistratum (١) ×
 - Jus jurisdicendi (٢) ×
 - Jus edicendi (٣) ×
 - Codex (٤) ×
 - Institutes (٥) ×
 - Digesta , Pandectae (٦) ×

البَابُ الرَّابِعُ

مَصَادِرُ التَّشْرِيعِ الْخَارِجِيَّةِ

الفصل الاول تغير الاحكام

المصادر الخارجية

ان الشريعة الاسلامية شريعة الهية ، في اولى 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 وسلوهم في دراسة الادلة الشرعية .

مقاصد الشريعة

من الفقهاء المسلمين على اختلاف مذاهبهم ، امثال العز بن عبد السلام

الشافعي وابن قيم الجوزية الحنبلي وإبي إسحق 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 المفساد عنهم . وبعبارة اخرى ، هي مبنية على ان الاصل في المنافع الاباحة وفي المفساد المنع^٣ . 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 فيهما الى معقول المعنى^٤ . 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 ففسبه من اضعائها ... فالشريعة التي

١ (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 (٢) قواعد الاحكام ، ج ٢ ص ٧٠ .

٣ (٣) شرح المنهاج للاسنوي ، ج ٣ ص ١٠٨ .

٤ (٤) الاعتصام للشاطبي ، ج ٢ ص ١١٤ .

بعث الله بها رسوله هي عمود العالم ، وقطب الفلاح والسعادة في الدنيا وفي الآخرة « ١ .

مبدأ تغير النظام

قال ابن خلدون : « ان احوال العالم والامم وعوائدهم ونحلهم لا تدوم على وثيرة واحدة ، ومنهاج مستقر . انما هو اختلاف على الايام والازمنة ، وانتقال من حال الى حال . وكما يكون ذلك في الاشخاص والاوقات والامصار ، فكذلك يقع في الآفاق والاقطار والازمنة والدول ، سنة الله التي قد خلت في عباده » ٢ .

وان هذه الحقيقة الاجتماعية تستتبع بلا مرأى تبدل مصالح الناس بتبدل مظاهر المجتمع . ولما كانت مصالح العباد اساس كل شريعة على ما اوضحنا ، كان من اللازم المعقول ان تتبدل الاحكام الشرعية وفق تبدل الزمان ، وان تتأثر بمظاهر المحيط والبيئة الاجتماعية .

ولقد اصاب ابن القيم في اثباته « تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الازمنة والامكنة والاحوال والنيات والعوائد » . ولقد صدق في تنبيهه الى هذا الامر الواضح ، الذي « وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة ، اوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل اليه ما يعلم ان الشريعة الباهرة التي في اعلى رتب المصالح لا تأتي به » ٣ .

وينبغي ان لا ننسى ان هذه الحقيقة ، التي اوضحها مونتسكيو ٤ ، وغيره من علماء الاجتماع والقانون اليوم ، قد لاحظها قبلهم ابن قيم 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 ٥ .

٥ (١) اعلام الموقعين ، ج ٣ ص ١ .

٦ (٢) المقدمة ، ص ٢٤ .

٧ (٣) اعلام الموقعين في الموضع المذكور .

٨ (٤) انظر كتابه روح الشرائع (De l'Esprit des lois) ، ج ١ ، الكتب ١٧-١٩ .

٩ (٥) انظر كتابنا « 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 الإمكانة والاحوال ، وفق ما اوضحه الفقهاء . وان هذه القاعدة تستوجب تحري المصالح التي تبني عليها الاحكام الشرعية . ثم انه لما كانت المصالح هي علل الاحكام واساسها ، كان من اللازم ان يستتبع هذا قاعدة اخرى . وهي انه اذا زالت العلة او تغيرت ، وجب زوال او تغير ما بني عليها من الاحكام . فلذا قيل في القواعد الاصولية ، « ان الحكم الشرعي المبني على علة يدور مع علة ، وجوداً وعدماً » . وقال المولى العلائي « ان الحكم الشرعي مبني على علة فبانتهاؤها ينتهي »^٢ .

امثلة عن تغير الاعظام والاجزء

ليس من ينكر تأثير المبدأ الذي ذكرنا على قلب الآراء واختلاف المذاهب ، ثم على تغيير الفتاوى والاحكام . ألم نَرَ كيف ترك الامام الشافعي مذهب العراقي القديم ، واستبدل به مذهب المصري الجديد ، متأثراً بظروف الحياة الاجتماعية في مختلف البلدان ؟ وكذلك ألم ينقص الحراج في ايام ابي يوسف^٣ ، عما كان عليه في ايام عمر بن الخطاب ، بسبب تغير الامصار والاحوال ؟

وان امثلة تغير الفتاوى والاحكام في المسائل الفرعية عديدة تفوق الحصر . منها ما لاحظته الفقهاء الخنفزيون المتأخرون من ان ائمة المذهب اجتهدوا في كثير من المسائل الفقهية بناء على العرف الذي كان في زمانهم ، بحيث لو كان ذلك العرف مختلفاً لقالوا بخلاف ما قالوه . فلذا جاوز المتأخرون الافتاء بما يخالف ظاهر الرواية في مثل هذه المسائل ، اذا تغير العرف واقتضت

١٥ (١) المجامع وشرحه للنافع ، ص ٣٢٨ .

١١ (٢) النافع شرح المجامع (ص ٣١٩) ، وحجة الله البالغة (ج ١ ص ١٠٨) . وشبهه بذلك ما جاء في الامثال اللاتينية : *Ratione legis cessante , cessat lex* . انظر ايضاً موسوعة دالوز العملية (الفرنسية) ، تحت كلمة عادات تجارية ، رقم ١٥ .

١٢ (٣) كتاب الحراج لابن يوسف ، طبع بولاق ، ١٣٠٢ هـ ، ص ٤٨ .

الضرورة ذلك .

واليك بعض الامثلة المقتطعة من رسالة « نشر العرف في بناء بعض الاحكام على العرف » لابن عابدين ١ ، ومن غيرها من كتب الحنفيين : ففي الصدر الاول من الاسلام كانت للمعلمين عطايا كافية . بناء عليه منع ابو حنيفة وصاحبه الاستئجار على تعليم القرآن ونحوه . ولكن لما انقطعت العطايا عن المعلمين ، افتي شيوخ المذهب المتأخرون بجواز الاستئجار على ذلك ، لتغير العرف .

وكذلك افتي 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 لأكثر 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 عالمّاً بالبيع ، بوجه كاف 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 . فأفقي 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) .

تغير 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 او السنة . والصعوبة في ذلك ترجع الى صفة الشرع الاسلامي والى ان نصوصه مقدسة .

ولا ريب في ان النسخ قد حصل في الكتاب والسنة ، وقد أثبتنا معناه واسبابه وشروطه في الباب السابق . ولا ريب ايضاً في ان النسخ جائز ، بدليل وقوعه ، ولانه تعديل نص بنص . ولكن أيجوز 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 سماء » ، 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 ابدآ 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 . هذا ما اتفق عليه جمهور الفقهاء . ولكنهم اختلفوا في مسألة تغيير الاحكام الثابتة بالنصوص . فمنهم من جرمه ، ومنهم من قبل به في بعض الاحوال .

فالرأي السائد عند جمهور الفقهاء لم يقبل بمخالفة نصوص الكتاب او السنة ابدآ ، ولم يسوغ تغييرها بسبب تغير الاحوال . بل حرم الفتوى بما يخالف النص ، وقيّد قبول العرف والتيسير للحرج والتخفيف للمشقة في المسائل التي لا نص فيها .

والى هذا القول ذهب الامام ابو حنيفة ، وصاحبه محمد ، والامام الشافعي ، وداود

^{١٤} (١) الموافقات ، ج ٢ ص ٣٠٠ وما بعدها .

^{١٥} (٢) الاحكام لابن حزم ، ج ٥ ص ٥ .

الظاهري ، وغيرهم^١ . وهكذا روي عن الشافعي انه قال : « اذا رويت عن رسول الله (ص) حديثاً ، ولم آخذ به ، فاعلموا ان عقلي قد ذهب »^٢ . 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 »^٣ .

وبرغم ذلك ، فلا ريب انه كان من الخلفاء والائمة والفقهاء المسلمين من جوز تغيير تفسير النصوص او تغيير الاجتهاد المبني عليها لتغير علتها او لتغير العرف الذي بنيت عليه ، او لاقضاء الضرورة والمصلحة . واليك بعض الامثلة التي تؤيد ذلك ، والتي عثرت عليها في الكتب الفقهية الاسلامية . واني اثبتها ههنا ، مع الاعتراف بانها ليست حصرية . ثم اني اوضحها بايجاز ، واذكر مصادرها الاصلية ، دون تحييد او تعليق ، ودون الذهاب الى مذهب معين .

سابقات عمر بن الخطاب

ان الخليفة الفاروق عمر بن الخطاب كان مؤسس الدولة الاسلامية بلا مرأ . 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 غرو من ان يستتبع هذا التغيير في العادات 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

١/ (١) الام (ج ٧ ص ٢٧٥) ، والمستقصى (ج ١ ص ١٣٩) ، واعلام الموقعين (ج ٢ ص ٢٠٨ وما بعدها) ، والاشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٣٣) .

١٧ (٢) اعلام الموقعين، ج ٢ ص ٢١٠ .

١٨ (٣) الاحكام لاصول الاحكام، ج ٥ ص ٤ .

تغيير تفسير النصوص ، اذا اقتضت السياسة الشرعية او مصلحة المسلمين ذلك . واليك بعض الشواهد على ما نبدي .

اولاً - المؤلفة قلوبهم .

معلوم ان القرآن الكريم عيّن مصرف الصدقات ، في الآية الكريمة ١ : « انما الصدقات للفقراء والمساكين ، والعاملين عليها ، والمؤلفة قلوبهم » ، وفي الرقاب والغارمين ، وفي سبيل الله وابن السبيل ، فريضة 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 الاسلام واغنى عنكم ، فان ثبتم على الاسلام ، والا فبيننا وبينكم السيف » ٥ . « اننا لانعطي على الاسلام شيئاً ، فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر » ٦ .

فهنا بني النص على ضرورة الدعوة الاسلامية ولزوم نصرتها . ولكن بعد ان قويت شوكة الاسلام ، بطلت هذه العلة ، فنسخ ابن الخطاب حكم النص المبني عليها .

× (١) سورة التوبة (٩) ٦٠ .

١٩ (٢) الفقراء والمساكين هم المحتاجون . والعاملون على الصدقات هم السعاة لجبايتها . ومعنى « وفي الرقاب » ما يدفع من الصدقات في فك المساكين من الارقاء . و « في سبيل الله » تعني القائمين بالجهاد . ثم « ابن السبيل » هو المنقطع في السفر . انظر تفسير الفخر الرازي (ج ٤ ص ٤٦٠ - ٤٦٤) ، وتفسير الجلالين (ج ١ ص ٢٢٢) .
مفاتيح الغيب (تفسير كبير)

٢٥ (٣) انظر اسماءهم في كتاب المعارف لابن قتيبة ، ص ١٤٩ .
٢١ (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 المذهب (ج ٦ ص ١٩٧ وما بعدها) .

٢٢ (٥) فتح القدير في الموضع المذكور .

٢٣ (٦) رواه البيهقي . انظر المجموع في الموضع المذكور .

تفسير كبير

ثانياً - الطلاق .

إذا طلق الرجل زوجته ثلاث مرات في مجلس واحد، كان الطلاق يعد واحداً في أيام النبي (ص) وأبي بكر الصديق وفي بدء خلافة عمر بن الخطاب . هكذا كانت السنة اذن^١، 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 ، فقصده 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 السنة النبوية ، وفاقاً لمبدأ تغير الاحكام نفسه^٢ . وقد علق احد الافاضل المعاصرين^٣ على عمل عمر بانه كان الزاماً من الامام بحكم السياسة الشرعية ، « لان الاحكام الثابتة بالكتاب والسنة صريحاً لا يملك احد تغييرها او الحيار بينها وبين غيرها ، سواء أكان فرداً ام كان امة مجتمعة » .

ثالثاً - بيع امهات الاولاد .

ان امهات الاولاد هن الجوارى اللواتي استولدهن سيدهن . وقد كان بيعهن جائزاً على عهد النبي (ص) وأبي بكر . ولكن عمر بن الخطاب نهى عن بيعهن بقوله : « خالطت دماؤنا دماءهن » .

وهذا رأى وجيه ، لانه ، بعبارة ابن رشد الحفيد : « ليس من مكارم الاخلاق ان يبيع المرء ام ولده ، وقد قال عليه الصلاة والسلام : بعثت لاتمم مكارم الاخلاق »^٤ .

رابعاً - السرقة .

ان عقوبة السارق في الشريعة الاسلامية هي الحد الشرعي ، اي

٢٤ (١) انظر حديث ابن عباس في صحيح مسلم بشرح النووي ، ج ١٠ ص ٧٠ .

٢٥ (٢) انظر اعلام الموقعين (ج ٣ ص ٢٤-٤٢) ، والقانون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

٢٦ (٣) فضيلة الشيخ احمد محمد شاكر ، في كتابه نظام الطلاق في الاسلام ، مصر ، ١٣٥٤ هـ ،

رقم ٩٠ .

٢٧ (٤) بداية المجتهد ، ج ٢ ص ٣٢٦ .

القطع ، بدليل الآية الكريمة : « السارق والسارقة فاقطعوا ايديهما »^١ ،
وبدليل السنة القولية والفعلية . ولكن عمر بن الخطاب اسقط هذه العقوبة
عن السارق في عام المجاعة ، بسبب الضرورة والحاجة واحياء للنفوس .
وعلى هذا ايضاً سار اجماع الفقهاء^٢ .
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^٣ . ولكن روي عن عمر بن الخطاب انه
نفي ربيعة بن امية بن خلف ، فلحق بالروم ، فقال عمر : « لا اغرب
بعدها احداً »^٤ . 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 جنابة
او معصية لم يعين الشرع لها عقوبة محددة . وقد جاء في الحديث الشريف :
« لا يجلد فوق عشر جلدات الا في حد من حدود الله »^٥ . وعلى الرغم
من ذلك ، فقد روي عن عمر بن الخطاب انه حكم بالجلد مائة سوط على
من زور خاتم بيت المال .

وقد اعتبر بعض الفقهاء ان الحديث المذكور منسوخ . ولكن اصحاب
الامام مالك اوّلوه بانه مختص بزمان النبي (ص) ليس الا^٦ . فاذن ،

× (١) سورة المائدة (٥) ٣٨ .

28 (٢) اعلام الموقعين ، ج ٣ ص ٧-٩ .

29 (٣) نيل الاوطار ، ج ٧ ص ٧٣ وما بعدها .

30 (٤) تفسير الفخر الرازي ، ج ٦ ص ٢١٧ .

31 (٥) 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) .

32 (٦) شرح النووي على صحيح مسلم ، ج ١١ ص ٢٢١ - ٢٢٢ .

نستبين من قول هؤلاء ان بعض الاحكام المنصوص عليها موقوتة عندهم ،
وانها قابلة للتغير بتغير الأعصار .
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 النصره 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 التغير بقوله : « ان قيل كيف يُظن
(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 النصره ، وكانت قوة
المرء ونصرته يومئذ بعشيرته . ثم لما دوّن عمر رضي الله عنه الدواوين ،
صارت القوة والنصره 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 .

سافات بعض الخلفاء

من امثلة تغير السنة ما رواه البخاري عن الخليفة الصالح عمر بن عبد
العزيز انه قال : « كانت الهدية في زمن رسول الله (ص) هدية ،
واليوم رشوة » . وفي الواقع ، كان النبي (ص) وابو بكر وعمر بن
الخطاب يقبلون الهدية من الرعية . ولكن عمر بن عبد العزيز رفضها ، وعد

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) وايي بـ **بكر** وعمر وعثمان ، وان معاوية اخذ نصف هذه الدية لبيت المال فبقي النصف لاهل التتيل ، وان عمر بن عبد العزيز قضى لهم ايضاً بنصف الدية والغى حصه بيت المال^٢ . فظاهر من هذا ان عمل الخلفيتين كان مغايراً للسنة ولعمل الصحابة ، وسببه اقتضاء السياسة الشرعية آنذاك .

الامام ابو يوسف الحنفي

اذا كان النص الشرعي مبنيّاً 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 النص واتباع العادة في مثل هذه الحال ، « لان العادة كانت هي المنظور اليها »^٣ . وهذا الرأي اختارته مجلة الاحكام العدلية بدليل نصها المطلق الوارد في القاعدتين « استعمال الناس حجة يجب العمل بها ، ولا ينكر تغيير الاحكام بتغير الازمان »^٤ ، وبدليل ما جاء في تقرير لجنة تدوين المجلة المرفوع الى الصدر الاعظم من « انه بتبدل الاعصار تتبدل المسائل التي يلزم بناؤها على العرف والعادة » .

34 (١) صحيح البخاري بشرح العيني ، ج ١٣ ص ١٥٤ .

35 (٢) نيل الاوطار ، ج ٧ ص ٥٥ .

36 (٣) المنافع (ص ٣٠٩ و ٣٢٤) ، وفتح القدير وهامشه العناية (ج ٥ ص ٢٨٣) ، والموافقات (ج ٢ ص ٢٨٣) .

37 (٤) المادنان ٣٧ و ٣٩ . انظر شرح علي حيدر على المادة ٣٧ .

ومثل يوضح ذلك . من المعلوم ان الشعير والحنطة هما من المكيات بحسب الحديث الشريف : « البر بالبر كيلاً بكيل ، والشعير بالشعير كيلاً بكيل »^١ . وهكذا اذا بيع البر او الشعير وجب تعيينهما كيلاً . 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^٢ . فهل ان هذه العادة مردودة لتعارضها مع النص ؟ كلا ، على قول 'بني يوسف' . ولعله تأثر في ذلك بالاختبارات العملية التي اكتسبها في منصب القضاء .

ولا ريب في ان قول هذا الامام وجيه يوافق الحاجات الجديدة والنظريات العصرية^٣ . 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 بعبارة مذكورة ، وهي ان الامة امية لا تكتب ولا تحسب . فاذا خرجت الامة عن اُميتها ، وصارت تكتب وتحسب ... وأمكن الناس أن يصلوا الى اليقين والقطع في حساب أول الشهر ... اذا صار هذا شأنهم في جماعتهم ، وزالت نلة الامية ، وجب أن يرجعوا الى اليقين الثابت وأن يأخذوا في اثبات الالهة بالحساب وحده ، وأن لا يرجعوا الى الرؤية الا حين يستعصي عليهم العلم به »^٤ .

الامام الفرائي المالكي

الامام شهاب الدين ابو العباس احمد بن ادريس (المتوفى سنة ٦٨٤ هـ)

- ٣٨ (١) انظر كتاب المغني لابن قدامة، ج ٤ ص ١٣٦ .
 ٣٩ (٢) فتح القدير في الموضع المذكور ، ورسالة نشر العرف لابن عابدين (ص ٨) .
 ٤٥ (٣) انظر قاموس الاجتهاد العام لدالوز ، المجلد ٣٠ ، تحت كلمة فانوت ، رقم ٥٤٥ : (Rép. de Jurisprudence gén. , V^o. Loi) .
 ٤١ (٤) فضيلة احمد محمد شاكر في رسالته «اوائل الشهور العربية» ، مصر ، ١٩٣٩ ، ص ١٣ .
 (١١)

المعروف 'بالقرافي المصري'، كان في عصره رئيس المالكية بمصر^١، وكانت له تصانيف عديدة أشهرها كتاب «الفروق» في أربعة أجزاء، وكتاب «الاحكام في تميز الفتاوى عن الاحكام وتصرفات القاضي والامام». وقد سئل هذا الامام، على ما جاء في كتابه الاحكام^٢، «إذا ضارت العوائد لا تدل على ما كانت تدل عليه أولاً، فهل تبطل الفتاوى المسطورة في كتب الفقهاء، ويفتق بما تقتضيه العوائد المتجددة؟ أو يقال نحن مقلدون، وما لنا إحداث 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 تغير 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 استثناء». هذا الجواب لا ريب في انه يتعلق بالاحكام المبنية على الاجتهاد، ولا يتعلق بتغير النصوص. ولكن وردت بعده تمة، 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، ركان من ثم يوافق ما قاله ابو يوسف على ما مر آنفاً.

الامام الطوفي الخنيلي

كان الامام نجم الدين ابو الربيع سليمان بن عبد القوي الطوفي (المتوفى سنة ٧١٦ هـ) من أئمة المذهب الخنيلي المشهورين^٣. وكان أيضاً من الأئمة الذين جاهروا بتقديم المصلحة على النص والاجماع.

٤٢ (١) حسن المحاضرة في اخبار مصر والقاهرة، للسيوطي، ج ١ ص ١٢٧.

٤٣ (٢) مطبعة الانوار، مصر، ١٩٣٨، ص ٦٧ - ٦٨.

٤٤ (٣) انظر ترجمته في مختصر طبقات الخنابلة، ص ٥٢.

قال هذا الامام ، في شرحه الحديث الشريف « لا ضرر ولا ضرار »^١ ، 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 اننا احلنا في تحصيلها على رعايتها »^٢ .

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 خلافه »^٣ .

واخيراً ، روى ابن قيم 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 يقوم منهم يشربون الخمر ، فانكر عليهم من كان معي ، فانكرت عليه وقلت له : انما حرم الله الخمر لانها تصد عن ذكر الله وعن الصلاة ، وهؤلاء يصدون الخمر عن قتل النفوس وسبي الذرية واخذ الاموال فدعهم »^٤ . وهذا ، كما ترى ، من امثلة قاعدة « يختار اهون الشرين » ، التي سنوضحها في باب الضرورة .

١١٤ (١) 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) .

١١٥ (٢) كتاب يسر الاسلام واصول التشريع العام للسيد محمد رشيد رضا (ص ٧٢-٧٣) ، والمجلد التاسع من مجلة المنار (ص ٧٤٥ - ٧٧٠) .

١١٦ (٣) هذا تعليق المرحوم العلامة الشيخ مصطفى الغلاييني على كلام الطوفي . انظر كتابه « الاسلام روح المدنية » ، بيروت ، الطبعة الرابعة ، ١٩٣٥ ، ص ٣٠ .

١١٧ (٤) اعلام الموقنين ، ج ٣ ص ٣ .

الخلاصة

هذه ، على الجملة ، هي الآراء المختلفة في مسألة تغيير النصوص الشرعية ، وفق تبدل الاجيال والامكنة والاحوال . ولا بدّ من التنبيه الى امور خطيرة ، ترمي الى تقليل اهمية الخلاف بين هذه الآراء المتباينة . وهذه الامور خمسة ، وهي :

اولاً - 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 .

ثالثاً - في الرأي المختار عند الفقهاء تجوز مخالفة النصوص للضرورة ، لأن « الضرورات تبيح المحظورات » ، على ما سنوضح في باب لاحق .

رابعاً - ان كثير من النصوص التي نسبت الى السنة ليست منها في شيء ، كما اوضحنا في باب سابق في معرض الكلام على وضع الحديث .

خامساً - ان بعض نصوص الحديث التي تعود الى معاش الدنيا والتي ذكرها النبي (ص) على سبيل الرأي ، ليست واجبة الاتباع . ودليل ذلك ما رواه مسلم ان النبي (ص) مرّ بقوم يأبؤون^١ النخل ، فسأل « ما يصنع هؤلاء ؟ » ، فقبل له بأنهم يلقحون النخل . فقال : « لو لم يفعلوا لصلّح » . فأخبروا بقوله ، فتركوا التلقيح ، فلم ينضج الثمر . فلما علم النبي (ص) بذلك قال : « انا انا بشر . اذا امرتكم بشيء من دينكم فخذوا به . واذا امرتكم بشيء من رأيي ، فالما انا بشر » . « انتم أعلم بامر دنياكم »^٢ .

ثم ان تغيير النصوص نفسها ، في الامثلة التي روينها ، ليست بعيدة بحد ذاتها عن روح الشريعة الاسلامية ، المبنية على التيسير والتبشير .

X (١) او يؤرون بمعنى يبذرون او يلقحون .

٤٩ (٢) صحيح مسلم (ج ٧ ص ٩٥) ، وشرحه للنووي (ج ١٥ ص ١١٦ - ١١٨) .
انظر ايضاً كتاب قواعد التحديث للقاسمي (ص ٢٥٦) ، وحجة الله البالغة (ج ١ ص ١٢٨) .

فقد جاء في الآية الكريمة : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر »^١.
وجاء في الاحاديث الشريفة : « يسروا ولا تعسروا وبشروا ولا تنفروا »^٢.
« خذوا من العمل ما تطيقون »^٣. « ما نهيتكم عنه فاجتنبوه ، وما امرتكم به
فافعلوا منه ما استطعتم »^٤.

ثم انه لا بدّ من التنبيه الى ان تطبيق قاعدة تغيير الاحكام لا يعني
تغيير النصوص لا سمح الله . فالنصوص مقدسة لا يجوز مسها بحال من
الاحوال . ولكن القصد من التغيير هو تغيير التفسير والاجتهاد لهذه
النصوص ، على ضوء الضرورة او تغيير العلل والعادات التي بنيت عليها .
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 ، وتتغير
بحسب المصلحة العامة والحاجة والضرورة ، وتتأثر باختلاف البيئة وتقلب
العصور والاحوال والعادات .

وهذا الذي اسلفنا اثبت ان الشرع الاسلامي في جميع اطواره التاريخية
لم يعارض سنة النشوء والتطور ، وانه ماشى وبماشي الحضارة في كل مكان
وفي كل زمان^٥ ، وان هذه الشريعة لم تعدم رجالاً امثال عمر بن الخطاب

١ (١) البقرة (٢) ١٨٥ .

٢ (٢) البخاري وشرحه للعيني (ج ٢ ص ٤٥) . وقد ورد هذا الحديث ايضاً ، مع بعض
تغيير في اللفظ ، في صحيح مسلم (ج ٥ ص ١٤١) .

٣ (٣) البخاري بشرح العيني ، ج ١١ ص ٨٥ .

٤ (٤) صحيح مسلم (ج ٧ ص ٩١) . ورد في صحيح البخاري بلفظ مختلف ، انظر شرح
العيني (ج ٢٥ ص ٣١) .

٥ (٥) قواعد الاحكام للعز بن عبد السلام ، ج ٢ ص ٤ .

٦ (٦) راجع محاضرة مؤلف هذا الكتاب وعنوانها « التفسير الاسلامي والمجتمع الحديث »
في مؤتمر الدراسات العربية في الجامعة الاميركية ، المنشورة مع غيرها من المحاضرات في رسالة
« العرب والحضارة الحديثة » ، بيروت ، دار العلم للملايين ، ١٩٥١ ، ص ٣٧ - ٥٩ .

وأبني يوسف وغيرهما ، رجالا نظروا الى غاياتها الحقيقية وطبقوها بمعانيها ومقاصدها لا بحروفها ونصوصها فحسب ، في وقت لم يكن الناس فيه يجمدون او 'يجمون' .

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 « 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 لعبرة لاولي الابصار »^٢ .

٥٥ (١) انظر كتاب مبادئ الشرع الاسلامي الجزائري تأليف زيس ، طبع الجزائر ، ١٨٨٥ ، ج ١ ص ٩ . (Zeys , Traité élémentaire de Droit musulman)
× (٢) آل عمرات (٣) ٣ .

الفصل الثاني

الحيل الشرعية

لمحة تاريخية

ثابت في تاريخ التمدن ان تطور المجتمع والرأي العام أسبق من الشرائع في ميدان التغيير والانقلاب . وهكذا كثيراً ما نرى الشعوب محافظة على شرائعها القديمة ، بينما تكون ضرورات الحياة الاجتماعية تتطلب تعديلها على ما يلائم تلك الحياة ، ويقرب 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 الحيل الشرعية ، نسوق ههنا 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 استعمل الرومان هذه القاعدة ، بطريقة الحيلة الشرعية ، كوسيلة لاجراء التبني ايضاً . ومثل آخر : كان القانون القومي الروماني لا يقر حق التملك ^٤ الا بشروط معينة قاسية . ولكن قاضي القضاة « البريتور » اقر في بعض الأحيان شبه الملك ، او مايسمونه « الملكية البريتورية » ^٥ . ولهذا الغاية

56 (١) Fictio juris . انظر كتاب القانون القديم تأليف مابن المذكور (ص ١٣ وما بعدها) ، وتعليقات بولوك على ذلك الكتاب (Introduction and Notes to Maine's Ancient Law لندن ، ١٩١٤ ، ص ٨-٩) .

57 (٢) راجع مجموعة القوانين الرومانية لجيرار (Textes de droit romain باريس ، ١٩٢٣ ، ص ١٣) .

58 (٣) Si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto

59 (٤) Dominium ex jure Quiritium

60 (٥) In bonis habere

ابتدع القاضي « بوبليكيوس » الدعوى المسماة باسمه ^١ 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 ^٢ .

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 .

الشرعية الاسلامية

بعد هذا التمهيد التاريخي ، نعود الى الشرع الاسلامي ، لنرى حكمه في مثل هذه الحيل وما اليها . وهي ، على الجملة ، تنقسم قسمين : اولهما الحيل الشرعية المباحة ، والثاني الحيل الشرعية المختلف فيها .

فالحيلة الشرعية المباحة هي التحيل على قلب طريقة مشروعة ، وضعت لأمر معين ، واستعملها في حالة اخرى ، بقصد التوصل الى اثبات حق ، او دفع مظلمة ، او 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 ^٣ . فالبيع الوفاي 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 منه « التحيل على قلب الاحكام الثابتة شرعاً الى احكام آخر ، بفعل صحيح الظاهر لغو في

Actio Publiciana (١)

. Item usucapio fingitur in ea actione quae Publiciana vocatur (٢) ^{٦٥}

انظر كتاب الاحكام (Institutes) لغايوس ، الشرح الرابع (بند ٣٦) .

٦٦ (٣) الاشباه والنظائر لابن نجيم ، ص ٤١ .

الباطن » ١ . 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 » ٢ . وقد تساهل 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 ، إلا باجازه الورثة . بناء على هذه القاعدة لم يجوز المذهب الحنفي اقرار المورث لوارثه بدين في مرض الموت إلا باجازه باقي الورثة ، لان هذا يحمل على محمل الوصية . فالحيلة في ذلك ٣ 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 ، وللبجار . ولكن الفقهاء استنبطوا حيلة مختلفة للتخلص من حق الشفعة ، وقد ذكر الحُصاف منها امثلة عديدة .

منها انه لو كان زيد يملك داراً بجوار دار عمرو ، ثم اراد زيد بيع داره من اجنبي ، كان لعمره حق تملكها بالشفعة بسبب الجوار ، شرط دفعه الثمن الذي اداه المشتري الاجنبي . فمن حيل تخلص الدار من الشفعة ان يقر زيد للاجنبي بان الدار له ويشهد على ذلك شهوداً ، ثم يعطي المقر له الثمن لزيد على سبيل الهبة ٤ . فهذا العمل باطنه بيع وظاهره اقرار بالملك مع الهبة . وقد استعمل حيلة للتوصل الى هضم حق صاحب الشفعة .

وحيلة اخرى : هي ان يهب زيد الدار للمشتري الاجنبي ، ويعوضه

١ (١) الموافقات، ج ٢ ص ٣٨٠ .

٢ (٢) الموافقات، ج ٤ ص ٢٠٢ .

٣ (٣) كما قال الحُصاف ، في كتاب الحيل ، القاهرة ، ١٣١٤ هـ ، ص ٩٠ .

٤ (٤) المصدر نفسه، ص ٨٠ .

المشتري عن ذلك مبلغاً من المال . وبهذا لا يكون لعمره 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 الخارج في الحيل ، المنسوب الى الامام محمد بن
الحسن صاحب ابني 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 ابني
بكر الخفاف ، والفصول المختلفة التي عقدت عن مسألة الحيل في كتب الفقه
الحنفي . اما كتاب ابني حنيفة الذي ذكره الخطيب في تاريخ بغداد ^٥ ،
وكتاب ابني يوسف في الحيل ، فانهما لم يصلنا ^٦ .

وممن الف في الحيل من الشافعية : ابو بكر محمد بن عبد الله الصيرفي
(المتوفى سنة ٣٣٠ هـ) ، وابو الحسن محمد بن يحيى بن سراقه العامري
(المتوفى سنة ٤١٦ هـ) ، وابو حاتم محمد بن الحسين القزويني (المتوفى

٦٦ (١) ذكره البخاري مثلاً عن حيل بعض الناس ويقصد بهم الحنفية . انظر شرح العيني ،
ج ٢٤ ص ١٢٣ .

٦٧ (٢) المغني (ج ٤ ص ١٧٩) ، وفتاوى النووي المسماة بالمسائل المنثورة (دمشق ،
١٣٤٨ هـ ، ص ٥٧) .

٦٨ (٣) ان هذا الكتاب مخطوط في مكتبة القاهرة . وقد نشره الاستاذ يوسف شغت
سنة ١٩٣٠ .

٦٩ (٤) شرح العيني على البخاري (ج ٢٤ ص ١٠٩) ، والميزان للشعراني (ج ٢
ص ٩٨ - ٩٩) .

٧٠ (٥) ج ١٣ ص ٤٠٣ .

٧١ (٦) نظرة عامة في تاريخ الفقه الاسلامي للدكتور عبد القادر ، ص ٢٣٢ .

مكتبة
الشيخ
الشيخ
الشيخ

سنة ٤٤٠ هـ (١) .

بافي المذاهب الاسلامية

روي عن الامام الشافعي انه لم يسوِّغ الحيل . وان من عرف سيرته وفضله ، « علم انه لم يكن معروفاً بفعل الحيل ولا بالدلالة عليها ... واكثر الحيل التي ذكرها المتأخرون المنتسبون الى مذهبه من تصرفاتهم ، تلقوها عن المشرقين (الحنفين) ، وادخلوها في مذهبه » ٢ .

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 بَّين فيها باسهاب الادلة على بطلان هذه الحيل ، ورد على حجج من جوزها ؛ ثم فرق بين الحيل المحرمة والحيل المشروعة ، وضرب منها امثلة كثيرة ٣ .

وان تحريم الحيل عند من ذكرنا يستند الى القاعدة الشرعية الاصولية ، ان التشريع مبني على مصالح مقصودة ، وانه يجب سد الذرائع او الوسائل التي تفوت 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 ياباه الشارع ، بل ما تأباه « سياسة ملوك الدنيا ... فان احدهم اذا منع جنده او رعيته او اهل بيته من شيء ، ثم اباح لهم الطرق والاسباب والذرائع الموصلة اليه ، لعدّ متناقضاً ، ولحصل من رعيته وجنده ضد مقصوده . وكذلك الاطباء ، اذا ارادوا حسم الداء ، منعوا صاحبه من الطرق والذرائع الموصلة اليه ، والا فسد عليهم ما يريدون اصلاحه . فما الظن بهذه الشريعة

١٦٢ (١) انظر ترجمتهم في طبقات الشافعية لابن بكر الحسبي (المتوفى سنة ١٠١٤ هـ) ، بغداد ، ١٣٥٦ هـ ، ص ١٨ و ٤٣ و ٤٩ .

١٦٣ (٢) اعلام الموقعين ، ج ٣ ص ٢٤٧ .

١٦٤ (٣) اعلام الموقعين ايضاً ، ج ٣ ص ١١٩ - ٣٥٢ ، وج ٤ كله ، وخاصة ص ١ - ٤٠ .

الكاملة ، التي هي في أعلى درجات الحكمة والمصلحة والكمال ؟ » .
مثلاً ، ان الشفعة « شرعت لدفع الضرر ، فلو شرع التحيل لابطاها ،
لكان عوداً على مقصود الشريعة بالابطال ، ولتحق الضرر الذي قصد ابطاله » ١ .
وفوق هذا الدليل العقلي على تحريم الاحتيال على الشريعة ، نبين فيما
يلي بعضاً من ادلة التحريم الشرعية ، ونقتصر في ذلك على ما يكفي
لايضاح الموضوع .

اولاً - ان نصوص الشرع لا تقصد الى الاعمال الشرعية بنفسها ، بل
الى مصلحة وضعت لاجلها . فاذن ، ينبغي ان تفسر الاعمال جميعاً بحسب
روحها وحقيقتها ، لا بحسب ظاهرها ، وان تمتنع من ثم الحيل الخارجية التي
تخفي في باطنها عملاً محرماً .

مثلاً الآية الكريمة : « ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا
الله عدواً بغير علم » ٢ . وتفسيرها ان المسلمين منعوا من سب الاصنام ،
لئلا يتخذ عبدتها ذلك ذريعة الى سب الله (تعالى) .

وبهذا المعنى جاء في البخاري 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 اياه ويسب امه » ٣ .

ثانياً - ان في هذا التحيل على القانونين خداعاً ، وان الخداع محرم في
الشرع الاسلامي ، بدليل الكتاب والسنة . فقد جاء في الآية الكريمة : « ولا
تخذوا آيات الله هزواً » ٤ . وجاء في الحديث الشريف : « لا تحل الخديعة لمسلم » ٥ .

ثالثاً - روي عن النبي (ص) وعن الصحابة والتابعين ما يؤكد تحريم الحيل
الشرعية . مثاله الحديث الشريف : « اذا اقترض احدكم اخاه قرضاً فاهدي
اليه طبقاً فلا يقبله ، او حمله على دابته فلا يركبها ، الا ان يكون

١٥ (١) المصدر نفسه ، ج ٣ ص ١٢٠ و ٢٦٠ .

٢ (٢) الانعام (٦) ١٠٨ .

٣ (٣) البخاري بشرح العيني ، ج ٢٢ ص ٨٣ .

٤ (٤) البقرة (٢) ٢٣١ .

٥ (٥) اعلام الموقعين ، ج ٣ ص ٢٦١ .

جرى بينه وبينه قبل ذلك»^١ .
وجاء أيضاً عن ابن مسعود وابن عباس انهما ، امثالاً 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 أئمة الحديث^٢ كالبخاري^٣ وغيره ، على منع الحيل في الاحكام ،
وعلى وجوب تركها .

المقدمة

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 الكلّيتين ان « الامور بمقاصدها » ، وان « العبرة في العقود للمقاصد
والمعاني لا للالفاظ والمباني »^٤ .

ومن الحيل المعروفة على القانون ان يحرم المورث وارثه من ميراثه
بافقاره بماله للغير . فمثل هذا الاقرار ملازم للمورث في حياته ، وملازم
لورثته بعد مماته . ولا يمكن هؤلاء الادعاء بابطال الاقرار بمقتضى الجملة^٥ .
ولكن هذا تغير في لبنان بعد صدور القوازين الحديثة . فاصبح بإمكان
الوارث ان يثبت عكس اقرار مورثه ، اذا كان قد جرى احتيالاً على
القانون وبقصد حرمانه من الارث^٦ .

١٦٦ (١) رواه السيوطي في الجامع الصغير (رقم ٤٦٧) ، نقلاً عن ابن ماجه والبيهقي وابن منصور .
١٦٧ (٢) اعلام الموقعين ، ج ٣ ص ١٤٩ - ١٥٢ .
١٦٨ (٣) في كتاب الحيل من الجامع الصحيح . انظر شرح العيني ، ج ٢٤ ص ١٠٨ وما بعدها .
١٦٩ (٤) [المادتان الثانية والثالثة] ، وسيأتي تفسيرهما .
١٧٠ (٥) المادة ١٥٩٤ . وكذلك في المادة ١٦٥٢ ، يعتبر الوارث والمورث « في حكم المنكلم الواحد » .

١٧١ (٦) هذا بالقياس على المادة ٥٥٣ من قانون اصول المحاكمات المدنية . راجع اجتهاد محكمة
الاستئناف المدنية اللبنانية في القرارات الاعدادية عدد ١٣ الصادر في ٦ شباط سنة ١٩٤٠ ،
وعدد ٤٧ الصادر في ٢٤ شباط سنة ١٩٤١ .

وهذا الاصلاح التشريعي موافق لمذهب الفقهاء المسلمين القائلين بتحريم الحيل والتحيل . فقد عدَّ ابن القيم التحيل على حرمان الوارث ميراثه من الحيل المحرمة ، وذكر من ذلك أمثلة عديدة . منها أن يقر المورث بماله لغيره عند الموت ، بقصد حرمان الوارث من نصيبه الارثي . ومنها أيضاً أن يقول الرجل لزوجته في مرض موته : « اذا مت من مرضي هذا ، فانت طالق قبل مرضي بساعة ثلاثاً » ، وذلك بقصد حرمانها من الميراث ^١ . وبعد ، نستنتج مما تقدم ان الحيل جوزت عند الفقهاء الحنفية ، وعند بعض المتأخرين من الشافعية . ولكنها كانت مكروهة عند محمد بن الحسن ، صاحب ابي حنيفة ، وكانت محرمة عند الامام الشافعي ، وعند الامامين مالك وابن حنبل واتباعهما .

فاذن ، من الخطأ ان نقول ، بصورة اجمالية ، ان الشرع الاسلامي اجاز الاحتيال على القانون ، دون تفصيل بين المذاهب . فالحيل ، ولو اجيزت في مذهب او اثنين من المذاهب الاسلامية ، هي باطلة ، في المذاهب الباقية ، التي تستند كما رأينا الى أدلة شرعية وسابقات معتبرة ^٢ .

٨٤ (١) اعلام الموقعين ، ج ٣ ص ١٥٣ و ٢٥٨ .

٨٥ (٢) الزميل الاستاذ جان باز اطروحة صنفها بالفرنسية للجمهور على نهادة 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 ، سيراي ، ١٩٣٨) . وهي قد حوت دراسة قيمة عن هذا الموضوع في القوانين الاجنبية العديدة ، ثم اكدت بدراسته في المذهب الحنفي وحده من بين المذاهب الاسلامية . وقد استنتج مؤلفها الكريم (في الصنعة 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 كثيراً بالثقافة والمدنية الفرنسية . فنحن نرى ان هذا الكلام اذا كان صحيحاً يجب ان يخصص بالمذهب الحنفي وحده ، لان باقي المذاهب الاسلامية حرمت الحيل الشرعية منذ القديم ، قبل ان تتأثر بأي ثقافة غريبة 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 الاول 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 يأنخر عن سن القوانين مباشرة ، او بطريق الاجتهاد ، كلما دعت المصلحة العامة الى ذلك .

وان جواز هذا التشريع ، وواجب اتباعه من قبل الرعية يستند الى الكتاب والسنة والاجماع .

ففي الكتاب ، الآية الكريمة : « اطيعوا الله واطيعوا الرسول واولي الامر منكم »^١ . ومن اولى الامر طبعاً الخلفاء والولاة .

وفي السنة ، الاحاديث الصحيحة : « من اطاعني فقد اطاع الله ، ومن عصاني فقد عصى الله ، ومن يطع الامير فقد اطاعني ، ومن يعص الامير فقد عصاني . اسمعوا واطيعوا ، وان استعمل عليكم عبد جبشي كأن رأسه زبيبة . من كره من اميره شيئاً فليصبر عليه ، فانه ليس احد من الناس خرج من السلطان شبراً فمات عليه الا مات ميتة جاهلية . ألا من ولي عليه وال فرآه يأتي شيئاً من معصية الله ، فليكره ما يأتي من معصية

الله ، ولا ينزعنّ يدّاً من طاعة « ١ .
وعلى هذا كان الاجماع ايضاً . فقد اجتهد الخلفاء المسلمون في مسائل
كثيرة عرضت عليهم . وكان اجتهادهم ، اذا قبل بالاجماع ، يصبح جزءاً
من الشرع الاسلامي .

نواحي هذا التشريع

ان الناحية الرئيسية لاشتراء 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 المعاملات ، « معزّرين »^٢ ومؤدبين
للمجرمين بما يتناسب واعمالهم ، مستعملين في ذلك حتى الحبس والنفي
واقفال « بطريق السياسة »^٣ .

وفوق هذا ايضاً ، لم يتأخر الخلفاء عن تغيير تفسير الاحكام الثابتة
بالنصوص ، اذا اقتضت ذلك السياسة الشرعية او المصلحة العامة . ومن
امثلة هذا التغيير ما ذكرناه 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 .

٨٦ (١) من احاديث الصحيحين . وروى 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) .

٨٧ (٢) انظر معنى التعزير في النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ، ج ١
ص ١٢٩ .

٨٨ (٣) مقدمة ابن خلدون (ص ١٩٦) ، والمبسوط (ج ٢٦ ص ١٢٤) .

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 يجاربون جميع المذاهب المخالفة لهم ولسياستهم ، وقد اراد ابو جعفر المنصور والرشد ان يحملوا الناس على اتباع مذهب الامام مالك ، لولا ممانعة هذا الامام . وكذلك تشيع الفاطميون للنحلة الاسماعيلية ، والايوبيون للمذهب الشافعي ، والايروانيون للشيعه الامامية ، واليمينيون للشيعه الزيدية ، والوهايون 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 الاوربية ، كقوانين الجزاء والتجارة واصول المحاكمه .

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 ارفق ولمصلحة العصر اوفق ، فليس للحاكم أن يعمل برأي مجتهد آخر مناف لرأي ذلك المجتهد ، واذا عمل فلا ينفذ حكمه »^١ . وبمعناه ختمت جمعية المجلة تقريرها ، الذي رفعت به الى الخليفة العثماني بواسطة الصدر الأعظم ، بقولها : « فاذا أمر امام المسلمين بتخصيص العمل بقول من المسائل المجتهد فيها ، تعين ووجب العمل بقوله . واذا حلت هذه المعروضات المبسوطة لدى حضرتكم العلية محل التصويب ، يجري توشيح أعلى المجلة الملفوفة بالخط الشريف الهمايوني . والأمر لولي الأمر » .

مرور اختصاص السلطان

في الدول العصرية سلطات استراعية خاصة ، من برلمان او 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 اولى الامر في الشرع الاسلامي . وعلى هذا في الحديث الشريف امثلة عديدة : « انما الطاعة في المعروف . السمع والطاعة حق ما لم يؤمر بالمعصية ، فاذا امر بمعصية ، فلا سمع ولا طاعة »^١ . لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق »^٢ .

وهنا ننبه الى الفرق بين الخليفة عند السنيين وبين الامام عند الشيعة . فالأئمة عند الشيعة الامامية هم « خلفاء الله في ارضه »^٣ ، على حين ان الخليفة عند السنيين « يخلف النبي في امته »^٤ . وهذا الفرق يستتبع ان الأئمة 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 : « وشاروهم في الأمر فاذا عزمتم فتوكل على الله . وامرهم شورى بينهم »^٧ . وقد روى البخاري ان النبي (ص) شاور اصحابه في بعض الامور ، وان الأئمة بعده كانوا يستشيرون الامناء من اهل العلم في الامور المباحة التي لا نص عليها في الكتاب والسنة ليأخذوا بأسهلها^٨ . وروي بصورة خاصة عن عمر بن الخطاب انه كان من اشهر من تمشى على المشاورة في احكامه واجتهاده^٩ .

(١) هذه جميعها ، او ما ورد في معناها بلفظ مختلف ، رواها الصحاح . راجع صحيح البخاري وشرحه للعيني (ج ١٧ ص ٣١٤ و ج ١٤ ص ٢٢١) ، وصحيح مسلم (ج ٦ ص ١٥) .
(٢) رواه السيوطي في الجامع الصغير (رقم ٩٩٠٣) ، نقلاً عن احمد في مسنده وعن الحاكم في مستدركه .

٩٥ (٣) اصول الكافي للكليني ، ص ٦٩ .

٩١ (٤) مقدمة ابن خلدون ، ص ١٦٦ .

٩٢ (٥) الملل والنحل للشهرستاني ، بهاءش ابن حزم ، ج ١ ص ١٥١ .

٩٣ (٦) الجامع وشرحه المنافع ، ص ٣٣٠ .

× (٧) آل عمران (٣) ١٥٩ ، والشورى (٤٢) ٣٨ .

٩٤ (٨) انظر شرح العيني على البخاري (ج ٢٥ ص ٧٨-٧٩) ، وصحيح مسلم (ج ٥ ص ١٥٧) .

٩٥ (٩) 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 مدنيّتهم ، 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 باللبس والسلوك الاجتماعي ، ومنها ما لا معنى له سوى التسلية ^٣ ، وهكذا .

وتختلف العادات ، كباقي المظاهر الاجتماعية ، باختلاف الأمصار والأعصار . فتأخذ في كل زمان وفي كل مكان طابعاً خاصاً يميزها من بين غيرها . مثاله ما ذكره الشاطبي عن كشف الرأس في أيامه « فانه يختلف بحسب البقاع في الواقع . فهو لذوي المروءات قبيح في البلاد الشرقية ، وغير قبيح في البلاد المغربية ... فيكون عند اهل المشرق قادحاً في العدالة وعند اهل المغرب غير قادح » ^٥ .

وايضاً خاتم الخطبة اليوم . فالعادة في بعض البلاد ان يوضع في اليد

٩٦ (١) راجع في الموضوع كتاب مونتيكيو « روح الشرائع » (الجزء الاول ، الكتاب الرابع عشر) ، وكتاب Cursus der Institutionen ، 1893 ، Leipzig (في المقدمة) تأليف بوختا

Puchta ، وكتاب سافيني Savigny ، System des heutigen romischen Rechts .

٩٧ (٢) انظر كتاب Les lois de l'imitation تأليف تارد Tarde .

— (٣) مثاله عادة الملك في بعض ولايات اميركا .

٩٨ (٤) الموافقات ، ج ٢ ص ٢٨٤ .

اليعنى قبل الزواج ثم ينقل الى اليسرى بعده ، مع ان العادة في البعض الآخر هي على العكس من ذلك . وكذلك ايضاً المحاذنة ^١ عند طبقة العمال في فرنسا . فهي لا تعتبر كافية لعزل الوصي عن وصايتة لانها ليست من مساوىء الاخلاق المتواترة عندهم ^٢ ، بينما هي العكس من ذلك عند غيرهم .

وقد كانت العادة في بدء نشوء الأمم أساس جميع المظاهر الاجتماعية . فكانت وحدها أساس الدين والأخلاق والمعاملات . ثم تناقصت اهميتها من الناحية التشريعية شيئاً فشيئاً بظهور المحاكم وتدوين القوانين ، وأصبح دورها يسيراً في أيامنا الحاضرة .

فلهذا كانت العادة في تاريخ التشريع الروماني من المصادر الأصلية . فلقد جمعت أولاً في قانون الألواح الأثني عشر . وبقيت معتبرة حتى في أيام يوستينيانوس ، القائل ان « الشريعة غير المدونة هي التي تستحسنها العادة » ^٣ . 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 ^٤ . وكذلك لم يعد يكتب فيها من علمائهم اليوم الا نفر قليل ^٥ .

اما في انكلترا واميركا ، فقد رأينا ان العرف العام ^٦ من ادلة

(١) الساكنة غير المشروعة .

٩٩ (٢) على هذا الاجتهاد حكم محكمة الاستئناف في دويه Douai الصادر في ١١ نيسان سنة ١٩٣٨ . انظر مجلة سيرايم لسنة ١٩٣٨ ، القسم الثاني ، ص ٢١٥ - ٢١٦ .

(٣) عن كتاب الاحكام ليوستينيانوس (Institutes, I, 2, 9) :

Ex non scripto jus venit , quod usus comprobavit .

١٥٥ (٤) مثاله الحلوات (الراشن او البخشيش Pourboire) كانت قديماً من نوع العطية الاختيارية ، التي تعطى للخدمة وغيرهم . ولكنه اصبح اليوم اجبارياً تحت تأثير العرف . فهو في فرنسا وغيرها من البلاد الاوروبية يضم غالباً على الحساب بنسبة عشرة بالمائة ، باسم اجرة الخدمة . Service

١٥١ (٥) مثل فرانسوا جيني François Géný .

(٦) Common Law

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 انه دور حيوي لا يمكن للشرائع أن تتجاهله ، لان العادة التي سبقت القوانين وقامت مقامها قبل تدوينها ، لا تزال تؤيدها وتفسرها وتعدلها وتحركها من جمودها . وستبقى كذلك حتى تصل بين ماضيها وحاضرها ، وتصل بين حاضرها ومستقبلها .

أثر العادة في التشريع الاسلامي

عند العرب قبل الاسلام ، كانت التقاليد والعادات اساساً لكل مظهر من مظاهر حياتهم ، من ديانة واخلاق ومعاش وتجارة ومعاملات ، ولم يعرف انهم دونوا شيئاً منها .

ولما ظهر الاسلام اصبحت النص المبني على القرآن والسنة اساس التشريع ، ففضاءات 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 ، وخاصة بعض الأحاديث ، كانت مبنية على العرف . وقد ضربنا منها مثلاً فذكرنا ان الخططة والشعير كانا من المكيلات . ومن الطبيعي عندما تكون الأحكام مبنية على العرف ان يرجع اليه في تفسيرها وتفهم معانيها ، كما في مسائل الدية والقسامة .

ثانياً - السنة التقريرية أقرت كثيراً من العادات العربية . أي ان النبي (ص) سكت عن بعض العوائد المستحسنة ورضي عنها ، فاصبحت جزءاً من العادات الاسلامية المبنية على السنة .

ثالثاً - لقد مرّ معنا أن الامام مالكا 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 او السنة ، فكانت تقبل مثل هذه العادات ، ثم تدخل في التشريع الاسلامي من باب اجماع المجتهدين ، او من أبواب الأدلة التشريعية الأخرى كالاستحسان والاستصلاح . وقد مرّ ايضاح ذلك ، وبيان مبدأ تغير الأحكام ، واختلاف الأقوال في جواز تغيير تفسير النص ، وأهمية العرف والعادة في كل ذلك .

أثر العادة في الاصل في الفقه

العرف والعادة بمعنى واحد . وتعريف العادة ، كما نقل ابن نجيم عن الهندي في شرح المغني ، انها « عبارة عما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المقبولة عند الطباع السليمة »^١ . وهي اما عامة يتعامل بها أهل البلاد جميعاً ، واما خاصة لبلد من البلاد أو لجيل من الناس . وفي الحالتين هي معتبرة شرعاً . وعلى هذا جاء في القواعد الكلية ، ان « العادة محكمة » . وهي قاعدة من القواعد الأربع التي قال عنها القاضي الحسين^٢ ان مبنى الفقه عليها^٣ . وقد نقلتها المجلة ووضحتها بقولها : « العادة محكمة ، يعني ان العادة عامة كانت او خاصة تجعل حكماً لا يثبت حكم شرعي » (المادة ٣٦) .

ودليل تحكيم العادة في الأمور الشرعية هو اجماع الفقهاء ، المبني على سابقات قضائية اسلامية . ففي القول المأثور : « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن »^٤ . وكذلك روى البخاري ان القاضي شريح في عهد

ابن نجيم (١) في كتاب الاشباه والنظائر ، ص ٣٧ .

(٢) هو ابو علي الحسين بن محمد بن احمد المروزي ، المتوفى سنة ٤٦٢ هـ عن وفیات

الاعيان لابن خلكان ، ج ١ ص ١٤٥ .

(٣) كما نقله تاج الدين السبكي في جمع الجوامع . انظر شرحه للمجلي مع حاشية البناني ، ج ٢ ص ٣٧٣ .

(٤) مر تخريجه سابقاً . وهو ليس بخديث شريف ، كما ظن بعض الحنفية ، بل هو من قول عبد الله بن مسعود .

عمر بن الخطاب قال للغزاليين : « سننكم بينكم »^١ .
ثم ان الكتب الفقهية حوت قواعد كلية اخرى ، في مسألة تحكيم العادة ،
نقلتها المجلة جميعاً . وهي وجيزة التركيب ، فصيحة العبارة ، واضحة المعنى . وها هي :
أولاً - « استعمال الناس حجة يجب العمل بها » (المادة ٣٧) . وهي
قاعدة نقلت في المجامع عن التلويح^٢ .
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 »^٣ .
ثالثاً - « المعروف بين التجار كالمشروط بينهم » (المادة ٤٤) . او
بعبارة القنية ، « المتعارف بين التجار كالمشروط »^٤ .
رابعاً - « التعيين بالعرف كالتيعين بالنص » (المادة ٤٥) . وفي المبسوط ،
« الثابت بالعرف كالثابت بالنص »^٥ .

شروط العادة

لكي تعتبر العادة محكمة شرعاً ، يجب ان تستوفي بعض الشروط ، وهي :
اولاً - 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^٦ وفي المجلة « انما تعتبر العادة
اذا اضطردت او غلبت » (المادة ٤١) . وتفسير ذلك ، كما نقلت المجلة
عن المجامع^٧ ، ان « العبرة للغالب الشائع لا للنادر » (المادة ٤٢) .

١٥٥ (١) البخاري بشرح العيني ، ج ١٢ ص ١٦ .

١٥٦ (٢) المنافع ، ص ٣٠٨ .

١٥٧ (٣) ذات المصدر ، ص ٣٢٤ .

١٥٨ (٤) كما نقله ابن عابدين ، في رسالة نصر العرف ، ص ١٥ .

١٥٩ (٥) ذات المصدر ، ص ٤ .

١١٥ (٦) الاشباه لابن نجيم ، ص ٣٧ .

١١١ (٧) المنافع شرح المجامع ، ص ٣٢٥ . وفي المثل اللاتيني :

Ad ea quae frequentius accidunt jura adaptantur .

مثلاً ، اذا اطلق الثمن في البيع ، اي اذا ورد في العقد دون تخصيص ، كان الثمن على غالب نقد البلد ^١ ، لا على النقد النادر .

ثالثاً - يعتبر العرف السابق او المقارن للمعاملات دون العرف المتأخر الطارئ ^٢ . فلو حصل الاتفاق على ثمن المبيع بدراهم او بدنانير في بلدة اختلفت فيها النقود ، كان البيع منصرفاً الى النقد الدارج والى العرف الغالب حين البيع ، وليس الى ما يطرأ بعد ذلك من اختلاف او تغيير . رابعاً - لا عبرة بالعرف اذا كان بين الطرفين شرط يخالف ، لان

العرف بمنزلة الشرط الضمني . فاذن ، هو مردود بوجود الشرط الصريح . خامساً - جاء في المجامع ان « العرف انما يكون حجة اذا لم يخالف نص الفقهاء » ^٣ . فعليه ، في الرأي المختار ، لا عبرة بالعرف اذا كان في الشرع نص يعارضه ، لان النص اقوى من العرف . وقد خالف في ذلك الامام ابو يوسف عندما يكون النص مبنيّاً على العرف العام ، وان رأيه كما قدمنا اختارته المجلة . وقد أوضحنا سابقاً تفصيل ذلك جميعاً .

وعلى كل ، فان العادة التي نقصدها ، والتي نعتبرها مصدراً خارجياً للشرع الاسلامي انما هي العادة التي توافق الادلة الاصولية المعتبرة . اما ما جاء منها على خلاف هذه الادلة ، او على خلاف روح الشريعة الاسلامية وحكمتها ونصوصها ، فهو مردود لا تتعرف اليه هذه الشريعة بشيء . ومن امثلة العادات المحرمة او المذمومة عادات البدو مجرمان النساء من الميراث ^٤ ، وعادات التعجيل والحلف بالطلاق ^٥ ، والتجمل على القانون عند القائلين بتحريم الحيل ، وما اليها .

١١٢ (١) الهداية ، ج ٣ ص ١٨ .

١١٣ (٢) الاشياء والنظائر للسيوطي (ص ٦٨) ، ولابن نجيم (ص ٤٠) .

١١٤ (٣) المنافع ، ص ٣٢٤ .

١١٥ (٤) راجع كتاب القضاء بين البدو لعارف العارف (مطبعة بيت المقدس ، ١٩٣٣ ، ص ١٢٥) ، وكتاب العدل البدوي Bedouin Justice تأليف كنيث Kennet (كايبرديج ، ١٩٢٥ ، ص ٩٩) .

١١٦ (٥) انظر فتاوى ابن تيمية (ص ١٣٢٦ - ١٣٢٩ هـ ، ج ٣ ص ٢ وما بعدها) ، ومجلة المار (سنة ١٣٤٣ هـ ، ص ٧٣٧ - ٧٤٢) .

أصله تحكيم العادة

ان الأمثلة عن تحكيم العادة في المعاملات كثيرة في المجلة وفي الكتب الفقهية . ونحن نذكر هنا قليلاً منها على سبيل الايضاح .
لو استؤجر خياط ، فالحيط والابرة عليه عملاً بالعرف . ولو اعطى رجل ولده لاستاذ ليعلمه صنعة من دون ان يشترط احدهما اجرة للآخر ، فبعد تعلم الصبي لو طالب احدهما الآخر باجرة ، يعمل بعرف البلدة وعادتها . فان كان العرف يشهد للاستاذ حكم له بأجر المثل ، اي بالاجرة المعتادة لذلك التعليم . وان كانت الاجرة عادة للصبي لزم الاستاذ 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 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 ^٢ .

ومثل آخر : اذا استقدم احد آخر من الذين جرت عاداتهم العمل

١١٦ (١) راجع في شرح الحوي على الاشباه (ج ١ ص ١٣٦-١٣٨) الخلاف في جواز الحلو ، وفناوى محمد بن بلال الحنفي والمنهجي ابي السعود وناصر الدين اللقاني المالكي وغيرهم في هذه المسألة .
١١٨ (٢) مثاله عادة الدفع يوم السبت ، المسماة « السبتية » ، المعروفة بين تجار مدينة بيروت وغيرها .

بالاجرة ، كالدلال والجمال والنجار ، من غير تسمية الاجرة ، فان الاجير يستحق « من الاجرة ما جرت به العادة لدلالة العرف على ذلك » ١ .
ثم ان للعادة تأثيراً ايضاً في تفسير بعض التصرفات . فمن ذلك القاعدتان الكليتان الآتيتان ، الواردتان في المجلة نقلاً عن المجامع ٢ :

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 سنّاً . ومثل المستحيل العرفي ان يدعي رجل معدم ان السلطان استدان منه مبلغاً كبيراً من المال .
فهنا كان للعادة تأثير في وصف الامر المدعى به والحاقه بالمستحيل الحسي ٣ .
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 عليه دون الحقيقي . وبمعناه قيل في المثل : « غلط مشهور خير من صحيح مهجور » ٤ .

١٩ (١) راجع في كل هذه الامثلة : الاشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٣٨-٤١) ، ورسالة نشر العرف لابن عابدين (ص ٢٧) ، وقواعد الاحكام للعز بن عبدالسلام (ج ٢ ص ١٣٥) ، وبصرة الحكم لابن فرحون (ج ٢ ص ٦٥ وما بعدها) .
٢٥ (٢) المنافع شرح المجامع ، ص ٣١٩ و ٣٣٢ .
٢١ (٣) انظر المادة ١٦٩٧ من المجلة .

(٤) يقابله في اللاتينية : *Via trita via tuta . Communis error facit jus* .

الفصل الخامس

علاقة الشريعة الإسلامية بالشريعة الرومانية (١)

نبأه 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 » ٢ ، وفون كيريم في كتاب « تاريخ الثقافة الشرقية في ايام الخلفاء » ٣ ، وآيموس في كتاب « القانون المدني الروماني » ٤ ، واميليويوسي في كتابه « الابحاث في العلاقات بين بيزنطية والاسلام » ٥ ، وغيرهم .

ومن الفريق الثاني الاستاذ فائز الخوري في كتاب « الحقوق الرومانية » ٦ والاستاذ عارف النكدي في رسالته « القضاء في الاسلام » ٧ ، وفضيلة

- (١) نقل الاستاذ م. م. رفيق معظم مواد هذا الفصل من الطبعة الاولى الى الانكليزية مع بعض التصرف ، في مجلة معهد حقوق لاهور ، جامعة البنجاب ، في عدد ايار سنة ١٩٥٠ ، ص ٤٣ .
 (٢) Goldziher, Vorlesungen über den Islam . انظر ترجمته الفرنسية : ١٢٢
 Le Dogme et la Loi de l'Islam ، باريس ، ١٩٢٠ ، ص ٣٩ .
 (٣) Von Kremer, Culturgeschichte des Orients unter den Chalifen ١٢٣
 فيانا ، ١٨٧٥ ، ج ١ ص ٥٣٢ وما بعدها .
 (٤) Amos, Roman Civil law ، ص ٤٠٦-٤١٥ . ١٢٤
 (٥) Emilio Bussi, Ricerche intorno alle relazioni fra retratto byzantino et musulmano ١٢٥
 ، ميلانو ، ١٩٣٣ .
 (٦) دمشق ، ١٩٢٤ ، ص ٩-١٢ . ١٢٦
 (٧) دمشق ، ١٩٢٢ ، ص ٣ . انظر تعليقه القيم على الطبعة الاولى من هذا الكتاب ، في مجلة
 المحجم العلمي العربي بدمشق ، سنة ١٩٤٧ ، ص ٢٦١-٢٦٧ .

الشيخ محمد سليمان في رسالته «بأي شرع نحكم»^١ ، وغيرهم .
ومن الفريق الثالث السيد محمد حافظ صبري في «كتاب المقارنات
والمقابلات»^٢ ، والسيد احمد امين في كتابي فجر الاسلام^٣ ، وضحي
الاسلام^٤ ، والسيد عطية مصطفى مشرفة في كتاب «القضاء في الاسلام
بوجه عام»^٥ ، والدكتور شفيق شحاته في كتابه «النظرية العامة للالتزام
في الشرع الاسلامي»^٦ ، وغيرهم ايضاً .

وانت ترى ان الفريقين الثاني والثالث كلهم من العلماء او الفقهاء الشرقيين .
وهم ، بوجه عام ، قد دققوا في المسألة اكثر من تدقق الفريق الاول .
فصاب بعضهم فيما كتب ، وتأثر البعض الآخر بالشعور القومي بعض التأثير .
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 قول آيموس ،
اذ كتب في جزم : «ان الشرع المحمدي ليس الا القانون الروماني
للامبراطورية الشرقية معدّلاً وفق الاحوال السياسية في الممتلكات العربية»^٧ .
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 تدرع بها من قال بتأثر الشريعة الاسلامية
بالشريعة الرومانية هي شبه الموجود او المدعى وجوده بين الشريعتين في
بعض الاحكام ، ومداخلة الشريعة العبرية ، وتأثير العادات في البلاد

١٢٨ (١) القاهرة ، ١٩٣٦ ، رقم ٤٠ .

١٢٩ (٢) مصر ، ١٩٠٢ ، ص ٥ و ١٨٦ .

١٣٥ (٣) ١٩٣٣ ، ص ٢٩٠ .

١٣١ (٤) ج ١ (١٩٣٤ ، ص ٢٧٨) ، وج ٢ (١٩٣٥ ، ص ١٠٤) .

١٣٢ (٥) مصر ، ١٩٣٩ ، ص ١١٧ وما بعدها .

١٣٣ (٦) بالفرنسية ، طبع القاهرة ، ١٩٣٦ ، ص ١٨٠ .

١٣٤ (٧) هذا ما ذكره الاستاذ «لي» في كتابه تاريخ الشرائع (لندن ، ١٩١١ ، ص ٣٢٢) ،

نقل عن كتاب آيموس 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).

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 ؟

مفراز الشبه بين الشريعتين

قال فون كيرير ^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 : « البينة على المدعي واليمين على من انكر » ^٢ . ومعلوم ان الحديث اقدم تاريخياً من الفتوحات الاسلامية في البلاد التي كانت خاضعة للشريعة الرومانية ، ومن ثم لا يمكن ان يكون مقتبساً عن هذه الشريعة .

ثم ننبه الى الشبه المزعوم في مسألة التفريق بين البيع والمقايضة في الشريعتين ، ونثبت ان هذا الشبه وهمي . فالقانون الروماني فرق بين البيع اي مبادلة المال بالتقدي ، وبين المقايضة اي مبادلة المال بمال . فالبيع ^٣ كان من فئة العقود الرضائية ، التي كانت تنعقد بمجرد الايجاب والقبول اي بمجرد رضى الطرفين المتعاقدين . ولكن المقايضة كانت من فئة العقود « غير المسماة » ، وهذه لم يكن الرضى وحده كافياً لانعقادها ، بل انها كانت

١٣٥ (١) في كتابه المشار اليه ، ص ٥٣٣ و ٥٣٦-٥٣٧ .

١٣٦ (٢) رواه البيهقي في الجامع الصغير (رقم ٣٢٢٥ و ٣٢٢٦) ، نقلا عن الترمذي والبيهقي .

— (٣) Emptio - venditio

— (٤) Permutatio

تستوجب فوق ذلك تنفيذ العقد من قبل احد المتقايضين ^١ . وان من درس القانون الروماني يعرف تفصيل ذلك واهميته العملية . اما الشرع الاسلامي فلم يتعرف 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 احكامهما العامة ، بسبب ارتكاز هذه على مبادئ التبادل الاقتصادي والمعاملات التجارية التي استوجبت وجودها ، الا ان في العقدين اختلافاً في احكام تفصيلية اخرى كخيار الرؤية ، وغيره من الامور العديدة .

واخيراً ، ليس في مسألة سن البلوغ والرشد في الشريعتين شبه جلي . فعند الرومان كان البلوغ محدداً بتمام السنة الثانية عشرة للفئة 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 بفقهاء الرومان . وانها ، بفرض 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 باهمية هذه المواضع بالقياس الى مواضع الفروق . فالفروق الاساسية كثيرة يطول بنا القول لو اردنا استقصاءها . وان المقام ههنا لا يسمح حتى بذكر اهمها . ومع ذلك ، هاك بعض الامثلة منها :

اولاً - ان النساء الرومانيات كنّ تحت الوصاية الدائمة ^٥ ، وكنّ مدى حياتهن لا يمكنهن التصرف باموالهن الا باجازة الوصي . اما الشرع الاسلامي ، فقد اعطى المرأة مبدئياً الاهلية التامة لاجراء جميع التصرفات الشرعية .

¹³⁷ (١) Do ut des . انظر القانون الروماني لجيرار ، ص ٦٢٧ ، ومجموعة الديجستنا (D, 19, 4).

¹³⁸ (٢) انظر المادتين ١٢٢ و ٣٧٩ من مجلة الاحكام العدلية .

¹³⁹ (٣) يوستنيانوس ، الاحكام ، Inst. 1, 22 .

¹⁴⁰ (٤) المادة ٩٨٦ من المجلة .

(٥) Tutela perpetua mulierum

ثانياً - ان المهر عند الرومان يدفع للزوج من قبل الزوجة او احد ذويها ، بينما هو عند المسلمين يدفع الى الزوجة من قبل الزوج ^١ .
ثالثاً - التبني لا يقره الشرع الاسلامي ^٢ ، مع انه كان معروفاً في القانون الروماني ^٣ .

رابعاً - ان الشكل والتعقيد كان ملموساً في عقود الرومان 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 بيننا . مثلاً في الشريعة الاسلامية عند اهل السنة ، « 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 ...

دلالة الشبه بمجد ذاته

ما هي قيمة الشبه بمجد ذاته ، اذا ما وجد بين شريعتين ؟ وهل في ذلك دلالة كافية على اقتباس احدهما من الاخرى ؟ وبعبارة ثانية ، يكفي وجود بعض الموافقات بين شريعتين لاثبات ان الاولى اخذت عن الثانية ؟ لا ريب في ان مجرد الشبه وحده لا يكفي بوجه عام لاثبات الاخذ .

^١ (١) في الحديث الصحيح « التمس ولو خائفاً من حديث » . روي في الصحيحين وفي مسند احمد وفي سنن ابني داود (الجامع الصغير للسيوطي ، رقم ١٥٦٤) .

^٢ (٢) عملاً بالآية الكريمة « وما جعل ادعياءكم ابنائكم ... ادعواهم لأبائهم » ، الاحزاب (٣٣) ، وه . انظر احكام التبني في الشريعة الاسلامية ، في مقال مؤلف هذا الكتاب ، منشور في النشرة القضائية اللبنانية ، السنة الاولى ، ج ١ ص ٦ .

^٣ (٣) Adoptio et adrogatio (٣) ١٤٣

وتفسير ذلك يحتاج الى تفصيل بين القواعد الكلية وبين الاحكام الجزئية .
فالقواعد الكلية ، كتحريم القتل بدون حق ، وتحريم السرقة والزنا
وما اشبه ، هذه تركز على مبادئ العدل الاولى . وهي لذلك ابدية
واحدة . فلا غرو من ان تكون متشابهة قديماً وحديثاً ، وفي مختلف
الاحوال والامصار والشعوب ، سواء اكانت 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 فيهما ، 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 الهنودوكيين 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 ؟ وان قيل هذا ، فأني 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

^{١٤٧} (١) انظر كتاب ماين « القانون القديم » (ص ١١٤) ، وكتاب ده كولانج (ص ٥٥-٥٦) .

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 ؟ يقال ههنا 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 عال ومصالح واحدة . وهكذا ، لا يكون هذا الشبه بحد 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 ، للأسباب 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 اللاتينية لم تكن في القانون الروماني . بل زيدت عليه فيما بعد ، ايام النهضة العلمية الاوروبية ، بواسطة الشراح والمفسرين ، الذين أخرجتهم مدرسة بولونيا الايطالية ، وغيرها من المدارس الاوروبية . ومن المرجح ان هؤلاء تأثروا في ذلك بالثقافة العربية التي وصلت اليهم بطريق البلاد المجاورة للبحر المتوسط . وها 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 ما ذكرنا . فمن الثابت في تاريخ قانون التجارة ان السفنجة والحوالة لم تعرفا في اوروبا قبل القرن الثاني عشر للميلاد ، مع انهما كانتا معروفين في جميع كتب الفقه الاسلامي ، وخاصة في كتب الحنفيين ، التي ترجع الى القرن الثامن للميلاد . [وهما كما قال غراسهوف] ، نقلتا 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 « آقال » ^١ الفرنسية ، المستعملة بمعنى تظهير السفنجة بتوقيع شخص ثالث على سبيل الكفالة ، مشتقة من كلمة الحوالة العربية . ومثلها ايضاً كلمة « آفاري » ^٢ الفرنسية ، المستعملة في قانون التجارة البحرية بمعنى الحسائر البحرية ، هي مأخوذة من كلمة العوار العربية ^٣ .

ولم نكن لنستشهد بمن ذكرنا لو لم نتعود من البعض انكار الحقائق التاريخية والادعاء المجرد بان كل ما في شرائع العرب والمسلمين مقتبس من الرومان . ولو عرف الرومان السفنجة والحوالة ، لما احجم البعض عن مثل هذا الادعاء بشأنها ايضاً .

ثم لو رجعنا ايضاً الى نظرية البيّنات التي دوتها علماء القرون الوسطى ، لا سيما في اسبانيا ، لوجدنا انها كثيرة الشبه بالنظرية الاسلامية ، حتى اننا نرى ان بعض الامثلة منها تكاد تكون منقولة عن كتب الفقه الاسلامي ^٤ .

موقف الفقهاء المسلمين من القانون الروماني

بما لا ريب فيه ان المسلمين لم يطلعوا على كتب الرومان في الفقه ،

. Aval (١)

. Avaries (٢)

١٤٥ (٣) 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 .

(٤) انظر الفصل الرابع من الباب الخامس من هذا الكتاب ، وقارنه بمقال السيد اولمان W. Ullmann ، وعنوانه « مبادئ البيّنات في القرون الوسطى » ، المنشور في مجلة القانون الفصلية Law Quarterly Review ، لسنة ١٩٤٦ ، ص ٨٧-٧٧ .

ولم يترجموا شيئاً منها ، ولم يذكرها 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 آثار 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 كريم نفسه ^١ ، رغم ادعائه بتأثير الرومان على الفقه الاسلامي .

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 هذا التأثير ؟ فعن هذا السؤال ، اجاب فون كريم ان التأثير جاء عن طريق اليهودية ، وعن طريق العادات في البلاد المفتوحة ، مع اعترافه بان في الامر مجالاً للشك والتردد ^٢ .

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 غايفر في كتابه « ماذا اخذ

١٤٦ (١) في كتابه المذكور ، ص ٥٣٣-٥٣٤ .

١٤٦ (٢) [Zweifelhaft] . المصدر ذاته ، ص ٥٣٧ .

محمد عن اليهودية « ١ ، وجود شبه بين الشريعتين في بعض المسائل ، كالعادة ومدة الرضاعة . ولكن الشبه في هذه المسائل الجزئية لا عبوة به ، لان الخلاف موجود في غيرها أهم منها ٢ .

مثلاً ، لم يكن الزواج محرماً في الشريعة اليهودية بين اقرباء الحاشية من الدرجة الثالثة ، كما بين الحال وابنة اخته ٣ . ولكن هذا محرم في الشرع الاسلامي ، بدليل الآية الكريمة : « حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ امهاتكم وبناتكم واخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت ... » ٤ . ثم ان الرضاع يعتبر من موانع الزواج في الشرع الاسلامي ، بعكس الشرع اليهودي ٥ .

ومثل اخير : يلزم 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 بعض الشرائع الحديثة كالانكليزية والالمانية ٦ .

عادات الرومان في اليهود المقنونة

ان تأثير هذه العادات على الشرع الاسلامي موضع نظر وتحقيق . فالثابت ان هذا الشرع مصدره الاساسي النص في الكتاب والسنة ، وان

١٤٨ (١) Was hat Mohammed aus den Judenthume aufgenommen انظر ترجمته

ليونغ بعنوان Judaism and Islam طبع مدراس ، ١٨٩٨ ، ص ٦٩-٧٠ .

(٢) انظر في الفروق بين الشريعتين ، كتاب المقارنات والمقابلات المذكور ،

١٤٩ (٣) انظر ما كتب تحت كلمة زواج في الموسوعة اليهودية (The Jewish Encyclopedia) ،

وفي قاموس التوراة هاستنغ (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 Quran ١٤) و ٢٠ (١١-٢١) ، وفي سفر

والعهد القديم من الكتاب المقدس في سفر اللاويين ٨ (٧-١٧) و ٢٠ (١١-٢١) ، وفي سفر

التثنية ٢٢ (٣٠) و ٢٧ (٢٠ و ٢٣-٢٢) ، حيث ذكرت محرمات الزواج دون بنات الاخت

وبنات الاخ .

(٤) سورة النساء (٤) ٢٣ .

١٥٠ (٥) انظر قانون العائلة المذكور ، في المادتين ١٨ و ٢٦ .

١٥١ (٦) انظر كتاب ده كولايج المدينة القديمة (ص ٧٧) ، وكتاب المقابلات والمقارنات (المادة

٣٣١) ، والفتاوي الحيرية (ج ٢ ص ٦٤ و ٧٣) .

هذا النص وصل الى المسلمين عن النبي (ص) بالوحي الالهي في طور التشريع الاسلامي الاول ، حين لم تتعد الحياة الاسلامية جزيرة العرب ولم تحتك بالثقافة الرومانية . ومعلوم ان محاولة الرومان غزو جزيرة العرب كانت فاشلة منذ القديم .

ولكنه عندما 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 للشرعية ، 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 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 هذه العادات التجارية الشاملة فحسب ، بل اقر على هذا النحو بعضاً من عادات جميع البلاد التي خضعت للحكم الاسلامي . ومن هذه البلاد ما لم يكن خاضعاً للحكم الروماني ، كالعراق وفارس وتركستان وغيرها . وسنرى مثلاً كيف ان العرف عند أهل بلخ وبخارى كان الباعث على تجويز البيع بالوفاء عند الفقهاء الحنفية المسلمين . وعلى الجملة ، فان الشعوب كالأفراد لا تعيش لوحدها ، بل هي جزء من كل تتشارك في المبادلات والمعاملات المختلفة . فهي تتبادل الثقافة والعلوم

١٥٢ (١) Jus gentium . راجع مقدمة بولوك المذكورة على كتاب ماين ، ص ١٢ .
(٢) Jus civile .

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 ونشؤها . والفتح الاسلامي لم يخرج عن هذا النظام . فانه كان الباعث على امتزاج الثقافة الاسلامية بالثقافات القديمة التي كانت في البلاد المفتوحة ، وكان من جراء ذلك كله تأثير متبادل لا ريب فيه .

الخاتمة

والان نستبين بما قدمناه ان الموافقات بين الشريعتين الاسلامية والرومانية طفيفة جداً بالقياس الى الفروق . ونستبين ان هذه الموافقات لا تدل بحمد ذاتها على تأثر الاولى بالثانية .

ثم ان موقف الفقهاء المسلمين كان موقفاً سلبياً ازاء القانون الروماني ، بالنظر الى روح الشريعة الاسلامية ومصدرها الاول الالهـي . وان العادات التي اقتبسها الفقهاء في البلاد التي كانت خاضعة للحكم الروماني دخلت الى التشريع الاسلامي ان لم يكن ما يناقضها في نصوص الشرع او في مبادئه الاساسية . وعلى كل ، فالعادات هذه لم تكن رومانية بحتة ، 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 مدنات جديدة ناشئة ، على الوجه الذي اوضحناه .

وفما عدا هذا التأثير الطفيف ، فالحقيقة التي لا ريب فيها هي ان الشريعة الاسلامية قائمة بذاتها غير منقولة عن غيرها . فهي شريعة مستقلة تمام الاستقلال ، لها اصولها الخاصة وتاريخها المجيد . وهذا ما توفى مندوبو الازهر الشريف باقراره من قبل المؤتمر الدولي للقانون المقارن المنعقد في لاهاي عام ١٩٣٧^١ .

١- انظر النشرة الفصلية لمجموعة التشريع المقارن لسنة ١٩٣٧ المذكورة، ص ٣٥٦-٣٥٧ .

البَابُ الْخَامِسُ

بَعْضُ الْقَوَاعِدِ الْكُلِّيَّةِ

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 . ووضحنا 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 حسبا بين ذلك الاستقراء . وعلى وفاق ذلك جاءت الشريعة ايضا . فذلك الحكم الكلي باقٍ الى ان يرث الله الارض ومن عليها » ^١ .

فهذا الضرب من الاحكام العامة يرتكز على مبادئ اولية ابدية ، هي مبادئ العدل الصافي والخير الحقيقي . وقد سماها القدماء القانون السماوي او القانون الطبيعي او القانون الخالد ^٢ . وكتب فيها قبل المسلمين

(١) الموافقات ، ج ٢ ص ٢٩٨ .

(٢) Lex aeterna, Jus naturale, Jus divinum

ارسطوطاليس وغيره من الفلاسفة اليونانيين وشيشرون وغايلوس وبوستنيانوس^١ ، وكتب بعدهم علماء الغرب من افرنسيين وانكليز وألمان . وهم متفقون جميعاً على ان هذه القوانين العامة هي ابدية وهي « قوانين القوانين »^٢ ، و « انها نافذة في جميع البلاد وعند جميع الشعوب وفي جميع الاعصار »^٣ . وان هذه الصفة العامة الثابتة 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 .

اذا ما قلت انها واحدة ومتشابهة في القديم والحديث ، فلما اقصد بذلك شرائع الشعوب التي وصلت الى مستوى كافٍ من الحضارة يميزها من الحالة الفطرية او بما كان قريباً منها .

وبعد ، فهذا الشبه في القواعد الكلية عند الشعوب المختلفة واقع ، سواء اكانت فيما بينها مبادلات وروابط او لم تكن ، لان مباديء 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 .

الاسباب والنظائر

اذ كانت الاحكام الجزئية متشابهة العلل والاسباب ، اقتضى ان تجمعها

١ (١) 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) .

Leges legum (٢) —

٢ (٣) It is binding over all the globe, in all countries and at all times. (Commentaries, 1, 40) هذا قول بلاكتون الانكليزي في شروحه .

ذات القواعد العامة الكلية . وقد انتبه لذلك بعض الفقهاء المسلمين ، وبحسبوا 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 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 ^٢ .

ومن اشهر المصنفين في القواعد الكلية ، او الاشباه والنظائر ، تاج الدين السبكي 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 ابتداء به جلال الدين المحلي ، وتنوير الحوالك شرح موطأ مالك ، واسعاف المبطل برجال الموطأ ، والحاشية على تفسير البيضاوي ، والتوشيح على الجامع الصحيح ، والديباج على صحيح مسلم بن الحجاج ، ومرفاة الصعود الى سنن ابي داود ، واللائيء

٤ (١) هكذا وردت في مقدمة ابن خلدون، ص ١٩٢ . وقد وردت بعبارات اخرى مختلفة ، أشهرها : 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) .

٥ (٢) ابن خلكان (ج ١ ص ٢٤٣) ، وطبقات الفقهاء للشيرازي (بغداد ، ١٣٥٦ هـ ، ص ١٢) .

المصنوعة في الاحاديث الموضوعية ، 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 يهمننا في هذا الباب كتاب السيوطي « الاشباه والنظائر » . وهو كتاب فيه معظم القواعد الكلية .

وجاء بعد السيوطي زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم الحنفي ، المعروف بابن نجيم ، المتوفى سنة ٩٧٠ هـ . وقد الف 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 ان 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 اسماء « منافع الدقائق » .

تعريف القواعد الكلية وفائدتها

عرف الفقهاء القاعدة الكلية بانها « حكم كلي ينطبق على جميع جزئياته » ٣ . والقاعدة تجمع الفروع من ابواب شتى . وهي بهذا تختلف عما يسمونه « الضابط » ، اي ما جمع الفروع من باب واحد فقط .

وفي المادة الثانية حتى المادة المائة من مجلة الاحكام العدلية ، جمعت تسع وتسعون قاعدة كلية . وهي مأخوذة معظمها عن كتاب الاشباه

٦ (١) راجع ترجمة السيوطي ومصنفاته التي ذكرها هو في كتابه حسن المحاضرة ، ج ١ ص ١٤٠ وما بعدها .

٧ (٢) المطبوع في مجلدين ، سنة ١٢٩٠ هـ ، بدار الطباعة العامرة .

٨ (٣) الاشباه للسيوطي (ص ٥) ، والمنافع شرح المجامع (ص ٣٠٥) .

والنظائر لابن نجيم ، وبعضها عن كتاب الجامع او غيره من كتب الفقه الحنفي . وقد اوضحت المجلة ، في الفقرة الاخيرة من المادة الاولى ، سبب جمع القواعد الكلية وفائدتها . فنصت على : « ان المحققين من الفقهاء قد ارجعوا المسائل الفقهية الى قواعد كلية ، كل منها ضابط وجامع لمسائل كثيرة . وتلك القواعد مسلمة معتبرة في كتب الفقه ، تتخذ ادلة لاثبات المسائل . وتفهمها في بادىء الامر يوجب الاستئناس بالمسائل ، ويكون وسيلة لتقررها في الازهان . فلذا جمع تسع وتسعون قاعدة فقهية ... وان بعض هذه القواعد ، وان كانت بحيث اذا انفرد ، يوجد من مشتملانه بعض المستثنيات ، لكن لا تحتل كليتها وعمومها من حيث المجموع ، لما ان بعضها يخص ويقيّد بعضاً آخر » .

وبعبارة اخرى ، ان القواعد الكلية ليست الا مبادئ عامة جامعة لأكثر 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 .

وفوق ذلك ، فان بعض القواعد الكلية جاءت ناقصة او مطلقة ، وتحتاج الى تقييد او اتمام . وفيما يلي بعض الامثلة منها :

اولاً - قاعدة « الجواز الشرعي ينافي الضمان » . فهذه يجب اكملها في الاستحسان الحنفي بعبارة « ما خلا احوال الضرر الفاحش » ^١ .

ثانياً - قاعدة « لا يجوز لأحد ان يتصرف في ملك الغير بلا اذنه » . فهذه تحتاج الى زيادة « أو بلا ولاية » ^٢ .

ثالثاً - قاعدة « لا ينكر تغير الاحكام بتغير الازمان » . وهذه ناقصة ايضاً ، وتحتاج الى زيادة عبارة « والامكنة والاحوال » ^٣ .

اما فائدة القواعد الكلية بحسب المجلة ، فهي تسهيل فهم المسائل والمبادئ

(١) النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية، ج ١ ص ٤٨ .

(٢) المصدر ذاته، ص ٥٦-٥٧ .

(٣) راجع فصل تغير الاحكام (الفصل الاول من الباب الرابع) من هذا الكتاب .

ليس إلا . 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 احكام الشرع ، ما لم يقفوا على نص صريح ، لا يحكموا بالاستناد الى واحدة من هذه القواعد » .

وبالمجلة ، هذه القواعد العامة بليغة العبارة ، محكمة التركيب ، تشبه بمبناها 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 نجتمع في فصل واحد كل ما كان منها مرتبطاً بغيره ، او ما كان مستنداً الى تعليل واحد او متقارب ، وعلى ان نرجيئ ايضاح الباقي الى حيث نرى ان ترتيب مواضيع الكتاب يقتضي ارجاءه .

وبذلك ، كما ترى ، يسهل فهم معنى القواعد العامة ، وفهم شروطها وتقييداتها ومستثنياتها ، ويمتنع التكرار الذي لا مناص منه اذا ما شرحت كل مادة منها على حدة .

الفصل الثاني حكم الضرورة والحاجة

المشقة 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 أن هذه الصفة تجعل من تطبيق الاحكام في بعض الاحيان حرجا على الناس وتجعل الافراط في التمسك بالقانون ينقلب الى ظلم وضرر ، او كما قال الغزالي « كل ما تجاوز حده انعكس الى ضده »^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 الاستنباط للمصلحة ، او بعبارة الغزالي بهذا الاستصلاح . ولكن جمهور الفقهاء قبلوا به ، واستندوا بذلك الى الكتاب والسنة وسابقات عمر بن الخطاب . ولقد اوضحنا في الفصول السابقة كثيراً من هذه الادلة^٢ ، ولا حاجة بنا الى تكرار ايضاحها ، بل نزيد عليها غيرها من نوعها .

مثاله في الكتاب الكريم : « وما جعل عليكم في الدين من حرج » . « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فان الله غفور رحيم »^٣ . وفي الحديث

١ (١) كما نقله السيوطي في الاشباه (ص ٥٩) . ومعناه جاء في المثل اللاتيني : « منتهى العدل منتهى الظلم » ، Summum jus summa injuria .

٢ (٢) في مواضع الاستحسان والمصالح المرسلة وتغير الاحكام .

٣ (٣) الحج (٢٢) ٧٨ ، والنحل (١٦) ١١٥ .

الشريف : « الدين يسر . احب الدين عند الله الخفيفة السمحة » ١ . 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 » ٢ . ثم بالاستناد الى هذا الحديث وقياساً عليه ، افق 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 ٣ . وان التيسير معناه الرخصة ، او التخفيف الشرعي بسبب المشقة ، استثناء من القاعدة العامة . والمشقة تشمل الاضطراب والحاجة ، دون المصلحة الكمالية .

فحالة الاضطراب او الضرورة ، كما رأينا ، هي بعرف الاصوليين ، ما التجأ فيها المرء الى حفظ دينه او نفسه او ماله او عقله او نسله من الهلاك . والحاجة هي ما كانت لازمة لصالح المعيشة . اما الكماليات ، فهي ما وقعت « موقع 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 هذا الاصل كثير من الاحكام الفقهية ، كالقروض والحالة والجبر وغير ذلك . وما جوزّه 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 وبوسع » (المادة ١٨) . وهي من

١١ (١) البخاري وشرحه للعيني، ج ١ ص ٢٣٤-٢٣٥.

١٢ (٢) رواه ابو داود في سننه ، في كتاب الحدود، ج ٤ ص ١٤٢ .

١٣ (٣) جمع الجوامع مع شرح المحلى وحاشيته للبناني، ج ٢ ص ٣٧٣ .

قول الشافعي « إذا ضاق الأمر اتسع ». وقد عكسها الفقهاء أيضاً ، فقالوا :
« إذا اتسع الأمر ضاق » ١ .

الضرورات تبيح المحظورات

قال الغزالي : « جميع المحرمات تباح بالضرورة » ٢ . وجاء في القواعد
الكلية الواردة في الاشباه والنظائر ٣ ، والمنقولة في المجلة (المادة ٢١) ،
ان « الضرورات تبيح المحظورات » . وبمعناها قيل في الامثال الشرعية
اللاتينية : « الضرورة لا قانون لها » ٤ .

وان الامثلة على تطبيق هذه القاعدة عديدة . منها الاعذار التي تسقط
التكاليف الشرعية ، كصغر السن والجنون والمرض والاكره والنسيان
والجهل . وقد درس الفقهاء المسلمون هذه الاعذار بصورة خاصة في كتب
أصول الفقه . ونحن سنوضح بعض احكامها في باب أهلية التعاقد ، من
كتابنا « النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية » ٥ .
ومنها الترخيص بشرب الخمر للعطشان ، وباكل لحم الميتة للجوعان ،
وكذلك ما جوزه بعض الفقهاء من شرب الخمر للتداوي ٦ .

ومنها التيسير للعسر و « عموم البلوى » : مثاله إذا تحقق عسر المدين
عن اداء دينه جاز تقسيط الدفع عليه ، عملاً بالآية الكريمة « وان كان
ذو عسرة فنظرة الى ميسرة » ٧ . وهذا التقسيط والامهال استماه قانون
الموجبات اللبناني « الاجل الممنوح » ٨ . وكذلك في المجلة ، لو استأجر

١٤ (١) الاشباه للسيوطي ، ص ٥٩ .

١٥ (٢) الوجيز ، ج ٢ ص ٢١٦ .

١٦ (٣) للسيوطي (ص ٦٠) ، ولان نجيم (ص ٣٤) .

— (٤) *Necessitas non habet legem*

١٧ (٥) ج ٢ ص ١٠٠ وما بعدها .

١٨ (٦) بداية المجتهد ، ج ١ ص ٣٨١ .

١٩ (٧) [سورة البقرة (٢) ٢٨٠] . وفعل « كان » هنا جاء تاماً ، بمعنى وقع وحدث . وقيل
جاء ناقصاً على حذف الخبر ، وتقديره « وان كان ذو عسرة غريباً لكم » . انظر تفسير الفخر
الرازي ، ج ٢ ص ٣٦٠ .

٢٠ (٨) في المادة ١١٥ منه ، نقلا عن التعبير الفرنسي : *Terme de grâce* .

احد 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 تجوز بعض المعاملات والمسائل بسبب احتياج الناس اليها
في حياتهم الاقتصادية . مثاله ما نقلته المجلة عن الاشباه والنظائر ^١ :
« الحاجة تنزل منزلة الضرورة ، عامة كانت او خاصة . ومن هذا القبيل
تجوز البيع بالوفاء . حيث انه لما كثرت الديون على اهل بخارى ، مسّت
الحاجة الى ذلك ، فصار مرعياً » (المادة ٣٢) . وقد رأينا ان الحاجة
هنا جوّزت البيع بالوفاء للفرار من قاعدة تحريم الربا .

تقييدات القاعدة

نعم ان الضرورات تبيح المحظورات ، ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة ،
بل لها تقييدات عديدة . فلاباحة مقيدة بالنص ، او بالقدر ، او بالزمن .
وها نحن نستعرض هذه التقييدات ، مع المواد الكلية التي ذكرت بشأنها ،
ومع الامثلة التي نراها لازمة لايضاها .

اولاً - التقييد بالنص .

قال ابن نجيم : « المشقة والخرج 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 تقدر بقدرها » (المادة ٢٢) .
والاصح ان يقال ، كما جاء في المجامع والاشباه ^٤ ، « ما ابيع للضرورة

^{٢١} (١) للسيوطي (ص ٦٢) ، ولابن نجيم (ص ٣٦) .

^{٢٢} (٢) الاشباه والنظائر ، ص ٣٣ .

^{٢٣} (٣) في فصل تغير الاحكام .

^{٢٤} (٤) للسيوطي (ص ٦٠) ، ولابن نجيم (ص ٣٤) ، وشرح المجامع (ص ٣٣١) . وقد وردت
في المجامع ايضاً بلفظ آخر ، وهو « الثابت بالضرورة يقدر بقدرها » (انظر المنافع ، ص ٣١٨) .

يقدر بقدرها » ، لان ما يقدر ليس الضرورة نفسها بل هو ما ابيع بسببها .
وبمعناه نصت المجلة ايضاً على ان « الضرر يدفع بقدر الامكان » (المادة ٣١)^١ .
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 . ولذا ايضاً لم يجوز جمهور
الفقهاء أكل لحم الميتة للجوعان إلا بقدر ما يمك الرمي ، خلافاً للأمام
مالك الذي قال بان ما يؤكل من ذلك حده الشع والتزود حتى يجد غيره^٢ .
ثالثاً - التقييد بالزمن .

ان الترخيص للاضرار او الحكم الاستثنائي الذي يقتضيه يبقى ما دام
العذر او حالة الاضرار 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 العلمية ان النتيجة تقف بوقوف علتها^٤ . فلو
حُجِر مثلاً على امرىء بسبب الجنون ، فالحجر يرتفع عنه برجوعه الى عقله .
وكذلك ، لو تزوجت الام باجنبي (غير محرم) ، سقط حقها بحضانة
اولادها الصغار ، ولكن اذا فسخ الزواج عاد حقها بزوال المانع^٥ .

مسألة الضمان

اذا كانت الاضرار يجلب الترخيص ، فهل يعني انه يبرر هضم حق
الغير ايضاً ؟ مثلاً لو جاز أكل مال الغير اضطراراً لدفع الجوع ، فهل

٢٥ (١) وردت القاعدة في المجامع (المنافع ص ٣٢٣) ، بلفظ « الضرر مدفوع بقدر الامكان » .

— (٢) بداية المجتهد ، ج ١ ص ٣٨١-٣٨٢ .

٢٦ (٣) الاشباه والنظائر للسيوطي (ص ٦١) ، ولابن نجيم (ص ٣٤) ، والمنافع (ص ٣١١) .

٢٧ (٤) في المثل اللاتيني : Cessante causa cessat effectus

٢٨ (٥) المختار وشرحه الاختيار للموصلي (ج ١ ص ٢٥١) ، والبحر (ج ٤ ص ١٦٧) ، ورد
المختار (ج ٢ ص ٨٧٢) . (١٤)

يضمن الآكل قيمة المأكول ؟

في المذهب الحنفي وبعض المذاهب الاخرى ، يجب الضمان على الآكل . وذلك وفقاً للقاعدة الكلية الواردة في المجامع ^١ ، وفي المجلة ، وهي : « ان الاضرار لا يبطل حق الغير . يتفرع على هذه القاعدة انه لو اضطر انسان من الجوع فأكل طعام الآخر يضمن قيمته » (المادة ٣٣) . وقد روي خلاف هذا المذهب عن الامامين مالك بن انس واحمد ابن حنبل في احد قوليهما ، اذ انها نفيا الضمان عن آكل مال الغير جوعاً ، « لوجوب المساواة واحياء النفوس مع القدرة على ذلك » ^٢ .

وكذلك في المجلة ، لو وقع حريق في محلة فهدم رجل بيت جاره ثلثا يحترق بيته ، كان ضامناً لقيمة بيت الجار ، الا اذا كان الهدم بإذن اولي الأمر ، فعندئذ لا ضمان عليه (المادة ٩١٩) . وكذلك ايضاً ، لو تمددت مدة اجارة الزورق للضرورة ، كان على المستأجر ان يدفع اجر المثل عن المدة الزائدة (المادة ٤٨٠) .

وقد اختلف في حكم من قتل جملأ او حيواناً صائلاً ، لأجل دفع اعتدائه . فالحنفيون يقولون بتضمن القاتل قيمته . ولكن باقي الاثمة يخالفونهم في ذلك ، ويمنعون الضمان عنه . ويستند هؤلاء الى القاعدة التي أوضحها ابن رجب ، وهي ان « من أتلف شيئاً لدفع اذاه لم يضمنه ، وإن أتلفه لدفع اذاه به ضمنه » ^٣ . وهذا ، كما ترى ، تفصيل فيه كثير من التدقيق والحكمة والعدل ^٤ .

الترجيح عند تعارض المصالح

هل يجوز الترخيص للاضرار أو الحاجة اذا كان ذلك يتعارض ومصلحة اخرى ؟ جواباً عن هذا السؤال ، جاء في المجامع ^٥ وفي المجلة انه

٢٩ (١) المنافع ، ص ٣١٢ .

٣٥ (٢) اعلام الموقعين (ج ٣ ص ٨) ، والفروق للقرافي (ج ٤ ص ٩) .

٣١ (٣) القواعد لابن رجب (القاعدة ٢٦ ص ٣٦) ، والمغني (ج ١٠ ص ٣٥٠ - ٣٥١) .

٣٢ (٤) اوضحنا هذه المسائل مفصلاً في كتابنا « النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة

الاسلامية » ، ج ١ ص ١٧٨ - ١٧٩ .

٣٣ (٥) المنافع ، ص ٣١١ . وبهذا المعنى قالت عائشة رضي الله عنها : « ما خير رسول الله (ص)

بين امرين الا اختار ايسرهما » (المبسوط ج ٢٤ ص ٦٧) .

« يختار اهون الشرين » (المادة ٢٩) . ومن هذه القاعدة الاساسية ،
تتفرع مسائل عديدة ونتائج كثيرة . واهمها : درء الضرر العام ، ودروء
المفاسد ، وتقديم الضرر الاخف . وفيما يلي ايضاح ذلك :
اولاً - درء الضرر العام .

قال قاضخان : « يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام » . وقد نقل
قوله في الاشباه والنظائر ١ ، ثم في المجلة (المادة ٢٦) .
وتستببع هذه القاعدة عند جمهور الفقهاء جواز تدخل الدولة واولي الامر
في حياة الافراد ، كلما كان الامر يعود الى المصلحة العامة . ومن امثلة
ذلك : جواز منع الطيب الجاهل من مزاوله حرفته ، وجواز هدم بيت
احد الناس لمنع تسرب الحريق ، وتسعير الحاجيات بحال الاحتكار ، واجبار
المحتكر على بيع الاقوات عند الحاجة ، وما الى ذلك ٢ .
ثانياً - درء المفاسد .

إذا 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 ٣ .
وقد بنى المذهب الحنفي على هذه القاعدة نظرية سوء استعمال الحقوق ،
وقال بمنع الانسان من استعمال حقه إذا نتج من ذلك ضرر فاحش للغير .
ونحن نوضح هذه النظرية في غير هذا الموضع ٤ ، مع بيان اختلاف المذاهب فيها .
ثالثاً - تقديم الضرر الاخف .

٣٤ (١) انظر فصل الانهار من كتاب الشرب في الفتاوى الخانية (بهامش الهندية، ج ٣ ص ٢٤٣)،
والاشباه لابن نجيم (ص ٣٥) . ويعناه جاء في المثل اللاتيني : Lex citius tolerare vult
privatum damnum quam publicum malum .
٣٥ (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) .

٣٦ (٣) للسيوطي (ص ٦٢) ، ولابن نجيم (ص ٣٦) .

٣٧ (٤) في كتابنا « النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية » ، ج ١ ص ٤٥ .

جاء في المجلة ، نقلاً عن الاشباه والمجامع أيضاً ١ ، انه « اذا تعارضت مفسدتان روعي اعظمهما ضرراً بارتكاب اخفهما . والضرر الأشد يزال بالضرر الأخف » (المادتان ٢٨ و ٢٧) . فلذا يعذر 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 او الحيوان لأجل نجاة ركبها ، لأن مفسدة فوات الاموال اخف من مفسدة فوات الارواح . ولكنه لا يجوز في مثل هذه الحالة القاء احد الركاب في البحر لتخليص الباقين ، لان الجميع متساوون في العصاة ، ولان المفسدة هنا تعارضها مفسدة من مثلها ، فلا مجال لتفضيل البعض على الآخرين ٢ .

ومن اشباه هذه الامثلة قضية غربية عرضت على القضاء الانكليزي عام ١٨٨٤ . وخلصتها ان سفينة ، وعليها بعض البجارة ، قد عبثت بها الرياح والامواج ، ودفعتها الى عرض البحار مدة طويلة ، حتى اشرف الركاب خلاها على الهلاك جوعاً . فعمدوا الى قتل اصغرهم ، وهو في 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 ٣ . وعلى هذا الاجتهاد ايضاً سارت المحاكم الاميركية في قضية شبيهة ٤ .

وكذلك جواز الشرع الاسلامي ، عملاً بالقاعدة التي ذكرنا ، ان يغصب المرء الحيط ليخيط به جرح انسان او حيوان محترم غير مأكول . ولكن لم يجوز له ذلك لاجل خيط الثياب ونحوها ٥ .

38 (١) اشباه السيوطي (ص ٦٢) ، وابن نجيم (ص ٣٥) ، والمنافع (ص ٣٢٣) . انظر بمعناها ما جاء في القواعد لابن رجب (القاعدة ١١٢ ص ٢٤٦) .

39 (٢) راجع قواعد الاحكام للعز بن عبد السلام (ج ١ ص ٩١٧٠) ، والام للشافعي (ج ٦ ص ٢٦) ، والمستصفي (ج ١ ص ١٤١) ، والقوانين الفقهية لابن جزي (ص ٣٣٢) ، والفروق للقرافي (ج ٤ ص ٩) .

(٣) Regina v. Dudley and Stephens, L. R. 14 Q. B. D. 273.

(٤) U. S. v. Holmes (1 Wallace Junior 1).

40 (٥) انظر الوجيز للغزالي (ج ١ ص ٢١٣) ، وشرحه ففتح العزيز للرافعي (مع المجموع ، ج ١١ ص ٢٢٧) .

الفصل الثالث

القصد في الافعال

الامور بمفادها

لا بد لكل عمل من اعمال الانسان ان يكون صادراً عن ارادته ، اي اختياره لذلك العمل . 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 مجالاً للتوسيع فيه ، بل نكتفي بسرد مراتب القصد ، كما قسمها السبكي ^١ في مسألة المعصية . فالقصد عنده يقسم الى خمس مراتب : الهاجس والخطر وحديث النفس والههم والعزم .

فالهاجس هو اول ما يلقي من القصد في النفس . ويليه الخطر ، وهو جريان القصد فيها . ويتلوها حديث النفس ، اي التردد الذي يقع بين اتجاه الفكر للعمل وانصرافه عنه . ثم تأتي مرحلة الههم ، وهي ترجيح قصد الفعل على تركه . واخيراً يتم القصد بالعزم ، وهو الجزم به والثبات عليه . فالهاجس والخطر لا يدخلان تحت الاختيار ، فلا يؤاخذ المرء بهما . وكذلك لا يؤاخذ المرء بحديث النفس ، عملاً بقول النبي (ص) « غفي عن امتي ما حدثت به نفوسها » ^٢ . واخيراً لا يؤاخذ المرء ايضاً بالههم ، عملاً

١ (١) في الحليات ، كما نقله السيوطي في الاشباه والنظائر ، ص ٢٥ .

٢ (٢) ذكره الفزالي 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 تكلم » .

بقوله (ص) « ان المهم بالحسنة يكتب حسنة والمهم بالسئنة لا يكتب سئنة »^١ . واما العزم ففيه خلاف ، لا مجال لبيانه .
هذا تفصيل القصد في المعاصي الدينية . اما في المعاملات ، فان القصد المجرد باطني لا عبوة 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 حيز الوجود ، واقتون بالتنفيذ والعمل^٢ . وان الفعل بدوره يرجع حكمه الى المقصود منه . ففي الحديث الشريف : « انما الاعمال بالنيات وانما لكل امرئ ما نوى »^٣ . ولذا ربطت الافعال بالمقاصد ، كما جاء في القاعدة الكلية الواردة في المادة الثانية من مجلة الاحكام العدلية ، وهي : « الامور بمقاصدها »^٤ . يعني ان الحكم الذي يترب على امر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الامر » .
مثاله ، اذا اخذ احدهم اللقطة 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 فيها .

النية والظاهر

تستنبع 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

٤٣ (١) ذكره السيوطي في الاشباه ، في الموضوع المذكور .

٤٤ (٢) في قانون الجزاء اليوم ، لا عقاب في الاصل على النية وحدها . بل لا بد لذلك من ان تقتن النية ببداءة التنفيذ ، وهي المحاولة ، او بالتنفيذ الكامل .

٤٥ (٣) روي في كتب الحديث الستة . وهو اول احاديث البخاري ، وتماه : « فن 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 امرئ ما نوى ، فن كانت هجرته الى الله ورسوله فهجرته الى الله ورسوله ، ومن هاجر لدنيا يصيبها او امرأة يتزوجها فهجرته الى ما هاجر اليه » .

٤٦ (٤) هذه هي القاعدة التي زادها السبكي في جمع الجوامع على القواعد الاربع ، التي ذكر القاضي الحسين ان مبنى الفقه عليها . انظر شرحه مع حاشية البناني ، ج ٢ ص ٣٧٣ .

للالفاظ والمباني » (المادة الثالثة) .

فمعلوم مثلاً ان العقد الواقع على منفعة شيء يسمى اجارة اذا كان بعوض اي لقاء اجرة ، ويسمى 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 الالفاظ وتعلق به حق الغير ، حكم بمقتضى اللفظ الظاهر . مثاله : اذا استخلف احد المتدعين امام القاضي كانت اليمين التي يحلفها على لفظها الظاهر ، اي على نية القاضي وعلى نية المستخلف الذي تعلق حقه فيها ، لا على نية الخالف الالفاظ . وذلك عملاً بالحديث الشريف : « اليمين على نية المستخلف » ^٢ . فاذن ، لا تجوز التورية في اليمين ، ومعناها ان يضم الخالف تأويلاً يختلف عن معنى اللفظ الظاهر . وقيل تجوز التورية اضطراراً اذا كان الخالف 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 والله يتولى السرائر » ^٤ . وجاء في المجامع ^٥ وفي المجلة ان : « دليل الشيء في الامور الباطنة يقوم

٤٧ (١) اوضحنا هذه القاعدة مفصلاً في باب العقود من كتابنا « النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية » ، ج ٢ ص ٢٨ - ٣١ .

٤٨ (٢) صحيح مسلم (ج ٥ ص ٨٧) ، وشرحه للنووي (ج ١١ ص ١١٧) .

٤٩ (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 للعديون المعسر « الانكار والحلف » ، ان خشي الاعتراف ، ويوري وينوي القضاء مع المكنة .

٥٥ (٤) 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 المذهب (ج ٢ ص ٨٦) بعبارة « احكم بالظاهر والله عز وجل يتولى السرائر » .

٥١ (٥) المنافع ، ص ٣٢٠ . ومعناه ورد في المثل اللاتيني :

Acta exteriora indicant interiora secreta.

اليمين

اليمين

مقامه . يعني انه يحكم في الظاهر فيما يتعسر الاطلاع على حقيقته « (المادة ٦٨) . وعلى المجلة ، فالاصل عند تعارض النية والظاهر ان يعمل بالنية ، الا اذا تعلق بالظاهر حق الغير او اذا تعذرت معرفة النية ، فحينئذ يعمل بالظاهر اضطراراً وعلى سبيل الاستثناء .

ويستنتج مما قدما ان معرفة النية من الامور المهمة ، اذ يتوقف عليها الحكم الحقيقي ويبنى على تعسرها لزوم الاخذ بالظاهر . لذا ترى 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 او في الاصطلاح ، كلفظ الاسد يستعمل لغة للحيوان المعروف ، او كلفظ القياس يستعمل بمعنى الدليل الشرعي في اصطلاح علماء الاصول . والمجاز اسم لما استعمل 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 ، فلاحفاد 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 ، فحينئذ 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) .
وجميع هذه المواد التي ذكرتها المجلة في قواعدها الكلية مأخوذة عن
كتاب الاشباه والنظائر وعن كتب علم الاصول ٢ . وخلاصتها ان الكلام
في الاصل يحمل على معناه الحقيقي ، ثم على المعنى المجازي عند تعذر
الحقيقة ، ولا يهمل الا اذا تعذر الاثنان .

وملاحظة اخيرة : اذا تعارض المعنى الحقيقي والمعنى المجازي وكانت
الاول مبهجوراً اخذ بالثاني . اما اذا تعارض المعنيان وكان استعمال المجاز
غالباً في العرف ، فايتهما يفضل ؟ قال الامام ابو حنيفة تفضل الحقيقة ،
وقال صاحبه والامام الغزالي وغيرهم يفضل المجاز والعرف اذا استمر
واطردا . وقد اخذت المجلة بالرأي الثاني كما مر سابقاً ، فنصت على ان
« الحقيقة تترك بدلالة العادة » (المادة ٤٠) . وأرى ان تفسر هذه بان
دلالة العادة يجب ان تعززها النية ، كما ذهب الى ذلك الرأي المختار عند
علماء الاصول ، الذي عزاه الهندي الى الامام الشافعي ٣ .

التصريح والدلالة

فرّق علماء الاصول الحنفية ، في تقسيم الالفاظ لجهة دلالاتها ، بين
الصريح والكناية . فالصريح هو ما ظهر « ظهوراً بيّناً » . والكناية هو

١ (١) بمعناها جاء في الفقرة الاخيرة للمادة ٣٦٧ من قانون الموجبات اللباني : « ... يفضل
المعنى الذي يجعل النص ذا مفعول على المعنى الذي يبقى معه النص بلا مفعول » . وجاء بمعناها في
المثل اللباني :

Interpretatio fienda est ut res magis valeat quam pereat.

٢ (٢) الاشباه لابن نجيم (ص ٢٨ و ٥٣) ، والسيوطي (ص ٤٥ و ٨٩) ، وشرح المنار
لابن ملك (ص ١٠٨ وما بعدها) .

٣ (٣) انظر المنهاج للبيضاوي وشرحه نهاية السؤل للاسنوي وشرحه الابهاج للسبكي (ج ١
ص ٢٠٥) ، واشباه السيوطي (ص ٦٦) .

ما استتر المراد به واحتاج الى بيان لفهمه ، وهو يستنتج استدلالاً من عبارة النص او اشارته او دلالاته او اقتضائه . [أما عند الشافعية ، فالتقسيم هو الى اثنين : دلالة المنطوق او الدلالة اللفظية ، ودلالة المفهوم او الدلالة المعنوية . ونحن على كل ، لا نرى مجالاً لشرح كل هذه التفصيلات ، بل نحيل القارئ 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 رأى الولي الصغير المميز يبيع ويشترى ، ولم يمنعه وسكت ، يكون قد اذنه دلالة » (المادة ٩٧١) .

والسكوت مبدئياً لا عبارة به ، إلا اذا ايّده قرائن الحال . فعليه ، جاء في القواعد الكلية : « لا ينسب الى ساكت قول ، لكن السكوت في معرض الحاجة بيان » (المادة ٦٧) . وقد اوضحنا هذه القاعدة مفصلاً ، في فصل الايجاب والقبول من باب العقود ^٢ .

والهم من كل ذلك ان الكلام الصريح هو الاصل ، وانه اقوى من الدلالة . وهذا معنى القاعدة الكلية الواردة في المجامع ^٣ وفي المجلة انه

(١) شرح المنار لابن ملك (ص ١٦٤ وما بعدها) ، وشرح المنهاج الاسنوي (ج ١ ص ٢٣١ وما بعدها) .

٥٥ (٢) من كتابنا « النظرية العامة للعقوبات والعقود في الشريعة الاسلامية » ، ج ٢ ص ٥٢ وما بعدها .

٥٦ (٣) وقد جاء في المجامع ايضاً ان « الثابت بدلالة النص انما يعتبر اذا لم يوجد الصريح بخلافه » . انظر شرحه المنافع ، ص ٣١٧ و ٣٢٨ .

« لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح » (المادة ١٣) .
مثاله ، اذا وضع رجل ماله في دكان فراه 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 التصريح
هنا نفى الدلالة ، لانه كما قلنا لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح .
وشبهه 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 الألفاظ اذا كانت صريحة ، لا الى دلالاتها ،
« لان المقاصد اذا لم يدل عليها اللفظ لا تعتبر » ١ .

المطلق والمقيد

من الكلام ما كان مطلقاً ، ومنه ما كان مقيداً . فالكلام المطلق
هو ما دل على المعنى الخاص الشائع بلا تعيين او وصف يقيد به . والمقيد
ما اقترن بتعيين او بوصف فيه معنى التقييد .
ومثال ذلك الوكالة ، فهي اما مطلقة أو مقيدة . فمن نوع الأولى ان
يوكل أحد آخر لبيع ماله بدون تعيين الثمن . ومن نوع الوكالة المقيدة
ان يعين 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 يقيد به يعتبر
مطلقاً . وبعبارة اخرى ان الاصل في الكلام الاطلاق ، ما لم يتعين
التقييد صراحة أو دلالة . وبهذا المعنى قالت القاعدة الكلية الواردة في
المجامع ٢ وفي الجملة : « المطلق يجري على اطلاقه ، اذا لم يقد دليل التقييد

(١) فتاوى تقي الدين السبكي ، القاهرة ، سنة ١٣٥٥ هـ ، ص ١٤٦ و ١٦٩ .

٥٦ (٢) النافع ، ص ٣٣١ .

نصاً 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 بأقل 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 ، لاث جملة يربط بعضها بعضاً . فلا يكفي لمن اراد 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 عن سؤال موجه الى المقر . فحينئذ يجب عطف الجواب على السؤال لمعرفة فحوى الاقرار ، عملاً بما ورد في الاشياء ٢ وفي المجلة ان : « السؤال معاد في الجواب . يعني ان ما قيل في السؤال المصدق كأن المجيب المصدق قد اقر 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 واقاراره 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

٥٨ (١) قول الشاطبي بشأن تفسير آيات القرآن الكريم ، في الموافقات ، ج ٣ ص ٤١٣ .

٥٩ (٢) الاشياء والنظائر للسيوطي (ص ٩٧) ، ولابن نجيم (ص ٦١) .

« 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 بجمعها من دون تفريق ولا تجزئة . وبهذا المعنى ، قال قانون الموجبات البناني : « بنود الاتفاق الواحد تنسق وتفسر بعضها ببعض بالنظر الى مجمل العقد » (المادة ٣٦٨) .

بيان الكلام

ان للاسلوب الذي يجري عليه الكلام اهمية في تفسير معناه . فرب كلمة او صفة لا اهمية لها في احدى المناسبات تعتبر ذات وزن اذا ما ذكرت في مناسبة اخرى . ومن امثلة ذلك قاعدتان كليتان ذكرتهما المجلة ، وهما :

اولاً - نقلت المجلة عن المجمع ^١ القاعدة ان « الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر . مثلاً لو اراد البائع بيع فرس اشهب حاضر في المجلس ، وقال بعث هذا الفرس الادهم ، واثار اليه ، وقبل المشتري ، صح البيع ولغا وصف الادهم . واما لو باع فرساً غائباً وذكر انه اشهب ، والحال انه ادهم ، لا ينعقد البيع » (المادة ٦٥) .

والأصح ان يقال في المثل الاخير ان البيع لا ينعقد لازماً ، لأنه بحسب المجلة ينعقد غير لازم ، بمعنى ان المشتري يغير بين امضائه وفسخه ، بما يسمى خيار الوصف ^٢ .

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

٦٥ (١) المنافع ، ص ٣٣٣ .

٦١ (٢) انظر المادة ٣١٠ من المجلة ، وشرح علي حيدر على المادة ٦٥ .

بيان . لذلك اذا باع احد مالا بوصف مرغوب فظهر المبيع خالياً من ذلك الوصف كان البيع غير لازم بمقتضى المجلة ، وجاز للمشتري ان يفسخه (المادة ٣١٠) .

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 او 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 .

أ. ب. ب.

62 (١) انظر الهداية (ج ١ ص ١٨٤) ، والأشباه لابن نجيم (ص ٦٤) ، والسيوطي (ص ١٠٨) ، وقواعد العز بن عبد السلام (ج ٢ ص ٨٦) .

63 (٢) راجع الهداية وقواعد ابن عبد السلام في الموضع المذكور .

64 (٣) الميزان للشعراني ، ج ٢ ص ١٢٦ .

الفصل الرابع مبادئ عامة في البرينات

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 ^١ 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 . . . » ^٢ .
فواجب الاثبات رادع للدعوات الكاذبة ، وللادعاءات الضعيفة ،
وللادعاءات المجردة .

هذه هي القاعدة العامة رغم ما فيها احياناً من اخطار ، اذ لا عبء
للدعاء الذي لا يتمكن صاحبه من اثباته ولو كان صحيحاً ، والعبء كل
العبء للامور الثابتة ولو استندت الى بيئة في حقيقتها الخفية مزورة . فالى
من خاصم في باطل وجه النبي (ص) تحذيره : « انكم تختصمون اليّ ،
ولعل بعضكم الحن بحجته من بعض . فمن قضيت له بحق اخيه شيئاً بقوله ،
فانما اقطع له قطعة من النار فلا ياخذها » ^٣ .

ك٦ (١) هذه قاعدة موجودة في المجامع (المنافع ص ٣١٧) . وقد وردت في الهداية (ج ٤
ص ١٤١) ، بعبارة : « الثابت بالشهادة كالثابت معاينة » .
ك٦ (٢) وتتمته : « ولكن اليمين على المدعى عليه » . رواه مسلم في صحيحه ، ج ٥ ص ١٢٨ .
ك٦ (٣) رواه البخاري . انظر شرح العيني ، ج ١٣ ص ٢٥٧ .

وأثبت 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 جهة الصواب في التردد . وهو لا يكفي لاثبات
عكس اليقين ، عملاً بالآية الكريمة : « ان الظن لا يغني من الحق شيئاً »^١ ،
لأنها اذا كان هذا الظن ظاهر الخطأ . ففي ذلك ورد في الأشباه والنظائر^٢
وفي المجلة انه « لا عبرة للظن البين خطأوه » (المادة ٧٢) .

الا 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 متروكاً بين الثبوت وعدمه ، مع تساوي طرفي
الصواب والخطأ ، دون ترجيح احدهما على الآخر . وهو لا يكفي ايضاً
لرفع اليقين . وهكذا ، قال القاضي الحسين في قواعده الأربع ، التي عليها
بنى الفقه ، ان « اليقين لا يرفع بالشك »^٣ ، أو بعبارة الأشباه^٤ والمجلة ،
ان « اليقين لا يزول بالشك » (المادة الرابعة) .

اما الوهم ، ففيه ترجيح جهة الخطأ في التردد . وهو مردود ، أو كما
قالت المجلة ايضاً « لا عبرة للتوهم » (المادة ٧٤)^٥ . وكذلك يرد كل
احتمال مجرد .

وعلى الجملة ، فالعبرة في الاصل لليقين وللثبوت المستند الى الدليل ولا
عبرة لخلافه . ولذا نصت القاعدة الكلية ، المذكورة في المجموع^٦ وفي المجلة ،

× (١) سورة يونس (١٠) ٣٦ .

٦٨ (٢) للسيوطي (ص ١٠٦) ، ولابن نجيم (ص ٦٣) .

٦٩ (٣) كما ذكر تاج الدين السبكي في جمع الجوامع . [راجع شرحه مع حاشية البناني] ، ج ٢
ص ٣٧٣ .

٧٥ (٤) للسيوطي (ص ٣٧ و ٥٤) ، ولابن نجيم (ص ٢٢ و ٢٩) .

٧١ (٥) هي قاعدة موجودة في مجمع الفتاوى . انظر شرح المادة ٧٤ في « مرآة مجلة احكام
عدلية » .

٧٢ (٦) المتافع شرح المجموع ، ص ٣٢٩ .

على انه : « لا حجة مع الاحتمال الناشئ 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 دليل كونه في المرض . واما اذا كان الاقرار في حال الصحة جاز . واحتمال ارادة حرمان سائر الورثة حينئذٍ ، من حيث انه احتمال مجرد ونوع من التوهم ، لا يمنع حجة الاقرار » (المادة ٧٣) ١ .

عبء الاثبات

في كل نزاع قضائي طرفان متدعيان على الاقل . احدهما المدعي ، والثاني المدعى عليه . فالاول يدعي خلاف الظاهر ، والثاني يتمسك به وينكر الادعاء ٢ .

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 في ان عبء الاثبات يقع على المدعي ٣ . وتفسيره ان الاصل في الامور الظاهر ، فعلى من يدعي خلافه ان يثبت ادعاءه . وفي القواعد الكلية الواردة في المجامع ٤ 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 :

٧٣ (١) هذا المثل مقبول في المذهب الحنفي . ولكن يوجد بشأنه خلاف في بعض المذاهب ، على ما فصلنا عند الكلام عن مرض الموت ، في كتابنا « النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية » ، ج ٢ ص ١٤٢ وما بعدها .

٧٤ (٢) في الهداية (ج ٣ ص ١٢٥) : « المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها ، والمدعى عليه من يجبر على الخصومة » .

٧٥ (٣) في الامثال اللاتينية : *Actori incumbit probatio* :

Ei incumbit probatio qui dicit non qui negat

٧٦ (٤) وردت في المجامع : « البينات شرعت لاثبات خلاف الظاهر واليمين لابقاء الاصل » . انظر شرحه للمنافع ، ص ٣١٤ .

« البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه او على من انكر »^١ .
وبعبارة اخرى ، اذا ادعى احد شيئاً في ذمة آخر وجب عليه اثباته ،
لان المدعى عليه يعتبر بريء الذمة في الاصل . وبمعناها جاء في المجلة : « الاصل
براءة الذمة . فاذا اتلف رجل مال آخر واختلفا في مقداره ، يكون
القول للمتلف والبيئة على صاحب المال لاثبات الزيادة »^٢ . 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 »^٣ .

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 ايضاً من قواعد المجامع^٤ والمجلة (المادة ٦) . [وبمعناها قال
قاضيخان : « الاصل ان ما كان قديماً يترك على حاله ولا يغير الا بحجة »^٥ .]
ولكن هذا مقيد بان لا يكون القديم مضراً ، لأنه بعبارة المجلة « الضرر
لا يكون قديماً » (المادة السابعة) .

ثم ان الصفات ايضاً نوعان : اصلية وعارضة . فالاصلية هي ما كانت
مع الموصوف ابتداءً ، كأن يعتبر الانسان الراشد عاقلاً . فصفة العقل
لراشد اصلية موجودة معه ابتداءً في الاصل . اما الصفات العارضة ، فهي
التي لا تكون ابتداءً مع ذات الموصوف ، كالجنون او السكر . فهذه
لا يفترض وجودها اصلاً ، بل يجب على من يدعي وجودها ان يثبتها .

٧٧ (١) ذكره السيوطي عن الترمذي والبيهقي ، في الجامع الصغير ، رقم ٣٢٢٥ و ٣٢٢٦ .

— (٢) المادة الثامنة . وهي من قواعد الاشباه كما قدمنا .

— (٣) هما المادتان الخامسة والعاشرة من المجلة ، وقد مر تفسيرهما .

٧٨ (٤) المنافع ، ص ٣٢٦ . ولهذه القاعدة تطبيقات في ابواب اخرى ، كالنكاح وغيره .

— (٥) الفتاوى الحانية ، بهامش الهندية ، ج ٣ ص ٢٤٦ .

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 ، والبيئة على رب المال لاثبات الربح » (المادة التاسعة) .

واخيراً ، تجب الاشارة الى ان لقاعدة البيئة 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 أنه رد الوديعة .

وقد قال بهذا الاستثناء جمهور الفقهاء المسلمين ما عدا المالكية . فهؤلاء لم يقبلوا به الا اذا دفعت الوديعة الى الوديع بدون بيئة . اما اذا سلمت الوديعة الى الوديع ببيئة ، وادعى ردها ، فعليه اثبات ذلك عندهم ^٢ . وهذا الرأي كما ترى قريب من الآراء العصرية في الموضوع .

[وكذلك لم يقر قانون الاوقاف الذرية اللبناني الصادر في ١٠ آذار سنة ١٩٤٧ هذا الاستثناء . فنص على ان المتولي بوصفه اميناً على مال الوقف لا يقبل قوله في الصرف في شؤون الوقف او على المستحقين الا بسند (المادة ٤١) .]

ترجيح البيئات

لما كان الاصل في المدعى عليه براءة الذمة ، وكانت البيئة على المدعي لاثبات العكس ، كان من المهم معرفة من هو المدعي ومن هو المدعى عليه ، ومن يقع عليه عبء البيئة منها ، ومن ترجح بينته عند التعارض . وهذا ما يسمى ترجيح البيئات . وقد اعطت مجلة الاحكام العدلية في هذا

٢٩ (١) الاشباه والنظائر لابن نجيم ، ص ٢٥ .

٥٥ (٢) بداية المجتهد لابن رشد ، ج ٢ ص ٢٥٧ .

الموضوع امثلة عديدة ، نكتفي بواحد منها على سبيل الايضاح .
وهو : لو ادعى احد ان الشيء الذي في يد رجل آخر هو ملكه ،
ونازعه هذا الاخير في ادعائه ، فعلى ايها يجب تقديم البينة على انه هو
المالك ؟ قالت المجلة ان : « بينة الخارج أولى 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 علاقة
بتوجيه 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) ^٣ .

- ١ (١) راجع كتاب رحمة الامة في اختلاف الائمة للشيخ محمد بن عبد الرحمن الدمشقي (بهامش
الميزان الكبرى) ، ج ٢ ص ٢٠٥ .
٢ (٢) الاشباه والنظائر ، ص ٢٥ - ٢٦ . وقد جاءت القاعدة في اشباه السيوطي (ص
٤٣) ، بعبارة « الاصل في كل حادث تقديره باقرب زمن » .
٣ (٣) وهذه القاعدة في المذهب الحنفي استثناءات اهمها ما ذكره ابن نجيم انه « لو قال القاضي
بعد عزله لرجل اخذت منك الفادفعتها الى زيد قضيت بها عليك ، فقال الرجل اخذتها ظلماً
فانصحيح 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 الموضوع المذكور) .

كل هذا طبعاً في المسائل التي تعين فيها سبب الترجيح . اما فيما عدا ذلك فاذا تعارضت بيننا الطرفين ، فانه ، بحسب الاحوال والمذاهب ، اما ان يعمل بها معاً واما ان يتركها او يتهاوتا واما ان يرجح بينهما بالقرعة ^١ . ونحن لا نرى مجالاً لايضاح ذلك مفصلاً ، ولا لايضاح ما ورد عنه في المجلة وفي باقي المذاهب ، لئلا نخرج عن بحثنا في المبادئ العامة . ولو رجعنا الى الكتب الفقهية الاسلامية ، لوجدنا ان اصل نظرية ترجيح البيانات يرجع الى القاعدة العامة « البينة على المدعي » . ولكن الفقهاء عقدوا عليها بحثاً طويلاً وضربوا امثلة كثيرة ، تكون منها مجموعة من الضوابط تناقلها المتأخرون عن السابقين واخذت بها مجلة الاحكام العدلية . ونتج من كل ذلك على المجلة احكام وضوابط معقدة ، فيها بعض التقييد لحرية القاضي في تحقيق الدعاوى . ولو ان القاضي لم يقيد الا بالحديث الشريف « البينة على المدعي » دون ما كان مبنياً على مجرد الرأي من ضوابط ترجيح البيانات ، ولو ترك امر تطبيق هذا الحديث على المسائل العملية الى حكمة القاضي وبصيرته ، لكان ذلك اقرب الى روح السنة واسهل للوصول الى الحق والعدل .

وبعد ، فطرق الاثبات الرئيسية او الحجج الشرعية ثلاث : الافرار والبيئة واليمين . ونحن نوضح بايجاز هذه الطرق وما يتبعها من المسائل كالتناقض والقرائن ، ونقتصر في ذلك على المبادئ العامة ، وعلى تفسيرها ببعض الامثلة من المجلة ، دون التعرض للمسائل التفصيلية الفرعية ^٢ .

٨٤ (١) راجع كتاب الفوائد لابن رجب ، مطبعة الصدوق الخيرية بمصر ، ١٩٣٣ ، ص ٣٦٣

- ٣٦٤ -

٨٥ (٢) راجع فيها الكتابين الثالث عشر والخامس عشر من المجلة .

البند الثاني

الاقرار

أثر الاقرار

أقوى 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 قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم »^٢ ، والحديث الشريف « قل الحق ولو على نفسك »^٣ .

ويشترط لصحة الاقرار ان يكون المقر عاقلاً ، بالغاً ، غير مكره ولا محجور عليه . فلذا 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 احد الناس ، خلافاً لحقوق الله ، اي الامور الجزائية التي تكون فيها العقوبة عامة وليس فيها حق لاحد الافراد ، كما في حد الزاني وشارب الخمر .

وفي الفئة الثانية من الحقوق يصح الرجوع عن الاقرار عند جمهور الفقهاء ، بدليل الحديث « ادروا الحدود بالشبهات »^٤ . ولكن البعض ، ومنهم اتباع المذهب الظاهري ، خالفوا في ذلك ، ومنعوا الرجوع عن الاقرار حتى فيما يوجب الحد ، وطعنوا بصحة الحديث الذي ذكرنا ، وقالوا

^١ (١) المنافع ، ص ٣٣١ .

^٢ (٢) النساء (٤) ١٣٥ .

^٣ (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 ٥٠٠٤ .

^٤ (٤) نقله السيوطي عن الكامل لابن عدي . انظر كتابه الاشباه والنظائر ، ص ٨٤ .

انه قول روي عن ابن مسعود وعمر فقط ^١ .
ثم ان « الاقرار على الغير ليس بجائز » ، على ما جاء في قواعد
المجامع ^٢ . ومعناه ان الاقرار لا يلزم الا المقر ، خلافاً للبيئة التي تتعدى الى
الغير . لذا قيل في قواعد الاشباه ^٣ والمجلة : « البيئة حجة متعديّة ، والاقرار
حجة قاصرة » (المادة ٧٨) . مثاله لو تعدد المدعى عليهم بدعوى دين فاقروا
به بعضهم وانكره الآخرون ، فالاقرار لا يلزم الا من اقر ، لانه حجة
قاصرة . ولكن لو اثبت المدعي دعواه بالبيئة ، فالاثبات هذا يلزم الجميع .

هل تجزأ الاقرار

يكون الاقرار احياناً كاملاً وموافقاً للدعاء . ويكون احياناً موصوفاً
او مركباً .

فالاقرار الموصوف هو ان يقر المدعى عليه بدعوى المدعي ويزيد على
الاقرار بياناً اضافياً يغير نتيجته . مثاله ان يزيد المقر على اقراره بالدين
المدعى به ، انه غير حال بل مربوط باجل . ويكون الاقرار مركباً عند
ما يزيد المقر على اقراره بالفعل الاصيلي المدعى به ، فعلاً آخر مرتبطاً به ،
مثاله ان يقر بالدين المدعى به ، ويزيد انه أوفاه ، او 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 عن هذه المسألة نظريتان . الاولى نظرية المذهبين الحنفي والمالكي
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 .

٦٩ (١) راجع المحلى لابن حزم ، ج ٨ ص ٢٥٢ - ٢٥٣ .

٦٥ (٢) المنافع شرح المجامع ، ص ٣١٣ .

٦١ (٣) الاشباه لابن نجيم ، ص ١٠١ .

٦٢ (٤) راجع الاختيار شرح المختار للموصلي (ج ٢ ص ٢٥) ، والبداية (ج ٧ ص ٢٠٨) ،

وشرح مختصر سيدي خليل لعبد الله الحرشي (ج ٤ ص ٣٠٧ و ٣٠٩) .

والنظرية الثانية تقول بعدم تجزئة الاقرار . ومعنى ذلك ان الاقرار لا يقبل التبعض ، 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 قيم 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 آخر بالف درهم ولم تكن لديه بينة ، فاختصم الى قاضي البصرة عبد الملك ابن يعلى . فافر المدعى 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) وقانون البينات السوري (في المادة ١٠١) .

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 .

اما في المذهب الشافعي ، فالاقوال مختلفة . وقد فضل الغزالي ، فقال بعدم تجزئة الاقرار اذا اقر المدعى عليه بالدين مدعيّاً التأجيل ، وقال بتجزئته اذا اقر بالدين وادعى الايفاء ^٢ .

٩٣ (١) راجع المغني لابن قدامة (ج ٥ ص ٢٨٥) ، والمجلى لابن حزم (ج ٨ ص ٢٥٠ و ٢٥٢ و ٢٥٤) ، واعلام الموقعين (ج ٣ ص ٣١٧ و ٣٢٣) .

٩٤ (٢) في كتاب الوجيز ، انظر شرحه فتح العزيز للرافعي (طبع مع شرح المذهب ، ج ١١ ص ١٦٤) .

البند الثالث

البيئة الشخصية

تقييد قبول هذه البيئة

البيئة لغةً مؤنث البين ، اي الواضح الجلي والفاصل . واصطلاحاً هي « الحجة القوية »^١ ، لانها « تبين الحق وتظهره » . وهي بهذا المعنى اليوم على نوعين : البيئة الخطية والبيئة الشخصية . ولكنها تطلق عادة في الكتب الفقهية الاسلامية على النوع الثاني وحده ، اي على شهادة الشهود .

وان البيئة الشخصية لم تقبل في الشرائع بدون تردد أو تقييد . وسبب ذلك الخوف من نسيان الشهود ، أو من كتمهم الشهادة ، أو من الكذب بداعي التحزب أو الاغراء أو الرشوة^٢ . فلذا تشددت القوانين في قبول البيئة الشخصية . فان فئة منها منعت هذه البيئة في الامور المدنية فيما خلا بعض المستثنيات . وان فئة اخرى اجازت قبولها في جميع الاحوال ، ولكن حددت لها نصاباً أو عدداً معيناً .

ومن الفئة الاولى معظم القوانين العصرية . فانها مع قبولها البيئة الشخصية دون تقييد في الامور الجزائية ، منعت قبولها في امور المعاملات المدنية إلا في بعض الاحوال الاستثنائية . ففي قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني مثلاً ، لا تقبل البيئة الشخصية لاثبات عكس مضمون السند الخطي ولا تقبل في الدعاوى التي تتجاوز قيمتها خمساً وخمسين ليرة لبنانية^٣ ، الا في حالات استثنائية محصورة^٤ .

— (١) هذا تعريف المجلة في المادة ١٦٧٦ .

— (٢) قال لوزايل :

Qui mieux abreuve mieux preuve (Inst. cout. , liv. V , tit. V)

٩٥ (٣) في المادتين ١٥٣ و ٢٤١ منه . وقد كان المبلغ عشر ليرات عثمانية ذهباً في المادة ٨٠ من قانون اصول المحاكمات الحقوقية العثماني . انظر ايضاً المادة ١٣٤١ من القانون المدني الفرنسي .

٩٦ (٤) المادة ٢٤٢ ، وهي تميز البيئة الشخصية في المواد التجارية ، وفي الافعال المادية ، وعند وجود بداءة بيئة خطية وعند فقدان البيئة الخطية أو استجالة الحصول عليها .

اما الشرع الاسلامي في الرأي المختار عند جمهور الفقهاء ، فقد اجاز البيئة 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 »^١ . 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 يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة » . « لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء فاذن لم يأتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون » . « واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهنّ اربعة منكم ... »^٢ .

وإن سبب التشديد في هذه المسألة الرغبة في الاحتياط وحجب الستور . ولا تقبل فيها شهادة النساء ، الا ما روي عن عطاء وحامد أنها قالتا تجوز شهادة ثلاثة رجال وامرأتين ، وما روي عن المذهب الظاهري انه جواز شهادة امرأتين مكان كل رجل فقبل شهادة ثمان نسوة وحدهن^٣ . هذا في الزنا ، وقد شبه به الحسن البصري القتل ، وقال انه لا يثبت ايضاً إلا بأربعة شهداء^٤ .

ثانياً - شهادة الثلاثة .

قال الامام احمد بن حنبل ان من عرف غناه اذا ادعى الاعسار لا يقبل منه إلا ثلاثة شهود على ادعائه ، واستند بذلك الى حديث قبيصة بن مخارق^٥ .

(١) شرح السكندر للزيلعي ، ج ٤ ص ٢١٢ .

(٢) سورة النور (٢٤) ٤ و ١٣ ، سورة النساء (٤) ١٥ .

(٣) انظر المغني (ج ١٠ ص ١٧٥) ، والمحلى (ج ٩ ص ٣٩٥) .

(٤) المغني ، ج ١٢ ص ٦ وما بعدها .

(٥) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن قيم الجوزية (مصر ، ١٣١٧ هـ) ، ص ١٤٤ .

ثالثاً - شهادة الرجلين دون النساء .

هذه البيئة تكفي لاثبات ما بقي من القضايا في جميع المذاهب اذا كان الشاهدان يحوزان الشروط والصفات الشرعية المطلوبة . وهي تستند الى الكتاب والسنة .

ففي الكتاب الآيتان الكريمتان اللتان وردتا بشأن الوصية والطلاق وهما : « شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت اثنان ذوا عدل منكم او آخران من غيركم » . « فاذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم وأقيموا الشهادة لله ... »^١ . وجاء بهذا الشأن في الحديث الشريف : « شاهدك 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 عطاء وحامد وفي المذهب الظاهري كما بينا آنفاً^٣ .

رابعاً - شهادة الرجلين أو الرجل والمرأتين .

وهي النصاب الشرعي الذي ذكره القرآن الكريم في كتابة الصك بالدين المؤجل 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 قبلها المذهب الحنفي ايضاً في باقي حقوق العباد . أي انها تقبل عند الحنفية في جميع الامور المدنية ، سواء أكانت تتعلق بالاموال ام بغيرها ، كالنكاح والطلاق . ولكنها لا

✱ (١) المائدة (٥) ١٠٦ ، والطلاق (٦٥) ٢ .

— (٢) رواه البخاري في صحيحه . انظر شرح العيني ، ج ١٣ ص ٢٤٣ و ٢٤٨ .

٥١ / (٣) راجع بداية المجتهد لابن رشد (ج ٢ ص ٣٨٥) ، والمحلى لابن حزم والمغني (ج ١٢) في المواضع المذكورة ، وشرائع الاسلام (طبع التبريزي ، ١٣٢٥ هـ ، ص ٣٣٤) .

✱ (٤) سورة البقرة (٢) ٢٨٢ .

تقبل في حقوق الله ، أي في المسائل الجزائية المتعلقة بالحدود . وبهذا الرأي اخذت مجلة الاحكام العدلية (المادة ١٦٨٥) .
أما مذهب اهل 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 بها المذهب الحنفي ولا الامام الاوزاعي ولا الليث من اصحاب الامام مالك . ولكنها مقبولة في قضايا الاموال عند باقي الائمة ، بالاستناد الى السنة . فقد 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 واحد ويمين المدعي هو خبر آحادي لا يجوز ان ينسخ نص القرآن .

شهادة النساء

من الامور الاجتماعية المسلم 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 ٣ ، او لم تقبلها إلا 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

١٥٢ (١) انظر في كل ذلك المراجع التي ذكرناها اعلاه .

١٥٣ (٢) رواه مالك في الموطأ (شرحه تنوير الحوالك ج ٢ ص ١٠٨) ، والشافعي في مسنده (بهامش الام ج ٦ ص ١٥٦) ، ومسلم في صحيحه (ج ٥ ص ١٢٨) ، واحمد بن حنبل واصحاب السنن الاربعة والدارقطني وغيرهم . انظر نيل الاوطار (ج ٨ ص ٢٨٥) ، وشرح العيني على البخاري (ج ١٣ ص ٢٤٤ وما بعدها) ، وشرح النووي على مسلم (ج ١٢ ص ٤) .

١٥٤ (٣) انظر كتاب المقارنات والمقابلات ، للسيد محمد حافظ صبري ، المادة ٥١ .

شهادة المرأة تساوي شهادة الرجل ^١ . بل ان قانون نابليون نفسه قبل تعديله في اواخر القرن الماضي اوجب اللوصية ولبعض معاملات الاحوال الشخصية شهادة الرجال دون النساء ^٢ .

والى قلة الخبرة العملية ، اتصفت المرأة العربية بالبعد عن الاختلاط بالرجال ، حتى ان الشرع راعى ذلك فأجاز شهادتها فيما لا يطلع عليه إلا النساء ، واعتبر شهادتها نصف شهادة الرجل في المعاملات الاقتصادية التي تكون فيها النساء عادة اقل اطلاعاً من الرجال . فقد ورد في الآية الكريمة عند الحث على كتابة الصك بالدين المؤجل : « فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء إن تضل احدهما فتذكر احدهما الاخرى » ^٣ . وهذا كان كثيراً بالقياس الى ما كانت عليه المرأة في الجاهلية ، اذ كانت معرضة للوأد وهي حية ، وكانت محرومة من كثير من الحقوق المدنية كالارث وما الى ذلك .

ولقد رأينا الخلاف في المذاهب الاسلامية بشأن شهادة النساء اذا كن 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 » ^٤ . وقد اتفقت المذاهب على قبول ذلك . فبما 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 وعبوب النساء وما اشبهها ، وكذلك الرضاع عند جمهور الفقهاء ماعدا الحنفية . ولقد اختلف في نصاب شهادة النساء في هذه الاحوال . فقال الحنفية والحنبلية انه تكفي فيها شهادة المرأة الواحدة ، لما روي عن النبي (ص)

١٥٥ (١) راجع هذه الامثلة وغيرها في اطروحة الدكتور الفرد ثابت « البيئة الشخصية في القانون العثماني » (La preuve testimoniale en droit ottoman) طبع ليون ، ١٩٢٧ ، ص

١٥٦ (٢) في المادتين ٣٧ و ٩٨٠ منه ، قبل تعديلها بقانون ٧ كانون الاول سنة ١٨٩٧ .

× (٣) سورة البقرة (٢) ٢٨٢ .

١٥٧ (٤) ذكره الزيلعي في شرح الكنز ، ج ٤ ، ص ٢٠٩ .

انه اجاز شهادة القابلة على الولادة ١ ، ولقضاء علي بن ابي طالب والقاضي شريح وغيرهما بذلك . اما نصاب شهادة النساء عند باقي الأئمة ، فهو امرأتان عند مالك قياساً على نصاب شهادة الرجلين الا في بعض المواضع الاستثنائية ٢ وثلاث نساء عند عثمان البتي واربعة 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 اربعة » ٣ . وفيما خلا الاحوال التي لا يستطيع الرجال الاطلاع عليها ، هل تجوز شهادة النساء منفردات ؟ قال الامام مالك تجوز شهادة المراتين مع يمين المدعي في قضايا الاموال ، وهذا احد وجهي مذهب الامام احمد بن حنبل . وروى عن عمر بن الخطاب وعلي بن ابي طالب والقاضي شريح انهم قبلوا شهادة الاربعة نسوة في مسائل الطلاق والصداق وغيرهما . وعند اهل الظاهر ، كما رأينا ، تقبل شهادة النساء في كل الامور على ان تعد شهادة المراتين بمنزلة شهادة الرجل الواحد ٤ .

شهادة الرجل الواحد

قدمنا ان شهادة الرجل الواحد ، اذا تعززت بيمين المدعي ، مقبولة في قضايا الاموال عند بعض الائمة . ولكن هذه الشهادة لا تقبل من دون يمين المدعي في الرأي المختار عند جمهور الفقهاء كما رأينا . وسبب ذلك الخوف من شهود الزور والمحافضة على حقوق الناس واموالهم من العبث . هذا ما حمل ايضاً بعض الشرائع القديمة ، كالقانون الروماني ٥ والقانون

١٥٨ (١) ذكره الزيلعي ايضاً في الموضوع المذكور .

١٥٩ (٢) انظر تفصيل هذه المواضع في تبصرة الحكم ، ج ١ ص ٢٤٠ .

١٦٠ (٣) مسند الشافعي ، بهامش الام ، ج ٦ ص ٢٥٣ .

١١١ (٤) انظر القوانين الفقهية (ص ٣١٠) ، والمجلد (ج ٩ ص ٣٩٧ وما بعدها) ، والمغني

(ج ١٢ ص ١٥) ، والطرق الحكمية (ص ١٣٧ و ١٤١) .

١١٢ (٥) انظر الديجست (D. liv. XXII, tit. 5, fr. 12) ، والكودكس (C. IV, tit. 20, 1, 9) :

Ut unius testimonium nemo iudicium in quaecumque causa facile patiat

admitti . وقابل ايضاً المثل اللاتيني : Testis unus testis nullus .

الكنسسي والقانون الفرنسي القديم ^١ ، على ان ترفض شهادة الرجل الواحد او ان لا تقبل بها الا بتحفظ . وهذا ما جعل كثيراً من القوانين العصرية ترفض البيئة الشخصية في الامور المدنية الا في احوال استثنائية كما قدمنا ، او تشتط تعدد الشهود للحكم في الامور المهمة كاشتراط القانون الانكليزي الشاهدين لاثبات جناية الخيانة العظمى ^٢ ، 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 ^٣ . وكذلك تجوز شهادة المعلم وحده في قضايا الصبيان ^٤ . وتجوز شهادة خبير واحد لتقويم المتلفات . وتجوز شهادة الواحد ايضاً في تركية الشهود وجرحهم ، وفي اخبار عزل الوكيل ، وفي اخبار عيب المبيع ، وفي امور اخرى من اشباهها ^٥ . 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 ^٦ 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

^{١١٣} (١) انظر في ذلك كتاب القانون المدني الفرنسي لبلانول (ج ٢ رقم ١١٠٥) ، واطروحة الدكتور تابت (ص ١١٠) ، وكتاب الموجبات ابوتيه (Pothier, oblig. no. 783) ، وكتاب البينات ابونيه ، (E. Bonnier, Traité des preuves) طبع باريس ، ١٨٨٨ ، ص ٣٠٣ وما بعدها .

^{١١٤} (٢) كتاب هاريس ، قانون الجزاء (Harris' Principles and practice of the criminal law) لندن ، ١٩٢٩ ، ص ٣٦ .

^{١١٥} (٣) الزيلعي في الموضع المذكور .

^{١١٦} (٤) الدر المختار (ج ٢ ص ٣٤٤) ، نقلا عن القسطنطيني والبرجندي .

^{١١٧} (٥) ذكر ابن وهان من ذلك احد عشر موضعاً في منظومة الوهبانية (طبعت بهامش الحبية ، 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 الحكم ، ج ١ ص ٢٣١ وما بعدها .

^{١١٨} (٦) الاشباه والنظائر لابن نجيم ، ص ٥١ .

الأئمة في ارجح الروايات عنهم ، فالترجمة كالشهادة لا يقبل فيها المترجم الواحد^١ هذا الى ان الفقهاء الحنفية في الاحوال الاخرى التي لا تجوز فيها شهادة الواحد يقرون بان نصاب الشهادة ليس إلا امرأً تعبدياً جاء على خلاف القياس ، لان رجحان الصدق هو في جانب العدالة لا في جانب العدد^٢ . اي ان العبرة بوزن الشهادة وقيمتها لا بعددها . فلذا لا تعتبر كثرة الشهود عندهم في ترجيح البيّنات . ولذا ايضاً 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 قيم الجوزية ، اذ قال : « والصواب ان كل ما بين الحق فهو بيّنة . ولم يعطل الله ولا رسوله حقاً بعد ما تبين بطريق من الطرق اصلاً . بل حكم الله ورسوله ، الذي لاحكم له سواه ، انه متى ظهر الحق ووضح بأي طريق كان ، وجب تنفيذه ونصره ، وحرّم تعطيله وابطاله »^٣ .

وعلى ذلك قال : « انه يجوز للحاكم الحكم بشهادة الرجل الواحد ، اذا عرف صدقه في غير الحدود . ولم يوجب الله على الحكام ان لا يحكموا إلا بشاهدين اصلاً » ، ولما 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^٤ . او بعبارة اخرى ، « فالطرق التي يحكم بها الحاكم اوسع من الطرق التي ارشد الله صاحب الحق الى ان يحفظ حقه بها »^٥ .

^{١١٩} (١) راجع تفصيل ذلك في الحاشية (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) .

^{١٢٥} (٢) الزيلعي ، ج ٤ ص ٢١٢ .

^{١٢١} (٣) اعلام الموقعين ، ج ١ ص ١٩٢ - ١٩٣ .

^{١٢٢} (٤) الطرق الحسكية ، ص ٦٦ - ٦٧ .

^{١٢٣} (٥) اعلام الموقعين ، ج ١ ص ٨١ .

تقديم

وكذلك استشهد ابن القيم أيضاً 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 البيّنات في الطرق التي يحفظ بها الانسان حقه ^١ .

وقد استند ابن القيم الى سنة النبي (ص) اذ اجاز شهادة الاعرابي وحده على رؤية هلال رمضان ، واجاز شهادة الشاهد الواحد 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 » ، اتخذته ابن القيم حجة على ان هذا الحكم بالشاهد الواحد « ليس مخصوصاً بخزيمة دون من هو خير منه او مثله من الصحابة . فلو شهد ابو بكر وحده او عمر او عثمان او علي او ابي بن كعب لكان اولى بالحكم بشهادته وحده . . . » . وبعبارة اخرى ، هو يقصد ان هذا 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 يدّنه الائمة ، « يفسّره ويبين مراد الله منه ويقيّد مطلقه » .

والى هذا ، اخيراً ، 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 أيضاً ابو داود في كتاب السنن ، فقال : « باب اذا علم الحاكم صدق الشاهد الواحد يجوز له ان يحكم به » ^٣ . وكذلك روي عن القاضي اياس بن معاوية (المتوفى

^{١٢٤} (١) الطرق الحكمية . ص ٧٠ .

^{١٢٥} (٢) مر تخريج هذا الحديث .

^{١٢٦} (٣) راجع في كل ذلك الطرق الحكمية (ص ٧٢ و٧٥-٧٨) ، وكتاب السنن لابي داود السجستاني (مطبعة مصطفى محمد بمصر ، ج ٣ ص ٣٠٨ رقم ٣٦٠٧) . « ١٦ »

سنة ١٢٢ هـ) انه اجاز شهادة عبد العزيز بن صهيب وحده ^١ .

سُروط 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 ^٢ . وكذلك لا تقبل الشهادة اذا كان بين الشاهد والمشهود عليه عداوة دينوية ، 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 ، كلاب لولده او كالولد لابيه ، ولكنها تجوز عليهما . وكذلك تجوز الشهادة على احد الزوجين ، ولا تجوز لهما الا عند الشافعي ، الذي جوز شهادة أحد الزوجين للآخر ^٣ . ولكن ينبغي ان ينظر الى شرط العدالة نظرة نسبية ، بمعنى ان عدالة الشاهد تقدر بالقياس الى محيطه وبيئته . وعلى هذا جوز بعض ائمة المذهب المالكي القضاء بشهادة غير العدول للضرورة وبشهادة من لا تعرف عدالته في الامور اليسيرة ^٤ .

وعلى كل ، فهذه كلها امور تفصيلية لا نتعرض لها ولا لغيرها من امثالها ، كاخلاف الواقع على قبول شهادة الاعمى والصبي وما الى ذلك ، لئلا نخرج عن موضوعنا هذا المتعلق بالقواعد العامة ^٥ .

تحليف الشاهد اليمين

في الشريعة الاسلامية قولان في مسألة تحليف الشاهد اليمين . الاول

- ^{١٢٧} (١) انظر المعارف لابن قتيبة (ص ٢٠٧) ، وابن خلدون (ج ١ ص ٨١-٨٢) .
- ^{١٢٨} (٢) راجع المواد ١٧١٦ وما بعدها . يشترط لوجوب اجراء التزكية عند ابي حنيفة ان يطعن المشهود عليه بعدالة الشهود .
- ^{١٢٩} (٣) منهاج الطالبين ، ص ١٣٥ .
- ^{١٣٠} (٤) تبصرة الحكام لابن فرحون ، ج ٢ ص ٢١ .
- (٥) راجع تفصيل ذلك في المجلة (المواد ١٦٩٦-١٧٠٥) ، وفي شرح الزيلعي على الكنتز (ج ٤ ص ٢١٧ وما بعدها) ، وبداية المجتهد (ج ٢ ص ٣٨٣ وما بعدها) .

يقول بان لا يمين على الشاهد لان لفظ الشهادة يتضمن معنى اليمين . وهو ظاهر الرواية عند الحنفين المروي في كتبهم المعتمدة .

والثاني يقول بتحليف اليمين ، لان عدالة الشاهد اصبحت مجهولة في هذا الزمان ، فوجب تقويتها باليمين . وقد ذهب الى هذا القول الامام ابن ابي ليلى وقاضي قرطبة محمد بن بشير وغيرهما من قضاة السلف ، ورتجحه ابن نجيم الحنفي . وقد ذهب اليه ايضاً الامام الحنبلي المشهور ابن قيم 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 ^١ .

وهذا القول الثاني اخذت مجلة الاحكام العدلية ، فنصت على انه « اذا الح الشهود عليه على الحاكم قبل الحكم بتحليف الشهود انهم لم يكونوا في شهادتهم كاذبين ، وكان هناك لزوم لتقوية الشهادة باليمين ، كان للحاكم ان يحلف الشهود وان يقول لهم ان حلفتم قبلت شهادتكم والا فلا » (المادة ١٧٢٧) . اما القوانين العصرية على الجملة ، فانها اوجبت تحليف الشاهد 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) ^٢ .

انوار

اذا تعارضت بيئتان ، فالاصل عند جمهور الفقهاء ان الترجيح لا يكون

^{١/٣١} (١) انظر الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية (ص ١٢٥) ، وقرة عيون الاخبار تكملة رد المحتار (ج ١ ص ٧٣) ، وشرح الحرشي على سيدي خليل (ج ٥ ص ١٨٧) ، والمحلى (ج ٩ رقم ١٧٨٣ ص ٣٧٩) .

^{٢/٣٢} (٢) انظر بمعناه ايضاً المادة ٨٩ من نظام المحاكم الشرعية الصادر بالمرسوم الاشتراعي عدد ٢٤١ بتاريخ ٤ تشرين الثاني سنة ١٩٤٢ ، الممدلة بقانون ٤ كانون الاول سنة ١٩٤٦ ، التي اوجبت في المحاكم السنية تحليف الشاهد اليمين قبل اداء الشهادة ، وتركت للمحاكم الجعفرية الخيار في ذلك .

بكثرة العدد^١ . فعليه ، قالت المجلة : « 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 لغة « تتابع اشياء واحداً بعد واحد » ، واصطلاحاً « تتابع الخبر عن جماعة بلغوا بالكثرة الى حيث حصل العلم بقولهم »^٢ .
وقد عرفته المجلة انه « خبر جماعة لا يجوز 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 البيّنات ، وهو اقوى من شهادة الشاهدين^٣ . وقد قالت المجلة انه يفيد علم اليقين ، ولا تقام البيّنة على خلافه (المادة ١٧٣٣) . ويشترط فيه ان يتّسع 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 غيراً لا يجوز 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 للشيخ الاسلامية العثمانية » تقييد ذلك ، فاشتطت ان لا يقل عدد المخبرين عن العشرين رجلاً^٤ . وكذلك قررت محكمة التمييز العثمانية ان هذا العدد لا يجب ان يقل عن خمسة وعشرين^٥ .

^{١٣٣} (١) 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 (ص ٢٣٣) ، ومنهاج الطالبين (ص ١٣٩) ، والمغني (ج ١٢ ص ١٧٦) ، والبهجة في شرح النخبة (ج ١ ص ١٤٥) .

(٢) الاحكام للآمدي ، ج ١ ص ١٥١ .

^{١٣٤} (٣) الطرق الحكيمة ، ص ١٨٠ .

^{١٣٥} (٤) كما ذكره علي حيدر ، في شرح المادة ١٧٣٥ .

^{١٣٦} (٥) انظر القرار الصادر بتاريخ ١٣ ايلول سنة ١٣٠٩ مالى ، في « جريدة محاكم » التركية ، عدد ٧٥٣ ص ١١١٧٢ .

هذا هو حكم التواتر في مجلة الاحكام العدلية . وقد ساء استعماله في الواقع ، حتى ألغى مؤخراً في سوريا ولبنان بقرار المفوضية الفرنسية عام ١٩٢٦^١ . وهو غير معروف في القوانين العصرية بالمعنى الذي ذكرنا ، اي تتابع الخبر عن جماعة عددهم يكفي للعلم اليقين . ولكن يوجد في هذه القوانين ما يقارب التواتر ، وهو الشهادة المبنية على الاشاعات والسماع^٢ . وهذا غير مقبول فيها 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 البينة كعقوبة على الاهمال 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 انه لا يملك ذلك ، بل يجبر على الحكم بمقتضاها ؟ في الجواب عن هذا قولان . القول الاول يرى ان القاضي بعد ان يستمع الشهود يجب 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^٥ . ففيها تعتبر شهادته النصاب القانوني اذا كانت موافقة للدعاء اثباتاً كافياً بحج ذاتها ، وعلى القاضي ان يتقيد بها . والقول الثاني يرى ان الشهادة ليست الا وسيلة للاثبات ، وطريقة

^١ (١) بالقرار عدد ٨٢ الصادر في ٢٩ كانون الثاني سنة ١٩٢٦ ، المنشور في الجريدة الرسمية اللبنانية ، عدد ١٩٥٢ ، الصادر في ٥ آذار سنة ١٩٢٦ .

(٢) commune renommée, hearsay

^٣ (٣) مثلاً في المواد ١٤١٥ و ١٤٤٢ و ١٥٠٤ من القانون المسدني الفرنسي . انظر ايضاً كتاب البينات لبونيه المذكور ، ص ٢٢٠ وما بعدها .

^٤ (٤) انظر شرح الحرشي على سيدي خليل ، ج ٥ ص ٢١٢ .

^٥ (٥) كتاب بونيه المذكور ص ٣٠٣ وما بعدها .

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)^١ . وكذلك جاء في نظام المحاكم الشرعية اللبنانية ان للقاضي حق تقدير الشهادة^٢ .

اما الشرع الاسلامي ، فقد اخذ برأي وسط . فهو كالرأي الاول يعتبر ان 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 كما رأينا .

والعدالة هذه اعطت القضاة مجالاً 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 تزييتهم 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 اهلها المعتمدة ... وان كانوا من التجار ، فمن معتبري التجار الخ » (المادة ١٧١٧) . وفوق ذلك امرت المشيخة الاسلامية والفتواخانة العثمانية^٣ بانه على قضاة الشرع عند الرتبة في صدق الشهود ان يحققوا بانفسهم عن احوال هؤلاء غير مكنتين بالتزكية السرية والعلنية .

^{١٤١} (١) وهو الرأي الذي اخذ به في المملكة الاردنية قانون تعديل البينات لسنة ١٩٢٨ ، المنشور في الجريدة الرسمية عدد ٢١١ ، الصادر في ٦ كانون الاول سنة ١٩٢٨ .

^{١٤٢} (٢) المادة ٩٢ منه ، المعدلة بقانون ٤ كانون الاول سنة ١٩٤٦ .

^{١٤٣} (٣) هذا الامر صدر في ٢٨ جادى الاولى سنة ١٣٣٢ هجرية ، الموافق ٩ نيسان سنة ١٣٣٠ مالية وسنة ١٩١٤ ميلادية ، وهو منشور في الجريدة العلمية عدد ١ ص ٣٦ .

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 البيئة حجة ملازمة للحكم ، لانها خبر محتمل للصدق والكذب . وقد ذهب بعضهم ، كابن قيم الجوزية ، الى القول ، كما رأينا ، ان على القاضي ان يتحرى الحق بأي طريق كان حتى ولو بالشاهد الواحد الصادق ، وان البيئة ليست الا طريقاً للوصول الى الحق الذي يجب نصره وتنفيذه وتحريم ابطاله . وعلى هذا قال ايضاً ابن نجيم في كتاب الاشباه ان للقاضي ان 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 كانت مرتاباً بامرها فله ردها ، ليكون آمناً انه يؤدي ما اوجبه الشرع عليه في الآلية الكريمة ، « واذا حكمتم بين الناس ان تحكموا بالعدل » ^٢ .

البيئة المعاكسة

وثمة سؤال اخير وهو : أيجوز للمدعى عليه ان يقدم البيئة لنقض بيئة المدعي ؟ الجواب يحتاج الى تفصيل . فاذا كان للمدعى عليه ما يدفع به دعوى المدعي لاثبات براءة ذمته ^٣ ، جاز له تقديم بيئته على ذلك بالاتفاق عند جمهور الفقهاء . اما اذا لم يكن له مثل هذه البيئة ، فيكون له الحق في الطعن على عدالة الشهود والخط من قيمتهم ، بان يقدم بيئة تشهد « بتجريح » بيئة المدعي ^٤ .

^{١٤٤} (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 .

^{١٤٥} (٢) سورة النساء (٤) ٥٨ .

^{١٤٦} (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 الناج والاكيل لمختصر سيدي خليل للمواق (بهامش الخطاب ، ج ٦ ص ٢١٣) .

^{١٤٧} (٤) راجع المادة ١٧٢٤ من المجلة ، وحاشية المدعي على شرح الخرشني (بهامشه ، ج ٥ ص ١٥٩) .

ولقد ذهب معظم القوانين العصرية الى ابعاد من هذا ، فاجازت 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 والبيئة واليمين . فاذا اقام احد الدعوى بحق على آخر ، وانكر المدعى عليه المدعى به ، وعجز المدعي عن تقديم البيئة ، كان له ان يعرض اليمين على المدعى عليه ، والا ردت دعواه . ودليل ذلك ما روي عن النبي (ص) انه قال للمدعي مرة « ألك بيئة ؟ » ، فاجابه « لا » ، فقال « لك اليمين » ، فقال « يحلف ولا يبالي » ، فقال النبي (ص) « ليس لك الا هذا شاهدك او يمينه »^١ .

واليمين لا تصح الا بالله ، سنداً الى الحديث : « من كان حالفاً فلا يحلف الا بالله »^٢ . وقد جوزت اليمين في دعاوى الاموال والعروض خاصة . ولم تجوز 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 يردها على المدعي . ونحن نوضح كلاً من هذه الاحوال بكلمة وجيزة^٣ .

حلف المدعى عليه

اذا حلف المدعى عليه اليمين المعروضة على انه بريء الذمة ، ردت

^١ (١) المبسوط ، ج ١٧ ص ٣٠ . رواه البخاري بلفظ مختلف ، انظر شرحه للعيني ، ج ١٣ ص ٢٤٣ و ٢٤٨ .

^٢ (٢) نقله السيوطي عن النسائي ، في الجامع الصغير ، رقم ٨٩٦٦ .

^٣ (٣) راجع في هذه المسألة المبسوط للسرخسي (ج ١٦ ص ١١٩ و ج ١٧ ص ٢٩) ، والبدائع (ج ٦ ص ٢٢٩ وما بعدها) ، والام (ج ٧ ص ٣٤ وما بعدها ، و ص ١٤٠) ، والمدونة الكبرى (ج ١٣ ص ٢٤) ، والمحلى (ج ٩ ص ٣٧١ وما بعدها) ، وشرح العيني على البخاري (ج ١٣ ص ٢٥٧) ، والوجيز للغزالي (ج ٢ ص ٢٦٥) ، والمغني (ج ١٢ ص ١٢٤ وما بعدها) ، واعلام الموقعين (ج ٣ ص ٣٤٤) ، وبداية المجتهد (ج ٢ ص ٣٨٦ وما بعدها) ، والطرق الحكمية (ص ١١٧ وما بعدها) .

دعوى المدعي . وهذا لا خلاف فيه . اما الخلاف ففي قبول البيعة بعد هذه اليمين . اي انه اذا عاد المدعي بعد يمين المدعى عليه وعرض البيعة ، فهل تقبل منه ام لا تقبل ؟ في المسألة ثلاثة اقوال .

القول الاول يرى ان اليمين حجة ضعيفة ، لا تقطع النزاع ولا تحسمه . فيقبل البيعة بعدها ، لان البيعة هي الاصل واليمين هي الحلف ، فمتى جاء الاصل انتهى حكم الحلف . وقد اخذ بذلك عمر بن الخطاب ، اذ قال : « اليمين الفاجرة احق ان ترد من البيعة العادلة » . وكذلك اخذ به طائفة من قضاة السلف . فقد روى البخاري عن طاوس وابراهيم وشريح انهم قالوا : « البيعة العادلة احق من اليمين الفاجرة » . وعلى هذا ايضاً مذهب الائمة ابي حنيفة والشافعي واحمد بن حنبل .

اما مجلة الاحكام العدلية ، فليس فيها 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 المدعي عن تقديم البيعة 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 .

١٥٠ (١) راجع شرح علي حيدر ، تحت المادة ١٨٤٢ .
١٥١ (٢) بهذا قرار من محكمة التمييز العثمانية رقم ٦٦٦ مؤرخ في ١٢ ايار سنة ١٣٢٦ مالية ، اي ١٩١٠ ميلادية ، انظر « جريدة عدلية » التركية عدد ١٣ ص ٥٢٩ . وقد قال بخلاف هذا الرأي الامام ابو يوسف ، اذ جوز للمدعي ان يحلف المدعى عليه ولو كانت لديه بيعة حاضرة . اما الامام محمد ، فقد روى الحصاص انه من رأي ابي يوسف ، وروى الطحاوي انه من رأي الامام الاعظم . انظر في ذلك نتائج الافكار تكملة شرح فتح القدير على الهداية ، ج ٦ ص ١٥٣-١٥٥ .

١٥٢ (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 العثمانية ان يسمى المدعي شهوده ويحصرهم .

والقول الثاني هو للامام مالك . فانه اجاز للمدعي ان يقدم البينة على صدق دعواه بعد يمين المدعى عليه ، ولكن بشرط ان يكون جاهلاً بوجود بينته قبل عرض اليمين . اما اذا كان عالماً ان له بينة واختار تحليف المدعى عليه اليمين ، ثم اراد بعد حنقها 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 يتوجب الصدق في جانب المدعي بالبينه 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 انتهاء القضايا ووضع حد لاقامتها تكراراً . وقد فسر 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 والضرر » ^٢ .

١٣٣ (١) انتقد بعضهم هذا التفسير . راجع مثلاً كتاب اصول المحاكمات المدنية : تأليف غلاسون (Traité théorique et pratique de procédure civile) وتيسيه وموريل ، الطبعة الثالثة ، ج ٢ رقم ٦٩٦ ، وج ٣ رقم ٧٣٦ .

١٣٤ (٢) 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)

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 احدى 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 يُحلف على صدق دعواه لا بطلب المدعى عليه ولا بدون هذا الطلب . وهكذا قيل في القواعد الكلية الواردة في المجامع ^١ : « اليمين ابدأ تكون على النفي » . والحجة في ذلك الحديث الشريف : « اليانة 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) .

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 ^٢ . 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

١٥٥ (١) المنافع ، ص ٣٣٥ .

١٥٦ (٢) رواه الدارقطني . انظر المغني ، ج ١٢ ص ١٢٤ .

السلطان ١ . وقد قال برد اليمين ايضاً اهل الشيعة الامامية ٢ .
واخيراً ، لا يتضي 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 ،
« أجبر عليها أحب أم 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 ، وجوزت للمدعى عليه كباقي المذاهب الاسلامية ان يرد اليمين على
المدعي . فعندئذ 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) .

اما نظام المحاكم الشرعية اللبنانية ، فانه جوز ايضاً للمدعى عليه رد
اليمين على المدعي ، ولكنه لم يجوز الحكم بنكول المدعى عليه عن حلف
اليمين الا بشرط تحليف المدعي اليمين على صدق دعواه ٣ .

استعمال اليمين

ان اليمين كطريقة للحكم او للاثبات من اقدم الطرق . وهي تركز
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 ورادة له عن الكذب والباطل .

١٥٦ (١) الوجيز ، ج ٢ ص ٢٦٦ .

١٥٨ (٢) انظر شرائع الاسلام للحلي ، ص ٣٠١ .

(٣) المادتان ٥١ و ٩٥ منه ، المعدلتان بقانون ؛ كانون الاول سنة ١٩٤٦ .

وعلى الرغم من ذلك ، فالاختبار القضائي ينبئنا ان اليمين حجة ضعيفة لا يلجأ اليها الا عند العجز ، وان من تطلب منه يحلفها بسهولة إلا 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 اقل بما 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 .

[ثم ان الاجتهاد اللبناني الاخير ضيق استعمال اليمين الحاسمة بان اوجب على طالبها ان يتنازل عن جميع طرق الاثبات الاخرى ، واعتبر ان اليمين المعروضة بوجهه استطرادي تعدّ بمنزلة اليمين التكميلية التي يختار القاضي في عرضها او عدمه ١ .]

اليمين من 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 اقرت ما يسمونه « اليمين التكميلية » ، لتفريقها عن اليمين الحاسمة التي ذكرنا . وهي ، في القانون اللبناني مثلاً ، اليمين « التي يكلف القاضي من تلقاء نفسه احد المتداعين ان يحلفها » ، عندما لا يكون الطلب او الدفع ثابتين كل الثبوت ، ولا مجردين تماماً

(١) انظر قرار محكمة الاستئناف الخاصة بتوحيد الاجتهاد الصادر في ١٧ شباط سنة ١٩٤٥ المنشور في الجريدة الرسمية لسنة ١٩٤٥ ص ١٦١ .

عن الاثبات ١ . وبعبارة اخرى ، اذا كان قول احد المتداعين ناقص
الاثبات يمكن القاضي ان يطلب اكماله بينين هذا المتداعي .

فهذه اليمين تشبه في الشرع الاسلامي تلك التي تطلب من المدعي 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
يحلف من قبل الحاكم في اربعة مواضع بلا طلب . الاول اذا ادعى
احد من التركة حقاً واثبته ، فيحلفه الحاكم على انه لم يستوف هذا الحق
بنفسه ولا بغيره من الميت بوجه ، ولا ابراه ولا احاله على غيره ، ولا
اوفي من طرف احد ، وليس للميت في مقابلة هذا الحق رهن ، ويقال
لهذا يمين الاستظهار . الثاني اذا استحق احد مال واثبت دعواه ، حلفه
الحاكم على انه لم يبيع هذا المال ، ولم يهبه لاحد ، ولم يخرج من ملكه
بوجه من الوجوه . الثالث اذا اراد المشتري رد المبيع لعبه ، حلفه الحاكم
على انه لم يرض بالعيب قولاً ، او دلالة بتصرف كتصرف الملاك ...
الرابع تحليف الحاكم الشفيع عند الحكم بالشفعة بانه لم يبطل شفيعته ، يعني
لم يسقط حق شفيعته 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 ٢ .

واخيراً ، في المجلة ايضاً احوال يطلب فيها الحاكم اليمين من الطرفين ،
وتسمى احوال التحالف . ولكن المجال يضيق هنا عن تبليها وايضاها ٣ .

(١) انظر المواد ٢٢٨ و ٢٣٧ وما بعدها من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني . وقد
سميت في قانون البنات السوري (المادة ١٢١) باليمين المتممة .
١٥٩ (٢) الفتاوى البرازية والجامع الوجيز لابن البراز (مهامش الهندية ، ج ٥ ص ١٦٨-١٦٩) ،
والمادتان ٩٧ و ٩٩ من قانون العائلة العثماني .
١٦٥ (٣) انظر المواد ١٧٧٨ وما بعدها .

البند الخامس

مسائل اخرى في البيّنات

البيّنة الخطية

في أيامنا الحاضرة تعتبر البيّنة الخطية ، المرتكزة على الاسناد وغيرها ، من اهم طرق الاثبات واقواها . ويعود السبب في ذلك الى انتشار الكتابة وسهولتها ، بالنسبة الى ما كانت عليه في القديم ، حتى ان كثيراً من القوانين الحديثة ، ومنها كما رأينا القانونان العثماني والبناني ، اوجبت هذه البيّنة في الامور المدنية المهمة ، ومنعت البيّنة 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 البيّنة الشخصية هي المعروفة الشائعة ، بسبب قلة الكتابة في القديم بالقياس الى يومنا الحاضر ، وبسبب ندرة تعارف الناس على كتابة الصكوك ، إلا في الدين المؤجل كما جاء في الآية الكريمة : « اذا تداينتم بدين الى اجلٍ مسمى فاكتبوه » وليكتب بينكم كاتب بالعدل...^٢ . وقد قال جمهور الفقهاء ان الكتابة والاشهاد هنا محمولان على النّدب لا على الوجوب ، خلافاً لقول بعض ائمة المذاهب البائدة ، كالطبري وداود الظاهري ، اللذين اوجبا ذلك وجوباً^٣ .

لذا لم يكن في الكتب الفقهية الاسلامية اهمية كبرى للبيّنة الخطية ، كائني كانت للبيّنة الشخصية . وقد اختلف في شروط قبولها كثيراً . وعلى

^{١٦١} (١) انظر كتاب كولان وكايتان ، القانون المدني الفرنسي ، باريس ، ١٩٢٤ ، ج ٢ ، ص ٢٢١ .

^٢ سورة البقرة (٢) ٢٨٢ .

^{١٦٢} (٣) تفسير الفخر الرازي للآية المذكورة (ج ٢ ص ٣٦٤) ، والمحلى (ج ٨ رقم ١٤١٥)

ص ٣٤٦ .

كل ، فهي لم تعد عند الفقهاء في الاصل من الحجج الشرعية الرئيسية ، بل كانت تذكر في باب الاقرار بالكتابة ، او في باب الشهادة على خط المقر^١ .
ولسنا نرى مجالاً ههنا 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 الحيرية ، لان الخط « خارج عن حجج الشرع الشريف ... وهي البيئة والافرار 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 »^٢ .
ولكن لما تعامل الناس بالصكوك واعتادوا الاعتماد عليها ، افترق المتأخرون استحساناً بقبول الخط والعمل به^٣ . وبذلك اخذت مجلة الاحكام العدلية ، وقبلت الاثبات بصكوك 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^٤ .

الفريضة الفاطمية

لا بد اخيراً من الاشارة الى انه عدا الحجج الشرعية التي ذكرنا ، من اقرار وبيئة ومبين ، تعتبر القرينة الفاطمية احد اسباب الحكم . وقد اخذت

١/٦٣ (١) راجع مثلاً : المبسوط (ج ١٨ ص ١٧٢ وما بعدها) ، وشرح سيدي خليل المسمى مواهب الجليل للحطاب (ج ٦ ص ١٨٧ وما بعدها) ، وتبصرة الحكام لابن فرحون (ج ١ ص ٢٩٤) .

٢/٦٤ (٢) الفتاوى الحيرية ، دار السعادة ، ١٣١١ هـ ، ج ٢ ص ٦٧ .

٣/٦٥ (٣) المبسوط في الموضع المذكور ، والاشباه لابن نجيم (ص ٨٦) ، ورسالة نشر العرف لابن عابدين (ص ٤١-٤٢) ، والمنافع (ص ٣٢٩) .

٤/٦٦ (٤) انظر تفصيل ذلك ، في المواد ١٦٠٦-١٦١٢ و ١٧٣٦-١٧٣٩ . « ١٧ »

المجلة بها ، وعرفت بها بانها « الأمانة البالغة حد اليقين . مثلاً اذا خرج احد من دار خالية خائفاً مدهوشاً وفي يده سكين ملوثة بالدم ، فدُخل في الدار ورؤي فيها شخص مذبح 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 ، يؤخذ به عندما يقتنع القاضي بانه هو الواقع اليقين . وهذا يتوقف بلا ريب على ظروف القضية . اذ ربما يكون الشخص الخائف احد اقرباء القتيل ، الذي حضر على اثر الصراخ فوراً بعد القتل ، فالتقط المديّة عن الارض ثم خرج يطلب النجدة ، او يفتش عن القاتل لينتقم منه بنفس المديّة ، 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 والاخر سفاًناً ، وليس لاحدهما بينة ، فالدقيق يكون للاول والسفينة للثاني ٢ . وان هذه القرائن مبنية على تقدير القاضي ، وعلى وقائع الحال وعرف الناس . لذا سميت « قرائن الاحوال العرفية » . وهي اليوم مقبولة في الامور الجزائية ، ومتروكة الى اقتناع القاضي ووجدانه . اما في الامور المدنية ، فانها ليست مقبولة بدون قيد . ففي قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ، سميت هذه القرائن بغير القانونية ، وعرفت بانها « نتائج يستخرجها القاضي من واقعة معروفة لواقعة غير معروفة » ، وهي تترك لبصيرته وحكمته ، ولا تقبل الا في الاحوال التي يميز فيها القانون البيئة الشخصية ، ومتى كانت هذه القرائن « هامة صريحة متوافقة » (المادتان ٣٠٢ و ٣١٠) . وفئة اخرى من القرائن : هي القانونية التي « يستخرجها الشارع من

١٦٧ (١) في الفواكه البدرية ، في الفصل السادس في طريق القاضي الى الحكم ، كما جاء في رسالة نشر العرف المذكورة ، ص ٢١ .

١٦٨ (٢) رسالة ابن عابدين ، ص ١٩ وما بعدها .

واقعة معروفة لواقعة غير معروفة . مثاله في القانوني 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 مر معنا بعضها في باب استصحاب الحال وغيره . وكذلك يعد منها ثبوت نسب الولد من الزوج ، بشروط شرعية معلومة ، عملاً بالحديث الشريف « الولد للفراس »^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 يحتل معه حكم الحاكم . مثلاً لو رجع الشاهدان عن شهادتهما ، لا تبقى شهادتهما حجة . لكن لو كان القاضي حكم بما شهدا به اولاً ، لا ينقض ذلك 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 ، ويعزرون » (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

^{١/٦٩} (١) المادة ٣٠٧ من قانون اصول المحاكمات المدنية . وتقابلها بالفرنسية القاعدة المعروفة بان « حيازة المنقول تعد كالسند » (En fait de meubles, possession vaut titre) .

^{٢/٧٥} (٢) تمة الحديث « وللعاهر الحجر » . وقد روي في جميع الكتب المعتبرة . انظر صحيح البخاري بشرح العيني (ج ٢٣ ص ٢٤٩) ، وصحيح مسلم (ج ٤ ص ١٧١) .

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 في مسائل الحدود والقصاص عند بعض الفقهاء ، لا ينفذ الحكم اذا رجع الشهود قبل التنفيذ ، لان الحدود تدرأ بالشبهات^٢ . وملاحظة اخيرة : جوتزت معظم القوانين العصرية للشهود 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^٣ ، 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 ،

١٦١ (١) الاحكام في تمييز الفتاوى عن الاحكام وتصرفات القاضي والامام ، ص ٤٩ .

١٦٢ (٢) راجع في كل ذلك : البسوط (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 .

١٦٣ (٣) انظر المواد ١٦٤٧-١٦٥٩ .

فلا يصح له ان يدعي عليه بعد ذلك مالاً لنفسه » (المادة ١٦٤٩) .
وكذلك في القواعد الكلية الواردة في الاشباه ^١ وفي المجلة : « الساقط
لا يعود كما ان المعدم لا يعود » (المادة ٥١) . ومعنى هذه القاعدة انه
اذا اسقط احد حقاً ، لم يجوز له الرجوع عن الاسقاط ولا المطالبة بالحق
الذي سبق واسقطه ، لان المطالبة به 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) ^٢ . مثاله ، لو اراد
كفيل البائع ان يدعي ملكية المبيع ، فلا يقبل منه هذا الادعاء ، لانه
نقض لعقد الكفالة .

١٦٤ (١) لابن نجيم ، ص ١٢٧ .

١٦٥ (٢) انظر تهامة 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 المبادئ الاولى 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 حقوقها ، وما الى ذلك^٤ .

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^٥ .

١٧٦ (١) في اللاتينية : Accessorium sequitur principale .

(٢) المنافع ، ص ٣١١ .

١٧٧ (٣) لابن نجيم (ص ٤٧ وما بعدها) ، والسيوطي (ص ٨١ وما بعدها) .

١٧٨ (٤) المواد ٢٣١ و ٢٣٢ و ٢٣٥ .

١٧٩ (٥) الاختيار شرح المختار الموصلي ، ج ١ ص ١٨٠ . في بيع حق الطريق وحق الشرب منفرداً خلاف فصلناه في غير هذا الموضع . وقد ورد في المجامع ان يبيع الحقوق لا يجوز منفرداً (المنافع ، ص ٣١٤) .

[ولا بد من الملاحظة ان المثل الذي ذكرته المجلة يستند ايضاً الى قاعدة عدم جواز التعاقد على الاشياء المستقبلية في المذهب الحنفي . ولا شك في ان هذا قد تبدل اليوم بالمادة ٦٤ من قانون اصول المحاكمات الحقوقيّة العثماني ، ثم بالمادة ١٨٨ من قانون الموجبات والعقود اللبناني ^١ .

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 ^٢ . ومعناها ان تملك الاصل يستتبع تملك الفرع اذا كان ضرورياً له . مثاله ، من ملك محلاً ملك ما فوقه وما تحته ، ومن اشترى بقرة حلوباً لأجل اللبن كان الفلو الرضيع تابعاً للمبيع بدون ذكر نظراً الى غرض الشراء ^٣ .

رابعاً - « اذا سقط الاصل سقط الفرع » (المادة ٥٠) . اي ان « التابع يسقط بسقوط المتبوع » ^٤ . مثلاً اذا برى الاصيل برى الكفيل (المادة ٦٦٢) . ولكن هذا المبدأ تقيدته قاعدة كلية اخرى مأخوذة عن الاشباه ، وهي : « قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الاصل . مثلاً لو قال رجل ان لفلان على فلان كذا ديناً وانه كفيل به ، وبناء على انكار الاصيل ادعى الدائن على الكفيل بالدين لزم على الكفيل ادائه » (المادة ٨١) . فهنا ثبت التزام الكفيل وهو الفرع ، مع عدم ثبوت التزام المدين المكفول عنه وهو الاصيل ^٥ . وهذا دليل ايضاً على ما قلناه سابقاً وهو ان العبرة في الادعاءات لما كان منها ثابتاً لدى القضاء .

خامساً - « اذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه » (المادة ٥٢) . مثاله لو

(١) النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ، ج ٢ ص ٧٣ .

(٢) راجع شرحه منافع الدقائق ، ص ٣٣٢ .

(٣) المادتان ١١٩٤ و ٢٣١٠ من المجلة .

(٤) 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) .

(٥) ذكرنا هذا المثل الذي استشهدت به المادة على سبيل الايضاح للقاعدة العامة ، دون

التعرض لما جاء عنه في باقي المذاهب والقوانين .

عقد اثنان عقد بيع و ابرأ فيه احدهما الآخر من بعض موجباته ، ثم بطل البيع ، فالابراء يصبح باطلاً ، لانه يبطلان العقد بطل الابراء الذي من ضمنه ، ولان « المبني على الفاسد فاسد »^١ .

سادساً - في المجامع قاعدة بنفس المعنى وهي : « الفرع المختص بأصل وجوده يدل على وجود اصله »^٢ . او بعبارة اخرى ، ان وجود الفرع المبني على اصل دليل على وجود ذلك الاصل . مثاله الكفالة فرع للدين المكفول ، فوجودها مبدئياً دليل على وجود ذلك الدين .

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^٣ .

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 اجني 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^٤ وفي المجلة من ان : « البقاء اسهل من الابتداء » (المادة ٥٦) . « ويغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء »^٥ . [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

١٨٣ (١) القاعدتان من الاشباه لابن نجيم ، ص ١٥٧-١٥٨ . والمثل منه ، وهو مذكور ايضا في المادة ١٥٦٦ من المجلة .

١٨٤ (٢) المنافع ، ص ٣٢٦ .

١٨٥ (٣) انظر بهذا الشأن بلاغ نظارة العدلية العثمانية ، المنشور في « جريدة محاكم » ، ص ٨٥٣ .

١٨٦ (٤) لابن نجيم ، ص ٨٩ .

١٨٧ (٥) ذكرت بعبارات مختلفة في الاشباه لابن نجيم (ص ٤٩) ، وفي شرح المجامع (ص ٣٣٤) .

صار بعد الاستحقاق حصة سائعة » (المادة ٥٥) .
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 . أما 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 ، كالبحر 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 مبادئ العدل الاولى ما جاء في المجلة ان : « الغرم بالغنم . يعني
ان من ينال نفع شيء يتحمل ضرره » (المادة ٨٧) . وهذه القاعدة مأخوذة
عن المجامع ^٥ ، وامثلتها عديدة .
ففي المجلة « الملك المشترك متى احتاج 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 يجب على الوارث دفع ديون الميت من مال التركة بنسبة حصته

١٨٨ (١) للسيوطي (ص ٨٣) ، ولابن نجيم (ص ٨٧) . وفيه ايضاً « يغتفر في الشيء ضمناً
ما لا يغتفر قصداً » .

(٢) ج ٢ ص ٣٢١ . جامع الفصولين

١٨٩ (٣) الاختيار شرح المختار ، ج ٢ ص ١٠٦ .

١٩٠ (٤) القواعد لابن رجب ، القاعدة ١٣٤ ص ٣٠٠-٣٠١ .

١٩١ (٥) للنافع ، ص ٣٢٦ . وفي المثل اللاتيني : Ubi emolumentum ibi onus .

في الميراث ، وتجب النفقة على الاقارب احياناً^١ بنسبة استحقاقهم في الميراث .
ويصح ايضاً عكس هذه القاعدة ، اذ قالت المجلة^٢ : « التعمية بقدر التعمية ،
والتعمية بقدر التعمية » (المادة ٨٨) . ومثال العكس هذا القاعدة الكلية :
« الخراج بالضمان » . ومعنى الخراج ما يخرج من الغلة والنتاج والمنفعة ،
ومعنى الضمان ما يصرف من النفقات او يتحمل من الاضرار .

والقاعدة حديث شريف^٣ ، اخذته المجلة وفسرته بقولها : « ان من يضمن
شيئاً لو تلف ينتفع به في مقابلة الضمان . مثلاً لو رد المشتري حيواناً بخيار
العيب ، وكان قد استعمله مدة ، لا تلزمه اجرة ، لانه لو كان قد تلف في
يده قبل الرد لكان من ماله » (المادة ٨٥) .

ومعنى ذلك انه اذا اشترى احد حيواناً وتبين انه معيب ورده للبائع
بسبب العيب ، فلا يلزمه 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 .

أثر التحريم

في هذا فاعدتان كليتان اخذتهما المجلة عن كتاب الاشباه والنظائر وهما :
الاولى - « ما حرم اخذه حرم اعطاؤه » (المادة ٣٤) . مثال ذلك الرشوة
والربا ، فانه محرم اخذهما ومحرم اعطاؤهما . وقد استثنى الفقهاء من القاعدة
حالة الاضرار . مثلاً ، لو خاف الولي ان يستولي غاصب على مال الصغير ،
جاز له ان يؤدي شيئاً ليخلصه .

١٩٢ (١) قلنا احياناً ، لان النفقة تفرض في بعض الاحوال بقطع النظر عن الاستحقاق في الارث .
مثاله لو كان لرجل فقير خال وابن عم شقيق او لأب ، ففي المذهب الحنفي تجب النفقة على الاول
دون الثاني مع ان الوارث هو ابن العم لا الخال .

١٩٣ (٢) في المثل اللاتيني : Qui sentit commodum sentire debet et onus ; é contra :
١٩٤ (٣) رواه السيوطي ، عن كتب السنن الاربعة وعن مسند احمد ومستدرک الحاكم ، في الجامع
الصغير ، رقم ٤١٣٠ . وهو حديث طعن ابن حزم على صحته ، في المحلى ، ج ٨ رقم ١٢٥٩ .

١٩٥ (٤) لابن نجيم (ص ٦٣) ، والسيوطي (ص ١٠٢) .

الثانية - « ما حرم فعله حرم طلبه » (المادة ٣٥) . مثلاً السرقة او الشهادة الكاذبة ، فكما ان فعلهما محرم ، كذلك يحرم طلب ارتكابهما من شخص آخر .

فعارض المانع والمقتضي

المقتضي هو ما كان سبباً لاقتضاء فعل ما ، والمانع ما كان سبباً لمنعه . فاذا تعارض السببان في مسألة واحدة فأيهما يرجح ؟ قال كتاب الاشباه 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^١ . والقاعدة هذه متفرعة من قاعدة اخرى هي : « اذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام » . وقيل ان هذه القاعدة تستند الى الحديث « ما اجتمع الحلال والحرام الا غلب الحرام الحلال »^٢ .

تبدل سبب الملك

في المجلة : « تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات » (المادة ٩٨) .

١٩٦ (١) لابن نجيم (ص ٤٧) ، وللسيوطي (ص ٨٠) .
١٩٧ (٢) هذا في المجلة (راجع المادة ٧٤٧ منها) . وكذلك في القانون اللبناني ، لا يجوز للراهن بيع المرهون المنقول الا متى سئحت 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) .]
١٩٨ (٣) هذا الحديث ذكره الزيلعي في شرح الكنز (ج ٦ ص ٥٤) . وقال السيوطي (في الاشباه ص ٤٨) ان البيهقي ضعفه ، 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 .

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 حنطة فطحنت وجعلت دقيقاً (المادة ٨٦٩) . ومن موانع الرجوع ايضاً تبدل سبب الملك ، كما لو باع الموهوب له الموهوب او اخرجه من ملكه بالهبه والتسليم (المادة ٨٧٠) . فهنا كان مانع الرجوع تبدل العين او ذات الشيء في الحالة الاولى ، وكان المانع تبدل سبب الملك اي انتقاله من الموهوب له الى شخص آخر في الحالة الثانية . وكلاهما بمنزلة واحدة ، لان « تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات » .

استعجال الشيء

ان الامور مرهونة باوقاتهما ، حتى في المسائل الشرعية . فقد قالت المجلة : « من استعجل الشيء قبل اوانه عوقب مجرماته » (المادة ٩٩)^٢ .

مثال ذلك الوارث ، فاذا استعجل بطنب الارث بقتل المورث حرم من ميراثه ، لان القتل من موانع الارث في الشرع الاسلامي . وكذلك تبطل الوصية اذا قتل الموصي الموصى له .

ولكن الصور الخارجة عن هذه القاعدة ، كما لاحظ السيوطي ، اكثر من الداخلة فيها . ومن المستثنيات : لو قتل صاحب الدين المؤجل الدين ، فانه لا يحرم من الدين ، حتى ولا ينتظر الاجل ، بل ان الدين يعتبر حالاً .

ثم ان بعض الفقهاء ، كابن حزم مثلاً ، لم يروا ان حرمان القاتل من الميراث يستند الى تعجيله اياه قبل اوانه ، كما ان طائفة من الفقهاء ، كالزهري

١٩٩ (١) المراجع ص ٣١٠ و ٣١٥ .

٢٥٥ (٢) من الاشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٦٣) ، والسيوطي (ص ١٠٣) ، والقواعد لابن رجب (القاعدة ١٠٢ ، ص ٢٣٠) .

وسعيد بن جبير وغيرهما ، اوجبوا الميراث لقاتل العمد^١ .

قواعد اخرى

في كتب الاسباه 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 والاعمال 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 العامي يقتضيان تأخيره . هذا الى ما في ذلك من تسهيل الفهم ومنع التكرار .

وهذه القواعد موجودة في المواد الآتية من المجلة وهي :

المادة ٣ : العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني ...

المادة ١٩ : لا ضرر ولا ضرار .

المادة ٢٠ : الضرر يزال .

المادة ٢٥ : الضرر لا يزال بمثله .

المادة ٥٣ : اذا بطل الاصل يصار الى البديل .

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 يثبت .

المادة ٦٩ : الكتاب كالحطاب .

المادة ٧٠ : الاشارات المعهودة للآخرس 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 الأمر 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 : جنائية العجاء 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 .

اتتهى

أهم المراجع العربية^١ بحسب اسماء المؤلفين على حروف الهجاء

١ - القرآن الكريم

ابو النصر (هبة الله بن سلامة) - النسخ والمنسوخ ، طبع بهامش اسباب النزول .

الرازي (فخر الدين محمد) - مفاتيح الغيب المشتهر بالتفسير الكبير ، المطبعة العامرة الشرفية ، مصر ، ١٣٢٤ هـ ، ثمانية اجزاء .

الزحشري (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 وكتابتها بالفارسية ، مصر ، ١٣٥٥ هـ .

الطبري (محمد بن جرير) - جامع البيان في تفسير القرآن ، مصر ، ١٣٢١ هـ ، ٣٠ جزءاً .

المحلّي (جلال الدين) والسيوطي - تفسير الجلالين ، مطبعة الحلبي ،

(١) عدا المصادر الاخرى ، لا سيما القوانين والمجلات والقرارات ، التي ذكرت عرضاً في هوامش الكتاب .

مصر ، ١٣٥٢ هـ ، جزءان ١ .

الواحدى النيسابورى (ابو الحسن علي بن احمد) - اسباب النزول ، مطبعة

هندية ، مصر ، ١٣١٥ هـ .

وجدى (محمد فريد) - الادلة العلمية على جواز ترجمة معاني القرآن

الى اللغات الاجنبية ، مصر ، ١٩٣٦ .

٢ - السنة

— ابن قيم الجوزية - زاد المعاد فى هدى خير العباد ، مصر ، ١٩٣٤ ،
اربعة اجزاء .

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 .

الازهرى (محمد البشير) - تحذير المسلمين من الاحاديث الموضوعة

مصر ، ١٩٠٣ .

البخارى - الجامع الصحيح ، مطبعة الحلبي ، مصر ، تسعة اجزاء .

البغوي (حسين بن مسعود) - مصابيح السنة ، مطبعة صبيح ، مصر ، جزاءن .

الترمذي - السنن ، مطبعة الحلبي ، مصر .

الزرقاني - شرح الموطأ ، مطبعة مصطفى محمد ، مصر ، ١٩٣٦ ، اربعة اجزاء .

السيوطي - تنوير الحوالك شرح موطأ مالك ، مصر ، ١٣٤٨ هـ ، جزاءن .

السيوطي - الجامع الصغير من حديث البشير النذير ، مطبعة مصطفى

محمد ، ١٣٥٢ هـ ، جزءان .

السيوطي - الفتح الكبير فى ضم الزيادة الى الجامع الصغير ، جمع

النهاني ١٣٥٠ هـ ، ٣ اجزاء .

السيوطي - اللآلئ المصنوعة فى الاحاديث الموضوعة ، المطبعة الحسينية

(١) هذه هي الطبعة التي اعتمدناها في بيان ارقام الآيات السكرية الواردة في هذا الكتاب.

- المصرية ، ١٣٥٢ هـ ، جزءان .
- ٢ الشافعي - اختلاف الحديث ومسند الشافعي (بهامش كتاب الأم) .
- الشوكاني (محمد بن علي) - نيل الاوطار شرح منتهى الاخبار ، مطبعة الحلبي ، مصر ، ١٣٤٧ هـ ، ثمانية اجزاء .
- العيبي (بدر الدين) - عمدة القاري شرح صحيح البخاري ، المطبعة المنيرية ، مصر ، ١٣٤٨ هـ ، ٢٥ جزءاً .
- القاسمي (جمال الدين) - قواعد التحديث من فنون مصطلح الحديث ، دمشق ، ١٩٢٥ .
- القدسسي (حسام الدين) - الرد على رسالة المغني ، دمشق ، ١٩٢٥ .
- مسلم - صحيح الامام مسلم ، طبعة صبيح ، مصر ، ١٣٣٤ هـ ، ثمانية اجزاء .
- المنائي - كنوز الحقائق في حديث خير الخلائق ، مصر ، ١٣٠٥ هـ .
- الموصلي - رسالة المغني عن الحفظ والكتاب ، مصر ، ١٣٤٢ هـ .
- النسائي - السنن ، بشرح السيوطي ، المطبعة المصرية ، مصر ، ١٩٣٠ ، ثمانية اجزاء .
- النووي (يحيى الدين) - شرح صحيح مسلم ، مطبعة حجازي بالقاهرة ، مصر ، ١٣٤٩ هـ ، ١٨ جزءاً .

٣ - علم الاصول

- لآمدي (سيف الدين) - الاحكام في اصول الاحكام ، مطبعة صبيح ، مصر ، ١٣٤٧ هـ ، ثلاثة اجزاء .
- ابن امير الحاج - التقرير والتحجير 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 السؤل 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 .

الحضري (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 .

الكوزلخاري (مصطفى) - منافع الدقائق شرح مجامع الحقائق لأبي سعيد

الحادمي ، 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 المختار على الدر المختار ، دار السعادة ، ١٣٢٤ هـ ، خمسة اجزاء والتكملة جزءان .
- ابن عابدين - شرح منظومة عقود رسم المقتي ، 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 الراعظ ، مصر ، جزءان .
- المجوي (احمد بن محمد) - غمز عيون البصائر شرح الاشباه والنظائر ، دار الطباعة العامرة ، ١٢٩٠ هـ ، جزءان .
- الحصاف - كتاب الحيل ، القاهرة ، ١٣١٤ هـ .
- داماد افندي (محمد بن سليمان) - مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر وبهامشه الدر المنتقى شرح المنتقى ، دار الطباعة العامرة ، ١٣٢٨ هـ ، جزءان .
- الرملي (خير الدين المنيف) - الفتاوى الحيرية ، دار السعادة ، ١٣١١ هـ .
- الزيلعي (عثمان بن علي) - تبين 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 .
- الشيباني - الامالي ، مطبعة دار المعارف العثمانية ، حيدر آباد الدكن ، ١٣٦٠ هـ .

- عالمكير - الفتاوى الهندية ، المطبعة الميمنية ، مصر ، ١٣٢٣ هـ ، ستة اجزاء .
 القاري (ملا علي) - شرح الفقه الاكبر ، مصر ، ١٣٢٣ هـ .
 قاضيخان (محمود الاوزجندی) - الفتاوى 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 .
 الموالي (عبدالله) - المختار وشرحه الاختيار ، مطبعة حجازي ، مصر ، جزءان .

٥ - فقه مالكي

- ابن جزى - القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية ، فاس ، ١٩٣٥ .
 ابن عاصم - تحفة الحكم ، مطبعة مصطفى محمد ، مصر ، ١٣٥٥ هـ ، جزءان .
 ابن فرحون (ابراهيم بن محمد) - تبصرة الحكم ، مصر ، ١٣٥٢ هـ ، جزءان .
 التسولي (ابو الحسن) - البهجة في شرح التحفة ، مع التحفة .
 الخطاب (ابو عبدالله) - مواهب الجليل شرح سيدي خليل ، مطبعة السعادة ، مصر ، ١٣٢٨ - ٢٩ هـ ، ستة اجزاء .
 الحرشي (عبدالله) - شرح مختصر سيدي خليل ، المطبعة العامرة ، مصر ، ١٣١٦ - ١٧ هـ ، خمسة اجزاء .
 العدوي - حاشيته على شرح الحرشي (طبع بهامش الحرشي) .
 القراني - الاحكام في تمييز الفتاوى عن الاحكام ، مطبعة الانوار ، ١٩٣٨ .
 مالك (الامام) - المدونة الكبرى برواية سحنون ، مطبعة السعادة ، مصر ، ١٣٢٣ هـ ، ١٦ جزءاً .
 المواق - التاج والاكلیل لمختصر خليل (طبع بهامش الخطاب) .

٦ - فقه شافعي

- ابن حجر - الفتاوى الحديثية ، مطبعة التقدم .
 البصير (ابو الفضل ولي الدين) - النهاية شرح الغاية والتقريب لابي شجاع ،

مصر ، مطبعة حجازي ، ثلاثة اجزاء .

- الرافعي - فتح العزيز شرح الوجيز (طبع بذييل 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) - المذهب ، مطبعة الحلبي ، مصر ، ١٣٤٣ هـ ، جزءان .
 الغزالي - الوجيز ، مطبعة المؤيد والآداب ، مصر ، ١٣١٧ هـ ، جزءان .
 المزني - المختصر (طبع بهامش الام) .
 النووي - المجموع شرح المذهب وتكملته لتقي الدين السبكي ، ١٣٤٤ - ١٣٥٣ هـ ، المطبوع حتى الآن ١٢ جزءاً .
 النووي - منهاج الطالبين ، المطبعة الخيرية بمصر ، ١٣١٩ هـ .
 النووي - الفتاوى المعروفة بالمسائل المنشورة ، دمشق ، ١٣٤٨ هـ .

٧ - فقه عنبلي

- ابن قيم الجوزية - اعلام الموقعين عن رب العالمين ، المطبعة المنيرية ، اربعة اجزاء .
 ابن قيم الجوزية - الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، مصر ، ١٣١٧ هـ .
 ابن تيمية - مجموعة الرسائل الكبرى ، مصر ، ١٣٢٣ هـ .
 ابن تيمية - فتاوى ، مصر ، ١٣٢٦ - ٢٩ هـ ، خمسة اجزاء .
 ابن رجب (ابو الفرج عبد الرحمن) - القواعد في الفقه الاسلامي ، مطبعة الصدق الخيرية ، مصر ، ١٩٣٣ .
 ابن قدامة (موفق الدين) - كتاب المغني ، مطبعة المنار ، مصر ، الطبعة الثانية ، ١٢ جزءاً .

ابن قدامة المقدسي (شمس الدين) - الشرح الكبير (طبع بذييل المغني) .

٨ - مفارقات ومزاهب سنية اخرى

- ابن حزم - المحلى ، مطبعة النهضة ، مصر ، ١٣٤٧ - ٥٢ هـ ، ١١ جزءاً .
 ابن رشد (الحفيد) - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، مطبعة صبيح ، مصر ،

الطبعة الاولى ، جزءان .

الدمشقي - رحمة الامة في اختلاف الائمة (طبع بهامش الميزان الكبرى) .

الشعراني (عبد الوهاب) - كتاب الميزان الكبرى ، المطبعة الازهرية ، ١٩٣٢ ، جزءان .

صبري (محمد حافظ) - المقارنات والمقابلات ، مصر ، ١٩٠٢ .

القرافي (شهاب الدين) - الفروق ، مصر ، طبعة اولى ، ١٣٤٤ - ٤٦ هـ ،

اربعة اجزاء .

محمصاني (صبحي) - النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ،

جزءان ، دار الكشف ، بيروت ، ١٩٤٨ .

٩ - كتب شيعية في الفقه والاصول

باقر (الحاج سيد محمد) - وسيلة الوسائل في شرح الرسائل في علم الاصول

مطبعة التبريزي ، ١٢٩٠ هـ .

باقر (محمد) - حل العقول لعقد الفحول (طبع مع وسيلة الوسائل) .

الحر العاملي (محمد بن الحسن بن علي) - وسائل الشيعة الى مسائل الشريعة ،

طهران ، ١٢٨٨ هـ ، ستة اجزاء .

الحسيني العاملي (محمد الجواد بن محمد) - مفتاح الكرامة شرح قواعد العلامة

مطبعة الشورى ، مصر ، ١٣٢٣ - ٢٦ هـ ، غير تام الطبع .

الحلي المحقق (جعفر بن الحسن) - شرائع الاسلام ، مطبعة التبريزي ، ١٣٢٠ هـ .

الحليمي - الروض النضير شرح المجموع (فقه زيدي) ، مع تكمته للحسيني

اليميني ، مطبعة السعادة ، مصر ، ١٣٤٧ - ٤٩ هـ ، خمسة اجزاء .

فيضي (علي اصغر) - دعائم الاسلام ، كتب الوصية والجهاد والمقدمات ، او كسفورد

١٩٣٣ ، ومصر ١٩٥١ .

الكاظمي (محمد مهدي) - احسن الوديعه في تراجم مشاهير الشيعة ، بغداد

١٣٤٨ هـ ، جزءان .

الكاظمي (محمد مهدي) - عناوين الاصول ، بغداد ، ١٣٤٢ هـ .

الكليني - اصول الكافي ، ١٣٠٥ هـ .

١٠ - تاريخ الفقه وطبقات الفقهاء

- ابن الجوزي - مناقب الامام احمد بن حنبل ، مطبعة السعادة ، مصر ، ١٣٤٩ هـ .
ابن فرحون - الديباج المذهب في معرفة اعيان علماء المذهب ، مصر ، ١٣٥١ هـ .
ابن النديم - "فهرست" ، المطبعة الرحمانية ، مصر ، ١٣٤٨ هـ .
ابن خلكان - وفيات الاعيان وانباء ابناء الزمان ، المطبعة الميمنية ، مصر ، ١٣١٠ هـ ، جزءان .

- ابن عبد البر - الانتقاء في فضائل الثلاثة الائمة الفقهاء ، القاهرة ، ١٣٥٠ هـ .
ابن قتيبة - الامامة والسياسة ، مطبعة مصطفى محمد ، مصر ، جزءان .
ابن قتيبة - المعارف ، المطبعة الاسلامية ، مصر ، ١٩٣٤ .
امين (احمد) - فجر الاسلام ، مصر ، الطبعة الثانية ، ١٩٣٣ .
امين (احمد) - ضحى الاسلام ، مصر ، ١٩٣٤ - ١٩٣٦ ، ثلاثة اجزاء .
التنبكتي (سيدي احمد بابا) - نيل الابتهاج بتطريز الديباج ، بهامش الديباج المذهب لابن فرحون .

- نيمور باشا (احمد) - نظرة تاريخية في حدوث المذاهب وانتشارها ، المطبعة السلفية ، القاهرة ، ١٣٤٤ هـ .

- الحسيني (ابو بكر بن هداية الله) - طبقات الشافعية ، بغداد ، ١٣٥٦ هـ .
الحضري - تاريخ التشريع الاسلامي ، مصر ، طبعة ثانية ، ١٩٢٦ .
الحضري - محاضرات تاريخ الامم الاسلامية ، الطبعة الرابعة ، مصر ، ١٣٥٤ هـ ، جزءان .

- الحضري - محاضرات تاريخ الدولة العباسية ، الطبعة الرابعة ، مصر ، ١٣٥٣ هـ .
الحطيب (احمد بن علي) - تاريخ بغداد ، مصر ، ١٩٣١ ، ١٤ جزءاً .
الرازي (فخر الدين) - مناقب الامام الشافعي ، مصر ، ١٢٧٩ هـ .
رضا (محمد رشيد) - تاريخ الاستاذ الامام الشيخ محمد عبده ، مطبعة المنار ، مصر ، ١٩٣١ .

- سامي بك - قاموس الاعلام ، استانبول ، ١٣٠٦ هـ .

السبكي (تاج الدين) - 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 ، جزء ا ب .

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 .

عرونس (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) وعبد (الشيخ محمد) - العروة الوثقى ، المطبعة الاهلية ، بيروت ، ١٩٣٣ .

انطونيوس (جورج) - يقظة العرب ، تعريب الركابي ، دمشق ، ١٩٤٦ .
حتي (فيليب) - تاريخ العرب المطول (تعريب الدكتورين جرجي وجبور)
ثلاثة اجزاء ، دار الكشف بيروت ، ١٩٤٨-١٩٥١ .

رضا (محمد رشيد) - الوحي المحمدي ، الطبعة الخامسة ، مصر ، ١٩٤٨ .

سليمان (الشيخ محمد) - رسالة بأي شرع نحكم ، القاهرة ، ١٩٣٦ .

شاكر (احمد محمد) - الشرع واللغة ، القاهرة ، ١٩٤٤ .

الشهرستاني - الملل والنحل (بهامش ابن حزم) .

صادر (يوسف) - المجلة القضائية ، بيروت ، ١٩٢١-١٩٥١ .

العارف (عارف) - القضاء بين البدو ، مطبعة بيت المقدس ، ١٩٣٣ .

عبد الرحيم الدهلوي (احمد شاه ولي) - حجة الله البالغة ، المطبعة المنيرية ، ١٣٥٢ هـ .

عبد (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 اللبنانية .

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 الأجنبية



- ABDURRAHIM — Muhammadan Jurisprudence, London & Madras, 1911.
- AGHNIDES — Muhammadan Theories of Finance, New York, 1916.
- ALI, Dr. ZAKI — Islam in the World, Lahore, 1947.
- ALLEN — Law in the Making, Oxford, 1930.
- AMEER ALI — The Spirit of Islam, London, 1949.
- 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.
- GIBB — Mohammedanism, Oxford, 1949.
- 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.
- GOLDZIEHER — Le dogme et la loi de l'Islam, Paris, 1920.
- HARRIS — Principles and Practice of the Criminal Law, London, 1926.
- IQBAL, MUHAMMAD — Six Lectures on the Reconstruction of Thought in Islam, Lahore, 1930.
- ISLAMIC REVIEW — Woking, Surrey, England, 1949-1951.
- JEWISH ENCYCLOPEDIA.
- KENNETT — Bedouin Justice, Cambridge, 1925.
- KREMER (Von) — Culturgeschichte des Orients unter den Chalifen, Wien, 1875.
- LAOUST, H. — Le Traité de droit public d'Ibn Taimiya, Beyrouth, 1948.
- LAOUST, H. — Le Précis de droit d'Ibn Qudama, Beyrouth, 1950.
- 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, LOUIS — Situation de l'Islam, Paris, 1939.
- 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.
- OSTROG — 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.

✓ SCHACHT, J. — The Origins of Muhammadan Jurisprudence, Oxford, 1950.

✓ SMITH, W. C. — Modern Islam in India, London, 1946.

✓ SYMONDS, R. — The Making of Pakistan, London, 1949.

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 sein Anhänger, Göttingen.

WUSTENFELD — Vergleichungs-Tabellen, Leipzig, 1854.



فهرست

فلسفة التشريع في الاسلام

صفحة

٣

مقدمة الطبعة الثانية

٤

مقدمة الطبعة الاولى

٧

الباب الاول - تعريف علم الفقه وتقسيمه

الباب الثاني - لمحة تاريخية

١٩

الفصل الاول - ادوار التشريع المختلفة

٢٩

الفصل الثاني - المذهب الحنفي

٣٧

الفصل الثالث - المذهب المالكي

٤١

الفصل الرابع - المذهب الشافعي

٤٥

الفصل الخامس - المذهب الحنبلي

٤٩

الفصل السادس - المذاهب السنية البائدة

٥٣

الفصل السابع - المذاهب الشيعية

٥٩

الفصل الثامن - القوانين العثمانية وبجالة الاحكام العدلية

٧٠

الفصل التاسع - حركة التشريع في البلاد الشرقية

٩٢

الفصل العاشر - لمحة في تاريخ القوانين الاوروبية

الباب الثالث - مصادر الشرع الاسلامي

٩٩

الفصل الاول - الادلة الشرعية

١٠٤

الفصل الثاني - الكتاب

١١٠

الفصل الثالث - السنة

١١٧

الفصل الرابع - الاجماع

١٢٠

الفصل الخامس - القياس

صفحة

١٢٦

✓ الفصل السادس - الأدلة الشرعية الأخرى

١٣٦

✓ الفصل السابع - الاجتهاد

الباب الرابع - مصادر التشريع الخارجية

١٤٩

الفصل الأول - تغير الأحكام

١٦٧

الفصل الثاني - الحيل الشرعية

١٧٥

الفصل الثالث - التشريع الوضعي المباشر

١٧٩

الفصل الرابع - العرف والعادة

١٨٧

الفصل الخامس - علاقة الشريعة الإسلامية بالشريعة الرومانية

الباب الخامس - بعض القواعد الكلية

١٩٩

الفصل الأول - معلومات عامة

٢٠٥

الفصل الثاني - حكم الضرورة والحاجة

٢١٣

الفصل الثالث - القصد في الأفعال

٢٢٣

الفصل الرابع - مبادئ عامة في البيّنات

٢٢٣

البند الأول - واجب الإثبات

٢٣٠

البند الثاني - الإقرار

٢٣٣

البند الثالث - البيئة الشخصية

٢٤٩

البند الرابع - اليمين

٢٥٦

البند الخامس - مسائل أخرى في البيّنات

٢٦٢

الفصل الخامس - قواعد عامة شتى

٢٧١

المصادر العربية

٢٨٢

المصادر الأجنبية

٢٨٤

الفهرست

٢٨٦

الخطأ والصواب

الاعلاط المطبعية

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٩	١	يحث	يحث
١٠	هامش ٤	a Law	a Law
١٠	١٧	بل	بل
١٢	٨	الخطأ	الخطأ
١٣	١٧	العلم	« العلم
٣٩	هامش ١	الاثر	الاثير
٥٢	١	الشهور	المشهور
٥٢	١٢	جوز	جوزا
٥٩	٨	تنقيح	تنقيح
٦٢	١٨	خرى	اخرى
٧١	٢	التشريع	التشريع
٨٦	١٨	للبناني	اللبناني
٩٦	٤ من هامش ١	١٩٠٦	١٩٤٦
١١٥	١	الاسباب	الاسباب ١
١٣٣	١٥	يرجع	يرجع
١٥٩	٤	توجب	تجب
١٦٢	٧	فنفقي	فنفقي
١٦٤	١٣	كثير	كثيرا
١٧٧	٢٤	الدول	الدول
١٧٩	هامش ١	مونتسكيو	مونتسكيو
١٨٢	الاخير	شريع	شريحا
١٨٨	الاخير	عض	بعض
٢٥٥	٢٠	طالبت	طلبت
٢٦٨	١٧	الموصى له	الموصى له الموصي

THE PHILOSOPHY OF JURISPRUDENCE IN ISLAM

Comparative study of the Islamic rites
and modern legal systems

BY

SOBHI MAHMASSANI

Docteur en Droit (Lyon) LL.B. (Lond.) Attorney - at - law
Lecturer on Majallah and Roman Law at the American University, Beirut
Lecturer on Islamic Jurisprudence at the French Law Faculty, Beirut
Formerly President at the Court of Appeal and Attorney General of the Muslim High Court
Member of the Arab Academy, Damascus.

All rights reserved

SECOND EDITION
1952

PUBLISHED BY
DAR EL-KACHAFF - BEIRUT - LEBANON

25/11 ✓

THE PHILOSOPHY OF JURISPRUDENCE IN ISLAM

Comparative study of the Islamic rites
and modern legal systems

BY

SOBHI MAHMASSANI

Docteur en Droit (Lyon) LL.B. (Lond.) Attorney - at - law
Lecturer on Majallah and Roman Law at the American University, Beirut
Lecturer on Islamic Jurisprudence at the French Law Faculty, Beirut
Formerly President at the Court of Appeal and Attorney General of the Muslim High Court
Member of the Arab Academy, Damascus.

SECOND EDITION

1952

PUBLISHED BY

DAR EL-KACHAFF - BEIRUT - LEBANON

تطلب منشورات « دار الكشاف » في افريقية
من السيد محمد خوجه ، تونس

ثمن النسخة ٦٠٠ ق. ل.

Library of



Princeton University.

