

المؤلف
د. محمد علي السيد الشاذلي

المدخل

لدراسة الفقه الإسلامي



الدكتور
رمضان علي السيد الشرباشي
كلية الحقوق - جامعة المنصورة
قسم الشريعة الإسلامية

المدخل

لدراسة الفقه الإسلامي

تطوره - مدارسه - مصادره

قواعده - نظرياته

الطبعة الثانية

مزيدة ومنقحة

١٤٠٣ هـ

مطبعة المنصورة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

الطبعة الثانية

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين .

وبمسد :

فقد دعت الحاجة الملحة إلى أن نعيد طبع كتابنا :

[المدخل لدراسة الفقه الإسلامى]

وهذه الطبعة الثانية أضمنت زيادات وتوسعات لم تكن موجودة
فى الطبعة الأولى ، ومن أهم تلك الزيادات :

- ١ - الحق وأقسامه .
- ٢ - القضاء والتحكيم .
- ٣ - المشاهير الذين لهم دور بارز فى جمع وتدوين الشعر .
- ٤ - الإشارة إلى بعض الفرق الإسلامية - الاسماعيلية ، البهائية .
القاديانية ...

ونسأل الله تعالى أن يلهمنى الصواب والتوفيق ويفتح لى خزائن رحمته
ويجعلنا من يستمعون القول فيتبعون أحسنه . والحمد لله رب العالمين ؟

د . رمضان على السيد

مقدمة الطبعة الأولى

الحمد لله رب العالمين نحمده ولستعينه ونتوب إليه ونستغفره ونعوذ به من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له .

والصلاة والسلام على خير أنبيائه وسيد أصفياؤه :
سيدنا محمد وآله وصحبه ...

وبمسند :

فإن الشريعة الإسلامية كفيلا بتحقيق مصالح الناس في كل زمان ومكان من حيث إنها غاية الشرائع ومصدرها الوحي الإلهي .

وإن النعمة الإسلامية بمرورته وحيويته قادر على حل المشكلات مهما تجددت الحوادث وتشعبت مذاهب الحياة .

وإن المسلمين لا يعوزهم أن يجدوا في شريعتهم لسكل جزئية أو حادثة تستجد حكما يفهم من كتاب الله أو سنة رسوله أو يستنبط بطريق التأمل في روح الشريعة وتدبر ما تقضى به أغراضها وأسرارها .

وبذلك يكون المسلمون في غنية عن التشريعات الأخرى البعيدة .
عن دينهم وتراثهم .

وقد تنبه علماء القانون أخيراً إلى هذه المعاني التي ينفرد بها الفقه الإسلامي فقرروا في عدة مؤتمرات : (مؤتمر القانون المقارن بمدينة لاهاي المنعقد في دورته الثانية في أغسطس ١٩٢٧ م والأسبوع الفقهي الذي انعقد

في باريس في شهر يوليو ١٩٥١ وقد عقدته الشعبة القانونية لقوانين الشرق
والندوة الإسلامية العالمية الكبرى، التي انعقدت في لاهور في ٢٩ ديسمبر
١٩٥٣ لمدة أسبوعين) .

- ١ — اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر التشريع العام .
 - ٢ — اعتبار الشريعة الإسلامية حية صالحة للتطور .
 - ٣ — اعتبارها قائمة بذاتها ليست مأخوذة من غيرها .
- وأخيراً تنبه رجال القانون في مصر إلى هذا المعنى فجعلوا الفقه الإسلامي
مصدراً رسمياً من مصادر القانون فجاء في المادة الأولى في الفقرة الثانية منها :
« إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف فإذا
لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ
القانون الطبيعي وقواعد العدالة » .
- أي أن القاضي إذا لم يجد نصاً تشريعياً ولا عرفاً طبق مبادئ الشريعة
الإسلامية .

ولما كانت هذه وجهة التقنين في مصر ؛ أصبحت الحاجة ملحة إلى دراسة
الفقه الإسلامي لطلاب كليات الحقوق دراسة وافية عميقة توضح ما فيه من
نظم وأحكام وحاول للجزئيات ونظريات عامة تفتح للتقنين أبواباً كانت
موصدة من قبل حتى يستفيدوا بها في حياتهم القانونية .

- هذا وقد رتب هذه الأبحاث في ثلاثة أقسام :
- القسم الأول : ويشتمل على تمهيد وأربعة مباحث .
 - المبحث الأول : الأدوار التي مر بها الفقه الإسلامي .
 - المبحث الثاني : المذاهب الفقهية المشهورة .
 - المبحث الثالث : مصادر الفقه الإسلامي .

المبحث الرابع : الاجتهاد والافتاء والتقليد . والقضاء والتحكيم .
المبحث الخامس : أسباب الاختلاف بين الفقهاء .

القسم الثاني : دراسة بعض النظريات العامة في الفقه الاسلامى ويتضمن
المباحث الآتية :

المبحث الأول : دراسة بعض القواعد الأصلية للفقه الاسلامى .
المبحث الثانى : الحق وأقسامه .
المبحث الثالث : نظرية الملك .
المبحث الرابع : نظرية المقدم .
المبحث الخامس : نظرية العقوبة .

ولقد استعنت بحجرات السابقين حين معالجتى لهذه الابحاث ، فجزاهم الله
حنى وعن العلم وطالبه خير الجزاء .

ولانى لا أعتبر هذا العمل القليل والجهد الضئيل إلا شبتنا يسيراً فى حق
الشريعة الاسلامية . والله أسأل أن يسدد خطاى ، ويوفقنى لخير الاعمال
وأحبها إليه .

للتصـورة

المؤلف

التعريف بالشريعة والفقهاء

٥، الشريعة في اللغة :

تطلق كلمة الشريعة في لغة العرب على معنيين .

أحدهما : الطريقة المستقيمة ومنه قوله تعالى (ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها) .

والثاني : مورد الماء الجاري الذي يقصد للشرب . ومنه قولهم شرعت الابل إذا وردت شريعة الماء .

أما الشريعة عند الفقهاء :

فتطلق على الأحكام التي سنّها الله لعباده وهي بهذا تشمل جميع الشرائع السماوية التي نزلت للناس على أيدي أنبيائهم . ومع ذلك فإن الشريعة إذا أطلقت كان المراد بها شريعة الاسلام التي نزلت على يد محمد صلى الله عليه وسلم . لأنها خاصة بالشرائع ، ولأنها حوت من الشرائع السابقة أحسن ما فيها وزادت عليها من التشريعات ما جعلها شريعة كاملة سالحة للناس في كل زمان ومكان . وفي حياته صلى الله عليه وسلم وضعت القواعد السلوكية وأنشئت الأحكام ، وبين نبلها ، وقيد مطلقها ، ونسخ الله ما شاء أن ينسخ ونص على علة ما شرع جزئيا ليأخذ حكم السككي وليكن تطبيق ذلك الحكم على ما يحدث من قبيل هذا الجرح في كل زمان ومكان ، وعلى أي حال فالتشريع لم يكن إلا في حياة الرسول صلى الله عليه وسلم ، ومنه فقط إذ لم يجعل الله لاحد غير نبيه سلطة التشريع وكان يعتمد فيه على الوحي .

وعلى هذا تعرف الشريعة الاسلامية بأنها : مجموعة الأحكام

التي سنّها الله للناس جميعاً على لسان رسوله محمد صلى الله عليه وسلم
في الكتاب والسنة (١) ،

ولم يفارق الرسول صلى الله عليه وسلم هذه الحياة إلا بعد أن تكامل
بناء الشريعة ولم يبق بعد وفاته صلى الله عليه وسلم إلا الفهم والاستنباط من
النصوص وما وقع من اجتهادات للصحابة والتابعين فليس تشريعاً في الحقيقة
ولأنها هو إلحاق لما لم يرد فيه نص على ما نص فيه .

فليس للتشريع إذن مصدر سوى الكتاب والسنة مهما طال الزمن (١) .

ما تشتمل عليه الشريعة الإسلامية من أحكام (٢) :

والشريعة بالمعنى الذي ذكرناه تشتمل الأحكام الآتية :

أولاً : الأحكام الاعتقادية وهي الأحكام التي تتعلق بذات الله وصفاته
والإيمان به وبرسوله وملائكته وكتبه واليوم الآخر إلى غير ذلك من الأبحاث
التي هي موضوع علم الكلام .

ثانياً : الأحكام التي تتعلق بمكارم الأخلاق كالوفاء بالعهد والصدق ،
والإخلاص وما إلى ذلك من الأبحاث التي هي من اختصاص علم الأخلاق .

ثالثاً : الأحكام العملية وهي التي تتعلق بأفعال المكلفين وتصرفاتهم
كوجوب الصلاة والزكاة والصوم وحرمة الزنا والسرقه وحل البيع والرهن
والسلم والاجارة وما إلى ذلك من الأبحاث التي هي من اختصاص علم الفقه

(١) انظر تاريخ التشريع للرحوم الشيخ محمد علي السبلي ص ٥ و ٧ .

والمدخل لدراسة الفقه الإسلامي للدكتور محمد الحسيبي ص ٨ .

(٢) انظر تاريخ التشريع الفقهية للشيخ دة محمد علي السبلي ص ٥ و ٦ .

وهذا المعنى ما يتبادر إلى الذهن عند إطلاق الشريعة الإسلامية ، (١)
معنى الفقه لغة واصطلاحاً :

أما معناه لغة : فهو الفهم مطلقاً . يشهد لهذا قوله تعالى : د لهم قلوب
لا يفقهون بها ، (٢) وقوله تعالى : قال هؤلاء القوم لا يكادون يفقهون

(١) وبهذه المناسبة أرى أنه من الواجب للتعرض لكلمة الإسلام والملة
والدين والشريعة : فالإسلام معناه في اللغة الانقياد والاستسلام والاذعان
والخضوع وهو بهذا المعنى يطلق ويراد به دين الله سبحانه وتعالى الذي بعث
به الأنبياء وهو إسلام القلب والجوارح والوجه لله سبحانه وتعالى .

والمعنى المشهور للإسلام أنه : الدين الذي جاء على لسان سيدنا رسول الله
صلى الله عليه وسلم لقوله تعالى : ومن يبتغ غير الإسلام ديناً فلن
يقبل منه ، آل عمران ٨٥ .

أما لفظ الشريعة والملة والدين فسكها ألفاظ : أطلقت على معنى واحد
هو الأحكام التي وردت على لسان سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم ولكنها
اختلفت في الألفاظ والتسمية باعتبار الجهة التي صدرت بها فهي كلها عبارة عن
الطرق والأحكام التي وردت على لسان سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم
ولكنها إن اعتبرت من ناحية الأذعان لها والخضوع والامتثال لله تعالى
سميت (بالدين) وإن اعتبرت من ناحية أن الرسول — عليه السلام —
جعلها سلوكاً وطريقاً واضحاً سميت (شريعة وشرعاً) وذلك بتبليغه وبيانه
ﷺ . وإن اعتبرت من جهة إيماء الله تعالى لها على رسوله وإيماء الرسول
على الأمة سميت (ملة) لأنها من إيماء الرسل . أنظر تاريخ الفقه الإسلامي
لأستاذنا الدكتور أنيس عبادة ص ٨ .

(٢) الأعراف ١٧٩ .

حديثاً ، (١) .

ومعناه عند الفقهاء : هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من الأدلة التفصيلية .

شرح بعض مفردات التعريف :

والمراد من الأحكام الشرعية العملية . أى كل ما يتعلق بأعمال العباد وتصرفاتهم من وجوب صلاة وصوم وحج وبيع وشراء وما إلى ذلك .
والمقصود من الأدلة التفصيلية ، ما ورد في الكتاب والسنة من الآيات والأحاديث المتعلقة بالأحكام العملية وما يلحق بهذين المصدرين الأساسيين من إجماع وقياس وعرف وإستحسان فإن كل هذه المصادر فى الحقيقة ترجع إل هذين المصدرين (القرآن والسنة)

مقارنه بين الشريعة والفقة :

من تعريفنا السابق للشريعة يتبين لنا . أن الشريعة عامة شاملة لجميع الأحكام الاعتقادية والأخلاقية والعملية .

كذلك يتضح لنا من تعريفنا للفقہ أن الفقہ جزء من الشريعة ويختص بالأحكام الفرعية العملية كالصلاة والحدود والبيع والشراء وسائر تصرفات العباد. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فالشريعة كما قلنا عبارة عن الأحكام والقواعد التى نزل بها القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة التى تمت بوفاته ﷺ وانتقل إلى الرفيق الأعلى ، أما الفقہ فهو الفهم والاستنباط من الكتاب والسنة وما يتبعهما من أدلة فرعية وهو الجانب التطبيقى لما جاءت به الشريعة وهو من عمل الفقهاء .

ومن هذه المقارنة يتبين لنا أن الشريعة أعم من الفقه وأنه جزء منها ومع ذلك فلا خطأ في استعمال لفظ الشريعة ويراد به الفقه كما هو المعروف الآن في كلية الحقوق — فيطلقون لفظ الشريعة على الفقه — لأنه استعمال مجازي سائغ لغة .

أقسام الفقه :

وينقسم علم الفقه إلى أنواع :

١ — فقه ما يقصد به التقرب إلى الله وتزكية النفس وتطهيرها من مساوئ الأخلاق وإصلاح حال المجتمعات الإنسانية كالصلاة والزكاة والصوم والحج وهي ما تعرف بالعبادات .

٢ — ومنه ما يتعلق بالبحث في الأموال والتصرف فيها من نكاح وطلاق ورجعة ونفقات وعدة ونسب وحضانة ونحوها وهي ما تعرف (بالأحوال الشخصية) .

٣ — ومنه ما يتعلق بالبحث في الأمور والتصرف فيها من بيع وإجارة ورهن وسلم وشركات وديون وربا ونحو ذلك ، وهو ما يسمى بفقه المعاملات .

٤ — ومنه ما كان متعلقاً بالجرائم وما يترتب عليها من عقوبات وجزائات وهو ما يسمى بالحدود والتعزيرات « أو العقوبات » .

٥ — ومنه ما كان متعلقاً بالقضاء والدهوى وأدلة الإثبات وما إلى ذلك ويسمى بالمرافعات .

٦ — ومنه ما كان متعلقاً بالحروب والمعاهدات والصلح وعلاقته الأمة

الإسلامية بغيرها من الأمم وهو ما يعرف « بالجهاد والسير » (١) .

هل الفقه الإسلامى يشتمل على فروع القانون بتسميه العام .

من يتصفح كتب الفقه الإسلامى يجد أنه قد اشتمل على كل فروع القانون العام منه والخاص أما اشتياله على فروع القانون العام : فالقانون الدولى العام .

حيث نجد أن الفقه الإسلامى قد اشتمل على قواعده وهو ذلك القانون الذى ينظم علاقة الدول بعضها ببعض فى الحرب والسلام — وكل ذلك قد جاء فى الفقه تحت عنوان السير والجهاد بل إن بعض الفقهاء قد أفرد دراسة أحوال السلم والحرب بمؤلفات خاصة فكتب محمد بن الحسن الشيبانى كتابى السير الصغير والسير الكبير وكتب الإمام هبند الرحمن بن محمد الأوزاعى كتاباً فى السير .

والقانون الدستورى : وهو الذى يحدد نظام الحكم والدولة وينظم سلطاتها العامة ويقرر حقوق الفرد فى الدولة وقد جاء كل هذا فى كتب الفقه الإسلامى وأحسن ما كتب فى هذا المجال كتابا الأحكام السلطانية والولايات الدينية لأبى الحسن المصرى الشافعى المشهور بالماوردى ، والأحكام السلطانية للقاضى أبى يعلى الخنيل .

وكذلك كتاب السياسة الشرعية فى إصلاح الراعى والرعية لابن تيمية .

والقانون الادارى : ذلك القانون الذى يحكم نشاط السلطة التنفيذية وقيامها على أمر مرافق الدولة : هذا القانون موجود فى كتب الفقه الإسلامى . وخصر ما كتب الأحكام السلطانية .

(١) انظر أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ الشيخ على الخفيف ص ٤٠ .

والقانون الجنائي : ذلك القانون يبين الجرائم المعاقب عليها والعقوبات الخاصة بها ، نجد أن ذلك كله قد بحثه الفقهاء تحت عنوان كتاب الجنائيات - أو الحدود والتعزيرات .

إشتمال الفقه الإسلامى على فروع القانون الخاص :

كذلك نجد الفقه الإسلامى قد اشتمل على كل فروع القانون الخاص .
١ - فالقانون المدنى وهو يمثل قسماً كبيراً فى الفقه الإسلامى تحت أبواب أحكام الماملات .

أما ما يسمى الآن بالأحوال الشخصية فهو خارج عن دائرة التقنين المصرى .
والمعمول به فى هذا المجال هو الشريعة الإسلامية والشرائع السماوية الأخرى .
٢ - والقانون التجارى وهو القانون الذى ينظم العلاقات التجارية بحته .
الفقهاء فى الأبواب الخاصة به كالشركات والمضاربة .

٣ - وقانون المرافعات وهو الذى يبين ما يجب إتخاذ من أعمال وإجراءات لتطبيق أحكام القانون نجد أن الفقهاء قد تناولوا كل هذا فى أبواب القضاء والداوى والشهادات .

والقانون الدولى الخاص : وهو القانون الذى يبين المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق فى القضايا التى فيها عنصر أجنبى .

وهذا القانون قد تناولوه الفقهاء بالشرح والتفصيل عند كلامهم على أحكام أهل الذمة والحريين والمستأمنين ومن كل ما سبق نجد أن الفقه الإسلامى قد اشتمل على كل فروع القانون بقسميه العام والخاص .
تقسيم آخر للأحكام فى الفقه الإسلامى :
تتقسم أحكام الفقه الإسلامى بوجه عام إلى قسمين :-

: القسم الأول : أحكام جاءت بها نصوص صريحة وقاطعة في القرآن الكريم والسنة النبوية .

: القسم الثاني : أحكام لم ترد في القرآن والسنة أو وردت بها نصوص في القرآن والسنة ولكن هذه النصوص قابلة للتأويل أي تحمل أكثر من معنى .

والقسم الأول : وتقصده الأحكام التي جاءت بها نصوص القرآن والسنة صريحة وقاطعة وهي كثيرة جداً نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر : وجوب الصلاة فقد دل عليه قوله تعالى . د أقيموا الصلاة ، (١) . والله تعالى حبيب البيت من استطاع إليه سبيلاً ، (٢) فقد دلت الآية على وجوب الحج على القادر المستطيع .

وقوله تعالى : د الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة . لـح ، (٣) فقد دل هذا النص على تحريم الزنا ووجوب إقامة الحد على الزاني غير المحصن وقدره مائة جلدة ، وقوله تعالى . د وأحل الله البيع وحرم الربا ، (٤) ، فقد دل النص القرآني على حل البيع وتحريم الربا أي كان مقداره قليلاً كان أو كثيراً .

أما الأحكام التي وردت في السنة من هذا القبيل فمنها : دلالة قوله تعالى الله عليه وسلم : د لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها إن فعلتم ذلكم قطعتم أرحامكم ، على تحريم الجمع بين العممة أو الخالة .

(١) سورة البقرة . الآية ٤٣ .

(٢) سورة آل عمران الآية ٩ .

(٣) سورة النور الآية ٣ .

(٤) سورة البقرة ٢٧٥ .

ودلالة قوله عليه الصلاة والسلام . (الحج عرفة) على أن الوقوف بعرفة جزء من الحج وركن فيه من فاته لاحق له .
وهذا القسم خارج عن اجتهادات المجتهدين ولا يصح لأى مجتهد أن يجتهد في تلك الأحكام وأمثالها حيث وردت بها النصوص صريحة وقاطعة وحسنت الامر فيها .

أما القسم الثانى : وهو الخاص بالأحكام التى لم تزد فى القرآن الكريم والسنة النبوية . أو وردت فيها ولكنها تحمل أكثر من معنى .

فمنها : إعطاء وصية واجبة لابن الابن الذى توفى أبوه فى حياة جده .
وإعطاء الزوجة ميراثها من زوجها الذى طلقها وتوفى وهى فى العدة .
ومثال النوع الثانى من هذا القسم : حكم مسح الرأس فى الوضوء فقد اختلف فى مقداره حيث جاء النص فيه قابلا للتأويل . فقال الله تعالى :
ه وامسحوا برؤوسكم ، (١) فن الفقهاء من قال إن الواجب فى المسح ربع الرأس ، ومنهم من قال الواجب مسح جميع الرأس . ومنهم من قال يكتفى بأى جزء من الرأس ولو شعرة .

(وسبب هذا الاختلاف «الياه» فى قوله تعالى . ه وامسحوا برؤوسكم ، فهى تحتل أن تكون زائدة أو تكون للتبويض أو تكون للإلتصاق) .
فالنص هنا أطلق المسح وكان هذا الإطلاق سبباً فى التأويل والاختلاف كما علمت .

وكذلك عدة المرأة المطلقة إذا كانت من ذوات الحيض اختلف الفقهاء فيها بناء على اختلافهم فى فهم النص إذ يقول الله تعالى فى شأن هذه المطلقات

يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء (١) . ففهم من قال إن المرأة في هذه الحالة
تعتد بثلاث حيضات ومنهم من قال بثلاثة أطهار . وسبب هذا الاختلاف
إن لفظ القروء له معنيان عند العرب الحيض والطهر فمن رجح جانب الحيض
قال الواجب حينئذ الحيض ، ومن رجح الطهر قال المطلوب الأطهار . فالنص
لم يوضح معنى القروء وبالتالي كان الاختلاف في الفهم .

وأحكام هذا القسم يمكن أن تكون محل اجتهاد ونظر الفقهاء الذين
وجدت عندهم ملكة الاستنباط وتوفرت لديهم آلة الاجتهاد .

نشأة الشرائع والحاجة إليها :

قضت الفطرة أن يسير الناس وراء مطامعهم الشخصية المختلفة ونحت تأثير
ميوهم المتمددة ومن سن السكون أن الانسان محتاج لمعاونة بنى جنسه ولا
يستطيع إدراكه لمآربه بمفرده ، فالحياة الانسانية حياة جماعية تنتظم بمجموعات
الجميع ويسد كل فرد نفرة في بناء المجتمع ومن الطبيعي أن النفوس جبلت
على الانانية وحب الذات فشكل فرد يتمنى أن ينال حظاً عظيماً أكثر من
أخيه فلو ترك الناس وشأنهم مع طبيعتهم هذه ولم توضع لهم النظم التي تنظم
العلاقة فيما بينهم وتبين لهم الخبيث من الطيب ، لاصبحت الحياة بينهم
مضطربة لا استقرار فيها ولا أمان ، وتقطعت الصلات واصبحت الحياة جحيماً
لا يطاق .

ومن أجل هذا طبع الله الجماعات البشرية منذ القدم على الشعور بحاجتها
إلى وضع النظم التي تلم شعنها وتحفظ عليها أسباب النور .

والانسان مهما بلغت مداركه محدود الفسكرة لا يدري شيئاً عن الغيب ،
ولما كان المرء لا يخضع للنظام الوضعي خضوعاً تاماً ولا تترى نفسه على

(١) - سورة البقرة آية ٢٢٢ .

الآداب ولا تصاغ على الطاعة إلا تحت تأثير قوة قاهرة تدفعه إلى الخير رغبة في وعد ، وتبعده عن الشر رهبة من وعيد ، لذلك جرت سنة الله في خلقه الذين صمرت بهم الأرض أن يشرع لهم الشرائع ويرسل إليهم الرسل ليمدوا الناس بكل ما يحتاجون إليه في حاضرهم ومستقبلهم ، وينظموا العلاقات بين الناس وفيما بين الناس وبين ربهم ، ويوجههم إلى الخير وإلى العقيدة التي تهيم على الفرد في سره وجهره وتقيم لنفسه وأزعماء من نفسه . ويبشروا الناس بالفوز إن أطاعوا وينذروهم بالشر إن عصوا وخالفوا . وصدق الله العظيم حيث يقول : « رسلاً مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل وكان الله عزيزاً حكيماً » (١) .

لماذا تعددت الشرائع ؟

ولو شاء ربك لجعل الناس أمة واحدة . ومن ذا الذي يقدر على معارضة خالق الكون ، والله سبحانه وتعالى لا شريك له ولو أراد لأنزل لهم شريعة واحدة ولكن لما كانت الأمم كالأطفال في تدرجها من طور إلى طور وكان الطفل لا يعطى من الطعام إلا ما يستمرته ويقوى على هضمه فكذلك جعل الله سبحانه وتعالى لكل أمة شريعة تناسب أحوالهم وتلائم مع درجاتهم في الفسك والاعتبار والتقدم ، فما يناسب قوماً قد لا يناسب قوماً آخرين ، وما يسمد أناساً في مكان قد يتنافر مع أناس في مكان آخر وذلك هو السرفى تعدد الشرائع بتعدد الأمم والأزمان والبقاع ، فأزل الله تشريعاً لكل أمة بما هو أصحح لها وما يتناسب مع أحوالها ، غير أن الشرائع وإن اختلفت أزمانها وكثرت أعدادها متحدة في مصدرها الذي صدرت عنه وهو الله سبحانه وتعالى الذي لا شريك له ولا شبيهه واتحدت كلها في الدعوة إلى عبادة الله

(١) سورة النساء آية ١٦٥ .

تعالى وتوحيده والإيمان به ورساله وكتبه وما أرسلنا من قبلك من رسول إلا نوحي إليه أنه لا إله إلا أنا فاعبدون .
الحاجة إلى الشريعة الإسلامية .

ولما كانت الشرائع السابقة على الشريعة الإسلامية (١) قد نظمت حياة أقوام في عصور مختلفة على وفق ما كانت تقتضيه حياتهم المحدودة (٢) ولم تشمل تشريعاتها على الحلول الواقية لكل ما سيحدث في الحياة من مشكلات ولما كانت رسالة محمد خاتمة الرسالات وسينقطع الوحي بعد موت الرسول محمد صلى الله عليه وسلم من أجل هذا كله دعت الحاجة إلى شريعة جامعة كاملة تصلح لكل زمان ومكان لتساير الأزمنة المختلفة وتلاحق الأحداث المتجددة ؛ فأُنزل الله الشريعة الإسلامية رحمة للعالمين . لتحقيق هذا المعنى .

الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان :

قلنا فيما سبق إن الضرورة دعت لإنزال شريعة سماوية صالحة لكل زمان ومكان ، فكانت تلك الشريعة الإسلامية العالمية الخالدة وقد تضمنت الشريعة الوسائل التي تجعل لها ذلك الخلود ، تلك الصلاحية حيث جاءت أغلب أدلتها عامة شاملة (٢) ومصادرها منزلة منزلة القواعد الشاملة فأفادت ما تفيدته

(١) سورة الأنبياء آية ٢٥ .

(٢) فالقرآن يقرر أن نظام الحكم لا بد أن يقوم على الشورى حيث يقول : « وأمرهم شورى بينهم ، فوضع المبدأ أو القاعدة ونترك للناس حرية تطبيق هذا المبدأ ، المهم تطبيق مبدأ الشورى بأي طريقة يختارها البشر ، فهو يفرض على الناس أي شكل معين من أشكال الحكمات جمهورياً وملكياً أو ديمقراطياً أو غير ذلك .

واقترنت الاحكام بالعلل لتدور الاحكام معها وجوداً وعدمها (كالإسكار) (١)
والحكم الوارد في حادثة هو صالح للحكم على أمثال الحادثة وأشباهاها
(كالخلع) (٢) وقد دلت على ذلك بأسباب الزول .

والاجتهاد موجود فيها وهو النظر في النصوص والتأمل في المعاني والتدبر
في المصالح لفهم المعنى المقتضى للحكم والوصف المستلزم لما يناسبه .

والاجتهاد موجود فيها - لمن توافرت له أسبابه وفهم مقاصد الشريعة
ووقف على أسرارها - وهو النظر في النصوص والتأمل في المعاني والتدبر في
المصالح لفهم المعنى المقتضى للحكم والوصف المستلزم لما يناسبه (٢) . ولذلك
استمرت الشريعة وستظل بعض الاحكام للوقائع وتصدر على هديها الفتاوى
وتقع على مبادئها الافضية إلى أن يأذن الله بانتهاء الدنيا .

أبعد هذا أيقنت أن الشريعة الاسلامية صالحة لكل زمان ومكان ؟

(١) حكم الخمر التحريم وهلة الحكم الإسكار فإن وجد الإسكار في
مشروب آخر غير الخمر أخذ حكم الخمر وهو التحريم أي الحكم يوجد إذا
وجدت العلة عملياً قياسية .

(٢) الخلع وهو الطلاق على مال وسبب تشريع هذا الحكم وهو جواز
أن تطلق المرأة نفسها على مال .

أن امرأة ثابت بن قيس جاءت إلى النبي ﷺ وقالت له يا رسول الله
ثابت بن قيس ما أعيب عليه في خلق ولادين ولا دين ولا كني أكره الكفر مني الم
فقال رسول الله ﷺ . أتدين عليه حديثه ؟ فقالت نعم فقال رسول

ﷺ أفبيل الحديثه وطلقها تطلقه . فكان هذا سبباً في مشروعه

(سبل السلام ج٣ ص ١٦٦) ،

(٢) وقد اعتمد سيدنا عمر رضي الله عنه هذا الأصل وفرع منه ما

كثيره . فأسقط سهم الموافقة قلوبهم من الزكاة لانعدام علة التأليف
بالاسلام حين إعطاهم وقوة المسلمين حين منع عنهم .

الاسس العامة للتشريع الاسلامى

قلنا فيما سبق إن الشريعة الإسلامية قامت على أسس تجعلها صالحة للناس عامة في كل زمان ومكان، والامر كذلك حتماً فان هذه الشريعة بما قامت عليه من أسس قوية ومرنة جعلتها صالحة لكل بلد وعصر وأن وسوف نكتفى بذكر الاسس التالية :

١ - التيسير على المسكفين :

يرفع الحرج والمشقة عنهم ومن هنا كانت التكاليف الشرعية - الاوامر والنواهي - قليلة لا يشق على المسكف فعلها .

ففي القرآن الكريم يقول الله تعالى : **« يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر »** (١) .

ويقول : **« يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفاً »** (٢) .
ويقول : **« وما جعل عليكم في الدين من حرج »** (٣) ويقول : **« لا يكلف الله نفساً إلا وسعها »** .

وفي السنة يقول الرسول عليه الصلاة والسلام : **(بعثت بالحنيفية السمحة)**

وقال لآبي موسى الأشعري ومعاذ بن جبل رضى الله تعالى عنهما لما بعثها إلى اليمن **(يسرا ولا تعسرا وبشر اولا تنفروا وتطأوها ولا تقتلنما)**
وقال **(إنما بعثتم ميسرين ولم تبعثوا معسرين)** وقد صح أنه عليه الصلاة والسلام ما خير بين شيئين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثماً .

(١) سورة البقرة ١٨٥ .

(٢) سورة النساء ٢٨ .

(٣) سورة الحج ٧٨ .

ولانعى بعدم الحرج في الشريعة انتفاء أصل المشقة فان المشقة نوعان :

١ - مشقة معتادة لا تضيق بها الصدور ويمكن تحملها ولا تعتبر في العرف مشقة، فكل هذه لا يقصد الشارع إلى رفعها فإن كل عمل في الحياة لا يخلو عن مشقة حتى الضروريات التي لا غنى لأحد عنها من الأكل والشرب .

وهذه لامانع من وقوعها في التكليف الشرعية . إذ أن التكليف طلب ما فيه كلفة .

٢ - مشقة زائدة تضيق بها الصدور وتؤثر على المرء في جسمه أو ماله وتؤدي به إلى الانقطاع عن كثير من الأعمال النافعة فهذه هي التي تفضل الله على عباده ورفعها عنهم تسهيلا وتيسيراً عليهم . ويشهد لكل ذلك النصوص السابقة .

ولرفع الحرج والمشقة عنا مظاهر كثيرة : منها ما هو في العبادات، ومنها ما هو في المعاملات ومنها ما هو في العقوبات .

ففي مجال العبادات نجد أن التكليف التي نص عليها القرآن قليلة حتى ترى أنه من السهل القيام بها دون عناء أو مشقة .

فإنه سبحانه وتعالى لم يفرض علينا الصوم إلا شهراً واحداً في العام لما يعلمه الله فينا من جهد الجسم والنفس ومع ذلك أباح الفطر لمن يشق عليه الصوم في بعض الحالات ، وكذلك الزكاة لم يفرضها الله إلا على القادر الذي يفيض ماله عن حاجته . والامر كذلك بالنسبة للحج فلم يرضه الله في العمر إلا مرة واحدة لما في الحج من مشقة مالية وبدنية ، وكذلك الصلاة فقد أوجبها الله في اليوم خمس مرات وأوجب عليه أن يؤديها من قيام وهذا تكليف يسير لا حرج فيه ومع ذلك فقد رخص له أن يؤديها من قعود أو كيفما استطاع .

كما تجهد لإجابة قصر الصلاة في السفر ويجوز الفطر للصائم إذا كان رياضياً أو على سفر .

وكذلك أيسح تناول المحرمات كالخمر ولحم الخنزير في حال الضرورة والتيمم بالتراب بدل الوضوء لمن يريد الصلاة إذا لم يجد الماء أو ترتب على استعماله ضرر .

وفي المعاملات : تجهد اليسر شاملاً فليس هناك إجراءات رسمية أو شكلية لسكنى يصح بها العقد كما كان عند الرومان . بل تسكنى الرغبة الموجودة عند المتعاقدين في إبرام العقد ، ويشهد لذلك ما جاء في قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم فان كلمة (تجارة) تشمل كل أنواع المعاملات .

ومن باب التيسير كذلك في هذا الباب ابتناه كثير من الأحكام في المعاملات على العرف المتعبر شرها نظراً لاختلاف العرف بحسب الزمان والمكان . كما سنفصل القول في ذلك في حينه .

وفي العقوبات : تجهد أن منها ما يسمى في الفقه « بالحدود » وهي عقوبات الزنى والقذف والسرقه وشرب الخمر صيانة للمعرض والنسل والمسال والعقل ومع هذا تجهد الرسول صلى الله عليه وسلم يقول : (إدرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فان وجدتم المسلم يخرجها فخلوا سبيله فان الإمام لأن يخطيء في العفو خير من أن يخطيء في العقوبة) .

وتراه أيضاً صلى الله عليه وسلم يقول للص أنى به إلتيه — صلى الله عليه وسلم — قد اعترف اعترافاً ولم يوجد معه متاع — (ما إخالك سرقته قال — بل — أى سرقته — فأعاد عليه مرتين أو ثلاثاً فأمر به فقطع) .

وكذلك يسقط الحد من السارق إذا سرق ما يسد حاجته من مال يدعى
أن له حقا فيه .

هذا ومن دلائل التيسير علينا ما تفضل الله به علينا من رفعه عنا
تكاليف شاقة وعقوبات قاسية ضربها على اليهود جزاء تمسكهم وظلمهم وفي
هذا يقول القرآن الكريم (١) : (فبظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات
أحللت لهم وبصدم عن سبيل الله كثيراً) ويقول (وعلى الذين هادوا حرمنا
كل ذى ظفر ومن البقر والغنم حرمنا عليهم شحومهما إلا ما حملت ظهورهما
أو الحوايا أو ما اختلط بعظم ذلك جزيناهم ببغيهم وإنا لصادقون) (٢) .

وتجد كذلك أنه لم تقبل منهم الدية بدل الفصاص وأن علامة التوبة
هندم قتلهم لأنفسهم . ومصداق ذلك قوله تعالى : (وإذ قال موسى لقومه
يا قوم إنكم ظلمتم أنفسكم باتخاذكم العجل فتوبوا إلى بارئكم فاقتلوا
أنفسكم ذلكم خير لكم هذا بارئكم فتاب عليكم إنه هو التواب
الرحيم) (٣) .

الاساس الثاني - قلة التكاليف :

وذلك أن تكاليف الشريعة قليلة لا تلحق بالمعبود تعباً ولا تورث نفسه
مللاً ، لأنها في العلم بها والامتثال بعملها لا تحتاج إلى زمن طويل ولا إلى
صعوبة في فهمها ، ولو نظرت إلى الواجبات المطلوبة في كتاب الله لوجدتها
قليلة يمكن فهمها والعمل بها في زمن بسيط .

فالصلوات الخمس مناجاة للرب لا تستغرق من اليوم إلا زمناً قليلاً ،
وصيام شهر رمضان جزء من اثني عشر جزءاً في العام ، والزكاة رباط بين

(١) سورة النساء - ١٦٠ .

(٢) سورة الأنعام - ١٤٦ .

(٣) سورة البقرة - ٥٤ .

الطبقات تشرمهم بالآخوة والمحبة ، والحج ضيافة الملك الملوك فى بيته المحرم
مرة فى العمر يشهد لذلك قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تسألوا عن أشياء
إن تبد لكم نسؤكم وإن تسألوا عنها حين ينزل القرآن تبد لكم عفا الله
عنها والله غفور حلِيم قد سأله قوم من قبلكم ثم أصبحوا بها كافرين) (١)

فأنت تجد أن الله تعالى ينهانا عن التعمق فى المسألة والتشديد فيها لئلا
يكون ذلك سبباً فى فرض أحكام لم تكن مفروضة فتعجز عن الامتثال
لكثرة الفرائض فى لك مع المالكين ، فهذا النص ينادى بأن الله قد راعى
قلة التكليف حتى يسهل علينا الامتثال وحتى لا نقع فى الحرج والمشقة .

وتشهد لذلك السنة منها قوله صلى الله عليه وسلم للاقرع بن حابس حين
سأل عن الحج : أفى كل عام يا رسول الله ؟ (لو قلت نعم لوجبت ذرونى
ما تركتكم فإنما هلك من كان قبلكم بكثرة مسائلهم واختلافهم على أنبيائهم)
وقوله صلى الله عليه وسلم (إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها وحد حدوداً
فلا تعتدوا عليها وحيم أشياء فلا تنتهكوها وسكت عن أشياء رحمة بكم من
غير نسيان فلا يحشوا عنها) .

وإذا كانت الواجبات المطلوبة قليلة ومحصوره فالأمر كذلك فى المحرمات
فلقد كانت من الأخرى ضئيلة محصورة أما ما وراء ذلك وهو ما أباحه الله
لعباده فكثير جداً حيث أطلقه ووسعه . ففي المطاعم وأحصى الله عز وجل
المحرمات وحرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به
والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع (إلا ما ذكيتم وما ذبيح
على النصب وأن تستقسموا بالأزلام ذلكم فسق اليوم) (٢) ، وهى أشياء
قليلة جداً بالنسبة لما أحله الله (يا أيها الناس كلوا مما فى الأرض حلالاً
طيباً) (٣) .

(١) سورة المائدة ١٠٢ .

(٢) سورة المائدة ٣ .

(٣) سورة البقرة ١٨٦ .

الاساس الثالث - التدرج فى التشريع :

لم ينزل التشريع مرة واحدة بل جاء على فترات وأناه فى كل عام بشرح نوع من الاحكام لمناسبات شرعية واستمر فى النزول شيئاً فشيئاً حتى أكل الله الدين وأتم التشريع ، والحكمة فى ذلك أن الاسلام جاء والعرب فى إباحة مطابقة يكفرون كل ما يقيد حريتهم ويحد من شهواتهم وقد تمكنت من نفوسهم عادات وغرائز لا يستطيعون التحول عنها دفعة فاقنضت الحكمة الإلهية ألا يفاجئوا بالاحكام مرة واحدة فتتفر منها نفوسهم ومن هنا نزل القرآن الكريم على فترات فنزلت السور والآيات شيئاً فشيئاً حتى تم فى ثلاثة وعشرين عاماً وكان أغلب الاحكام ينزل لأسباب تقتضيه فيسكن أوقع فى النفس وأقرب إلى الانقياد .

من ذلك تحريم الخمر :

فإنها كانت قد تمكنت من نفوس العرب تمكنا اقتضت معه الحكمة الإلهية أن يتدرج القرآن فى تشريع أحكامها فلم يصرح لهم بتحريمها بآية ذى بدء بل قال فى الجواب عنها وعن الميسر (قل فيها إثم كبير ومنافع للناس وإثمها أكبر من نفعها) (١) .

لكنه خلط ما فيها من منافع بالإثم الكبير الذى يغلب النفع وهو تعبير يختلج بالخر خطوات واسعة إلى التحريم بحيث يجعل أصحاب العقول الراجحة يفتنون إلى نظرة الشارح إليها ويتفرون منها وبعد أن أشار إلى أنه ينبغى تركها لغلبة إثمها ينهى الناس عن الصلاة فى حالة السكر (يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون) .

ولما تهيات النفوس لتقبل الامتناع عن شرب الخمر فى ارتياح صريح

(١) سورة البقرة ٢١٩ .

القرآن بالنهي عنها نهيماً عاماً مؤكداً فقال: (يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر
والانصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون إنما
يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن
ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون) (١)

وكانت عقوبة الزاني في صدر الإسلام لا تعدو الحبس في البيوت والإيذاء
بالقول (واللاقي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم
فإن شهدوا فأمسكواهن في البيت) (٢)، ثم جعلها الله بعد ذلك الرجم
للمحصن - أي المتزوج - والجلد للكبير، أما الرجم فقد ثبت بالسنة
المطهرة وبالفعل لأنه صلى الله عليه وسلم رجم ماعزاً والغامدية بعد اقترار كل
منهما في وقته، وطلب من النبي صلى الله عليه وسلم أن يطهره بالحد وقد رده
الرسول لعله يرجع فلا يحسد ليتوب بعد ذلك فرفض ثم رجمه .

وأما الحد فيقول الله تعالى (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة
جلدة) (٣)

وكذلك أحكام الجهاد لم ترد مرة واحدة بل كانت على فترات لأن
المسلمين في بداية الأمر كانوا قلة لا يقوون على مناهضة المشركين وقتالهم لما
كان الأمر كذلك أمروا بالعفو والصبر على الأعداء وترك مقاتلتهم فقال الله
تعالى: (خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلین) (وإن الساعة لآتية
فأصفر الصفح الجميل)

فلما اشتد ساعد المسلمين . ودخل الناس في دين الله أفواجا أذن لهم في
القتال ليدفعوا عن أنفسهم : « أذن للذين يقاتلون بأنهم ظلموا وأن الله على

(١) سورة المائدة / ٩ : ٩١

(٢) سورة النساء ١٥

(٣) سورة النور ٢

نصرهم لغيره ، . ولما عرفوا فائدة القتال وأدركوا حسن عاقبته أمرهم به .
« وقالوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين .
واقتلوهم حيث ثققتهم وأخرجوهم من حيث أخرجوكم والفتنة أشد من
القتل ، . وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله ،

كذلك كان التدرج في الصلاة : فقد شرعت أولاً ركعتين بالفداء وركعتين
بالعشى رافة بالناس ورحمة بهم لأنهم كانوا حديثي عهد بالإسلام ولم يكونوا
قد تذوقوا حلاوتها ولم يعرفوا لذة المناجاة فيها فلما اطمانت بها نفوسهم ،
زادها الله على حسب ما اقتضته حكمته (١)

مقارنة بين الشريعة الإسلامية (١)

والقوانين الوضعية (٢)

الشريعة الإسلامية لها خصائصها وميزات التي تميزها عن غيرها من الشرائع وسوف أقصر القول على بعضها لغرض المقارنة وسأكتفي بالنواحي الآتية :

أولا - من ناحية الأصل والمصدر فمصدر الشريعة الإسلامية إلهي ومصدر القوانين الوضعية بشري .

مصادر الشريعة الإسلامية :

ترجع الشريعة الإسلامية إلى مصدرين أصليين القرآن الكريم والسنة النبوية ويلحق بهما الإجماع والقياس .

وهذه المصادر الأربعة هي التي اتفق عليها جماهير الفقهاء إلا أن الإجماع والقياس يرجعان في الحقيقة إلى القرآن الكريم والسنة النبوية لأن الإجماع لا بد له من دليل وهذا الدليل إما قرآن أو سنة ، والقياس لا بد منه من مقياس عليه ودليله إما قرآن أو سنة .

(١) للشريعة الإسلامية كما عرفت هي مجموعة الأوامر والنواهي والإرشادات والقواعد التي شرعها الله على يد رسوله .

(٢) أما القوانين الوضعية . فالقوانين جمع قانون والقانون في اللغة : هو مقياس كل شيء وهي كلمة معربة قيل أصلها رومي وقيل فارسي - "قاموس ج ٤ ص ٢٦١ . أما هو في الإصلاح : فهو القاعدة الكلية التي يتعرف منها أحكام جزئياتها وسميت وضعية لأنها من وضع البشر وتميزاً لها عن الشرائع السماوية إذ هي من وضع الله سبحانه وتعالى والقوانين الوضعية متعددة بتمدد واضعها ومنها ما هو قديم كالقانون الروماني والخوراني ومنها ما هو حديث كالقانون الفرنسي والألماني والسويسري والإيطالي والبلجيكي والإنجليزي .

والنظر والاجتهاد لا يكون معتدأ بهما إلا إذا كانا دائرين في فلك الشريعة مهتدين بقواعدها وأسسها ، وعماد ذلك القرآن والسنة .

والحق . أن القرآن والسنة النبوية جاءا وافيين بجميع ما يحتاج إليه البشر في دينهم وديانهم .

إما عن طريق النص والتصريح أو الإشارة والفحوى أو قياس ما ليس فيها على ما هو فيها أو الاجتهاد والنظر في حدود القواعد الشرعية التي أخذت واستنبطت منهما أو مراعاة روح التشريع العام ومقصده ومعزاه :

ثم إن الشريعة الإسلامية قد قعدت قواعدها واكتملت بنياها في فترة الفهم والتطبيق لنصوصها ، ولم يطرأ عليها أى تغيير أو تعديل مهما طال الزمن والخلاف الواقع بين فقهاءنا إنما كان في الفروع والتطبيق فقط والسبب في ذلك أن نصوص الشريعة جاءت عامة أو مطلقة فيهما من المرونة ما يجعلها قابلة للتطبيق على جميع الأحوال .

وأذكر لك طرفا من نصوص الشريعة العامة في القرآن الكريم والسنة النبوية ؛ فمن القرآن الكريم قوله تعالى :

« ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه » (١) .

« وأشهدوا ذوى عدل منكم » (٢) .

« وأمرهم شورى بينهم » (٣) :

« وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا » (٤) .

(١) سورة البقرة ٢٨ .

(٢) سورة الطلاق ٢٠ .

(٣) سورة الشورى ٧٨ .

(٤) سورة الإسراء ٣٤ .

- « وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الأثم والعدوان »، (١) .
« فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول »، (٢) .
« فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه »، (٣) .
« وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة »، (٤) .
« يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود أحلت لكم بهيمة الأنعام إلا ما يتلى عليكم غير على الصيد وأنتم حرم إن الله يحكم ما يريد »، (٥) .
ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم : « البيعة على من أدهى واليمين على من أنكر » . « وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » . ولا ضرر ولا ضرر في الإسلام » . « المسلمون عند شروطهم » . « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل » . « إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام » .
مصدر القوانين الوضعية :

أما مصدر القوانين الوضعية فرجعه إلى عقول البشر وتكفيرهم وهذا أمر من المسلمات إذ لم يزعم أحد أن هذه القوانين ترجع في مصدرها إلى أصل سماوى أو إلى معصوم من الغلط والخطأ والهوى والشهوة .

كذلك القوانين الوضعية عرضة للتغيير والتبديل ما تغير الزمن وتبدل وتختلف باختلاف البيئة فكل جماعة تضع القانون الملائم لها وعلى ذلك فقد أتت القواعد والنظريات الوضعية مقصورة على الجماعة التي نشأ فيها .

(١) سورة المائدة ٢

(٢) سورة المائدة ٤٩ .

(٣) سورة البقرة ١٧٣

(٤) سورة البقرة ٢٨ .

(٥) سورة المائدة ١ .

وأكبر دليل على ذلك أن القانون الروماني الذي عدّه المؤرخون الغربيون
مفخرة القوانين عندهم ، نراه ولد مع مولد مدينة روماسنة ٧٥٤ قبل الميلاد
ولم تتم قواعده إلا في عصر القيصر جوستينيان حيث تم جمعه في سنة ٥٢٣
بعد الميلاد بعد أن بلغ في عمر الزمان قرابة ثلاثة عشر قرناً ، ومع هذا العمر
الطويل الملى بالتعديل والتحسين لا يصح للتطبيق في هذا الزمن بل ولا فيما
سبق من الزمان .

ما يترتب على هذا الفرق من نتائج :

ويترتب على هذا الفرق الاصيل في المصدر النتائج الآتية :

١ — أن تكون للتشريعات الاسلاميه القداسة والتقدير في النفوس وذلك
لأن واضعها هو الله سبحانه وتعالى وله في النفوس القداسة العظمى والخضوع
المطلق . ولا كذلك القوانين الوضعية فهي مهما كانت منزلة واضعها ليس لها
هذا التقديس .

وللتقديس والخضوع أثره الكبير في التزام الشريعة والعمل بها في السر
والعلن حتى لو أمن العامل غفلة الحاكم الذي ينفذ الشريعة لأنه إن غفل الحاكم
ولم تعمل إلى علمه الجريمة أو المخالفة فلن يغفل الرقيب العالم بكل شيء
والخبير بما تهجس به النفوس وهو الله تبارك وتعالى .

وهذه المراقبة للخالف إنما تربيها وتنميتها الشرائع السماوية وان تجد أصلح
للمجتمعات من سيطرة ملكة المراقبة في النفوس .

وإنك لتجد هذا المعنى ظاهراً في سلوك بعض الأغنياء الذين يخرجون زكاة
أموالهم طائعين مختارين عن طيب نفس بينما تجدهم يتقاعسون عن دفع بعض
الضرائب التي تفرضها الدولة مع أنها تنفق في وجوه المصلحة العامة وإذا
دفعوها مكرهين ، وذلك لأن الزكاة تكليف من الشارع الحكيم أما الضرائب
فتكليف من الحاكم وبسطة القانون .

٢ - موازنة التكاليف الشرعية للفطرة وصلاحيتها لكل زمان ومكان
ولكل الامم والشعوب على اختلاف طبائعها وبيئاتها .

وذلك لان واضعها ومشرعها هو الله سبحانه وتعالى وهو عالم بما كان وما
يكون وعالم بالبشر وفطرتهم وغرائزهم وطبائعهم وكل ما يتعرض لهم مع تنزهه
سبحانه عن الخضوع والاهواء والشهوات أو التأثير بالمؤثرات وفي هذا
المعنى يقول الله تعالى : (فأقم وجهك للدين حنيفا فطرة الله التي فطر الناس
عليها لا تبدل الخلق الله ذلك الدين القيم ولكن أكثر الناس لا يعلمون)

ولنضرب مثلا توضيحياً لما قلنا وليكن عقوبة القصاص بالقصاص -عق-
لولى الدم ولم تجعله الشريعة حقا لازما فالحدود لا يجوز التسامح فيها وليكنه
جمل لولى الدم العفو إلى بدل وهو الدية أو العفو المطلق دون بدل والحكمة
في هذا أن بعض الناس ممن يحبون الاخذ بالنار لا يرضون إلا بالقصاص
وبغيره لاتهدأ النفوس وبعض اولياء الدم كالفقراء مثلا يرون أن الدية أنفع
لهم من القصاص ولا سيما إذا كان المقتول هو عائلهم وليس لهم عائل سواه
فمثل هؤلاء يفضلون الدية على القصاص .

وبعض الاولياء قد يرون العفو المطلق إما لسمو في نفوسهم وقسوة في
دينتهم فهم يلتمسون الاجر من الله وإما لظروف تدعوهم إلى العفو عن القاتل
لقراءة مثلا .

وبذلك ظهر سمو التشريع الاسلامى على القوانين الوضعية قد تعاقب
بالأهم كمن تميز هذا أو تعاقب بغيره بسجن أو غرامة مالية أوهما معا .
أما القوانين الوضعية فواضعها البشر والبشر مهمما بلغوا من العلمهم
فعلمهم قاصر فهم إن علموا ما في أنفسهم ويومهم فلن يعلموا ما في غدهم

وإن علموا بعض طبائع البشر فلن يعلموها كلها ، ومن هذا كانت القوانين لأنوائهم كل الفطر ولا جميع البيئات ولا تحقق مصلحة الناس وصالح المجتمعات فهي إذا صلحت لقوم لا تصلح لآخرين وإذا لامت بعض البيئات فهي لا تلائم البعض الآخر .

وليس أدل على هذا: من أن القانون الذي تحكم به بعض البلاد الإسلامية والعربية في بعض الجرائم وعقوبتها كجريمة الزنا وعقوبتها فسد ولم يعد يصلح وكان سبباً في الاستهانة بالأعراض وفساد الاخلاق لأنه وضع ليئة غير يئتنا ولقوم تقاليدهم غير تقاليدنا .

٣ - موافقة التشريعات الإسلامية للصواب والحق والعدل لعدم احتمال الخطأ في التشريع أو الغلط أو الجور أو الظلم أو الخضوع للأهواء والشهوات لأن الله سبحانه وتعالى منزّه عن كل ذلك وكذلك الرسول معصوم من ذلك وفي هذا المعنى يقول القرآن (وتمت كلمة ربك صدقا وعدلا لا مبدل لكلماته وهو السميع العليم) (١) . أما القوانين الوضعية : فهي عرضة للخطأ والغلط والسهو واتباع الأهواء والشهوات ومن هنا فإن القوانين الوضعية لا تسلم من الخطأ والنقص والابطال والتغيير والتبديل (ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافاً كثيراً) (٢) .

٤ - إن الشريعة الإسلامية ربطت تشريعاتها بالجانب الروحي أو بعبارة أخرى عرضت لظاهر الأعمال وباطنها بخلاف القوانين الوضعية فإنها عنيت بالظاهر ولم تعن بالجانب الروحي أو الأخرى أية عناية .
وإنك لتجد هذا ظاهراً في التشريعات الإسلامية حيث رتبت على التكليفات الشرعية انار دنيوي وأخرى أخروية بالثواب والعقاب .

(١) سورة الأنعام ١١٥

(٢) سورة النساء ٨٢

فتلا : القرض الحسن أمر جائز شرعاً وقانوناً ، والقانون لا ينظر إليه إلا من الناحية الظاهرية والاجتماعية أما الشرع فجعل له ثواباً مضاعفاً مدخراً عند الله .

فالقرآن يقول : من ذا الذي يقرض الله قرضاً حسناً فيضاعفه له أضعافاً كثيرة والله يقبض ويبسط وإليه ترجعون ، (١) ،
ويقول الرسول عليه السلام :

« رأيت ليلة أسرى بي على باب الجنة مكتوباً : الصدقة بعشر أمثالها والقرض بمائة عشر فقالت لجبريل ما بال القرض أفضل من الصدقة ؟ قال لأن السائل يسأل وعنده والمستقرض لا يستقرض إلا من حاجة ،

والقتل محرماً شرعاً وقانوناً ويعاقب القاتل في الشرع والقانون ولكن عقوبة الشارع دنيوية وأخرؤية فالدنيوية القصاص في القتل العمد والإثم العظيم والوعيد الشديد في الآخرة فقال الله « ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها وغضب عليه ولعنه وأعد له عذاباً عظيماً ، (٢) .

أما العقوبة في القانون الوضعي فدنيوية بحتمة وهي الإعدام إن كان القتل مع سبق الإصرار وإن كان غير ذلك فالسجن أو الغرامة أو هما معاً .
هـ — رعاية الشريعة للجانب الإنساني .

فلقد حرمت الربا في شتى صورده قليلاً كان أم كثيراً لأن إحلال القليل يؤدي إلى الكثير ولا يفاق هذا الشر المستطير .

لأن الشريعة تنظر إلى المال على أن له وظيفة اجتماعية واقتصادية يؤديها وهي أن يكون وسيلة لسد حاجات الناس ولتفويتهم وأنه وسيلة إلى الكسب المشروع فإن خرج عن وظيفته هذه بأن انتهز حاجة المحتاجين والآثر على

حسابهم أو اكتنز ، فلكل هذه العوامل تخرج المال عن الغرض الذي أوجده الله من أجله ومن هنا حرم الشارع الربا قليله وكثيره .

أما القوانين الوضعية فأغفلت أو تهاوت عن رعاية الجانب الإنساني فأباحت الربا قليله وكثيره ثم لما تهذبت بعض الشيء أباحت قليله دون كثيره . وأغفلت استغلال المرابين لحاجة الفقراء والمساكين .

فكانت غير دقيقة في تقنيناتها وأفلست في إيجاد مجتمع إنساني تسوده المودة والرحمة .

ثانياً — من ناحية مبدأ المساواة في الشريعة والقوانين الوضعية :

من المقارنات الهامة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية أن التشريعات الإسلامية قائمة على المساواة بين الناس جميعاً بأوسع معانيها فلا قيود ولا استثناءات وإنما هي مساواة مطلقة بين الأفراد حكماً وأحكاماً ومروءة وسين لا فرق بين جنس وجنس ولا لون ولون ولقد نطق القرآن بهذا المبدأ الخالد فقال :

ويا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم إن الله عليم خبير ، (١) .
فالناس جميعاً على اختلاف أجناسهم وشعوبهم وألوانهم وألسنتهم سواء في الحقوق سواء في المسئوليات .

وقد طبقت الشريعة الإسلامية مبدأ المساواة إلى أوسع مدى يتصوره العقل والحسد لا تفرق في خصومها بين الملوك والسوقة ولا بين الرؤساء والمرءوسين ولا بين ممثلي الدول السياسيين والزعماء العاديين ولا بين الأغنياء والفقراء فلكل الناس أمام شرع الله سواء لا فداة في الإسلام ولا امتياز للثقلان والملوك والرؤساء .

والشريعة لا تفرق بين رؤساء الدول والرعايا في الخضوع لأحكام
الشريعة وسريانها عليهم وهم مسئولون عن جرائمهم ومن أجل ذلك كان
رؤساء الدول في الإسلام لا قداسة لهم ولا امتياز وإذا ارتكب أحدهم
جريمة عوقب عليها كما يعاقب أي فرد وإذا ارتكب أحد من بينهم أو أهلهم
جريمة عوقب عليها .

ولنضرب لك مثلاً فريداً في تاريخ الدنيا يشهد على ما قلناه .

حينما كان صلى الله عليه وسلم مريضاً مرض الموت خرج صلى الله عليه وسلم
بين الفضل بن العباس وعلى حتى جلس على المنبر ثم قال :

أيها الناس من كنت جلدت له ظهراً فهذا ظهري فليستقد منه ومن كنت
شتمت له عرضاً فهذا عرضي فليستقد منه ومن أخذت له مالا فهذا مالي .
فليأخذ منه ولا يخشى الشحناء من قبلي فإنها ليست من شأني إلا وإن أحببكم
إلى من أخذ مني حقاً إن كان له أو حللي - أي تنازل لي عنه - ولقيت ربي
وأنا طيب النفس ،

ثم نزل فصل الظاهر ثم رجع إلى المنبر فعاد لمقالاته الأولى :

ألا فلتشهد الدنيا إلى أي حد وصل عدل الراعي مع الرعية والمحاكم مع
المحكومين وإلى أي حد بلغت المساواة في الإسلام .
أما المساواة في القوانين الوضعية .

فكانت القوانين الوضعية - حتى آخر القرن الثامن عشر - تميز بين الأفراد
ولم تعترف المساواة بين الحاكمين والمحكومين ورجال الدين وغيرهم
والاعتراف وغيرهم .

فكانت تميز بينهم في المحاكمة وفي توقيع العقوبة وفي تنفيذها وكانت
المحاكم متعددة تبعاً لعدد الطوائف فالاعتراف محاكم خاصة وقضاة من طبقة
معينة ورجال الدين محاكم خاصة وللجمهور محاكم خاصة .

وكانت الجريمة الواحدة يعاقب عليها أمام هذه المحاكم بعقوبات مختلفة
وكان لشخصية الجاني اعتبارها فالجريمة التي يرتكبها الشريف يعنى منها أو
يعاقب عليها بأثقل العقوبات وإذا أتاها الرجل العادى عوقب بأقسى العقوبات
وكانت بعض الاعمال إذا أتاها الأشراف ورجال الدين يعفون منها وإذا فعلها
عامة الناس يحاسبون عليها حساباً شديداً .

هكذا كان حال القانون الوضعى إلى آخر القرن الثامن عشر حتى جاءت
الثورة الفرنسية لجأت المساواة أساساً من الأسس الأولى فى القانون .

ولسكن مع هذا لم يطبق هذا المبدأ تطبيقاً تاماً حتى وقتنا هذا إذ نرى
بعض الدول المتحضرة الآن تؤمن بالفوارق فلا يزال الرجل الأبيض يرى
لنفسه ميزة عن الرجل الأسود وليس أدل على ذلك مما تمنىه أمريكا اليوم
من جراء هذه التفرقة . وهذا يؤكد لنا أن قوانين المساواة عندهم لا تمدو
أن تكون حبراً على ورق وإنك لتلئس عدم المساواة فى الأمثلة الآتية :

١ - إعفاء رؤساء الدول الأجنبية : تعنى القوانين رؤساء الدول الأجنبية
من أن يحاكموا على ما يرتكبونه من الجرائم فى أى بلد غير بلادهم وهذا
الإعفاء يشمل رئيس أى دولة وحاشيته .

٢ - إعفاء المفوضين من السياسيين : وكذلك تعنى القوانين الوضعية المفوضين
السياسيين الذين يمثلون الدول الأجنبية من أن يسرى عليهم قانون الدولة التى
يعملون فيها ويشمل الإعفاء حاشيتهم وأعضاء أسرهم .

٣ - إعفاء ممثل الشعب : وتعنى القوانين الوضعية ممثل الشعب فى البلاد
النيابية من العقاب على ما يصدر منهم من الأقوال أثناء تأدية وظائفهم .
وقد أخذ الدستور المصرى بهذا الاتجاه .

وهذا التمييز اعتداء صارخ على المساواة إذ هناك من الأفراد من يشتغل بالمسائل العامة وله فيها تأثير كبير أكثر مما لأى عضو من أعضاء المجالس النيابية بالرغم من ذلك فهم محرومون من مثل هذه الحصانة .

٤ — التمييز بين الفقراء والأغنياء :

وتميز القوانين الوضعية الأغنياء على الفقراء فى كثير من الحالات ومن أمثلة ذلك فى القانون المصرى ترى أن قانون تحقيق الجنايات المصرى يجيز للمتهم المحبوس أن يعترض على حبسه فينظر اعتراضه أمام القاضى والاخير أن يفرج عن المحبوس بضمان مالى (١) .

وفى تقرير مبدأ الضمان المالى خروج على مبدأ المساواة لان التقى هو الذى يستطيع دائما أن يدفع الضمان المالى فيخرج من حبسه .

أما الفقير فهو فى أغلب الاحيان عاجز عن دفع الضمان فيظل رهين محبسه وقد يكون له اولاد يرعاهم يضيعون بحبسه وقد تقضى المحكمة ببراءته بما نسب اليه فتكون النتيجة أنه حبس لا لانه أجرم بل لانه عاجز عن دفع الكفالة أو بتعبير آخر لانه فقير .

وبعد هذه المقارنة يتضح لنا أن القوانين الوضعية لم تسو بين الحاكمين والمحكومين ولا بين التقى والفقير ولا الرؤساء والمرءوسين .

ويسكفينا هذا القدر من المقارنة بين التشريع الاسلامى الالهى وبين القوانين الوضعية الارضية وقد ظهر من خلالها فضل تشريعات للرب الرحمن على قوانين بنى الانسان .

(١) المواد من ١٠٤ — ١١٠ من قانون تحقيق الجنايات المصرى.

الفقه الاسلامى

ودعوى تأثره بالقانون الرومانى

هذه مسألة أثيرت من زمن بعيد أثارها فئة غريبة لم تعرف عن الاسلام إلا معلومات سطحية لا تمثل الإسلام فى شيء فعلوا ذلك ليشكوا بسطاء المسلمين فى فقههم فيولوا وجوههم نحو ما عندهم من الفقه .

وخلصة المسألة أن طائفة من المستشرقين زعموا أن الفقه الاسلامى استمد بعض أصوله وقواعده من الفقه الرومانى .

وحجة هؤلاء أن الفقه الرومانى سبق الفقه الاسلامى فى الوجود فقد تم بناؤه قبل أن يوجد الفقه الاسلامى بأكثر من خمسين عاماً ومن المسلم به أن اللاحق يستمد من السابق .

ومن المعلوم أن الفقه الرومانى عاش فى عصر الزمان وقتنا طويلاين دراسة العلماء وعناية الملوك .

وينقل التاريخ لنا أن الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يسافرون بتجارهم إلى الشام وهى إذ ذاك تحت الحكم الرومانى تدرس فيها القوانين الرومانية وأمدوا بها فقههم .

والدليل على ذلك ما نراه من تشابه فى الفقهاء فى قواعدهم كالبينة على المدعى واليمين على من أنكر وقاعدة المصالح المرسله فإنها بعينها مبدأ المنفعة فى الفقه الرومانى كما أن قاعدة الإقليمية الأحكام مقررة فى الفقه الاسلامى — أى إذا دخل غير المسلمين بلاد المسلمين خضعوا لحكم الاسلام — وهى بعينها موجودة عند الرومانيين .

الرد على هذا الزعم :

وهؤلاء نقول لهم: إن مجرد السبق في الوجود لا يلزم منه أن الفقه الإسلامي قد تأثر بالفقه الروماني .

وأن سفر الصحابة رضوان الله عليهم إلى بعض البلاد بقصد التجارة لم يتعد شبة الجزيرة إلا نادراً .

وعلى فرض حصوله فخرجهم للتجارة لا يستلزم منه تعلم هذه القوانين؛ ثم إنه لا يعقل أن تنتقل قوانين وضعية رومانية وتنسب إلى الله والشريعة الإسلامية والله سبحانه وتعالى يقول «وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحى يوحى» (١) .

على أن الفقه الروماني قد كمل في عهد القيصر جوستينيان حيث جمعه في سنة ٥٢٩ بعد الميلاد وبموته سنة ٥٦٥ ضعف ذلك الفقه باضمحلال الدولة الرومانية وجعل الناس ولم يعد يدرس كما كان، والإسلام بدأ بعد ذلك بنصف قرن فكيف يتأثر هذا بقانون انزوى وسط الكنائس والمعابد ؟

بقيت ملاحظة أخيرة في مسألة التشابه بين الفقهاء ، وهي :

إن كثيراً من الأسس والقواعد التي تنظم قانون العقوبات ، والموارث والأحوال الشخصية — حسب الاصطلاح الحديث — كانت معروفة عند قدماء المصريين والإغريق وغيرهم من الأمم السابقة على الرومان ، ومع ذلك لم يقل أحد إن الإسلام تأثر بها .

ولا يقال كذلك :

إن الإسلام أقر بعض ما كان عند العرب وبعضها مأخوذ من القانون الروماني لأن إقرار هذه المعاداة والمعاملات لا يعتبر أخذاً أو تأثراً لأن

الاسلام لم يأت للهدم بل جاء للبناء ، ولذلك أقر الصالح من العادات وهدم
الفاسد وهدب ما احتاج إلى التهذيب .

على أن الفقه الاسلامي بنى على العدالة المطلقة من أول الامر فلا ينظر إلى
الأفراد إلا بقدر ما يصلح المجتمع .

وأما الفقه الروماني فقد بنى في أول الامر على أن الحق للقررة فيقدر قوة
الفرد أو الجماعة يكون نصيبه من التشريع فقد كان الناس في زمنه طبقات
وأحكامه وضعت على نظام الطبقات حتى إنه كان يعتبر الايذاء الذي يقع على
الشريف أفظع مما يقع على غيره من عامة الناس وعقوبة الشريف إذا جنى
جناية تكون أقل مما يعاقب به غيره .

فأين هذا مما قرره الاسلام من أول الامر على لسان الرسول الكريم
فيقول وأما الناس إنما ملك من كان قبلكم لأنهم كانوا إذا سرق فيهم
الشريف تركوه وإذا سرق الضعيف قطعوه وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد
سرت لقطعتم يدها .

ويقول لبني هاشم يا بني هاشم لا أغنى عنكم من الله شيئاً .

وإذا كان هذا أساس الفقهاء فكيف يتأثر الفقه الاسلامي الكامل بقانون
وضع ناقصاً في أول الامر ثم أخذ يطلب الكمال؟

ثم نقول لهؤلاء أيضاً إن فريقكم هذه نشأت عن جهلكم لحقيقة الفقه
الاسلامي لأن من يستعرض الفقهاء يجد أن كلا منهما قد امتاز بخصائص لم
توجد في الآخر .

ففي الفقه الاسلامي نظم لا أصل لها في القانون الروماني ، كالوقف والشفعة
وموانع الزواج من الرضاع ، ونظام التعزير — وهو ترك تقدير العقوبة
القاضي حسب اجتهاده — والحد من تصرفات المريض مرض الموت لحق القربان .

والورثة في الوقت الذي لا يعرفها القانون الروماني .
كما انفرد القانون الروماني بنظم لا وجود لها في الفقه الاسلامي .
كنظام السلطة الابوية (كان يقرر أن ولاية الاب تستمر على ابنه مطلقا
مادام الاب حراً على قيد الحياة وتبقى حتى يأتى التحرير من الاب) .
والسيادة الزوجية والوصاية على المرأة ونظام التبني الذي ألغاه الإسلام
وأهدره .

وهناك نظم مشتركة بينهما ولكن قواعدها مختلفة بينهما أشد الاختلاف
فالقانون الجنائي موجود فيهما وشتان ما بينهما . ونظام الزواج مقرر فيهما
لكمه فردى عند الرومان ومتعدد عند المسلمين ، ونظام الموارث كذلك
غير أن المرأة لها مثل ما للرجل عند الرومان وهى على النصف من الرجل
فى الاسلام . والطلاق حق مقرر فيهما ولكنه من حق الزوج فى الاسلام
ومشترك بين الزوجين عند الرومان . والعقود مشروعة فى كل منهما لكنها
تقوم على الشككية فى القانون الروماني بخلاف الفقه الاسلامي فإنه لا يعرف
الشككية لان أساس التعاقد فيه قائم على القراضى .

فلو كان التأثير موجوداً بين الفقهين لوجد على الأقل التشابه بين الانظمة
المشتركة بينهما .

وبعد تلك المناقشة مع هؤلاء نقول لهم لو كنتم منصفين حقاً لتعلم عكس
هذا القول وحسبنا أن نرد عليكم بما قاله أحدكم د فى أوائل القرن الحادى عشر
ذهب د هربرت القرنسى ، مع أخوانه من أنصار العلم والحق الذين يتلقون
العلوم فى مدارس الأندلس الاسلامية وفى جهلها الفقه الاسلامي وكانوا يترجمون
دروسهم إلى لغتهم ولما كانت الحقوق عندهم رديئة والقوانين ظالمة مشوشة
فذكروا فى نقل ما يلائمهم من الفقه الاسلامي وأقنعوا ملوكهم بذلك .

وأخيراً انفقوا على ذلك بشرط أن تسمى باسم الشرائع الرومانية أو القانون المدني ويمزوه لعلاء الحقوق منهم نتيجة لبعثهم لأنه أخذ من الفقه الإسلامي . كيلا ينفرد منه المسيحيون المتعصبون لديهم ، هكذا يقرر المؤرخ الألماني « موسيم في تاريخ الكنيسة ، وبما أقره المؤتمر الدولي للقانون المقارن في دورته الثانية في مدينة لاهاي سنة ١٩٣٧ م : من أن الشريعة الإسلامية تعتبر تشريعاً مرناً مستقلاً بذاته ليس مأخوذاً من غيره (١) . والله أعلم .

(١) راجع بحثاً في هذا الموضوع في مجلة الأزهر ٧ / ٢٦٤ للاستاذ سيد عفيق : فلسفة التشريع في الإسلام ص ٢٢٩ - ٢٥٠ للدكتور مسبحي الحصان تاريخ الفلسفة في الإسلام : عبد الهادي ريدو ص ٤٢ .

القسم الأول

ويشتمل على البحوث التالية :

- ١ - الأدوار التي مر بها الفقه الإسلامى .
- ٢ - المذاهب الفقهية المشهورة .
- ٣ - مصادر الفقه الإسلامى .
- ٤ - الاجتهاد والاتباع .
- ٥ - أسباب الاختلاف بين الفقهاء .
- ٦ - دراسة بين القواعد الكلية للفقه الإسلامى .

المبحث الأول

الأدوار التي مر بها الفقه الاسلامي

الفقه الإسلامي مثله في هذا الشأن كماي كآن حمي تمتره عوامل النمو والارتقاء والضعف وهل هذا الأساس مر الفقه الإسلامي بأدوار نجمها في خمسة :

الدور الأول : دور النشأة وهو يتناول الحياة القانونية للعرب عند بعثة الرسول والتشريع في عهد الرسول ﷺ وينتهي بوفاة الرسول ﷺ في سنة ١١ هـ .

الدور الثاني : ويتناول التشريع في عصر الخلفاء الراشدين وكبار التابعين . وقد استمر هذا الدور إلى سقوط دولة بني أمية ١٣٢ هـ .
الدور الثالث : دور النضج والكمال وينتهي في منتصف القرن الرابع الهجري .

الدور الرابع : دور التقليد وسد باب الاجتهاد وينتهي ١٢٨٦ هـ
الدور الخامس : دور اليقظة الفقهية الذي يبدأ بالحركة الفقهية التي ظهرت في تركيا ١٢٨٥ هـ وقت ظهور المجلة الشرعية ويستمر إلى الوقت الحاضر

الدور الأول

دور النشأة

حاج العرب قبل الإسلام :

من يريد أن يبحث في الفقه الإسلامى يجب عليه أن يلم بحال العرب قبل بعثة الرسول عليه الصلاة والسلام ليعلم ما مدى استفادة الفقه الإسلامى من القرية التي نبت وترعرع فيها .

ومن البديهي أن لكل مجتمع - مهما كانت قلته - علاقات تنشأ بين أفرادها ولا بد لهذه العلاقات من قانون ينظم تلك العلاقات .

والمجتمع العربى فى شبه الجزيرة (١) العربية قبل الإسلام لم يشذ عن هذا الناموس الطبيعى فلقد كانت له من القواعد والقوانين - وإن لم تكن على الوضع المعروف لنا اليوم - ما يصح أن يطلق عليها نظاماً قانونياً .

ومن الغريب أن يتصور بعض الناس أن حياة العرب كانت حينذاك على قدر كبير من الفوضى والاهمال والجهل والواقع خلاف ذلك إذ كان هناك العرب الرحل يسكنون الصحراء .

والذين يقطنون المدن كسكة أو المدينة وقد كان لهم علاقات بحيرانهم فكانت مكة بلداً تجارياً له علاقات تجارية مستمرة مع سوريا وكذا العراق واليمن . وكانت المدينة بلداً زراعياً وكان يقطنها يهود من العرب كانوا يعملون بالصناعة .

(١) وقد ظهر الإسلام فى بلاد العرب لأن سكانها كانوا خليطاً من أديان مختلفة حتى يمكن أن يتعرف المسلمون الحجج التي تبطل دعوى المخالفين. هذا وقد نبتت الأديان الثلاثة التي يدين بها أكثر العالم حول هذه المنطقة فاليهودية نبتت من صحراء سيناء والنصرانية من فلسطين والإسلام من صحراء العرب. د . سلام مذکور ص ١٠ فى تاريخ التشريع الإسلامى .

فكانت من الطبيعي إزاء تلك المعاملات أن توجد قوانين ونظم تحكم تلك العلاقات .

وكان للعرب وقتئذ كثير من العلاقات والنظم .

فن ناحية الاسرة كان لهم أنظمة تتعلق بالزواج والطلاق والميراث وكان لهم محارم يحرمونها كالأمهات والبنات والأخوات .

وكان عندهم بعض أنواع العقوبات التي تحارب الحرمة كالعصا والديات والقسامة (وهي حلف خمسين يمينا من أهل المخطة التي وجد فيها القتييل يتخبرهم ولي الدم بأنهم ماقتلوه ولا عرفوا قاتله) فيمنضى على أهل المخلة جميعا وكان لهم عقوبات على جرائم السرقة والزنا .

كذلك عرف العرب في الجاهلية كثير من ضروب المعاملات كالبيع والرهن والشركة والمضاربة والاجارة والسلم .

وعلى أية حال فان هذه النظم التي كانت موجودة عند العرب حينذاك لم تكن لها خصائص القوانين المعروفة لنا الآن حيث لم تكن هناك سلطة معينة محددة سوى شخص رئيس القبيلة .

ومن ثم فلم تكن لتلك النظم وهذه القوانين من قدزة على تكوين مجتمع صالح ومن اجل ذلك دعت الضرورة إلى البعث الاسلامي .

بعثة الرسول : وقد بعث رسول الله إلى الناس كافة في سنة ٦١٠ م ، وحينذاك بدأ الوحي ينزل عليه من قبل الله تعالى واستمر على هذه الحال قرابة ثلاث وعشرين سنة ثلاث عشرة بمكة والباقي بالمدينة ولذا انقسم التشريع الاسلامي في هذه الفترة إلى قسمين :

الاول التشريع المسكي وهو ما كان قبل الهجرة .

الثاني التشريع المسكي المدني وهو ما كان بعد الهجرة .

التشريع المسكى : العقيدة هى الأساس الذى ينبى عليه كل ماغداه ومن هنا اهم التشريع المسكى أول ما اهم بإصلاح العقيدة .

١ - فدعا الناس إلى التوحيد وإفراد الله بالعبادة وردم عن الشرك .

٢ - ثم دعاهم إلى الايمان بالرسول والملائكة والبعث والحساب فى اليوم الآخر .

٣ - وحثهم على التحلق بمحاسن الأخلاق كالصدق والوفاء والاحسان والعدل .

٤ - ثم نرى القرآن فى تلك الحقبة زاخراً بالثناء على الله عز وجل ووصفه بأثاره فى الطبيعة .

٥ - ودعا الناس إلى التدبر فى آيات الكون .

٦ - ثم ساق قصص السابقين للعبارة بهم وما أصابهم من عذاب لكفرهم بآيات الله وما أعدده الله للمؤمنين من نعم دائم فى الآخرة .

وفى النهاية يلم بتعرض التشريع فى هذه الفترة لشيء من التشريعات العملية إلا ما كان له صلة بحماية العقيدة كتحريم الميتة والدم وما لم يذكر اسم الله عليه .

أو ما كان من عبادة عملية تربط بمخالفته وتجعل الخضوع لله وحده .

التشريع المدنى : لما أذن الله للنبي بالهجرة من مكة إلى المدينة بدأت حينذاك تتكون الدولة الإسلامية فى الوطن الجديد للمسلمين - المدينة -

وكانت مهمة الرسول فى ذلك الوقت ليست قاصرة على الأمور الدينية فحسب بل تعدتها إلى شئون السياسة والقانون .

ومن ذلك الحين اتجه التشريع الإسلامى إلى تنظيم الدولة داخلياً وخارجياً .

(٤ - مدخل)

١ - فن لاحية القضاء والحكيم :

أمر الله سبحانه وتعالى الناس : أن يحكموا بالعدل فقال د وإذا حكمتم
بين الناس أن تحكموا بالعدل ،

أمر الله سبحانه وتعالى الناس ألا يدلوا بأموالهم إلى الحكام لأكل
أموال الناس بالباطل .

د ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلو بها إلى الحكام لتأكلوا
فريقاً من أموال الناس ، بالاثم وأثم تعلمون ، وطلب إليهم أن يؤدوا الشهادة
ولا يكتموها ، ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه ،

ونهاهم عن شهادة الزور د والذين يشهدون الزور وإذا مروا باللغو
مروا كراماً ،

وطلب إليهم أن يكونوا قوامين بالقسط شهداء الله ولو على أنفسهم وبأيها
الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين
والأقربين إن يكن غنياً أو فقيراً فالله أولى بهما فلا تتبعوا الهوى أن تعدلوا ،
قواعد الحرب والجهاد : وفيها بيان من يجوز قتاله ومن لا يجوز وما
يكون عليه الأمر في تقسيم الغنائم ومعاملة الأسرى .

نظام الأسرة : فنظم الزواج والطلاق والنفقة والعدة حتى يستقيم أمر
الأسرة وألا تختلط الأنساب .

الموارث : ووضع التشريع في هذا العهد نظاماً للموارث جعل فيه الحق
للرأة فهي على النصف من الرجل في التركة وكانت قبل ذلك نسبياً منسياً .

المعاملات : ثم شرع جميع المعاملات التي يحتاج إليها الناس .

المقوبات : ولقد اهتم التشريع بالنظام العقابي فوضع عقوبات مقدرة
بالنسبة لجرائم الحدود كالقذف والزنا والسرقه والحراية .

ووضع عقوبات غير مقدرة بل ترك الحرية فيها لتقدير الحاكم بما يرى من مصلحة (وهو ما يسمى بجرائم التمييز وعلى العموم فلم يترك الإسلام ناحية من نواحي الحياة إلا وتناولها بالتنظيم المحكم

المسكى والمدنى من القرآن ويميزات كل منهما

للعلماء في المسكى والمدنى اصطلاحات أشهرها :

أن المسكى : ما نزل قبل الهجرة وفي سفر الهجرة قبل وصول النبي ﷺ إلى المدينة .

والمدنى : ما نزل بعد الهجرة سواء نزل بالمدينة أم بمكة عام الفتح أو عام حجة الوداع - أم يسفر من الأسفار .
يميزات كل من المسكى والمدنى .

لمعرفة المسكى والمدنى طريقان : أحدهما سماعى والآخر قياسى فالسماعى ما وصل إلينا نزوله بأحدهما : وأما القياسى فقد استنبط العلماء ضوابطها يعرف كل من المسكى والمدنى وإليك بيانها :

أولا : آيات المسكى ليس فيها شيء من التشريع التفصيلى كبيان الفرائض والحدود بل معظم ما جاء فيها يرجع إلى المقصد الأول من الدين من توحيد الله تعالى وإقامة البراهين على وجوده والإيمان باليوم الآخر والحث على مكارم الأخلاق التى بعث الرسول ﷺ ليكملها وضرب الأمثال بالأمم السابقة وما أصابها عند ما خالفت رسلها .

أما التشريع التفصيلى المقرر للأحكام المبين للفرائض والحدود فقد نزل بالمدينة .

ثانيا : آيات المسكى غالباً قصيرة بخلاف الآيات المدنية وشاهد ذلك : سورة الأنفال مدنية وآياتها خمس وسبعون آية وسورة الشعراء مكية وآياتها سبع وعشرون ومثلاً آية وكل منهما نصف جزء من القرآن .
وجزه قد سمع مدنى على خلاف فى (الصف والتغابن) وآياته سبع

وثلاثون ومائة آية ، وجزءه هم مكى ، وآياته سبعون وخمسة آية-

ثالثاً : كل سورة أولها حرف تهج سوى البقرة وآل عمران أو فيها يا أيها الناس أو يا بني آدم فهي مكية .

أما المدنى فالغالب أن يكون الخطاب فيه (يا أيها الذين آمنوا) ولم يرد في المدنى الخطاب بيا أيها الناس إلا في سورة البقرة والنساء والحجرات ، أما سورة الحج فبعضها مكى وبعضها مدنى وقد ورد الخطاب فيها بيا أيها الناس ويا أيها الذين آمنوا .

رابعاً : كل سورة فيها ذكر المنافقين - سوى العنكبوت - مدنية لأن المنافقين لم يكرهوا بمكة .

خامساً : كل سورة فيها قسم بالله أو باليوم الآخر أو بالبعث أو بالقرآن وغير ذلك فهي مكية ، وقد جاء القسم بذلك ثلاثين مرة بمكة ولم يأت قسم في السور المتفق على أنها مدنية وإنما جاء القسم مرة واحدة في سورة التغابن وهي مختلف فيها كما سبق (زعم الذين كفروا أن لن يبشعوا قل بلى وربى لتبشعن (١) آية ٧ .

سادساً : كل سورة فيها سجدة أو كلمة كلا فهي مكية وقد لاحظ بعض المستشرقين ما لاحظوه علماؤنا المتقدمون في وسائل معرفة المنكى والمدنى ، وإن نظرة عامة على الآيات التي تتعلق بأمر الدعوة إلى التوحيد مثلا مما تتجلى فيه القوة الفياضة في القول لا بد وأن تجعلها سابقة على الآيات التي تتعلق بالأحكام مما يتجلى فيه الهدوء والارسال .

كما أن الأول يلزمه القصر بخلاف الثانى الذى يلائمه الطول (١).

(١) انظر تاريخ الفقه الإسلامى د . يوسف شلى / ٣٢ والاتقان فى علوم القرآن للسيوطى ١٠/٢ .

طريقة التشريع في عهد الرسول عليه السلام :

كانت سلطة التشريع في هذا العهد للرسول صلى الله عليه وسلم وحده وكان هو المصدر الوحيد الذي يرجع إليه - في كل أمور التشريع - أو من ينبيه في الأمصار المختلفة .

فكان إذا نزل بالمسلمين نازلة تقتضى بيان الحكم رجعوا إلى النبي صلى الله عليه وسلم باعتباره المرجع الوحيد لهم .

وكان الرسول بدوره ينتظر الوحي (بنوعيه المتلو وهو القرآن وغيره وهو السنة) وكل من عند الله (وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى) لبيان تلك المسألة فإن نزل وحي كان بها وإلا اجتهد في حكم الواقعة مستهدياً بما نزل من أحكام ومستضيئاً بروح التشريع وأغراضه فإن أصاب وجه الحق أقره الله عليه وإن أخطأ به إلى الخطأ وأوحى إليه بوجه الصواب .

لأنه صلى الله عليه وسلم قد يخطئ (١) في اجتهاده غير أنه لا يقر على خطئه لأن الله قد جملة قدوة فلا يمكن أن يتركه إذا وقع منه خطأ دون أن يوحى إليه بوجه الصواب لأن تركه كذلك يكون تمكيناً للخطأ . وكان التشريع في عهده صلى الله عليه وسلم واقعياً لا نظرياً حيث لم يقم على تخيل الحوادث أو افتراضها وإنما كان يسير مع الحوادث .

فكان إذا عرض للمسلمين أمر يقتضى بيان الحكم رجعوا فيه إلى النبي صلى الله عليه وسلم ليحكمم فيه بما يوحى إليه أو باجتهاده . ولهذا نرى أن كثيراً من آيات الأحكام والسنة المتعلقة بالأحكام جاءت جواباً لسؤال أوردوا على استفتاء أو قضاء ومنها القرآن .

١ - يسألونك عن الشهر الحرام قتال فيه قل قتال فيه كبير .

(١) المراد: ترك الأولى

- ٢ — يسألونك عن الجتر والميسر قل فيهما لائم كبير ومنافع للناس وإلهما أكبر من نعمهما .
- ٣ — ويسألونك ماذا ينفقون قل العفو .
- ٤ — ويسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن .
- ٥ — يسألونك عن الأنفال قل الأنفال لله والرسول .
- السنة — ومن هذا القبيل كانت السنة النبوية .

١ — ومنها ما رواه مسلم وغيره عن جرير بن عبد الله قال : سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن نظر الفجأة فقال « اصرف بصرك » .

٢ — ومنها ما رواه الجماعة عن ابن مسعود قال : سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أى العمل أحب إلى الله قال الصلاة فى وقتها قلت ثم أى قال : بر الوالدين قلت ثم أى قال الجهاد فى سبيل الله حسدنى بهن ولو استزدته لوادنى .

٣ — وما رواه أبو هريرة قال : سأل رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله إنا نركب للبحر ونحمل معنا القليل من الماء فإن توضعنا به عطشنا أفنتوضأ بماء البحر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هو الطهور ماؤه الحل ميتته .

مصادر التشريع فى هذا المعنى :

الوحى بقسميه . هو المصدر الوحيد للتشريع فى هذا المعنى — قرآنا أم سنة والقرآن هو ما كان لفظه ومعناه من عند الله تعالى أما السنة فمنها ما من عند الله أما ما يتعلق بالألفاظ فهى من عند الرسول وكل وحى من الله تعالى .

القرآن . هو المصدر الأول للتشريع الاسلامى .

وقد أحاط بجميع الأصول والقواعد التى لا بد منها فى كل قانون ونظام
وجاءت فيه كل التشريعات التى يحتاج إليها البشر فالقرآن فيه بيان لكل شىء .
وهذا ما يشهد به قوله تعالى (ونزلنا عليك الكتاب تبيانا لكل شىء)
١ - فالقرآن تبيان لكل شىء من حيث إنه أحاط بجميع الأحوال ،
والقواعد التى لا بد منها فى كل قانون ونظام .

كوجوب العدل والشورى ورفع الحرج ودفع الضرر ورعاية الحقوق
لأصحابها وأداء الأمانات إلى أهلها والرجوع إلى أهل الذكر .
٢ - وهو كذلك تبيان لكل شىء لأنه أحاط بأصول ما يلزم لحفظ
المقاصد الخمسة - وهى الدين والنفس والنسل والعقل والمال تلك المقاصد
التي لم تأت الشرائع إلا لخدمتها .

أما السنة : فهى المصدر الثانى للتشريع وقد جاءت مكتملة للقرآن ومبينة له
وشارحة ومفسرة كما يشهد لذلك قوله تعالى (وأنزلنا إليك الذكرا تبين للناس
ما نزل إليهم) .

فالسنة هى أقوال الرسول وأفعاله وتقريراته - (فبما إذا رأى شخصا
يفعل فعلا باجتهاده ويصيب فيه فيقره على فعله بتحسينه أو بترك إنكاره) -
وإليك بعض الأمثلة التى بينتها السنة :

١ - أمر الله سبحانه وتعالى بالصلاة بقوله تعالى (أقيموا الصلاة) ولم
يبين لنا أوقات الصلاة أو عددها وعدد الركعات وكيف تؤدى فجاء النبي وبين
كل هذه الأمور فصلى أمام الناس وقال (صلوا كما رأيتمونى أصلى) .

٢ - وكذلك الأمر فى الزكاة فطالب الله الناس بأداء الزكاة بقوله تعالى
(وآتوا حقه يوم حصاده) وقوله (وآتوا الزكاة) ولم يبين الأموال أو الحبوب

أو الثمار التي يجب فيها الزكاة أو ما هو النصاب الواجب فجاءت السنة وبينت كل ذلك .

ثم نرى بعد ذلك أن السنة قد استقلت ببعض الأحكام التي لم تر لها وجوداً في القرآن الكريم كبراث الجدات وزكاة الفطر ورجم الزاني المحصن وحل ميتة البحر .

اجتهاد الرسول :

مسألة اجتهاده ﷺ احتدم فيها النزاع بين الأصوليين فمنهم من يميزه ومنهم من يئمنه ولما كنا نرى أن الرأي الذي يشهد له الدليل ويؤيده الواقع أن الرسول ﷺ — يجوز له الاجتهاد فيما ليس فيه نص من الوحي . وأنه اجتهد فعلاً وقد يقع الخطأ في اجتهاده غير أنه لا يقر عليه .

ما الحكمة من اجتهاد الرسول :

الرسول ﷺ كان ينزل عليه الوحي فلم يكن في حاجة إلى بيان إذن ما السر في اجتهاده وإذنه لأصحابه في الاجتهاد .

١ — والسر في هذا أنه ﷺ أراد أن يعلم الناس الاجتهاد والاستنباط ويبين لهم كيفية أخذ الأحكام من الأدلة .

٢ — ولأن هذه الشريعة خاتمة الشرائع — فلا نبى بعد محمد عليه السلام ولا وحى ينزل من بعده — وقواعدها قد جاءت كلية لم تتعرض لتفاصيل أو جزئيات والنصوص فيها محدودة متناهية والحوادث متجددة .

فكان اجتهاده صلى الله عليه وسلم بياناً للمالم الطريق التي يسير عليها العلماء حين بعده لينهجوا نهجه . ويستنبطوا الأحكام من مصادرها .

وبذلك يكون الفقه الاسلامي قادراً على مسايرة الزمن وتكون ما الحكمة في خطبه ﷺ في بعض مسائل الاجتهاد — وإن كان لا يقر عليه ...

١ - هو تشجيع العلماء حتى لا يتهيبوا الفتوى ويخافون الاجتهاد خشية الوقوع في الخطأ فهو فتح ابواب الاجتهاد بأوسع معانيه وإن وقع الخطأ في اجتهادهم فلقد أخطأ من هو أفضل منهم وهو صلى الله عليه وسلم ، وهذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى .

٢ - عدم تسرع الناس بالتنديد بالعلماء الذين يقع الخطأ في اجتهاداتهم وقد أذن صلى الله عليه وسلم لاحد أصحابه أن يجتهد في حضرته فلما تخرج الصحابي خوفاً من الوقوع في الخطأ قال له عليه السلام : إن أصبت فلك أجران وإن أخطأت ، لك أجر .

أمثلة من اجتهاد الرسول عليه الصلاة والسلام :

١ - من اجتهاداته عليه السلام التي استعمل فيها القياس أن امرأة جاءت به وقالت يا رسول الله إن أمي ماتت وعليها صرم نذر أفأصوم عنها ؟ قال رأيت لو كان على أمك دين فقضيته أكان يجرى عنها ؟

٢ - إذنه صلى الله عليه وسلم للطائفة التي تخلفت عن غزوة تبوك ، وكان فيهم الصادق والكاذب لما ساقوه من أعذار فعاتب الله رسوله حيث لم يتحرر صدق ولا كذب كل منهم حيث قال (عفا الله عنك لم أذنت لهم حتى يتبين لك الذين صدقوا وتعلم الكاذبين)

٣ - اجتهاده صلى الله عليه وسلم في غزوة بدر حيث نزل في مكان يبعد عن الحياض فقال له الحباب بن المنذر أهذا منزل أنزلك الله فلا تعدل عنه ؟ أم هو الرأى والحرب والمكيدة ؟

قال الرسول : بل إنه الرأى والحرب والمكيدة .

قال الحباب : فإنى أرى أن تنزل على الماء وتأخذ الحياض ، فوافقته النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك ...

أمثلة من اجتهاد الصحابة :

لم يكن الاجتهاد وفقاً على الرسول وحده بل نراه مع ذلك يأذن لأصحابه بالاجتهاد في غيبته وحضرته وكان يقرهم عليه إن صابوا أو ينكرهم عليهم إن أخطأوا :

١ - فقد أذن الرسول عليه السلام لعمر بن العاص بالتضام في خصومة في حضرته فقال عمرو الرسول عليه السلام كيف أجتهد يا رسول الله وأنت حاضر ؟ فقال عليه السلام : اجتهد يا عمرو فإني أصبت فلك أجران وإن أخطأت فلك أجر .

٢ - وما رواه الامام أحمد عن معاذ بن جبل : أن رسول الله ﷺ حين بعثه إلى اليمن قال له يا معاذ : كيف تصنع إن عرض عليك قضاء ؟ قال أفضى بما في كتاب الله قال : فإن لم يكن في كتاب الله قال بسنة رسول الله قال فان لم يكن في سنة رسول الله قال أجتهد رأيي لا آلو قال : فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدرى ثم قال الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يحب الله ورسوله . ولنا في هذا المقام ملاحظتان :

الاولى : أن رسول صلى الله عليه وسلم قد اجتهد فيما لم ينزل فيه وحى وأذن لأصحابه بالاجتهاد وبذلك رسم الطريق للعلماء ليأخذوا أخذه من بعده حتى يكون الفقه الاسلامي قادراً على مسايرة الزمن .

الثانية : أن الفقه الاسلامي في العصر النبوي كان مصدره الاساسي في التشريع الكتاب والسنة وأن كل ما ثبت بالاجتهاد كان راجعاً إلى الوحي .

مميزات التشريع في هذا العصر :

امتاز التشريع في هذا العصر عن بقية عصور التشريع بمخاتص أهمها :
أولاً : أن الشريعة قد اكتملت من حيث النصوص والقواعد والاصول

ينزل آية د اليوم اكملت لكم دينكم واتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً ، ووفاته صلى الله عليه وسلم حيث انقطع الوحي وانتهى التشريع حينذاك ولم يبق بعد ذلك إلا الاجتهاد .

ثانياً : أن سلطة التشريع في هذا العصر كانت للرسول وحده أما ما صدر من اجتهادات لبعض اصحابه فلا تعتبر تشريعاً إلا إذا أقرها الرسول عليه السلام مستلهماً ذلك الوحي بقسمية (القرآن والسنة) وكان نتيجة لذلك أنه لم يقع خلاف في المسألة الواحدة .

ثالثاً : بأن الفقه في هذا العصر كان واقعياً لا نظرياً بمعنى أن الناس كانوا يبحثون عن أحكام المسائل التي تقع فقط ولم تكن الحوادث تفترض أو تتخيل ...

رابعاً : كان من نتيجة ذلك أن الفقه الإسلامي نشأ متتابعاً (لا جملة واحدة) حسب الوقائع والنوازل .

خامساً : أنه ﷺ لم يترك لاصحابه فقهاً مدوناً أو مكتوباً وإنما الذي تركه هو جملة من القواعد الكلية والاصول والأحكام متفرقة في القرآن والسنة بعد أن نبه عقولهم إلى علل الأحكام وأسرار التشريع وعلمهم طريقة الاستنباط على وجه يحقق المصلحة للناس .

الدور الثاني

عصر الصحابة والتابعين

بدأ هذا الدور من وفاة الرسول عليه السلام سنة إحدى عشرة من الهجرة إلى سقوط الدولة الأموية سنة ٥١٣٣ هـ، وهذا الدور يشمل مرحلتين متميزتين في بعض الخصائص والسمات التشريعية .
أما المرحلة الأولى فهي عصر الخلفاء الراشدين وتبدأ المرحلة الثانية ساعة تولى الأمويين أمور المسلمين إلى نهاية ذلك الدور .

المرحلة الأولى من الدور الثاني

عصر الخلفاء الراشدين

كان الرسول ﷺ في حياته هو المرجع الأعلى للتشريع فكانت تعرض عليه القضايا فيقضى فيها أو يسأل فيجيب ويستفتى فيفتى معتمداً في كل ذلك على الرحي فلما لحق ﷺ بالرفيق الأعلى ترك أصحابه من خلفه الذين حضروه وشاهدوا أفعاله والذين مروا على طريقة الفهم والاستنباط وترك فيهم القرآن والسنة بما يشتملان عليه من قواعد وأصول صالحة للبناء والتفريع وتشريعات جزئية صالحة للتنظير والقياس .

بدء تطور الفقه : بعد وفاة الرسول امتد سلطان الإسلام إلى ما وراء حدود الجزيرة ففتح الشام والعراق ومصر وفارس ، وكان لهذه البلاد عادات وأعراف لم تكن معروفة لدى العرب فواجه المسلمون بهذا الفتح مسائل في كل شأن من شؤون الحياة تحتاج إلى تشريع لم يكونوا يحتاجون إليه في جزيرة العرب .

ثم هذه الحروب المتوالية والفتوحات الجريئة كانت تتطلب وضع قواعد لحقوق المحاربين وأنظمة للشعوب المفتوحة إلى غير ذلك من الشؤون الداخلية والخارجية .

لذلك كانت الحاجة ماسة إلى تعقيد ذلك كله وتنظيمه فبدأ الفقه حينئذ وأخذ يتطور ويخطو خطواته الأولى بعد وفاة الرسول مباشرة .

طريقة التشريع في عصر الخلفاء الراشدين : انتقل سلطان الفقه والقوى

والقضاء — بعد وفاة الرسول — إلى الخلفاء الراشدين ، فكان إذا عرضت لهم خادعة أو نزل بهم أمر بحثوا عن الحكم في كتاب الله فإن وجدوه أمضوه . وإن لم يجدوه بحثوا عنه في سنة رسول الله وسألوا الناس هل فيهم من يحفظ في هذا الأمر حديثاً أو قضاء عن رسول الله ؟ إن وجدوه وأمضوه وإلا اجتمعوا في تعريف حكمه .

وكان اجتهادهم رضوان الله عليهم في المسائل التي لم يرد فيها نص من كتاب أو سنة قد يؤدي إلى الإجماع على حكم وقد يختلفون ولا ينتهون إلى رأي واحد ومن هنا نعلم أن مصادر التشريع في عصر الخلفاء الراشدين هي الكتاب — السنة — الإجماع — الرأي .

مسلك الصحابة في مصادر التشريع

القرآن : أما القرآن فهو كلام الله الذي أنزل على الرسول عليه السلام والمنقول إلينا بطريق التواتر الذي لا مجال للشك فيه .

لذا كان هو المرجع الأول الذي يجب الرجوع إليه ويجب على المسلمين العمل بما جاء به والأخذ بما دل عليه من أحكام متى كانت دلالاته عليها ظاهرة .
بينة ليس فيها خفاء .

وقد تكون دلالاته على الأحكام غير ظاهرة لسبب من الأسباب كالاشتراك في لفظه أو التخصيص في عامه أو التقييد في مطلقه . الأمر الذي أدى إلى وجود الخلاف بين الصحابة نتيجة اختلافهم في فهمهم للخفاء المذكور أضف إلى ذلك أن الصحابة رضوان الله عليهم ليسوا على درجة واحدة في أدوات الفهم فقد كانوا يتفاوتون في العلم بلغتهم فمنهم من كان واسع الاطلاع فيها ومنهم من هو دون ذلك ومنهم من لازم الرسول فعرف أسباب النزول ما لم يتيسر لغيره فضلا عن تفاوتهم في العقلية والدرجة العلمية .

السنة :

أما السنة فهي المصدر الثاني للتشريع : ويجب العمل بها متى صححت وثبتت عن رسول الله لكن السنة منها المتواتر وهو قليل ومنها غير المتواتر وهو كثير فهي على عكس القرآن فقد ثبت جميعه بطريق التواتر .

كما أن روايتها من الموثوق به ومنهم غير الموثوق به ومن هنا تشدد أبو بكر وعمر في رواية الحديث والإكثار منه مخافة الوقوع في الكذب فكانا لا يقبلان من الأحاديث إلا ما شهد به الثمان أنهما سمعا من رسول الله ﷺ . وكان علي بن أبي طالب يستحلف الراوي على صدق روايته .

الإجماع :

كان إجماع المجتهدين في ذلك العصر أمراً ميسوراً لأن جميع الصحابة وخاصة المجتهدين منهم كانوا في المدينة وسيدنا عمر رضي الله عنه كان لا يسمح لأحد منهم بمغادرة المدينة إلى الأمصار الأخرى المفتوحة إلا عند الضرورة القصوى فكان من السهل جداً اجتماع أهل الفتوى وإصدار حكم جماعي في المسألة . ولم يكثر تفرق الصحابة في الأمصار إلا في زمن عثمان .

الرأى :

كان الرأى فى هذا العصر أوسع مدلولاً فـكان يشمل القياس والاستحسان وسد الذرائع ومن هنا فقد عرفه ابن القيم : ما يراه القلب بعد فـكـر وتامل وطلب لمعرفة وجه الصواب بما تتعارض فيه الامارات .
وكان الرأى فى هذا العصر تقوم عليه أكثر مسائل الفقه :

الحاجة إلى استعمال الرأى :

نحن نعلم أن نصوص الكتاب والسنة محدودة والنوازل متجددة متسكّرة لا تقف عند حد فـكان لا بد والحالة هذه من استعمال الصحابة للرأى لمواجهة هذه النوازل وسد حاجة الناس فى التشريع لتلك الامور المتجددة .
وأول ما كان من ذلك مسألة الخلافة ومسألة الردة :

مسألة الخلافة

فمسألة الخلافة لم يرد بشأنها نص من كتاب أو سنة فـكان لا بد حينئذ من استعمال الرأى وقد كان .

حينما كان رسول الله ﷺ على سرير الموت انشغل الناس فىمن يخلفه فاجتمع الانصار والمهاجرون فى سقيفة بنى ساعدة ليقرروا من هو الاجدر بالخلافه ودار حوار بين المهاجرين والانصار وانتهى الامر بإستناد الخلافه لابي بكر رضى الله عنه .

مسألة الردة:

واجه أبو بكر رضى الله عنه أول ما واجه حين توليه الخلافه امتناع بعض الناس عن أداء الزكاة مع إقرارهم بالإسلام فـإذا يصنع والحالة هذه

وتخصصاً أنه لم يحدث مثل هذه الأمور في عهده صلى الله عليه وسلم حتى يستضاء بها .
فكان لا بد من اللجوء إلى الرأي .

فقال عمر لا تقاتلهم لأن الرسول يقول : أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها فقال أبو بكر : ألم يقل بحقها؟ فن حقا إيتاء الزكاة كما أن من حقا إقامة الصلاة

محاولة تنظيم الرأي

لقد كان أبو بكر وعمر رضوان الله عليهما إذا لم يجدوا نصاً من كتاب أو سنة جماً رهوس الناس وخيارهم لمشورتهم فإذا اجتمعوا على أمر قضيا به . فكانت تلك محاولة منهما لتنظيم الرأي .

أشهر القائلين بالرأى

اشتهر كثير من الصحابة بالعمل بالرأى في فتاواهم كأبي بكر وعمر وابن مسعود وزيد بن ثابت وكان أبرزهم في هذا عمر بن الخطاب رضي الله عنه . فكان أكثر الناس إعمالاً للرأى ولم يتمسك بحرفية النص بل كان يفهم سره وروحه .

ولذا حرم المؤلفون قلوبهم ما كانوا يستحقونه بنص الكتاب لزال مقتضى الاستحقاق فإن الله أعز الإسلام وأغناه عنهم .

ولم يقطع يد السارق عام المجاعة لشبهة الاضرار

وحرم المعتدة تحريمها مؤبداً على من تزوجها في العدة لأن من تعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه

وأشهر من التزم طريقة عمر رضي الله عنه هو عبد الله بن مسعود فلقد سار على هذا المنهج وعمل به

التوفيق بين رأى والعمل به :

كيف توفق بين استعمال الصحابة للرأى وبين ما نقل عن بعضهم من ذم الرأى والتحذير منه من ذلك قول أبى بكر : أى أرض تقانى وأى سماء تظلى إن قلت فى آية من كتاب الله برأى وقول عمر : اتقوا الرأى فى دينكم وقوله : إياك والرأى فإن أصحاب الرأى أعداء السنن .

والجواب : أنه لا تعارض فى الحقيقة بين استعمالهم للرأى وما نقل عنهم من ذمه والتحذير منه فإن الرأى نوعان صحيح وباطل فالصحيح ما قام عن النظر الصحيح والفهم لمقاصد الشريعة وهذا ما عمل الصحابة بمقتضاه ، والباطل هو الرأى المجرد عن الدلائل والقائم على الهوى والضلال وهذا هو الرأى اللذوم الذى حاربه الصحابة .

أمثلة بما اختلف فيه الصحابة :

١ - اختلفت الصحابة فى عدة - ذوات الحيض - المطلقة - فقال أبو بكر وعمر وعثمان وجمع من الصحابة أن عدتها ثلاث حيضات وقالت عائشة وزيد ابن ثابت تمتد بثلاثة أطهار وسبب هذا الخلاف أن لفظ القرء فى قوله تعالى د والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ، مشترك بين الحيض والطهر لجمعه كل فريق على المعنى الذى اختاره لما ظهر له من القرآن .

٢ - اختلفت الصحابة فى توريث الإخوة مع الجدة فقال أبو بكر وابن عباس إن الجدة كالاب يحجب الإخوة أياً كانوا من الميراث لأن القرآن أطلق عليه لفظ الأب فى قوله تعالى : د وانبعث ملة آباء إبراهيم وإسحق ويعقوب ، وذهب على وزيد بن ثابت ووافقهما عمر إلى أن الأخوة لآب يرثون مع الجدة نظراً لتساويهما فى درجة القرابة فإن كلا منهما يدلى إلى الميت بالآب

٣ - واختلفوا كذلك فى عدة الحامل المتوفى عنها زوجها فقال عمر وابن مسعود عدتها وضع الحمل ، وقال على وابن عباس : تمتد بأبعد الاجلين (٥ - مدخل)

وضع الحمل أو عدة الوفاة أيهما أكثر وسبب الخلاف تعارض نصين في القرآن من حيث الظاهر فقد قال الله تعالى ، « وأولات الأحمال أجملن أن يضعن حملهن » فجعل عدة المطلقة الحامل وضع الحمل ، وقال « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً » فجعل عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام من غير تفصيل .

فذهب ابن مسعود إلى أن آية « والذين يتوفون منكم » خاصة بغير الحامل لتأخر آية « وأولات الأحمال » عنها في النزول .

وقال علي وابن عباس إنه يجب العمل بالآيتين معاً : فتكون كل آية منهما مخصصة للعموم الأخرى .

أسباب اختلاف الصحابة :

يرجع اختلاف الصحابة إلى أسباب هي :

١ - اختلافهم في فهم القرآن : وقد يكون هذا الاختلاف بسبب احتمال اللفظ لمعنيين كما في لفظ القرء المتقدم في الآية أو بسبب احتمال الحقيقة والمجاز كما في إطلاق لفظ الأب على الجد كما في قوله تعالى « واتبعته ملة آباء إبراهيم وإسحق ويعقوب » ، أو بسبب إلمام بعض الصحابة بأسباب النزول ومعرفة الغريب من اللغة على عكس البعض الآخر .

٢ - اختلافهم في السنة : ويرجع هذا إلى عدة أمور :

(أ) اختلافهم في العلم بالسنة فقد ظل الرسول ثلاثاً وعشرين سنة يحدث ويعمل ويرى أفعالاً يقرأها أو ينكرها ومن الصحابة من سارع إلى الدخول في الإسلام ومنهم من تأخر لإسلامه الأمر الذي يؤدي إلى اختلافهم في العلم بالسنة وبدوره يؤدي إلى اختلاف الأحكام .

(ب) تفاوتهم في العلم بالناسخ والمنسوخ : فقد يعلم الصحابي الحديث المنسوخ دون الناسخ فيبقى بالمنسوخ لجهله بالناسخ بينما يعلم الآخر بالناسخ

يفيقي به كحديث تطبيق اليدين في الركوع فقد أخذ به ابن مسعود ولم يطلع على أنه منسوخ .

(ح) اختلافهم في الثقة بالرواية : فقد يكون الراوي للحديث موثقاً به عند طائفة فيؤخذ بحديثه وغير موثق به عند آخرين فيرد حديثه .

٣ — اختلافهم في الرأي : نحن ندرك أن الرأي يختلف باختلاف الأزمنة كما يختلف نظراً لتفاوت الناس في أقوالهم وقوة إدراكهم .

قلة اختلاف الصحابة وأسبابها :

كان الاختلاف بين الصحابة محصوراً في حدود ضيقة وذلك للأسباب الآتية :

١ — تقرير مبدأ الشورى بينهم فإنه كان يؤدي غالباً إلى القضاء على الخلاف .

٢ — تيسر الإجماع لاجتماع كبار الصحابة والمعتين في مكان واحد وهو المدينة .

٣ — تورعهم عن الفتوى وإحالة بعضهم على بعض .

٤ — قلة النوازل لما جد فيما بعد .

٥ — قلة رواية الحديث : فإن الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يحذرون من الإكثار في الرواية خوفاً للكذب على رسول الله ﷺ فكان أبو بكر لا يقبل حديثاً من راو إلا إذا جاءه بشاهد على صدقه ، وكان عمر لا يقبل هو الآخر إلا إذا جاءه الراوي ببينة على أنه سمعه من الرسول ، وكان علي يهلف الراوي على أنه سمع الحديث من رسول الله .

ملاحظات على التشريع في هذا العصر :

ويلاحظ على التشريع في هذا العصر ما يأتي :

١ — أنه كان واقعياً يتبع الحوادث أي لم يكن قائماً على الفرض والتخييل

- ٢ — أن المسائل الخلافية كانت قليلة نظراً لما ذكرناه من أسباب .
- ٣ — أنه في هذا العصر وجدت اجتهادات تبعاً للمصلحة غيرت بعض الأحكام خصراً في عهد عمر كإسقاط سهم المؤلفلة قلوبهم .
- ٤ — أن الصحابة لم يتركوا فقها مدوناً يرجع إليه بل تركوا أحكاماً وفتاوى محفوظة في الصدور .
- ٥ — أن الصحابة لم يكونوا على درجة واحدة في استعمال الرأي فكان منهم من يتحرج في الأخذ به خوفاً للكذب والخطأ في دين الله وكان من هذه الطائفة ابن عمر وزيد بن ثابت .

المرحلة الثانية من هذا الدور

وتبدأ هذه المرحلة عقب الخلفاء الراشدين | ى عام ٤٠ هـ وتنتهى بسقوط دولة بني أمية أى في نهاية الثلث الأول من القرن الثاني الهجرى .

انتهت مرحلة الخلفاء الراشدين وشهد العالم الإسلامى في هذه الفترة هدوءاً واستقراراً فكانت مرحلة فتوحات وانتصارات ولم تكن هناك خلافات في وجهات النظر وظل الحال كذلك حتى مقتل عثمان رضى الله عنه فتغير الحال وكثرت الفتن والاضطرابات وانقسم العالم الإسلامى إلى فرق يذيق بعضها بأس بعض الأمر الذى أثر تأثيراً كبيراً في سير الحياة التشريعية في هذه الفترة فقد ظهرت بعض التغيرات السياسية وغير السياسية وتبع عن ذلك أن تأثرت الحياة التشريعية للمسلمين وتأثر تبعاً لذلك سير الفقه الإسلامى وهذه هى الأسباب التى أثرت في الحياة التشريعية :

- ١ — انقسام المسلمين بسبب اختلافهم في الخلافة ومن الأجدد بها إلى شيعة وخوارج وجمهور .
- ٢ — انصراف الأمويين إلى السياسة وابتعادهم عن سيرة السلف الصالح .
- ٣ — تفرق علماء المسلمين في الأمصار المختلفة في زمن عثمان وما بعده .

٤ - شيوخ رواية الحديث لمساعدت الحاجة إلى ذلك وتبسط ذلك ظهور
الوضايع للحديث .

٥ - انقسام الجمهور المعتدل إلى فريقين فريق يرى الوقوف عند النصوص
وهم أهل الحجاز والثاني يرى استعمال الرأي وهم أهل العراق .

ونفصل القول في ذلك فنقول .

١ - انقسام المسلمين

انقضى الشطر الأكبر من عصر الخلفاء وأمر المسلمين متحد وكلمتهم
سواء حتى مقتل عثمان بن عفان إذ كانت الفتنة الكبرى بقيام عدد من
الصحابة يطالبون بالخلافة لعلي بن أبي طالب وما كادت تسند إليه ، حتى
نازعه فيها الزبير بن العوام وطلحة بن عبيدالله و معاوية بن أبي سفيان . وكان
هؤلاء الثلاثة يرون أنهم أحق بالخلافة وأجدر بها وأقدر على استئصال
الفتن وخصوصا أن عليا لم يأخذ بحق عثمان ولم يحاسب الذين قاتلوه وكان
قادراً على ذلك وقد انتهى الأمر بقتل الزبير وطلحة في موقعة الجمل وظل
النزاع قائماً مع معاوية حتى إذا كانت موقعة صفين بينهما ولاح النصر فيها
لعلي لجأ معاوية إلى خدعته المعروفة لتلاق المزيمة وهي رفع المصاحف
على رؤوس الرماح وطلب الاحتكام إلى كتاب الله فيمن هو أحق بالخلافة
ومنا دب الخلاف في صفوف علي فطائفة ترى أن هذه خدعة لا يجب
الاستماع إليها والاستمرار في القتال وآخرون رأوا الاستجابة لمبدأ التحكيم
وارتضى علي فسكره هذه الطائفة حفاظا علي و وحدة جيشه وهذا التصرف
أغضب الفريق الآخر وخرجوا عليه وعدوه خائناً لمسألة الخلافة ومن هنا
سمى هؤلاء بالخوارج لأنهم خرجوا على علي ولم يرضوا بالتحكيم .

وأما الذين اتبعوه فقد سموا بالشيعية لأنهم شايعوه ونصروه واتبعوه هو
وآلوه من بعده ، وكما بين هؤلاء جمهور المسلمين الذين سلموا من الخروج

والتشيع وكان لكل فريق من هؤلاء مبادئ يفتردها عن غيره مما كان له .
أثره على الفقه .

مبادئ الخوارج

١ - رفض الخوارج مصادر فقهية بمعا عليها وقد أنكروا بعض الأحكام .
كرجم الزاني المحصن وحرمة الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها وقد كانت هذه
الأحكام محل إجماع المسلمين .

٢ - وجوب الخروج على الحاكم الجائر ومحاربة المنكر والفساد (من
غير نظر إلى اعتبار آخر)

٣ - أن الخلافة تكون بانتخاب حر من المسلمين ولا يهيم أن يكون
المخليفة قرشياً أو عربياً ما دام ذلك بالانتخاب الحر من المسلمين ، وإذا اختير
شخص وجب قبوله للخلافة وليس له أن يتنازل عنها ، وإذا انحرف وجب
عزله وإلا قتل .

مبادئ الشيعة :

وهم الذين شايعوا علماً ودانوا له بالولاء في حياته ولآله من بعده . وهم
يقولون بوجوب الخلافة لعلي ولآله من بعده لأن النبي صلى الله عليه وسلم
أوصى له بها ومن نازع في ذلك يعد عاصياً .

١ - أنهم لا يقولون بالإجماع كصدور من مصادر التشريع لأنه يلزم من
الاعتراف بالإجماع الاعتراف بأقوال غيرهم وهم يرفضون هذا .

وأنهم لا يقولون بالرأى لأن الدين لا يؤخذ بالرأى غير أن بعضهم حمل
بالرأى لما احتاج لمعالجة بعض المسائل التي لم يرد فيها نص .

٢ - أنهم ردوا جميع الأحاديث والفروع والأصول والأحكام الواردة
من غيرهم مهما ثبت صحتها .

وقد انقسم الشيعة إلى فرق أشهرها الزيدية والاسماعيلية والكسانية والإمامية الإثنا عشرية .

وأقرب هذه المذاهب اعتدالا إلى أهل السنة هم الزيدية .

بعض الأحكام التي وقع فيها خلاف بين الشيعة وأهل السنة .

١ — نكاح الكتابية يجوز عند أهل السنة ، لا يجوز عند الشيعة .

٢ — النساء تراث من المنقول والعقار عند أهل السنة ، الشيعة يرون

المنقول فقط .

٣ — نكاح المتعة حرام عند أهل السنة ، مباح عند الشيعة .

مدى الخلاف بين أهل السنة والشيعة :

إنه لم يكن هناك في الحقيقة خلاف في العقيدة الدينية وإنما كان أساس الخلاف هو من ناحية الحكومة والإمامة ووجهات النظر السياسية وقد أدى هذا الخلاف بدوره إلى اختلافهم في كثير من الفروع الفقهية التي ترجع إلى هذه الأحكام وكان مذهب الشيعة قريبا من المذاهب الإسلامية الأخرى .

٢ — أنصراف الأمويين إلى السياسة :

لم يكن الأمويون كأسلافهم في الاهتمام بالأمور الدينية والاجتماعية والتشريعية ولم يحرصوا كذلك على الأمور الدينية كحرصهم على أمور الدولة السياسية وما يتصل بتوسيع رقعتها وحفظ كيانتها ولم يقتصر الأمويون على هذا فحسب بل أحدثوا في الدين ما ليس منه فجمعوا الملك وراثيا وسار ولاتهم وحاشيتهم على هذا النهج وأخذوا يفتنون في الدين حسب مذاهبهم وأغراضهم الشخصية وما يلائم أهدافهم السياسية .

وكانت هذه التصرفات من الأمويين محل نقد شديد من العلماء كسعيد ابن المسيب وأضرابه فأخذ هؤلاء العلماء يناصبونهم العداء ويدعون الناس إلى عدم مبايعتهم بما أمار حفيظة الحكام على العلماء فاضطهدوهم وعاملوهم

معاملة قاسية وتسبب هذا في هجر العلماء للحياة العامة ولزمو المدينة ينتقدون الحكماء ويعلمون الناس السنة وينشرون العلم، ومن هذا الوقت أجهه العاماء إلى تأسيس الفقه بوصفه علماً مستقلاً .

٣ - تفرق العلماء في الامصار :

امتاز عمر رضى الله عنه في عهده بأنه كان يتمسك بالعلماء داخل المدينة ويمنهم من الهجرة عنها وقد أدى هذا الأمر إلى قله الاختلاف في الفتوى واستمر هذا الأمر حتى مقتل عثمان بن عفان فتفرق الصحابة في سائر الامصار الاسلامية ولاة وقضاة وجندا فأقبل الناس عليهم ينهلون من معارفهم .

وبالطبع فإن الصحابة رضوان الله عليهم لم يكرنوا على درجة واحدة في الفتوى لانه ليس كل ما يحيط به أحدهم يعلمه الآخر وكان لكل مصر من الامصار التي نزلوا بها من الاعراف والعادات والتقاليد والنظم الاجتماعية والاقتصادية ما يختلف عن الآخر تبعاً لاختلاف الثقافة والحضارة وكان من أثر هذا أن تجمعت الآراء واختلف القضاء والفتيا في المسألة الواحدة حيث إن الفقيه كان يتأثر في فتواه بالبيئة التي يعيش فيها . وكان الاختلاف في القضاء سبباً في محاولة العباسيين فيما بعد أخذ الناس برأى واحد معين وإلزامهم به كما في محاولة أبى جعفر المنصور مع الامام مالك إلا أن هذه الأمنية لم تتم لخوف الفقهاء أن يقدم الناس وهم الذين يقصدون حرية الرأى ويخرون عليها الحرص كله :

٤ - شيوع رواية الحديث :

كره أبو بكر وعمر رضى الله عنهم ما كثرة الرواية عن رسول الله ﷺ خوف الكذب على رسول الله ﷺ لئلا يصرفهم ذلك عن الاشتغال بالقرآن غير أنه لما امتد سلطان الإسلام إلى ما وراء شبه الجزيرة العربية وتفرق الصحابة في سائر الامصار وأخذوا يحدثون ويفتنون بما عندهم من سنة

رسول الله إذ هي أوسع مصادر الفقه وأهمها لاحتوائها على كثير من الأحكام الجزئية ولم يكن الصحابة رضون الله عليهم على درجة واحدة بالنسبة للتحديث عن رسول الله لاختلافهم في درجة الحفظ فله وكثرة وكان من أثر تفرق واختلافهم في العلم بالسنة أن بعض الامصار كان يعرف من الحديث ما لا يعرفه الآخر وتبع هذا الاختلاف في الفتوى والقضاء .

وضع الحديث :

وقد لقيت السنة في هذا العصر بعض التجريح إذ قامت شذمة من أعداء الإسلام بوضع أحاديث وينسبونها للرسول ﷺ وهو منها براء .

وكان لهذا الوضع عدة أسباب المخصصة فيما يأتي :

١ - العداوة الدينية . عمد بعض اليهود والفرس والروم على إفساد أمر المسلمين وبإبالة أفكارهم فوضعوا أحاديث في تحريم الحلال وتحليل الحرام .

٢ - التعصب المذهبي : فقد كان لتمسك بعض الفرق الإسلامية بمبادئهم أن وضعوا أحاديث تشهد بصحتها ، وكان هذا واضحا في الميدان السياسي حيث كان النزاع حادا بين الأمويين والخوارج والشيعة .

٣ - مقالة بعض الطوائف في رد ما عدا الكتاب والسنة مما دعوا به بعض الرضاة إلى أن يعمد إلى كلام الصحابة وغيرهم من الحكماء وينسبها إلى الرسول .

٤ - تساهل بعض الناس في باب الفضائل والترغيب بما لا يتعلق به حكم شرعي فقد روى عن نوح بن أبي مريم أنه وضع أحاديث في فضائل القرآن سورة سورة فلما سئل عن ذلك قال لما رأيت اشتغال الناس بالفقه وإعراضهم عن حفظ القرآن وضعت الأحاديث حسبة لله تعالى .

مقاومة العلماء للوضاعين :

لما أخذت ظاهرة الوضع تبدو في الأفق أدرك العلماء ما لهذا من أثر على الدين فنهضوا المناوئينه وتمقّب أهلها والتقيّب عن الأحاديث الزائفة ووضعوا شروطاً لقبول الأحاديث بحيث لا يمكن مع تلك الشروط قبول شيء من الأحاديث الموضوعية ، ومن هذا الوقت ظهر علم الجرح والتعديل أثر الوضع في التشريع :

أصبحت مهمة الفقهاء هسيرة شاقة بعد وضع الأحاديث إذ اشتغل الفقهاء بالنظر في الحديث متناً وإسناداً ليعرف منزلته من الصحة والضعف بعد أن كان الأمر مقصوراً على معنى الحديث فقط .

قيام المدارس الفقهية

المقصود من المدارس الفقهية

هي تلك الطرق أو الاتجاهات التي سلكها الفقهاء في استنباط الأحكام من الاعتماد على السنة أو الرأي قلة وكثرة .

عوامل تكوين للدارس :

كان الصحابة رضوان الله عليهم إذا عرض عليهم أمر يتلمسون حكمه في كتاب الله ، فإن لم يجدوا فيه شيئاً رجعوا إلى سنة رسول الله فإن لم يجدوا شيئاً عملوا رأيهم . ولم يكن المفتون في هذا العصر على درجة واحدة في استعمال الرأي أو النصوص بل كانوا طرائق قديماً فمنهم من كان يتوسّع في الرأي ومنهم من كان يتوسّع في النصوص .

فلما اتسعت الفتوحات الإسلامية ، وانتشر الصحابة في سائر الأمصار التفت حولهم طلاب العلم من أهل تلك البلاد فأخذوا عن الصحابة كل ما ورثوه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخذت تتكون من هذا الوقت

مدارس في البلاد المختلفة من الفقهاء والتابعين إلا أنه كان لكل مدرسة من هذه المدارس طابع خاص ولكن الواقع أن هذه المدارس جميعها تنقسم من حيث الطابع العام إلى قسمين :

- ١ - مدرسة الحديث وطابعها الوقوف عند النصوص والتمسك بالآثار.
- ٢ - ومدرسة الرأي وطابعها التوسع في الرأي وتعرف المصالح وعمل الأحكام وكانت أهم هذه المدارس مدرسة الحجاز (النصوص) ومدرسة العراق (الرأي) .

مدرسة الحجاز (الحديث)

كانت المدينة في هذا الوقت هي المحور الذي تدور حوله الحركة العلمية إذ هي البلد الذي نزل فيه النشريع واستوطنه الرسول وعاش فيه الخلفاء الراشدون فأصبحت مأوى الفقهاء وجمع العلماء فكانت مركز الإشعاع في العالم الإسلامي وبعث النهضة الفقهية العظيمة التي قدر لها أن تزدهر وتبلغ النضج والسكال في العصر العباسي .

طابع هذه المدرسة :

كان للطابع الغالب على فقهاء هذه المدرسة هو الوقوف عند النصوص والآثار لا يجيدون عنها ولا يلجأون إلى الرأي إلا عند الضرورة القصوى . فكانوا إذا عرض عليهم أمر يلتمسون حكمه عرضوه على كتاب الله ثم سنة رسول الله ثم آثار الصحابة فإن لم يجدوا الحكم في شيء من ذلك أعمالوا رأيهم وربما توقفوا عن الاقتناء إذا لم يكن في المسألة نص أو أثر . ومن أجل هذا تساهلوا في شروط قبول الحديث فاعتدوا بالأحاديث والآثار ولو لم تكن مشهورة وقدموها على الرأي وأيضاً فإنهم كانوا يكرهون السؤال عن المسائل الفرضية التي لم تقع لأن ذلك قد يضطرهم إلى إعمال الرأي الذي يكرهونه .

أسباب وتوف هذه المدرسة عند النصوص والآثار :

١ - كثرة ما يندم من أحاديث الرسول وآثار الصحابة : لان المدينة هي البلد الذي عاش فيه الرسول ﷺ والخليفة فكانت موطن الحديث وتبع السنة ويجمع الفقهاء وقد جمع إمام هذه المدرسة سعيد بن المسيب هو وأصحابه أحاديث الرسول ﷺ وما أثر عن الصحابة فرأوا بعد هذا أنهم في غنية عن استعمال الرأي .

٢ - قلة ما عرض لهم من الحوادث : فبيئته الحجاز لم تتغير كثيراً عما كان عليه الأمر في عهد الرسول ﷺ ولم تدخله المدينة التي تولد المشاكل التي تحتاج إلى تشريع .

٣ - تأثرهم بطريقة شيوخهم : كزيد بن ثابت وابن عمر وابن عباس إذ كان هؤلاء يتمسكون بالأحاديث والآثار ويخافون من استعمال الرأي تورعاً واحتياطاً لدينهم :

آثار هذه المدرسة :

١ - إن لمدرسة المدينة أكبر الفضل في جمع السنة وحفظها وفي تأسيس الفقه ورسم مناهجه .

٢ - وأقد كان لهذه المدرسة شهرة عظيمة في جميع البلاد الإسلامية ولهذا لفتت أنظار العلماء إليها عن سائر الأمصار واستهوت قلوبهم في الرحلة إليها فذهبوا إليها يطلبون العلم ورجعوا منها ينشرونه في بلادهم .

مدرسة العراق (الرأي) :

كانت مدرسة الكوفة في العراق تماصر مدرسة المدينة بالحجاز وقد كان العراق أسعد الأقطار حظاً - بعد المدينة - بالصحابة فقد كانت الكوفة والبصرة قاعدة الجيوش الإسلامية ومنهما فتحت سائر الأمصار من خراسان فما وراءها ونزل بها أكثر علماء الصحابة وكانت الكوفة

مقر الخلافة زمن علي بن أبي طالب وكان فيها قبله كثير من الصحابة-
قضاة أو ولاة.

طابع هذه المدرسة :

كان للطابع العام الذي يغلب على فقهاء هذه المدرسة أن أحكام الشرع
مفقولة المعنى مشتملة على مصالح العباد وأنها بنيت على أصول محكمة وعلل
ضابطة لتلك الحكم .

وكانوا يبحثون عن تلك العلال والحكم التي شرعت الاحكام لاجلها ويحملون
الحكم دأراً معها وجوداً وعدماً ، وكان يعينهم على هذا ما عندهم من الفطنة
وسرعة انتقال الذهن من شيء إلى شيء يقدرون به على تخريج أجوبة المسائل .
على أقوال أصحابهم وأضف إلى كل هذا أن الآثار والاحاديث كانت عندهم
قليلة ومن أجل هذا كله شاع استعمال الرأي في العراق .

أسباب شيوع الرأي في العراق :

١ — تأثرهم بطريقة أستاذهم الأول عبد الله بن مسعود وهو من حزب
عمر في الأخذ بالرأي والتوسع فيه .

٢ — قلة رواية الحديث في العراق لأنه كان موطن الشيعة والخوارج والفن
وقد كثر فيه وضع الحديث والكذب على رسول الله ﷺ مما جعل العلماء
يشترطون في قبول الحديث شروطاً لا يسلم بها إلا القليل .

٣ — تأثر العراق بالمدينة الفارسية واليونانية إلى درجة كبيرة والمدينة
تضع تحت عين المشرع مسائل كثيرة تحتاج إلى التشريع فإذا انضم كل هذا إلى
قلة ماصح عندهم من الحديث أنتج لا محالة إعمال الرأي .

آثار هذه المدرسة :

قامت هذه المدرسة بعمل فقهي لا يقل أهمية عما قامت به مدرسة المدينة .

١ — فقد جمع فقهاء الكوفة فتاوى ابن مسعود وقضايا على وفتاواه
وفقه الصحابة الذين استوطنوا العراق وآثارهم .

٢ — خرجوا على كل هذا أحكام الحوادث التي حدثت لهم وطرقوا
الكثير من أبواب الفقه فتجمعت لهم مسائل فقيية في كل باب وأكثروا من
التفريعات حتى الخيال منها .

٣ — وكانوا لا يتهيبون الفتيا ولا يكرهون المسائل وإنما كانوا يتهيبون
رواية الحديث والرفع إلى رسول الله ﷺ .

فكان ابن مسعود إذا حدث عن رسول الله ﷺ اربد وجهه واعتزته
رعدة وكان يقول بعد أن يروى الحديث — هكذا أو نحوه .

ولنا هنا ملاحظة أنه ينبغي أن يعلم أن مدرسة الحديث لم ترفض العمل
بالرأى إطلاقاً بل كل ما هنالك أنها رفضت التوسع فيه ، فقد كان من بين
الحجازيين من يميل إلى الرأى ويتوسع فيه كربيعة بن عبد الرحمن شيخ الإمام
مالك الذي كان يسمى بربيعة الرأى .

وأيضاً فإن العراقيين لم يقدموا الرأى على السنة الصحيحة بل كانوا يعملون
بها عند ثبوتها وكان منهم أيضاً من يكره الرأى ويأخذ بطريقة أهل الحديث
كعامر بن شرحبيل المعروف بالشعبي .

أثر المدارس في الفقه :

كان لهذه المدارس على اختلاف طرقها فضل كبير في تكوين الفقه وتوسع
آفاقه بما بحثت وقعدت من قواعد .

إلا أن طريقة أهل الرأى كانت أفضل وأنفع بكثير من طريقة
أهل الحديث .

من حيث إن الحوادث غير متناهية والمتنوع التي تؤخذ منها الأحكام

متناهية فكان لا بد من استعمال الرأي على أوسع صورة حتى يتمكن الفقه من مسايرة الزمن والاستجابة لحاجات الأمم المتجددة .

وقد انتهت هذه المرحلة ولم يدون فيها شيء من الحديث أو الفقه ولم تتكون فيها مذاهب معينة وإنما الذي استجد هو تشعب الآراء وكثرة الاختلاف في الأحكام .

الدور الثالث

دور النضج والسكال والتدوين

يبدأ هذا الدور بقيام الدولة العباسية وسقوط الدولة الأموية عام ٨١٣٢م وينتهي في منتصف القرن الرابع الهجري تقريباً حينما ضعفت الدولة العباسية ولم يبق من سلطان الخلافة فيها إلا مجرد التسمية فقط .

وقد شهد التشريع الإسلامي بوجه خاص ازدهاراً ونمواً ونشاطاً كبيراً في هذا الدور .

ويرجع ذلك إلى العوامل الآتية :

- ١ - عناية الخلفاء العباسيين بالفقه والفقهاء . ٢ - حرية الرأي فيما عدا الأمور السياسية . ٣ - كثرة الجدل والنقاش العلمي .
- ٤ - كثرة الوقائع . ٥ - ظهور الموالى في المجال العلمي .
- ٦ - تأثر العقول بالثقافات المختلفة .
- ٧ - تدوين العلوم وانتشار الترجمة ونقل السكتب الفارسية واليونانية والهندية إل اللغة العربية .

ونفصل القول في ذلك فنقول :

- ١ - عناية الخلفاء العباسيين بالفقه والفقهاء .

لقد اهتم العباسيون بأمور الدين اهتماماً كبيراً فصبغوا الدولة بالصبغة

الدينية وجعلوا الدين هو المحور الذي تدور عليه أعمال الدولة ولقد أخذ هذا الاهتمام عدة مظاهر نذكر منها ما يلي :

(أ) فلقد كانت الأحكام تستمد من السنة في كل ما يتعلق بشئون الإدارة والحكم وأمر القانون فكانت السنة هي النظام الذي تقوم عليه الحياة بشكل رسمي .

(ب) الاهتمام الذي لا يعرف الحدود بالسنة حيث جمعت الأحاديث ودونت في هذا العصر وأكبر دليل على ذلك جمع وتدوين مسندى أحمد - وصحيح البخارى وغيرهما في هذا العصر .

(ج) تكريم الخلفاء للعلماء وتقريبهم إليهم والإغداق عليهم بالمنح والعطايا وحث الناس والولاة على الرجوع إليهم في معرفة الأحكام فهذا أبو جعفر المنصور يطلب من الإمام مالك أن يجعل كتابه الموطأ دستوراً للدولة تسير عليه .

وزى الرشيد يزور الإمام مالكا عند ما رحل إلى الحجاز حاجاً ويختص أبا يوسف - تلميذ أبي حنيفة بالصحبة والملازمة ويجعله في منصب قاضى القضاء وهو من أسمى مناصب الدولة حين ذاك وكذلك الأمون يسهم مع العلماء في الجدل العلمى ويشير القسول بمخلق القرآن ويستتمض العلماء للنقاش الحاد .

(د) حثهم الفقهاء على وضع الأنظمة القانونية لشئون الدولة المختلفة : حيث كلف الرشيد أبا يوسف بوضع نظام لجباية الاموان والضرائب والدواوين . فألف كتابه المعروف بالخراج وهذا هو المنصور يطلب من الإمام مالك أن يجعل كتابه الموطأ دستوراً تسير عليه شئون الدولة ويأخذ الناس به إلا أن مالكا امتنع عن تنفيذ هذه الرغبة لتلا يقلده الناس .

(ز) الحرص على تربية الأمراء تربية دينية فلقد أرسل المهدي ولديه

المادى والرشيدي إلى اللؤدب وطلب منه أن يقرتها القرآن ويعلمهما اللسان
ويعرفهما الآثار .

وهذا هو الرشيدي يرسل ولديه الأمين والمأمون إلى حلقة الإمام مالك
بالمدينة حيث يجلس في مسجد الرسول لرواية الأحاديث وشرحها واستنباط
الأحكام منها وكذلك لما علم بكتاب السير لمحمد بن الحسن الشيباني أمر الأمين
بالذهاب لتفقه هذا الكتاب .

٢ - حرية الرأي : كان الفقهاء والمفتون يتمتعون بحرية الرأي في هذا
العصر فإذا توفرت آلة الاجتهاد لدى القاضى أو المفتى جاز لهما الاجتهاد
والاستنباط طالما توفرت لهما الاجتهاد ومن هنا تعددت الأحكام بالنسبة للمسألة
الواحدة وتبع هذا تضخم الفقه وازدهاره إلا أن هذه الحرية التي كانت مكفولة
للفقهاء والتي كانوا يدافعون عنها دفعاً من قبل الخلفاء هي الحرية التي كانت
بعيدة عن مسائل الخلافة والأمور السياسية ومن هنا نرى أن بعض الفقهاء
قد اضطهد وعذب عن جراء الخوض في أمور السياسة ومسائل الخلافة كما
حدث بالنسبة للإمام مالك فلقد أفتى بعدم طلاق المكره - وكان العباسيون
يحلون الناس بالطلاق على عدم تقضى البيعة لهم فلما سأل مالك في ذلك أفتى
بعدم طلاق المكره فعد خلفاء بنى العباس هذه الفتوى بأنها تهون أمر البيعة
وتشجع الناس على نقضها .

٣ - كثرة الجدل العلمى والمناظرات بين الفقهاء: عرف الفقه الإسلامى
الاختلاف في مسائله في عهدى الصحابة والتابعين كالاختلاف في ميراث الجدمع
الإخوة ومائى الزكاة إلا أن هذا الخلاف اشتد أثره حينما ظهرت مدرسة
العراق ومدرسة الحجاز في العصر العباسى فكثرت المسائل وتعدد العلماء
وارتقت الأذهان واستخدم الرأي كأداة للاستنباط ووجد الخلاف حول
تحديد المعانى اللغوية للألفاظ الواردة في النصوص الشرعية وكذلك تحديد

هلاقة السنة بالكتاب ومدى الأخذ بالإجماع والقياس وكانت هذه المناظرات تقع في حلقات العلم والمساجد والمنازل ولم تقتصر هذه المناظرات على المشافهة بل تعدتها إلى الكتابة وأكبر دليل على ذلك رسالة الليث بن سعد إلى الإمام مالك حول الاحتجاج بعمل أهل المدينة وقد أثرت هذه المناظرات على الفقه الإسلامي وأكثرت من مسائله وجعلت كل فريق يتسلح بأسلحة مناظريه فتسلح الحجازيون بالقياس وتسلح العراقيون بالحديث .

٤ - كثرة الوقائع : اتسعت أطراف الدولة الإسلامية في عهد العباسيين ودخلت أمم كثيرة في الإسلام فلما تفرق العلماء في تلك الأمصار عرضت عليهم عادات مختلفة وثقافات متباينة وأنظمة اقتصادية وقضائية واجتماعية متغايرة كل إقليم يختلف عن الآخر فعرضت على الإمام أبي حنيفة ومدرسته أعمال العراقيين وعرضت على الأوزاعي عادات الشام وعلى الشافعي تقاليد المصريين وهكذا في كل إقليم عرضت أعماله على الفقهاء فكان عمل هؤلاء العلماء صبيح كل هذه الأعمال والعادات والتقاليد بالصيغة الإسلامية الجديدة وأخضعوا كل ما يهري في تلك الأقاليم من وقائع وأحداث للشريعة الإسلامية وهذا من غير جدال أ كسب الفقه الإسلامي كثيراً من الأحكام التي لم تكن معهودة من قبل ونظراً لتلك الأحكام المتغايرة في كل إقليم وجد العلماء أنفسهم مضطرين للقيام برحلات علمية متتالية ليعرف كل واحد منهم ما عند الآخر فكانت رحلة ربيعة الرأي من المدينة إلى العراق ، ورحلة محمد بن الحسن من العراق إلى المدينة ورحلة الشافعي إلى المدينة والعراق ومصر . وقد استفاد العلماء من وراء هذه الرحلات حيث تقاربت وجهات النظر وتأثر كل واحد منهم بما امتاز به غيره .

٥ - ظهور الموالي في المجال العلمي :

والمقصود بالموالي كل من أسلم من غير العرب ، فقد دخل الإسلام عدد

كثير من فارس والروم ومصر عندما فتح المسلمون تلك البلاد وكانوا يعرفون بالموالى لان من أسلم منهم على يد رجل فهو مولاه .

وقد كان هؤلاء الموالى أصحاب حضارات قديمة وعلوم وفلسفات اشتهروا بها وكان لهم معرفة بكل أنواع الفنون ، الامر الذى مكّنهم من النفاذ إلى أعماق المسائل وبرعوا في ذلك وكانت لهم أقدام راسخة في الفلسفة والمنطق وعلوم اللغة والأديان والفقه والسنة ، وقد اعترف لهم بالتفوق والمهارة في سائر الفنون وقد ظهر منهم مشاهير من المفسرين والمحدثين والفقهاء كالسنن البصرى وعطاء بن رباح ويزيد بن حبيب وغيرهم .

وقد ظهر نبوغ الموالى في عصر الامويين فلقد كان الامويون أصحاب هوية عربية فخرموا الموالى من المناصب الهامة وأسندوها للعرب مما أجبر الموالى على تحويل أنشطتهم وإقبالهم على النشاط الفكرى والعلمى حتى يعوضهم ذلك عما فاتهم من الامور السياسية وظل الحال على ذلك حتى جاء العباسيون فأسند إليهم العباسيون المناصب وشاركوهم في الحياة العامة — لان دولة بنى العباس قامت على أكتافهم من الموالى من أهل خراسان والعراق — وبذلك انخرط الموالى في السلك السياسى وكل مايجرى في الدولة .

٦ — تأثر العقول بثقافات الأمم المختلفة :

تألفت الأمة الإسلامية من أجناس مختلفة كاليهود والنصارى والمجوس والفرس وغيرهم وكان لكل طائفة من هؤلاء ثقافة تخالف إلى حد كبير ثقافة غيرها وعلوم قد تتباين عن علوم سواها فلما ربط الإسلام بين هؤلاء الناس في وحدة سياسية دينية وأزال الفوارق بينهم تبادلوا ما بينهم من معارف وتجارب ولا بد لهذا من أثر على إرضاج الفكر وتنمية الذهن وسعة المدارك وقد ساعد على هذا الاتصال العلمى والاجتماعى وانتشار الترجمة للعلوم في هذا العصر .

٧ - التدوين والترجمة :

لم يكن لتدوين العلوم نشاط في عهد الأمويين كما كان عليه في عصر العباسيين حيث لم يدون إلا صحائف قليلة من مسائل الفقه ونذر قليل من السنة والقرآن الكريم فلما جاء العباسيون اتسع نشاط التدوين لتوافر أسبابه فلقد دخل في الإسلام من لهم دراية بالتدوين والتأليف وسائر الفنون - كالفرس والروم وتناولت أشتات العلوم والفنون فلم يكن مقصوراً على الفقه بل لقد دوت السنة ووضع علم أصول الفقه فاستفاد الفقه من تدوين هذه العلوم لأن العلوم كشبكة متصلة الأطراف يخدم بعضها بعضاً ويشد الواحد منها أزر الآخر. وقد ساعد تدوين الفقه على حفظه وتنميته وتيسير الرجوع إليه وكذلك بما ساعد على إنهاض الفقه وتنميته وجود حركة شاملة لترجمة العلوم عن الإيرانية والفرسية والهندية فلقد عرف العرب كثيراً من هذه الكتب - وخصوصاً في عهد المأمون - فاطلع علماء الإسلام على أفكار وتقاليده تلك الحضارات فتأثروا بها وتغير الفقه الإسلامي من البداوة التي عليها إلى الحضارات التي صار إليها .

مصادر الشريعة في هذا العصر

لقد اتسعت مصادر التشريع وتعددت في هذا العصر عما هو معروف من المراحل السابقة وكانت كالآتي :

- ١ - القرآن . ٢ - السنة . ٣ - الإجماع ٤ - القياس .
- ١ - الاستحسان ٢ - الاستصحاب ٣ - المصالح المرسلة
- ٤ - سد الذرائع ٥ - العرف ٦ - عمل أهل المدينة
- ٧ - شرع من قبلنا شرع لنا ٨ - قول الصحابي

وبناء الأحكام على هذه المصادر ليس عمل اتفاق بين الفقهاء فلقد اتفقت كلمتهم على قبول بعضها ورد البعض الآخر ومن هنا نرى اتفاقهم على أن القرآن هو المصدر الأول للتشريع كما اتفقوا على أن السنة هي المصدر الثاني للتشريع الشارح للقرآن والمكمل له . غير أن بعضهم توسع في أعمال السنة فلم يضع لها قيوداً والبعض الآخر اشترط لقبولها شروطاً معينة تميز السنة الثابتة عن غيرها وكذلك اتفق أكثر أهل العلم على أن الإجماع والقياس من المصادر التي يجب بناء الأحكام الشرعية عليهما ولم ينازع في ذلك إلا قلة قليلة من العلماء .

أما بالنسبة لبقية المصادر فنرى أن بعض الفقهاء قد أخذ بجميعها ومنهم من قبل البعض ورد الآخر ومنفصل القول في ذلك حين الكلام على مصادر التشريع إن شاء الله .

مميزات التشريع في هذا الدور

لقد امتاز التشريع في هذا الدور بسمات وخصائص انفرد بها عن الأدوار السابقة واللاحقة حيث ازدهر ونضج في فترة وجيزة لم ينضج في

مثلها تشريع آخر وخصوصاً في القرنين الثاني والثالث وإليك بعض هذه الخصائص .

١ — بلغ الفقه الإسلامى في هذا العصر حـد النضج والسكـال وشمل كل الحياة العامة حيث سيطرت مبادئه على كل نواحي الحياة : إنسانية كانت أو دينية أو دنيوية .

٢ — ظهر في هذا العصر الأعلام من الفقهاء الذين أقـر لهم الجمهور بالرعاية والصدارة فلقد وجد في هذا العصر كثير من العلماء المجتهدين ولم يحرم من وجودهم أى إقليم

٣ — نشأت في هذا العصر المذاهب الفقهية الجماعية المتعددة فقد نشأ فيه من مذاهب أهل السنة ثلاثة عشر مذهباً ، ولم يبق منها مشهوراً حتى الآن سوى الأربعة المشهورين : أبى حنيفة ، مالك ، الشافعى ، أحمد ابن حنبل .

ولقد نشأت فيه أيضاً مذاهب من غير أهل السنة كالزيدية والإمامية والاباضية ولقد كانت هذه المذاهب الفقهية في هذا العصر جماعية لأنها لم تكن من عمل إمام المذهب وحده بل كانت ثمرة عمله هو وعمل المجتهدين من تلاميذه فقد التف حول كل إمام تلاميذ وفيهم المجتهدون كتبوا ما سمعوه من أستاذهم وأضافوا إليه اجتهاداتهم الشخصية في المسائل التى اختلفوا فيها مع إمامهم وتناقل الناس كل ذلك موسوما باسم الإمام الأول .

٤ — اشتد الخلاف حول مصادر التشريع فقد اختلف الأئمة في الاحتجاج بمثل أهل المدينة وقول الصحابي كما اختلفوا في طرق الاستدلال بالسنة واختلفوا كذلك في حجية الإجماع والقياس .

٥ — أصبح للحكومات اتجاهات مذهبية في القضاء في هذا العصر فلقد كان فقه أبى حنيفة ومدرسته يسيطر على الحياة التشريعية في الدولة العباسية

وكان فقه مالك يسيطر على المغرب وبلاد الأندلس .

٦ — بنيت الأحكام على العرف فلقد ظهر عرف العراق في فقه أبي حنيفة وتلاميذه كما ظهرت عادات المصريين في المذهب الجديد للشافعي .

٧ — دونت فيه العلوم المختلفة وعلى رأسها الفقه والسنة وكذلك علم أصول الفقة .

٨ — اتسعت هوة الخلاف بين الفقهاء فكثرت المسائل الفقهية المختلف فيها نظراً لكثرة المجتهدين في سائر الأمصار وكثرة ما وقع من مسائل في تلك الأقاليم وتعذر اجتماع الفقهاء في مكان واحد للتشاور وإبداء الرأي .

ولم يكن خلافهم هذا سبباً لكرامية بعضهم بعضاً بل كل ما هنالك هو اعتقاد كل واحد منهم أن رأيه صواب يحتمل الخطأ ورأى غيره خطأ يحتمل الصواب .

٩ — ظهور المصطلحات الفقهية المتعددة فقد اختيرت أسماء معينة للدلالة على مفاهيم خاصة كأسماء الركن والشرط والصحيح والباطل وغير ذلك من المصطلحات الفقهية التي لم تكن معروفة من قبل .

الدور الرابع

دور ابتداء التقليد ثم الجود والتأخر

يبدأ هذا الدور قبل منتصف القرن الرابع الهجري وينتهي قبل نهاية القرن الثالث عشر بقليل .

وهذا الدور ينقسم إلى مرحلتين غير أنهما مختلفتان في بعض الوجوه ويشتركان في صفة واحدة وهي بدء توقف الفقه عن نشاطه المعتاد حيث حل به الجود والتأخر في هذه الفترة .

المرحلة الأولى :

وتبدأ من أول هذا الدور وتنتهى بسقوط بغداد على يد هولاكو سنة

٦٥٦ هـ .

المرحلة الثانية :

وتبدأ من سقوط بغداد وتنتهى قبل نهاية القرن الثالث هجرى بقليل .

المرحلة الأولى :

الوضع الأساسى لهذه المرحلة :

فى هذه المرحلة انقسمت الدولة الإسلامية إلى دويلات عدة يقوم على أمر كل دولة وال يسمى بأمر المؤمنين .

فإذا انجحت إلى المشرق وجدت بها الدولة السامانية وقاعدتها بخارى فيما وراء النهر .

وإذا نظرت إلى المغرب وجدت فى الأندلس دولة أقامها بنو أمية وكان يتولى زمام أمرها عبدالرحمن الناصر حينذاك .

وإذا بمت وجهك شمال أفريقيا وجدت دولة الفاطميين التى أقام بنياؤها عبدالله المهدي الفاطمى .

وفى مصر محمد الأخشيدي يدعو لبني العباس .

ووجدت فى اليمن الشيعة الزيدية الذين تأسست دولتهم على يد المهسدي ووجدت فى بغداد دولة بنى بويه صاحبة السلطان الفعلى لبني العباس مجرد الاسم .

وهكذا تقطعت أوصال الدولة الإسلامية وصارت دويلات متناقضة يماضى بعضها بعضاً .

واشتد الصراع فيما بينها ، خصوصاً بين بني العباس الذين ضعف شأنهم فى

بغداد وبين الفاطميين الذين ساعدهم وخصوصاً بعد استيلائهم على مصر والشام .

فكان الفاطميون يرسلون رسالهم إلى الأقطار الإسلامية لبث دعوتهم ودعوة الناس إليهم .

بينما نرى العباسيين يعقدون المؤتمرات للنيل والطمع في نسب الفاطميين ومحاولة إبعادهم عن نسل فاطمة الزهراء .

ولم يمض على ذلك وقت طويل حتى جاء السلجوقيون من المشرق واستولوا على النرق كله حتى صارت لهم السكمة العليا في جميع الأقاليم الإسلامية ما عدا مصر وما وراءها من بلاد المغرب ثم دب الخلاف بين آل سلجوق فسقطت دراهم وحل محلهم وقتئذ دولة تركية تعرف بدول الأناطكة وانتشرت هذه الدول في المشرق والمغرب وقد تم على يد أحدهم وهو محمد نور الدين - سقوط الدولة الفاطمية المصرية وطادت إلى مصر الدولة العباسية .

وإبان ذلك قامت الدولة الأيوبية على يد صلاح الدين يوسف بن أيوب . ثم حلت بعد ذلك بالعالم الإسلامي كارثة لم يشهد لها مثيل من قبل إذ زحف هو لاكو أمير التتار إلى العراق واستولى على داو الخلافة وقتل الخليفة العباسي سنة ٦٥٦ هـ وأخذ يبطش بقوته فيما وراء بغداد فقتل الملايين من المسلمين وأحدث بالبلاد الإسلامية الخراب والدمار وصار التثريم الوضعي في بغداد من أفكار المغول .

ومن هذا كله نرى كيف وصل الحال بالدولة الإسلامية - لامية حيث تقطعت أوصالها وأصبحت شيعاً وأحزاباً يتقاتلون ويتعادون في الاضطراب بعد الأمن وحلت الفرقة بعد الألفة .

وقد نتج من وراء هذا انحطاط الحركة العلمية والفكرية .

حالة الفقه :

لم تكن حالة الفقه الإسلامى فى هذا الدور مثل الدور السابق بل حمل بالفقه الإسلامى التدهور والانحدار تدريجياً للأسباب الآتية :

١ — وجود ظاهرة الاضطراب السياسى فى العالم الإسلامى وقد انعكس أثر هذا على الحركة العلمية وأضعف من شأنها .

وبالطبع فإن هذه الاضطرابات وهذه الفوضى حالت بين اتصال العلماء فى الأقطار المختلفة ونحن نه — لم أنه كان المرحلات فى القديم فض — ل على التشريع .

٢ — الشغل الولاية بالسياسة والحروب فانصرفوا بذلك عن العناية بالعلم والعلماء .

٣ — أصبحت الأقطار الإسلامية ضعيفة من حيث الاستقلال السياسى مما تسبب عن هذا ضعف ووح الاستقلال التشريعى .

٤ — أن فقهاء المرحلة السابقة كانوا يمتازون بروح الاستقلال الفكرى هذه الروح التى أملت على أبى حنيفة أن يقول فىمن سبقوه فى الاجتماع والاستنباط هم رجال ونحن رجال .

أملت على الامام مالك : أن يقول : كل واحد يؤخذ من كلامه ويرد إلا رسول الله ﷺ

بينما نجد فقهاء هذه المرحلة قد ماتت فيهم هذه الروح وسرت فيهم روح التقليد وماتت فيهم ملكة التجديد والابتكار وحسروا أنفسهم فى دوائر حول تلك المذاهب لا يعمدونها والتزم كل واحد منهم مذهبا لا يتجاوزه .

ومن العجيب العجيب أن يسيطر على فقهاء هذا الدور ظاهرة التقليد بينما نجد أن الأئمة ينهون عن اتباعهم وتقليدكم وينعون على من يأخذ أفواههم بغير دليل فترى الشافعى يقول :

د مثل الذى يطلب العلم بغير حجة كمثل حاطب ليل يحمل حزمة حطب
وفيه أفعى تلدغه وهو لا يدى .

ونجد أبا يوسف يقول :

لا يحل لأحد أن يقول مقالتنا حتى يعلم من أين قلنا (١) ولقد كان هذا
الدور يتمتع بعلماء أتقياهم القدرة على الاجتهاد والاستنباط كسابقهم
إلا أنهم حرموا أنفسهم من هذا الحق - الاجتهاد - وكفوا على الاقتصار
على تقليد المذاهب السابقة وداروا فى فلكتها أمثال أبي الحسن الكرخى
وأبي بكر الرازى الجصاص فى الحنفية وابن رشد القرطبي من المالكية
والجوينى المعروف بإمام الحرمين وحجة الإسلام الغزالى من الشافعية .

إلا أنه قد ظهرت حركة نى هذا الدور سنة ٥٥٥ هـ - أشبه بحركة الموت -
وهى أن عبد الرحمن بن على لما تولى أمر المغرب ووجد العلماء قد حصروا
أنفسهم على الفروع والتقليد ففكره لهم هذا وفكر فى إلزامهم بالاجتهاد
فقليل إنه حرق كتب الفروع كلها وألزم العقهاء ألا يفتوا إلا من الكتاب والسنة
وآلا يقلدوا أحداً وتكون أحكامهم مستقاة منهما ومن المصادر الفقهية
الأخرى إلا أن هذه المحاولة لم تؤد غايتها المطلوبة (٢) .

أسباب التقليد :

- ١ - تدوين المذاهب .
 - ٢ - التعصب المذهبى .
 - ٣ - ولاية القضاء .
 - ٤ - غلق باب الاجتهاد .
- اقتصروا علماء هذا الدور على التقليد لأسباب أهمها ما يلى : -

١ - تدوين المذاهب الفقهية : نحن نعلم أن الفقه قد دون فى الدور
السابق فأصبح الرجوع إلى مسأله فى متناول الناس وصار من اليسير
معرفة الأحكام بسرعة .

(١) أعلام المرفعين ١/٢٠١، ٢٠٢ (٢) الفكر السامى ٤/٩، ١٠

ثم إن الذى دفع الناس فى العصور السابقة إلى الاجتهاد هو التعرف على الأحكام بالنسبة لما يجد من الحوادث التى لا يعرفون لها حكما فليس دون المجتهدون السابقون كل هذا وجد الناس أنهم فى غنية عن الاجتهاد لأنهم كلما بجزرا عن حكم حادثة وجدوا السابقين قد تناولوها فى مسائلهم فلم يكونوا فى حاجة إلى بحث جديد .

٢ - التعصب المذهبي : - انشغل علماء هذا الدور بنشر المذاهب ودعوة الناس إليها وتمصير الآراء فتمائم تمصيا شديدا إلى حد أنه لا يستطيع الواحد منهم مخالفة إمامه - كأن الحق كله كان نزل على لسان إمامه وقلبه - مما حدا بأبي الحسن الكرخي - وهو من علماء الخنزية ومن فقهاء هذا الدور أن يقول كل آية تخالف ما عليه أصحابنا فهي مؤولة أو منسوخة وكل حديث كذلك فهو مؤول أو منسوخ .

وتمثل هذا التفكير الذى سيطر عليهم وولائم ولائمتهم حال ذلك بينهم وبين الاجتهاد لأن من يؤمن بفكرة معينة يدور فى نطاقها ويقف عندها وينتهى به الأمر إلى الجود وعدم الاجتهاد .

٣ - ولاية القضاء : كان الخلفاء لا يسندون منصب القضاء إلا لمن أنسوا فيهم العلم بكتاب الله وسنة رسول الله ﷺ والقدرة على الاجتهاد ، والاستباط وكان الخلفاء يلزمون القضاء أن تكون أحكامهم مستمدة من كتاب الله وسنة رسول الله والرأى الأقرب إلى الحق وأكبر دليل على ذلك ما كتبه سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنه إلى قاضيه أبى موسى الأشعري يقول له : القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة . ثم قال الفهم الفهم فيما أدلى اليك مما ورد عليك مما ليس فى قرآن ولا سنة ثم قاييس الأمور عند ذلك . اعرف الأمثال ثم اعمد فيما ترى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق (١) .

ولما تغيرت الحالة الاجتماعية مع مسيرة الزمن فضل الخلفاء أن يكون
نضاتهم من المقلدين والذين يتبعون مذاهب معينة يختارها الخلفاء فكان هذا
سبباً في اتباع هذه المذاهب لمن يرغب تولى القضاء يقلدونها ويقفون عند
نارها ...

٤ - غلق باب الاجتهاد : كان من حظ الفقه في هذا الدور أن رزى
بهؤلاء الادعياء الذين تطاولوا على مائدة الفتوى والاستنباط وهم يعيدون
عنها كل البعد وأخذوا يفتون في دين الله بما لا يعلمون مما أجبر العلماء أن
يصدروا فتوى على رأس القرن الرابع الهجرى بإغلاق باب الاجتهاد منعاً
للادعياء الذين تطاولوا على الفتوى وهم ليسوا أهلاً لها إلا أن إغلاق باب
الاجتهاد لم يؤت ثماره وأضر بالفقه الإسلامى ضرراً كبيراً حيث أصابه الجود
والتأخر .

وكان الواجب على فقهاء هذا الدور أن يتغلبوا على هؤلاء الادعياء بالحجة
والبرهان ويكشفوا معايبهم للناس وينهونهم عن اتباعهم ولو فعلوا ذلك
لاحسنوا صنماً بدلاً من إغلاقهم لباب الاجتهاد .

عمل العلماء في تلك المرحلة

لم يشتغل فقهاء تلك المرحلة بالاجتهاد والاستنباط كما سبقهم ولكن اقتصر
دورهم على جمع الآثار وترجيح الآراء والإفتاء في المسائل التي لم يتعرض لها
السابقون وإذا أردنا أن نحصر عمل الفقهاء في هذا الدور نجده ينحصر في
أمور ثلاثة :

١ - تعميل الأحكام ٢ - الترجيح ٣ - الانتصار للمذاهب

١ - تعميل الأحكام : ترك الفقهاء رضوان الله عليهم كثيراً من أحكام
المسائل من غير ذكر تعميل لتلك الأحكام فقام علماء هذه المرحلة بذكر العامل
لتلك الأحكام ومكثهم ذلك من أن يحكموا - على الجزئيات التي لم يرد

فيها حكم عن أئمتهم وذلك عن طريق أصول التخريج المعروفة — وهؤلاء يعرفون بعلماء التخريج — وكان من أكثر العلماء اشتغالا بالتعليق هم علماء الحنفية لأن مذهبهم كان يقوم على كتب محمد بن الحسن الشيباني وكان أكثرها عاريا من التعليق فعملوا على بيان الأصول التي اعتمد عليها أئمتهم في الاستنباط .

أما الشافعية : فقد كانوا في هذا الشأن أقل صناء لأن الشافعي رضى الله عنه دون أصول مذهبه بنفسه وأملأها على تلاميذه .

أما المالكية والحنابلة فلم يهتموا بذلك لأنهم لم يشغلوا أنفسهم بالمنظرات والمجادلات التي كانت سجالات بين الحنفية والشافعية .

٢ — الترجيح بين الآراء المختلفة في المذاهب .

وهو نوعان : ترجيح من جهة الرواية وترجيح من جهة الدراية .

أما الترجيح من جهة الرواية : فإن النقل عن فقهاء المذاهب قد يختلف في المسألة الواحدة كأن يكون النقلة أكثر من واحد وقد وجدناهم اختلفوا في النقل فيقولون عن إمام المذهب أكثر من قول في مسألة واحدة ويرجع ذلك إلى أمور منها :

١ — خطأ بعض النقلة .

٢ — وقد يكون الإمام قد أفتى برأى في مسألة ثم رجع عنه إلى غيره لظهور دليل أقوى .

فينقل أحد تلاميذه الرأى الثاني لعلمه بالرجوع عن الرأى الأول وينقل غيره الرأى الأول لعدم علمه بالرجوع عنه .

فن هنا يقع الاختلاف في النقل عن أئمة المذاهب في بعض المسائل فقد روى عن مالك : ابن القاسم وابن الماجشون وأسد بن القرات وغيرهم وروى

عن الشافعي الربيع بن سليمان المرادي والمزني وحرملة والبويطي وغيرهم
وكذلك روى عن أبي حنيفة محمد بن الحسن الشيباني وأبو يوسف
وغيرهم .

وقد يختلف كل هؤلاء في النقل للأسباب المتقدمة .
ولكن يلاحظ هنا أن الرواة لم يكونوا على درجة واحدة في التثبوت
والحفظ فكان من عمل هؤلاء العلماء الترجيح بين الروايات فكانوا يرجحون
رواية من اشتهر عندهم بالحفظ .

فرجح عند الحنفية رواية محمد بن الحسن وأبي يوسف على رواية غيرهم
ورجح عند الشافعية رواية المزني والربيع المرادي .

كذلك رجح المالكية رواية ابن القاسم عن مالك على باقي الرواة .

النوع الثاني - الترجيح بالدراية

وهو المقارنة بين الأقوال الواردة في المذهب عن الإمام أو عن تلاميذه
في المسألة

وهذا النوع من الترجيح في حاجة إلى ملكة قوية في الفهم والاستنباط
ومعرفة تامة بقواعد الشريعة وكلياتها .

فكان هؤلاء يرجحون ما تشهد له الأدلة وبالطبع فإنه قد يقع الاختلاف
بين هؤلاء المرجحين نظراً لاختلافهم في القدرات والمواهب والقدرة على
التصرف وكان الحنفية والشافعية هم الفرسان في هذا الميدان .

الانتصار للمذاهب

اهتم فقهاء هذا الدور بالانتصار لمذهبهم ، فقامت كل طائفة تنتمي إلى
مذهب تدعو له بكل ما أوتيت من قوة وبرهان ، وقد كان لهم في ذلك
طريقتان .

الطريقة الأولى :

وهي تتبع المسائل المختلف فيها بين المذاهب ومقارنتها وبيان الراجح منها وكان كل فريق يرجع مذهب إمامه ولو كان دليلاً ضعيفاً وقد كانوا ذلك لجاجاً وشططاً .

الطريقة الثانية :

كان كل فريق يجمع مناقب إمامه ويكتب في ذلك الأشعار والامثال وينشرها على الناس رغبة منه في انتماء عدد كبير من المسلمين لتبعية إمامهم فألف في ذلك أتباع الحنفية والمالكية وكذلك الشافعية والحنابلة المناقب والمفاخر وتباروا في ذلك حتى صار ما ألقى من مفاخر هؤلاء الأئمة ما يملأ كتباً ومجلدات .

المرحلة الثانية - من الدور الرابع

تبدأ من سنة ٦٥٦ هـ من سقوط بغداد على يد هولاكو .

وتنتهي في أواخر القرن الثالث عشر تقريباً .

وهذه المرحلة كانت من سوء الحظ أطول مرحلة في تاريخ الفقه الإسلامي وفي هذه المرحلة تدهور الفقه وأخذ في الإنحطاط والجمود وكانت هذه المرحلة على عكس المرحلة الأولى :

إذ وجد في المرحلة الأولى العلماء الأفاضل الذين اشتغلوا بالتخريج والتعليل والاجتهاد في المسائل التي لم يتعرض لها السابقون بينما وجد في هذه المرحلة العلماء الذين انصرفوا عما اشتغل به السابقون وسادهم التقليد المطبق مع أن هؤلاء كان لهم قدرة على السير على طريقة أسلافهم ولم يقف الأمر على التقليد لحسب بل انحطت حركة التأليف كذلك فصارت المؤلفات الفقهية حينذاك في الأغلب الأعم منها اختصاراً لما وجد من المؤلفات السابقة أو شرحاً لها .

وعهد العلماء في هذا الوقت إلى جمع المسائل والفروع في عبارات ضيقة خفية الفهم والمثال ووصل الحال بالتأليف إلى حد الإنغاز حتى أصبح فهم تلك المسائل يتطلب جهداً ووقتاً مآ دعاً إلى وضع شروح لتفسير هذه الإنغاز وحل ما غمض منها لمست الحاجة حينئذ إلى التقارير والحواشي للاستعانة على حل هذه المشكلات ، حتى أصبح المطلع على هذه المؤلفات يتعب ذهنه وفكره في جمع ما تشتت بين المتن والشروح والحواشي .

أثر هذا الجمود الفقهي :

نظراً لهذه الحالة التي أصيب بها الفقه الإسلامي حيث حل به الجمود ، والتوقف في هذه المرحلة فقد ترتب على هذا أن عجز الفقه عن أن يمدحاجات الناس بالنسبة للوقائع المتجددة وقد فقدت السبل أمام طلاب الفقه من جراء المؤلفات الصعبة المثال والتعقيد والإنتروات التي حصلت بتلك المؤلفات فتسبب كل هذا في انصراف الناس عن الشريعة وأعمهموا إلى القوانين الوضعية الغربية ينهلون منها ويستمدون منها ما يقضى حاجتهم في شؤون الإدارة ونظم الحكم والقضاء ومسائل أخرى وبهذا بعدت الشريعة عن الحياة بعد أن سادتها قرون إلا أنه يجب أن يقال إحقاقاً للحق أنه قد ظهرت في تلك الآونة بعض النجوم التي تنير هذا الليل المظلم الطويل من وقت لآخر تدعو إلى نبذ التقاليد وعودة الاجتهاد والاستنباط من جديد من مصادر الفقه ، وكان رأس هؤلاء الدعاة سيخ الإسلام أبو العباس تقي الدين بن تيمية المتوفى سنة ٧٢٨ هـ وتلاميذه أبو عبدالله شمس الدين بن قيم الجوزية المتوفى عام

٥٧٥١

وأيضاً لم يخل هذا العصر من بعض المؤلفات الفقهية الهامة التي كانت مثلاً حياً لتطبيق الشريعة الإسلامية عملياً - وهي كتب الفتاوى التي ظهرت في هذه المرحلة .

فإن أولئك الذين توفرت لهم آلة الاجتهاد الذين أسند إليهم منصب

(٧ - مدخل)

الافتاء بصفة رسمية قد دونوا فتاواهم فى مؤلفات مميزة ومرتبعة على حسب أبواب الفقه مثل الفتاوى الهندية والبرازيه والمهديه وطريقة هذه الفتاوى السؤال فالجواب مع ذكر النصوص الفقهية التى يعتمد الجواب عليها .

مراحل الجود والتقليد :

لم يصب الفقه الاسلامى بالجود والتأخر مرة واحدة بل أصابه ذلك شيئاً فشيئاً وقد بدأت هذه الحالة من منتصف القرن الرابع الهجرى وصارت الأمور تسير من ضعف إلى أضعف . وقد تطور الأمر من اجتهاد مطلق إلى اجتهاد مذهبي إلى اجتهاد فى الفتىا إلى لا شىء .

ولم نر بعد ابن جرير الطبرى المتوفى عام ٥٢١٠ هـ من تسمح له نفسه بالاجتهاد حتى جاء القرن الرابع الهجرى حيث أعلن العلماء على رأس هذا القرن غلق باب الاجتهاد وادعوا الاجماع فى ذلك وقد اقتصر عمل العلماء — فى الفترة السابقة لهذه المرحلة — على التعليل والترجيح والافتاء فى المسائل التى لم يتعرض لها السابقون . تلك بلا شك اجتهادات استفاد منها الفقهاء الاسلامى فى الجملة .

واستمر الحال على ذلك حتى سقوط بغداد على يد المغول عام ٦٥٦ هـ فأصيب المسلمون بالضعف التشريعى وأصبح عمل العلماء مقصوراً على التمييز بين القوى والضعيف وتأليف المتون والمختصرات التى تشبه الألفاظ .

ثم خلف من بعدهم خلف حصروا أنفسهم فى دائرة التقليد المطلق ، وحرموا على أنفسهم الاختيار والترجيح بين الآراء الفقهية وأعلنوا أن زمن ذلك قد انتهى .

وبعد هذا العرض السريع نعلم أنه لم ينته الاجتهاد فجأة وأن التقليد كان على مراحل ومن هنا قسم العلماء والفقهاء إلى طبقات .

طبقات الفقهاء :

اعتاد العلماء الذين يشتغلون بالفقه المذهبي على تقسيم الفقهاء إلى طبقات إلا أن هذه الطبقات تختلف من مذهب لآخر فطبقات المالكية غيرها عند الشافعية وهكذا وقد وجدنا أن ابن عابدين الحنفي ينقل لنا تقسيم علماء الحنفية إلى سبع طبقات :

- ١ - طبقة المجتهدين اجتهاداً مطلقاً .
- ٢ - طبقة المجتهدين في المذهب .
- ٣ - طبقة المجتهدين في المسائل التي لم يرد فيها حكم عن صاحب المذهب .
- ٤ - طبقة أصحاب التخريج من المقلدين .
- ٥ - طبقة أصحاب الترجيح من المقلدين .
- ٦ - طبقة المقلدين القادرين على التمييز بين الأقوى والقوى .
- ٧ - طبقة المقلدين الذين لا يستطيعون شيئاً مما سبق فمؤلا يتقنون الأقوال فقط .

أسباب تأخر الفقه في هذه المرحلة :

إذا كنا قد رأينا الفقه الاسلامي قد سقط وهوى من عليائه في هذه المرحلة فانا نرد على هذه الأسباب ونجملها فيما يلي :

١ - انحلال الدولة الإسلامية :

فانه يلاحظ على الدولة الإسلامية في هذا العصر أنها قد حققت من ناحية الاستقلال السياسي مما أدى هذا بدوره إلى ضعف الاستقلال التشريعي فانا نعلم أن استقرار الأمر في الدولة واجتماع كلمتها من العوامل المساعدة على رقيها في شتى نواحي الحياة .

٢ - انقطاع الصلة بين العلماء :

في هذه المرحلة انقطعت الصلات بين العلماء وأصبح العلماء لا يعرف بعضهم بعضاً في سائر الأمصار الإسلامية .

فأصبح العالم المصري لا يعرف العالم العراقي وهكذا .

وقد نتج عن هذا ضعف العلوم وخصوصاً الشرعية لأنها تعتمد على الرواية والتلقي وهما يؤديان إلى المناقشة والحوار وشجذ الأذهان مما يساعد ذلك على نمو التشريع .

وكان هذا طبعاً على عكس ما عرف عن فقهاء الأدوار السابقة ، فإنه كان لا يشهد للفقهاء منهم بالفقاهة إلا بقدر ثقله إلى هنا وهناك وأكبر دليل على ذلك ما حدث لكبار الأئمة والمحدثين .

٣ - انصراف العلماء عن الاجتهاد :

إما بسبب تهمهم للفتوى والخوف من حقد الحاقدين ونقد الناقدين كما حدث لابن تيمية وغيره مما سار على هذا النهج حيث اتهموه بالمروق والخروج على تعاليم الدين .

أو بسبب ميلهم إلى السكسل والاخلاد إلى الراحة وكثرة المسائل والفروع التي نقلت عن أئمتهم .

٤ - انقطاع الصلة بين الناس وبين كتب الأئمة .

فلقد انقطعت الصلة بين طلاب العلم وبين كتب الفقهاء التي كانت تتصف باليسر والسهولة حيث يسهل أخذ الأحكام منها دون عناء فهم . أما والحال قد تغير في هذه المرحلة حيث اتسمت مؤلفات هذه المرحلة بالتعقيد والألغاز والرموز مما أرهق الذهن وأتمب الفكر في حل هذه الرموز والألغاز لأخذ الأحكام منها .

وقد أُلجأ هذا الوضع كبار المصلحين إلى التمسك بـ إصلاح حال الفقه
والعودة به إلى سيرته الأولى وهذا ما سنتناوله في النور الخامس .

الدور الخامس

دور اليقظة الفقهية

من دراستنا للدور الأربعة السابقة يتبين لنا ما يلي :

أن الفقه قد بدأ بناؤه على يد الرسول صلى الله عليه وسلم فهو أول من وضع
أسسه وقواعده العامة .

ثم تلاه بعد في البناء سلف هذه الأمة الذين رزقهم الله بسطة في العلم
والفهم والقدرة على التصرف وإدراك أسرار الشريعة ومعانيها مما مسكنهم من
النموض بالفقه ومواجهة الوقائع والأحداث التي تستجد ومن هنا رأينا الفقه
في هذه الفترة يسير ركب الحياة ثم خلف من بعد ذلك خلف تقمقر الفقه على
أيديهم وأصابه الجود والتوقف حيث سادهم التقاليد المطلق وتغصب كل فريق
لأراء إمامه وكتبه فحبسوا أفكارهم وعقولهم في هذا الإطار في نهاية الدور
الرابع .

وقد رأينا كيف وصل الحال بالمؤلفات الفقهية حيث أصابها التعميد
والالتواء .

وقد ازداد الأمر سوءاً حين أعلن الفقهاء - على رأس القرن الرابع الهجري -
إغلاق باب الاجتهاد وادعوا الإجماع على ذلك ورأينا كذلك بعض الفقهاء
يحرم على المقلد أن ينتقل من مذهب إل آخر مع أن الله تعالى لم يوجب على
أحد من الناس أن يتنزه بمذهب معين وأن الأئمة أنفسهم لم يأمرُوا أحداً
بإتباعهم .

أضف إلى ذلك ما رأيناه من الحكم الجبهلة والمقلدين المتغصبين الذين
يلزمون الناس بمذاهب معينة في التقليد والقضاء .

ومن هذا كاه استاء المسلمون لما صار إليه الفقه من تدهور وتأخر فقام
المصلحون في سائر الاقطار الإسلامية بالدعوة إلى إنقاذ الفقه وتحليصه مما
أصابه حتى يستطيع التشريع الإيفاء بحاجات الناس .

* * *

الدعوة إلى إصلاح الفقه وأهدافها

بدأت طلائع الدعوة إلى إصلاح الفقه فظهر مع القرن الثامن الهجري وفي
بلاد متفرقة في سائر الأمصار الإسلامية وقد رأينا سابقاً عالين جليلين هما
شيخ الإسلام أبو العباس لقي الدين بن تيمية المتوفى سنة ٧٢٨ هـ وتلميذه
أبو عبد الله شمس الدين بن قيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١ هـ .

فقد نادى كل منهما بترك التقليد وإطلاق حرية الاجتهاد لمن توجد عنده
القدرة على الاجتهاد والعودة إلى كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم
وقد كان لكل منهما آراء مستقلة رغم اقتسامهم إلى الحنابلة .

ثم ظهر في نهاية القرن الثاني عشر الهجري وأوائل القرن الثالث في شبه
الجزيرة العربية أبو عبد الله محمد بن عبد الوهاب التميمي النجدي المتوفى
عام ١٧٠٦ هـ فقد صنع صنيع ابن تيمية وابن القيم ونادى هو الآخر بالاجتهاد
وإنه التقليد .

وكان هذا الشيخ يقلد مذهب الحنابلة بصفة عامة وابن تيمية بصفة خاصة .
وفي مصر وجد زعيم من أكبر زعماء الإصلاح وهو الشيخ جمال الدين
الأفغانى المتوفى عام ١٨٩٨ م وهو بحق يعتبر باعث النهضة الفكرية في الشرق
فدعا الناس إلى الإصلاح الدينى والسياسى والاجتماعى وخلفه في هذه الدعاية
تلميذه المخلص الشيخ محمد عبده المتوفى عام ١٩٠٦ م واستمرت هذه
المدرسة على هذا النحو حتى جفقت غايتها المنشودة .

أهداف حركة الإصلاح :

وقد كانت حركات الإصلاح جميعها تنشر الإصلاح الديني وإن اختلفت طرائقها فكانت جميعها تهدف في مجملها إلى أمور ثلاثة :

الأمر الأول : التخلص من الكتب القديمة التي ألقت في عصر الجور فلقبت باسمت هذه المؤلفات بالتمقيد والالتواء ولم يستفد الفقه الاسلامي من هذه المؤلفات بل كانت الاحكام تؤخذ من هذه المؤلفات بشق الانفس نظراً لغموض أسلوبها على غير المتخصصين .

الأمر الثاني : العودة إلى مصادر الفقه الأولى كالكتاب والسنة وأخذ الاحكام الشرعية من منابعها الأصلية ومحاربة التقليد وعدم التمسك بمذاهب أو كتب معينة .

الأمر الثالث : عدم التفرقة بين المذاهب الاسلامية المختلفة فإن هناك بعض المذاهب كان لها من الحظ والشهرة والبقاء إلى يومنا هذا كالمذاهب الأربعة المشهورة وبعض المذاهب الاسلامية الأخرى التي لم تقل نصيباً من الشهرة فاندثرت مع مرور الزمن .

كذهب الحسن البصري والاوزاعي وابن سيرين وغيرهم وقد ترك العمل بأراء تلك المذاهب مع قيمتها العملية القيمة وعلى الرغم من أن جميع هذه المذاهب تنتمي إلى أصل واحد وهو دين الله وتنسب جميعها إلى الشريعة الاسلامية ووجدنا العمل قاصراً على تلك المذاهب المشهورة مع أنه قد يكون في غير هذه المذاهب من الآراء ما فيه رفع الحرج ودفع الضرر عن الناس . ومن هنا نرى أنه يجب الأخذ بجميع هذه المذاهب الاسلامية المشهورة منها وغير المشهورة تخفيفاً وتيسيراً للناس ودفعاً للمشقة عنهم بدلاً من التزامهم بمذاهب معينة وقد يوقعهم هذا الالتزام في الحرج والعنت والمشقة بما يتعارض مع أهداف الشريعة العامة .

وهناك محاولة الآن للتقريب بين المذاهب الاسلامية المختلفة وعسى أن
يسكون ذلك تقريباً .

مظاهر النهضة المصرية فى هذا الدور :

وتبدو - ظاهرة النهضة الفقهية فى هذا الدور - واضحة جلية فى أمرين

الأول : منهج الدراسة وطريقة التأليف .

الثانى : تقنين أحكام الفقه دون الالتزام بمذهب معين فى أغلب الحالات

ونفصل القول فى ذلك فنقول :

٢ - دراسة الفقه والتأليف فيه : لقد اهتم المشتغلون بالفقه فى هذا
الدور واعتنوا به عناية كبيرة دراسة وتأليفاً فأخذ الفقه يعتمد مجده على يد
هؤلاء الأجلة حيث نهضوا بالتأليف وابتعدوا به عن التعقيد والالتواء
ونهجوا منهجاً يقوم على التعمق والتخصص ونحن إذا أردنا أن نسجل بعض
مظاهر النهوض بالفقه من ناحية الدراسة والتأليف فلنسجل ما يأتى : -

(١) العناية بدراسة المذاهب الكبرى والآراء الفقهية المعتبرة على قدم

المساواة من غير تفضيل مذهب على مذهب .

فقد كان أكثر الأحكام - كما علمنا فى الدور الرابع يلتزمون بمذاهب
معينة فى النقيض والقضاء ويكرهون الناس على اتباعها كما فعل القاطميون فى
مصر حين قصروا الدراسة فى الأزهر على مذهب الشيعية وكان فعل الأيوبيون
من بعدهم حين قصروا الدراسة فيه على بعض مذاهب أهل السنة .

وقد نهج كثير من الحكماء هذا النهج فى سائر الأقطار الاسلامية وقد أدى
هذا من غير جدل إلى الجهل بكثير من الآراء الفقهية القيمة الموجودة فى
المذاهب الأخرى . وقد نتج عن هذا الجمود والتأخر بالنسبة للفقه أما فى
هذا الدور .

فقد تجاوزت أغلب الأمم الاسلامية من هذا فأصبحت الدراسة فى دور

العالم وخصوصاً الأزهر شاملة لكل المذاهب الإسلامية المشهورة مع الاعتراف
بالآراء التي لم يكن لها ظهور من قبل بسبب عدم تدوينها وقلة أتباعها .

وهذا من غير شك يضع أمام طلاب العلم أروافاً من الآراء والأفكار
المختلفة فتتوسع مداركهم وتتسع مداركهم .

(ب) الاهتمام بالدراسة الموضوعية المفيدة :

كانت الدراسة في الدور الماضي مولعة بالإنجاز والاختصار والتراكيب
اللفظية المعقدة التي تستنفذ الجهد دون كبير فائدة .

أما في هذا الدور فلقد اتجهت الدراسة في الفقه إلى جوهره ولبسه ،
والتخلص من كل التعقيدات العلمية العقيمة القائمة على النظر الجدلي ويرجع
هذا الفضل إلى دراسة الكتب الفقهية القديمة التي لم يلحقها التعقيد ولا الجود
كما يرجع الفضل أيضاً إلى المؤلفين المحدثين الذين نهجوا في مؤلفاتهم نهجاً
علمياً خالصاً .

(ج) الناية بدراسة الفقه المقارن : ففي هذا العصر اهتم المشتغلون
بالفقه بهذا النوع من الدراسة .

والمقارنة تارة تكون بين المذاهب الفقهية في مسألة من المسائل .

وتارة تكون بين المذاهب الإسلامية في جملتها وبين القوانين الوضعية
في حكم مسألة من المسائل ثم تعرض الأدلة التي استند إليها كل فقيه في هذه
المسألة ثم تناقض هذه الأدلة ويختار منها ما هو أقرب إلى الحق وأشبه بروح
الشريعة تحقيقاً لمصالح الناس .

والفيصل في ذلك هو قوة الدليل في كل حال .

أما النوع الثاني من المقارنة .

فكان بين الشريعة الإسلامية بجملتها وبين التشريعات الوضعية الحديثة .

وقد قام بهذا العمل نخبة من العلماء الذين أهلتهم ظروفهم لذلك العمل الجليل .

فعملوا على المقارنة بين الشريعة وبين التشريعات الوضعية ووقفوا بين الشريعة الإسلامية وبين الشرائع الأخرى فيما يمكن توفيقه .

وأظهروا لثناش كثيرأ من الحلول الجزئية والنظريات التي تشهد على الحياة الشريعة الإسلامية للتطبيق فى كل زمان ومكان وقد وجد هذا النوع من الدراسة فى كتب المتقدمين وخصوصا كتب الحنفية والشافعية، ولكن كان الطابع العام لتلك المقارنات - السائدة حين ذاك - هو الانتصار لمذهب المقارن مهما ضعف دليله وقوى دليل غيره فى نظره .

فائدة دراسة الفقه المقارن:

ولا شك أن هذا اللون من الدراسة قد أكسب صاحبه القمدررة على الاستنباط والتخريج والترجيح وساعد أيضا على تنمية المدارك والملكات الفقهية .

كما دفع أصحاب هذا الفن إلى التعمق لفهم معانى الشريعة وأسرارها .

(د) الاتجاه إلى إظهار النظريات العامة فى الفقه ودراستها والمعروف عن الفقه الإسلامى أنه لم يبن على النظريات العامة بل كان اجتهاد الفقهاء فى المسائل والقضايا الفردية ولكن من يدقق النظر فى الفقه الإسلامى يجده قد اشتمل على نظريات وكليات عامة تفوق تلك النظريات الحديثة كمنظريه العقد والملك والمال والتعسف فى استعمال الحق وغير ذلك .

(هـ) التخصص فى الدراسة : اتجهت العلوم فى هذا العصر اتجاهاً عظيماً فكان لكل فن من الفنون وكل نوع من أنواع المعرفة دراسات خاصة مستقلة كل فن أو نوع على حدة وقد أدى هذا إلى التعمق والإجادة فى تلك المعارف .

ومن هنا وجدنا الذين اهتموا بالدرسات الفقهية قد أنشأوا دراسات عليا مستقلة في كلية الشريعة بجامعة الأزهر وكليات الحقوق في سائر الجامعات المصرية وغيرها من الأقطار الإسلامية ولا شك أن هذا التنوع من الدراسة يدفع صاحبه الأجادة والتمعق ويربى الملكات الفقهية القادرة على التخريج والترجيح والاستنباط وقد ظهرت هذه الملكات في الرسائل العلمية المتخصصة والمكاتب التي ألفها هؤلاء .

أما من جهة التأليف : فقد نشط المؤلفون في هذا العصر وركزوا كل اهتمامهم وجهودهم في إبراز دقائق التشريع الإسلامي وعالجوا في مؤلفاتهم الموضوعات العلمية في أسلوب سهل مبسط .
ومن كل هذا ظهرت الشريعة على حقيقتها من السهاحة والدقة والشمول .
والقدرة على مسايرة التطور .

٢ — تقنين أحكام الفقه الإسلامى :

المقصود بالتقنين ؟

يقصد بالتقنين جمع أحكام المسائل في كل باب وصياغتها في مواد متتابعة مرقمة بحيث يختار في حكم كل مسألة رأى واحد من بين الآراء المتعددة ويكون هذا الحكم هو المختار بين سائر المتقاضين .
والغرض من التقنين تحقيق أمرين :

الأول هو توحيد الأحكام في المسائل المتشابهة فلا يضى قاض بحكم في مسألة ويقضى فيها قاض آخر بحكم آخر في نفس المسألة بل الواجب على القضاة التزام النص المتفق عليه ويحرم عليهم مخالفته وذلك منعا للاضطراب في الأحكام .

الثانى : تيسير مراجعة الأحكام الفقهية على القضاة وغيرهم فإن ترتيب الأحكام الفقهية في مواد متتابعة وفي أبواب منظمة مرتبة — يودى بلا شك .

إلى أخذ الأحكام منها بسهولة ويسر من غير عناء أما ترك القضاة وأنفسهم
لأخذ الأحكام الفقهية من كتبها فإنه قد يشق عليهم ذلك لأن هذه الكتب
في حاجة إلى خبرة وعناية خاصة وقد لا يتوفر هذا الكثير من الناس .

بدء تقنين أحكام الفقه الإسلامي :

ظهرت مجالات - قبل العصر العباسي - لتدوين الفقه وتقنين أحكامه
كحالة ابن المقفع مع أبي جعفر المنصور وكذلك محاولة أبي جعفر مع الإمام
مالك وأيضاً محاولة السلطان محمد عالم كبير أحد ملوك الهند وكل هذه المحاولات
كانت تبعد عن فكرة التقنين بمعناها الدقيق الذي قدمناها .

أما فكرة التقنين بالمعنى الصحيح فقد ظهرت في أواخر القرن الثالث
عشر الهجري ونفذ فعلاً وذلك في تركيا . عند ما أنشأ العثمانيون المحاكم
وجعلوا من اختصاص تلك المحاكم بعض الدوازي التي كانت من اختصاص
المحاكم الشرعية ولم يكن من السهل على القضاة أن يأخذوا الأحكام الفقهية من
مصادرها لعدم تفرغهم على هذه الكتب وقلة خبرتهم بها .

ومن أجل هذا كانت الحاجة ماسة إلى تقنين أحكام الفقه بأسلوب سهل
ميسر وجعله في مواد حتى يسهل الأمر على غير القضاة الشرعيين وصدرت
الأوامر من السلطان بتشكيل لجنة من هيئة كبار العلماء المختصين برئاسة
أحمد جودت باشا لوضع مجموعة الأحكام الشرعية في المعاملات من الفقه
الحنفي وكان ذلك في عام ١٢٨٦ هـ ١٨٠٩ م وانتهت اللجنة من عملها
سنة ١٢٩٣ هـ ١٨١٦ م وقد عرفت هذه المجموعة باسم المجلة العثمانية .

وعقب ذلك صدرت الأوامر بالعمل بما جاء في تلك المجلة في تركيا
وفي سائر البلاد التابعة لها غير أنه لم يكن لمصر نصيب في العمل بتلك المجلة
لأنها كانت قد استقلت عن تركيا قبل ذلك بزمانين .

تكوين المجلة العدلية :

وقد اشتملت المجلة العدلية على ١٨٥١ مادة وأخذت جميعها من الفقه الحنفي غير أنه يلاحظ أن بعض أحكام هذه المجلة كانت تمثل الأقوال المرجوحة في المذهب الحنفي وقد لجأ المشرعون إلى ذلك تيسيراً وتخفيفاً على الناس وقد حوت المجلة أحكاماً كثيرة من العقود والتصرفات منها - تبيوع والإيجارات والشركات والوكالة والصلح والإبراء والقضاء والشفعة والكفالة والرهن والهبة والغصب وما إلى ذلك .

قانون العائلات وبدء الخروج على التقيد بمذهب معين

وعقب ظهور المجلة العدلية في تركيا ظهر عام ١٣٢٦ هـ قانون يسمى بقانون العائلات وكان القانون ينظم شؤون الزواج والفرقة ولم تقتصر أحكامه على المذهب الحنفي بل عدته إلى غيره من المذاهب الإسلامية الأخرى ومن هنا انتهت فكرة التقيد بمذهب معين .

تقنين الفقه الإسلامي في مصر :

لم تعمل مصر بما جاء في المجلة العدلية لأنها كانت قد استقلت عن تركيا قبل إلزام الناس بهذه المجلة بالإضافة إلى أن الخديوي إسماعيل ، رفض البتة العمل بالمجلة تخلصاً من التبعية التركمية ورغبة منه في الاستقلال المطلق عنها إلا أن الحاجة كانت ماسة حين ذاك إلى القوانين فاتجه المشرعون إلى القوانين الغربية - وخصوصاً القانون الفرنسي - يأخذون منها ما يحتاجونه لتنظيم شؤونهم ولم يعملوا بالشريعة الإسلامية . بحجة أنها قاصرة عن ركب التطور الحضاري وأن المكتتب الفقهي يتعذر استخراج تلك القوانين منها فأحدثت هذه التحولات وتلك الأفكار استياء عند العلماء مما دعا الفقيه الكبير قدرى باشا إلى القيام بعمل يشبه تماماً المجلة العدلية ليثبت للناس ولأولى الأمر قصر نظرهم حيال الشريعة والفقه الإسلامي .

فقن قانوناً الأحوال الشخصية واقتصر فيه على أحكام الحجر والوصية والميراث وغيرها وبلغت مواد هذه المجموعة ٦٤٧ مادة .

وكذلك ألف كتاباً أسماه مرشد الحيران في معرفة أحوال الإنسان ، ويشتمل على ٩٤١ مادة وتراه كذلك يقن أحكام الوقف في كتاب سماه العدل والإنصاف في مشكلات الأوقاف وكل هذه القوانين كانت مأخوذة من الفقه الحنفي .

غير أن عمل قدرى هذا كان إجتهداً منه فقط أو كان عملاً فردياً ليست له صفة رسمية — أى من قبل الحكومة — وعلى العموم فإن هذا العمل كان مرجعاً قيمياً لمن أراد أن يتصدى لمثل هذا العمل .

ولما ضاق الناس ذرعاً ببعض الأحكام المأخوذة من الفقه الحنفي والمعمول بها في القضاء طالبوا المستولين بالأخذ بالمذاهب الأخرى تيسيراً وتخفيفاً على الناس وقد استجاب أولوا الأمر لهذا المطلب فكونت لجنة من كبار العلماء برئاسة وزير الحقتانية لوضع قانون الأحوال الشخصية وبالفعل قامت اللجنة بإعداد المشروع الخاص بالزواج والطلاق وما يتبعهما وقد أخذت الأحكام من المذاهب الإسلامية المشهورة وقد طبع هذا القانون سنة ١٩١٦ ثم أعيد طبعه عام ١٩١٧ م .

وفي سنة ١٩٢٠ صدر مرسوم بقانون رقم ٢٥ خاص بأحكام الزواج والطلاق والنفقة والعدة والمفقود وكان هذا القانون يشتمل على ١٤ مادة واستمدت أحكامه من المذاهب المشهورة .

واستمر الحال كذلك حتى عام ١٩٢٦ م إذ تقدمت وزارة العدل (في ذلك الحين) بمذكرة اقترحت فيها تشكيل لجنة تقوم بوضع مشروع قانون الأحوال الشخصية وما يتفرع منها والأوقاف وللاورث والوصية .

وغيرها دون التقيد بمذهب معين بل تؤخذ من جميع المذاهب ما تراه صالحاً وعميقاً لمصلحة الناس وملائماً لحالة المجتمع .

وقد وافق مجلس الوزراء على ذلك وكوّنت اللجنة بالفعل وأخرجت القوانين الخاصة بالمواريث سنة ١٩٤٣ والوصية والوقف سنة ١٩٤٦ .

وبعد إلغاء المحاكم الشرعية وضم اختصاصها إلى المحاكم الوطنية فكرت وزارة العدل في وضع قانون شامل للأحوال الشخصية يسهل الرجوع إليه فشكلت لجنة لاختيار أحكامه من الفقه الإسلامي وقد يصدر قريباً .

المبحث الثاني

المذاهب الفقهية

نشأت أغلب المذاهب الفقهية الجماعية في عصر ازدهار الفقه الإسلامي. أي في الفترة التي تبدأ من أوائل القرن الثاني الهجري تقريبا وتنتهي في منتصف القرن الرابع .

ما المقصود بالمذاهب الجماعية ؟

ويقصد بالمذاهب الفقهية الجماعية تلك المذاهب التي تكونت من إمام المذهب مضافا إليه عمل التلاميذ .

فيكون المذهب مكونا من آراء وأقوال الإمام واجتهادات التلاميذ في المسائل التي لم يتعرض لها إمامهم أو كان قد تعرض لها ولكن اختلفت وجهة النظر فيها أمامهم .

ومن أمثلة المذاهب الجماعية المذهب الحنفي والشافعي فإن تلاميذ هذه المذاهب الجماعية قاموا بنشر مذاهبهم وتدوينها مما ساعد ذلك على بقائها حتى الآن .

أما المذاهب الفردية :

فهي ما كونت من فقيه واحد وقد وجدت هذه المذاهب في عصر الصحابة والتابعين ولم يكن لتلك المذاهب أتباع يقومون بتدوينها ونشرها واستتبع هذا لا محالة انتهاء تلك المذاهب بانتهاء أصحابها .

أشهر المذاهب الفقهية :

وأشهر المذاهب التي نقلت إلينا وظلت باقية حتى الآن هي المذهب الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي وهذه المذاهب تسمى بمذهب أهل السنة .

وقد بقي أيضاً من مذاهب الشيعة المذهب الزيدى والإمامى وهناك بعض مذاهب لم يكتب لها البقاء بل انقرضت ولم يطل العمل بها .

كمذهب الأوزاعي المتوفى عام ١٤٧ هـ ومذهب سفيان الثوري المتوفى عام ١٦١ هـ ومذهب الليث بن سعد المتوفى سنة ١٧٥ هـ ومذهب داود الظاهري المتوفى ١٧ هـ ومذهب ابن جرير الطبري المتوفى عام ٣٠٠ هـ وغيرهما من المذاهب فيقال إنه كان هناك ما يقرب من خمسمائة مذهب إلا أنها انقرضت (١) .

المذهب الحنفي

مؤسس المذهب أبو حنيفة وهو النعمان بن ثابت بن زوطى ، ويذكر أغلب المؤرخين أنه ولد بالكوفة سنة ٨٠ هـ ومات ببغداد سنة ١٥٠ هـ

١ - نشأته :

نشأ أبو حنيفة بالكوفة وقد أدرك في حياته أربعة من الصحابة هم أنس ابن مالك بالبصرة وعبد الله بن أبي أوفى بالكوفة وسهل بن سعد الساعدي بالمدينة وأبو الطفيل عامر بن وائلة بمكة ولم يلق أحداً منهم وقيل بل لقي أنساً بن مالك وروى عنه حديث طاب العلم فريضة على كل مسلم .

وأبو حنيفة من أتباع التابعين وقيل إنه من التابعين لأنه قد حج مع أبيه ولقي بالمسجد الحرام عبد الله بن الحرث الزبيدي الصحابي ومعه يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من تفقه في دين الله كفاه مهامه ورزقه من حيث لا يحتسب .

وكان أبو حنيفة خزازاً يبيع ثياب الخبز بالكوفة وقد عرف يصدق المعاملة والنفرة من المماكسة وكان حسن الوجه حسن المجلس سخياً ورعاً ثقة لا يحدث إلا بما يحفظ .

(١) اختلاف الفقهاء للطبري ص ١٤ .

سلم له حسن الاختيار ، وتدقيق النظر ، وجودة الفقه ، فيه قال ابن مالك
أفقه الناس أبو حنيفة ما رأيت في الفقه مثله .

وقال الشافعي : الناس في الفقه عيال على أبي حنيفة .

وقال جعفر بن الربيع . أقيمت على أبي حنيفة خمس سنين فما رأيت
أطول صمتاً منه فإذا سئل عن الشيء من الفقه تفتح وسأل كالوادى وقد قال
الحسن بن عمار بعد أن تولى غسله : رحك الله وغفر لك لم تغلر منذ ثلاثين
سنة ولم تسود يمينك بالليل منذ أربعين سنة

وكان لا شغفه بالتجارة أتران بارزان في حياته : اكتسابه كثيراً من
المعارف العملية واستغناؤه عن السلطان وعزوفه عن تولى المناصب .

٢ - شيوخه

:- من أبو حنيفة الفقه في مدرسة الكوفة وكان لهذه المدرسة طابع خاص
في استعمال الرأي .

وكان من أعلام هذه المدرسة عبدالله بن مسعود وكان له تلاميذ عدة كان
أبرزهم مسروق وعلقمة وشريح ثم أخذ إبراهيم النخعي عن هؤلاء ثم جاء
من بعده حماد بن أبي سليمان فجمع ذلك كله في صدره وأسلمه لأبي حنيفة
فصاغه مذهباً .

وقد أخذ أبو حنيفة عن كثير من العلماء كمطاء عن أبي رباح ومشام
ابن عروة وفاقع مولى ابن عمر لاسكن الذي أخذ عنه أكثر وتأثر به أستاذه
حماد بن أبي سليمان الأشعري فلزمه أبو حنيفة - مئتي عشر سنة - حتى مات

٣ - امتناع أبي حنيفة عن تولى القضاء :

فقد روى أنه عرض تولى امر القضاء على أبي حنيفة مرتين فرفض -
إحداهما في العصر الأموي فقد عرض عليه - ابن هبيرة والى العراق من

قيل بنى أمية — قضاء الكوفة فأبى فضربه مائة سوط وعشرة أسواط وهو
مصر على الامتناع فلما رأى ذلك خلى سبيله .

والثانية في العصر العباسي وذلك لما كان زمن المنصور الخليفة العباسي
اشخص أبا حنيفة من الكوفة إلى بغداد وأوآذ أن يوليه القضاء فأبى
فخلف عليه ليفعلن، فخلف أبو حنيفة لا يفعل فقال الحاجب ألا ترى
أمير المؤمنين يحلف ؟

فقال : أمير المؤمنين أقدر على كفارة أيمانه مني .

ويروى عن الربيع بن يونس أنه قال : رأيت أمير المؤمنين المنصور ينازل
أبا حنيفة في أمر القضاء وأبو حنيفة يقول اتق الله ولا تشرك في أمانتك إلا
من يخاف الله والله ما أنا بما مون الرضا فكيف أكون مأمون الغضب وإن
لا أصلح لذلك فقال له كذبت أنت تصلح فقال : قد حكمت على نفسك فكيف
يحل لك أن تولى قاضياً على أمانتك وهو كذاب .

٤ — أصول مذهبه و منهجه في الاجتهاد :

وكانت طريقتة في الاستنباط : ما قاله هو عن نفسه ، إن أخذ بكتاب الله
إذا وجدته فإذا لم أجده فيه أخذ بسنة رسول الله صلى الله عليه والآثار
الصحيح عنه التي فشت في أيدي الثقات .

فاذا لم أجده في كتاب الله ولا سنة رسوله أخذت بأقوال أصحابه أخذ بقول
من شئت وأدع قول من شئت ثم لا أخرج من قولهم إلى قول غيرهم فاذا
انتهى الأمر إلى إبراهيم والشعبي والحسن وابن سيرين وسعيد بن المسيب فلي
أن اجتهد كما اجتهدوا ، فهذا النص يبين لنا المصادر التي أسس عليها أبو حنيفة
مذهبه وهي كالتالي :

١ — الاحتجاج بالقرآن الكريم فما وجدته فيه لا يبحث عنه
بغيره لأنه الأصل في التمرير .

ثانياً — الاحتجاج بالسنة : فالـ لم يجهده في القرآن ووجده في السنة أخذ به ولا يعدل عنه إلى غيره ولكنه كان لأبي حنيفة في الاحتجاج بالسنة مسلك خاص عرف به ، وذلك أنه يتشدد في قبول الحديث .

ثالثاً : الاجماع : ثم كان يحتاج بعد الكتاب والسنة بالإجماع متى وجد ونقل نقلاً موثقاً به ثم هو كان يحتاج بالإجماع العام لا الخاص ببلد أو إقليم

رابعاً — القياس : ثم كان يحتاج بعد ذلك بالقياس وكان لتشدده في قبول الحديث أثر كبير في جعل القياس أساساً كبيراً من أسس التشريع في فقهه .

خامساً — توسع في الأخذ بمبدأ الاستحسان أكثر من غيره فكثيراً ما كانت تلجئه المصلحة أو العرف أو الضرورة في الأخذ بالاستحسان .

هـ — رد بعض المزاعم :

وجه بعض الناس إلى الإمام أبي حنيفة طعوناً هو منها براء لأن شهادة التاريخ له وما تركه من آثار يرد تلك المزاعم الباطلة عن فقيه عظيم من فقهاء الاسلام ومن هذه المزاعم :

أولاً : أن أبا حنيفة توسع في استعمال القياس وأهمل السنة حيث لم يبين مذهبه إلا على سبعة عشر حديثاً وكان أكثر الذين عادوا أبا حنيفة هم رجال الحديث حتى أحصوا عليه أنه خالف الحديث نحو ما تقي مسألة ، وردنا على هذا :

أن هذا زعم فاسد فإن أبا حنيفة لم يعمل بالقياس في مواجهة الحديث الصحيح ابداً وان الأحاديث التي أنكرها هي التي لم تثبت عنده لأنه كان كل ما هناك يختلط في الرواية لا غير ويتثبت منها وقد روى عنه أنه كان يقول : « إني أخذ بكتاب الله إذا وجدته فما لم أجده فيه أخذت بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم الآثار الصحاح عنه التي فشت في أيدي الثقات » .

وما قيل من أنه لم يرو إلا سبعة عشر حديثاً فردود أيضاً بما أنه قد روى عنه مائتي وخمسة عشر حديثاً .

وقد جمع تلاميذه الآثار التي رووها عنه مثل مسند أبي يوسف ومسند محمد بن الحسن ومسند الحسن بن زياد وقد جمع كل هذه المسانيد قاضي القضاة أبو المؤيد محمد بن محمود الخوارزمي المتوفى سنة ٥٦٥ هـ في كتاب سماه جامع المسانيد طبع في مصر سنة ١٣٣٦ وقد أخذه من خمسة عشر مسنداً جميعها لأبي حنيفة لحول علماء الحديث وكل هذا يدلنا على أن أبا حنيفة كان عنده من الأحاديث والآثار ما يدفع هذا الوهم وذلك الزعم .

ثانياً : وقد طمن بعض الناس على أبي حنيفة وأسرفوا في التجني عليه فقالوا إنما أبا حنيفة أخذ بمبدأ الحيلة في فتواه وأنه أول من أنشأ الحيل ، ولم يقتصر الأمر على ذلك بل قالوا إنه وضع كتاباً في الحيل .

وقالوا إن هذا يتناقى مع مقاصد الشريعة لأن الله تعالى إنما أوجب الواجبات وحرم المحرمات لأجل مصالح الناس في المعاش والمعاد أما كون العبد يتعاطل على إسقاط الواجبات وتحليل المحرمات فهذا تعطيل لشرع الله وسمي في دين الله بالفساد .

وردنا على هؤلاء :

إن الحيل نوعان نوع جائز شرعاً فيجوز مزاولته والأخذ به ، ونوع غير جائز شرعاً فلا تحل ممارسته ولا العمل به . وهذا النوع هو الذي نهى عنه رسول الله ﷺ بقوله : لا تتركبوا ما ارتكبت اليهود لتستحلوا محارم الله بأذن الحيل .

فالحيل المذمومة هي ما هدمت أصلاً شرعياً أو أدت إلى إسقاط حق واجب ومثل هذه الحيل هي الممنوعة شرعاً . كمن ارتدت للخلاص من زوجها .

- أما الحيل الجائزة شرعاً فهي ما تكون مخلصاً شرعاً لمن ابتلى بهادته دينية فهي استخراج فقهى للخروج من مأزق مع عدم التعدى على أحد أو ارتكاب أى محرم . وذلك كأن يحتال إنسان للتوصل إلى حق أو على دفع ظلم بطريقة مباحة .

ومن يتبع حيل أبي حنيفة يجهدها من هذا النوع أى من الحيل الجائزة شرعاً ويدلنا هل ذلك ماروى :

أن الأعمش حلف بطلاق امرأته إن أخبرته بفناء الدقيق أو كتبت به أو راسلته أو ذكرت لأحد ليذكره له أو أومات له فسألت أبا حنيفة فاحتال لمخرج لهذا فقال لها . إذا انتهى الدقيق فسدى جراب الدقيق على ثوبه وهو قائم فإذا أصبح أو قام من الليل علم خلاء الجراب وفناء الدقيق .

وما قيل من أن أبا حنيفة قد ألف كتاباً في الحيل فهو مردود أيضاً لتناقض الروايات في ذلك

وقد أسرف أتباع المذاهب - وخصوصاً الحنفية الشافعية - في التحايل وخرجوا بالأحكام الشرعية عن مقاصدها وأغراضها والأئمة براء من ذلك .

ويقول ابن القيم (١) : والمتأخرون أحدثوا حيلاً لم يصح القول بها عن أحد من الأئمة ونسبوا إليهم وهم مخطئون في نسبتها إليهم ولهم مع الأئمة موقف بين يدي الله عز وجل ومن هرف سيرة الشافعى وفضله ومكانته في الإسلام علم أنه لم يكن معروفاً بفعل الحيل ولا بالدلالة عليها ولا كان يشير على مسلم بها وأكثر الحيل التي ذكرها المتأخرون المنتسبون إلى مذهبه من تصرفاتهم .

(١) إعلام الموقعين ص ٢٣ ، ص ٢١٨ .

٦ - أبو حنيفة والفقهاء القديري : كان أبو حنيفة رحمه الله لا يتخرج من الفتيا فكان يحكم في المسائل ما وقع منها وما لم يقع ، وكان يقول لقتادة : إن العلماء يستعدون للبلاء ويتخرجون منه قبل وقوعه .

وذلك كان كثيراً ما سئل وكثيراً ما أجاب فيما على يديه علم الفقه .

٧ - تلاميذه : أما تلاميذه الذين انتسبوا إليه انتساب المتعلم للمعلم وكانت لهم اليد الطولى في تفریح الفروع وإعداد الجواب عنها فأشهرهم :

أولاً - أبو يوسف :

وهو أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري ولد بالكوفة في عام ١١٢ هـ ومات بها عام ١٨٢ هـ .

تفقه على :

ابن أبي ليلى

وأبي حنيفة : وكان أبو حنيفة ينده بالمال لفقره .

ولقي مالكاً : وناظره وأخذ عنه الحديث والفقه ورجع عن بعض آرائه

إلى قول مالك والحجازيين .

وروى : عن عطاء بن السائب وهشام بن عروة وأبي اسحق الشيباني

وتولى القضاء : لثلاثة من الخلفاء - المهدي ثم المادى ثم هارون الرشيد -

وقد ولي القضاء عام ١٦٦ هـ ولم يزل قاضياً حتى مات ، وكان أبو يوسف

أفقه أصحاب أبي حنيفة وأكثرهم رواية للحديث . وقد أفاد أبو يوسف

فقه أبي حنيفة من وجوه :

١ - فلقد كان لتولية أبي يوسف منصب القضاء فضل عظيم على فقه

أبي حنيفة إذ مكنته هذا المنصب من أن يولى كل القضاة من الخنفية وكان هذا

من الأسباب التي أدت إلى نشر المذهب وتأيينه .

٢ - وقد أكسبه منصب تولى القضاء بعض الخبرات العملية واطلع

على بعض شئون الدولة وقد أفاده كل هذا في نهجه وفكره .

٣ - وكان لاتصال أبي يوسف بالمحدثين والرواة الشيء الذي أعانه
على تقوية المذهب بالحديث .

٤ - وكان أول من صنف الكتب في المذهب ولقد كان له مؤلفات
عدة ولكن لم يصلنا منها سوى كتاب الحراج والرد على سير الأوزاعي .
أثباتاً - محمد بن الحسن الشيباني :

هو محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني ولد بواسط ١٣٢ هـ أثناء سفر والده
من الشام إلى العراق وأصله من قرية ضاحية دمشق - حرستا - نشأ بالكوفة
وحضر مجلس أبي حنيفة ولكن لم يصاحبه طويلاً فقد مات أبو حنيفة وعمر
محمد نحو ثمان عشرة سنة .

وتلمذ لأبي يوسف ، ودرس على مالك بالمدينة نحو ثلاث سنين وروى
عنه الموطأ وكان لذلك أثر الاختلاف بين الحجازيين والعراقيين .
وأخذ عن الأوزاعي والثوري .
وعندما رحل الشافعي إلى العراق لازم محمد بن الحسن وتفقه عليه وكان
بينهما مناظرات أثرت في اجتهاد الشافعي واستنباطه .

كتبه :

ومن أشهر ما وصل إلينا من مؤلفاته الستة التي تحت أيدينا الآن :
كتاب الجامع الصغير والجامع الكبير والسير الصغير والسير الكبير والزيادات
وكتاب الأصل المعروف بالمبسوط .

فضله على الفقه :

١ - لقد استطاع أن يطعم فقه أبي حنيفة بالحديث وفقه المدينة لاتصاله
بالإمام مالك والشافعي وكان حلقة اتصال بين أهل الحديث والرأي .
٤ - وكان محمد رحمه الله من أمهر أصحاب أبي حنيفة تفريراً للمسائل
وكان لمؤلفاته الفضل العظيم في حفظ ذلك التراث الفقهي الهائل لأنها كانت
عماد الباحثين في الأزمنة المتماقبة .

قالنا — زفر بن الهديل : هو زفر بن الهديل بن قيس وهو من تيم وكان
أبوه والياً على البصرة ولد ١١٠ هـ وتوفي عام ١٥٨ هـ
وكان من أشهر أصحاب أبي حنيفة وأمرم في القياس .
روى عن المزني صاحب الشافعي .

أنه جاء رجل فسأله عن أهل العراق ، قال ما تقول في أبي حنيفة ؟
قال : سيدم قال : فأبو يوسف قال اتبعهم للحديث قال : فحمد بن الحسن ؟
في تركيا والعراق والباكستان وأفغانستان .

المذهب المالكي

الإمام مالك وحياته العلمية :

هو مالك بن أنس بن مالك بن أنى عامر الأصبحي : نسبة إلى ذى أصبح
قبيلة في اليمن : قدم أحد أجداده إلى المدينة وسكنها .
وجده الأعلى أبو عامر صحابي جليل شهيد للمشاهد كلها مع النبي ﷺ إلا
بدرأ ، ولد مالك بالمدينة سنة ثلاث وتسعين — ٩٣ هـ وتوفي سنة ١٧٩ هـ ،
وهو من تابعي التابعين على الصحيح وظل في المدينة طوال حياته ولم يرحل
عنها إلا إلى مكة حاجاً .

شيوخه :

وقد استهل مالك حياته بطاب العلم فاشتغل به في مأكورة حبياء ، وقد
تلمذ على أول شيوخ له وهو عبدالرحمن بن هرمز ، وقد لازمه مالك مدة طويلة
لم يختلط بغيره .

وكان شيوخه في الفقه : ربيعة بن فروخ المعروف بريعة الرأي .

وروى عن : ابن شهاب الزهري أحد الفقهاء والمحدثين ، وعن نافع مولى
ابن عمر ومثام بن عروة وعبدالله بن دينار ويحيى بن سعد .

جلوسه الإفتاء :

ولما بلغ سبعة عشر عاماً جلس للفتيا والتدريس بعد أن شهد له شيوخه بالحديث والفقه روى عنه أنه قال : ما جلست للفتيا والحديث حتى شهد لي سبعون شيخاً من أهل العلم أنى مرضاة لذلك .

شهادة العلماء له

وقد أثنى على الإمام مالك الشافعي حيث قال : مالك حجة الله على خلقه ، وقال ابن مهدي : ما رأيت أحداً أتم عقلاً ولا أشد تقوى من مالك . وقال الليث بن سعد : مالك عالم تقي علم مالك أمان لمن أخذ به من الأنام .

الرواة عنه :

ذاع صيت الإمام مالك في جميع الأقطار الإسلامية وطبقت شهرته الآفاق فارتحل الناس إليه من كل مكان حتى قيل إنه روى عنه ما يقرب من ألف وثلاثمائة من أعلام الأقطار الإسلامية وقد أجمع العلماء على إمامته ودينه وروعه ووقوفه مع السنة ، ويعتبر الإمام مالك فقيه الحجاز كما اعتبر أبو حنيفة فقيه العراق .

الإمام مالك والخلفاء :

هذا وقد حدث للإمام مالك أمة قد تعرض لبعض الإهانات من الخلفاء ، وقد اختلف في سبب ذلك فقيل :

لأنه أفتى بعدم وقوع طلاق المسكره وقد كان العباسيون يسكرهون الناس على الخلف بالطلاق عند البيعة فرأوا أن فتوى مالك هذه تنقض البيعة ، وتمون الثورة عليهم ، ويروى أن المنصور نهى مالكا عن التحدث بحديثه وليس على مسكره طلاق ، إلا أن الإمام مالكا كان يتحدث به على رؤوس الأشهاد فغضبه بالسياط ومدت يده حتى انفكت كتفه قالوا :

فما زال مالك بعد هذا الضرب في رفعة من الناس وعلو من أمره حتى
كما بما كانت تلك الشياطين حياً على بها (١) :
وقيل : إن ابن القاسم سأل مالكا عن البقرة : أيجوز قتلهم ؟ فقال : إن
خرجوا على مثل عمر بن عبد العزيز قال : فإن لم يكن مثله ؟ فقال : دعهم
ينتقم الله من ظالم لظالم ثم ينتقم من كليهما . فكانت هذه الفتوى من أسباب
عمته إلا أن نرى بعد ذلك أن الأمور قد تغيرت وصار الخلفاء يتقربون من
الإمام مالك .

فهذا هو المهدي يتشاور مع الإمام مالك في أمور تتعلق ببناء البيوت الحرام
وذلك الرشيد يزور الإمام مالكا عندما رحل هارون إلى الحجاز للحج ويقال
إن أبا جعفر المنصور لما لقي مالكا في الحج طالب منه أن يضع كتابا للناس
يتجنب فيه شذائد ابن عمر ورخص ابن عباس وشواذ ابن مسعود إلا أن هذه
الأمنية لم تتم لأن مالكا كره تقليد الناس له .

منهجه في الاجتهاد :

كان الإمام رحمه الله مسالكا خاصاً في الاستنباط يخالف في ذلك أغلب أهل
العلم فهو فوق اعتياده للمصادر الأربعة المعروفة وهي — الكتاب والسنة
والإجماع والقياس — كان يعتمد في استنباطه على أدلة أخرى كعمل أهل
المدينة والمصالح المرسله وقول الصحابة وسد الذرائع والاستحسان، وكان لهذا
أثر كبير في اتساع مجال الخلاف بينه وبين غيره في الأمور الآتية :

١ — السنة :

فكان لا يشترط في قبول الحديث ما يشترطه الحنفية والشافعية ، ولكنه
كان يشترط في قبول خبر الواحد ألا يخالف عمل أهل المدينة وكان عمدته في
الحديث ما رواه علماء الحجاز .

وكان كذلك لا يشترط في قبول الحديث الشهرة فيما تعم به البلوى كما
اشترط الحنفية وكان لا يرد خبر الواحد لمخالفته القياس ولا يقدم القياس على
خبر الواحد ويميل بالمرسل .

ولا يفهم من هذا كله أنه كان يتساهل في قبول الحديث ، لا ، فإنه كان
شديد التحري والتدقيق في قبول الحديث .

٢ - عمل أهل المدينة :

حجة عند الإمام مقدم على القياس وعلى خبر الواحد لأنه عنده أقوى
منهما إذ عملهم بمنزلة روايتهم عن رسول الله ﷺ
وقد نازعه في ذلك أكثر فقهاء الأمصار ولم يروا في عملهم حجة لأنهم
ليسوا عملاً للمصنعة .

وكتب إليه الليث بن سعد رسالة طويلة في هذا وناقش الشافعي هذه المسألة
في كتابه الأم .

٣ - المصالح المرسلة :

ومعنى المصالح المرسلة : المصالح التي لم يشهد لها في الشرع بالبطلان ولا
بالاعتبار نص معين وكانت ترجع إلى حفظ مقصود شرعي بعلم كونه مقصوداً
بالكتاب أو السنة أو الاجماع ولا خلاف في اتباعها إلا عند ما تعارضها
مصلحة أخرى فعند ذلك يقدم العمل بها عند الإمام مالك .

ومن ذلك المفقود زوجها إذا اندرس خبره ولم يعلم موته ولا حياته ه
وقد انتظرت سنين وتضررت بالمزوبة ، قضى مالك بأنها تزوج بعد أربع
سنين من انقطاع الخبر مرجعاً مصلحة الزوجة على مصلحة الزوج الغائب .

٤ - قول الصحابي :

إذا صح عنده وكان من أعلام الصحابة ولم يخالف الحديث المرفوع
المصالح للحجية عنده مقدم على القياس وقد بالغ الغزالي - في المستصفي -

في الرد على هذا الاصل مستدلاً بأن الصحابة ليسوا على العصمة فلا ينتج قولهم ما يقطع به في الحجية .

• — قال بالاستحسان في مسائل كثيرة :

كتفضيل الصناعات وجبر صاحب القرن والرحى والحمام على المؤاجرة للناس على سواء إلا أنه لم يتوسع في القول به توسع الخنافية .

الموطأ :

وأعظم ما اشتهر به الامام مالك هو ما كتبه ونقله إلينا الرواة منه كتابه المعروف بالموطأ .

ومن كتاب ألفه الامام مالك رضى الله عنه ودون فيه ما فتح الله به عليه من فقه وحديث وآثار .

وكتاب الموطأ يجمع بين الحديث القوي عن أهل الحجاز وأقوال الصحابة وفتاوى التابعين كما يشتمل على اجتهادات الإمام مالك الخاصة .

وقد رتبته الامام مالك على حسب النهج المعروف في كتب الفقه من حيث الترتيب والتبويب

وكتاب الموطأ هذا قد ضم بين جنبيه الحديث والفقه ومن هنا رأينا العلماء يقولون عنه إنه كتاب حديث وفقه .

فهو كتاب حديث لأن أغلب ما فيه حديث عن رسول الله ﷺ أو أثر من آثار الصحابة والتابعين .

أما كونه كتاب فقه فلا لأنه قد رتب على النمط المعروف في كتب الفقه ، حيث يذكر كتاب الطهارة والصلاة والزكاة والصوم وهكذا ، وقد اضطربت كلية الناس في الحكم على كتاب الموطأ هل هو كتاب حديث أم كتاب فقه والحق أن كتاب الموطأ هو كتاب فقه لا حديث لأن الامام مالك لم يلتزم .

في طريقة تأليفه الطريقة المعروفة في تدوين الأحاديث كما هو الحال في صحيح البخارى وصحيح مسلم .

وعلى هذا فلم يكن الموطأ يعد من كتب الحديث ولم يأخذ مكانه بجانبها فالواقع أن كتاب الموطأ هذا أقرب إلى الفقه منه إلى الحديث حيث لم يشتمل على جميع أبواب كتب الحديث حتى أن الإمام مالك كان في بعض أبوابه لم يذكر حديثاً واحداً ويكتفى بالفتاوى وإيسر هكذا كتب الحديث ولا صنيع المحدثين .

طريقة الإمام مالك في تأليف الموطأ :

وقد التزم الإمام مالك رضى الله عنه - الطرق الآتية في تأليفه لكتابه الموطأ فكان يجمع الأحاديث المتعلقة بالموضوع الواحد ويقوم هو بدوره فيشرح عبارة هذه الأحاديث ترحاً فقهياً ويفسر ما فيها من كلمات لغوية أو غامضة ، وتارة أخرى يذكر عقب الحديث بأنه سئل في كذا فأجاب بكذا استناداً إلى الدليل الموجود معه .

وفي بعض الأحيان كان يذكر عقب إتهام الحديث بعض التفريعات والمسائل التي تفرع على الحديث ويذكر حكمها .

وكان من طرقه أيضاً في تأليفه للموطأ أن يذكر المسألة ثم يذكر حكمها مؤيداً ذلك بالدليل .

وفي بعض الأحيان كان يذكر في حكم المسألة رأى علماء أهل المدينة . فيقول ما نصه « الأمر الذى لا خلاف فيه عندنا كذا »

ما هي مدة تأليف الموطأ :

وأخذ تأليف الموطأ من الإمام مالك رضى الله عنه جهداً شاقاً ووقتاً طويلاً حيث كتبه وصنّفه وهدبه في نحو ما يقرب على أربعين عاماً :

وكان حجم كتاب الموطأ أكبر مما هو عليه الآن .
فيقال إن جملة ما حواه من الأحاديث كانت تروى على العشرة آلاف .
إلا أن مالكاً رحمه الله صار يذهب وينصح فيه ويخلصه من كل الشوائب
والطعون حتى صارت أحاديثه ألفاً وسبعمائة وعشرين حديثاً .

كيف نقل إلينا الموطأ :

يقال إن كتاب الموطأ قد نقل إلينا بعدة روايات أوصلها بعضهم إلى
ثلاثين رواية إلا أنه لم يبق من هذه الروايات إلا روايتان . وهى التى بين
أيدينا الآن :

الأولى رواية يحيى بن يحيى الليثى المتوفى عام ٢٣٤ هـ والرواية الثانية لمحمد
ابن الحسن الشيبانى وهاتان الروايتان تختلف إحداهما عن الأخرى حيث قد
وجدنا أن رواية الشيبانى أقل من رواية ابن يحيى .

ويرجع هذا الاختلاف :

إلى أن مالكاً رضى الله عنه كان دائم التغيير والحذف للأحاديث التى لم
تثبت صحتها عنده ومن هنا فلم يفته من تأليفه للموطأ مرة واحدة بل أخذ
ذلك منه زمناً طويلاً ، حتى استقر فى نهاية الأمر ووقف عند وضع
معين ثابت :

كما أن الرواة ممنفوا الموطأ فى أزمان مختلفة لذا كانت رواياتهم متضاربة .

ما هى الدواعى (أو الأسباب) وراء تأليف الموطأ ؟

لم تتفق كلمة العلماء فى الأسباب التى دفعت الإمام مالك لتأليف
كتابه هذا .

فتارة يقولون : إن السبب في ذلك ما رواه هو عن نفسه حيث قال :
لقيتني أبو جعفر المنصور — يعنى في الحج — فقال إنه لم يبق عالم غيرى
وغيرك أما أنا فقد اشتغلت بالسياسة فأما أنت فضع للناس كتابا في السنة
والفقه تجنب فيه رخص ابن عباس وتشديدات ابن عمر وشواذ ابن مسعود
ووطنه توطيئاً .

وتارة يقولون : إنه قد روى أن عبد العزيز عبدالله بن أبي سلمة
الملاجشون سبق ما لكا فعمل موطأ ذكر فيه فقه أهل المدينة واجتهاداتهم
وما اجتمعوا عليه من غير أن يدكر في موطنه هذا أى حديث فلما رآه مالك
أعجب به وشكره على هذا العمل وأتى عليه إلا أنه قال لو كنت أنا الذى
صنعت هذا لبدأت بالآثار ثم أتبعته ذلك بالكلام ثم عزم على تنفيذ هذا
العزم فكان كتابه الموطأ هذا .

أثر كتاب الموطأ :

والموطأ من أبرز الكتب التى ألقت فى الحديث والفقه فهو من أسبق
الكتب فى هذا الميدان وقد اهتم بنشره لقيف من العلماء .

فنشره محمد بن الحسن الشيبانى فى العراق ونشره ابن وهب وأشهب
وعبدالرحمن بن القاسم فى مصر .

ويجى الليثى فى الاندلس وأسد بن القرات فى القيروان .

وكان لكتاب الموطأ أثر كبير فى الفقه الإسلامى هل اختلاف العصوره

موقف الإمام مالك من رأى :

ذاع بين الناس أن خطأ ما لكا رضى الله عنه يسكره الرأى ولا يستخده
فى اجتهاداته ولا استنباطه الفقهى المعروف .

ويبدو أن زمامة الإمام مالك وإمامته لفقهِ وحديث الحجازيين وتمسكه بالحديث والآثار . هي التي أوجدت هذا الفهم عند الناس .

إلا أن المتتبع لفقهِ الإمام مالك واجتهاداته يجد أنه قد استعمل الرأي في كثير من المسائل حتى يسد به مطالب الحياة المتجددة والتي لا تنفي به النصوح .

وقد أقر مالك رضي الله عنه عن نفسه بهذا — أي باستخدام الرأي — في كتابه الموطأ فقرأه يقول فيه :

« فيه حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وقول الصحابة والتابعين وقد تكلمت فيه برأيي على الاجتهاد وما أدركت عليه أهل العلم ببلدنا ولم أخرج من جهاتهم إلى غيرهم . »

وقد وجدنا بعد ذلك اتهام بعض العلماء للإمام مالك بالتوسع في استعمال الرأي حتى قالوا عنه بأنه قد تمزق (أي صار عراقياً) .

وهناك شهادات لبعض الفقهاء تشير في جهاتها على استعمال مالك للرأي فلقد سئل الإمام أحمد بن حنبل : حديث من تأخذ ورأي من تنظر ؟ فقال : حديث مالك ورأي مالك .

وقال ابن ميين : إن مالكا لم يكن صاحب حديث وكان صاحب رأي .
وقال الليث بن سعد : أحصيت على مالك سبعين مسألة قال فيها برأيه وكلها مخالفة لسنة الرسول صلى الله عليه وسلم .

ومن هذه الآثار :

لا نرى بعد ذلك حرجا من أن نقول إن مالكا رضي الله عنه كان من الذين يستعملون الرأي .

أعلام المذهب :

كان للإمام مالك رحمه الله منزلة عظيمة في لفقهِ والحديث . ومن هنا

وأينا كيف اتجه إليه العلماء من كل صوب ووجدب يأخذون عنه وينشرون
علمه وفقهه في سائر الأقطار الإسلامية .

ويرجع الفضل الأكبر في نشر مذهبه لطائفة من تلاميذه بعضهم من
المصريين وآخرون من أفريقيا الشمالية والأندلس .
وكان على رأس هؤلاء التلاميذ وأشهرهم :

١- عبيد الرحمن بن القاسم مولى زبير بن الحارث العتيق .

ولد بالشام عام ١٢٢٨ هـ وتوفي بمصر عام ١٩١١ هـ .

• ودرس العلم على يد الإمام مالك وتلمذ له قرابة عشرين سنة .

• وأخذ الحديث عن مسلم بن خالد الزنجي شيخ الإمام الشافعي ومن تلاميذه
الذين أخذوا عنه أصبح بن الفرج ومحمد بن مسلمة وقد خالف الإمام مالك رضي
الله عنه في بعض المسائل ومن ثقة الناس في اجتهاده أخذوا بقوله وتركوا رأى
الإمام مالك وقد اختلف في اجتهاده .

• فقبل إنه يجتهد في المذهب ولكن الأقرب إلى الحق أنه يعتبر من المجتهدين
اجتهاداً مطلقاً لتوافر شروط الاجتهاد فيه ومنولته في المذهب المالكي كنزلة
محمد بن الحسن في المذهب الحنفي .

وقد أثنى عليه كثير من العلماء .

فقال فيه مالك . مثله مثل جراب ملوء مسكا .

وقال فيه النسائي : ثقة مأمون .

وشهد له يحيى بن يحيى شيخ القضاة في الأندلس بأنه أعلم الناس بفقه مالك
وآمنهم عليه .

وكان ابن القاسم معروفاً بحجاب علمه بالتقوى والورع والزهد حتى كان
لا يقبل جوائز من السلطان .

٢ - ابن وهب :

هو أبو محمد عبدالله بن وهب بن مسلم المصري مولى ربحانة مولاة يزيد
ابن أنس القهري :

ولد عام ٨١٢٥ ومات عام ٨١٩١ .

وأقبل على العلم وسنه سبعة عشر عاماً وتفقه على الامام مالك الليث بن
سعد وسفيان بن عيينه وقد لازم مالكاً حتى مات .

وكان من الفقهاء الافذاذ حتى قيل عنه : إنه أفقه من ابن القاسم إلا أنه
كان يمنه الورع عن الفتيا .

من علو مكانته في العلم والفتوى :

كان يلقبه الامام مالك بأنه فقيه ومفت فكان إذا كتب إليه مالك كتاباً
كان يقول : إلى فقيه مصر وإلى أبي محمد المفتي .

وقد أتى عليه الامام مالك فقال فيه إنه عالم وإمام .

وكان محدثاً ثقة وقال ابن حبان : جمع ابن وهب وصنف .

وهو الذي حفظ على أهل مصر والحجاز حديثهم وكان من العباد الورعين

وتلا عليه أهوال القيامة من تأليفه فخر منسجماً عليه .

قال الحارث بن مسكين : جمع ابن وهب الفقه والرواية والعبادة ورزق
من العلماء محبة وحظوة وكان يسمى ديوان العالم .

قال أبو القاسم .

لومات بن عيينه لضربت إلى ابن وهب أكباد الابل .

٣ - عبدالله بن الحسك المصري :

ولد عبدالله بن الحسك بمصر عام ٨١٥٠ ومات سنة ٢١٠ .

وروى عن :

الامام مالك وسمع منه الموطأ سماعاً . وروى أيضاً عن ابن وهب ابن القاسم وأشهب .

ولما نزل الشافعي رضى الله عنه بمصر مكث عند ابن الحكم في داره حيث كان ذا شأن عظيم ومال كثير وتصادقا واستفاد من فكر الشافعي . هؤلاء بعض المشاهير من المالكية الذين نشروا مذهب مالك في مصر .

المذهب الشافعي

الشافعي :

نشأته : هو أبو عبدالله محمد بن إدريس بن العباس بن شافع القرشي المطلبي يلتقى مع النبي صلى الله عليه وسلم في هيدمناف ولد الشافعي رضى الله عنه بغزة عام ١٥٠ هـ حين خرج والده في حاجة إلى الشام فولدته أمه بغزة وقد توفي والده لعامين من مولده فرحل هو وأمّه إلى مكة وحفظ القرآن هناك ودفعت به الأقدار إلى قبيلة هنديل وكانت هذه القبيلة من أفصح القبائل لسائناً وأكثرهم شعراً فتعلم الشافعي اللغة والأدب والشعر وقد أكسبه كل هذا فصاحة وبياناً .

ثم عاد إلى مكة فأخذ الحديث والفقاه عن شيخه مسلم بن خالد الزنجي . وسفيان بن عيينة ثم درس على مالك في المدينة فحفظ عنه الموطأ وتعلم على يديه الفقه ولازم مالك حتى وقته عام ١٧٩ هـ .

ثم رحل إلى اليمن ليتولى وظيفته هناك إلا أنه اتهم في اليمن بالتشيع . ومناورة هارون الرشيد فقبض عليه هو وجمع من المالويين وسيقوا إلى المحاكمة أمام الرشيد في العراق فهبأ الله للشافعي الفضل بن الربيع فدافع عنه أمام الخليفة ولم تثبت إدانته فبراه الخليفة وأخلى سبيله .

وفي هذه الأثناء التقى الشافعي بمحمد بن الحسن وكتبه فأخذ كثيراً من
فقهاء العراقيين .

ثم سافر الشافعي رضي الله عنه إل مصر عام ١٨٨ هو ظل متردداً من
ذلك الحين (١٨٨) بين مصر وبغداد حتى استقر في مصر عام ١٩٨ أو ١٩٩
واستقر بها حتى مات في رجب سنة ٢٠٤ هـ

وقد أثنى عليه العلماء فقال داود الظاهري :

كان الشافعي رحمه الله سراجاً لحلة الآثار ونقطة الأخبار ومن تعلق بشيء
من بيانه صار محجاجاً .

وقال الامام أحمد بن حنبل : لولا الشافعي ما عرفنا فقه الحديث .
وكان الشافعي رحمه الله جيد التعبير هذب اللفظ عنده القدرة على الجدل
والمناظرة ، حسن السيرة والمسجبة ، يتمتع بقدرة فائقة في الاستنباط .

ثقافة الشافعي :

اجتمع لدى الشافعي رضي الله عنه ضروب من ألوان الثقافة والمعرفة
عالم مجتمع عند غيره وقد أعانه على ذلك تمتعه بمقالية ناضجة جعلته يستفيد
من كل ألوان المعرفة التي تحيط به .

كذلك كثرة رحلاته في البلدان المتفرقة في العالم الاسلامي فلقد تعلم
طريقة وفقه الحجازيين في مكة والمدينة كذلك تعلم اللغة والادب - في هذيل
فضلاً من أنه أحاط ببداوة أهل الحجاز وتلك القبائل .

كذلك اكتسبه طريقة أهل الرأي حينما وحل إلى العراق والتقى هناك
بمحمد بن الحسن الشيباني واطلع هناك على حضارة العراق .

وكذلك اكتسب واطلع على كثير من المعاداة والتقاليد السائدة في اليمن
حينما تولى بعض الوظائف هناك .

اطلاعه على حضارة المصريين وثقافتهم وعاداتهم حينما رحل إلى مصر واستقر هناك .

فما لا شك فيه أن هذه الرحلات قد أكسبته معرفة وعادات وتقاليد لم يكن يعرفها من قبل - وكان لكل هذا وذاك أثره على استنباطه واجتهاداته الفقهية وخرج من كل هذا بطريقة محددة المعالم فكانت طريقته وسطاً بين طريقتي أهل الحديث وأهل الرأي .

كما تغير اجتهاده في بعض الأحكام (وهو ما يسمى بالمشيخية الجديدة) وكان ذلك بمصر .

ميل الشافعي الفقهى :

كان الشافعي رحمه الله يعتبر نفسه — في بداية الأمر — أنه من رجال الإمام مالك وأنه واحد من تلاميذه الذين يتعلمون في مدرسته وينهجون طريقته وأصوله في الفهم والاستنباط .

إلا أن هذه الوجهة قد تغيرت في نظر الشافعي عندما أنس في نفسه القدرة على الاجتهاد والاستنباط فاستقل عن شيخه الإمام مالك وكون لنفسه طريقة ومذهباً وكان ذلك حين رجوعه إلى بغداد عام ١٩٥ هـ .

وقد كان أبرز عمل فقهي للشافعي أمرين هما :

الأول : أنه درس ونظر وأمن الفهم في المذاهب المتقدمة عليه ومن بين هذه المذاهب مذهب أهل الحديث ومذهب أهل الرأي ووقف من هذا كله موقف التأمل والمجتهد والمستنبط — الذي توفرت له وسائل الاجتهاد .

فاختار لنفسه طريقة وسطاً من كل هذه الطرائق فكان مذهبه رحمه الله مذهباً وسطاً بين مذهبي أهل الحديث وأهل الرأي .

الأمر الثاني : أنه رسم طريقة فقهية واضحة معينة حددت القواعد

والكليات والامهج الذي ينبغي أن يكون عليه الاجتهاد فوضع القواعد
والاصول .

وكان قبل ذلك (أى قبل الشافعى) لم تكن هناك طريقة محددة للعالم
أو أصول واضحة تبين طرائق الاستنباط .

غاية ما هناك أنه كانت توجد كثرة فى التفريعات والمسائل ولم توجد
الاصول إلا لما وبدون دقة .

حتى أن جاء الشافعى فقدم قواعده ووضع القوانين الكلية التى يرجع إليها
المتخصص .

حتى قيل إن الشافعى هو أول واضح لعلم الاصول (أى بالطريقة
السالفة الذكر) .

يقول الفخر الرازى (١) : « كان الناس قبل الامام الشافعى يتكلمون
فى مسائل اصول الفقه ويستدلون ويعرضون ويسكن ما كان لهم قانون كلى
يرجعون إليه فى معرفة دلائل الشريعة وفى كيفية معارضتها وترجيحها .

فاستنبط الشافعى علم اصول الفقه ووضع للخلق قانوناً كلياً يرجع إليه
فى معرفة مراتب أدلة الشرع فثبت أن نسبة الشافعى إلى علم الشرع كنسبة
أرسطاطاليس إلى علم العقل .

أصول مذهبه :

أصدق شاهد على مسلك الشافعى فى الاصول والقواعد التى قام عليها
مذهبه هو ما قاله بنفسه فى كتابه الام حيث يقول :

« الاصل قرآن أو سنة فإن لم يكن فقياس عليهما ، وإذا انصل الحديث
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وصح الاسناد به فهو المقتضى والاجماع أكبر .

(١) مناقب الشافعى للفخر الرازى ص ١٠٠ .

من الخبر المفرد والحديث على ظاهره وإذا احتمل المعاني فما أشبه منها ظاهره
وأولاهما به وإذا تكافأت الأحاديث فأصحها إسناداً فأولاهما وليس المنقطع
بشيء ما عدا منقطع ابن المسيب ولا يقاس أصل على أصل ولا يقال للأصل
لم وكيف؟ وإنما يقال الفرع لم فإذا صح قياسه على الأصل صح وقامت
الحجة . .

ومن هذا النص نستطيع ان نقول :

إن القواعد التي بنى عليها الشافعي أحكام مذهبه هي :

الكتاب والسنة والاجماع والقياس .

إلا انه قد تميز في طرق الاستدلال بها عن غيره كما وجدناه قد خالف
في بعض الأدلة التي اعتمدها غيره كعمل أهل المدينة والاستحسان وأقوال
الصحابة .

ونلقى الضوء هذا فنقول :

١ - السنة : كان الشافعي رحمه الله يحتاج الأحاديث الصحيحة وكان كل
شرطه في قبول السنة هو الصحة والاتصال فقط ولا يشترط في قبولها
ما اشترطه مالك من عدم مخالفتها لعمل أهل المدينة وكذلك لم يشترط
ما اشترطه أبو حنيفة من شهرة الحديث إذا سمع به البلوى .

وكان كذلك لا يحتاج بالحديث المرسل إلا مراسيل سعيد بن المسيب التي
وقع الاتفاق على صحتها فانه كان لا يرسل إلا عن ثقة .

والشافعي يخالف في ذلك - أي في عدم الاحتجاج بالحديث المرسل -
أبا حنيفة ومالك والنوري الذين كانوا يحتجون بها وكان الشافعي لا يقتصر
في العمل بالأحاديث الشائمة عند المجازين بل كان يعمل بالأحاديث الواردة
عن غيرهم طالما تحقق فيها شرط الصحة والاتصال .

كذلك لم يعتبر الشافعى ترك الصحابة أو من دونهم أو أهل بلد أو قطر
للحديث قدحاً فيه .

إذ قد يكون ذلك لفظة عنه وعدم حفظه .

هذا وقد دافع الشافعى دفاعاً شديداً عن العمل بخبر الواحد وقد نال بهذا
الدفاع منزلة كبيرة عند أهل السنة . وكان لهم الكلمة العليا حينذاك . ولهذا
سماه أهل بغداد « ناصر السنة » .

وقد كان ذلك سبباً في تأييدهم له ونشر مذهبه .

٢ — قول الصحابي : كان الشافعى رحمه الله لا يبنى أحكام مذهبه على
أقوال الصحابة لأنه يحتمل أن تكون هذه الأقوال ناتجة عن اجتهاد يقبل
الخطأ فلا يكون قولهم حجة .

٣ — القياس : لم يتوسع الشافعى في الاحتجاج بالقياس وكذلك لم
يضيق العمل به بل كان وسطاً في ذلك فلم يتشدد تشدد المالكية ولم يتوسع
توسع الحنفية غاية ما هنالك أنه اشترط في العمل به أن تكون علته منضبطة
وإلا يكون في المسألة حديث صحيح ولو كان خبراً واحداً .

٤ — الاستحسان : لم يحتج الشافعى بالاستحسان بل أفكر العمل به
وأثر عنه « من استحسن فقد شرع » حتى أنه ألف كتاباً في إبطال الاستحسان
: أى الغير قائم على أصل شرعى .

٥ — عمل أهل المدينة : لم يحتج الشافعى بعمل أهل المدينة بل أبكر
الاحتجاج بعمل أهل المدينة وقد مالكا في هذا تقدماً شديداً

٦ — وقد بنى الشافعى أحكام مذهبه على العرف والاستصحاب وجعلهما
حجة في بناء الأحكام .

المذهب القديم والمذهب الجديد للشافعي :

للشافعي مذهبان مذهب قديم وهو يمثل فكره واجتهاده الاول في العراق
أما المذهب الحديث فهو يمثل الاجتهادات التي تغيرت نظراً لتغير ظروف
البيئة التي حل بها الشافعي وهي مصر .

فإن الشافعي لما عاد إلى العراق عام ١٩٥ هـ التف حوله العلماء وأخذوا
عنه الفقه والعلم فأضافوا إلى معرفتهم علم الشافعي وفقهه مما تسبب عن
ذلك تركهم لطريقة أهل الرأي وجذبهم الشافعي إليهم بعقله وعلمه وكتب
حينذاك كتابه المسمى بالحجة وهو يمثل المذهب القديم وقد روى هذا
الكتاب أربعة من كبار أصحاب الشافعي العراقيين هم أحمد بن حنبل والحسين
الكرائسي المتوفى سنة ٢٤٥ هـ وأبو ثور السكلي المتوفى ٢٤٠ هـ والزعفراني
المتوفى ٢٧٠ هـ .

هذا عن مذهبه القديم .

أما مذهبه الجديد فقد كان عند ما رحل الشافعي رحمه الله من العراق إلى
مصر عام ١٩٩ هـ وفي مصر اطلع الشافعي على عادات وتقاليد المصريين
وبالطبع كانت تخالف ما عليه عادات وأعراف العراقيين وغيرهم ومن هنا
تغير اجتهاده في بعض المسائل نتيجة لهذا وسمى ذلك بالمذهب الجديد .

كتب الشافعي :

ومن أهم مؤلفات الإمام الشافعي رضي الله عنه كتاباه الرسالة والام .

كتاب الرسالة :

وكتاب الرسالة هذا رواه عنه تلميذه المصري الربيع بن سليمان المرادي
وقد وضع فيه قواعد للاجتهد وقوانين للاستنباط بتسليمها المجتهد والمستنبط
حتى لا يتأتى الاجتهاد متناقضاً . وهذا يؤدي إلى استقرار التشريع وعدم
ضطراب الفروع .

وقد تكلم الشافعي في رسالته هذه عن :

الناسخ والمنسوخ في القرآن وكذلك العام والخاص فيه وتكلم كذلك عن الحديث ناسخاً ومنسوخاً وما يقبل وما لا يقبل وتكلم عن الإجماع ثم تكلم في إثبات القياس والاجتهاد ومتى يجب القياس ومتى لا يجوز ومن له أن يقيس .

وقد الاستحسان ورد على القائلين به .

وهو بهذا يعتبر أول من وضع خطة في البحث في أصول الفقه اتبعها كل من أتى بعده من الفقهاء .

كتاب الام : ومن آثار الشافعي العظيمة كتابه الام وقد رواه عنه تلميذه الربيع بن سليمان المرادي كما رواه أيضا أبو يعقوب البويطي ، أما الرواية التي بين أيدينا الآن فهي رواية الربيع وقد ثار حوله خلاف بين العلماء .

هل كتاب الام من تأليف الشافعي أو ألفه البويطي ؟

والظاهر أن الشافعي أملاه على تلميذه في حلقة درسه فكتبوه وعلقوا عليه من عندهم .

وكتابتنا هذا يقع في سبعة أجزاء وقد رتب وبوب على حسب أبواب الفقه ومع هذا فقد احتوى على فصول في أصول الفقه كما الفصل الذي كتب في إبطال الاستحسان . والكتاب ثروة ضخمة وخير دليل لما عرف عن الشافعي من فصاحة العبارة وهو يمثل اجتهاده الذي تغير في بعض المسائل (المذهب الجديد) نتيجة إقامته بمصر .

تلاميذه :

كان للشافعي رحمة الله طائفة من التلاميذ الناهيين المخلصين الذين رفعوا لواء المذهب وعملوا على نشره وإذاعته في الآفاق .

كان هؤلاء التلاميذ يسيرون على أصوله وقواعده ومنهجه في الاستنباط فكانوا صورة صادقة للشافعي وطريقته .

وتلاميذ الشافعي كثيرون إلا أن أشهرهم فريقان فريق من العراقيين . وآخر من المصريين .

فأما العراقيون فهم الذين روى المذهب القديم منهم أحمد بن حنبل . وأبو ثور السكبي والزعفراني والكرائسي وأما المصريون وهم الذين روى اجتهاد الشافعي الجديد فهم البويطي والمزني والمرادي .

البويطي : وهو يوسف بن يحيى البويطي المصري نسبة إلى بويط قرية من قرى الصعيد (بمحافظة بني سويف) .

وكان من أكبر أصحاب الشافعي وخلف الشافعي في الحلقة حيث جلس قائداً للحلقات العلمية لأستأذنه العظيم وحل عمله وكان يلتزم الإفتاء هل مذهب الشافعي في حياته .

وصنف كتاباً يسمى المختصر وفيه اختصر كلام الشافعي ومات البويطي رحمه الله عام ٢٣١ هـ .

المزني : هو إسماعيل بن يحيى المزني المصري أخذ فقهه من الشافعي والتزم طريقته إلا أنه في بعض الأحيان كان يخالف آراء الشافعي .

وقد صنف كتباً كثيرة في المذهب منها المختصر المطبوع على هامش الام ، والجامع الكبير ومات في عام ٢٦٥ هـ .

المرادي : هو الربيع بن سليمان المرادي كان مؤذناً بجماع عمره بالفسطاط .

ويقال إنه كان من أوثق الرواة في المذهب حتى إنه قيل لو تمارضت روايته مع رواية المزني كان أصحاب الشافعي يقدمون رواية الربيع على رواية المزني . وكتاب الام للشافعي الموجود الآن من رواية الربيع وتوفي عام ٢٧٠ هـ .

المذهب الحنبلي

مؤسس المذهب :

هو الإمام أحمد بن حنبل وهو أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل ، عربي .
الأصل من شيبان .

نشأته العلمية :

ولد ببغداد سنة ١٦٤ هـ ونشأ بها وعند بلوغه الخامسة عشرة بدأ العكوف
على دراسة السنة يجمعها ويحفظها حتى صار إمام المحدثين في عصره .
وعندما تجاوز العشرين من عمره رحل إلى الكوفة والبصرة ومسكة :
والمدينة والشام واليمن . ثم رجع إلى بغداد ودرس على الشافعي من ١٩٥ -
١٩٧ هـ وكان من أكبر تلاميذه ثم أصبح مجتهداً مستقلاً .

مناقبه :

وقد برز على أقرانه بحفظ السنة النبوية والذب عنها وجمع شتاتها وحسبك .
دليلاً على ذلك كتابه المسند الذي حوى نيفاً وأربعين ألف حديث وقد أعطى .
من قوة الحفظ ما لم يكن لغيره .

وقال أبو زرعة :

حرزت كتب أحمد يوم مائة فمكثت اثني عشر حملاً وعدلاً وكل ذلك .
يحفظ عن ظهر قلب .

قال ابنته عبد الله :

قال لي أبي : خذ أي كتاب شئت من كتب وكيع فكيف شئت أن تسألني عن
الكلام حتى أخبرك عن الإسناد أو عن الاستاد حتى أخبرك عن الكلام .

وانفرد في زمانه بغاية الورع والزهد .

قال الشافعي :

خرجت من بغداد وما خلقت فيها أفة ولا أروع ولا أزميد ولا أعلم
من ابن حنبل .

مخنته :

وقد امتحن أحمد في زمن المأمون والمعتمد والرائق بالضرب والحبس
والإخافة والارهاب وأريد على القول بخلق القرآن فأبى كل الإباء وما وهن
ولا ضعفت عزيمته لهذا الأيذاء .

وامتحن في أيام المتوكل بالتكريم والتعظيم وبسط الدنيا فساكن إليها
ولا إنتقل من حالته الأولى .

أصول مذهبه :

قال ابن القيم في كتابه أعلام الموقعين إن فتاوى أحمد بن حنبل مبنية على
أصول خمسة (أحدها) نصوص القرآن والحديث المرفوع فإذا وجدته أفتى
بوجهه ولم يلتفت إلى ما خالفه ولا من خالفه كائناً من كان ولم يكن يقدم
على الحديث الصحيح عملاً ولا رأياً ولا قياساً ولا قول صحابي ولا هدم
العلم بالمخالف الذي يسميه كثير من الناس إجماعاً ويقدمونه على الحديث
الصحيح وقد كذب أحمد من ادعى الإجماع ولم يسغ تقديمه على الحديث
الصحيح .

(الثاني) فتاوى الصحابة عند عدم النص فإذا وجد لبيض الصحابة
فتوى لا يعرف لها منهم مخالفاً لم يتجاوزها إلى رأي آخر دون أن يدعى أن
ذلك إجماع بل يقول إنه لا يعلم شيئاً يخالف هذه الفتوى .

(الثالث) إذا اختلفت الصحابة تخير من أقوالهم أقربها إلى الكتاب
والسنة ولم يخرج عن أقوالهم فإن لم يتبين له موافقة أحد الأقوال حكى
بالحلاف ولم يحزم بقوله .

(الرابع) الأخذ بالمرسل والحديث الضعيف :

إذا لم يكن في الباب شيء يدفعه وليس المراد عنده بالضعيف الباطل ولا المنكر ولا ما في روايته منه بحيث لا يسوغ الذهاب إليه بل هو عنده تسييم الصحيح وقسم من أقسام الحسن .

(الخامس) القياس : هو عنده مستعمل للضرورة فلا ملجأ إليه إلا إذا لم يجد شيئاً من الأصول الأربعة المتقدمة .

هذا وقد عمل الإمام أحمد بالاستصحاب كالشافعي بل توسع الخبايلة فيه أكثر من غيرهم كما عملت المصالح المرسلة في المسائل التي لا يجد فيها نصاً ولا أثراً ولا قياساً كذلك عمل بسد الذرائع .

قلة أتباع ابن حنبل والسبب في ذلك :

نحن نعلم أن مذهب أحمد يعتمد اعتماداً كبيراً على الرواية وقليل ما يعتمد على القياس وذلك من شأنه أن لا يعزى الناس بالركون إليه ما داموا يجدون في المذاهب الأخرى متسعاً لكل ما يعرض لهم في حياتهم من طريق القياس أو الاستحسان أو المصالح المرسلة أو ما سوى ذلك ، يضاف إلى ذلك أن أتباع أحمد في القرن الرابع كانوا في بغداد ذوى كثرة وقوة ، فعملوا على ترويح مذهبهم بالعنف وأصبحوا يمارضون الناس في كل ما يرونه مخالفاً للشرع ولا يفرقون في شدتهم بين خاصة وعامة بل تعدوا إلى مقاومة الشافعية في بغداد وإسرافهم في أذام حتى ضاق بهم أكثر الناس فقام الخلفاء بمقاومتهم وتهديدهم إذا لم يقلعوا عن هذا الفعل فكان هذا من أتباع أحمد إعلاناً سيقاً عن جودهم وسبباً مباشراً في نفرة الناس منهم وإنك لترى أثر هذه السمعة بواقياً إلى اليوم .

والمذهب في ذاته مثل واضح لسهولة الدين مرآة للشريعة البريئة من الشوائب .

وهناك سبب ثالث وهو أن مذهب أحمد (قبل عهد بن سعود) لم يصادف حكومة تتعده وتعمل على نشره فبقي قليل الاتباع في البلاد الإسلامية حتى قامت الحكومة السعودية في الحجاز فأصبح هناك غير مزاحم .

مكانته في الفقه :

لم يعمده كثير من المؤرخين مثل الطبري والمقدسي وابن عبد البر في زمرة الفقهاء وإنما عدوه من المحدثين ولم يذكره ابن قتيبة في كتاب المعارف بين الفقهاء وقد أهمل مذهبه عن الفروا في الخلاقيات كالطحاوي والديبوسي والنسفي والغزالي وخالفهم في ذلك بعض العلماء المتأخرين .

والحق أن أحمد كان صاحب مذهب فقهى مفصل ولم يقتصر على شرح الأحاديث كما يظهر ذلك واضحا من كتب المسائل وإن كان في الوقت نفسه من أئمة المحدثين .

آثاره :

ولأحمد من الكتب (المسند) في الحديث (رواية ابنه علي) ويحتوي على نحو ثلاثين ألف حديث وكتاب (السنة موصل المعتقد إلى الجنة) وهي رسالة اعتقادية وكتاب (الزهد) وكتاب (الأشربة) وكتاب (الرد على الزنادقة) وكتاب (العلل والرجال) .

وبعض هذه الكتب مخطوط وبعضها مطوع .

وقد قام تلاميذه من بعده بتدوين ما سمعوه منه من فتاوى ومن أهم ما دونوه عنه كتاب (مسائل عن علي بن أحمد بن حنبل) .

وقد جمع أبو بكر أحمد بن محمد المترقي في سنة ٣١١ هـ نصوص مذهب أحمد في كتابه «الجامع الكبير» .

أبرز علماء المذهب :

ومن أشهر الخنازلة الذين عملوا على نشر المذهب الأثرم أبو بكر أحمد ابن محمد بن هاني الخراساني البغدادي المتوفى سنة ٤٧٣ هـ وله كتاب السنن في الفقه على مذهب أحمد وشواهد من الحديث أبو القاسم الخرق المتوفى سنة ٤٣٤ هـ وله مصنف المختصر في الفقه وعبد العزيز بن جعفر صاحب كتاب المقنع .

ثم جاء بعد ذلك العالم الجليل ابن تيمية صاحب الرسائل والفتاوى المشهورة وتلميذه ابن القيم .

وقد كان لذين العالمين الكبارين اليد الطولى في نشر المذهب وتجديده ثم جاء من بعدهم محمد بن عبد الوهاب المتوفى سنة ١٢٠٦ هـ وقد أستطاع أن يجعل المذهب الحنبلي هو المذهب المقلد لدولة ابن سعود فزاده ذلك تسمية وتأيداً .

تلك هي المذاهب الأربعة المشهورة التي بقيت إلى يومنا هذا والتي أجمع المسلمون على تقليدها .

مذاهب الشيعة (١) .

وسوف أعرض بإيجاز لمذاهب الشيعة التي انبثقت عن هذا الأصل —

نشأة الفرق الإسلامية

(١) كانت الخلافة هي المسألة التي اشتد نزاع المسلمين فيها وكان من أثره أن تكوّنت ثلاث فرق من أكبر الفرق الإسلامية وهي : =

وهو الشيعة - وأخص الكلام على المذهب الزيدى والإمامى والذى دفعنى لهذا هو الوقوف على مبادئها ومدى صلتها بالمذاهب السنية الأخرى .

١ = الشيعة الذين يرون أن الأحق بالخلافة بعد رسول الله على بن أبى طالب .

٢ - والحوارج القائلون بأن الخلافة يجب أن تكون باختيار حر بين المسلمين .

٣ - والمرجئة وهم الذين كرهوا هذا الخلاف وابتدعوا عن الفريقين وأرجئوا الحكم فيها لله .

ولما انتهى المسلمون من الفتح ودخل في الاسلام كثير من أصحاب الديانات الأخرى اليهودية والنصرانية والمجوسية والذهرية وغيرها أخذت تظهر أفكار جديدة صيغت من أصحاب الديانات القديمة في ثوب دينهم الجديد . وكانت العراق وخصوصاً البصرة مظهراً لجميع الملل والنحل فقامت جماعة يقولون بحرية الإرادة وعلى رأسهم معبد الجنى وتكونت منهم فرقة القدرية كما كانت هناك جماعة أخرى يسلبون الإنسان إرادته وعلى رأسهم جهم بن صفوان وتكونت منهم فرقة الجبرية .

وسط هذا الاضطراب الفكرى والمبادىء التى كوتها كل فرقة لنفسها قام جماعة من المخلصين يشرحون عقائد المسلمين عن طريقة القرآن ومن أشهرهم الحسن البصرى .

وكان من أثر اختلافه مع تلميذه واصل بن عطاء بأن تكونت فرقة المعتزلة التى كان لها الفضل الأكبر في الدفاع عن العقيدة وكان هذا في أوائل القرن الثانى الهجرى . وفي أواخر القرن الثالث ظهر الامام أبو منصور الماترىدى واشتغل بالرد على أصحاب العقائد الباطلة وتكونت منه ومن أتباعه فرقة الماترىدية .

مذهب الزيدية :

ومؤسس هذا المذهب هو يزيد بن علي زين العابدين بن الحسين وقد قتل زيد عام ٨١٢٢م وذلك على يد أمير الكوفة : يوسف بن عمر الثمقي .

كما ظهر الامام أبو الحسن الأشعري وأعلن انفصاله عن المعتزلة وأعلن مبادئه الجديدة التي وافق عليها خيرة علماء المسلمين وظهرت بهذا فرقة الأشاعرة . ومن هذين الفرقتين تكونت جماعة أهل السنة .
وستكتب كلمة موجزة عن كل فرقة من هذه الفرق .

المرجئة

لما انقسم أتباع علي بسبب رضائه التحكيم إلى خوارج وشيعة وكان الخوارج يكفرون عليا ومعاوية .
والقاتلين بالتحكيم .

والشيعة منهم من يقول بكفر أبي بكر وعمر وعثمان ومن ناصرهم وكلاهما يكفر الأمويين ويلعنهم ويرون أنهم يبطلون . كان هذا سببا لأن جماعة من الصحابة كرهوا هذا النزاع وسلكوا طريقا خاصا حتى تنجلي الفكرة فقالوا بإيمان الجميع وإن كان بعضهم معيبا ومضاهم مخطئا وحيث إننا لا نستطيع تعيين المصيب والمخطئ . فانرجى أمرهم إلى الله لأنهم جميعا يشهدون أن لا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله

وسميت هذه الجماعة بالمرجئة ثم تدرج بحسبهم في أمور دينية فعرفوا بالإيمان بأنه معرفة الله ورسوله ثم تعالت هذه الطائفة .
وقالت : الإيمان الاعتقاد بالقلب والعقل لا أثر له مطلقا .

ثقافته :

وكان الامام زيد عالما بعلوم القرآن ووجوه القراءات وأبواب الفقه .

حتى قالوا : العبارة المشهورة لهم (لا تضر مع الايمان معصية كما لا تنفع مع الكفر طاعة) .

وقد ذابت هذه الفرقة بعد العصر الاموى .

الجهرية

وزعيمهم جهم بن صفوان وهو من خرسان ومن الموالي الذين أقاموا بالكوفة . وقد تكون منه ومن أتباعه فرقة الجهرية القائلة بان الانسان مجبور كالريشة في الهواء .

مبادئهم :

القول بنفي صفات الله تعالى حتى لا يشبه الناس وخلق القرآن وإنكار رؤية الله تعالى في الآخرة وفناء الجنة والنار بعد نعيم أهل الجنة وعذاب أهل النار . وقد نهض كثير من العلماء للرد عليهم لامرين :

(ا) مسألة الجبر لانها تدعو إلى التعطيل وترك العمل والركون إلى القدر لأن الانسان لا عمل له ولا قدرة .

(ب) ومسألة المغالاة في تأويل الآيات التي تثبت صفات الله وفي هذا التأويل خطر على القرآن في تفهم معانيه .

القدرية الأولى

كانت العراق بمجالعناصر من الأمم ذوات الديانات المختلفة وكانت البصرة بحرا يوج بالأرا- والنحل وقد سمع معبد بن عبد الله الجهني (وكان عن مجالس الحسن البصري) من يتعللون بالقدر فقام بالرد عليهم نافيا كون

كتبه : وقد وجدت بعض المصنفات للإمام زيد منها تفسير غريب القرآن . ورسالة في مناسك الحج ورسالة ضد المرجئة .

== القدر سألنا الاختيار وتطرف في الدفاع حتى قال قولته المشهورة (لا قدر والامر أنف) ولما بلغ هذا ابن عسر تبرأ منه ومن أصحابه .
وقد قيل إن أول من تكلم بهذا رجل نصراني أسلم وأخذ عنه معبد الجهنى وغيلان الدمشقي وسمى أصحاب هذا الرأي بالقدرية .
وأساس مذهبهم إنكار قدر الله والمغالاة في إثبات القدرة للإنسان وأنه جبر الارادة في أعماله كما كان من مبادئهم القول بخلق القرآن .
وقد ذابت القدرية والجبرية في غيرهما من المذاهب ولم يعد لهما وجود مستقل وظهر على أثرهما مذهب المعتزلة .

المعتزلة

أساس نشأتهم اختلاف واصل بن عطاء مع أستاذه الحسن البصرى في حكم مرتكب الكبيرة وتبعه عمرو بن عبيد في رأيه وكان هذا في البصرة . وانتشر مذهبهم في العراق واعتنقه بعض خلفاء بني أمية كما اعتنقه بعض الخلفاء العباسيين وكان لهم في العصر العباسى مدرستان .
إحداهما بالبصرة والثانية ببيداد وقام بين المدرستين جدال وخلاف في كثير من المسائل .

مبادئ المعتزلة

- ١ - القول بالمنزلة بين المنزلتين فمرتكب الكبيرة الذى مات ولم يتوب يخلد في النار وليس مؤمنا ولا كافرا .
- ٢ - القول بأن العبد يخلق أفعال نفسه بقدرته أودعها الله فيه .

وكتاب «المجموع في الفقه» وهو من أهم هذه الكتب الذي أمته
العباس الصنعاني .

- ← (٣) القول بالتوحيد ولهذا نفوا صفات الله تعالى القديم حتى لا يشبهه
المخلوقين ودعاهم إلى هذا قيام جماعة تجسد الإله وتشبهه بالحوادث .
- (٤) قولهم بأن العقل يحكم بحسن الأفعال وقبحها .
- (٥) القول بخلق القرآن وعدم رؤية الله تعالى في الآخرة وقد سمي
المعتزلة بالتدريسية لأنهم وافقوهم في إثبات قدر العباد واختيارهم . كما لقبوا
بالجهمية (الجبرية) لأنهم افقوهم في نفي الصفات وخلق القرآن وعدم رؤية
الله تعالى في الآخرة . والمعتزلة يتبرؤن من الإسمين .

أهل السنة

هم أبو الحسن الأشعري وأبو منصور الماتريدي ومن سلك طريقتيهما
وكانوا يسرون على طريقة السلف الصالحين فهم العقائد وقد جعلوا القرآن
السكرتهم المنهل العذب الذي يلجئون إليه في معرف عقائدهم فكانوا يفهمون
من الآيات القرآنية مسائل العقائد وما أشبه عليهم منها حاولوا فهمه بما
توحىه أساليب اللغة ولا تنكروا العقول فإن نعتهم توفقوا وفوضوا .
وقد سمي أتباع أبي الحسن الأشعري (بالأشاعرة) وأبي منصور الماتريدي
(بالماتريديين) ولم يكن بين الأشاعرة والماتريديين خلاف إلا في أمور
يسيرة كمنهوم الإيمان والإسلام ومعنى القضاء والقدر وغير ذلك مما يقع
عادة بين أهل الطريقة الواحدة ولا يقتضى تخالفاً في المذهب .

الشيعة

الشيعة أقدم الفرق الإسلامية وأصلهم أصحاب الرأي القائل بأولوية
آل بيت النبي صلى الله عليه وسلم بالخلافة وأحق آل البيت هو علي
ابن أبي طالب .

وشرحه احسن الحيمى المتوفى ١٢٢١ هـ فى كتاب الروض نضير .

← وفد ظهوروا بمذهبهم فى آخر عصر عثمان رضى الله عنه ونما وترعرع فى عهد على كرم الله وجهه ، ولما املى من المكانة الممتازة فى الإسلام أخذوا ينشرون نحلهم على الناس .

ولما جا العصر الاموى ووقعت المظالم على العلويين ورأى الناس فى على وأولاده شهداء هذا الظلم انتشر المذهب الشيعى وكثر أنصاره

مبادئ الشيعة

- (١) إن الإمامة ليست من المصالح العامة التى تفوض إلى نظر الأمة بل هى ركن الدين وقاعدة الإسلام ولا يجوز لنى إغفالها بل يجب عليه تعيين الإمام لهم ويكون معصوما من الكبائر والصفات .
- (٢) عين رسول الله ﷺ علياً للخلافة بنصر من ينقلونها ويؤولونها لا يعرفها نقله الشريعة وأهل الحديث ومن هنا نشأت فكرة الوصية ولقب على بالوصى فهو إمام بالنص لا بالانتخاب وقد أوصى على لمن بعده وهكذا كل إمام وصى من قلبه .
- (٣) على أفضل الخلق فى الدنيا والآخرة بعد رسول الله ﷺ فمن عاداه أو حاربه فهو عدو لله إلا أن ثبتت نوبته ومات على حبه .
- (٤) ولم يكن الشيعة على درجة واحدة بل منهم المعالى والمقتصد وقد اقتصر المعتدلون على تفضيله على بقية الصحابة من غير تكفير أو تاسيق لأحد واعترفوا بصحة إمامة المفضل مع وجود الفاضل وقالوا ليس بين النبي ﷺ وبين على إلا مرتبة النبوة وأعطينا علياً ما عداها من الفضل المشترك أما الغالون المتطرفون فلم يكفروا بتفضيله على الخلفاء وتضمنته بل رفعوه إلى مرتبة النبوة ومنهم من ألمه أى زعم حلول الإله فيه . ومنهم من قال كل روح إمام حلت فيه الألوهية تنتقل إلى الإمام الذى يليه . ↓

وشرحه كذلك الإمام المهدي لدين الله محمد بن المطهر في كتابه المنهاج
الجلد .

وقد رزق هذا المذهب بالفقهاء الذين أتوا بعد الامام زيد فعملوا على
نشره وعلى رأسهم القاسم الرسي المتوفى سنة ٢٤٦ هـ وحفيده الهادي يحيى
ابن الحسين مؤسس حكومة الزيدية في اليمن سنة ٢٧٨ هـ
وله كتاب جامع في الفقه ورسالة في القياس والأحكام في الحلال
والحرام .

مبادئ الزيدية :

ويقترب المذهب الزيدي من مذاهب أهل السنة إلا أنهم يخالفون أهل
السنة في مسائل منها :

- ١ - عدم إجازتهم المسح على الخفين .
- ٢ - تحريمهم أكل ذبيحة غير المسلم .
- ٣ - تحريم تزوج الكتائب .

وقد كان التشيع بناءً خصبه لظهور القول بالرجعة والحاول والتناسخ
التجسيم والتشبيه وعدم ختم النبوة والحق الذي لا مرأه فيه أن التشيع كان
، يلجأ إليه كل من يريد هدم الاسلام لمداداة أو حقد . ومن يريد
، تعاليم آباءه من يهودية و نصرانية، ومجوسية وغيرها في الاسلام ومن
، استقلال بلاده والخروج على الدولة الاسلامية .

كل هؤلاء كانوا يتخذون حب آل البيت شعاراً يضمون وراءه كل
، أتواؤهم .

الإمامية

هم القائلون بأن إمامة سيدنا علي ثابتة بالنص عليه بالذات من النبي صلى الله عليه وسلم وسموا إمامية لأن آراءهم تتركز حول الإمامة . وهي منتشرة في إيران والعراق والهند .

أصول مذهبهم :

(١) النص على الامام بالذات ولهذا نص النبي صلى الله عليه وسلم على إمامة علي لأنه ليس في الدين أمر أهم من تعيين الامام حتى يكون مفارقة النبي للدين علي فراغ قلب من أمر الأمة لأنه بحث لرفع الخلاف وتقرير الوفاق . فلا يجوز أن يفارق الأمة ويتركهم هملاً - بل يجب عليه أن يعين شخصاً يرجع إليه ويستدلون على تعيين علي بالذات بما يروونه عن النبي صلى الله عليه وسلم مثل (من كنت مولاه فعلى مولاه) ومثل (أقضاكم علي) وغير ذلك مما يدعون صدقه ويشك فيه علماء الحديث .

(٢) ولم يقتصر على القول باستحقاق علي للخلافة - دون سائر الصحابة بل حكموا بتكفير كل الصحابة وعلي رأسهم أبو بكر وصهر رضي الله عنهما .

(٣) أن الاعتراف بالامام جزء من حقيقة الايمان وبدونه يكون الشخص كافراً .

(٤) القول باختفاء الأئمة ورجعتهم .

(٥) جعل سلسلة الخلافة بعد علي في أولاده فانفقوا على إمامة الحسن والحسين واختلفوا بعد ذلك في تسلسل الأئمة إلى فرق متعددة أشهرها :

الاثنا عشرية :

وهي تعيش في كثير من البلدان الاسلامية وخصوصاً في إيران والمراق
وسموا الاثنا عشرية لأنهم يؤمنون باثني عشر إماماً متتابعين هم :

على بن أبي طالب ثم إبناه الحسن والحسين ثم على زين العابدين بن الحسين
ثم محمد بن علي ثم جعفر بن محمد ثم موسى بن جعفر ثم علي بن موسى ثم محمد
ابن علي ثم علي بن محمد بن الحسن وهذه الفرقة تسمى بالجعفرية حيناً والاثنا
عشرية حيناً آخر والامامية حيناً ثالثاً ولعلها أبعد الفرق الامامية عموماً عن
الاتصاف بالقلو وأقربها إلى التعقل في أمور دينها .

ومن أقرب فرق الشيعة عامة بين جمهور أهل السنة . وإذا كانت قد
سميت بالجعفرية من باب تسميته العام باسم الخاص فإنها سميت بذلك لأمر
هام وهي أنها تستمد أمور دينها من الإمام جعفر الصادق الذي كان رضي
الله عنه غزير العلم في الدين وافر الحكمة كامل الأدب زاهداً ورعاً متسامحاً
بعيداً عن الغلو ولم يسكن يؤمن بالغيبة أو الرجعة أو التناسخ كما أنه كان بعيداً
عن الاعتزال .

والاثنا عشرية في حقيقة أمرها وروح عقيدتها تتميز بالآتي :

١ - يعتقدون في اثني عشر إماماً متسلسلين . وهم الذين مر ذكرهم وكل
إمام سابق لا بد أن ينص على اللاحق ويوصيه فالنبي أوصى علياً وعلي
أوصى الحسن والحسن أوصى الحسين وهكذا .

٢ - يرون أن الإمام معصوم كالنبي عن الخطأ وأن الامام دون النبي
وفوق البشر .

٣ - يرون أن من يشاركونهم من المسلمين هذا الاعتقاد في الامامة
و مؤمن وأما من يؤمن بالاركان المعروفة فقط دون الركن السادس .

الخاص بالامامة فإنه مؤمن بالمعنى العام ولا يخرج من الاسلام ولكن
درجته بعد درجة الشيعة .

٤ - لا يقبلون الأحاديث إلا إذا رويت عن طريق أهل البيت وأما
الأحاديث المروية عن غير طريق أهل البيت فإنها عندهم لا تساوى شيئاً .
٥ - باب الاجتهاد عند الاثنا عشرية لا يزال مفتوحاً والمجتهد أن
يبدى رأيه وأن يأخذ به ما دام متفقاً مع الكتاب والسنة متمشياً مع المتقول
وإلا فلا قيمة له .

٦ - والاثنا عشرية يزيدون على أركان الاسلام ركناً سادساً هو
الاعتقاد بالامامة على ما مر ويتمسكون بهذا الركن تمسكاً لا سبيل
للتهاون فيه .

٧ - والاثنا عشرية يقولون برجمة الامام محمد القائم بالحجة الثاني عشر .
وهو المعروف عندهم باسم المهدي المنتظر .

٨ - ويعتمد الامامية في اجتهاداتهم على الكتاب والأحاديث التي رواها
رجالهم ولا يقولون بالاجماع ولا بالقياس .

وهذه أهم الفروق في الأصول وهناك فروق في الفروع مثل تطيلهم .
صلاة الجمعة بسبب غياب الإمام وفرضية صلاة العيدين وفرضية زكاة الخمس .
لأن محمد زيادة على الزكاة المعروفة وإباحة تسكح المتعة وأن الطلاق لا يقع
إلا إذا صدر أمام شاهدين عدلين لمعروف قوله تعالى (فأمسكوهن
بمعروف أو فارقوهن بمعروف واشهدوا ذوي عدل منكم) وحرمة الزواج
بالكتائية لقوله تعالى (ولا تمسكوا بمعصم الكوافر)

كتب المذهب :

أولاً : كتاب الحلال والحرام وهو أول ما صنف في المذهب الإمامي وقد

كتبه موسى الكاظم لإجابة عن مسائل وجهت إليه .

ثانياً : كتاب فقه الرضا وطبع هذا الكتاب في طهران ١٢٧٥ هـ

ثالثاً : مشار الدرجات في علوم آل محمد وما خصهم الله به طبع سنة ١٢٨٥
وهو لأبي جعفر محمد بن الحسن بن فروخ العفصاري الأعرج القمي وهو يعتبر
المؤسس الحقيقي لفقه الإمامية في إيران .

رابعاً : الكافي في علم الدين : وهو أحد الكتب الأساسية للشيعة ألفه
محمد بن يعقوب بن إسحاق الكليني الرازي .

الإسماعلية :

سموا بذلك لأنهم يوقفون الأئمة عند اسماعيل بن جعفر ويقولون بتميذه
بالنصر من أبيه .

ويسمون أيضاً بالباطنية لقولهم إن القرآن ظاهره وباطنه ولاعتقادهم
بالإمام الباطن .

ومن أئمتهم عبيد الله المهدي الذي انتسب إلى اسماعيل بن جعفر وملك
المغرب واستولى بنوه على مصر ولم يثبت تاريخياً صحة هذا النسب .

وقد أثبت التاريخ أن من وضعوا أساس مذهب الإسماعلية من أولاد
المجوس وضعوا تعاليم لهدم الإسلام تبتدئ بالتشكيك في أحكام الإسلام
كقولهم :

ما نعى رمى الجمار؟ ولم كانت الصبح ركعتين والظهور أربعاً وهكذا؟
وتنتهي بهم الإسلام والتحال من قيوده وأولوا آيات القرآن والسنة بما
يرافق هو أم .

أهم مبادئهم :

١ - القول بتقديم العالم فإن له مدرين . الأول هو الله والثاني النفس .

٢ - الإمام يمين بالنص لا بالانتخاب وهو معصوم من الصغار والكبار .

٣ - تكفير من اغتصبوا الخلافة من الامام .

٤ - للقرآن معنى ظاهر ومعنى باطن لا يعلم باطنه إلا الائمة لانهم ورثوا علم الباطن .

ولا معنى للتمسك بحرفية القرآن ويجب فهمه على طريقة التأويل في المجاز .

٥ - لا يؤمنون بعلم ولا بحديث إلا ما روى عن أئمتهم .

٦ - الجنة نعيم الدنيا والعذاب اشتغال أصحاب الشرائع بالصلاة والصيام وغيرها .

٧ - إنكار معجزات الأنبياء .

٨ - إباحة الحرمات والمحارم فأباحوا شرب الخمر والنبات والاختوات

وجميع المذات

وفد ظهرت هذه الطائفة في عهد الدولة العباسية ولا يزال لها بقايا إلى

اليوم ، في الهند وفارس وزنجبار والشام والخليج الفارسي وكان يتزعم قريفاً

منهم أباخان الزعيم المشهور وخلقه أحد أحفاده ويقدم إليه الأموال والهدايا

كل عام .

وزعماء هذه الطائفة يغيرون ويبدلون في الميادى حسب أهوائهم فانباغهم

يعتقدون أن لهم التصرف في أمور الدنيا والآخرة ولهذا تجمع الأموال

للإمام لا للمفقر وكلما امتد الزمان زاد مذمهم فساداً ولحق الناس من

أعمالهم شر كبير .

البايية

ظهرت هذه النحلة في دولة إيران على يد الميرزا محمد علي الملقب بالباب المولود بشيراز سنة ١٨١٩ م وقد ادعى أنه المهدي المنتظر ثم ادعى النبوة والرسالة وأن الله أوحى إليه بكتاب (البيان) الناسخ للتوراة والانجيل والفرقان .

ثم ادعى أنه المسيح المنتظر ثم ارتقى إلى ادعاء الألوهية وقد عهد بالخلافة من بعده إلى أحد أتباعه وهو ميرزا يحيى الملقب بهيج أزل ومن بعده إلى أخيه حسين الملقب بالبهاء

ولما قتل الباب بفتوى من من العلماء سنة ١٨٥٠ م تنازع الأمر من بعده بهيج وأخوه حسين وأخذ كل منهما يدعى بأن الله أوحى إليه بكتاب يصدق دعواه ويكذب دعوة أخيه وكانت الغلبة في هذا النزاع للبهاء فظهرت البهائية خلفاً للبايية .

البهائية

ثم أتباع الميرزا حسين علي الذي لقب نفسه بالبهاء المولود في بلدة نور من ضواحي مازندران سنة ١٢٢٣ هـ . قام في أول أمره بخلافة الباب ثم تدرج إلى المهديوية ثم النبوية والرسالة ثم الربوبية والألوهية وقد عهد بالخلافة من بعده إلى ابنه عباس المسمى عبد البهاء وقد دان البهائيون لكل خليفة بعد البهاء وقدسوه وعبدوه مثل عبادتهم للبهاء .

وقد نزل خليفتهم بمصر سنة ١٨٩٢ وأسس فيها الدعوة للبهائيين وهلك البهاء في مدينة عكا ١٣٠٩ ١٨٩٢ م

دين البهائية والبايية

١ - إن للوحى تأويلات سامية ومفاهيم خفية لا يجليها إلا ربها .
(الباب) أو البهاء (وما يعلم تأويله إلا الله أي البهاء أو الباب) .

٢ - ادعى اليه المهدوية ثم الرسالة وأنه نزل عليه كتاب الاقدس الذي نسخ جميع ما تقدمه من الكتب السامرية ثم ادعى الألوهية وأمر بعبادة البشر .

٣ - القول بمرت عيسى صلبا وعدم عودته بنفسه وإنما تحل روحه في غيره والغر هنا رئيس المذهب الباب ثم اليه .

٤ - معجزات الانبياء والبعث والحشر والوعد والوعيد والجنة والنار ولهذا ارتكبوا تاويل النصوص الدالة عليها بما يتناقض مع اللغة والدين .

٥ - نسخ جميع الأديان ورسوم عبادتها والحدود الواردة منها لعدم صلاحيتها للعالم في عصر التقدم ولهذا جاء اليه بدينه الجديد الأحمر والأسود وقد ورد في أحكامه . إن الصلاة تسع ركعات في البكور والزوال والآصال وقد بطلت صلاة الجماعة والقبلة عكسا والحج إليها للرجال دون النساء وتحريم الحجاب وإباحة السفور والاختلاط وجعل الحدود عقوبات مادية وغير ذلك من مقترحاتهم وكذبهم قال تعالى : ومن أظلم ممن افترى على الله كذبا ، أو قال أوحى إلى ولم يوح إليه شيء . ومن قال سأنزل مثل ما أنزل الله ولو ترى إذ الظالمون في غمرات الموت والملائكة باسظوا أيديهم أخرجوا أنفسهم اليوم تجزون عذاب الهون بما كنتم تقولون على الله غير الحق وكنتم عن آياته تستكبرون (١) .

طريقتهم في الدعوة إلى مذهبهم :

مخاطبة أهل كل ملة ودين بما يوافق هواهم فتجد الداعية منهم مسلما مع المسلمين ويهوديا مع اليهود ويوم أهل كل دين بأنه منهم وأنه يريد الإصلاح

وإزالة الضغائن والتوفيق بين أهل المذاهب فإذا آانس الضعف من أحد أخذ يشكك في دينه وأورد عليه الشبه . وأول الآيات بما ينطبق على مزاعمه ثم يدعو إلى عبادة البشر والعباد بالله وهذا شأنهم في عمالك الشرق . خداع وتفاق مع المسلمين يظهر ون الإيمان ويبطنون الكفر أما في أوروبا وأمريكا فدعوتهم جوار الا يخشون حسابا .

القاديانية (الاحمدية)

هم أنبىاع غلام أحمد المولود في (قاديان) مركز بنجاب بالهند سنة ١٢٥٢ هـ .

وقد ظلوا فرقة واحدة مدة حياته وأيام خليفته نور الدين وفي آخر حياة نور الدين ابتداء الخلاف وكان من أثره انقسامهم بعد وفاته إلى شعبتين .

١ - شعية قاديان : ورئيسهم محمود بن غلام أحمد .

٢ - شعبة لاهور : وزعيمهم محمد علي الذي ترجم القرآن إلى اللغة الإنجليزية .

والشعبة الأولى تدين بنبوة أحمد والثانية تعتقد أنه مصلح وهذا خلاف ماورد في كتاب مبتدع النحلة من أنه مهدي نبي مرسل ثم عيسى الموهود به وتوفي أحمد بعد حياة حافلة بنبوة تحرم الجهاد وتدعو إلى مساعدة الإنجليز لأنهم أرباب نعمته وأصحاب الفضل عايه في حمايته ونشر دعواته .

مبادئ القاديانية :

١ - القول بعلم ختم النبوة وتأويل مايدل على ختمها .

٢ - غلام أحمد هو المهدي والنبي المؤيد لشريعة محمد ﷺ وهو المسيح الموعود به .

- ٣ - باب الرضى مفتوح للناس وقد نزل عليه ويسمعه بعض أتباعه .
 - ٤ - تحريم الجهاد والدعوة لطاعة ولادة الأمر الإنجليز .
 - ٥ - قاديان ومسجدها تماثل مكة ومسجدها والحج إليها مثل الحج إلى مكة فبى ثالث الأماكن المقدسة .
 - ٦ - تكفير من لا يصدق به من المسلمين وتمثيلهم باليهود الذين كذبوا المسيح (يعنى نفسه) فى السلسلة المحمدية .
 - ٧ - تفضيله وتفضيل أتباعه على جميع الأنبياء وأتباعهم .
 - ٨ - ادعاؤهم أن المعنى المقصود من الآيات لا يدركها إلا المسيح القاديانى وإنكارهم أن سنة الرسول أصل فى التشريع وهم يدعون الناس عن طريق أنهم مسلمون مصلحون .
- والقاديانية والبيهائية أخطر المذاهب على الأمم الإسلامية وأشد كفرا من اليهود والنصارى والمجوس ويبطل دعوتهم ما قدمناه من ثبوت عموم رسالة النبي ﷺ وختمها للرسالات وهم منتشرون فى البلاد الإسلامية يماونهم الاستعمار بسلطانه الخفى وماله لأنهم أهوانه وأدائه فى إشاعة الفساد بين المسلمين .

النصيرية

ومقرهم شمال سوريا بالجبال المعروفة بجبال النصيرية وقد سموا أنفسهم بالعلويين .
وينسبون لمحمد بن نصير من موالى بنى غير وكان شيعيا إمامياً من أتباع إمامهم الحادى عشر الحسن العسكرى وقد أسس طائفة النصيرية على مبادئ معينة .

أهم مبادئهم :

- ١ - الديانة عندهم سر من الأسرار ولا تلقن للنساء لعدم استطاعتهم (١١ - مدخل)

حفظ الأسرار أما الرجل فلا يباح له دينه إلا بعد أن يبلغ التاسعة عشرة
ويقسم على اليمين أن لا يبوح به ولو أريق دمه .

٢ - يدعون ألوهية علي بن أبي طالب والأئمة من بعده ويزعمون أن
علياً مسكنه السحاب فإذا مر عليهم السحاب قالوا : السلام عليك يا أبا الحسن

٣ - يقولون بتناسخ الأرواح فالخيرة تحمل في النجوم والشريرة في أجسام
الحيوانات النجسة .

٤ - يستعملون الأسماء الإسلامية ماعدا اسم عمر وأبي بكر ولا
يضمون رمضان ويحتفلون بالأعياد المسيحية .

٥ - الجنة والنار رمز دنياوي والصلوات الخمس أسماء علي والحسن
والحسين ومحسن وفاطمة .

وذكر هذه الأسماء يقنى عن غسل الجنابة وعن الوضوء وسائر شروط
الصلوة .

٦ - لإباحة شرب الخمر وأن أكبر الآبالة عمر ووليه أبو بكر فثمان (١)

(١) أنظر المراجع الآتية :

١ - الفرق بين الفرق للبهادى .

٢ - التوحيد والفرق للشيخ حسن مشولى .

٣ - رسالة المجد للشيخ حسن أبو ب .

مذاهب انقرضت واندثرت

وفد ذكر ابن جرير الطبري في كتابه اختلاف الفقهاء (١). أنه كان هناك نحو خمسمائة مذهب بطلت وانقرضت ونختار الآن بعضاً منها :

- ١ - مذهب الأوزاعي .
 - ٢ - مذهب داود الظاهري .
 - ٣ - مذهب ابن جرير الطبري وسنوجز القول عن هذه المذاهب فنقول
- مذهب الأوزاعي :

من مؤسس هذا المذهب ؟

مؤسس هذا المذهب هو أبو عمرو عبد الرحمن بن عمرو الأوزاعي .
نشأته :

ولد بدمشق سنة ٨٨ هـ ثم انتقل منها إلى بيروت ومكث واستقر بها حتى مات سنة ١٥٧ هـ .

وقد إلتقى بالإمام مالك رضي الله عنه واستفاد وأخذ كل من الآخر .

منهجه العلمي :

وكان لا يأخذ بالرأى ويعتبر من أهل الحديث ومن هنا تراهُ يقول :
إذا بلغك الحديث عن رسول الله ﷺ فإياك أن تقول بغيره ولم يكتبه البقاء
لهذا المذهب إلا فترة زمنية قليلة ، حيث انتشر في الشام حتى منتصف القرن
الثالث الهجري ثم حل محله بعد ذلك المذهب الشافعي .

ولم يعد لهذا المذهب وجود الآن إلا في بطون السكتب .

مذهب داود الظاهري :

مؤسس هذا المذهب :

مؤسس هذا المذهب : أبو سليمان داود بن علي خاف الأصفهاني .

نشأته :

ولد بالكوفة عام ٨٢٠٢ وتوفي سنة ٨٢٧٠ ودرس العلم في بغداد .

مدرسته العلمية :

وقد تلقى صاحبنا هذا العلم على يد شيوخ أجلاء هم : أبو ثور وسليمان ابن حرب وعمرو بن كثير وغيرهم .

رحلته العلمية :

وقد رحل داود إلى نيسابور وسمع الحديث من إسحاق بن راهويه —
أحد فقهاء مدرسة الحديث — وبعد ذلك عاد إلى بغداد معلماً .
طريقته .

وكان داود شافعيًا في أول الأمر وكانت له مكانة عظيمة عند الشافعية .
إلا أنه انسلخ عن مذهب الشافعي ولما سئل على ذلك قال : لما رأيت
الشافعي ينكر الاستحسان ، ونظرت في تلك الأدلة وجدتها تبطل بالقياس
أيضاً ومن هنا رأيت الخروج عن هذا المذهب لاخذه بالقياس — ويعتبر
أبو داود من أوائل مدرسة الحديث وأحد رجالها العظام حيث تمسك بظاهر
النص — سواء أكان قرآناً أم سنة — تمسكاً شديداً وهو بهذا يعتبر على النقيض
تماماً من مذهب الخنزية لتمسكهم بالرأى .

وكان أبو داود يعتمد في اجتهاداته على المكتاب والسنة والاختصاصين
ثم إجماع الصحابة فقط . ولا يعتد بشيء بعد ذلك من الأدلة الأخرى التي
أفرها أكثر الفقهاء كالرأى والقياس والاستحسان وكل ما يتصل بالرأى من
قريب أو بعيد .

وهو في الجملة كان يتمسك بحرفية النص ويرفض الرأى والتعليل إلا أنه
إنصافاً للحق يجب أن نقول :

إن أبا داود قد اضطر للعمل بالرأى لما احتاج إليه للمعالجة ببعض المسائل
وإن كان هو لا يسميه قياساً بل يسميه دليلاً .

وقد احتل مذهب داود مكانة عظيمة في الشرق خلال القرنين الثالث والرابع .

أما في الغرب فقد اتى هذا المذهب انتشاراً واسعاً حيث هباً الله له أحد التلاميذ المخلصين وهو الفقيه علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي المتوفى سنة ٤٥٦ هـ حيث عمل على نشره والدفاع عنه . وقد صنف ابن حزم كتاباً قيمة -- دعت من شأن هذا المذهب -- ومن أبرزها كتاب المحلى في الفقه والأحكام في الأصول ولم يبق الآن أثر للمذهب الظاهري إلا في بطون الكتب

٣ - مذهب ابن جرير الطبري :

من مؤسس هذا المذهب ؟

مؤسس هذا المذهب هو أبو جعفر محمد بن جرير الطبري .
ولد في حوالى عام ٨٢٥ وتوفى ببغداد عام ٨٢١٠ .

رحلاته العلمية :

وقد رحل ابن جرير الطبري إلى كثير من المدن - كبغداد والشام ومصر -
اجتهاده :

وكان ابن جرير في الأصل يقلد الشافعي في طريقته وسلك منهجه إلا أنه
توافرت عنده ملكة الاجتهاد والاستنباط فاستقل عن مذهب الشافعي
وصار له مذهب يعرف باسمه .

كتبه :

ولابن جرير مؤلفات وكتب كثيرة من أظهرها :
كتاب له في التفسير وكتاب في التاريخ وكتاب في اختلاف الفقهاء إلا أن
هذا الكتاب الأخير لم يطبع كله .
وليه يرجع الفضل في بقاء أقوال كثيرة لفقهاء اندثرت مذاهبهم .

المبحث الثالث

مصادر الفقه الاسلامى

والمراد بالمصادر فى هذا المقام ما يشمل المراجع التى يعود إليها الفقيه .
يستهدىها فى طلب حكم للحوادث والوسائل التى يستخدمها فى هذا السبيل .
ومصادر الفقه الاسلامى : هى الأدلة التى تبنى عليها الاحكام الشرعية .
وهى الكتاب والسنة وما يرجع إليهما .

ومصادر الفقه الاسلامى متعددة فجمهور الذين كتبوا فى علم أصول الفقه .
يجعلونها أربعة وهناك من جعلها أكثر من ذلك ، ولعل من الخوارق أن رأى
بعضها تداخل فى بعض ، وأنها لذلك ترجع فى الحق إلى أربعة أنواع فى رأى
أكثر علماء الاصول وهى : الكتاب ، والسنة ، والإجماع ، والقياس
ومصادر الفقه الاسلامى منها ما هو متفق عليه بين جمهور العلماء إلا نفر
قليل وهو الاجماع والقياس .

ومنها ما هو مختلف فيه بين العلماء وهو الاستحسان والمصالح المرسلة .
والعرف ، وشرع من قبلنا ، وقول الصحابة .
وستتكم بإيجاز عن كل هذه المصادر وهى :

الكتاب - السنة - الاجماع - القياس - المصالح المرسلة -
الاستحسان العرف وقول الصحابة وسد الذرائع .

فهذه هى مصادر الفقه الاسلامى التى يعتمد عليها الفقهاء فى استنباط
الاحكام الشرعية (٣) .

(١) راجع ص ٢٥٢ المدخل د . حسن صبح .

ص ٢٠٨ المدخل د . عيسوى .

ص ١٢٢ المدخل د . رمضان الشرنباوى .

ص ١٧٥ المدخل د . محمد يوسف موسى .

المصدر الأول

القرآن الكريم

وهو في واقع الأمر لا يحتاج إلى تعريف فهو أشهر من أن يعرف
لا أنه جرت العادة أن يعرفه العلماء بأنه كلام الله تعالى أنزل على الرسول
ﷺ المنقول إلينا بالتواتر .

وقد سباه الله سبحانه وتعالى بأسماء عديدة منها : -
القرآن : قال تعالى : وقرآنا فرقناه لتقرأه على الناس على مكث ونزلناه
نزيلا، (١) .

ومتها الفرقان : قال تعالى : و تبارك الذي نزل الفرقان على عبده ليكون
العالمين نذيرا (٢) .

ومتها الذكر : قال تعالى : وإنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون (٣) .
الحكمة من نزول القرآن الكريم :

للقرآن الكريم أسرار عظيمة وفوائد دجمة من وراء نزوله منها :
١ - أنه معجزة مؤيدة للرسول صلى الله عليه وسلم في دعواته ، وقد
يسجل التاريخ أن العرب وهم أرباب الفصاحة وقفوا مشدودين أمام فصاحة
القرآن الكريم ثم عجزوا عن محاكاة أقصر سورة منه .
٢ - القرآن حدد كليات الشريعة ، ووضع قواعد العامة التي تعرض
لبعض الجزئيات بشيء من التفصيل والاطناب . ومن هنا فهو أصل في

(٢) سورة الفرقان ١

(١) سورة الاسراء ١٠٦ .

(٣) سورة الحجر ١ .

التشريع الاسلامي يستضيء به المجتهد ، ويستنبط من آياته الاحكام ، ويشهد لهذا للمعنى قول الله تعالى : « إنا أنزلنا الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراكَ الله... » (١) .

٣ — أنه وسيلة للتعبيد ففي قراءة القرآن قرينة ينال بها نواب تفرجه إلى الله سبحانه وتعالى به (٣) .

خصائص القرآن :

يمتاز القرآن الكريم عن غيره من الكتب السماوية السابقة ، والاحاديث الواردة عن الرسول صلى الله عليه وسلم بخصائص هي :

١ — أن القرآن نزل على الرسول باللسان العربي وقد نطق القرآن نفسه بذلك حيث قال الله تعالى « ولأنه أنزل رب العالمين نزل به الروح الامين على قلبك لتكون من المنذرين بلسان عربي مبين » (٣) .

وهذا يمتاز على غيره من الكتب السماوية السابقة لانها نزلت بغير اللسان العربي .

٢ — أن القرآن هو مجموع اللفظ العربي، والمعنى المستفاد منه فإن معاني القرآن وألفاظه العربية كلاهما منزل من عند الله :

أما المعنى المستفاد منه وحده فليس بقرآن . وعلى هذا فترجمة القرآن لا تسمى قرآنا وإنما هو تفسير فلا يصح الاعتماد على الترجمة في أخذ الاحكام كما لا يصح الصلاة بها للقادر على اللغة العربية باتفاق الائمة . وما روى عن أبي حنيفة من القول بصحة الصلاة بالفارسية مع القدرة على العربية فقد صح

(١) سورة النساء ١٠٥ .

(٢) واجع ص ٢٥٤ ، المدخل د. حسن صبح .

(٣) سورة الشعراء الآيات من ١٩٢ — ١٩٥ .

.وجوعه عنه ، وأما العاجز فنحن العربيتة فتجوز له الصلاة بالترجمة عند الحنفية .
ولا تجوز عند جمهور العلماء ، بل يجب عليه أن يأتي بمن يحسن العربية ، فإن
لم يجد يسبح ويهال ولا يقرأ .

٣ - ولما كانت معاني القرآن وألفاظه منوطة من عند الله . الأمر الذي
ميز القرآن عن الأحاديث النبوية الصادرة عن الرسول صلى الله عليه وسلم
سواء أكانت أحاديث قدسية أم نبوية لأن معاني هذه الأحاديث ملهمة من
عند الله ولفظها من عند الرسول صلى الله عليه وسلم إلا أنها تارة تكون
منسوبة إلى الله تعالى ، أو يؤمر النبي ﷺ بإسنادها إلى الله تعالى ، ولا يأمر
الرسول بإسناده إليه تعالى فيضاد إلى الرسول صلى الله عليه وسلم ويسمى
حديثاً نبوياً .

٤ - أن القرآن الكريم نقل البنا بطريق التواتر كتابة ، ومشافهة من لدن
رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى الآن .

والنقل بطريق التواتر يفيد القطع واليقين بصحة المنقول ومن هنا كانت
نصوصه قطعية الثبوت .

وعلى هذا فلا ينقل بطريق التواتر لا يسمى قرآناً بالإجماع فلا تصح
الصلاة به ، ولا يحكم بكفر من أنكسر قرآنيته وذلك كقراءة ابن مسعود :
« فان قاموا فيهن فان الله غفور رحيم » .

زيادة (فيهن) . والصحيح أن هذه الزيادة كانت تفسيراً من ابن مسعود
وليس قرآناً ، وإنما دونها في مصحفه للبيان لا للتلاوة .

نزول القرآن منجماً ، وحكمة ذلك :

لم ينزل القرآن على النبي صلى الله عليه وسلم جملة واحدة - كما نزلت التوراة
على موسى عليه السلام - وإنما نزل عليه منجماً في ثلاث وعشرين سنة وفقاً
للحوادث ، أو جواباً لاستئلة أو استنهاماً عن حادثة .

والحكمة في إنزاله منجما أن يسهل على الرسول صلى الله عليه وسلم وعيه وحفظه ، فإنه أمي لا يقرأ ولا يكتب ، ولتيسير كتابته على العرب الذين لم تكن لهم معرفة بالكتابة إلا قليلا ، ولأن حكمة الله اقتضت أن يكون في القرآن ما هو ناسخ وما هو منسوخ ، وهذا لا يتأتى إلا فيما ينزل مفردا . وكذلك اقتضت الحكمة أن يكون في القرآن ما هو جواب لسؤال ، وما يكون بياناً لحكم حادثة ليكون ذلك أبعث على القبول وأدعى للاهتمام ولتكون تلك الأسئلة ، وهذه الحوادث قرائن معنوية يستعان بها على فهم القرآن وتعريف أسراره ومراميها (١) .

وكان أول القرآن نزولا :

قوله تعالى : د إقرأ باسم ربك الذى خلق ، خالق الإنسان من علق ،
إقرأ وربك الاكرم الذى علم بالقلم ، علم الإنسان ما لم يعلم ، (٢) .

وكان آخره نزولا :

على الراجح قوله تعالى : د واتقوا يوماً ترجعون فيه إلى الله ثم توفى كل
نفس ما كسبت وهم لا يظنون ، (٣) .

كيف جمع القرآن ؟

لم ينزل القرآن على الرسول صلى الله عليه وسلم دفعة واحدة ، وإنما نزل منجما حسب الحوادث والمناسبات . في نحو ثلاث وعشرين سنة ، وكان كلما نزل جبريل عليه السلام بشئ . بلغه رسول الله صلى الله عليه وسلم لمن حضر

(١) انظر المواضع للشاطبي ص ٤٥ ، والتقرير والتحبير ج ٢ ص ٢١٤
للدخلى للدكتور عيسوى ص ٢٠٩ وما بعدها .

(٢) سورة القلم الآيات ١ - ٥ .

() سورة البقرة ٢٨١ .

من المؤمنين ، ثم يدعو كتاب الوحي فيملى عليهم ما نزل فيكتبونه وكان يمين . لهم مكان السورة وموضع الآية ، فإن ترتيب السور والآيات توقيفي من عند الله نزل به جبريل عليه السلام على رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وقد عرض جبريل عليه السلام القرآن على النبي صلى الله عليه وسلم مرات في شهر رمضان من كل عام كان يقرأ جبريل على الرسول صلى الله عليه وسلم ما نزل من القرآن ثم يتلوه الرسول بالقراءة وفي العام الأخير من حياة الرسول عرضه جبريل مرتين وقرأه الرسول على الصحابة حسب هذه العريضة التي استقر عليها فحفظه كثير من الصحابة مرتباً حسب العريضة الأخيرة ولم يفارق الرسول ﷺ الحياة إلا والقرآن جميعه محفوظ في صدور الرجال — أمثال زيد بن ثابت (١) ؛ ومعاذ بن جبل وأبي كعب ، وعلي بن أبي طالب ، وعبدالله بن مسعود ، وعبادة بن الصامت — هذا من ناحية ومن ناحية أخرى كان القرآن كله مكتوباً في الرقاع ، والمسب (٢) واللخاف (٣)

ولم يجمع القرآن في المصحف في عهد الرسول ﷺ لأنه كان يتروى نزول القرآن إلى آخر لحظة من حياته ، فربما نزل منه شيء أو ورد ناسخ لبعض أحكامه ، أو تلاوته ، فلا يعلم تمام القرآن واستقراره إلا بوفاة الرسول ﷺ فلما انقضى نزوله بوفاة ﷺ ألهم الله الخلفاء الراشدين جمعه في مصحف واحد .

(١) هو — أبو سعيد زيد بن ثابت بن الضحاك — قدم إلى النبي ﷺ المدينة وهو ابن إحدى عشرة سنة ، شهد الخندق وما بعدها ، وأعطاه الرسول راية بني النجار يوم تبوك يكتب الوحي والرسائل ، وكان يكتب لابن بكر وعمر ، توفي سنة ٤٥ هـ .

(٢) المسب : جريد النخل .

(٣) اللخاف . الحجارة الرقيقة .

فقد روى ابن شهاب الزهري عن عبيد بن السببان عن زيد بن ثابت قال :
« أرسل إلى أبي بكر بمد مقتل أهل اليمامة - التي وقعت في آخر سنة ٥١١ هـ
وأوائل سنة ٥١٢ هـ تقريبا - فإذا هم بن الخطاب عنده ، فقال أبو بكر : إن
عمر أتاني فقال : « إن القتل قد استمر يوم اليمامة بقراء القرآن ، وإني أخشى
أن يستجر القتل بالقراء في المواطن فيذهب كثير من القران ، وإني أرى أن
تأمر بجمع القرآن . فقلت لعمر ، كيف نعمل شيئا لم يفعله رسول الله صلى
الله عليه وسلم ؟ قال عمر : هذا والله خير ، فلم يزل يراجعني حتى شرح الله
صدرى لذلك ورأيت الذي رأى عمر ، قال زيد : قال أبو بكر : إنك شاب
عاقل لا تهتك وقد كنت تهتك الوحي لرسول الله صلى الله عليه وسلم
وحضرت العرصة الأخيرة ؛ فقتب القرآن فاجمعه ، فو الله لو كفونى نقل جبل
من الجبال ما كان أثقل على مما أمرنى به من جمع القرآن .

قلت كيف تفعلان شيئا لم يفعله رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ قال هو
والله خير ، فلم يزل أبو بكر يراجعني حتى شرح الله صدر أبي بكر وعمر ،
فقتبعت القرآن أجمعه من العسب والنخاف وصدور الرجال .

ومن هذه الرواية يكاد يجمع المؤرخون على أن أول جمع للقران كان في
أول خلافة أبي بكر بتوجيه من عمر .

والذي قام بهذه المهمة هو زيد بن ثابت ومعه نفر قليل من الصحابة
يعاونونه في أداء هذه المهمة .

وبعد أن انتهى زيد ومن معه من هذه المهمة ، ثم جمع المصحف ووضع
نسخة منه عند أبي بكر حتى توفاه الله ثم عند عمر طيلة حياته ؛ ثم عند حفصة
بنت عمر بوصية من أبيها إلى أن طلبها منها عثمان (١) .

(١) انظر ، المدخل د . العيسوي في الصفحات السابقة وما بعدهما

حجية القرآن ودلالته على الأحكام :

اتفق المسلمون على أن القرآن مصدر من مصادر التشريع وأن أحكامه واجبة الاتباع ، وأنه المرجع الأول لا يلجأ أحد إلى غيره إلا إذا لم يجد ما يطلبه فيه (١) .

وأنه ترجع إليه سائر الأدلة - السنة - الإجماع - القياس - لقوله تعالى : د ما فرطنا في الكتاب من شيء ... (٢)

وقد جاءت النصوص في القرآن الكريم دالة على وجوب الاحتجاج بالسنة والإجماع والقياس واستنباط الأحكام من هذه المصادر .

ففي السنة يقول القرآن الكريم : د ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ونصله جهنم وسامت مصيراً (٣) فن هذه الآية نرى أن الإجماع سند وأساس في التشريع الإسلامي . وفي القياس يقول : قال الله تعالى د فاعتبروا يا أولى الأبصار ، (٤) فإن هذه الآيات وغيرها تنادى بحجية القياس ، باعتباره دليلاً شرعياً .

وبعد : فالقرآن (٥) هو المعجزة الخالدة للرسول ﷺ تحدى به العرب فعجزوا مع أنهم أرباب فصاحة وبلاغة ، وقصة تحديهم موجودة في مواضع متفرقة من القرآن منها : قوله تعالى : د وإن كنتم في ريب مما نزلنا على عبدنا ، فأتوا بسورة من مثله ... ، (٦)

(١) المدخل للشيخ محمد مصطفى شلبي ص ٧٩

(٢) سورة الأنعام آية ٣٨

(٣) سورة النساء آية رقم ١١٥

(٤) سورة الحشر آية ٢

(٥) المدخل للدكتور مصطفى شلبي ص ٩٧

(٦) سورة البقرة ٢٣

ولقد شهد له أعداء الرسول وهو الوليد بن المغيرة، حين سمع الرسول ﷺ يقرأ منه شيئاً فقال لقومه : والله ما منكم وجل بأشعار من ، والله ما يشبه الذى يقوله شيئاً من هذا ، والله إن لقوله لحلاوة وإن عليه ، لطلاوة ، وإن أعلاه لمثمر ، وإن أسفله لمعتق ، وإنه يعلو ولا يعلى عليه .

وقد تحدث القرآن عن أمور غيبية ، وأخبر بأنها ستقع فى المستقبل وقد وقعت هذه الحوادث فعلاً (١) .

ومن هذا القبيل إخبار القرآن الكريم عن انتصار الفرس على الروم فى المستقبل قال تعالى : **د ألم غلبت الروم فى أدنى الأرض وهم من بعد غلبهم سيفلبون فى بضع سنين لله الأمر من قبل ومن بعد ويومئذ يفرح المؤمنون بنصر الله ينصر من يشاء وهو العزيز الرحيم** ، (٢) .

ولقد أحدث هذا الخبر ضجة بين مشركى العرب ، إذ كانت الروم قد بلغت درجة واضحة من الضعف حتى اجتاحت أراضيها جيوش الفرس ولهذا لم يصدق مشركو العرب ما أخبر به القرآن ، واعتقدوا أن ذلك بعيد الاحتمال ثم ما لبثوا أن رأوا ذلك حقيقة أمام أعينهم كما تحدث القرآن الكريم

(١) مدخل الدكتور حسن صبح ص ٢٥٧

(٢) سورة الروم آية ٢٥١ .

المصدر الثاني

السنة

وهي (١) : ما صدر عن رسول الله ﷺ من قول أو فعل أو تقرير : ومعنى التقرير : أن يقول أو يفعل بعض الصحابة شيئاً بحضور من النبي ﷺ . فيسكت عنه . أو يستحسنه فيعتبر هذا أو ذلك موافقة له عليه . وقد يبلغ الرسول ﷺ ذلك عن صحابي غائب عن مجلسه فيقره عليه . فيكون هذا موافقة له أيضاً على ما قال أو فعل .
وعلى هذا : فالسنة ثلاثة أنواع - سنة قولية وسنة فعلية وسنة تقريرية .

السنة التقريرية

هي - ما قدمنا ، ويمثل لها الفقهاء إقراره ﷺ قضاء على ابن أبي طالب في حادثة الزبية باليمن ومنها : ما روى أن الصحابة رضوا الله عنهم أكلوا لحم حنبل فلم ينكر عليهم الرسول ﷺ ذلك .

والسنة القولية

هي - الأحاديث المروية عن الرسول ﷺ كقوله عليه السلام « إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى ... » (٢) وقوله ﷺ

(١) أما السنة في اللغة : هي - الطريقة : حسنة كانت أو سيئة ومنه قوله ﷺ : « ومن سن سنة حسنة فله أجرها وأجر من عمل بها إلى يوم القيامة ومن سن سنة سيئة فعليه وزرها ووزر من عمل بها إلى يوم القيامة » . وقيل بالسنة خاصة بالطريقة الحسنة .

(٢) سنن ابن ماجه ج ٢ ص ١٤١٣

لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه . . . وقوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار ،

والسنة الفعلية

هي كل ما صدر عن الرسول عليه السلام من أفعال يقصد بها التشريع ، كوضوئه وصلواته ونسكه وغير ذلك .

حجية السنة في التشريع

لا نزاع في أن السنة حجة في التشريع بجانب القرآن الكريم ، أى يجوز أن يستنبط منها الأحكام الشرعية ، وأنها مصدر من مصادر التشريع المعتبرة وأنه يجب العمل بمقتضاها ، وقد دلت على حجيتها أدلة كثيرة منها :

قوله تعالى : « وما أناكم الرسول بخذره وما نهاكم عنه فانتهوا » (١) ، وقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول » (٢) وقوله تعالى « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحسبوك فيها شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلبوا تسليماً » (٣) ويقول الرسول ﷺ : تركت فيكم أمرين لن تضلوا ما تمسكتم بهما كتاب الله وسنتي (٤) .

ويقول « عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدى . . . »

وفي النهاية . فالسنة منسوبة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقد ثبتت

(١) سورة الحشر آية ٧

(٢) سورة النساء آية ٥٩

(٣) سورة النساء آية ٥٦

(٤) الفتح الكبير للنهاني ج ٢ ص ٢٦

هصمته من الكذب فيكون صادقاً في كل ما يصدر عنه ، وذلك لأن منصب الرسالة منصب التبليغ عن الله تعالى ، والبيان لأوامره ونواهيه قال الله سبحانه : « يا أيها الرسول بلغ ما أنزل إليك من ربك وإن لم تفعل فما بلغت رسالته ، (١) » وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم (٢) ومن ثم كانت السنة هي مفتاح الكتاب والنبراس الذي يهتدى به إلى كشف حقائقه ، والوقوف على دقائقه ، ومن هنا كانت السنة حجة في التشريع ، وواجبة الاتباع .

فقد قيل لمطرف بن عبدالله (٣) : لا تحدثونا إلا بالقرآن ، فقال : والله لا نبغى بالقرآن بدلا ، ولكن نريد من هو أعلم منا بالقرآن .

وروى الأوزاعي عن حسان بن عطية قال : كان الوحي ينزل على رسول ﷺ ويحضره جبريل بالسنة التي تفسر ذلك .

ولما كانت السنة هي المصدر الثاني للتشريع فقد حرص علماء المسلمين على إحاطتها بسيماج من التحفظ حتى يتبين الصحيح من الموضوع .

علامات الوضع في الحديث

لقد وضع العلماء قواعد لمعرفة الموضوع وذكروا له علامات يعرف بها وهي تنقسم إلى قسمين علامات في السند وعلامات في المتن .

(١) سورة المائدة ٦٧

(٢) سورة النحل ٤٤

(٣) هو — عبدالرحمن بن عمرو الشامي كان يسكن دمشق . ثم تحول إلى بيروت . فسكنها إلى أن توفي بها ، وأخذ عن مالك ، ومالك أخذ عنه ، وكانت إليه فتوى أهل الشام لسعة علمه ، وكان منزله حتى أنه أفتى في سبعين ألف مسألة وهو من الأئمة المجتهدين لهم مذاهب خاصة ، توفي سنة ١٥٧ هـ

(١٢ - مدخل)

علامات الوضع في السند :

وهي كثيرة من أهمها :

أولاً : أن يكون راويه كذاباً معروفاً بالكذب ولا يرويه ثقة غيره وقد عذرا بمعرفة الكذابين وتواريتهم وتذيعوا ما كذبوا فيه بحيث لم يقلت منهم أحد .

ثانياً : أن يعترف واضعه بالوضع كما اعترف أبو عصمة نوح بن أبي مرير بوضعه أحاديث فضائل السور .

وكما اعترف عبد الكريم بن أبي الموجه بوضع أربعة آلاف حديث يحرم فيها الحلال ويحلل فيها الحرام .

ثالثاً : أن يروي الراوى عن شيخ لم يثبت لقباه له أو ولد بعد وفاته أو لم يدخل المكان الذى ادعى سماعه منه .

كما ادعى مأمون بن أحمد المرادى أنه سمع من هشام بن عمار فسأله الحافظ ابن حبان متى دخلت الشام ؟ قال سنة خمسين ومائتين قال ابن حبان : فإن هشاماً الذى تروى عنه مات سنة خمس وأربعين ومائتين .

وكما حدث عبد الله بن إسحاق الكرماني عن محمد بن أبي يعقوب فقبل له . مات محمد قبل أن تولد بتمتع سنين .

وكما حدث في مقدمة مسلم : أن المعلى بن عرفان قال : حدثنا أبو واثل قال خرج علينا ابن مسعود بصنفين وقال أبو نعيم يعنى الفضل بن دكين حاكية عن المعلى آراه بعث بعد الموت ؟ وذلك لأن ابن مسعود توفى سنة اثنتين أو ثلاثة وثلاثين قبل انقضاء خلافة عثمان بثلاث سنين :

ولا شك أن العمددة في مثل هذه الحالة على التاريخ تاريخ مواليد الرواة وإقامتهم ورحلاتهم وشيوخهم ووفاتهم ولذلك كان علم الطبقات هلم قائماً

بذاته لا يستغنى عنه نقاد الحديث قال حفص بن غياث القاضى : إذا اتهمتم
الشيخ فحاسبوه بالسنين يعنى سنه و سن من كتب عنه .

وقال سفيان الثورى : لما استعمل الرواة الكذب استعملنا لهم التواريخ .
رابعا : وقد استفاد الوضع من حال الراوى وبواعثه النفسية مثل
ما أخرجه الحاكم عن سيف بن عمر التميمى أنه قال : كنا عند سعد بن طريف
فجاء ابنه من الكتاب يبكى فقال مالك ؟ قال ضربنى المعلم فقال سعد لأخزيتهم
اليوم .

حدثنى عكرمة عن ابن عباس مرفوعاً (معلوم صديانكم شراركم أقلهم
رحمة لليتيم وأغلبهم على المسكين) ومثل حديث « المريسة تشد الظهور » فإن
بواضعه محمد بن الحجاج النخعى . كان يبيع المريسة .

علامات الوضع فى المتن :

أما علامات الوضع فى المتن فهى كثيرة أهمها :

أولا : ركاكة اللفظ : بحيث يدرك العالم بأسرار البيان العربى أن مثل
هذا اللفظ ركيك لا يصدر عن فصيح ولا بليغ فكيف بسيد الفصحاء عليها السلام
قال الحافظ ابن حجر : د وعمل هذا إن وقع التصريح بأنه من لفظ النبى
عليه السلام ، قال ابن دقيق العيد : كثيرا ما يحسكون بذلك أى بالوضع باعتبار
أمر ترجع إل الروى وحاصله أنهم لكثرة ممارستها لالفاظ الحديث
حصلت لهم هيئة نفسانية وملسكة قوية يعرفون بها ما يجوز أن يكون من
الفاظ النبى وما لا يجوز .

قال البلقينى : وشاهد هذا أن إنساناً لو خدم إنساناً سنين وعرف ما يجب
وما يسكره فادعى إنساناً أنه كان يسكره شيئاً يعلم ذلك أنه يحبه فيه مجرد
سماء ، يبادر إل تكذيبه .

ثانياً : فساد المعنى : بأن يكون الحديث مخالفاً لبدهييات العقول من غير أن يمكن تأويله منحل : « إن سفينة نوح طافت بالبيت سبعاً وصلت عند المقام ركعتين »

أو أن يكون مخالفاً للقواعد العامة في الحكم والأخلاق منحل « جور الترك ولا عدل العرب » أو داعياً إلى الشهرة والمفسدة مثل « النظر إلى الوجه الحسن يجل البصر »

أو مخالفاً للحس والمشاهدة مثل « لا يولد بعد المائة مولود لله فيه حاجة ، أو مخالفاً لقواعد الطب المتفق عليها مثل « الباذنجان شفاء من كل داء » أو أن يكون مشتملاً على سخافات يصاب عنها العقلاء مثل « الديك الأبيض حبيبي وحبيب حبيبي جبريل »

وهكذا كل ما يرد العقل بداهة فهو باطل مردود .

قال ابن الجوزي : « ما أحسن قول القائل : كل حديث رأيتُه تخالفه العقول وتناقضه الأصول وتباينه النقول فاعلم أنه موضوع »

ثالثاً : مخالفته نصريح القرآن : بحيث لا يقبل التأويل مثل « ولد الزنا لا يدخل الجنة إلى سبعة أبناء » .

فإنه يخالف لقوله تعالى « ولا تزر وازرة وزر أخرى » بل هذا الحديث موضوع مأخوذ من التوراة فإنه من أحكامها . أو يكون مخالفاً للقواعد العامة المأخوذة من القرآن والسنة مثل « من ولد له ولد فسماه محمداً كان هو ومولوده في الجنة »

فإن هذا يخالف للمعلوم المقطوع به من أحكام القرآن والسنة من أن النجاة بالأعمال الصالحة لا بالأسماء والألقاب أو أن يكون مخالفاً للإجماع مثل « من قضى صلوات من الفرائض في آخر جمعة من رمضان كان ذلك جابراً لكل صلاة فاتته من عمره إلى سبعين سنة »

فإن هذا مخالف لما أجمع عليه من أن الغائبة لا يقوم مقامها شيء من العبادات .

رابعاً : موافقة الحديث لمذهب الراوى : وهو متمصّب مخالف فى تعصبه كأن يروى رافضى حديثاً فى فضائل أهل البيت أو مرجىء حديثاً فى الإرجاء . مثل ما رواه حبة بن جوين قال : سمعت علياً رضى الله عنه قال : عبدت الله مع رسول الله قبل أن يبعده أحد من هذه الأمة خمس سنين أو سبع سنين . قال ابن حبان . كان حبة ظالماً فى التشيع واهياً فى الحديث .

خامساً : اشتغال الحديث على إفراط فى الثواب العظيم صلى الفعل الصغير . والمبالغة بالوعيد الشديد على الأمر الحقير : وقد أكثر القصاص من مثل هذا النوع ترفيقاً لقلوب الناس وإثارة لتعجبهم مثل د من صلى الضحى كذا أو كذا ركلة أعطى ثواب سبعين نبياً ، ومثل من قال : لا إله إلا الله خلق الله تعالى طائراً له سبعون ألف لسان لكل لسان سبعون ألف لغة يستغفرون له .

سادساً : مخالفته لحقائق التاريخ المعروفة فى عصر النبي ﷺ . مثل حديث أن النبي ﷺ وضع الجزية على أهل خيبر ورفع عنهم السكينة . والسخرية . بشهادة سعد بن معاذ وكتابة معاوية بن أبي سفيان على أن الثابت فى التاريخ أن الجزية لم تكن معروفة ولا مشروعة فى عام خيبر وإنما نزلت آية الجزية بعد عام تبوك وأن سعد بن معاذ توفى قبل ذلك فى غزوة الخندق وأن معاوية إنما أسلم زمن الفتح . لحقائق التاريخ ترد هذا الحديث وتحكم عليه بالوضع .

سابعاً : أن يتضمن الحديث أمراً من شأنه أن تتوفر الدواعى على نقله لأنه

وقع بمشهد عظيم ثم لا يشتهر ولا يرويه إلا واحد .

قال شيخ الإسلام ابن تيمية : دو من هذا الباب نقل النص على خلافة
علي فإننا نعلم أنه كذب من طرق كثيرة .

فإن هذا النص لم يبلغه أحد بأسناد صحيح فضلاً عن أن يكون متواتراً .
ولا نقل إن أحداً ذكره على وجه الحفاء مع تنازع الناس في الخلافة
وتشاوهم فيها يوم السقيفة وحين موت عمر وحين جعل الأمر شورى بينهم
في ستة ثم لما قتل عثمان واختلف الناس على علي فن المعلوم أن مثل هذا النص
لو كان كما اتقوا الرافضة عن أنه نص على علي نصاً جلياً قاطعاً للعدو وعلمه
المسلمون لسكان من المعلوم بالضرورة أنه لا بد أن ينقلها الناس نقل مثله
وأنه لا بد أن يذكره كثير من الناس بل أكثرهم في مثل هذه المواطن التي
تتوافر المهم على ذكره فيها غاية التدبر فانتفاء ما يعلم أنه لازم يقتضى انتفاء
ما يعلم أنه ملزوم (١)

هذه هي أم القواعد التي وصفها العلماء لقد الحديث ومعرفة صحيحه من
مرفوعه .

بل لقد زاد العلماء على ذلك وجعلوا اللذوق الفني مجالاً في تعدد الحديث
ورده أو قبوله فكثيراً ما ردوا أحاديث مجرد سماعتهم لها لأن ملكتهم الفنية
لم تستسغها ولم تقبلها ومن هنا تراهم يقولون هذا الحديث عليه ظلمة أو منه
مظلم أو ينكره القلب أو لا تطمئن له النفس .

وليس ذلك بعجيب فقد قال الربيع بن خيثم : وإن من الحديث حديثاً له
جنوه النهار تعرفه به . وإن من الحديث حديثاً له ظلمة كظلمة الليل تعرفها
ويقول ابن الجوزي : (الحديث المنكر يقشعر له جلد الطالب للعلم وينفر
منه قلبه في الغالب) (٢)

(١) منهاج السنة ٤ / ٢١٨

(٢) الحاكم في معرفة علوم الحديث ص ٢٦ ، والسنة ومكائنها في الشريعة

للمرحوم مصطفى الساطع ص ١٠٢

مقارنة بين القرآن والسنة

أولاً : من ناحية الألفاظ :

فقد ثبت أن جميع ألفاظ القرآن الكريم كلها من عند الله سبحانه وتعالى
نزل بها رسول الوحي (جبريل عليه السلام) على الرسول صلى الله عليه وسلم .

أما السنة : فإن ألفاظها من عند الرسول عليه السلام ، وأما معانيها فمن
عند الله تعالى :

ثانياً : من ناحية النقل إلينا .

فمن الثابت يقيناً ومن المعلوم بالدين على وجه الضرورة أن القرآن
الكريم نقل إلينا جميعه بطريق التواتر عن الرسول صلى الله عليه وسلم —
حفظاً وتدويناً .

أما السنة : فمنها ما جاء بطريق الأحاد وهو كثير ومنها ما جاء بطريق
التواتر وهو قليل .

أنواع السنة باعتبار روايتها :

قسم الجمهور السنة باعتبار روايتها إلى قسمين : متواترة ، وأحاد وزاد
الحنفية على هذين القسمين قسماً آخر وهو السنة المشهورة وعلى هذا تكون
أنواع السنة من حيث الرواية ثلاثة :

متواترة — مشهورة — أحاد .

(١) فالسنة المتواترة :

وهي الخبر الذي بلغت رواته في الكثرة مبلغاً يحيل العادة تواطؤهم
على الكذب .

وذلك كأن يرويه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم جمع من الصحابة
تحيل العادة تواطؤهم على الكذب ، ثم يرويه عن هذا الجمع جمع من التابعين
مختصين بهذا الوصف . ثم يرويه عن التابعين جمع من تابعى التابعين كذلك .
وهذا النوع كثير في السنن العملية كالسنن التي رويت في كيفية وضوئه
وصلاته عليه السلام . لأن هذه الأعمال متكررة ، ويتكرر ما اطلع
عليها الجمهور من الصحابة ، ونقلها عنهم خلق كثير يستحيل اتفاقهم على
الكذب .

أما السنة القولية فالمتواتر فيها قليل جدا منها حديث « لا تسكتوا عني
ومن كتب عني غير القرآن فليمحاه ، وحدثوا عني ولا حرج . ومن كذب
على متعمداً فليتبوأ مقعده من النار » (١) .

ومنها قول الرسول صلى الله عليه وسلم: « ويل للعقاب من النار » (٢) .
فالحديث الأول رواه عن الرسول صلى الله عليه وسلم أكثر من مائة صحاب
والحديث الثاني رواه اثنا عشر صحابياً .

ولا يشترط في هذا الجمع الذي يتمتع اتفاقه على الكذب عدد معين على
الراجح ، بل الممول عليه هو أن الرواة لا يتوهم إنفاقهم على الكذب عادة .
فإذا قضى العقل بأن رواية هذا الحديث جمع يتمتع اتفاقهم على الكذب عادة .
في عصر الصحابة ثم عصر التابعين ، ثم عصر تابعى التابعين كان هذا الحديث
متواتراً دون تقييد بمدد معين .

أنواع التواتر :

والتواتر نوعان :

١ - تواتر لفظي : وهو الذي اتفق فيه جميع رواة الحديث على
لفظه ومعناه .

٢ - تواتر معنوي : وهو أن يكون ما يرويه بعض أفراد هذا الجمع مختلفاً مع ما يرويه الآخر في اللفظ . لكنه منتهق المعنى ! .

حكم السنة المتواترة :

إنها تفيد العلم واليقين ، لأنها ثابتة عن الرسول صلى الله عليه وسلم قطعياً فهي حجة يجب العمل بها . ويكفر جاحداً كالقرآن .

(ب) السنة المشهورة : هي الأحاديث التي رواها عن الرسول صلى الله عليه وسلم عدد معين من الصحابة لم يبلغ حد التواتر ثم تواتروا في عصر التابعين وتابى التابعين - أي أن الرواة كانوا آحاداً في العصر الأول ثم تواتروا بعد ذلك . كحديث « البينة على من ادعى واليمين على من أنكر » .

وكحديث « إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى » فهذا الحديث قد رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم عمر بن الخطاب ثم رواه عن عمر جمع من التابعين يتمتع تواترهم على الكذب ، ثم رواه عن هذا الجمع جمع من تابعي التابعين .

حكم السنة المشهورة : أنها تفيد ظناً قوياً يقرب من اليقين .

الفرق بين السنة المتواترة والمشهورة :

١ - السنة المتواترة يشترط فيها توفر الجمع الذي يتمتع اتفاق أفراده على الكذب في المصور الثلاثة .

أما السنة المشهورة لجمع التواتر فيها لا يكون إلا في عصر التابعين وتابى التابعين . أما عصر الصحابة فيشترط ألا يباغوا حد التواتر .

٢ - السنة المتواترة تفيد العلم واليقين .

أما السنة المشهورة فتفيد الظمأنينة والظن القريب من اليقين .

سنة الأحاد :

هى الخبر الذى يبلغ روايته حد التواتر ، سواء قل هذا العدد أو
كثير ولكنه لا يمنع مواطوئهم على الكذب . وأكثر السنة النبوية من
هذا النوع .

حكم سنة الأحاد : أنها لا تفيد إلا الظن ولا تفيد العلم واليقين إلا إذا

إحتفت بها قرائن خارجية . كأن تلقاها الأمة بالقبول ويجب العمل بها
شرعا فى الأحكام العملية .

علاقة السنة بالقرآن :

السنة فى المرتبة الثانية فى الاحتجاج بعد القرآن ، نظر لأن القرآن قطعى

وأيوت السنة ظنى الجملة .

ومن المهور لنا أن المقطوع به مقدم على المظنون ، ويشهد لذلك ما جاء

فى الآثار والأخبار .

منها على سبيل المثال : ما جاء فى حديث معاذ (١) حين أرسله الرسول

صلى الله عليه وسلم إلى اليمن فقال له : بماذا تقضى ؟ قال : أقضى بكتاب الله

قال : فان لم تجد ؟ قال بسنة رسول الله . قال وان لم تجد ؟ قال أجتهد .

(١) هو — معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس الخزرجى الأنصارى ويسكنى

أبا عبيد الرحمن ، وهو أحد السبعين الذين شهدوا العقبة من الأنصار ، وشهد

بدرأ وما بعدها . وأخى النبي صلى الله عليه وسلم بينه وبين عبد الله بن

مسعود وكان همره لما أسلم ثمانى عشرة سنة . من حفاظ القرآن الكريم قال

الرسول عليه السلام خذوا القرآن عن أربعة وعد منهم معاذ ولله الرسول

قضاء اليمن . توفى سنة ١٨ هـ

وما جاء في كتاب عمر بن الخطاب رضى الله عنه إلى شريح (١) القاضى
وأنظر ماتين لك في كتاب الله فلا تسأل عنه أحداً، والم يتبين لك في
كتاب الله فأنبع فيه سنة رسول الله ﷺ، ومثل ذلك كثير في كلام السلف
والعلماء (٢).

منزلة السنة من الكتاب بالنسبة للأحكام الواردة فهما :

إذا تتبعنا ما جاء في السنة من الأحكام . وقارناها بما جاء في الكتاب
العزى ، وجدنا أن الأحكام الواردة منها قد أتت مبينة وشارحة لما جاء فى
القرآن الكريم ، وقد أتت مؤكدة له ، أو بإنشاء حكم شرعى لم يرد فى
القرآن فانواعها فى هذا المجال ثلاثة أنواع : مبينة - مؤكدة - مستقلة .
١ - فالسنة المبينة والشارحة :

وهى - تلك التى تشرح الامور المجملة التى وردت فى القرآن الكريم
حيث وردت به نصوص كثيرة تحتاج إلى إيضاح ومزيد بيان ، فجاءت السنة
وتعمدت بالإيضاح والشرح والبيان ، وقد تنوعت بالنسبة لهذا الاعتبار إلى :
(أ) السنة المبينة لمجمل الكتاب : وبيان أن الامر قد أتى فى القرآن
بجملا ، فتأتى السنة وتفسره ، فقد جاء الامر بإقامة الصلاة فى القرآن الكريم

(١) هو أبو أمية شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم بن معاوية الكندى
- اختلف فى صحبته - ولى قضاء الكوفة زمن عمر واستمر بها قاضياً
إلى أن وليها الحجاج فى خلافة عبد الملك فطلب منه أن ينفية من القضاء
فأعماه ، وكان من أعلم الناس بالقضاء وطرقه - شديد الدكاء حاضر البدنية -
يحفظ كثيراً من الأحاديث - عمر طويلاً حتى تجاوز المائة - توفى بالكوفة
سنة ٨٧ هـ وقيل سنة ٨٢ . الاعلام ج ١ ص ١٤٦ ، الاصابه ج ٢ ص ١٤٥ -
الاستيعاب ج ٢ ص ١٤٨ .

(٢) الموافقات للشاطبي ج ٢ ص ٧

بقوله تعالى : « وأقيموا الصلاة (١) من غير بيان عدد ركعاتها ، ولا كيفية أدائها ، ثم جاءت السنة فبينت كل هذا بيانا واضحا لا لبس فيه ولا غموض ومن هذا القبيل ما أشكل علينا فهمه مثل قوله تعالى : « وكراوا شربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر ، (٢) فجاءت السنة ووضحت أن المراد من الخيط الأبيض والخيط الأسود ، هو بياض النهار وسواد الصباح .

(ب) السنة المقيدة لمطلق الكتاب :

وذلك كما في قوله تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما (٣) ، فاليد مطلقة في الآية غير مقيدة بكونها اليمين أو الشمال ، فجاءت السنة وقيدت هذا الإطلاق بكون اليد المقطوعة هي اليمين ، كما أن القطع لم يقيد بموضع خاص من الأيدي ، ولكن السنة قيدته أيضا بكونه من الرسغ (٤) .

(ج) السنة المخصصة لعام القرآن :

بالنظر في القرآن الكريم نجد فيه نصوصا كثيرة وردت عامة مثل قوله تعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلكم (٥) ، فالآية عامة في حل من وراء من ذكروا من المحرمات في أول الآية .

جاءت السنة المطهرة وخصصت هذا العموم وقصرته على بعض أفراد

(١) سورة البقرة آية ٤٣

(٢) سورة البقرة آية ١٨١

(٣) سورة المائدة آية رقم ٢٨ .

(٤) الرسغ : هو مفصل ما بين الساعد والكف ، والساق والقدم .

انظر : المعجم الوسيط ج ١ ص ٢٤٤ .

(٥) سورة النساء . آية رقم ٤٢ .

وذلك بقوله ﷺ : « لا ينكح المرأة على عمها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أخيها إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم (١) » ، ومثل قوله تعالى : « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين (٢) » ، فعموم الآية يدل على أن كل ولد وارث فائلا أو غير فائل .

٢ — السنة المؤكدة :

وهي — الأحاديث التي تؤكد المعاني والأحكام التي جاءت في بعض آيات القرآن الكريم .

ومثل هذا النوع كثير لا يعد ولا يحصى ، ويكون للحكم في هذه الحالة دليان :

الأول : مثبت للحكم وهو النص الوارد في كتاب الله تعالى .

والثاني : مؤكد للحكم وهو النص الوارد في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم .

ومن أمثلة تلك السنة قوله صلى الله عليه وسلم : « ولا يحل مال امرئ إلا من طيب نفس منه (٣) » ، فإن هذا المعنى الوارد في الحديث جاء تأكيداً لما وردت به الآية « يا أيها الذين آمنوا لا تأكوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تمارة عن تراخ منكم » (٤) .

فإن هذا الحديث جاء موافقا ومؤكدا للآية .

(١) سنن ابن ماجه ج ١ ص ٦٢١

(٢) سورة النساء آية رقم ١١

(٣) الفتح الكبير ج ٣ ص ٢٥٣

(٤) سورة النساء آية رقم ٢٩

ومن هذا النوع أيضا قول الرسول ﷺ : « اتقوا الله في النساء فإنهن
هو ان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله (١) » .

فإن هذا الحديث جاء مؤكداً ومؤيداً لقوله تعالى : « وهاشرون بالمعروف
فإن كرهتموهن فعسى أن تنكروها شيئاً ويجهل الله فيه خيراً كثيراً (٢) » .

ومن هذا النوع أيضا : قوله ﷺ : « إن الله ليملي للظالم حتى إذا أخذه
لم يفلته (٣) » .

فإن هذا الحديث جاء موافقاً مؤكداً لقوله تعالى : « وكذلك أخذ
ربك إذا أخذ القرى وهي ظالمة إن أخذه أليم شديد (٤) » .

٣ - السنة المستقلة :

هي - التي استقلت بأحكام شرعية لم يرد ذكرها في القرآن الكريم ،
بل أتت بها السنة ابتداءً ، وأمثلة ذلك كثيرة :

منها : ثبوت الميراث للجددة فقد دل عليه ما روى أن الجددة ذهبت إلى
أبي بكر رضي الله عنه تبغى الميراث ، فقال لها : مالك في كتاب الله شيء .
وما علمت لك في سنة رسول الله ﷺ شيئاً (لم يكن قد بلغه الحديث)

(١) الترغيب والترهيب

(٢) سورة النساء آية رقم ١٩

(٣) الفتح الكبير ج ١ ص ٢٤٦

(٤) سورة النساء آية رقم ١٥٢

فأرجمى حتى أسأل الناس . فسأل الناس ، فقال المغيرة بن شعبية (١) حضرت رسول الله ﷺ وقد أعطاهما السدس . فقال هل معك غيرك؟ فقام محمد بن مسلمة الأنصاري ، فقال مثل ما قال المغيرة بن شعبية ، فأنفذه لها أبو بكر (٢) فحكم ميراث الجدة لم يرد في القرآن وإنما استقلت به السنة .

ومنها جواز الرهن في غير السفر فقد ثبت بما روى عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودى طعاما إلى أجل ورهنه درعاً له من حديد (٣)

فجواز الرهن في غير السفر لم يأت في القرآن ، وإنما ثبت حكمه من السنة التي جاءت به استقلالا .

ومنها : رجم الزاني المحصن - فقد ثبت بما جاء في قصة الغامدية وكحل مية البحر ، وتحريم التحلي بالذهب ، ولبس الحرير على الرجال ، وغير ذلك بما جاءت به السنة ، وكان مسكونا عنه في القرآن الكريم .

وقد نازع بعض العلماء في هذا النوع الأخير من السنة ، وأنكروا استقلال الندية بالتشريع ، وقالوا إن السنة لا تستقل بإنشاء أحكام شرعية ابتداء ، لأن الأحكام كلها وردت في القرآن الكريم إما على سبيل الإجمال أو التفصيل ،

(١) هو أبو عبد الله المغيرة بن شعبية بن أبي عامر بن مسعود الثقفي - كان ممن شهد بيعة الرضوان روى عدداً من الأحاديث عن النبي صلى الله عليه وسلم - اشتهر بشدة الدهاء حتى عد من دعاة العرب ، ولاء عمر امرأة البصرة ثم عزله ثم ولاء معاوية امرأة الكوفة فبقى بها حتى سنة ٥٥ هـ . انظر الاستيعاب ج ٢ ص ٣٨٧ ، الإصابة ج ٢ ص ٥٢ وما بعدها .

(٢) سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٩٠٩

(٣) جمع الجوامع للسيوطي

اقول الله تعالى : « ما فرطنا في الكتاب من شيء » (١) وقوله تعالى « ونزلنا عليك الكتاب تبيانا لكل شيء وهدى ورحمة وبشرى للمسلمين » (٢) ،
أما جمهور الفقهاء فقد قرروا أن السنة قد تستقل بتشريع بعض الأحكام
ودليلهم على هذا ما يلي .

١ - أن كون القرآن تبيانا لكل شيء لا يتعارض مع ورود بعض
الأحكام في السنة وعدم ورودها في القرآن ، وذلك لأن بيان القرآن للأحكام
لم يكن كله على سبيل التفصيل ، بل كان يأتي تارة على سبيل الإجمال والتأصل
ومن القواعد التي أصلها القرآن أن السنة يجب اتباعها والعمل بها مصداقا لقول
الحق تبارك وتعالى : « وما أتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا »

فكل حكم لم يرد في القرآن وورد في السنة فهو مندرج تحت هذه النصوص .
٢ - ما رواه أبو داود عن المقدم بن معد يكرب ، عن رسول الله ﷺ
أنه قال « ألا إنى أريت الكتاب ومثله معه ، ولا يوشك رجل شيما على
أريسته (٣) يقول : عليكم بهذا القرآن فما وجدتم فيه من حلال فأحلوه
وما وجدتم فيه من حرام فحرموه ، ألا لا يحل لكم الخمر الأهلى ولا كل
ذى ناب من السبع ... » (٤) .

فقد دل هذا الحديث على أن الرسول ﷺ حذر من ترك العمل بالسنة
المستقلة كما بين بأنه أوتي الكتاب ومثله - وهو السنة - معه ، وأن السنة
قد استقلت بأحكام مثل التي ذكرها في الحديث .

(١) سورة الأنعام ٣٨

(٢) سورة النحل ٧٩

(٣) الأريكة : مقعد منجد : المعجم الوسيط ج ١ ص ١٤

(٤) سنن أبي داود ج ٢ ص ٤٠٥ ط مصطفى الحلبي سنة ١٩٥٢

٣ - الإجماع :

فقد أجمع فقهاء المسلمين على وجوب العمل بأحكام لا وجود لها في كتاب الله ، وإنما وردت في السنة فقط مثل إجماعهم على أن للجدة السدس في الميراث .

وقد تم الإجماع والعمل به قبل ظهور المخالف ، ومن ثم فلا هبة بقوله لأنه قول مخالف لإجماع سابق .

٤ - ما روى أن امرأة جاءت إلى عبدالله بن مسعود (١) ، وقالت له : بلغني أنك تلعن كيت وكيت وتقول : لمن الله الواشمة والمستوشمة (٢) والنامصة (٣) والتنمصات والتفليجات (٤) للحسن المقيرات خلق الله وقد قرأت ما بين دفتي المصحف فلم أجد ذلك .

فقال لها ابن مسعود : لو كنت قرأتيه لعلمتبه ، فقالت : وأين أجد ذلك ؟

(١) هو - عبدالله بن مسعود بن غافل بن حبيب المزلي . صحابي مشهور ، وأسلم قديما ، وهاجر المجرتين ، وشهد بدرأ وما تلاها من غزوات ، ولازم النبي ﷺ ، وحديث عنه بالكثير من الأحاديث ، وهو أول من جهر بالقرآن في مكة ، توفي سنة ٣٢ هـ (الإصابة ج ٢ ص ٣٦٠ وما بعدها ، تهذيب الاسماء القسم الأول ج ١ ص ٢٨٨ وما بعدها .

(٢) الوشم : ما يكون من غرز الإبرة في البدن وذر الكحل عليه وغيره حتى يزرق أثره أو يخضر . والواشمة : هي التي تفعل ذلك بغيرها . والمستوشمة هي التي تطالب فعل ذلك من غيرها . انظر : المعجم الوسيط ج ٢ ص ٩٥٥

(٣) النمص : إزالة الشعر من الوجه بالمقاط ، يقال تنمصت المرأة : تقمت شعر جبينها بخيط . والنامصة : هي التي تفعل ذلك . والتنمصية هي التي تطالب ذلك . انظر المعجم الوسيط ج ٢ ص ٩٥٥

(٤) التفليج : هو - تفريق ما بين الأسنان . المعجم الوسيط ج ٢ ص ٦٩٩/٢

قال ابن مسعود : في قوله تعالى : وما أناكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا ، فإنه يدل دلالة واضحة على أن ما جاء عن رسول الله ﷺ من أحكام فهو في كتاب الله لهذه الآية وغيرها من الآيات كقوله تعالى : وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى ، (١)

نسخ السنة بالقرآن والقرآن بالسنة

النسخ في القرآن :

لا خلاف بين العلماء في جواز نسخ القرآن بالقرآن إلا ما روى عن أبي مسلم الخراساني من إنكاره وجود النسخ في القرآن . وبيان ذلك في كتب الأصول .

كما أنه لا خلاف بين العلماء في نسخ السنة بالسنة . فإن كانت متواترة يشترط في نسخها أن يكون الناسخ متواتراً وإن كانت آحاداً تنسخ بأحاد أو متواتر ويمثلون لذلك بأحاديث كثيرة . منها : كتبت نبيتكم عن زيارة القبور الأئمة وروها ، رواه مسلم .

واختلفوا في موضعين :

- الأول : في نسخ السنة بالكتاب .
- والثاني : في نسخ الكتاب بالسنة .

والإليك موجزاً فيهما ومن أراد التفصيل فله الرجوع إلى كتب الأصول

نسخ السنة بالكتاب :

١ - قال الجمهور من الفقهاء : إن ذلك جائز وقدم وقع فعلاً ومثلوا لذلك بأمثلة عدة : منها : نسخ استقبال بيت المقدس باستقبال الكعبة فمن

المعلوم أن المسلمين والنبي صلى الله عليه وسلم صالوا (أول هجرتهم إلى المدينة) مدة بضعة عشر شهراً متجهين إلى بيت المقدس - وليس في ذلك نص من القرآن ثم نسخ ذلك بقوله تعالى (قد نرى تقلب وجهك في السماء فلنولينك قبلة ترضاها فول وجهك شطر المسجد الحرام) (١) -

٢ - وقال الشافعي رحمه الله لا تنسخ السنة بالقرآن وقد عطل ذلك في الرسالة فقال : وهكذا سنة رسول الله ﷺ لا ينسخها إلا سنة لرسول الله ﷺ ولو أحدث الله لرسوله في أمر من فيه غير ما سن رسول الله لسن. فيما أحدث الله إليه حتى يبين للناس أن له سنة تأسخه للتي قبلها مما يخالفها. وهذا مذكور في سنته ﷺ ثم استدلل رأيه هذا فقال :

د ولو جاز أن يقال : قد سن رسول الله ﷺ ثم نسخ سنته بالقرآن ولا يؤثر عن رسول الله السنة التأسخه جاز أن يقال فيما حرم رسول الله من البيوع كلها : قد يحتمل أن يكون حرمها قبل أن ينزل عليه (أحل الله البيوع وحرم الربا) (٢)

وفيمن رجم من الزناة : قد يحتمل أن يكون الرجم منسوخاً لقول الله تعالى د الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة (٣)

وفي المسح على الخدين : نسخت آية الوضوء المنسوخ ويجاز أن يقال : لا يدرأ عن سارق سرق من غير حرز وسرقته أقل من ربع دينار لقول الله تعالى د السارق والسارقة فاقطعوا أيديهما (٤) لأن اسم البهرة يلزم من سرق خليلاً وكثيراً ومن حرز ومن غير حرز .

(١) البقرة ١٤٤

(٢) البقرة ٢٧٥

(٣) النور ٢

(٤) المائدة ٢٨

ولجأ رد كل حديث عن رسول الله ﷺ فإنه يقال . لم يقله إذا لم يحمده
مثل التنزيل وجاز رد السنن بهذين الوجهين فتركت كل سنة منها كتاب جملة
تحتل سنته أن توافقه وهي لا تكون أبداً إلا موافقة له إذا احتل اللفظ
فيما روى عنه خلاف اللفظ في التنزيل بوجه أو احتمال أن يكون في اللفظ
عنه أكثر مما في اللفظ في التنزيل وإن كان محتملاً أن يخالفه من وجهه وكتاب
الله وسنة رسوله تدل على خلاف هذا القول وموافقة ما قلناه .

هذا وتحقق علماء الشافعية مع الجمهور .

نسخ المكتاب بالسنة

للعلماء رأيان في ذلك ؛

١ - قال الحنفية : يجوز نسخ الكتاب بالسنة المتواترة والمشهورة ولا
ينسخ بحديث الأحاد .

وحجتهم في ذلك :

أن المتواترة قطعى الثبوت كالقرآن والمشهور قد اكتسب من القوة فظروا
لاشتهاره في أيدي العلماء وعمل الفقهاء به ما يلحقه بالمتواتر وكل منهما وحى
غير متلو فجاز نسخ الكتاب بهما .

ومثلوا لذلك بنسخ الكتاب بحزب المسح على الخفين وهو مشهور .

وبنسخ وجوب الوصية الواردة في الآية : (كتب عليكم إذا حضر
أحدكم المرث إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف) (١) .
يحديث « لا وصية لوارث » وهو حديث مشهور معمول به لدى جماهير
العلماء حتى ادعى الشافعي في الأم أنه متواتر فيما نقله عنه ابن حجر في الفتح .

٣ - وقال الجمهور :

لا يجوز نسخ الكتاب بالسنة سواء كانت متواترة أم مشهورة أم آحادا
وقد استدلل الشافعي رحمه الله لقول الجمهور بقوله تعالى :

(ما ننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها) (١) والسنة ليسى
مثل القرآن ولا خير آمنه .

وبقوله تعالى : « قل ما يكون لى أن أبدله من تلقاء نفسى إن أتبع
إلا ما يوحى إلى ، فدل ذلك على أنه متبع لكل ما يوحى إليه ولم يكن مبدلا
لشئ منه والنسخ تبديل .

وقال تعالى : « لتبين للناس ما نزل إليهم ولعلهم يتفكرون » (٤) فأخبر أنه
مبين لما هو المنزل حتى يعمل الناس بالمنزل بعد ما تبين لهم بديانه . وفى تجويز
نسخ الكتاب بالسنة رفع هذا الحكم لأن العمل حينئذ يكون بالناسخ فإذا
كان الناسخ من السنة لا يكون العمل به عملا بالمنزل .

وأيضاً فمنع نسخ الكتاب بالسنة أقرب إلى صيانة رسول الله ﷺ عن
ظمن الطاعنين فيه .

وبالاتفاق يجب التصير فى بيان أحكام الشرع إلى طريق يكون أبعد عن
الظمن فيه وذلك أنه إذا جاز منه ر . . . هو مخالف للنزل فى الظاهر
على وجه النسخ له فالطاعن يقول : هو أول قائل وأول عامل بخلاف ما يروى
أنه أنزل إليه فكيف يعتمد قوله فيه ؟ وإذا ظهر منه قول ثم قرأ ما هو
مخالف لما ظهر منه القول فالطاعن يقول : قد كذبه ربه فيما قال فكيف
نصدقه ؟ وإلى هذا أشار الله بقوله : « وإذا بدلنا آية مكان آية والله أعلم بما
ينزل قالوا إنما أنت مقتراء (١) ثم نفى عنه هذا الظمن بقوله (قل هو الله وحده)

القدس من ربك بالحق» (١). ففي هذا بيان انه ليس في نسخ الكتاب بالكتاب-
تعريضه للطعن وفي نسخ الكتاب بالسنة تعريضه للطعن من الوجه الذي قاله
الطاعنون فيجب سد الباب لعلمنا انه مصون عما يرمي الطعن فيه .
ولاشك في أن رأى الجمهور أقرب إلى الحق ويظهر أننا لا نجد بالتأكيد
سنة نسخت قرآنا .

وما ذكره الحنفية من المسح على الخفين والوصية للوارث ليسا من هذا
القبيل فالنزاع من حيث الجواز أو عدمه لا من حيث الوقوع فإن ما ادعاه
الحنفية من وقوع ذلك لا نسلم لهم أنه كان عن طريق السنة .
وبالتأمل في الأدلة التي أوردوها لذلك يبدو للناظر مجال للاخذ والرد
الكثيرين (٢)

هل كل ما يصدر عن الرسول ﷺ الأمانة ملزم للأمة ويعتبر تشريعاً ؟
للإجابة على هذا نقول :

للسنة ﷺ صفات تتعلق بشخصه ، فتارة يتصرف بصفة أنه بشر ،
وتارة أخرى يتصرف على أنه حاكم للدولة الإسلامية ، وأحياناً يتصرف
بوصفه أنه رسول من عند الله مبلغ شرع ربه . ولنكل حكم خاص به .
أولاً : أن تصرفات الرسول ﷺ ، وكل ما صدر عنه بوصف البشرية
لا يعتبر تشريعاً ، ولا ملوماً للأمة ، ولا يجب على الناس الاقتداء به .

(٤) النحل : ٤٤ . (١) النحل : ١٠١ .

(٢) النحل : ١٠٢ .

(٣) انظر أصول السرخسي ج ٢ ص ٦٧ ، الرسالة للشافعي ص ١٠٦ .
السنة للمرحوم السباعي ص ٣٩٨ .

وأمثلة ذلك كثيرة : كحبه ﷺ لطعام معين أو لشراب خاص وما إلى ذلك من سائر التصرفات البشرية التي استند عليها ظروف الحياة وتجارها .

ثانياً : أما تصرفاته ﷺ كرئيس للدولة وكحاكم فهي ليست كذلك ملزمة للناس ، بل لهم أن يقرروا وعيهم بالطريقة التي يرونها ملائمة لظروف المجتمع والمصر الذي يعيشون فيه ، بشرط ألا يخرجوا عن قواعد الشريعة الإسلامية العامة في نظام الحكم من تطبيق العدل والشورى :

ثالثاً : أن تصرفاته ﷺ كرسول من عند الله ومبلغ عن ربه فكل ما يصدر عنه تحت هذا الوصف من قول أو فعل ، وسائر تصرفاته تعتبر تشريعاً وسنة ملزمة للأمة يجب على الناس اتباعه ، وتحرم عليهم مخالفته كبيانه ﷺ لما يجب وما لا يجب وما يحل وما يحرم وما يكره وما يباح وما إلى ذلك .

تدوين السنة

من الثابت أن السنة النبوية لم تدون في عهد الرسول ﷺ بل الثابت عكس ذلك فقد ورد أن النبي ﷺ قال : « لا تكتبوا عني ، ومن كتب غير القرآن فليمحه ، وحدثوا عني ولا حرج ، ومن كذب عني - لي ممتدأ فليقبوا مقعده من النار (١) »

كما أن الثابت أن السنة لم تدون في عصر الخلفاء الراشدين ، إذ أن فتكرة تدوين السنة عرضت للخليفة عمر بن الخطاب ، فقد زوى الزقري أن عمر أراد أن يجمع السنة ، واستشار الصحابة ، فأشار عليه عاتقهم بذلك ، ونكث شهراً يستخير الله سبحانه وتعالى ثم عتل عن هذه الفتكرة ، وبقيت السنة

(١) الفتح الكبير للذهبي ج ٢ ص ٢٢٨ ط. مصطفى الحلبي

كذلك لم تدون ، وانتهى عصر الخلفاء الراشدين ثم جاء عصر الامويين وظل الامر على ما هو عليه بالنسبة لعدم تدوين السنة . حتى جاء عهد الخليفة الاموي عمر بن عبد العزيز (١) فعرضت له فكرة تدوين السنة ، فكتب إلى قاضي المدينة : انظر ما كان من حديث رسول الله أو سنته فاكتبه ، فإني خفت دروس العلم وذهاب العلماء . . الخ ما جاء في هذا الكتاب . ولكن الخليفة توفي إلى رحمة الله تعالى بعد ذلك بعام واحد ، ولم تدون السنة .

وظل الامر كذلك حتى كثرت الرواية ، ودخل الدخلاء في الاسلام ، ووضعوا المقالات ونسبوا كذبا للرسول ﷺ فقام العلماء بجمعها وتدوينها بعد ان خلاصوها من الاحاديث الموضوعية .

(١) وهو عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم الاموي القرشي وآخر خلفاء بني أمية ، بويع بالخلافة بعد وفاة سليمان بن عبد الملك سنة ٥٩٩ وهو اعدل من ولي الحكم من بني أمية حتى أطلق عليه خامس الخلفاء الراشدين لتشبهه بهم وكان واسع العلم شديد الورع توفي مسموما سنة ١٠١ هـ وله من العمر ٤٠ سنة . انظر قوافل الوفيات ج ٢ ص ٢٠٦

الامام البخارى

هو أبو عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة بن بردذبه الجعفي البخارى .

إمام المحدثين وشيخ حفاظ زمانه على الاطلاق . ولد ببخارى يوم الجمعة ١٢ شوال ١٩٤ هـ ؛ وبدأ يحفظ الحديث وهو لم يبلغ العشر سنين ثم حاب عليه ورحل في طلبه حتى طاف أشهر الامصار الاسلامية التي عرفت بالحديث وكما قال هو نفسه : دخلت الشام ومصر والجزيرة مرتين وإلى البصرة أربع مرات وأقمت بالحجاز ستة أهوام ولا أحصى كم دخلت إلى الكوفة وبغداد مع المحدثين .

وكان لا يسمع بشيخ في الحديث إلا رحل إليه واختبره وسأل عنه وأخذ عنه وكان آية في الحفظ وقوة الذاكرة والبصر بمال الاسانيد وتمتونها وقصته في بغداد حين امتحنه علماءها تدل على مبلغ حفظه وأمانته في هذا الفن وقد كان كأمه الله على صبره وجلده وتحمله المشاق في سبيل السنة بإقبال الناس عليه وإشادتهم بذكره وفضله قال محمود بن الناضر بن سهل الشافعي : دخلت البصرة والشام والحجاز والكوفة ورأيت علماءها كما جرى ذكر محمد بن اسماعيل البخارى فضلوه على أنفسهم .

وكان قد سمع مرة شيخه اسحاق بن راهويه يقول لتلاميذه :
ولو جمعتم كتاباً مختصراً الصحيح سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟
قال البخارى : فوق ذلك في قلبي فأخذت في جمع الجامع الصحيح . وقد أمضى في جمعه وتمحيصه وتأليفه ستة عشر تاماً وما وضع فيه حديثاً إلا بعد أن يقتسل ويصلى ركعتين ثم يستخير الله في وضعه .

ولم يخرج فيه إلا ما صح عن رسول الله ﷺ بالسند المتصل الذي توفر في رجاله العدالة والضبط واللقيا .

ولم يحسن يكتفي بإمكان معاصرة التليذ للشيخ بل لابد من ثبوت سماعه منه ولقيا له .

وهذا كان أول كتاب في السنة على هذه الشروط الدقيقة . تجرد من الأحاديث الضعيفة والحسنة واقتصر على الأحاديث الصحيحة فقط .

وقد بوبه البخاري على أبواب العلم والفقہ إلا أنه دقيق النظر جدا بعيد الغور في الاستنباط فجاءت تراجم أبوابه وموافقة الأحاديث للترجمة غامضة في بعض الأحيان فقد تطلب حديثا في باب فلا تجده بل تجده في باب آخر لا يخطر في بالك وقد ذكر فيه عرضا الموقوف والمعلق وفتاوى الصحابة والتابعين وآراء العلماء كما جرى على تقطيع الحديث إلى أقسام يذكر في كل باب القسم الذي يناسبه تبلغ أحاديثه على ما ذكر ابن حجر في مقدمة فتح الباري (٧٣٩٧) بالمرور سوى العلاقات والمتابعات والموقوفات وبقيت المكرر من المتون الموصولة (٢٦٠٢) :

ولما أتم تأليفه ، وتمحيصه وعرضه على أحمد وابن معين وابن المديني وغيرهم من أئمة الحديث فاستحسنوه وشهدوا له بالصحة إلا في أربعة أحاديث

وقال العقيلي : و القول فيها قول البخاري ، ولما أخرجه للناس وأخذ يحدث به طار في الأفاق ذكره فمرع إليه الناس من كل فجح يتلقونه عنه حتى بلغ من أخذه نحو من مائة وانتشرت نسخه في الأمصار وعكف عليه الناس حفظا ودراسة وشرحا وتلخيصا وكان فرح أهل العلم به عظيما .

قال الذهبي : و أما جامع البخاري الصحيح فأجل كتب الإسلام وأفضلها بعد كتاب الله تعالى .

فلو رحل الشخص لسبب ما من ألف فرسخ لما ضاعت رحلته ،

هذا ولم يمن علماء الإسلام بكتاب (بعد القرآن) كما عنوا بصحيح البخارى حتى بلغ الذين كتبوا حوله ما بين شرح واختصار وترجمة رجال عددا كبيرا جدا وحسبك أن تعلم أن عدد شروحه فحسب بلغت اثنتين وثمانين شرحا كما ذكر ذلك صاحب كشف الظنون ، ومن أشهر هذه الشروح أربعة :

١ - شرح الإمام بدر الدين الزركشى واسمه التنقيح ٧٩٣ هـ .

٢ - وشيخ الإسلام ابن حجر سنة ٨٥٢ هـ ، في فتح البارى وهو أجل هذه الشروح وأرقاها وأكثرها شهرة وفائدة .

٣ - والعلامة العيني الحنفى سنة ٨٥٥ هـ في صمدة القارىء .

٤ - والجلال السيوطى سنة ٩١١ هـ في التوشيح .

الإمام مسلم

٢٠٤ - ٢٦٦ هـ

هو مسلم بن الحجاج القشيري النيسابورى أحد أئمة الحديث ومشاهيرة ولد سنة ٢٠٤ هـ نيسابور وطلب العلم منذ الصغر ثم رحل إلى أقطار الإسلام فرار العراق والحجاز والشام ومصر وأخذ عن شيوخها من مشايخ البخارى وغيره وكان شديد الحب للبخارى شديد التقدير له وقد افتدى به فى وضع صحيحه إلا أنه حصل بينهما جفاء فى آخر أيامهما وتوفى بنيسابور سنة ٢٦٦ هـ

وضع كتاب الصحيح المشهور بصحيح مسلم وهو من أجل الكتب وأصحها مع صحيح البخارى :

وقد ذهب أكثر العلماء إلى ترجيح البخارى عليه لأمور منها .

أولاً : اشترط البخارى اللقاء فى الراوى دون الإكتفاء بالمعاصرة بينما مسلم
يستكتفى بذلك .

ثانياً : دقة فقه البخارى واحتواء صحيفه على استنباطات فقهية لا توجد
فى صحيح مسلم .

ثالثاً . تحرى البخارى فى أمر الرجال حتى إن الذين تكلم فيهم الحفاظ على
ما فى كلامهم من مجال للنقاش بلغوا الثمانين وقد بلغ الذين تكلم فيهم من رجال
مسلم مائة وستين ومع أن البخارى لم يسكن من إخراج حديثهم وأغلبهم من
شيوخه الذين يعرف دخالهم أكثر من غيره .

رابعاً : قلة الأحاديث التى انتقدت على البخارى من جهة الشذوذ والإعلال
بالنسبة لما انتقد على مسلم فقد بلغت عند البخارى وحده ثمانية وسبعين وقد
بلغت عند مسلم وحده مائة وثلاثين .

من أجل هذا ذهب أكثر العلماء إلى ترجيح صحيح البخارى مع اتفاقهم
جميعاً على أن البخارى أجل من مسلم فى علم الحديث وأعلى كعباً وقد اعترف
له مسلم بذلك وقد روى مسلم عن البخارى .

ولم يرو البخارى عن مسلم فشيئاً . نعم يمتاز صحيح مسلم على البخارى
بأمور فنية ترجع إلى التأليف فسلم لم يقطع الحديث ولم يسكرر الإسناد وإنما
جمع ما ورد فى الحديث كله فى باب واحد .

جمع فيه طرقه التى ارتضاها وأورد أسانيد المتعددة وألفاظه المختلفة مما
جعله أسهل تناولا على الطالب من صحيح البخارى كما أنه جعل لكتابه مقدمة
نفيسة بين فيها ما دعاه لجمع الصحيح ومنهاجه منه .

وبلغت أحاديثه دون المكرر أربعة آلاف وقد شرحه كثير من الأئمة

الحفاظ وذكر منها صاحب كشف الظنون خمسة عشر شرحا من أشهرها -
شرح الإمام الحافظ أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي (٦٧٦) هـ .
وقد اختصره أيضا عدد من العلماء ومن أشهر مختصراته تلخيص كتاب
مسلم وشرحه لأحمد بن عمر القرطبي (٦٥٦) ومختصر الحافظ زكي الدين
عبد العظيم المنذرى (٦٥٦) (١) .

الإمام النسائي وسننه

٢١٥ - ٢٣٠٣

هو أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب الخراساني الحافظ إمام عصره في الحديث .
وقد وتهم في الجرح والتعديل ولد سنة ٢١٥ هـ بنسأ بلدة مشهورة في خراسان .
سمع من أئمة الحديث بخراسان والحجاز والعراق ومصر والشام والجزيرة وكان
شديدا التحفظ والورع بارعا في علوم الحديث حافظا متقنا حتى نقل الذهبي
أنه كان أحفظ من الإمام مسلم وتوفي رحمة الله بالرملة سنة ٢٣٠٣ هـ

ألف النسائي سننه الكبرى أو لامشتملة على الصحيح والمعلول ثم اختصرها
في السنن الصغرى وسماها "المجتبى"، وهي تلى في الدرجة الصحيحين لأنها أقل
السنن ضعفا وقد شرح سننه الجلال السيوطي في كتاب مختصر سماه "زهر
الربى على المجتبى"، وكذلك أبو الحسن محمد بن عبد الهادي السندی الحنفي
(١١٣٨) هـ اقتصر فيه على ما يحتاج إليه القارئ والمدرس من ضبط اللفظ
وإيضاح الغريب

الإمام أبو داود وسننه

هو سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأسدي السجستاني ولد سنة ٢٠٢هـ ورحل في طلب العلم إلى العراق والشام ومصر وخراسان وكتب عن شيوخها كما أخذ عن مشايخ النجاشي ومسلم كالإمام أحمد وابن أبي شيبة وقتيبة بن سعيد وغيرهم وأخذ عنه النسائي وغيره .

أثنى عليه العلماء . بالحفظ والعلم والفهم مع الورع والدين .

قال فيه الحاكم أبو عبدالله : « كان أبو داود إمام أهل الحديث في عصره بلا مدافعة . توفي بالبصرة سنة ٢٧٥هـ .

انتقى سننه من خمسمائة ألف حديث فبلغت أربعة آلاف وثمنامائة حديث وقصرها على أحاديث الأحكام وبذلك كان أول من ألف في الأحكام من أصحاب السنن والصحاح وسننه جامعة للأحاديث التي استدلت بها فقهاء الأمصار وبنوا عليها الأحكام .

ولذلك قال الإمام أبو سليمان الخطابي في معالم السنن : « اعلموا ورحمكم الله أن كتاب السنن لأبي داود كتاب شريف لم يصف في علم الدين كتاب مثله وقد رزق القبول من كافة الناس فصار حكما بين فرق العلماء وطبقات الفقهاء على اختلاف مذاهبهم فليسكل فيه ورد ومنه شرب وعليه يعول أهل العراق وأهل مصر وبلاد المغرب وكثير من أقطار الأرض فأما أهل خراسان فقد أولع أكثرهم بكتاب محمد بن إسماعيل ومسلم بن الحجاج ومن نجا نجوم في جمع الصحيح على شرطها في السبك والانتقاد إلا أن كتاب أبي داود أحسن وصفا وأكثر فقها وكتاب أبي عيسى الترمذي أيضا كتاب حسن » .

وطريقته في تأليف سننه ما أخبر عن نفسه كما نقله ابن الصلاح في تقدمته

ذكرت فيه الصحيح وما أشبهه وقاربه وما كان في كتابه من حديث فيه
وهن شديد فقد بيته وما لم أذكر فيه شيئا فهو صالح وبمضها أصح من بعض
هذا وقد شرح سننه كثير من أهل العلم منهم الخطابي (٣٨٨) .٥ وقطب
الدين البيني الشافعي (٥٧٥٢) وشهاب الدين الرملي (٨٤٤) .

واختصرها الحافظ المنذرى (٦٥٦) ٥

وهذب المختصر ابن القيم (٧٥١)

وقد شرحه شرف الحق العظيم ابادى وسماه (اعون المعبود) ومن
المعاصرين الشيخ محمود خطاب السبكي في شرح مستفيض .

الإمام الترمذى

وجامعه

٢٠٩ - ٨٢٧٠

هو أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة السلمى الترمذى ولد بترمذ سنة ٢٠٩
أخذ الحديث عن كثيرين منهم : قتيبة بن سعيد واسحق بن موسى وسفيان
ابن وكيع ومحمد بن إسماعيل البخارى وغيرهم وحل إلى الأفاق وأخذ عن
الحريصانيين والعراقيين والحجازيين حتى غدا إماما في الحديث جمع إلى الدين
والورع الحفظ والثقة .

قال أبو يعلى الخليلي : ثقة متفق عليه ويمكن في توثيقه أن إمام المحدثين
محمد بن إسماعيل البخارى كان يعتمد عليه ويأخذ عنه ، توفي رحمه الله بترمذ
سنة ٢٧٩ هـ

ألف الترمذى جامعه على أبواب الفقه وغيره واشتمل على الصحيح والحسن
والضعيف مع بيان درجة كل حديث في موضعه وبيان وجه ضعفه وبين مذاهب

وعلماء الأماص في كل المسائل التي عقد لها أبوابا ومن ميزاته أنه أفرده في آخره
فضلا للعمل . جمع فيه قواعد هامة .

وقد شرحه كثير من العلماء : منهم أبو بكر بن العربي (٥٤٣) و منهم
الحلال السيوطي وابن رجب الحنبلي وعبد الرحمن الهندي وسماه (تحفة
الأخوذي) .

الإمام ابن ماجه وسننه

٢٠٧ - ٥٢٧٣

هو أبو عبدالله محمد بن يزيد بن ماجه الحافظ ولد سنة ٢٠٧ وطلب علم
الحديث ورحل في طلبه حتى سمع أصحاب مالك والليث بن سعد روى عنه
خلافا كثيرة .

يقول عنه أبو يعلى الخليلي القزويني وكان عالما بهذا الشأن صاحب تصانيف
منها التاريخ والسنن وارتحل إلى العراقين ومصر والشام .

وقال ابن كثير : صاحب السنن المشهورة وهي دالة على علمه وعمه وقبحه .
وإطلاعه واتباعه للسنة في الأصول والفروع .

ويشتمل على اثنين وثلاثين كتابا وألف وخمسمائة باب وعلى أربعة آلاف
حديث كلها جيايد سوى اليسيرة توفي رحمه الله سنة ٥٢٧٣

درجة سننه : كان كثير من القدماء والمتأخرين يعدون أصول كتب الحديث
خمس البخاري ومسلم والنسائي وأبي داود والترمذي . ولكن بعض المتأخرين
أضاف إليهم ابن ماجه لأنهم رأوا كتابه تنظيم الفائدة في الفقه . وأولى من
فعل ذلك الحافظ أبو الفضل محمد بن طاهر المقدسي (٥٧٤ هـ) إلا أن بعضهم
خالف في ذلك ورأى أن يجعل السادس كتاب الدارمي لأن ابن ماجه أخرج

أحاديث عن رجال متهمين بالكذب وسرقة الأحاديث . وقال آخرون يجب أن يكون السادس هو الموطأ لصحته وجلاله وسنن ابن مساجه دون السنن الثلاثة في الدرجة .

قال السيوطي في شرح المنجمي : تفرد فيه بإخراج أحاديث عن رجال متهمين بالكذب وسرقة الأحاديث .

وبعض تلك الأحاديث لا تعرف إلا من جهة مثل حبيب بن أبي حبيب كاتب مالك والملاء بن زيد وداود بن المحبر وهيد الوهاب بن الضحاك وغيرهم شرح سننه كثيرون منهم محمد بن موسى الدميري والسيوطي في مصباح الزجاجاة على سنن ابن ماجه .

(١) انظر تراجم هؤلاء في : البداية والنهاية لابن كثير ج ١١ ميزان الاعتدال للذهبي ج ٢ مفتاح السيرة ج ١ السنة ومكانتها في التشريع مصطفي السباعي (١٤) ن ندخل

المصدر الثالث

الإجماع

تعريف الإجماع

الإجماع في اللغة : يطلق ويراد به معنيان :

للمعنى الأول : العزم على الأمر ، يقال أجمع فلان على كذا إذا عزم عليه ومنه قوله تعالى : « فأجمعوا أمركم وشركائكم » (١) أى اعزموا عليه .

وقول الرسول ﷺ : « لا صيام لمن لم يجمع الصيام من الليل » (٢) أى لم يعزم .

المعنى الثانى : الاتفاق على الأمر ، ومنه قولهم أجمع القوم على كذا أى اتفقوا عليه .

والفرق بين المعنيين أن الإجماع بالمعنى الأول يتصور من الواحد، وبالمعنى الثانى لا يتصور إلا من اثنين فما فوقهما (٣) .

وأما في اصطلاح الأصوليين

فهو - اتفاق المجتهدين من أمة محمد ﷺ في عصر من العصور على حكم شرعى في عصر غير عصر الرسول ﷺ .

ومن هذا التعريف يتبين لنا أنه لا بد لتحقيق الإجماع من الأمور التالية أولا : أن يكون الاتفاق على الحكم من المجتهدين في الأمة ، أما غيرهم

(١) سورة يونس آية ٧١

(٢) نيل الأوطار ج ٤ ص ٢٢٠ ط الحلبي

(٣) كشف الأسرار للبردوى ج ٢ ص ٢٢٦ ، والمعجم الوسيط ج ١ ص ١٣٤

من المقلدين والموام فلا عبرة باتفاقهم ولا بخلافهم . وعلى هذا لو خلت بعض
العصور من المجتهدين لم يتحقق الإجماع .

ثانياً : أن يتفق جميع المجتهدين فلا يشد منهم أحد ، أما إذا وقع الاتفاق
من الأكثر ، فإنه لا يكون إجماعاً عند جمهور العلماء . مهما قل عدد المخالفين
لاحتمال أن يكون الحق مع الأقل .

ويرى بعض العلماء - مثل الطبري (١) وأحمد بن حنبل في إحدى الروايتين
أن اتفاق أكثر المجتهدين مع ندرة المخالف كواحد أو اثنين يعتبر إجماعاً لأن
الظاهر إصابة السواد الأعظم (٢) .

وقال مالك : ينعقد الإجماع باتفاق أهل المدينة ، وذلك لأن المدينة هي
الجامعة للعلماء (٣) .

ثالثاً : أن يكون الإجماع بعد وفاة الرسول ﷺ ، إذ لو اتفق الفقهاء
على حكم في عهد الرسول ﷺ ووافقهم عليه كان ذلك سنةً تقريرية وإن
خالفهم فيه فلا عبرة باتفاقهم . وذلك لأن المصدر الوحيد للتشريع في عصر
الرسول ﷺ كان الوحي ، ومن ثم فلا يتصور بدونه .

(١) هو - أبو جعفر محمد جرير بن يزيد الطبري - إمام من أجل أئمة
التفسير والفقهاء والحديث والتاريخ - صاحب مذهب فقهي اعتنقه كثير من
الناس في عصره له كثير من الكتب أشهرها جامع البيان في تفسير القرآن
وتاريخ الأمم والملوك ولطيف القول في الفقه واختلاف العلماء (توفي ببغداد
سنة ٣١٠ هـ وله من العمر ٨٦ سنة انظر . طبقات الشافعية للسبكي ١٢١/٣

(٢) راجع كشف الأسرار البردوي ٢/٢٤٥ وما بعدها .

(٣) المستصفي للغزالي ١٨٧/١

رابعاً : أن يكون ما أجمعوا عليه حكماً شرعياً قابلاً للاجتهاد كالحل أو الحرمة أو الصحة أو الفساد ونحوها .

أما إذا كان محل الاتفاق ليس بحكم شرعي كاتفاق علماء المنطق على بعض الأحكام العقلية . واتفاق علماء اللغة على بعض الأحكام اللغوية ، فإن كل ذلك لا يسمى إجماعاً بالمعنى المراد عند علماء الأصول ، لأن الإجماع مصدر من مصادر التشريع فلا بد من كون محله حكماً شرعياً .

شروط الإجماع :

اشترط الجمهور شروطاً في من ينعقد الإجماع بهم وهي ما يأتي :

- ١ - اتصاف المجتهد بالعدالة ، لأن النصوص الدالة على حجية الإجماع أثبتت أنهم شهداء على الناس ، والشهادة لا تكون إلا من ذوى العدالة .
- ٢ - ثبوت صفة الاجتهاد في المجتهدين .
- ٣ - إجماع كل المجتهدين ، وخلاف الواحد الصالح للاجتهاد مانع من الانعقاد بخلاف الأكثر .
- ٤ - وجود عدد من المجتهدين في العصر الواحد ، فلو لم يكن إلا مجتهد واحد في العصر لا يعتبر قوله إجماعاً . وقيل يعتبر قوله إجماعاً لأنه كل الأمة في عصره ولو كان لفظ الإجماع يخاف هذا .
- ٥ - وأن يكون اتفاقهم على الحكم الشرعي إما صراحة بالقول كالفتية والقضاء ، أو بالفعل كأن يتعامل المجتهدون جميعاً في عصر بالمساقاة . وإما اعتباراً كأن يذكر البعض حكماً شرعياً ويسكت عنه الآخرون مع علمهم به وإمكان معارضتهم .
- ٦ - ألا يرجع أحد منهم عن رأيه .

أنواع الإجماع

يتنوع الإجماع باعتبار كيفية حصوله إلى نوعين أساسيين:

(أ) الإجماع الصريح

(ب) الإجماع السكوتي

الإجماع الصريح

هو — أن يتفق جميع المجتهدين من أمة محمد ﷺ بالقول أو بالفعل على حكم شرعي .

أما القول : فهو إبداء الرأي صراحة كأن يجتمع أهل الاجتهاد في مجلس واحد ، وتطرح عليهم المسألة التي يراد معرفة الحكم الشرعي فيها فتتفق كلمتهم على حكم واحد في المسألة أو الواقعة التي أريد بيان حكمها الشرعي .
وأما الفعل : فهو قضاء المجتهد في الحادثة للطروحة بقضاء أو بفتوى ، ثم تعرض الحادثة على مجتهد ثان : فيقضى فيها بما قضى الأول ، أو يفتى فيها بفتوى الأول ، ثم يحىء ثالث فيفعل ذلك ، وهكذا حتى يصبح الرأي متفقاً عليه من جميع المجتهدين في ذلك العصر .

والإجماع السكوتي .

هو — أن يتكلم بعض المجتهدين بفتوى أو قضاء ويعلم بذلك باقي المجتهدين في عصره ، فيسكتون دون إبداء موافقة أو مخالفة صريحة .

وذلك لأنه إذا وجد منهم ما ينهى إلى الموافقة وجد الإجماع الصريح .
وإذا وجد ما يدل على المخالفة انعدم الإجماع :

ولكن يتحقق الإجماع السكوتي لا بد من توافر الأمور الآتية :

- ١ - أن يكون السكوت مجرد أعن علامة تدل على الموافقة أو المخالفة.
- ٢ - أن تكون المسألة من المسائل الاجتهادية التي يجوز الاجتهاد فيها ، وهي ما كان دليلها ظنياً ، أما إذا كان دليلها قطعياً ، فلا يعتبر السكوت هنا دليلاً على الموافقة؛ وإنما يعتبر إهمالاً منهم لمن أبدى خلاف الدليل القطعي .
- ٣ - أن تضي مدة زمنية قبل السكوت للبحث في المسألة وتكوين الرأي فيها (١) .

- ٤ - ألا يوجد مانع يمنع الساكت من إبداء رأيه من خوف أو مهابة أو غيرها .

هل الإجماع حجة :

قلنا إن الإجماع قد يكون صريحاً ، وقد يكون سكوتياً ، ولكل منهما حكم يختلف عن الآخر باعتبار الحجية وعدمها .

حجية الاجماع الصريح :

لا نزاع بين جمهور المسلمين في أن الاجماع الصريح حجة قطعية ، ودليل شرعي يجب العمل به ، وتحرم مخالفته شأنه في ذلك شأن الكتاب والسنة (٢) . وقد استدلل جمهور الفقهاء على حجية الإجماع بالكتاب والسنة .

فالكتاب :

آيات كثيرة تذكر منها ما يأتي :

- (١) لا يمكن تحديد هذه الادة بفترة معينة بل يختلف باختلاف المسألة المطروحة ، إذ يعض المسائل تحتاج إلى مدة أطول من غيرها ، وذلك بسبب الخفاء أو الروضوخ في المسألة .
- (٢) الاحكام الامدى ج ١ ص ٢٨٦ ، مسلم الثبوت وشرحه ج ٢ ص ٢١٢ شرح الاستوى ج ٣ ص ٨٦٠

أولاً :

قوله سبحانه وتعالى . د ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ، ونصله جهنم ، وسامت مصيراً ، (١) فإن الله - سبحانه وتعالى - قد توعد الذين يتبعون غير سبيل المؤمنين بدخول جهنم ، وسوء المصير ، وجمع بين مشاققة الرسول ، وأتباع غير سبيل المؤمنين في الوعيد بقوله : د نوله ما تولى ونصله جهنم ، فيلزم من ذلك أن يكون أتباع غير سبيل المؤمنين محرماً ، لأنه لو لم يكن محرماً لما جمع الله بينه وبين المحرم الذي هو المشاققة في الوعيد ، فإنه لا يحسن الجمع بين حلال وحرام .

وإذا حرم أتباع غير سبيل المؤمنين وجب أتباع سبيل المؤمنين لأنه لا يخرج عنهما ، ويلزم من وجوب أتباع سبيلهم كون الأجمع حجة .

ثانياً :

قول الله تعالى : د وكذلك جعلناكم أمة وسطاً لتكونوا شهداء على الناس ويكون الرسول عليكم شهيداً ، (٢)

فإن الله سبحانه وتعالى عدل هذه الأمة ، لأنه جعلهم وسطاً ، والوسط من كل شيء أعدل ، قال تعالى : وقال أوسطهم ألم أقل لكم لولا تسبحون ، (٣)

ثالثاً :

قول الله تعالى : د كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر ، (٤)

(١) سورة النساء آية ١١٥

(٢) سورة البقرة آية ١٤٣

(٣) سورة القلم آية ٢٨

(٤) سورة آل عمران آية ١١٠

فإنه سبحانه قد وصف في هذه الآية الأمة الإسلامية بأنها خير أمة، وهذه التحيرية تستلزم أن يكون ما أجمع عليه مجتهدوها حقا واجبا الاتباع، لأنه إذا لم يكن حقا كان ضلالا، وإذا كان ضلالا كانوا أمرا بالمنكر ناهين عن المعروف وهو خلاف ما تضمنته الآية الكريمة حيث جاء في عهدها - وأمر من بالمعروف ونهى عن المنكر -

وأما السنة :

فقد وردت أحاديث كثيرة تتفق كلها - وإن اختلفت صيغتها في الدلالة على عصمة الأمة من الخطأ إذا اجتمعت كلمتها على أمر شرعي .

من هذه الأحاديث :

١ - قوله صلى الله عليه وسلم :

« لا تجتمع أمتي على ضلالة » (١)

٢ - وقوله صلى الله عليه وسلم : « سألت الله أن لا تجتمع أمتي على الضلالة

فأعطانيها » (٢)

٣ - وقوله ﷺ « لا تزال طائفة من أمتي ظاهرين على الحق حتى تقوم

الساعة » (٣)

٤ - وقوله ﷺ « وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » (٤)

(١) رواه الإمام أحمد والطبراني في معجمه الكبير ، وهو حديث مشهور

المتمن وله أسانيد كثيرة ، انظر كشف الخفايا ومزيل الالباس ج ٢ ص ٢٥٠

(٢) جمع الجوامع للسيوطي

(٣) سنن ابن ماجه ج ١ ص ٥

(٤) جمع الجوامع للسيوطي

فهذه الأحاديث - رواها الثقات - تدل على أن الاجماع حجة يجب العمل به .

وأما الاجماع السكوتي :

فقد اختلف الفقهاء في حكمه على قولين :

إن الاجماع السكوتي دليل ، وذلك لأن سكوت البعض يعتبر موافقة منهم للبعض الآخر ، إذ لو كان قول الذين صدر منهم الحكم مخالفاً لانكاروا عليهم هذا الحكم وبينوا الخطأ فيه .

القول الثاني :

إن الاجماع السكوتي ليس بدليل ؛ وذلك لأن السكوت كما يحتمل الموافقة يحتمل غيرهما . ولا دلالة مع الاحتمال ، كما أن القسادة أنه لا ينسب إلى ساكت قول .

وعلى كل حال : ما هل السنة من المسلمين يمتثلون الاجماع دليلاً شرعياً ومصدراً من مصادر الفقه الاسلامي ، متى تحقق بعد عصر الرسالة ، وليس الاجماع من المصادر التي انفردت بها الشريعة الاسلامية فقط ، بل اعتبرته الشرائع الوضعية كذلك .

فإن القوانين لا تصدر إلا بموافقة أغلبية الهيئات التشريعية ، وأن القوانين التي يجمع عليها معظم الفقهاء لها قوة ملزمة وإن لم يصدر بها تشريع .

ومن أمثلة ما ثبت من الاحكام بالاجماع : توريث الجدة السدس عند عدم الأب مع وجود الابن ، فإنه ثابت بالاجماع الصحابة .

وكذلك تحريم شحم الخنزير ، فإن القرآن الكريم حرم لحمه ولم يتعرض للشحم .

وقوع الاجماع:

لم يقع الاجماع في عصر الرسول ﷺ لعدم الحاجة إليه في ذلك الوقت. لأن الرسول ﷺ كان هو المصدر الوحيد للتشريع. وقد وقع الاجماع بعد ذلك في عصر الصحابة لما اضطرروا إليه حين تشاوروا في بعض الاحكام التي لم توجد في عهده ﷺ ولم يوجد فيها نص فكانوا يجتمعون ويتشاورون ويصدرون حكماً جماعياً في هذه المسألة. أما بعد هذا العصر فقد تعذر وقوع الاجماع نظراً لتفرق العلماء في البلدان المختلفة إلا أنه يمكن وقوع الاجماع الآن نظراً لسهولة المواصلات وتقدم وسائل الاعلام والنشر. فيمكن أن يعرف آراء العلماء في المسألة الواحدة تبعاً لتلك الوسائل.

وأكبر دليل على ذلك (أى على وقوع الاجماع الآن)

ما نرى الآن من اجتماعات ومؤتمرات لعلماء المسلمين التي تعقد بين الحين والحين في الأزهر تحت ما يسمى بمجمع البحوث الاسلامية، فانه يلتقى العلماء والفقهاء للتشاور في الحوادث التي تشغل بال المسلمين ويطلبون فيها حكم الله ليبدوا فيها رأيهم الجماعي ويظهرون فيها حكم الشريعة (١)

(١) انظر مدخل الفقه الاسلامي د.حسن صبحي ص ٢٧٥

انظر في مدخل الفقه الاسلامي د. مصطفى شاي ص ١٩٩ ، ص ١١٠

انظر في مدخل الفقه الاسلامي د. هيسوي ص ٢٧٨ ، ص ٢٨٨

المصدر الرابع

القياس

والقياس في اللغة مصدر للفعل قاس وله معنيان :

أحدهما : بمعنى التقدير . يقال : قست الثوب أى قدرته .

والثانى : بمعنى المساواة يقال فلان يقاس بفلان أى يساويه وفلان لا يقاس بفلان أى لا يساويه .

وعند علماء الأصول : إلحاق ما لا نص فيه بما فيه نص فى الحكم للشرعى الثابت للنصوص عليه لاشتراكهما فى علة هذا الحكم .

ومعنى هذا أن توجد حادثة لم يرد فى حكمها نص خاص فتلحق بحادثة أخرى مشابهة لما قد ورد فيها نص فيثبت حكم الحادثة للنصوص عليها - الحادثة الأخرى إذا وجدت علة الحكم فيها .

أركان القياس :

وللقيام أربع أركان

الركن الأول : الأصل : وهو الواقعة القديمة الواردة فيها حكم ثابت ويطلق عليه اسم المقيس عليه .

الركن الثانى : الفرع . وهو الواقعة الجديدة التى تحتاج إلى حكم شرعى .
ويستخدم القياس لوضع هذا الحكم لما يطلق عليه اسم المقيس .

الركن الثالث : العلة : وهى الأمر الذى من أجله يترجم الحكم فى الحادثة القديمة ووجدت فى الحادثة الجديدة .

الركن الرابع : الحكم . وهو ما ثبت للاصل ويراد إثباته للفرع بواسطة القياس .

حجية القياس

لا خلاف بين جمهور الفقهاء في أن القياس أصل من أصول التشريع ودليل من الأدلة الشرعية التي يرجع إليها في معرفة الأحكام الشرعية العملية . وقد نفاه قوم وقالوا لا يصح ثبوت الأحكام الشرعية بطريق القياس وسوف تقدم لك طرفاً من الأدلة التي احتج بها المثبتون للقياس وهم الجمهور والناقون له .

أدلة الجمهور :

احتج الجمهور على كون القياس مصدراً من المصادر المعتمدة في التشريع يمكن الرجوع إليه في معرفة الأحكام الشرعية — بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول .

أما الكتاب . فقوله : فاعتبروا يا أولى الأبصار ، (١)

ووجه الاستدلال أن الله تعالى بعد أن قص علينا ما حل بيهود بني النضير من إجلائهم عن المدينة جزاء كفرهم وتقضيم العهد الذي كان بينهم وبين الرسول ﷺ : أمرنا بالاعتبار والتأمل في السبب الذي من أجله استحق هؤلاء العذاب والخراج من ديارهم وأوطانهم لتكون على حذر من الوقوع في مثل ما وقعوا فيه وإلا أصابنا ما أصابهم لأن ما جاز على أحد المثلين يجوز على الآخر فكما وجب التأمل هنا والاعتبار في معنى النص للممثل به فيما لا نص فيه .

(١) سورة الجثر آية ٣

يجب أيضا التأمل في سائر النصوص الشرعية لاستخراج المعاني التي تتعلق بها الأحكام الشرعية العملية ليتم عملها فيما لا نص فيه وهذا هو معنى القياس .

وأما السنة

فإنها قوله ﷺ حين بعث معاذاً إلى اليمن بم تقضى يا معاذ ؟

قال : أفضى بكتاب الله قال : فإن لم تجد في كتاب الله ؟ قال : أفضى بما قضى به رسول الله ﷺ قال : فإن لم تجد ذلك ؟ قال : اجتهد برأى فضرب رسول الله ﷺ صدر معاذ بيده وقال : الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضى الله ورسوله .

ووجه دلالة على المطلوب .

أن النبي ﷺ أقر معاذاً على الاجتهاد برأيه عند عدم وجود نص من الكتاب والسنة على حكم الحادثة وما القياس إلا نوع من الرأي والاجتهاد فيكون حجة في بناء الأحكام الشرعية .

وقد استعمل القياس : الرسول ﷺ حينما قال للخنزيرة عندما سألتها هل تحجج عن أبيها ؟ فقال لها ﷺ : « رأيت لو كان على أبيك دين فقضيتيه أما كان يقبل منك ؟ فقالك : نعم » .

فقال ﷺ : فدين الله أحق بالقضاء ...

من هنا نعلم أن الرسول قد استعمل القياس حيث قاس دين الله وهو الحجج على دين العباد في وجوب القضاء وصحة الأجزاء من الغير .

وأما الإجماع :

فقد ثبت بالتواتر عن جمع كثير من الصحابة أنهم عملوا بالقياس في الوقائع

التي لم يرد فيها نص وتكرر ذلك منهم وشاع من غير تكبير فيكون إجماعاً على حججية القياس ومن ذلك أن الصحابة لما اختلفوا في أمر الخلافة وتكلم كل واحد فيها برأى استقروا على رأى عمر رضى الله عنه بطريق المقايسة والرأى حيث قال : ألا ترضون لأمر دنياكم بما رضى به رسول الله ﷺ لأمر دينكم فهذا قياس للخلافة على الإمامة في الصلاة ، ولا شك أن أمر الخلافة من أهم ما يترتب عليه أحكام الشرع وقد عملوا فيها القياس .

هذا والمتنبج لفتاوى الصحابة وأفضيتهم يرى أنهم كثير أما استعملوا القياس في إثبات أحكام الوقائع التي لم ينص على حكمها مما يدل على إجماعهم على حججته واعتباره أصلاً من أصول التشريع .

وأما المعقول :

الشريعة الإسلامية خاتمة الشرائع السماوية فلا توجد شريعة بعدها إلى يوم القيامة وعلى هذا يجب أن تكون مصادره وافية لاحكام الحوادث ما وجد منها وما سيوجد إلى أن يأذن الله جلست قدرته بانتهاء العالم ولما كانت النصوص من الكتاب والسنة متناهية بانتهاء الوحي بوفاة الرسول ﷺ والحوادث غير متناهية ولا محدودة لتجدد الاعراف واختلاف البيئات كان من غير المعقول أن يفي للمتناهى ببيان أحكام غير المتناهى ، ولذلك كان لابد من البحث في المعانى والعلل التي من أجلها شرعت الاحكام حتى يمكن تطبيق هذه الاحكام على ما يماثلها مما لم يرد فيه نص وهذا هو القياس الذي يتوصل به إلى ظهور النصوص الفرعية للحوادث والوقائع التي لم يرد فيها نص ، وبهذا تكون الشريعة الإسلامية وافية بجميع الاحكام صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان .

أدلة نفاة القياس

ساق الناقدون للقياس القائلون بعدم اعتباره مصدراً من مصادر التشريع أدلة على مدعاهم نذكر منها ما يلي :

أولاً : قوله تعالى : (ونزلنا عليك الكتاب تبيانا لكل شيء) ومقتضى كون الكتاب تبيانا لكل شيء أي أنه اشتمل على جميع الأحكام .
وعلى هذا فلا حاجة للقياس لأنه إنما يكون حجة فيما لم يوجد في الكتاب ومثل في هذه الآية في الدلالة على مدعاهم قوله تعالى : (ما فرطنا في الكتاب من شيء) وقوله تعالى (ولا رطب ولا يابس إلا في كتاب مبين) (١)

ويجاب عن هذا

بتسليم أن الكتاب حوى كل شيء ولكنه لا يدل على بطلان القياس وعدم حجتيه لأنه مما لا شك فيه أن الكتاب لم ينص على جميع الوقائع تفصيلاً . ولكن أرشد إلى القواعد العامة وبين العاقل والمعاني التي يلزم من اعتبارها جاب النفع والخير العام للناس ودفع المفسدة عنهم .

وما القياس إلا رجوع إلى النص الشرعي وفهم معناه وتطبيق الحكم الدال عليه على جميع الوقائع المتماثلة .

ثانياً : ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لم يزل أمر بني إسرائيل مستقياً حتى كثرت فيهم أولاد السجايا ، فقاموا ما لم يكن قد كان فضلوا وضلوا .

كما روى عن جمع من الصحابة أنهم ذموا القياس فمن ذلك : ما روى عن عمر رضي الله عنه أنه قال : إياكم وأصحاب الرأي فإنهم أعداء الدين أعيتهم السنة أي لم يحفظوها فقالوا برأيهم فضلوا وأضلوا .

وعن ابن مسعود رضى الله عنه أنه قال : إن علمتم في دينكم بالقياس
أحلتم كثيراً مما حرم الله وحرمتم كثيراً مما أحل الله .

إلى غير ذلك من الأحاديث وأقوال الصحابة وكلها تدل على ذم القياس
وإنكاره وعدم صحة العمل به في معرفة الأحكام الشرعية وعلى هـ - ذا فلا
يكون حجة .

ويجاب عن هذا :

بأنه ثبت أيضاً عن النبي ﷺ وعن الصحابة رضوان الله عليهم أنهم
عملوا بالقياس وعلى هذا فيمكن الجمع بين الأدلة المتعارضة بأن القياس المحمود
الذى يصح العمل به ودلت الدلائل على حجتيته هو القياس الصحيح المستجمع
للشروط .

وأما القياس المذموم الذى دلت الدلائل على إنكاره فهو القياس المبني على
الهُوى والرأى المحض أو القياس فى مقابلة النص ونحو هذا من كل قياس لم
يستكمل للشروط اللازم توافرها فى القياس الصحيح المعتبر شرعاً .

ثالثاً : إن القياس يؤدي إلى الخلاف والمنازعة بين المجتهدين وذلك حاصل
بالاستقراء ولأنه تابع للأمارات والأمارات مختلفة ، فيكون ممنوعاً لقوله
تعالى (ولا تنازعوا)

ويجاب عن هذا :

بأن هذه الآية إنما وردت فى الحروب التى يؤدي الاختلاف فيها إلى أضرار
شديدة وذلك بقريظة قوله تعالى (فتفشلوا وتذهب ويحكم) فأما التنازع
فى الحكم لجأز لقوله ﷺ (اختلاف أمتى رحمة)

وبعد ، فهذه هى أدلة الفريقين ولا يخفى على المدقق فيها أن النافعين للقياس

لم يصح دليل لهم بما وود عليها من مناقشات من قبل الخصم وهم الجمهور وعلى هذا فيكون ما قاله الجمهور من ثبوت القياس - ودلوا على - في مدعاهم وهو الراجح الذي يجب العمل به والاخذ بمقتضاه .

أمثلة للقياس :

١ - من المقرر في الشريعة الإسلامية أن من استعجل شيئاً قبل أوانه هو قبيح بحرمانه وتقريراً لهذه القاعدة يقول الرسول ﷺ «القاتل لا يرث» ومعنى هذا لو قتل الوارث من سيرته حرم من الميراث فكأنه استعجل وفاته بقتله لكي يرثه القاتل ولكن الشارع طاقبه بنقيض مقصوده وفوت عليه هذا الغرض وحرمه من الميراث وعلى هذا قال الفقهاء بحرمان الموصى له القاتل من الوصية فيما لو قتل الوصى .

فالاصل هو قتل الوارث للمورث وحكم الاصل هو حرمان القاتل من الميراث . والفروع هو قتل الموصى له الموصى والملة للقتل المستوجب لاستعجال الحق إذا كان أو وصيه قبل أوانه . ثم عدى حكمه إلى الفرع وهو حرمان القاتل من الوصية .

٢ - حرم الله الخمر بالنهي - فقال : (يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر واللبنر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه)

وأوجب الحد من شاربها والخمر عند بعض الفقهاء اسم لما يتخذ من عصير العنب إذا غلا واشتد وقذف بالزبد من غير طبخ بالنار والملة في التحريم هي الإسكار . فقياس الفقهاء عليها كل مسكر من غير ماء العنب لوجود الملة هي الإسكار .

شروط القياس : للقياس شروط نذكر منها إجمالاً ما يأتي :

أولاً : أن لا يكون حكم الاصل مخصوصاً به بسبب وجود نص دال

ذلك الاختصاص وذلك كاختصاص قبول شهادة الواحد بخزيمة وحده - لقوله ﷺ (من شهد له خزيمة فهو حسبه) فلا يصح تعدية هذا الحكم لغيره ومن ذلك أيضا الأحكام المخصوصة للنبي ﷺ كحرمة الزواج من نسائه بعد وفاته .

ثانياً : أن لا يكون حكم الأصل معدولاً به عن سنن القياس وذلك بأن لا يدركه العقل كإعداد الركعات وأنصبة الزكوات ومقادير الحدود والكفارات أو يكون مستثنى عن سنن القياس أى عن طريقة المسلوكة وقاعدته المستمرة ، كالحكم ببقاء صوم من أكل ناسياً في نهار رمضان حيث استثنى من قاعدة عامة وهى تحقق الفطر من كل ما دخل في الجوف وعلى هذا لا يصح قياس أكل الخطأ عليه .

ثالثاً : أن لا يعتبر القياس حكماً النص وذلك كقياس السلم الحال على السلم المؤجل فإنه يخالف قوله ﷺ

د من أسلف فليسلف في كيل معلوم وزمن معلوم إلى أجل معلوم ، (١)

(١) راجع فيما سبق مذكرات في علم أصول الفقه لاساندة من كلية الشريعة

المصادر المختلف فيها

وهي كثيرة تذكر منها على سبيل المثال : المصالح المرسله - الاستحسان ،
العرف . والاستصحاب . وسد الذرائع وقول الصحابي .

المصالح المرسله

المصلحة في لغة العرب واحده المصالح وهي المنفعة (١) .
والمرسله : من أرسل ومن معانيها في اللغة أطلق يقال أرسلت الطائر من
يدى أى أطلقته ، فتكون مرسله بمعنى مطلقه .

والمراد : بالمصلحة المرسله في الاصطلاح : هي كل مصلحة لم يقم دليل من
الشرع على اعتبارها أو إلغائها ، ولكن يحصل من ربط الحكم وبنائه عليها
جلب منفعة أو دفع مفسده .

أقسام المصلحة :

قصد الشارع بشرعية الاحكام تحقيق المصالح للناس ، ودفع المفاسد عنهم
والمصالح هي المنافع ، والمفاسد هي المضار . وأن الشارع عند شرحه للأحكام
أباح ما غلبت منفعته ، وحرم ما غلبت مفسدته ، ولم يسر مع رغبات الناس
وأهوائهم يدل لذلك قوله تعالى د وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع
أهواءهم ... (٢) .

وعلى هذا انقسمت المصالح إلى ثلاثة أنواع :

(١) المعجم الوسيط ج١ ص ٥٢ .

(٢) سورة المائدة آية رقم ٤٩ .

الأول : ما قام الدليل الشرعى على اعتبارها ، وأمثلة هذا النوع كثيرة :
منها : حفظ النفس الذى شرع الله من أجله القصاص وتحريم الاعتداء .
عليها ، وحفظ المال الذى حرم أكله بالباطل وأوجب ضمانه عند التعدى ،
وحفظ العقول الذى دل على رعايتها بتحريم الخمر ، وسائر المسكرات .

الثانى : ما قام الدليل على إلغائها . ومثاله الاستسلام إلى العدو وقد
يظهر لأول نظرة أن فيه مصلحة وهى حفظ النفس من القتل ، ولكن هذه
المصلحة لم يعتبرها الشارع بل ألغاهما لمصلحة أرجح منها وهى احتفاظ الأمة
بالعزة والكرامة ، وفى الاستسلام مفسد كثيرة ، فدفع العدو بالقتال دفع
لهذه المفسد ، وجلب للمصلح العظيمة .

الثالث : هو المصالح التى لم يتناولها الشارع بدليل معين ، يكشف عن ..
اعتبارها أو إلغائها ، وهى ما تسمى بالمصالح المرسلة (١) .

ومن أمثلتها ضرب المتهم بالسرقة لعله على الاعتراف وتوسيع المسجد -
ليشمل عدداً كبيراً من المصلين أو الشارع رغبة فى تيسير المرور .

وهذا النوع هو المقصود هنا فإذا وجدت حادثة لم تتناولها النصوص ..
الشرعية فإن المجتهد ينظر ويوازن بين نفعها وضررها ويصدر الحكم بناء على ..
ما يظهر له بالتحقيق من زيادة نفعها على ضررها أو العكس .

وتختلف الموازنة بين النفع والضرر من واقعة إلى أخرى وفى الوقائع ..
التي يعود أثرها على الأمة الإسلامية كلها ينبغى أن يراعى الفقيه المنافع والمضار
التي تعود على الأمة كلها ، وفى الوقائع التى يعود أثرها على إقليم معين ينبغى ..
أن ترعى المنافع والمضار التى تعود على أهل هذا الإقليم فمثلاً إذا فرض ..

(١) وسميت مرسلة لأنها مطلقة عن دليل اعتبارها أو إلغائها

حظر التجول على مستوى الجماعة كلها لفترات محددة كوسيلة مساعدة للقضاء على فتنة ستؤدي إلى تمزيق شمل الجماعة والاضرار بها في حظر التجول تقييد الحريات وتعطيل للاعمال وهو ضرر بالجماعة كلها ولسكنه سيعترتب عليه القضاء على الفتنة وتوفير الامن والسلامة للمواطنين فتوزن المنافع والمضار بالنسبة للجماعة كلها وتحكم المصلحة تبعاً لرجحان النفع أو الضرر، وبهذا يمثل الحالة الاولى ، ولو أردنا أن يمثل للحالة الثانية لقلنا إنه إذا شقت قناة لرى أرض قرية أو مجموعة من القرى فالتقاء سيعترتب عليها فائدة توفير المياه لهذه الاراضى كما أنها ستتكلف نفقات وتحدث أضراراً لعدد من الملاك حيث ستقطع جزءاً من ممتلكاتهم فتوزن المنافع والاضرار بالنسبة لأهالى القرى المتأثرة من المشروع دون غيرها وتحكم المصلحة تبعاً لرجحان النفع والضرر .

هذا وقد تتبع الفقهاء الاحكام الشرعية فوجدوا أنها موضوعة لمصالح الناس ويشهد على هذا القرآن الكريم ، وما أرسلناك إلا رحمة للعاملين ، وأساس الرحمة جلب المنفعة ودفع المضره .

ويقول الفقهاء إن مقاصد الشريعة فى الخلق ثلاثة أقسام :

١ - ضرورة لا بد منها فى قيام مصالح الدين والدنيا بحيث إذ فقدت لم تهر مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد وتهاويج ، وقالوا إن مجموع الضروريات فى التشريعات كلها خمسة :

حفظ الدين - النفس - المال - النسل - العقل .

فن أجل المحافظة على الدين وحمايته وتخصين النفس بالمعاني الدينية فحرمت الملبادات كلها ، والمحافظة على النفس تقتضى حمايتها من اعتداء عليها بالقتل أو قطع الأطراف أو الجروح الجسمية ، وقد حرمت الشريعة ارتكاب هذه الجرائم بغير حق حفاظاً على النفس الإنسانية .

ومن أجل المحافظة على العقل عمل الشارع على المحافظه على العقل حتى لا تناله آفة من الآفات لتلا يكون صاحبه عبثاً على المجتمع ومصدر شر وأذى للناس ، لذلك عاقبت الشريعة الإسلامية من يشرب الخمر أو يتناول أى مخدر يصيب العقل .

ومن أجل المحافظة على النسل كانت عقوبة الزنى وعقوبة القذف وغير ذلك من العقوبات التعزيرية التى وضعت لحماية النسل .

والمحافظة على المال تكون بمنع الاعتداء عليه بالسرقة والنصب أو الرشوة أو الربا وغير ذلك من الآفات التى تتعلق بالمال .

وإن هذه الأمور الخمسة هى التى نزلت الشرائع السبائية من أجل المحافظة عليها وقد قال الغزالي (١) : « إن جلب المنفعة ، ودفع المضرة مقاصد الحق ، وصالح الخلق فى تفصيل مقاصدهم ، لكننا نعى بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع ، ومقصود الشرع من الخلق خمسة وهو :

« أن يحفظ عليهم دينهم وأنفسهم وعقلهم ونسلكهم وما لهم ، فكل ما يتضمن من حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة ، وكل ما يفوت هذه الأصول الخمسة فهو مفسدة ودفعها مصلحة ... » (٢)

٢ - حاجية : وهى التى يفتقر الناس إليها من حيث التوسعة ودفع الضرر

(١) هو - أبو حامد بن محمد الغزالي الشافعى ، ولد فى مدينة طوس من أعمال خراسان وتوفى بها سنة ٥٠٥ هـ بمجول فى طاب العلم ، نبغ فى العلوم الشرعية والعقلية ثم آثر التصوف وغلب عليه ، له مؤلفات كثيرة منها : إحياء علوم الدين ، والوجيز ، والبسيط ، والمستصفي .

أنظر : طبقات الشافعية ج ٥ ص ١٢٥ ، معجم المؤلفين ج ١١ ص ٣٦٦

(٢) المستصفي للغزالي ج ١ ص ٢٨٧

كتحريم بيع الخمر لسكى لا يسهل على الناس تناولها ، وتحريم رؤية عورة المرأة وتحريم الصلاة في الارض المنصوبة وتحريم تلقي السلع عند مدخل الامصار لسكى لا يودى إلى غلاء الاسعار على الناس وتحريم الاحتكار وغير ذلك بما لا يتجه مباشرة إلى حماية أصل المصلحة بل قصد به سد الذرائع التي تؤدي إلى المضرة كذلك يباح ما يؤدي منعه إلى الضيق ومن ذلك إباحة كتمهم من العقود التي يحتاج إليها الناس كإباحة المزارعة والمساقاة والسلم والمرابحة والتولية (١)

٣ — تحسينية : وهي التي ترجع إلى قسم مكارم الاخلاق التي هي دعامة الحياة الصالحة ومنها الطهارة وستر العورة وتحريم خروج المرأة في الطرقات بزينةا وكذلك تحريم الغش والنصب وتجنب النجاسة وأخذ الزينة عند الذهاب إلى المساجد .

ومن هذا كله تدرك أن الشريعة الإسلامية قد بنت أحكامها على المصالح وعلى هذا استضاء فقهاء الأمة بالمصلحة في استنباطهم الاحكام من النصوص واجتهاداتهم المختلفة فكانت المصاححة هي المحرر الذي تقوم عليه الاحكام الشرعية ومن هنا وجدنا أصحاب رسول الله يقضون بالمصاححة في أمر الخلاف بعد وفاة الرسول ﷺ فبايعوا أبا بكر رضي الله عنه لأن النبي ﷺ رضي به لإقامة الصلاة فلا اقل من ان يرتضوه لشئون دنياهم .

ومن ذلك جمع المصحف في زمن أبي بكر لما كثر القتل في القراء في بعض

(١) المزارعة : دفع الأرض لمن يزرعها على أن تكون له حصة فيها .

المساقاة : دفع الشجر لمن يصلحه على أن يكون له حصة في الثمر

المرابحة : البيع بزيادة عما اشترى بنسبة مقدرة

التولية : البيع بمثل ما اشترى

السلم : بيع ما ليس بوجود في يد البائع على أن يسلمه في موعد معين

الموانع في خلافة أبي بكر خاف عمر أن يذهب كثير من القراء فأشار على أبي بكر بجمع القرآن وبعد تردد طويل من أبي بكر رضى الله عنه أمر بجمع القرآن .

ومن ذلك أيضاً تدوين القرآن ، وجمع الناس على مصحف واحد لما ظهر الاختلاف في القرآن في عهد عثمان خشى عثمان من الاختلاف بين المسلمين فأمر بتوحيد القرآن وتدوينه وتوزيع نسخ منه على الأمصار وإحراق ما كان عند الناس من مصاحف خاصة .

وكان المسلمون بفعلهم هذا مقتدين في ذلك — أى في العمل بالمصلحة وإن اختلفت وجهات نظرهم في تقديرها والتوسع في الأخذ بها — بما جاء في نصوص القرآن والسنة فإنهم قد وجدوا النصوص مشتملة على أحكام معاملة بالمصالح فقد جاء بحجيم الخمر في القرآن معللاً أنها رجس من عن الشيطان وعلى هذا نهى عنهما فقال : يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والانصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون ، (١) .

وقد أمر الرسول صلى الله عليه وسلم بالإفهار في أموال اليتيم معللاً ذلك بأن أموال اليتيم لو تركت دون استقلال أكلتها الزكاة .

وعلى هذا النمط جاءت أحكام الشريعة معاملة بالعملل مقترنة بالمصالح والحكم (٢) .

حجية المصالح المرسلة :

' اختلف العلماء في الاعتداد بالمصالح المرسلة — في بناء الأحكام عليها — باختلاف كبيراً إلا أننا سوف نوجز القول في ذلك بإيجاز شديد فنقول :

(١) المائة اية ٩٠

(٢) المذاهب الأربعة للشيخ الفاضل محمد أبو زهرة ص ٩٢

ذهب الجمهور إلى اعتبارها والاحتجاج بها والحق أن اعتبار المصلحة في بناء الأحكام يشهد له الدليل وتأييده الحجة ذلك أن المقصود من شرعية الأحكام إنما هو جلب المصالح للعباد ودرء المفاسد والمضار عنهم وذلك إنما يتحقق بمراعاة المصلحة حينها وحدث مادام الشرع لم ينص على إلغائها سواء نص على اعتبارها أم سكت عن ذلك إذ أن مصالح الناس لا تتقف عند حد بل هي تتجدد بتجدد الزمان وتختلف باختلاف البيئات فلو وقفنا عند حد المصالح التي نص الشارع على اعتبارها ولم تتجاوزها لآدى ذلك إلى إهدار كثير من مصالح الناس وإلحاق الضرر بهم والموت بهم ولآدى أيضاً إلى جهود الفقه وعدم مسيرته لتطورات الحياة المتتامة وذلك يتناقى مع ما هو مقرر من أن الشريعة الإسلامية جاءت لتحقيق الخير للناس بجلب المصالح لهم ودرء المفاسد عنهم فإنها شريعة خالدة قابلة للتطور والاستجابة لمطالب الأمم المختلفة في كل زمان ومكان .

شروط العمل بالمصلحة :

ولكن هنا ملاحظة هامة لا بد من الإشارة إليها وهي أن من عمل بالمصلحة من الأئمة لم يعمل بها مطلقاً من القيود بل قيدها بشروط ومنها :

- ١ - أن تكون المصلحة عامة على معنى ألا تكون قاصرة على شخص معين .

٢ - أن تكون حقيقية تجلب منفعة وتدرأ مفسدة .

٣ - أن تكون معقولة بحيث لو عرضت على النفوس قبلتها .

٤ - ألا تتعارض مع قواعد الشريعة .

ونرى أنه مع العمل بالمصلحة بهذه الشروط لا يوجد عمل للظلم في العمل بالمصالح بما تبيل إن إباحة العمل بها يفتح الطريق أمام العوام للتصرف

في أحكام الشريعة على حسب أهوائهم وأنه يفضى إلى اختلاف الأحكام باختلاف الأزمنة .

لأن تقييد العمل بالمصلحة بتلك الشروط يؤدي بالضرورة إلى أن الذي يعمل بها العلماء الذين لهم حق الاجتهاد وهم الذين يقدرون المصالح ويعلمون العلل وبالتالي فلا مجال للعلماء غير المجتهدين ولا للعوام .
واختلاف الأحكام باختلافها ليس عيباً ، بل هو من محاسن الشريعة .
لأن كل مجتهد يفتي بالمصلحة التي تناسب البيئة التي يعيش فيها بعد تقدير ظروفها وملاساتها .

هل تتغير الأحكام تبعاً لتغير المصلحة ؟

المعروف في الشريعة أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمياً ولا بد أن تشمل العلة على المصلحة التي تناسب شرع الحكم أمراً أو نهياً أو إباحة ، وهذا إنما يجري في الأحكام التي ترتبط بمصالح العباد وحاجاتهم .
أما الأحكام التعبدية وما يجرى مجراها فلا تقبل تغيراً لأنها جاءت محددة من قبل الشارع ووردت في شأنها النصوص فلا مجال للنظر فيها بعد ذلك .

ومعنى هذا أن الأحكام التي تتغير هي التي لم يرد بها نص أو إجماع صحيح .
ويقول ابن القيم (١) مؤيداً هذا المعنى ، إن تغير الفتوى بحسب الامكنة والاحوال والبيئات والعوائد معنى عظيم للنفع جداً وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة . أوجب من الحرج والمشقة ... ما يفيد أن هذه الشريعة لا يعقل أن تأتي به .

(١) هو - عبد الله - شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب الزرعي . المشهور بابن قيم الجوزية ، ولد بدمشق سنة ٦٩١ هـ . وتلمذ على شيخ الاسلام ابن تيمية . سجن معه في قلعة دمشق ، توفي سنة ٧٥١ هـ .
انظر البدر الطالع للشوكاني ج ٢ ص ١٤٣/١٤٦ .

. ويقول أستاذنا الدكتور محمد سلام المذكور (١) : « وقد وجد في السنة ما يدل على أن الحكم المجتهد فيه لا ينبغي أن يكون إلزاماً على الناس لا يقبل تغييراً . فقد روى أحمد وغيره أن علياً قال : يا رسول الله : إذا بعثتني في شيء أكون كالسكة المحمّاة (٢) أم الشاهد يرى ما لا يرى الغائب ؟ فقال الرسول ﷺ : بل الشاهد يرى ما لا يرى الغائب .

وهذا يدل على أن مراعاة المصلحة أمر له خطره ويسمح بالتصرف حتى في أثناء نزول الوحي مادام الشخص في مكان تدعو ظرفه إلى التصرف . وقد أسقط عمر بن الخطاب رضي الله عنه حد السرقة عن السارق عام الجماعة ، وهذه المسألة تحت قاعدة الضرورة التي أجمع المسلمون على اعتبارها ، وترتب الأحكام عليها ويقول ابن القيم : « إن سقوط القطع في الجماعة محض قياس ، وجار مع مقتضى قواعد الشرع لما يغلب على الناس من الحاجة والضرورة . وهذه شبهة قوية تدرأ القطع عن المحتاج ، ويمكن القول بأن عدم القطع هنا يرجع إلى نص هو قول رسول الله ﷺ : « أدروا الحدود بالشبهات (٣) » . ويقول القرافي (٤) : تدعيًا لهذا الحق من أن الذي يستبدل من الأحكام .

-
- (١) انظر المدخل للدكتور سلام المذكور ص ٢٦٤ .
 - (٢) الحديدية التي تسلك عليها النقود ، والمعنى أكون كالآلة فلا تصرف .
 - (٣) إعلام الموقعين ٣ / ١٤ ، ١٥ .
 - (٤) هو — شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبيد الرحمن القرافي انتهت إليه رئاسة الفقه على مذهب الإمام مالك . ولد ونشأ بمصر ، وتوفي بها سنة ٦٨٤ هـ . والقرافي نسبة إلى القرافة خلة مجاورة لقبر الإمام الشافعي . له مؤلفات كثيرة منها « الذخيرة » وهو من أجل كتب المالكية . ولكن للأسف مازال مخطوطاً ، والفروق .
- انظر : الإعلام ١ / ٩٠ ، الديباج المذهب ص ٦٢ وما بعدها .

عالميس في مقابلة نص ولا إجماع : « إن جميع أبواب الفقه محمولة على العوائد
إذا تغيرت العادة . تغيرت الأحكام في تلك الأبواب (١) » .

وإنما كان هذا في الشريعة — أي تغير الأحكام — لأجل التيسير على
الناس ، وجعل الشريعة الإلزامية صالحة لكل زمان ومكان ، وإن كان
يلاحظ أن هناك تغيراً في بعض الأحكام نظراً لتغير الظروف والعامل والمصالح ،
إلا أن المبدأ الشرعي في جميع الأحكام واحد وهو تحقيق المصالح للعباد ،
وإدفع الضرر عنهم « في ضوء قواعد الإسلام ومبادئه العامة (٢) » .

(١) الفروق للقرافي ٢٨٦/١ وما بعدها .

(٢) تحليل الأحكام للدكتور / محمد مصطفى شلبي / ٣٦٧ .

الاستحسان

تعريفه :

الاستحسان في اللغة عد الشيء حسناً . سواء كان الشيء حسياً أو معنوياً .
وأما في اصطلاح الأعرابيين فلقد عرفه بتعريفات عدة أدقها ما قاله أبو الحسن
السكرخي من الحنفية :

« إنه المدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر لوجه أقوى يقتضى
هذا المدول بمعنى أن المجتهد إذا اجتهد في مسألة وظهر له فيها الحكم له أن يعدل
عن هذا الحكم في مسألة مشابهة لهذه إذا ظهر له وجه أقوى يقتضى هذا المدول
ومعنى ذلك أن يوجد في المسألة دليلان: أحدهما عام أو ظاهر والآخر خاص .
أو خفي فكان مقتضى الظاهر أن تأخذ بحكم نظائرها بما دل عليه الدليل
الظاهر ولكن بعد التأمل وجد أن الدليل الآخر أقوى وأرجح فيعدل بها عن
حكم نظائرها إلى حكم آخر . »

أنواع الاستحسان

يقول علماء الحنفية إن الاستحسان أربعة أنواع :

استحسان السنة والإجماع والقياس الخفي والضرورة .
وسوف نذكر بعض الأمثلة للدلالة على التوضيح .

١ - يقرر العلماء أن الشخص إذا وقف أرضاً زراعية على جهة بر فإن
حقوقها من الشرب والمسيل والمرور تدخل في الوقف ولو لم ينص وقفه على
ذلك . مع أن مقتضى القياس عدم دخولها إلا بالنص عليها كما في بيع الأرض
حيث لا تدخل في المبيع إلا بالنص عليها .

وجه الاستحسان أن الواقف لا يفيد ملك الموقوف عليه للمال الموقوف وإنما يثبت له ملك المنفعة فقط والأرض لا يمكن الانتفاع بها بدون حقوق الارتفاق كما في عقد الإجارة فهنا قياسان . قياس ظاهر وهو إلحاق الوقف بالبيع من جهة أن كلا منهما يفيد إخراج المال من مالكه وقياس خفي : وهو إلحاقه بالإجارة من ناحية أن كلا منها مقصود به الانتفاع فرجحوا الثاني .

٢ - قال الفقهاء بتضمين الأجير المشترك كالمالك والصباغ إذا ملك الشيء في يده بدون سبب ظاهر فإن تضمينهم ثبت استحساناً هلى خلاف القياس الذى يقتضى عدم التضمين لأن المال في يده أمانة كالوديعة في يد المرذع والمال المشترك في يد أحد الشركاء وللدال المستأجر في يد المستأجر الأمين غير ضامن إلا إذا تعدى .

٣ - جواز الاستصناع والسلم استثناء من قاعدة بيع المعلوم المنهى عنه ، والاستحسان في الحقيقة طريق للخروج من مأزق إطراد القواعد الموقوع في الحرج ، فهو يرجع إلى قاعدة رفع الحرج في الشريعة الإسلامية ولهذا روى عن الإمام مالك أنه قال : الاستحسان تسعة أعشار العلم (١) .

حجية الاستحسان :

المشهور في كتب الأصول وغيرها أن الذين يأخذون بالاستحسان هم الحنفية وأن غيرهم من الفقهاء لم يأخذوا به وهذا مخالف للواقع حيث إن أكثر الفقهاء قد اعتبر الاستحسان حجة في بنسب الأحكام غاية ما هناك أن الحنفية توسعوا فيه أكثر من غيرهم كما توسع المالكية في المصالح المرسلة حتى اشتهروا بها .

وما نقل عن الشافعى رضى الله عنه أنه أنكر الاستحسان بقوله من استحسن

فقد شرع فإن المراد بعبارة الشافعي هذه أن من أثبت حكماً بسبب استحسانه عنده من غير دليل من الشارع فهو المشرع لهذا الحكم .

ولذا قال الشافعي في رسالته :

يحرم القول بالاستحسان إن خالف الاستحسان الخبر من الكتاب والسنة فالشافعي رضى الله عنه يقول بالاستحسان المتضمن قواعد الشريعة العير قائم على لهوى والشهوة ، ومن تتبع فقهه يجده كثيراً ما استخدم الاستحسان في الروع المختلفة .

والاستحسان يني بحاجة الناس من الأحكام واستناد العدول إلى وجه آخر أقوى من الوجه الأول يجهل القول بهذا الحكم مما لا ينكره أحد .

العـرف

تعريفه :

العرف في اللغة هو كل ما تعارفه الناس من الخير واطمأنوا إليه .
وهو عند الأصوليين والفقهاء . ما استقر في النفوس من جهة العقول .
وتلقته الطباع السليمة بالقبول .
وبعبارة أخرى :

هو ما اعتاده جمهور الناس والفرد من قول أو فعل تكرر مرة بعد أخرى
حتى تمكن أثره من نفوسهم وصارت تبتلقاه عقولهم بالقبول .
فالعرف هو ما اعتاده وألفه أهل العقول الرشيدة والطباع السليمة من
قول أو فعل تكرر مرة بعد أخرى ، حتى تمكن من نفوسهم واطمأنوا
إليه طباعهم .

أما ما اعتاده فريق من الناس من العبث أو الفساد والإضرار فليس من
العرف في شيء . كاعتياد شرب الخمر ولعب الميسر والتعامل بالربا وكاعتياد
كشف العورة كما هو الحال في مدن العراة التي استخدمت الآن في بعض
البلدان الأوروبية فلا يعاب بهذا العرف لأن عقول الناس ليست رشيدة
وطبائعهم غير سليمة .

الفرق بين العرف والعادة :

العادة أعم من العرف فهو نوع منها لأن العادة هي الأمر المتكرر مأخوذة
من العود أو المعاد بمعنى التكرار فإذا فعل إنسان فعلا من الأفعال وتكرر
منه حتى أصبح سهلا عليه سمي ذلك عادة له ولذلك قيل العادة طبيعة ثانية .

وكما يكون تعود الشيء من فرد يكون من الجماعة وتسمى الأولى عادة فردية تسمى الثانية عادة جماعية والعرف لا يصدق إلا على النوع الثاني فإذا اعتاد بعض الناس شيئاً لا يسمى ذلك عرفاً بل لا يبد من تحقق العرف من اعتياد الكل أو الأغلب لا فرق بين هباتهم وطاعتهم .
وبهذا يفارق العرف الإجماع فإنه كما سبق اتفاق المجتهدين ولا دخل لغيرهم فيه .

أنواع العرف

يتنوع العرف إلى أنواع مختلفة باعتبارات متعددة . فهو ينقسم إلى قولي وعمل كما ينقسم إلى عام وخاص وكذلك إلى صحيح وقاسد .

١ — فهو يتنوع أولاً إلى قولي وعمل :

فالعرف القولي : هو ما تعارفه الناس من إطلاق لفظ على معنى خاص ، لا يتبادر عند سماعه غيره كنه عرف الناس على إطلاق لفظ الوالد على الابن دون البنات مع أنه في اللغة يشمل النوعين وقد أيد هذا القرآن الكريم حيث يقول الله تعالى : **« يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين »** (١) وكذلك تعارف الناس على عدم إطلاق لفظ اللحم على السمك مع أن القرآن الكريم سماه لحماً طرياً — واللغة لا تمنع ذلك — حيث يقول الله تعالى : **« وهو الذي سخر لكم البحر لتأكلوا منه لحماً طرياً »** (٢)

والعرف العملي : هو ما اعتاده الناس وألفوه من عمل . وذلك كتعارف

(١) سورة النساء ١١

(٢) سورة النحل ١٤

للناس على شراء الجرائد مثلاً دون صيغة لفظية فإن المشتري يعطى النقود لبائع الجرائد ويأخذ منه الجريدة دون إجراء أية صيغة من صيغ العقود وهذا ما يسميه الفقهاء البيع بالتعاطى — وهو البيع في بعض الأشياء من غير صيغة لفظية .

وكذلك تعارف الناس على تقديم جزء من المهر وتأجيل باقيه — حسب المتفق عليه — إلى أقرب الأجلين الموت أو الطلاق.

٢ — ويتنوع ثانياً : باعتبار آخر إلى عرف هام وخاص :

فالعام : هو ما تعارف عليه جميع أهل البلاد في زمن من الأزمنة كتعارف الناس على أن العلو يدخل في بيع الدار والبيت .

والخاص : وهو ما يتعارف عليه أهل بلد معين أو طائفة خاصة من الناس كتعارف التجار على إثبات الديون التي تكون على عملائهم في سجلات خاصة من غير إظهارها وتكون حجة فيما بينهم كتعارف أهل القاهرة على أن الذي يدفع ثمن المياه هو المالك لا الساكن .

٣ — ويتنوع ثالثاً : إلى عرف صحيح وفاسد

فالعرف الصحيح : هو الذي لا يخالف قواعد الشريعة ولا مبادئها العامة ولا يصطدم مع النصوص . وهذا النوع من العرف هو الذي اعتمده الفقهاء عندم وكان على أساسه استنباط الفروع والأحكام .

أما الفاسد : وهو الذي يصطدم مع نصوص الشريعة أو يخالف قواعدها العامة وهذا النوع لا يعتمد به بل يجب إلغاؤه لتعارف الناس الآن على التحلي بلبس الذبقة من الذهب للرجال للدلالة على الخطوبة أو الزواج وكذلك خروج النساء شبه عاريات أو التعامل بالربا .

حجية العرف

لا خلاف بين العلماء في أن العرف : إذا كان متفقاً مع نصوص الشريعة
غير متعارض مع قواعدها - يجب - . . . والاعتداد به في بناء الأحكام
واستنباط الفروع .

مثل ما نعرفه الآن أهل العقول السليمة والطباع المستقيمة من بعض العادات
التجارية والأوضاع الاجتماعية والنظم القضائية وغيرها مما يحقق مصلحة
الناس ويدفع الضرر عنهم .

وقد جرى الإسلام في تشريعاته منذ البداية على اعتبار العرف الصحيح
وإهدار العرف الفاسد فلقد أقر ما كان متعارفاً عليه عند العرب قبل الإسلام
من تصرفات تكون فيها مصلحتهم كالزمن والسلم والقسامة وأهدر ما تمارقوه
بما هو فاسد وضار كالربا والميسر وحرمان النساء من انيرات .

ومن هنا فقد بنى الفقهاء الأحكام على العرف وحكموا بمقتضاه وجعلوه
أصلاً تبنى عليه الفتاوى والأحكام وقد جرت على ألسنتهم عبارات في
هذا المضمار جعلت قواعد ومبادئ منها : العادة محكمة ، و : الثابت بالعرف
كالثابت بالنص ، و : المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً .

ومن العلماء من استدل عليه بقوله **ﷺ** : « ما رآه المسلمون حسناً
فهو عند الله حسن » (١)

تغيير العرف

يقول القرافي رحمه الله : « إن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها
كيفما دارت وتبطل معها إذا بطلت كالتقود في المعاملات والعيوب في البياعات

ونحو ذلك فلو تغيرت المادة في النقد والسكة إلى سكة أخرى لخل الثمن في البيع على السكة التي تجددت المادة بها دون ما قبلها .
وكذلك إذا كان الشيء عيباً في الثياب في عادة رهدنا به المبيع فإذا تغيرت المادة وصار ذلك المكروه محبوباً موجباً لزيادة الثمن لم تزد به .
وبهذا القانون نعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء ، (١)

ومن هذا نقول إن العرف يتغير بتغير الزمان والمكان والبيئات ويختلف باختلاف الثقافات والحضارات وعلى هذا فإنه إذا تغيرت الأعراف نتيجة لهذه العوامل فتغيرت معها الأحكام حتى تلائم الأعراف الجديدة .
ويؤيد ما قلناه ما أفق به الإمام أبو حنيفة بعدم جواز بيع دود القز والنحل عملاً بعرف الناس في عهده والذي يقضى بعدم ماليتهما .
فلما تقدم الزمن وجاء تلميذه محمد بن الحسن أفق بجواز بيعهما تبعاً لتغير العرف حيث تعارف الناس على نحوها .
وهكذا فعل الإمام الشافعي رضي الله عنه حين عودته من العراق إلى مصر فوجد أن الأعراف متغيرة عنها في العراق الأمر الذي دعاه إلى أن يتراجع عن كثير من الأحكام كان قد أفق بها في العراق وقد اضطر إلى الإفتاء بأحكام مغايرة لها نتيجة للعرف الجديد في مصر .

(١) عن كتاب العرف والمادة للإستاذ أبي سنة ص ٨٧

شروط العرف

ولا يكون العرف معتبرا يجب العمل بمقتضاه إلا إذا تحققت له الشروط الآتية :

١ - أن يكون العرف غالبا : أى يجب أن يكون العرف مطردا بين متعارفيه في جميع معاملاتهم أو غالبا فيما فلو كانوا يتعاملون في بعض الحوادث ويتركونه في البعض الآخر لا يصلح مستندا ودليلا لأن عمل القوم به أحيانا إذا صلح دليلا فتركهم له أحيانا أخرى ينقض هذه الدلالة (١) .

٢ - أن يكون ذلك العرف موجودا عند إنشاء التصرف : فلو أنشأ شخصان تصرفا من التصرفات ثم ثار نزاع بينهما فإن العرف الذى يحكم في هذا النزاع ويجعل فيصلا فيه ما كان موجودا عند التصرف لا ما حدث بعد ذلك .

فلو عقد زوجان عقد زواج ولم يصرحا بتعجيل المهر أو تأجيله فإنه يرجع في ذلك إلى عرف بلدنم فإن كان العرف يقتضى بتعجيل البعض وتأخير البعض الآخر ثم تغير العرف في تعجيل الكل ثم حدث نزاع بين الزوجين فإن العرف الحادث لا يحكم في هذا النزاع بل يحكم العرف السابق الموجود وقت العقد .

٣ - ألا يعارض العرف باتفاق بين المتعاقدين : فلو كان العرف مثلا يقتضى بتعجيل نصف المهر وتأجيل النصف الآخر لكان حدث أن اتفق في عقد الزواج على تعجيل كل المهر فإنه يقتضى في هذه الحالة بهذا الاتفاق ولا اعتبار للعرف حينئذ .

٤ - ألا يخالف العرف نصوص الشريعة وقواعدها العامة :

فلو تعارف الناس على أمر يخالف نصا شرعيا أو يعطى قاعدة أو أصلا

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ج ٣ ص ٢٠٢ .

شرعيا فلا هبة بهذا العرف ولا قيمة له وذلك كتعارف الناس على تعاملهم
بالربا أو الاقتراض من البنوك بفائدة فان هذا يتعارض مع النص الشرعي
القائل « كل قرض جر نفعا فهو ربا » أو ما جرت عادة الرجال في وقتنا
الحاضر بلبس دبة الزواج للأمانة على الزواج فانه عرف فاسد أيضا لانه
يصطدم مع الأثر الذي يقضى بتحريم لبس الذهب على الرجال وهو قوله
عليه الصلاة والسلام .

« هذان — مشيراً إلى الذهب والحريز — حرامان على رجال أمتي
حلالان على نسائهم » .

وعلى هذا تجرى جميع الأعراف الفاسدة فلا اعتبار لها ولو فتحنا هذا
الباب لادى ذلك إلى نقص تكاليف الشريعة كلها والشريعة إنما جاءت لتخضع
المكافين لأحكامها لا أن تكون خاضعة لأعراف الناس وأهوائهم
ورغباتهم :

« ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السموات والأرض ومن فيهن » (١)
وليس هذا بدعا في الشريعة .

بل ذلك معروف في القوانين الوضعية فانها تمنع التعاقد أو التعامل بما
يتعارض مع نصوص القانون كذلك لا تعتبر العرف الذي يخالف النظام
أو الآداب العامة .

فاذا كان القانون يحجز على الناس للتعارف فيما يخالف النصوص أو يخالف
النظام العام .

فأى غرابة في أن الشريعة لا تعتبر من الأعراف ما كان مبطلاً للنصوص .
أو هادماً للقواعد القطعية العامة (٢) .

وبعد فتلك مصادر الفقه الإسلامي وفيها نصوص واجبة الاتباع وقواعد

(١) سورة المؤمنون رقم ٧١ .

(٢) أستاذنا الفاضل محمد مصطفى شلي ص ١٢١ في كتابه الفقه الإسلامي .

صالحه للتطبيق فاذا لم يوجد نص تشريعي فاجتهاد بطريق القياس والإلحاق
فما أشبه المنصوص عليه أثبت له حكمه ما لم يكن في هذا الإلحاق حرج ولا
مشقة فان وجد شيء من ذلك عدل عنه إلى طريق الاستحسان أو الاستصلاح
أو العرف القائم في المسألة

إن فقها يستمد حياته من هذه الينابيع المتدفقة لن يقف في يوم من الأيام
عن مسابقة الزمن ولن يتخلف عن ركب الحضارة مادام القاعون عليه يسرون
به في طريقه المستقيم طريق الاجتهاد المشروع الذي خطا به الفقه في أيامه
الأولى خطوات سريعة حتى سبق الزمن الذي عاش فيه .

قول الصحابي

اشتهر بعض الصحابة بالعلم والاجتهاد وصدر عن هؤلاء الفقهاء والمجتهدين - بعد وفاته ﷺ - فتاوى في حوادث ووقائع استجدت ولم يكن نص عليها ولم يفت فيها صلى الله عليه وسلم ونقل عنهم أحكام في مسائل فرعية .

فهل تعتبر تلك الفتاوى والاجتهادات والأحكام التي نقلت عنهم ودونت من مصادر التشريع الإسلامي .

فهل يرجع إليها المجتهد قبل أن يلجأ إلى القياس إذا ما أعوزه النص والإجماع لمعرفة الحكم الشرعي في المسألة الطارئة أولاً .

وبمباراة أخرى ، تعتبر فتوى الصحابي حجة بنسبها على السماع من النبي ﷺ فيكون قوله في فتواه في حكم السنة أي تعتبر فتواه في المسألة كروايته عن الرسول ﷺ حيث لا طريق لفتواه ورأيه إلا السماع مادام لا مجال للعقل والاجتهاد لمعرفة الحكم الشرعي .

بعد هذا التمهيد نقول :

اتفق العلماء على أن قول الصحابي ليس حجة على صحابي آخر مجتهد ، واختلفوا في كونه حجة على التابعين ومن عداهم من المجتهدين :

فقيل : ليس بحجة مطلقاً (٢) ، لإجماع الصحابة على جواز مخالفته كل

(١) كعبدالله بن عمر ، عبدالله عباس ، عبدالله بن مسعود ، زيد بن ثابت

معاذ بن جبل وغيرهم .

(٢) وهو رأي للرازي الاموي وأحمد بن حنبل .

واحد منهم فقد سكت الصحابة على مخالفة التابعين لبعض الصحابة مخالفة ناشئة عن اجتهاد وذلك اتفاق من الصحابة على جواز مخالفتهم .

وقيل حجة (١) لانه صلى الله عليه وسلم قال : (أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم) فإن هذا الحديث يدل على أن الاقتداء بهم هدى ومعلوم أن طلب الهدى واجب .

وترى أن ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول هو الراجح .

لأن لفقهاء الصحابة يخطئ . ويصيب في اجتهاده كغيره من المجتهدين لعدم عصمته من الخطأ وامتيازها بالصحة والورع والفضل لا يوجب على المجتهد أن يأخذ برأيه وأن يتلذه في مذهبه وقد اتفق العلماء على أنه يجوز للصحابة الفقيه أن يخالف رأى الصحابي الآخر مثله بل خالف الصحابة بعضهم بعضاً في مسائل اجتهادية كما رجح بعضهم عن فتواه إلى فتوى غيره فكما جاز للصحابي مجتهد أن يخالف رأى صحابي آخر مجتهد فإنه يجوز لغير الصحابي من المجتهدين أن يخالفه (٢) .

(١) مالك وأكبر الحنفية .

(٢) أنظر كتاب إرشاد العقول للشوكاني ص ٢١٤ ، المستصفي للقرظي

ج ١ ص ٢٦٠ وما بعدها ، سلم الوصول لعلم الأصول ص ٢٢٩

سد الذرائع

معنى سد الذرائع : والمراد بسد الذرائع إغلاق الطريق المباح الذي يؤدي إلى فعل محرم .

تعريفها لغة وإصطلاحاً :

وهي في اللغة : الذرائع جمع ذريعة وهي الوسيلة .
أما في الاصطلاح : هي الأمور المباحة في ذاتها والتي قد تكون وسيلة إلى المنغوظات بسبب أمور لا يستها .

والدليل عليها : قوله سبحانه وتعالى « ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم » (١) .
فالله سبحانه وتعالى ينهى المسلمين عن سب المشركين حتى لا يسب المشركون الله سبحانه وتعالى عدوا بغير علم .

ومن الفروع للفقهية التي أثبتت على هذا الأصل :

١ - الأصل أن التعامل بيمناً وشراء في التمر والتعنب مباح وما ذور فيه شرعاً .

لكن إذا علم البائع أن المشتري سيقوم بتحويلهما إلى مشروبات محرمة

فحيثما يتخذ يكون الاتباع حراماً لأنه أصبح وسيلة إلى محرم والذي يؤدي إلى محرم يكون محرماً مثله .

٢ - الأصل في الإجازة الإباحة ولكن لو علم المؤجر أن المستأجر سيصير المسكن إلى ما أدى للصوم أو ارتكاب المحرمات حرم ذلك العقد ومنع المؤجر شرعاً من تحرير هذا العقد مع أن الأصل في الإجازة الإباحة لكنها لما كانت وسيلة إلى محرم صارت هي حراماً ، الخ .

الاستصحاب

الاستصحاب منهاه :

إبقاء الحال على ما كان عليه حتى يقوم الدليل الذي يغيره .

فإذا ثبت حكم معين في الزمن الماضي فإن هذا الحكم يظل ثابتاً حتى يقدم الدليل على نفيه وإذا انتفى هذا الحكم بقي منفيًا حتى يقوم الدليل على ثبوته وقد نزع على ذلك قواعد استنبطها للفقهاء .

الأصل في الأشياء الإباحة :

لقد دل على هذه القاعدة أدلة كثيرة منها قول الله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً .

ومعنى ذلك جواز الانتفاع بكل ما خلقه الله بالنسبة لهذه وما عليها من تسخيرها لمصلحة الإنسان إلا ما ورد النص على المنع منه أخذاً من قوله تعالى وقل لا أجد فيما أوحى إلي محرماً على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دماً مسفوحاً أو لحم خنزير فإنه رجس أو فسقاً أهل لغير الله به ، .

وهذا يدل على أن الأصل في الأشياء المحل والإباحة وأن الشارع إذا قصد

تحريم شيء نص على تحريمه وما لم يحرمه فإنه يدخل في عموم الحلال وهذا
يشمل العقود والتصرفات .

ومن هنا نجد أن النبي صلى الله عليه وسلم ينهى عن كثرة السؤال ما لم يرد
نص على تحريمه . لأن ذلك يدل على غفلة السائل عن هذا الأصل فقد روى
عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال . إن أعظم المسلمين جرماً من سأل عن
شيء لم يحرم بغير من أجل مسألته (١) .

(١) انظر المدخل لدراسة الفقه الإسلامي للدكتور نصر فريد واصل

البحث الرابع

الاجتهاد والإفتاء والتقليد والقضاء والتحكيم

في الفقه الإسلامي

الاجتهاد

أهمية هذا البحث : كان لابد لنا من الكلام على الاجتهاد ومؤولاته .
لأن تكوين المذاهب الفقهية كان به ولكيلا يدعيه في عصرنا من لا يحسنه
ولأن الاجتهاد هو الذي تفرعت به الفروع في المذاهب واتسع به الاستنباط
والاجتهاد معناه بذل غاية الجهد للوصول إلى أمر من الأمور أو لبوغ
السكال في فعل من الأفعال .

وهو في اصطلاح علماء الاصول .

بذل الفقيه وسعه في استنباط الأحكام العملية من أدلتها التفضيلية .

أنواع الاجتهاد :

وبتفرع الاجتهاد إلى نوعين : إجتهد كامل ، وهو الخاص بطائفة العلماء

الذين اتجهوا إلى تعرف الأحكام من مصادرها الشرعية .

واجتهاد غير كامل : وهو خاص بالطائفة الذين لهم نوع إجتهد أي لهم

قدرة على الاجتهاد في بعض الجزئيات فقط ولا يكون المجتهد مجتهداً كاملاً

إلا إذا توافرت له مؤولاته وشروطه وهي :

الاجتهاد الكامل : سوف نتكلم هنا في شروط المجتهد الذي يطلق عليه

وصف المجتهد اجتهاداً كاملاً وأنه يشترط في هذا المجتهد شروط كثيرة .

أولها : العلم باللغة العربية : فلا بد أن يكون المجتهد عالماً باللغة العربية لأن القرآن نزل بها ولأن السنة التي هي بيانها جاءت بهذا اللسان العربي . وقد حدد الإمام الغزالي حجة الإسلام — القدر الذي يجب معرفته من العربية فقال : « إنه للقدر الذي يفهم به خطاب العرب وعاداتهم في الاستعمال حتى يميز بين صريح الكلام وظاهره ومجمله وحقيقته وبمازاه وعامة وخاصه ومحكمه ومتشابهه ومطابقه ومقيدته ، وغير ذلك وهذا لا يحصل إلا لمن بلغ في اللغة درجة الاجتهاد .

ومن هذا يفهم أن الغزالي يشترط العلم بالدقيق والتبحر في اللغة حتى يصل المجتهد في علمه إلى درجة الاجتهاد فيه لأن مصدر الشريعة الأول هو القرآن الكريم وهو أدق كلام في اللغة العربية وأبلغه ولا بد لمن يستخرج الأحكام منه أن يكون عليماً باللغة العربية .

ثانيها : العلم بالقرآن هو عمود هذه الشريعة ومصدرها الأول .

وقال العلماء إنه يجب على المجتهد أن يكون عالماً بدقائق آيات الأحكام في القرآن وهي نحو خمسمائة آية وعلمه بها يرجب أن يكون محصلاً لمعانيها عارفاً للخاص والعام فيها وبيان السنة لها وأن يكون عالماً بما استخترت أحكامه منها — على فرض أن فيه ناسخاً ومنسوخاً ، مطلقاً على أسباب النزول .

ولكن هل يشترط في المجتهد أن يكون حافظاً للقرآن الكريم كله ؟ قال بعض العلماء لا يشترط حفظه بل يكفي أن يكون عارفاً بمواقع آيات الأحكام حتى يرجع إليها في وقت الحاجة (١) .

(١) وقد وجدت مؤلفات اهتمت بدراسة آيات الأحكام — كتاب أحكام القرآن لابن عبد الله القرطبي وكتاب آيات الأحكام لابن بكر الرازي الشهير بالجصاص وغيرهما .

وروى عن الامام الشافعي أنه اشترط حفظ القرآن كله .
فالشها : العلم بالسنة : فيجب على المجتهد أن يكون على علم بالسنة القولية
والفعلية والتقريرية في كل الموضوعات التي يتصدى لدراستها .
ويجب كذلك أن يكون عالماً بالناسخ والمنسوخ منها وأن يعرف طرق
الرواية وقوة الرواة .

ولا يشترط أن يكون حافظاً للسنة المتعلقة بالاحكام بل الشرط أن
يعرفها ويعرف مواضعها وطرق الوصول إليها (١) .

وابعها : معرفة مواضع الاجماع ومواضع الخلاف ولاشك أن مواضع
الاجماع معروفة وهي تجرى في أصول الفرائض كالصلاة وعدد ركعاتها
وأوقاتها والزكاة وأصل فرضيتها . ومقاديرها والحج ومناسكه والهوم ووقته
وأصول المواريث والمحرمات من النساء .

وغير ذلك من الاحكام التي تتواتر الاخبار عليها .

كذلك يجب أن يكون عالماً باختلاف الصحابة والتابعين ومن جاء بعدهم
من الأئمة المجتهدين وأن تكون له قدرة الموازنة بين الصحيح وغيره .

ولا يشترط أن يكون محيطاً بجميع مواضع الاجماع وكذلك الخلاف
بل المهم أن يعرف ذلك في كل مسألة يتصدى لبحثها (٢) .

(١) وقد بذلت جهود ضخمة في هذا الميدان حيث هب العلماء بجمع السنة
فكانت كتب الصحاح الستة وبالتالي يسهل للمجتهد الرجوع إلى السنة .

(٢) وقد توافرت مؤلفات تشبع النهم في هذا الميدان فجمعت مواضع
الاختلاف من الصحابة والفقهاء . أمثال المقنى لابن قدامة والمحلى لابن حزم وبداية
المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد وفتاوى ابن تيمية وكتب أحاديث الاحكام
للشوكاني والصفاني وكتب آيات الاحكام السالفة الذكر وبذلك يسهل الرجوع
إلى مواطن الخلاف .

خامسها : معرفة القياس : يجب أن يكون المجتهد على علم تام بالقياس .
ويقول الاستوى في معرفة القياس بالنسبة للمجتهد : لا بد أن يعرفه
ويعرف شرائطه المعتبرة لأنه قاعدة الاجتهاد والموصول إلى تفاصيل الاحكام
التي لا حصر لها (١) .

وأن العلم بالقياس يقتضى معرفة ثلاثة أمور .

أولها : العلم بالاصول من النصوص التي يمكن أن تبنى عليها أحكام غيرها
والملل التي لها التأثير في أحكام هذه النصوص التي يمكن تطبيقها على الفروع
غير المنصوص عليها .

ثانيها : العلم بقوانين القياس وشرائطه — كما قدمنا سابقاً — كالأل يقياس
على ما يشبث أنه خاص بحال معينة لا يقاس عليها وكمعرفة أوصاف العملة التي
يبنى عليها القياس ويلتحق بالبناء عليها الفرع بالأصل .

وثالثها : أن يعرف المناهج التي سلكها الفقهاء من العلماء والسلف الصالح
في تعرف علل الأحكام والأوصاف التي اعتبروها أساساً لبناء الأحكام عليها
واستخرجوا بها طائفة من الأحكام الفقهية .

سادسها : معرفة مقاصد الأحكام . يجب على المجتهد أن يعرف مقاصد
الشريعة الإسلامية وأن يعرف المصالح التي يعتبرها المصارع الإسلامي وكذلك
يجب عليه أن يعرف ما يكون في الفعل من مصالحة ومضرة ويوازن بينهما .
فيقدم دفع المضار على جلب المصالح وما ينفع الناس على ما ينفع الآحاد .
سابعها ، صحة الفهم وحسن التقدير وإن ذلك هو الاداة التي يكون بها
استخدام كل الامور السابقة وأوجيها وتمييز الآرا من جيدها وغثها من سمينها .

فأمنها : صحة النية وسلامة الاعتقاد : فإن النية المخلصة تجعل القاب يستدير بنور الله تعالى فينفذ الى لب هذا الدين ويتجه إلى الحق لا يبغي سواه والشريعة نور لا يدركه إلا من أشرق قلبه بالإخلاص ، ولذلك نجد الأئمة الأعلام اشتهروا بالورع قبل أن يشتهروا بالفقه .

والإجتهاد كما قال الشاطبي سمو في التفكير وعلو في النفس وللمعلم ليكون في مكان النبي صلى الله عليه وسلم فيبين للناس شرع الله كما ذكره القرآن وكما يفهمه النبي صلى الله عليه وسلم فهل يصل إلى هذه المرتبة السامية من لم يسلم وجهه لله ويخلص في طلب الحق في هذا الدين (١) .

مراتب الاجتهاد

تعود المشتغلون بالفقه الإسلامى على تقسيم اجتهاد الفقهاء إلى طبقات وهذه الطبقات تختلف تبعاً للذاهب ونحن نقتصر على التقسيم الذى قسمه (٢) علماء الحنفية وهم يقسمونه إلى سبع طبقات :

١ — طبقة المجتهدين اجتهاداً مطلقاً وهم الفقهاء ومن سلك مسلكهم فى استنباط الأحكام من مصادرها الأصلية .

٢ — طبقة المجتهدين فى المذهب كـبعض أصحاب أبى حنيفة الذين خرجوا الأحكام على أقوال إمامهم وبناء على الأصول والقواعد التى وضعها إمامهم وكانوا فى بعض الأحيان يخالفونه فى أحكام بعض الجزئيات، إلا أنهم مع هذا كانوا يلتزمون بقواعد مذهبهم ولا يخرجون عنها .

٣ — طبقة المجتهدين فى المسائل التى لم يرد فيها حكم عن صاحب المذهب

(١) الأسنوى منهاج الأصول ج١ ص ٣٠٨ وما بعدها للذاهب الإسلامية

للشيخ محمد أبو زهرة من ١٠٠ إلى ١١٠ .

(٢) المختار ج١ ص ٥٨ .

وهؤلاء لا يختلفون في الأصول والفرع ولكنهم يستنبطون الأحكام التي
لائق فيها على ضوء منهجه وأصوله في الاستنباط .

٤ — طبقة أصحاب التخرج من المقلدين وهؤلاء يقلون عن مرتبة الاجتهاد
ولكن لمعرفة أصول وهواعد المذهب يستطيعون تفصيل الأقوال المجملة .
٥ — طبقة أصحاب الترجيح من المقلدين وعمل هؤلاء منحصر في ترجيح
بعض الروايات على الآخر :

٦ — طبقة المقلدين القادرين على التمييز بين الأقوى والقوى والضعيف
وظاهرة الرواية وهؤلاء هم أصحاب المتون المعتبرة من المتأخرين وهؤلاء ينقلون
الأقوال الصحيحة في المذهب دون غيرها .

٧ — طبقة المقلدين الذين لا يقدرّون على شيء إنما سبق وهؤلاء عملهم
ينحصر في نقل الأقوال فقط من غير تمييز بين الأقوال وهم أصحاب المصنفات

النوع الثاني من الاجتهاد

وهو الاجتهاد غير الكامل وقد قلنا سابقا إنه اجتهاد المجتهد في بعض
الأحكام دون البعض الآخر وبعبارة أخرى هل يجوز تجزئة الاجتهاد فيجوز
للمجتهد الاجتهاد في البيوع دون الانكحة مثلا ، خلاف بين العلماء .

فقال الجمهور لا يجوز أن يتجزأ الاجتهاد فلا يجوز للمجتهد أن يجتهد في
العبادات ويفلّ في المعاملات مثلا لأن ذلك جمع بين الضدين إذ الاجتهاد
والتقليد متضادان ولا يجتمعان في شخص واحد ولأن الشريعة متصلة الأجزاء
فلا يجتهد في جزء منها إلا من يحيط علما بها كلها إذ هي متآخية متصلة .

وقال الظاهرية وبعض المالكية وقول للحنابلة إن الاجتهاد يتجزأ فن علم

دليل موضوع من الموضوعات وكان على علم تام بأساليب العربية وفهم النصوص
يصح له أن يجتهد في هذا الجزء ولا يفتنى أصلاً من الأصول المقررة .

لأن المجتهد إذا علم بوسائل الاجتهاد وتوافرت له أدلة بعض المسائل
وغابت عنه أدلة مسائل أخرى فإنه يجوز له أن يفتى بما علم دليله وما لم يعلم
دليله يتوقف فيه حتى يعلم وكان كثير من الفقهاء يجيبون بقولهم : لا أدرى
إذا لم يعلموا الدليل .

وهذا والله رضى الله عنه قد أجاب في ست وثلاثين مسألة بقوله لا أدرى
وما قال ذلك إلا لفقده العلم بالدليل ومع هذا لم يزل وصف الإمامة عنه،
جل إنه هو إمام حقاً وصدقاً (١) .

(١) انظر المراجع الآتية في الاجتهاد الأسنوي لمنهاج الأصول ج٢ من ٣١٧
وما بعدها الموافقات للشاطبي ج٤ ص ٢١٢ وما بعدها الرسالة للشافعي ص ٥١٠
المذاهب الفقهية للفاضل الشيخ محمد أبو زهرة من ١٠٠ إلى ١٢٢ مذكرات في
أصول الفقه لإعانة من كلية الشريعة طبع ١٩٦٣ ص ٢٦٢ .

الافتاء

الإفتاء نوع من الاجتهاد، وهو أخص من الإجهاد لأن الاجتهاد وهو استنباط الأحكام الشرعية من مصادرها سواء أكان فيها سؤال أم لم يكن . أما الافتاء فانه لا يكون إلا عند السؤال عن حكم واقعة وقعت أو أصبحت وشيكة الوقوع الصحيح ويراد معرفة حكمها . والافتاء الصحيح . لا يكون إلا عند مجتهد توافرت له شروط الاجتهاد . بالإضافة إلى شروط أخرى لابد من تواجدها وهي :

معرفة واقعة الاستفتاء ودراسة حالة المستفتي والجماعة التي يعيش فيها .
ليعرف المفتي مدى أثرها سلباً وإيجاباً حتى لا يتخذ دين الله هزواً ولعباً .
شروط المفتي (١) .

روى عن الإمام أحمد بن حنبل أنه قال في شروط المفتي .
لا ينبغي للرجل أن ينصب نفسه للفتيا حتى يكون فيه خمس خصال :
١ - أن يكون له نية فان لم تكن له نية لم يكن عليه نور ولا على كلامه نور .

٢ - أن يكون على علم وحلم ووقار وسكينة .

٣ - أن يكون قوياً على ما هو فيه وعلى معرفته .

٤ - الكفاية وإلا مضغه الناس .

٥ - معرفة الناس .

(١) المذاهب الفقهية لاستاذنا الفاضل المنجرح محمد أبو زهرة ص ٦٢٣

وما بعدها .

ونرى من هذا أن الإمام أحمد يوجب على المفتي أن يلاحظ نفسية المستفتي كما يوجب أن يكون المفتي سمعاً حسن عند الناس كما لا بد أن تكون له بصيرة نافذة يدرك بها أثر فتواه فإن رأى أن أثر الفتوى قد يكون شيئاً كلف وإن رآه حسناً تكلم .

هل للمفتي أن يختار من الأقوال الفقهية ما يراه أيسر ؟
إذا لم تتوفر للمفتي أهلية الاجتهاد بأن لم يستوف شروطه فهل له أن يختار من أقوال المذهب ما يكون أيسر للناس ؟

نعم له ذلك إلا إنه يجب عليه أن يعتمد نفسه بشروط ثلاثة .

١ - ألا يختار قولاً متهاوناً في دليبه بحيث لو أطلع صاحبه على أدلة غيره لعدل عنه .

٢ - أن يكون فيما اختاره صلاح للناس وسير بهم في طريق وسط لا يتجه إلى طرف الشدة ولا طرف الاملال .

٣ - أن يكون حسن القصد في اختيار ما يختار فلا يختار لإرضاء حاكم أو لموى الناس ويتجاهل غضب الله تعالى ورضاه فلا يكون كأولئك المتقين الذين يتعرفون مقاصد الحكماء قبل أن يفتوا فهم يفتون لأجل الحكم لا لأجل الحق .

ويجب على المفتي أن يلاحظ الأمور الآتية :

١ - أن يتبع القول لدليبه فلا يختار من المذاهب أضعفها دليلاً بل يختار أقواها ولا يتبع شواذ الفتيا وأن يكون على علم بمناهج المذهب الذي يختار منه .

٢ - أن يجتهد في ألا يترك المجمع عليه عند الجمهور لا إلى المختلف فيه .

فتسلا :

إذا سئل عن تولى المرأة عقيد زوجها بنفسها لا يفتى - يقول أن حنيفة
الذى انفرد به عن الجمهور بل يفتى بقول الجمهور لأن العقد يشكون صحته
بإجماع الفقهاء ولا مانع من أن يبين قول أبي حنيفة ويشك للمستفتي الخيار
مع بيان وجه إختياره رأي الجمهور باعتبار أنها مسألة دقيقة في الجلال والحرام
يؤخذ فيها بالاحتياط .

وإذا كانت المسألة خلافية احتاط للشرع واحتاط بالمستفتي من غير خروج
فتلا إذا سأله رجل يريد زواج امرأة قد رضعت من أمه رضعة واحدة أفتاه
بذهب أبي حنيفة ومالك اللذين يمدان قليل الرضاع محرماً ولو كان مصة .
وإن كان السائل وقع في البلوى وتزوج امرأة بينهما رضاع لم تصل إلى
خمس رضعات ولم تعلم الواقعة إلا بعد أن عقب منها أولاداً فإن الاجتياح
يقضى الأولاد أن يفتى بذهب الجمهور .

ولكن شروط ذلك أن تكون الأدلة قد تراجعت لديه ولا يرى واحداً
منها قاطعاً في الموضوع .

الامر الثالث : ألا يفتى أهواء الناس بل يتم المصلحة والدليل والمصلحة
المعتبرة بمصلحة عامة .

الامر الرابع : يجب على المفتي أن يأخذ بما يفتى به فإنه إذا كان يترخص
لنفسه بأمور لا يبيحها للناس فإن ذلك يفقده العدالة إلا إذا كان الترخيص
بسبب شخصي لو توافر في غير ولافتاه بمثل ما ترخص به لنفسه

الامر الخامس : يجب على المفتي أن يتأنى ولا يتسرع في فتواه ولا يعيب
عليه في هذا مادام لم يكن مشتبهاً من الحق

ولقد كان الإمام مالك رضى الله عنه يتأنى في فتياه حتى أنه يقضى أحياناً
دراسة مسألة واحدة .

وقال في ذلك : ربما وردت على مسألة من المسائل تمنعني من الطعام
والشراب والنوم .

وفي الحق أن المفتي الأمين قائم بعمل هو عمل الأنبياء فالأنبياء كانوا
يقومون ببيان ما يحل ويحرم والمفتي ينقل للناس شرع الله ، وما قاله النبي
ﷺ فهو جالس في مجلسه ، ومن هنا فيجب على المفتي ألا يجعل لهوا
موضعا ويتوقف حيث لا يجب التقدم وينطق بالحق إن بدت له معاملة
لا يخشى في الله لومة لائم (١) .

(١) أنظر المذاهب الفقهية للمرحوم أستاذنا محمد أبو زهرة ص ١٢٧
وما بعدها .

التقليد

تعريفه :

هو في المصنف جعل الفلاة في العنق ومنه تقليد الهدى وهو أن يعلق في عنق البعير قطعة من جلد ليعلم أنه هدى فيكف الناس عنه .
وفي الاصطلاح : يعرفه الأصوليون بأنه العمل بقول الغير من غير حجة من الحجج الشرعية الملزمة .

فالتقليد هو الأخذ بمذهب الغير سواء عرف المقلد الحكم مع دليله من مذهب المجتهد الذي قلده أو أخذ به بلا دليل فخر المجتهد طالما كان أو طامياً سواء في التقليد ويجب عليه أن يقلد مذهب مجتهد من المذاهب الإسلامية المدونة المنقولة نقلاً صحيحاً .

والدليل على ذلك :

- ١ - قوله تعالى : « اسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون » .
- ٢ - عمل الصحابة (١) والتابعين (١) وتابعي (٢) التابعين فإنهم كانوا يفتنون العوام وقد جرى عملهم على أن من لم يبلغ رتبة الاجتهاد ويرجع فيما لا يعلم من الأحكام إلى من بلغها .
- ٣ - ليس في وسع العاقل أن يجتهد وليس في قدرته النظر في الأدلة الشرعية والاستدلال بها على الأحكام فلو كلف بذلك لسكان تكليفاً بالمال .

-
- (١) من هو الصحابي .
 - (٢) والتابعي .
 - (٣) وتابع التابعي .

ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها فيتمين أو يقلد مجتهداً يعتمد عليه في معرفة الأحكام ويرجع إليه في العلم والعمل بها .

الاستمرار على مذهب معين :

إذا التزم المقلد العمل بمذهب معين : كذهب الشافعية أو المالكية أو غيرهما من المذاهب المشهورة المعروفة فهل يلزمه الاستمرار عليه ؟
الجواب : والرأى الصحيح أنه لا يلزمه الاستمرار عليه ويصح له أن ينتقل من مذهب إلى مذهب آخر ما لم يكن القصد من الانتقال التلمذ والتشبه .
لأن من المقرر المعلوم أنه لا واجب إلا ما أوجبه الله ولا تكليف إلا بما كلف به .

وام يوجب الله على أحد أن يتخذ مذهباً معيناً ولم يكف أحداً من عباده أن يكون حنفياً أو شافعياً أو غير ذلك .

وانما أوجب الله على عباده اتباع شريعته وكلامهم بالعمل بأحكامها فما لا يتوصل إلى العلم به من الأحكام إلا بالنظر والاستدلال — وهو موضع الاجتهاد والمجتهدين وتقليد المقلدين — فإذا كان المكلف قادراً على معرفته بالاجتهاد والنظر في الأدلة الشرعية وجب عليه أن يجتهد وأن يعمل بما أداه إليه اجتهاده ، وان كان غير قادر على النظر والاستدلال سقط عنه الاجتهاد والنظر في الأدلة الشرعية . لأن ذلك ليس في وسعه ووجب عليه أن يتابع مجتهداً من الأئمة المجتهدين ويتخذ مذهبه مذهباً له ويجوز له أن ينتقل منه إلى مذهب آخر .

« وفي وسع عوام الأمة في عصرنا هذا أن يأخذوا بقول عالم من علماء أى مذهب من مذاهب الأئمة الأربعة المشهورة حيث دونت كتبها ونقلت

أب حنيفة فلان خروج الدم ينقض الوضوء وأما عند الشافعي فلان
لمس المرأة ينقض الوضوء (١) .
فيم يكون التقليد :

والتقليد لا يكون إلا في الفروع (وهي الأحكام الفقهية الظنية المتعلقة
بفعل المكاتب) وما عليه المحققون من الأصناف

وأما التقليد في الغمناذاتي الأحكام الاعتقادية المتعلقة بوجود الله وما يجوز
عليه وما لا يجوز وما يجب له وما يستحيل عليه وما يجوز في حق الرسل
عليهم الصلاة والسلام وما تجب في حقهم وما يستحيل عليهم إلى غير ذلك .
فقد اختلف فيه العلماء والصحيح أنه يجوز للعامة الذي لا يمكنه النظر
في الأدلة وتحريرها على طريقة المتكلمين التقليد فيها ولا يجب عليه النظر
اكتفاء بما حصل عنده من الاعتقاد الذي لا يحتمل الشك وأن إيمانه صحيح
والدليل على ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يكنى من الأعراب -
وليسوا أملا للنظر في الأدلة - بالتلفظ بكامن الشهادة المبني على الاعتقاد
الحازم ولم يطالبهم بالنظر ونصير الأدلة (٤)

(١) انظر سبل الوصول لعلم الأصول تأليف الاستاذ عمر عبد الله ٢٤٤ ص
ص ٢٤٥ وإرشاد الفحول للشوكاني ص ٢٦٥ وما بعدها الموجز في أصول الفقه
ص ٢٩٥

(٢) انظر الراجع السابقة
والموجز لأصول الفقه ص ٢٩٥ لسانه كلية الشريعة .

أبي حنيفة فلان خروج الدم ينقض الوضوء وأما عند الشافعي فلان لمس المرأة ينقض الوضوء (١) .

فيم يكون التقليد :

والتقليد لا يكون إلا في الفروع (وهي الأحكام الفقهية الظنية المتعلقة بفعل المكلف) وما عليه المحققون من الأضمة

وأما التقليد في الغنائم أي الأحكام الاعتقادية المتعلقة بوجود الله وما يجوز عليه وما لا يجوز وما يجب له وما يستحيل عليه وما يجوز في حق الرسل عليهم الصلاة والسلام وما يجب في حقهم وما يستحيل عليهم إلى غير ذلك .

فقد اختلف فيه العلماء والصحيح أنه يجوز للعامة الذي لا يمكنه النظر في الأدلة وتحريرها على طريقة المتكلمين التقليد فيها ولا يجب عليه النظر اكتفاء عما حصل عنده من الاعتقاد الذي لا يتحمل الشك وأن إمامه صحيح والدليل على ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يكنى من الأعراب - وليسوا أملا للنظر في الأدلة - بالتلفظ بكلمتي الشهادة المبني على الاعتقاد الحازم ولم يطالبهم بالنظر وأصير الأدلة (٢) .

(١) انظر سلم الوصول لعلم الأصول تأليف الاستاذ محمد عبد الله ٢٤٤ ص ٢٤٥ وإرشاد الفحول للشوكاني ص ٢٦٥ وما بعدها الموجز في أصول الفقه ص ٢٩٥

(٢) انظر الراجع السابقة .

والموجز لأصول الفقه ص ٢٩٥ لأمانة كلية الشريعة .

القضاء في الاسلام

القضاء عند علماء الشرع :

هو الحكم بين الناس بالحق والحكم بما أنزل الله (١)

لماذا شرع

يقول ابن فرجون (٢) : د وأما حكمته فرفع التهازح ورد النوائب
وقوع الظالم وقطع الخصومات والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ،
والقضاء شرع للحاجة إليه ولا يمكن للبشرية أن تستقر بدونه لأن فيه
أمراً بالمعروف ونهياً عن مضرّة المظلوم وأداء الحق إلى مستحقه ورداً للظالم
عن ظلمه وإصلاحاً بين الناس وتخليصاً لبعضهم من بعض فإن الناس
لا يستقيم أمرهم بدونه فيه الدماء تعصم وتسفح والأبضاع تحرم وتنكح
والأموال يثبت ملكها ويسلب والمعاملات يعلم ما يجوز منها ويحرم ويندب
ويذكره فالناس في حاجة إليه في كل وإلا أصبح الأمر فوضى (٣)

دليل مشروعيته

وقد دل عليه القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع والعقل .

أما القرآن وآيات كثيرة منها قوله تعالى د وأن احكم بينهم بما أنزل الله ،

(١) بدائع الصنائع للكاساني ج ٧ ص ٢

(٢) تبصرة الحكم لابن فرجون ج ١ ص ٨

(٣) المغني لابن قدامة ج ٩ ص ٣٤

وقوله تعالى أيضاً : فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم»
أما السنة فأحاديث كثيرة دلت على مشروعيتها بل على ضرورتها منها قوله
ﷺ : « إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإذا اجتهد وأخطأ فله أجر »
وما روى عنه ﷺ : « انه قال : هل تدرون من السابقون إلى ظل الله يوم
القيامة قالوا الله ورسوله أعلم قال : « الذين إذا أعطوا الحق قبلوه وإذا
ستلوه يدلوه وإذا حكموا للمسلمين حكموا كحكمهم لا أنفسهم »
أما الإجماع : فقد أجمعت الأمة من لدن حياته ﷺ على مشروعية
القضاء .

أما العقل : فإن ضرورة المجتمع تقتضيه لقطع المنازعات وإنصاف المظلوم
من الظالم وغير ذلك من المصالح التي لا تقوم إلا بإمام .
ومعلوم أنه لا يمكن القيام بما نصب له بنفسه فيحتاج إلى نائب يقوم مقامه
في ذلك وهو القاضي (١)

حكمه :

- (حكم تولية القضاء) وتولية القضاء أمر من الأحكام الآتية :
- ١ — فقد يكون توليه واجباً . فيجب على الشخص إذا تعين له ولا يوجد
من يصلح غيره .
 - ٢ — وقد تكون التولية مستحبة : إذا وجد من يصلح غيره لكنه هو
أصلح له وأقوم به .
 - ٣ — وقد تكون التولية مباحة : فيخير في قبوله أو رفضه إذا استوى .
هو وغيره في الصلاحية والقيام به .

(١) انظر للمراجع السابقة

(٢) انظر حاشية الدسوقي ج ٤ ص ١٣١ ، المعنى لابن قدامة ج ٩ ص ٣٥

٤ — وقد تكون التولية محرمة : إذا علم من نفسه العجز عنه وعدم الإنصاف فيه لميله لاتباع الهوى .

٥ — وقد تكره التولية : في حالة ما إذا كان صالحا لحاله لئلا يكون يوجدمن هو أصلح منه .

تاريخ القضاء

والقضاء كان معروفاً في العهود القديمة السابقة على الإسلام بنظمه وقرائنه ولو أتمه وإن اختلفت طريقتيه ومنهجه فكان لدولة الفرس وقدماء المصريين وعند آل حوراني والآشوريين قضاء كما كان للعرب قضاة يرجعون إليهم في منازعاتهم غير أنهم ليس لهم قانون مدون يرجعون إليه وإنما كانوا يصدرون أحكامهم طبقاً لعاداتهم الموروثة .

وكان القضاء عند العرب يسمى حكومة والقاضي يسمى حاكماً وكان حكم العرب يعقدون مجالس الحكم في خلال الأشجار أو خيام تضرب حتى بنيت الدور والامكن ومن الدور الشهيرة دار الندوة بمكة .

ولما جاء الإسلام وبمض ﷺ كان من مهامه أيضاً الفصل في الخصومات حيث يقول الله تعالى (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً) (١)

ومعروف أن القانون الواجب التطبيق هو ما أشار إليه الله تعالى في قوله (فاحكم بينهم بما أنزل الله) (٢)

فقيام ﷺ بهذه المهمة خير قيام أمثالاً أوامر ربه وسهر على تنفيذ تلك المهام وكان قضاؤه ﷺ عن طريق اجتهاده مستلهاً بذلك روح الشريعة

(١) سورة النساء ٤٨

(٢) المائدة ٤٨

الغامة وقد روى البخارى أنه صلى الله عليه وسلم قال لرجلين اختصما إليه في مواريث بينهما قد درست ليس بينهما بيعة : إنما أنا بشر مثلكم وإنكم تختصمون إلى ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض ،

وكان الرسول صلى الله عليه وسلم يطلب من الخصم لإثبات دعواه عن طريق وسائل الإثبات كالبيعة واليمين وشهادة الشهود .

ومن هنا نراه يقول : د البيعة على من ادعى واليمين على من أنكره ، ويقول : أمرت أن أحكم بالظاهر والله يتولى السرائر ، ولم يقتصر هذا الأمر عليه صلى الله عليه وسلم وحده بل اتسعت الدولة الإسلامية ودعت الضرورة إلى وجود ولاية وقضاة هنا وهناك درهمهم صلى الله عليه وسلم على ذلك فأرشدهم إلى الطريق الصحيح فقد روى أنه عليه الصلاة والسلام أرسل معاذ بن جبل إلى (الجند) ليعلم الناس القرآن وشرائع الإسلام ويقضى بينهم وجعل له قبض الصدقات من العمال الذين باليمن ورغم أنه أسند إليه القضاء وغيره فإنه لم ينايته بالقضاء سأله كيف تقضى إذا عرض لك قضاء ؟

قال أفضى بكتاب الله قال فإن لم تجد في كتاب الله قال أفضى بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فإن لم تجد في سنة رسوله ؟ قال اجتهد رأيي ولا ألو ، فسر النبي صلى الله عليه وسلم من معاذ لمعرفة للمصادر التي يأخذ منها أحكامه وترتيبها وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يملكى القضاة أجراً مناسباً لاحتياجاتهم .

أما القضاء في عهد الخلفاء :

فكان القضاء في عهد أبي بكر رضى الله عنه قريب الشبه بما كان عليه أيام الرسول صلى الله عليه وسلم لا تشغال سيدنا أبي بكر بأمر ومشاكل سياسية طرأت في عهده وعلى رأسها مواجهة المرتدين . فلم يحدث هناك في مجال القضاء أو في تغيير ويحكى أنه فلد عمر ابن الخطاب منصب القضاء إلا أنه لصالح الناس

في ذلك الوقت ولما عرف عن سيدنا عمر من شدة وحزم لم يلجأ إليه خصوم إلا نادرا .

ولما اتسعت رقعة الدولة الإسلامية إبان خلافة سيدنا عمر بن الخطاب اضطر مع هذا الاتساع تعيين قضاة في الأمصار الإسلامية غير الولاية ليقوموا بمهمة الفصل في الخصومات التي تقع بين الناس فولى أبي الدرداء قضاء المدينة وولى القاضي شريحا قضاء البصرة وأباموسى الأشعري قضاء الكوفة . وهكذا .

كان القضاء في زمن سيدنا عمر يفصلون فقط في الأفضية للآلية والجنائيات . سواء ما يتعلق فيها بالتصاص أو الحدود فانها في عهد الخلفاء كانت من اختصاص الخليفة وولاية الأمصار .

وكان القضاء يجرى في عهدى سيدنا أبي بكر وعمر رضى الله عنهما في المسجد أما في عهد سيدنا عثمان فقد بنى دارا للقضاء .

ولم يكن للقاضي كاتب أو سجل تدرن فيه الأحكام . لار القاضي كان يقوم بتنفيذ الحكم بنفسه عقب إصداره كالم يكن له مكان خاص .

ولعما كان القاضي أولا يجلس بمزله ويحضر إليه أصحاب الخصومات فيقضى بينهم ثم أصبح يجلس في المسجد للفصل في الخصومات .

وكان القاضي يتعرف على الحكم في القرآن الكريم فإن لم يجده نظر في السنة فإن لم يجده سأل الناس هل فيكم من يعرف هذا في السنة فإن كان طالبه بشاهد معه أو يهلف — على صدق ما يقول وإلا اجتهدوا اجتهدا جماعيا إذا كان يتعلق بالجماعة .

وكان القضاء يأخذون روايتهم من بيت المال بما يسكنى حاجاتهم وكان

الخلفاء يرشدون الولاية والقضاة ويوجهونهم إلى ما ينبغي أن يكون عليه سلوكهم مع المتخاصمين ، ومن هذا رسالة سيدنا عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري قاضي الكوفة وذلك الرسالة تعتبر دستورا للقضاء حتى الآن ونذكر جزءا منها (نظرا لضيق المقام ومن أراد الرسالة كاملة فليُنظر كتاب إعلام للواقفين لابن القيم ١ / ٨٥) .

د أما بعد فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة فافهم إذا أدلى إليك فإنه لا ينفع تسكلم بحق لا نفاذ له آسى بين الناس في مجلسك وفي وجهك وقضائك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا يياس صعيث من عدلك البيضة على المدعى واليمين على من أنكرك ... الخ ، .

— أما للقضاء في العصر الأموي . فقد زادت رقعة الدولة الإسلامية وتبع هذا تفرق الصحابة والتابعين وكان الخلفاء يعينون الولاية للأقاليم والولاية يختارون القضاء ليتولوا الفصل في الخصومات . وكان القاضى في الغالب مجتهدا . يقضى فيما لا نص فيه قاطع ولا إجماع برأيه واجتهاده وإذا اختلط عليه أمر أو اشتبه شاور من يجاوره من العلماء أو الخليفة وكان القاضى لا يلتزم برأى معين ، غير أنه لم يكن للقاضى سلطة الفصل في العقوبات التأديبية كالحبس وغيره وإنما كان ذلك للخليفة أو نوابه .

أما تنفيذ الأحكام . فقد كان القضاة يشرفون عليه بأنفسهم أو بواسطة نوابهم بتوجيه منهم .

وكانت طريقة الفصل في الخصومة : أن تعرض الدعوى فينظرها القاضى ويفصل فيها ويعرف الخصمين بحكمه ويبين للمحكوم عليه ما بنى عليه الحكم .

ولم يكن تسجيل الأحكام معروفًا حتى ذلك الوقت حتى قامت الضرورة والحواعى لذلك حيث حكى (١) أن قاضيا في مصر في عهد معاوية يسمى (سليم بن عدى) . كان قد قضى في ميراث بين ورثة تخاضعوا إليه ثم تناكروا الحكم الذى أصدره القاضى واختلفوا فيه . فمادوا إليه مرة أخرى فحكم بينهم ودون الحكم فى سجل خاص فكان أول حكم قضائى يسجل .

أما القضاء فى العصر النبوى فقد تغير كثيرا عما كان عليه الحال من قبل حيث ظهر فى هذا العصر كثرة المذاهب والمدارس والمذاهب الإسلامية على اختلاف طرائقها ومناهجها ووجد التقليد وكان القضاء فى كل إقليم يهيم على مذهب هذا الإقليم الأمر الذى أدى إلى وجود الاختلاف بين الأحكام على الرغم أن الحادثة واحدة وقد ترتب على هذا وجود البلبلّة والاضطراب فى الأحكام وقد أفزع هذا بعض المفكرين فكتب ابن المقفع إلى الخليفة أبى جعفر المنصور أن يجمع الناس على قانون عام موحد يكون ملزما للقضاة فى سائر الأقاليم الإسلامية توحيدا للقضاء .

وقد عرض الخليفة هذا الأمر على الإمام مالك طالبًا منه تحقيق تلك الأمنية إلا أن مالكًا رفض تلك الفكرة وخشى أن يقلده الناس الأمر الذى يلزمه .

وقد كان للقضاء فى ذلك العصر ولاية خاصة وللقضاء رئيس منهم يؤمّمهم ويشرف عليهم ويتولى أمرهم وهى مهمة أشبه ما يكون بوظيفة التفيتش القضائى حيث كان لرئيس القضاء حق التعمين والعزل ومراجعة الأحكام وأول من قلد ذلك المنصب هو الإمام أبو يوسف ذلك الفقيه الحنفى المعروف

(١) أنظر المدخل للفقّه الإسلامى للعلامة د. محمد سلام المذكور ص ٣٤٠

الذي نال محبة الخلفاء لعله وعقله فعيّنوه في أعلا مناصب الدولة وكان هذا المنصب يعرف بقاضى القضاة وقد عمل الإمام أبو يوسف على تعيين القضاة من الحنفية فقط مما زاد مذهبهم نماء وانتشارا وولده كثيرون في ذلك الوقت طلبا لمهنة القضاء .

وقد كانت تنأور ملحوظ في القضاء بعد ذلك أى بعد اتصال الأقطار الإسلامية عن حكومة بغداد وأصبح لكل إقليم قاضى القضاة وأصبح للقضاة والعلماؤى شواخص يميزهم عن غيرهم من عامة الناس وأقيم بين يديه من ينسج الناس عن التقدم فى غير وقتها ويحافظ بالنظام ويحضر له الخصرم وحددت للقضاة أيام تنظر فيها القضايا فقط دون غيرها وأصبح هناك عناية بالسجلات وتسجيل الرعايا والديون فيها واتسعت ولاية القضاء فأصبح له سلطة فى النظر فى أغلب الخصومات (١) .

وقد كانت للقضاة سيادة تامة فى جميع أقطار العالم الإسلامى ومنها مصر واستمرت هذه السيادة حتى تبعت مصر الدولة العثمانية إلا أنها احتفظت لنفسها بحق تعيين القضاة وتبعية السلطة القضائية : وقد خدمت الدولة العثمانية وأفرطت فى التسامح مع غير المسلمين من الذميين فجعلت لهم قضاءا خاصا بتلك الطوائف المليية وقد سرى هذا فى مصر باعتبارها جزءا من الدولة العثمانية .

ومن هنا نعلم أنه وجد بمناصب القضاء الإسلامى قضاء على طائفتى .

وفى سنة ١٨٧٦ أكتمل لمصر سلطانها القضائى وولايتها عليه وكانت

(١) انظر تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٢٨ ومقدمة ابن خلدون

جهات القضاء قد تعددت وكذلك القانون الواجب التطبيق حتى أصبح في مصر خمسة أنواع من القضاء (في عهد الخديوى توفيق) .

- ١ - القضاء الشرعى . وكان هو الأصل ومصدر أحكامه الفقه الاسلامى .
- ٢ - والقضاء القنصلى وكل محكمة منه تقضى بقانون بلدها خروجاً على أصل أفليمية القضاء فى الدولة الإسلامية إذ لا يجوز قيام قضاء أجنبى من إقليم الدولة الإسلامية .
- ٣ - والقضاء المختلط وقد أنشئ سنة ١٨٧٥ .
- ٤ - والقضاء الأهلى وأنشئ سنة ١٨٨٢ . ومصدرهما القوانين الأجنبية .

٥ - والقضاء اللئى ومصدره ديانات الطوائف غير الإسلامية .

وهكذا تعددت جهات القضاء فى مصر ثم اتجهت مصر بعد ذلك للتخلص من هذا الوضع الشاذ فألغت القضاء القنصلى والمختلط ووجدت للقضاء بعد ذلك فالغت المجالس المليية والمحاكم الشرعية بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . اعتباراً من أول يناير سنة ١٩٥٦ وأحيلت القضايا التى كانت منظورة أمامها للقضاء العادى (المحاكم الأهلية السابقة) أنشئ فيها دوائر أحوال شخصية للمسلمين والقانون المطبق فيها هو قانون يستمد أحكامه من الفقه الإسلامى . كما أنشئت دوائر كذلك لتنظر قضايا الأحوال الشخصية لغير المسلمين .

تلك نبذة فصيحة عن تاريخ القضاء فى عهد الإسلام وهو من غير شك فى عهده الأولى منها كان المحكم القضائى صفة دينية لأنه يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية مما يكسبه قوة ومهابة لا تخافة من قوة الحاكم التى تعمل على تنفيذ الأحكام وإنما خوفاً من بطش الله وخشية غضبه . ولذا فإن المحاكم

أنفسهم كانوا يدعون إلى مجلس القضاء إذا خاصمهم أحد شأنهم شأن أى فرد فينتقلون إلى مجلس القاضى ويدخلونه بكل توفير تاركين أهبة السلطة خارجة وكثيرا ما يحكم القاضى على الخليفة أو الوالى فيرضخ للحكم الشرع .

ومن هذا — ما حدث بالنسبة للخليفة المنصور فقد ادعى عليه جماعة حقا أمام القاضى محمد بن عمر الطلحى فأرسل القاضى للخليفة يستدعيه فاستجاب الخليفة وحضر ولما حضر الخصوم سوى القاضى بينهما فى المجلس وبعد سماع أقوال طرفى الخصومة حكم القاضى ضد الخليفة وبعد عودة أمر باستدعاء القاضى بعد أنصراف الناس عن مجلسه . فذهب القاضى وهو مخشى غضب السلطان ولكنه لما مثل بين يدى الخليفة قال له المنصور جزاك الله عن دينك ونيك وعن خليفتك أحسن الجزاء (١) .

كيف يعين القاضى فى الشريعة الاسلامية ؟ : لا يجوز تعيين القاضى إلا من قبل الامام (أى الحاكم العام فى الدولة) أو من قرض إليه الامام ذلك لأن القضاء من المصالح العامة التى يحتاج إليها الناس فى حياتهم ومعاملاتهم ولأنه يترتب عليه انتقال الحق من ذمة إلى ذمة وتنفيذ الواجب ولا يقدر على ذلك إلا الإمام .

أما السر فى تركيز سلطة القضاء بيده واحدة هى يد الحاكم الأعلى أن الامامة فرضت الأمر كله إليه فلا يقتات فى شيء عليه ولهذا لم يختلف الفقهاء فى أن المصالح العامة لا يباشرها إلا هو بنفسه أو من يفقيه فى ذلك ومعلوم أن القضاء من المصالح العامة .

(١) أنظر المدخل فى الفقه الاسلامى لأستاذنا العلامة د . محمد سلام

يقول ابن خلدون (في مقدمته) :

أما القضاء فهو من الوظائف الداخلة تحت الخلافة لأنه منصب الفصل بين الناس في الخصومات حسبما للتداعي وقطعاً للتنازع لأنه عمل بالأحكام الشرعية المأخوذة من الكتاب والسنة فكان القضاء لذلك من وظائف الخلافة ومندرجاً في عمومها وقد أشار القرآن لذلك في قوله سبحانه وتعالى :
(يادود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق (١)) .

وإذا كان القضاء جزءاً من وظيفة الخلافة وكان للخليفة مباشرة جميع وظائفه فإن له أن ينوب عنه من يقوم بهـ أو ببعضها إذا توافرت فيه شروط النيابة ويؤيد ذلك ما ذكره الفقهاء من أن القاضي وكيل السلطان غير أنه لا ينعزل بموته كسائر الوكلاء استثناء من القاعدة العامة لشدة الضرر وتعطل مصالح الناس إذا قلنا بانعزاله وطبقنا عليه القاعدة العامة من جميع وجوهها (٢) .

وللحاكم عزل القاضي المولى من قبله إذا وقع منه ما يقتضى العزل ، وإلا فإن الأولى (٣) أنه لا يعزله دون مقتضى لأن عقده لمصلحة المسلمين وقد تعلق به حق الأمة فلا يملك عزله مع سداد حاله . كما أن للقاضي أن يعزل نفسه ويكون ذلك باستقالته من عمله غير أنه لا ينعزل حتى تقبل استقالته وعلى هذا فأحكامه قبل قبول استقالته تكون نافذة .

ولا يخضع بموت السلطان أو نائبه ولا يحتاج إلى تجديد اليقين لأن القاضي يستمد ولايته القضائية من الولاية العامة الحاصلة لولي الولى بتولية الأمة .

(١) سورة (ص) ٢٦ .

(٢) انظر نظام القضاء في الإسلام للدكتور إبراهيم عبد الحميد .

(٣) تبصرة الأحكام لابن فرجون ٦١/١ .

له فهو في الحقيقة وكيل عن الأمة ويحكم باسمها وليس وكيلا عن
السلطان ذاته ،

ما هي شروط القضاء ؟

لا يعين قاضياً ولا ينفذ قضاؤه إلا من استكملت فيه الشروط الآتية (١)
أولاً : أن يكون مسلماً لأن الإسلام شرط في جواز الشهادة على المسلم .
لقوله تعالى « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً » فلا يجوز لمغير
المسلم تولية القضاء عن المسلم ؛ لأن شهادته عليه غير مشروعة أما تولية غير
المسلم على غير المسلم فجائز عند الحنفية .

ثانياً . أن يكون عدلاً فلا يجوز تولية فاسق القضاء ويرى الحنفية أن
قضاء الفاسق نافذ ما دام موافقاً لأحكام الشرع والقوانين الموضوعية له .

ثالثاً : أن يكون عالماً بالأحكام الشرعية بالتمسك أو بطريق القدرة على
الاجتهاد وإن كان الحنفية يرون جواز تولية المقلد لأحد المذاهب .

رابعاً أن يكون سليم النطق والسمع والبصر . لأن الآخرس لا يستطيع
النطق بالحكم ولا يفهم جميع الناس إشارته والأصم لا يسمع قول الخصمين
والأعمى لا يتكشّف الخصوم .

وقد قيل بجواز أن يكون القاضي ضريباً (١) أما سلامة باقي الأعضاء
فغير معتبرة في القاضي وإن كانت السلامة من الآفات أهميب لذوى الولاية (٢)
خامساً : أن يكون عاقلاً ، لأن العقل مناط التكليف والمراد بالعقل هنا
أن يكون صحيح التمييز جيد الفطنة بعيداً عن السهو والغفلة .
سادساً : أن يكون بالغاً لأن غير البالغ لا تصح شهادته والقضاء ولا إقامة
والشهادة ولا إية خاصة فإذا لم يصلح للخبره فمن باب أولى لا يصلح للكل .

(١) المغنى لابن قدامة ج ٩ ص ٤٠

(٢) الأحكام السلطانية للماوردي ج ٦٢

وقد ورد عن الإمام أحمد أن النبي ﷺ قال : تعوذوا بالله من رأس
السيئين ومن إمارة الصبيان .

إذ التعوذ لا يكون إلا من شر فيكون تقليد الصبيان فساداً في الأرض
ومضرة

سأماً أن يكون ذكراً هـ . لا يصح قضاء المرأة وخالف في ذلك الخنفية
وقالوا إنه يجوز للمرأة أن تفضي فيما عدا الحدود والقصاص (١) .

ما يجب أن يحكم به القاضي ؟ :

القاضي يستمد الأحكام من الفقه الإسلامي فهو يعتمد إما على النصوص
قطعية الدلالة والثبوت من القرآن والسنة أو الأحكام المجمع عليها وإن لم يجد
شبهاً من ذلك قضى باجتهاده وإن خالف رأى غيره من المجتهدين لأن في عقيدته
أن ما وصل إليه باجتهاده هو الحق إلا أنه ينبغي له أن يستشير أهل الفقه
في ذلك كما عرف عن فقهاء الصحابة فان اختلفوا في حكم الحادثة رجح هو
ما أطمئن إليه نفسه وقضى به . وعلى هذا فإنه إذا انتهى إلى رأى في أثناء
بجسه ومشاررته للفقهاء وكان ذلك الرأى مخالفاً لرأيهم جميعاً فإنه يلزمه أن
يقضى بما يراه ويرى بل قال الفقهاء إنه يحرم عليه أن يأخذ برأى غيره ،
والمجتهد غير ملزم باتباع ما قضى به في حادثة سابقة وله أن يعدل إلى
ما أطمأن إليه نفسه . وهذا كله إذا كان القاضي مجتهداً .

أما لو كان القاضي مقلداً فإنه يجب عليه أن يحكم طبقاً للمذهب إمامه متبعاً
لأرجح الآراء إن كان له الإمام بها فهو يحكم بأصل المذهب وإن كان الحكم
بغير قول الإمام نفسه كإبن وهب وابن القاسم في المذهب المالكي مثلاً . لأن
المقلد متى خالف معتمد مذهبه لا ينفذ حكمه وينقض .

وعلى هذا لا يجوز للقاضي المقلد أن يقضى بغير مذهبه وإلا نقض حكمه ولم ينفذ . وإذا قيد الحاكم القاضي أن يقضى بخلاف مذهبه أو بالضميف من مذهبه فهذا التقييد باطل . لأن القاضي مأمور أن يحكم بالحق والحق ما يعتقده صحيحاً سواء أكان الاعتقاد عن طريق بذل الجهد والنظر أم عن طريق الاقتناع برأى الإمام والعلم بمذهبه . ولما قيد القانون في مصر من زمن عميد القضاء في المحاكم الشرعية على المذهب الحنفي فقد استلزم ذلك أن يكون القضاء فيها مقصوراً على من كان حنفي المذهب حتى لا يحكم القاضي بخلاف مذهبه بأمر السلطان .

كما تقدم علمت أن القاضي قد ينضى باجتهاده إن كان مجتهداً وبأن يقضى بمذهب إمامه إن كان مقلداً وقد يلزم من قبيل الحاكم بالقضاء بمذهب معين ورأى معين . وقد ترتب على كل هذا بلبلة واضطراب في الأحكام لوجود الخلاف بين المجتهدين في الأحكام ولتعدد المذاهب الإسلامية الأمر الذي أدى بآبن المقفع في القرن الثاني الهجري أن يطلب من الخليفة المنصور أن يجمع الناس على رأى واحد ثم تطورت الفكرة حتى فننت كثير من الأحكام الشرعية بواسطة كبار رجال الفقه الإسلامى عن أهل الاجتهاد .

أما القضاة فوظيفتهم هى تطبيق الأحكام الشرعية وتنفيذها بسلطان القضاء ولاشك في أن الأحكام الواجبة التطبيق إذا كانت محددة معينة معروفة للقاضي والمتقاضى كان ذلك أدعى إلى تحقيق العدالة والتيسير على الناس وأكفل لتحقيق المساواة بينهم وطمأنة نفوسهم بالنسبة للقضاة فلم يكن من بد من وضع الأحكام الشرعية القضائية فى صيغ قانونية تتولاها طاقة من فقهاء الأمة من أهل الرأى والاجتهاد . ولا خير فى ذلك ما دامت هذه الأحكام مستمدة من الفقه الإسلامى بمختلف مذاهبه وآرائه . وهذه

النصوص تعتبر قطعية ويجب على القاضى اتباعها ولا يجوز له مخالفتها . وإذا حدث عنده غرض وخفاء في تطبيقها على بعض الحوادث اجتهد في حدود هذه النصوص ولا يخرجها عن مصدر المدالة (١) .

ما الذى يطبق على غير المسلم في بلادنا ؟

إذا عرضت على القاضى قضية خصمها لا يدينون بالإسلام لكنهم يتمتعون بالإقامة في الوطن الإسلامى .

كالذمى (وهو الذى يتمتع برعوية دار الإسلام له ما للمسلمين وعليه ما عليهم) .

والمستأمن (وهو من أهل دار الحرب الذى دخل في دار الإسلام بعقد أمان مؤقت) .

فهل القاضى يطبق شريعتنا أم شريعتهم ؟

للفقهاء في ذلك مذاهب شتى نجملها فيما يأتى :

فيقول الحنابلة والمالكية : إذا احتكروا إلى قضائنا فللقاضى أن ينظر قضاياهم لقوله تعالى (فإن جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم) .

إلا إذا كان أحد الخصوم مسلماً فإنه يجب عليه أن ينظر الخصومة دون تردد .

هم بالخيار إما أن يلجئوا إلى قضائنا وللقاضى في هذه الحالة جواز النظر في قضاياهم إلا إذا كان أحد الخصوم مسلماً فيجب على القاضى النظر دون تردد .

(١) انظر تبصرة الحكام لابن فرحون ١٦/١ — الأحكام السلطانية

٦٤/٦ البدائع ٤/٧ حاشية ابن عابدين ٤/٣٦٩ .

وإما أن يمين قاضيا من جانبهم يؤولونه عليهم يسكون له صفة
رياسة عليهم .

أما الشافعية والظاهرية . فيرون أنه يجب على القاضى أن ينظر فى جميع
قضاياها مطالباً بلا فرق بين قضائية وأخرى . سواء اتحدت ملة الخصوم
مذاهبهم أم اختلفت .

وفى الجملة :

فالقانون الواجب التطبيق هو القانون الإسلامى سواء أكانت الخصومة
بين مسلمين أو بين ذميين لقوله تعالى : (فاحكم بينهم بما أنزل الله) .

فلا يطبق قانون على الذميين غير الذى يجب أن يطبق على المسلمين بلا
استثناء إلا قضائياً رأى بعض الفقهاء أن يقرروا عليها وفى مقدمتها قضايا
لانكحة وتصرفاتها التى تمت بالقبض قبيل الترافع إلينا بالنسبة للخمر
في الخبر (١) .

مسئولية القاضى :

إذا حكم القاضى وتبين لنا أن حكمه مخالف :

١ — فإن كان متممداً وأمر بذلك بطل حكمه ولم ينفذ لكن لو نفذ
وترتب عليه شيء . لزمه الضمان ويعزر ويعزل لارتكابه هذه الجريمة .

٢ — أما إذا كان خطؤه غير متممد . فإن كان فى حق من حقوق العباد
وأمكن تدارك الأمر فإن الحكم يبطل بانهقضه لأن القضاء لا يحتكر فض
المنازعات بين الناس وإنما يشاركه فى ذلك التحكيم . وإن نفذ الحكم ، فإن

(١) انظر المدخل لدراسة الفقه الإسلامى لاستاذنا د محمد سلام / ٣٨٥

- كان أساس الخطأ تدليس المدعى فيما أثبت به الدعوى كان الضمان في مال
المقضى له ، حتى ولو كان الحكم بالتقصص بإثباته تلزمه الدية ولا يقتض منه .
وإذا لم يكن منشأ الخطأ ما ذكر وإنما كان من اجتهاد القاضى فلا شيء . أى
لا ضمان على القاضى ولم يبطل القضاء .

٣ - أما إذا كان الأمر المقضى فيه حقاً من حقوق الله تعالى كالزنا
والسرقة بطل القضاء ووجب الضمان في بيت مال المسلمين إذا كان الحكم
قد نفذ .

لأن ولايته في الواقع يرجع استمدادها من طامة المسلمين ويقضى هذا
للمصالح العام فينبغى أن يكون الضمان في بيت مالهم (١) .

التحكيم

والتحكيم : أن يتحاكم شخصان إلى من يصلح أن يكون حاكماً ليحكم بينهما
في أمر فيه نزاع .

والتحكيم جائز والإجماع منعمد على جوازه والعمل به .

وشرع للحاجة إليه لأنه قد يشق على بعض الناس الحضور إلى مجلس
القضاء . فيقتضى بينهما الحكم .

والأصل فيه قوله تعالى : فابشوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن
يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما . وقد عمل الرسول ﷺ بحكم سعد بن معاذ
في بني قريظة لما اتفقت اليهود على الرضا بحكمه فيهم مع رسول الله ﷺ
وقد تحاكم سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنه وأبى بن كعب إلى زبد بن
ثابت لما تنازعا في نخل بينهما .

(١) انظر القضاء في الإسلام د سلام مذكور/ ٣٧٢ والسلطة القضائية

ما يجوز فيه التحكيم :

فريق من الشافعية . يجوز التحكيم في كل الخصومات التي تنشأ بين الناس .

وقال آخرون منهم : لا يجوز التحكيم إلا في الأموال : أما النكاح والقصاص واللعان والحدود فإنه لا يجوز فيها التحكيم . لأنها حقوق بنيت على الاحتياط .

وقال ابن فرحون : ان التحكيم جائز في الاموال وما في معناها ولا يقيم المحكم حدا ولا يلاعن بين الزوجين ولا يحكم في قصاص أو قذف أو طلاق .
هل التحكيم ملزم بالنسبة للخصوم :

ما يقضى به الحكم ملزم ويجب نفاذه عند الإمامين ابن حنيفة وأحمد . وروايته عند الشافعي .

وقيل : إن حكمه غير ملزم إلا إذا ارتضياه بعد إصداره لأن من جاز حكمه لزم حكمه كالقاضي وهذا الرأي لبعض الشافعية .

ولكل واحد من الخصوم أن يرجع مادام الحكم لم يصدر حكمه لأنه مقلد من جهتهم فلمما عزله قيل أن يحكم أما إذا حكم فيما حكم فيه قبل عزله نفذ الحكم ولم يبطله العزل .

شروط الحكم : قال الحنفية كل من تقبل شهادته في أمر جاز أن يكون حكما فيه ومن لا فلا ولا بد أن يكون أهلا للشهادة من وقت التحكيم حتى صدور الحكم وإلا كان حكمه باطلا (١) .

وقال عابدية المالكية والشافعية يشترط في الحكم أن يكون أهلا لولاية القضا (٢) .

(١) انظر . فتى المحتاج ٣٧٨/٤ - حاشية الدسوقي ١٣٦/٤ .

(٢) تبصرة الحكام ٤٣/١ ، المغني لابن قدامة ١٠٨/٩ معين الحكام ٢٥

والحكم الحق في سماع البيعة وكل وسائل الإثبات وقد نظم قانون المرافعات
المضرى كل ما يتعلق بنظام التحكيم في المواد من ٧١٧ - ٨٥٠ .

آداب القضاء : يجب على من تولى القضاء أن يعالج نفسه ويجهده في صلاح
حاله ويكون ذلك من أهم ما يجمله من بآله فيحصل نفسه على أدب الشرع
وحفظ الرومة وعلو الهمة ويتوقى ما يشينه في دينه ومروره ته وعقله ويحظه
عن منصبه وهمته فإنه أهل لأن ينظر إليه ويقتدى به وليس يسمعه في ذلك
ما يوسع غيره فالعيون إليه مصروفة ونفوس الخاصة عن الاقتداء بهديه
موقوفة ولا يثية له بعد الحصول في هذا المنصب سـ . واه وصل إليه
برغبة فيه وطرح نفسه تأيه أو امتحن به وعرض عليه أن يزهد في طلب
الحظ الاخاص والسفن الاصلع فرعما حمله على ذلك استحقاق نفسه لسكونه
من لا يستحق المنصب أو زهده في أهل عصره وبأسسه من استصلاحهم واستبعاد
ما يرجو من علاج أمرهم وأمره أيضا لما يراه من عموم الفساد وقلة الالتفات
إلى الخير فإنه إن لم يسع في استصلاح أهل عصره فقد أسلم نفسه وألقى بيده
إلى التهلكة ويشس من تدارك الله تبارك وتعالى عبادته بالرحمة فيلجته ذلك إلى
أنه يمشى على مشى أهل زمانه ولا يبالي بأى شيء وقع فيه لاعتقاده فساد
الحال وهذا أشد . من مصيبة القضاء وأدهى من كل ما يتوقع من البلاء
فليأخذ نفسه بالمجاهدة ويسمى في اكتساب الخبر ويطلبه ويستصلح الناس
بالرغبة والرغبة ويشدد عليهم في الحق فإن الله تعالى بفضله يجعل له في ولايته
وجميع أموره فرجاً ومخرجاً .

ولا يجعل حظه من الولاية المباهاة بالرئاسة وانفاذ الأمور والالتذاذ
بالمطاعم والملابس والمساكن فيكون عن خو طب بقوله تعالى : (أذهبتم
طيباتكم في حياتكم الدنيا) وليجهده أن يكون جميل الهيئة ظاهر الأبهة

وقور المشية والجلسة حسن المنطق والصمت محترزاً في كلامه من الفضول وما لا حاجة به كأنما يمد حروفه على نفسه عدأً فإن كلامه محفوظ وزله في ذلك ملحوظ وليقل عند كلامه الإشارة بيده والاتفات بوجهه فإن ذلك من عمل المتكلمين وصنع غير المتأدبين وليكن ضحكه تبسماً ونظره فراسة وتوسماً واطرافه تفهماً ويكون حسن الزي وليلبس ما يليق به فان ذلك أهيب في حقه وأجمل في شكله وأدل على فضله وعقله وفي مخالفته ذلك نزول وتبدل وليأزم به السميت الحسن والسكينة والبرقار ما يخفض به مروءته فتمسيل الجسم إليه ويكبر نفوس الخصوم الجرأة عليه من غير تسكبر يظهره ولا إيجاب يستشعره فسكلاهما شين في اللين وعيب في أخلاق المؤمنين .

ويلزم القاضى أمور منها :

أنه لا يقبل الهدية وإن كافأ عليها أضمافاً إلا من خواص القرابة كالوالد والوالد والعمة والخالة وبنات الأخ وشبههم لأن الهدية تورث إدلال المهدي وإغضاء المهدي إليه وفي ذلك ضرر القاضى ودخول الفساد عليه . وقيل إن الهدية تظني . نور الحكمة .

وقال ربيعة إياك والهدية فإنها ذريعة الرشوة .

وقال محمد بن عبد الحكم : لا بأس أن يقبلها من إخوانه الذين كان يعرف له قبولها منهم قبل الولاية وقد كان عمر بن الخطاب رضى الله عنه يقبل الهدية من إخوانه .

وقيل لا يسوغ له قبولها منهم ذكره المازرى .

وأجاز أشهب قبولها من غير الخصمين إذا كان صديقاً وكافأه عليها أو قريباً .

وقال سحنون : لا يقبلها إلا من ذى رحم .

وروى عن مالك رضى الله عنه لا ينبغي لأمر ولا لعامل صدقة أى ينزل على أحد من أهل عمله ولا يقبل له هدية ولا منفعة فإن فعل فلا ينبغي لمن معه أن يأكل من ذلك ولا يأكل الساعى إلا من رأس ماله .

وقال ابن حبيب : لم تختلف العلماء فى كراهية الهدية إلى السلطان الأكبر وإلى القضاة والعمال وجباة المال وكان النبي ﷺ يقبل الهدية وهذا من خراصه ﷺ والنبي معصوم عما يتقى على غيره منها .

ولما رد عمر بن عبد العزيز رضى الله عنه الهدية قيل له كان النبي ﷺ يقبلها فقال : كانت له هدية وأنا رشوة لأنه كان ﷺ يتقرب إليه لنبوته لا لولايته ونحن يتقرب بها إلينا لولايتنا . وقال ﷺ : يأتي على الناس زمان يستحل فيه السحت بالهدية والقتل بالموعظة يقتل البرى ليهتمظ به باسم العامة (١) .

نقض الأحكام : هناك أسباب لنقض الأحكام والظمن فيها ونكتفى بالإشارة إلى ذلك على ما قاله ابن قدامة الحنبلى فيقول ابن قدامة أن الحكم إذا خالف نصاً من الكتاب أو السنة أو الإجماع نقض الحكم عند أحمد والشافعى .

وعن مالك وأبي حنيفة أن الحكم لا ينقض إلا إذا خالف الإجماع لأن النصوص التى دلالتها ظنية يجرى فيها الاجتهاد فلا ينقض حكمه لا نص فيه .

وقال أبو ثور وداود ينقض كل حكم ظهر خطؤه لأن الخطأ يجب الرجوع عنه .

(١) تبصرة الحكم لابن فرحون / ٢٣ - ٢٤ .

وقد قال سيدنا عمر بن الخطاب رضی عنه : « لا يمنعك قضاء قضيته
بالأمس ... أن تراجع فيه الحق » .

وحكي عن مالك أنه وافقهما في جواز نقض كل حكم خاطيء على أن
يكون النقض عن أصدره (١) .

هذا وقد تناول القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ حالات الطعن أمام
محكمة النقض .

وتضمنت بعض مواد هذا القانون أسباب الطعن في الأحكام بالنقض
وهي تتلخص في الآتي :

١ - إذا كان الحكم المطعون فيه مبنيًا على مخالفته للقانون أو خطأ
في تطبيقه أو تأويله .

٢ - إذا وقع بطلان في الحكم .

٣ - إذا وقع في الإجراءات بطلان أثر في الحكم .

٤ - إذا فصل حكم انتهائي في نزاع خلافاً لحكم آخر سبق بين الخصوم

تفهم وحاز قوة الشيء المحكوم به . راجع للمواد ١ ، ٢ ، ٣ .

هل يجوز للقاضي الرجوع في حكمه ؟ :

يقول ابن فرحون (٢) ردأ على هذا السؤال : للقاضي نقض أحكام نفسه

ان ظهر له الخطأ وان كان قد أصاب قول قائل .

وفى وثائق العطار : « وللقاضي الرجوع عما حكم به بالاجتهاد اذا تبين

(١) المغني لابن قدامة ٥٦/٩ نقلًا عن المدخل في الفقه لأستاذنا د . محمد

سلام المذكور ، وبصيرة الأحكام لابن فرحون ١/٥٥ و ٢٨٨ .

(٢) تبصرة الحكم لابن فرحون ١/٥٥ .

له الوهم مادام على خطئه فإن عزل أو مات بعد ما حكم به لم يكن لغيره فسخ
شيء من أحكامه مما فيه اختلاف وإن كان وجهاً ضعیفاً .
هذا وقد نظم القانون طرق الطعن وبين ما يجوز الطعن فيه أمام
المحكمة التي أصدرت الحكم وما يجوز الطعن فيه أمام محكمة أخرى .
مع أن الأصل في الأحكام أن تكون حاسمة النزاع .
غير أن المشرع لما لاحظ احتمال خطأ القاضى أباح التظلم من حكمه بما
يسمى طعناً في الحكم (١) .

(١) انظر المدخل لدراسة الفقه الإسلامى للعلامة الدكتور /
محمد سلامة المذكور .

المبحث الخامس

أسباب اختلاف الأئمة

قلنا فيما سبق إن الصحابة رضوان الله عليهم اختلفوا فيما بينهم في بعض الأحكام والفتاوى وذكرنا الأسباب التي أدت إلى هذا الخلاف هناك .

ونود هنا أن نقول إن الخلاف قد اتسع مجاله وازدادت أسبابه مع ازدهار الفقه الإسلامي ونضوجه في عصر الأئمة المجتهدين .

وبما تجب ملاحظته أن الفقهاء كانوا متفقين هل أن المرجع في استنباطهم للأحكام هو كتاب الله أولا لا يقدم عليه غيره ثم من بعده السنة متى وجدت صحيحة ثم الإجماع متى تحقق وأخيراً الرأي على اختلاف أنواعه .

وعلى هذا نستطيع أن نقول إن المذاهب التي عليها جمهور المسلمين راجعة كلها إلى أصل واحد وهو دين الله الحق ومستمدة من بحر واحد وهو كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم .

وهذه المذاهب - سواء منها الأربعة المشهورة المدونة وغيرها من المذاهب التي لم يكن لها مثل حظها من الشهرة والتدوين - متساوية في نسبتها إلى الشريعة الإسلامية .

وإذا اتفق الفقهاء على هذه الأصول - الكتاب - السنة - الإجماع - الرأي - فاختلافهم إذا يرجع إلى أمور أخرى وراء ذلك ونلخص تلك الأسباب فيما يلي :

أولا : اختلاف الفهم والنصوص :

كان من أسباب اختلاف الفقهاء اختلافهم في فهم النصوص سواء كانت من

القرآن أو من السنة - نظراً لتفاوتهم في العلم باللغة العربية ومدى الإحاطة-
بأساليبها - وهذا الاختلاف جاء نتيجة لوجود لفظ مشترك يدل على أكثر
من معنى أو لتردد اللفظ بين الحقيقة والمجاز .

كأفظة القرء بأنه يطلق حقيقة على كل من الطهر والحيض فحمله البعض-
على الحيض فقال عدة ذات الإقراء ثلاث حيضات وحمله البعض على الطهر
فقال عدتها ثلاث أطهار فحمله كل فقيه على المعنى الذى ترجع عنده .

وقال الثانى وهو تردد اللفظ بين الحقيقة والمجاز - والأصل أنه
لا يصار إلى المجاز إلا عند تمذر الحقيقة - فقد وجدنا الفقهاء قد اختلفوا
في فهم بعض النصوص هل يراد بها الحقيقة أو المجز كقوله صلى الله عليه وسلم
« لا صلاة لمن لا يقرأ بفاتحة الكتاب » فحمله الجمهور على الحقيقة فقالوا لا تصح
الصلاة بقراءة غير الفاتحة وحمله الحنفية على المجاز لعدم إمكان الحقيقة فصحبوا
الصلاة بقراءة غيرها وقالوا إن المعنى لا صلاة كاملة إذ لو حمل على الحقيقة
لكان ناسخاً للكتاب ، أى قوله تعالى « فاقروا ما نيسر منه » والحمل على
المجاز أولى من الفسخ .

ثانياً : تعارض النص من حيث الظاهر :

القاعدة أنه لا يوجد تعارض حقيقى بين الأدلة الشرعية لأنه من عند
الله سبحانه وتعالى جاءت عن طريق الوحي بنوعيه المتلو وهو القرآن وغير
المتلو وهو السنة فالجميع من عند الله تعالى .

وما يظهر لنا من تعارض بين النصين فيرجع ذلك إلى عدم علمنا بالأسباب
التي يرجع إليها التعارض والخلاف . كعدم علمنا بما ورد فيه كل منهما أو جهلنا
بزمان ورودهما وأيهما أسبق من الآخر وغير ذلك .

فإذا جاء نصان وكانا متعارضين في الظاهر حازل المعية التوفيق بينهما فإن .

لم يستطع رجح أحدهما على الآخر وقد يختلف الفقهاء في أسباب الترجيح .
فيختلفون تبعاً لهذا في حكم الحادثة .

ومن أمثلة ذلك زواج المحرم بالحج أو بالعمرة فذهب أغلب الفقهاء إلى عدم صحة ذلك وقال بصحته الحنفية ويرجع الخلاف في ذلك إلى تعارض الروايات في هذا الأمر فقد روى عثمان بن عفان أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا ينكح وروى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم ، تزوج ميمونة بنت الحارث وهو محرم ، فقد تعارضت رواية ابن عباس مع رواية عثمان بن عفان فرجح الحنفية رواية ابن عباس وجعلوها ناسخة لما جاء في رواية عثمان لأنها متأخرة عنها إذ أن رسول الله ﷺ تزوج ميمونة في أخريات حياته .

ثالثاً : وصول الحديث إلى بعض الفقهاء دون البعض الآخر :

فقد يصل الحديث إلى أحدهم ولا يصل إلى الآخر وقد يصل إلى هذا من طريق غير صحيح فيتركه وقد يصل إليهما من طريق واحد ولكن أحدهما يشترط في قبول الحديث شروطاً لم يشترطها الآخر فيعمل به أحدهما ويتركه الآخر ومن أمثلة ذلك اختلاف الفقهاء في كثير الماء وقليله إذا ما أصابه نجاسة فقد ورد في ذلك حديث القلتين وهو ما روى أن رسول الله ﷺ سئل عن الماء يكون بالفلاة من الأرض وما ينوبه من السباع والدواب فقال إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثاً فهذا الحديث وصل إلى الشافعي ووثق بصحته فعمل به ولم يصل إلى أبي حنيفة ومالك فأفتيا على خلافه .

رابعاً : اختلافهم في الأخذ بالقياس في بناء الأحكام :

سفن الفقهاء من رفض العمل به كداود الطاهري ومنهم من أخذ به واعتبره

حجة في بناء الأحكام غير أن بعضهم قد توسع فيه ومنهم من ضيق مجال الأخذ به بكثرة ما شرطه من شروط والاختلاف في هذا الأصل هو أبرز نواحي الاختلاف كما يبدو للناظر في كتب المذاهب المختلفة وكتب الأصول .

خامساً : اختلافهم في الأخذ ببعض الأدلة كالاستحسان والمصالح المرسلات والاستصحاب فبعض الفقهاء لا يرى الأخذ بشيء من ذلك في بناء الأحكام ومنهم من اعتبر بعضها دون البعض الآخر ومنهم من توسع في دليل بعينه ومنهم من لم يتوسع ولا شك أن هذا يؤدي لأحالة إلى الاختلاف في كثير من الأحكام .

سادساً : اختلافهم في بعض المبادئ اللغوية التي يتوقف عليها استنباط الأحكام من النصوص كاختلافهم في دلالة العام إذا لم يخصص هل هي قطعية كما ذهب أبو حنيفة أو ظنية كما يرى الشافعي وكما تختلفهم في مفهوم المخالفة وهو دلالة اللفظ على ثبوت نقيض حكمه في السكوت عنه وكما تختلفهم في حمل المطلق على المقيد هل يشترط له اتحاد الحكم والسبب والحادثة أو لا وكالامر المطلق هل يحمل على الوجوب أو الندب ؟ إلى غير ذلك من المبادئ المذكورة في علم أصول الفقه .

سابعاً : اختلاف الأعراف :

كذلك كان من سبب اختلاف الفقهاء اختلاف الأعراف تبعاً لاختلاف بيئاتهم وأزمجتهم ، ولا شك أن العرف معتبر في بناء الأحكام والأحكام ما شرعت إلا لتحقيق مصالح العباد وقد اختلفت مصالغ الناس تبعاً للظروف والملايسات المحيطة بهم فاختلقت أعرافهم لذلك ، فنرتب على ذلك اختلاف الفقهاء في كثير من الأحكام .

تلك جملة الأسباب التي أدت إلى اختلاف الأئمة ومنها يعلم أن اختلافهم لم يكن ناشئاً عن هوى في نفوسهم وليس الاختلاف في ذاته مهيئاً فقد اختلف أصحاب رسول الله ﷺ في اجتهاداتهم مع قريش من زمن النبوة وتلقينهم الهدى عن صاحب الرسالة الذي قال : اختلاف أمتي رحمة .

وقد حاول بعض المفرضين الذين فسدت نفوسهم الطمن في الشريعة الإسلامية والحط من قدر الفقهاء والمسلمين فوهوا أن اختلاف الفقهاء في الاجتهاد يؤدي إلى التناقض في أحكام الشريعة فقالوا إن الفقهاء يختلفون في حكم الشيء الواحد فتارة بعض الفقهاء يحكمون عليه بالحل وآخرون يحكمون عليه بالتحريم وعلى هذا يكون الشيء حراماً وحلالاً في آن واحد وذلك تناقض في الشريعة .

والجواب على هذا : أن هؤلاء قد غاب عنهم الفرق بين الشريعة والفقهاء ومن هنا فقد خلطوا خطأ كبيراً - ولو علموه لما زعموا هذا الزعم الباطل .

فالشريعة هي مجموعة الأحكام التي أنزلها الله على رسوله صلى الله عليه وسلم وقد كملت بوفاته صلى الله عليه وسلم وانقطاع الوحي وهذه لا اختلاف في أحكامها .

وأما الفقه فهو مجموعة الأحكام العمالية المستنبطة من الأدلة وهذا من صنع الفقهاء المجتهدين فالفقه الإسلامي جاء نتيجة لاجتهاد الفقهاء وتطبيقهم لنصوص الشريعة ولا شك أن الفقهاء يختلفون في الاجتهاد تبعاً لاختلافهم في الفهم والقدرة على الاستنباط والثقافة والبيئة وسعة الإدراك والوقوف على أحوال الشريعة وحكمها وغير ذلك .

إذن الشريعة غير الفقه فالشريعة لا اختلاف فيها لأنها من عند الله وقد كملت بوفاته ﷺ أما أغلب الفقه الإسلامي فقد جاء وليد اجتهاد المجتهدين واستنباط المستنبطين وقد تختلف فيه نظراً لتفاوت الفقهاء في أدوات الاجتهاد

وليس هذا بدءاً في الفقه الاسلامي فإن التشريعات الوضعية قد وقع فيها الاختلاف نتيجة لاختلاف الشراح في فهم النص القانوني الذي جاء على صورة أحكام كلية ولم يقل أحد إن هذا الاختلاف في فهم تلك النصوص الوضعية - نظراً لتفاوتهم في الأفهام - يعيب التشريعات الوضعية وإذا ثبت ووقع هذا فلا عيب إذن على شراح الفقه الاسلامي إذا اختلفوا في تطبيق أحكامه الكلية (١) .

وبعد فذلك مناقشة هادئة مع هؤلاء الزاعمين الذين يريدون قلب الحقائق وقسوها ولو أنصفوا التاريخ واعترفوا بالواقع لذهبوا إلى عكس ما يقولون . وهو أن اختلاف الفقهاء أمر طبيعي لا بد منه ، فيه سعة ورحمة للناس وكون الشريعة جاءت في صورة قواعد كلية ، ومبادئ ، وأحكام عامة ، كل هذا يجعلها مسارية للطورات المختلفة ، مستجيبة لمصالح الناس في كل زمان ومكان (١) .

واقه أعلم

(١) انظر المدخل د. محمد شلبي ص ٨٠

(٢) انظر المدخل د. عيسوي ص ٢٥

القسم الثاني

دراسة بعض النظريات العامة
في الفقه الإسلامي

- ١ - مقدمة .
- ٢ - القواعد الكلية الفقهية .
- ٣ - نظرية المال والملك .
- ٤ - العقد .
- ٥ - العقوبة .

مقدمة

قيل إن الفقه الإسلامى بنى الحلول الجزئية للأحكام وأنه لم يدون هلى هيئة نظريات أو قواعد عامة كما هو الشأن فى التشريعات الوضعية ومن هنا كانت الاستفادة منه قليلة وشاقة حيث إن أحكامه مشبوة هنا وهناك وتجرى فى طرق صعبة ملتوية والتشريعات الوضعية وإن كانت فى بداية أمرها بنيت على الجزئيات إلا أن واضعها والمشتغلين بها قد أرجعوا تلك الجزئيات إلى قواعد ونظريات عامة وعلى هذا فكانت دراسة سهلة مجدبة .

ومع هذا فقد وجدنا فقهاء المسلمين لم يعملوا هذا الجانب بل إن الفقهاء المجتهدين فى المصور الأولى . كان (١) مهادم فى الاستنباط فى غالب الأحوال هو القواعد العامة وكان كل فقيه من هؤلاء يتتبع النصوص الواردة فى نوع واحد من الأحكام ويستخلص منها قاعدة عامة يطبقها على الوقائع الجزئية .

حتى أن بعضهم كان يحكم هذه القواعد فيما يروى له من الأحاديث كما يروى عن أبى حنيفة ، ثم انهم عند تطبيق هذه القواعد قد يجد الواحد منهم أن تطبيق قاعدة بذاتها فى موضوع معين يتراب عليه حرج ومشقه فيعدل عن هذا التطبيق ويلجأ إلى قاعدة أخرى ويطبقها ومن هنا نشأت قاعدة الاستحسان الذى عمل به الحنفية والمالكية بصورة واضحة وقاعدة رفع الحرج ودفع الحاجة عند غيرهم وهذا النوع من القواعد بدأ تدوينه فى عصر اللائحة (٢)

(١) أصول القوانين ص ١٢٢ د. السنهورى

(٢) الفقه الإسلامى محمد مصطفى شلبى

ولقد صرح بهذا الإمام (١) القراني مشيراً إلى نوعي القواعد في الفقه الإسلامي فقال :

« إن الشريعة المحمدية اشتملت على أصول وقروع وأصولها قسمان أحدهما المسمى أصول الفقه وهو في غالب أمره ليس فيه إلا قواعد الأحكام الناشئة من الالفاظ العربية خاصة وما يعرض لتلك الالفاظ من النسخ والترجيح ونحو الأمر للوجوب والنهي للتحريم ... الخ .

والقسم الثاني قواعد كلية فقهية جليلة كثيرة العدد عظيمة اللدد مشتملة على أسرار التشريع وحكمه .

« لكل قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يحصى ولم يذكر منها شيء في أصول الفقه وإن كان يشار إلى هناك على سبيل الإجمال ويبقى تفصيله لم يتحصل وهذه القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع ويقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقه ويشرف ويظهر رونق الفقه ويعرف ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع واختلفت واحتاج إلى حفظ الجزئيات التي لا تنهاى ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لا ندرجها في الكليات واتحد عنده ما تناقض عند غيره وتناسب »

ومن هنا تعلم أن القراني يريد أن يقول إن تعقيد القواعد يسهل عمل الفقيه وإن الاشتغال به أعظم فائدة من الاشتغال بالفروع الجزئية .

وليس القراني بهذا العمل له ميزة السبق في استنباط القواعد — بل لقد قام

لهذا العمل من قبله الشيخ عز الدين هيد السلام الشافعي فألف كتابا في القواعد
سماه د قواعد الأحكام في مهال الأنام ،

ثم تولى هذا العمل وتتابع على يد عبد الرحمن بن رجب الحنبلي فألف كتابه
القواعد ثم يحيى من بعد هؤلاء التاج السبكي والجلال السيوطي الشافعيان
ويؤلف كل منهما كتابه د الأشباه والنظائر ،

ثم تتابع الذين حتى جاء في القرن العاشر زين العابدين ابراهيم نجيم المصري
المتوفى سنة ٩٧٠ هـ وألف كتابه د الأشباه والنظائر ، جمع فيه خمسا وعشرين
قاعدة وجعلها نوعين قواعد أساسية وهي ستة وباقيها أقل منها اتساعا وهي
تسع عشرة قاعدة .

وأخيرا يقول عالم من علماء الحنابلة وهو الشيخ محمد حسن الشطبي المولود
في دمشق سنة ١٢٤٨ هـ يقول : إن المحققين من الفقهاء قد أرجعوا المسائل
الفقهية إلى قواعد كلية كل منها ضابط وجامع لمسائل كثيرة وقد أوصلها فقهاء
الحنابلة إلى نحو ثمانمائة قاعدة ،

هذه بعض خطوات خطاها فقهاء الشريعة في هذا الطريق .

وعلى أية حال فإن أتم الفقهاء بالتصوير في هذا الميدان إلا أن ذلك كان
يرجع لعوامل خارجة عن مقدور الفقهاء وهي عدم تشجيع الولاة لهم إلا في
أوقات نادرة من الزمن وأن الإهمال قد أصاب الفقه الإسلامي نتيجة الاستعمار
الذي ابتليت به البلدان الإسلامية وقد تسبب من هذا أن حلت التشريعات
الوضعية محل الفقه الإسلامي وهذا عمل يضعف العزائم ويوهن الحمم .

المبحث الأول

القواعد السكّية الفقهية

معنى القواعد الفقهية

هي قياس واحد وضابط فقهي يضبط مجموعة الأحكام المتشابهة فيربطها برباط واحد مثل : الخيارات - خيار المجلس - خيار الشرط - خيار العيب - خيار الرؤية - والضمان ، فدراسة هذه القواعد من دراسة الفقه .

أهمية القواعد الفقهية :

القاعدة في اللغة هي أساس البيت .

أما عند الفقهاء : فهي قضية كلية يتمرف منها أحكام الجزئيات المندرجة تحت موضوعها .

أهمية القواعد الفقهية : الأحكام الفقهية متعلقه بأفعال المسكّمين وأفعال المسكّنين لا حصر لها ، ولذلك كانت مسائل الفقه وفروعه كثيرة فتمنر حصرها في أعداد معينة ولهذا احتاج الفقهاء إلى ضبط المسائل الفقهية في القواعد الفقهية ليسهل الرجوع إليها .

ولهذا وضعوا القواعد السكّية الخمس وفرعوا على كل قاعدة جملة قواعد اندرجت تحت مفهومها ثم تفرعت الفروع الفقهية على هذه القواعد وألقوا بكل فرع ما يشبهه .

أدلة ثبوت القواعد

ولقد ثبت اعتبار هذه القواعد بالقرآن والسنة والمقول أما القرآن الكريم فقوله تعالى : ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ، فالآية هنا منة عن أي تصرف يؤدي إلى أكل الأموال بالباطل من غير وجه مشروع .

وقوله تعالى أيضاً : يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ، أن الآية تنص على وجوب الوفاء بأى التزام يلزم به الإنسان بشروطه المعلومة .
وأما السنة : بقوله ﷺ : (لا ضرر ولا ضرار) والأخبار في الحديث بمعنى النهى وعليه فيكون المعنى : أتركوا كل ضرر وكل ضرار وقوله ﷺ (المسلمون عند شروطهم)

إن المسلمين ملزمون بتنفيذ ما أخذوه على أنفسهم من عهود ومواثيق وشروط ما دام ذلك بالتراضي إلا شرطاً يحل حراماً أو يحرم حلالاً .
وأما المعقول : قال الشارع علل بعض الأحكام بأوصاف مناسبة لترتيب الحكم عليها ومعنى ذلك : وجود الحكم في كل محل وجدت فيه العلة .

قواعد القواعد الفقهية :

القواعد الفقهية وسيلة لتحقيق علوم الشريعة وشمولها للأحكام المناسبة للقواعد والتجديدات التي تتجدد في العصور والأجيال وشمولها لأحكام الأفعال التي تصدر من الناس سواء أكان الحكم إيجابياً أم سلبياً في مجالات : العبادات والمعاملات أو الحكومات أو العلاقات الدولية فيثبت بذلك عموم الشريعة الإسلامية وصلاحتها لكل زمان ومكان .

القواعد الكلية الهامة في الفقه الإسلامي

قواعد الفقه كثيرة ولكن بعض الفقهاء أرجعها إلى خمس قواعد كلية لأن جميع مسائل الفقه يرجع إليها وإن كانت كل قاعدة من هذه الخمس يتفرع منها قواعد أيضاً ويتفرع على كل منها فروع ويلحق بكل فرع نظيره ، وسوف أتمرن إلى ملخص عن هذه القواعد الهامة .

القاعدة الأولى : الأمور بمقاصدها :

ومعنى هذه القاعدة أن الأعمال مرتبطة بالنيات ومعتبرة بها فالنية هي التي

يحكم على العمل وعلى حسب النية تكون المجازاة على الأعمال من ثواب أو عقاب فلا يعتبر العمل شرعا ولا يترتب عليه حكمه إلا بالنية فهي التي تحدد المراد من العمل والمقصود به وهي الميزان الذي يوزن به الأفعال وسائر تصرفات الانسان وهي المرجع في الحكم على الأفعال من حيث الحل والحرمة والصحة ، والفساد ، وكل عمل لم تصحبه نية فهو ساقط لاحساب له .

وقد روى البيهقي عن أنس رضى الله عنه لا عمل لمن لا نية له .
والاصل في هذه القاعدة قوله ﷺ : (إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى) .

ما يتفرع عن هذه القاعدة

هذا ويتفرع عن هذه القاعدة قواعد منها :

١ - أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمعاني فلا بد أن يراد من الصيغ والألفاظ الخاصة بالقعود ما وضعت له تلك الصيغ ليصبح القصد اليها واعتبارها .

ويتفرع على هذه القاعدة : إنشاء العقود التي يراد بها غير ما وضعت له صيغتها كعقد النكاح الذي يتصد به التحليل . كما في نكاح المحلل فالمحلل لم يقصد النكاح بعقد النكاح وإنما قصد التحليل فقط ولذلك استحق العنة واعتبر نكاح فاسد لا يحل المبتوتة .

ولقد جاءت أدلة الشرع وقواعده على أن المقصود في العقود معتبرة وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده في حله وحرمة بل إنها تؤثر في الفعل الذي ليس بعقد تحليلا وتحريماً فيصير حلالا تاره وحراما تارة أخرى

باختلاف النية والقصد . وهذا كالذبح فإن الحيوان يهل إذا ذبح لأجل .
الأكل ويحرم إذا ذبح لغير الله .

وكذلك عصر العنب بنية أن يسكون خمرأ معصية ملمون فاعله وعصره بنية
أن يسكون خلا جائر وصورة القمل واحدة والرسول ﷺ يقول : وإنما
الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى ، (١)

فكما بين في الجملة الأولى أن العمل لا يعتبر إلا بالنية فقد بين في الجملة الثانية
أن العامل ليس له من عمله إلا ما نواه وهذا يعم العبادات والمعاملات
والإيمان والتذوق وسائر العقود والأفعال .

وهذا دليل على أن من نوى بمقد النكاح التحليل كان محالا ولا يخرج
من ذلك صورة عقد النكاح لأنه قد نوى ذلك . وإنما لكل امرئ
ما نوى .

وقد ورد ما يدل على أن المقاصد كغير أحكام التصرفات بما رواه
أبو هريرة مرفوعا . « من تزوج امرأة بصدق ينوى أن لا يؤديه إليها فهو
زان . ومن دان دينها ينوى أن لا يقضيه فهو سارق ، فجعل النكاح والمدين
إذا قصدا أن لا يؤديا العوض بمنزلة الزاني ، والسارق ، وإن اختلفا في الصور
ويؤيد ذلك ما رواه البخاري مرفوعا : « من أخذها يريد إغلافها أطفاه الله » .

٢ — ومن القواعد المتفرعة كذلك أن مقاصد اللفظ على نية اللفظ إلا في
موضع واحد وهو اليمين عند القاضي أو الحاكم لأن الخالف في هذه الحالة
يستحلف في حق عليه غيره فتكون اليمين بنية المحلف .

(١) انظر بحث للشيخ محمد مبروك يوسف ص ١٤٢

٣ - ومن القواعد أيضاً : أنه لا ثواب ولا عقاب إلا بالنية فيثاب الإنسان على القصد وإن لم يفعل كالمقطع عن الجماعة لئذ إذا كانت نيته حضورها لولا العذر فإنه يحصل له ثوابها ولذلك يؤخذ الإنسان بالعزم على المعصية وإن لم يعملها على التحقيق وقد استدلل لذلك بحديث إذا التقى المسلمان بسيفهما فالقاتل والمقتول في النار قالوا يارسول الله هذا القاتل فما بال المقتول قال : إنه كان حريصاً على قتل صاحبه ، فعمل بالحريص .

القاعدة الثانية :

اليقين لا يزول بالشك .

معنى هذه القاعدة : أن الأصل واليقين لا يترك حكمه بالشك ، فلو أن شخصاً يقن أمراً وترتب على ذلك اليقين حكم ثم شك في رافع ذلك الأمر هل حدث أم لا فإنه يبقى على حكم ما يقن ولا يعمل بذلك الشك الطارى .
الذى جعل اليقين السابق مظهر (١) .

والدليل على هذه القاعدة : ما رواه مسلم عن أبي سعيد الخدري قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى ثلاثاً أم أربعاً فليطرح الشك وابين على ما سئتيقن) .
فالرسول صلى الله عليه وسلم بين لنا أنه يجب العمل باليقين وطرح الشك وتركه وعدم التعديل عليه .

وتجربى هذه القاعدة في العبادات والمعاملات وغيرها ومن الأحكام التي بنيت على هذه القاعدة لو أن شخصاً ثبت مديونية له لآخر ثم مات وشككنا في وقائه ذلك الدين فالدين باق لأنه ثبت بيقين والوفاء مشكوك فيه والشك لا يقوى على اليقين .

(١) انظر بحث للشيخ الحسينى يوسف الشيخ ص ١٤٨

ويتفرع على قاعدتين اليقين لا يزول بالشك عدة قواعد :

منها : ١ - « والأصل بقاء ما كان على ما كان ، » .

ومثالها : من تيقن بالطهارة وشك في الحدث : فهو متطهر، وهذه القاعدة مرادفة لقولهم استصحاب الأصل ومعناه أن اعتقاد كون الشيء في الماضي أو الحاضر يوجب ظن ثبوته في الحال أو الاستقبال أو تيقن الحدث وشك في الطهارة فهو محدث .

٢ - وقاعدة : « الأصل براءة الذمة ، والذمة في اللغة العهد والأمان وفي الاصطلاح معنى قائم بالشخص يقبل الإلزام والالتزام وبراءة الذمة خلوها من المسؤولية وعدم التزامها بشيء من الحقوق .

ولما كانت براءة الذمة هي الأصل وكونها تشتغل بحق الغير أمر طارئ لم يقبل من يدعي شغلها شاهد واحد بل لابد من شاهد آخر أو يمين المدعي .

ومثال ذلك : فلو ادعى رجل على آخر ديناً وعليه البيعة فلا يكفي شاهد واحد بل لابد من شاهد معه أو يمين المدعي ، فالقول بالمدعي عليه لموافقة الأصل :

القاعدة الثالثة : المشقة تجلب التيسير :

معنى هذه القاعدة :

والمراد بالمشقة التي تجلب التيسير هي التي تخرج عن المعتاد فإن كان العمل المكلف به يؤدي الدوام عليه إلى الانقطاع عنه أو عن بعضه أو إلحاق ضرر بالمكلف في نفسه أو ماله أو حال من أحواله فالمشقة هنا تكون خارجة عن المعتاد وهي التي تجلب التيسير .

فصوم المريض لا شك أن فيه مشقة تخرج عن المعتاد فلو كلف المريض

بالصوم للزم من استمرار صومه إلحاق ضرر بنفسه لذلك كان المرض سبباً للتخفيف فرخص للربض في ترك الصوم وعليه القضاء .

الأصل فيها والدليل عليها : ما جاء في القرآن حيث يقول الله تعالى :
« وما جعل عليكم في الدين من حرج » (١) ويريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر ، (٢) .

وما جاء في السنة منها قوله ﷺ : « بعثت بالحنيفية السمحة » .
وهكل هذه النصوص وغيرها تفيد أن التكليف التي تؤدي إلى الحرج والمشقة مرفوعة عن المكلفين وأن الشريعة وضعت للرفق والتيسير .

أسباب التخفيف في الشريعة الإسلامية :

الأول : السفر :

فيرخص له قصر الصلاة الرباعية والفطر في رمضان والمسح على الخفين أكثر من يوم وليلة وتسقط به صلاة الجمعة والعيدين .

الثاني . المرض :

ورخصه كثيرة منها : التيمم عند الخوف على نفسه أو على عضوه أو من زيادة مرضه أو بطئه ومنها القعود في الصلاة والاضطجاع فيها والإيماء بالكوع والسجود والتخلف عن الجماعة مع حصول المضية والفطر في رمضان للشيوخ الهرم مع وجوب الفدية والانتقال من الصوم إلى الإطعام في كفاية الظهار والفطر في رمضان والخروج من المعتكف والاستنابة في الحج وفي رمي الجمار وإباحة محظورات الإحرام مع الفدية والتدأري بالنجاسات وإباحة نظر الطيب إلى المريضة حين مداواتها .

(١) سورة المؤمنون ١٨

(٢) سورة البقرة ١٨٥

الثالث - الإكراه

ويبيح للمكروه إن حدد ما يخاف به على نفسه أو عضوه أن يتناول ما حرم عليه من الماء كولات والمشروبات ويرخص للمكروه على الكفر أن يجرى كلمته على لسانه مع اطمئنان قلبه بالإيمان .

الرابع - النسيان :

فن أكل أو شرب ناسياً في نهار رمضان أتم صومه لقوله صلى الله عليه وسلم « من نسي وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه ، فإن الله أطعمه وسقاه » .

الخامس - الجهل

لجهل الوكيل بمنزله عن الوكالة لا يلزمه بتصرفات الموكل فيها بل تكون للموكل حتى يعلم بمنزله .

السادس - العمر وعهدهم البلوى :

كإباحة مس المصحف للصبيان والمغفوع عن دم البراغيث في الثوب وإن كثرت والمغفوع عن طين الشوارع ، وأثر نجاسة تمذر زواله .

السابع - التقض

فإن نوع من المشقة المؤدية للتخفيف كعدم تكليف الصبي والمجنون والأحكام الشرعية .

ما يتفرع عن هذه القاعدة من قواعد :

ويتفرع على قاعدة « المشقة تجلب التيسير » جملة قواعد منها :

١ - الضرورات تبيح المحظورات ويشهد لها قوله سبحانه وتعالى :

د فن اضطر في نخصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم (١) . . .

وعما يتفرع على هذه القاعدة :

١ - جواز أكل الميتة عند الضرورة وإساعة اللقمة بالخمير عند الاضطرار ويجوز إتلاف مال الغير بإلقاء بمض حوالة السفينة في الماء إذا ما أشرقت على الفرق وأخذ مال الممتنع من أداء الدين بغير اذنه .

ولكن هذا كله وغيره يجوز بشرط عدم نقصان الضرورة من المحظور .

٢ - الضرورات تقدر بقدرها .

٣ - الحاجة (٢) تنزل منزلة الضرورة (٣) وتفريعا على هذه القاعدة شرعت الإجارة وهي على خلاف القياس لما فيها من العقد على المنافع المدومة لحاجة الناس إليها وشرع كذلك سلم وإن كان خلاف القياس لما فيه من بيع للمدم دفما لحاجة المحتاجين وجاز استئجار الحمام مع الجهل في المكث فيه وما يستعمل فيه من ماء .

ومن فروع هذه القاعدة :

١ - أن المضطر لا يأكل من الميتة إلا ما يسد به رمقه .

٢ - والطبيب يباح له النظر للأجنبية المريضة . فإما لا بد منه لمداواتها ولا يتمداه إلى غيره (٤) .

(١) المسألة / ٣ .

(٢) الحاجة ما يترتب على عدمها العسر والصعوبة .

(٣) الضرورة ما يترتب على فقدها ضرر جسيم .

(٤) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي / ٦٠ .

للموافقات للشاطبي / ١٢٣ .

بحث للشيخ محمد الدمة / ١٦٧ .

القاعدة الرابعة :

لا ضرر ولا ضرار .

والأصل في هذه القاعدة : ما رواه أبو سعيد الخدري عن النبي ﷺ أنه قال : « لا ضرر ولا ضرار ، أخرجه الداوقطى والبيهقى والحاكم . »

معنى القاعدة :

لا ضرر : أى لا يبدو الإنسان مبتدأ بالضرر الذى يصيب أجاه الإنسان بأذى فى نفسه أو ماله أو عرضه .

ولا ضرار : أى لا يدفع الضرر بضرر مثله . فالضرار مجازاة الضرر بالضرر فالضرار فعال بين اثنين كالصراع . وأما الضرر فهو ابتداء الضرر من جهة واحدة .

والخلاصة : أن الإنسان منهى عن إلحاق الضرر بأخيه الإنسان .

والنهي هنا شامل ، كما إذا كان الضرر مباشراً ، كمن يضرب إنساناً أو يسرق ماله .

وشامل كذلك لما يترتب على فعل مشروع كالوصية التى يترتب عليها الإضرار بالورثة .

وهنا ملاحظة :

قد يقول قائل كيف ينهى الحديث عن دفع الضرر بالضرر مع أن الله سبحانه وتعالى يقول : « وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به (١) »

ويقول أيضاً : « فن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » .

فالجواب : أن هذين النصين وأمثالهما وردا في القتال وفي العقاب ، وقاتل الأعداء بإذن الدولة ردأ للمدوان ، والعقاب لا يتولاه من وقع عليه الضرر بل ذلك ترك تقديره للقاضي وينفذه من يملك التنفيذ أما الأفراد فهم ينهون عن ذلك أى لا يدفعون هم الضرر بمثله ، لأنه لو قيل بهذا لفتحنا بابا للهرج والفساد .

وقد تفرع عن هذه القاعدة جملة قواعد :

١ — الضرر يدفع بقدر الإمكان .

ومعنى هذه القاعدة : أن كل فعل ينشأ عنه ضرر يقيناً أو ظناً يمنع هذا الفعل دفعاً للضرر بقدر الإمكان ، وعلى هذا فإن قاعدة سد الذرائع قائمة لتحقيق هذا المعنى — أى على دفع الضرر المتوقع — « ولا تسبوا الذين يدهون من دون الله فيسبوا الله عدواً بغير علم

ومن ذلك أيضاً كآيات « العقوبات ، فإن الغرض منها هو زجر الجاني وأمثاله من تمرت طباعهم على المجتمع أن يأتوا بنوع الجريمة المعاقب عليها والتي وقع من أجلها العقاب .

ومن ذلك أيضاً الشفعة فإنها شرعت لدفع ضرر الجوار .

ومن ذلك أيضاً الحجر على السفية والمدين دفعاً لضرر التصرف الذى يلحق السفية أو قرابته أو يلحق الدائن .

٣ — قاعدة الضرر يزال .

ويفرع على هذه القاعدة فروغ منها الغاصب عليه رد ما اغتصبه بهينه

إن كانت قائمة وإلا أى إن هلك أو استهلك فعليه رد مثلها أو قيمتها
ومثل ذلك السارق عليه رد المسروق بعينه أو رد قيمته أو مثله إن هلك
أو استهلك .

٣ - يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام :

الأصل أن الإنسان له مطلق الحرية في التصرفات التي تجلب له نفعاً
وتدفع عنه الضرر وأنه لو منع من هذه التصرفات لأصابه الضرر .
لكن قد يحدث أن تصرفه هذا قد يلحق ضرراً عاماً يصيب المسلمين أو
يصيب أية جماعة كبيرة ويغلب على الظن وقوعه .

فالحكم حينئذ أن يمنع الإنسان عن هذا التصرف ويتحمل ضرره الخاص
به دفعاً للضرر العام وحرصاً على المصلحة العامة .

وقد تفرع على هذا جملة فروع فقهية منها :

١ - منع التجار من البيع إذا تفاؤوا في رفع الأسعار في الوقت الذي
تقل فيه السلع حيث يسعر ولى الأمر هذه السلع بمعرفة أهل الخبرة .

٢ - يمنع التجار من احتكاك كل ما يحتاج إليه الناس ، ومن فعل ذلك
منهم أمر الحاكم ببيعه جبراً عليه .

٣ - يمنع بائع العنب أو التمر عن يهلم أنه يتخذه مخراً .

٤ - يمنع المالك من التصرف في ملكه إذا كان تصرفه هذا يترتب عليه
ضرر عام يلحق بالناس كمن يقيم في ملكه فى مكان أهل بالسكان أو قريباً
منه ورشة للحدادة أو مخبأ أو مصنفاً .

٤ - الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف :

إذا كان هناك ضررين أحدهما أشد والآخر أخف فإنه يتحمل في هذه

الحالة الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد ، أى ارتكاب أخف الضررين .
ومن فروع هذه القاعدة :

١ - حبس الإنسان لينفق على زوجته وأولاده والديه لأن ضرر
الحبس أخف من ضرر الامتناع عن الإنفاق .

٢ - الغاصب إذا غرس في الأرض المنصوبة ثم أخذها المنصوب منه
وكان الغاصب لو قلع شجره لحق المنصوب منه ضرر أكبر يأخذه من
الغاصب بقيمته .

والذى يدلنا على هذا ما نقل لنا عن رسول الله ﷺ : « أن سمرة
ابن جندب كان له هذق من نخل (١) في حائط رجل من الأنصار ومع الرجل
أهله وكان سمرة يدخل إلى نخله فيأذى به وشق عليه فطلب إليه أن ينقله فأبى
فأتى النبي ﷺ فذكر ذلك له فطلب إليه أن ينقله فأبى ، قال : فببه له
وذلك كذا وكذا ، فأبى ، فقال ﷺ : أنت مضار ثم قال للأصارى
اذهب فاقطع نخله . »

فلما كان ضرر بقاء نخلة سمرة أشد من ضرر قلعها أجبره النبي ﷺ
بالقلع إزالة للضرر الأشد بعد أن رفض حلولاً أخرى ربما كانت أنفع له وعلل
الحكيم بالضرر .

• - دره المفاسد تقوم على جلب المصالح :

والمراد بالمفاسد : ما نهى عنه الشارع لما فيه من الفساد .

والمراد بالمصلحة : ما صلح به أمر الناس بما أمر به الشارع أو
أذن فيه .

(١) نخلة في بستان .

معنى القاعدة أنه إذا كان فعل المأمور به أو المأذون مستلزما لإرتكاب أمر منهي عنه ترك هذا الفعل .

ويشهد لذلك قوله صلى الله عليه وسلم : « إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم وإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه » .

ومعنى هذا الحديث أن الواجبات الشرعية يأتي بها المكلف قدر طاقة وجهده لا يكلف الله نفسا إلا وسعها . أما المحظورات والمنهيات انتهى عنها كلها ولا يأتي المكلف بأى منها إلا عند الضرورة .

وبعبارة أخرى أنه قد يتسامح في ترك بعض الواجبات بأدنى مشقة . كالقيام في الصلاة والفطر في رمضان ولم يتسامح في الإقدام على المنهيات .

وقد انبنى على هذه القاعدة فروع :

١ - الكذب مفسدة لحرمة ومق تضمن جلب مصلحة تربو عليه جاز :
كالكذب لإصلاح بين الناس وعلى الزوجة لإصلاحها .

٢ - لو أراد إنسان فتح نافذة في ملكه ولكنه يعلم أنه يترتب على ذلك الاطلاع على العورات في بيت جاره فإنه يتمتع ويراعع النافذة عن مستوى نظر الواقف .

وعمل هذا كله إذا كانت المفسدة راجحة أما إذا كانت المفسدة تافهة بالنظر إلى المصلحة المرجوة المترتبة على الفعل قدمت المصلحة كما لجة الطيب التي تستلزم الاطلاع على بعض العورة إذا كانت المعالجة مضطرا إليها (١) .

٣ - الضرر لا يزال بالضرر .

معنى القاعدة : أن الضرر يزال لكن لا يترتب على إزالته ضرر آخر .

(١) أنظر الأتبيه والنظائر للسيوطي ص ٩٢ - ٩٧

وإلا فلا معنى للضرر يزول وهي القاعدة الأصل فالضرر يزال لكن بلا ضرر .

ومن ههنا هذه القاعدة :

١ — لا يأكل المضطر طعام مضطر آخر .

٢ — ولو وقع دينار في جرة ولم يخرج إلا بكسرها . كسرت وعلى صاحبه الأرش .

٧ — الضرورات تبيح المحظورات بشرط هدم نقصانها .

وقد تفرع على هذه القاعدة جملة فروع منها : يجوز أكل الميتة عند الخمصة وإساعة اللقمة بالخر .

١ — يجوز للمضطر أن يأكل الميتة إذا تمينت ولم يجد غيرها .

٢ — ويجوز للمطش أن يشرب الخمر لإزالة العطش عند الضرورة بأن أسرف على الهلاك وكان في الصحراء ولا ماء ووجد الخمر .

٣ — ولو وجد بلدا عم فيه الحرام ونذر فيه الحلال جاز للفرد أن يستعمل ما يحتاج إليه للضرورة .

أما قولنا بشرط عدم نقصانها ليخرج ما لو أكره على القتل أو الزنا فلا يباح واحد منهما بالإكراه لما بينهما من الفسدة التي تقابل ضغط مهجة المكروه أو تزيد عليها (١)

القاعدة الخاصة : العادة محتكرة .

وسبق الكلام عليها في العرف كمصدر من مصادر التشريع فنكتفي بما قلناه .

هناك فارجع إليه (٢) والله أعلم .

(١) راجع في هذه القاعدة الأصل الضرريزال : بحث الأستاذ الدكتور

أحمد فهمي أبو سنة في مدخل الفقه الإسلامي ص ١٥٢ وما بعدها والأشياء

والنظائر للسيوطي ص ٩٢ — ٩٧

المبحث الثاني

الحق

قلنا فيما سبق إن موضوع علم الفقه هو التكاليفات الإسلامية (أى فعل المكلف) سواء أكان هذا التكليف طلب فعل أو المكف عن فعل أو التمييز بين الفعل والترك . فالتكاليفات الإسلامية منها ما هو مطلوب فعله ومنها ما هو مطلوب تركه ومنها ما هو متروك لحرية المكلف وهذا كله يعرف تحت مفهوم التكاليفات الشرفية أو الحقوق والواجبات فى الإسلام .

فما هو الحق والواجب عند الفقهاء :

والحق عند الفقهاء هو : مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع أو لها ما يقررها المشرع الإسلامى : أو الحكم الذى قرره الشارع (١)

ويعرف رجال القانون الحق : بأنه مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون (٢) وأنت ترى أن تعريف الشرعيين والقانونيين متقاربان .

وللحق إطلاقات مختلفة عند الفقهاء فكلمة حقوق تطلق عند الفقهاء ويراد منها الحقوق الخاصة بمرافق العقار كحق الجوار والمسيل والشرب أو يريدون منها ما يشمل كل حق فيشمل الملك سواء أكان نقد أم منقولاً أم عقاراً

(١) حاشية المنقولا بن ملك ص ٨٨٥ .

(٢) مصادر الحق للسهنورى ج ١ ص ٤

ويطلقونه أحياناً ويريدون منه ما يبيع العقيد من التزامات كالإسلام بتسليم المبيع وأداء الثمن .

أقسام الحق : والحق باعتبار صاحبه ينقسم إلى ثلاثة أقسام حق الله وحق الإنسان وما اجتمع فيه الحقان حق الله تعالى وحق الإنسان .
١ — حق الله تعالى :

والمراد بحق الله تعالى ما يتعلق به النفع العام لجميع العالم فلا يختص به واحد دون واحد، وإضافته إلى الله تعالى لتعظيم خطره .

حق الله . هو أمر الله ونهيه والحقوق العامة في الإسلام إما أن تكون إيجابية كالعبادات الإسلامية (كالصلاة والصوم) أو سلبية ويشمل هذا كل منهي عنه كجرائم الحدود الإسلامية (كالزنا والسرقعة وشرب الخمر والقذف والحراة والرذة والبغى)

ويقصد من هذه الحقوق العامة سواء أكانت إيجابية أو سلبية حمى للمصلحة المجتمعة على سواء وهذا هو معنى عموميتها .

ونظير ذلك في القوانين الرضمية القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها .

وقد حصر العلماء حقوق الله تعالى في هذه الأنواع الآتية :

أولاً : عبادات خالصة بالإيمان وفروعه كالصلاة والزكاة وغيرهما من الفرائض وإنما كانت فروعاً للإيمان لأنها لا تصح بدونه وهو صحيح بدونها .

ثانياً : عبادات فيها معنى المؤنة : كصدقة الفطر فهي عبادة من حيث أنها تؤدي تقرباً إلى الله تعالى ومظيماً له .

ومؤنة لانها تجب على الإنسان بسبب الغير فأنت تخرج زكاة الفطر عن نفسك وعن تلمك نفقتهم .

ثالثاً : مؤنة فيها معنى العبادة : كالعشر ونصف العشر الواجبين زكاة فيما تنبته الأرض من الزروع والثمار .

فالعشر مؤنة لانه ينفق منه على المجاهدين الذين يحمون الاوطان .
وأما كونه عبادة ، فلان المزكى يدفع العشر أو نصفه امتثالاً لامر الله .
رابعاً : مؤنة فيها العقوبة : كالحراج الذى يؤخذ كضريبة على الأرض الحراجية .

وإنما كان الحراج مؤنة لان به دوام الأرض فى يد أصحابها ولانه ينفق على حماية هذه الاراضى والدفاع عنها .

وهقوبة إذا كان فى هذا معنى العقوبة لان المشتغلين بزراعة الأرض قد انقطعوا عن شرف الجهاد فى سبيل الله بسببهم فلذلك هو قبوا بدفع الحراج لما فيه من الذلة والعنار .

خامساً : عقوبات خالصة أى محضة كالحود وإعنا اعتبرت الحدود عقوبات خالصة أى لم يشوبها نقص لترتبها على جنایات كاملة عن نقص شائبة الإباحة .

سادساً : عقوبات قاصرة كجرمان القاتل من الميراث زجرا واعتبرت هذه العقوبة قاصرة . لان القاتل فى الواقع لم يلحقه ألم ببذنه ولا نقصان فى ماله بهذه العقوبة . كل ما هناك أنه منع من تملك مال جديد فى تركة مورثه .

سابعاً : حقوق دائرة بين العبادة والعقوبة ، كالكفارات (كفارة اليمين وكفارة القتل ، كفارة الصوم ، كفارة الظهار)

أنما فيها معنى العبادة فلانها تؤدي بما هو عبادة محضة كالصوم والإعتاق
وأما أن فيها معنى العقوبة فلانها لم تجب ابتداء بل وجبت أجزئة على أفعال
توجد من العبادة ويكون فيها معنى الخطر .

ثامناً : حق قائم بنفسه أي ثابت لله تعالى بحكم ربوبيته كخمس الغنائم .
أي المال الذي يؤخذ من الكفار نتيجة حرب ويأخذ الخمس من كان خليفة
الله في أرضه وهو سلطان لأنه نائب الشرع .

أما الباقي وهو أربعة أخماس فيعطى للغانمين تشجيعاً لهم على القتال فائدة
تعالى تفضل بهذا عليهم لأنهم باعوا أنفسهم رخيصة في سبيل الله .
وكذلك الخمس الواجب في الركز كما بيئنا سابقاً لها موضعه ، يعتبر حقاً لله
تعالى قائماً بنفسه يصرّف إلى مستحقه .

ما الذي يترتب على ثبوت هذه الحقوق لله ؟

ومعنى كون هذه الحقوق ثابتة لله تعالى .

أولاً : أنه لا يجوز إسقاطها بأي حال من الأحوال مطلقاً فهي غير قابلة
للسقوط فلا يجوز لأحد كائناً من كان أن يبيع جريمة الزنا لنفسه أو ليسقط
الحد عنه ويشير إلى هذا قوله ﷺ (من حالت شفاعته دون حد من
حدود الله فقد حاد الله في حكمه)

ثانياً . إن الناس جميعاً لهم حق المطالبة بهذا الحق والدفاع عنه ومقاومة كل
من أخل بشيء من هذا الحق والشهادة عليه والمطالبة به صيانة لهذه الحقوق
ومحافظة عليها ولهذا كانت مشروعية الحسبة في الإسلام ؛

٢ - حقوق العباد : (أو حقوق الإنسان الخالصة)

وهي الحقوق التي نتناول كل ما شرع الله سبحانه وتعالى لمصلحة الفرد
بمنفعته الدنيوية .

١ - وقد تكون حقوقاً عامة وهي التي لا تتعلق بفرد بعينه بل هي التي يترتب عليها مصالح عامة لسلك أفراد المجتمع . كإلزام المساهمة في الدولة ووسائل النقل والمواصلات . فلكل فرد من أفراد المجتمع أن ينتفع بهذه المنافع طبقاً للقواعد العامة التي تنظم ذلك الانتفاع .

ويعني أن هذه الحقوق عامة : أن الانتفاع بها ثابت على سبيل الشركة بين الأفراد جميعهم . كما أن الدفاع عن هذه الحقوق وصيانتها من مسؤولية المجتمع كله . وولي الأمر نائب عن المجتمع في ذلك .

٢ - وقد تكون حقوقاً خاصة . وهي التي يترتب عليها مصلحة خاصة بفرد أو أفراد معينين . كحقوق الملكية الخاصة فلصاحب الملك أن يتصرف فيه كما يشاء بإرادته المنفردة فله أن يبيعه أو يرهنه أو يهبه أو يؤجره في ضوء القواعد والحدود الشرعية التي تنظم تلك المعاملات .

كما يجوز للدائن كله أو بعضه أن يسقط الدين عن المدين .

٣ - الحقوق المشتركة بين الله وعباده :

وهذه الحقوق تنوع إلى نوعين :

الأول : ما اجتمع فيه الحقان وحق الله غالب كحد القذف

لحق الله فيه : هو الزجر الذي يعود نفعه على المجتمع كله

وحق العبد فيه . هو صيانة عرضه من الأذى ودفع العار عنه .

وقد غلب الفقهاء هنا حق الله على حق العبد لأن حق الإنسان في صيانة عرضه يحرص عليه الشارع وهو الله سبحانه وتعالى حماية لسلك المجتمع وقد تولى الله تشريع العقوبة التي تمنع الخوض في أعراض الناس فيقول الله تعالى : والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا من بعد ذلك

يا صلحوا فان الله غفور رحيم ،

ومعنى تغليب الحق هنا انه ان هذا الحق لا يقبل التغيير ولا الاسقاط وهذه
ما جرى عليه أغلب الفقهاء .

النوع الثاني : ما اجتمع فيه الحقان (حق الله وحق العبد) وحق العبد
غالب كالقصاص في النفس وما دونها .

فان حق الله سبحانه وتعالى فيه . هو المنع من ارتكاب جريمة القتل
والجرح والاعتداء على النفس بأي نوع من أنواع الأذى الذي يتضرر منه
الانسان ويشهد لذلك قوله تعالى (ولكم في القصاص حياة يا أولى الألباب
لعلكم تتقون) لأن الله قد شرعه للزجر وإخلاء العالم من الفساد .

أما حق العبد فيه : فهو تشييق الورثة لدم القتيل وتعويضه عما فات من
الانتفاع بحياة مورثهم في حالة التعدي بالقتل وتشييق النفس المعتدى عليها
عند أخذ مجتمه من المعتدى . بمثل ما أصابه من الضرر ؛ قال تعالى : (وجزاء
سيئة سيئة مثلها) .

وإنما كان حق العبد هنا هو الغالب . لأن استيفاءه يتوقف على طلب
صاحب الحق أو ولي الهم ودعوته .

ويجوز لصاحب الحق التنازل عن القصاص ، مجاناً أو ببدل كالدية ونحوها
وليس معنى ذلك أن العقوبة تسقط عن الجاني مطلقاً لا فإن حق الممتنع قائم
ويثله الإمام وله تقرير الجاني حماية لحق المجتمع (١) .

(١) شرح المنار وحواشيه لابن ملك/ ٨٨٥ انظر مبحث الحق والواجبات
لجماعة من كلية الشريعة والقانون على رأسهم : د رافت عثمان ، د . نصر
فريد وأصل ١/٢ .

المبحث الثالث

نظرية المال والملك

المال وأقسامه :

١ - تعريف المال : خلق الله الإنسان على نحو لا يستطيع به أن يعيش وحده مكتفياً بنفسه بل لابد له من أن يعيش في مجتمع يفيد منه ويستفيد ويتأثر به ويؤثر فيه .

وإذا كان الأمر كذلك كان لابد من أن تكون معاملات وتصرفات تجرى بين أفراد المجتمع كبيراً كان هذا المجتمع أو صغيراً وهذه المعاملات موضوعها في الغالب المال بما في البيع والاجارة والوصية ونحوها .

لذا دعت الضرورة إلى التعريف به

فالمال هو : كل ما يمكن حيازته والانتفاع به على وجه معتاد .

وعلى هذا فلا يكون الشيء مالاً إلا إذا توافر فيه أمران إمكان حيازته وإمكان الانتفاع به على وجه معتاد .

فأحيز من الأشياء وانتفع به فعلاً يفد من الأموال كجميع الأشياء التي نملكها من أرض ومتاع وما لم يحز منها ولم ينتفع به فإن كان في الإمكان أن يتحقق فيه ذلك عد من الأموال كالمباحات من الأعيان كالسمك في البحر والطير في الهواء فإن الاستيلاء عليه والانتفاع به على الوجه المعتاد أمران ميسوران .

أما ما ليس في الإمكان حيازته فلا يعد مالاً — وإن انتفع به — كضوء الشمس وحرارتها .

وكذلك ما لا يمكن الانتفاع به على وجه معتاد لا يعد مالا - وإن أحرز فعلا - كحفنة من تراب ونملة لأن المسال تزول عنه ماليتها إذا قل حتى صار لا ينتفع به انتفاعا معتادا كحبة من الارز فإنه لا يمكن الانتفاع بها وحدها على وجه معتاد .

٢ - هل المنفعة مال

بناء على التعريف السابق للمال من أنه لا بد من إحرازه وحيازته لا يكون المال إلا مادة وعلى هذا فلا تكون المنفعة مالا لأنها ليست مادة ولا يمكن حيازتها وحدها .

ويرتب على ذلك أن منافع الأعيان كسكنى الدار وركوب السيارات لا تعد مالا ومثلها في ذلك الحقوق كحقوق الحضانة وحق الولاية وهذا ما ذهب إليه الحنفية .

وقال الشافعية والمالكية والحنابلة إن المنافع أموال لأن المال عندهم لا يشترط فيه إمكان إحرازه بنفسه بل يسكنى أن تمكن حيازته بحيازة أصله ومصدره ولا شك أن المنافع تحاز بحيازة محلها ومصدرها فإن من يجوز سيارة يمنع غيره أن ينتفع بها إلا بإذنه وهكذا .

وهذا الرأي هو الأليق والذي يتفق مع أغراض الناس ومعاملاتهم : وصار على هذا النحو علماء التشريع الوضعي فاعتبروا المنافع أموالا وعلى هذا حقوق المؤلفين وأمثالها مالا فالمال عند علماء التشريع الوضعي أعم من المال عند الفقهاء .

٣ - أقسام المال :

والمال له تقسيمات مختلفة ولكل منها مقوماته وخواصه فن المال عقار ومنقول ومته المثل والقيمي ومنه متقوم أو غير متقوم .

٤ - العقار هو الثابت الذي لا يمكن نقله والمنقول ما أمكن تحويله من مكان إلى آخر والأول هو الأرض والثاني كل عليها من زرع وشجر وبناء وحيران على أن مالكها يرحمه الله يجعل البناء والشجر من العقار لأن المنقول في رأيه هو ما أمكن نقله مع الاحتفاظ بصورته التي كان عليها وغير ذلك هو العقار ولا ريب أن البناء بعد هدمه يصير أنقاضاً كما يصير الشجر أخشاباً وهذا هو الرأي الذي يتفق مع القانون المدني الجديد (١) .

وفائدة تقسيم المال إلى عقار ومنقول تظهر فيما يأتي :

١ - العقار يصح أخذه بالشفعة دون المنقول إلا على رأى بعض الفقهاء .
وإلا إذا بيع المنقول تبعاً للعقار .

٢ - ليس للوصى بيع ما يملك الناصر من عقار إلا بسبب يجيز له ذلك كإيفاء دين أو دفع حاجة ضرورية ولكنه إن يبيع من المنقول ما يرى المصلحة في بيعه .

٣ - لا خلاف في جواز وقف العقار وفي صحة وقف المنقول خلاف وتفصيل .

٤ - يجوز بيع العقار قبل قبضه بخلاف المنقول .

٥ - يباع ما يملك المدين من منقول أو لا لو فاء دينه ثم العقار إذا لم يسكن المنقول .

٦ - وفي القانون المدني لا تنقل ملكية العقار إلا بالتسجيل والرهن التأميني وحق الاختصاص لا يكونان إلا في العقار .

٧ - والمال المثلي هو ماله نظير في السوق بلا تفاوت أو بتفاوت يسير يتساهل فيه التجار مثل الكميات والموزونات والمعدودات .

(١) راجع الاموال : إسماعيل غانم ص ٢٧

والمال القيمي هو ما لا نجد له مثيلاً في الأسواق أو يوجد ولكن مع تفاوت كبير يعتمد على التجارة والمعاملات كالأراضي والودور والحيوانات والأشجار والثياب .

فائدة هذا التقسيم :

١ - إذا تعدى إنسان على مال مثلي لآخر يكون عليه مثل ما أتلف حتى يكون الترمو بض على أكل وجه أما في القيمي فيضمن قيمته مادام لا مثيل له .

٢ - تدخل القسمة حذاً في المال المثلي المشترك وليس كذلك في المال القيمي

٣ - يصح في البيع أن يكون المثلي ممثلاً له متعين تماماً كما يصح طبعاً أن يكون مبعهاً أما القيمي فلا يصح أن يكون ممثلاً .

٤ - المال المتقوم وهو ما كان محرزاً فعلاً ويجوز الانتفاع به في حالة الاختيار وذلك مثل العقارات والمنقولات والمطعومات على اختلاف أنواعها إلا ما كان محرماً منها .

وغير المتقوم هو ما لم يحرز بالفعل أو كان لا يباح الانتفاع به إلا في حالة الاضطراب . والأول مثل السمك في الماء والطيور في الهواء والثاني كالخمر والحنزير بالنسبة لغيره فهما من الأموال المتقومة (١) .

ما فائدة هذا التقسيم :

١ - المال المتقوم يضمن من يتلفه للمالك مثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً في حين لا يضمن شيئاً إن كان غير متقوم .

فلو أراق أحد خمراً لمسلم لا يضمن شيئاً بما صنع بل حسناً ما فعل ولكن .

(١) يعبر رجال القانون عن الأموال غير المتقومة : بأنها الأشياء الخارجة :

عن التعامل بحكم القانون م ٢ / ٨٩

وهذا مما يجعل الأمر يختلف في التطبيق فالخمر مثلاً مال غير متقوم فلا

تصلح عملاً للقانون شرعاً وتصلح قانوناً .

الحجر لو كانت لغير المسلم ضمن ما أتلف لأنها مال تقوم عندهم في رأى جمهور الفقهاء .

٢ - المال المتقوم يرد عليه البيع والهبة والوصية وسائر المفاوضات المالية . وغير المتقوم لا يصلح أن يكون محلا للبيع ونحوه وإذا بيع كان العقد باطلا .

ثانيا - الملك وأقسامه

تعريفه :

٧ - الملك هو اختصاص يمكن صاحبه شرعا من أن يستبد بالتصرف والإنتفاع عند عدم المانع الشرعى .

فإذا ما حاز عينا من الأعيان واختص بها كان له شرعا أن يتصرف بالتصرف فيها بالبيع ونحوه وأن يتفرد بالإنتفاع إما بنفسه وإما بواسطة غيره عن طريق الإجارة أو الإعارة أو غيرهما .

ومن هذا فالقيم على المجنون أو السفهيه أو الوكيل . لا يعتبر أحد منهم مالكا لما يتصرف فيه بهذه الصفة من الأموال لأنه ليس لأحد منهم أن يتصرف فيما تحت يده إلا بصفته المذكورة كما ليس لأحدهم الإنتفاع به لنفسه على حين يعتبر كل من المجنون والقاصر والسفیه مالكا ما دام له حق الاستقلال فى التصرف والإنتفاع لولا المانع الشرعى من ذلك وهو أنه تحت ولاية غيره .

٨ - تقسيم المال بالنسبة للبلكية .

وينقسم المال من حيث جواز التملك وعدمه إلى ثلاثة أقسام :

١ - ما لا يجوز تملكه ولا تملكه بحال كالأراضى والمنشآت العامة

كالرواصلات العامة والطرق وغير ذلك فهذه كلها أموال عامة لا يجوز لأحد أن يملكها .

٢ - مالا يجوز ذلك فيه إلا بسبب شرعى كالأراضى الموقوفة وأملاك بيت المال (وزارة المالية الآن) .

ففى الوقف لا يجوز تملك بعض أعيانه إلا اذا رأته المحكمة حل الوقف أو استبدال شىء منه .

وفى أملاك بيت المال لا يصح تملك شىء منها إلا إذا رأى ذلك وحيثما تزول عنها صفة تخصيصها للمنافع العامة .

٣ - ما يجوز تملكه وتملكه دائماً فى كل حال وهو عدا ما تقدم مما يملكه الأفراد والجماعات .

هذا وملك الشىء قد يقع على الشىء ذاته وعلى منفعته معاً وقد يقع فقط على المنفعة وحدها فالمالك لقطعة من الأرض يملكها ويمتلك مباحها - له أن يزرع الأرض أو يبني عليها أو يجرها .

٩ - أنواع الملك : ينقسم الملك الى قسمين : ملك تام ، وملك ناقص فيكون تاماً اذا كان شاملاً للابن ومنفعتها جميعاً لرقبة الشىء المملوك مادته وذاته ، ولمنافعه كذلك .

ويكون ناقصاً اذا كان مقصوراً على الرقبة وحدها أو على المنفعة وحدها

الملك التام :

عرفنا أن الملك التام ما كان فى الرقبة والمنفعة معاً ولهذا النوع خصائص . ليست الملك الناقص كما أن له أسباباً يثبت بها .

فأما خصائص هذا النوع من الملك فهى :

١ - أن المالك له أن يتصرف فى المين ومنافعها بكافة التصرفات المشروعة

من بيع وهبة وإيجار وإعارة ووقف ووصية وغيره من التصرفات المشروعة والتي لا يترتب عليها إلحاق ضرر بالغير .

٢ - أن المالك له حق الانتفاع بالشيء المملوك بأى وجه من وجوه الانتفاع غير متقيد بزمان محدود ولا بمكان معين ما لم يكن ذلك محرماً شرعاً ، وأن يتخذ من داره مأوى للصوص أو تجار المخدرات .

٣ - أن هذا الملك له زمن معين ينتهى بانتهائه لأنه لا يقبل التقيد بزمان والمكان ولا ينتهى هذا الملك الا بانتقاله للغير بتصرف شرعى ناقل للملكية أو بالميراث اذا مات المالك أو بهلاك الشيء المملوك .

٤ - أن المالك اذا أتلف الشيء لا يجب عليه ضمانه لان الضمان حينئذ يكون عبثاً وليس معنى هذا أنه يباح للمالك أن يتلف ماله ويهين من المؤاخذه بل قد يستحق المؤاخذه اذا كان الشيء المملوك حيواناً فقتله عمداً أو بسبب الإساءة فى استعماله وقد يحجر عليه اذا ثبت سفهه فيمنع من التصرف فى ماله ويقتولاه عنه غيره .

١٠ - وأما أسبابه فهى :

- ١ - الاستيلاء على المال الذى لا مالك له .
- ٢ - العقود الناقلة للملكية كالبيع والهبة والوصية ونحوها .
- ٣ - الخلفية وهى أن يخلف شخص غيره فيما كان يملكه وهى تتحقق بالإرث
- ٤ - الشفعة وهى حق تملك العقار المشفوع فيه من مالكه الجديد ولو جبراً عنه بما قام عليه من الثمن والتسكليف .

وهذا هو رأى المالكية والشافعية والحنابلة فإنهم يجعلون الشفعة سبباً مستقلاً بثبوت الملك التام بناء على ان الملك فيها يثبت بطلب الشفعة ولو لم يدفع الثمن عند بعضهم .

هذه هي أسباب الملك التام في الفقه الاسلامى . أما التشريع الوضعى (١) فقد جعل أسباب كسب الملكية :

١ — الاستيلاء على مال ليس له مالك .

٢ — الميراث وتصفية التركة .

٣ — الوصية .

٤ — الالتصاق .

٥ — العقْد .

٦ — الحيازة .

٧ — الشفعة .

وهذه الأسباب تتفق في مجملها مع الأسباب التي ذكرها الفقهاء .

وسوف نتكلم عن بعض هذه الأسباب بشيء من الإيجاز .

١٢ — الاستيلاء على المباح :

يتماز هذا السبب بثلاثة أمور :

الأول أنه - نشأ للملكية في وجودها بعد أن لم تكن فالمشترى لشيء يملكه

بعد أن كان عارضا لغيره وهو البائع .

في حين أن من يضع يده على شيء مباح يصير مالكا له وما كان مملوكا

لأحد قبله .

(١) القانون المدنى الجديد راجع المواد ٩٦٧ إلى ٩٧٠

الثاني : أنه مختص بالأموال (١) ، المباحة أى فيها لم يكن مملوكا لاحد فن وضع يده مدة مهما طال على مال مملوك لغيره لا يصير مملوكا شرعاً له بحال .

الثالث : أنه سبب فعلى لا قولى فكل من يصدر عنه يعتبر مالكا لما وضع يده ولو كان غير أهل للالتزام والتماقد كالصبي والمجنون فلو استولى أحد من هؤلاء وأمثالهم على شيء مباح صار مالكا له .

١٣ - وهذا السبب يشمل هذه الصور :

١ - إحياء الموات .

٢ - الاصطياد ونحوه .

٣ - الاستيلاء على المعادن والكنوز .

١٤ - إحياء الموات : الموات ما ليس بمملوكا من الأرضين ولا ينتفع بها لسبب من الأسباب كانهضاع الماء عنها وتسكرن خارجة عن البلد .

وقد شرط الامام الطحاوى فى اعتبار الأرض هو انما ألا تسكون خارج البلد فقط بل أن تسكرن بهيئاً عنها وهذا البلد قديمه الامام أبو يوسف بنحو ثلثائة ذراع إلى أربعمائة .

ومن أحياء أرضاً ميتة فهو له بشرط أن يأذن له الإمام ، الإحياء لقول الرسول ﷺ : ليس للمرء إلا ما طابت به نفسه [إمامه] (٢)

(١) الاموال المباحة : جميع ما خلقه الله سبحانه وتعالى لينتفع به الناس أجمعون بما لم يحزه أحد ، كالاشجار التى نمت فى الصحرا ، والجبال وهكذا .
(٢) مختصر الطحاوى ص ١٢٤ .

ولا بد أن يتم ذلك في مدة لا تزيد عن ثلاث سنوات يحتجزها لهذا الغرض.
فإن أحيائها في هذه المدة ملكها وإلا أخذها الإمام منه وأعطاهما لغيره ليعمل
على إحيائها وفي هذا منفعة للحى وللأمة جميعاً

وعمل من أخذ الأرض المرات أو لإحيائها يسمى في عرف الفقهاء
بالتحجير والأصل في إجازته وفي تحديده بثلاث سنوات قول عمر « ليس
لحجج بعد ثلاث سنين حق » (١)

وسمى هذا المعنى بالتحجير - كما جاء في فتح القدير - لأن التحجير لغة هو
الإعلام وهذا الإعلام كما يكون بوضع الأحجار حولها والحد يد يكون
بأمور أخرى مثل القراس أو حفر بئر فيها أو تسميرها بأن شمل كان (٢)

والإحياء يسكن به على الأرض منتقماً بها أي يجعلها حية فتنتج بعد أن
كانت ميتة بترين الماء إليها حتى الجبال والسهول فيها وكل ما يده العرب
طريقاً للأحياء بناءً في كتب الاموال : أن عمر بن عبد العزيز أجاز الإحياء
ببنيان أو حرث (٣)

١٥ - الاصطاد وتجره - والصيد سبب من أسباب الملكية لأنه وضع
اليده على شيء مباح غير ملك لأحد من غير يتم الاستيلاء الفعلي عن المصيد أو
بندل يهين - بلير أو الحيوان عن البرار وهذا يسمى استيلاء حكماً وكل هذا
يكون بالآلات المدة للصيد كالشباك والسلاح أو بعض الحيوانات المدربة
على الصيد مثل الكلاب وسائر الجوارح المعتدة .

(١) الاموال لابن عبيد ٢٩٠

(٢) ابن عابدين ج ٥ ص ٢٨٧

(٣) كتاب الخراج ليعقوب بن آدم ص ٨٤

والصيد حلال للإنسان في كل حال إلا إذا كان محرماً أو كان الطير أو
الحيوان للصيد في الحرم (١)

وفي حال الصيد يقول الله تعالى وأحل لكم بهيمة الأنعام إلا ما يتل
عليكم غير محلي الصيد وأنتم حرم ، وإذا حللم فاصطادوا ، وأحل لكم صيد
البحر وطامه متاعاً لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر ما دتم حرماء .
ومن هذه الآيات نرى التفرقة واضحة بين صيد البحر وصيد البر فالأول
حلال دائماً والثاني حلال في غير الحرم وفي غير وقت الإحرام بالحج والعمرة

وتجرى هذه القاعدة أيضاً - وهي أن كل من سبق ووضع يده على شيء مباح
صار ماله كاله - على الكلا أو الخشائش التي ينبت في الأرض ولو كانت
مملوكة لبعض الناس دون أن يتكلم له أحد شيئاً من الرعي أو السقي أو العناية
مباح للناس جميعاً ولاكل أن يأخذ منه حاجته وعليه صاحب الأرض إن لم
يجد لمحتاج لهذه الخشائش حاجته في موضع آخر غير مملوك لأحد أن يأذن له
بدخول أرضه أو أن يخدمه له بنفسه ويخدمه له كما هي الحال في ماء الآبار
والعيون والحياض المملوكة (٢) هذا وحكم أشجار الصحارى والجبال والغابات
أو الآجام (٣) يكاد يكون حكم الكلا أو الخشائش في علمته وتفصيله فذلك
كله مباح إن كان في أرض لا يملكها أحد .

أما الغابات والآجام في أرض يملكها بعض الناس فهي ملك له فلايس لأحد
أخذ شيء منها إلا بإذنه كما له أن يبيع ما يريد من أحشائها وأحطابها لأن
صاحب الأرض قصد ذلك من تخصيص الأرض لها

(١) الحرم منطقة تشمل مكة المكرمة إلى حدود معروفة في كتب الفقه

(٢) البدائع ج ٦ ص ١٩٣ وما بعدها .

(٣) الآجام : اسم للغابات وهي الأشجار الغليظة .

١٦ — الاستيلاء على المعادن والسكنوز .

وتقصد بذلك الثروة التي في جوف الأرض فلا تظهر إلا بالكشف والبحث .
لتنقيب عنها من المعادن وغير ذلك .

ويجب أن نفرق أولاً بين المعادن وبين الركاك والسكنز .

١ — المعادن هي عى ما يرى بعض الباحثين ما يوجد في باطن الأرض من
سل الخائقة والطبيعية كالذهب والفضة والنحاس والحديد ونحوه .

٢ — أما الركاك فهو المال المدفون في باطن الأرض بفعل أمحاه الأولين
ناهيين او عى أثر حادث من حوادث الطبيعة - زلزال مثلاً - يؤدي إلى طمر
د في باطن الأرض بما فيها من آروان مختلفة وقد يسمى أيضاً بالسكنز .

وقد ذكر العلماء فى الركاك (١) أفر الاختنفة فيقول العراقيون إنه المعدن
الماء المدفون كلاهما ويقبل الحجازيون إنه المال المدفون خاعة ثم يتسمى .
رأى عندهم إلى أنه هو المعدن ولكن الحق هو التفرقة كما ذكرنا وعلى هذا
عرى أغلب الفقهاء .

قال يلعى (٢) يبدأ باب الركاك معكنا :د وهو اسم لما يكون تحت الأرض
ملقة أو يدفن العباد والمعدن اسم لما يكون فيها خائقة والسكنز اسم لمدفون
عباد ومعنى هذا أن الركاك يشمل المعدن والسكنز وأن المعدن والسكنز كليهما
شخص من الركاك .

(١) كتاب الاموال لابن سلام ص ٢٣٨ - ٢٤٩

(٢) تبين الخائقات ج ١ ص ٢٨٧ ، ٨٨

أنواع المعادن

- ١ - ما يقبل الطرق والسحب فتعمل منه صفائح وأسلاك ونحوها كالذهب والفضة والنحاس والرصاص .
- ٢ - ما لا يقبل ذلك وهو مع هذا صلب كالماس والياقوت .
- ٣ - المعادن السائلة كالنفط أى البترول والزيوت المدنية .

حكم تملك هذه المعادن :

سلك للعلماء فى هذا (١) مسالك شتى إلا أننا سوف نقنصر على ما قاله المالكية لأنه يتفق مع الصالح العام للناس جميعاً فهم يرون أن ما يوجد من المعادن على عمومها يكون للإمام يقطعه لمن يشاء من المسلمين انتفاعاً لا تملكها أو يجعله فى بيت المال حتى لا يختص بشىء منها من وجدت فى أرضه .

أما الركاز ففيه الجنس لبيت المال وباقيه لو أجده إن لم تكن الأرض مملوكة أو لملك الأرض (٢)

ومن أراد أن يستزيد بمعرفة آراء المذاهب الفقهية فليرجع إليها فإنها مودعة فى بطون كتب الفقه (٣)

١٧ - الأسباب النافذة للملكية :

من الأسباب النافذة للملكية العقود وهى كثيرة . منها البيع والهبة والصدقة

(١) البدائع ج ٢ ص ٦٦ ؛ المغنى لابن قدامة ص ٥٢٠ - ٥٢٤ نهاية المحتاج ج ٤ ص ٢٥٣

(٢) الشرح الصغير للدردير وحاشية الصاوى عليه المسماة بلغة السالك لأقربها عمالك ج ١ ص ٢٥٩
(٣) المراجع السابقة .

والوصية والصلح والزواج إذا كان المهر عيناً من الأعيان والطلاق على مال . ولا يعتبر هذا السبب ناقلاً للملكية إلا إذا كان مالا متقوما فلا يكون في المباح من الأموال ولا فيما لا يجوز الاتقاع به شرطا أى فالخمر والتخزير يخرجان عن دائرة التعامل بين المسلمين ، ونشير إلى بعض العقود على سبيل التمثيل .

١ - الوصية : فمن يوصى مثلا بسيارته للإسماعيل أو بعبارته لتسكون مستشفى بعد وفاته أو قطعة من الأرض لطلبة الجامعة ثم يموت الموصى مصرأ على الوصية ويقبل الموصى لهم يكون الشيء الموصى به ملكا لهم متى كان لا يزيد على ثلث التركة أو كان يزيد ورضى الورثة بالوصية .

٢ - عقد الزواج : فإذا قال الرجل للمرأة تزوجتك بمائة وخمسين جنياً فقبلت المرأة فإنه بمقتضى هذا العقد تنتقل ملكية هذا المهر - وهو المائة والخمسون جنياً - إلى المرأة - بعد أن كانت هذه التعمود ملكا للزوج .

٣ - عقد الهبة : فمن يهب سيارة لصديقه ويقبل الصديق الهبة فإن ملكية السيارة الموهوبة تنتقل إلى الصديق الموهوب له بمجرد تسليمه السيارة وتصبح ملكا له بعد أن كانت ملكاً لصاحبها .

٤ - الخلع وهو الطلاق على مال : كأن تقول المرأة لزوجها طلقني نظير عمارق هذه فيجيبها الزوج بقوله طلقتك على ذلك فإن هذه العبارة تصبح ملكا للزوج بعد أن كانت ملكاً للزوجة .

١٨ - الميراث :

هو من الأسباب الناقلة للملكية تركه الميت إلى ورثته دون حاجة لعقد أو قبول منهم فالوارث يحل محل مورثه فيما تركه من مال أو أية حقوق مالية عند وفاته . ولا يكون الميراث إلا في مال مملوك أو حق ملحق به ولا يسكون

إلا فيما بقي من ذلك بعد سداد الديون التي على المتوفى ثم تنفيذ وصاياها الجائزة -
في ثلث التركة أو فيما زاد عند إجازتها من الورثة - وبعد هذا أو ذلك تقسم
التركة بين الورثة وسيأتي تفصيل ذلك مستقبلا إن شاء الله في الميراث .

١٩ - وفي النهاية نود أن نلفت الأذهان إلى قاعدة هامة وهي :

أن الملك الناتج عن هذه الأسباب وغيرها يكون ملكا تاما فلا يرول عن
صاحبه بغير رضی منه لأن أساس هذه العقود هو الرضى كما هو مقرر .
ولكن هناك أحوالا استثنيت من هذا الأصل وترول فيها الملكية جبرا
عن المالك لأن إباء المالك فيها وعدم رضاه ظلم أو عنت فلا يلتفت إليه .

١ - إذا دعت إلى ذلك مصلحة عامة كأنشاء الطرق والمساريف وتوسيع
دور العبادة ونحو ذلك فإنه في مثل هذه الحالات يجوز الاستيلاء على الأملاك
الخاصة من أجل تلك المصلحة العامة ويعطى صاحبه قيمته ولو كان غير
راض .

وقد فعل عمر بن الخطاب ذلك حين أراد توسيع المسجد الحرام .

(٢) إذا دعت الحاجة إلى تحديد الملكية الزراعية بمقدار معين ويمثل
هذا إصدار قانون الإصلاح الزراعى الذى صار به الحد الأقصى للملكية مائتى
فدان ثم صار بعد ذلك مائة فدان فإنه بهذا القانون أصبح كل من كبار الملاك
مرغبا على بيع مازاد على هذا القدر .

هذا وإن كان تشريعاً مديانياً إلا أن له سنده القويم من الفقد وشريعة الإسلام .
كما أن له سنده مما فعله الخلفاء الراشدون أنفسهم .

(٣) إذا امتنع الإنسان عن أداء دينه بغير حق فلا ناضى أن يبيع ماله من
منقول أو عقار حتى يفي هذا الدين جبراً عنه وهذا عند الصاحبين وإن كان
أبو حنيفة لا يرى ذلك لأن صنيع ذلك يعد حجراً على الدين وإهداراً لإنسانيته
ولكن للناسى أن يجسسه حتى يؤدى دينه أو يظهر إعساره فيطلقه وينظره إلى يسرقه

الملك الناقص :

وهذا الملك الناقص قد يرد على ملك المين أو الرقبة دون المنفعة أو المنفعة وحدها وملك المنفعة قد يكون حقاً شخصياً للمنتفع أى يتبع شخصه لا المين المملوك .

وقد يكون حقاً عينياً أى تابعاً للمين دائماً فينتقل من شخص إلى آخر وهذا ما يسمى بحق الارتفاق ولا يكون إلا فى المقار .

(١) ويتحقق ملك الرقبة دون المنافع فتكون المين ملكاً لصاحبها وتكون المنفعة كمن يجعل داره مباحة لمن يبيت فيها من غريب أو طار سليل .

(٢) وقد تملك المنفعة وحدها على أنها حق شخصى كما لو أوصى إنسان بداره أو وقفها على شخص معين فليس له فى هذه الحالة إلا سكنها بنفسه أى ليس له أن يسكنها غيره بطريق الإجازة مثلاً .

(٣) أما مالك المنفعة ملكاً عينياً بمعنى أن يكون هذا الملك تابعاً للمين لا للشخص الذى له حق المنفعة وهو ما يسمى بحق الارتفاق وهو الحق المقرر لعقار على عقار آخر دون نظر إلى المالك وهذه الحقوق حق الشرب وحق المجرى وحق الجوار وسيأتى الكلام عليها مستقبلاً .

خصائص الملك الناقص :

للملك الناقص أحكاماً ينفرد بها :

أولاً : أن الملك الناقص يخالف الملك التام فإن الأول يقبل التقييد بالزمان والمسكان والصفة أما الملك التام فلا يقبل ذلك ومن هنا فإنه يجوز لمن أبطان سيارته لغيره أن يقيد المستعير بأن ينتفع بها مدة معينة كاسبوع مثلاً أو فى مكان معين ، كأن يلزمه أن يركبها فى المنصورة ولا يخرجها منها وأن يركبها بنفسه ولا يعطيها لغيره .

ثانياً : أن هذه العين - محل الملك الناقص - تعتبر أمانة في يد المنفعة يجب عليه المحافظة عليها شأنها في ذلك شأن ملكه الخاص وعلى هذا لو تلفت أو تعيبت بأى عيب يتعد منه وجب عليه الصمان لتقصيره في حفظ الأمانة .

ثالثاً : من المقرر أن الملك التام تكون نفقاته على الملك أما في الملك الناقص فإن نفقة العين تكون على مالك المنفعة وعلى هذا ولو استعار شخص دابة ليركبها كانت نفقاتها عليه .

طرق انتهاء الملك الناقص

ينتهي ملك المنفعة بواحد من الأمور الآتية .

أولاً : انتهاء مدة الانتفاع إن كان له مدة محددة فإذا كانت الإجارة محددة مدة معينة كثلاث سنوات .

ثانياً . إذا ملكت العين - محل الانتفاع - أو وجد بها عيب لا يمكن معه الانتفاع بالعين على الوجه المطلوب كمن يستأجر دابة للركوب ثم يصيبها العرج ثالثاً : إذا توفي مالك العين إذا كانت المنفعة بطريق الإجارة أما في الوصية فلا يبدأ ملك حق المنفعة إلا بعد وفاة الموصى وفي الوقت ينتقل هذا الحق من جيل إلى جيل .

رابعاً : وفاة من له حق المنفعة بناء على هذا الحق لا يورث .

من أنواع الملك الناقص - حقوق الارتفاق :

وحق الارتفاق هو الانتفاع العيني الثابت لعقار على عقار آخر بقطع النظر عن شخص المالك .

وحقوق الارتفاق الهامة هي حق الشرب وحق المجرى وحق المسيل وحق الجوار .

فإن حق سقي أرض من مجرى ماء معين أو صرف الماء الوائد عن حاجتها

في مصرف معروف أو المرور من طريق هو جزء من أرض أخرى .

ولهذه الحقون أحكام عامة :

منها : ألا يؤدي استعمالها إلى ضرر بالغير تطبيقاً لقاعدة لا ضرر ولا ضرار
فليس لمن له حق مرور لمنزله أو أرضه من طريق لا يملكه أن يضر بمروره
غيره ثم إن حقوق الارتفاق قد تكون على عقارات أو أموال عامة كالقناطر
والجسور والطرق التي لا يملكها أحد من الأفراد على هذا فحق الارتفاق بها
ثابت للناس جميعاً بلا استثناء من أحد - إذ هي أملاك عامة - وإنما أن تكون
حقوق الارتفاق على أملاك خاصة لفرد مثلاً .

ولكى يثبت حق الارتفاق على هذا الملك الخاص لا بد له من إذن صاحبه
وكذلك إذا كان حق الارتفاق مضرًا بالغير كالمسيل القدر في الملك العام .
أو الخاص ببعض الأفراد يجب إزالته أيضاً .
كما قلنا سابقاً إذ لا ضرر ولا ضرار (١) .

(١) أنظر المغني لابن قدامة ج ٥ ص ٥٣٨ ، الخراج ليعحي بن آدم ص
١١٠ وحاشية ابن عابدين من ١١٠ ج ٦ ص ١٩١ ، والمدخل للرحوم الدكتور
محمد يوسف موسى في نظرية الملك .

المبحث الرابع

العقد

تعريفه :

من المسلم به أن لسبيل شيء حقيقة يقوم عليها، وطبيعة يتميز بها عن غيره حتى يأخذ شكله العام .

وبهذه الحقيقة تتباين الأشياء وتتميز . وتظهر الخصائص . وهذا يقتضى منا تعريف العقد عند كل من علماء اللغة وفقهاء الشريعة ، ورجال القانون .

أولاً : العقد عند علماء اللغة :

يطلق العقد عند علماء اللغة على معان كثيرة تدور كلها حول الربط ، والشد والإحكام ، والإلزام ، والتوكيد ، والتقوية ، والضمان ، سواء أكان ذلك في الأمور المحسوسة ، أم كان في الأمور المعنوية .

يقال : عقد الخيل ، أى جمع طرفيه وشد أحدهما بالآخر حتى يتصلا فيصباحا قطعة واحدة .

ويقال : عقد اليمين أو النية على فعل شيء أو تركه إذا أكدها وقوامها ، يشهد لهذا المعنى قول الحق تبارك وتعالى : **و لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الإيمان** ، (١) وقوله : **و لا نعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله** ، (٢)

وسواء أكان ذلك توثيقاً وتقوية لكلام صادر من جهة واحدة، كان

(١) سورة المائدة آية ٨٩

(٢) سورة البقرة آية ٢٢٥

قول: عقد العزم والنية على فعل كذا، أو عقد اليمين على فعل كذا، يسمى
تقدماً، إذ فيه ربط بين الإدارة وتنفيذ ما التزم به:

أم كان ربطاً بى كلامين لشخصين أو أشخاص، فيقال عقد البيع والزواج
الإجارة، وهذا يشمل العقد الصادر بين طرفين (١)

وبناء على ذلك: فإن العقد يطلق عند علماء اللغة على كل ما يفيد معنى
الربط والتوثيق والإلزام من جانب واحد، أو من جانبين.

ثانياً - العقد عند فقهاء الشريعة:

المتبع للكلام الفقهاء حينما تكلموا على العقود المختلفة، يخدم مختلفين في
طلاق كلمة العقد فيبينها يتوسع فيه بعضهم، يقصره آخرون على نوع خاص
من الارتباط.

ولعل سر اختلافهم راجع إلى الاستعمال اللغوي لكلمة العقد، إذ أنه
طلق - كما سبق - على الربط بين أطراف الشيء، ومن هذا المعنى أخذ العقد
بمعنى الربط بين الكلامين في الاتفاقات التبادلية.

كما أن لفظ العقد يطلق أيضاً، ويراد به الإحكام والتقوية، ومن هذا
لمعنى جعل العقد بمعنى العهد واليمين، فإن اليمين يقوى عزم الحالف على فعل
لمحدوف عليه أو تركه.

فن توسع من الفقهاء في إطلاق لفظ العقد نظراً إلى أن كل التزام لا يخلو
من عهد، والعهد يطلق على العقد.

ومن ضيق فيه وقصره على أنه لا يكون إلا بين تصرفين صادرين من

(١) لسان العرب ج ٢ ص ٢٩٦، تاج القروض ج ٢ ص ٢٩؛ والقاموس

لحيط ج ١ ص ٢١٥؛ للصباح المنير ص ٥٧٥

شخصين يرتبط كل منهما بالآخر ، نظر إلى أن معنى العقد في اللغة الجمع والربط ، وهذا لا يكون إلا بين اثنين .

ومن هنا نرى أن العقد عند فقهاء الشريعة له معنيان :

أحدهما عام :

وهو التصرف الذي ينشأ عنه حكم شرعي ، سواء صدر من طرف واحد أو من طرفين .

أو هو التصرف المتضمن لإنشاء حق ، أو نقله ، أو إنهائه أو إسقاطه دون أن يتوقف تمامه على تصرف من جانب آخر .

ومقاد هذا التعريف يتحقق بالتصرف الذي ينشأ عنه حكماً شرعياً ، سواء وجد التزام من جانب في مقابلة للالتزام من جانب آخر كالبيع .

أو كان متوقفاً تماماً على قبول الطرف الآخر كالوكالة .

أو لم يقابله التزام من جانب آخر ، ولم يتوقف على قبول طرف آخر ، كالطلاق والنذر والإبراء من الدين (١) .

وهو — ارتباط بين اثنين بإيجاب يصدر من أحدهما ، وقبول يصدر من الآخر على وجه مشروع يظهر أثره في المحل (٢) .

(١) هذا التعريف هو الشائع في كتب المالكية والشافعية والحنابلة والخصاص من الحنفية . راجع : هداية الراغب ص ١١ ، معنى المحتاج ج ٤ ص ٥٠٩ ، وتبيين الحقائق ج ٥ ص ٩١ ، وأحكام القرآن للخصاص ج ٢ ص ٣٦٠ / ٣٦١ .

(٢) وعرفته المجلة بأنه : « ارتباط بإيجاب يقبول على وجه مشروع يظهر أثره في محله ، انظر : الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد للدكتور الزرقا ج ١ ص ٢٩٠ . وموجز العقد للإستاذة الدكتورة زكريا البري ، ونظرية العقد للدكتور حسين حامد والشيخ العيسوي .

ويؤخذ من هذا التعريف أن العقد لا يوجد إلا إذا توافرت العناصر الآتية :

١ — وجود طرفين (عاقدين) أما إذا كان طرفاً واحداً ، فإنه لا يستطيع أن يبرم بإرادته وحده عقداً بناء على هذا التعريف (١) .

وفي هذا المعنى يقول الشيخ أبو ذهرة : إن العقد لا يكون إلا بين طرفين ، وإذا كان من طرف واحد يكون التزاماً أو وعداً (٢) .

٢ — صدور ما يدل على الرضا بين العاقدين ، ويتحقق ذلك بصدور ما يدل عليه من كلام أو ما يقوم مقامه من إرشاد أو كتابة أو فعل .

٣ — اتصال الإيجاب بالقبول على الوجه الذي رسمه الشارع ، وهذا لا يتحقق إلا بشروط ستأتي بعد .

٤ — وتقييد الارتباط بكونه مشروعاً ينبىء باشتراط مشروعية المحل (المعقود عليه) .

فإذا كان غير مشروع فإنه لا يسمى عقداً ، وذلك كما إذا قال شخص لآخر : أجرتك على أن تقتل فلاناً مقابل أن أعطيك كذا ويقول الآخر قبيلت . فإن هذا الاتفاق وإن كان صادراً بين طرفين عبراً عن إرادتهما بإيجاب وقبول إلا أنه لا يتوقف عليه أثره ، لأنه انصب على محل غير مشروع .

٥ — ظهور أثر ارتباط الإيجاب بالقبول في المحل . أي لا بد أن تكون هناك فائدة تترتب على هذا الارتباط ، فإنه لم يكن تسمية بائدة فإنه لا يسمى عقداً ، وذلك كما إذا كانت هناك قطعة أرض مناصفة بين طرفين على الشيوع ، فباع كل منهما نصيبه لشريكه بماله ، فإن هذا الارتباط وإن كان صادراً بين طرفين بإيجاب وقبول على وجه مشروع ، إلا أنه لا يفيد شيئاً ، ولا أثر له .

(١) الدسوقي ج ٢ ص ٢ ، حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٢٦ .

(٢) الملكية ونظرية العقد .

لأن كلا من الشريكين مالك لخصته على الشيوع واتفاقهما لا يحمل معنى أكثر من ذلك .

ثالثاً - العقد عند رجال القانون (١) .

هو - توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين ، وهذا الأثر إما لإنشاء التزام (٢) ، أو نقله (٣) ، أو تعديله (٤) ، أو إنهائه (٥) .
يؤخذ من هذا التعريف : أن مطلق توافق الإرادتين لا يسمى عقداً ، إلا إذا أحدث أثراً قانونياً ، فلو اتفق اثنان على أن يخرجوا للتنزه في وقت معين ، فإن توافق الإرادتين هنا لا يسمى عقداً ، لأنه لا يحدث أثراً قانونياً .

مقارنة بين تعريف الفقهاء ورجال القانون :

بالمقارنة بين تعريف كل نجد أن بينهما تقارباً ، إذ كل منهما يخص العقد بما يتم بإرادتين أما ما يتم بإرادة منفردة فليس بعقد عندهم ، وإنما هو إرادة منفردة يترتب عليها التزام من جانب واحد .

ولكن رغم هذا التوافق نجد أن تعريف الفقهاء قد يكون أحكم منطلقاً ، وأدق تصوراً من تعريف رجال القانون وذلك للأمور الآتية :

١ - أن العقد في نظر الفقهاء ليس هو اتفاق الإرادتين نفسه بل الارتباط

(١) عرفه الدكتور عبد الحى حجازى بأنه توافق إرادتين أو أكثر يقصد لإنشاء علاقة قانونية ذات طابع مالى ، النظرية العامة للالتزامات ج ٢ / ص ٢١ .

(٢) كالبيع والإجارة .

(٣) كالحوالة .

(٤) كتأجيل الدين .

(٥) كالإبراء أو فسخ العقد قبل مدته .

الذى يعتبره الشارع حاملاً بهذا الإنفاق، إذ قد يحصل الاتفاق بين الإرادتين دون أن تتحقق الشروط المطلوبة شرعاً للانعقاد فلا يعتبر عقداً، ولا يحصل انعقاد رغم اتفاق الإرادتين .

أما تعريف القانون فإنه يشمل العقد الباطل ، وذلك لأنه عرف العقد بواقعه المادية ، وهى اتفاق الإرادتين .

أما تعريف الفقهى فإنه يعرفه بحسب واقعه الشرعية ، وهى الارتباط الاعتبارى .

٢ - أن تعريف العقد عند الفقهاء قد امتاز ببيان الأجزاء التى يتركب منها فى نظر التشريع ، وهى الإيجاب والقبول ، وذلك لأن مجرد توافق الإرادتين لا يعرف وجوده، لأن الإرادة أمر حثى، لا يستدل عليه إلا بواسطة أمر ظاهر من كلام أو فعل أو إشارة - ولذلك كان تعريفاً مانعاً .

أما تعريف العقد عند رجال القانون فقد أغفل هذا البيان وقال بتوافق إرادتين . رغم أنه قد تكون هناك إرادتان تنفقان على التماقد ولا تتحرك إحداهما نحو الأخرى فلا يكون عقداً كما فى حالة الوعد ببيع ونحوه، ولذلك كان تعريفاً غير مالمع (١) .

الفرق بين العقد وكل من التصرف والالتزام والوعد :

لما كانت هذه الالفاظ تأتى بكثرة عند التكلم عن العقد ، وكان بين معانيها تشابه من بعض الوجوه ؛ كان من الأفضل تعريفها وبيان الفرق بينها وبين العقد حتى لا يحصل التباس على أحد .

١ - العقد والتصرف :

التصرف : هو كل ما يصدر عن الشخص المميز بناء على إرادته ويتروك

عليه الشارع أثرًا من الآثار، سواء أ كان هذا الأثر في مصلحة هذا الشخص أو لم يكن في مصلحته ، وسواء أ كان متضمناً لإرادة إنشاء حق من الحقوق أم لا ، مثال الأثر الذي فيه مصلحة للتصرف البيع والإجارة وإحياء الأرض الموات... الخ ومثال ما يكون في صالح الغير الوقف والوصية والإبراء عن الدين . ومثال ما فيه ضرر للتصرف السرقة، فإن هذا الفعل وهو السرقة ضار به ، وترتب عليه العقوبة ، ومثال ما يتضمن إنشاء حق كالبيع والهبة ؛ مثال ما لا يتضمن إنشاء حق الإقرار بحق من الحقوق كما إذا أقر بأنه مدين لفلان بمائة جنيه ، فإن هذا الإقرار لم ينشئ حق الدائن في هذا الدين ، وإنما كان إثباتاً واعترافاً بحقه الثابت فيما قبل .

وخلاصة هذا أن جميع الأقوال والأفعال التي تصدر من الإنسان تسمى تصرفاً (١) .

وبذلك يكون التصرف أعم من العقد بمعنى الأخص — لأن العقد نوع من أنواع التصرف التي تشمل العقد وغيره .

٢ — العقد والالتزام :

الالتزام هو — التصرف القولي المتضمن لإرادة إنشاء حق من الحقوق أو إنهاؤه أو إسقاطه ، سواء صدرت هذه الأقوال من طرف واحد أو من طرفين ، وسواء كانت لازمة أو غير لازمة .

(١) وهناك فريق آخر من الفقهاء . قصر التصرف على الأقوال دون الأفعال، حيث عرف التصرف بأنه وما يصدر عن الشخص من قول يرتب عليه الشارع أثرًا أو حكماً معيناً، وهذا التعريف هو المرادف لتعريف رجال القانون ، فقد عرفه د. السنهوري بأنه إرادة محضنة تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين يرتبه القانون ، مصادر الحق ج ١ ص ٦٦ ، العقد للدكتور حسين حامد ص ٢٢٧ .

فيدخل فيه التصرف الذي يوجد بالإرادة المنفردة كالوقف والطلاق ،
والتصرف الذي لا يوجد إلا بإرادتين كالبيع والإجازة .
وعلى ذلك يكون الالتزام أهم من العقد لأنه يشمله باعتباره التزاماً
متبادلاً بين العاقدين ، ويشمل غيره من الالتزامات التي توجد بالإرادة
المنفردة كالوقف .

ويتبين لنا مما سبق :

(أ) أن التصرف أعم من العقد ومن الالتزام ، لأن التصرف يكون
بالقول أو بالفعل بخلاف العقد والالتزام فإنهما لا يكونان إلا بالقول فكل
عقد أو التزام تصرف ولا عكس .

(ب) وأن الالتزام أعم من العقد بمعنى الخاص ، لأن الالتزام يكون
من جانب واحد أو من جانبين ، وأن العقد لابد أن يكون من جانبين فكل
عقد التزام ولا عكس .

٣ — العقد والوعد :

الوعد هو إخبار عن إنشاء المنجز مع وفاء في المستقبل (١) .
وبالنظر إلى هذا التعريف وتعريف العقد ، يتضح أن الوعد لا يتضمن
إنشاء التزام في الحال ، وإنما هو مجرد إخبار عن إنشاء التزام في المستقبل
ولذلك فإن صيغته تكون بلفظ المضارع ؛ كان يقول شخص لآخر سأعطيك
مبلغاً من المال عند نجاحك في الامتحان .

بخلاف العقد فإنه يتضمن إنشاء التزام في الحال ، ولذلك فإن صيغته غالباً
ما تكون بلفظ الماضي ؛ وقد تكون بلفظ المضارع إذا دلت القرائن عليه (٢)

(١) شرح حدود ابن عرفة للرضاع ص ٤٠٨ .

(٢) وذلك لأن المضارع المجرد يهتمل احتمالين الحال والاستقبال ، ولا بد

هذه الفروق من جهة المعنى والصيغة .

أما من جهة الحكم :

فإن جميع الفقهاء متفقون على أن العقد يلزم الوفاء به من العاقد ويجبره القاضى على تنفيذه عند الامتناع .

أما الوعد :

فإن الفقهاء متفقون على استحباب الوفاء به ؛ وأن الوفاء به مطلوب ديانة ؛ لأن ذلك من مكارم الاخلاق .

ولكنهم اختلفوا في وجوب الوفاء به قضاء ، بمعنى أن الواعد إذا عدل عن الوفاء بوعده . فهل يجبره القاضى على الوفاء به ؛ كما يجبر العاقد على الوفاء . بمعقده أم لا ؟ على أربعة أقوال :

القول الأول :

لا يجبر الواعد على الوفاء بوعده قضاء ، بل هو مخير بين الوفاء بوعده من عدمه ؛ ولكن الأفضل الوفاء به .
ذهب إلى ذلك الحنفية ؛ والشافعية ، والحنابلة ؛ والظاهرية ؛ وجمهور الفقهاء من الصحابة والتابعين (١) .

== لتعيين أحدهما من بدنة أو قرينة أو عرف ؛ بخلاف الماضى ؛ فإن صيغته للقطع والجزم لإحتمال فيها أصلا ؛ ولذا صحت بها العقود .

(١) ووجهة نظرهم في هذا ما رواه مالك عن صفوان بن سليم أن رجلا قال لرسول الله ﷺ أكذب على امرأتى فقال رسول الله ﷺ لا خير في الكذب ؛ فقال يا رسول الله أعدها وأقول لها ؛ فقال ﷺ : لا جناح عليك

وبما رواه أبو داود عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : إذا وعد الرجل أخاه وفى نيته أن ينقض له فلم ينقض ولم يجهى للميعاد فلا إثم عليه . =

القول الثاني : يجبر الواعد على الوفاء بما وعد به ويلزم به عند الامتناع قضاءه (١). ذهب إلى ذلك عبد الله بن شبرمة (٢) ورجحه ابن الشاطب (٣).
القول الثالث : يقضى بالوعد إذا كان على سبب وإن لم يدخل فيه فعلاً، ذهب إلى ذلك أصبغ (٤) وفضى به عمر بن عبد العزيز (٥).
القول الرابع : إن الواعد يلزمه الوفاء بوعده إذا كان معلقاً على سبب ودخل للموعد في السبب من أجل الوعد .

= فيؤخذ من هذين الحديثين أن عدم الوفاء بالوعد مباح ، إذ لو لم يكن مباحاً لكان كذباً ، ولما نفي رسول الله ﷺ الجناح على الذي لم يف بالوعد ، وإذا كان عدم الوفاء بالوعد مباحاً ، وليس على صاحبة جناح ، فإنه لا يجبر على الوفاء به لأن الإيجاب على قضاء الشيء لا يكون إلا في الواجب ، وهذا ليس بواجب أنظر تعيين الحقائق للزبلي ص ١٩ ، معنى المحتاج ج ٢ ص ٤٠٥ ، المعنى ج ٦ ص ٤٢ المحل لابن حزم ج ٨ ص ٢٧ .

(١) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٢٨ ، إدرار الشروق على أنوار الفروق ج ١ ص ٢١
(٢) هو - عبدالله بن شبرمة الكوفي قاضياً ، أحد الأعلام ، قال المعجل كان فقيراً عالماً عاقلاً عفيفاً ، ثقة شاعراً حسن الخلق جواداً مات سنة ١٤٤ هـ . أنظر خلاصة التذهيب ص ١٠٧ .

(٣) هو - سراج الدين أبو القاسم بن عبدالله الأنصاري . ولد سنة ٤٤٣ هـ وهو فقيه أصولي . موسوعة الفقه الإسلامي ج ١ .

(٤) أصبغ - هو - أبو عبدالله أصبغ بن الفرغ بن نافع من كبار فقهاء المالكية بمصر ولد سنة ١٥٠ هـ وسكن القسطنطينية ورحل إلى المدينة ليمسح من مالك فدخلها يوم موته . وصحبه ابن القاسم واشتهر . قال ابن الماجشون . ما أخرجت مصر مثلاً أصبغ توفي سنة ٤٣٥ هـ . من مؤلفاته . الأصول ، وتفسير غريب الموطأ . انظر . الديباج المذهب ص ٩٧ وما بعدها .

(٥) الفروق القرآني ج ٤ ص ٢٥ ، إدرار الفروق ج ٤ ص ٢١ ، المنتقى ج ٥ ص ٦٠٩ .

كأن يقول شخص لآخر . لاني أريد أن أهدم دارى وليس عندى من المال ما أعيد به البناء ، فيقول له . أهدم دارك وأنا أهيك كذا من المال فيهدمها بناء على ذلك الوعد .

فانه في تلك الحالة يلزم بالوفاء ويقضى به .

ذهب إلى ذلك ابن القاسم (١) وهو المشهور والراجح من مذهب الإمام مالك (٢) .

هذه هي آراء الفقهاء في الوعد والذي نراه ونرجحه على القول الثانى الذى يذهب إلى إلزام الواعد بالوفاء بوعده مطلقاً - أى سواء علقه على سبب أم لا . لأن هذا القول هو الذى يتفق مع النصوص الواردة فى الكتاب والسنة . أما الكتاب ، فأيات كثيرة منها .

١ - قوله تعالى : د وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً ، (٢) .

٢ - وقوله تعالى : د يا أيها الذين آمنوا لم تقولون مالا تفعلون ، كبر

مقماً عند الله أن تقولوا مالا تفعلون ، (٢) .

(١) هو - أبو عبدالله بن عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة ، ويعرف بابن القاسم فقيه مالكي ، جمع بين الزهد والعلم . ولد بصر سنة ١٢٢ هـ وقيل سنة ١٢٨ هـ وأخذ العلم عن الإمامين مالك والليث بن سعد وغيرهما وعنه أخذ سحنون ولم يرو أحد الموطأ عن مالك أثبت من ابن القاسم . توفي سنة ١٩١ هـ من مصنفاته (المدونة) انظر الفكر السامى ج ٢ ص ٢١١ .

(٢) فقد جاء فى التاج والأكليلى ج ٦ ص ٦٩ قال ابن القاسم . وأما ما أدخله فى وعده فلازم كقوله زوج بنتك . والصداق على ، فهذا الوعد يلزمه إلا أن يموت المعطى قبل القبض انظر : الفروق ج ٤ ص ٢٥ ، المدوى على الحرشى ج ٧ ص ١٢٠ .

(٣) سورة الاسراء آية ٣٤ .

(٤) سورة الصف آية ٢ ، ٣ .

فإنه سبحانه وتعالى قد أمر في الآية الأولى بالوفاء بالوعد والامر للوجوب عند عدم القرينة على خلاف ذلك ، فيكون الوفاء بالوعد واجباً فيقضى به وفي الآية الثانية : ذم على القول إن لم يفعل ، والوعد إذا أخلف قول لم يفعل والذم لا يكون إلا عند ترك واجب فالوفاء بالوعد واجب يقضى به .

وأما السنة . فما روى عن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال . «أربع من كن فيه كان منافقاً خالصاً ، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها: إذا حدث كذب، وإذا أوعده أخلف، وإذا طاهد غدر ، وإذا خاصم فجر» (١) .

فذكر اخلاف الوعد في سياق الذم دليل على تحريمه .

تكوين العقد :

المقصود بذلك بيان الأمور التي يتكون منها العقد ؛ وهي ما يبرهنها بأركان العقد . وهذه الأركان منها ما هو متفق عليه بين الفقهاء ومنها ما هو محل اختلاف بينهم .

وهذا الاختلاف مرجمه ما ذهب إليه كل منهم في تحديد مفهوم الركن (٢) وذلك حيث عرفه .

جمهور الفقهاء . بأنه ما لا بد منه لتصور وجود الشيء . أكان جزءاً منه

(١) صحيح البخارى ج٢ ص١٦٢

(٢) الركن في اللغة هو الجانب القوي للشيء الذي يعتمد عليه ومنه ركن البيت ، انظر . النهاية في غريب الحديث ج٢ ص١٠٧ ؛ المصباح المنير ؛ مادة ركن ، مختار الصحاح ص٢٢٥

أو مختصاً به وإن لم يكن جزءاً منه (١)
وعرفه الحنفية : بأنه ما كان جزءاً من الشيء ولا يوجد إلا به (٢) .
وبناء على هذا اختلفوا في تحديد أركان العقد .

قال الجمهور : ان أركان العقد ثلاثة هي - الصيغة - الإيجاب والقبول
التي يتم بها التعاقد والعاقدان - للوجوب والقبول - والمحل أى الشيء
موضوع التعاقد

وقال الحنفية :

ان العقد له ركن واحد هو الصيغة - الإيجاب والقبول - لأنها الداخلة
في تكوينه ، أما باقى الأركان التي ذكرها الجمهور - آنفاً - فانها وان كان
العقد متوقفاً عليها الا أنها ليست من أجزائه الداخلة في تكوينه يدل على
ذلك أن كلا من العاقدين والمحل أمور موجودة في الخارج قبل الصيغة ومع
هذا فانها لم تستلزم وجود العقد

وبالتأمل فيما ذهب اليه كل من الفريقين يظهر أن هذا الاختلاف لفظي
وذلك لأن جميع الفقهاء متفقون على أن العقد لا يوجد - في الخارج - إلا إذا
وجدوا فدان وعمل وصيغة لأن الصيغة تستلزم وجود العاقدين والمحل ضرورة

(١) وتوضيح ذلك أن عقد البيع مثلاً لكي يتم لا بد له من صيغة إيجاب
وقبول - وعاقدان يبرمان العقد ومحل يرد عليه الإيجاب والقبول ويظهر
أثر العقد فيه وهو الشيء المبيع ، لأن هذه الأشياء لا يتصور وجود العقد بدونها
(٢) ويملأون ذلك بأن عقد البيع يتم بالإيجاب والقبول فقط لأن ذلك
جزء من العقد فلا يوجد إلا به أما العاقدان - البائع والمشتري - ومحل العقد
المبيع - فليست أركاناً للعقد وان توقف عليها وجود العقد لأنها ليست داخلة
في أجزائه بل هي من لوازم الإيجاب والقبول لأنه يلزم من وجود الإيجاب
وجود موجب ومن وجود القبول وجود قابل .

وعلى ذلك يتبين أن الخلاف بين جمهور الفقهاء والاحناف خلاف نظري لا ترتب عليه نتائج في التطبيق .

هذا ؛ وسرف نسير في عرضنا لأركان العقد طبقاً لما ذهب إليه جمهور الفقهاء .

الركن الأول :

صيغة العقد

مضمون العقد اتفاق ارادتين ، ولما كانت الإرادة أمراً خفياً لا اطلاع لأحد عليها ؛ لأنها من الأمور الباطنة التي لا يعلمها الا صاحبها ، كانت في حاجة الى ما يظهرها ، ويفصح عنها من قول يصدر من العاقد ويتلفظ به بلسانه ، أو قول مكتوب ، أو اشارة أو فعل من الأفعال وهو ما يسمى في الفقه الإسلامي بصيغة العقد

فالصيغة (١) على هذا : ما يصدر من المتعاقدين دالاً على توجه ارادتهما لإنشاء العقد سواء أكان لفظاً أم كتابة أم اشارة أم فعلاً ولما كان الرضا أمراً خفياً لا اطلاع لأحد عليه جعل الشارع الصيغة المسكونة من الإيجاب والقبول قرينة عليه

معنى الإيجاب والقبول

اختلف الفقهاء في تعريف الإيجاب والقبول

(١) الصيغة في اللغة : مشتقة من الصوغ مصدر صاغ يقال : صاغ الله فلاناً صيغة حسنة أى خلقه خلقه جميلة وصاغ فلان الشيء أى هيأه دلى مثال مستقيم وصيغة الكلمة أى هيأها الحاصلة من ترتيب حروفها وحركاتها المعجم الوسيط ٥٢١/١

فذهب الاحناف :

إلى أن الإيجاب (١) ما صدر أولا من أحد الماقدين ، والقبول (٢) ما صدر آخرأ .

فإذا قال شخص لآخر بعثك هذا الكتاب بخمسين قرشا، كان هذا القول إيجابا ، لأنه أوجب على نفسه وألزمها ببيع الكتاب في مقابل هذا الثمن عند رضا الطرف الثاني ، فإذا قال الطرف الآخر قبلت كان ذلك قبولا ورضا والتزاما بدفع هذا الثمن في مقابل الكتاب ، وحينئذ يصير البائع ملتزما بتسليم الكتاب ، ويصير المشتري ملتزما بدفع الثمن .

وكذلك الحال لو انعكس الامر بأن بدأ المشتري وقال : اشتريت هذا الكتاب بخمسين قرشا كان هذا القول إيجابا ، لأنه قد أوجب على نفسه دفع هذا الثمن في مقابل الكتاب ، إذا رضى البائع بذلك ، فإذا قال البائع قبلت ، كان هذا قبولا ببيع الكتاب في مقابل الثمن المذكور .

وذهب الجمهور :

إلى أن الإيجاب : ما صدر من المملك وإن جاء متأخرا ، والقبول : ما صدر من المملك وإن صدر أولا .

ففي المثال السابق يكون الإيجاب هو ما صدر من البائع ، سواء ذكر أولا أو ذكر ثانيا ، لأن تملك العين أو المنفعة صادر من جهته ، فهو أساس العقد ، فيكون كلامه هو أساس وجود العقد ، ويكون قوله هو الإيجاب الذي ينبنى عليه القبول ، وإن كان الإيجاب قد جاء متأخرا .

(١) الإيجاب لغة ، الالتزام والإثبات

(٢) مأخوذ من قبلت العقد أقبله قبولا

أما ما صدر من المشتري فإنه « قبول » وإن صدر أولاً ، لأنه سيتملك
العين .

ما يتحقق به الإيجاب والقبول

لا شك في أن أساس العقد هو توجيه إرادة كل من طرفيه لإنشائه وإبرامه وهذه الإرادة مثل سائر أعمال النفس ، أمر خفي لا يظهر إلا بأداة تدل عليه ، وهذه الأداة قد تكون لفظاً ، وقد تكون كتابة ، وقد تكون إشارة ، وقد تكون فعلاً ، أو غيرها مما يصلح أو يكون تعبيراً عن الإرادة الباطنة ، وستحدث عن كل نوع منها فيما يلي :

أولاً - اللفظ

هو - الكلام الذي يعبر به العاقد على إرادته الخفية ، ذلك أن الإرادة لا تكون منطوقاً للحكم إلا إذا ظهرت في صورة محسوسة .

والتعبير عن العقد باللفظ ، هو الطريق الطبيعي الذي يستعمل في التعاقد لسهولة ويسره على الناس ، ولا يقوم غيره مقامه إلا في حالة الضرورة .

وفي هذا المعنى يقول القراني : والأحسن أن يكون البيان باللفظ دون الكتابة فإن اللسان يفهم ما لا يفهمه القلم ، فإنه حتى ، والقلم ميت (١)

هذا ، ولما كان اللفظ هو الأصل في التعبير عن الإرادة وإظهار الرغبة ، فإن الفقهاء قد بحثوا اللفظ الذي يتمدد به العقد من ناحية مادته والحرروف التي يتكون منها ، ومن ناحية صيغته وهيئته .

أما من ناحية المادة فإن الفقهاء متفقون على أن العقود جميعها تتمدد باللفظ

(١) انظر : الفروق ج ١ ص ٨١

الدال على معنى العقد، سواء أكان ذلك باللغة العربية أم العامية . وسواء كانت هذه الدلالة صريحة أو كانت بطريق السكناية فعقد البيع - مثلاً - ينعقد بقول البائع، بعت لك هذا بكذا ، أو أعطيتك لك بكذا ، أو وهبته لك بكذا ومثل البيع فذلك بقية العقود ، لا يشترط فيها لفظاً معيناً ولا عبارة مخصوصة إلا أن جمهور المالكية والشافعية والحنابلة (١) استثنوا من ذلك عقد الزواج واشترطوا أن تكون اللفظة مشتقة من مادي « نكح » و « زوج » ، فلو قالت المرأة مالكتك نفسي أو وهبتك نفسي بألف جنيه لم ينعقد الزواج ووجههم في ذلك

أولاً : أن هذين اللفظين هما اللذان وضعافى اللغة العربية لهذا المعنى ووردا في لسان الشرع تعبيراً عنه (٢) فلا بد من التزامهما اتفاقاً له .
من ذلك قوله تعالى : فانكحوا ما طاب لكم من النساء ، (٣)
وقوله تعالى : ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم من النساء إلا ما قد سلف (٤)
وقوله تعالى : فلما قضى زيد منها وطراً زوجناكمها ... (٥)

-
- (١) مواهب الجليل للحطاب ج ٣ ص ٤١٩ وما بعدها ، نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٦٣ ، كشاف القناع ج ٣ ص ٢٠ .
(٢) ورد الخنفية بأن هذا غير مسلم ، حيث ورد في لسان الشرع التعبير عن عقد الزواج بلفظ الهبة والتعليك ، كما في قوله تعالى : وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين . وقول الرسول ﷺ : « ملكنكها بما معك من القرآن » ، وقد دلت الآية والحديث على أن عقد الزواج ينعقد أيضاً بلائظ الهبة والتعليك .
(٣) سورة النساء : آية ٣
(٤) سورة النساء : آية ٢٢
(٥) سورة الأحزاب : آية ٣٧

ثانياً: أن الزوج عقد جليل القدر خطير الشأن ، وفيه معنى العبادة لله تعالى .
بتكثير من يعبده في هذا العالم ، لذلك اشترط الشارع الشهادة فيه ،
ولا يستطيع الشاهدان تحمل الشهادة ، إلا إذا كان العقد بالفاظ صريحة
واضحة في الزواج ، فيقتصر في التعبير عنه بما ورد في لسان الشرع .

غير أن الحنفية : خالفوا في ذلك ، وقالوا إن عقد الزواج يصح انعقاده
بكل لفظ يدل على تمليك العين في الحال ، كلفظ التمليك ، والجعل ، والهبة
والصدقة ، متى وجدت القرينة الدالة على أن المراد بهذه الالفاظ الزواج .
وبشرط فهم الشهود المقصود .

الراجح : ما ذهب إليه الأحناف ومن وافقهم من أن عقد الزواج ينعقد
بأى لفظ دال على إنشائه ؛ ولو بطريق المجاز ، لأن عقد الزواج كغيره من
المقود التي تنشأ تبعاً لإرادة المتعاقدين .

أما أن فيه معنى القربى والتعهد والطاعة لله . فإن ذلك لا يستلزم الالفاظ
خاصة لانعقاده . حيث إن هناك عقوداً فيها معنى القربى والطاعة ومع ذلك
لا يتعين لها الالفاظ معينة كالصدقة . والعتق .

وأما من حيث الصيغة :

فاللفظ إما أن يكون فعلاً أو اسماً ؛ والفعل إما أن يكون ماضياً أو
مضارعاً أو أمراً .

فإن كان بصيغة الماضي ؛ فقد اتفق الفقهاء على صحة الانعقاد به (١) وأنه
هو الأصل الذي تنعقد به المقود ، مثل قول الموجب بعتك هذه الدار بألف ؛
وقول المشتري : قبلت ، لأن المقصود بالعقد إنشاء معنى في الحال لم يكن حاصلًا

(١) المبسوط ج ١٢ ص ١٠٩ ، الهداية ج ٣ ص ١٧ ، فتح القدير ج ٥
ص ٧٦ ؛ نهاية المحتاج ج ٣ ص ٦ ؛ كشف القناع ج ٢ ص ٤٣ ،

من قبل ، وصيغة الماضي تدل على إنشاء العقد في الحال ، وهي قاطعة في الرغبة ولا تتوقف على شيء آخر كالبينة أو القرينة .

أما إذا كان بصيغة المضارع — وهو ما يدل على حصول الفعل في الحال أو الاستقبال — فقد اتفق الفقهاء على انعقاد العقد بها إذا وجدت قرينة تدل على إرادة إنشاء العقد، وسر اشتراطها، أن الصيغة قد يادها الاستقبال مجازاً ، فكان لا بد من وجود القرينة التي تبعد هذا الاحتمال .

فإذا قال البائع للمشتري . أبيع لك هذا الكتاب بمكذا الآن ، وقال المشتري . اشتريه ، صلح الفعل للمضارع لإنشاء العقد ، لوجود القرينة اللفظية على إنشاء العقد في الحال وهو قوله « الآن » ،

أما إذا كان بصيغة الاستقبال ، وهي صيغة المضارع المقرون بالسين وسوف كما إذا قال البائع سأبيعك هذا بألف ، فإن المضارع هنا لا يصلح لإنشاء العقد لأن اقترانه بالسين قرينة لفظية على أنه لا يقصد به إنشاء العقد في الحال ، ومن ثم لا ينعقد بها العقد ، لأنها تنفيذ الوعد بالعقد لا وفوعه .

وبالمثل فإن العقود لا تنعقد بصيغة الاستفهام لتحريضها الاستقبال لأنها سؤال عن الإيجاب والقبول ، وليست إيجاباً ولا قبولاً ، وذلك كما إذا قال الموجب . أشتري هذا الكتاب بخمسين ، فقال الآخر قيات ، فإن العقد لا ينعقد لعدم وجود إرادة قاطعة ، لأن السائل لم يخبر عن رغبته في التعاقد وإنما يطلب الإجابة عن سؤاله .

أما إذا كان العقد بصيغة الأمر — وهو ما يدل على طلب حصول الفعل في المستقبل - فقد اتفق العلماء على عدم انعقاد العقد بها عند عدم وجود قرينة تدل على الإرادة .

أما إذا وجدت قرينة تدل على قصد إنشاء العقد بها ، فقد اختلف الفقهاء في انعقاد العقد بها .

ذهب الاحناف : إلى أن صيغة الأمر لا ينعقد بها العقد مطلقاً (١) لأن صيغة الأمر تستعمل للطلب وطلب الإيجاب والقبول لا يكون إيجاباً وقبولاً فإذا قال البائع للمشتري : اشتر مني هذا الشيء - بكذا فقال المشتري اشترت فلا ينعقد العقد (٢) لأن هذا القائل يطلب من الطرف الآخر إيجاباً يحتاج منه إلى قبول .

بينما ذهب جمهور الفقهاء إلى أن صيغة الأمر ينعقد بها العقد متى وجدت القرينة التي تدل على قصد إنشاء العقد في الحال ، لاماً واضحة في إظهار الرغبة في التعاقد .

فإذا قال رجل لوكيل المرأة - وقد دعى الناس والشهود لعقد الزواج - زوجتي موكلتك بمهر كذا ، فقال وكيل المرأة : زوجتك ، وانعقد العقد ، لوجود القرينة المعنوية ، وهي دعوة الناس لشهود العقد لأن هذه القرينة تدل على إنشاء العقد في الحال .

والراجح : ما ذهب إليه الجمهور لأنه الموافق لعرف الناس وعاداتهم .
أما الجملة الاسمية فإنها تصلح لإنشاء العقد في الحال لأنها تدل على الثبوت والحصول بالفعل فإذا قال : أنا متزوجك على مهر مقداره ألف جنيه فقالت وأنا متزوجاك انعقد العقد .

(١) غير أنهم استثنوا من هذا بعض العقود قالوا إنها تنعقد بصيغة الأمر مثل عقد الزواج لأنه يسبقه بحسب العادة الخطبة والاتفاق على المهر فإذا قال الزوج لولي المرأة زوجتي ابتكك كان المقصود هو إنشاء عقد الزواج في الحال بخلاف غيره من العقود فإنها تحصل فجأة وبدون مقدمات .

(٢) بدائع الصنائع ج ١ ص ١٢٢

وفي النهاية نستطيع أن نقول : إن المناط هو وضوح الدلالة وعدم الاحتمال في صلاحية العبارة فما دامت العبارة قد اقترنت بها ما يجنبها احتمال إرادة شيء غير إنشاء العقد ، انعقد العقد بها .

ثانياً - التماقد بالكتابة

يرى جمهور الفقهاء أن التماقد يتم بالكتابة ، لأنها السبيل الثاني الذي يقطع في الدلالة على الإرادة ، سواء أكان الماقدان حاضرين أم كان أحدهما غائباً عن المجلس ، لأن الكتابة لا تقل عن اللفظ في الإفصاح عن الإرادة مادامت الكتابة واضحة مستبينة (١) مرسومة وموجهة إلى شخص معين .

والتماقد بالكتابة إذا كان بين غائبين فهو صحيح مطلقاً ، سواء أكان العقد زواجاً أم غيره ، وذلك كأن يكتب أحد الماقدين الآخر كتاباً يقوا فيه مثلاً بعثت لك سيارتي بمبلغ ألف جنيه . ثم يرسل هذا الكتاب إلى الماقد الآخر ،

(١) الكتابة على ثلاثة أنواع :

(أ) الكتابة المستبينة المرسومة : وهي ما لها بقاء بعد الفراغ من كتابتها بحيث يستطيع أغير قراءتها وكانت موجهة إلى شخص معين ومعنونة إليه .

(ب) الكتابة المستبينة غير المرسومة : وهي - ما لها بقاء بعد الفراغ من كتابتها ويستطيع الغير قراءتها ولكنها ليست مكتوبة على الشكل أو الرسم الذي يدل على أنها موجهة إلى شخص معين بل يحتمل هذا ، وتحتمل أنها مكتوبة على سبيل التعليم كالكتابة على الحائط وأوراق الشجر .

(ج) الكتابة غير المستبينة : وهي - ما ليس لها وجود بعد الانتهاء منها كالكتابة في الهواء ، وعن الماء . انظر بدائع الصنائع ج ٤ ص ١٨١٢ ط زكريا على يوسف ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٢٧ ، معنى المحتاج ج ٢ ص ٢ ، تبصرة المحاكم لابن فرحون ج ٢ ص ٤٠ .

مظاذا وصله فتحه وفهم ما فيه وقال قبليات وكان في مجلس قراءة الكتاب انعقد العقد (١) أما إذا انصرف من المجلس من غير أن يتقبل انتهى الإيجاب (٢) أما إذا كان التعاقد بين حاضرين في مجلس واحد صح انعقاد العقد بالكتابة إلا عقد الزواج فإنه لا يتم عقد من الحاضرين في مجلس واحد ، إلا إذا كان أحدهما عاجزاً عن النطق بالعبارة ، لأن عقد الزواج يشترط لصحته حضور الشهود وسماعهم كلام العاقدين ، أما في تلك الحالة فإنه لا يتيسر لحسم السماع وبالتالي لا يتحقق شرط الشهادة .

أما الشافعية : فإنهم خالفوا الجمهور وذهبوا إلى عدم صحة انعقاد العقد بالكتابة إلا للضرورة ، ولا ضرورة موجودة هنا ، لأن الماقد قادر على النطق أما كون كل منهما في بلد فذاك لا يعد ضرورة ، (د يمكنه أن يوكل من يعقد له ، ويتعاقد مع الآخر بالقول (٣) .

والراجح : ما ذهب إليه الجمهور لأنه يتفق مع مقتضيات العصر وعرف الناس

تالياً التعاقد بالإشارة :

الإشارة : هي — إحدى الوسائل التي يعبر بها عما في النفس (٤) .

(١) لأن الإيجاب ، القبول بالكتابة لا يبدأ منذ كتابة العبارة بل عقب وصول الكتاب وقراءته فمتى تأخذ العبارة مفعولها ، هذا في العقود بخلاف التصرفات التي لا تتوقف على علم الطرف الآخر ورضاه كالطلاق فإنها تأخذ حكمها فور الكتابة

(٢) فتح القدير ج ٥ ص ٧٩ ؛ تبيين الحقائق ٤ / ٤ ، بدائع الصنائع

١٣١/٦ ، النيل ١٠/٢ .

(٣) المذهب للشيرازي ١/١ .

(٤) الإشارة في اللغة : تعيين الشيء باليد ونحوها ، والتلويح بشيء يفهم

منه المراد ، المعجم الوسيط ١/٤٩٩ .

ويستعملها — عادة — من لا يقدر على النطق ، وقد يلجأ إليها غيره ،
من يمكنه الإفصاح عن رغبته باللفظ ، ولذا من يعبر عن رغبته في التعاقد
بالإشارة إما أن يكون ناطقاً أو غير ناطق .

فإن كان العاقد قادراً على النطق والعبارة . فقد ذهب جمهور الفقهاء (١)
إلى أن العقد لا يتمقده بإشارته لأن اللفظ هو الاصل في التعبير ، وأن الإشارة
مهما قويت دلالتها فهي لا ترقى إلى مرتبة اليقين المستفاد من اللفظ ، وما
دام العاقد يستطيع أن يعبر عن عقده باللفظ الذي هو أقوى . وأدل على الخبر
فلا حاجة إلى الأضعف المحتمل للشك . لأن المدول عن الأقوى إلى الأضعف
لا يكون إلا للضرورة ، ولا توجد ضرورة بالنسبة للقادر على النطق .

كما أن العبارة هي الأصل والإشارة فرع ، ولا يعدل عن الأصل إلى
الفرع إلا إذا تعذر العمل بالأصل .

وخالف في ذلك المالكية (٢) وقالوا إن إشارة الناطق يتمقده بها العقد
كالعبارة تماماً ؛ لأن العقد يتمقده بما يدل على الرضا عرفاً يستوى في ذلك
اللفظ والإشارة مادامت مفهومة ، كما أن الإشارة تسمى كلاماً لغة قال الله
تعالى إجابة ليحيى حين سأله عن آية تدل على صدقه ، آيتك ألا تكلم الناس
ثلاثة أيام إلا رمزاً (٣) .

والرمز (٤) هو الإشارة ، وما دام الأمر كذلك وكانت الإشارة مفهومة
ومتعارف عليهما بينهم فإنه يصح العقد بها لأن الغاية هي الإفهام والإفصاح .

(١) تكملة الفتح ٢٢٨/٨ . الأشباه والنظائر للسيوطي / ٤٦٩ . كشف
القناع ٢٢٥/٤ . النكح والفوائد / ٣٥٩ .

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ٢/٢ . شرح الخرشي ٣٠٤/٤

(٣) آل عمران / ٤١ .

(٤) الرمز : لغة الإشارة والإيماء . المعجم الوسيط ١/٣٧٢ .

غير أنهم استثنوا من ذلك عقد الزواج ، وقالوا إنه لا ينعقد بالإشارة لأنه -
عقد جليل القدر عظيم الشأن، فلا بد من اللفظ لما له من الأهمية والخطورة (١).
وأما إذا كان المقاد لا يقدر على النطق فيما أن يسكون يحسن الكتابة أو
لا يحسنها .

(أ) فإن كان يحسن الكتابة : كالأخرس الذي يعرف الكتابة ، فإن
الفقهاء قد اختلفوا في إنعقاده بالإشارة على قولين :

القول الأول :

أن العقد لا ينعقد بالإشارة ، وإنما ينعقد بالكتابة ، لأن الكتابة أبين
وأوضح وأبعد عن الاحتمال ، فلا تترك إلى إشارة لا يفهما إلا القليل من
الناس مع عدم خلوها عن الاحتمال . ذهب إلى ذلك بعض الحنفية والمتولى (٢)
من الشافعية (٣)

القول الثاني :

أن العقد ينعقد بالإشارة كما ينعقد بالكتابة ، لأن الغرض والهدف من
التعبير بالإرادة هو الإفهام ، وما دام الإفهام والبيان يتحققان بكتلتا الوسيطتين
فإنهما يسكونان على حد سواء إذ لا أفضلية لأحدهما على الآخر ، كما أن الكلام
هو الأصل في التعبير عن الإرادة ، وعند العجز عنه ينتقل إلى ما يقوم مقامه
والإشارة والكتابة في ذلك سواء .

(١) مواهب الجليل ج ٤ ص ٢٢٩

(٢) المتولى : هو — أبو سعيد عبدالرحمن بن مأمون المتولى . صاحب
التتمة ، أحد الأئمة . كان رفيع الشأن بعيد الصيت له مصنفات كثيرة . توفي

٤٧٨ هـ انظر الفسرك السامى ج ٤ ص ٦٢

(٣) نتائج الافكار ج ١ ص ١٥٩

ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء (١)

(ب) أما إذا كان لا يحسن الكتابة ، فالأخرس الذي لا يستطيع الكلام ولا يحسن الكتابة فإن عقده ينعقد بالإشارة ، لأنها الوسيلة الوحيدة المتيسرة له ، المتيقنة في حقه فهي بمثابة النطق لأننا لو لم نعتبر الإشارة في هذه الحالة لآدى ذلك إلى حرمانه من حق العقد . وفي هذا ضرر بالغ .

رابعا : التعاقد بالأفعال :

الإعلان عن الإرادة وإظهارها كما يكون بالقول والكتابة يسكون كذلك بالفعل ، ويسمى الفقهاء ذلك بالتعاطى أو المعاطاة : وهو التعاقد بالمبادأة الفعلية للموضين وذلك كأن تشير إلى التاكسى فيقف السائق ، ثم تركيب السيارة وتدفع ما يسجله العداد دون إيجاب أو قبول لفظى .

وقد اتفق الفقهاء على أن عقد الزواج لا ينعقد بالأفعال ، وأنه لا بد في إنشائه من صيغة معينة لدية محلنة من الجانبين ، فإذا خطب رجل امرأة وانفقا على المهر تمهدا لعقد الزواج ، ثم أعطى لها الرجل المتفق عليه وأخذها لم ينعقد عقد الزواج ، بإعطائها المال وأخذها له من غير صيغة لفظية تنشىء العقد لأن عقد الزواج ، عقد عظيم الشأن رفيع القدر جليل الأثر ، فلا بد من أن يصرح عن نيل نقص ينقص من قيمته ويهون من شأنه وفي انعقاده بالأفعال تنقيص من قيمته لأنه يختلط بعلاقة المحادثة المحرمة .

أما غير الزواج من العقود فإن الفقهاء قد اختلفوا فيها - إلى أقوال ثلاثة

(١) لسان الحكام لابن الشحنة ص ٦٢ وتكملة الفتح ج ١٠ ص ٥٦٢ .
وتبصرة الحكام ج ٢ ص ٤ نهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٠٦ وشرح الأزهار
ج ٤ ص ١٥٩ والروضة البهية ج ٢ ص ٢٤٩

القول الاول : أن سائر العقود كالزواج ، لا تنعقد بالافئصال ، ولا تنعقد إلا بالاقوال ، لأن الاصل في التعبير عن الارادة أن يكون باللفظ ، فان حصل عجز عن اللفظ ، عدل عنه إلى ما يقوم مقامه من إشارة أو كتابة والفعل لا يقوم مقام اللفظ ، كما أن اللفظ أوضح في الدلالة على الرضا من الافعال ، فلا يجوز ترك الأوضح إلى غيره .

ذهب إلى ذلك الشافعية والإمامية .

القول الثاني : أن العقود تنعقد بالفعل متى كان واضح الدلالة على الرضا وكان العرف جارياً على ذلك ، يستوى في ذلك التفسير والتأفة ، لأنهم إذا تعارفوا على التعاقد بالفعل في بعض الأشياء كان الفعل الصادر منهم دليلاً ظاهراً في التعبير عن الارادة ، فيصح أن ينعقد به العقد .

ومن ذلك ما جرى به العرف من شراء الصحف والمجلات ، بدفع الثمن وأخذ المبيع دون التلفظ بالإيجاب أو القبول .

ذهب إلى ذلك الأحناف والمالكية والحنابلة (٢) إلا أن بعضهم قصره على التأفة فقط دون التفسير والتعاون المدني ، يتفق مع هذا الرأي ، وهو رأي أدنى إلى الحق وأقرب إلى اليسر من القول الذي لا يجيز العقد بالافعال مطلقاً

القول الثالث : أن العقد ينعقد بالافعال الدالة على إنشائها ولو لم يجز للعرف بذلك ، لأن الأساس في إنشاء العقود هو التراضي ، والتراضي أمر خفي لا يظهر

(١) المهذب ج ١ ص ٤٧ ، مفتاح الكرامة ج ١ ص ١٥١ ، نهاية المحتاج

ج ٢ ص ٤ ، منجى الطالب ج ١ ص ١٨١

(٢) فتح القدير ج ٥ ص ١٧٧ ، الشرح الكبير ج ٣ ص ٣ ، كشف القناع

ج ٢ ص ٤ ، تبايى ابن تيمية ج ٣ ص ٢٦٧

إلا بما يدل عليه ، فكل ما دل على وجود التراضى فهو معتبر ؛ فكل فعل يدل على مبيع يتمم به البيع وكل ما يدل على الإجارة تنعقد به الإجارة وهكذا بقية العقود .

ذهب إلى ذلك مالك وبعض الخنابلة (١)

وبعد فهذه خلاصة آراء الفقهاء في التماقذ بالأفعال ، ويظهر من عرضها أن هناك رأياً مانعاً وآخر مضيق وثالث موسع ، ونحن نرجح الوسط لأنه يتفق مع مقتضيات الوقت ومتطلبات الظروف ، وحاجة الناس .

(١) الشرح الكبير ج٣ ص ٣ ، الفروع ج ٢ ص ٤٤٢

شروط الصيغة

لما كانت الإرادة من الأمور الباطنة ، وكانت الصيغة — الإيجاب والقبول — هي التي تظهر إرادة كل من الموجب والقابل ، اشترط الفقهاء فيها شروطاً لا بد من توافرها لإتخاذ العقد وهذه الشروط هي .

١ — الوضوح .

٢ — التطابق .

٣ — الاتصال .

٤ — البقاء .

وليك إيضاح كل شرط من هذه الشروط :

أولاً — الإيضاح:

أى أن يكون كل من الإيجاب والقبول واضح الدلالة على إرادة العاقدين في إنشاء العقد وإرادته وجوده ، وذلك بأن تكون مادة اللفظ المستعمل للإيجاب والقبول في كل عقد تدل دلالة واضحة على نوع العقد المقصود للعاقدين لأن العقود ، يختلف بعضها عن بعض في موضوعها وأحكامها ، فإذا لم يظهر بيقين أن العاقدين قصداً عقداً بعينه لا يمكن إلزامهما بأحكامه الخاصة .

أما إذا كان اللفظ المستعمل محل احتمال واحد فإنه لا يوجد الارتباط ، لأن الارتباط في الواقع إنما يوجد بين الإرادتين اللتين يستدل عليهما بالإيجاب والقبول وذلك يعتمد على التحقق من وجودهما .

ثانياً - النطاق .

لا بد في تكوين العقد باعتبار أن الإيجاب والقبول من أركانه الأساسية من موافقة كل منهما الآخر ، فيصدر القبول موافقاً للإيجاب في جميع جزئياته ومطابقاً له (١) سواء أكانت موافقته للإيجاب حقيقية إذا قالت امرأة لشخص زوجتهك نفسى بمهر مقداره ألف جنيه، فقال . قبلت زواجك أم كانت الموافقة ضمنية ، وذلك فيما إذا كانت مخالفة القبول للإيجاب فيها خير للوجوب ، كما إذا قالت المرأة لزوجتك نفسى على مهر مقداره ألف جنيه فقال : قبلت زواجك بألفى جنيهه ، فإن قبول تزوجها بألفى جنيهه متضمن لقبول تزوجها بالآلاف بطريق أولى (٢) غير أن هذا مقابل لا يلزم إلا بالآلاف لأن التعاقد بينهما ما كان إلا عليه وتكون الزيادة هبة مبتدأة من القابل فإن قبلها الموجب ، في مجلس العقد التحقت بالمهر (٣) ويكون العقد فدتتم بإيجاب من الزوج وقبول من الزوجة .

ومن الموافقة الضمنية . ما لو باعه بثمان مؤجل إلى شهر كذا ، فقبل المشتري بثمان حال ، فينعقد العقد ، لأن القبول لم ينقص شيئاً من الإيجاب وإعما جاء متفقاً معه ومتضمناً رغبة صاحب الإيجاب (٤) لأن العبرة بالمقاصد الجوهرية .

-
- (١) بدائع الصنائع - كسانى ج ٥ ص ١٢٦ وما بعدها ، فتح القدير ج ٥ ص ٨٩ وما بعدها ، حاشية ابن عاين ج ٤ ص ٦
- (٢) لأن القابل بالآلاف قابل طبعاً فيسكون الإيجاب والقبول قد توافقا ويكون موضوع لعقد متحداً ومطابقاً مع الإيجاب .
- (٣) رد المحتار ج ٤ ص ١٩ فتح القدير ج ٥ ص ٧٨
- (٤) وإنما اشترط هذا الشرط ، لأن التمييز الصادر من الماقدن إنما اعتبر شرعاً ، لأنه يوضح ويظهر ارادة ياغنة خفية ، ولا يسكون الإيجاب والقبول فريضة على هذه الارادة إلا إذا توافقا في جميع الجزئيات ، فاذا اختلفا في شيء من ذلك لم يسكن هنك رضا .

أما إذا لم يوافق القبول الايجاب فإن العقد لا ينعقد (١) لأن الصيغة هنا لا تكشف عن ارادة العاقدين الموحدة ، ولا يكون كل منهما ملزماً بما أزم به نفسه الآخر ما دام الطرف الآخر لم يستجب لزامه فإن استجاب لزامه انعقد العقد ، وأصبح الطرف هو القابل .

وصورة المخالفة التي لا ينعقد معها العقد كثيرة منها :

١ - أن يقبل العقد في غير ما عينه الموجب ، أو يقبل في بعض ما أوجب فيه الموجب جملة ، وذلك كأن يقول شخص لآخر بعث لك سيارتي المرسيديس بألف جنيه فيقول الآخر : قبلت شراء منزلك بألف ، أو يقول قبلت شراء المذباغ الذي بالسارة بخمسين ، فإن العقد لا ينعقد بهذا القبول لمخالفته للايجاب ، لأنه في القبول الأول ورد على غير ما عينه الموجب ، وفي الثاني ورد على جزء مما عينه الموجب ، لكن يعتبر ما صدر من المشتري ايجاباً جديداً فإن قبله البائع في مجلس العقد تم العقد بينهما على بيع المنزل ، أو المذباغ .

٢ - أن يقبل القابل لبعض ما أوجبه الموجب ، كأن يقول شخص لآخر بعث لك سيارتي بألف جنيه فيقول الآخر : قبلت بخمسمائة ، فإن العقد لا ينفقد هنا لمخالفته القبول للايجاب في الثمن فانهدم الرضا ، ولكن القبول المخالف يعتبر ايجاباً جديداً يحتاج إلى قبول من البائع ، فإذا قال قبلت بيعها بخمسمائة انعقد العقد ، وأضحى ما صدر من المشتري إيجاباً وما صدر من البائع د أخيراً ، قبولاً .

٣ - أن يقبل العقد بأكثر مما عينه الموجب ولا يكتفه مؤجل : كما إذا قال

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٢٦ ، فتح القدير ج ٥ ص ٨٠
(٢٤ - مدخل)

بعت لك سيارتي بألف جنيهه حالة ، فقال المشتري قبلت شراءها بألف ومائة
مؤجلة إلى شهر كذا ، أو موزعة على عشرين قسطاً ، فإن العقد هنا لا ينعقد .
لعدم التطابق بين الإيجاب والقبول (١) فأنعدم الرضا ، أما إذا صدر قبول
جديد من الطرف البائع فقال قبلت انعقد العقد ويسمى ما صدر من المشتري
إيجاباً وما صدر من البائع قبولاً .

موقف القانون من هذا الشرط :

نصت المادة ٩٦ من القانون المدني على أنه : « إذا اقترن القبول بما يزيد
في الإيجاب أو يقيد منه ، أو يعدل فيه اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً ، .
قال المرحوم الدكتور / عبد الرازق السنهوري في شرح هذه المادة .
« فالقبول إذن يجب أن يكون مطابقاً للإيجاب على النحو الذي قدمنا ،
أما إذا كان غير مطابق له ، بل اختلف عنه زيادة أو نقصاً أو تعديلاً فإن
العقد لا يتم ، ويعتبر مثل هذا القبول رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً ، فإذا
طلب البائع ثمناً للمبيع ألفاً تدفع فوراً ، وقبل المشتري أن يدفع الألف على
أن يزيد البائع في المبيع أو قبل أن يدفع في المبيع وحده ثمانمائة ، أو قبل
أن يدفع فيه وحده ألفاً ولكن بالتقسيط لم يتم البيع واعتبر هذا إيجاباً
جديداً من المشتري (٢) .

ومن هذا النص يتضح لنا أن الأمر يختلف في القانون عنه في الفقه الإسلامي
لأن الفقه الإسلامي قال بالانقضاء مقدم إذا كان القبول مخالفاً للإيجاب ، وكان
في هذه المخالفة خير للموجب كما في الأمثلة السابقة التي بيناها .
أما القانون فيذهب إلى أن أي مخالفة من القبول للإيجاب لا ينعقد العقد
حتى ولو كان فيها الخير للموجب .

-
- (١) بالإضافة إلى ما فيه من ضرر محتمل بصاحب الإيجاب ، لأن الثمن وإن
كان أكثر مما تضمنه الإيجاب إلا أنه يكون راغباً تمجيل الثمن لحاجته إليه .
(٢) الوسيط : د مصادر الالتزام ، ٢١٩/ ، ٢٢٠ مصادر الحق ٢/٨ .

الثالث - الاتصال :

هو أن يصدر القبول فور علم القابل بالإيجاب ، فإن كان في مجلس واحد اشترط صدور القبول في المجلس وإن كان ليس في مجلس واحد بأن كان أحدهما غائبا وتم التعاقد بطريقة الكتابة أو الرسول كان بجاس العقد هو مجلس العلم بما تضمنته الكتابة أو بما يحمله الرسول .

فإذا صدر إيجاب من أحد العاقدين فقبله الطرف الآخر وهو في مجلس العقد انعقد لاتصال القبول بالإيجاب .

وهذا الشرط لاخلاف فيه بين الفقهاء ، وإنما الخلاف بينهم في ماهو

المراد بالاتصال ؟

فذهب الشافعية : بأن المراد بالاتصال : هو صدور القبول عقب صدور الإيجاب فوراً ، بأن يتصل به الاتصال المعتاد ، أى أن لا يطول الفصل بين الإيجاب والقبول ، وأن لا يتخللها كلام أجنبي عن العقد .

فإن طال الفصل بينهما بأن حدث سكوت طويل - وهو ما يشعر بالإعراض عن القبول - أو توسط بينهما كلام أجنبي فلا يتحقق الاتصال ، سواء تفرقا من المجلس أم لا (١) .

(١) وفي هذا يقول صاحب كتاب مغزى المحتاج : « ويشترط أن لا يطول الفصل بين الإيجاب والقبول ولو بكتابة أو إشارة أخرى ، فإن طال ضر لأن طول الفصل يخرج الثاني عن أن يكون جواباً عن الأول ، والطويل ما أشعر بإعراضه عن القبول ، ويضر بحمل كلام أجنبي عن العقد ولو يسيراً بين الإيجاب والقبول ، وإن لم يتفرقا من المجلس لأن فيه اعراضاً عن القبول . انظر : مغزى المحتاج ٥/٢ وما بعدها ، المجموع ١٦٩/٩ ، تحفة المحتاج ٥٢٧/٤ . نهاية المحتاج ٨/٣ .

ووجهتهم في ذلك :

أن الإيجاب عرض ينعدم عقب صدوره من صاحبه فإذا لم يوجد القبول بعده فوراً ، لا يتحقق الاقتران والاتصال ، وبالتالي لا ينعقد العقد .

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن المراد بالاتصال - هو اتحاد مجاس الإيجاب والقبول ، فإذا صدر الإيجاب من أحد الطرفين فليس من المحتم أن يصدر القبول فوراً ، بل يجوز للقابل أن يتأخر في إصداره بمضى الوقت مادام مجلس العقد قائماً .

وذلك : لأن القياس وإن كان يقتضى الفورية إلا أن العرف ومصالح الناس وتيسير التعامل ، يستلزم من القابل التروى والنظر قبل أن يصدر القبول ليتبين مصلحته في هذا العهد ، ولو عملنا بالقياس لانعدم ذلك كله . ولكن رعاية لمصلحة الناس ورفع الخرج عنهم قلنا بأن القابل يحتاج إلى فترة للتأمل في مصلحته ، وهذه الفترة لو تركت بدون تهديد وقت معين للحق ضرر بالواجب (١) فحدثت من أجل ذلك بالمجلس ، فإذا افرقا من المجلس كان كل واحد منهما على بينة من أمر العقد .

والقول الراجح الذي تميل إليه النفس هو ما ذهب إليه الجمهور ، لأن فيه توسعة وتيسيراً على الناس ، لأن في ذلك تدبراً وتأملاً وتروياً للطرفين فإن للواجب إن وجد أن مصلحته في هدم انعقاد العقد أن يرجع قبل القبول ، وإن للقابل التأمل فإذا وجد مصلحته عقد العقد (٢) .

(١) لأن ذلك يعتبر حجراً عليه في التصرف .

(٢) ما يترتب على الخلاف بين الشافعية ، وغيرهم : أن الشافعية ومن تبعها هم ، قالوا بخيار المجلس - وهو - ما يثبت لأحد الماقدن في عقود المعاوضات المالية ، حق فسخ العقد أو إرضائه في مجلس العقد قبل أن يتفرقا من غير اشتراط لقول الرسول ﷺ : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، وبذلك يتحقق التأمل »

موقف القانون :

نصت المادة ٤٤ من القانون المدني فقرة أولى على : « أنه إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد دون أن يمين مبعاداً للقبول . فإن الموجب يتحمل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً ... »
وفي الفقرة الثانية نص على ما يأتي . « ومع ذلك يتم العقد لو لم يصدر القبول فوراً إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفذ مجلس العقد فيؤخذ من هذا للنص أن القانون يتفق مع جمهور الفقهاء في أن القبول يحصل ما دام المجلس قائماً ولم يصدر من المصدر ما يدل على رجوعه عن إيجابه وقد أشار بذلك الدكتور السنهوري (١) .

رابعاً - البتة .

والمراد به أن يظل الإيجاب قائماً حتى يصدر القبول في المجلس . فإذا سقط الإيجاب لأي سبب من الأسباب التي سنذكرها فإن القبول الصادر بعد سقوطه لا ينعقد به العقد لأنه لم يتصل بإيجاب موجود .

== والتروى لطرفي العقد إذ كل طرف يستطيع بعد صدور الإيجاب والقبول التروى والتدبر في أمر نفسه ويوازن بين مصلحته في إتمام العقد أو فسخه قبل انقضاء المجلس .

أما الجمهور : فلم يقولوا بهذا النوع من الخيار ، بل جعلوا فترة للتروى والتأمل وهي فترة ما قبل القبول ، ففي تلك الحالة يستطيع الموجب أن يرجع عن إيجابه كما أن القابل في هذه المدة يتروى ثم يصدر للقبول أو الرفض .
وسموا خيار القبول .

(١) انظر الوسيط ص ٢١٣ وما بعدها .

أسباب سقوط الإيجاب:

يسقط الإيجاب لسبب من الأسباب الآتية:

- ١ - رجوع الموجب عن إيجابه .
- ٢ - خروج للموجب عن أهليته .
- ٣ - إنقضاء مجلس العقد .
- ٤ - رفض الإيجاب .
- ٥ - هلاك محل التعاقد .

وستتناول كل سبب من هذه الأسباب بالشرح والتوضيح .

أولاً - رجوع الموجب عن إيجابه :

سبق أن ذكرنا أن الرأي الراجح هو أن القبول لا يتم على الفور ، وإنما لصاحبه التأمل والتردى مادام مجلس العقد قائماً ، فإذا صدر منه القبول انعقد العقد ، ولكن هل للموجب أن يرجع عن إيجابه في المجلس قبل قبول الطرف الآخر ؟

اختلف الفقهاء في ذلك : فذهب جمهور المالكية : إلى أنه لا يجوز للموجب أن يرجع عن إيجابه مادام مجلس العقد قائماً ، فإذا رجع انجذب عن إيجابه ثم صدر القبول من الطرف الآخر في مجلس العقد فإن هذا الرجوع لا يعتد به بل يلزمه العقد (١) ذلك لأنه بإيجابه قد التزم أمراً تعلق به حق

(١) فقد جاء في مواهب الجليل للحطاب ٣ : ٤ ص ٢٤١ : « أنه لو رجع أحد المتبايعين عما أوجبه لصاحبه قبل أن يحميه الآخر لم يفده رجوعه ، إذا أجابته صاحبه بعد القبول ،

الطرف الآخر فلا يجوز المدول عنه مادامت الفترة المحددة - وهي مجلس العقد - لم تنته بمد .

وذهب جمهور الفقهاء : إلى أن الموجب أن يرجع عن إيجابه في أي وقت شاء ، مادام لم يصدر قبول من الطرف الآخر ، لأنهما ماداما في مجلس العقد ، ولم يصدر من الطرف الآخر - القابل - ما يدل على القبول ، فالترام صاحب الإيجاب لم يتصل به قبول فن حقه أن يعدل عنه قبل أن يتعلق به حق الغير محافظة على حريته الأصلية في تصرفاته (١) ولأن الإيجاب قد أثبت للمخاطب به ولاية الاخذ ، والموجب هو الذي أثبت له هذه الولاية فله ان يرفها كمنزل الوكيل (٢) .

والراجع الذي نميل إليه ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من جواز رجوع الموجب عن إيجابه قبل صدور القبول ، لأن في هذا ضمة لنا ونأ كيداً لحرية الموجب وحقوقه ، ولأن الرجوع لا يضر القابل ، إذ لو أنه كان ينبغي ان عقاد العقد ويرغبه لبادر على الفور بالقبول ، كما أن للموجب حق الملكية - وللقابل حق التملك وحق الملكية اقوى من حق التملك ، فعند التمارض يقدم الاقوى (٣) .
لانه لو لم يميز للموجب الرجوع ، وهو صاحب حق الملك ، ورعاية للمتعاقد الآخر وهو صاحب حق التملك ، للزم تعطيل حق الملك بحق التملك ، أي تعطيل الاقوى

(١) فقد جاء في حاشية ابن عابدين ج٤ ص ٢١ : « الإيجاب يبطل بما يدل على الاعراض ويرجع الموجب عنه قبل القبول وكذا معه ، هل يرجع في اللحظة التي صدر فيها القبول كان الرجوع أولى وانظر بدائع الصنائع ج٥ ص ١٢٤ »
فتح القدير ج٥ ص ٨٨

(٢) فتح القدير ٨٧/٥ وما بعدها
(٣) لأن الملك ثابت لصاحبه أصالة ، أما حق التملك فانه لا يكون للطرف الآخر إلا بعد رضاء الطرف الاول ، انظر الهداية وفتح القدير ٧٨/٥
وما بعدها ، الفتاوى الهندية ٨/٢

بالإضافة وهذا لا يجوز (١)

موقف القانون :

أخذ القانون بمذهب جمهور الفقهاء على أنه إذا لم يحدد الموجب مدة معينة للقبول فإنه يصح له الرجوع في مجلس العقد مادام لم يصدر قبول من الطرف الآخر أما إذا حدد الموجب فترة معينة للقبول فإنه يلتزم بهنسا ، ولا يصح له الرجوع من إيجابه في تلك المدة ، فقد نصت المادة ٩٤ مدني على ما يأتي :

١ - إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد ، دون أن يعين ميعاد للقبول ، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً ؛ وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأي طريق ، مثل .

٢ - ومع ذلك يتم العقد . ولو لم يصدر القبول فوراً ، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفذ مجلس العقد .

ونصت المادة ٩٣ مدني على أنه :

٢ - إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد .

٣ - وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعته المعاملة

٤ - خروج الموجب عن أهليته :

إذا صدر الإيجاب من أحد المتعاقدين ، وكان أهلاً للتعاقد ، ثم خرج من

(١) انظر مصادر الحق الدكتور السهوري ١٦/٢ وما بعدها .

هذه الأهلية ، بأن مات أو جن قبل قبول الطرف الآخر ، فهل سيقتضى إيجابه قائماً ؟

ذهب جمهور الفقهاء (١) إلى أن خروج الموجب عن أهليته قبل قبول الطرف الآخر مسقط للإيجاب ، فلو قبل الطرف الآخر بعد ذلك لايتم العقد ، لأن قبوله لم يلاق إيجاباً قائماً ، إذ العقد لا يتم إلا بارتباط الإيجاب والقبول ، وبخروج الموجب عن الأهلية صار الإيجاب الصادر منه كأن لم يكن ؛ فإذا جاء القبول من الطرف الآخر بعد ذلك لا يكون هناك إيجاب يرتبط به ، لأن الإرادة وإن خرجت من صاحبها تظل لصيقة به تموت معه وتزول بفقد أهليته ولا تنتقل إلى خلف صاحبها .

كما أن الأثار المقصودة للمتماقدين والتي أقرتها الشريعة إنما ترتب على العقد للزائف من إيجاب أحدهما وقبول الآخر ، فإذا كان الموجب غير صالح حين إنشاء القبول ، سقط إيجابه عن الاعتبار (٢) .

وذهب الإباضية (٣) إلى أن الإيجاب لا يسقط بل يظل قائماً - ينتج أثره بمجرد وصوله إلى علم من وجه إليه رغم وفاة صاحبه أو فقد أهليته ، لأن صاحب الإيجاب قد انفصل عن صاحبه - الموجب - يكون له وجود مستقل فيجب تبعاً لذلك أن ينتقل إلى الوراث بالحالة التي كان عليها ، وأن لمن انتقل

(١) فقد جاء في الفتاوى الهندية ، ج ٢ ص ٧٠٧ ويشترط لصحة القبول حياة الموجب فلو مات قبله بطل الإيجاب وكذا في النهر الفائق .

(٢) النظر الفقه على المذاهب الأربعة ٣ / ٢٦٥ ، التعبير عن الإرادة للدكتور وحيد سوار ص ١٠٩ والأموال ونظرية العقد للمرحوم الدكتور محمد يوسف موسى ص ٢٩٢ ، معنى المحتاج ٦ / ٢ .

(٣) الإباضية : فرقة من الخوارج .

إليه أن يرجع عنه مادام القبول لم يقترن به ، فإذا حدث القبول انعقد-
العقد (١) .

موقف القانون :

نصت المادة ٩٢ من القانون المدني على أنه إذا مات من صدر منه التعبير
عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره ، فإن ذلك لا يمنع من
ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه هذا ما لم يتبين العكس-
من التعبير أو من طبيعة التعامل .

فيستخلص من هذه المادة وبما قاله شراح القانون . أن الإيجاب لا يبطل
بموت الموجب أو بفقده أهليته قبل قبول من وجه إليه الإيجاب ، وإنما
ينتقل إلى من يقوم مقامه في ذلك (٢) بالصفة التي كان بها عند الموجب ، فإن
كان الإيجاب ملزماً انتقل إليه بنفس هذه الصفة ، وإن كان غير ملزم انتقل
إليه بهذه الصفة كذلك (٣) .

ثالثاً ... انقضاء مجلس العقد :

إذا صدر إيجاب في مجلس العقد ، ولم يصدر قبول من الطرف الآخر ،

(١) وقد جاء في كتاب النيل ٢ / ١١ : « وإذا تجنن مشتر قبل قبول علق
البيع وخليفته بمقامه ان كانت ؛ واللا أجبر أو لياؤه باستخلاف عليه ان طلب
البائع في الأظهر . وان مات فوارثه بمقامه ، وجاز قبوله أن ارتد أيام
استنابته وبعدها ما مسلم أو مقتول ، أن لم يكن المبيع رقيقاً أو مصحفاً أو
آلة ضرب . وكذا اذا مات البائع أو فقد أهليته قبل قبول المشتري لم يسقط
الإيجاب وكان للمشتري أن يقبل البيع بالرغم من ذلك .

(٢) وهم الورثة في حالة الموت ، والقيم في حالة فقدان الأهلية .

(٣) أنظر : الوسيط ، مصادر الالتزام ، ص ١٨٥ وما بعدها ، النظرية .

العامة للالتزامات ١ / ١٥٥ .

قلنا ان هذا الايجاب يظل قائما حكما مادام مجلس القعد قائما ، فإذا انتهى هذا المجلس دون صدور قبول من الطرف الآخر فهل يسقط الايجاب .؟

اتفق الفقهاء على أن مجلس العقد ، إذا انتهى انتهاء حسييا ، كتنفيذ الماقدين بحيث لا يسمع أحدهما كلام الآخر ، أو معنويا ، بأن أعرض الماقدان أو أحدهما عن موضوع التعاقد، ولم يصدر قبول من الطرف الآخر بأن الايجاب يسقط ويعتبر كأن لم يكن .

وبذلك قال رجال القانون ما لم يتفق على مدة معينة ، فإن اتفق عليها لا يسقط الايجاب بانقضاء المجلس .

رابعا رفض الايجاب :

اتفق الفقهاء على أن الايجاب يسقط ويعتبر كأن لم يكن إذا رفضه الطرف الآخر صراحة كما إذا قال لا أوافق على هذا أو انى أرفضه ولأرغب فيه ، أو ضمنا كما لو قال الموجب لشخص بمتك لك سيارتي بألف فانشغل هذا الشخص في حديث آخر لا يتصل بموضوع العقد ، فإن هذا ينهي عن رفضه العقد فإذا صدر قبول بعد ذلك فلا يعقد العقد بل لا بد من ايجاب جديد (١) .

خامسا — هلاك المحل :

إذا هلك محل التعاقد أو تغير من حال الى حال ؛ قيل صدور قبول من الطرف الآخر فما حكم الايجاب ؟

(١) جاء في ابن عابدين : ٤ / ٢٩ : قال في البحر والحاصل أن الايجاب يبطل بما يدل على الاعراض ويرجوع أحدهما عنه، انظر في ذلك أيضا : الخطاب ٤ / ٣٤ فتح القدير ٥ / ٧٨ .

اتفق الفقهاء على أن الإيجاب يستتظ بهلاك محل التعاقد أو تغييره قبل أن يصدر القبول ، وذلك كما لو باع عصيراً ، فسكت المشتري حتى تخمر ثم تظلل ثم قبل لم ينعقد العقد ، ذلك أن الإيجاب والقبول قد توافقا على بيع عصير ، والبيع قبل تمام العقد أصبح خلا ، فلا يتم العقد ، لأن بقاء محل على حالته التي كان عليها وقت الإيجاب شرط في بقاء هذا الإيجاب منتجا لآثاره وصالحا لاتصال القبول به (١)

موقف القانون :

يقول الدكتور السنهوري . . ويمكن قبول هذا الحكم في الفقه الغربي لأنه لا يخالف أصوله ، وإن لم يكن موضع ذكر خالص في هذا الفقه . .

الارادة الظاهرة ، والارادة الباطنة :

من المتفق عليه أن كل عاقد لا بد أن يكون له نية - ارادة - ولما كانت هذه النية خفية باطنة ، قائمة بالنفس ، كان لا بد لها من مظهر وكاشف يفصح عنها بوسيلة من وسائل الأظهار كالعبارة أو الكتابة أو الإشارة ، أو نحو ذلك ، ويسمى هذا بالارادة الظاهرة التي تجعل دليلا على تحقق الارادة الباطنة عند العاقد ، فإذا صدر إيجاب من أحد العاقدين ، وقبول من المتعاقد الآخر انعقد العقد على أساس أن العاقدين قد رضيا به في الباطن وأظهراه في الظاهر بالإيجاب والقبول .

(١) فقد جاء في الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٨ : « ولا بد من كون القبول قبل تغير المبيع ، كذا في البحر الرائق فلو باع عصيراً ، فلم يقبل المشتري حتى تخمر ثم تظلل ثم قبل المشتري ، لم يجهز . وكذا لو ولدت الجارية ، ثم قبل المشتري وكذا لو باع عبيدين ، فلم يقبل المشتري حتى قتل أحدهما فقبض البائع الدية ، ثم المشتري ... هكذا في التتار خانية . »

ومن هذا يتضح أن كل عاقد لا بد له من نية - وهي ما تسمى بالإرادة الباطنة - وأنه لا بد له من الإفصاح عنها بوسيلة من وسائل الإظهار - وهي ما تسمى بالإرادة الظاهرة ، وإن إرادته الباطنة في الحقيقة هي أساس إنشاء العقود ، وأن وسيلته في الإفصاح عنها ما هي إلا مظهرها وصورتها في الخارج ، ولكن لما كانت الإرادة الباطنة خفية في داخل النفس ، ولا سبيل إلى معرفتها إلا من جهة صاحبها بما يصدره من أقوال أو أفعال تدل على حقيقة ما يبطنه لم يمكن في الاعتماد عليه شرهاً في إنشاء العقود . ووجب لهذا أن يكون المرجع والمناط إلى إرادته الظاهرة التي يكشف بها عن نية في باطنه ، لأنه أعرف الناس به من غيره .

وعلى هذا إذا وجدت الإرادة الباطنة وحدها لا يكون لوجودها أثر في انعقاد العقد ، وترتب آثاره عليه ، فلو عزم شخص على بيع شيء من ماله ولم يوجد ما يظهر هذا العزم من قول أو فعل ونحوهما ، لا يكون لعزمه هذا أثر في انعقاد العقد ووجوده ، كذلك لو نوى وقف شيء من أمواله لم يلزمه هذا الودف ، مادام قد وقف عند مجرد النية ولم يظهرها : ومن عزم في نفسه طلاق امرأته وأسر على نيته دون أن يظهر هذه النية المجازمة لا يقع طلاق لهذه النية المجردة (١) .

وإذا كان انعقاد العقد لا يتم إلا بالإرادة الظاهرة - باعتبارها إظهار للإرادة الحقيقية - دون حاجة إلى البحث عن الإرادة الباطنة ، ما دامت تلك الإرادة مستورة لا يوجد دليل بنفها ، فتبقى الإرادة الظاهرة هي المنفردة في ميدان البيان .

أما إذا ظهر أن الإرادة الظاهرة غير مبررة تمبيراً صحيحاً عن الإرادة الباطنة

(١) وفي هذا المعنى يقول الامام ابن تيمية في مختصر الفتاوى ص ٥٤٧ -

وإذا نوى (رجل) طلاق زوجته لم يقع بمجرد النية طلاق باتفاق الفقهاء

ومخالفة لها (١) ، فأى الارادتين أولى بالاعتبار ؟

والإجابة عن هذا التساؤل نقول : للفقهاء فى ذلك آراء تختلف باختلاف الحالات التى يحصل فيها هذا التخالف وتبينها على الوجه التالى .

١ - أن تصدر العبارة - الإرادة الظاهرة - عن يقصد التلفظ بها ويفهم معناها ، ولكنه لا يريد إنشاء العقد الذى تدل عليه . وإنما يريد غرضاً آخر ؛ لا يتحقق إلا مع التظاهر بإنشاء العقد .

وقد اختلف الفقهاء فى حكم عبارة المازل ، هل ينعقد بها العقد أم لا ؟ ذهب الشافعية . إلى أن عبارة المازل تصلح لإنشاء العقود ، وترتب جميع الآثار عليها بلا فرق بين عقد وآخر ، لأن المازل قاصد لهذه العبارة ، وعالم بما يدل عليه من معنى ، فكانت سبباً صحيحاً لإنشاء العقد ، ومتى وجد السبب ترتب عليه مسببه وهو انعقاد العقد ولأن الاتفاق على الهزل بمنزلة

(١) ذلك أن الإرادة الظاهرة إن وافقت الإرادة الباطنة انعقد العقد . وإن وجدت أحدهما فقط فلا يكون لوجودها أثر فى انعقاد العقد .

(٢) فالمازل : هو من يقصد العبارة التى تصاح لإنشاء العقد ، مع علمه بمدلولها ، ولكنه لا يقصد إنشاء العقد ، وإنما يريد غرضاً آخر هو اللعب واللهو كمن يقول لآخر بعنتك دارى بألف جنيه ، وهو لا يقصد إنشاء العقد ولكنه يقوم القرائن على أن كل قصده هو اللعب واللهو وذلك إما بتصريح مقارن للعقد بأنه هزل وإما بمواضعة سابقة من الطرفين على أن العقد الذى سيقعد أنه هزل وأما بقرائن الحال التى تدل على أن المتكلم هازل .

الشرط المتقدم على العقد ، والشرط المتقدم على العقد لا يؤثر فيه (١) .
وذهب بعض المالكية : الى أن عبارة المازل لا تصلح لإنشاء أى عقد
من العقود ، وبالتالي لا يترتب عليها التزام ، ولا يستثنون من ذلك شيئاً (٢)
فزواج المازل وطلاقة وبيمه واجارته وسائر عقود. ملاخاة اذا وجدت
القرينة الدالة على الهزل ؛ لأن المازل قد قامت القرينة على أنه لا يريد بعبارة
إنشاء العقد ، فانتمت الارادة التي هي الاصل في انشاء العقود فانعدم العقد.

وذهب بقية الفقهاء : الى أن عبارة المازل لا تصلح لإنشاء العقد، ولا يترتب
عليها التزاماً ، لعدم وجود الارادة التي لا بد منها لوجود العقد إلا في العقود
التي ورد النص باستثنائها ، صيانة لها عن الهزل وادعائه ، واعتبر التلغظ بها
دليلاً على الرضا وعى الزواج والطلاق ، والرجعة ، والعتق ، واليمين .

فقد ورد ما يؤيد انعقاد العقد مع وجود الهزل لقول الرسول ﷺ :
ثلاث جدهن جد ، وهزلن جد : ، الزواج والطلاق والعتاق ، وقد زادت
بعض الروايات الرجعة كما زادت بعضها اليمين .

(ب) عبارة المكره :

إذا أكره شخص على إنشاء عقد من العقود ، فنطق بالعبارة التي يتم بها
العقد ، فهل ينعقد العقد بها أم لا ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين .

(١) نهاية المحتاج ٨٢/٦

(٢) أى سواء أكان العقد فيه حقاً لله تعالى كالزواج والطلاق ، أم لا
كالبيع والأجارة

القول الأول ؛ أن العقد لا ينعقد بعبارة المكروه (١) ، وأنه لا يترتب عليها أى أثر شرعى ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء (٢) .

ووجهتهم فى ذلك : قول الرسول ﷺ : « إن الله وضع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكروها عليه » (٣)

فالحديث يدل دلالة قاطعة على أن الله قد رفع عن أمة محمد عليه السلام حكم ما استكروها عليه ، وبالتالي يكون كل ما صدر عن إكراه غير صحيح .
ويؤيد ذلك أن لفظ (ما) الوارد فى الحديث يفيسد العموم ، فيكون كل تصرف وقع نتيجة الإكراه مرفوعاً ، ولا عبرة به .

ولأن المكروه ليس مختاراً فى النطق بالعبارة ، لعدم رغبته فى الآثار التى تترتب على العقد ، بل قصد فقط دفع الأذى عن نفسه ، فإرادة المكروه غير موجودة ، وقصده معدوم ، فلا يعتمد بالعبارة الصادرة منه كالتأم والمجنون
القول الثانى : عبارة المكروه تصلح لإنشاء العقود كلها بلا فرق بين العقود التى فيها حق الله تعالى وبين غيرها ، إلا أن العقد إذا كان من النوع الأول كان صحيحاً ، ومرتباً عليه أثره ، وإن كان من النوع الثانى كان فاسداً ولا يترتب عليه أثر .

(١) الإكراه فى اللغة . حمل الغير على أمر لا يرضاه انظر المصباح المنير ٣٤٠ ص ٧٣٤ وجاء فى المعجم الوسيط ٣ ص ٧٩١ ، الإكراه : حمل الإنسان على ما يسكره قهراً .

وعند الفقهاء : حمل الغير على أمر يمتنع عنه بتخويف يقدر الحامل على إيقاعه ، ويصير الغير خائفاً به ، فالت رضاء بالمبايعة انظر كشف الأسرار للإردوى ٣ ص ٣٨٣ .

(٢) فقد جاء فى نهاية المحتاج ٢٣ ص ٣٧٢ . و عدم الإكراه بغير حق فلا يصح عقد مكروه فى ماله بغير حق لعدم الرضا .
(٣) سنن ابن ماجه ص ٦٥٩ ط عيسى الحلبي ،

ذهب إلى ذلك الأحناف (١) ، لأن الرضا شرط في صحة العقود التي ليس فيها حق الله تعالى ، وليس بشرط في العقود التي فيها حق الله تعالى والمكروه مختار لقصد العبارة المنشئة للعقد والتلفظ بها ، ولكنه غير راض بها ، فينعقد العقد إذا كان فيه حق الله ، ولا ينعقد غيره .

والراجح : ما ذهب إليه الجمهور ، لأن إيجاب العقد أو قبوله ليس معبراً تعبيراً صحيحاً عن رغبته وإرادته ، وبالتالي فلا ينشأ منه أي عقد أو التزام . وبهذا القول أخذت المحاكم الشرعية حيث جاء في المادة الأولى من قانون سنة ١٩٢٩ : « أن طلاق المكروه لا يقع » .

٢ . أن تصدر العبارة - الإرادة الظاهرة - عن يقصد التلفظ بها ، ويفهم معناها ، ولكنه لا يريد إنشاء العقد الذي تدل عليه ، وإنما يريد غرضاً آخر وهذا الغرض لا يحتاج في تحققه إلى إنشاء هذا العقد - كقراءة نص للتعلم أو التعليم أو الحكاية مثلا ، ففي هذه الحالة لا يوجد العقد الذي تدل عليه هذه الألفاظ لأنه لم يقصد إنشاء العقد ، وهذا باتفاق الفقهاء دون تفرقة بين عقد وآخر (٢) .

وفي ذلك يقول الطحاوي : « طلاق المكروه لازم كطلاق سواه من ليس بمكروه » ويقول في موضع آخر : « ومن أكره على هتك عبده ، أو هلى طلاق زوجته ، ففعل ذلك جاز عليه ما فعله منه ، ومن أكره على مراجعة امرأة كان قد طلقها ، حتى راجعها كانت مراجعة ، ومن أكره على بيع عبده ، فباعه لم يجز بيبعه أياه ... ولا يشبه البيع ما ذكرناه قبله من الطلاق والعتاق والنكاح والرجعة ، لأن البيع قد ينتفي بالعيوب ، ويرد بخيار الشرط والرؤية فكذلك يرد الإكراه ، والطلاق والعتاق والنكاح والرجعة لا يردون بشيء مما ذكرناه ولا مما سواه . »

(٢) ومن هذا القبيل عبارات الممثلين التي تجرى على أسنتهم حكاية للحوار الذي جاء في القصة على لسان أصحابها : فإذا قال الممثل في حالة التمثيل لامرأة أمامه أتزوجك =

٣ - أن تصدر العبارة - الإرادة الظاهرة - من لا يقصد النطق بها :
مطلقاً ، كالألفاظ التي تصدر من المجنون والصبي غير المميز والنائم ، فقد اتفق
الفقهاء على أنه لو صدرت من هؤلاء عبارة تدل على إنشاء عقد فإن العقد لا ينعقد
لإعدام الإرادة الباطنة والرضى الخفي ، وإن ما صار من عبارات ما هو إلا
بمجرد كلمات ملفوظة فلا ينشأ بها عقد .

ومن هنا النوع عبارة السكران بمحرم ، وقد وقع بشأنها خلاف بين الفقهاء
فيري الجهور مؤاخذته بعبارة وترتب الآثار عليها فإذا طلق أو أجر أو باع
وغير ذلك من العقود ، فإن العقد ينعقد ، عقوبة له وقصداً إلى زجره .

وخالف في ذلك بعض المالكية والحنابلة وآخرون من غيرهم ، فجعلوه
كالمجنون لا يترتب على عبارته أى التزام ولا ينشأ عنها أى عقد ، وهذا أخذت
لائحة ترتيب المحاكم الشرعية د المادة الأولى من المرسوم رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ،
٤ - أن تصدر العبارة - الإرادة الظاهرة - من يقصد التلفظ بها

ولكن من غير فهم لمعناها ، كمن يتلفظ بألفاظ لغة غير لغته ، من غير فهم
لمعانيها ، وفي هذه الحالة لا يترتب على هذه العبارة أى التزام ولا أثر ، لأن
الإرادة غير موجودة عند من نطق بهذه العبارة .

٥ - أن تصور العبارة - من يقصد النطق بها وإنشاء العقد ولكنه لا يريد
منه الفرض المقصود من تشريعه ، وإنما يقصد غرضاً آخر لا يمتنه الشرع وذلك

فقالت وزوجتك نفسى فإن هذا العقد وإن كان تم بإيجاب وقبول
عبارة تدل على انشائه إلا أنه لا ينعقد وذلك لأن من صدرت منه العبارة
في هذه الحالة لا يقصد بها إنشاء العقد وإنما يقصد شيئاً آخر هو التمثيل .

كن يتزوج امرأة ليستعين بها في التجارة ، أو لتشرف بالانساب إلى أسرتها
ففي تلك الحالة ينمقد العقد ، لأن العبارة صحيحة وتوجد إرادة باطنة عليها .

٦ - أن تصدر العبارة - من يقصد النطق بها وإنشاء العقد ، ولكنه
لا يقصد بإنشائه تحقيق الغرض الذي شرع من أجله ، وإنما يقصد غرضاً قد
حرمه ، الشرع وأمثلة هذا النوع كثيرة منها : بيع العنب لمن يعصره خمرأ (١)
والبيع الذي يقصد من التعامل بالربا (٢) ، وبيع السلاح للكفار أو لقطعاع
الطرق والتزوج من امرأة لإحلالها لزوجها الأول (٣)

وقد اختلف الفقهاء في حكم هذه العبارة ، فذهب الشافعي وبعض الفقهاء
إلى صحة العبارة وترتيب أثرها عليها ، ما دام الغرض المحرم لم يصرح به في
صيغة العقد وإن كان معلوماً للمعاقدين ، لأن المدار على العبارة الظاهرة وهي
سليمة ، أما النيات فأمرها متروك إلى الله وتستوجب إثم صاحبها .
وذهب آخرون منهم الحنابلة إلى عدم الاعتداد بهذه العبارات وعدم إنشاء
العقد بناء عليها ما دام المقصد غير مشروع .

(١) فالبيع أصلاً مشروع ولكنه يتخذ هنا وسيلة إلى محرم وهو الخمر ، ولم
يقصد الشارع بعقد البيع ذلك ، فكان قصد المعاهد منافياً لقصد الشرع .
(٢) هذا النوع له أمثلة كثيرة منها . أن يبيع شخص لآخر سلعة بمائة جنبيه
مئة جلة ثم يشتريها منها بثمانين جلة . فصاحب السلعة أعطى المشتري ثمانين
حالة ليأخذ بدلها مائة عند حلول الأجل .

(٣) وذلك كما إذا طلق الرجل امرأة ثلاثاً ، وأراد أن يتزوجها فلا تحل
له إلا بعد أن تتزوج آخر . فإذا تزوج الآخر المرأة المطلقة لا ليعيشا معاً
ويكونا أسرة كما هو المقصود من الزواج ، بل ليحلما الزوجها الأول . فان
العبارة وإن كانت قد وضعت في الأصل لإنشاء عقد الزواج الذي أحله الله لا
أن المعاقدين قد استملاها وقد قصدوا بها غرضاً غير مقصود للشارع .

الإرادة المنقردة وتكوين العقد

علينا بما سبق أن العقد : توافق ارادتين على إحداث أثر قانوني معين
فهل يمكن للإرادة الواحدة أن تحدث مثل هذه الآثار ؟
وللاجابة على هذا التساؤل نقول :

اتفق الفقهاء على أن الإرادة الواحدة تنشئ الالتزامات التي لا تقوم
على الالتزام من جانب آخر وذلك كالطلاق ، والابراء ، والوصية والوقف
والجمالة (١) واليمين (٢) .

أما بالنسبة لانعقاد العقد بمعناه الخاص بالإرادة الواحدة ، فإن هذه
العبارة قد تكون في حكم عبارتين ، وذلك إذا صدرت من شخص له صفتان
كما إذا وكل شخص غيره ليبيع له شيئاً وكله آخر في أن يشتري له شيئاً مما هو
وكيل في بيعه فهو وكيل عن الراغب في البيع وعن الراغب في الشراء ، فهل
ينعقد العقد في تلك الحالة .

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول : أنه يصح انعقاد بإرادة واحدة في جميع العقود ، مادام
صاحب صفة شرعية من الجانبين .

-
- (١) الجمالة : هي — أن يلتزم شخص بإرادته وحده بجعل أو مال معين
لمن يقوم له بعمل معين كان يقول من فعل لي كذا فله عندى كذا .
(٢) وهو الخلف بالتزام فعل أو تركه فإنه يتحقق بمجرد صدور العبارة من
الخالف من غير توقف على شيء آخر لأن مصدرها هذا الالتزام هو إرادته وحدها .

ذهب إلى ذلك المالكية والحنابلة .

وحجتهم في ذلك . أن إرادة العاقد هنا تمثل إرادتين ، وعبارته تشمل هبارتين لأنها صادرة من شخص ذى صفتين ، فينمقد بها العقد .

القول الثاني : أنه لا يصح التعاقد بإرادة واحدة ، وشخص واحد

في جميع العقود ذهب إلى ذلك الإمام الشافعي (١) وزفر .

وحجتهم في ذلك : أن العقد هو إيجاب من أحد العاقدين ، وقبول من المتعاقد الآخر ، وكل من الإيجاب والقبول يعبر عن إرادة التعاقد في إنشاء العقد ، وهذا يقتضى وجود عاقدين مختلفين لا عاقد واحد .

القول الثالث : أن عقود الزواج يصح انعقادها بعبارة واحدة من له

صفة بالنسبة لطرق العقد — كأن يكون أصيلاً أو ولياً أو وكيلاً —
أما عقود المعاوضات المالية فلا يصح أن يتولى طرفيها عاقد واحد .
ذهب إلى ذلك الحنفية عدا زفر .

وحجتهم في ذلك . ما روى أن الرسول ﷺ قال لرجل : أترضى أن
أزوجك فلانة ؟ فقال نعم وقال للمرأة أترضى أن أزوجك فلاناً ؟ فقالت :
نعم ، فزوج أحدهما بصاحبه (٢) .

(١) غير أن الإمام الشافعي قد استثنى صورة واحدة يصح فيها العقد

بعبارة واحدة من شخص واحد ، وهي — ما إذا زوج الحمد حفيديه أحدهما
للآخر بأن يزوج بنت ابنه لابن ابنه المتوفى كذلك . لأن ولايته هنا متعينة
إذا كان لا بد من الولي . انظر نهاية المحتاج ١٩٣/٥ ، بدائع الصنائع ٢٣٢/٢ ،

الزيلعي ١٢٢/٢ .

(٢) مستند أبي داود .

فدل ذلك على انعقاد الزواج بالعبارة الواحدة ، إذ العاقد ليس إلا سفيراً
عن الأصل وممبياً عنه ، والواحد يصلح أن يكون ممبياً عن اثنين بصفتين
مختلفتين أما عقود المعاوضات المالية كالبيع وغيره فإن حقوق العقد وآثاره
ترجع للعاقد نفسه فلا يصح أن يتولاه طاقده واحد ، إذ لا يتصور أن يكون
شخص واحد ممسكاً ومتمسكاً في آن واحد .

أما إذا لم تكن العبارة في حكم عبارتين ، وإنما هي عبارة واحدة عن شخص
واحد ، فإن العقد لا ينعقد بها ، بل لا بد لتحقيقه من توافق إرادتين .

أما في القانون : فقد نصت المادة ١٠٧ مدني : « بأنه لا يجوز لشخص
أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سوا . أكان التعاقد لحسابه هو أم
لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصل ، على أنه يجوز للأصيل
في هذه الحالة أن يجيز التعاقد ، كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به
القانون أو قواعد التجارة » .

اقتران الصيغة بالشروط وأثره في العقد

عرفنا ما سبق أن العقد ينشأ بإرادة المتعاقدين متى صدر منهما ما يدل على ذلك ، ويترب على ذلك آثار معينة ، لكل عقد من العقود ، لأن الشارع جعل لكل عقد من العقود أحكاماً معينة ، وآثاراً ترتب عليه ، فإذا تمت صيغة البيع بين البائع والمشتري بأى وسيلة من وسائل التعبير عن ذلك وانعقد العقد وترتب عليه ملكية المبيع إلى المشتري ، واستحقاق البائع الثمن المبيع ، ووجب على المشتري تسليم الثمن إلى البائع ، كما وجب على البائع تسليم المبيع إلى المشتري بمجرد تسليم الثمن .

ولكن قد يرى المتعاقدان أن تلك الآثار التي رتبها الشارع غير وافية بحاجتهما ، ولا تحقق أغراضهما من العقد ، فهل يصح لهما أن يشترطا في العقد شرطاً يعدل هذه الآثار التي أقرها الشارع بالزيادة أو النقصان ؟
اختلف الفقهاء في ذلك :

١ - ذهب الأحناف إلى أن الشرط الذي يقترن به العقد ثلاثة أقسام -
شرط صحيح وشرط فاسد ، وشرط باطل .
فالصحيح : ما كان مقتضى العقد أو مؤكداً لمقتضاه ، أو ما جاء به شرع أو ما جرى به عرف .

وذلك كأن يشترط البائع على المشتري تسليم الثمن قبل تسليم المبيع وكاشتراط البائع على المشتري تقديم كفيل أو رهن بالثمن إذا كان الثمن مؤجلاً وكاشتراط الخيار لكل من التبايعين ، وكاشتراط المشتري على البائع أن يتمهد بإصلاح المبيع مدة معينة ، ضماناً لصلاحها ونفعها .

فمثل اشتراط هذه الشروط ملزم والعقد معه صحيح لأنه في المثال الأول
اشتراط شرطاً يقتضيه العقد بطبيعته ، من غير حاجة إلى اشتراط . وفي المثال
الثاني اشتراطاً شرطاً يلائم ، ، والعقد . وفي المثال الثالث اشتراطاً شرطاً
أجازته الشرع وفي المثال الرابع اشتراطاً شرطاً اعتاده الناس وجرى العرف به
والفساد : هو ما لا يقتضيه العقد ، ولا يؤكد ما يقتضيه ، ولم يرد به
المشرع ولم يجر به العرف ، وكان فيه تحقيق لمصلحة أحدهما ، أو مصلحة
شخص آخر غير المتعاقدين كأن تشترط امرأة على زوجها في عقد الزواج
ألا ينقلها من بلدها ، وكان يشترط على من يشتري داره أن يترك ساكنة فيها
مدة من الزمان .

فمثل اشتراط هذا النوع من الشروط إذا اقترن بعقد من عقود المعارضات
المالية — كعقد لبيع ، والإجارة والمزارعة — أفسده وفسد معه لأن هذه
الشروط التزام غير مشروع ، وإذا كانت كذلك لم يمكن لها اعتبار في نظر
الشرع : وإذا لم يمكن لها اعتبار في نظر الشرع كانت باطلة .

ولما كانت عقود المعارضات المالية تقوم على الموازنة بين العوضين . وقد
تحقق الرضا بالعقد على أساس هذا الشرط ، فإذا حكم بفساد العقد كان من
العدل الحكم بفساد العقد لعدم تحقق الموازنة بين العوضين فيفوت رضاه به .

أما إذا اقترن هذا النوع من الشروط بعقد ليس من عقود المعارضات
المالية كمعقد الزواج . فإن هذا الشرط يكون فاسداً غير مفسد للعقد ، لأن
مثل هذا النوع من العقود لا يقوم على الموازنة بين الوضعين ، فينقصد العقد
ويبلغو الشرط (١)

والباطل : هو — الذى لا يقتضيه العقد ، ولا يؤكد ما يقتضيه ، ولم يرد به الشرع ، ولم يجر به العرف وليس فيه منفعة لأحد المتعاقدين ولا غيرهما . وذلك كأن يشترط البائع على من يشتري داره ألا يسكنها المشتري ولا أولاده فمثل هذا الشرط ملغى ولا يؤثر في العقد سواء أكان عقد معاوضة أم لا ، لأن الشرط لما خلا عن الفائدة لم يفيت الرضا (١)

٢ — وذهب الظاهرية إلى منع العاقدين من اشتراط أى شرط إلا إذا ورد بهذا الشرط نص من الشارع (٢) ، فالشروط عندم شروط صحيحة . وشروط باطلة .

فالشروط الصحيحة : هى التى ورد النص من الشارع بجوازها فيلزم الوفاء بها مثل اشتراط تأخير الثمن إذا كان دراهم أو دنانير إلى أجل مسمى . أما الشروط الباطلة فهى كل شرط لم يرد به نص من قرآن أو سنة يدل على جوازها واعتبارها ، فإذا اقترن شرط من هذا النوع بالعقد أبطله مطلقاً لقول الرسول ﷺ : د كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، وإذا بطل الشرط ، بطل كل ما لم يعقد إلا به (٣)

٣ — وذهب الحنابلة : إلى جواز اشتراط أى شرط يشترطه المتعاقد ، ما لم

(١) فقد جاء في المبسوط ج ١٣ ص ١٥ : د وإن لم يمكن فيه منفعة لأحد فالشرط باطل والعقد صحيح ، نحو ما إذا اشترى دابة أو ثوباً بشرط ألا يبيع لأنه لا يطالب بهذا الشرط فإنه لا منفعة فيه لأحد وكان لغوا والبيع صحيح ، (٢) فقد جاء في كتاب المحلى ج ٩ ص ٤٠٩ : د فصح بطلان كل شرط جملة إلا شرطاً جاء النص من القرآن أو السنة بإباحته ، (٣) المحلى ج ٩ ص ٤٠٩

برد نهى من الشارع عنه، فاذا اشترطت الزوجة بقاءها في بلد معين أو اشترطت على زوجها ألا يتزوج عليها صح العقد ووجب الوفاء بالشرط، لأن هذه الشروط لم يرد نص من الشارع بتحريمها (١) والرسول ﷺ يقول: «انسلون، عند شروطهم، إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً»

(١) انظر الشرح الكبير ج ٢ ص ١٤٠، كشف القناع ج ٣ ص ٦٤، منتهى الإرادات ج ٢ ص ٢٥ وقد جاء في فتاوى ابن تيمية ج ٢ ص ٢٢٦ وما بعدها، إن الأصل في العقود والشرط في الجواز والصحة، ولا يحرم، ويطل منها إلا ما دل على تحريمه وإبطاله نص أو قياس عند من يقول به، وأصول أحمد رضى الله عنه المنصورة يجرى أكثرها على هذا القول.

اتصال آثار العقد بالصيغة

لما كانت صيغة العقد هي الكاشف عن رغبة المتعاقد في الوصول إلى الأثر الذي رتبته الشارع ، كما أنها هي التي تدل على الوقت الذي يرغب ظهور الحكم فيه ، فإن هذه الصيغة قد تكون منجزة يراد بها إيجاد العقد وترتب آثاره عليه في الحال ، وقد تكون منشئة للعقد في الحال ولكنها تؤخر آثاره إلى المستقبل ، وقد تكون معلقة يراد بها تعليق وجود العقد على أمر يحتمل الحصول في المستقبل ، وترتيب آثاره عليه عند وجوده .
ولذلك تنقسم العقود باعتبار هذا إلى ثلاثة أقسام ، عقد منجز ، وعقد مضاف ، وعقد معلق .

قال العقد المنجز : هو الذي تكون صيغته دالة على انشائه وامضائه من حين صدوره . ما يوجد أمر آخر يمنع من ترتب الحكم عليها .
وهذا لا يكون إلا إذا كانت الصيغة خالية من الإضافة إلى زمن مستقبل ولم تعلق على وجود شيء سيوجد في المستقبل ، وإن كانت مقيدة بشرط لا يمنع صحتها ، لأن التقييد لا يمنع التنجيز ، بل هو التزام ذاتي على ما أوجبه العقد (١) :

(١) انظر المسخّل للدكتور محمد مصطفى شلبي / ٥١٨ ، والدكتور محمد سلام مدكور / ٦١١ .
وذلك كما إذا قال اشتريت منك الدار بألف جنيه على أن أدفع لك الفين بعد شهرين ، ويقبل البائع ذلك فإن هذه الصيغة تفيد إنشاء عقد البيع من وقت صدوره وترتب آثاره عليه في الحال .

وحكمة : ترتب الاحكام والآثار عليه في الحال ، مادام مستوفياً لأركانها وشروطه وذلك كأن يقول شخصي . لآخر بملك هذه الدار بألف وقبل الآخر أو تقول تزوجتك على مهر قدره كذا فيقول قبالت .

فإن البيع في المثال الاول يتمقد في الحال : وترتب عليه أحكامه وأثاره عقب القبول مباشرة وكذلك في المثال الثاني النكاح يتمقد وترتب عليه الآثار في الحال .

والأصل في العقود أن تكون منجزة . لأن العاقبة لا يقصد العقد إلا رغبة في أثره ولذلك كانت جميع العقود قابلة للتجزئة ما عدا عقدين هما طبيعتهما الخاصة ، وهما الوصية (١) والإيصام (٢) .

العقد المضاف : هو الذي تدل صيغته على إنشائه في الحال على ألا يترتب عليه من حكمه إلا في زمن مستقبل يضيفه إليه مثل أن يقول أجرت لك هذا البيت ابتداء من الشهر القادم . ويقبل الطرف الآخر . فإن هذا العقد يتم في الحال ولكن آثاره لا تبدأ إلا في الزمن المقبل الذي أضيف إلى العقد .
حكمة : أنه يتمقد في الحال ، ولكنه لا يترتب عليه حكمه إلا عند مجيء الوقت الذي أضيف إليه .

أما العقود بالنسبة للاضافة - فتتقسم - في المذهب الحنفي - إلى ثلاثة أقسام :

(١) الوصية : هي - و تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء أكان الموصى به عيناً أم منفعة ، مثل أن يقول أوصيت لفلان بألف جنيه فإن هذا لا ينفذ إلا بعد الوفاة لأن طبيعته تقتضي ذلك . انظر حاشية ابن عابدين ٤٥١/٥ .

(٢) الإيصام : هو أن يختار الإنسان شخصاً يتولى أمور أولاده المالية بعد وفاته . كأن يقول : جعلت فلاناً وصياً على ابني (فلان) العاصر فإن هذا لا يتمقد إلا بعد الوفاة .

١ — عقود لا تكون إلا مضافة . وهي العقود التي تقضى طبيعتها ذلك كالوصية والإيصاء ، فإن طبيعتها تستلزم أن آثارها لا تكون اليها بعد الموت سواء ظهرت الإضافة أو لم تظهر .

٢ — عقود لا تقبل الإضافة : — وهي التي تفيد تملك الأشياء في الحال كالبيع والهبة والإبراء من الدين ، والصلح على مال ، والزروع ، والرجعة ، أو الشركة (١) لأن هذه العقود قد شرعت لترتيب آثارها في الحال ، وتأخير الحكم عنها يكون اهمالا لها ، وإذاء لها من غير عمل مدة من الزمن ، وهذا يتنافى مع ما جعله الشارع لها من افادة الأثر في الحال .

٣ — عقود مرنة : نارة تكون منجزة ، أى يترتب أثرها عليها فور الانتهاء من الصيغة ، كما يمكن اضافتها الى زمن مستقبل ، بالتشريح في صيغة العقد بذلك كالكفالة والحوالة من عقود الالتزام ، لأن طبيعتها أنها لا تفيد أثرها في الحال .

وكالاجارة والمزارعة والمساقاة من عقود المنافع لا توجد دفعة واحدة كالطلاق والوقف والخلع من الزوج نفسه من عقود الاستقطاعات فلا مانع من أن ينتهى قبله .

وكالوكالة والقضاء من عقود الاطلاقات .

فهذه الأنواع من العقود يمكن أن تكون منجزة أى يترتب عليها آثارها .

(١) وقد وضع الفقهاء قاعدة وهي : دكل ما أمكن تمليكه في الحال لا يصح تمليقه على شرط ولا اضافته الى زمن إلا عقدي الوصية والإيصاء

خوفاً من الانتهاء من الصيغة ، كما يمكن إضافتها وتأخير آثارها إلى الزمن المقبل . ولا بد لكي تكون مضافة من التصريح بذلك في صيغة العقد .

العقد المعلق : هو ما كانت صيغته غير دالة على إنشائه وإمضائه من وقت صدورها ، ولكن تدل بأداة من أدوات التعليق (١) على تعليق هذا الإنشاء وربط وجوده بوجود أمر مستقبل ، بحيث إذا وجد الأمر المستقبل وجد العقد حين وجوده ، ولم يوجد ذلك فلا يوجد العقد .

هذا ولا بد لتحقيق التعليق من أن يكون المعلق عليه أمراً يمكناً مشروعاً أي محتملاً أن يكون والآن يكون ، فلو كان متحقق الوجود لم يكن التعليق حقيقياً بل كان صورياً وكان العقد منجزاً ، كأن تقول لآخر إن نجحت في الامتحان فأنت وكيل عني في كذا ، وتكون النتيجة قد ظهرت فعلاً ونجح .

أما إذا كان المعلق عليه غير موجود ولكنه مستحيل الوجود فإن العقد لا ينعقد أصلاً كأن تقول لآخر إن شربت ماء النيل كله فأنت وكيل في كذا أو إن حملت جبل المقطم على رأسك فأنت وكيل لي في كذا . ففي كل هذا لا ينعقد العقد لاختلال الشرط .

والعقود بالنسبة لقبول التعليق تنقسم في المذهب الحنفي إلى ثلاثة أقسام :

١ - عقود لا تقبل التعليق مطلقاً أي سواء أكان الأمر المعلق ملائماً للعقد أم كان غير ملائم - وهي عقود التملك وما أشبه التملك من الإسقاطات كالوقف وعقود التقييدات كالرجعة وعزل الوكيل . فإذا قال شخص لآخر

(١) مثل إن وإذا ، وإذا ما وكل وكلما ونحو ذلك .

بعتك دارى هذه إن باعك فلان داره ، أو إذا قالت امرأة لرجل : زوجتك
نفسى إذا عينت فى وظيفة كذا ، فإن العقد فى هذين المثالين لا ينعقد ، لأن
هذه العقود قد سرعت لترتيب آثارها فى الحال ، ولا يتفق مع ذلك تعليقها
على أمر مستقبلى مطلقا .

٢ - عقود تقبل التعليق على أى شرط ، سواء أكان الشرط ملائما أم
غير ملائم ، لإتفاء الغرر ، أو لأنها غير ملزمة أو لأن طبيعتها لا تمنع ذلك
مثل عقد الوكالة إذا قال شخص لآخر : إن وجدت كذا فى السوق ، فأنت
وكيل فى شرائه ، أو يقول الرجل لزوجته إن دخلت بيت فلان فأنت طالق
فإن هذه العقود إن علق على شرط انعقد العقد .

٣ - عقود تقبل التعليق بالشرط الملائم (١) لمقتضى العقد شرعا أو عرفا
كالكفالة والحوالة كأن يقول شخص لآخر : إن أقرضت فلانا مبلغ كذا
فأنا ضامن له فإن تعليق الكفالة على سببها ، لأنه لا معنى لوجود الكفالة
قبل الإقراض .

الفرق بين العقد المطلق والعقد المضاف :

أن العقد فى حالة الإضافة موجود وقت التكلم ، والحكم غير موجود ،
بل سيوجد عند حلول الزمن المضاف إليه .

أما فى حالة التعليق كلاهما غير موجود ، وإنما يوجدان عند تحقق المعلق
عليه وهذه التفرقة للحنفية ، أما الشافعية فيذهبون الى التسوية بينهما .

(١) الشرط الملائم هو ما كان شرطا للزوم الحق كقولك : إن استحق
المبيع فأنا كفيل بالتمن ، أو كان شرطا لإمكان استيفاء الحق كقولك . إن لم
يؤد فلان الدين غدا فعلى ضمانه ، أو شرطا لتعذر الإستيفاء كقولك : إن
أفلس فلان فأنا كفيل بالدين .

كما أن الإضافة تكون إلى زمن محقق الوجود ، والتعليق يكون إضافة إلى زمن قد يتحقق بوجود الشرط الذي جعل علامة عليه وقد لا يتحقق.

العلاقة بين التنجيز بالإضافة والتعليق

التعليق يناق التنجيز ولا يناق الإضافة . فالإلتزام لا يمكن أن يكون في وقت واحد منجزاً ومعلقاً ، ولكن يمكن أن يكون مضافاً ومعلقاً . ذلك لأن التنجيز هو انشاء المقدم على وجه ترتب عليه آثاره في الحال . أما التعليق فهو ترتب وجوده على وجود آخر غير موجود .

الركن الثاني - محل العقد

محل العقد ، أو المعقود عليه . هو الذي يقع عليه العاقد ، وتظهر فيه أحكام العقد وآثاره ، فمحل عقد البيع هو المال المبيع ، الذي يظهر فيه أثر العقد ؛ فيصبح مالكا للبشترى بعد أن كان مملوكا للبائع . ومحل عقد الإجارة هو منفعة العين المستأجرة ؛ ومحل عقد الزواج هو المرأة إذ تصبح العشرة الزوجية معها ملكا لزوجها وحده .
ولكي يكون محل العقد صالحا للتماقد بين الطرفين اشترط الفقهاء فيه ما يلي :

١ - أن يكون محل العقد موجوداً عند العقد في العقود التي تقتضى طبيعتها وجود المعقود عليه فعلا كالبيع والهبة والرهن ، ونحوها من كل عقد يقع على عين مالية ، أو أن يكون ممكن الوجود فقط ، وذلك في العقود التي ترد على المنفعة أو العمل مثل عقد الإيجار والمزارعة ، والاستصناع .
هذا ما ذهب اليه جمهور الفقهاء (١) واستثنى من ذلك المالكية عقود التبرعات كالهبة والوقف فلم يشترطوا في محلها هذا الشرط ، بل يكفي عندهم أن يكون المحل ممكنا في المستقبل ، رغم أن العقد فيها وارد على عين مالية . وبناء على ذلك ، تصح عندهم هبة ما ينتجه الشجر من الثمر في المستقبل لاحتمال وجوده (٢)

(١) الفتاوى الهندية ج ٣ ص ١٠٦ ، الأم ج ٣ ص ٤٧ تحفة المحتاج

ج ٤ ص ٨٣

(٢) انظر في ذلك . مواهب الجليل ج ٤ ص ٢٩٤ ، مقدمات ابن رشد

ج ١ ص ٢٢٤ المدونة ج ٥ ص ٢٤٩

(١٦ - مدخل)

العاقة (١)

يشترط لوجود العقد أن يكون لعاقده أهلية عقده، وأن تكون له ولاية هذا العقد .

الأهلية :

والأهلية نوعان : أهلية الوجوب ، وأهلية الاداء .

فأهلية الوجوب يراد بها صلاحية الانسان لأن تكون له حقوق، وأن تكون عليه واجبات .

وتتحقق هذه الأهلية لكل إنسان حتى . فمناط أهلية الوجوب هو الحياة ولما كانت حياة الإنسان تبدأ في بطن أمه فان الجنين تثبت له أهلية وجوب ناقصة ، تثبت له بعض الحقوق ، فيرث ويستحق الوصية ويستحق ريع الوقف فهو صالح لأن تكون له هذه الحقوق فقط ، ولكنه ليس صالحا لأن تجب عليه واجبات .

فاذا ولد حيا تثبت له أهلية الوجوب كاملة بشقيها ، أي تكون له جميع الحقوق ، وتكون عليه جميع الواجبات ؛ وتستمر له هذه الأهلية كاملة غير منقوصة ؛ الى أن يموت .

ولما كانت أهلية الوجوب مرتبطة بالحياة فقط ؛ فانها تثبت كاملة للصبي غير المميز ، وللمجنون .

وأهلية الاداء هي صلاحية الإنسان للتعبير عن ارادته بحيث يؤخذ بها ويلزم بمقتضاها .

ومناط هذه الأهلية هو التمييز ؛ فتثبت للصبي المميز أهلية أداء ناقصة .
فاذا بلغ عاقلًا تثبت له أهلية الاداء كاملة .

(١) راجع مختصر العقد للاستاذ الفاضل د. زكريا البري ص ٢٠٥

وهذه الأهلية أى أهلية الأداء التى تجعل لصاحبها إنشاء العقود ،
أما أهلية الوجود فلا تثبت لصاحبها إنشاء العقود . فالصبي غير المميز والمجنون
لكل منهما أهلية وجوب كاملة ، تثبت له حقوقاً ، وتلزمه بواجبات ، ومع
ذلك فإنه ليس أهلاً لإنشاء العقود والاعتداد بعبارة التى تصدر منه لعدم
تحقق التمييز وإنما يتولى عنه ذلك وليه .

وأهلية الأداء الناقصة الثابتة للصبي المميز تجعل لصاحبها إنشاء العقود
النافعة نفعاً محضاً بحيث تكون نافذة من غير أن يتوقف نفاذها على إجازة
وليّه المالى كما تجعل له إنشاء العقود المترددة بين النفع والضرر . بحيث تكون
موقوفة على إجازة وليّه المالى يميز منها ما ينفع الصغير ويرد منها ما يضره ،
ثم لا يكون له — بمقتضى هذه الأهلية الناقصة — إنشاء العقود الضارة به
ضرراً محضاً بل أنها تكون باطلة لا يملك الولى المالى إجازتها .

والعقود النافعة محضاً هى التى من شأنها أن تنفعه . كقبول الهبة وقبول
الوصية فإن هذا القبول نفع محض الصغير المميز يكون به العقد صحيحاً
ونافذاً من غير حاجة الى اإجازة الولى المالى .

والعقود الضارة ضرراً محضاً هى التى من شأنها أن توقع الضرر به ،
كعقود التبرع مثل الهبة والوصية فانها تنقص ماله وتخرجه من ملكيته
بلا عوض . فكانت هبته أو وصيته ضارة به ضرراً محضاً ؛ فلا يترتب عليها
أثر ولا ينشأ بها عقد .

والعقود المترددة بين النفع والضرر . هى التى من شأنها أن تكون نافعة
أحياناً وأن تكون ضارة أحياناً ولذلك تحتاج الى حسن الموازنة وسلامة
التقدير . كعقد البيع والشراء . وكانت عبارة الصبي المميز صالحة لإنشائها
لاحتمال أن تكون نافعة . ثم لا تكون مع ذلك نافذة وإنما تكون موقوفة
على اإجازة الولى المالى ليرد عن هذا الصغير الضرر المحتمل فى بيعه أو شرائه .

ويتلخص لنا من ذلك أن الانسان في حياته يمر بأدوار أربعة . بالنسبة
لما يكون له من أهلية الوجوب وأهلية الاداء .

الدور الأول : وذلك اذا كان جنيناً في بطن أمه . وفي ذلك الدور
لا تكون له إلا أهلية وجوب ناقصة تثبت له بعض الحقوق .
ولا تلزمه بالواجبات .

الدور الثاني : بعد الولادة الى أن يصل الى سن السابعة ميمراً . وفي ذلك
الدور تكون له أهلية الوجوب كاملة . التي تجعل له جميع الحقوق . وتلزمه
بجميع الواجبات .

ثم لا يكون له في هذه المرحلة أهلية أداء مطلقاً لانعدام التمييز الذي ترتبط
به أهلية الاداء .

الدور الثالث : هو التمييز الى البلوغ وفي هذا الدور تكون له مع أهلية
الوجوب الكاملة . أهلية أداء ناقصة ينشئ بها العقود النافعة نفماً محضاً .
بمحيط تكون نافذة بعبارة وينشئ بها العقود المترددة بين النفع والضرر .
بمحيط تكون صحيحة موقوفة على اجازة الولى المالى .

والصبي لا يعتبر ميمراً قبل السابعة . لأنها السن التي يغلب فيها انتقال
الصغير من مرحلة عدم التمييز الى التمييز . فإذا بلغ هذه السن كان ميمراً اذا
كان بحيث يدرك معنى الممهور وما يترتب عليها من آثار . وما يكون
فيها من عيب . فيعرف أن البيع ينقل ملكية ماله الى غيره بعوض . وأن
الهبة تنقل الملك من غير عوض . وأن قبول الهبة يزيد في ملكه من غير
عوض يلزمه

الدور الرابع : دور البلوغ عاقلاً . وفي هذا الدور تكون له مع أهلية
الوجوب الكاملة أهلية الاداء الكاملة ينشئ منها جميع العقود نافذة سواء كانت
نافعة نفماً محضاً أو مترددة بين النفع والضرر أو كانت ضارة ضرراً محضاً .

وهذا عند الإمام أبي حنيفة أما أصحابه أبو يوسف ومحمد . فقد اشترطا
تتبعاً تصرفات البائع العاقل أن يكون رشيداً يحسن تدبير المال ، فإذا كان
منفيها لا يحسن توفير المال . حرج عليه ، وكان حكمه في التصرفات حكم
العبي المميز .

وللبلوغ علامات تظهر في الإنسان ذكراً أو أنثى ، وتدل على بلوغه ،
كالاختلام للذكر والحيض للأنثى فإذا لم تظهر علامة حسية تدل على بلوغ
الصغير والصغيرة اعتبر بالغاً بتمام الخامسة عشرة من عمره في رأى الصحابين؛
وهو المقتضى به في المذهب الحنفى أما الإمام أبو حنيفة فقد فرق بين الذكر
والأنثى وجعل سن البلوغ بالنسبة لها هو السابعة عشر و سن البلوغ بالنسبة
له هو الثامنة عشرة وبذلك زاد في سن بلوغ الذكر ثم زاد في سن بلوغ الذكر
سنة عن سن بلوغ الأنثى ، لمسارعتها إلى البلوغ قبله بحكم أسكويتهما

الولاية :

الولاية هي أن يكون للعاقد سلطة في مباشرة العقد بحيث ترتب
عليه آثاره

وهذه الولاية نوعان : ولاية ذاتية قاصرة أى لا تتجاوز صاحبها وولاية
متمدية أى تتجاوز صاحبها إلى غيره .

فالولاية الذاتية القاصرة هي التي تثبت للشخص كامل الأهلية على نفسه
وعلى ماله .

والولاية المتمدية هي التي تثبت للشخص على غيره .

وهذه الولاية المتمدية تنقسم إلى قسمين : ولاية أصلية وولاية نيابية .

فالولاية الأصلية هي الولاية الثابتة بسبب الأبوة : وهي ولاية الأب

على ابنه الصغير فإن هذه الولاية قد تثبتت شرعاً للأب بصفة أصلية .

والولاية النيابة هي الولاية التي تثبت لصاحبها إمابة عن غيره ، كولاية الوصى على الصغير فانما لم تثبت له أصالة وإعما يستمدها عن ولاءه . كالوصى الذي يعينه القاضى ليتولى أمور الصغير المالية .

ثم تنقسم الولاية المتعدية إلى قسمين آخرين تبعا لتنوع العمل الذى يقوم به الولى فتكون ولاية على النفس أو ولاية على المال .

فالولاية على النفس هي الولاية المتعلقة بنفس المولى عليه من تربية وتعلم وتعليب وتزويج ونحوها .

وهذه الولاية تثبت لأقارب المولى عليه من العصبات بحسب ترتيبهم فى الميراث .

وهى تثبت لهم على الصغير والصغيرة والمجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة .

والولاية على المال هي الولاية المتعلقة بأموال المولى عايه ، حفظ وإدارة وتصرفا .

وهذه الولاية تثبت على الصغير — فى المذهب الحنفى — الاب ثم لوصى الاب ثم للجد أبى الاب ثم لوصى الجده ثم للقاضى .

فاذا وجد الاب كان صاحب الولاية فان لم يوجد وكان قد اختار من يتولى شئون أولاده المالية بعد وفاته كانت الولاية لمن اختاره ولو كان الجده موجودا فان لم يكن الاب قد اختار وصيا كانت الولاية للجد من الاب ، فان لم يكن موجودا كانت الولاية للوصى الذى اختاره فان لم يكن قد اختار أحدا كانت الولاية للقاضى الذى لا يتسع وقته عادة للإشراف المباشر على شئون القاصر المالية ، ولذلك يعين وصياً يتولى ذلك الإشراف تحت مراقبته .

ويرى الإمام مالك وأحمد أن الولاية المالية على الصغير تكون لاب ثم لوصيه ثم للقاضى ثم لوصيه .

ويرى الإمام الشافعي أن الولاية المالية على الصغير تكون الأب : ثم
الجد أب الأب ثم لوصى الأب ثم لوصى الجد ثم للقاضي .

وبمقارنة هذه المذاهب نجد أن المذهب الحنفي يثبت الولاية للجد ولكنه
يؤخرها مرتبة عن وصى الأب وذلك أن الأب أقر الناس شفقة على ابنه
وأحرصهم على مصالحته ؛ فكان في اختياره لشخص آخر يتولى شؤون ولده
المالية مع وجود الجد دلالة قوية على أن هذا الشخص أصاح وأقدر على هذه
الولاية التي تعتمد على الأمانة والتجربة والخبرة أكثر من اعتمادها على
الشفقة التي يمتاز بها الجد .

أما الإمام الشافعي فإنه يثبت الولاية للجد أيضا ويجعل مرتبته قيل
وصى الأب فإن الجد أب عند موت الأب ؛ فيكون في مرتبة الأب
ويسبق وصى الأب .

وأما الامام مالك والامام أحمد بن حنبل فلم يجعل للجد ولاية دائمة .
 وإنما تثبت له الولاية بوصاية من الأب أو من القاضي .

وليس لمن عدا الأب والجد من الأقارب حق في الولاية المالية ولو
كانوا من العصبات إلا بسبب الوصاية اختيارا من الأب أو الجد أو تعييناً
من القاضي .

أقسام العقد

من حيث الصحة والبطان :

يقسم جمهور الفقهاء العقد إلى قسمين : صحيح وغير صحيح . وبعبارة
أخرى : صحيح وباطل وبعبارة ثالثة صحيح وفسد .
 فإذا تحققت للعقد أركانه وشروطه الشرعية كان صحيحا وإذا أصابه
الخلل في أركانه أو شروطه كان غير صحيح ويسمى باطلا كما يسمى فاسداً
فلا فرق عندهم بين البطان والفساد .

فالعقد الصحيح وهو الذى تحققت له أركانه وشروطه الشرعية . يكون
صالحا لترتيب الآثار الشرعية عليه .

أما العقد غير الصحيح الذى يسمى باطلا كما يسمى فاسدا وهو العقد الذى
أصابه الخلل فى أركانه أو شروطه فإنه لا يكون موجودا ولا يصح لأن
ترتيب عليه آثاره مطلقاً .

أما المذهب الحنفى فقد قسم العقد إلى ثلاثة أقسام : صحيح وفاسد وباطل
بمعنى أنه جعل العقد غير الصحيح قسمين لا قسما واحداً كما رأى جمهور
الفقهاء .

ذلك أن عدم صحة العقد قد تكون لخلل جوهرى أصابه فى أركانه وشروطه
الأساسية فيكون باطلا لا وجود له مطلقا وقد تكون لخلل غير جوهرى
فى شروطه المتممة والمكاملة لصحته فيكون - حينئذ - فاسدا أى موجودا
وجودا ناقصا فى مرتبة بين الصحة والبطلان :

وعلى هذا يحكم جمهور الفقهاء على عقد المجنون وعقد الصبي غير المميز ،
وببيع الميتة والزواج بمن تحرم حرمة قطعية والبيع بثمن مؤجل إلى أجل ذمى
معلوم والزواج من غير شهود بعدم الصحة المساوى للبطلان والمساوى للفساد
إذ لا فرق عدم بين هذه الأوصاف ولم يحملوها مؤدية لترتيب آثارها عليها
لعدم استيفائها للشروط الشرعية

أما المذهب الحنفى فإنه ينظر إلى الخلل الذى أصاب العقد فإن وجده قد
أصاب الأركان والشروط الأساسية حكم بالبطلان أى بعدم وجود العقد
وعدم صلاحيته لترتيب الآثار الشرعية عليه مطلقاً وإن وجد الخلل قد أصاب
الشروط المكاملة حكم بفساد العقد أى بوجوده وجوداً ناقصاً أما وجوده
فلأنه قد سلم من الخلل الجوهرى فى أركانه وشروطه الأساسية وأما نقصانه
فلعدم تحقق شروطه المتممة لصحته .

وعلى هذا حكموا على عقد المجنون وعقد الصبي غير المميز وبيع الميتة ،
والزواج بمن تحرم حرمة قطعية بالبطلان لأن الخلل خلال جوهرى قد أصاب
العقد في أركانه أو محله أما البيع بثمن مؤجل إلى أجل غير معلوم والزواج
من غير شهود ، فقد حكموا عليهما بالفساد دون البطلان لسلامة
أركان العقد ، وعمله من الخلل واقتصار الخلل على الشروط المتممة
لصحته وكأله .

ولم يرتب الأحناف على العقد الباطل ولا على العقد الفاسد أى أثر من
الآثار الشرعية التى ترتب على العقد الصحيح لعدم استيفاء الشروط الشرعية
اللازمة لصحة العقد والى تجعله صالحا لترتب هذه الآثار ولذلك طالبوا
المتعاقدين بعدم تنفيذ كل من المتعاقدين : باطلا كان أو فاسدا .

وكان الأثر المترتب على هذا التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد عندهم
هو ترتيب بعض الآثار على العقد الفاسد إذا خالف المتعاقدان حكم الشارع
وهو هذا العقد مع فساده وحال دون فساده حائل .

ولذلك حكموا فى البيع الفاسد بتملك المشتري للبيع بقيمته يوم قبضه إذا
لم يكن فسخ عقد البيع . ورد المبيع إلى البائع كما إذا هلك المبيع أو استهلكه
المشتري بعد قبضه كما حكموا فى الزواج الفاسد بحروب المهر وثبوت النسب
إذا دخل الرجل بالمرأة بعد هذا الزواج الفاسد لأن ما تم من دخول قد وقع
ولا سبيل إلى رفعه فقد حصل وانقضى والدخول بالمرأة إما أن يكون
حلالا موجبا للمهر وإما أن يكون حراما موجبا للحسد الشرعى والعقد
الفاسد شهية تمنع من الحسد الشرعى فيتمين وجوب المهر ويثبت النسب
بهذا الدخول .

ثم يفرق بين الرجل والمرأة فى المستقبل ويحال بينهما وبين الاستمرار

في العقد الفاسد وتجب العدة على المرأة بعد المفارقة ليعرف ما إذا كان هناك حمل من هذا الزواج الفاسد أم لم يكن .

(٢) أقسام العقد الصحيح :

وينقسم العقد الصحيح إلى موقوف ونافذ

فالعقد النافذ هو العقد الذي تترتب عليه آثاره فعلا فإذا كان العقد بين مالك المشتري للبيع وملك البائع للثمن وإذا كان زواجا أفاد حمل العشرة الزوجية بين الرجل والمرأة .

ومثال العقد النافذ : عقد البيع الذي يصدره البالغ العاقل الرشيد في ماله مع بائع عاقل رشيد مثله وعقد زواج البائع العاقل بالمبايعة العاقلة .

والعقد الموقوف هو العقد الذي لم تترتب عليه آثاره فعلا وإنما يتوقف ترتيب آثاره على إجازة من له حق مباشرته فإن أجاز صار نافذا وترتب عليه آثاره فعلا وإن رده بطل .

ومثال العقد الموقوف عقد الفضولي فإنه يكون صحيحا أي صالحا لترتيب الآثار عليه ولكن لا يكون نافذا أي لا تترتب عليه الآثار فعلا وإنما يكون موقوفا على إجازة صاحب الشأن إن أجازة نفذ وإلا بطل .

أقسام العقد النافذ :

وينقسم العقد النافذ إلى لازم وغير لازم .

والعقد اللازم هو العقد الذي لا يستقل أحد طرفيه بنفسه كالببيع والزواج والعقد غير اللازم هو العقد الذي يستقل أحد طرفيه بنفسه كالوكالة والوديعة .

والعقد غير اللازم قد يكون غير لازم بطبيعته بالنسبة لطرفيه كالشركة والوكالة والوديعة فإن كلا منها غير لازم بالنسبة لطرفي العقد وملك كل واحد منهما فسخه بدون رضا الطرف الآخر .

وقد يكون غير لازم بالنسبة لأحد الطرفين فقط ، لازما بالنسبة إلى الطرف الآخر كعقد الرهن فإنه غير لازم بالنسبة إلى المرتهن الدائن ، فله وحده أن يفسخه لأن العقد قد تم لمصلحته ضمانا لاستيفاء الدين ، وله أن يتنازل عن هذا الضمان ولكنه لا يكون لازما بالنسبة إلى المدين الزاهن فلا يملك وحده فسخ الرهن لتعلق حق الدائن المرتهن به .

أقسام العقد بالنسبة لآثاره وأغراضه .

وتنقسم العقود بالنسبة لآثارها والأغراض التي تقصد منها إلى سبعة أقسام .
١ - عقود التملك وهي التي يقصد بها التملك سواء أكان التملك للمعين كالبيع أو كان التملك للنفعة كالإجارة وسواء أكان التملك بمعرض كالبيع أو بغيره كالهبة

وعلى هذا كانت عقود التملك نوعين :

(أ) عقود معاوضة كالبيع والإجارة والقسمة

(ب) عقود تبرع كالهبة والوصية والإعارة

٢ - عقود الإسقاط وهي التي يقصد بها إسقاط حق من الحقوق سواء أكان الإسقاط مقابل بدل أو كان الإسقاط من غير بدل يقابله ، فن الأول الطلاق على مال تدفمه الزوجة ، والعفو عن القصاص في مقابل مال ، والإعتاق على مال يدفعه العتيق ومن الثاني الطلاق المجرد عن المال ، والعفو عن القصاص من غير بدل ، والإعتاق من غير مقابل ، وإبراء الدائن للمدين .

٣ - عقود المشاركة وهي التي يقصد بها الاشتراك في ثمن المال أو ربحه كعقود الشركة والمزارعة والمساقاة والمضاربة .

٤ - عقود التأمينات والتوثيق وهي التي يقصد بها ضمان وفاء الدين لصاحبه كعقد الرهن وعقد الكفالة

٥ — عقود الإطلاقات ، وهي التي تطلق فيها اليد في التصرف بعد أن كان ممنوعاً ، كمقد الوكالة وعقد الإيصال .

٦ — عقود التقييدات ، وهي التي تقيّد فيها اليد وتمنع من التصرف بعد أن كانت تملكه ، كمزل الوكيل وعزل الموصى .

٧ — عقود الحفظ وهي العقود التي يقصد بها حفظ الأموال . كمقد الوديعة .

الخيارات في العقود

ثبتت في بعض العقود أنواع من الخيارات أهمها خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب وخيار التمييز .

خيار الشرط

وهذا الخيار – كما يتبين من اسمه – لا يثبت إلا باشتراط في العقد وهو أن يكون لأحد العاقدين أو لكليهما أو لغيرهما الحق في إتمام العقد أو فسخه بناء على اشتراط ذلك في العقد .

فإذا قال شخص لآخر : بعتك هذه الدار بألف جنيه على أن يكون لي الخيار مدة ثلاثة أيام فقبل المشتري ذلك ثبت الخيار للبائع .
وإذا قال شخص لآخر : بعتك هذه الدار بألف جنيه على أن يكون لكل منا الخيار مدة ثلاثة أيام قبل المشتري ذلك ثبت الخيار للبائع والمشتري .

وإذا قال البائع للمشتري : بعت لك هذه الدار بألف على أن يكون لآخرى الخيار مدة ثلاثة أيام وقبل المشتري ذلك ثبت الخيار لآخر البائع بناء على اشتراطه في العقد : كما ثبت الخيار للبائع ، وإن لم يصرح باشتراطه لنفسه إذ لا يملك الإنسان لغيره إلا ما يملكه فكان اشتراطه للغير اشتراطاً لنفسه أيضاً

وخيار الشرط قد ورد النص بإباحته وأن كان مخالفاً لمقتضى العقد فإن

البيع من العقود اللازمة ، التي لا يملك فيها أحد الطرفين الفسخ بإرادته وحده ومع ذلك جاز اشتراط الخيار فيه ، تحقيقاً لمصالح الناس ، فقد يحتاج البائع أو المشتري أو كلاهما إلى اشتراط الخيار لنفسه أو لغيره ، حتى يطمئن إلى نفع العقد له ، ويعطى لنفسه مهلة للتروي وسؤال أهل الخبرة والمعرفة .

وقد ورد في ذلك أن حبان بن منقذ كان يقين في البيع والشراء ، فرجع الأمر إلى رسول الله ﷺ — حتى يحجر عليه ، فلم يحجر عليه وقال له . « إذا بايعت فقل لاخلافة ، ولى الخيار ثلاثة أيام ، » .

مدة خيار الشرط :

يرى أبو حنيفة أن مدة خيار الشرط لا تزيد عن ثلاثة أيام ، لأن الاصل عدم اشتراطه ، لمخالفته ، لمقتضى العقد ، فيقتصر فيه على ما جاء في الحديث النبوي وهو ثلاثة أيام .

وذهب أحمد بن حنبل وأبو يوسف ومحمد صاحباً أبي حنيفة ، إلى أن مدة الخيار لا تنقيد بمدة الأيام الثلاثة والتي جاءت في الحديث النبوي ، فإن التروى وسؤال أهل الخبرة قد يحتاج إلى مدة أطول ، وتعيين الأيام الثلاثة بالنسبة لحبان بن منقذ ، إنما كان لعدم حاجته إلى أكثر منها .

فإذا اشترط المتعاقدان مدة تزيد على ثلاثة أيام ، صح العقد وصح الشرط عند الإمام أحمد وصاحبي أبي حنيفة ، وفسد العقد عند أبي حنيفة ، لاشتماله على شرط فاسد ، ولكن إذا اختار من شرط له الخيار قبل مضي الأيام الثلاثة وأمضى العقد ، صح العقد لارتفاع ما أفسده ، وهو زيادة المدة عن ثلاثة أيام .

العقود التي تقبله والتي لا تقبله :

عرفنا أن العقود تنقسم إلى عقود لازمة ، وعقود غير لازمة .

وإذا كان البائع هو الذى اشترط لنفسه فقط ، ولم يشترطه المشتري ، لم يترتب عن البيع أثره بالنسبة للبائع ويبقى للمبيع فى ملكه ، بينما يترتب الأثر بالنسبة للمشتري الذى لم يشترط الخيار ويخرج الثمن من ملكه .

فإذا انعكس الأمر ، وكان للمشتري هو الذى اشترط الخيار لنفسه دون البائع لم يترتب الأثر بالنسبة للمشتري ويبقى الثمن فى ملكه بينما يترتب الأثر بالنسبة للبائع الذى لم يشترط الخيار ويخرج المبيع من ملكه .

هذا أمر اتفق عليه فقهاء المذهب الحنفي ، تطبيقاً لما يترتب على اشتراط الخيار لأحد العاقدين دون الآخر .

ولكنهم اختلفوا بعد ذلك فذهب أبو حنيفة إلى أن ملكية المبيع الذى خرج من ملك البائع الذى اشترط الخيار لا تنتقل إلى المشتري الذى اشترط الخيار . بل تبقى موقوفة على ما يراه المشتري فان أمضى العقد انتقلت الملكية إليه وإن فسخه عادت الملكية إلى البائع .

وكذلك الحكم بالنسبة للملكية الثمن الذى يخرج من ملك المشتري الذى لم يشترط الخيار لا تنتقل إلى البائع الذى اشترط الخيار ، بل تبقى موقوفة على ما يراه البائع فان أمضى العقد انتقلت إليه ملكية الثمن وإن فسخه عادت الملكية إلى المشتري .

ذلك أن أثر البيع هو تعادل الملكية بين البائع والمشتري بحيث يخرج المبيع من ملك البائع إلى ملك المشتري فى مقابل خروج الثمن من ملك المشتري إلى البائع فإذا حال دون ذلك التبادل اشتراط الخيار لأحدهما دون الآخر يخرج المبيع من ملك البائع الذى لم يشترط الخيار أو خرج الثمن من ملك المشتري الذى لم يشترط الخيار لم يملك المشتري المبيع فى الصورة الأولى ولم يملك البائع الثمن فى الصورة الثانية حتى لا يودى انتقال ملكية المبيع

إلى المشتري في الصورة الأولى ، وإنتقال ملكية الثمن إلى البائع في الصورة الثانية ، إلى أن يجمع المشتري في الصورة الأولى ، ويجمع البائع في الصورة الثانية بين ملكية البديلين : المبيع والثمن في وقت واحد ، وهو أمر غير مقبول .

وذهب الصحابان: أبو يوسف ومحمد إلى انتقال ملكية المبيع إلى المشتري في الصورة الأولى ، وملكية الثمن إلى البائع في الصورة الثانية ، لأن لزوم العقد بالنسبة إلى البائع في الصورة الأولى ولزومه بالنسبة إلى المشتري في الصورة الثانية ، ترتب عليه خروج المبيع من ملكية البائع ، وفي الصورة الأولى ؛ وخروج الثمن من ملكية المشتري في الصورة الثانية ، وإذا خرج المبيع من ملكية البائع ، لزم أن يتملكه المشتري ؛ وإذا خرج الثمن من ملكية المشتري لزم أن يتملكه البائع ، وإلا كان هذا المبيع وهذا الثمن من غير مالك مدة الخيار ، وهو أمر غير مقبول .

والراجح هو رأى أبي حنيفة ، لما يؤدي إليه قول الصالحين من اجتماع ملكية المبيع والثمن لأحد الطرفين في وقت واحد ؛ وهذا ما لا سبيل إليه . وليس بصحيح ما يقول الصحابان من أن رأى أبي حنيفة يؤدي إلى أن يكون المبيع أو الثمن من غير مالك مدة الخيار ، لأن لكل منهما مالكا على سبيل القطع ؛ وهو البائع أو المشتري . ويتبين المالك بما ينتهي إليه الأمر في خيار للشرط .

انتهاء الخيار :

ينتهي خيار الشرط بالأمور الآتية :

أولا : إجازة العقد أو فسخه مدة الخيار .

ثانياً : موت صاحب الخيار في المذهب الحنفي والحنبل . فإذا مات صاحب الخيار لزم العقد . ولم يكن لورثته حق في هذا الخيار خلافاً عنه . لأن هذا

الخيار في المذهبين كان حقاً شخصياً يرجع الى إرادة المورث ومشيئته . والحقوق الشخصية لا تورث . وخالف في ذلك الشافعية والمالكية ، ذهبوا الى أن خيار الشرط حق مالي . لانه متملق بالاموال . والحقوق المالية تورث . وعلى هذا لا ينتهى خيار الشرط بموت صاحبه . وانما ينتقل الى وراثته وهذا هو الراجح .

ثالثاً — هلاك محل العقد - أو حدوث عيب فيه بأى سبب فيه من الاسباب - في يد الممتلك صاحب الخيار . لا الفسخ الذى يترتب على خيار الشرط يقتضى اعادة محل العقد الى صاحبه سليماً كما كان . وقد حال دون ذلك هلاكه أو تعييبه .

رابعاً — زيادة محل العقد زيادة متصلة بعد قبضه . سواء أ كانت الزيادة متولدة منه كسمن الحيوان . أو كانت غير متولدة فيه كالبناء على الارض . وزيادته زيادة منفصلة متولدة منه . كولد الحيوان .

أما إذا كانت الزيادة منفصلة وغير متولدة كأجرة العقار . فانها لا تمنع

خامساً — انقضاء مدة الخيار من غير اختيار .

خيار الرؤية

خيار الرؤية هو أن يكون للعقد الحق في فسخ العقد أو إقضائه عند رؤية محل العقد الذي لم يكن قد رآه وقت التعاقد ولا قبله وقت لا يتغير فيه عادة

والمراد بالرؤية العلم بمحل العقد . وقد يتحقق ذلك بالرؤية البصرية . أو بالشم كالروائح العطرية . وبالذوق كالأطعمة . أو باللمس كالأقشة .

فليس المراد بالرؤية الإبصار فقط وإذا ثبت هذا الخيار الأعمى استعمل هذا الحق بنفسه في الأمور التي تحتاج إلى إبصار . فان كل محل العقد لا يعلم إلا بالرؤية البصرية التي يعجز عنها تحقق علمه به بوصفه له .

من يثبت له :

يثبت هذا الخيار للمتملك وهو المشتري باتفاق الفقهاء . لقوله عليه الصلاة والسلام — د من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه . ولما روى من أن عثمان بن عفان باع لطلحة بن عبد الله أرضاً بالبصرة لم يرها كل منهما . ولما قيل لكل منهما : إنك غبنت . قال : بلى الخيار ثم حكى جبير بن مطعم . فحكى بالخيار لطلحة . وكان ذلك بحضور من الصحابة . فكان إجماعاً منهم على ثبوته للمشتري .

أما المملك وهو البائع فقد ذهب بعض الفقهاء إلى ثبوته له . قياساً على المشتري . وذهب بعضهم إلى عدم ثبوته له . لأن الحديث والآثر لم يثبتا الخيار إلا للمشتري . ولا يصح قياس البائع عليه . لأن خيار الرؤية قد ثبت على خلاف الأصل في العقود . فلا يتوسع في ثبوته . ولأنه ينذر أن يبيع

الإنسان شيئاً من غير أن يراه . لأن الأصل في المبيع أن يكون تحت يد البائع . وإذا باع الإنسان ماله قبل أن يراه كان مقصراً . بخلاف المشتري . فإن الأصل فيما يشتريه ألا يكون تحت يده . ولا علم له بحالته ، ولذلك تكثر حوادث شراء الإنسان لما لم يره . وكانت للمشتري حاجة إلى خيار الرؤية دون البائع .

العقود التي تقبله :

يثبت خيار الرؤية بحكم الشارع في العقود الأربعة الآتية . دون حاجة إلى اشتراطه .

١ - عقد البيع إذا كان محله مالا معيناً بذاته .

٢ - عقد الإجارة إذا كان محلها شيئاً معيناً بذاته أيضاً .

٣ - عقد القسمة في الأموال القيمية .

٤ - عقد الصلح إذا كان بدل الصلح مالا معيناً بذاته .

أثر خيار الرؤية :

ويتربط على ثبوت خيار الرؤية أمران :

أولهما : أن يكون لصاحبه الحق في امضاء العقد أو فسخه عند وثيقه محل العقد . فإذا أمضى العقد عند ذلك لزم ، وإذا فسخه انفسخ . دون حاجة إلى قضاء من القاضي .

وإذا تنازل من ثبت له الخيار عن حقه في خيار الرؤية قبل رؤية محل العقد لم يعتبر تنازله ؛ لأنه يتنازل عن حق لا يثبت له إلا عند الرؤية ، فكان إسقاط الحق لم يوجب له ، وإسقاط الحقوق قبل وجودها لا اعتبار له .

وإذا أمضى العقد قبل الرؤية ، لم يعتبر إمضاؤه ، لأن الشارع قد أثبت له هذا الخيار ، ولا يملك تغيير حكم الشرع .

فإنها : عدم لزوم العقد بالنسبة لمن ثبت له الخيار .

مسقطاته :

يسقط هذا الخيار بواحد مما يأتي .

- ١ — بكل ما يدل على الرضا بالعقد بعد الرؤية .
- ٢ — هلاك المبيع أو تعيينه بعيب يمنع من الرد .
- ٣ — زيادة المقرود عليه زيادة تمنع من الرد .
- ٤ — موت صاحب الخيار ، فإذا مات سقط حقه في الخيار ولزم العقد . ولم ينتقل إلى وراثته ، فإن هذا الخيار حق شخصي ، والحقوقي الشخصية لاورث .

خيار العيب

هو أن يسكن للتملك الحق في إمضاء العقد أو فسخه إذا وجد في عمل المتد عيباً لم يطلع عليه عند العقد .

ذلك أن السلامة من العيوب أمر يقتضيه العقد . فإذا وجد الممتلك عيباً لم يطلع عليه ولم يبيته المملك عند العقد ، كان بالخيار إن شاء أمضى العقد ؛ وتقاضى مما فيه من عيب وإن شاء رده لما فيه من عيب .

والرسول ﷺ — يقول : لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً وفيه عيب إلا بينه له ، وبمير رجل يبيع حبوباً ، فيدخل يده فيها فيجدها مبلولة فيقول : د من غشنا فليس منا .

وقد اشترى رجل من آخر عدداً ، فوجد به عيباً لم يطلع عليه ، ولم يبيته البائع ناراد رده عن ، ثم ، فان ورفعا الأمر إلى الرسول ﷺ طيبة الصلاة والسلام — ففضى رد المبد على بائعه ولما قال البائع إن المشتري قد استغل

العيب مدة ، قال له الرسول : « الحراج بالضمان ، أى أن انتفاعه بهذا العيب
فى هذه المدة كان مقابل مسئوليته عنه وانفاقه عليه .

شروط ثبوته :

ويشترط لثبوت خيار العيب ستة شروط هى :

١ - أن يكون العيب موجودا قبل أن يتسلمه الممتلك ، سواء أكان
موجودا قبل العقد أم حدث بعد العقد وقبل القبض ، أما إذا حدث العيب
بعد القبض فلا خيار ، لأن مقتضى العقد سلامة محله ، وقد تحقق ذلك
بتسلمه سلميا .

٢ - ألا يعلم به الممتلك حين العقد ، لأن علمه به وشراؤه بعد ذلك يدل
على الرضا بالعيب .

٣ - ألا يرضى الممتلك بعد العلم به ، لأن لإثبات الخيار كان لعدم الرضا به
وبالرضا يسقط الخيار .

٤ - ألا يزول العيب قبلى الفسخ ، لأن الخيار يثبت بناء على وجود
العيب وقد زال .

٥ - ألا يشترط المملك البراءة من العيب ، أى عدم مسئوليته عما يكون
فى محل العقد من عيب ، بأن يقول مثلا : بعتك هذه السيارة ، ولست
مسئولا عما فيها من عيب ، أو ليس لك حق الرد بخيار العيب ، ويقبل
المشترى ذلك .

٦ - أو يكون العيب سببا فى نقص ثمن المعيب عند التجار ولو كان
العيب هيبا يسيرا فى مذهب الحنفية .

أما الختابة فقد جعلوا العرف حكما فى ذلك ، فأثبتوا الخيار بما يعده

العرف عيباً في محل العقد ، وإن لم تنقص قيمته لهذا العيب ، أما ما لا يعبده
العرف عيباً فلا يثبت الخيار به .
العقود التي يثبت فيها :

يثبت خيار العيب في المعاوضة التي يسكون فيها للعقود عليه شيئاً معيناً
بذاته ، وهو في ذلك كخيار الرؤية وعلى ذلك يثبت في عقد البيع
وعقد الإجارة ، وعقد القسمة في الأموال القيمة ، وعقد الصلح بالشروط
السابقة .

أثره :

يقترن على خيار العيب عدم لزوم العقد بالنسبة لصاحبه ، ويمكن له
الحق في إفضائه أو فسخه .

فاذا مات من له الخيار ، يثبت الحق لورثته باتفاق الفقهاء (١)

(١) انظر محضر القعد لاسنادنا المعادل ذكرها البري من ٣٠٢ - ٣٢٤

نظريّة العقوبة
في الفقه الإسلامي

العقوبة في القنن الاسلامى

تعريف العقوبة في الشريعة الإسلامية

يعرف الفقهاء بأنها جزاء عن عمل يرتكبه الإنسان يخالف به الشرع (١)
ويعرفونها تارة بعبارة: أنها الجزاء المقرر لمصلحة الجماعة على عصيان أمر
الشارع أو نهيهِ (٢)
العقوبة والعقاب؛

وقد فرق بعض الفقهاء بين العقوبة والعقاب فقالوا إن كلمة عقاب تختص
بالعذاب الآخروي وأنها جاءت في القرآن الكريم بهذا المعنى فقال تعالى
«وما أتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا واتقوا الله إن الله شديد
العقاب» (٣) . «ومن يشاق الله فإنه الله شديد العقاب» (٤)
وعندى أنه لا وجه للفرقة بين كلمتي العقوبة والعقاب لأنهما بمعنى واحد
وهو المؤاخذه بالذنب وهذا يستوى في الدنيا والآخرة .
أنواع العقوبة في الشريعة الإسلامية (٥)

ومن تعريفنا السابق للعقوبة نستطيع أن نقول إن العقوبات في الشريعة
الإسلامية نوعان :

-
- (١) حاشية الطماوى على الدر المختار ج ٢ ص ٣٨٨
 - (٢) للتشريع الجنائى للاستاذ عبد القادر عودة ج ١ ص ٦٠٩
 - (٣) سورة الحشر: آية ٧
 - (٤) سورة الحشر آية ٤
- راجع بحثنا لنا في العقوبة المالية في الشريعة الإسلامية ص ٢

النوع الأول : عقوبات تولى أمر تقريرها الشارع كعقوبات الحدود والقصاص .

النوع الثاني : عقوبات ترك أمر تقديرها إلى الولاية أو القضاة عند الجرائم متى تستحق العقاب وفقاً للقواعد العامة في التشريعات الإسلامية وهي ما تعرف بجرائم التعزير .

وتظهر أهمية هذا التقسيم في أنه لا يجوز لولى الأمر أن يتدخل في القسم الأول، بمعنى أنه لا يجوز له أن ينقص من الحد المعين للمعقوبة - كإزالة جلدة مثلاً بالنسبة للزاني غير المحصن (١) - أو يزيد عن هذا القدر فهو ملزم والحالفة هذه بتطبيق ما جاءت به نصوص الشريعة في هذا الصدد.

بيان معنى الحد

والحد في لسان الشرع هو العقوبة المتعددة حتماً لله تعالى فلا يسمى النصاص حداً لأنه حق الحد ولا التعزير حداً لأنه غير مقدر من قبل الشارع وإن كان مقدرًا من قبل ولى الأمر :

الفرق بين الحد والتعزير :

والفرق بين الحد والتعزير أن الحد عقوبة مقدره منصوص عليها من الشارع حقاً لله تعالى .

أما التعزير فهو عقوبة غير مقدره من الشارع بل هي مشروكة لتقدير الخليفة أو من ينوبه عنه من القضاة حقاً لله تعالى أو حقاً للعبد والتعزير يكون بالقول وبالفعل كالجلس والضرب وبالمال والتعزير يكون على المعاصي التي لم

(١) غير المتزوج أما المتزوج فحدّه الرجم

يرد فيها حد والتعزير إنما هو للحاكم أو من ينوبه عنه بعد حصول الجريمة (١).

الفرق بين الحد والقصاص :

والفرق بينهما أن الحد حق لله تعالى فلا يجوز الإغفاء عنه ببديل أو بغيره .
بديل أو التنازل عنه .

وأما القصاص في النفس وما دون النفس - كالأطراف مثلاً - فهو عند جمهور العلماء ليس بحد لأنه من حقوق العبد فمن ثم جاز لولي الدم يعني ولي المقتول أن يتنازل عن القصاص إلى أخذ الدية أو إلى العفو المطلق وبعض العلماء يعتبرون القصاص حداً وهو لا يشترطون في الحد إلا كونه عقوبة مقدرة من الشارع سواء أكانت الجناية تتعلق بحق الله تعالى أم تتعلق بحق العباد .

لماذا نص الشارع على عقوبة بعض الجرائم ولم يترك أمرها لولي الأمر كالحدود؟ وللجواب على هذا التساؤل نقول إن الشارع الإسلامي جاء لإيجاد مجتمع فاضل يمنع الاعتداء في كل مظاهره وينشر الفضيلة ويأخذ بيد الناس إليها فكان لا بد من وضع زواجر مانعة دون هذه الفضائل حتى لا تنتهك حرمانها فجاء إلى الأمور التي يمد من الضرورات الاجتماعية أن يحمي المجتمع منها لأن فيها خرابه ودماره ولأن فيها انتهاكاً للحرمان وأي أمة فاضلة تلك التي يشيع فيها الزنى وتضيع فيها الأنساب ولا يأمن الرجل فيها على عرضه ولا على عرض ذريته فلا بد أن تكون محاربة تلك الرذيلة بسلطان الله الذي هو فوق كل سلطان وبأحكامه الرادعة المانعة ولا يمكن أن تتحقق فضيلة

(١) مجمع الأنهر شرح ملاتي الأبحر ١ / ٦١٧ .

اجتماعية إذا تهدمت الأسرة ولا يقضى على الأسرة إلا شيوع الزنى وشيوع الاتهام به فلا بد من حماية المجتمع من الرذيلتين ولذلك كان القذف لحماية الأسرة ولحماية النسل. وكذلك السرقة تجعل الناس في فزع مستمر ومن حق الدولة أن تهمي أموال الناس فكان لا بد من عقوبة رادعة وهي وإن كانت قاسية على المجرم فإن فيها رحمة بالناس وإلقاء روح الأمن والاطمئنان على أموالهم وديارهم .

أ. القصاص فقد أولاه الشارع عناية بتقديره لأن القتل وقطع الأطراف كان يسير بين الناس على قانون النار وعدم تكافؤ الدماء فالأشرف الذنب يجري فيهم دم أزرق لا يكافئه دم الضعفاء والأمراء الذنب يجري في عروقهم دم لا يجري في دم السوق فإذا كان المقتول كبير قوم أو زعيم قبيلة لا يقتل رأس رأس بل لا تكسفي رءوس براس وإن كان المقتول ضعيفاً ظل دمه ولم يوجد من يطالب به وإن طالب لا يقوى على الانتصار له .

جاء الإسلام يقر أن الأساس هو القصاص أى المساواة بين الجريمة والعقاب وأنه لا عقاب إلا تحت سلطان ولى الأمر وأنه لا فرق بين قوى وضعيف ولا أمير وسوقة فالنفس بالنفس ان هلكت والإسراف في الانتقام ليس من أدب الإسلام إنما المؤمنون اخوة متساوون في الحقوق والواجبات وكما قال صلى الله عليه وسلم : « المسلمون تتكافأ دماؤهم فكان القصاص عقوبة رادعة للجنة شافية لقلب المحنن عليه مذهباً لحقده وليس فيها إسراف في الانتقام بل فيها عدالة وحماية وخير ولذلك قال تعالى : ولستم في القصاص حياة يا أولى الألباب .

من أجل هذه المعاني كانت تلك العقوبات مقدرة بمحدود هي الأساس لقيام دولة فاضلة (١) .

(١) انظر ص ١٥ من كتاب الجريمة والعقوبة للرحوم الفاضل الشيخ

محمد أبو زهرة .

أما الشريعة، فهي ما شرعه الله سبحانه وتعالى لعباده من التكاليف والأحكام والآداب على لسان خاتم أنبيائه ورسوله ﷺ .

وهذه الشريعة منها ما يتعلق بالعقائد وهي تشمل جانباً كبيراً مهماً من القرآن والسنة والعلم الذي يبحث فيها هو علم التوحيد أو الكلام .

ومنها ما يتعلق بالأخلاق والآداب وهي كذلك تشمل جانباً كبيراً من القرآن والسنة والعلم الذي يبحث فيه علم الأخلاق .

ومنها ما يتعلق بأفعال المكلفين وتصرفاتهم وهو يشمل جانباً كبيراً من القرآن والسنة والعلم الذي يبحث فيه علم الفقه .

وهذا المعنى هو الذي يتبادر إلى الذهن عند إطلاق الشريعة الإسلامية .

حكمة تشريع العقوبات (في الشريعة الإسلامية) :

إن العقوبات في الشريعة الإسلامية تهدف أولاً في جملتها إلى حماية للمصلحة العامة والمحافظة على الضرورات الخمس (١) .

ذلك بأن الشريعة الإسلامية جاءت للمحافظة على أمور خمسة : وعلى المحافظة على النفس وعلى الدين وعلى العقل وعلى النسل وعلى المال .

وذلك لأن الدنيا التي يعيش فيها الإنسان تقوم على هذه الأمور الخمسة . ولا تتوافر الحياة الإنسانية الرفيعة إلا بها وتمكريم الإنسان هو في المحافظة عليها .

١ - فالدين لا بد منه للإنسان الذي يسمو في معانيه المشخصة عن درك الحيوانية إذ التدين خاصة من خواص الإنسان ولا بد أن يسلم له دينه من كل اعتداء . وقد حمى الإسلام بأحكامه خربة التدين فقال تعالى : ولا إكراه

(١) المستصفي للقرآني ج ١ ص ٢٨٧ .

في الدين قد تهبين الرشد من الغي ، ونهى عن أن يفتن الناس في دينهم واعتبر الفتنة التي تنزل بالموءمن في دينه أشد من القتل ولذا قال سبحانه : والفتنة أشد من القتل .

وإن من أجل المحافظة على الدين وحمايته ونحسين النفس بالمعاني الدينية شرعت العبادات كلها .

والمحافظة على النفس هي المحافظة على حق الحياة الكريمة والمحافظة على النفس تقتضى حمايتها من الاعتداء عليها بالقتل أو قطع الأطراف أو الجروح الجسيمة كما أنه من المحافظة على النفس المحافظة على الكرامة الإنسانية بمنع السب والقذف وغير ذلك من كل أمر يمس كرامة الإنسان ومن المحافظة على النفس منع كل ما يحد من نشاط الإنسان من غير مبرر ولذلك سمى حرية الفكر والرأى والإقامة وغير ذلك بما تمد الحريات فيه من مقومات الحياة الإنسانية .

والمحافظة على العقل حفظه من أن تناله آفة تجعل صاحبها عبثاً على المجتمع ومصدر شر وأذى للناس وهي تنجبه إلى أنواع ثلاثة :

١ - أن يكون كل عضو من أعضاء المجتمع الإسلامى سليماً يمد المجتمع بعناصر الخير والنفعة فإن عقل كل عضو من أعضاء المجتمع ليس حفاً خالصاً له بل للمجتمع حق فيه باعتبار أن كل شخص لبنة من بنائه إذ يتولى بعمله سداد خلل فيه ، حق المجتمع أن يلاحظ سلامته .

٢ - أن من يمرض عقله للآفات يسكون عبثاً على الجماعة وإذا كان عبثاً عليها عند آفته فعليه أن يخضع الأحكام الإسلامية الرادعة التي تمنعه من أن يمرض عقله للآفات .

٣ - أن من يصاب عقله بآفة من الآفات يكون فراً على المجتمع يناله

بالأذى والاعتداء فيمكن من حق الشارع أن يحافظ على العقل بالمعقاب الرادع على تناول ما يفسده ليكون ذلك وقاية من الشرور والآثام، والشرائع تعمل على الوقاية كما تعمل على العلاج ولذلك عاقبت الشريعة الإسلامية من يشرب الخمر أو يتناول أى مخدر يصيب العقل .

والمحافظة على النسل هي المحافظة على النوع الإنساني وتنشئه أجياله على المحبة والعطف ليأتى الناس وذلك بأن يترن كل ولد بين أبويه وقد اقتضى ذلك تنظيم الزواج واقتضى منع الاعتداء على الحياة الزوجية كما اقتضى منع الاعتداء على الأعراض سواء أكان بفعل القاحشة أم كان بالقذف ، ومن أجل المحافظة على النسل كانت عقوبة الزنى وعقوبة القذف وغير ذلك من العقوبات التعزيرية التي وضعت لحماية النسل .

والمحافظة على المال تكون بمنع الاعتداء عليه بالسرقة أو النصب أو الرشوة أو الربا وغير ذلك من الآفات التي تتعلق بالمال كما تكون المحافظة على المال بتنظيم التعامل بين الناس على أساس من العدل والتراضي وبالعمل على تنمية ووضعها في الأيدي التي تصونه وتحفظه وآقوم على رعايته فالمال في أيدي الأحاد قوة الأمة كلها فوجب المحافظة عليه بتوزيعه ، بالقسطاس وبالمحافظة على إنتاج المنتجين وتنمية الموارد العامة ومنع أن يؤكل بين الناس بالباطل .

وعلى ذلك يدخل في المحافظة على المال كل ما نمرح للتعامل بين الناس من بيع وإجازات وما إلى ذلك .

وإن هذه الأمور الخمسة هي التي نزلت من أجل المحافظة عليها الشرائع السماوية كلها وتحاول الشرائع الوضعية تحقيقها .

والجريمة بلا شك هي اعتداء على واحد من الأمور فالزنى اعتداء على النسل والسرقة اعتداء على المال وشرب الخمر اعتداء على العقل والردة اعتداء على الدين وهكذا .

وإذا كانت الجرائم على هذا هي اعتناء على تلك المصالح التي جاءت
الشريعة لحمايتها فلا بد من عقاب رادع يمنع الآثم من أن يستمر في إثمه وبغية .

ومن ذلك كله نقول إن الغرض من العقاب في الشريعة هو دفع المضرة
وجلب المصلحة فما من أمر جاء به القرآن أو السنة في موضع نهى إلا كان لدفع
الضرر الناشئ من الفعل المنهى عنه أو موضع طاب إلا كان فيه جلب مصلحة
وعلى ذلك فالمعقوبات جاءت للمحافظة على المصالح المعتبرة في الإسلام .

ولذا قال الإمام الغزالي في هذه المصالح (١) أن جلب المنفعة ودفع المضرة
مقاصد الخلق وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم ومقصود الشرع من الخلق
خمسة : هو أن يحفظ عاينهم دينهم وأفسدهم وعقلهم وامنهم وما لهم فكل
ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة وكل ما يفوت هذه الأصول
فهو مفسدة ودفعها مصلحة وهذه الأصول حفظها واقع في مرتبة الضرر
فهي أقوى المراتب في المصالح .

وتحريم تفويت هذه الأمور الخمسة والزجر عنها يستحيل ألا تشمل عليه
ملة من الملل وشريعة من الشرائع التي أريد بها إصلاح الخلق ولذا لم تختلف
الشرائع في تحريم الكفر والقتل والزنى والسرقه وشرب الخمر وإن المحافظة
على هذه الأمور الخمسة ودفع الأضرار عنها بالعقوبة هو من الأمور البديهية
التي اتفقت عليها العقول المستقيمة وهي الأساس في الشرائع عامة سواء
أكانت دينية أم وضعية مما اتفق عليه البشر .
وخلاصة القول في هذا أن المعقوبات في الشريعة بنيت على المصلحة ولم

(١) المستصفي للغزالي ج ١ ص ٢٨٧ .

الجريمة والعقوبة وتاريخ المذاهب الإسلامية . للشيخ المرحوم الفاضل

محمد أبو زهرة ص ٨٦ وما بعدها .

تشرع بقدر الجرائم في حد ذاتها وإتمامها على ما يعلمه الله من المصالح فيها وعلى هذا أجرى الله أحكامه عليها .

ثانياً : أن هناك أغراضاً أخرى للعقوبة في الشريعة الإسلامية :

١ - أن تكون العقوبة من شأنها أن تمنع من ارتكاب الجريمة قبل وقوعها فإذا وقعت الجريمة كانت العقوبة بحيث تؤدب الجاني على جنايته وتزجر غيره عن التشبيه به وسلوك طريقه .

ويعبر بعض الفقهاء عن هذا المعنى بقولهم : إن العقوبات موانع قبل الفعل زواجر بعده أى العلم بشرعيتها يمنع الإقدام على الفعل وإيقاعها بعده يمنع العود إليه (١)

٢ - إن الهدف من العقوبة هو حاجة الجماعة ومصالحها فإذا كانت مصلحة الجماعة في التشديد شددت العقوبة وإذا كانت مصالحها في التخفيف خففت فلا يصح أن تزيد العقوبة أو تقل عن حاجة الجماعة (٢)

٣ - إذا كانت حماية الجماعة من شر المجرم تقتضى استئصاله من الجماعة أو حبس شره عنها وجب أن تكون العقوبة القتل للمجرم والحبس حتى يموت ما لم يتب أو ينصلح حاله .

٤ - أن كل عقوبة تؤدي إلى صلاح الأفراد وحماية الجماعة هي عقوبة مشروعة فلا ينبغي الاقتصار على عقوبات معينة دون غيرها ما لم يمنع منها الشارع .

٥ - أنه لا يقصد منها الانتقام من المجرم بل الغرض منها استصلاحه والعقوبات على اختلاف أنواعها تتفق كما يقول بعض الفقهاء في أنها «تأديب واستصلاح وزجر يختلف بحسب اختلاف الذنب ،

(١) بحث مقارن في فلسفة العقوبة لاساتذنا الدكتور وفكري عسكار ص .

١٦ وشرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٢ .

(٢) الأحكام السلطانية ص ٢٠٦

بل إن العقوبات إنما شرعت رحمة من الله تعالى بعباده فهي صادرة لرحمة الخالق وإرادة الإحسان إليهم ولهذا ينبغي لمن يعاقب الناس على ذلومهم أن يقصد بذلك الإحسان إليهم والرحمة بهم كما يقصد الوالد تأديب ولده وكما يقصد الطبيب معالجة مرضه وإذا كان هذا هو المقصود من التأديب فإنه يجب أن يختلف باختلاف الأشخاص فتأديب أهل المكنة أخف من تأديب أهل السفالة والسفاهة لقول النبي ﷺ «أقبلوا ذرى الهيثبات عثراتهم» ولأن التأديب المقصود منه الزجر عن الجريمة وأحوال الناس مختلفة فيه فمنهم من يزجر بالصيحة ومنهم من يحتاج إلى اللطمة وإلى الضرب ومنهم من يحتاج إلى الحبس (١).

هل العقوبة تسقط إثم الجرم أم أنها للزجر والردع فقط ؟

ويعبر الفقهاء على هذا المعنى بقولهم هل العقوبات جوارير أم زواجر - وللقهاء في ذلك ثلاثة أقوال :

القول الأول : وهو لجمهور الفقهاء وعلى رأسهم المالكية والشافعية والظاهرية : أن العقوبات كفارات لما أقيمت فيه من الذنوب ، أي عقاب الدنيا مسقط لعقاب الآخرة .

القول الثاني : وهو لبعض التابعين والحنفية والمعتزلة فقالوا ؛ إن العقوبات كفارات لما أقيمت فيه من الذنوب فمن يعاقب في الدنيا لا يعفيه ذلك من عقاب الآخرة .

القول الثالث : وهو لطائفة أخرى من الفقهاء فقالوا . بالتوقف وقالوا : لا يدرى أعباب الدنيا مسقط لعذاب الآخرة أم غير مسقط له . وإنما هو للردع والزجر .

(١) الأحكام السلطانية ص ٢٠٦ وشرح القدير ص ٢١٢ ج ٤ بحث مقارن

في فاهستة العقوبة د . فكري عكاز ص ١١

الأدلة

ولقد ساق كل أصحاب هذه المذاهب الثلاثة أدلة على مدعاهم تفصلها فيما يلي:

أدلة المذهب الأول: وقد احتج أصحاب هذا المذهب بما رواه عبادة بن الصامت أنه رضي الله عنه قال وحوله عصاة من أصحابه د بايعوني على ألا تشركوا بالله شيئاً ولا تسرقوا ولا تزنوا ولا تقتلوا أولادكم ولا تأتوا بهتان فتفرونه بين أيديكم وأرجلكم ولا تقصروا في معروف فمن وفى منكم فأجره على الله ومن أصاب من ذلك شيئاً فهو قاتل به في الدنيا فهو ككفارة له ومن أصاب من ذلك شيئاً ثم ستره الله فهو إلى الله إن شاء عفا عنه وإن شاء عاقبه فبايعاه على ذلك (١) فقالوا إن الرسول صلى الله عليه وسلم أخبر هنا في الحديث أن من وقع في شيء من تلك المعاصي التي نص على عقابها أو لم ينص على عقابها كجرائم التعزير فإن ذلك العقاب في الدنيا يكون كفارة لذنبه .

وهذا صريح في أن عذاب الدنيا مسقط لعذاب الآخرة مطلقاً تاب أو لم يتب لأن الحديث لم يوقف ذلك عن التوبة ..

ويؤكد هذا ما روى عن علي كرم الله وجهه من حديث المبايعه من أصاب ذنباً فهو قاتل به في الدنيا فانه أكرم أن يثنى العقوبة على عبده في الآخرة (٢) حجة المذهب الثاني: ويستدل أصحاب المذهب الثاني بما ورد في القرآن الكريم من الآيات القرآنية التي اشتملت على الوعيد بالعذاب الآخروي على ارتكاب المعاصي فيقول الله تعالى والذين لا يدعون مع الله إلهاً آخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله إلا بالحق ولا يزنون ومن يفعل ذلك يلق أثاماً يضاعف له العذاب

(١) سبيل السلام ج ٧ ص ٥٢

(٢) سبيل السلام

يوم القيامة ويخلد فيه مهاناً إلا من تاب وآمن وعمل صالحاً فأولئك يبدل الله
سيئاتهم حسنات وكان الله غفوراً رحيماً (١) .

وقوله تعالى « ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها وغضب
الله عليه ولعنه وأعد له عذاباً عظيماً » (٢)

ووجه الدلالة من هذه الآيات ظاهر فإن الله سبحانه وتعالى قد أوجب
في تلك المعاصي حدوداً مقدره في الدنيا ومع ذلك فقد أخبر بأن فاعلها سيماق
في الآخرة ما لم يتب توبة خالصة بل إن بعض الآيات يفيد بأنه معذب سواء
تاب أم لم يتب مثل قوله تعالى « ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم
خالداً فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذاباً عظيماً » .

فقد توعد الله سبحانه وتعالى القاتل المتعمد بالخلود في نار جهنم والغضب
واللعن والعذاب العظيم وهذا وعيد وارد على سبب وهو القتل العمد ، وعلى
ذلك تسكون الآية قد دلت على أن كل قاتل متعمد له الجزاء المذكور فلو
كان له توبة مقبولة لما توعد هذا الوعيد الوارد في الآية لكن توعد
إذن فلا توبة .

أدلة القول الثالث : أما أصحاب هذا المذهب فقد احتجوا على دعواهم بأن
الأدلة في هذا الباب متعارضة ولم يوجد ما يرجح أحد الرأيين على الآخر
فوجب التوقف ودليلهم في ذلك ما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه عن
رسول الله ﷺ أنه قال « ما أدري أكان تبع لعينا أم لا وما أدري ذوالقرنين
كان نبياً أم لا وما أدري الحدود كفارات لأهلها أم لا » (٣) .

(١) الفرقان / ٦٨ و ٦٩ و ٧٠ .

(٢) النساء / ٩٣ .

(٣) سبل السلام / ٥٧ .

وهو صريح في أن النبي ﷺ ما كان يعلم أن الحدود كفارات لاهلها .
أم لا فغيره ﷺ أولى في هذا الباب بعدم العلم فيجب عليه عدم الحكم .
بشيء معين وأن يتوقف .

ويناقش هذا الدليل من ناحيتين :

الناحية الأولى : من حيث السند .

الناحية الثانية : من حيث الدلالة .

أما عن الناحية الأولى وهي جهة السند : فإن القائمين بالتوقف يستدلون .
بالحديث الذي أخرجه الحاكم في المستدرک والبخاري عن معمر بن عمار عن أبي ذئب .
عن سعيد المقبري عن أنس بن مالك الذي فيه ، وما أدرك الحدود كفارات .
لاهلها أم لا ،

وقد اختلف في وصله وإرساله فقد رواه هشام بن يوسف عن معمر
مرسلاً ووصله الحاكم عن آدم بن أبي إياس عن ابن أبي ذئب ووصله الدارقطني
عن طريق عبد الرزاق ومع ذلك لا يقوى على معارضة حديث عبادة الذي
فيه المباينة والذي تمسك به القائلون بأن العقوبات كفارات دون توقف على
التوبة . وذلك لأن حديث عبادة متفق عليه ويشهد لذلك مقال القاضي عياض
قال : لكن حديث عبادة أصح اسناداً .

أما الوجه الثاني : فهو من حيث الدلالة فقد جمع بين حديثي أبي ذر
وهبادة بن الصامت بأن حديث عبادة بن الصامت لم ينفرد بسماعه من الرسول
صلى الله عليه وسلم بل تابعه عليه كثير من الصحابة رضوان الله عليهم كإبراهيم
بن علي وابن مسعود ، والحسين بن علي وعائشة وأن هؤلاء جميعاً قد أخبروا
بما يفيد أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : من أقيم عليه حد في الدنيا
فهو كفارة له وذلك يعنى بأن الرسول صلى الله عليه وسلم قد علم عن ربه
عن وحل أن الحدود كفارات لذنوبها وعلمه بذلك لا يتناقض مع قوله صلى
الله عليه وسلم في حديث أنس بن مالك : ما أدرك الحدود كفارات لاهلها .

لإمكان الجمع بينهما بحمل حديث أبي هريرة على أنه متقدم على حديث عبادة
ويحمل بنا أن تأتي بما أورده القاضي عياض .

وما أورده عياض (١)

حزم القاضي عياض بأن حديث عبادة كان بمكة ليلة العقبة بمنى قبل الهجرة
حين بايع الأنصار رسول الله ﷺ البيعة الأولى بمنى وإسلام أبي هريرة
كان بعد الهجرة بسبع سنين عام تخيير فلا يعقل أن يكون حديثه متقدماً على
حديث عبادة بن الصامت حتى يصح الجمع .

مناقشة هذا الاعتراض : ويناقش بأنه لا يلزم من تأخر إسلامه عدم
تقدم حديثه على حديث عبادة لاحتمال أن يكون سمع الحديث من أحد
الصحابة وقد سمعه من النبي ﷺ في مبدأ التشريع قبل أن يحصل له العلم
بذلك ويخبر به .

لكن يمكن على هذا أن أبا هريرة صرح في بعض طرقه أنه سمعه من
رسول الله ﷺ وبذلك لا يدفع الاعتراض الوارد من القاضي عياض .

رد هذا الاعتراض :

ولكن يمكن رد هذا الاعتراض بما وجهه الحافظ بن حجر من أن
حديث عبادة كان بعد فتح مكة ولم يكن في بيعة العقبة كما حزم بذلك القاضي
عياض . ويستدل الحافظ على ذلك بأمور :

أولاً : أخرج ابن إسحق وغيره من أهل المغازي أن النبي ﷺ قال لمن
حضر من الأنصار و آبايكم على أن تمنعوني ما تمنعون منه نساءكم وأبنائكم
فبايعوه على ذلك وعلى أن يرحل إليهم هو وأصحابه فثبت

من هذا أن البيعة التي حصلت بمنى كانت غير البيعة التي وردت في حديث
عبادة .

ثانياً : ما أخرجه البخارى في صحيحه عن عبادة د بايعنا رسول الله ﷺ
على السمع والطاعة في العسر واليسر والمنشط والمكره .

ثالثاً : ما أخرجه أحمد والطبرانى عن عبادة أنها جرت قصة له مع
أبي هريرة عند معارفة بالشام فقال يا أبا هريرة إنك لم تكن معنا إذ بايعنا
رسول الله ﷺ على السمع والطاعة والنشاط والكسل وعلى الأمر بالمعروف
والنهي عن المنكر وعلى أن نقول بالحق ولا نخاف في الله لومة لائم وعلى
أن فنصر رسول الله ﷺ إذا أقدم علينا يثرب فنمنعه ما تمنع منه أنفسنا
وأزواجنا وأبنائنا ولنا الجنة .

ومن هنا نعلم أن البيعة التي جاءت في حديث عبادة لم تكن بمنى عند
العقبة لورود الأدلة القاضية بأن بيعة العقبة كانت لحماية الدعوة وصاحبها وأن
التي جاء بها حديث عبادة كانت بعد فتح مكة وبعد إسلام أبي هريرة .
وإذا سلم هذا بقي التعارض قائماً .

قال الحافظ : والذي يقربى أن هذه البيعة المذكورة في حديث عبادة وقعت
بعد فتح مكة بعد أن نزلت آية الممتحنة ، يا أيها النبي إذا جاءك المؤمنات
بما يعينك . الآية ، ونزل هذه الآية متأخر بعد قصة الحديبية بلا خلاف .

والدليل على ذلك ما ورد في البخارى في كتاب الحدود من حديث عبادة
هذا أن النبي ﷺ (لما بايعهم الآية ... كلها)
ويؤخذ من هذا أن البيعة التي وردت في حديث عبادة أنها كانت بعد نزول
آية الممتحنة وبعد إسلام أبي هريرة .
ومن هنا نعلم صحة الجمع ويكون حديث عبادة ناسخاً لحديث أبي هريرة .

الرأى الراجح

وبالنظر فى الأقوال السابقة وأدلتها نجد أن حديث عبادة بن الصامت متفق عليه وقد رواه غيره كثيرون من الصحابة .

وأما ما استند إليه القائلون بالتوقف من حديث أبى هريرة المذكور لانقوم به حجة لأنه روى موصولا وروى مراسلا ومثل هذا لا يقرب على معارضة حديث عبادة بن الصامت بأن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يعلم أولا ثم علم ثانياً .

ويساعد على ذلك ما وجهه المناظر ابن حجر أن حديث عبادة بن الصامت كان بعد فتح مكة ولم يسكن فى بيعة العقبة بمى .

وإن إسلام أبى هريرة كان متقدماً على الواقعة التى ورد فيها حديث عبادة ابن الصامت وبذلك يزون حديث أبى هريرة منسوخاً بحديث عبادة بن الصامت فإن المتأخر ناسخ للمتقدم وبذلك لا يعنى للتوقف .

ويتضح لنا أن كلا المذهبين الأول والثانى قرى ويمكن الجمع بينهما بالعمل بالآيات والأحاديث فيقال : إن حديث عبادة وإن كان ظاهره الإطلاق إلا أن التوبة ملاحظة لأن شأن المؤمن التوبة ؛ ولهذا ترك لرسول الله ﷺ ذلك فى هذا الحديث .

والآيات القرآنية أكثرها تدعق بالتوبة والقليل منها لا يصرح فيه بها فوجب أن يحمل المطلق على المقيد .

يكون الراجح العمل بكل الآيات والأحاديث معاً أى العقوبات

زاجرة (١) وجارة (٢) أما كونها زاجرة فلقوله تعالى في كفارة قتل الصيد
و ليدوق وبال أمره ، فإن ذاقته وبال الأمر دليل واضح على أن هذه العقوبة
إنما شرعت للزجر وأما كونها جارة بالكفارة التي هي أحد أنواع العقوبة
اسمها مأخوذ من الكفر - بفتح الكاف - وهو التشرثم استعمالها الشارع فيما
يستر الذنب ويخفيه ومن ثم كانت جارة .

ولو قلنا إن العقوبة للزجر فقط لكان ذلك داعياً إلى تهاون الناس في
فعلها إذ لم يكن لها أثر في الآخرة (٣) .

مبدأ لاجرمية ولا عقوبة إلا بنص في القانون .

تلك قاعدة (٤) قانونية معروفة - أي لاجرمية إلا بقانون ولا عقوبة
إلا بنص - استقرت عندها القوانين الوضعية وعرفت تلك القاعدة عند القانونيين
مع بداية الثورة الفرنسية الكليلاً يكون هناك تعسف من الحكام وحتى يعلم
الناس بالقيم وما عليهم في حياتهم تصرف الأفعال المحرمة وينص على عقوبتها .
وقد تعرضت هذه القاعدة عندهم لعدة أدوار ، فترة قيسدت الجرائم
والمسوس المتعلقة بها بحيث لا يجوز للتقاضى أن يتدأها وأخرى أعطت
القاضي - وإن لم يكن ذلك مطلقاً - حرية التقرير - وهو ما انتهت إليه تلك
القاعدة حتى الآن - بالنسبة للعقوبة ما أمكن الإطلاق .

(١) زواج جمع لواجر وهو ماثرع لدره المفاسد والغالب فيه أن يكون
لمصيان من المكلفين

(٢) الجواب جمع لجابر وعم ماثرع لاستدراك ما فات من المصالح وليس
بلازم فيمن يتوجه إليه الجبر أن يكون آتماً فإن الجبر يشرع مع العمدة والخطأ
والعلم والجهل والنسيان وما إلى ذلك .

(٣) راجع بحث مقارن في الكفارة د محفوظ مودع مكتبة كلية الشريعة
ص ٢٨١ ، ٢٩٣

(٤) ملخص لما جاء في شرح قانون العقوبات للدكتورين محمد كامل

السعيد ومرسى مصطفى ص ١٢٠

أما في الشريعة الإسلامية :

فقد وردت النصوص دلي أنه لا يوجد عقوبة من غير رسالة رسول ينذر ويبشر لقد قال تعالى : « وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا ؛ وقال تعالى : « وإن من أمة إلا خلا فيها نذير ، . وقوله أيضاً . « رسلا مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل وكان الله عزيزاً حكيماً ، .

فقضت حكمته سبحانه بأنه لا عقاب لأحد إلا إذا بلغ الرسالة وأنذرى سوء العاقبة إن خالف وبجسها إن أذاع ولم يخالف .

وبهذا يتقرر ذلك المبدأ وهو أنه لا عقوبة على ذنب إلا بعد التنبيه إلى أنه ذنب .

ولقد نتج الشارع في ذلك منهجين في تقدير العقوبات :

المنهج الأول : وهو بيان الجريمة مقترنة بعقوبتها وذلك في الحدود والقصاص .

أما المنهج الثاني : فهو في تعريف الجريمة تعريفاً عاماً ويترك لولى الأمر تقدير العقوبات على حسب الأحوال والمناسبات .

أما بالنسبة للمنهج الأول فهو يشمل الجرائم التي لها عقوبات مقدرة في الفقه الإسلامى وهى الحدود والقصاص . أما ما وراء ذلك من الجرائم فلم تشملها النصوص بل أمره متروك إما لولى الأمر أو القاضى الذى يستمد سلطانه من ولى الأمر .

والحدود قد حد الله عقوبتها بالنص فى كتابه الكريم أو على لسان نبيه الأمين فقد الرنى عقوبة مقدرة محدودة فى قوله تعالى : « الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة فى دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ، . وحد المرفة ثبت بقوله تعالى : « والسارق

والسارقة فاقطعوا أيديهما - جزاء بما كسبا نكالا من الله ،

وثبت حد قطع الطريق بقوله تعالى « إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله
ويؤمنون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم
من خلاف، أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة
عذاب عظيم إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله
غفور رحيم)

وحد القذف ثبت بقوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا
بأربعة شهداء فجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم
الفاسقون)

وجريمة البغى ثبتت عقوبتها بقوله تعالى (وإن طائفتان من المؤمنين
اقتلوا فاصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى
تقوى إلى أمر الله فإن فاءت فأصلحوا بينهما بالعدل وأقسطوا إن الله يحب
المقسطين)

وعقوبة الردة : ثبتت بقول النبي ﷺ « من بدل دينه فاقتلوه » وبقوله
عليه السلام « لا يجل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث الثيب الزاني والنفس
بالنفس والتارك للجماعة ».

أما حد الشرب : فقد ثبت بالسنة ، فقد قال النبي ﷺ في شاب أتى به
« اضربوه » ، وقد روى أهل السنة أن النبي ﷺ قال : « من شرب الخمر
فاجلدوه ثم إن شرب فاجلدوه ثم إن شرب فاجلدوه ثم إن شرب الرابعة
فاقتلوه »

ويعلق ابن تيمية على هذا النص بقوله : « القتل هند أكثر العلماء منسوخ
وقد يقال هو تعزير يفعله الإمام عند الحاجة وقد قدر الصحابة في عهد عمر
رضي الله عنه الحد بثمانين ، وقيل إن التقدير قد تم في عصر النبي ﷺ

وبعد هذا نرى أن العقوبات وردت من الشارع مقسمة بالنسبة للجرائم الحدود .

أما بالنسبة لجرائم القصاص فقد قدرت فيها العقوبات - هي الأخرى - بالنص قرآناً كان أو سنة ومقربة القتل العمد هي القصاص وقد ثبت بالقرآن الكريم حيث نطقت الآيات داعية إلى القصاص فقالت (يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتل الحر بالحر والعبد بالعبد ... الخ الآية) والقصاص بشكل عام ثبت بقوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص)

وقد بينت عقوبة القتل الخطأ بقوله تعالى : (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا . فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وبحسب رقبة مؤمنة من لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله وكان الله عليماً حكيماً)

وقد بينت السنة عقوبة القتل شبه العمد فقال رسول الله ﷺ « ألا إن في قتل عمداً خطأ قتيل السرط والمصا والحجج مائة من الإبل » وقد بين القرآن عقوبة الاعتداء على الأطراف فقال : وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص »

وبينت السنة العقوبة الواجبة في الأطراف فيما لو تعذر القصاص أو كان الاعتداء خطأ فقال ﷺ « في الأنف إذا ما أوعب مائة من الإبل وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية وفي اليمن الدية والرجلين الدية » وقد ذكر رسول الله ﷺ ديات الجراح إذا لم يكن فيها القصاص أو كان الاعتداء خطأ فذكر أن أرش الموضحة (وهي التي تكشف

العظم خمس من الإبل وأن أرش الهاشمة وهي التي تهشم العظم عشر من الإبل
وأن أرش الامة وهي التي تصل إلى غشاء المخ ثلاث الدية .

وبهذا العرض الموحز لملك العقوبات يتبين لنا أن القرآن والسنة قد أحصيا
العقوبات في جرائم الحدود والقصاص والديات إحصاءاً لا يسمح معه للقاضي
أن يزيد أو ينقص في أية عقوبة بل هو ملتزم بما جاءت به النصوص .

أما بالنسبة للمنهج الثاني : فهو أن الشريعة عندما تركت أمر تقدير العقوبة
التميزية للقاضي وفوضته في أكثر الأحوال في ذلك الأمر لم تخرج عن القاعدة
المذكورة — وهو لا عقوبة من غير نص — لأنها جعلت للعقوبات حداً
أقصى ولم تجعل لها حداً أدنى ، وأطلقت للقاضي حرية التقدير في هذا الحد
الواسع فله أن يبريء ولكن ليس له أن يزيد على ما قدره الشارع .

ولم يكن للفائز الوضعي السابق في هذه الميزة فلقد قرر هذا المبدأ في الشريعة
من مرون . فهذا هو الإمام أحمد يقول : إن التعزير لا يبلغ به حد العقوبة
في جنسه فالسرقة حداً قطع اليد ولا تبلغ أية عقوبة تعزيرية خاصة بالمال
ذلك الحد والقذف حده ثمانون جلدة ولا تبلغ جريمة السب هذا الحد .

وذلك الإمام مالك رضي الله عنه لا يجعل للتعزير حداً أعلى بل قد يصل إلى
إل القتل .

وعلى ضوء ما سبق نستطيع أن نقرر :

أن الأغلبية من الفقهاء يقولون إن العقوبات المقدرة تعتبر حداً أقصى وأن
النص النبوي صريح في هذا المعنى . إذ يقول عليه السلام : من باع حداً في
غير حد فهو من المعتدين ، وإن هذا يرشدنا إلى أن الشريعة جعلت حداً أعلى
للعقوبة ولم تضع لها حداً أدنى (١)

(١) انظر الجزية والعقوبة لاستادنا الفاضل المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة

فهرس

مقدمة الطبعة الثانية ٣ ، مقدمة الطبعة الاولى ٤ ، التعريف بالشريعة والفقه
٧ ، الأسس العامة للتشريع الاسلامى ٢٠ ، مقارنة بين الشريعة الاسلامية
والقوانين الوضعية ٢٨ ، الفقه الاسلامى ودعوى تأثره بالقانون الرومانى ٣٩

القسم الاول

٤٥

المبحث الاول

الادوار التى مر بها الفقه الاسلامى ٤٦ ، الدور الاول - دور النشأة ٤٧
الدور الثانى - عصر الصحابة والتابعين ٦٠ ، المرحلة الاولى من هذا الدور
عصر الخلفاء الراشدين ٦٠ . المرحلة الثانية من هذا الدور ٦٨ ، قيام
المدارس الفقهية ٧٤ ، الدور الثالث - دور النضج والكمال والتدوين ٧٩ ،
مصادر التشريع فى هذا العصر ٨٥ ، الدور الرابع - دور ابتداء التقليد
ثم الجمود والتأخير ٨٧ ، الدور الخامس - دور اليقظة الفقهية ١٠١ ،
الدعوة الى اصلاح الفقه وأهدافها ١٠٢ .

١١٢ المبحث الثانى - المذاهب الفقهية

المذهب الحنفى ١١٣ ، المذهب المالكى ١٢١ ، المذهب الشافعى ١٣٢ ،
المذهب الحنبلى ١٤١ ، مذاهب الشيعة ١٤٥ ، مذهب الزيدية ١٤٧ .
الامامية ١٥٣ ، البابية ١٥٨ ، البهائية ١٥٩ ، القاديانية ١٦٠ ، النصيرية
١٦١ ، مذاهب انقرضت واندثرت ١٦٣ .

١٦٦ المبحث الثالث - مصادر الفقه الاسلامى

المصدر الاول - القرآن الكريم ١٦٧ ، المصدر الثانى - السنة ١٧٥ ،
علامات الوضع فى الحديث ١٧٧ ، مقارنة بين القرآن والسنة ١٨٣ .
المصدر الثالث - الاجماع ٢١٠ . المصدر الرابع - القياس ٢١٩ ، المصادر
المختلف فيها ٢٢٧ ، الاستحسان ٢٣٧ . العرف ٢٤٠ ، أنواعه ٢٤١ ،
شروطه ٤٢٥ ، قول الصحابى ٢٤٨ . سد الذرائع ٢٤٩ ، الاستصحاب ٢٥١

المبحث الرابع - الاجتهاد والافناء والتقليد في الفقه الاسلامي

: الاجتهاد ٢٥٣ ، الافتاء ٢٦٠ ، التقليد ٢٦٤ ، القضاء في الاسلام ٢١٨

المبحث الخامس - أسباب اختلاف الأئمة

القسم الثاني : دراسة بعض النظريات العامة في الفقه

٢٩٧
٢٩٨ . مقدمة

المبحث الاول - القواعد الكلية الفقهية

٣٠١
المبحث الثاني - الحق

٣١٧
المبحث الثالث - المال والملك

٣٢٣
أولا - المال وأقسامه ٣٢٣ ، ثانيا - الملك وأقسامه ٣٢٦ .

المبحث الرابع - العقد

٣٤٠
شروط الصيغة ٣٦٧ ، الارادة المنقردة وتكوين العقد ٣٨٨ ، اقتران الصيغة بالشروط وأثره في العقد ٣٩١ ، اتصال آثار العقد بالصيغة ٣٩٥ ، الركن الثاني - محل العقد ٤٠١ ، العاقد ٤٠٢ ، الخيارات في العقود ٤١٣ ، خيار الرؤية ٤١٨ ، خيار العيب ٤٢٠ ، العقوبة في الفقه الاسلامي ٤٢٦ ، الادلة ٤٣٤ ، الرأي الراجح ٤٣٩ .

رقم الايداع بدار الكتب ١٩٨١/٣٨٠٥.

