

مصادر الأحكام الدستورية في الشريعة الإسلامية

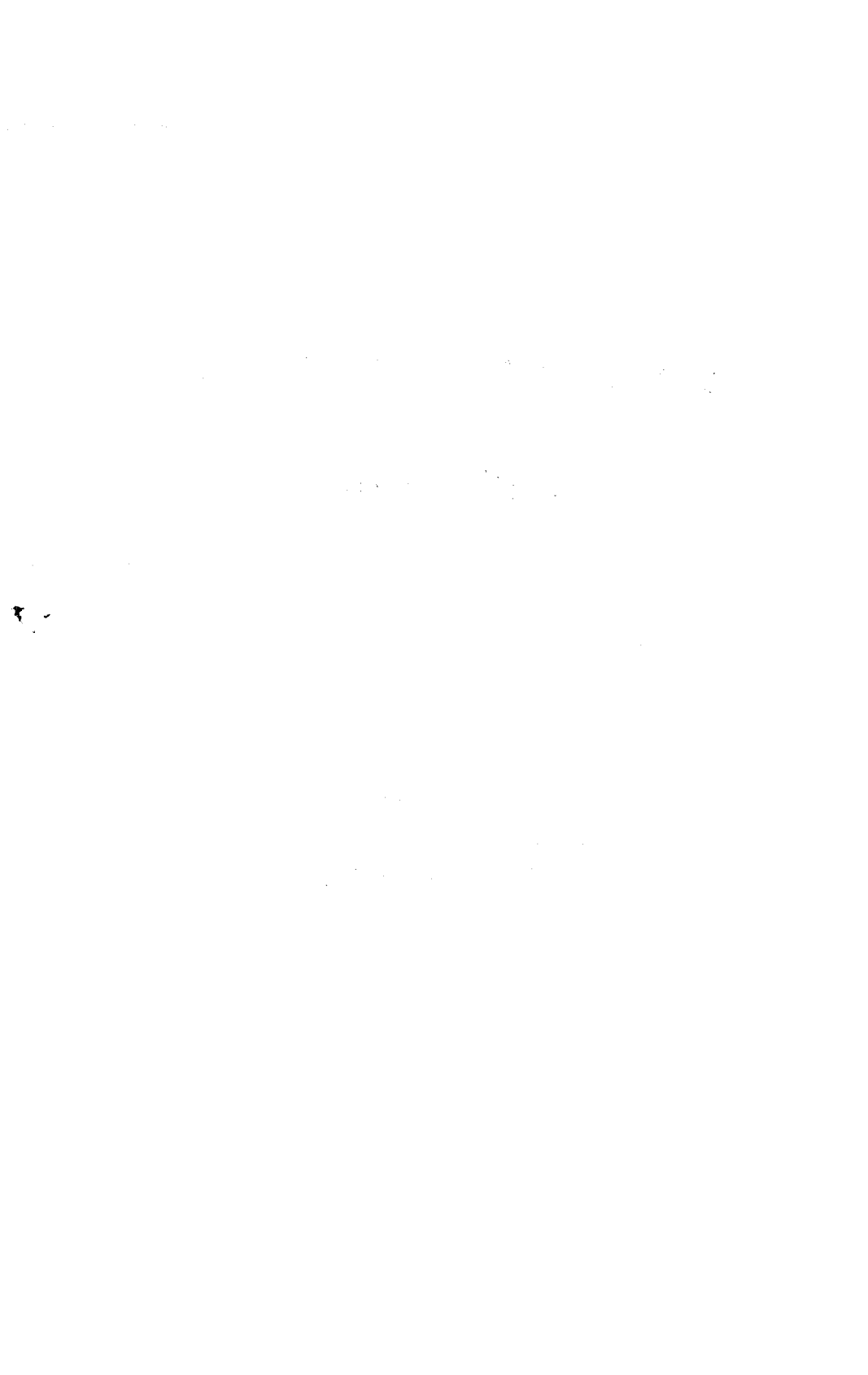
(في العصر الحديث)

بقلم

الدكتور عبد الحميد متولى

أستاذ القانون الدستورى والأنظمة السياسية

بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية



مقدمة عامة

المسرح العلمي للبحث - نجد الكثيرين من المؤلفين حين يتصدون لدراسة النظام السياسي (أو نظام الحكم) في الاسلام لا يمهّدون لتلك الدراسة بأن يبحثوا أولاً بالمبادئ الدستورية في الشريعة الاسلامية، كما نجد الذين يتصدون منهم لدراسة هذه المبادئ لا يمهّدون لدراستها بالبحث أولاً عن مصادر هذه المبادئ في الشريعة، أي عن "أدلة الأحكام الشرعية" كما يطلق عليها عادة لدى الكثير من علماء الشريعة. إن دراسة هذه المصادر - فيما أعتقد - يجب أن تكون نقطة البداية لكل بحث علمي جدي بصدد النظام السياسي الاسلامي أو بصدد المبادئ الدستورية في الشريعة الاسلامية :

(أولاً) لأن كثيراً من أوجه الخلاف بين الباحثين بصدد ذلك النظام أو هذه المبادئ إنما يرجع كنهها في الواقع الى أنهم يختلفون - من حيث هم أحياناً لا يشعرون - حول مصادر أحكام تلك المبادئ الدستورية، كما أن هذا الخلاف في جوهره وفي الواقع من أمره إنما يرجع الى أنهم لم يعنوا بأمر الدراسة العلمية الجدية لتلك المصادر، ولو أنهم عنوا بأمرها لزال الكثير من وجوه الخلاف، ولربما نجا العالم الاسلامي كذلك من غير القليل من الفتن والحروب التي أثارها تلك الخلافات الدستورية (١).

(١) «فالخلاف الذي نشأ مثلاً بين الامام علي بن ابي طالب ومعاوية إنما كان في جوهره خلافاً حول مسألة دستورية هي: من لهم حق اختيار الخليفة؟ هل هم أهل المدينة وحدهم، أم حق الاختيار للمسلمين عامة؟ وقد نجم عن هذا الخلاف أن ظهرت فرق مذهبية مختلفة هم «الحوارج» و«الشيعة» وغيرهم، ونجم عن ظهور الحوارج قيام حروب بينهم وبين الامام علي أولاً، وبينهم وبين الأمويين ثانياً، ونجم عن ظهور الشيعة حروب انتهت بقيام الدولة العباسية راجع في ذلك مؤلف الأستاذ محمد أبو زهرة (أستاذ الشريعة الاسلامية سابقاً بكلية الحقوق بجامعة القاهرة): «المذاهب الاسلامية» (طبعة ١٩٥٨ ص ٢٣، ٢٤)

(ثانياً) لأن الشريعة الاسامية وان كانت تمتاز على غيرها من الشرائع بأن مصادرها قد عني ببحثها علماؤها قبل غيرهم من علماء الشرائع الأخرى ، فجمعوا لها علما مستقلا هو علم أصول الفقه ، الا أننا نجد رغم ذلك أنهم انما عنوا ببحث مصادر الشريعة أو ” أدلة الأحكام “ بوجه عام ، دون أن يعنوا ببحث مصادر كل فرع من فروعها كما هو شأن علماء القانون الوضعي في العصر الحديث (1)

فيجب ألا يفوتنا أن الشريعة الاسلامية (أو ” الفقه الاسلامي “ كما يطلق عليها بعض العلماء) تشمل قسمين كبيرين من الأحكام الشرعية :

(1) ” أحكام العبادات “ (كالصلاة والصوم الخ) وغير ذلك مما ينظم علاقة الانسان بربه .

(1) نلاحظ أن علماء الشريعة القدامى يستعملون عادة اصطلاح ” أدلة الأحكام “ للدلالة على ما نطلق عليه هنا وما يطلق عليه رجال الفقه الوضعي ” مصادر الشريعة “ . ذلك كان مثلاً شأن الامام أبي حامد الغزالي (المتوفى عام ٥٠٥ هجرية) في كتابه ” المستصفي من علم الأصول “ (طبعة ١٣٥٦ هـ ١٩٣٧ م) ج ١ ص ٦٤ وما بعدها على أننا نجد أساتذة الشريعة الاسلامية بكليات الحقوق بمصر يستعملون هذين الاصطلاحين: ” أدلة الأحكام “ و ” المصادر “ بمعنى واحد . راجع في ذلك مثلاً للمغفور له الأستاذ الجليل الشيخ عبد الوهاب خلاف (أستاذ ورئيس قسم الشريعة بكلية الحقوق بجامعة القاهرة سابقاً) كتابه الشهير : ” علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع الاسلامي “ (طبعة ١٩٥٢ ص ٨ ، ١٢ ، ٢٠ ، ٩٠ ، ٢٩٦) وكذلك كتابه ” الاجتهاد والتقليد والتعارض والترحيج “ (طبعة ١٩٥١ ص ١٨ ، ١٩) وراجع أيضاً للأستاذ الشيخ عمر عبد الله (رئيس قسم الشريعة ووكيل كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية سابقاً) مؤلفه : ” سلم الوصول لعلم الأصول “ (طبعة ١٩٥٩ ص ١٥٧ حيث يقول : ” المراد بأدلة الأحكام المصادر التشريعية التي تؤخذ وتعرف منها الأحكام الشرعية “ وراجع كذلك ٢٦٠ من الكتاب المذكور وراجع أيضاً للأستاذ الشيخ محمد مصطفى شلبي (أستاذ ورئيس قسم الشريعة بكلية الحقوق بجامعة الاسكندرية مؤلفه : ” المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي “ (الطبعة الثانية ١٩٥٩) حيث يتكلم (بصفحة ١٥٠ وما بعدها) عن ” مصادر الفقه الاسلامي “ . ويلاحظ أن المؤلف – شأنه شأن الأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى – يستعمل اصطلاح ” الفقه الاسلامي “ بالمعنى ذاته الذي نستعمله هنا لاصطلاح ” الشريعة الاسلامية “ وهو المعنى الذي عرف دائماً عن هذا الاصطلاح في كليات الحقوق وتجد بعض علماء الشريعة مثل الأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت (شيخ الجامع الأزهر) يستعمل فحسب اصطلاح ” مصادر “ . راجع كتابه ” الاسلام عقيدة وشريعة “ (طبعة ١٩٥٩) ص ٣٩٦ ، ٤٧١ حيث ورد مانصه : ” انقضى عهد الرسول وقد تركز فيه مصدران للتشريع : المصدر الأصلي وهو القرآن والمصدر البياني وهو السنة ، ، وفي ص ٤٧٣ نجده يتكلم عن ظهور الإجماع في عهد الخلفيتين أبي بكر وعمر ” مصدرأ من مصادر التشريع فيما لا نص فيه “ .

(ب) « أحكام المعاملات » - ويقصد بها في الاصطلاح الشرعي جميع فروع القانون بقسميه الكبيرين : القانون العام والقانون الخاص (١) .

ولكن علماء الشريعة لا يفرقون بين القانون العام والقانون الخاص ، وبالتالي لا يفرقون بين فروع كل منهما ، لذلك كان طبيعياً ألا نجدهم يطرقون باب البحث عن مصادر كل فرع من هذه الفروع كما يفعل رجال الفقه الوضعي الحديث ، الذين تخصص من بينهم فريق في كل فرع من فروع القانون العام ، وفروع القانون الخاص ، فبحثوا ثم قدموا لنا مصادر كل من القانون الدستوري والقانون الاداري والقانون الدولي العام وغيره من فروع القانون العام ، ومصادر كل من القانون المدني والقانون التجاري وغيره من فروع القانون الخاص ، اذ يجب ألا يفوتنا أن المصادر تختلف باختلاف فروع القانون ، فمصادر القانون الدستوري مثلا تتلخص :

(أولاً) في التشريع الدستوري (أو الدستور) ويلحق به بعض القوانين العادية (كقانون الانتخاب) .

(ثانياً) العرف (مع ملاحظة أن العرف الدستوري يختلف عن العرف العادي أي المعروف في القانون الخاص ، كما سنبين ذلك تفصيلاً فيما بعد).

(١) الأحكام العملية - يطلق على هذين القسمين : العبادات والمعاملات اصطلاح « الأحكام الشرعية العملية » ، أو « الأحكام العملية » وذلك على سبيل الإيجاز - وهذا لأنها تتعلق بما يعمله الأفراد (سواء كانت أقوالاً أم أفعالاً) ، بخلاف «الأحكام الاعتقادية» التي لا تتعلق بما يطلب من الأفراد أن يعملوه بل بما يجب أن يعتقدوه ويؤمنوا به (كالأيمان بالله ورسله واليوم الآخر) فهذه لا تعد من بحوث الشريعة الاسلامية (أو الفقه الاسلامي) وإنما هي من بحوث علم الكلام (أو التوحيد) فالأحكام العملية هي ما يقصد بالفقه أو باصطلاح «الأحكام» حين تذكر دون وصف آخر - راجع فيما تقدم « أصول الفقه » للشيخ خلاف ص ٣٠ - ٣٢ ، ٢٩٣ ، وكتاب « سلم الوصول لعلم الأصول » للأستاذ الشيخ عمر ص ٧ - ١١

والقانون الادارى له مصادر أربعة : التشريع والعرف والقضاء والفقهاء (١)
والقانون الدولى العام له مصادر أصلية ثلاثة : العرف ، والمعاهدات الدولية ،
ومبادئ القانون العامة التى أقرتها الأمم المتحدة ، وهناك مصادر ثانوية
(يقضى النظام الأساسى لمحكمة العدل الدولية بالمادة ٣٨ بأن ترجع محكمة العدل
إليها اذا لم تسعفها المصادر الثلاثة الأصلية) وهى أحكام المحاكم ومذاهب
كبار فقهاء القانون العام فى مختلف الأمم (٢)

والقانون المدنى فى مصر له مصادر ثلاثة : التشريع ثم العرف ثم الشريعة
الاسلامية - هذا فى غير مسائل الأحوال الشخصية ، أما المصادر للقانون
المصرى فى مسائل الأحوال الشخصية فهى تتلخص فى الدين ، أى الديانات
المختلفة فى مصر باختلاف عقائد المصريين (٣)

(١) يلاحظ أنه لا يقصد بالتشريع هنا القوانين التى تصدرها السلطة التشريعية فحسب ، ولكن
المقصود جميع القواعد القانونية المكتوبة ، وبذلك تشمل كلمة « التشريع » هنا : التشريع الدستورى
والقوانين العادية واللوائح والقرارات الادارية المختلفة ، فبعض مبادئ القانون الادارى
المصرى مصدرها نصوص الدستور كمبادئ الأساسية فى تنظيم الادارة المحلية والقواعد المتعلقة
بتحديد اختصاصات رئيس الجمهورية والوزراء - راجع فيما تقدم مؤلف الأستاذ الدكتور فؤاد
مهنا : « الوجيز فى القانون الادارى : السلطة الادارية » (طبعة ١٩٦٠ ص ٥٢ - ٥٦)

(٢) يلاحظ أنه يقصد « مبادئ القانون العامة التى أقرتها الأمم المتحدة » تلك المبادئ الأساسية
التي تستند إليها وتقرها النظم القانونية فى مختلف الدول المتقدمة كالمبدأ الذى يقضى بالتزام كل
من تسبب بفعله فى احداث ضرر للغير باصلاح هذا الضرر ، والمبدأ الذى يقضى بالتزام المتعاقد
بما تعاقد عليه ، ومبدأ سقوط الحق والتملك بمضى المدة الطويلة - راجع فيما تقدم مؤلف الأستاذ
الدكتور على صادق أبو هيف « القانون الدولى العام » (الطبعة الرابعة ١٩٥٩ ص ١٩ - ٢٩)

(٣) يلاحظ أن القانون المدنى المصرى قد أوجب (بالمادة الأولى الفقرة الثانية) - فى حالة عدم
وجود نص تشريعى ولا عرف ولا مبدأ من مبادئ الشريعة الاسلامية - الحكم بمقتضى « مبادئ
القانون الطبيعى وقواعد العدالة » . ويرى بعض رجال الفقه فى المدنى بحق « أن الاحالة على مبادئ
القانون الطبيعى وقواعد العدالة » لا تتخلق من هذه المبادئ وتلك القواعد مصدرها رسمياً بالمعنى
الاصطلاحى الدقيق ، فهذه الاحالة لا تعدو أن تكون رجوعاً بالقاضى الى جوهر القانون ،
أى الى المصادر المادية أو الموضوعية للقاعدة القانونية يستلهم منها الحل . راجع فى ذلك مؤلف
الأستاذ الدكتور حسن كيره « أصول القانون » (الطبعة الثانية ١٩٥٩ - ١٩٦٠) ص ٢٧٤ ،
٢٧٥ وسوف نعود الى هذه النقطة بغير قليل من الشرح والتفصيل ، وذلك بصدد بحثنا عن القياس
وهل يصح أن يعد فى عداد المصادر .

أما علماء الشريعة الإسلامية فإنهم - كما قدمنا - لم تتجه أنظارهم إلى بحث مصادر كل فرع من فروعها ، ففكرة التخصص في كل فرع من فروع الشريعة كانت ولا زالت غير معروفة لديهم ، وإنما نجدهم يذكرون " المصادر " أو " أدلة الأحكام " للشريعة الإسلامية بوجه عام (أى بمختلف فروعها) فهم يقررون أن ثمة مصادر متفقاً عليها وهي أربعة : القرآن والسنة ، والاجماع ، والقياس ، وأن ثمة مصادر مختلفاً عليها بين علماء الشريعة أهمها : العرف والاستحسان والمصالح المرسله ، والاستصحاب ، وشرع من قبلنا ، ومذهب الصحابي الخ ..

خطه البحث وأهدافه - ان الذى يهدف اليه هذا البحث انما هو الاجابة عن سؤالين ، وذلك لمعرفة أمرين هامين :

(الأول) هل تعد الأحكام الشرعية الدستورية (التى تقرر فى صدر الاسلام أو فيما تلاه من العهود الإسلامية) نقول هل تعد جميعا ملزمة لنا فى هذا العصر الحديث ، طالما كانت تلك الأحكام تستند - كما هو معلوم - إلى مصدر من تلك المصادر " أدلة الأحكام " السالفة الذكر ، لاسيما اذا كان من المصادر المتفق عليها ؟ واذا تقرر أنه لا يعد ملزماً لنا فى عصرنا سوى بعض من تلك الاحكام فما هو ذلك البعض ؟ (١) .

(الأمر الثانى) حين يريد المشرع فى بلد اسلامى أن يضع لبلده فى عصرنا هذا دستورا مستمداً من أحكام الشريعة الإسلامية أو متفقاً مع أحكامها فهل يغدو واجبا عليه أن يأخذ بهذه المصادر (السالفة الذكر) جميعاً ؟ واذا تقرر أنه لا يلزم الا بالأخذ ببعضها ، فما هو ذلك البعض ؟

(١) نقصد « بالأحكام الشرعية الدستورية » تلك الأحكام (أو القواعد القانونية) التى تتعلق بما نسميه اليوم « القانون الدستورى » أى تلك الأحكام التى تبين نظام الحكم وحرىات الأفراد أو حقوقهم الأساسية ازاء الدولة .

أن هذا هو ما عيناه بعبارة "في العصر الحديث" التي أضفناها الى عنوان هذا البحث ، ذلك لأن الذي يعيننا من أمر هذا البحث ليس الجانب التاريخي أى أنه ليس هو التمهيد لمعرفة المبادئ أو الأحكام الدستورية التي كان يقوم على أساسها النظام السياسي في صدر الاسلام وماتلاه من تلك الجهود الاسلامية التاريخية ، انما الذي يعيننا وهمنا هنا انما هو تمهيد الطريق لأولئك المشرعين أو الباحثين الذين يحاولون أن يقيموا أو أن يستنبطوا في العصر الحديث نظاماً سياسياً اسلامياً أى نظاماً من أنظمة الحكم مستمداً من أحكام الشريعة الاسلامية . ومما لا ريب فيه أن الجانب التاريخي لا يمكن اغفال أمره ولا يصح أن تنكر أهمية شأنه ، ولكنه ليس هو الهدف الأساسي أو الأول لهذا البحث الذي ستكون معالجته كذلك في بعض مواضعه من ناحية القانون المقارن ، وذلك حيث نرى في ذلك جدوى ، وحيث نرى الى ذلك سبيلاً :

تقسيم - أن هذا البحث يتطلب منا - فيما نرى - أن نقسمه الى البحوث التالية :

(أولاً) خصائص الشريعة الاسلامية .

(ثانياً) نبذة موجزة عن المصادر أو "أدلة الأحكام" كما بينها علماء الشريعة الاسلامية من الأصوليين .

(ثالثاً) ومما يتصل بما تقدم : البحث فيما يراه بعض علماء المستشرقين من أن القانون الروماني يعد من مصادر الشريعة الاسلامية .

(رابعاً) مصادر الأحكام الدستورية في الشريعة الاسلامية في العصر الحديث .

المبحث الأول خصائص الشريعة الإسلامية

يختلف التشريع الإسلامي عن الشرائع الأخرى الوضعية المعروفة في العصر الحديث اختلافاً كبيراً ، فهو يتميز بكثير من الخصائص التي ينفرد بها دون غيره من الشرائع .

وفيما يلي أهم خصائص ذلك التشريع الإسلامي :

الخاصية الأولى :

ان جزءاً منه تشريع "المهي" والجزء الآخر تشريع "وضعي" سنه مجتهدو المسلمين من الصحابة وتابعيهم وكبار الأئمة المجتهدين والخلفاء أو الولاة استنباطاً من نصوص التشريع الإلهي وروحها (١) .

ويشمل ما يطلق عليه "التشريع الإلهي" :

(أولاً) الأحكام الشرعية الواردة في القرآن .

(ثانياً) الأحكام الشرعية الواردة في السنة - على أن الأمر فيها موضع خلاف . ومما يجب ملاحظته أن موضع الخلاف بين الفقهاء إنما هو بصدد الأحكام الشرعية التي تصدر عن الرسول "حيث لا يكون وحى" أما "حيث يكون وحى" فلاموضع للخلاف في أن ما يصدر عن الرسول في هذه الحالة يعد تشريعاً إلهياً .

(١) ان هذه الأحكام الشرعية التي يستنبطها أولئك المجتهدون « وان كانت تعتبر (كما يقول الأستاذ الشيخ خلاف) تشريعاً إلهياً باعتبار مرجعها ومصدرها الا أنها تعتبر تشريعاً وضعياً باعتبار جهود المجتهدين في استمدادها واستنباطها » راجع في ذلك « علم أصول الفقه و خلاصة تاريخ التشريع الإسلامي » (المرجع السابق ذكره) للأستاذ الشيخ خلاف ص ٢٧٩

ونجد بصدد الحالة الأولى (أى "حيث لا يكون حى" ويكون تشريع الرسول ثمرة اجتهاده) رأيين مختلفين :

(أ) (الرأى الأول) يقول أنصاره ان اجتهاد الرسول اما أن يكون تعبيراً عن الهام إلهى ، وإما أن يكون ثمرة بحث الرسول ونظره ولكنه مع ذلك ملحوظ برعاية الله له ، فان جاء صواباً أقره الله عليه وان جاء غير صواب رد الله رسوله الى الصواب فيه ، ذلك هو ما يراه الأستاذ الشيخ خلاف (١)

(ب) (الرأى الثانى) ويرى البعض الآخر من علماء الشريعة أن الرسول كان - فيما وراء الرسالة - انساناً، فكانت له العصمة فيما أرسل به للناس من قبل الله من وحى ، وكان له حكم الانسان المجتهد فيما أتى به من قول أو فعل بعد ذلك أى حيث لا يكون

(١) وتفسيراً لذلك يقول الأستاذ الشيخ خلاف (المرجع السابق ص ٢٨٥) « أن الأحكام الاجتهادية التى لم ياهم الله بها الرسول بل صدرت عن بحثه ونظره هى أحكام نبوية بمعانيها وعباراتها ، وهذه لا يقره الله عليها الا اذا كانت صواباً ، وأما اذا لم يوفق الرسول فيها الى الصواب فان الله يرده الى الصواب » . ويفهم من ذلك أن اجتهاد الرسول على نوعين :

(أ) فتارة يكون اجتهاده تعبيراً عن الهام إلهى ، أى أن الرسول اذا أخذ فى الاجتهاد الهمة الله حكم ما أراد معرفة حكمه .

(ب) وتارة يكون اجتهاده «بحثه ونظره ولكنه ملحوظ برعاية الله» أى أن الرسول يجتهد ويدل بالرأى أو بالتشريع لا عن طريق الالهام الالهى وانما عن طريق البحث وإعمال الفكر والنظر فيما تملحه المصلحة بما يتفق وروح الاسلام ، على أن هذا النوع الثانى من الاجتهاد وأن لم يكن الله قد أهدى به الرسول الا أنه تعالى لا يقر الرسول عليه الا اذا كان صواباً ، فاذا لم يوفق الرسول الى الصواب فان الله يرده الى صواب الرأى . ويذكر الأستاذ الجليل الشيخ خلاف تأييداً لرأيه الحادثة الشهيرة عن غزوة تبوك ، وهى تتلخص فيما يلى :

استأذن بعض المناققين رسول الله أن يتخلفوا عن الاشتراك معه فى غزوة تبوك ، فأذن لهم رغم ضعف أعدائهم ، فنزلت الآية القرآنية التى عاتبه الله فيها ووجه بها اليه الخطاب قائلاً : « عفا الله عنك لم أذنت لهم حتى يتبين لك الذين صدقوا وتعلم الكاذبين » . (وقد ذكرنا خلاصة هذه الحادثة نقلاً عن كتاب «اجتهاد الرسول» للأستاذ الشيخ عبد الجليل عيسى أبو النصر شيخ كلية اللغة العربية بالأزهر - طبعة ١٩٥٠) .

وحى، ولذلك كان لا ينجو أحياناً من الخطأ، وشأنه في ذلك شأن غيره من الأنبياء والرسل، ولذلك فقد وردت غير قليل من الآيات القرآنية التي يعاتب فيها الله رسوله على رأى رأى (١).

النتائج المترتبة على اعتبار جزء من التشريع ذا صبغة الرهينة : ترتب على هذه الصبغة الالهية نتيجتان :

(الأولى) أن الشريعة تعنى بصلة الفرد بربه بخلاف القانون الوضعي، بل أن الشريعة لتعنى بهذه الناحية أكبر عناية، ولذلك يقدم بحث العبادات على غيرها من مختلف بحوث الشريعة الاسلامية (٢).

(الثانية) أن الجزاء على مخالفة أحكام الشريعة ليس فحسب دنوباً (كما هو الشأن في القوانين الوضعية)، بل هو كذلك أحياناً جزاء أخروى. ومما تجدر الإشارة إليه أننا لا نستعمل هنا كلمة "الجزاء" بمعناها الضيق

(١) راجع في ذلك كتاب « فجر الاسلام » للمرحوم الاستاذ أحمد أمين (عميد كلية الآداب بجامعة القاهرة سابقاً) الطبعة السابعة ١٩٥٥ ص ٢٣٣ حيث يقول : أن هذا ما يراه أكثر الفقهاء أو على حد تعبيره « أكثر الأصوليين » من أن الرسول « كان يجتهد برأيه حيث لا يكون وحى، وأنه كان أحياناً يخطئ في رأيه، واستدلوا على ذلك بأنه عوتب من الله بصدد تصرف له خاص باسرى غزوة بدر... الخ - وراجع كتاب الأستاذ الشيخ عبد الجليل عيسى « اجتهاد الرسول » حيث يقول : « لم يكن رأيه عليه السلام فيما اجتهد فيه يمثل الصواب دائماً ولا محل رضاء الله تعالى عنه دائماً كذلك، كما أن تصويب الخطأ في رأيه من المولى جل شأنه، أو منه عليه السلام أو من صحابته، لم يكن دائماً أبداً عقب ظهور الرأى مباشرة، بل قد كشفت الأيام عن خطأ هذا الرأى في بعض الأحيان، أو كان سبباً في أن عاتبه عليه مولاة جل شأنه، وقع التصويب بعد فترة زمنية تقصرو وتطول، مما لا يدع شكاً في أن الرسول يجوز عليه - عدا ما خصه به الله - ما يجوز على أى بشر آخر ». - ويقول المؤلف (في موضع آخر من كتابه) أن الله قد نسب الذنب للرسول وذلك في قوله تعالى مخاطباً لرسوله : « واستغفر لذنبك والمؤمنين والمؤمنات »

(٢) راجع « المدخل لدراسة الفقه الاسلامى » (الطبعة الثانية ١٩٦١) ص ١١٧ للأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى .

المعروف في القانون الجنائي ، بل بمعناها الواسع المعروف في الفقه الوضعي الحديث (١) .

الخاصية الثانية

ان الأحكام الشرعية في القرآن جاءت عامة ، أى بصورة كلية ، فهي لا تعنى الا بالكليات دون الجزئيات والتفصيلات ، اللهم الا في القليل النادر ، وبيانا لذلك يجدر بنا أن نفرق بين نوعين من الأحكام الشرعية :

(١) العبادات وما يلحق بها من الأحوال الشخصية والموارث فهذه نجد القرآن قد عرض لبيان أحكامها التفصيلية ، وذلك لأن أغلب أحكام هذا النوع تعبدى ولا مجال للعقل فيه ولا تتطور بتطور البيئات (٢) .

(ب) المعاملات (ماعداء الأحوال الشخصية والموارث) وهي تشمل القوانين المدنية والدستورية والجنائية الخ (أى الى غير ذلك من مختلف فروع القانون الخاص والعام) وهي التى نغنيها

(١) وهو «الجزاء» المعروف لدى الفقه الفرنسى بكلمة *Sanction* ، ويفضل البعض عليها كلمة «الاجبار *la Contrainte*» ويقصد به حمل الأفراد جبراً على طاعة القواعد القانونية ان لم يطيعوها اختياراً ، وللجزاء أو الاجبار صور مختلفة تختلف باختلاف الزمان والمكان وباختلاف فروع القانون ، فثلا نجده في القانون المدنى يتخذ صورة بطلان التصرف أو صورة التعويض . لزيادة التفصيل راجع «أصول القانون» للأستاذ الدكتور حسن كيره (المرجع السابق ذكره) ص ٤٦ - ٥٤

(٢) راجع «أصول الفقه و خلاصة تاريخ التشريع الاسلامى» (المرجع السابق ص ٣٣) على أن ما تجدر ملاحظته أنه حتى في مسائل العبادات لا يعرض القرآن دائماً للتفصيلات بل نجده أحياناً يتركها للسنة «ان الله (كما يقول الدكتور طه حسين) يأمر المؤمنين بالصلاة ويأمرهم أن يؤتوا الزكاة ولكنه لا يبين لهم في القرآن كيف تؤدى الصلاة ولا يبين لهم مواعيتها في تفصيل ولا يبين لهم عدد الركعات في كل صلاة ، وإنما يعلم نبيه هذا كله بما يلقى في قلبه من المعرفة ، وعلى النبي أن يعلم الناس مما علمه الله . . . الخ» من كتاب «مرآة الاسلام» ص ١٩٧ ، ١٩٨ للدكتور طه حسين .

في الواقع بالكلام في هذه النبذة - فهذه قد اقتصر القرآن بصدها على بيان القواعد العامة الكلية ، ولم يعرض لتفصيلات وجزئيات اللهم الا في القليل النادر ، (كأحكام المواريث وأحكام الأسرة) وذلك لأن الأحكام الشرعية الخاصة بهذه الجزئيات تتغير بتغير ظروف البيئة والمكان ، وتتطور بتطور ظروف الزمان ، فاقصر القرآن فيها على القواعد العامة " ليكون ولاة الامر (على حد تعبير الشيخ خلاف) في كل عصر في سعة من أن يفصلوا قوانينهم فيها حسب مصالحهم في حدود أسس القرآن من غير اصطدام بحكم جزئي " ، ولقد كان هذا الوضع - كما يقول الأستاذ الأكبر شيخ الجامع الأزهر الشيخ شلتوت - وهو " تفصيل مالا يتغير ، واجمال ما يتغير " احدى الضرورات التي يقضى بها ويتطلبها خلود الشريعة ودوامها (١) .

(١) راجع « أصول الفقه » للشيخ خلاف ص ٣٣ - وكتاب « الاسلام عقيدة وشريعة » الأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت (طبعة ١٣٧٩ هـ ، ١٩٥٩ م) ص ٤١٧ حيث يضيف الى ما تقدم قوله : « فليس من المعقول أن تعرض شريعة جاءت على أساس من الخلود والبقاء والعموم - لتفصيل أحكام الجزئيات التي تقع في حاضرها ومستقبلها ، فأنها مع كثرتها الناشئة من كثرة التعامل وألوانه متجددة بتجدد الزمن وصور الحياة فلا مناص اذا من هذا الاجمال والاكتفاء بالقواعد العامة والمقاصد التي تنشدها للعالم » .

ويقول الامام الشاطبي (في كتابه « الاعتصام ») مفسراً لقوله تعالى : « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ، ورضيت لكم الاسلام ديناً » ، « فلم يبق للدين قاعدة يحتاج اليها في الضرورات والحاجيات الا وقد بينت غاية البيان ، نعم يبقى تنزيل الجزئيات على الكليات موكولاً الى نظر المجتهد » - ثم يقول : « ولو كان المراد بالآية الكمال بحسب تحصيل الجزئيات بالفعل ، فالجزئيات لا نهاية لها فلا تنحصر برسوم ، وقد نص العلماء على هذا المعنى فانما المراد بحسب ما يحتاج اليه من القواعد الكلية التي يجري عليها ما لا نهاية له من النوازل » وكان ذلك نقلاً عن كتاب « دولة القرآن » (طبعة ١٩٦١ ص ١٧٥) للشيخ طه عبد الباقي سرور .

لما تقدم نجد أن الأحكام الشرعية قد جاءت في القرآن (وهو الأصل والمصدر الأول للأحكام الشرعية) قليلة العدد الى حد بعيد اذ لا يزيد عددها عن نحو مائتين بينما يشمل القرآن نحو ستة آلاف آية (١) .

الخاصية الثالثة

المرونة ومراعاة مقتضيات ظروف البيئة (أو الصالح العام)

هذه ليست في الواقع خاصية خاصة بالشرعية الاسلامية دون غيرها من الشرائع ، فالمفروض والطبيعي أن كل تشريع من التشريعات يعمل على مراعاة تلك المقتضيات ، ولكننا رأينا أن نعالج بحث هذه الخاصية لأن بعض الناقدين - لاسيما من علماء المستشرقين - يتهمون الشرعية الاسلامية بالجمود أى بعدم مراعاة مقتضيات ظروف البيئة (أو الصالح العام) أو « المصلحة » على حد تعبير فقهاء الشرعية الاسلامية .

والواقع - فيما تبين لنا وفيما سنبين للقارىء - أنها أبعد الشرائع عن الجمود ، وأكثرها مرونة وقابلية للملاءمة - وقد تلاءمت فعلا في بعض العصور - مع مختلف البيئات ومختلف ظروف الزمان والمكان . على أننا نجد بنا أن نبادر فنقرر أن ذلك الجمود كان في بعض العصور - ولا يزال حتى في هذا العصر - من صفات بعض علماء الشرعية الاسلامية وفقهائها ، فكان من ذلك أن خلط بعض الناقدين بين الشرعية وفقهائها أو علمائها فوصفت

(١) ذلك هو ما يذكره فقيه العلم الأستاذ أحمد أمين في كتابه « فجر الاسلام » (الطبعة الثانية) ج ١ ص ٢٦٨ - ويلاحظ أن ثمة خلافا يسيّر أ بين الباحثين فيما يتعلق بعدد الآيات ، فنجد الشيخ عمر عبد الله (وكيل كلية الحقوق السابق بجامعة الاسكندرية) يذكر في بحثه القيم « العرف في الفقه الاسلامي » ص ٩٨ أن الآيات القانونية في القرآن « لا تكاد تبلغ خمسة في المائة من عدد آيات القرآن المشتمل على ٦٢٣٦ آية على طريقة الكوفيين التي أتبعث في عد آياته - » وفي بحث بعنوان « الشرعية الاسلامية والقوانين الوضعية بمصر » نشره المستشار الأستاذ على على منصور بمجلة « رسالة الاسلام » السنة الخامسة العدد الأول (يناير ١٩٥٣ ص ٤٨) . يقول أن « الآيات القرآنية التي تضمنت أصول الأحكام على ما أحصاها ابن قيم الجوزيه لا تعدو مائة وعشرين آية من نيف وستة آلاف آية ، أما الأحاديث فخمسمائة من أربعة آلاف حديث . »

ببعض صفاتهم ، وسنة الخلط بين الشريعة ورجال الشريعة ، وبين الدين ورجال الدين ، وآتهم الشريعة ببعض أخطاء فريق من رجالها، وآتهم الدين ببعض أخطاء فريق من رجاله، تلك سنة عرفت منذ سنين عن كثيرين من علماء المستشرقين (١) . ذلك كله مما أحملناه قليلا ، سنزيده الآن تفسيراً وتفصيلاً .

أسباب انحراف المستشرقين للشريعة الاسلامية بالمجورد : يمكننا أن نلخص تلك الأسباب فيما يلي :

١ - لأن الشريعة الاسلامية هي - كما قدمنا - ذات مصدر الهى أى ذات صبغة دينية ، ونجد أن الدين يبدو في نظر الكثيرين (كما يبدو في نظر الفقه الحديث) هو والقانون بمثابة ظاهرتين متنافرتين أى غير مؤتلفتين اذ يعد الدين ذا صبغة جامدة ثابتة غير متغيرة ، بينما يعد القانون ذات صبغة متطورة متغيرة ، كما أن الدين يتعلق بضمير الفرد (أو عقيدته) ، بخلاف القانون فهو يتعلق بالمصالح الاجتماعية ، الأول صادر عن الله والثانى عن الدولة (٢) .

(١) نذكر في مقدمة أولئك المستشرقين الذين أشرنا اليهم جرونيباوم حيث يقول « ان القرآن عاد في أحوال معينة فنسخ وصايا بعينها أنزلت على نبيه مستعيضا عنها بآيات « خير منها أو مثلها » (سورة البقرة الآية ..) فلما انتقل النبي (صلم) الى جوار ربه قضى على وسيلة هذا التغيير الأساسى أو المسيرة للظروف » راجع في ذلك كتاب « حضارة الاسلام » تأليف جرونيباوم Grunebaum (أستاذ اللغة العربية بجامعة شيكاغو ، ورئيس مؤتمر علماء البحوث الاسلامية الذى عقد ببلجيكا عام ١٩٥٣) ترجمة عبد العزيز توفيق جاويد وراجعه المرحوم الأستاذ عبد الحميد العبادى (طبعة ١٩٥٦) ص ١٨٤ - وراجع كذلك بحث الأستاذ على بدوى المحامى وعميد كلية الحقوق ووزير العدل سابقاً بعنوان "Relation Historiques et Ethnologiques des religions et du droit" وهو بحث كتبه الأستاذ الكبير وقدمه الى أحد مؤتمرات القانون المقارن فى لاهى عام ١٩٣١ ونشره بمجلة القانون والاقتصاد (عدد يناير ١٩٣٣) حيث يقول (ص ٢٢) ما ترجمته : « يتبين من التقارير التى قدمها بعض الأساتذة الأجانب الى المؤتمر أنهم يهتمون الشريعة الاسلامية بالحمود وبأنها لا تقبل فى ساحتها أية فكرة جديدة ، والواقع أن هذه فكرة سائدة فى أوروبا منذ أمد طويل »

(٢) راجع بحث الأستاذ على بدوى (المشار اليه) ص ٥ ، وراجع ص ٦ - ٨ حيث يبين أن هاتين الظاهرتين (الدين والقانون) اللتين تعدان اليوم فى نظر البعض متعارضتين لم يكن ذلك شأنهما فى أقدم عصور التاريخ اذ أنهما لم تكونا تعدان سوى شيئاً واحداً يصدر عن مصدر واحد ، فقد كان العرف القانونى صادراً عن المعتقدات الدينية وكان القاضى هو الكاهن .. الخ »

٢ - وكذلك من تلك الأسباب التي دعت أولئك المستشرقين الى ذلك الاتهام أن رجال الفقه الاسلامي لم يفكروا أن ينشروا المبادئ الصحيحة للشريعة الاسلامية باحدى اللغات الأوربية (١) .

٣ - ويلتمس بعض علماء الشريعة في عصرنا هذا المَعذرة لبعض المستشرقين فيما ذهبوا اليه ، ”لأن نواحي الخصوبة والمرونة في النصوص التشريعية في القرآن والسنة (كما يقول الأستاذ الشيخ خلاف) نواح دقيقة لا يحيط بها الا من استقرأ تلك النصوص وراض عقله على الاستدال بها وأنعم النظر في حملتها وتفصيلها ، ولأن نواحي الخصوبة والمرونة في سائر الأدلة الشرعية (يقصد المصادر) قد غطاها علماء المسلمين ببحوث لفظية واختلافات جدلية وشروط وقيود ذهبت بمرونتها وحالت دون الاهتداء بها ، واشتد تحجر هذه المصادر وزاد تراكم الأتربة عليها بسد باب الاجتهاد ، واجباب تقليد مجتهد من الأئمة الأربعة ، فان هذا عطل استعمال مصادر التشريع في الاستنباط وحدها (٢) “ .

٤ - ونضيف الى تلك الأسباب جهل فقهاء القانون الغربيين (اللهم الا النادر) باللغة العربية التي هي وحدها لأداة التي تمكنهم من الوقوف على آراء رجال الفقه الاسلامي (٣) .

٥ - وأخيراً نضيف الى ما تقدم ما هو معروف عن الكثيرين من المستشرقين الغربيين من تعصب ضد الشرق والشرقيين وأحياناً ضد الاسلام والمسلمين ، وتلك نزعة من شأنها أن تضعف فيهم روح الأنصاف والروح العلمية أي روح حب البحث عن الحقيقة : الأمر الذي أدى ببعضهم

(١) راجع بحث الأستاذ علي بدوي (المرجع السابق) ص ٢٢

(٢) راجع بحثاً بعنوان : « مصادر التشريع الاسلامي مرنة تسير مصالح الناس وتطورهم » للأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف ، منشور بمجلة القانون والاقتصاد ، بالعدد ابريل مايو عام ١٩٤٥

(٣) بحث الأستاذ علي بدوي (السابق ذكره) ص ٢٢

الى الوقوع في هوة بعض أخطاء تعد من الأوليات أى أن وجه الحق أو الصواب فيها يعد من البدهيات ، وحسبنا بيانا لذلك أن نشر الى مارآه بعض أولئك المستشرقين من أن الأفراد فى الاسلام ليس لهم حقوق ازاء الامام (أو الحكام) وأن الطاعة لهم واجبة على الأفراد على الدوام ، والامسئولية على الحكام وأن الخلافة فى الاسلام هى نوع من أنواع الحكومات الاستبدادية الجائرة ، أى المطلقة غير المقيدة ، وغير ذلك مما هو بين فيه وجه الخطأ ، (ومما سررد فيه الكلام تفصيلا فى موضعه ، وذلك بصدد الكلام عن المبادئ الدستورية فى الاسلام (١) .

ومن أولئك المستشرقين من تذهب به تلك النزعة الى حد انكار أن الرسول كان مثلا أعلى من حيث الخلق القويم بل العظم ، والى حد انكار صحة الأحاديث جميعاً ، ونسبها الى الصحابة والتابعين (٢) .

ومنهم من تذهب به تلك النزعة — فى كتاباته عن تاريخ الأزمنة القديمة — الى حد انكار فضل الحضارة الشرقية القديمة على الحضارة اليونانية (التي تعد أصل أو مصدر الحضارة الغربية الحديثة) بل الى اهمال الشرق القديم اهمالا تاما ، أنهم — على حد تعبير المؤرخ الأمريكى والعالم المنصف بريستيد (Breasted) « يريدون قتل حضارة الشرق عمداً لأنهم يريدون اخفاء الحقيقة » (٣) .

(١) راجع فى ذلك « النظريات السياسية الاسلامية » للدكتور محمد ضياء الدين الرئيس (أستاذ التاريخ الاسلامى بكاية دار العلوم) الطبعة الثانية ١٩٥٧ ص ٢٧٣ ، ٢٧٤ ، ٢٨٧ وراجع فى بيان ما يعمد اليه بعض المستشرقين فى كتاباتهم من العمل على اضعاف الروح المعنوية فى نفوس الشعوب الشرقية الاسلامية وبث روح اليأس فيهم من مقاومة المستعمرين ، راجع فى ذلك كتاب « الحكم الاسلامى الحديث وصلته بالاستعمار الغربى » (طبعة ١٩٥٧ ص ٣٤١ ، ٣٤٢ للدكتور محمد الهبى وزير الأوقاف) وأستاذ الفلسفة بكلية اللغة العربية بالأزهر ومدير الجامعة الأزهرية سابقاً) .

(٢) راجع فى ذلك كتاب « فى العقيدة والشريعة » (من سلسلة الثقافة الاسلامية عدد يناير ١٩٦٠) ص ٢٨ ، ٦٢) للأستاذ الشيخ محمد الغزالى حيث عرض لنقد آراء المستشرق جولدميسير (مؤلف كتاب « العقيدة والشريعة ») نقدا علميا قوياً .

(٣) راجع فى ذلك كتاب المؤرخ الأمريكى الأخصائى فى التاريخ المصرى القديم : بريستيد Breasted بعنوان The conquest of Civilisation الترجمة العربية له بعنوان انتصار « الحضارة » للدكتور أحمد فخرى (طبعة ١٩٥٥ ص ٣ ، ٤ من المقدمة حيث =

ويجدر بنا في مقام الختام لهذه النبذة أن نوجه الأنظار الى أننا لا ننكر أن بين المستشرقين بعضاً من العلماء الممتازين المنصفين الذين كتبوا عن تاريخ الشرق أو عن الغرب والشريعة الاسلامية بروح علمية صادقة لا تشوبها شائبة الشبهات أو شائنة الشهوات ، ولكن المقام هنا ليس مقام الكلام عن هذا الفريق من المستشرقين ولا عن المستشرقين بوجه عام ، وإنما نحن نتكلم هنا عن ذلك الفريق من المستشرقين الذين يهتمون بالشريعة الاسلامية بالحمود (١) .

أما وقد انتبهنا من بيان تلك الأسباب فأنا نتقل الى بيان خطأ اتهام الشريعة بالحمود .

خطأ اتهام الشريعة الاسلامية بالحمود

إن الشريعة إنما تقوم - كما قدمنا - على أساس مراعاة مقتضيات ظروف البيئة (أى الصالح العام) أو « المصلحة » فضلاً عن مراعاة صالح الفرد في دنياه وأخراه ، فهي على قسط من المرونة يسمح لها أن تتطور وتتغير طوعاً لتطور وتغير تلك الظروف أو تلك « المصلحة » (٢) . وبياناً لذلك ندلى بما يلي :

= يقول الدكتور فخرى أن الباعث الذي حدا بذلك المؤرخ الكبير الزويه (بريستيد) الى كتابة مؤلفه إنما يرجع الى استنكاره لما شهده من أن المؤرخين الغربيين ينسبون مصدر الحضارة الغربية الى اليونان والرومان وحدهم ، ويهملون الشرق القديم اهمالاً تاماً .

(١) راجع كتاب « مآثر العرب على الحضارة الأوربية » للأستاذ جلال مظهر (طبعة ١٩٦٠) . حيث يجحد القارئ (ما بين صفحة ١٣ - ٢٠) نبذةً مختلفة مختارة من كتابات عدد غير قليل من المستشرقين المنصفين الذين يشيدون بفضل الحضارة العربية على الحضارة الغربية .

(٢) ان كلمة « المصلحة » في اصطلاح فقهاء الشريعة يقصد بها - فيما يبدو لنا - ما نعيه عادة بعبارة « الصالح العام » وذلك في حدود ما ترسمه المبادئ والأحكام التي جاء بها الاسلام راجع في ذلك مؤلف الأستاذ الشيخ محمد شلبي « تعليل الأحكام » ص ٢٧٨ حيث ورد فيه أن الغزالي يعرف « المصلحة » بأنها هي « المحافظة على مقصود الشارع وهو خمسة : أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم وما لهم ، فكل ما تضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة ، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة » ثم يضيف المؤلف أن الخوارزمي عرفها أنها « هي المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفاسد عن الخلق » .

١ - الفراه - ان الأحكام الشرعية في القرآن جاءت - كما قدمنا وبيننا - بصورة كلية عامة (وذلك فيما عدا الأحكام المتعلقة بالعبادات وما يلحق بها) كما أنها كانت قليلة العدد الى حد بعيد ، وذلك كله حتى تستطيع أن تتلاءم مع ظروف مختلف البيئات في مختلف الأزمان ، أو بعبارة أخرى حتى تستطيع مسايرة مصالح الناس في مختلف الأزمنة والأمكنة ، كما أن القرآن يتضمن من الآيات ما يفيد هذا المعنى أو هذا الاتجاه ، كقوله تعالى مخاطباً الرسول : « وما أرسلناك الا رحمة للعالمين » وكقوله : « وما جعل عليكم في الدين من حرج » وقوله « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » (١) .

ثم أن من المبادئ المعروفة التي جرى عليها القرآن : النسخ ، والتدرج في التشريع وفي أنواع الأحكام الشرعية ، ونزول الأحكام الشرعية تبعا للحوادث والمناسبات ، ويدل ذلك كله بصورة بيّنة على أن الأحكام الشرعية تتغير وتتطور بتغير المصالح وتطور الظروف (٢) .

(١) ويقول الأستاذ الشيخ شلبي (في مؤلفه السابق ٢٨٧ ، ٢٨٨) تعليقا على هذه الآيات الكريمة : « دل الكتاب والسنة اجمالا وتفصيلا على أن المصلحة واجب اعتبارها وطلب من المكلفين تحصيلها » ، وبعد أن أورد تلك الآيات الكريمة نجده يقول : « ومن الرحمة الاذن لهم في جلب المصالح ودفع المفاسد عنهم ، ومعلوم أن للناس مصالح تتجدد بتجدد الأيام ، فلو وقف الاعتبار على المنصوص فقط لوقع للناس في الحرج الشديد وهو مناف للرحمة » .

(٢) فإن الله قد **نسخ** في القرآن بعض الأحكام أي أنه أبطلها أو عدلها حين تبدلت الظروف واقتضت المصلحة ذلك - راجع في ذلك مؤلف الأستاذ الشيخ شلبي « المرجع السابق » ص ٣٠٧ وكتاب « اجتهاد الرسول » للشيخ عبد الجليل عيسى أبو النصر (طبعة ١٩٥٠) و« أصول الفقه » للأستاذ الشيخ خلاف ص ٢٩٠ ، وص ٢٨٤ حيث يقول : « ان من يتبع آيات الأحكام التي وردت في القرآن وما رواه المفسرون من سبب نزول كل آية منها يتبين أن كل حكم قرآني انما شرع لحادث اقتضى تشريعه ، ويتجلى ذلك في مثل قوله تعالى : « يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما اثم كبير ومنافع للناس واثمهما أكبر من نفعهما » - وعن التدرج في التشريع يقول الأستاذ الشيخ خلاف (المرجع السابق ص ٢٨٧) : « أن هذا التدرج كان في زمن التشريع ، وكان في أنواع الأحكام التي شرعت ، فالتدرج الزماني ظاهر من أن الأحكام التي شرعها الله ورسوله لم تشرع دفعة واحدة في قانون واحد ، وانما شرعت متفرقة في مدى اثنين وعشرين عاما وبضعة شهور حسب ما اقتضاها من الأفضية والحوادث ، وكان لكل حكم تاريخ لصدوره وسبب خاص =

وأخيراً نضيف الى ما تقدم أن النصوص القرآنية عللت الكثير مما جاءت به من الأحكام الشرعية ، والتعليل انما ينطوى على بيان ما يترتب على الأخذ بهذه الأحكام من مصالح للناس ، كما أنه ينطوى على مغزى هام : هو أن هذه الأحكام تدور مع تلك المصالح فحيثما توجد المصلحة يوجد الحكم الشرعى ، أى أن الحكم متى تغيرت المصلحة (التي شرع الحكم من أجلها) فإنه يجب تغيير الحكم (١) .

٢ - السنة - من الأحاديث المشهورة المأثورة عن الرسول قوله : « لا ضرر في الاسلام » وأن دفع الضرر أو المفسدة - كما يقول الغزالي - هو نوع من المصلحة (٢) ، ويترتب على ذلك أن الأحكام الشرعية يجب أن تكون مسالمة لمصالح الناس (أو بعبارة أخرى : للمصالح العام) متغيرة بتغيرها . ولقد كان الرسول يحكم بتحريم الشيء أو تحليله فيبين له الصحابة ما يلحقهم من الضرر فيرجع عما أمرهم به دفعاً للضرر ، ولا ريب أن من حق الأفراد في الاسلام أن يتبعوا هذا المسلك القويم . ولقد قال تعالى في كتابه الكريم : « لقد كان لكم في رسول الله أسوة أحسنة » كما قال : « وما آتاكم الرسول

== لتشريعه ، والحكمة في هذا التدرج الزمنى أن ييسر معرفة القانون بالتدرج مادة فادة وييسر فهم أحكامه على أكمل وجه بالوقوف على الحادثة والظروف التي اقتضت تشريعها . والتدرج في أنواع شرع من الأحكام ظاهر من أن المسلمين لم يكلفوا في أول عهدهم بالاسلام بما يشق عليهم فعله أو ما يشق عليهم تركه بل سلك بهم سبيل التدرج ، ففي أول أمرهم لم تفرض عليهم الصلاة خمس فرائض في اليوم والليلة ركعات محدودة في كل فريضة بل طلبت صلاة مطلقة بالعبادة والعشى .. ولم يحرم عليهم الخمر والميسر... الخ » - وراجع « المدخل لدراسة الفقه الاسلامى » للأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى (الطبعة الثانية ١٩٦١) ص ٢٣ ، ٢٤ حيث يقول أن في هذا التدرج « دفع للحرَج عن المسلمين وأخذهم باليسير في التكالف والأحكام ، وبخاصة أنهم كانوا حديثي عهد بحياة لها أعرافها وتقاليدها التي تختلف في الكثير منها عما جاء به الاسلام » .

(١) راجع « الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية » للأستاذ الشيخ شلبى ص ١١٤ ، ١١٥ حيث يشير كذلك الى ما ذكره الفقيه عز الدين بن عبد السلام (في قواعد الأحكام» ج ٢ ص ١٢١) « كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل » .

(٢) « تعليل الأحكام » للأستاذ الشيخ شلبى ص ٣٠٧ ، ٢٨٨ ، ٣٠٨

فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا» ولقد كان مما آتانا به الرسول أن نعدل عن
الرأى إذا تبينا مضرته .

وحسبنا أن نذكر بياناً لما قدمنا المثليين التاليين :

(أ) لقد نهى الرسول عن أن تقطع يد السارق في زمن الحرب ،
وكان ذلك خشية أن ينتقل السارق الى صفوف الأعداء هرباً
من القصاص ، وذلك رغم ما ورد في القرآن من قوله تعالى
« والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » وذلك دون تخصيص
بحالة السلم دون حالة الحرب ، ولكن الرسول لم يطبق النص
منعاً لضرر أشد « (١) ، ومن المبادئ المقررة في الشريعة
الاسلامية المبدأ القائل : « إذا اجتمع ضرران ارتكب الأخف » .

(ب) مما رواه البخارى أن قوماً ساءت أحوالهم فذهبوا الى الرسول
يستشيرونه في نحر إبلهم ، فأشار عليهم بذلك ، فلما علم
عمر بن الخطاب بذلك ذهب الى الرسول وقال له : « يارسول
الله ، ما بقاؤهم بعد إبلهم » ؟ فرجع الرسول عن رأيه ، حين
تبينت له وجه المصلحة (٢) .

٣ - الصحابة (في عهد الخلفاء الراشدين) - كان كثير من الصحابة -
بعد وفاة النبي ، في عهد الخلفاء الراشدين - يتحرى في استنباطه للأحكام
الشرعية المصلحة أو العدالة حيث لا يكون هناك نص من كتاب أو سنة ،
أى أنهم كانوا - على حد التعبير الذائع في ذلك العصر - « يستعملون الرأى » (٣) .

(١) « الاجتهاد في الاسلام » للأستاذ الأكبر الشيخ المراغى ص ٤٢ - وراجع كذلك
« دولة القرآن » للشيخ طه عبد الباقى سرور ص ١٥٤

(٢) « تحليل الأحكام » للأستاذ الشيخ شلبى ص ٣٢

(٣) مما تجدر ملاحظته أن ذلك لم يكن شأن جميع الصحابة ، فقد كان منهم القليل من يتشدد فلا يرى
أن « يستعمل الرأى » فكان لا يفتى الا بما ورد فيه نص من كتاب أو حديث ، ذلك مثلاً كان شأن
عبد الله بن عمر (راجع في ذلك « ضحى الاسلام » للأستاذ أحمد أمين ج ٢ ص ١٥٤) . =

ويجب ألا يفوتنا أن ثمة مصادر أخرى من مصادر الشريعة تعد مصدر
توسعة في التشريع كالقياس والاستحسان والمصالح المرسله .

ولقد كانت شخصية عمر بن الخطاب أبرز شخصيات الصحابة في هذا
الباب ، فهو لم يقتصر فحسب على الاجتهاد أو « استعمال الرأى » حيث لا نص
من كتاب أو سنة ، وإنما ذهب الى مدى أبعد من ذلك اذ كان يعمد الى
الاجتهاد أو « استعمال الرأى » فيبحث عن وجه العدالة أو المصلحة حتى رغم
وجود نص من كتاب أو سنة ، فكان لذلك لا يفسر النص طبقاً لحرفيته
أى طبقاً لالفاظه وظاهره ، وإنما يفسره طبقاً لحكمته أى طبقاً لباطنه ، وهو
ما نطلق عليه اليوم « روح التشريع » ولو أدى هذا التفسير الى عدم تطبيق
النص - كما كان الكثيرون من الصحابة يمتنعون كذلك عن تطبيق النص -
أسوة بما كان يفعل الرسول - اذا تبين ضرر من اعماله أشد من اهماله ،
وبيانا لما قدمنا تقدم الأمثلة التالية :

(أ) لم يقف الصحابة عند حد عدم تطبيق حد السرقة (أى قطع
يد السارق) في زمن الحرب كما فعل الرسول ، وإنما نجدهم
كذلك لم يطبقوا - بطريق القياس - في زمن الحرب النص
القرآنى الذى يقضى بجلد شارب الخمر ، وقد كان الذى
ارتكب هذا الأثم أحد أمراء الجيش (أى أحد قواده) (١) .

(ب) عمر والنص القرآنى الخاص « بالمؤلفة قلوبهم » .

= وراجع « فجر الاسلام » للأستاذ أحمد أمين ص ٣٦ ، حيث يقول أن ابن القيم فسر المقصود
« باستعمال الرأى » « بأنه ما يراه بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب » ، ولا ريب
أن ذلك إنما يكون في نطاق حدود المبادئ العامة التى جاءت بها الشريعة الاسلامية ، « والشريعة
مبناها وأساسها - كما يقول ابن القيم - على الحكم والمصالح » ، وسوف نعود الى الكلام عن ذلك
بشيء من التفصيل حين نعود الى الكلام عن ابن القيم بعد قليل .

(١) « تعليل الأحكام » للأستاذ الشيخ شلبى ص ٣٦ ، و « فجر الاسلام » للأستاذ أحمد أمين

من الأحكام الشرعية التي وردت في القرآن اعطاء الزكاة لمن أطلق عليهم « المؤلفلة قلوبهم » ، وذلك في قوله تعالى : « انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها ، والمؤلفة قلوبهم » ، ولقد كان الرسول يمنحهم كذلك من أموال غنائم الحرب ، ولقد جرى أبو بكر على هذه السنة مدة خلافته . أما أولئك الذين وصفهم القرآن « بالمؤلفة قلوبهم » فإن منهم من كان مسلماً ضعيف الايمان ومنهم من لم يكن قد أسلم بعد ، ولكنهم كانوا جميعاً قوماً أولى بأس ومكانة بين العرب ، فكان الرسول (ومن بعده أبو بكر) « يتألف قلوبهم » (أى يستميلهم اليه) بالهبات والصدقات ، اتقاء لشركهم وابقاء على ودهم . ولكن عمراً لم يجر على تلك السنة التي جرى عليها أبو بكر ومن قبله الرسول تنفيذاً لحكم شرعى جاء به القرآن ، ذلك لأن عمر رأى أن الحكمة التي أدت الى تقرير ذلك الحكم الشرعى قد زالت ، لذلك قرر أن الحكم يجب أن يزول بزوالها ، بعبارة أخرى أنه عمل بروح النص لا بظاهره أو محرفيته . أما عن تلك الحكمة فقد كانت حاجة المسلمين في ذلك الحين الى المعضدين والمؤيدين ، فقد كانوا - في بداية عهدهم - على ضعف وقلة عدد ، فلما أن أصبح المسلمون ذوى عدد عديد وذوى قوة وبأس شديد رأى عمر أنهم لم يعودوا بحاجة الى المعضدين والمؤيدين من تلك الطائفة التي تدعى « بالمؤلفة قلوبهم » فقد قال عمر عنهم : « ان الله قد أعز الاسلام وأغنى عنهم » - من ذلك يتبين أن عمر قد فسر النص طبقاً لروح التشريع أى طبقاً لحكمته ، لذلك رأى أن يزول الحكم الشرعى لزوال حكمته ، ونزولاً على ما تقضى به المصلحة . وعلى ذلك جرى اجماع الصحابة (١) .

(١) راجع « السياسية الشرعية والفقہ الاسلامى » ص ١٥ للأستاذ الأكبر الشيخ عبد الرحمن تاج ، و« تحليل الأحكام » ص ٣٧ ، ٣٨ للأستاذ الشيخ شبلى ، و« دولة القرآن » ص ١٥٢ - ١٥٤ للشيخ طه عبد الباقي سرور - ولقد لاحظنا اختلافاً يسيراً بين المؤلفين الذين نقلنا عنهم هذه الحادثة ، فبعضهم قدروها باعتبار أن اعتراض عمر قد حدث في عهد خلافته ، والبعض الآخر رواها باعتبار حدوث ذلك الاعتراض في عهد خلافة أبي بكر وأن أبا بكر عدل عن خطته ونزل على رأى عمر ، وقد آثرنا الأخذ بالرواية الأولى ، والخلاف بين هاتين الروايتين لا يثير من جانبنا - على أى حال - الا القليل بل الضئيل من الاهتمام في مثل هذا المقام .

(ج) أن عمر اتبع - في خلافته - طريقة بصدد تقسيم الغنيمة في الحرب ، خالف بها الطريقة التي جرى عليها الرسول ، نظراً لما تبين له من أنه لو اتبع طريقة الرسول لأصاب الأمة - في الظروف التي تحيط به (بعمر) - ضرر كبير (١) .

(د) أن عمر نهى عن قطع يد السارق في عام المجاعة ، مع أن النص عام شامل لا يفرق بين زمن الرخاء أو زمن القحط والمجاعة ولكن عمر فهم أن الجزاء الشديد لا يبرره إلا أن يكون السارق قد سرق لغير حاجة ، أما إذا حل به العوز والجوع فإن العدالة تقضى بعدم استحقاقه لذلك الجزاء . تغيرت الظروف فرأى عمر أن يتغير الحكم رغم صراحة النص (٢) .

(هـ) أن عمر نهى - في بعض الظروف - عن زواج المسلم بالكنائية مع أن أحكام الدين تقر مثل هذا الزواج (٣) .

(و) كان رسول الله يأذن للنساء بالصلاة في المساجد ، واستمر الحال على ذلك بعد وفاته حيناً من الوقت ، ثم جاء حين من الزمان

= ويجدر بنا هنا أخيراً أن نشير الى ماورد في كتاب « الادارة الاسلامية في عز العرب » للأستاذ محمد كرد علي (وزير معارف سوريا وعضو المجمع اللغوي سابقاً) ص ٧ عن « المؤلف قلوبهم » أنهم في عهد الرسول «أحد وثلاثون رجلاً من سادة العرب تألفهم الرسول وتألف بهم قلوبهم ليرغبوهم في الاسلام ، وكل منهم سيد في قومه مطاع فيهم ، فكان منهم العالم والخطيب والشاعر والداهية ، قال صفوان ابن أمية : « لقد أعطاني رسول الله يوم حنين وانه لمن أبغض الناس الى فإزال يعطيني حتى أنه لمن أحب الناس الى » .

(١) ، (٢) راجع في ذلك للأستاذ الشيخ محمد مصطفى شلبي رسالة قيمة بعنوان « تحليل الأحكام » عرض وتحليل لطريقة التعليل وتطوراتها في عصور الاجتهاد والتقليد (طبعت بمطبعة الأزهر ١٩٤٩) ص ٤٨ ، ٦٢ .

(٣) راجع بحثاً بعنوان : « الفقه الاسلامي بين المثالية والواقعية » للاستاذ الشيخ شلبي ، نشر بمجلة الحقوق العدد الأول والثاني من السنة التاسعة (١٩٥٩-١٩٦٠) حيث يقول (ص ١٦٩) بأن عمر كتب الى حذيفة لما تزوج يهودية « أن خل سبيلها فأني أخاف أن يقتدى بك المسلمون فيختاروا نساء أهل الذمة لجمالهن ، وكفى بذلك فتنة لنساء المسلمين .

تغيرت فيه أحوالهن وأخلاقهن فاختلفت الصحابة في أمر
منعهن من الذهاب الى المساجد ، ولقد كانت السيدة عائشة
أم المؤمنين تؤيد رأى المانعين (١) .

٤ - التشريع الاسلامى فى العصر الحديث - ومما يدل على مسابرة
الشريعة الاسلامية لمختلف ظروف الزمان وملاءمتها ، لمختلف ظروف البيئة والمكان
أنا نجد فى العصر الحديث أن القانون المدنى الذى طبق تحت اسم « المحلة »
فى عهد الامبراطورية العثمانية كان عبارة عن تقنين (Codification)
لمذهب الامام أبى حنيفة وقد كان مطبقاً منذ عام ١٨٦٩ على رعايا تلك
الامبراطورية العثمانية سواء كانوا من المسلمين أو غير المسلمين ، وقد
ظل مطبقاً على بعض أجزاء تلك الامبراطورية (سوريا ولبنان) حتى بعد أن
زالت عنها السيادة العثمانية وخضعت تحت نير الاستعمار « الانتداب »
الفرنسى ، وذلك حتى أدخلت تعديلات جديدة على التشريع هناك عام
١٩٣٢ (٢) - ونجد المسيحيين الذين يقطنون تلك البلاد الخاضعة لذلك
« الانتداب » (أو الاستعمار) الفرنسى قد اقتبسوا من المذهب الحنفى الأحكام
الخاصة بالمواريث وجعلوها قانوناً من قوانين الأحوال الشخصية الخاصة
بهم (٣) .

ومما يؤيد ما قدمنا أن القانون المدنى المصرى القديم وقد كان مطبقاً
على جميع المصريين على اختلاف دياناتهم وعلى جميع الأجانب على اختلاف

(١) راجع البحث السابق ذكره « الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية » للأستاذ الشيخ شلبى
حيث يقول (ص ١٣٥) عن السيدة عائشة أنها قالت : « لو أدرك رسول الله ما أحدث النساء
لمنعهن المساجد كما منعت نساء بنى اسرائيل » .

(٢) راجع فى ذلك تقرير الأستاذ العميد على بدوى الى مؤتمر القانون المقارن بلاهائى
(السابق ذكره) ص ٢٣

(٣) ذلك هو ما ذكره الأستاذ شكرى قرادحى (وهو مسيحى) فى تقريره الذى قدمه الى المؤتمر
بصفته عضواً فيه مندوباً عن بلاده (لبنان) - وقد أشار الى ذلك الأستاذ على بدوى فى تقريره
صفحة ٢٣

جنسياتهم ، ذلك القانون ولو أنه كان مقتبساً من القانون المدني الفرنسي كان يتضمن غير القليل من أحكام الشريعة الإسلامية (١) .

وفي مصر سار العمل لدينا على الأخذ بفقهاء المذهب الحنفي وحده حتى سنة ١٩٢٠ في قضاء المحاكم الشرعية (في شأن الأحوال الشخصية والوقف والحكر) وفي الافتاء . ثم أدخلت على هذا المذهب بعض تعديلات مقتبسة من فقه المذاهب الأخرى (الأربعة) وبخاصة مذهب مالك ، وكان ذلك عام ١٩٢٠ - وقد توالى بعد ذلك القوانين التي خرج بها المشرع عن المذهب الحنفي بل وعن المذاهب الأربعة الى مذاهب أخرى كذهب الامام ابن تيميه (٢) .

على أننا نجد أنه رغم الغاء المحاكم الشرعية واحالة اختصاصاتها الى المحاكم المدنية بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ فإن القاضي لا يزال حتى اليوم مقيدا بالرجوع الى فقه مذهب الامام أبي حنيفة (أرجح الأقوال فيه) في مسائل الأحوال الشخصية والوقف ، ولكن ذلك إنما يكون في الحالات التي لم يتناولها تشريع خاص ، وهناك - كما قدمنا - غير قليل من المسائل (المتعلقة

(١) ويضيف الأستاذ على بدوى (ص ٢٣ ، ٢٤) الى ما تقدم أن الأستاذ الايطالى العييد Del Vecchio (مندوب ايطاليا في المؤتمر) أشار الى « الصبغة العلمية والتقدمية » du caractère *à la fois scientifique et progressiste* للشريعة الإسلامية ، كما أشار الى ذلك التوازن الذي اقامه رجال الفقه الاسلامي بين ضرورة احترام أحكام الشريعة وضرورة أن يكون التشريع متلائماً مع مطالب الحياة المتجددة .

(٢) ففي عام ١٩٢٩ صدر قانون اقتبس كذلك من المذاهب الأربعة اللهم الا في مسألتين (تتعلقان بالطلاق) فقد خرج فيهما القانون عن المذاهب الأربعة وأخذ فيهما بمذهب ابن تيميه وتلميذه الامام ابن القيم ، وقد كانت هذه أول مرة فيما نعلم - أخذت المشرع لدينا الجرأة فخرج عن دائرة المذاهب الأربعة الى مذاهب أخرى .

وفي عام ١٩٤٣ وعام ١٩٤٦ صدرت قوانين خاصة بالمواريث والوصية والوقف خرج فيها المشرع كذلك عن دائرة المذاهب الأربعة .

راجع فيما تقدم كتاب « المدخل » (المرجع السابق) للأستاذ الشيخ شلبي ص ٩٧ - ٩٩

بالأحوال الشخصية والوقف (خرج فيها المشرع عن دائرة المذهب الحنفى بل وعن دائرة المذاهب الأربعة جميعاً) (١) .

ومعلوم أن المادة الأولى من القانون المدنى المصرى اعترفت بمبادئ الشريعة الاسلاميه كمصدر رسمى ثالث للقانون المدنى . وهذا يعد الفقه الاسلامى من مصادر القانون المدنى ، لأن استخلاص مبادئ هذه الشريعة انما يتم فى الواقع عن طريق الرجوع الى كتب الفقه الاسلامى (٢) .

(١) فقد نصت المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ (الذى سبقت الاشارة اليه) بأن « تصدر الأحكام فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف والتي كانت أصلاً من اختصاص المحاكم الشرعية طبقاً لما هو مقرر فى المادة ٢٨٠ من لأئحة ترتيب المحاكم الشرعية » أما المادة ٢٨٠ المذكورة فهى تنص على أنه « تصدر الأحكام طبقاً للمدون فى هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ، ما عدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة ، فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقاً لتلك القواعد » .

راجع فيما تقدم « أصول القانون » للأستاذ الدكتور كيره ص ٢٦٤ ، و « المدخل للعلوم القانونية » (طبعة ١٩٦٠) ص ٣٠٤ - ٣٠٦ للأستاذ الدكتور عبد المنعم البدر اوى .

(٢) على أنه يجب فى هذه الحالة - كما يقول الأستاذ الكبير الدكتور السهورى - مراعاة أمرين جوهرين :

« الأمر الأول - هو عدم التقيد بمذهب معين من مذاهب الفقه الاسلامى ، فكل مذاهب الفقه يجوز الرجوع اليها والأخذ بها ، ولا محل للوقوف عند أرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة ، وبل ولا للتقيد بالمذهب الحنفى فى جملته . ولعلنا نذهب الى مدى أبعد فنقول انه لا موجب للتقيد بالمذاهب الأربعة المعروفة فهناك مذاهب أخرى ، كذهب الزيدية ومذهب الامامية ، يمكن الانتفاع بها الى حد بعيد .

« الأمر الثانى - (كما يقول أيضاً الأستاذ الكبير) هو أن يراعى فى الأخذ بأحكام الفقه الاسلامى التنسيق ما بين هذه الأحكام والمبادئ العامة التى يقوم عليها التشريع المدنى فى جملته . فلا يجوز الأخذ بحكم فى الفقه الاسلامى يتعارض مع مبدأ من هذه المبادئ حتى لا يفقد التقنين المدنى تجانسه وانسجامه . وفيما قدمناه من الرخصة فى الأخذ بمذاهب الفقه جميعاً ، دون تمييز بين مذهب ومذهب ، ما يجعل تحقيق هذا التنسيق ميسوراً ، فلا يفضل الباحث فى تفصيلات الفقه الاسلامى ولا يتخار منها لاما يتسق مع المبادئ العامة للتشريع المدنى » راجع مؤلف الأستاذ الدكتور السهورى « مصادر الالتزام » الجزء الأول ص ٤٩ ، ٥٠ - وكان ذلك نقلاً عن كتاب الأستاذ الدكتور البدر اوى : « المدخل للعلوم القانونية » ص ٣٤٣

ولا يفوتنا أخيراً أن نذكر أننا نجد - بالنسبة للوقف - أن الشريعة الإسلامية تطبق في مصر في مسائله على الأجانب والمصريين على اختلاف عقائدهم الدينية ، وذلك لأن الوقف نظام تأصل لدى فقهاء الشريعة الإسلامية ولأنه لا يتصل بالعقيدة الدينية (١) .

الخاصية الرابعة :

الخاصية الرابعة للشريعة الإسلامية أنها ليست ذات صبغة اقليمية ، أو بعبارة أخرى أنها ذات صبغة عامة (لجميع البشر) أى عالمية .

هذه الخاصية تختلف للشريعة الإسلامية بها اختلافاً كبيراً عن التشريعات الأخرى الوضعية التي يراعى فيها إنما توضع للدولة معينة تحدد باقليم معين أى ذات حدود جغرافية معينة ، فالقانون الوضعي في كل دولة يسرى على الأفراد في حدود اقليم معين ، أو على المواطنين الذين ينتمون الى جنسية معينة ، أما الشريعة الإسلامية فهي ذات صبغة عالمية ، اذ أن أحكامها - كقاعدة عامة - انما وضعت لجميع البشر في جميع الأمكنة ، بل والأزمنة ولذلك جاءت أحكامها (كما قدمنا وبيننا تفصيلاً) في المسائل القانونية ذات صبغة كلية « فليس من المعقول - كما يقول الأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت أن تعرض شريعة جاءت على أساس من الخلود والبقاء والعموم لتفصيل أحكام الجزئيات التي تقع في حاضرها ومستقبلها » (٢) .

(١) راجع في ذلك ، ولزيادة التفصيل : « أصول القانون » للدكتور كبره ص ٣١٨-٣٢٦ وكذلك « نظرية القانون للدكتور عبد الفتاح عبد الباقي طبعه ١٩٥٤ ص ١٦٦-١٦٨ .

(٢) « الإسلام عقيدة وشريعة » للأستاذ الشيخ شلتوت ص ٤١٧ ويقول الامام ابن القيم في مؤلفه « أعلام المرقيين » ص ١٦٤ « أن دعوة الرسول صلى الله عليه وسلم عامة لمن كان في عصره ولمن يأتي بعده الى يوم القيامة ، والواجب على من جاء بعد الصحابة هو الواجب عليهم بعينه وان تنوعت صفاته وكفايته باختلاف الأحوال » .

ويقول الدكتور محمد البهي (في مؤلفه السابق ذكره صفحة ١٣٧) « أن هذه المبادئ الإسلامية ليست لها طبيعة التوقيت ولا الخصوص المكاني أو الزماني فهي للناس كافة وللانسانية في أزمته المتتابعة ، وفي جميع بقاعها ، ومقتضى ذلك أنها صالحة لتناول أحداث الحياة وصبغها بالصبغة الإسلامية وأنها صالحة كذلك لتوجيه الانسان في الحياة في ظروف هذه الحياة المختلفة » .

الرد على امراض - على أن بعض العلماء يعترض على هذه النزعة العالمية للشريعة الاسلامية ، ويرى أنه اذا صح أن تدين البشرية كلها بدين واحد الا أنه ليس مما تقبله العقول أن نقول بأن العالم يمكن أن يخضع لحكومة واحدة ، وتشريعات واحدة، فذلك يعد أمراً لا يتلاءم مع الطبيعة البشرية ، إذ أن التشريع لا يمكن أن تكون له صبغة العموم أى صبغة عالمية الا اذا كان جميع البشرية تخضع لحكومة واحدة أى حكومة عالمية ، ويرى هذا البعض أن الدين الاسلامى لم يندع الى وحده الدولة . ذلك هو ما يراه أحد علماء الأزهر الأجلء الأستاذ الشيخ على عبد الرازق « (١) .

ويبدو لنا أن الأستاذ الجليل قد فاتته أمور كثيرة :

فاته (أولاً) أن بعضاً من كبار المفكرين بل والعباقرة فى العصر الحديث (وعلى رأسهم اينشتاين) وبعضاً من كبار الساسة الغربيين (وعلى رأسهم المستر أتلى زعيم حزب العمال البريطانى ورئيس الوزارة البريطانية سابقاً) فى مقدمة من ينادون بضرورة الأخذ بفكرة الحكومة العالمية على اعتبار أنها الوسيلة الوحيدة للابقاء على البشرية والمدنية واثقاذهما من حرب عالمية فيها الفناء لهما - فالواقع أن البشرية أصبح عليها فى العصر الحديث أن تختار بين أحد أمرين : اما حكومة عالمية أو حرب عالمية . فكل ما ينادى به ساسة الدول فى العصر الحديث من اجراء مفاوضات أو عقد اتفاقات لتخفيف حدة التوتر الدولى أو لنزع السلاح الخ ، انما يعد ذلك كله فى الواقع نوعاً من أنواع المسكنات لما تعانیه البشرية أو وسيلة من وسائل تأجيل تلك الحرب المرتقبة أى تلك الكارثة العالمية ، ولربما يقدر لذلك كله

(١) راجع « الخلافة وأصول الحكم » للأستاذ على عبد الرازق حيث يقول ص ٧٧ « أن القرآن لم يدع الا الى وحدة فى الدين دون وحدة فى الدولة، لم يدع إلا الى رباط القلب دون رباط السلطان وتكثّل الجماعة » - ويقول ص ٧٨ ، ١٠٣ : « معقول أن يؤخذ العالم كله بدين واحد وأن تنتظم البشرية كلها وحدة دينية ، فأما أخذ العالم كله بحكومة واحدة وجمعه تحت وحدة سياسية مشتركة ، فذلك مما يوشك أن يكون خارجاً عن الطبيعة البشرية » .

أن يكون بمثابة التمهيد لاقامة تلك الحكومة العالمية التي هي وحدها - كما قدمنا
وكما سنبين تفصيلاً - الوسيلة لانقاذ البشرية والمدنية مما يهددهما معاً بالفناء .

كما فاتته (ثانياً) أن الأخذ بفكرة قيام حكومة عالمية لا يتعارض بتاتاً
مع أن يكون لكل شعب من الشعوب من الأنظمة السياسية والاجتماعية
(أى ومن التشريعات) ما يتلاءم مع ظروفه الخاصة، ففكرة الحكومة العالمية
- كما ينادى بها بعض كبار المفكرين والسياسيين في العصر الحديث -
انما تعنى تكوين دولة فيدرالية (أو تعاهدية) عالمية . وإذا كان قيام دولة
فيدرالية صغيرة مثل جمهورية سويسرا لم يكن حائلاً دون أن يكون ثمة
اختلاف كبير بين أنظمة وتشريعات الولايات cantons المكونة لها فمن
باب أولى أن اختلاف الأنظمة بين الدول لا يحول دون قيام حكومة عالمية
فيدرالية (١) .

فالقول بأن قيام حكومة عالمية يعد من الأمور التي لا تستسيغها العقول
أو من الأمور التي لا تتفق مع الطبيعة البشرية هو قول جانبه الصواب ،
وكل ما يصح أن يقال هو أن قيام حكومة عالمية يعد في الظروف الحالية
أمراً بعيد الاحتمال ، ولكن كل ما في الوجود يتطور ويتغير حتى الصخور
كما يقول علماء الجيولوجيا ، ولنكم يبين لنا التاريخ أن أمراً من الأمور
يعد في عصر من العصور بعيد الاحتمال بل وقريباً من الخيال ، ثم يبين لنا كيف
يصبح بعد حين احدى الحقائق الواقعية بعد أن كان من قبل احدى الأمور
الخيالية .

(١) يلاحظ أن بعض الولايات أو الدويلات السويسرية Cantons (التي يسميها عادة فقهاء
القانون الدستوري لدينا خطأ « مقاطعات ») هي ذات نظام « ديمقراطي مباشر »، وعدد تلك الولايات
خسة ، وفي هذا النظام لا يوجد برلمان كما هو معروف وانما تعرض مشروعات القوانين مباشرة
على الشعب أو بعبارة أخرى على « جمعية الشعب » التي تتكون من جميع أفراد الشعب (داخل الولاية)
من يتمتعون بالحقوق السياسية - أما بقية الولايات السويسرية (وعددتها ١٧) فأنظمتها هي المعروفة
باسم الديمقراطية شبه المباشرة، وتوجد في جمهورية الاتحاد السوفييتي كذلك اختلافاً غير يسير بين أنظمة
مختلف الولايات فمثلاً نجد بعض الولايات المكونة للاتحاد السوفييتي (وعددتها ١٦) ذات شكل
فيدرالى ، بخلاف غيرها من الولايات .

وفاته (ثالثاً) أن الشريعة الإسلامية انما تنطوي (اللهم الا في القليل النادر) على قواعد وأحكام عامة كلية وعلى قسط كبير من المرونة يسمح بملاءمتها لمختلف البيئات (كما بينا ذلك تفصيلاً في النبذة السابقة) (١).

وحسبنا هنا أن نذكر أنه بلغ من تلك المرونة أن وجدنا أحد الخلفاء الراشدين (وهو عمر بن الخطاب) كان يرى مراعاة « المصلحة » ولو خالفت النص ، وهو أمر لا نعرف له مثيلاً في الشرائع الأخرى (٢) .

أما القول بأن فكرة « الحكومة العالمية » أصبحت تعد في العصر الحديث إحدى الضرورات التي لا غنى للبشرية لأنها تعد في الواقع الوسيلة الوحيدة الأكيدة لحمايتها مما يتهددها من فناء، فبيان ذلك تفصيلاً مما يخرج عن نطاق دراستنا هنا (٣) .

(١) داجع ص ١٨-٢٧

(٢) راجع ص ٢٢-٢٤

(٣) حسبنا هنا أن نشير في إيجاز الى أن هذه الحقيقة قد بينها بيانا وافيا الكاتب الأمريكي Emery Reves إمري ريفز وذلك في كتاب له وضعه في أمريكا في ربيع عام ١٩٤٥ وقد ترجم الى الفرنسية وطبع بباريس عام ١٩٤٦ بعنوان *Anatonie de la paix* (أى « تشريح السلام ») وقد أحدث هذا الكتاب لدى ظهوره هزة كبرى في البيئات العلمية والسياسية ، في الدول الغربية ، إذ كان ظهوره قبيل نهاية الحرب العالمية الأخيرة .

ولقد سبق لي أن لخصت فكرة هذا الكاتب في محاضرة ألقيتها بالفرنسية بعنوان : *Le Gouverne-ment mondial* (« الحكومة العالمية ») في جمعية مصر - أوربا بالاسكندرية في فبراير سنة ١٩٤٩ . وتتلخص فكرة هذا الكاتب في أن قيام حكومة عالمية هو السبيل الوحيد لمنع الحروب « أن الحروب لا يرجع مصدرها - كما يقول - الى العوامل الاقتصادية أو الدينية أو السياسية أو النفسية أو الجغرافية ، كما يقال عادة . ان هذه العوامل ما هي الا عوامل لها أثرها ولكن بصورة غير مباشرة ، وهي وحدها أو بعضها أو مجتمعة كلها غير كافية لانفجار بركان الحروب . أما العامل أو السبب المباشر والأساسي لاضرام نيرانها فانما يتلخص في وجود وحدات قومية لكل منها سيادة فوق بقعة معينة من الأرض وبناء على ذلك لكل منها جيش خاص بها خاضع لها ، وبعبارة أخرى أن ذلك العامل أو السبب المباشر الأساسي يتلخص في وجود دول ، فهذه الدول لا بد أن تحدث بينها منازعات ، ولا بد أن تؤدي هذه المنازعات الى حروب ، ويبين لنا التاريخ أن حروباً نشأت قديماً بين مدن *Cités* كما نشأت بين أقاليم (تعد اليوم بمثابة محافظات أو أجزاء من قطر =

هى التبسيط والتخفيف - هذه الخاصية من خصائص الشريعة الاسلامية
هى ما يعبر عنها أحيانا فقهاء الشريعة « بنفى المرجح » (١) وتنبئ عن هذه
الخاصية كثير من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية يذكر عادة في مقدمتها

(= واحد من الأقطار) وذلك حينما كانت تلك المدن أو الأقاليم تكون كل منها دولة ذات سيادة مستقلة
و ذات جيش خاص بها ، فلقد نشبت فيما مضى حروب بين إنجلترا واسكتلندا ، كما نشبت بين
روسيا وساكس saxe ، ولقد انتهت تلك الحروب في اليوم الذى تكونت فيه حكومة عليا
هى حكومة إنجلترا في الحالة الأولى وحكومة ألمانيا في الحالة الثانية . وكذلك نجد أن الحكام
الاقطاعيين seigneurs في الترون الوسطى لم يكتفوا عن محاربة أحدهم الآخر الا في اليوم
الذى انتهت فيه سيادة كل منهم ولم يعد له جيش خاص به، وتكونت حكومة عليا فوق أولئك الحكام
الاقطاعيين وهى حكومة الملك ، وكذلك فان الحروب لا يمكن أن نطمئن الى زوالها بين الدول
الا اذا زالت حكومات تلك الدول وسيادتها وتكونت فوقها حكومة عليا هى الحكومة العالمية
التي تملك وحدها جيوشا تحت سلطانها . تلك هى خلاصة فكرة ذلك الكاتب الأمريكى . ويجدر بنا هنا
أن نبدي الملاحظات التالية :

(أولاً) يبدو لنا أنه وان كانت فكرة هذا الكاتب فكرة سليمة قويمه الا أننا نلاحظ
أنه يخلط بين الوسائل وبين الأسباب أو العوامل، فلم يكن من صواب الرأى ما ذكره من أن الأسباب
أو العوامل الاقتصادية أو السياسية الخ هى عوامل « غير مباشرة » لانفجار بركان الحروب ،
أما العامل المباشر لانفجار بركانها هو قيام دول لكل منها جيش خاص بها أو بالايجاز وجود
جيوش . والصحيح أن تلك العوامل هى عوامل « مباشرة » ، وأن الجيوش ليست الا مجرد أداة
أو وسيلة لقيام الحروب ، فوجود تلك العوامل أو الأسباب دون وجود الوسيلة لا يؤدى بداهة
الى قيام الحروب. فلو أنه أمكن القضاء على الجيوش (أو أمكن ما يطلق عليه اليوم « نزع التسليح »)
لأمكن بلا ريب أن نأمن قيام الحروب .

(ثانياً) نلاحظ أن القائلين بانشاء حكومة عالمية لا يقصدون بذلك أن تحكم العالم دولة من
الدول الكبرى ، أما يقصدون أن تحكم دول العالم سلطة عليا على مثال تلك السلطة التى تحكم دولة
فيدرالية (تعاهدية) ، بعبارة أخرى أنهم يقصدون أن تكون دول العالم دولة واحدة فيدرالية
بمخيت تصيح الدول الحالية مجرد دويلات أو ولايات في تلك الدولة الفيدرالية العالمية .

(ثالثاً) نلاحظ أخيراً أن ذلك الكتاب ظهر قبل اختراع القنبلة الهيدروجينية ، والصواريخ
حاربة القارات وغيرها ، ولعل في اختراعها وما تحمله في طيها من دمار للعالم ومن هلاك للغالب
والمغلوب ، لعل في ذلك الخطر المشترك أو الخطر العالمى ضهاناً لتحقيق حلم « الحكومة العالمية »
ولطالما حققت الأيام ما كان يعد يوماً حلماً من الأحلام .

(١) راجع « وسطية الاسلام » للأستاذ الشيخ محمد محمد المدنى (عميد كلية الشريعة) ص ٤٨

الآيتين الكریمتان : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » ، « وما جعل عليكم في الدين من حرج » . ان هذين النصين (أو هاتين الآيتين) يجب أن تبقى سيطرتهما تامة على جميع التشريع الاسلامي - كما يقول الأستاذ الأكبر الشيخ المراغي - فأذا وجدنا أن العمل بالنصوص الخاصة بمسألة من المسائل من شأنه أن يؤدي الوقوع في الحرج كان واجبا (كما يقول) ألا تطبق النصوص الخاصة على تلك المسألة ، وانما يطبق ذلك النص العام الموجب لنفي الحرج (١) .

ومن قواعد الفقه « المشقة تجلب التيسير » ، « اذا ضاق الأمر اتسع » (٢) .

وأن من فقهاء الشريعة من يذهبون الى أبعد من ذلك فيقولون بأن أمراً أوجبه الشرع قد ينقلب الى أمر يحرمه الشرع اذا ترتب على تنفيذ هذا الأمر حرج أو أذى أو فتنه (٣) .

(١) « الاجتهاد في الاسلام » ص ٥١ للأستاذ الأكبر الشيخ المراغي

ويذكر عادة الى جانب هاتين الآيتين الكریمتين آيات أخرى تنبئ عن هذه الخاصية (خاصية التيسير والتخفيف أو « نفي الحرج ») منها قوله تعالى : « يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الانسان ضعيفاً » ، وقوله : « لا يكلف الله نفساً الا وسعها » - ومن الأحاديث النبوية التي تذكر بهذا الصدد قول الرسول : « عليكم من الأعمال بما تطيقون » - ولقد أوصى الرسول معاذاً وأبا موسى الأشعري حين وليا القضاء بقوله : « يسراً ولا تعسراً وبشراً ولا تنفراً » .

كما ورد في الحديث النبوي « ... فأذا أمرتكم بشيء فخذوا منه ما استطعتم وإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه » .

راجع فيما تقدم « علم أصول الفقه و خلاصة التشريع الاسلامي » للأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف ص ٢٨٩ ، وكتاب « وسطية الاسلام » للأستاذ الشيخ محمد محمد المدني ص ٨٥ « وتعليل الأحكام » للأستاذ الشيخ محمد شلبي ص ٣٠٣ ، ٣٠٤ ، وكتاب « ابن حزم » للأستاذ الشيخ أبو زهرة (طبعة ١٩٥٤ ص ٣٤٧) .

(٢) تعليل الأحكام (المرجع السابق) ص ٣٠٤ - وراجع « المستصفي في علم الأصول » للامام الغزالي (طبعة ١٩٣٧ ج ١ ص ١٣٨) حيث يقول : « المشقة سبب الرخصة » .

(٣) « وسطية الاسلام » (المرجع السابق) ص ٨٦ - ويضيف المؤلف الى ذلك قوله « أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجبان » ، ولكن اذا كان انكار المنكر يستلزم ما هو أنكر منه وأبغض الى الله ورسوله فإنه لا يسوغ انكاره » .

والواقع أننا إذا أخذنا بالمصادر المعروفة في الشريعة الاسلامية - فضلا عن القرآن والسنة - (كالقياس والاستحسان والمصالح المرسله الخ) يمثل روح المرونة وسعة الأفق التي كان يستهدى بها كبار الصحابة والفقهاء حتى عصر كبار أئمة المذاهب الفقهية ، لما وجدنا - كما يقول بحق بعض علماء الشريعة - في الفقه الاسلامي حرجا ولا مشقة (١) .

أمثد - وهناك أمثلة كثيرة تدل على أن الأحكام الشرعية تأخذ بهذه الخاصية أو بهذا الأصل من أصول الشريعة الاسلامية : نذكر منها أن الله شرع الصيام ورخص في الفطر للمسافرين والمرضى ، ومنها أنه حرم أشياء في حال السعة وأباحها في حال الضرورة ، كأباحة أكل لحم الخنزير والميتة وغيرها من المحرمات في حال الضرورة (٢) .

وفي ناحية المعاملات نجد اليسر شاملا ، فليس هناك إجراءات رسمية أو شكلية يجب إتباعها ليكون العقد صحيحا كما كان الأمر عند الرومان ، بل تكفي في هذا رغبة المتعاقدين فحسب كما هو معلوم .

ومن باب التيسير في المعاملات أيضا إبتناء كثير من الأحكام على العرف الصحيح شرعا .

(١) راجع في ذلك البحث السابق الاشارة اليه « الفقه الاسلامي بين المثالية والواقعية » للأستاذ الشيخ شلبي حيث يقول (ص ١٤٦) : « اذا ما تجاوزنا دائرة النصوص (يعنى القرآن والسنة) وعممنا نحو المصادر الأخرى التي تدخل في تفسير النصوص وجدناها واسعة الرحاب تجعل من الفقه الاسلامي فقها واقياً بكل ما تحمل هذه الكلمة من معان جليلة فن اجماع الى قياس الى استصلاح الى استحسان الى غير ذلك .

« وهذه المصادر لو استعمت على وضعها السليم الذي سار عليه الرعيل الأول من فقهاء الاسلام من لدن الخلفاء الى عصر تكوين المذاهب الفقهية لما وجد العالمون بهذا الفقه حرجا ولا مشقة ولما ضاق عندهم عن تقبل كل جديد معقول » .

(٢) ففي المثال الأول وردت الآية الكريمة : « ومن كان مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر ، يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » . وفي المثال الثاني وردت الآية الكريمة : « انما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله ، فن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه ، أن الله غفور رحيم » - راجع فيما تقدم « وسطية الاسلام » (المرجع السابق)

وفي باب العقوبات نجد أن منها ما يسمى « بالحدود » وهي عقوبات الزنى والقذف والسرقه وشرب الخمر ، صيانة للنسل والعرض والمال والعقل . وفي هذا نجد الرسول يقول : « إدرعوا الحدود بالشبهات ما إستطعتم » ، وفي بعض الروايات « إدرعوا الحدود عن المسلمين ما إستطعتم ، فإن وجدتم للمسلم مخرجاً فخلوا سبيله ، فان الإمام لأن يخطيء في العفو خير من أن يخطيء في العقوبة » (١) .

الخاصية السادسة - روح الاعتدال

أحكام الاسلام تسودها روح الاعتدال ، فهي تنبذ التطرف وتبذ التوسط بين الأطراف . وقد وردت الكثير من الآيات القرآنية في مواضع مختلفة تشيد بهذه الروح أى بذلك التوسط ، منها قوله تعالى : « وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء على الناس » . ويقصد « بأمة وسط » أمة لها طابع الاعتدال ، ويقصد بكون الأمة « شهداء على الناس » أن مقاييسها هي المقاييس الصحيحة وسننها هي السنن القويمة .

ومن تلك الآيات قوله تعالى : « ولا تجعل يدك مغلولة الى عنقك ولا تبسطها كل البسط » (٢) .

ومن تلك الآيات التي تأمر بالأخذ بروح الاعتدال قوله تعالى : « يا بني آدم خذوا زينتكم عند كل مسجد وكلوا واشربوا ولا تسرفوا أنه لا يحب المرفين » (٣) .

(١) المدخل لدراسة الفقه الاسلامي (المرجع السابق ذكره) . للأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى ص ١٢٩

(٢) ومنها قوله تعالى : يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل الله ... وكلوا مما رزقكم حلالا طيبا واتقوا الله الذي أنتم به مؤمنون .

وفي ذلك يقول الأستاذ الشيخ محمد محمد المدني : « ان القرآن الكريم يقرر هذا مبدأ من أهم المبادئ الاسلامية التي جعل الله بها المسلمين أمة وسطاً ليكونوا شهداء على الناس ، ذلك المبدأ هو مراعاة حق الفطرة الانسانية والنهي عن سلوك السبيل التي سلكها أهل الأديان السابقة أو بعض الفلاسفة ، من تعذيب النفس وحرمانها من الأخذ بما يلائم الفطرة ويحقق المتاع الجسمي الطبيعي ، فالقرآن الكريم يبطل هذا في قوة وحزم » .

راجع فيما تقدم « وسطية الاسلام » (المرجع السابق) ص ٧ ، ٨ ، ١٣ ، ٢٠ ، ٢٨

(٣) راجع بحث « الفقه الاسلامي بين المثالية والواقعية » ص ١٢٥

المبحث الثاني

مصادر الشريعة الاسلامية

(كما يبينها الأصوليون من علمائها)

تمهيد - ذكرنا فيما تقدم أننا قبل أن نعرض لبحث مصادر المبادئ أو الاحكام الدستورية (أو مصادر القانون الدستوري) في الشريعة الاسلامية يجدر بنا أولاً أن نعرض لبيان مصادر تلك الشريعة كما يبينها علماؤها .

فاذا نحن رجعنا الى علماء الشريعة (أو علماء الأصول) فأنا نجدهم بصدد الكلام عن مصادر الشريعة الاسلامية أو « أدلة الأحكام » (كما يطلق البعض عليها منهم) يذكرون أن ثمة مصادر متفقا عليها، ومصادر مختلفا بشأنها .

المصادر المتفق عليها والمصادر المختلف بشأنها - أما المصادر المتفق عليها فهي أربعة : القرآن ، والسنة ، والاجماع ، والقياس . أما تلك المصادر المختلف بشأنها بين فقهاء الشريعة فأشهرها ستة : العرف ، والاستحسان ، والمصالح المرسلة ، والاستصحاب ، وشرع من قبلنا ، ومذهب الصحابي (١) .

والآن ننتقل الى الكلام - في إيجاز - عن كل من هذه المصادر المختلفة .

(١) « أصول الفقه وتاريخ التشريع الاسلامي » (المرجع السابق) ص ٢٠ وما بعدها - و« سلم الوصول لعلم الأصول » للاستاذ الشيخ عمر عبد الله ص ١٥٧ وما بعدها - وما تجدر ملاحظته أن التقسيم الذي أوردناه هو ماجرى عليه غالبية علماء الشريعة ، اذ يجب ألا يفوتنا أن نذكر أن « المصادر المتفق عليها » لم يخالف فيها الأمن شذ كالاجماع والقياس ، و « المصادر المختلف عليها » لم يتفق علماء الشريعة (الأصوليون) على عددها ، فمنهم من عدده ستة ومنهم من جعله تسعة ومنهم من زاد على ذلك - راجع فيما تقدم بحث « الفقه الاسلامي بين المثالية والواقعية » للأستاذ الشيخ شلبي ص ١٠٢

الفرع الأول - المصادر المتفق عليها

١ - القرآنه

(١) ملحوظات وبيانات عامة :

١ - القرآن الكريم هو المصدر الأساسى الأول للشريعة الاسلامية ، فهذه المصادر الأربعة مرتبة فى قوتها وفقاً لذلك الترتيب الذى سبق بيانه : القرآن فالسنة فالاجماع ، فالقياس (١) ، على أن القرآن يعد المصدر الوحيد بالنسبة للعقيدة (٢) .

٢ - ويشار أحيانا الى القرآن بكلمة « الذكر » أو « الكتاب » ، على أن كلمة القرآن أشهر من الكلمتين الأخرتين (٣) .

٣ - ومما تجدر ملاحظته أن الجانب الأكبر من الأحكام الشرعية الواردة فى القرآن إنما نزل فى المدينة (أى بعد الهجرة من مكة) ، أما مكة فلم ينزل بها سوى جانب يسير من تلك الأحكام ، إذ كان القرآن اذ ذاك - فى بداية العهد بالرسالة النبوية - هدفه الأول هو الدعوة الى الإيمان بوجود الله وتوحيده وعبادته ونبذ المعبودات التى كانت تعبد قبل الاسلام ودعوة الناس أن يعملوا حساباً ليوم الحساب وما فيه من ثواب وعقاب . ويلاحظ أن الاحكام الشرعية تبلغ من القرآن ثلثه أو تزيد قليلاً (٤) .

(١) « سلم الوصول لعلم الأصول » للأستاذ الشيخ عمر ص ١٥٧

(٢) « الاسلام عقيدة وشريعة » للأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت ص ٣٩٦

(٣) أما الاشارة الى القرآن بكلمة « الذكر » فذلك كما فى قوله تعالى : « انا نحن نزلنا الذكر وأنا له لحافظون » ، وأما الاشارة اليه بكلمة « الكتاب » فذلك كما فى قوله تعالى : « كتاب فصلت آياته قرآنأً عربياً » - على أن القرآن قد وردت فيه أحياناً كلمة « الكتاب » وكان يقصد بها الكتب السماوية التى نزلت على من سبق الرسول من الرسل (مثل عيسى وموسى) ، كما فى قوله تعالى : « يا أهل الكتاب تعالوا الى كلمة سواء بيننا وبينكم » ، وكما ورد فى شأن عيسى عليه السلام : « قال انى عبد الله أتانى الكتاب وجعلنى نبياً »

راجع فيما تقدم « التشريع الاسلامى وأثره فى الفقه الغربى » للأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى ص ٢٧ ، و« سلم الوصول لعلم الأصول » للأستاذ الشيخ عمر ص ١٦٣ ، ١٦٤

(٤) « التشريع الاسلامى وأثره فى الفقه الغربى » (المرجع السابق ذكره) ص ٦ ، ٧

٤ - ومما تجدر ملاحظته أيضاً أن القرآن قد دون ونشر على المسلمين كافة بصورة قانونية (رسمية) بحيث أصبح من يسير الأمور على جميع المسلمين أينما كانوا أن يطلعوا على آياته ، ولكن ذلك لم يتم الا في عهد الخلفاء الراشدين ، أما في عهد حياة الرسول فإنه وأن كان قد اتخذ كتاباً لتدوين ما يوحى اليه من القرآن فإنه كان اذا أوحى اليه بآية أو آيات من القرآن قرأها على المسلمين فكتبها من حضر من كتاب وحيه أو من صحابته ، الا أن هذا التدوين كان موزعاً بين الكثيرين فلم تتكون منه مجموعة واحدة ، وقد كان بعضها مدوناً على الورق والبعض على سعف النخل ، كما كان البعض مدوناً على بعض الأحجار الرقيقة البيضاء .

فلما نشبت حروب الردة في عهد خلافة أبي بكر وأصبح الموت يهدد الكثيرين ممن يحفظون أو يحتفظون ببعض أجزاء مختلفة من القرآن ، أشار الصحابة على أبي بكر أن يجمع ما دون من القرآن ويكون من متفرقة مجموعة واحدة ، وفي سنة ٢٠ هـ قام الخليفة عثمان بن عفان بكتابة عدة نسخ من هذه المجموعة كما قام بنشرها بين المسلمين (١)

٥ - وأخيراً يلاحظ أن القرآن ولو أنه نزل بلسان عربي مبين الا أنه تضمن بعض كلمات غير عربية ولكنها كانت انتقلت الى العرب نتيجة مجاورتهم واختلاطهم بشعوب أخرى ، وعلى هذا نزل بها القرآن (٢)

(ب) خصائص القرآن

يمكننا أن نلخص أهم الخصائص فيما يلي :

الخاصية الأولى - نزول القرآن تدريجياً حسب الحوادث ومقتضى الحال - نزل القرآن على رسول الله تدريجياً في مدى نحو اثنين وعشرين

(١) لزيادة التفصيل راجع « أصول الفقه » للأستاذ الشيخ خلاف ص ٢٩٧ - ٢٩٩

(٢) من ذلك كلمة « القسورة » فأنها من لغة الحبشة ويقصد بها الأسد ، وكلمة « القسطاس » فهي من لغة الروم (الاطاليين) ويقصد بها الميزان ، وكلمة « السجيل » فهي من لغة الفرس ويقصد بها نوع من الحجارة - راجع في ذلك « الاسلام عقيدة وشرعية » للأستاذ الأكبر الشيخ

شلتوت ص ٤٠١ ، ٤٠٢

من السنين ، فكل حكم من الأحكام الشرعية الواردة فيه إنما شرع لحادث وقع فتطلب تشريعا ، أو لسؤال وجه الى الرسول فتطلب جوابا ، وفي ذلك اتباع لسنة التيسير ودفع الحرج عن المسلمين وبخاصة أن الاسلام جاء بمعتقدات وأوضاع وأنظمة جديدة لم يكن لهم بها من قبل عهد (١) - على أنه لم يكن من صواب الرأي ما يراه البعض (من الفقهاء الفرنسيين) من أن التشريع الاسلامي لا تجده قد تقرر في قواعد عامة (كما هو شأن القوانين الوضعية) ، وإنما تجده في قرارات فردية (تنطوي على أوامر أو نواهي) صدرت لمناسبة معينة (٢) « فالواقع أنه رغم صدوره في مناسبات معينة الا أنه يضع مبادئ وقواعد عامة » .

المحاضرة الثانية - من خصائص القرآن أن الأحكام الشرعية الواردة فيه إنما جاءت بصورة عاملة كلية (أى أنها لا تعنى بالجزئيات والتفصيلات) اللهم الا في القليل النادر ، وذلك على وجه التفصيل الذى سبق لنا أن بيناه .

وحسبنا أن نضيف الى ما قدمنا أن ما ورد في القرآن من قوله تعالى : « ما فرطنا

(١) فذكر من أمثلة تلك الأحكام الشرعية التي أشرنا اليها قوله تعالى : « يسألونك عن الشهر الحرام قتال فيه قل قتال فيه كبير » وقوله : « يسألونك عن الحمر والميسر قل فيما إثم كبير ومنافع للناس ، وإثمها أكبر من نفعها » - راجع فيما تقدم « أصول الفقه » للأستاذ الشيخ خلاف ص ٢٨٤ ، و « الاسلام عقيدة وشرعية » (المرجع السابق) ص ٣٩٩ ، « والتشريع الاسلامي » (المرجع السابق) ص ٧

- على أنه يجب ألا يفهم ما تقدم أن جميع ما جاء به القرآن من الأحكام الشرعية العملية كان جديداً مبتكراً ، فلقد كان للعرب من قبل عرف ومعاملات وأنظمة مختلفة ، وقد جاء الاسلام لبعضها مذهباً أو معدلاً ، ولبعضها ملغياً أو مبدلاً كما أنه أبقى على البعض الآخر اذا كان في ذلك مسaire لمصالح الناس وكان لا يهدم أصلاً من أصول الدين ، فن ذلك مراعاة العصبية في الأثر والولاية ومراعاة الكفاءة في الزواج - راجع في ذلك « الاسلام عقيدة وشرعية » للأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت ص ٤٠٩ ، وكتاب « أصول الفقه » ص ٢٨٩ ، ٢٩٠

(٢) راجع مؤلف الأستاذ ميو L. Milliot (أستاذ الشريعة الاسلامية بكلية الحقوق بباريس) بعنوان « المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية » « Introduction à l'étude du Dr. Musulman »

(طبع بباريس ١٩٥٣) ص ١٠٣

في الكتاب من شيء» لا يقصد به كما يظن البعض أن القرآن قد جاء بأحكام لكل شيء . والصحيح أن القرآن إنما جاء ببيان كل شيء من أمور الدين ، ويقصد بتبينه لكل شيء أنه أتى بكليات عامة (١) .

الخاصية الثالثة - للقرآن نهج خاص في مخاطبة الناس وفي بيان الأحكام الشرعية وتعليلها :

ذلك النهج تتلخص أهم مظاهره فيما يلي :

(أولاً) نجد القرآن - في ميدان العقيدة (ميدان الدعوة الى الايمان بالله ووحدانيته الخ) - كان يخاطب قلوب الناس أى عواطفهم ونزعاتهم الفطرية أكثر مما كان يخاطب عقولهم ، لذلك وجدناه لا يستعمل أسلوب رجال المنطق أو الفلسفة في خطابهم ، فالقرآن لم ينزل من أجل العلماء والفلاسفة وحدهم . فهو لأدائهم قلة ضئيلة ، وإنما نزل للناس جميعا ، ويكاد يكون الناس جميعا قد فطروا على الاعتقاد بوجود اله خالق لهذا العالم ، وان اختلفت أسماء الله عندهم واختلفت صفاته في عقيدتهم (٢) .

(١) راجع في ذلك كتاب «نقض كتاب الاسلام وأصول الحكم» للمغفور له الأستاذ الأكبر الشيخ محمد الحصري حسين (طبعة ١٣٤٤ هـ . صفحة ٣٠) حيث يقول : «معنى تبيينه لكل شيء أنه أتى بكليات عامة وهي معظم ما نزل به ، وفصل بعض أحكام ، وأحال كثير من آياته على بيان السنة النبوية ، ثم أن الكتاب والسنة أرشدا الى أصول أخرى كالاجماع والقياس وغيرهما... الخ»

(٢) ذلك هو ما ذكره الأستاذ أحمد أمين في مؤلفه القيم «ضحى الاسلام» ج ٣ (الطبعة السادسة ١٩٥٦ ص ١١) . على أننا نلاحظ أن الجماعات البدائية (التي يطلق عليها علماء الاجتماع «العشائر التوتيمية clans totémiques» وهي تعد في نظرهم أقرب الجماعات البشرية الى حالة البداءة والفطرة) لا تسودها مثل تلك العقيدة «بوجود اله خالق لهذا العالم» ، وإنما معبودها هو «التوتيم» totem والتوتيم عبارة عن حيوان أو نبات تعتقد الجماعة (العشيرة) أنها تولدت منه ، أى أنه بمثابة الجد الأعلى للعشيرة كما يعد بمثابة «شارة» بل و«معبود» لها كما أنها (أى العشيرة) تتخذ اسمها لها ، وهذا التوتيم هو عادة عبارة عن حيوان أو نبات ، فنجد مثلاً في عشيرة «الذئب» أن كل فرد من أفراد العشيرة يعتقد أن الذئب (وهو التوتيم) هو الجد الأعلى للعشيرة كما أنه اتخذ اسماً للعشيرة ، كما أن له صبغة مقدسة دينية فهو موضع عبادة العشيرة ، ولكن موضع العبادة في الواقع ليس هو التوتيم ذاته ، وإنما موضع العبادة عبارة عن «قوة» =

ولقد خاطب القرآن هذه النزعة الفطرية بما يحببها وينميها ويقومها ، ويصلح ما قد يكون من فساد الاشرار فيها ، واذا عمد القرآن أحيانا الى الأدلة العقلية فإنه لا يثير المشاكل الفلسفية أو العقلية ، وانما يلجأ الى الدلائل البسيطة التي لا تتجاوز متناول عامة الناس ، كالاستدلال بما هو معروف من تنازع أصحاب السلطان اذا تعددوا « ولو كان فيهما آلهة الا الله لفسدنا » ، وقوله تعالى « ما اتخذ الله من ولد وما كان معه من إله ، اذا لذهب كل إله بما خلق ولعلا بعضهم على بعض » (١) .

= عليا « une force suprême حلت - في اعتقادهم - في ذلك النوع (espèce) من الحيوان كما حلت في أفراد العشيرة أنفسهم (إذ أنهم يعتقدون أنهم أنفسهم من أصل التوتم وطبيعته) ، وهذه القوة العليا التي هي موضع العبادة والتي يعتقدونها قد حلت في التوتم اختلفت اسماؤها باختلاف الجماعات البدائية فهي تسمى باسم شهير تعرف به في بعض الجماعات وهو « مانا » mana ومانا هي صورة من « الكا » Ka المعروفة لدى المصريين الأقدمين حتى في عصر الفراعنة . الخلاصة أن التوتم (موضع العبادة) لم يكن يعد - في عقيدة تلك الجماعات البدائية - خالقا للعالم ، فقد كانت هناك عشاير مختلفة متعددة لها كذلك توتم مختلفة وكان لكل عشيرة توتم معبود خاص بها .

راجع في ذلك موضوع « أصل نشأة الدولة » في أي مؤلف من مؤلفاتنا في « القانون الدستوري » أو « الأنظمة السياسية » . ولزيادة التفصيل راجع كتابنا « المفصل في القانون الدستوري » الجزء الأول (طبعة ١٩٥٢) ص ٢٦٨ - ٢٨٢ على أنه يجب ألا يفهم ما تقدم أننا نختلف في الرأي مع الأستاذ أحمد أمين خلافا كبيرا ، فالواقع أن الخلاف فيما بيننا هو خلاف يسير ، إذ أن الجماعات التي يعينها هذا الأستاذ الجليل - فيما يبدو - والتي جاء القرآن ليخاطبها لم تكن من طراز تلك الجماعات البدائية المهجية (العشاير التوتمية) التي تحدثنا عنها والتي تمثل حالة المجتمع في أقدم عصور البشرية (أي في عصر ما قبل التاريخ أي ما قبل عام ٤٢٠٠ تقريبا قبل الميلاد) ، والتي يعد أهم مثال لها في العصر الحديث جماعات الاستراليين الأصليين المجهيين الذين لا يزالون يعيشون حتى اليوم في أواسط صحارى استراليا وتعيش في عزلة تامة عن المدنية وعن الشعوب الأخرى . انما تلك الجماعات التي يعينها الأستاذ الكبير كانت قد اجتازت مرحلة طويلة من التطور وبعثت سنوات طويلا عن تلك المرحلة البدائية المهجية (التي كانت تحياها العشاير التوتمية في عصر ما قبل التاريخ) . وكل ما نراه أنه كان أقرب الى الصحة والدقة أن يقول الأستاذ الكبير : أن الناس جميعا قد فطروا على نزعة العبادة ، لا أن يقول : « أنهم فطروا على الاعتقاد بوجود إله خالق لهذا العالم » اللهم الا اذا أضاف الى ذلك قوله بأنه يعنى : الناس أو الجماعات التي قطعت مرحلة في طريق التطور وبعثت عن مرحلة الجماعات البدائية (العشاير التوتمية) .

(١) « ضحى الاسلام » ج ٣ ص ١١ - ١٣ (المرجع السابق) حيث يضيف الى ما تقدم قوله « فالقرآن لا يؤلف برهانه تأليف المنطقي من مقدمة صغرى وكبرى ونتيجة ، ولا يتعرض لألفاظ =

(ثانياً) في ميدان الأحكام الشرعية (أى فيما عدا ميدان العقيدة)
نجد القرآن قد سار - في بيان الأحكام وتعليلها - على النحو التالى :

(١) لم يلتزم القرآن أسلوباً واحداً معيناً في بيان تلك الأحكام الشرعية بل تنوعت أساليبه وتعددت صيغة عباراته في التعبير عن تلك الأحكام ، فالآيات التى جاءت مثلاً بتحريم أمر من الأمور نجدها أحياناً جاءت في صيغة النهى عنه ، وأحياناً نجدها جاءت بلهجة الوعيد في حال اتيانه ، وتارة لا تنطوى الا على مجرد إشارة الى التحريم .

والسبب الذى دعا الى ذلك التنوع في الأسلوب أن تلك الأحكام الشرعية قد شرعت - كما قدمنا - في أوقات مختلفة تبعاً للحوادث وطوعاً للمناسبات ، ولكل مناسبة أسلوب يناسبها ، ثم أن من معجزات القرآن - كما هو معلوم - بلاغته ، ومن البلاغة مراعاة المقام ومقتضى الحال (١) .

(ب) لم تكن صياغة تلك الأحكام جافة مركزة مجردة عن معانى الترغيب أو الترهيب ، كما هو شأن نصوص القوانين كما نعرفها (٢) وإنما نجد القرآن في مواضع كثيرة يأمر بالشىء مبيناً حسناته أو يحرم الشىء مبيناً سيئاته ، وذلك كما في قوله تعالى «وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم» (٣) .

= الفلسفة من جوهر وعرض ونحوها، ولا يحددها ولا يثير المشاكل العقلية ويفصلها ويبنى عليها، لأن الدين لم يأت للفلسفة ولا للعلماء وحدهم، إنما اعتمد القرآن على الفطرة والعاطفة، وهما قدر مشترك بين الناس جميعاً، فن ثم كان من آمن علماء وجهلاء وفلاسفة وغيرهم، ولو اتبع الدين سبيل علم المنطق ما آمن الا القليل .

(١) راجع في ذلك « أصول الفقه » (المرجع السابق) للاستاذ الشيخ خلاف ص ٢٨٤ وما بعدها.

(٢) « الاسلام عقيدة وشرعية » (المرجع السابق) ص ١٤ .

(٣) « تعليل الأحكام » للاستاذ الشيخ شلبى ص ١٥ - ١٧ ، ويضيف المؤلف الى ماتقدم =

(ج) وكذلك لم يهجع القرآن في بيانه لتلك الأحكام نهج المؤلفات القانونية ، التي تجرى سنة المؤلفين على تقسيمها الى أبواب وفصول ، فنجدها قد بوبت تبويباً ، ورتبت مختلف أبحاثها بحيث نجد جميع الأحكام المتعلقة بشيء واحد ، قد وضعت في موضع واحد من المواضع ، وقد ذكر لبعضها ولو مرجع واحد من المراجع . ولكن القرآن قد سار على نهج غير ذلك النهج ، فنجده مثلاً قد أورد ما يتعلق بالطلاق وأحكامه وما يتعلق بالخمير وحرمتها بين الأحكام الخاصة بالقتال وشئون اليتامى (١) .

وحكمة ذلك - فيما نعتقد - ترجع الى ذات السبب الذي سبق لنا أن أشرنا اليه (نقلاً عن الأستاذ الشيخ خلاف) بصدد الحكمة في تنوع أساليب القرآن (٢) .

= أن هذه الآية لا تحض المسلمين على القتال (كما قد يظن البعض) وإنما تحضهم على مجرد اتخاذ العدة له لأن في ذلك ما يرهب أعداء المسلمين ويجول دون مهاجمة أولئك الأعداء لهم ، وذلك هو ما يستفاد من كلمة « ترهبون » .

ويذكر المؤلف مثلاً لما ورد في القرآن « بتحريم الشيء مبينا سيئاته » قوله تعالى : « إنما الخمر والميسر والأنصاب 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) « الاسلام عقيدة وشريعة » المرجع السابق ذكره ص ٤١٤

(٢) راجع ص ٤٢ الفقرة (أ) - على أننا نجد الأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت يذكر (في مؤلفه السابق ص ٤١٥) سبباً آخر ، يتلخص في قوله (عن القرآن) « كأنه في ذلك أشبه ببستان فرقت شماره وأزهاره جميع فواحيه ، حتى يأخذ الانسان أنى وجد فيه ما ينفعه وما يشتهى من ألوان مختلفة وأزهار متباينة وثمار يعاون بعضها بعضاً في الروح العام الذي يقصد ، وهو روح التغذية بالنافع والهداية الى الخير » - على أننا نؤثر - كما قدمنا - السبب الذي سبق أن أشرنا اليه نقلاً عن الأستاذ الشيخ خلاف .

نتناول في هذا المبحث الكلام عن المواضيع التالية : التعريف - مشكلة تدوين السنة - أنواع السنة - مرتبتها - حجيتها - السنة والتفسير .

تعريف - يعرف فقهاء الشريعة السنة بأنها هي ما صدر عن الرسول من قول أو فعل أو تقرير . فالسنة « القولية » (على حد تعبير أساتذة الشريعة) هي ما يعبر عنها « بالحديث » . وأما السنة « التقريرية » فيقصد بها ما أقره الرسول مما صدر عن بعض أصحابه من أقوال أو أفعال ، وذلك بسكوته عنها وعدم انكاره لها ، أو بموافقة صراحة عليها واستحسانه إياها . وأما السنة الفعلية فيقصد بها ما يقوم به الرسول من أفعال تتصل بشعائر الدين (١) .

مشكلة تدوين السنة - لم تدون السنة حين صدورها عن الرسول ، ولم تجمع في مجموعة واحدة تعد مرجعا للمسلمين ، لا يختلفون عليها ، ويجمعون على ما جمعت من أحاديث بين جانبها ، كما كان الشأن بالنسبة للقرآن .

ولقد رغب الخليفة العظيم عمر بن الخطاب في تدوينها ، ولكنه ما لبث بعد أن فكر بعد حين ، أن ألفيناه وقد رغب عما كان يرغب فيه من أمر ذلك التدوين ، ذلك بأنه خشى أن يختلط الأمر على المسلمين ، فيخلطون بين السنة والقرآن ، إذا ما دون الاثنان . وهكذا انقضى عهد الخلفاء الراشدين ، بل ومضى بعد سنة الهجرة نحو مائة من السنين ، قبل أن يبدأ للسنة عهد التدوين .

(١) من أمثلة السنة « الفعلية » أداء الرسول للصلوات الخمس المفروضة بهيئاتها وعدد ركعاتها وكيفية وضوئه الخ . ومن أمثلة السنة « التقريرية » ما روى من أن معاذ بن جبل لما بعث به النبي إلى اليمن قاضياً سأله بم تقضى ؟ قال أقضى بما في كتاب الله ، قال « فان لم يكن في كتاب الله » ، قال فبسنة رسول الله قال : « فان لم يكن في سنة رسول الله » ، قال أجتهد رأيي ولا آلو فأقره الرسول على ذلك .

راجع في ذلك « أصول الفقه » للأستاذ الشيخ خلاف ص ٣٦ و« الفقه الإسلامى بين المثالية والواقعية » ص ١٠١ ، ١٠٢ للأستاذ الشيخ شلبي .

على أننا كنا نجد رغم عدم تدوينها ، أن بعض الخلفاء الراشدين كانوا يتطلبون بعض الضمانات التي تكفل الاطمئنان الى صحتها (١) ، على أن تلك الضمانات أو الاحتياطات لم تكن لتقوم مقام التدوين ، الذي يبطل الشك باليقين .

النتائج المترتبة على عدم تدوين السنة - ترتبت على عدم تدوين السنة في القرن الهجري الأول النتائج التالية :

(أولاً) أن علماء المسلمين اضطروا الى بذل الكثير من الجهود في بحث شخصية كل راو من رواة الحديث ، للوقوف على مبلغ ما يمكن أن نوليه من الثقة والاطمئنان الى صحة ما رواه ، وقد ترتب على هذا البحث تقسيم الأحاديث الى أحاديث قطعية الورود ، وأحاديث ظنية الورود .

(ثانياً) أن عدم تدوين السنة في مجموعة واحدة تكون موضع اتفاق المسلمين وتعد مرجعا لهم ، كما كان الشأن بالنسبة للقرآن ، نقول أن عدم التدوين (اللهم إلا بعد وفاة الرسول بأمد طويل بلغ نحو القرن من الزمان) قد مهد الطريق الى فتح باب الخطأ في رواية الحديث ، بل وباب الكذب عمداً من بعض الرواة في سبيل نصره آرائهم ومذاهبهم السياسية .

(ثالثاً) وهذه النتيجة الثالثة مترتبة على النتيجة السابقة ، تتلخص في أن الشك في صحة الأحاديث قد مهد الطريق الى قيام الخلاف بين فقهاء الشريعة بل وبين أئمتها الكبار ، كما أدى الى اضافة خلاف لاحق الى ما كان بين بعض الفرق أو المذاهب من خلاف سابق .

(١) فكان الخليفة أبو بكر لا يقبل الأحاديث من رواها الا اذا جاء الراوى بشاهد يؤيد روايته ، وكذلك كان شأن عمر بن الخطاب فقد كان يطالب راوى الحديث بالبينة ، والمعروف أن عهد خلافة عمر كان أكثر العهود تشدداً في رواية الحديث ، وقد كان الامام على بن أبي طالب يستحلف الراوى .

راجع فيما تقدم «أصول الفقه» (المرجع السابق) ص ٢٩٩ ، ٣٠٠ ، و«التشريع الاسلامي وأثره في الفقه الغربي» (المرجع السابق) ص ١٦ .

(١) فالخوارج لم يكونوا يعتمدون من الأحاديث إلا ما رواه رجالاتهم ، وكذلك الشيعة ، أما جمهور المسلمين وهم أهل السنة والجماعة ، فقد كانوا يعتمدون الأحاديث التي ثبتت صحتها لديهم وأن كان رواها من رجال الفرق الأخرى متى كانوا عدولا ثقافات (١) .

(ب) ومجتهدو العراق : الامام أبو حنيفة وأصحابه يحتجون بالسنة المتواترة ، والمشهورة ويرجحون ما يرويه الثقات من الفقهاء أما مجتهدو المدينة (الامام مالك وأصحابه) فقد كانوا يرجحون ما عليه أهل المدينة بدون اختلاف ، ويتركون ما خالفه من أخبار الآحاد ، وباقي الأئمة يحتجون بما رواه العدول الثقات من الفقهاء وغير الفقهاء ، وافق عمل المدينة أو خالفه (٢) .

تدوين السنة — في بداية القرن الثاني الهجري أمر الخليفة عمر بن عبدالعزيز بتدوين ما كان معروفا من السنة (٣) ومنذ حوالي منتصف القرن الثاني الهجري نشطت حركة تدوين « المساند » ، ويذكر في مقدمتها أشهرها

(١) راجع « أصول الفقه » للاستاذ الشيخ خلاف ص ٣٢٣

(٢) وقد ترتب على ذلك أن مجتهدى العراق جعلوا المشهور من الحديث في حكم المتواتر وخصصوا به العام في القرآن وقيدوا به المطلق فيه ، وغيرهم لم يجعلوا له هذه القوة

وترتب على ذلك أيضاً أن الحديث المرسل يحتج به بعض رجال التشريع ولا يحتج به البعض الآخر ، أى أن البعض كان يحتج بسنة لم يحتج بها الآخر ، وعن هذا نشأ اختلاف في الأحكام الشرعية — أما ما يقصد « بالحديث المرسل » فهو ما رواه الصحابي بقوله أمر رسول الله بكذا أو نهى عن كذا أو قضى بكذا دون أن يصرح بأنه سمع ذلك بنفسه أو شافهه أو شاهده» راجع « أصول الفقه » ص ٣١٣

(٣) فقد كتب عمر بن عبدالعزيز الى والى المدينة أبى بكر محمد بن عمر بن حزم يقول له :
« أنظر الى ما كان من حديث رسول الله فاكتبه فأنى خفت دروس العلم وذهاب العلماء » راجع « أصول الفقه » ص ٣١٩ — ويجدر بنا هنا أن نذكر أن عمر بن عبدالعزيز (وهو أحد خلفاء الدولة الأموية) قد ولى الخلافة عام ٩٩ — ١٠١ هجرية (٧١٧ — ٧٢٠ ميلادية) .

وهو «الموطأ» في صحيح الحديث للإمام مالك ، الذي كتبه بناء على طلب الخليفة المنصور (١) .

وفي القرن الثالث الهجري دوت كتب صحاح السنة الستة ، والتي تعد أصح كتب الحديث ، ويذكر في مقدمتها «صحيح البخارى» ، «صحيح مسلم» (٢) .

ولكن هذا التدوين ، وإن يك قد أدى الى صيانة السنة وحال دون ضياعها ، الا أنه نظراً لتأخره لم يكن ليحول دون اختلاف الباحثين وتفرق كلمة المسلمين ، فهو لم يؤد الى جمع المسلمين على مجموعة واحدة من السنة تكون مرجعاً لهم ، كما جمعت كلماتهم على مجموعة واحدة من نصوص القرآن ، فكان من ذلك أن اتسع المجال – كما قدمنا – للخلاف والجدال ، كما ظلت باقية بعض المنافذ التي ينفذ أو يتسرب منها تيار الكذب والافتراء في وضع أحاديث ونسبها زورا للرسول (٣) .

(١) «المسند» هو ما تجمع فيه الأحاديث حسب روايتها ، فيجمع ما رواه عمر على حدة ، وما رواه أبو بكر على حدة ، وهكذا – راجع «أصول الفقه» ص ٣٢٠ – وراجع أيضاً «ضحى الاسلام» ج ٢ ص ١٠٨ للاستاذ العميد أحمد أمين حيث يقول : «أن أحاديث الموطأ ليست كلها مستندة ، أعنى أنها ليست كلها متصلة السند ، يروها مالك عن فلان عن فلان الى الرسول بل بعضها مرسل (أى سقط عن سنده الصحابي فرواه التابعي عن الرسول ، دون ذكر للصحابي الذي روى عنه التابعي ، وبعضها منقطع (وهو الذى سقط من سنده راو أو أكثر) ، لذلك لم ترو الكتب الصحيحة التي ألقت بعد كالبخارى ومسلم كل أحاديث الموطأ ، اذ لم يصح عندهم بعضها» ويجدر بنا هنا أن نشير الى أن الخليفة المنصور (وهو أحد الخلفاء العباسيين) تولى الخلافة سنة ١٣٦ – ١٥٨ هجرية (٧٥٤ – ٧٧٥ ميلادية) .

(٢) أما الأربعة الباقية فهي : سنن أبي داود ، والنسائي ، والترمذى ، وابن ماجه – واذا قيل عن حديث : «رواه السنة» أو أنه «متفق عليه» فإنه يقصد بذلك أن هؤلاء جميعاً قد رَووا هذا الحديث – ولا يفوتنا أن نذكر أن ثمة غير هؤلاء السنة ممن عنوا بتدوين مجاميع السنة . راجع «أصول الفقه» ص ٣٢٠ .

(٣) ويجدر بنا هنا أن نضيف الى ما تقدم أن الخليفة المنصور حين كلف الامام مالك بأن يجمع الأحاديث في كتاب «الموطأ» كان قد فكر أن يأمر بنشر تلك المجموعة من الأحاديث على =

أنواع السنة (باعتبار سندها)

فضلا عما سبقت لنا الإشارة اليه من أنواع السنة باعتبار متنها ، وتقسيمها الى سنة « قولية » و« فعلية » و« تقريرية » ، فأنا اذا نظرنا الى السنة باعتبار سندها (أى من حيث درجة ثبوتها) أو بعبارة أخرى من حيث النظر الى سلسلة الرواة الذين نقلوها لنا عن الرسول ، فأنا نجدتها تنقسم الى ثلاثة أنواع : متواترة ، ومشهورة ، وسنة آحاد .

(١) فالسنة المتواترة هي ما رواها عن الرسول جمع يتمتع عادة أن يتفق أفراده على كذب لكثيرهم ولما عرف من الصدق والامانة عنهم ولاختلاف بيناتهم ثم وجهات نظرهم ، ورواها عن هذا الجمع جمع آخر يتوفر في أفرادها ما ذكرنا في أفراد الجمع الأول من الصفات ، ثم نقله عن ذلك الجمع الآخر جمع ثالث مثله وهكذا حتى وصلت تلك السنة لنا ، أو بعبارة أصح : حتى وصلت الى أولئك الفقهاء الثقات الذين قاموا بتدوينها مثل البخارى ومسلم وغيرهما .

وينتسب الى هذا النوع الكثير من السنن الفعلية (١) ، كالذى روى

= المسلمين وأن يأمرهم بالرجوع اليها ، ولكن الامام مالك عارض ذلك الرأى « لأن الصحابة (كما قال مالك للخليفة) قد افرقوا بعد الرسول ، كل يتبع ما صح عنده ، وكلهم على هدى يريد الله » ، قال الخليفة المنصور عما كان يميل اليه في هذا الشأن .
راجع فيما تقدم «أصول الفقه» (المرجع السابق) ص ٣٢٠

ولعل الامام مالك قد عارض فكرة الخليفة المنصور - فيما يبدو لنا - لأنه (مالك) نفسه لم يكن على ثقة تامة من صحة الأحاديث التى جمعها فى كتابه ، وقد تبين فيما بعد - كما قدما - أن غير القليل مما جمعه من أحاديث لم تثبت صحتها حتى أن كلا من البخارى ومسلم قد أهملها .

(١) أو السنن « العملية » كما يطلق عليها الأستاذ الشيخ خلاف (فى كتابه « أصول الفقه » ص ٤٢) - أما عن ذلك « الجمع الذى يتمتع عادة أن يتفق أفراده على كذب » فقد اختلفت العلماء فى تحديد عدد الجمع الذى يتحقق به التواتر فمنهم من حدده بعدد أربعين أو مائه ، والصحيح أنه لا يحدد بعدد معين بل الملاحظ فيه امتناع توافق هذا العدد على الكذب عادة ، وهذا أمر يختلف باختلاف العصور والرواة

وقد استقيننا هذه المعلومات من الأستاذ الشيخ شلبى (أستاذ ورئيس قسم الشريعة بالكلية) .

في كيفية أداء الصلوات الخمس المفروضة واعداد ركعاتها وسجوداتها ،
والقليل من السنن القولية (أى أنه قلما نجد سنة قولية متواترة) (١) .

(ب) أما السنة المشهورة فهي ما لم تكن متواترة في البداية ثم
تواترت بعد ذلك ، بعبارة أخرى هي ما رواها عن رسول
الله صحابي أو اثنان أو جمع لم يبلغ حد جمع التواتر ،
ثم رواها عن هذا الراوى أو الراويين الاثنين أو الرواة جمع
من جموع التواتر ، ثم رواها عن هذا الجمع جمع مثله وهكذا .

وينتسب الى هذا النوع بعض الأحاديث التي رواها عن الرسول
عمر بن الخطاب أو أبو بكر أو عبد الله بن مسعود ، ثم رواها عن أحد هؤلاء
جمع لا يتفق أفراداه على كذب - ومن أمثلة هذا النوع حديث «انما الأعمال
بالنيات» وحديث «لا ضرر ولا ضرار» ، وحديث «لا يرث القتال» .

(ج) أما سنة الآحاد فهي ما ليست بسنة متواترة ولا بسنة مشهورة ،
بعبارة أخرى هي ما رواها عن الرسول آحاد لم تبلغ جموع
التواتر منذ البداية حتى النهاية . ويطلق على تلك السنة «خبر
الآحاد» أو «خبر الواحد» . وينتسب الى هذا النوع أغلب
الأحاديث التي جمعت في كتب السنة (٢) .

(١) راجع فيما تقدم «أصول الفقه» (المرجع السابق ص ٤٢) ، و«سلم الوصول لعلم
الأصول» للأستاذ الشيخ عمر عبد الله ص ٢٥٢ - ٢٥٥

(٢) راجع فيما تقدم «أصول الفقه» (المرجع السابق) ص ٤٢ ، ٤٣ ، و«سلم الوصول
لعلم الأصول» (المرجع السابق) ص ٢٥٤ - ٢٥٧

وراجع «الأحكام» للامام الآملى ج ١ ص ١٧٨ - ١٨٠ حيث يذكر أن من الشروط
التي تشترط في الراوى من أجل العمل بخبر الواحد أن يكون الراوى متصفا بصفة العدالة .

أما العدل شرعا فإنه يراد به أهلية قبول الشهادة والرواية عن النبي صلى الله عليه وسلم . وقد
قال الغزالي في معنى هذه الأهلية أنها عبارة عن استقامة السيرة والدين . وحاصلها يرجع الى هيئة
راسخة في النفس تحمل على ملازمة التقوى والمروءة جميعاً حتى تحصل ثقة النفوس بصدقه .

أهمية التفرقة بين الأنواع الثلاثة للسنة

١ - من حيث ثبوتها - السنة المتواترة قطعية ورود عن الرسول ، فليس ثمة موضع للريبة في نسبتها للرسول .

أما السنة المشهورة فهي قطعية ورود عن الصحابي أو الصحابة الذين تلقوها عن الرسول ، لتواتر النقل عن ذلك الصحابي أو أولئك الصحابة ، ولكنها ليست قطعية ورود عن الرسول ، على أنه لما كان الصحابي يعد حجة وثقة في نقله عن الرسول ، لذلك جعلها فقهاء الحنفية في حكم السنة المتواترة فيخصص بها عام القرآن ويقيدها مطلقه .

أما سنة (أو خبر) الآحاد فهي ظنية ورود عن الرسول .

الخلاصة أن السنة المتواترة تعد قطعية ، والسنة المشهورة ظنية قريبة من اليقين ، وسنة الآحاد ظنية .

٢ - من حيث حجيتها - أما من حيث حجية السنة ، ففي نظر أصحاب المذاهب الفقهية - ما عدا الحنفية - لا أهمية لهذه التفرقة فكل سنة من أقسام السنة الثلاثة تعد حجة واجب اتباعها والعمل بها ، أما السنة المتواترة فلأن صدورها عن الرسول يعد أمراً ثابتاً على وجه اليقين ، وأما السنة المشهورة أو سنة الآحاد فأنها وأن كانت ظنية ورود عن الرسول إلا أن هذا الظن - كما يقول فقهاء الشريعة - قد ترجح بما توافر في الرواية من اشتهاهم بالعدالة والصدق والأمانة ، ورجحان الظن - كما يقولون - كاف بهذا الصدد ، لهذا يقضى القاضي بشهادة الشهود وهي انما تفيد رجحان الظن بالمشهود به ، وكثير من الأحكام مبنية على الظن ، ولو أننا اشترطنا اليقين لنال الناس الحرج (١) .

- وأنه ليدو لنا أن القياس على شهادة الشهود هو قياس مع الفارق ، فالسنة هي تشريع ، ومن أجل أن يطبق على الناس تشريع فانه يجب أن يعلموا

(١) أصول الفقه و خلاصة تاريخ التشريع الاسلامي (المرجع السابق ذكره) ص ٤٤

به عن طريق اليقين ، ولو فرض على الناس تشريع « ظني » لفقد التشريع ما يجب أن يكون له من احترام ولنال الناس حرج أكبر من ذلك الحرج الذي يشيرون إليه في حالة اشتراط اليقين .

ثم أنه يجب ملاحظة أن ثمة حالات لا يقضى القاضي فيها بشهادة الشهود إذا كانت تفيد مجرد رجحان الظن بالمشهود به ، وإنما يجب أن نفيد « اليقين » كما هو الشأن في شهادة شهود جريمة الزنا .

وأخيراً نضيف الى ما تقدم أن علماء الحنفية لا يأخذون بنجر الآحاد ، وكذلك شأن الامام الغزالي (١) .

مرتبة السنة كمصدر من مصادر الشريعة الاسلامية

نعالج هنا بحث موضوعين : (الأول) السنة كمصدر من مصادر الشريعة ، (الثاني) مرتبة السنة بالنسبة لغيرها من المصادر

(أولاً) السنة كمصدر من مصادر الشريعة - أن السنة تستمد قوتها من القرآن ، فهو الذي أثبت حجيتها ، فلقد قال تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم » (٢) ، وقال تعالى : « من يطع الرسول فقد أطاع الله » ، وقال : « وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا » (٣) .

(١) راجع « المستصفي » ج ١ ص ١٣٧ ، ١٣٨ حيث يقول عن الحديث الذي يستند اليه العلماء القائلون « بالاستحسان » وهو حديث : « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » يقول الغزالي عنه أنه حديث « لا حجة فيه لأنه خبر واحد لا تثبت به الأصول » .

(٢) يرى الامام ابن حزم أن هذه الآية تبين المصادر الشرعية الثلاثة التي هي الأصول وهي الكتاب والسنة والاجماع ، ويتفرع عنها رابع وهو الدليل الذي تتلاقى الأصول الثلاثة في بيان أصله ، واطاعة أولى الأمر يكون بالرجوع الى ما أجمع عليه العلماء لأنهم هم « أولو الأمر » في رأيه .

راجع في ذلك كتاب « ابن حزم » للأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة (طبعة ١٩٥٤) ص ٢٩٧

(٣) راجع « أصول الفقه » (المرجع السابق) ص ٣٧ وما بعدها ، كتاب « سلم الوصول » (المرجع السابق) ص ٢٦١ - ونلاحظ أن بعض أساتذة الشريعة يستند كذلك في هذا المقام على الآيتين الكريمتين :

(ثانياً) مرتبة السنة بالنسبة لغيرها من مصادر الشريعة - الرأى السائد بين فقهاء الشريعة أن السنة تلى القرآن في المرتبة ، اللهم الا الامام ابن حزم ، فهو يرى أن السنة مثل القرآن لا فارق بينهما ، وهو في ذلك يستند الى قوله تعالى : « من يطع الرسول فقد أطاع الله » (١) .

النتائج المترتبة على اعتبار السنة في مرتبة القرآن (في نظر ابن حزم) :
تترتب على ذلك نتيجتان :

(الأولى) أن السنة يخصص بها القرآن ، أى أنه حينما يوجد في القرآن نص عام ، ويوجد في ذات الموضوع نص خاص في السنة ، فإن السنة تخصص عموم القرآن ، مثال ذلك : نجد القرآن جاء بأمر أو نص عام بقطع يد السارق (فقد قال تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء مما كسبا نکالا من الله ») ، وورد في الحديث أنه لا قطع الا في ربع دينار فصاعدا ، فخصص الحديث الآية بذلك (٢) .

= (الأولى) قوله تعالى : « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً » .

(الثانية) قول تعالى « وأنزلنا اليك الذكر لتبين للناس ما نزل اليهم » - راجع كتاب الدكتور محمد يوسف موسى (المرجع السابق) ص ٢٨ ، ومؤلف الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة عن « ابن حزم » ص ٢٩٧ وراجع كذلك كتاب الدكتور ضياء الدين الرئيس : «النظريات السياسية في الاسلام» ص ٢٣ . - والرأى عندى أن هاتين الآيتين لا يجوز الاستدلال بهما والاستناد اليهما في هذا المقام ، فالآية الأولى انما تشير الى ما للرسول من سلطة قضائية ، لا الى ماله من سلطة تشريعية ، وهذه السلطة الأخيرة هي وحدها هنا موضع بحثنا . أما الآية الثانية فهى تشير الى ما للرسول من سلطة تفسير التشريع ، لا التشريع ذاته - ويؤيدنا في وجهة النظر هذه ما ورد في مؤلف الأستاذ الشيخ عمر عبد الله (المرجع السابق) ص ٢٥٨ حيث يقول : « من المقرر المعلوم أن الرسول مبين عن الله المراد من نصوص الكتاب . قال تعالى : « وأنزلنا اليك الذكر لتبين للناس ما نزل اليهم » .

(١) راجع مؤلف الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة « ابن حزم » ص ٣١٦

(٢) « ابن حزم » (المرجع السابق) ص ٣١٦ - على أننا نلاحظ أن هناك غير ابن حزم من الأئمة من يرون أن السنة تخصص القرآن ، رغم أنهم لا يضعون السنة - كما يضعها ابن حزم - في مرتبة القرآن . ذلك هو شأن الأمامين الشافعى وأحمد بن حنبل ، وذلك هو ما يذكره الأستاذ الشيخ أبو زهرة ذاته حيث يقول (ص ٣١٧ من المرجع السابق) « وأن ذلك النظر هو نظر الامامين الشافعى وأحمد - » بل أنه ليبدو لنا أن ذلك هو كذلك شأن غيرهما من الأئمة والفقهاء ، هذا هو ما يتبين من الرجوع الى مؤلف الأستاذ الشيخ عمر (المرجع السابق) ص ٢٦٠

(الثانية) أن السنة يصح أن تنسخ (أى تلغى) نصا ورد في القرآن ،
على أن ابن حزم يرى أن النسخ لا يعد بمثابة ازالة للنصوص أو الغاء لها وإنما
هو بيان لا انتهاء أحكامها (١) .

وكذلك يرى الامام الغزالي أنه يصح نسخ القرآن بالسنة ، ويذكر
مثالا لذلك : نسخ الوصية للوالدين والأقربين بقوله صلى الله عليه وسلم
«ألا لا وصية لوارث» ، لأن آية الميراث لا تمنع الوصية للوالدين والأقربين (٢).

مضى تعدد السنة مفسدا من مصادر الشريعة

تمهيد - كما أن جميع آيات القرآن لا تعد تشريعا (أو على حد تعبير
فقهاء الشريعة : لا تعد «آيات أحكام») فكذلك نجد أن جميع ما عرف
عن السنة أو جميع الأحاديث النبوية لا تعد تشريعا أو على حد تعبير فقهاء
الشريعة : لا تعد «أحاديث أحكام» .

وفي مؤلفات فقهاء الشريعة الاسلامية نجد بصدد الكلام عن السنة مبحثا
لا يخلو - في نظر رجال الفقه الحديث - من الطرافة بل ومن الغرابة ، ذلك

(١) ابن حزم (المرجع السابق) ص ٣٣٢ ، ص ٣٢٨ تفسير لما تقدم يقول : أنه اذا كان
الرسول قد قال : «لا تزوروا القبور» ثم جاء فقال : «ألا كنت قد نهيتكم عن زيارة القبور
والآن فزوروها» لا يكون النص الثانى ملغيا للنص الأول أو مستقلا له بل يكون مبينا لانتهاء
حكمه وبيان أن وقت العمل به قد انتهى ، ولذلك كانت آيات القرآن الكريم المدعى نسخ حكمها
ما زالت قرآنا ثابتا يتلى متعبدا بتلاوته لأنها ما سقطت بالنص أو الغيت ، بل قد انتهى زمن حكمها
وحل محل هذا الحكم حكم آخر لزمه الدائم الى يوم القيامة» .

ولو أردنا أن نبدي رأينا فيما تقدم بلغة الفقه الحديث لوجب أن نقول أن النسخ يعد الغاء ولكن
بغير أثر رجعي ، وهذا لا يتعارض مع القول بأن الآيات التي نسخت (أو ألغيت) تعد مع ذلك قرآنا
لأنها أنزلت من الله على رسوله ، ولكن نفاذ أحكامها كان لزم من معين .

ولا يفوتنا أخيرا أن نلاحظ أن هذا المثال السابق (الخاص بزيارة القبور) لا يعد - فيما يبدو لنا -
مثالا مناسباً للحالة التي نتكلم هنا عنها وهى حالة نسخ القرآن بالسنة ، إذ أن هذا المثال إنما يناسب
في الواقع حالة نسخ السنة بالسنة ، أما خير مثال لنسخ القرآن بالسنة فهو ذلك الذى سنذكره
فيما بعد نقلا عن الامام الغزالي ، وهو الخاص بالنهى عن الوصية لوارث .

(٢) «المستصنى من علم الأصول» للغزالي (المرجع السابق ذكره) ج ١ ص ٨٠

هو المبحث الخاص « بما يعد من السنة تشريعاً عاماً ومالاً يعد كذلك » ،
فوجدتهم يبدعون القول ببيان ما لا يعد تشريعاً عاماً من أقوال الرسول وأفعاله ،
وهي - فيما يذكرون - تتلخص فيما يلي :

(أولاً) ما صدر عن الرسول (من أقوال أو أفعال) بصفته انساناً ،
من أكل وشرب ونوم وقيام وقعود وتزاور ومصالحة بين شخصين الخ ..

(ثانياً) ما صدر عنه بمقتضى الخبرة الانسانية والتجارب في الشئون
الدنيوية ، كالذى ذكر من أقواله أو أفعاله في شئون الزراعة أو الطب ،
أو تنظيم جيش أو غيره من التدابير العسكرية في المواقع الحربية (١) .

(ثالثاً) ما صدر عن الرسول ، ودل الدليل الشرعى على أنه أمر
خاص به ، كتروجه بأكثر من أربع زوجات .

(رابعاً) ما صدر عنه باعتبار ماله من الامامة والرياسة العامة لجماعة
المسلمين (٢) ، وذلك مثل بعث الجيوش للقتال ، وتولية القضاة والولاة
وعقد المعاهدات ، وتدبير الشئون المالية للدولة ، أو - على حد تعبير
فقهاء الشريعة : « صرف أموال بيت المال في جهاتها وجمعها من محالها وتقسيم
الغنائم » (٣) ، الخ ..

- وأما ما يعد تشريعاً ، فيشمل - فيما يذكرون - ما صدر من أقوال
الرسول وأفعاله بصفته رسولاً وكان مقصوداً به التشريع فيما تدل على

(١) من ذلك ما يروى عن الرسول من أنه مريقوم بالمدينة بأبرون النخل (أى يلقحونه) فقال لهم :
« لو لم تفعلوا الصلح » فتركوه ، فلم يثمر النخل الا شيئاً (أى تمراً يابساً رديئاً) ، ثم مر بهم
بعد ذلك فسألهم : « ما لنخلكم » ؟ فمما علم منهم ما كان من أمر ثمره قال لهم : « أنتم أعلم
بأمر دنياكم » - هذا الحديث ورد في صحيح مسلم بشرح النووي (الطبعة الحديثة) ج ١٥ ص ١١٦
(٢) أى ما صدر عن الرسول باعتباره رئيساً للدولة الاسلامية ، أى بصفته السياسية ، ولكن
فقهاء الشريعة لا يميلون عادة - فيما يبدو لنا - الى استعمال مثل هذه العبارة التى هى أكثر صراحة
ووضوحاً .

(٣) راجع « الاسلام عقيدة وشريعة » ص ٤٣٢ للأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت ، ومؤلف
الأستاذ الشيخ عمر عبد الله (المرجع السابق) ص ٢٦٢

ذلك الدلائل أو القرائن ، مثل تحليل شيء أو تحريمه ، والأمر بفعل أو النهي عنه ، وكيان العبادات (١) .

رأى الامام ابن حزم - على أن لابن حزم بهذا الصدد رأيا يختلف به عن ذلك الرأي السائد بين فقهاء الشريعة (والذى أشرنا اليه) ، ويتلخص رأيه في أن السنة القولية وحدها (دون السنة الفعلية أو التقريرية) هي التي تعد تشريعا أو على حده تعبيره «تدل على الوجوب» - أما «الفعل» فهو في رأيه غير واجب ، انما يكون لنا مجرد «قدوة أو أسوة» ، والأسوة - كما يقول ابن حزم - مستحسنة وليست بواجبة ، وهو في ذلك يستند الى قوله تعالى «لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة» ، ولو كانت الأسوة واجبة (كما يقول) لكان النص : لقد كان «عليكم» ، فالوجوب يكون «على» المؤمنين ، ولا يعبر عنه بأنه «لهم» .

أما «الاقرار» أو (السنة التقريرية) فحكمه - فيما يرى ابن حزم - الاباحة (٢) .

هذا - كما قدمنا - مبحث لا تخلو من الطرافة بل ولا من الغرابة اذا نظرنا اليه بعين رجال الفقه الحديث ، فليس مما تستسيغه عقولهم أن يقدموا على القيام بمثل هذا البحث ، وذلك في البلاد التي يملك فيها رئيس الدولة سلطة التشريع (كما كان شأن الرسول) ، فنحن لا نجدهم يفرقون بين الأقوال (أو الأفعال) التي يقوم بها بصفته انسانا عاديا وتلك التي يقوم بها بصفته رئيس دولة له سلطة التشريع .

ولقد كان حسب فقهاء الشريعة - فيما نرى - أن يقولوا بأن ما يعد تشريعا يشمل الأقوال التي تصدر من الرسول بصفته رسولا ويقصد بها التشريع فيما تدل على ذلك القرائن ، كأن يبين مجملا في القرآن ، أو يخصص

(١) «أصول الفقه» (المرجع السابق) ص ٤٤ ، و«الاسلام عقيدة وشريعة» (المرجع السابق) ص ٤٣٢ و«سلم الوصول لعلم الأصول» (المرجع السابق) ص ٢٦٣

(٢) «ابن حزم» للأستاذ الشيخ أبو زهرة ص ٢٩٨ - ٣٠٠ - وللأستاذ الشيخ أبو زهرة (ص ٣٠١) رأى مماثل ابن حزم ، وهو يرى أنه يجب النظر الى قرائن الأحوال .

عاما أو يقيد مطلقا ، أو يبين شأننا في العبادات أو الحلال والحرام أو العقائد ، على أن ينظر - في مسائل العبادات - الى ما يأتيه الرسول كذلك من الأفعال (كطريقة الصلاة وعدد ما يؤديه من الركعات مثلا) .

على أن فقهاء الشريعة الذين يعرضون لهذا البحث قد تكون لهم المذرة في أن ما يأتيه الرسول من أقوال وأفعال بصفته رسولا لا يكون صدوره منه بصيغة معينة ومع اتباع اجراءات أو أوضاع معينة كما هو الشأن فيما يصدر من رئيس الدولة في العصر الحديث من أعمال تتصل بوظيفته أو أى عمل آخر من الأعمال التي يقوم بها بصفته رئيس دولة .

وثمة وجه آخر من وجوه المذرة يمكن أن نلتمسه لهم بهذا الصدد ، وهو يرجع الى ما سبق أن حدث من البعض من الخلط بين ما يعد ومالا يعد تشريعاً مما صدر عن الرسول (١) .

هل تشريع السنة أبدي أم وقفي !

يجدر بنا أولاً أن نبين أن ما نعبّر عنه هنا « بالتشريع الأبدي » هو ما يعبر عنه فقهاء الشريعة « بالتشريع العام » الذي يمتد سريانه الى الأبد ، أو - على حد تعبيرهم « الى يوم القيامة » (٢) .

(١) ذلك هو ما أشار اليه الأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت في كتابه « الاسلام عقيدة وشريعة » ص ٤٢٩ حيث يقول « أن كثيراً مما نقل عنه صلى الله عليه وسلم صور بأنه شرع أو دين ، وسنة أو مندرج ، وهو لم يكن في الحقيقة صادراً على وجه التشريع أصلاً . وقد كثر ذلك في الأفعال الصادرة عنه صلى الله عليه وسلم بصفته البشرية أو بصفة العادة والتجارب . ونجد أيضاً ما صدر على وجه الامامة أو القضاء قد يؤخذ على أنه تشريع عام ، ومن ذلك تضطرب الأحكام وتختلط الجهات » - ولعله كان يريد أن يقول: « بحكم العادة وكثرة التجارب » لا « بصفة العادة والتجارب » - ولا يفوتنا هنا أن نبين أنه يقصد « بالمندوب » لدى فقهاء الشريعة : الفعل الذي يحمده فاعله ولا يذم تاركه ، ويسمى سنة ونافلة أو نفلا (لأنه زائد على الفرض والواجب ، ويزيد به الثواب) ، كما يسمى مستحباً (لأن الشارع يحبه ويؤثره) ، - وذلك مثل أداء الصلاة بالجماعة ، والتصدق على الفقراء والمساكين (زيادة عن أداء الزكاة المفروضة على كل مسلم) - راجع في ذلك كتاب « سلم الوصول لعلم الأصول » للأستاذ الشيخ عمر ص ٥٢ ، ٥٣

(٢) « الاسلام عقيدة وشريعة » (المرجع السابق ص ٤٢٨) .

أما وقد انتهينا من هذا الايضاح فأنتقل الى الأجابة على السؤال الذى تساءلناه فى بداية هذه النبذة : هل يصح أن نعد جميع تشريع السنة تشريعاً أبدياً ؟ ؛ أننا - على ضوء ما كتبه علماء الشريعة بهذا الصدد - نستطيع أن نجيب على هذا السؤال بما يلي :

١ - انه لا يصح القول بأن جميع تشريع السنة تشريع أبدي فالأحكام (سواء جاءت من السنة أو القرآن) كما يقول ابن القيم نوعان : نوع لا يتغير كوجوب الواجبات وتحريم المحرمات والحدود المقدرة بالشرع على الجرائم ونحو ذلك ، والنوع الثانى يتغير بحسب اقتضاء المصلحة كتمقادير التعزيرات وصفاتها . أما غير المعاملات كالعبادات والمقدرات فلاسبيل الى عمل المصلحة فيها (١) . وهنا يجدر بنا أن نذكر أن الصحابة كان مختلط عليها الأمر أحياناً ، فعتقد أن أمراً أمر به الرسول أو أن نهياً نهى عنه ذو صبغة أبدية ، فى حين أن الرسول لم يكن يقصد الا أن يكون ذا صبغة وقتية ، ينتهى أثره بانتهاء السبب الذى دعى الرسول الى ما أمر به أو نهى عنه (٢)

(١) راجع « تعليل الأحكام » ص ٣١٩ - ويضيف المؤلف الى ما تقدم « أن الاحكام هنا لا تتغير الا اذا أبحاثنا الضرورة الى شئ أخذ به مقدراً بقدرها ، كما دل عليه قوله تعالى : « فن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه » .

وراجع فى ذلك أيضاً للامام ابن القيم : « اعانه اللهفان » ص ١٧٩ وما بعدها - وكان ذلك نقلاً عن مؤلف الأستاذ محمود الشرفاوى « تقويم الفكر الدينى » ص ١٠٣ ، ١٠٤ .

(٢) راجع فى ذلك « تعليل الأحكام » (المرجع السابق ص ٢٨) للاستاذ الشيخ شلبى حيث يقول : « قد يأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشئ أو ينهى عنه فى حالة خاصة لسبب خاص ، فيفهم الصحابة أنه حكم (أى تشريع) مؤبد ، ، فيسألون رسول الله التخفيف لما يلحقهم من الحرج فيبين لهم أن ذلك ليس مؤبداً ، بل جاء لعدة خاصة ، من ذلك ما رواه أصحاب السنن عن عائشة رضى الله عنها قالت : دف الناس (أى أقبلوا) من أهل البادية فحضرت الأضحى ، فقال رسول الله « ادخروا الثلاث ، وتصدقوا بما بقى » ، قالت (عائشة) فلما كان بعد ذلك قلت يارسول الله : قد كان الناس ينتفعون بضحايهم ، ويحملون منها الودك (أى يذبيون الشحم ويستخرجون منه الودك وهو الشحم المذاب) ويتخذون منها الأسقية (جمع سقاء وهو ظرف الماء) ، قال رسول الله : وماذا ؟ قلت هيهتَ عن أمساك لحوم الأضاحى بعد ثلاث ، فقال (الرسول) انما كنت نهيتكم للدافة التى دفن (أى للجماعة من الناس التى أقبلت) فكلوا وتصدقوا وتزودوا . فوجه النظر الى أن العبارات التى وضعت بين قوسين لم تكن من كلام الرسول أو السيدة عائشة ، انما ذكرت لايضاح بعض الكلمات ، وقد نقل ذلك الايضاح من كتاب « تعليل الأحكام » .

والواقع أن عدم وجود حد فاصل دقيق بين ما يعد تشريعاً أبدياً وما يعد تشريعاً وقتياً ، كان أحد الأسباب التي أدت الى الخلاف بين الفقهاء (١) .

٢ - يعد من أحكام السنة تشريعاً عاماً (أى أبدياً) ما يصدر عن الرسول على وجه التبليغ بصفة أنه رسول ، كأن يبين مجملًا في الكتاب أو يخصص عاماً ، أو شأنًا متصلًا بشيء مما ذكر (٢) ، وكذلك القواعد الكلية مثل قاعدة «لا ضرر ولا ضرار» (٣) .

٣ - يعد «تشريعاً وقتياً» ما يصدر عن الرسول بماله من الأمامة والرياسة العامة لجماعة المسلمين (وذلك على وجه التفصيل الذي سبق لنا بيانه) ، فليس لأحد أن يفعل شيئاً من ذلك من تلقاء نفسه بحجة أن النبي فعله أو طلبه إنما لا يجوز الاقدام عليه الا بأذن الأمام (٤) .

ويجدر بنا هنا في مقام الختام أن نكرر أن ثمة أحاديث كثيرة صدرت عن الرسول لم تكن تشريعاً أصلاً (أى لا تعد تشريعاً أبدياً ولا وقتياً) .

(١) وفي ذلك يقول الأستاذ الشيخ شلبي (المرجع السابق ص ٣١٩) : «لقد كان عدم الفصل بين النوعين أحياناً سبباً من أسباب الخلاف بين الفقهاء ، فقد يرى بعضهم حكماً لرسول الله صلى الله عليه وسلم يظنه صدر عنه بحكم الفتوى والتبليغ ، وبعبارة أخرى يقبله على أنه شرع عام أبدي لا يتغير ، بينما يراه الآخر صادراً عنه بحكم أمامته ، أى أنه حكم مصلحي جاء لمصلحة خاصة قد تتغير على مر الأيام» .

(٢) «الاسلام عقيدة وشريعة» للاستاذ الشيخ شلتوت ص ٤٢٨

(٣) «وسطية الاسلام» للاستاذ الشيخ محمد المدني (عميد كلية الشريعة) ص ٧٢

(٤) «الاسلام عقيدة وشريعة» للاستاذ الشيخ شلتوت ص ٤٢٨ - ويلاحظ أن المؤلف يضيف الى ما تقدم أنه لا يعد تشريعاً عاماً ما يصدر عن الرسول بصفته قاضياً - كما نجد المؤلف يذكر في موضع آخر (ص ٤٣١) أنه فيما يتعلق بالعقائد فإن القرآن قد تكفل ببيانها ، ولقد كان القرآن لتواتره وافادته القطع هو المصدر الوحيد لتعرفها ، أما «الحديث» فليس الا مردداً لهذا الصدد لما أثبتته القرآن ، فليس في العقائد ما انفرد الحديث باثباته .

وراجع بحث «الفقه الاسلامي بين المثالية والواقعية» للاستاذ الشيخ شلبي حيث يقول (ص ١٣٠) نقلاً عن كتاب «الأحكام في الفرق بين الفتاوى والأحكام وتصرفات القاضي والامام ص ٢٣ وما بعد) : أن ما يصدر من رسول الله بصفته قاضياً يعد انشاءً والزاماً منه «بحسب ما نتج من الأسباب والحجاج ، ولذلك قال عليه السلام «انكم تختصمون الي ولعل بعضكم ألحن بحجته من الآخر الخ»

٣ - الأجماع

تمهيد - إذا لم يجد فقهاء الشريعة الإسلامية لمسألة من المسائل حكماً شرعياً لها في القرآن أو السنة فأنهم يبحثون عن حكم لها في الإجماع ، فالأجماع هو المصدر الثالث للشريعة الإسلامية ، بعد القرآن والسنة .

تعريف : الإجماع - في اصطلاح الأصوليين - هو اتفاق جميع المجتهدين من المسلمين ، في عصر من العصور ، بعد وفاة الرسول على حكم شرعي (١) من ذلك التعريف تبين لنا الأركان أو الشروط الواجب توفرها في الإجماع من أجل أن يصح حجة شرعية (٢) . والآن ننتقل الى بيان هذه الأركان وشرحها تفصيلاً .

أركان الإجماع : يمكننا حصرها فيما يلي :

١ - أن يكون ثمة « جماعة » من المجتهدين ، حتى يمكن القول أنه كان ثمة « إجماع » ، فإذا لم يوجد في عصر من العصور سوى مجتهد واحد فأن رأيه لا يمكن أن يوصف بالإجماع . وأقل عدد يتحقق به الأجماع هو ثلاثة ، على الرأي الراجح ، لأن هذا العدد أقل ما يصح أن يطلق عليه وصف « جماعة » (٣) .

٢ - أن يكون ثمة اتفاق من « جميع » المجتهدين . ويترتب على ذلك أنه إذا وافقت على الرأي مجرد « أغلبية » فان ذلك لا يكفي لتحقيق الإجماع وذلك لأنه طالما وجد اختلاف - كما يقولون - فقد وجد احتمال الصواب

(١) ويرى البعض أن الإجماع يمثال ما كان معروفاً عند الرومان باتفاق أهل الحكمة والمعرفة ذلك هو ما ذكره الأستاذ جوستاف جرونيباوم Von Grunebaum (أستاذ اللغة العربية بجامعة شيكاغو ورئيس مؤتمر علماء البحوث الإسلامية الذي عقد بمدينة Spa ببلجيكا عام ١٩٥٣) في كتابه « حضارة الإسلام » « ترجمة الأستاذ عبد العزيز توفيق جاويد وراجعته الأستاذ الكبير المرحوم عبد الحميد العبادي طبعة ١٩٥٦ ص ١٩٣

(٢) المستصفي من علم الأصول للإمام الغزالي (الملقب بحجة الإسلام) طبعة ١٩٣٧ الجزء الأول ص ١١٠ ، وراجع « أصول الفقه » (المرجع السابق ذكره) ص ٤٧ للاستاذ الشيخ خلاف وكتاب « سلم الوصول » للاستاذ الشيخ عمر عبد الله ص ٢٦٤

(٣) « سلم الوصول لعلم الوصول » (المرجع السابق) ص ٢٦٥

في جانب والخطأ في جانب ، فلا يكون اتفاق الأكثر حجة شرعية قطعية ملزمة . ذلك هو ما يراه الأصوليون وغالبية علماء الشريعة (١) .

ومن عجب أن نجد بن هويلاء من يأخذ بسنة الآحاد وهي حجة ظنية بينما هو لا يكتفى في الإجماع « بالأغلبية » إنما يشترط اتفاق « الجميع » ليكون الإجماع حجة قطعية (يقينية) .

ولذلك فأنا نجد بعضاً من علماء الشريعة (ولو أنهم أقلية فما يبدولنا) يكتفون بموافقة الأغلبية ، وذلك لأن اتفاق « الجميع » يعد أمراً نادراً بل قد يكون مستحيلاً ، وذلك مما يؤدي الى عدم مسابقة أحكام الشريعة لسنة التطور أي الى جمودها وبالتالي الى تأخرها عن الشرائع الوضعية الأخرى ، وذلك فضلاً عن أن الخلفاء الراشدين لم يكونوا يشترطون اتفاق « الجميع » (٢) .

(١) « أصول الفقه » ص ٤٨ ، و « المستصفي » للغزالي ج ١ ص ١١٠ ، ص ١٢٤ حيث يقول « اذا خالف واحد من الأمة أو اثنان لم ينعقد الإجماع دونه » ، وهنا لا يسمعا الا أن نلاحظ في شيء من الدهشة قول الامام الغزالي « أو اثنان » ! - راجع أيضاً « نحو الدستور الاسلامي » تأليف الأستاذ أبو الأعلى المودودي (رئيس الجماعة الاسلامية بباكستان) معربة عن اللغة الأوردية وطبعت بمصر (عام ١٣٧٣ هـ ١٩٥٤ م) ص ٦٧ (بالهامش) حيث يقول ان مبدأ الأغلبية ليس من مبادئ الاسلام .

(٢) من ذلك مثلاً أن الأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت (في كتابه « الاسلام عقيدة وشرعية » ص ٤٧٤) يقول أنه نظراً لأنه يبعد كل البعد تحقق هذا الشرط لذلك فإن « تفسير الإجماع بأنه اتفاق جميع مجتهدي الأمة في عصر من العصور هو تفسير نظري بحث ، لا يقع ولا يتحقق به تشريع » ثم يضيف الى ما تقدم قوله : « نعم : يمكن فهمه (أي فهم هذا الشرط) وقبوله على معنى « عدم العلم بالمخالف » أو على معنى « اتفاق الكثرة » وكلاهما يصلح أن يكون أساساً للتشريع العام الملزم في المسائل ذات البحث والنظر ، اذ هو غاية ما في الوسع ، ولا يكلف الله نفساً الا وسعها » ومن هذا يرى أن الأستاذ الأكبر يرى أنه يصحح أن يكتفى بالأغلبية . وراجع أيضاً في هذا المعنى بحث الأستاذ الشيخ شلبي « الفقه الاسلامي بين المثالية والواقعية » ص ١٤٨ حيث يقول : « الإجماع الذي صوره الأصوليون بأنه اتفاق جميع المجتهدين .. لن يتحقق إلا من طريق الصدفة أو فيما علم من الدين بالضرورة » ثم يقول « ولو سارحكام المسلمين على طريقة الخلفاء الراشدين لما تخلف الفقه الاسلامي عن التطور ، ولما حلت محله القوانين الوضعية الغربية في بقعة من بلاد الاسلام » . فالإجماع - فيما يقول (ص ١٤٦) - إنما « تقوم فكرته على مبدأ الشورى المشروعة في الاسلام » ومبدأ الشورى - كما هو معلوم - لا يحتم الإجماع ونجد الامام الأمدى (في كتابه « الاحكام في أصول الأحكام » ج ١ ص ١٠١) ينتقد الامام الغزالي لا شراطه في الإجماع « اتفاق أمة محمد » وفي ذلك يقول الأمدى بأن ما ذكره الغزالي يؤدي الى « عدم انعقاد الإجماع الى يوم القيامة فإن أمة محمد جملة من اتبعه الى يوم القيامة » .

ومما تجدر ملاحظته أنه لا يشترط - كما قد يظن البعض - أن يجتمع أولئك المجتهدون في مكان واحد لتبادل الرأي ، وإنما يصح أن يتم الأدلاء بآرائهم مجتمعين أو منفردين (١) . ونلاحظ أن امكان ابداء آرائهم منفردين هو مما يزيد من صعوبة تحقق الاجماع ، بل مما يجعله ضربا من ضروب المحال .

٣ - يجب أن يكون ابداء الرأي « صراحة » سواء كان قولاً أو فعلاً ، أما ابداء الرأي « قولاً » فذلك - كما يقول فقهاء الشريعة - كأن يفتى الواحد منهم في الواقعة بفتوى ، أما ابداء الرأي « فعلاً » فذلك بأن يقضى فيها بقضاء (٢) .

ويترتب على ذلك أنه إذا أبدى بعض المجتهدين رأيه صراحة ، وسكت البعض الآخر عن ابداء الرأي في مسألة من المسائل ، فإن الرأي الراجح لدى الأصوليين أنه لا يوجد في هذه الحالة اجماع حقيقي فلا يكون حجة شرعية وذلك لأنه - على حد تعبير الامام الغزالي « لا ينسب الى ساكت قول » (٣) .

٤ - ذلك الاجماع يشترط صدوره من « المجتهدين » لا من عامة المسلمين (٤) . ، وهنا يجدر بنا أن نعرف من هو « المجتهد » ، وما هي انشروط التي يجب توفرها في الفرد (المسلم المكلف) كي يصبح في عداد « المجتهدين » ؟

(١) « أصول الفقه » ص ٤٨ ، وراجع « المستصفي » للغزالي ج ١ حيث يقول أنه لم يكن من المستطاع معرفة رأي بعض المجتهدين أو مذهبهم « بالمشاهدة » لتفرقهم في مختلف الأقطار فإنه يمكن معرفة مذهبهم « بأخبار التواتر » « كما عرفنا أن مذهب جميع أصحاب الشافعي منع قتل المسلم بالذم وبطلان النكاح بلا ولي الخ » .

(٢) « أصول الفقه » ص ٤٧

(٣) « المستصفي » للغزالي ج ١ ص ١٣١ ، « وأصول الفقه » للأستاذ الشيخ خلاف ص ٤٧ وسوف نعود الى هذه النقطة بتفصيل أوفى ، وذلك بصدد الكلام عن « أنواع الاجماع » .

(٤) فلاحظ أن الامام الغزالي (في كتابه « المستصفي » ج ١ ص ١١٠) يعرف الاجماع بأنه « اتفاق أمة محمد صلى الله عليه وسلم على أمر من الأمور الدينية » على أننا نجد فيما بعد (ص ١١٥) يبين أنه إنما يقصد اتفاق « كل مجتهد مقبول الفتوى » أو « أهل الحل والعقد » ثم يقول « وبحسن تسمية ذلك اجماع الأمة قاطبة ، كما أن الجند اذا حكموا جماعة من أهل الرأي والتدبير في مصالحة أهل قلعة =

تعريف - « فالجهد » هو من كان أهلاً لا استنباط الأحكام الشرعية جميعاً ، ويسمى « المجتهد المطلق » . أما إذا كان أهلاً لاستنباط الحكم الشرعي لمسألة معينة فحسب ، فإنه في هذه الحالة يطلق عليه « المجتهد الخاص » أو « المجتهد الجزئي » (١) .

الشروط الواجب توفرها في « المجتهد المطلق » تتلخص فيما يلي :

(أولاً) المعرفة بآيات الأحكام وأسباب نزولها (أى حكمة التشريع) فلا تشترط المعرفة بجميع آيات القرآن ، وإنما يكفي فحسب بمعرفة الآيات المتعلقة بالتشريع ، ومعرفة الناسخ والمنسوخ منها (٢) .

(ثانياً) المعرفة بموقع كل باب من أبواب الحديث بحيث يغدو من اليسير الرجوع الى الحديث المراد الاستدلال به ، ولا يشترط هنا كذلك حفظ هذه الأحاديث (أحاديث الأحكام) .

(ثالثاً) المعرفة بأن المسألة التي هي موضع بحث المجتهد ليست مجمعة فيها على رأى يخالف رأيه .

= فصاحوهم على شيء ، يقال هذا باتفاق جميع الجند ، فإذا كل مجمع عليه من المجتهدين ، فهو مجمع عليه من جهة العوام ، وبه يتم إجماع الأمة « وفي ذلك يقول الأستاذ الشيخ خلاف (في كتابه « أصول الفقه » ص ٤٩) « أن الحكم الذى اتفقت عليه آراء جميع المجتهدين فى الأمة الإسلامية هو فى الحقيقة حكم الأمة ممثلة فى مجتهدىها » على أنه يفهم مما كتبه الغزالي (المرجع السابق ص ١١٥) أن المسألة تختلف فيها ، ولو أن هذا الرأى هو الراجح .

(١) راجع « الاجتهاد فى الإسلام » للأستاذ الأكبر الشيخ محمد مصطفى المراغى ص ١٢ حيث يقول « المجتهد والفقهاء والمفتى تعد مترادفات فى اصطلاح علماء الأصول » - على أننا نوجه الأنظار الى أن « المفتى » يشترط فيه أن يكون عدلاً بخلاف « المجتهد » ، ولكن فى حالة الإجماع إنما يكون المجتهد مفتياً « فالعدالة (كما يقول الامام الغزالي) شرط القبول للفتوى لا شرط صحة الاجتهاد » راجع « المستصطفى » للغزالي الجزء الثانى ص ١٠١ - ويلاحظ أنه اذا أطلق اصطلاح « الاجتهاد » فالمراد به الاجتهاد المطلق .

(٢) ويضيف علماء الأصول وأساتذة الشريعة عادة الى ما تقدم : « أنه لا يشترط حفظ تلك الآيات ، بل يكفي بمعرفة موضع الآية التى يراد الاستدلال بها ، وما اذا كانت تلك الآية منسوخة أم غير منسوخة » راجع « المستصطفى للغزالي » ج ٢ ص ١٠١ ، ١٠٢ .

(رابعاً) المعرفة باللغة العربية والنحو والصرف ، الى غير ذلك من علوم البلاغة التي تمكن الباحث من فهم الكتاب والسنة فهما صحيحاً (١) .

أما الشروط الواجب توفرها في «المجتهد الخاص» أو «المجتهد الجزئي» فهي أكثر يسراً من الشروط السالفة ، فمن أراد أن يكون مجتهداً في مسألة من المسائل فحسبه أن يكون ملماً بآيات الأحكام وأحاديث الأحكام ومواقع الاجماع المتعلقة بتلك المسألة فحسب (وذلك على وجه التفصيل الذى سبقت الاشارة اليه ، فضلاً عن الالمام باللغة العربية الخ) ، الخلاصة أن عليه أن يكون عارفاً بما يتعلق بتلك المسألة وما لا بد منه فيها (٢) .

وهنا يلاحظ الأستاذ الأكبر الشيخ المراغى أن مهمة المجتهد أصبحت ميسرة في العصر الحديث ، بعد أن قام علماء أجلاء بجمع كل من آيات الأحكام ، وأحاديث الأحكام ، والناسخ والمنسوخ ، ومواقع الاجماع ، كل منها في كتاب ، كما أصبحت تلك الأحكام مدونة في كتب الفقه وفى شرح الحديث وكتب التفسير ، كما أن الحديث قد ميز صحيفته من فاسده وفرغ الناس من تدوين سير الرواة ، ومذاهب الفقهاء أصبحت جميعها مدونة وأدلتها معروفة ، مما لم يكن ميسوراً لأحد في العصور الأولى للإسلام (٣) .

٥ - الشرط الخامس من شروط الاجماع ، هو اتفاق المجتهدين المسلمين « في جميع الأقطار » أو في « الأمة الاسلامية » على حد تعبير فقهاء

(١) راجع « المستصفي » للغزالي ج ٢ ص ١٠١ - ١٠٣ ، و« سلم الوصول لعلم الأصول » ص ٣٣٩ ، ٣٤٠ - ومن الأمور البديهية أن « المجتهد » يجب أن يكون أولاً من المسلمين المكلفين ، فعلماء الدين المسيحي أو اليهودي أو غيره من الأديان لا يعدون بداهة من « المجتهدين » في نظر الشريعة الاسلامية ، حتى ولو عنوا بالبحوث الفقهية الاسلامية كما هو شأن بعض المستشرقين الغربيين المسيحيين في العصر الحديث .

(٢) ذلك ما ذكره الأستاذ الأكبر الشيخ المراغى (في كتابه « الاجتهاد في الاسلام » ص ٢١) ، وكان ذلك - كما يتول - نقلاً عن كتاب « الأحكام » للأمدى .

(٣) « الاجتهاد في الاسلام » للمراغى ص ١٧ ، ١٨

الشريعة ، فلو كان هناك بعض من المجتهدين في بعض الأقطار غير الإسلامية فإنه يجب معرفة رأيه وموافقته ، وذلك من أجل أن يكون ثمة حقا إجماع (١) .

ولقد كان الامام مالك يرى الحجة في إجماع « أهل المدينة » فحسب ، وكان يرى البعض إجماع « أهل الحرمين » (مكة والمدينة) و « المصريين » (الكوفة والبصرة) ، ويبدو أن هذه الآراء كانت ترجع - كما يقول الامام الغزالي - الى اعتقاد أصحابها أن تلك البقاع كانت تجمع اذ ذلك جميع المجتهدين ، وهو - كما يقول - غير صحيح لأن المجتهدين « كانوا دائماً متفرقين في الأسفار والغزوات والأمصار » (٢) .

٦ - أن يحدث الإجماع في أي عصر من العصور « بعد وفاة الرسول » أما في حياة الرسول فلا مكان للإجماع ، لأن الرسول إما أن يوافق الصحابة المجمعين أو يخالفهم ، فأن وافقهم ثبت الحكم الشرعي بالسنة ، وأن خالفهم فلا عبرة بإجماعهم (٣) .

٧ - أن يكون « موضوع الإجماع » أو « المجتهد فيه » على حد تعبير الامام الغزالي « أمراً من الأمور الدينية » (٤) .

٨ - ألا نجد في المسألة التي يعرض لها الإجماع سوى « حكماً شرعياً ظنياً » ، فالحكم الشرعي الثابت بدليل قطعي الثبوت والدلالة لا يصح

(١) المستصفي للغزالي ج ١ ص ١١٠ حيث يقول « فأن قيل لعل أحداً منهم (أي من المجتهدين) في أسر الكفار وبلاد الروم قلنا يجب مراجعته » .

(٢) المستصفي للغزالي ج ١ ص ١١٨ ، ١١٩ - ويضيف الى ما تقدم قوله : « وقد قال قوم الحجة في اتفاق الخلفاء الأربعة ، وهو تحكم لا دليل عليه الا ما تخيله جماعة في أن قول الصحابي حجة ، وسيأتي في موضعه » ، ونحن كذلك سنعود الى الكلام تفصيلاً عن هذه المسألة في موضعها ، وذلك بصدد الكلام عن « مذهب الصحابي » (بين مصادر الشريعة المختلف فيها) .

(٣) « أصول الفقه » ص ٤٧ - و« سلم الوصول لعلم الأصول » ص ٢٦٦

(٤) « المستصفي » للغزالي ج ١ ص ١١٠ على أن الأمام الآمدي (في كتابه « الأحكام في أصول الأحكام » ج ١ ص ١٠١) لا يوافق الامام الغزالي على هذا الشرط ويرى أن الإجماع يصح أن يتم كذلك في غير الأمور الدينية .

أن يكون موضوعاً للاجتهاد ولا للاجماع ، وإنما يكون الاجماع في المسائل الاجتهادية التي يوجد لها دليل ظني سواء كان حديثاً من أحاديث الآحاد أم قياساً مثلاً (١) .

٩ - الشرط الثامن والأخير من الشروط الواجب توفرها لصحة « الاجماع » هو كفالة حرية الرأي (٢) .

على أننا نرى أنه لا كفالة لحرية الرأي دون كفالة للحرية الشخصية التي تشمل - فيما تشمل « حق الأمن » أي حق الفرد أن يطمئن الى أنه لن يجلس أو يقبض عليه كنتيجة لاجراءات تعسفية ، وإنما بناء على قرار من الهيئات القضائية (كقاعدة عامة) . أما قولنا « كقاعدة عامة » فذلك لأنه تستثنى عادة حالة التلبس بارتكاب جريمة ، فانه يمكن في هذه الحالة القاء القبض على الشخص المتلبس دون انتظار لصدور أمر أو قرار من الجهات القضائية (٣) .

(١) « الاجتهاد في الاسلام » للمراغي ص ٢٦

فلا موضع للاجتهاد ولا للاجماع في المسائل المعلومة من الدين بصورة قطعية يقينية مثل وجوب الصلوات الخمس وصوم رمضان وحرمة الزنى والقتل الخ ، والمقدرات الشرعية مثل مقدار الزكاة والحدود على اختلاف أنواعها (حد الزنا وحد السرقة الخ) . وإنما يكون الاجتهاد في المسائل التي لم يرد فيها نص من الكتاب ولا السنة ، كما يكون الاجتهاد بصدد الدليل الظني الثبوت من السنة ، فيبحث المجتهد عن سنده وحال روايته . ومن الأمور البديهية أن الاجماع لا يكون الا عن دليل شرعي يستند اليه وقد يكون الدليل هو الأخذ بالقياس مثلاً . راجع « سلم الوصول لعلم الأصول » صفحة ٢٦٦

(٢) نلاحظ أننا لم نجد أحداً من فقهاء الشريعة قد أشار الى هذا الشرط اللهم الا الأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت (في كتابه « الاسلام عقيدة وشرية » ص ٤٧٤) .

(٣) تشمل « الحرية الشخصية » La Liberté individuelle في اصطلاح الفقه الدستوري الحديث الأشياء الثلاثة الآتية :

(أ) حرية الغدو والرواح

(ب) حق الأمن droit de Sureté أي حق الفرد أن يطمئن الى أنه لن يجلس أو يقبض عليه بصورة تعسفية (وذلك على وجه التفصيل الذي سبق أن بيناه) .

(ج) حرمة المسكن inviolabilité du domicile وهي تتضمن تحريم دخول المسكن الخاص الا بموافقة صاحبه ، وأنه ليس لرجال البوليس دخوله الا بناء على قرار من رجال السلطة القضائية (لهم الا في حالة التلبس) .

فهذه الحرية (لاسيما حق الأمن) هي في الواقع أهم أنواع الحريات ،
فحيث لا توجد فليس لحرية الرأي في الواقع وجود ، وان وجدت طي
نصوص القوانين أو الدساتير (١) .

أنواع الاجماع : « الاجماع الصريح » و « الضمني »

أهم أنواع الاجماع التي ينقسم اليها - من حيث كيفية حدوثه - نوعان :
اجماع صريح ، و اجماع ضمني .

فالاجماع الصريح يكون حيث يُرى المجتهدون يبدون جميعا رأيهم صراحة
(بفتوى أو قضاء) - أما الاجماع الضمني فيكون حيث نجد بعضهم قد أبدى
رأيه صراحة ، والبعض الآخر قد سكت عن ابداء الرأي .

والاجماع الضمني هو موضع خلاف بين الأصوليين ، فالبعض (ومنهم
الحنفية) يرونه اجماعا أي حجة شرعية ، أما الرأي الراجح (وهو مذهب
الجمهور فيرى) أن الاجماع الصريح هو وحده الاجماع حقيقة ، أي أنه وحده
حجة شرعية بخلاف الاجماع الضمني ، فعلى حد تعبير الامام الغزالي « لا ينسب
الى ساكت قول » (٢) .

(١) ولعل الأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت كان يشير الى ذلك حين وجدناه بعد اشتراطه
كفالة « حرية الرأي للباحثين » يردف الى ذلك قوله : « وألا يتصل بها مظهر من مظاهر الضغط
الذي قد يكيل به السلطان حرية الرأي » .

(٢) « المستصفي » للغزالي ج ١ ص ١٣١ حيث يضيف الى ما تقدم بأن بعض الفقهاء
يرى أن سكوت المجتهدين يصحح أن يعد حجة « اذا دلت قرائن الأحوال على أنهم سكتوا مضميرين
الرضا » - ومن ذلك الرأي أيضاً الأستاذ الشيخ خلاف (في كتابه « أصول الفقه » ص ٥٤)
وزيد هنا أن نوجه الأنظار الى أن أساتذة الشريعة يطلقون عادة على هذين النوعين : « الاجماع
القول » و « الاجماع السكوتي » ، ولكننا آثرنا هذه التسمية التي ذكرناها .

ويذكر بعض أساتذة الشريعة نوعا ثالثا من أنواع الاجماع يطلقون عليه « الاجماع العملي » ،
وهو يكون « حين يتفق المجتهدون على عمل » (راجع في ذلك كتاب الأستاذ عمر عبد الله ص ٢١٧)
ولكننا وجدنا البعض الآخر (كالأستاذ الشيخ خلاف في كتابه « أصول الفقه » ص ٥٣) لم يشر
الى ذلك النوع الثالث ، وكذلك شأن الامام الغزالي (في كتابه « المستصفي ») .

مصدر مميّزة الاجماع

يستندون - لتقرير حجية الاجماع (أولاً) الى القرآن ، (ثانياً) الى الحديث أما الآيات القرآنية التي يستندون اليها فأهمها الآية الكريمة : « يأيتها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم » - ولفظ الأمر معناه الشأن وهو عام يشمل الأمر الديني والأمر الدنيوي ، وأولو الأمر الدنيوي هم من نطلق عليهم في العصر الحديث « الحكام » ، أما أولو الأمر الديني فهم « المجتهدون » أو « أهل الفتيا » كما يطلق عليهم لدى رجال الشريعة(١).

وإذا أريد تبرير اعطاء المجتهدين حق اصدار قرارات ملزمة للمسلمين (عن طريق « الاجماع ») فإنه يمكن أن يقال أن الله وقد ذكر في القرآن أنه قد أتم دينه، وهودين أبدي لأن الرسول هو خاتم المرسلين ، ولما كانت الأحكام الواردة في القرآن والسنة لا تشمل جميع ما يستجد من المسائل والمشاكل ، لذلك كان من الضروري أن نستنبط من النصوص ومن المبادئ العامة للإسلام وروحه حلولاً لتلك المسائل . وبما أن العلماء (المجتهدين) هم المختصون بهذه المهمة (مهمة استنباط تلك الحلول) فإن اجماعهم يعد معبراً عن يقين عن حكم الدين (٢) .

(١) « أصول الفقه » ص ٤٩

وهناك آيات قرآنية أخرى تذكر لاثبات حجية الاجماع ، منها قوله تعالى « واعتصموا بحبل الله جميعاً ولا تفرقوا » ، وأقوى تلك الآيات (كما يقول الغزالي) قوله تعالى : « ومن يشاقق الرسول من بعد ما يتبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين فوله ما تولى ونصله جهنم وساءت مصيراً » فهذه الآية تبين أن اتباع غير سبيل المؤمنين أمر محرم ، ومن ذلك فإنه يلزم اتباع سبيلهم ، وبذلك يكون الاجماع حجة .

راجع في ذلك « المستصحب » للغزالي ج ١ ص ١١١ وكتاب « سلم الوصول لعلم الأصول » ص ٢٧١ ، ٢٧٢ حيث يستند الأستاذ الشيخ عمر الى كتاب « نهاية السؤل شرح منهاج الأصول » لليضاوى ج ٣ ص ٨٦٢ ، ٨٦٣

(٢) راجع في ذلك ميو Milliot (أستاذ الشريعة الاسلامية بجامعة باريس في كتابه

« المدخل لدراسة الفقه الاسلامي » طبع بباريس ١٩٥٥ ص ١٢٧ .

Introduction a' L'étude de droit Musulman .

(ب) وأما عن السنة فإننا نجد الكثير من الأحاديث التي تعبر عن عصمة الأمة عن الخطأ ، وأهمها وأقواها الحديث المعروف : « لا تجتمع أمتي على الخطأ » ، ومن تلك الأحاديث « لا تجتمع أمتي على الضلالة » ، ومنها قوله : « يد الله مع الجماعة » (١).

القوة القانونية للإجماع (أو حجية الإجماع)

إذا تحققت أركان الإجماع الثمانية (٢) أصبحت له حجة شرعية لا يجوز مخالفتها ، فالإجماع — في نظر جمهور الفقهاء — حجة تفيد القطع واليقين لا الظن والرجحان ، ومرتبته تأتي بعد القرآن والسنة .

هل نسرى مهيبة على العصور التالية ؟ — إذا كان لا يجوز لأحد أو لمجتهد أن يخالف هذا الإجماع ، فهل يجوز للمجتهدين جميعاً فيما بعد — ولو في أحد العصور التالية — أن يعيدوا النظر في تلك المسألة التي تناولها إجماع سابق ، وأن ينقضوها أو يخالفوها « بإجماع » لاحق ؟ المسألة موضع خلاف بين فقهاء الشريعة .

(١) فالبعض يرى أنه ليس للمجتهدين — حتى في عصر تال — مخالفة إجماع سابق ، لأن الحكم الذي ثبت بهذا الإجماع (السابق) هو « حكم شرعي قطعي لا مجال لمخالفته ولا لنسخه » (٣).

(١) « المستصفى للغزالي » ج ١ ص ١١١

(٢) يلاحظ أن أساتذة الشريعة الإسلامية عادة يذكرون أربعة أركان (كما كان شأن الأستاذ الشيخ خلاف) أو خمسة (كما كان شأن الأستاذ الشيخ عمر عبد الله) وذلك لأنهم يدمجون أحياناً ركنين معاً ، وكان الأوفق التمييز والفصل بينهما ، ثم أنهم فاتهم (اللهم الا الأستاذ الشيخ شلتوت) ذكر أحد الأركان وهو الركن الثامن (وقد سبق أن أشرنا الى ذلك) .

(٣) « أصول الفقه » للأستاذ الشيخ خلاف ص ٤٨

ونجد كذلك الامام الغزالي (في كتابه « المستصفى » ج ١ ص ١٢٢) يرى أنه لا يجوز نقض الإجماع من المجتهدين أنفسهم الذين وافقوا عليه ، لأنه في هذا الحالة — على حد تعبيره « يكون أحد الإجماعين خطأ وهو محال » — ويبدو أنه يقول باستحالة ذلك الخطأ الإجماعي لأن في هذا مخالفة للأحاديث المعروفة التي تقرر عصمة الأمة عن الخطأ — وقد ردد الأستاذ الشيخ عمر عبد الله هذا الرأي (في كتابه ص ٢٧٠) حيث يقول « فالإجماع الذي هو فعل المجتهدين المجمعين اعتبر دليلاً بالنسبة لمن جاء بعدهم بدون بحث عن المستند الذي استند اليه المجمعون في إجماعهم » .

(ب) ويرى البعض الآخر بالعكس أن للمجتهدين أنفسهم أو لمن يأتي بعدهم - إذا تغيرت ظروف الاجماع - أن يعيدوا النظر في المسألة وأن ينقضوا الاجماع السابق باجماع لاحق ، ومن باب أولى لا يكون الاجماع في عصر من العصور ملزماً للمجتهدين في عصر تال (١) .

ونحن نميل الى الأخذ بهذا الرأي الثاني ، اذ أن الرأي الأول لا يتفق مع روح المرونة التي تمتاز بها الشريعة الاسلامية والتي هي احدى خصائصها - كما قدمنا - ، بل أنه ليضفى عليها صبغة من الحمود الذي يعوقها عن النهوض والملاءمة مع الظروف المتطورة للمجتمع .

ويبدو لنا أن الرأيين متفقان على أن الاجماع اذا انعقد على أمر من الأمور في عصر من العصور فإنه لا يجوز لمجتهد مخالفته ولو جاء ذلك المحدث في عصر من العصور التالية .

الفقه الحديث ينبذ مبدأ الحمود المطبق للتشريع . وهنا يجدر بنا أن نوجه الأنظار الى أن الرأي السائد في الفقه الحديث ينبذ الرأي القائل بأن تشريعا من التشريعات ، سواء كان تشريعاً عادياً (أى قانوناً) أو تشريعاً دستورياً (أى دستوراً) يصح أن ينص على جموده جموداً مطلقاً ، أى أن ينص على عدم قابليته للتعديل أو للألغاء ، فإن مثل هذا النص يعد باطلا قانوناً (٢) .

(١) هذا هو ما يراه الأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت (في كتابه : « الاسلام عقيدة وشريعة ص ٤٧٥) حيث يقول : « اذا كان من أسس الاجماع اتفاق النظر في تقدير المصاحبة ، وهي بما تختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة والأحوال فانه يجوز للمجتهدين أنفسهم أو لمن يأتي بعدهم أن يعيدوا النظر في المسألة على ضوء الظروف الجديدة ، وأن يقرروا ما يحقق المصلحة التي تقتضيها تلك الظروف ، ويكون الاتفاق الثاني اجماعاً منهيلاً لأثر الاجماع الأول ، ويصير هو الحجة التي يجب اتباعها وإذا وجدت المصلحة فتم شرع الله » .

(٢) وقد سبق لنا أن عالجتنا تفصيلاً هذه المسألة في كتابنا « الوسيط في القانون الدستوري » (طبعة ١٩٥٦ ص ١٠٢ - ١٠٧) وبتفصيل أوفى في كتابنا « المفضل في القانون الدستوري » الجزء الأول طبعة ١٩٥٢ ص ١٤٨ - ١٥٦ ، ولقد كان كلامنا قاصراً على بيان بطلان الرأي =

مقارنته بين الإجماع و«الفقه» المجمع عليه (بمفهومه لدى رجال القانون الوضعي في مصر) .

يرى بعض الزملاء من أساتذة القانون لدينا أن الإجماع إنما كان «الفقه المجمع عليه» . الواقع أن هذا الرأي يتطلب منا بعض ملاحظات ، على أننا يجب أولاً أن نشير الى أن «الفقه» La doctrine بمفهومه المعروف لدى رجال القانون إنما يقصد به مجموع الآراء التي يدلي بها فقهاء القانون الذين هم عادة في العصر الحديث أساتذة القانون في كليات الحقوق (الحاليون منهم والسابقون) (١) .

ملاحظات : ويتلخص ما نريد ابداءه من ملاحظات بهذا الصدد فيما يلي :

(أولاً) أن الإجماع إنما هو — كما قدمنا — اتفاق جميع «المجتهدين» ولكن يجب ألا يفوتنا أن «المجتهد» يصح أن يكون قاضياً ، والرأي الذي ينسب إليه في المسألة (موضوع الإجماع) إنما كان حكماً قضائياً ، والأحكام القضائية لا تعد جزءاً من «الفقه» بمفهومه لدى رجال القانون .

== القائل (أو بطلان النص القاضي) بجمود التشريع الدستوري: وهو يتلخص في أن مثل هذا النص لا قيمة له سواء من الناحية السياسية (أي العملية أو الواقعية) أو من الناحية القانونية ، أما القول بأننا إذا نظرنا الى الناحية الواقعية أو السياسية فأننا نجد أن هذا النص (أو الرأي) لا قيمة له فذلك لأنه ضد طبيعة الأشياء فهو سيظل نصاً ميتاً لأنه سوف يفقد الحياة على يد إحدى الثورات أو الانقلابات ، فالهدف الأساسي للدستور إنما هو بيان نظام الحكم في الدولة طبقاً للمبادئ والآراء السياسية والاجتماعية التي كانت سائدة وقت وضع الدستور ، وبما أن هذه المبادئ والآراء تتغير وتتطور ، لذلك لم يكن من الجائز أن نحدد نظام الحكم بصورة ثابتة لثلاثين عاماً يوماً مخالفاً للضرورات السياسية ولرغبات البلاد . أما من الناحية القانونية فأن مثل ذلك النص يعد باطلاً ، لأن الدستور إنما هو القانون الأساسي الأعلى للبلاد ، وكل قانون قابل دائماً للتبديل والتعديل — وفي البلاد التي يقوم فيها الدستور على أساس مبدأ سيادة الأمة نجد أن النص على عدم التبديل يتناقض مع ذلك المبدأ ، فحرمان الأمة حق تعديل الدستور يعد بمثابة حرمانها من العنصر الأساسي لتلك السيادة .

(١) بهذا المعنى استعملت كلمة الفقه في قول البعض «ان الإجماع إنما كان الفقه المجمع عليه» ، على أنه يقصد أحياناً «بالفقه» جماعة الفقهاء (أساتذة القانون) أنفسهم الذين يقومون بالادلاء بتلك الآراء شرحة للقانون أو تعليقا على أحكام القضاء ، فيقال مثلا : أن هذا هو الرأي الذي استقر عليه الفقه .

ثم أن المجتهد الجزئي (أو الخاص) لا يعد حتماً من الفقهاء .

(ثانياً) أن كلمة « الفقه » مفهوماً لدى علماء الشريعة الإسلامية ذات معنى يختلف عن معناها المعروف لدى علماء القانون (كما بيناه) .

فلدى علماء الشريعة يقصد بالفقه : ذلك « العلم » الذي يبحث الأحكام الشرعية « العملية » ، وهي — كما قدمنا — تشمل العبادات والمعاملات ، فلا تشمل الأحكام الاعتقادية (كالأحكام المتعلقة بذات الله وصفاته وبالإيمان به وبرسله الخ) إذ هي موضوع علم التوحيد (أو علم الكلام) (١) .

وأحياناً يقصد بكلمة الفقه تلك « الأحكام الشرعية العملية » ذاتها . والفقه بهذا المعنى المزوج هو في الواقع ما يقصد بعبارة « الشريعة الإسلامية » بمفهومها المعروف في كليات الحقوق ، فالواقع أن استعمال كلمة الشريعة بهذا المعنى — كما يقول بعض علماء الشريعة — إنما هو استعمال مجازي (٢) .

فكلمة « الشريعة » إنما تستعمل — لدى علماءها — بمعنى أعم من الفقه بحيث يعد الفقه جزءاً منها ، إذ يقصد بها لديهم : جميع الأحكام التي شرعها الله لعباده على لسان أحد الرسل فهي تشمل ثلاثة أنواع من الأحكام أو من العلوم :

١ — علم الفقه : بالمعنى الذي سبق بيانه (الذي يشمل العبادات والمعاملات) .

٢ — علم الاخلاق (وهو يبين الأحكام المتعلقة بتهديب النفوس واصلاحها) .

٣ — علم الكلام أو التوحيد (الذي يبحث في الأحكام الاعتقادية) (٣) .

(١) لزيادة التفصيل في شرح المقصود « بالأحكام الشرعية العملية » راجع ما كتبناه بها

من ص ٥

(٢) « المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي » (طبعة ١٩٥٩ ص ٣ ، ١٤) للأستاذ الشيخ

محمد شلبي .

(٣) من الطريف ما يذكر من أن « الفقهاء » (أي علماء الفقه أو الشريعة كما يطلق عليه

في كليات الحقوق) كان يطلق عليهم في فجر الإسلام « القراء » تمييزاً لهم عن الذين لم يكونوا =

(ثالثاً) وأخيراً يجدر بنا أن نذكر أنه إذا كان الفقه (١) يعد في العصر الحديث غير ذي قوة الزامية وأنه مجرد مصدر « تفسيري » يسترشد به القاضى أى دون أن يكون ملزماً باتباعه ، إلا أنه (أى الفقه) كان له في ظل بعض الشرائع في الأزمنة القديمة شأن كبير ، حتى أنه كان يعد في بعض الحالات أو بعض الأزمان مصدراً « رسمياً » (لا تفسيريًا فحسب) من مصادر القانون كما كان الشأن في القانون الرومانى ، وكذلك في الشريعة الإسلامية ، على أنه لا يزال للفقه الإسلامى حتى اليوم في بعض الأحوال شأن كبير .

(١) - في القانون الرومانى - وحسبنا بياناً لما تقدم أن نذكر أنه حين آل الفقه الرومانى الى التدهور بعد انقضاء العصر العلمى الذى بلغ فيه ذلك الفقه أوج ازدهاره بل وعظمته (٢) أصدر امبراطور الدولة الرومانية الشرقية وامبراطور الدولة الرومانية الغربية قانوناً مشتركاً عام ٤٢٦ م . كان يلزم القضاة بالرجوع لآراء الخمسة المشهورين من فقهاء العصر العلمى والأخذ بها فيما يعرض عليهم من القضايا ، وبذلك أصبح الفقه مصدراً رسمياً للقانون (٣) . - وأخيراً نجد الموسوعة

=يقدمون القرآن ، اذ كان العرب أمة أمية كما هو معلوم ، فلما نهضت للعرب حضارتهم واتسع سلطانهم وزالت الأمية عن الكثيرين منهم تغيرت تسمية « القراء » الى الفقهاء أو العلماء . راجع فيما تقدم « المدخل لدراسة الفقه الإسلامى » للأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى . طبعة ١٩٦١ ص ٩ - ١٣ ، ومؤلف « المدخل » المرجع (السابق) للأستاذ الشيخ محمد شبلى صفحة ١٣ - ١٥ .

(١) يلاحظ أننا نستعمل كلمة « الفقه » في هذه النبذة بمفهومها المعروف لدى رجال القانون (٢) يقع العصر العلمى ما بين عام ١٣٠ قبل الميلاد ، و ٢٨٤ بعد الميلاد أى ما يزيد قليلاً عن أربعة قرون .

(٣) هؤلاء الفقهاء الخمسة الكبار هم جايوس ، بول ، البيان ، بابتيان ، مودستان ، بحيث اذا اختلفت الآراء اعتمد رأى الأغلبية ، واذا تساوت اعتمد الرأى الذى كان صوت بابتيان الى جانبه .

راجع فى ذلك بحثاً للأستاذ الدكتور عمر ممدوح بعنوان : « الفقه عند الرومان » نشر بمجلة الحقوق : السنة الثالثة (١٩٤٨) العدد الرابع ص ٦٠٠ ، ٦٠١ .

(Digesta) التي جمعها الامبراطور جوستينيان في القرن السادس الميلادي والتي هي عبارة عن أحكام القانون الروماني انما كانت مستقاة من المؤلفات التي تركها كبار فقهاء الرومان في العصر العلمي (١) .

(ب) - في الشريعة الاسلامية - كان للفقهاء - كما قدمنا - شأن كبير في تكوين الاجماع الذي يعد المصدر الثالث من مصادر الشريعة الاسلامية . على أن الفقه الاسلامي - خلافاً للفقه الروماني - لم تقتصر فحسب أهميته ومكانته على الأزمنة القديمة ، بل أنه لا يزال له حتى اليوم - كما قدمنا - شأن بل شأو كبير (٢) .

- ٤ -

القياس

تمهيد - ذهب جمهور علماء المسلمين الى أن القياس حجة شرعية وأنه في المرتبة الرابعة من مصادر الشريعة الاسلامية ، بمعنى أنه اذا لم يوجد نص في القرآن أو السنة يدل على الحكم الشرعي في مسألة من المسائل كان الواجب أن نبحث عما اذا كان هناك اجماع من المجتهدين على الحكم الشرعي بصدد هذه المسألة فاذا لم يكن ثمة اجماع كان الواجب أن نلجأ الى استنباط الحكم الشرعي بطريق القياس أو بغيره من طرق الاستنباط .

(١) راجع فيما تقدم : « نظرية القانون » للأستاذ الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي طبعة ١٩٥٤ ص ١٩٣ ، ١٩٤ - و« المدخل للعلوم القانونية » للأستاذ الدكتور عبد المنعم البدر اوى طبعة ١٩٦٠ ص ٣٥٦ - ٣٥٩ ، و« أصول القانون » للأستاذ الدكتور حسن كبره الطبعة الثانية ١٩٦٠ ص ٢٦٢ - ٢٦٤

(٢) يلاحظ أننا نستعمل هنا اصطلاح « الفقه الاسلامي » بالمعنى المعروف لدى رجال القانون الوضعي .

تعريف : القياس - في اصطلاح الأصوليين - هو الحاق واقعة
لا نص على حكمها الشرعى بواقعة ورد نص (في القرآن أو السنة) بحكمها ،
وذلك في الحكم الذى ورد به النص ، لتساوى الواقعتين في علة هذا الحكم (١) .

بين القياس والاجماع - اذا كان الحكم الشرعى لم يثبت بنص من القرآن
أو السنة ، وانما ثبت باجماع سابق من المجتهدين ، فهل يصح القياس على هذا
الحكم الشرعى الثابت بالاجماع ؟ المسألة موضع خلاف ويبدو أن الرأى الراجح
أن القياس لا يصح الأخذ به في هذه الحالة ، وذلك لأن الاجماع - كما يقولون -
لا يتطلب فيه أن يذكر مع الحكم الشرعى المجمع عليه مستنده ، ولا سبيل
الى ادراك علة الحكم بدون ذلك المستند ، ولا سبيل الى القياس بدون ادراك
تلك العلة . ذلك كان الرأى الذى ذكره ورجحه الأستاذ الشيخ خلاف (٢) .

على أنه يبدو لنا أنه يصح أن نتساءل : اذا كان السبب المسوغ لترجيح
الرأى القائل بعدم الأخذ بالقياس في هذه الحالة هو أن الحكم الشرعى
المجمع عليه لا يشترط فيه أن تذكر معه أسبابه ، فلماذا لا يصح اذا القياس
على الحكم الشرعى المجمع عليه في الحالة التى تذكر فيها مع ذلك الحكم
أسبابه ؟

(١) « أصول الفقه » (المرجع السابق ص ٥٥ ، ٣١٨) للاستاذ الشيخ خلاف ، حيث يذكر
مثالا لذلك : قتل الوارث مورثه واقعة ثبت بالنص حكمها (بالحديث الشريف : « لا يرث القاتل »)
وهو حرمان القاتل من الأثر ، لعله هي أن قتله فيه استعجال للشيء قبل أوامه ، وقتل الموصى
له للموصى توجد فيه هذه العلة ، فيقاس بقتل الوارث مورثه ويحرم القاتل الموصى من استحقاق
مأوصى به اليه .

وراجع كتاب « نفص كتاب الاسلام وأصول الحكم » للاستاذ الأكبر المرحوم الشيخ محمد
الحضرى حسين (طبعة ١٣٤٤ هجرية) ص ٢٠١ حيث يقول بأن العلماء « قاسوا القضاء في حال
المرض على القضاء في حال الغضب المنصوص عليه في قوله صلى الله عليه وسلم « لا يقضى القاضى
وهو غضبان » لأن علة المنع من القضاء متحققة في حال المرض وهى قلق الفكر واضطرابه .

(٢) « أصول الفقه و خلاصة تاريخ التشريع الاسلامى » (المرجع السابق ذكره) ص ٦٥
وراجع « الاجتهاد في الاسلام » للاستاذ الأكبر الشيخ المراغى حيث يذكر بين مصادر الشريعة
(ص ٢٦) « القياس على النصوص » ، مما يفهم منه - فيما يبدو لنا - أنه لا يرى صحة القياس
على الاجماع - وراجع عكس هذا الرأى في مؤلف الاستاذ الشيخ عمر عبد الله « سلم الوصول لعلم
الأصول ص ٢٨١

التفرقة بين القياس والاجتهاد . الاجتهاد - في اصطلاح الأصوليين -
هو بذل المجهود أقصى الجهد لاستنباط حكم شرعى عملى بطريق القياس
أو غيره من الأدلة الشرعية (١) .

مما تقدم يتبين أن « الاجتهاد » أعم من القياس ، وأن القياس مظهر
من مظاهره لأن الاجتهاد هو بذل أقصى الجهد للوصول الى حكم شرعى
عملى فى أية واقعة بأى دليل شرعى أو بالرجوع الى أى مصدر من مصادر
الشرعية سواء كان نصا فى القرآن أو السنة أو كان اجماعا أو قياسا أو غير
هذا أو ذلك ، فكل قياس هو اجتهاد ، وليس كل اجتهاد قياساً (٢) .

أركان القياس : يتبين من التعريف السابق أن كل قياس يتكون
من أركان أربعة :

١ - « الأصل » أو « المقيس عليه » (أو « المشبه به ») وهو ماورد
بحكمه نص (فى القرآن أو السنة) (٣) .

(١) « المستصطفى فى علم الأصول » للإمام الغزالى ج ٢ ص ١٠١ ، وراجع مؤلف الشيخ
خلاف الاجتهاد والتقليد والتعارض والترجيح « (طبعة ١٩٥١) ص ٥ حيث يضيف الى ما تقدم
قوله : « وبذلك يخرج من دائرة الاجتهاد الباحث الذى يتعرف الحكم الشرعى من نص صريح
قطعى للدلالة لأنه لا يبدل فى الوصول الى هذا جهداً ولا « أقصى الجهد » كما ذكرنا فى التعريف ،
فالوصول مثلا الى أن نصيب الابن من الأثر ضعف نصيب البنت نقلا عن قوله تعالى : « يورثكم
الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين » لا يسمى فى اصطلاح الأصوليين « اجتهادا » ، ويضيف
الى ما تقدم بأن قولنا « الأدلة الشرعية » يؤدى الى أن نخرج عن دائرة الاجتهاد بذل الجهد للوصول
الى حكم شرعى من أقوال الأئمة أو عبارات المتون والشروح ، حيث أن الأدلة الشرعية المتفق
عليها لدى الأصوليين هى - كما قدمنا - القرآن والسنة والاجماع والقياس .

(٢) لأن الاجتهاد قد يكون بذل أقصى الجهد فى الوصول الى حكم شرعى من نص ظنى أو بذل
أقصى الجهد للوصول الى حكم شرعى بالاستحسان أو الاستصحاب أو غير ذلك (مما سيأتى بيانه فيما
بعد) راجع « الاجتهاد والتقليد .. » (المرجع السابق) ص ٧ ، ٨
ويلاحظ أنه يطلق أحيانا على الاجتهاد بالقياس « الاجتهاد بالرأى » . راجع فى ذلك « أصول
الفقه » للأستاذ الشيخ خلاف (ص ٣٢٤) .

(٣) وقد تقدم القول بأن مسألة صحة القياس على الحكم الشرعى الثابت بالاجماع هى مسألة
مختلف فيها .

٢ - « الفرع » أو « المقيس » (أو « المشبه ») وهو ما لم يرد بحكمه الشرعي نص ، ويراد تسويته بالأصل في حكمه عن طريق القياس .

٣ - « الحكم الشرعي » المنصوص عليه في الأصل ويراد أن يكون حكماً شرعياً للفرع عن طريق القياس .

٤ - « العلة » هي الوصف الذي بنى عليه حكم الأصل ، وبناء على وجوده في الفرع يسوى بالأصل في حكمه .

فالاسكرار وصف في الخمر بنى عليه تحريمه ، ويعرف به (أى بالاسكار) وجود التحريم في كل ما هو مسكر (ولولم يكن خمرًا) (١) .

الأحكام الشرعية التي لا يجرى فيها القياس

ليس كل حكم شرعي ثبت في مسألة من المسائل يصح القياس عليه ، فهناك بعض شروط يجب أن تتوفر في هذا الحكم الشرعي (أو « حكم الأصل » على حد تعبير الأصوليين وأساتذة الشريعة) ، فإذا لم تتوفر هذه الشروط في ذلك الحكم فإنه لا يجوز أن يقاس عليه (أو بعبارة أخرى : لا يجوز « تعديته الى الفرع » على حد تعبيرهم) .

(فأولاً) يجب أن يثبت هذا الحكم الشرعي بنص في القرآن أو السنة ، أما الحكم الشرعي الذي ثبت باجماع المجتهدين ، فقد اختلف في أمر القياس عليه كما قدمنا .

(ثانياً) أن يكون هذا الحكم الشرعي حكماً شرعياً « عملياً » ، فالأحكام

(١) « أصول الفقه » (المرجع السابق) ص ٦٧ ، ٦٨

ويفرق الكثير من علماء الشريعة بين « الحكمة » و« العلة » ومن أراد الامام بهذه التفرقة فليرجع الى « أصول الفقه » ص ٦٨ - ٧١ ، أو الى كتاب « سلم الوصول لعلم الأصول » ص ٢٨٢ - ٢٨٥ ، وسوف نعرض للكلام عن هذه التفرقة في مواضع متعددة فيما بعد

الشرعية الاعتقادية (كوجوب الايمان بالله وبرسله وكتبه وباليوم الآخر) لا يجرى فيها القياس (١) .

(ثالثاً) أحكام العبادات لا يجرى فيها القياس كذلك (٢) - شأنها في ذلك شأن الأحكام الاعتقادية ، وذلك لأن العبادات كلها (كما يقول صاحب المنار) « قد تمت وكملت في عهد النبي صلى الله عليه وسلم كالعقائد، فليس لأحد أن يزيد في الدين شيئاً يتعلق بالعبادة كما لا يزيد شيئاً بالعقائد، لأن الاعتقادات والعبادات هي الدين الذي قال تعالى فيه « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الاسلام ديناً » (٣) .

ثم أن هذه الأحكام التعبدية لا مجال للعقل الى ادراك « علة » تشريعية لها ، لذلك لا يسوغ اثبات حكم منها في غير موضع النص بواسطة القياس ، فلا يسوغ مثلاً بالقياس فرض صلاة سادسة أو صوم شهر آخر ، لأن أساس القياس - كما تبين من تعريفه - اشتراك الأصل والفرع (أى المقيس عليه والمقيس) في علة الحكم ، فاذا كان الأصل (أو المقيس عليه) لا سبيل للعقل الى ادراك علته ترتب على ذلك أنه لا يمكن أن يكون ثمة مجال للقياس ، لذلك كان المبدأ الذي اتفق عليه علماء الشريعة أنه لا قياس في الأحكام الشرعية التي استأثر الله بعلم عللها . ولذلك تسمى الأحكام التعبدية « بالأحكام غير المعقولة (٤) » والرأى عندى أنه كان الأوفق بل والأدق تسميتها « الأحكام التي لا يدركها العقل » بدلا من « الأحكام غير المعقولة » لأن هذا

(١) وقد سميت هذه الأحكام « اعتقادية » لأن المقصود منها الاعتقاد دون العمل - ويجب ألا يفهم من اشتراط أن يكون الحكم الشرعى « عملياً » أن جميع الأحكام الشرعية العملية يصح أن يجرى فيها القياس ، فالواقع غير ذلك كما يتبين من الأمثلة والحالات التي سيأتى بيانها فأحكام العبادات (وغيرها مما سيأتى بيانه) مما لا يصح أن يجرى فيها القياس تعدد من الأحكام الشرعية العمالية .

(٢) من أمثلة أحكام العبادات : صوم رمضان وعلى أن يكون الصوم من طلوع الفجر الى غروب الشمس ، وأداء خمس صلوات في اليوم ، وعدد الركعات والسجودات في كل صلاة، وتحديد نصاب الزكاة ومقدارها .

(٣) راجع مجلة « المنار » للأستاذ السيد محمد رشيد رضا (عدد سنة ١٣١٨ - ١٣١٩ هجرية ١٩٠١ ميلادية ص ١٦٩) .

(٤) فلا سبيل للعقل مثلاً لادراك لماذا كان عدد الصلوات في اليوم خمساً ولم تكن أربعاً =

الاصطلاح الأخير قد يفهم منه أنها « يبندها العقل » ، و فرق كبير بل خطير بين الاثنين .

(رابعاً) الحدود والكفارات لا يجرى فيها كذلك قياس ، فالحدود هي عقوبات مقدرة بالنص لجرائم معينة ، والكفارات عقوبات مقدرة بالنص لذنوب معينة أوجبت على المذنب تكفيراً لذنبه (١) .

أما الحكمة في أن القياس لا يجرى فيها فترجع الى أمرين : (الأول) هو ذلك المبدأ الذي أشرنا اليه ، فالأحكام الشرعية المتعلقة بمقادير الحدود والكفارات تعد من « الأحكام غير المعقولة المعنى » اذ لا سبيل للعقل لكي يدرك مثلاً علة تقدير الحدلات لجرمة الزنا مائة جلدة دون التسعين أو مائة وعشر ، وأساس القياس - كما قدمنا - هو ادراك علة حكم الأصل .

والسبب (الثاني) أن الحدود تدرأ بالشبهات ، فقد قال الرسول : « ادعوا الحدود بالشبهات ما استطعتم » ، والقياس دليل ظني فيه شبهة (٢) .

(خامساً) الحالة التي يكون فيها حكم الأصل (المقيس عليه) مختصاً به سواء لأن علة الحكم لا يمكن تصور وجودها في غير المقيس عليه أو لأن دليلاً (كحديث مثلاً) دل على تخصيص حكم الأصل به . مثال ذلك ما يذكره الأصوليون من أنه لا يصح القياس على قبول شهادة خزيمة بن ثابت وحده (أى دون اشتراط تأييده بشاهد آخر كما تقضى بذلك الآية الكريمة المعروفة) وذلك لأن هذا الحكم الشرعي أو هذا الامتياز قد اختص به خزيمة وحده دون غيره من أفراد المسلمين وكان ذلك بناء على الحديث المعروف : « من شهد له خزيمة فهو حسبه » ، فالحديث المذكور قد دل على أن شهادة خزيمة وحده تقوم مقام شهادة رجلين ، وأن هذه خصوصية له (٣)

= أو ستأ - راجع فيما تقدم كتاب « الاجتهاد بالرأى : القياس - الاستحسان - الاستصلاح - الاستصحاب » للاستاذ الشيخ خلاف (طبعة ١٩٥٠) ص ٢٩ وكتابه « أصول الفقه » ص ٦٦ ، ٦٧ - وكتاب « سلم الوصول لعلم الأصول » للاستاذ الشيخ عمر ص ٢٨٠

(١) من أمثلة الحدود عقاب الزاني بمائة جلدة ، ومثانون جلدة لجرمة قذف المحصنات ، وقطع اليد لجرمة السرقة ، ومن أمثلة الكفارات اطعام عشرة مساكين أو كسوتهم أو تحرير رقبة فن لم يجد فصيام ثلاثة أيام لذنب الحنث في اليمين .

(٢) راجع « الاجتهاد بالرأى » (المرجع السابق ذكره) للاستاذ الشيخ خلاف ص ٢٦ - ٢٩

(٣) « سلم الوصول لعلم الأصول » للاستاذ الشيخ عمر عبد الله (المرجع السابق) ص ٢٨١

(سادساً) الرخص - فالرخصة هي حكم استثنائي شرعه الشارع تخفيفاً على المكلف في حالة خاصة تقتضي هذا التخفيف ، مثل اباحة الفطر في رمضان للمرض أو السفر ، فالاستثناء - كما يقول البعض - لا يجوز القياس عليه (١) .

على أن مسألة عدم جواز القياس على الاستثناء هي من المسائل التي كانت ولا تزال مثار خلاف سواء بين علماء الشريعة أو بين فقهاء القانون الوضعي ، لذلك رأينا أن نجعل لها نبذة خاصة

الاستثناء وهل يجوز القياس عليه

١ - في الشريعة الإسلامية : نجد علماء الشريعة بهذا الصدد قد انقسموا الى رأيين مختلفين :

(الرأي الأول) الرأي الراجح السائد هو أن الاستثناء لا يقاس عليه ، ولقد اشتهر عن الحنفية قولهم : « ما جاء على خلاف القياس لا يقاس عليه » (٢) ولقد جرت مجرى الأمثال بين الأصوليين عبارتهم المشهورة « ما ثبت على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس » ، وذلك لأن « ما جاء به معدولاً عن الأصل العام - كما يقولون - هو منحة يقتصر بها على مواضع منحها » (٣) .

(الرأي الثاني) وهناك فريق من علماء الشريعة يرى أنه إذا كان الاستثناء لعلة مفهومة واضحة (« معقولة المعنى » على حد تعبيرهم) فإنه يجوز القياس

(١) « الاجتهاد بالرأى والتعارض بالترجيح » (طبعة ١٩٥٠) ص ٣٠ للأستاذ الشيخ خلاف .
(٢) « الاجتهاد والتقليد والتعارض والترجيح » (المرجع السابق) للأستاذ الشيخ خلاف ص ٣٠
(٣) راجع « الاجتهاد بالرأى » (المرجع السابق) للأستاذ الشيخ خلاف ص ٣٠ - وراجع أيضاً « الفقه الإسلامي بين المثالية والواقعية » (البحث السابق ذكره) للأستاذ الشيخ شلبي ص ٦١ ، ٦٠ ، ويضيف الى ما تقدم : « ويقول امام الحرمين (في « برهانه » ص ٢٨٧) « أن المستثنى لا يقاس عليه » .

ويقول الأستاذ الشيخ مصطفى خفاجي (رئيس قسم الشريعة ووكيل كلية الحقوق بالاسكندرية سابقاً) في كتابه « صفوة الكلام في أصول الأحكام » الطبعة الثالثة ص ١٦٨ ، ١٦٩ أن المستثنى لا يقاس عليه « لأنه يكون معدولاً به عن طريق القياس المسلوک وقاعدته المطردة »

عليه في حالة اتحاد العلة بين المقيس والمقيس عليه (وهو المستثنى) . هذا هو الرأى الذى قال به الامام الغزالى : « أن المدار — كما يقول — هو وجود معنى يجمع بين المستثنى وغيره وعدم وجوده ، فان وجد جاء القياس وأن لم يوجد امتنع » (١) .

٢ — لدى رجال الفقه الوضعى — وكذلك نجد بين رجال الفقه الوضعيين رأين مختلفين :

(الرأى الأول) يرى البعض أن المستثنى لا يجوز القياس عليه لأنه لا يجب التوسع فى تفسيره . ومن هذا الرأى فريق من رجال الفقه الفرنسى والمصرى (٢) . ويرى البعض أنه « يبدو أن منع القياس على المستثنى استنادا الى أنه لا يجب أن يتوسع فى تفسيره انما يقوم على أساس أن القياس من قبيل التفسير » (٣) .

(١) راجع « الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية » ص ١٦٠ ، ١٦١ ، ويبدو أن الاستاذ الشيخ شلبى من هذا الرأى ، وكذلك الأستاذ الشيخ خلاف حيث يقول (فى كتابه « أصول الفقه و خلاصة تاريخ التشريع الاسلامى » الطبعة الخامسة ١٩٥٢ ص ٦٧) أن « الشرط لصحة تعدية حكم الأصل (المقيس عليه) أن يكون معقول المعنى بلا فرق بين كونه حكما مبتدأ ليس استثناء من حكم كلى وكونه حكما استثنائياً من حكم كلى » . ويذكر الاستاذ الشيخ خلاف المثال الذى ضربه الامام الغزالى لهذه الحالة : وهو أنه يقاس على بيع الرطب (أى البلح) (على النخل) بالتمر للحاجة (وهو استثناء من القاعدة التى تقضى بتحريم بيع الجنس بجنسه) ، نقول أنه يصح أن يقاس على ذلك البيع بيع العنب على الكرم بالزبيب ، للحاجة أيضاً .

(٢) راجع فى ذلك الرسالة (these) الممتازة للدكتور جلال على العدوى المدرس بالكلية وعنوانها « الاجبار القانونى على المعاوضة » التى قدمت فى يونيه ١٩٦٠ ، حيث يشير (ص ٢٢٣ من نسخة الرسالة المطبوعة على الآلة الكاتبة) الى الاساتذة بلانويول وريبير وبولانجية من رجال الفقه الفرنسى ، والى الأستاذ الدكتور سليمان مرقص من رجال الفقه المصرى .

(٣) هذا هو ما يراه الدكتور جلال العدوى (فى « رسالته » ص ٢٢٣ ، ٢٢٤) ، وهو يضيف الى ما تقدم قوله : « أما وأنا نرى فى القياس مصدراً احتياطياً للقانون أو طريقاً من طرق البحث العلمى الحر فأنا مثل هذا الاستناد لا يبقى له وجه » .

على أننا نلاحظ أن الدكتور سليمان مرقص ليس من أبداً رأهم فى صراحة وفى غير تردد بأن القياس وسيلة من وسائل التفسير — راجع فى ذلك مؤلفه : المدخل للعلوم القانونية (الطبعة الثانية ١٩٥٢ ص ٢٠٧ ، ٢١٢ ، ٢٦٥ حيث يذكر القياس بين « مصادر القانون » ، ولو أنه — فيما يبدو لنا — قد سبق له أن أبدى بعض التردد بهذا الصدد . وسوف نعود الى الكلام عن ذلك تفصيلاً فى « المبحث الرابع » .

(الرأى الثانى) - ويرى بعض من رجال الفقه الفرنسى أن المستثنى يجوز القياس عليه ، اللهم الا اذا كانت القاعدة (المستثناء) « قاعدة خاصة » بالمعنى الضيق (١) .

التفرقة بين القواعد القانونية الاستثنائية ، والقواعد الخاصة (بالمعنى الواسع ، وبالمعنى الضيق) .

لما تقدم يجدر بنا أن نبين متى تكون القاعدة القانونية استثنائية Loi d'exception ومتى تكون « قاعدة خاصة » Loi d'espece ، ثم نبين متى تكون القاعدة الخاصة « قاعدة خاصة بالمعنى الواسع » ومتى تكون « قاعدة خاصة بالمعنى الضيق » ؟ - هنالك آراء متعددة بصدد المعيار الذى يجدر بنا أن نختاره لأجراء هذه التفرقة (٢) . وأفضل الآراء - فيما يبدو لنا - هو ذلك الذى يقول اصحابه :

(١) أن الذى يميز القاعدة الاستثنائية هو أنها تقضى بعكس ما يقرره مبدأ قانونى عام (أى قاعدة عامة تقررت ابتداء) .

(ب) أما القاعدة القانونية الخاصة بالمعنى الواسع فهى تلك التى تأتى بحكم خاص لحالة معينة دون أن يقضى هذا الحكم بعكس ما يقرره مبدأ قانونى عام (أو قاعدة عامة تقررت ابتداء) ، مثال ذلك القواعد الخاصة بايجار الاراضى الزراعية ، فهذه القواعد جاءت بأحكام خاصة لحالة كانت تتسع لها القواعد العامة فى اليجار ، وهى وأن كانت قد قضت بغير ما تقضى

(١) هذا هو الرأى الذى قال به الفقيه الفرنسى الكبير جينى Génys فى مؤلفه الشهير : « طريقة التفسير والمصادر فى القانون الخاص الوضعى » Méthode d'interprétation et Sources en droit Privé Positif (الطبعة الثانية ١٩٣٢) ص ١٢٤ ، ١٢٥ .

(٢) لزيادة التفصيل راجع رسالة الدكتور جلال العديوى ص ٢٢٢ ، ٢٢٣ حيث نقل عنه - فى ايجاز - تلك التفرقة .

به تلك القواعد العامة ، الا أنها لم تقض بعكس ما قضت به ، ومن ثم كانت قواعد خاصة ولم تكن قواعد استثنائية . ففى هذه الحالة يجوز إعمال القياس .

(ج) أما القواعد الخاصة بالمعنى الضيق فهى تلك التى يختص فيها حكم القاعدة بالحالة التى تعرض لها ، اختصاصاً يحول دون تعديته بالقياس الى ما عداها (١)

وقد سبق لنا أن أشرنا الى أن الأصوليين من علماء الشريعة يعرفون هذه الحالة الأخيرة ، وهم يصفونها بأنها هى « الحالة التى يكون فيها حكم الأصل (المقيس عليه) مختصاً به » ، وهم يرون كذلك أنه لا يصح القياس بصدد هذه الحالة ، ويضربون لذلك مثلاً : عدم صحة القياس على قبول شهادة خزيمة بن ثابت وحده (٢) .

أدلة هجية القياس

استدلوا على حججته بالقرآن والسنة وبأقوال الصحابة وأفعالهم ، وبالبدليل العقلى :

(أولاً) القرآنة : استدلوا بعدة آيات قرآنية تتضمن تشبيه الشيء بنظيره والتسوية بينهما فى الحكم الشرعى (٣) ، كما استدلوا ببضعة آيات تدعو الناس الى « الاعتبار » ، كما فى قوله تعالى — بعد أن ذكر قصص

(١) كان ذلك نقلاً عن رسالة الدكتور العدوى ص ٢٢٢ ، ٢٢٣

(٢) راجع نبذة « خامساً » تحت موضوع « الأحكام الشرعية التى لا يجرى فيها القياس » من بحثنا هذا .

(٣) قال ابن القيم فى كتابه « اعلام الموقعين » « اشتمل القرآن على بضعة وأربعين مثلاً تضمن تشبيه الشيء بنظيره والتسوية بينهما فى الحكم » ، ومن تلك الآيات قوله تعالى « قل يحييها الذى أنشأها أول مرة » جواباً لمن قال من الكفار المنكرين البعث بعد الموت « من يحيى العظام وهى رميم » ففاس النشأة الثانية على النشأة الأولى فى الامكان وجعل الأولى أصلاً والثانية فرعاً . راجع فيما تقدم « سلم الوصول لعلم الأصول » ص ٢٩٠ حيث نقلنا ذلك عنه .

بعض الرسل وأحوال من كفروا من السالفين وما أصابهم من جزاء -
« فاعتبروا يا أولى الأبصار » ، وقوله تعالى : « لقد كان في قصصهم
عبرة » ، ويقولون أن « الاعتبار » هو الاتعاظ بسنة من سنن الله في خلقه
وهي أن حكم النظر يطبق على نظيره ، وهذا هو القياس (١) .

(ثانياً) السنة : أن ثمة الكثير من الاحاديث التي تقرر الأخذ بالقياس
أو التي تبين أن الرسول ذاته أخذ بالقياس في كثير من الأحكام الشرعية
التي قررها - وحسبنا هنا أن نذكر لذلك مثالا : هو الحديث الشهير عن
معاذ بن جبل وخلاصته أن الرسول حين أراد أن يبعث به قاضيا الى اليمن
سأله : كيف تقضى ؟ فأجابه : أفضى بكتاب الله فان لم أجد فبسنة رسوله
فان لم أجد أجتهد رأيي فأقره الرسول على ذلك . والقياس نوع من الاجتهاد (٢)]

(ثالثاً) وكذلك جرى الصحابة - سواء في عهد الرسول أو بعده -
على الأخذ بالقياس فيما أجهدوا فيه من الاحكام الشرعية ، حين لم يجدوا
نصاً في الكتاب أو السنة ، من ذلك ما يذكر عن عمر بن الخطاب أنه قال
لأبي موسى الأشعري « أعرف الأشباه والأمثال فقس الأمور عند ذلك » (٣)

(رابعاً) الدليل العقلي : يقول علماء الشريعة أن الله انما شرع
الاحكام لمصالح العباد فاذا تساوت مسألة لا نص عليها مع أخرى نص عليها ،

(١) « أصول الفقه » للأستاذ الشيخ خلاف ص ٥٨ ، ٥٩ - ويضيف الشيخ خلاف الى
ما تقدم قوله : « ألا ترى أنه اذا فصل موظف من وظيفته لأنه ارتشى فقال الرئيس لاخوانه
الموظفين ان في هذا لعبرة لكم ، أو اعتبروا ، فإنه لا يفهم من قوله إلا أنكم مثله ، فان فعلتم فعله
عوقبتم عقابه »

(٢) « أصول الفقه » ص ٥٩ و« سلم الوصول لعلم الأصول » ص ٢٩١

(٣) راجع فيما تقدم « سلم الوصول لعلم الأصول » ص ٢٩٣ ، و« أصول الفقه » ص ٦٢
وراجع كذلك « أعلام الموقعين » لابن القيم . ج ٢ حيث ذكر عدة فتاوى للصحابة أخذوا
فيها بالقياس .

وفي الجزء الأول ص ١٨٢ يقول ابن القيم : « أن الصحابة قدموا الصديق في الخلافة وقالوا
رضيه رسول الله لدينا أفلا نرضاه لدينانا ، فقاموا الامامة الكبرى على امامة الصلاة » .

وذلك في علة الحكم التي هي مظنة المصلحة ، قضت الحكمة والعدالة أن يطبق على المسألة الأولى حكم المسألة الأخرى تحقيقاً للمصلحة التي هي غاية الشارع مما قرره من تشريع ، ثم أن النصوص — كما يقولون — محدودة والوقائع والأقضية تتحدد بحكم التطور وتتعدد ، ولا يمكن أن تكون النصوص المحدودة — كما يقولون — هي المصدر التشريعي الوحيد للوقائع والأقضية غير المحدودة (١) .

خلاصة ذلك الدليل العقلي أنهم يريدون القول — فيما يبدو لنا — أن الأخذ بالقياس هو مما تقتضى به مبادئ العدالة والمساواة والصالح العام ، وذلك كله مما تهدف الأحكام الشرعية الى تحقيقه .

ازدهار القياس بعد الفتوحات الإسلامية :

مما تجدر هنا الإشارة إليه أن ما حدث بعد وفاة الرسول من اتساع الدولة الإسلامية اتساعاً عظيماً وسريعاً قد أدى بالمسلمين الى أن يواجهوا بهذا الفتح مسائل كثيرة في كل شأن من شؤون الحياة ، مما يحتاج الى تشريع لم يكونوا بحاجة اليه وهم في شبه جزيرة العرب ، ولم يدع أحد أن القرآن والسنة الصحيحة قد نصا في المسائل الجزئية على كل ما كان وما هو كائن ، فترتب على ذلك كثرة الالتجاء الى القياس الذي كان يطلق عليه أحيانا « الرأي » (٢) .

(١) أو على حد تعبير الامام الشهرستاني في كتابه « الملل والنحل » « أن النصوص متناهية ، ومالا يتناهى لا يفيضه ما يتناهى » (نقلا عن كتاب « سلم الوصول » ص ٢٩٤ ، ٢٩٥) راجع كذلك « أصول الفقه » ص ٦٢

(٢) راجع في ذلك « فجر الاسلام » (الطبعة السابعة ١٩٥٥) ص ٢٣٤ للمرحوم الاستاذ الكبير أحمد أمين حيث يقول ما نصه « توفي رسول الله وانقطع الوحي واتسعت المملكة الإسلامية اتساعاً عظيماً وسريعاً وعجيباً ، ففي السنة الرابعة عشرة من الهجرة فتحت دمشق ، وفي السابعة عشرة تم فتح الشام كله والعراق وفي الحادية والعشرين تم فتح فارس وفي السادسة والخمسين وصل المسلمون الى سمرقند ، وفي الغزب أخذت مصر في سنة عشرين ، ثم امتدت الفتوح الى المغرب ، وأخذت أسبانيا: حوالى عام ٥٠٩٣ هـ ، وكان المسلمون من الفتح في المال والزريق وزخرف الحياة =

وهناك طائفة من الفقهاء عرفت - في تاريخ الفقه الاسلامي - « بأهل الرأي » وكان يقصد بهؤلاء أولئك الذين كانت طريقتهم في البحث والاستدلال هي الافلال قدر المستطاع من الأخذ بالأحاديث والتشدد في شروط قبولها نظراً لشيوع الوضع أو الشك في كثير منها ، وايتار الأخذ بالقياس ، وتحكيم القواعد العامة - وروح التشريع - أما أولئك الفقهاء الذين آثروا الأخذ بالحديث على الأخذ بالقياس ، وأخذوا من الحديث بما لا تأخذ به تلك الطائفة الأولى ، فقد عرفوا « بأهل الحديث » (١) .

أوجه الاختلاف بين التشريعين الاسرى والمصرى بصدد القياس

يمكننا أن نلخص أهم أوجه الاختلاف هذه فيما يلي :

(أولاً) - أن علماء الشريعة يفرقون بين « العلة » و« الحكمة » ، كما يفرقون بين القياس « الجلي » والقياس « الخفي » - وهذه من وجوه التفرقة التي لا يعرفها التشريع المصرى ولا التشريع أو الفقه الوضعى بوجه عام .

=مألا عهد لم به من قبل، وكانت هذه الممالك المفتوحة غنية وكانت مدنة كأرق ما وصلت اليه المدنية في ذلك العصر ، تمثلت الحضارة الفارسية في فارس والعراق ، والحضارة الرومانية في مصر والشام . ولم يكن الفتح الاسلامى سلباً ونهباً وتدميراً ، انما كان فتحاً منظماً يسير فيه القراء والمعلمون والقانونيون مع الجند الفاتحين ويحلون حيث حل الجند ، فواجه المسلمون بهذا الفتح مسائل كثيرة - في كل شأن من شؤون الحياة - تحتاج الى تشريع لم يكونوا يحتاجون اليه وهم في جزيرة العرب .. فواجه المشرعون الأولون أمراً عظيماً ، ولم يدع أحد أن القرآن والسنة الصحيحة نصاً في المسائل الجزئية على كل ما كان وما هو كائن ، فنتج عن هذا أن أصل آخر من أصول التشريع ، وهو الرأى الذى نظم بعد وسمى القياس « - ثم يضيف الى ما تقدم (بصفحة ٢٣٦ ، ٢٣٧) أن الصحابة « كانوا يستعملون هذه الكلمة « الرأى » بالمعنى الذى نفهمه الآن من كلمة «العدالة» وبعبارة أخرى ما يرشد اليه الذوق السليم بما فى الأمر من عدل أو ظلم ، وفسره ابن القيم « بأنه ما يراه القلب بعد فكر وتأمل ، وطلب لمعرفة وجه الصواب » ، ثم يقول المؤلف ولعل عمر بن الخطاب كان أظهر الصحابة في هذا الباب ، وهو استعمال الرأى ، فقد روى عنه الشيء الكثير وكان هذا من توفيق الله للمسلمين فأن عمر قد واجه من الأمور المحتاجة الى التشريع ما لم يواجهه خليفة قبله ولا بعده ، فهو الذى فتحت على يده الفتوح ومصرت الأمصار ، وخضعت الأمم المتدينة من فارس والروم لحكم الاسلام ، وهى حالة لم يحدث بعد نظيرها ...» .

(١) راجع « الاسلام عقيدة وشريعة » ص ٧٨ ، للأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت .

(ثانياً) يأخذ علماء الشريعة بالقياس في ميدان القانوني الجنائي ، فيعدون فعلاً من الأفعال جرماً (يعاقب عليه ، في الدنيا والآخرة) أو على حد تعبيرهم « محرماً » لا لأنه نص على تجريمه أو تحريمه ، وإنما قياساً على فعل آخر نص عليه ، كما أنهم يقررون أحياناً عن طريق القياس عقوبة على جرم لم تبين عقوبته بنص من النصوص .

أمثلة - ١ - فمثلاً يرى علماء الشريعة تحريم النبيذ قياساً على الخمر الذي ورد نص في القرآن بتحريمه (١)

٢ - وكذلك يرى علماء الشريعة تحريم « احراق مال اليتيم » قياساً على « أكل مال اليتيم » الذي نص عليه في الآية الكريمة : « أن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون في بطونهم ناراً وسيصلون سعيراً » ، وذلك - كما يقولون - لاشتراك هذين الفعلين في « العلة » وهي « الاعتداء على مال الغير العاجز عن دفع العدوان » (٢)

٣ - ويذكر عن الامام علي ابن أبي طالب أنه رأى أن تكون العقوبة التي تنزل بشارب الخمر ثمانين جلدة قياساً على العقوبة (التي تعد « حداً » من الحدود) التي نص القرآن عليها بصدد القاذف (٣)

فقد قال الامام علي عن شارب الخمر أنه « اذا شرب سكر ، واذا سكر هذى ، واذا هذى افترى فعليه حد المفترى » (٤) (أي القاذف) .

(١) راجع « سلم الوصول لعلم الأصول » (المرجع السابق ذكره) ص ٢٨٠ - نلاحظ هنا أنه لو أن علماء الشريعة ذكروا أن النبيذ يعد محرماً لأنه يعد نوعاً من أنواع الخمر الذي نص على تجريمه لما كان لنا أن نذكر هنا هذا المثال ، ولكنهم يقولون أن النبيذ يعد محرماً قياساً على الخمر « لاشتراكهما في العلة التي هي الاسكار »

(٢) سلم الوصول لعلم الأصول (المرجع السابق) ص ٢٨٠

(٣) يلاحظ أن القرآن نص على تجريم الخمر دون أن ينص على بيان العقوبة (أو الحد) لذلك الجرم .

(٤) سلم الوصول لعلم الأصول (المرجع السابق) ص ٢٩٣

فهو مهول القياس بصدده المردود - على أننا نجد علماء الشريعة قد اختلفوا في بعض الحالات لاسيما فيما يتعلق بالحدود ، فذهب الحنفية لا يرى الأخذ بالقياس في توقيع عقوبات الحدود (١) .

على أن علماء الشريعة - فيما يبدو - متفقون على عدم توقيع الحد بقطع يد الغاصب قياساً على حد قطع يد السارق (٢)

٢ - المهول مهول القياس والانتقادات الموجهة اليه

تمهيد - ثار بعض من الخلاف بين بعض من علماء الشريعة بصدده حججية القياس أى بصدده الأخذ به واعتباره مصدراً من مصادر الشريعة ، فأصحاب المذهب الظاهري (ومن أقطابه الامام بن حزم وداود الظاهري) كانوا يرفضون اعتبار القياس دليلاً من أدلة الأحكام الشرعية (أى من مصادرهما) وقد وافقهم علماء الشيعة الامامية وفريق من المعتزلة (وعلى رأسهم النظام) وكان يطلق عليهم «نفاة القياس» (٣)

(١) راجع كتاب «نبراس العقول» ص ١٢٣ وقد أشار اليه الأستاذ الشيخ عمر في كتابه «سلم الوصول» (المرجع السابق) ص ٢٩٣ بالهامش رقم ١

(٢) راجع «صفوة الكلام في أصول الأحكام» (طبعة ١٩٤٧) ص ١٦٦ للاستاذ الشيخ مصطفى خفاجي، والمدخل لدراسة الفقه الاسلامي للاستاذ الدكتور محمد يوسف موسى (طبعة ١٩٦١) ص ١٩٥ هامش رقم ١

(٣) راجع «علم أصول الفقه و خلاصة تاريخ التشريع الاسلامي» (طبعة ١٩٥٢) ص ٣٢٤ للاستاذ الشيخ خلاف ، و«المدخل لدراسة الفقه الاسلامي» المرجع السابق ص ١٩٤

ويذكر عن الامام ابن حنبل أنه لم يكن يأخذ بالقياس الا لدى الضرورة القصوى ، وأنه كان يفضل عليه الحديث الضعيف - راجع في ذلك «ضحى الاسلام» طبعة ١٣٧٥ هـ - ١٩٥٦ ميلادية ص ٢٤٠

وما يذكر عن الامام أبي حنيفة أنه قال أن عمر بن الخطاب نهى عن المكايلة أى المقايسة (أو القياس) - راجع في ذلك «أعلام الموقنين» للامام ابن القيم الجزء الأول ص ٢٢٠ ، وراجع عكس هذا الرأي «المدخل لدراسة الفقه الاسلامي» (المرجع السابق) ص ١٩٥ حيث يرى المؤلف =

ولذلك وجدنا أحد أساتذة الشريعة الحاليين لدينا بمصر لا يضع القياس بين مصادر الشريعة المتفق عليها ، وإنما يضعه بين المصادر المختلف عليها (١) .

أما أسباب ذلك الخلاف فترجع الى ما يوجهه « نفاة القياس » من انتقادات الى القياس ، وما يبذونه من أسباب تؤيد وجهة نظرهم في عدم الأخذ بالقياس .

أما تلك الانتقادات (والأسباب) فتتلخص فيما يلي :

١ - لأن الأخذ بالقياس يؤدي أحيانا الى الحرج وتنتفي معه المصلحة ، ولذلك نجد علماء الحنفية يتركون أحيانا القياس للأخذ بالاستحسان (كما قدمنا) (٢) .

٢ - يقولون أنه لو كان القياس حجة لما تعارضت الأقيسة وناقض بعضها بعضا ، بعبارة أخرى أن القول بجواز الأخذ بالقياس هو مما يؤدي الى حدوث الاختلاف ، والاختلاف هو مما حذر منه في كتاب الله الكريم في كثير من آياته منها قوله تعالى « ولا تكونوا كالذين تفرقوا واختلفوا من بعد ما جاءهم البينات » (٣) .

= أن كتاب عمر الى أبي موسى الأشعري حين بعثه قاضياً باليمن هو مما يفيد الأخذ بالقياس - ويذكر عن أبي عبد الله الخوارزمي (المتوفى عام ٣٨٧ هـ) وهو من كتبوا في مبادئ العلوم وكلياتها أنه قال بأن أصول الفقه المتفق عليها ثلاثة : الكتاب والسنة والاجماع ، والمختلف فيها ثلاثة : القياس الخ « المدخل لدراسة الفقه الاسلامي » (المرجع السابق) ص ١٨٣

(١) راجع « التشريع الاسلامي وأثره في الفقه الغربي » (طبعة ١٩٦٠) ص ٢٦ للاستاذ الدكتور محمد يوسف موسى ، وراجع كتابه : « المدخل » (طبعة ١٩٦١) ص ١٩٤ ، ١٩٥

(٢) راجع « الفقه الاسلامي بين المثالية والواقعية » للاستاذ الشيخ محمد مصطفى شبلي (مبحث منشور بمجلة الحقوق بالعدد ١٠٠٠ الأول والثاني من السنة التاسعة ١٩٥٩ - ١٩٦٠) ص ١٦٦

(٣) « اعلام الموقعين » لابن القيم ج ١ ص ٢٢٤

ويجب ألا ننسى أن القياس إنما يجري لاتحاد « العلة » بين المقيس والمقيس عليه لا لاتحاد الحكمة ، وفي ذلك يقول الأستاذ الشيخ علي الخفيف (في كتابه السابق ذكره « أسباب اختلاف الفقهاء » ص ٢٢١) : « وقد لا ينص على علة الحكم وعندئذ يسلك الفقهاء في بيانها وتعرفها من الطرق ما يتوصلون به الى تعيينها ، وهي طرق ظنية تقوم على البحث والنظر والوزن وهم في ذلك كما نعلم مختلفون » .

٣ - ويقولون أنه لو كان القياس حجة لكان كذلك في زمن الرسول ،
فما دام أنه لم يكن حجة في زمنه لم يكن حجة بعده (١) .

٤ - وأخيراً نضيف الى ما تقدم أن القياس في الشريعة الاسلامية
- كما هو معلوم - هو قياس على « العلة » لا على « الحكمة » التي هي الباعث
على التشريع والمصلحة التي يهدف اليها الشارع - و« العلة » كما عرفها علماء
الشريعة هي « الأمر الظاهر المنضبط الذي بنى عليه الحكم الشرعي لأنه
مظنة لحكمته » - ومن ذلك يتبين أن القياس يحقق المصلحة بصورة ظنية
لا بصورة يقينية

الفرع الثاني

المصادر المختلف عليها

أما وقد انتهينا من بيان المصادر (أو « أدلة الأحكام ») المتفق عليها
بين جمهور علماء الشريعة ، فاننا ننتقل الى بيان المصادر (أو الأدلة) المختلف
فيها ، وأهمها ستة وهي :

(١) الاستحسان (٢) المصالح المرسلة (٣) العرف (٤) الاستصحاب
(٥) (شرع من قبلنا) (٦) مذهب الصحابي - واليكم كلمة عامة عن كل منها .

(١) أعلام الموقعين (المرجع السابق) ص ٢٢٨

على أن البعض يرد على ذلك القول بأن الحديث المعروف عن رسول الله حين بعث معاذ بن جبل
قاضيها الى اليمن وقال له كيف تقضى اذا عرض لك قضاء فكان جواب معاذ بأنه اذا لم يجد نصاً
في الكتاب أو السنة فإنه يجتهد رأيه وقد أقره الرسول على ذلك ، نقول أن هذا الحديث يعد - كما
يقولون - بمثابة موافقة من الرسول على الأخذ بالقياس لأن الاجتهاد يشمل القياس - وذلك فضلاً
عن أن الثابت في صحاح السنة أن الرسول كان في كثير مما عرض عليه من الوقائع يأخذ بالقياس
راجع في ذلك « أصول الفقه و خلاصة تاريخ التشريع الاسلامي » (المرجع السابق ذكره) ص ٥٩
وراجع « صفوة الكلام » للاستاذ الشيخ خفاجي ص ١٦٧ ، ١٦٨ حيث ذكر عدة أمثلة لحالات
أخذ فيها الرسول بالقياس .

تمهيد - اشتهر علماء الحنفية بالأخذ بالاستحسان - ولقد تعددت التعاريف للاستحسان، وخير التعاريف - فيما نعتقد - أقصرها ، وذلك إذا دل مبناه على معناه ، وخير تعريف للاستحسان - فيما رأينا - هو ذلك الذى ذكره أحد علماء الحنفية (أبو الحسن الكرخي) ، ونحن نثبته هنا فيما يلي :

تعريف - الاستحسان هو «العدول بالمسألة عن حكم نظائرها الى حكم آخر لوجه أقوى يقتضى هذا العدول - ويدفع أصحاب الاستحسان الى هذا العدول الرغبة في تقرير استثناء لاحدى الجزئيات من احدى القواعد الكلية أو من الأقيسة الفقهية ، وذلك لأن العدالة أو المصلحة تتطلب تقرير هذا الاستثناء ، أى لأن في تقريره دفعا لمشقة أو رفعا لخرج وجلبا لمصلحة (١)

الفرق بين القياس والاستحسان - اذا رجعنا الى تعريف كل من القياس والاستحسان فإنه يتبين لنا أن أهم ما يفرق بينهما يتلخص في أننا في حالة القياس نجدنا حيال مسألة لا نص ولا اجماع على الحكم الشرعى بصددها ، ثم يراد أن يطبق عليها الحكم الشرعى المنصوص عليه بصدد مسألة أخرى تشترك مع تلك المسألة الأولى في علة الحكم .

أما في حالة الاستحسان فأنا نجدنا ازاء مسألة عرف حكمها الشرعى بناء على نص أو قياس ، ولكن من شأن تطبيق النص أو القياس عليها أن يؤدى

(١) راجع فيما تقدم «الفقه الإسلامى بين المثالية والواقعية» للاستاذ الشيخ شلى ص ١٥٦ ، وكتابه «المدخل» (المرجع السابق ذكره) ص ١٧٦

ويعرف البعض الاستحسان بأنه «عدول المجتهد عما يقضى به قياس جلى للأخذ بما يقضى به قياس خفى، أو عدوله عن حكم كلى للأخذ بحكم استثنائى، وكان هذا العدول مستندا الى دليل تبينه المجتهد فحمله على العدول عما عدل عنه ، وعلى الأخذ بما أخذ به» - هذا التعريف استخلصناه واقتبسناه من التعريف الذى أورده الاستاذ الشيخ خلاف (في كتابه «أصول الفقه» ص ٨٧) ، وكذلك من التعريف الذى ذكره الأستاذ الشيخ عمر (في كتابه «سلم الوصول» ص ٢٩٧) نقلا عن أحد علماء الحنفية .

الى تفويت مصلحة أو جلب مفسدة ، نظراً لبعض ملابسات وظروف خاصة هذه المسألة ، لذلك لزم العدول عن تطبيق عموم النص ، أو عن تطبيق القياس (١)

العمل بالاستحسان - إن الاستحسان - بمفهومه الذى يتبين من تعريفه السابق - قد عمل به الصحابة فى وقائع عديدة ، من ذلك مثلاً أنهم حكموا بأرث المرأة التى طلقها زوجها فى مرض موته مع أن الأصل (أى القاعدة الكلية) انتهاء الأثر بانتهاء العلاقة الزوجية (الطلاق) لزوال الموجب للتراث وهو الزوجية (٢) - ويلاحظ أن الصحابة عملوا بالاستحسان قبل أن تعرف تسميته هذه ، فهو لم يعرف بهذا الاسم ولم يتبين أحكامه وصفاته الا فيما بعد ، فى عصر الأئمة أى منذ القرن الثانى للهجرة .

وكذلك عمل الأئمة الأربعة بالاستحسان ، على أن الأمر فيما يتعلق بالامام الشافعى يتطلب شيئاً من الايضاح والتفصيل سنعرض لبيانه فيما بعد .

انواع الاستحسان - يبين مما تقدم أن الاستحسان نوعان :

(النوع الأول) الميل عن قياس جلى الى قياس خفى . ويعبر الأصوليون بذلك عن تلك الحالة التى يترك فيها القياس الذى يؤدى الى تفويت مصلحة ليؤخذ بما يؤدى الى تحقيق تلك المصلحة (٣)

وأهم مثالين من الأمثلة التى يذكرها علماء الحنفية لهذا النوع ، نذكرهما فيما يلى :

(المثال الأول) : اذا وقف الواقف أرضاً زراعية يدخل حق المسيل وحق الشرب وحق المرور فى الموقوف تبعاً دون ذكرها ، وذلك

(١) راجع « الاجتهاد بالرأى » للاستاذ الشيخ خلاف طبعه ١٩٥٠ ص ٧٧

(٢) « الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية » للاستاذ الشيخ شامى ص ١٥٣

(٣) راجع الهامش رقم ١ ص ٩٠ وسوف نعود الى الكلام عن « القياس الجلى » والقياس الخفى » بتفسير وتفصيل أوفى ، وذلك بصدد كلامنا عن مكان القياس من مصادر الأحكام الدستورية فى الشريعة الاسلامية (المبحث الرابع)

بالاستحسان ، لأن الهدف من الوقف انتفاع الموقوف عليهم ، ولا يكون الانتفاع بالأرض الزراعية إلا بالشرب والمسيل والطريق ، فتدخل في الوقف دون ذكرها ، لأن هدف الوقف لا يتحقق إلا به ، فهنا نجد أننا قد عدلنا عن قياس الوقف بالبيع ، وهو القياس الطبيعي (وهو الذى يطلق عليه : القياس الحلى) ، وقسناه بالاجارة وذلك حتى تتحقق المصلحة ، أى ذلك الهدف (وهذا هو القياس الخفى) .

(المثال الثانى) : هو قياس سؤر سباع الطير على سؤر الانسان ، ويرتب على هذا القياس طهارة سؤر سباع الطير أسوة بسؤر الانسان .

أما القياس الحلى فقد كان يقتضى قياس سؤر سباع الطير (كالصقر والنسر) على سؤر سباع البهائم (كالأسد والنمر) ، وهذا القياس كان يترتب عليه نجاسة سؤر سباع الطير (والسؤر هو بقية الماء التى يبقها الشارب فى الاناء أو فى الحوض بعد شربه منه) .

أما أن قياس سباع الطير بسباع البهائم يقتضى نجاسة سؤرها فذلك لأن كلامنا هذين النوعين من السباع غير مأكول اللحم لنجاسته ، وسباع البهائم حين تشرب الماء فأنها تلحقه بلسانها ، وبذلك يصبح الماء نجسا لأنه يختلط باللعاب أو اللسان النجس لتلك السباع . ولكن سباع الطير لا تلحق الماء بلسانها عند شربه ولا يختلط لعابها أو لسانها بالماء - شأنها فى ذلك شأن الانسان ، لأن الطير يتناول الماء بمنقاره وهو عظم طاهر (١).

(النوع الثانى) من أنواع الاستحسان : وهو استثناء احدى الجزئيات من حكم كلى .

(١) راجع « أصول الفقه وتاريخ التشريع الإسلامى » ص ٨٧ ، و« سلم الوصول لعلم

علم الاصول » ٣٠٠ ، ٣٠١

وخبر مثال يقدم لهذا النوع هو ما سبقت لنا الإشارة اليه : وهو الحكم بأرث المرأة التي طلقها زوجها في مرض موته ، فإن ذلك استثناء من ذلك المبدأ العام (أى الحكم الكلى) وهو مبدأ انتهاء الأثر بانتهاء العلاقة الزوجية (١).

أردت هجيت الاستحسان :

يستندون - في تبرير مشروعية الاستحسان - الى ما ورد في القرآن الكريم من قوله تعالى : « اتبعوا أحسن ما أنزل اليكم ، وما روى عن الرسول من أنه قال : « مارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » (٢).

نقد الاستحسان :

انتقد بعض الفقهاء الاستحسان ، وكان في مقدمة الناقدين الامام الشافعي ، فمن المأثور عنه أنه قال : « من استحسنت فقد شرع » فقد كان يرى أن الاستحسان إنما هو استنباط للاحكام الشرعية عن طريق الهوى (٣) .

(١) ويمكننا أن نضيف مثالا آخر لهذا النوع الثاني : وهو الحكم بتضمين الصانع مع أنهم مؤتمنون ، فهذا استثناء من ذلك الحكم الكلى الذى يقضى بأن المؤمن غير ضامن - راجع في ذلك : « الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية » ص ١٥٣

ونحن لانستطيع قبول ذلك المثال الذى ذكره لهذا النوع الثانى الأستاذ الشيخ خلاف في كتابه « أصول الفقه » ص ٩٠ من أن المحجور عليه للسفه لا تصح تبرعاته ، ولكن الفقهاء استثنوا من هذا الحكم الكلى الوقف الذى يوقفه على نفسه مدى حياته ، فهذا الاستثناء (كما يقول الأستاذ الشيخ خلاف) إنما كان « استحسانا » وذلك لأن وقفه على نفسه يؤدى الى صيانة أملاكه من الضياع ، وهذا مما يتفق مع الغرض من الحجر عليه .

أما أننا لا نوافق على هذا المثال فذلك لأن الوقف في هذه الحالة لا يعد استثناء لأن الحكم الكلى إنما يعنى التبرعات للغير .

(٢) راجع « المستصفى من علم الأصول » للإمام الغزالي ج ١ ص ١٣٨ - على أنه لا يفوتنا هنا أن نذكر أن الامام الغزالي لا يأخذ بهذا المصدر (أو « الدليل » على حد تعبيره) وهو الاستحسان ، اذ نجد يقول في الرد على أولئك الذين يستندون الى تلك الآية الكريمة : « اتباع أحسن ما أنزل اليها هو اتباع الأدلة فيبتولوا لأن ما أنزل اليها ، فضلا عن أن يكون من أحسنه » ، ثم يقول : « نحن نستحسن إبطال الاستحسان » .

(٣) ومن أقوال الامام الشافعي أن « مثل من استحسنت حكما مثل من اتجه في الصلاة الى جهة استحسنت أنها الكعبة من غير أن يقوم له دليل من الأدلة التى أقامها الشارع لتعيين الاتجاه الى الكعبة » راجع في ذلك أصول الفقه « للاستاذ الشيخ خلاف ص ٩٠

رد على النقر: ويبدو - كما يرى بعض أساتذة الشريعة - أن نقد الناقدين واختلافهم مع المؤيدين (للاستحسان) ، إنما يرجع الى أن الفريقين لم يتفقا على تحديد معناه ، فالاستحسان - كما قدمنا - لا يكون الا لمسوغ أو سبب شرعى (أو « دليل » على حد تعبير الفقهاء) اقتضاه ، فهو ليس مجرد تشريع بالهوى كما يقول الامام الشافعى أو غيره من الناقدين (١)

وواقع أن الاستحسان لم يكن الا بقية من روح الاجتهاد الفطرى الذى كان سبيل السلف الأول (فى الاسلام) ، فهو لم يكن سوى سبيلا من السبل التى استنبطها المجتهدون للخروج من ريقة أو ضيق بعض ما وضعوا من قواعد وقيود حين يجدون أنها لا تتسع لتحقيق مصالح العباد (٢) ، أو بعبارة أخرى وعلى حد تعبير صاحب المنار « أن ما نفهمه من الاستحسان هو أنه ما يوافق المصلحة العامة من الأحكام » (٣)

(١) « أصول الفقه » ص ٩١ - ويرى الأستاذ الكبير أحمد أمين أنه يبدو من أقوال الشافعى « أنه يعنى بالاستحسان مجرد الرأى من غير أن يكون مستنداً الى أصل شرعى ، وشبه المستحسن فى أثناء كلامه بالتاجر يقدر للشئ ثمناً من غير أن يدخل السوق ويعرف أسعار اليوم ، فتقديره لا يبنى على أساس ، وكذلك الفقيه يستحسن من غير أن يرجع فى استحسانه الى أصول الشريعة ولذلك هاجم مالكا فى قوله بالمصالح المرسله ، وهاجم الحنفية فى قولهم بالاستحسان » .

راجع فيما تقدم كتاب « ضحى الاسلام » ج ٢ (طبعة ١٩٥٦) ص ٢٢٥ للاستاذ أحمد أمين . ويلاحظ الأستاذ الشيخ شلبى بحق فى كتابه « تعليل الأحكام » ص ٣٧٣ « أن الاستحسان إنما هو فى الواقع الاستثناء من العموم بالنص أو الإجماع أو العرف أو المصلحة ، وأن انكار الشافعى لا يمكن تسليطه على جميع أنواع الاستحسان عند القائلين به ، فإنه رضى الله عنه معترف بالمستثنى بالنص أو بالإجماع متى تحقق عنده الإجماع ، وخلافه فى الاسم فقط ، وتبقى مخالفته فى الاستثناء بالمصلحة والعرف ، لكن بعض فروع المذهب تشهد باعتبار الشافعية للاستثناء بالمصلحة » - ويقول فى بحثه « الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية » ص ١٥٩ « أن انكار الامام الشافعى للاستحسان إنما يتجه الى استحسان نابع من الهوى كما يبدو من كلمة الاستحسان أو الأمر » .

(٢) « السياسة الشرعية أو نظام الدولة الاسلامية » (طبعة ١٣٥٠ هجرية ص ١٢) للأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف .

(٣) « المنار » (عدد سنة ١٩٠١م ، ١٣١٨ - ١٣١٩هـ) ص ٨٦٠ للاستاذ الجليل السيد محمد رشيد رضا - ونضيف أخيراً الى ما تقدم أن الامام الغزالى (فى كتابه « المستصفى » ج ١ ص ١٣٧ ، ١٣٨ لا يرى الأخذ بالاستحسان لأن « العالم ليس له أن يحكم بهواه وشهوته من غير نظر فى دلالة الأدلة ، والاستحسان من غير نظر فى الأدلة حكم بالهوى مجرد » ثم يضيف الى ما تقدم أن القائلين بالاستحسان يستندون الى ما يروى عن الرسول أنه قال « مارأه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » ثم يقول أن هذا الحديث « لا حجة فيه لأنه خبر واحد لا تثبت به الأصول .. الخ »

٢ - المصالح المرسله

كما اشتهرت الحنفية بالأخذ «بالاستحسان» فقد اشتهر الامام مالك بالأخذ «بالمصالح المرسله» أو «الاستصلاح» على حد تعبير بعض الأصوليين (١)

تعريف: يقصد «بالمصالح المرسله» أن يطبق على مسألة من المسائل الحكم الذي تقضى به «المصلحة» ، وذلك حين لا نجد عن هذه المسألة حكماً شرعياً يستنبط من أحد المصادر الأربعة المتفق عليها (القرآن ، السنة ، الاجماع ، القياس) ، وقد سميت المصلحة «بالمرسلة» أى تلك التي لم يشرع الشارع حكماً شرعياً بصدها أى لتحقيقها (أو تلك التي لا يعلم من الشارع اعتبارها ولا الغاؤها) على حد تعبير أساتذة الشريعة (٢)

أما ما يقصد «بالمصلحة» لدى علماء الشريعة فقد اختلفوا في تعريفها . وقد عرفها الامام الغزالي بأنها «المحافظة على مقصود الشرع ، ومقصود الشرع من الخلق خمسة : وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم وما لهم» (٣) . وهو يذكر لها مثلاً شهيراً لدى علماء الشريعة : مثل الكفار

(١) «المستصفى» للامام الغزالي ج ١ ص ١٣٩ - وراجع «أصول الفقه» للاستاذ الشيخ خلاف حيث يقول (ص ٣٣٣ ، ٣٣٤) عن الامام مالك «أن كثيراً من مسائل مذهبه بنى على المصالح المرسله حتى أنك لتجد بعض أحكام المسائل فيه تخصيص لمعوم الكتاب بالمصلحة» .

(٢) يعرف أساتذة الشريعة «المصالح المرسله» بأنها «المصلحة التي لم يشرع الشارع حكماً لتحقيقها ولم يدل دليل شرعى على اعتبارها أو الغائها» («أصول الفقه» للاستاذ الشيخ خلاف ص ٩٢) ، ويعرفها الاستاذ الشيخ عمر (ص ٣٠٩ من كتابه ، نقلا عن كتاب «ارشاد الفحول» للشوكاني ص ١٩٠ وما بعدها) بأنها «الوصف المناسب الملائم لتشريع الحكم الذي يترتب على ربط الحكم به جلب نفع أو دفع ضرر ، ولم يدل شاهد من الشارع على اعتباره أو الغائه»

(٣) «المستصفى» للغزالي ج ١ ص ١٤٠ - ثم يضيف الى ما تقدم قوله : «فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة ، وكل ما يفوت هذه الأصول ، فهو مفسدة ، ودفعها مصلحة» . ولقد كان الأوفق والأدق - فيما نرى - أن يعرف مقصود الشرع من الخلق بأنه «يحفظ عليهم دينهم أو نفسهم أو عقلهم .. الخ» لا «دينهم ونفسهم وعقلهم .. الخ» ، وكذلك كان الأوفق والأدق أن يقول : «أن كل ما يتضمن حفظ أحد هذه الأصول فهو مصلحة ، وكل ما يفوت أحد هذه الأصول فهو مفسدة»

ونلاحظ (ثانياً) على هذا التعريف أن الامام الغزالي بعد أن أورده أزدفه بقوله : «أن هذه الأصول الخمسة حفظها واقع في رتبة الضرورات فهي أقوى المراتب في المصالح» وقد كان الغزالي =

إذا « ترسوا » بمجموعة من أسرى المسلمين (أى تستروا بهم واحتموا وراءهم) في حالة الحرب ، فلو كففنا عن الكفار للمحافظة على حياة الترس (أى حياة المسلمين الأسرى الذين احتمى بهم الكفار) لادى ذلك الى مقاتلة الكفار للمسلمين ولغلبوا المسلمين وقتلوهم ثم قتلوا الترس ، ولو رمينا الترس لقتلنا مسلمين أسرى أبرياء وأكثنا بذلك نهبيء الفرصة للمسلمين للتغلب على الكفار ، ولذلك فإن المصلحة تقتضى القتال ولو قتل الترس ، لأن مقصود الشارع انقاص عدد القتلى بقدر المستطاع أو الحيلولة دون القتل اذا كان ذلك مستطاعا وفى مقاتلة الكفار تحقيق لهذا الهدف (١) - ومن البين أن هذا المثال هو فى الواقع مثال لحالة ضرورة لا لمجرد مصلحة (أو على حد تعبير الغزالي : « مصلحة ارتفعت الى مرتبة الضرورة »).

الشروط الواجب توفرها فى المصالح المرستة :

أن علماء الشريعة الذين يأخذون بالمصالح المرستة يشترطون فيها بعضا من الشروط ، وذلك حتى يصح أن تعد المصلحة « مصدرا من مصادر التشريع » ويمكننا أن نلخص هذه الشروط فيما يلى :

١ - أن تكون المصلحة حقيقية (أو « قطعية » على حد تعبير الغزالي) لا وهمية أو ظنية ، أى أن يكون من الأمور اليقينية أن التشريع فى المسألة التى نحن بصدددها يجلب نفعاً أو يجنب ضراً (١) أو يدفع حرجاً .

(ص ١٣٩) قد قسم المصلحة من حيث قوتها أو مرتبتها الى ثلاث مراتب : مصلحة فى مرتبة « الضرورات » ، وثانية فى مرتبة « الحاجات » ، وثالثة لا ترجع الى ضرورة ولا الى حاجة وإنما تهدف « للتحسين والتزيين والتيسير » - وما تقدم يتبين لنا أن ذلك التعريف السابق إنما هو فى الواقع تعريف « للضرورة » فى نظر الغزالي لا تعريف « للمصلحة » - ويلاحظ أن الغزالي يرى أن المصلحة لا يصح أن تكون مصدرا للأحكام الشرعية الا اذا ارتفعت هذه المصلحة الى مرتبة « الضرورة » - ويلاحظ أن الغزالي لم يكن فى بادئ الأمر يشترط فى المصلحة أن تكون فى مرتبة الضرورة ، فقد كان يكفى أن تكون فى مرتبة « الحاجات » ولكنه عدل عن موقف الاعتدال واتخذ فيما بعد موقف التطرف والتشدد حيث تطلب فى المصلحة أن تكون مرتبة الضرورة - وسنعود الى الكلام عن ذلك فيما بعد بقدر قليل من التفصيل .

(١) ويذكرون مثالا لذلك : اذا ترس الكفار فى قلعة بمسلم برىء من الأسرى ، فالمصلحة هنا ظنية لأنه ليس من الضروري - كما يقولون - فتح القلعة . (راجع فى ذلك « المستصطفى » للغزالي ج ١ صفحة ١٤١) .

٢ - أن تكون مصلحة «عامة» (أو «كلية» على حد تعبير الغزالي)،
أى ألا تكون مصلحة فرد أو مصلحة أقلية ، ويذكرون لذلك مثلاً :
جماعة في سفينة لو طرحوا واحدا منهم لنجوا والاغرقوا جميعا ، فهذه لا تعد
مصلحة مرسله لأنها مصلحة عدد قليل ، وليست مصلحة عامة (١).

٣ - ألا يتعارض التشريع لهذه المصلحة مع حكم شرعى ثبت بالنص
أو الاجماع أو القياس (٢).

٤ - مجال أو ميدان « المصالح المرسله » انما هو الأحكام
المتعلقة بالمعاملات ، لأن الأصل في هذه الأحكام مراعاة المنافع وملافاة
المفاسد - أما العبادات فإنه لا عمل « للمصالح المرسله » في ميدانها لأن
العبادات لا مجال للعقل والرأى في تقديرها - كما قدمنا - ، وكذلك شأن
المقتدرات شرعاً (كالحدود والكفارات وأنصبة الورثة) (٣) - مما تقدم يتبين
أن المصالح المرسله أعم وأوسع ميدانا من ميدان الاستحسان .

أدلة هيية المصالح المرسله

تتلخص أهم هذه الأدلة التى يستند إليها القائلون بالمصالح المرسله فى
أمرين :

الأول - أن مصالح الناس - فيما يقولون - تتجدد وتتطور ، فاذا
لم يتجدد التشريع ولم يتطور تبعاً لها للملائمة فيما بينه وبينها ، أصيبت الشريعة
بالحمود وأصيبت تلك المصالح بالتعطيل والركود ، وذلك مما يتعارض
مع مقاصد الشريعة الإسلامية فى ميدان المعاملات .

(١) راجع فيما تقدم « المستصفى » للغزالي ج ١ ص ١٤١ و « أصول الفقه » ص ٩٤ ، ٩٥
(٢) « أصول الفقه » للأستاذ الشيخ خلاف ص ٩٥ ، ومؤلف الأستاذ الشيخ عمر (المرجع
السابق) ص ٣١١ - وفلاحظ أن الأستاذ الشيخ خلاف لم يذكر القياس ولعله فيما نعتقد - يرى
أنه مفهوم ضمناً رغم عدم ذكره .

(٣) « سلم الوصول لعلم الأصول » للأستاذ الشيخ عمر ص ٣١١ ، ٣١٢

الثاني - جرى الصحابة والتابعون والأئمة المجتهدون - في كثير مما شرعوا من أحكام - على مراعاة المصلحة حيث لا يكون هناك نص أو إجماع أو قياس ، فيذكر عن عمر مثلاً أنه اعتبر الطلاق ثلاثاً بكلمة واحدة ، وعن عثمان أنه قرر للزوجة بالحق في ميراث زوجها إذا طلقها للفرار من ارثها له .

بل انه ليذكر عن عمر أنه كان يطبق الحكم الذي تمليه المصلحة حتى رغم النص ، أى حتى مع وجود نص يقضى بغير ما تمليه المصلحة ، ذلك كان شأنه حين قرر حرمان « المؤلفة قلوبهم » من نصيبهم من الصدقات ، وإيقاف تنفيذ حد السرقة في عام الحجابة (مما سبق أن أشرنا إليه تفصيلاً) (١) .

ويذكر كذلك عن الخليفة عثمان بن عفان أنه أخذ بالمصالح المرسلة رغم وجود نص يخالفها (٢) .

(١) راجع ص ٢٣ ، ٢٤ من بحثنا هذا .

وراجع أيضاً « أصول الفقه » ص ٩٣ ، و« سلم الوصول لعلم الأصول » ص ٣١٣ - ٣١٦ ، و« التشريع الاسلامي » للاستاذ الدكتور محمد يوسف موسى ص ٣٥ ، ٣٦ .

ونلاحظ أن أساتذة الشريعة يذكرون بهذا الصدد (أى بصدد المصالح المرسلة) كثيراً من الأمثلة التي لا تدخل في باب التشريع ، أى أنهم يذكرون أمثلة تنطوي على أعمال ذات صبغة ادارية أو سياسية لا تشريعية ، وينسون أننا هنا في مقام الكلام عن مصادر « التشريع » لا مصادر التصرفات الادارية أو السياسية ، فهم يذكرون مثلاً - فيما يذكرون من الأمثلة - ما قرره أبو بكر من جمع القرآن الكريم في مجموعة واحدة بعد أن كان مدوناً وموزعاً في صحف متفرقة ، وما قرره من محاربة ما نعى الزكاة ، وما قرره عمر من إقامة السجون ، ومن نفى نصر بن حجاج من مكة خشية افتتاح النساء بجمالها ، فهذه كلها تصرفات ليست ذات صبغة تشريعية .

على أنه لا يصح - في رأينا - أن يكون في ذلك مأخذ من المآخذ أو منفذ من المنافذ التي يصح أن توجه منها سهام النقد الى فقهاء الشريعة لأن التفرقة بين الأعمال التشريعية والأعمال الادارية والأعمال ذات الصبغة السياسية التي يطلق عليها الأعمال الحكومية أو أعمال السيادة هي تفرقة وأن تكن معروفة لدى رجال الفقه الحديث الا أنها لم تكن معروفة لدى فقهاء الشريعة .

(٢) « الفقه الاسلامي » للاستاذ الدكتور محمد يوسف موسى ، وكان ذلك نقلاً عن كتاب « دولة القرآن » ص ١٦٨ للاستاذ الشيخ طه عبد الباقي سرور .

ويذكر مثل ذلك عن الامام مالك ، أى أنه كان يرى أن تراعى المصلحة ولو خالفت النص ، لأن الله انما شرع لمنفعة العباد (١) .

الانتقادات الموجّهة « للمصالح المرسلة »

تتلخص هذه الانتقادات التى يدلى بها أولئك العلماء المعارضون «للمصالح المرسلة» فيما يلى :

(أولاً) يقولون أن الشارع لم يدع مصلحة دون أن يشرع لها (سواء بنص أو قياس) ، فالمصلحة التى لا سند لها من الشارع لا سند لها من الحقيقة ، أى أنها مصلحة وهمية لا حقيقية فهى لا تصلح اذا أن تكون أساساً لبناء تشريع عليها .

(ثانياً) يقولون أن التشريع الذى يقوم بناؤه على أساس المصلحة يهيبء الفرصة لأن تفتح فى بنائه النوافذ والأبواب التى يتسرب منها تيار الأهواء للولاة والأمراء ورجال الافتاء ، فتلبس تلك الأهواء ثياب الشرع والشرع منها براء ، فتحديد ما هى «المصلحة» مسألة لا يمكن أن تخضع للتحديد الدقيق فهى تختلف باختلاف الآراء واختلاف البيئات .

(١) ذلك هو ما ذكره الشيخ الغزالى فى كتابه «الاسلام روح المدنية» ص ٣٩ (نقلنا ذلك عن كتاب «دولة القرآن» للشيخ طه عبد الباقى سرور ص ١٥٢) .

ولقد ذكر الامام الغزالى (فى «المستصفى» ج ١ ص ١٣٩) أن أحد العلماء (وكان من الفقهاء المالكيين) قال لأحد ملوك الأندلس لما جامع زوجته فى نهار رمضان : «أن عليك صوم شهرين متتابعين» فى حين أن النص الشرعى يقضى بأن تكون كفارته فى هذه الحالة عتق رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين ، فلما أنكر ذلك على هذا الفقيه لانه لم يأمر الملك بعتق رقبة قال «لو أمرته بذلك لسهل عليه واستحقر اعتاق رقبة فى جنب (مقابل) قضاء شهوته ، فكانت المصلحة فى ايجاب الصوم لينزجر به» ولكن الغزالى يرى أن هذه الفتوى باطلة لخالفها لنص القرآن .

وقد ذكر الأستاذ الشيخ عمر (فى كتابه ص ٣١٣ ، ٣١٤) أن أحد علماء الحنابلة (نجم الدين الطوفى) كان كذلك يقدم الأخذ بالمصالح المرسلة على العمل بالنص عند التعارض فتكون المصلحة المرسلة فى هذه الحالة كالخاص بالنص .

ويلاحظ الأستاذ الشيخ خلاف على ما تقدم أن القول بأن الشارع قد شرع بنصومه ومبادئه العامة لكل جزئية من الجزئيات المتصلة بمصالح الناس وكل ما يجد منها في أى زمان ومكان هو قول لا يستند الى الواقع ، أما الخوف من اتباع الأهواء باسم مراعاة المصلحة ، فهو كذلك خوف لا يستند الى أساس جدى طالما روعيت تلك الشروط التى اشترط توفرها فى المصلحة وهى أن تكون مصلحة عامة يقينية (أى حقيقية) لا تخالف نصاً أو مبدأً شرعياً (١) .

الارتفاع حول مبدأ الإخذ « بالمصلحة »

يجب ألا يفهم مما تقدم أن ثمة خلافاً بين الأئمة أو علماء الشريعة حول الأخذ بمبدأ المصلحة ، فالواقع أنه لا خلاف بل ولا يمكن أن يكون ثمة خلاف حول الأخذ بهذا المبدأ ، فلم يوجد منهم أحد لم يأخذ بالاستحسان أو بالمصالح المرسله (أو الاستصلاح) أو بالعرف ، وهذه كلها إنما هى صور مختلفة من صور المصلحة ، فالعمل بالمصلحة إنما هو — على حد تعبير بعض علماء الشريعة — « أصل من أصول الشريعة ، وذلك لأن المقصود بتشريع الأحكام وبخاصة أحكام المعاملات هو تحقيق مصالح الناس سواء أكانت ضرورية أم حاجية أم تحسينية كماله ، وان كل حكم من أحكام الشريعة يرجع الى تحقيق واحد من هذه الأمور أو الى أمر مكمل له كما يقول الشاطبى فى موافقاته » (٢) .

ولقد كان الصحابة — كما قدمنا — يعملون بالمصلحة اذا لم يجدوا نصاً ، وأن لم يكونوا يعرفون تلك الأسماء المختلفة التى عرفت بها « المصلحة » فيما بعد فى القرن الثانى الهجرى (أى اسماء : استحسان ، أو مصالح مرسله أو استصلاح الخ) .

(١) أصول الفقه ص ٩٦ ، ٩٧ .

(٢) « الفقه الإسلامى بين المثالية والواقعية » للأستاذ الشيخ شلبى ص ١٦٥ .

فاذا كان قد عرف هناك خلاف بين الأئمة أو العلماء بهذا الصدد فقد كان في حقيقة أمره خلافا في مدى التوسع في الأخذ بها أو في الطرق التي يجب اتباعها لتحقيقها . فاذا كان قد عرف عن بعض الأئمة مثلا كالامام الشافعي أنه لا يأخذ بالاستحسان ، أو كالامام الغزالي أنه لا يأخذ بالمصالح المرسلة الا اذا كانت « المصلحة » في مرتبة الضرورة ، فانما كان مرد ذلك الى زيادة بل تطرف في الأخذ بأسباب الحيطة خشية سوء استغلال تلك المصادر أى خشية صدور الأحكام الشرعية طوعا لنزوات أو انحرافات الأهواء الشخصية تحت ستار « المصلحة » (١) .

٣ - العرف

يعد الأخذ بالعرف السائد بين الناس - شأنه شأن « المصالح المرسلة » - من مظاهر مسايرة التشريع لمصالح الناس ، ومن دلائل اليسر والسماحة في الشريعة الاسلامية ، كما يعد كل منهما مصدراً من مصادر الأحكام الشرعية .

(١) « وما نقل عن الشافعي (كما يقول الأستاذ الشيخ شلبي ص ١٧٦ ، ١٧٧) من اشتراطه أن يكون للمصلحة التي يعمل بها شاهد بما وردت به النصوص لم يكن الا احتياطاً منه لئلا يقتحم هذا الباب من لم يتأهل له أو يتخذ ذريعة الى الحكم بالهوى تحت ستار المصلحة » ثم يقول : « وهذا الاحتياط والتحرز هو الذي جعل الامام الغزالي - فيما أفهم - يغير رأيه في العمل بالمصلحة ، فيعد أن كان يرى أن المصلحة المرسلة تعتبر اذا كانت في مرتبة الضرورة أو الحاجة (كما قرره في شفاء الغليل) راجع عن ذلك وقال : انها لا تقبل الا اذا كانت ضرورية كلية كما جاء في المستصفي » .

و راجع كذلك « سلم الوصول لعلم الأصول » للأستاذ الشيخ عمر حيث ذكر ص ٣١٥ مانصه « ويستخلص من مجموع ما قيل وكتب في المصالح المرسلة قديما وحديثا أنه لا يكاد يخلو مذهب من المذاهب الأربعة المقلدة - وأن اشتر عن بعض أصحاب هذه المذاهب القول بعدم اعتبار المصلحة المرسلة دليلاً شرعياً - عن رعاية المصلحة الحقيقية لا الموهومة في بناء الأحكام عليها وحدها مادامت تحقق مقاصد الشرع في التشريع والتقنين من جلب منفعة ودفع مضرة ورفع الحرج ، وذلك في المعاملات لا في الأمور التبعيدية ... وأن تفاوتت تلك المذاهب في مدى اعتبار المصلحة المرسلة والعمل بها توسعاً وتضييقاً » .

تعريف : ان علماء الشريعة يعرفون العرف بأنه ما اعتاده الناس ،
أى ما تكرر سيرهم على مقتضاه . والعرف والعادة – لدى فقهاء الشريعة –
بمعنى واحد (١) .

ومن ذلك يرى أن هذا التعريف لا يشمل في الواقع سوى الركن
المادى للعرف (وهو التكرار) ، وأنه لا يتضمن الركن الثانى والأساسى لكل
عرف فى كل زمان ومكان ، وهو الركن المعنوى : وهو أن يقوم فى أذهان
الناس أن تلك العادة (تلك القاعدة التى جرى عليها العرف) ملزمة لهم ،
أى أن عليهم واجب احترامها احترام القانون (٢) .

(١) أصول الفقه ص ٩٧ ، و«سلم الوصول لعلم الأصول» ص ٣١٧ ، ٣١٨ حيث يذكر
تعاريف مختلفة للعرف منقولة عن ابن عابدين والجرجاني وغيرهم من علماء الشريعة ، وهى جميعا
لا تخرج فى معناها – وأن اختلفت فى ميناها – عن التعريف الذى قدمناه .

(٢) راجع كتابنا «المفصل فى القانون الدستورى» ج ١ (طبعة ١٩٥٢) ص ١٦٠ ، ١٦١
«ونظرية القانون» (طبعة ١٩٥٤) ١٥٠ ، ١٥٢ للأستاذ الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ،
«وأصول القانون» (الطبعة الثانية ١٩٥٩ – ١٩٦٠) ص ٢٥٤ ، ٢٥٥ للأستاذ الدكتور حسن كبره

ونلاحظ أن اغفال فقهاء الشريعة لهذا الركن الثانى (المعنوى) فى تعريف العرف قد أدى بهم
الى أن يقسموا العرف تقسيمات فريدة لا نعرف لها – فيما نعلم – مثيلا لدى رجال الفقه لأية
شريعة من الشرائع فى أى زمان من الأزمنة ، من ذلك ما جرى عليه فقهاء الشريعة الاسلامية
من تقسيمهم للعرف الى «عرف صحيح» و«عرف فاسد» ، فيعرفون الأول بأنه «ما تعارفه
الناس ولا يخالف دليلا شرعيا ولا يحل محرما ولا يبطل واجبا» ، ويعرفون الثانى (العرف الفاسد)
بأنه «ما تعارفه الناس ولكنه يخالف الشرع أو يحل المحرم أو يبطل الواجب مثل تعارف الناس
كثيراً من المنكرات فى المولد» (راجع فى ذلك «أصول الفقه» ص ٩٨) . ومن ذلك أيضاً
تقسيمهم العرف الى «عرف عملى» و«عرف قولى» ويعرفون «العرف القولى» «بأن يراد
من اللفظ غير معناه الأصلى لغة بحيث اذا أطلق هذا اللفظ انصرف الى المعنى العرفى» ، ويذكرون
لذلك مثالا كلمة الدابة ، معناها الأصلى اللغوى هو كل ما يدب على الأرض ، ولكن العرف
اللغوى خصصها بذوات الأربع . (راجع فى ذلك «سلم الوصول لعلم الأصول» ص ٣١٨ ، ٣١٩)
هذه تقسيمات لم يكن لها – فيما يبدو لنا – مكان فى هذا المقام ، فالمقام هنا للكلام عن مصادر
الشريعة الاسلامية ، فالبحت يجب اذا أن يدور حول العرف فى اصطلاح رجال الفقه لا فى اصطلاح
رجال اللغة أو غيرهم ، فما يطلق عليه بالعرف الفاسد أو العرف اللغوى لا يصح – فى مقامنا هذا
أن يسمى «عرفا» لذلك فليس لرجال الفقه شأن به فهو لا يعينهم وهم ليس لهم أن يعنوا به وبتعريفه ،
وبيان الأمثلة له .

شروط (أو أركان) العرف - أهم هذه الشروط التي بينها فقهاء
الشريعة تتلخص فيما يلي :

١ - أن يكون العرف مطرداً أى أن يتكرر اتباع الناس له بانتظام
ويلاحظ أن «الناس» يقصد بهم أحياناً الناس جميعاً في قطر من الأقطار ،
وفي هذه الحالة يوصف العرف بأنه «عرف عام» ، وأحياناً يوصف العرف
بأنه «عرف خاص» وذلك حين يسود ذلك العرف بين أرباب حرفة أو مهنة
واحدة أو بين أهالي إقليم أو جهة من جهات أو أقاليم قطر من الأقطار .
وفي هذا الصدد تختلف الاجماع عن العرف ، لأن الاجماع إنما هو اتفاق
«المجتهدين» لا اتفاق أناس عامة ، فلا شأن لعامة الناس في تكوين الاجماع
كما قدمنا (١) .

ثم أنه يكفي في العرف باعتياد «غالبية» الناس ، أما في الاجماع فإنه
يشترط اتفاق «جميع» المجتهدين ، وذلك طبقاً للرأى السائد بين الأصوليين (٢) .
٢ - ألا يخالف العرف حكماً شرعياً ثابتاً بالنص (في القرآن أو السنة) ،
فالنص هو الأقوى وهو الأصل الأول والمصدر الأساسى الذى يعتمد عليه
لمعرفة الأحكام الشرعية (٣) على أن ثمة بعض حالات استثنائية يصح للعرف
فيها أن يخالف النص ، (وسوف نعرض لبيانها فيما بعد) .

== ولقد اعترض الزميل الأستاذ الشيخ شلبي على رأينا هذا (بعد أن أطلعناه عليه) بقوله : « أن
العرف عند الفقهاء كما يكون مصدراً تشريعياً يستند إليه القاضى أو المقتضى يكون مصدراً تفسيرياً
يفسر به الألفاظ المنقولة عن الشارع أو عن المكلفين في عقودهم وتصرفاتهم » .
وهذا اعتراض اذا صح لدى علماء الشريعة فإنه لا يصبح لدى رجال الفقه الوضعى الحديث ،
وذلك لأن طرق تفسير الألفاظ تدخل في باب التفسير لا في باب المصادر ، والكلام في هذا المقام
هو عن « مصادر الشريعة » لا عن « طرق التفسير » .

- (١) راجع « أصول الفقه » ص ٩٧ ، « سلم الوصول لعلم الأصول » ص ٣١٨
- (٢) راجع « المدخل في التعريف بالفقه الإسلامى » للأستاذ الشيخ شلبي ص ١٧٨
- (٣) راجع « العرف في الفقه الإسلامى » بحث للأستاذ الشيخ عمر عبد الله ص ٨ ، ٩ حيث
يقول : في كتاب « المبسوط » (ج ١٢ ص ١٩٦) للرخسى « كل عرف ورد النص بخلافه
فهو غير معتبر » .

٣ - ألا يكون العرف مخالفا لشرط اشترطه أحد المتعاقدين طالما كان الشرط صحيحا .

٤ - أن يكون العرف قائما قبل وقت حدوث التصرف الذي يراد الاحتكام فيه الى العرف ، فلا عبرة بالعرف المتأخر على ذلك التصرف ، ومن الأقوال المأثورة المعروفة لدى الفقهاء « لا عبرة بالعرف الطارىء » (١) .
وما بنا من حاجة الى أن نضيف الى ما تقدم بيانه من الشروط أنه لا مجال للاحتكام الى العرف في باب العبادات أو المقدرات (٢) .

أدلة هجية العرف - يمكن تلخيص هذه الأدلة التي يذكرها الفقهاء فيما يلي :

١ - يستدلون بالحديث القائل « مارآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » (٣) .

٢ - أن الشريعة الاسلامية (منذ عهد الرسول) أخذت ببعض القواعد العرفية التي كانت سائدة لدى العرب قبل الاسلام طالما كانت غير منافية لأصل من أصوله ، وذلك كاشتراط الكفاءة في الزواج ، وفرض الديه

(١) « العرف في الفقه الاسلامي » (المرجع السابق) للأستاذ الشيخ عمر ص ٩ ، ١٠ .

(٢) « المنار » للسيد محمد رشيد رضا عدد ١٣١٨ - ١٣١٩ هجرية ١٩٠١ ميلادية ص ٨٦٠

(٣) راجع « العرف في الفقه الاسلامي » (المرجع السابق) ص ١٥ ، ١٦ حيث يضيف الى ما تقدم أنه ورد في رسالة « نشر العرف » لابن عابدين أن بعض العلماء استدل على اعتبار العرف بقول الله تعالى « خذ العفو وأمر بالعرف » .

ويبدو لنا أن المقصود « بالعرف » في هذه الآية هو « المعروف » ، لأنه لو كان المقصود هو « العرف » الذي نتكلم عنه في هذا المبحث لكانت له ما للنص من القيمة أو القوة القانونية ما دام أن الله يأمر بالأخذ به في كتابه الكريم ، ولكن الواقع غير ذلك كما يقرر الفقهاء جميعا من أن النص أقوى من العرف (كما بينا فيما تقدم) .

على عاقلة القاتل (وهي عصبيته وقبيلته الذين يدافعون عنه) فأقرت الشريعة نظام الدية الذي كان متبعاً عند العرب في الجاهلية (١) .

٣ - أن الأخذ بالعرف ما هو في حقيقة أمره وفي أغلب صورهِ سوى مجرد تطبيق لأحد المبادئ العامة التي تقوم عليها الشريعة الإسلامية ، ذلك هو المبدأ الموجب لنفي الحرج ، وهو المبدأ الذي تعبر عنه الآيتان الكرمتان : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » ، « وما جعل عليكم في الدين من حرج » (٢) .

هيمية العرف (أو القوة القانونية للعرف)

أن علماء الشريعة يعدون العرف - كما قدمنا - حجة شرعية ومصدراً من مصادر الشريعة ، نجد الكثيرين من الأئمة المحتهدين قد أخذوا بالعرف كالإمام مالك ، وأبي حنيفة ولقد اختلف أصحابه فيما ذكروا من أحكام تبعاً لاختلاف العرف في الجهة التي يقيم فيها كل منهم ، والإمام الشافعي لما رحل الى مصر أدخل تغييراً على بعض أحكام مذهبه الذي عرف عنه حين كان ببغداد ، وذلك راجع لتغير العرف ، ولذلك قيل أن للشافعي مذهبين : القديم والجديد (٣) ونجد العبارات الشهيرة الذائعة لدى فقهاء الشريعة قولهم :

(١) ويضاف الى ما تقدم من الأمثلة : مراعاة الشريعة للعصبية في الأثر والولاية . راجع فيما تقدم « العرف في الفقه الإسلامي » للأستاذ الشيخ عمر ص ٢٥ - ٢٨ حيث يذكر المؤلف عدة من هذه الأمثلة .

(٢) يجدر بنا هنا أن نوجه الأنظار الى أننا وجدنا فقهاء الشريعة الإسلامية لا يشيرون في هذا المقام الا الى دليل واحد (من أدلة حجية العرف) وهو الدليل الأول . أما هذا الدليل الثالث فقد ورد الكلام عنه عرضاً في بحث الأستاذ الأكبر الشيخ المرآغي « الاجتهاد في الإسلام » ص ٥١ لافي مقام الكلام عن موضوع « أدلة حجية العرف » فهو موضوع لم يعرض له بتاتا في ذلك البحث ، وإنما ورد الكلام عنه في مقام الكلام عن « تغير الأحكام » (ص ٤١ - ٥١) فذكر في نهاية كلامه أنه يرى « أن العرف ليس دليلاً وأنه لم يعمل به لاعتباره دليلاً وإنما يعمل به امثالاً للدليل العام القاطع الموجب لنفي الحرج » . ويبدو لنا أنه يقصد بذلك الى القول بأن العرف « ليس دليلاً » أي ليس مصدراً تشريعياً مستقلاً ، وأن المصدر (أو الدليل) على حد تعبير علماء الشريعة هو « المصلحة » المعبرة في نظر الشارع الإسلامي (أو على حد تعبيره « الدليل العام القاطع الموجب لنفي الحرج ») وأن العرف ما هو الا صورة من صور تلك « المصلحة » .

(٣) « أصول الفقه » (المرجع السابق) ص ٩٩

« العادة شريعة محكمة » ، « المعروف عرفا كالمشروط شرطا » ، و« الثابت بالعرف كالثابت بالنص » (في العقد) .

ولكن هل يمكن للعرف أنه يخالف النص ؟ - يرى الفقهاء أن الأصل أن النص (الشرعي) أقوى من العرف فلا يمكن للعرف أن يخالفه ، اللهم إلا إذا كان النص الشرعي عاما والعرف خالفه في بعض أجزائه ، فإنه يعمل في هذه الحالة بالعرف والنص معا ، ويعود العرف تخصصا للنص العام لا مبطلا له ، مثال ذلك أن النص ورد من الشارع في نهى الانسان عن أن يبيع ما ليس عنده ، ولكن الفقهاء أجازوا عقد الاستصناع لأن العرف جرى به مع أن النص يشمل الاستصناع من حيث النهى عنه لأنه بيع ما ليس عند الانسان ، فهنا عمل بمقتضى النص في غير الاستصناع وعمل بالعرف في الاستصناع (١) .

تغير العرف : ويجدر بنا في مقام الختام أن نشير الى أن الأحكام الشرعية المستمدة من العرف تتغير بتغير العرف زمانا ومكانا ، لهذا يقول الفقهاء بهذا الصدد « أنه اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان » (٢) .

انكار البعض للعرف كصدر مستقل : ويرى بعض الفقهاء أن العرف ليس في حقيقة أمره وفي الغالب من صوره مصدر أو دليلا شرعياً مستقلا ، فأتما هو صورة من صور مراعاة « المصالح المرسله » (٣) ،

(١) العرف في الفقه الاسلامي (المراجع السابق) ص ١٠ - وراجع « الاجتهاد في الاسلام » للمراغي ص ٩ حيث يقول « حكم بعضهم العرف في تخصيص النصوص الصريحة .. دفعا للحرج » وراجع كتاب « دولة القرآن » ص ١٦١ للأستاذ الشيخ طه عبد الباقي سرور حيث يقول : « أفتى الامام أبو يوسف بجعل البر والشعير موزونين ، مع ورود النص الشرعي القاطع باعتبارهما مكيلين ، واستند أبو يوسف على العرف ، وجعل العرف في التشريع قاعدة راجحة » .

(٢) أصول الفقه ص ٩٩ وراجع « الاجتهاد في الاسلام » ص ٥٢ حيث يقول : « للمفتي أن يفتي على عرف أهل زمانه وان خالف فتوى المتقدمين » .

(٣) أصول الفقه ص ١٠٠

أو هو يعمل به - فما يرى البعض (الأستاذ الأكبر المراغى) امتثالاً أو اتباعاً لأحد المبادئ العامة التي تقوم عليها الشريعة الإسلامية ، ذلك هو المبدأ الموجب لنفي الحرج (١) .

٤ - الاستصحاب

تمهيد - اذا كان هناك حكم شرعى معروف ثابت لمسألة من المسائل فى الماضى ، ولم يعرف دليل شرعى يدل على بقاء هذا الحكم واستمراره فى الحاضر ، فهل يعتبر هذا الحكم باقياً وذلك حتى يتم تعديله أو الغاؤه أو لا يعتبر باقياً ؟ .

فالقائلون بالاستصحاب يجيبون على هذا السؤال بأنه يعتبر باقياً مادام لم يقم دليل على حدوث تعديل له أو الغاء .

تعريف - يعرف الاستصحاب - فى اصطلاح الأصوليين - بأنه استبقاء الحكم الشرعى الذى كان ثابتاً فى الماضى لمسألة من المسائل ، أى اعتباره باقياً وذلك حتى يتم تعديله أو الغاؤه (٢) .

أردك القائلين بحجية الاستصحاب : تتلخص أهم الأدلة التى يدلى بها أغلب علماء الشريعة وهم من القائلين بحجيتها فيما يلى :

١ - يقولون ان الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره (أى ما ما يعدله أو يلغيه) (٣) .

(١) الاجتهاد فى الاسلام للأستاذ المراغى ٥١

(٢) أصول الفقه ص ١٠٠ ، وسلم الوصول لعلم الأصول ص ٣٠٤

وراجع « المستصفى » ج ١ ص ١٢٨ للامام الغزالى حيث يعرفه بأنه « عبارة عن التمسك بدليل عقلى أو شرعى وليس راجعاً الى عدم العلم بالدليل ، بل الى دليل مع العلم بانتفاء المغير ، أو مع ظن انتفاء المغير عند بذل الجهد فى البحث والطلب » .

(٣) فالقضاة فى كل زمان ومكان - كما يقول هؤلاء العلماء - يحكمون بالملكية لمن شهدت له البيئته بأنه مالك ، أو بناء على سند ملكية بتاريخ سابق ، ويحكمون بالدين على من شهدت عليه البيئته باستدانته سابقة - راجع سلم الوصول لعلم الأصول ص ٣٠٧

٢ - ويقولون أن الفقهاء قد أجمعوا على أن ما يثبت باليقين لا يزول بالشك ، فمن شك بعد أن توضحاً في أنه حدث ما ينقض الوضوء فلا عبرة بهذا الشك .

النتائج أو المبادئ الشرعية المترتبة على العمل بالاستصحاب - تتلخص هذه النتائج أو المبادئ فيما يلي :

- ١ - الأصل في الأشياء الإباحة .
- ٢ - الأصل في الانسان أو في الذمة البراءة .
- ٣ - ما يثبت باليقين لا يزول بالشك .
- ٤ - الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره (١) .

ملاحظات: نلاحظ (أولاً) على ما تقدم أن هذه النتائج المترتبة على العمل بالاستصحاب تتضمن - فيما تتضمنه - تلك الأدلة التي يقدمها القائلون بالاستصحاب ، وهذا أمر ينطوي بلا ريب على قسط من الطرافة والغرابة !!

ونلاحظ (ثانياً) أن هذه النتائج تعد جميعاً من الأمور أو المبادئ البديهية التي لا يمكن أن تكون موضع خلاف من أحد ولا من أولئك المنكرين للاستصحاب أي من القائلين بعدم حجيته (كأغلب علماء الحنفية) ، لذلك لم يكن من الأمور المقبولة عتلاً أن تعد في عداد النتائج المترتبة على الاستصحاب مبادئ يأخذ بها المنكرون للاستصحاب (أي القائلون بعدم حجيته) (٢) .

(١) أصول الفقه ص ١٠٢ ، وسلم الوصول لعلم الأصول ص ٣٠٨

ويقولون أنه قد ترتب أو قد بنيت على الأخذ بالاستصحاب المادتان ١٨٠ ، ١٨١ من لأئحة ترتيب المحاكم الشرعية . فالمادة ١٨٠ تنص على أنه « تكفي الشهادة بالدين وأن لم يصرح ببقائه في ذمة المدين وكذا الشهادة بالعين » - وتنص المادة ١٨١ على أنه « تكفي الشهادة بالوصية والإيضاء وأن لم يصرح باصرار الموصى الى وقت الوفاة » راجع في ذلك مؤلف الأستاذ الشيخ عمر (المرجع السابق) بالهامش رقم ٢ من صفحة ٣٠٨

(٢) ويجدر بنا هنا أن نشير مجرد اشارة في وجيز من العبارة الى أهم ما يستند اليه أولئك المنكرون القائلون بعدم حجية الاستصحاب (وهم أغلب علماء الحنفية) : يقولون أنه كما أن =

٥ - شرع من قبلنا

تعريف - المقصود « بشرع من قبلنا » الشرائع السماوية التي جاء بها الرسل الذين سبقوا الرسول عليه السلام . ويرى بعض علماء الشريعة أن ما قصه الله علينا في القرآن أو قصه الرسول في أحاديثه من أحكام شرعية لتلك الشرائع يعد مما فرض على المسلمين اتباعه ، وأن لم يذكر ذلك صراحة ، وذلك ما لم يذكر أنه منسوخ في حقهم (أى غير مفروض عليهم) . وفي ذلك موضع من مواضع الخلاف بين علماء الشريعة : فبعضهم يقول بحجية « شرع من قبلنا » والبعض الآخر يرى بالعكس أنه لا يكون شرعاً لنا أو حجة علينا الا اذا نص على ذلك صراحة (١) .

أول الفائلين بحجية « شرع من قبلنا »

يتلخص هذا الرأى فى قولهم أن شريعتنا إنما نسخت من الشرائع السماوية السابقة ما يخالف فحسب مبادئ الشريعة الإسلامية ، فما لم ينسخ من أحكام الشرائع السابقة يعد شريعة لنا ، فالقرآن حين يقص علينا حكماً شرعياً من تلك الشرائع السابقة ، دون أن ينص على نسخه (أى على الغائه) فإن ذلك يعد بمثابة اقرار ضمنى لذلك الحكم الشرعى ، لأنه حكم الهى بلغه الرسول لنا ، دون أن يدل دليل على رفع ذلك الحكم عنا - ويستأند

= الحكم الشرعى يحتاج الى دليل يثبت قيامه أى نشأته فى الماضى (أو على حد تعبيرهم « يحتاج الى دليل ابتداء ») فإنه يحتاج كذلك الى دليل يثبت بقاءه ودوامه فى الحاضر (أو على حد تعبيرهم « يحتاج الى دليل دواما وبقاء ») ولا يكفى لاثبات بقاءه فى الحاضر ذلك الدليل الذى أثبت نشأته أو قيامه فى الماضى ، فهذان أمران متغايران - راجع « سلم الوصول » ص ٣٠٦

(١) أن الأحكام الشرعية التى نص القرآن صراحة أنها مفروضة على المسلمين كما كانت مفروضة على من سبقهم من الأمم فى الشرائع السماوية الأخرى ، لا خلاف - ولا يمكن بداهة أن يكون ثمة خلاف - بين علماء الشريعة بعسدها ، ذلك كما فى قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم » - راجع « أصول الفقه » ص ١٠٣

(٢) ومن هذا الرأى جمهور علماء الحنفية وبعض علماء المالكية والشافعية ، كما يؤيد هذا الرأى الأستاذ الشيخ خلاف (فى مؤلفه « أصول الفقه ») ص ١٠٣

أصحاب هذا الرأي على بعض آيات قرآنية يذكرون في مقدمتها قوله تعالى :
« شرع لكم من الدين ما وصى به نوحا » ، وقوله : « ثم أوحينا اليك
أن اتبع ملة ابراهيم »

وفي مقدمة الأحاديث التي نذكر تأييداً لهذا الرأي ما يذكر من أن الرسول
طلب إليه القصاص في سن كسرت فقال : « كتاب الله يقضى بالقصاص
في حين أنه ليس في القرآن قصاص السن الا ما حكى عن التوراة في القرآن
وما قاله تعالى (في القرآن) بشأن اليهود : « وكتبنا عليهم فيها أن بالنفس النفس والعين
بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص » (١) .

أدلة القائلين بعدم هجية « شرع من قبلنا »

أصحاب هذا الرأي يردون على الأدلة السابقة التي يستند إليها أصحاب
الرأي الأول بما يلي :

(١) عن الآية « شرع لكم من الدين ما وصى به نوحا » يقولون
أن المراد من الدين انما هو أصل التوحيد لا ما اندرس من
شريعة نوح ، ولهذا لم يذكر عن النبي أنه أخذ في البحث
عن شريعة نوح .

(ب) وكذلك فإن المراد بلفظ « الملة » في قوله تعالى : « ثم أوحينا
اليك أن اتبع ملة ابراهيم » انما هو أصول التوحيد واجلال
الله تعالى بالعبادة وذلك دون الفروع الشرعية ، فلفظ « الملة »
لا يطلق على الفروع الشرعية بدليل أنه لا يقال : ملة الشافعي
وملة أبي حنيفة لمذهبهما في الفروع الشرعية .

(١) راجع في بيان أدلة هذا الرأي تفصيلاً في كتاب « الأحكام في أصول الأحكام » للائدي
(مطبوعات صبيح) ج ٣ ص ١٢٩ ، ١٣٠ وكذلك « المستصفي » للغزالي ج ١ ص ١٣٤

(ج) أما القول بأنه « ليس في القرآن قصاص السن الا ما حكي عن التوراة في القرآن... الخ » فردا على ذلك يقول الآمدي :
 أننا لا نسلم أن كتابنا غير مشتمل على قصاص السن بالسن الا في تلك الآية التي أشير فيها الى التوراة والى اليهود ،
 اذ أن القرآن يشمل آية أخرى بهذا الصدد ، وهي قوله تعالى :
 « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم »
 وهذا القول — كما يقول العلامة الآمدي — « عام في السن
 وغيره » (١) .

ويضيف أصحاب هذا الرأي الى ما تقدم أن النبي لم يتعبد بشريعة من قبله
 ويستدلون على ذلك بما يلي :

(١) أن لكل رسول شريعة خاصة ، فلقد قال تعالى : « لكل
 جعلنا منكم شرعة ومنهاجا » .

(ب) أن الرسول حين بعث معاذ بن جبل قاضيا الى اليمن قال له
 بم تحكم ؟ فأجاب بالكتاب والسنة والاجتهاد ، ولم يذكر
 التوراه والانجيل و« شرع من قبلنا » . وقد أيده الرسول
 (كما أشرنا الى ذلك تفصيلا) .

(ج) او كان الرسول متعبداً بتلك الشرائع السابقة للزمه مراجعتها
 والبحث عنها ، وهو ما لم يحدث ، وهذا راجع لاندراسها
 وتحريفها ، فضلا عن اختلافها بعضها عن البعض (٢) .

(١) « الأحكام في أصول الأحكام » (المرجع السابق) للآمدي ج ٣ ص ١٣٢

(٢) « المستصفي » للغزالي ج ١ ص ١٣٣ والآمدي ج ٣ ص ١٣٠ - ١٣٢ ، وهذان الفقهاء
 الكبيران ممن يؤيدون هذا الرأي . وهو الرأي الذي نوثره

٦ - مذهب الصحابي

تعريف : يقصد « بمذهب الصحابي » تلك الفتاوى التي كانت تصدر بعد وفاة الرسول - من بعض الصحابة الذين عرفوا « بالاجتهاد » وبطول الملازمة للرسول ، والمقصود هنا هو ما أفتى به واحد أو بعض من أولئك الصحابة ولم تتفق عليه كلمة أولئك المجتهدين من الصحابة (والذين كان لا يزيد عددهم عن العشرين) (١) .

ونقطة البحث والخلاف بين علماء الشريعة - في هذا المقام - تتلخص في معرفة هل تعد هذه الفتاوى من المصادر التشريعية الملحقة بالنصوص بحيث يجب على المجتهد (من غير الصحابة) (٢) أن يرجع الى تلك الفتاوى قبل أن يرجع الى القياس ، أم لا تعد تلك الفتاوى كذلك ؟

أما وقد حددنا نقطة البحث والخلاف فأنا ننتقل الى استعراض الأدلة المختلفة التي يستند اليها أصحاب الرأيين المتنازعين بهذا الصدد .

« أدلة القائلين بحجية مذهب الصحابي »

يستند علماء الشريعة من أصحاب هذا الرأي على بضعة أحاديث يذكر في مقدمتها قول الرسول « أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم » ، ويقولون أنه اذا لم يؤخذ بحجية رأى أى صحابي من الصحابة عموماً طبقاً لهذا الحديث فلا أقل من أن يؤخذ بحجية فتاوى الخلفاء الأربعة (وهم في مقدمة الصحابة

(١) أما ما اتفقت عليه كلمة المجتهدين من الصحابة فإنه يعد « اجماعاً » ، ولا خلاف في أنه يعد حجة شرعية ومصدراً من مصادر الشريعة ، والحجة هنا في « الاجماع » لا في « مذهب الصحابي » ولكن هل اذا انتشر قول الصحابي ولم يعرف له رأى مخالف بين مجتهدى الصحابة أيكون ذلك أم لا يكون اجماعاً ؟ - يقول الأستاذ الشيخ خلاف «(في مؤلفه « أصول الفقه » ص ١٠٥) أن ذلك يعد اجماعاً ، ويرى العلامة الآدمي (في مؤلفه « الأحكام في أصول الأحكام » ج ٣ ص ١٣٥) « أن ذلك غير متحقق فيما اذا لم ينتشر » .

(٢) لا خلاف بين علماء الشريعة على أن « مذهب الصحابي » (أو ما يصدره من هذه الفتاوى) ليس حجة على أحد من الصحابة المجتهدين ، انما الخلاف في هل يعد حجة على من بعده التابعين وغيرهم (راجع « سلم الوصول لعلم الأصول » ص ٣٢٨) .

المجتهدين كما هو معلوم (وذلك لما يذكر عن الرسول أنه قال : « عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدى » ، ويقولون أنه يتبين من قوله « عليكم » في هذا الحديث أنه يفيد الوجوب أى الإلزام (١) .

أدلة القائلين بعدم مبهمة « مذهب الصوابى »

هذا هو رأى الراجح بين علماء الشريعة (٢) - وتتلخص أهم أدلة هذا الرأى فيما يلى :

١ - يتولون أن من يجوز عليه الخطأ والسهو ولم تثبت عصمته عنه لا حجة فى قوله ملزمة لغيره .

٢ - ثم أن الصحابة قد اتفقت كلمتهم على جواز مخالفتهم (الا اذا كان ثمة اجماع) ، فلم ينكر أبو بكر وعمر الاجتهاد على من خالفهما ، بل أن الصحابة قد أوجبوا على كل مجتهد أن يتبع ما ينتهى اليه اجتهاده (٣) - ولكن المتأخرين أعطوا لاجتهاد الصحابى برأيه فى الاحكام الفقهية قيمة وقدرأ أكثر مما كان يعطى الصحابة أنفسهم لأراهم الاجتهادية (٤) .

(١) الأحكام فى أصول الأحكام للآمدى ج ٣ ص ١٣٥

ويقول أبو حنيفة ومن وافقوه : « اذا لم أجد فى كتاب الله ولا سنة رسوله أخذت بقول من شئت من الصحابة وأدع قول من شئت ، ثم لا أخرج عن قولهم جميعا لى غيره » ، فالامام أبو حنيفة لا يرى رأى واحد معين منهم حجة ملزمة فله أن يأخذ برأى من شاء منهم ولكنه لا يسوغ مخالفة آرائهم جميعا ، فهو لا يسوغ القياس فى الواقعة طالما كان لأحد من الصحابة فيها فتوى ، ولعل أبا حنيفة يرى (كما يقول الأستاذ الشيخ خلاف) ان اختلاف الصحابة فى الحكم الشرعى الى قولين يعد « اجماعا » منهم على أنه لا ثالث ، واختلافهم الى ثلاثة أقوال يعد اجماعا منهم على أنه لا رابع ، وأن الخروج عن أقوالهم جميعا بعد بمثابة خروج عن « الاجماع » .

راجع أصول الفقه (المرجع السابق) ١٠٥ - ويلاحظ أن الشيخ خلاف من القائلين بمهية « مذهب الصحابى » .

(٢) اذ يقول بهذا الرأى العلامة الآملى (فى كتابه « الأحكام » المرجع السابق ج ٣ ص ٣٣ (١٣٥) ، والامام الغزالى فى كتابه « المستصفى » ج ١ ص ١٣٥ ، (١٣٦) والشوكانى (فى كتابه « ارشاد الفحول ٢١٤) .

(٣) المستصفى للغزالى ج ١ ص ١٣٥

(٤) المدخل لدراسة الفقه الاسلامى للأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى (الطبعة الثانية)

صفحة ٨٣ ، ٣٩

٣ - أن قول الصحابي لا يصح أن يكون حتما حجة على من يأتي بعده من التابعين وغيرهم ، لأن الصحابي ليس حتما أكثر امتيازاً عنهم في الاجتهاد وأن امتاز من حيث صحبته للرسول ، ولقد قال الرسول : « رب حامل فقه الى من هو أفقه منه » (١) .

الرد على أدلة أصحاب الرأي الأول . ويرد أصحاب هذا الرأي الثاني على أدلة أصحاب الرأي الأول (القائل بحجية مذهب الصحابي) بما يلي :

١ - قول الرسول « أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اقتديتم » انما يخاطب الرسول به أعوام أهل عصره ، ثم هو يخبرهم في الاقتداء بمن شاؤوا من صحابته ، هذا فضلا عن أن هذا الحديث لا يدل على وجوب الاتباع للصحابة بل يدل على الاهتداء لمن اتبع (٢) .

٢ - أما قول الرسول « عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي » فإنه اذا أخذ بالتفسير الذي يقول به أصحاب الرأي الأول (القائل بحجية مذهب الصحابي) يترتب عليه تحريم الاجتهاد على بقية الصحابة اذا اتفق الخلفاء ، وهو أمر لم يحدث ولم يقل به أحد ، فالواقع أن الصحابة كانوا يجتهدون وكانوا يخالفون الخلفاء ، ثم أن الزامنا باتباع كل خليفة من الخلفاء الراشدين هو الزام بأمر مستحيل نظراً لاختلافهم في بعض مسائل معينة ، ثم أن الخلفاء لم يجتمعوا في الخلافة معا (في وقت واحد) حتى يمكن القول بإمكان اتفاقهم جميعاً على أمر وأنه يجب علينا اتباعه . ولكن الذي يعنيه هذا الحديث - كما يقول الامام الغزالي - هو إما أن الرسول يأمر الناس بالانقياد وبذل الطاعة للخلفاء أي قبول امارتهم وسنتهم ، واما أنه يأمر الناس أن ينهجو منهج الخلفاء في العدل والانصاف (٣) .

(١) الأحكام للآدمي ج ١ صفحة ١٣٥

(٢)، (٣) المستصفي للغزالي ج ١ صفحة ١٣٥

والرأى عندى أن هذا الحديث مشكوك فى أمر صحته ، بل مقطوع فى أمر
عدم صحته ، وذلك لأن اصطلاح « الخلفاء الراشدين » لم يعرف – فيما يذكره
لنا التاريخ – الا بعد وفاة الرسول وبعد تعدد من خلفه من الخلفاء ، فلم
يعرف عن أبى بكر أو عمر أن أحدا فى عهده وصفه بأنه أحد « الخلفاء الراشدين »
وكل ما نعرفه أن عمر بن الخطاب وصف « بأمر المؤمنين » ثم ظل يوصف
من بعده بهذا الوصف من تلاه من الخلفاء .

المبحث الثالث

القانون الروماني ومصادر الشريعة الاسلامية

تمهيد - مما يتصل بالمبحث السابق أن نعالج بحث هذا الموضوع الذي احتل جانبا كبيرا من فقه تاريخ القانون ، وهو موضوع آثاره وما أثاره علماء المستشرقين ، فأوسعوه ما وسعهم الجهد ظلما ، كان طبقات فوق بعض طبقات ، كما أوسعوا الشريعة الاسلامية ظلما بلغ درجة دونها جميع الدرجات .

أما ذلك الموضوع فهو يدور حول الاجابة عن هذا السؤال : هل يعد القانون الروماني مصدرا من مصادر الشريعة الاسلامية ، أو بالأقل هل تأثرت الشريعة بذلك القانون ؟ ويجيب الكثيرون من علماء المستشرقين (الذين أثاروا هذا الموضوع منذ منتصف القرن التاسع عشر) بالاجاب . بل أننا ألفتنا بعضهم تذهب به نزعة التطرف والمغالاة الى حد المناداة بأن " الشريعة الاسلامية ليست الا القانون الروماني معدلا وفق الأحوال السياسية في الممتلكات العربية" أو « أن الشريعة الاسلامية ليست سوى قانون جستنيان في ثياب عربي» أو « أن العرب لم يضيفوا جديداً الى القانون الروماني سوى بعض أخطاء» (١) وأنه « كان على اليونان وفارس والهند ضريبة شفاء العقل العربي من عقمه» (٢) .

الى مثل ذلك الحد ذهبت ببعض أولئك المستشرقين نزعة التعصب العنصري أو التعصب الديني ، أو بعض الأهواء التي اختنتت في جوها

(١) ذلك هو ما ذكره الأستاذ ايموس Sheldan Amos في مؤلفه : Roman Civil Law الطبعة الثانية ص ٤٠٦-٤١٤ نقلا عن بحث قيم للدكتور صوفي حسن أبو طالب بعنوان « بين الشريعة الاسلامية والقانون الروماني» ص ٦ وقد كان هذا البحث أهم مرجع لنا في هذا المبحث الثالث.

(٢) ذلك هو ما ذكره المستشرق الألماني ساشو Sachou وقد أشير الى أقواله في كتاب «الامبراطورية البيزنطية» تأليف نورمان بيتز تعريب الأستاذين حسين مؤنس ومحمود يوسف زيد (طبعة ١٩٥٠ ص ٧٣٣) نقلا عن مؤلف الدكتور صوفي (الأستاذ المساعد بكلية حقوق جامعة عين شمس) (المرجع السابق) ص ٦

روح البحث العلمى . والى مثل ذلك الحد ألفيناهم ينظرون الى مآثر القانون الرومانى بألف عين وعين ، فى حين نجدهم قد أعمضوا عن مآثر الشريعة كل عين . على أن هذه المآثر قد اعترف بها وقدرها قدرها فى السنوات الأخيرة بعض المنصفين من أولئك المستشرقين ، وبعض مؤتمرات القانون المقارن التى عقدت فى الربع الثانى من هذا القرن العشرين ، مما سنوسعه فيما بعد تفسيراً وتفصيلاً .

على أنه اذا كان بعض المستشرقين قد ذهب به نزعة التطرف الى مثل ذلك الحد البعيد ، أى الى حد القول بأن القانون الرومانى أحد مصادر الشريعة الاسلامية ، فأنا نجد البعض الآخر منهم قد لزم جانب الاعتدال بحيث يرى أن الشريعة قد تأثرت مجرد تأثر بالقانون الرومانى ، أو بعبارة أخرى أكثر أيضاً وافصاحاً : أن رجال الفقه الاسلامى قد تأثروا بالقانون الرومانى ، وذلك بعد أن التقى الاسلام بهذا القانون فى كثير من البلاد التى فتحها المسلمون فى صدر الاسلام ، ولقد تأثر برأى هذا البعض من علماء المستشرقين المعتدلين بعض من العلماء الشرقيين المعاصرين ، ممن طبعهم الثقافة الغربية بطابعها ، وصنعت لعقولهم منظاراً فى مصنعها .

فما هى تلك الأدلة التى يستند اليها هؤلاء المعتدلون وأولئك المتطرفون من المستشرقين ؟ والى أى حد مالت ناحية الصواب أو مالت عنه ؟ ثم ماهى الأدلة التى يستند اليها الرأى الآخر القائل باستقلال الشريعة الاسلامية وبعدها عن التأثر بالقانون الرومانى (١) .

(١) عصور تاريخ القانون الرومانى : يلاحظ أن القانون الرومانى الذى نعينه فى هذا البحث

هو ذلك القانون الذى كان سائداً فى العصر البيزنطى ، ولذلك يطلق عليه أحياناً بالقانون الرومانى البيزنطى ، وقد جمعت قواعده فى عهد الامبراطور جستينيان (المتوفى عام ٥٦٥ م) . من أجل ماتقدم كان ضرورياً أن نذكر نبذة موجزة عن العصور المختلفة التى مر بها تاريخ القانون الرومانى :
يقسم تاريخ القانون الرومانى الى ثلاثة عصور مختلفة يتميز كل عصر منها بخصائص معينة
العصر الأول : هو عصر « القانون القديم » ويبدأ بتأسيس روما عام ٧٥٤ قبل الميلاد وبقيام النظام الملكى فيها ، ويمتد الى ما بعد انتهاء النظام الملكى حتى يشمل كذلك شطراً من عهد النظام الجمهورى بحيث ينتهى هذا العصر عام ١٣٠ ق. م . ، ويلاحظ أن النظام الملكى كان يقوم =

أما وقد انتهينا من هذه الكلمة التهديدية فأنتنا نتقل الى الاجابة عن هذه الأسئلة الثلاث ، وذلك في ثلاثة مباحث :

- الفرع الأول : نعرض فيه أدلة القائلين بأن الشريعة الاسلامية تأثرت بالقانون الروماني ، أو بأن هذا القانون مصدر من مصادرها .
- الفرع الثاني : نعالج فيه مناقشة تلك الأدلة .
- الفرع الثالث : نعرض فيه أدلة القائلين باستقلال الشريعة الاسلامية .

= على سلطة الملك (rex) الذى كان يعد الرئيس الأعلى والرئيس الدينى والرئيس القضائى ، أما النظام الجمهورى الحديد فقد كان يقوم على احلال حاكين يختارهما الشعب سنويا محل الملك ، هذان الحاكان هما القنصلان . وقد كان الشعب ينقسم الى طبقتين : طبقة الأشراف ، والعامه . والأشراف وحدهم هم الذين يتمتعون بالحقوق العامة والخاصة كاملة . وهذا العصر يمثل دور الطفولة فى تاريخ القانون الروماني .

العصر الثانى : يطلق عليه « العصر العلمى » وهو يبدأ بانتهاء العصر السابق وينتهى بحكم الامبراطور دقلديانوس عام ٢٨٤ بعد الميلاد ، فهذا العصر يمتد حتى يشمل الشطر الأخير من عهد نظام الجمهورية وكذلك عصر الامبراطورية العليا الذى يبدأ بحكم الامبراطور أغسطس عام ٢٧ ق.م بحكم دقلديانوس وهذا العصر يمثل دور النضوج والاكتمال بالنسبة لتاريخ القانون الروماني ، وتتميز هذه الفترة بذلك النزاع السياسى والحربى بين القواد الرومان ، ذلك النزاع الذى انتهى بانتصار اكتافيوس الملقب بأغسطس . وفى هذا العصر فى نهاية القرن الثانى للميلاد ظهر فقهاء كبار حفظت لنا مجموعة جوستينيان كثيرا من كتاباتهم نذكر فى مقدمتهم الفقيه جايوس

العصر الثالث : وهو عصر الامبراطورية السفلى أو العصر البيزنطى ، وهو يبدأ بحكم الامبراطور دقلديانوس عام ٢٤٨ م وينتهى بانتهاء حكم امبراطور الشرق (الامبراطورية الرومانية الشرقية) جستينيان عام ٥٦٥ م- هذا عصر تدهور واحلال من جميع النواحي السياسية والاجتماعية والقانونية ، الا أنه يعد من ناحية أخرى عصر التجميع ، فقد توج هذا العصر صدور تلك المجموعات التى خلدت القانون الروماني ونعني بها مجموعات جوستينيان . ويلاحظ أنه فى هذا العصر انقسمت الامبراطورية الرومانية الى قسمين : الامبراطورية الغربية وعاصمتها روما ، والامبراطورية الشرقية وعاصمتها بيزنطة (التي سميت فيما بعد القسطنطينية نسبة الى الامبراطور قسطنطين . ويسمى هذا العصر الثالث من عصور تاريخ القانون الروماني باسم البيزنطى (نسبة الى بيزنطة) .

ولقد سقطت الامبراطورية الغربية على أثر غزوات القبائل الجرمانية عام ٤٧٦ م . أما الامبراطورية الشرقية فقد سقطت على يد محمد الفاتح عام ١٤٥٣ م .

والثابت أن تطور القانون الروماني طيلة العصر الأول وأوائل العصر الثانى كان راجعا بصفة عامة الى عوامل رومانية بحتمة (أى نابعه من البيئة الرومانية) ، ولكننا نجد ذلك التطور بعد ذلك (أى حتى آخر العصر الثالث البيزنطى) انما كان يرجع الى عوامل أجنبية أكثر منها رومانية اذ تأثر فى تلك الفترة بالديانة المسيحية والثقافة الاغريقية والشرقية ، فعالية التعديلات التى أدخلت على القانون الروماني فى العصر البيزنطى انما كانت ترجع الى القوانين والعادات التى كانت سائدة فى مصر والشام-راجع فيما تقدم « القانون الروماني » للأستاذين الدكتور عبد المنعم بدر والدكتور عبد المنعم البدر اوى (طبعة ١٩٤٩) المقدمة صفحة ج الى ع

الفرع الأول

الرأى القائل بأنه الشريعة الاسلمية تأثرت بالقانون الرومانى ، أو بأنه هذا القانون مصدر من مصادرها

نلاحظ أولاً أن الأدلة التى يستند إليها المعتدلون أو المتطرفون من المستشرقين نكاد نجدها هى ذاتها لدى هؤلاء وأولئك ، غير أن الذى يفرق بين الفريقين يتلخص فى أن النتيجة التى انتهى إليها الفريق الأول قد طبعت بطابع الاعتدال بينما نجد تلك التى انتهى إليها الفريق الثانى قد طبعت بطابع التطرف ، ولذلك رأينا أن نجمع بين الأدلة جميعا فى مبحث واحد ، والواقع أنها جميعا يمكننا أن نلخصها فى دليل واحد : هو وجود تشابه بين بعض الأنظمة القانونية (فى القانون الرومانى والشريعة الاسلامية) ، فاذا أردنا أن نعرف كيف نشأ ذلك التشابه أو ذلك التأثير من الشريعة بالقانون الرومانى وجدنا أولئك المستشرقين قد تفرقت الطرق بهم ، وتعددت وتغيرت الأدلة لديهم . واليكم تفصيل ما أجمنا .

التشابه بين بعض الأنظمة القانونية (فى القانون الرومانى والشريعة الاسلمية).

هذا التشابه يعد دليلاً — فى نظر أولئك المستشرقين — على تأثر الشريعة الاسلامية بالقانون الرومانى لأن الثانى (الرومانى) كان سابقاً على الشريعة من الناحية الزمنية ، كما أنه كان — فيما يرون — أعلى منها درجة بل درجات من حيث النضوج والازدهار ، وكان طبيعياً اذا — كما يعتقدون — أن يتأثر اللاحق بالسابق والأضعف بالأقوى . أما عن وجوه هذا التشابه فى بعض القواعد القانونية فنجدهم يذكرون فى مقدمتها قاعدة « البينة على من ادعى » ومبدأ « المصالح المرسله » ، فهذا المبدأ لم يكن — فى ظنهم — من الشريعة الاسلامية الا نقلاً لمبدأ « المنفعة » المعروف فى القانون الرومانى (١) .

(١) راجع « فجر الاسلام » (المرجع السابق) للأستاذ أحمد أمين ، ومؤلف الدكتور صوفى (المرجع السابق) ص ٨ وما بعدها .

الأسباب أو العوامل التي أدت الى قيام ذلك التشابه (أو ذلك التأثير)

على أننا نجد الآخذين بهذا الرأي أى هذا الدليل قد اختلفوا في بيان الطريق الذى حدث عن سبيله ذلك التأثير من ناحية والتأثير من ناحية أخرى ، أو بعبارة أخرى : بيان الأسباب أو العوامل التي أدت الى قيام تشابه بين هذين التشريعين (الاسلامى والرومانى) ونحن نلخصها فيما يلى :

١ - تقليد الحضارة الأدنى للحضارة الأعلى في البلاد التي فتحها العرب :

يقولون أن الشطر الأكبر من تلك البلاد التي كانت توصف بالاقطار العربية الاسلامية في صدر الاسلام انما كانت تخضع من قبل للحكم الرومانى وكان يطبق فيها بناء على ذلك أحكام القانون الرومانى ، ذلك كان شأن الشام (وهي تشمل ما يعرف اليوم باسم سوريا ولبنان وفلسطين والأردن) وشأن كل من العراق ومصر . ويقولون أنه كانت للرومان اذ ذاك حضارة ومدنية بلغت أوج الازدهار ، وكانت تعرف بالحضارة الرومانية الاغريقية (أو البيزنطية) وكان القانون الرومانى (البيزنطى) الذى كان مطبقا في تلك البلاد قد بلغ مرتبة عالية من مراتب النضوج بل والسمو ، وذلك بينما كان الفقه الاسلامى في ذلك الحين لا يزال يجتاز مرحلة التكوين ، وكانت حضارة العرب بوجه عام لا تزال تجتاز مرحلة من المراحل البدائية . وطبعى - كما يقولون - حين يجتمع مثل هذين القانونين أن يتأثر الثانى بالأول (وهو القانون الرومانى) لأنه من الطبيعى أن يتأثر الأضعف بالأقوى والأدنى بالاسمى (١) .

٢ - العرف :

ويرى البعض أن ذلك الطريق انما كان طريق العرف الذى كان سائدا في تلك البلاد التي فتحها المسلمون وكانت من قبل

(١) وفي ذلك يقول المستشرق جولد زهر Goldziher « أن فقهاء دمشق وبنداد لا يمكنهم بقوانينهم البدائية التي حملوها معهم من الجزيرة العربية سد حاجات مجتمعات بلغت شأوا بعيدا في المدنية والحضارة كالمجتمع السورى والمجتمع العراقى ، ولذلك سارعوا الى ابتداء نظام قانونى لمواجهة حاجات هذه المجتمعات الجديدة متخذين في ذلك الوسائل الرومانية » . راجع في ذلك مؤلف الدكتور صوفى ص ١٢ ، وراجع « المدخل لدراسة الفقه الاسلامى » للدكتور محمد يوسف موسى (الطبعة الثانية ١٩٦١) ص ٩٢ ، ٩٣

ولايات رومانية، ذلك العرف الذي تأثر بالقانون الروماني وظل قائماً في تلك البلاد بعد أن فتحها المسلمون ، والفقهاء الاسلامي - كما هو معلوم - يأخذ بالعرف طالما كان غير متعارض مع مبادئ أو أحكام الشريعة الاسلامية (١) .

٣ - بعض فقهاء المسلمين :

ويرى البعض الآخر من أولئك المستشرقين أن ذلك التأثير انما اتخذ سبيله عن طريق بعض فقهاء المسلمين الذين نشأوا في سوريا وتلقوا تعاليمهم في مدرسة « بيروت » الرومانية (وقد كانت بيروت في ذلك الحين تعد احدى مدن وموانئ سوريا) ويذكر في مقدمة أولئك الفقهاء الأمامان الشافعي والاوزاعي (٢) .

٤ - الثقافة اليهودية :

ونجد فريقاً آخر من المستشرقين يرى أن قواعد القانون الروماني قد انتقلت الى الفقه الاسلامي عن طريق الثقافة اليهودية وبخاصة عن طريق التلمود ، وتفسيراً لذلك يقولون أن القانون اليهودي قد تأثر بالقانون الروماني ، ولما كانت هناك صلوات وثيقة بين العرب واليهود الذين كانوا يقيمون بينهم قبل الاسلام (وبخاصة في سوريا ومصر) فقد أثر القانون اليهودي في العادات والتقاليد العربية التي كانت سائدة قبل الاسلام ، وبما أن الاسلام قد أقر الكثير من تلك القواعد العرفية فإن الفقه الاسلامي يعد اذاً أنه قد تأثر بالقانون اليهودي ، هذا فضلاً عن أن بعض اليهود الذين أسلموا قد ساهموا بعد اسلامهم في الحركة الثقافية الاسلامية (٣) .

(١) راجع في ذلك كتاب « فجر الاسلام » (الطبعة السادسة) ص ٩٣ للأستاذ الكبير أحمد أمين الذي تأثر - الى حد ما - بهذا الصدد برأى المستشرقين فنجده بصدد الكلام عن عملية المزج التي حدثت بين المسلمين الفاتحين وبين أهالي البلاد التي فتحوها يقول : « كل هذه العوامل كان لها أثرها في الامتزاج ، فالعادات الفارسية والعادات الرومانية امتزجت بالعادات العربية وقانون الفرس والقانون الروماني امتزجا بالاحكام التي أوصحها القرآن والسنة ... ونمط الحكم الفارسي ونمط الحكم الروماني امتزجا بنمط الحكم العربي ، وبالاجمال كل مرافق الحياة والنظم السياسية والاجتماعية والطبائع العقلية تأثرت تأثراً كبيراً بهذا الامتزاج »

(٢) « المدخل » للدكتور محمد يوسف موسى ص ١٠٦ حيث يذكر على رأس المستشرقين الذين يرون هذا الرأي المستشرق الألماني فون كريمر .

(٣) ونجد على رأس القائلين بهذا الرأي الفقيه الفرنسي الكبير لامبير Lambert في مؤلفه Fonçtion de droit Civil Compare ص ٢٧٩ ، ٢٨٣ وهو يؤيد رأيه بما يوجد من =

٥ - بعض ذوى الثقافة الاغريقية العالية :

ويرى البعض الآخر من المستشرقين أن ذلك التأثير حدث في القرن الثانى للهجرة ، وكان عن طريق بعض من أولئك الذين دخلوا في دين الاسلام وكانوا من ذوى الثقافة الاغريقية العالية ، فالفقه الاسلامى - فما يظن هذا البعض - بدأ يتكون مع بداية القرن الثانى الهجرى أى في فترة كانت فيها أبواب المدينة الاسلامية مفتوحة على مصراعها امام حاملى الثقافات الأجنبية الذين اعتنقوا الاسلام ولم يبدأ علماء الشريعة بالاهتمام بالمسائل القانونية الا في ذلك العهد .

وأخيراً يرى البعض أن ذلك التأثير حدث عن طريق مدرسة الاسكندرية بعد فتح العرب لمصر .

الفرع الثانى

منافسة رأى القائلين بتأثر الشريعة بالقانون الرومانى أو بأنه أحد مصادرها

نمرير - نناقش في هذا المبحث الآراء المختلفة التى عرضها ومختلف المواضيع التى عرض لها أصحاب ذلك الرأى السالف (القائل بتأثر الشريعة... الخ) وأهمها يتلخص فيما يلى :

١ - هل التشابه بين نظامين قانونيين يعد حتماً دليلاً على أن أحدهما تأثر بالآخر ؟

٢ - واذا اجتمعت حضارتان في بلد واحد، أحدهما أسمى وأعلى من الأخرى ، فهل يؤدي حتماً اجتماعهما الى أن تقلد أذناها أعلاهما ؟

==تشابه بين النظم القانونية العربية التى وجدت قبل الاسلام والنظم اليهودية ، وذلك بوجه خاص بصدد تنظيم الأسرة : اشكال وشروط الزواج ونظام الارث ، ونظام الرق ونظام العقوبات حيث يؤخذ بمبدأ الانتقام الشخصى - راجع مؤلف الأستاذ الدكتور صوفى (المرجع السابق ذكره ص ٢٣ ، ٢٤) - ولا يفوتنا هنا توجيه الانظار الى أن هذه الفقرة (٤) تتصل اتصالاً وثيقاً بالفقرة (٢) الخاصة بالعرف .

أما « التلمود » فهو أحد مصادر القانون اليهودى ، وهو عبارة عن تفسير للتوراه ، وقد كتب هذا الكتاب عدد من أحبار اليهود ، وقد تم وضعه في القرن الخامس بعد الميلاد ، ويشمل السنة الموسويه وكذلك شرحها . وهذا الكتاب يعتبر مرجع اليهود الوحيد في أحكام العبادات والمعاملات راجع في ذلك مؤلف الدكتور صوفى ص ٦٢

٣ - وإذا سلمنا بأن الرومان وصلوا الى مستوى من الحضارة أعلى مما وصل اليه العرب في صدر الاسلام ، فهل يترتب على ذلك حتماً أن يكون القانون الروماني في مستوى أعلى مما وصل اليه التشريع الاسلامي ؟ .

٤ - وهل تأثر الفقه الاسلامي حقاً بما نقله اليه بعض فقهاء المسلمين الذين نشأوا في سوريا فنقلوا معهم القانون الروماني .

٥ - وهل يصح القول بأن فقهاء الشريعة الاسلامية قد اطلعوا على كتب للفقه الروماني ترجمت للعربية في عصر ترجمة التراث الغربي (وعلى وجه الخصوص اليوناني) الى العربية .

٦ - وهل يعد أخذ العرب المسلمين بالعرف الذي كان سائداً في البلاد التي فتحوها (وكانت خاضعة من قبل للرومان) تأثيراً من جانب الاسلام بالقانون الروماني .

٧ - وهل يصح القول بأن القانون الروماني انتقل الى الفقه الاسلامي عن طريق الثقافة اليهودية .

٨ - وهل يصح القول بأن ذلك القانون انتقل الى ذلك الفقه عن طريق بعض ذوى الثقافة الاغريقية العالية الذين دخلوا في الاسلام في القرن الثاني الهجري .

٩ - وأخيراً هل يصح القول بأن ذلك القانون انتقل الى الفقه الاسلامي عن طريق مدرسة الاسكندرية بعد فتح العرب لمصر .

أما وقد انتهينا من عرض رؤوس مواضيع البحث والمناقشة فأنا ننتقل الآن الى بحث كل منها تفصيلاً .

١ - مسأله التشابه بين نظامين قانونيين :

ليس من صواب الرأي ما يراه البعض من أن قيام تشابه بين نظامين قانونيين في بعض القواعد يدل حتماً على أن أحدهما قد اقتبس من الآخر أو بالأقل قد تأثر به أو أخذ عنه ، إنما يدل ذلك التشابه في كثير من الحالات

على أن كلا من المجتمعين اللذين يطبق فيهما هذا النظام يشابه الآخر من حيث مستوى المدنية والحضارة ، وذلك هو ماقرره بعض كبار المستشرقين أنفسهم الذين عرضوا لهذا الموضوع (١) .

فاذا كانت الشريعة الاسلامية قد طبقت في كثير من البلاد التي انتزعتها العرب من نير سلطان الرومان فلقد كان طبيعيا اذا أن تتطور القواعد القانونية الاسلامية لتلائم البيئة السياسية والاجتماعية والاقتصادية الجديدة طالما كان ذلك التطور غير متعارض مع الأحكام أو المبادئ العامة للشريعة الاسلامية، وكان طبيعيا أن يعمل الفقهاء المسلمون على استنباط أحكام للمسائل أو المشاكل القانونية الجديدة التي تعرض لهم في المجتمع الجديد، ولم تكن مما عرض لهم من قبل في المجتمع العربي القديم (٢) .

ومن ناحية أخرى فإن التشريعات المختلفة — سواء كانت إلهية أو وضعية انما تهدف عادة الى مراعاة العدالة ، وثمة أمور أو قواعد لا تختلف التشريعات المختلفة في الاقرار بعدالتها كقاعدة « البيئة على من ادعى ، واليمين على من أنكر » (٣) .

وفضلا عما تقدم فإنه يجب ألا يفوتنا ملاحظة أن أكثر تلك القواعد المتشابهة بين التشريعين (الاسلامي والروماني) نجدها — رغم قلتها — عبارة عن قواعد جزئية أو أحكام تفصيلية ، لم تكن لترقى الى مرتبة القواعد أو المبادئ العامة ، والتشابه في تلك الجزئيات أو التفصيلات لا يعد — كما

(١) نذكر في مقدمتهم المستشرق الألماني الأستاذ شاخت ، وذلك في محاضرة ألقاها في الأكاديمية الايطالية للعلوم عام ١٩٥٦ بعنوان « القانون البيزنطي والشريعة الاسلامية » ص ٨ وكان ذلك نقلا عن مؤلف الأستاذ الدكتور صوفي (المرجع السابق) ص ١١٩

(٢) « بين الشريعة الاسلامية والقانون الروماني » للدكتور صوفي (المرجع السابق ص ١٢٠)
(٣) « فجر الاسلام » الطبعة السابعة ١٩٥٥ ص ٢٤٧ للاستاذ أحمد أمين ، وراجع مؤلف الدكتور صوفي ص ١٢٣ حيث يقول : « ولا أدل على ذلك من أننا نجد بعض القواعد القانونية ترد في عدد كبير من الشرائع رغم عدم تأثرها ببعضها ، فقد نجد قاعدة معينة في القانون الروماني ونجد نفس القاعدة أو ما يشابهها في القانون الهندي أو الانجليزي » .

يشهد أصحاب نظرية تأثير التشريع الاسلامي بالرومانى أنفسهم - دليلا على التأثير (١) .

أما المبادئ القانونية العامة أو القواعد الكلية التي تسيطر على الفقه الاسلامي فهي تختلف اختلافا كبيرا عما هي عليه في القانون الرومانى (كما سنبين ذلك فيما بعد تفصيلا) .

٢ - مسأله التفسير بين مضاربتين تجتمعانه معا

القول بأن الشريعة الاسلامية تأثرت بالقانون الرومانى هو أمر طبيعى ونتيجة طبيعية للمبدأ القائل بأنه اذا اجتمعت حضارتان معا في قطر واحد فإن الحضارة الأدنى تتأثر بالحضارة الأعلى ، أى تقتبس منها وتقلدها (٢) هو قول مشكوك في أمر صحته لأن ذلك المبدأ مشكوك في أمر دقته، والمبدأ الأصح والأدق - فيما يرى البعض - هو ما ذكره في « مقدمته » الشهيرة ابن خلدون ذلك المبدأ القائل بأن الضعيف هو الذى يقلد القوى وأن الأمة المغلوبة هي التي تقلد الأمة الغالبة . ولما كان العرب هم الذين كانت لهم الغلبة على الرومان ، لذلك كان طبيعى أن يكون التقليد أو الاقتباس من الرومان للعرب المسلمين ، لا من العرب للرومان (٣) .

والواقع أن الفقه الاسلامي قد ترك أثرا واضحا حتى في القوانين الغربية المستمدة من القانون الرومانى ، ويتمثل ذلك الأثر بصفة خاصة في نظم القانون التجارى التي كانت سائدة بين سكان شرق البحر الأبيض في العصور الوسطى (وبصفة خاصة العادات والنظم التجارية للجمهوريات الايطالية في ذلك العهد ، كنظام شركة المضاربة والسفنجة) (٤) .

(١) راجع مؤلف الدكتور صوفى ص ١٢١ ، ١٢٢ ، ١٣٤

(٢) مما تجدر ملاحظته أن تشريع أية دولة هو أحد مظاهر حضارتها .

(٣) راجع « المدخل لدراسة الفقه الاسلامي » للدكتور محمد يوسف موسى ص ٩٥ وراجع « مقدمة ابن خلدون » .

(٤) مؤلف الدكتور صوفى (المرجع السابق) ص ٣ ، ٤ ، ولزيادة التفصيل يراجع رسالته (بالفرنسية) عن « نظرية ضمان المبيع في القانون الرومانى والشريعة الاسلامية » طبعت ببائيس

ولقد ذهب بعض المؤرخين الى أبعد من هذا الحد ، اذ قرر أن بعض رجال العلم من الفرنسيين رحل في أوائل القرن الحادى عشر الى الأندلس ونقل من مدارسها الاسلامية ما يلائم بلده (فرنسا) من الفقه الاسلامى (١) وهو قول لا نستطيع أن نجزم بصحته .

٣ - الادعاء بعلو مستوى القانونه الرومانى على التشريع الاسلامى
(فى اعظام المعاصرات)

أن القول بأن القانون الرومانى كان أكثر نضوجا ورقيا من الشريعة الاسلامية هو قول لا يتفق مع الحقيقة وأن كان يتفق مع جهل القائلين به من المستشرقين الغربيين جهلا تاما بأحكام الشريعة الاسلامية لجهلهم اللغى

(١) راجع فى ذلك بحثا للاستاذ سيد عفيفى نشر بمجلة الأزهر بالجلد الثامن ص ٢٦٤ وقد أشير اليه فى كتاب « المدخل فى التعريف بالفقه الاسلامى » (طبعة ١٩٥٩) للاستاذ الشيخ محمد شلبى حيث ذكر (نقلا عن ذلك البحث) ص ٢١٥ ما نصه « فى أوائل القرن الحادى عشر رحل بعض الفرنسيين الى الأندلس لتلقى العلم فى مدارسها الاسلامية وفى جملتها الفقه الاسلامى ، وقد كانوا يترجمون دروسهم الى لغتهم ، ولما كانت دراسة الحقوق عندهم رديئة والتوانين ظالمة فكروا فى نقل ما يلائمهم من الفقه الاسلامى وأقنعوا ملوكهم بذلك ، وأخيرا اتفقوا على ذلك بشرط أن تسمى باسم الشرائع الرومانية أو القانون المدنى ، وأن يعزوه لعلماء الحقوق منهم نتيجة لبحثهم لا أنه أخذ من الفقه الاسلامى كيلا ينفر المسيحيون المتعصبون لدينهم . هذا ماقرره المؤرخ الألمانى موسيه فى تاريخ الكنيسة » .

أن ما رواه هذا المؤرخ لا أستطيع الاطمئنان الى صحته ودقته ، فرغما عن أن فيما ذكره ما يرضى فى نفوسنا الروح القومية والعقيدة الدينية ، الا أنه لا يرضى فى عقولنا الروح العلمية ، ذلك أنه لم يذكر لنا من كانوا أولئك الفرنسيين الذين رحلوا الى الأندلس ثم عادوا الى فرنسا وقاموا بتلك المهمة ؟ ثم أن تلك المهمة لا يقوم بها الا الفقهاء ، فن هو ذلك الفقيه الفرنسى المعروف أوحى غير المعروف الذى قام بها ؟! ثم من كانوا ملوك فرنسا الذين حدث معهم ذلك الاتفاق فى ذلك الحين ، وكيف تذكر « ملوك » بصيغة الجمع ، أم يكن فى فرنسا ملك واحد ؟ ثم يقول أن الاتفاق كان على أن « تسمى باسم الشرائع الرومانية أو القانون المدنى » ولم يذكر أيهما تم الاتفاق على أن تكون التسمية به ؟ ثم كيف يكون الخيار بين « الشرائع » الرومانية (أى جميع فروع القانون الرومانى) وبين فرع واحد من القانون وهو القانون المدنى ؟! ثم كيف يمكن أن تحدث مثل هذه المهمة وذلك الاتفاق فى عصر الحروب الصليبية (ذات الصبغة الدينية) بين العرب والدول الغربية التى كانت فرنسا فى مقدمتها ، اذ يجب ألا ننسى أن تلك الفترة المشار اليها « أوائل القرن الحادى عشر » كانت بداية عهد الحروب الصليبية؟!!

العربية ، أو (كما يلاحظ بحق الأستاذ الكبير الدكتور السهوري) لأنهم لم يكونوا من فقهاء القانون. الواقع أن ذلك القول يجافي الحقيقة والواقع حتى في الفترة السابقة على مرحلة نضوج الشريعة في عصر الأئمة في القرن الثاني والثالث الهجريين . وبيانا لما تقدم ندلى بما يلي :

(أولاً) أن القانون الروماني يفصل – كقاعدة عامة – بين القواعد القانونية والقواعد الاخلاقية (١) ، وذلك لأن هذا القانون يأخذ بالمذهب الفردي (الذي لا يسمح للدولة بالتدخل في ميدان النشاط الفردي الا في أضيق نطاق) . واليكم بعض الأمثلة :

(١) أن اساءة استعمال الحق لم تكن تعد – في نظر القانون الروماني – فعلا غير مشروع ، فكان من الأمور المسلم بها مثلا أن للجار أن يبنى في أرضه مبنى عاليا وان بلغ علوه حدا من شأنه أن يحجب الضوء عن جاره ، أو أن يحفر في أرضه مجرى يحول عن جاره نبع الماء .

(ب) أن القانون الروماني لا يعرف واجب مساعدة الغير .

(ج) كما أنه لا يعمل على حماية الطرف الضعيف في العقد (٢) .

أما الشريعة الاسلامية فهي في مقدمة الشرائع التي لا تقيم حدودا فاصلة بين القاعدة القانونية والقاعدة الاخلاقية ، وكان من ذلك أننا نشهد قيام كثير من النظريات القانونية الاسلامية لا نشهد لها نظيراً في القانون الروماني ، نذكر في مقدمة تلك النظريات :

(١) اللهم الا في بعض حالات قليلة استثنائية نجد القانون الروماني لايجرى ذلك الفصل، مثل الدعوى الخاصة بالأثراء بلا سبب ، وفرض جزاء على الشخص الذي يكيد لخصمه أمام القضاء راجع مؤلف الدكتور صوفي (المرجع السابق ص ١٢٨)

(٢) ذلك هو ما ذكره الفقيه الفرنسي الكبير Ripert في مؤلفه *La règle motale dans ies Obligattons Civiles* (الطبعة الرابعة . باريس ١٩٤٩) ، وكان ذلك نقلا عن مؤلف

الدكتور صوفي ص ١٢٨

(أ) نظرية «أساءة استعمال الحق» التي بدأت أغلبية التشريعات الحديثة تأخذ بها في هذا العصر (١).

(ب) ونذكر كذلك نظرية الضرورة ، التي يعبر عنها فقهاء الشريعة بقولهم : «الضرورات تبيح المحظورات» .

(ج) وأخيراً نشير الى تلك النزعة التي تسود التشريع الاسلامي وتهدف الى حماية الضعيف من أن يتحكم فيه القوى في الميدان الاقتصادي اذ نجد هذا التشريع يحرم الاحتكار والربا كما يحرم الأثراء على حساب الغير ، وذلك بخلاف القانون الروماني الذي تسيطر عليه النزعة الفردية .

ويجدر بنا في مقام الختام لهذه النبذة أن نشير الى حملة النقد الشديدة التي قامت في هذه السنوات الأخيرة ضد النظرية التقليدية التي سادت التشريعات الوضعية الحديثة ، وهي التي تحدد نطاقا خاصا لكل من القانون والاخلاق وتفصل بينهما فصلا تاما (٢) .

(ثانياً) مبدأ سلطان الارادة : وهذا مظهر ثان من مظاهر سمو الشريعة الاسلامية (حتى في مرحلة نشأتها) على القانون الروماني (حتى في مرحلة نضوجه واكتماله) : فلقد كان القانون الروماني — طيلة مراحل تطوره — لا يعرف مبدأ سلطان الارادة ، بل ولم تعرفه الشرائع الغربية

(١) ويترتب على هذه النظرية أنه ليس للجار أن يستعمل حقه بحيث يترتب على هذا الاستعمال حدوث ضرر فاحش لجاره ، فلا يجوز له مثلا تعليه حائطه اذا كان يترتب على ذلك حجب الضوء عن جاره ولا فتح مطلات على جاره اذا كان يؤدي هذا الجار (المواد ٥٧ - ٧١ من «مرشد الحيران» للمرحوم قدرى باشا) راجع مؤلف الدكتور صوفي ص ١٣٠

(٢) ولقد كان الفقيه الفرنسي الكبير Ripert في مقدمة من تزعوا تلك الحملة ، وفي مؤلفه (السابق ذكره) نجده يقول : «أنه لا يوجد في الواقع اختلاف ما بين القاعدة القانونية والقاعدة الأخلاقية لا من حيث طبيعتهما ولا من حيث الغرض الذي ترميان اليه ، ذلك أن القانون يجب أن يحقق العدالة بين الناس ، وفكرة العدالة هي فكرة اخلاقية» راجع فيما تقدم مؤلف الدكتور

صوفي ص ١٢٧ ، ١٣٢ ، ١٣٣

اللهم الا في العصور الوسطى تحت تأثير تعاليم الكنيسة المسيحية ، بينما نجده كان معروفا في الشريعة الاسلامية منذ نشأتها ، أى قبل ذلك بيضعة قرون .

فالشريعة الاسلامية—خلافًا للقانون الرومانى—هى فى جوهرها مجردة من الشكليات قائمة على البساطة فى التعامل وعلى نية الطرفين فى التعاقد ، فلا تتطلب لاتمام العقد صبغة رسمية ، ولا وضعا خاصا من الأوضاع من انتقال الملكية ، وانما يلتزم المدين بعهده وتنقل الملكية بناء على مجرد الاتفاق أى المحرد من اجراء معين من الاجراءات أو شكل معين من الاشكال . فالرضا وحده كاف لنشأة الالتزام التعاقدى فى نظر الشريعة (١) .

(ثالثاً) لقد امتاز فقهاء الشريعة على فقهاء الرومان بل امتازوا على فقهاء العالم — كما يقرر الأستاذ الدكتور السهورى — باستخلاص أصول استنباط الأحكام من مصادرها ، وهذا ما سموه بعلم أصول الفقه (٢) .

(رابعاً) أن القانون الرومانى لا يقر للمرأة بذلك المركز الممتاز الذى تتمتع به فى ظلال الشريعة الاسلامية التى قررت للمرأة استقلالها بالتصرف فى أموالها ، وقررت لها من الحقوق بمقدار ما فرض عليها من واجبات ، فقد قال تعالى : « ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف وللرجال

(١) ويلاحظ أن مبدأ سلطان الادارة هو مبدأ عام التطبيق فى الشريعة الاسلامية اللهم الا اذا استثنينا ذلك الخلاف الذى نشب بين الفقهاء بصدد صيغة عقد الزواج وبصدد « الفعل » الذى يستعمله المتعاقدان فى التعبير عن ارادتهما : هل يجب أن يصدر فى صيغة الماضى أم يصح صدوره فى صيغة المستقبل ، وهل يباح استعمال صيغة المضارع ، وفيما عدا ذلك نجد الشريعة تتبعد عن الشكليات فالمدين يلتزم برضائه المحرد عن الشكليات ، والملكية تنتقل فور انعقاد العقد كما بينا . ويرجع ذلك الى أن قواعد الشريعة تقوم— كما قدمنا— على مبادئ خلقية ، وشأها فى ذلك شأن القانون الكنسى .

راجع فى تفصيل ذلك : « مصادر الحق فى الفقه الاسلامى » للأستاذ الدكتور السهورى ص ٨٠ و « النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الاسلامية » للأستاذ الدكتور شفيق شحاته ص ٢٠١ ومؤلف الأستاذ الدكتور صوفى ص ١٥٨ - ١٦٦ حيث أشار الى هذين المرجعين .

(٢) راجع « أصول القانون » للأستاذين الدكتور السهورى . والدكتور حشمت أبوستيت

عليهن درجة « ، وكان ذلك في حين يفرض القانون الروماني على المرأة واجبات دون أن يقر لها حقوقاً (١) .

(خامساً) تمتاز الشريعة على القانون الروماني في أنها قامت على العدالة ، فهي لا تعرف نظاماً شبيهاً بذلك النظام الروماني الاستبدادي الذي يقرر لرب الأسرة حقوقاً تمتد حتى تشمل أموال أسرته وأشخاصهم . ولقد كان للأب الروماني (في العصر القديم) سلطة مطلقة على أولاده فكان له أن يبيعهم باعتبارهم أرقاء ، كما كان للدائن أن يبيع مدينه المعسر ، ولكن مع مراعاة شرط واحد فحسب هو أن يتم البيع خارج روما !! (٢) .

(سادساً) وأخيراً تمتاز الشريعة على القانون الروماني في أنها قامت على أساس المساواة بين الأفراد أمام القانون فهي - عكس القانون الروماني - لا تميز بين الأفراد بسبب الأصل أو الطبقة التي ينتسب الفرد إليها فكان القانون الروماني مثلاً يشدد عقوبة الرجل الوضيع أى الذى ينتسب الى الطبقة الدنيا ، في حين يخفف عقوبة الرجل الذى ينتسب للطبقة العليا اذا ارتكبا جرماً واحداً (٣) .

(١) راجع « الفقه الاسلامى والقانون الرومانى » للأستاذ الشيخ محمد أبى زهرة ص ٦٨ - ٧٨ « وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية » ص ٢١٥ للأستاذ الدكتور صوفى حسن أبى طالب .

(٢) راجع « المدخل لدراسة الفقه الاسلامى » للأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى ص ١٠٢ ، و « القانون الرومانى » طبعة ١٩٤٩ ص ١١ للأستاذين الدكتور عبد المنعم بدر والدكتور عبد المنعم البدر اوى .

(٣) راجع مدونة جستينان ترجمة المرحوم الأستاذ الكبير عبد العزيز فهمى (باشا) ص ٣١٧ حيث ورد فيها أن « من استهوى أرملة مستقيمة أو عذراء فعقوبته أن كان من بيعة كريمة مصادرة نصف ماله ، وأن كان من بيعة ذميمة فعقوبته الجلد والنفى من الأرض - » وراجع فيما تقدم « المدخل فى التعريف بالفقه الاسلامى » ص ٢١٢ للأستاذ الشيخ شلبى ، ومؤلف الأستاذ الشيخ أبى زهرة (المرجع السابق) ص ١٣ - ١٥

٤ - مسألة اطلاع فقهاء الشريعة على الفقه الروماني (لشأنهم في سوريا) .

القول بأن بعض الأئمة من المسلمين - وفي مقدمتهم الامامان الشافعي والأوزاعي - نشأوا في سوريا ولذلك كان لهم علم أو المام بالقانون الروماني هو قول وان مال اليه وصدقه بعض المستشرقين فقد مال عنه وكذبه كافة المؤرخين .

فالامام الشافعي قد ولد في غزة بفلسطين ثم انتقل في سن جد مبكرة الى مكة حيث نشأ فيها ، ثم كانت له رحلات الى بغداد والى القاهرة ، ولم يذكر لنا التاريخ أنه رحل الى سوريا حيث تعلم ببيروت بمدرسها الرومانية القانون كما يدعون (١) .

وإذا نحن استثنينا الامام الاوزاعي فأن التاريخ لا يذكر لنا أن أحدا من كبار الفقهاء في عهد الخلفاء الراشدين أو الأمويين والعباسيين أقام في سوريا التي كانت تسود بها دراسة القانون الروماني (كما يدعون) ، وإنما نجد بعضهم كانت اقامته بالمدينة والكوفة ثم بعد ذلك انتقل الى بغداد ، ذلك كان شأن الامام أبي حنيفة وأصحابه والامام ابن حنبل ، أما الامام الشافعي فقد انتقل من الحجاز الى بغداد ثم القاهرة ولم يحدثنا التاريخ أن أحدا من فقهاء الشريعة الاسلامية تعلم على يد معلم أجنبي فتعلم منه القانون الروماني ، ولم نجد أحدا منهم أشار في مناظراته ومجادلاته أو في مؤلفاته ولو مجرد اشارة في وجيز من العبارة الى أحد نصوص أو مبادئ القانون الروماني ، على سبيل القياس أو على سبيل التأييد أو التفنيذ. ولو أن فقيها مسلما واحدا تأثر

(١) كان في بيروت موطن أكبر مدرسة رومانية في الشام - راجع فيما تقدم « فجر الاسلام » الطبعة السابعة ١٩٥٥ ص ٢٤٧ للأستاذ أحمد أمين ، و « المدخل » للأستاذ الشيخ شبلي (المرجع السابق) ص ٢١١

ويجدد بنا هنا أن نشير الى أن الامام الشافعي توفي عام ٢٠٤ هـ أما الامام أبو عمر بن عبد الرحمن الأوزاعي فقد توفي عام ١٥٧ هـ

بالقانون الروماني لكان الامام الاوزاعي الذي عاش في بيروت موطن أكبر مدرسة رومانية في الشام وكان أكبر فقهاءها ، ولكن فقهاءه - فيما تبين - كان يقوم على الكتاب والسنة حتى أن العلماء عدوه في عداد أئمة مدرسة أهل الحديث وهي أبعد مظنة من التأثر بالقانون الروماني (١) .

٥ - الادعاء بتأثر الفقه الاسلامي بالقانون الروماني في عصر ترجمة التراث الغربي .

أنه مما يذكر ولا يصح أن ينكر أن الحضارة العربية قد تعاون في بنائها - إلى جانب العقل العربي الاسلامي - العقل اليوناني والروماني وكذلك الفارسي ، ولقد كان في مقدمة العوامل التي عملت على نهضة الحركة العربية ترجمة العلوم والفلسفة اليونانية الى اللغة العربية ، فضلا عما نقل الى العربية من تراث فارس والروم . أما الادعاء بأنه كان من أثر ما تقدم أن تأثر الفقه الاسلامي بالقانون الروماني فهو ادعاء يمكن الرد عليه بما يلي :

(أولاً) عصر الترجمة قد بدأ في عهد الأمويين ثم ازدهر ازدهاراً كبيراً في عهد الدولة العباسية وعلى وجه الخصوص في عهد الخليفة (العباسي) المأمون (٢) .

(١) « فجر الاسلام » (المرجع السابق) للأستاذ أحمد أمين حيث يقول (ص ٢٤٧) « لم نعتز على أحد من الأئمة المشرعين أشار أية إشارة الى القانون الروماني على سبيل النقد أو التأييد أو الاقتباس وقد كان أولى الناس بالتأثر بالقانون الروماني الأوزاعي فقد عاش في بيروت ... وكان أكبر فقيه فيها ، وقد التفقت بعض المستشرقين الى ذلك وقالوا: « أن من دواحي الأسف أن مذهبه اندثر ولو عثرنا عليه لوجدنا فيه أثراً كبيراً للقانون الروماني » ، ويظهر لنا أنه قول غير وجيه فقد عثرت على جملة صالحة من مذهبه في الجزء السابع من كتاب الأم (للامام الشافعي) ، ودلتني قراءتها على أن من الأنصاف أن يعد الأوزاعي من مدرسة الحديث لا من مدرسة الرأي عكس ما يقول جولدزيهر ، ومدرسة الحديث أبعد مظنة من التأثر بالقانون الروماني « ذلك هو ما ذكره الأستاذ أحمد أمين .

(٢) يلاحظ أن عصر الخلفاء الأمويين يبدأ بمعاوية عام ٤١ هـ (٦٦١ ميلادية) وينتهي بمروان الثاني عام ١٣٢ هـ (٧٥٠ م) أما عصر الخلفاء العباسيين فيبدأ بأبي العباس السفاح عام ١٣٢ هـ (٧٥٠ م) وينتهي بهزيمة العباسيين أمام التتار عام ٦٥٦ هـ (١٢٥٨ م) في عهد الخليفة المستعصم أي أن الدولة العباسية حكمت نحو خمسة قرون ، أما الخليفة المأمون فقد كان عهد خلافته من عام ١٩٨ هـ (٨١٣) الى عام ٢١٨ هـ (٨٣٣ م) - راجع كتاب « النظم الاسلامية » للأستاذين الدكتور حسن ابراهيم حسن (أستاذ التاريخ الاسلامي بجامعة القاهرة ومدير جامعة أسيوط سابقاً) والدكتور علي ابراهيم حسن الطبعة الأولى ١٩٣٩ ص ٤٨ ، ٥٨ - ٦٠ .

وفي ذلك العهد لم يكن الفقه الاسلامي في دور التكوين حتى يصح القول بتأثره بحركة الترجمة بل أنه كان قد أتم مرحلة التكوين منذ النصف الأول للقرن الهجري (أى في أواخر القرن السابع الميلادى) .

(ثانياً) أن حركة الترجمة في ذلك العهد (الأموى أو العباسى) لم تتناول شيئاً من كتب القانون الرومانى ، فمن الحقائق الثابتة من الناحية التاريخية أن أول كتاب ترجم الى العربية من كتب القانون الرومانى انما حدث بعد عصر حركة الترجمة بعدة قرون ، اذ كان هو الكتاب المعروف باسم الكتاب السورى الرومانى عام ١١٠٠ ميلادية (١) .

فالواقع أن حركة الترجمة (في العهد الأموى والعباسى) انما كانت موجهة الى الأدب والمنطق والفلسفة والطب والهندسة الخ . ولكنها لم تتجه الى القانون (٢) .

(ثالثاً) لم يعرف عن أحد من فقهاء المسلمين أنه كان بيده كتاب مترجم من كتب القانون الرومانى ، ونجد من المستشرقين من يقر بهذه الحقيقة (٣) .

والواقع أن فقهاء الشريعة الاسلامية لم يحسوا الحاجة الى الأخذ عن غيرهم ، فلقد كان لديهم من كتاب الله وسنة رسوله ومن التراث الفقهى للصحابة والتابعين ما جعلهم فى غنى عن الاستعانة بغيرهم (٤) .

(١) ثم تلاه كتاب فى القانون الرومانى للإمبراطور بازيل يسمى Prochiton ترجم من الاغريقية الى العربية فى القرن الثالث عشر - راجع مؤلف الدكتور صوفى ص ٨٤ ، ٩١ ويجدر بنا هنا أن نذكر أنه قد حدث فى أوائل الربع الثانى من هذا القرن العشرين أن قام فى مصر الفقيه الكبير الأستاذ عبد العزيز فهمى باشا بترجمة مدونة جستنيان .

(٢) « فجر الاسلام » للأستاذ أحمد أمين ص ١٢٨ وما بعدها .

(٣) ذلك هو ما أقر به المستشرق الألماني شاخت (فى محاضراته التى سبقت الاشارة اليها ص ٤-٧)

راجع فى ذلك مؤلف الدكتور صوفى ص ٩١

(٤) « المدخل لدراسة الفقه الاسلامى » للأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى ص ٩٦

٦ - مسألة اقرار الاسلام للعرف

القول بأن الاسلام أقر بعض ما كان عند العرب من عرف أو عادات ، وأن بعضها مستمد من القانون الروماني ، أن هذا القول ان صح فإنه لا يصح أن يتخذ - كما يقولون - سنادا للرأى القائل بتأثر الشريعة بالقانون الروماني ، فالاسلام لم يأت للهدم بل للبناء ، ولذلك أقر ما كان صالحا مما كان سائدا من عرف أو عادات (١) ، ونضيف الى ما تقدم أن الاسلام - كما هو معلوم - أقر بعض العادات التي كانت معروفة لدى العرب في الجاهلية ، ومن الأمور البدئية أن ذلك لا يصلح دليلا على أن الاسلام قد تأثر بالعصر الجاهلي في حين أن الاسلام انما كان حربا على المبادئ والعقائد السائدة في ذلك العصر (٢) .

ومع ذلك فإنه لم يثبت أن العادات أو الأعراف العربية التي احتضنها الفقه الاسلامي كانت قد تأثرت بالقانون الروماني ، وذلك هو ما أقر به المستشرق الالماني شاخت (٣) .

٧ - الادعاء بالتأثر بالقانون الروماني عن طريق الثقافة اليهودية

أن الادعاء بأن القانون الرومان قد أثر في الشريعة الاسلامية عن هذا الطريق هو مما لا يمكن قبوله الا اذا ثبت أمران : (الأول) أن القانون الروماني قد أثر في القانون اليهودي ، و(الثاني) أن يثبت أن القانون اليهودي قد أثر بدوره في الفقه الاسلامي . وهما أمران لم يثبت أحد من المستشرقين أحدهما ، بل الذي ثبت هو عكسهما :

(فأولا) أن من الأمور الثابتة أن القانون الروماني - بعد القرن الثالث الميلادي هو الذي تأثر بالقانون اليهود (٤) .

(١) «المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي» (المرجع السابق ذكره) للأستاذ الشيخ شلبي ص ٢١٢

(٢) بعبارة أخرى نريد أن نقول أنه لا يصح القول أن تشريع بلد من البلاد تأثر بتشريع بلد آخر الا اذا كان قد نقل عن ذلك التشريع الآخر بعضا من المبادئ أو الأحكام التي اختص بها ذلك التشريع الآخر .

(٣) ، (٤) صوفى (المرجع السابق) ص ٩٢ ، ٦٣

(ثانيا) إذا كان مما لا يمكن انكاره أن الثقافة اليهودية قد أثرت الى حد ما في الثقافة الاسلامية في ميدان الأدب والفلسفة والعلوم وغير ذلك من ميادين النشاط الفكرى (١) ، الا أن تلك الثقافة اليهودية لم تكن ذات أثر في الفقه ، فالتاريخ لا يذكر لنا اسم واحد من فقهاء الشريعة الاسلامية كان من أصل يهودى (٢) .

أما ما ذكره البعض من وجود تشابه بين بعض الأنظمة القانونية الاسلامية وما يقابلها عند اليهود ، وبوجه خاص نظام الأسرة (٣) فهو رأى لا يستند على أساس من الواقع ، فالواقع أن ثمة اختلافا كبيرا بين المبادئ القانونية العامة التي تسيطر على كلا التشريعين (الاسلامى واليهودى) ، ففيما يتعلق مثلا بالزواج فأنا نجد يتم في الشريعة الاسلامية بمجرد الاتفاق من الطرفين دون اشتراط اجراء آخر من الاجراءات الشكلية بخلاف الحال لدى اليهود حيث يشترط أن يكون العقد كتابة كما يشترط النطق بعبارات

(١) « بين الشريعة الاسلامية والقانون الرومانى » (المرجع السابق) للأستاذ الدكتور صوفى ص ٦٤ ، وراجع « فجر الاسلام » (المرجع السابق) للأستاذ أحمد أمين ص ٢٤ حيث يقول « نشر اليهود في البلاد التي نزلوها في جزيرة العرب تعاليم التوراة وما جاء فيها : من تاريخ خلق الدنيا ومن بحث وحساب وميزان ، ونشروا تفاسير المفسرين للتوراه وما أحاط بها من أساطير وغرافات كالتى أدخلها - بعد من أسلم من اليهود مثل كعب الأبحار ووهب بن منبه وأضرابهما . وكذلك كان لليهود أثر كبير في اللغة العربية فقد أدخلوا عليها كلمات كثيرة لم يكن يعرفها العرب ومصطلحات دينية لم يكن لهم بها علم ، مثل جهنم والشيطان وأبليس .»

(٢) أن التاريخ يذكر لنا أسماء ثلاثة من أبرز اليهود الذين أسلموا وساهموا في الحركة الثقافية والعلمية الاسلامية : وهم عبد الله بن سلام (المتوفى عام ٤٠ هـ) وكعب الأبحار الذى أسلم في عهد الخليفة أبي بكر (أو ربما في عهد عمر) وما سرجويه في عهد خلافة الأمويين ، أما الأول والثاني فقد كان اهتمامهما موجها الى المسائل الدينية ورواية الحديث فحسب وقد كان ينظر الى ما يرويه من الأحاديث نظرة ارتياح لما عرف عنهما من وضع للأحاديث غير الصحيحة ، أما الثالث فقد كان نشاطه في الحركة بعيداً عن دائرة القانون لأنه كان طبيياً - راجع في ذلك « فجر الاسلام » (الطبعة السادسة) ص ١٥٠ ، ١٦١ - ١٦٣ ، ومؤلف الدكتور صوفى (المرجع السابق) ص ٦٤ - ٦٦

(٣) راجع الهامش رقم ٣ ص ١٢١ من بحثنا هذا حيث أشرنا الى رأى الأستاذ لامبير . وقد رأينا أن نكتفى هنا بمناقشة رأيه بصدد نظام الاسرة (الزواج والطلاق) .

معينة باللغة العبرية واقامة صلاة دينية يحضرها عدد معين من الرجال (١٠ على الأقل) الخ ، كما أنهم يبيحون التعدد في الزوجات دون مراعاة شروط خاصة أهمها اقتصار التعدد على أربع زوجات وغير ذلك مما يشترط في الشريعة الاسلامية ، ثم أن القانون اليهودي يحدد أهلية المرأة المتزوجة وملكيته لأموالها بعد الزواج بخلاف الشريعة الاسلامية اذ أنها تعترف للمرأة المتزوجة بأهليتها كاملة وتبيح لها التصرف في أموالها دون حاجة الى اذن زوجها . والطلاق يقوم كذلك على أسس مختلفة في هاتين الشريعتين ، فالطلاق يقع في الشريعة الاسلامية دون اشتراط اجراءات شكلية خاصة ، وللزوجة طلب الطلاق في حالات خاصة وبشروط معينة ، وذلك بخلاف الحال في القانون اليهودي حيث تشترط للطلاق اجراءات شكلية خاصة مماثلة لاجراءات الزواج وليس للمرأة اليهودية حق طلب الطلاق لأى سبب ما حتى في حالة ثبوت الزنا على الزوج (١) .

ويجدر بنا أخيرا أن نذكر أن فقهاء الشريعة الاسلامية لم يكن باستطاعتهم الاطلاع على القانون اليهودي اذ كان كل من التوراة والتلمود مكتوبا بلغة غير عربية ، ومعلوم مدى جهل العرب باللغات الاجنبية (٢) .

٨ - الادعاء بالتأثر بالقانون الروماني عن طريق ذوى الثقافة الاغريقية العالية في القرن الثاني الهجرى .

هذا الادعاء يقوم - كما قدمنا - على أساس الاعتقاد بأن الفقه الاسلامي انما بدأ تكوينه وأن علماء الشريعة لم يبدأ اهتمامهم بالمسائل القانونية الا في هذا القرن الثاني الهجرى الذى دخل فيه في الاسلام بعض ذوى الثقافات الاغريقية العالية (وكان القانون الروماني من عناصر تلك الثقافة التى حملوها معهم حين اعتنقوا الاسلام) .

(١) ، (٢) راجع - مؤلف الدكتور صوفى (المرجع السابق) ص ٦٦ - ٦٩ ولزيادة التفصيل (ولورد على جميع ما ذكره الأستاذ لامبير) راجع ص ٧٠ - ٧٦ من المرجع السالف الذكر .

صحيح أن أئمة المذاهب الأربعة إنما عرفت مذاهبهم في القرن الثاني الهجري (وقد امتدت حياة الامام ابن حنبل حتى منتصف القرن الثالث) ولكن التراث الفقهي من قبلهم كان تراثا ضخما وكبيرا حقا (١) .

وصحيح أن حركة التأليف والتدوين للفقهاء الاسلامي ووضع المصطلحات القانونية وقواعد الاستنباط التي يسير عليها الفقيه ، (أى علم أصول الفقه) لم توجد الا في هذا القرن الثاني الهجري (٢) .

ولكن اذا كان هذا صحيحا فليس بالصحيح أن يفهم من ذلك أن علماء الشريعة لم يبدأ اهتمامهم بالمسائل القانونية الا في ذلك القرن فلقد كان التراث الفقهي الذي خلفه الصحابة والتابعون - كما قدمنا - ضخما وكبيراً ، ولقد اعتمد أئمة المذاهب الأربعة فيما بعد على هذا التراث واتخذوه أساسا لما ألفوه من كتب فقهية ، ولقد كان ذلك التراث الفقهي من الوفرة والدقة بحيث أمكن القول بأن مضمون الفقه الاسلامي قد تحدد من الوجهة

(١) راجع في ذلك بحثا للأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى بعنوان « فقه الصحابة والتابعين » (نشره معهد الدراسات العربية العالية بجامعة الدول العربية عام ١٩٥٤) وراجع كتابه « المدخل لدراسة الفقه الاسلامي » ص ١٠٨ حيث يقول : « الواقع أن تجديد الفقه الاسلامي إنما ينسب الى زيد بن ثابت وأبي موسى وابن مسعود والخليفتين عمر وعلي ، وكلهم صحابي للرسول في أثناء الخلافة الراشدة أى في الثلاثين سنة التالية لوفاة الرسول » .

(٢) ويرجع ذلك كما يقول ابن خلدون (في « مقدمته » ص ٤٥١ - ٤٥٢) الى أنه لم تكن بالعرب في القرن الأول حاجة الى شيء من ذلك كله « فالاحكام الشرعية (كما يقول) التي هي أوامر الله ونواهيه كان الرجال ينقلونها في صدورهم وقد عرفوا مأخذها من الكتاب والسنة بما تلقوا من صاحب الشرع وأصحابه ، والقوم يومئذ عرب لم يعرفوا أمر التعليم والتأليف والتدوين ولا دفعوا اليه ولا دعمهم اليه حاجة ، وقد جرى الأمر على ذلك في عهد الصحابة والتابعين . ولم يكن فقهاء المسلمين بحاجة الى علم أصول الفقه - كما يقول ابن خلدون - لأن الاستفادة المعاني من الألفاظ لا يحتاج فيه الى أكثر مما كان عندهم من الملكة اللغوية ، فلم يحس المسلمون بالحاجة الى وضع قواعد محددة لاستنباط الأحكام الا بعد أن مضى عهد ذلك السلف الصالح وفسدت الملكة اللغوية على أثر اتصال العرب بالأجانب (ابن خلدون ص ٣٥٩) - راجع فيما تقدم مؤلف الدكتور صوفي (المرجع السابق) ص ٩٤ ، ٩٥ .

الموضوعية منذ النصف الأول من القرن الهجرى الأول : الأمر الذى أدى بقواعد التشريع الاسلامى أن تكون بمنأى عن التأثير بتشريع أجنبي (١) .

أما القول بأن الأفكار البيزنطية (الاعريقية) قد انتقلت وانتقل معها القانون الرومانى فى ذلك القرن الثانى عن طريق الاشخاص المثقفين ثقافة أعريقية رومانية عالية بعد اعتناقهم الاسلام فهو كذلك ادعاء لا يقوم على أساس صحيح :

(أولاً) لأنه لم يكن بين هؤلاء الأشخاص ذوى الثقافة العالية الذين اعتنقوا الاسلام أحد من رجال الفقه ، انما كانت ثقافتهم قائمة الفلسفة والمنطق .

(ثانياً) لأنه لم يكن بين المجتهدين المسلمين (وهم رجال الافئدة وأصحاب سلطة التشريع بعد الرسول) أحد من أولئك الأشخاص .

(ثالثاً) لأن للفقهاء البيزنطيين طريقة خاصة فى البحث ومعالجة الشئون القانونية تخالف طريقة الفقهاء المسلمين : فالفقهاء البيزنطيون كانت عقليتهم ذات طابع نظرى بمنأى عن مجرى الحياة وأحداثها اليومية فكانت عنايتهم تتجه الى وضع النظريات والمبادئ العامة ، أما الفقهاء المسلمون – وبوجه خاص فقهاء القرنين الأول والثانى للهجرة – فقد كانت عنايتهم تتجه بالعكس الى بحث الحالات الفردية والمشاكل والأحداث اليومية واستنباط الحلول الفقهية لها ، وذلك دون أن يعنوا باستنباط النظريات والمبادئ العامة (٢) .

٩ – الادعاء بالتأثر بالقانون الرومانى عن طريق مدرسة الاسكندرية

كانت مدرسة الاسكندرية – كما هو معلوم – مركزاً لنشر الثقافة الأدبية والفلسفة ، كما كانت مركزاً قانونياً هاماً فى الشرق . على أن ذلك لا يصلح

(١) راجع بحث « فقه الصحابة والتابعين » (المرجع السابق) للأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى ، و الدكتور صوفى (المرجع السابق) ص ٩٦ .

(٢) راجع فيما تقدم مؤلف الدكتور صوفى ص ٩٨ ، ٩٩ ، ١٠٤ .

سنادا للدعاء بأن الفقه الاسلامي قد تأثر - بعد فتح العرب لمصر - بالقانون الروماني عن طريق معهد القانون الذي كان قائما بالاسكندرية ، وذلك لأن من الحقائق التاريخية الثابتة أن هذا المعهد كان قد قرر الغاؤه في عهد الامبراطور جستنيان عام ٥٣٣ م. أي قبل ظهور الاسلام ، وبالتالي قبل فتح العرب لمصر بقرن ونيف من الزمان (فقد كان سقوط الاسكندرية في أيدي العرب عام ٦٤١ م) (١) .

الفرع الثالث

الرأى الثانى القائل باستقلال الشريعة الاسلامية عن القانون الروماني

تمهيد - ناقشنا - فيما قدمنا - الأدلة التي استند اليها القائلون بتأثر الشريعة بالقانون الروماني ، ولقد بينا بصورة لا سبيل للريب فيها ألا سبيل للاخذ بتلك الأدلة . ولقد كان في ثنايا بعض ما أوردنا من البيانات والبيانات بعض من الحجج التي تثبت استقلال الشريعة وفقهاها عن القانون الروماني (٢) .

وعلينا الآن أن نؤيد ونؤكد هذا الاستقلال ببعض آخر من الحجج نقدمها فيما يلي :

(١) ويلاحظ كذلك أن مكتبة الاسكندرية الشهيرة التي أنشئت في عهد حكم البطالسة (أو البطالمة) كانت قد أحرقت قبل دخول العرب لمصر بزمان طويل كما أثبت ذلك المؤرخ البريطاني الكبير بتلر (في كتابه : « فتح العرب لمصر ترجمة الأستاذ محمد فريد أبي حديد طبعة ١٩٣٣ ص ٣٤٨ - ٣٧٠) .

راجع فيما تقدم (بصد مدرسة الاسكندرية ومكتبتها) مؤلف الدكتور صوفى ص ٥٦ - ٦٠
(٢) بدأت النظرية القائلة باستقلال الشريعة (عن القانون الروماني) في الظهور منذ الربع الأول لهذا القرن العشرين ، ولقد حل لواء هذه النظرية عدد غير قليل من فقهاء الشرقيين (وبخاصة من المصريين) وقليل من المستشرقين والفقهاء الغربيين الذين كانت لهم دراية باللغة العربية . راجع مؤلف الدكتور صوفى ص ٨ ، ٩

أولاً استقلال الشريعة

(أولاً) - استقلال الشريعة من حيث نشأتها وتطورها : لقد بدأت الشريعة الاسلامية كتاباً منزلاً من عند الله ، أما القانون الروماني فقد بدأ عادات ، فمصادر الشريعة بل وطرق تفسير قواعدها تختلف عن مثلتها عند الرومان (١) .

(ثانياً) - الاختلاف في اللغة الفقهية : مما يلاحظ (كما يقول الأستاذ فترجيرالد Fitz Gerald أنه حين يعمد شعب الى استعارة فكرة من شعب آخر فأنا نجده عادة يعمد في الوقت ذاته الى أن يستعير كذلك المظهر الذي عرفت به تلك الفكرة كذلك ، ولهذا نرى كلمات ومصطلحات غير قليلة تدل على نظم وأفكار خاصة ، دخلت من أجل ذلك من اللغة الاغريقية في القانون الروماني ، أما في التشريع الاسلامي فنحن لا نكاد نجد كلمة واحدة استعملت من اللاتينية أو الاغريقية اللهم الا كلمة «قانون» ومع ذلك فأنها تستعمل بمعنى مختلف عن المعنى الذي تستعمل به في اللاتينية حيث تدل على تنظيم الادارة أكثر من دلالتها على التشريع (٢) .

(١) « أصول القانون » للأستاذين الدكتور السهوري والدكتور حشمت أبو ستيت ص ١٣٢ وفي هذا الصدد يقول الفقيه الفرنسي زيس Zeys (في مؤلفه : *Traité élémentaire de droit musulman. Alger 1885 P IX* « اني أحس حيناً أقرأ في كتب الفقه الاسلامي أني قد نسيت كل ما أعرفه عن القوانين الروماني ... وأصبحت أعتقد أن الصلة قد انقطعت بينهما ... فبينما يعتمد قانوننا على العقل البشري تقوم الشريعة على الوحي الالهي ، فكيف يتصور التوفيق بين قانونين وصلا الى مثل هذه الدرجة من الاختلاف » - راجع فيما تقدم مؤلف الدكتور صوفي ص ١٠٩

(٢) تلك كانت - كما يرى - حجة قدمها احد المستشرقين (وهو الأستاذ فترجيرالد) وذلك في بحث له نشره بالانجليزية بعنوان « الدين المزعوم للقانون الروماني على القانون الاسلامي » نشرت في يناير ١٩٥١ بمجلة *Law quarterly Review* مجلد رقم ٦٧ ص ٨١ - ١٠٢ . وكان ذلك نقلاً عن المدخل لدراسة الفقه الاسلامي » للأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى ص ١٠٤ ، ١١١

(ثالثاً) وجود مبادئ ونظم جديدة في الشريعة لا وجود لها في القانون الروماني :

(أ) نذكر في مقدمة تلك المبادئ : المبدأ السائد في الشريعة والذي يقضى بعدم اقامة حدود فاصلة بين القواعد القانونية والقواعد الأخلاقية ، الأمر الذي أدى الى قيام كثير من النظريات أو المبادئ القانونية الاسلامية التي لم تكن معروفة في القانون الروماني مثل اساءة استعمال الحق ، ونظرية الضرورة ، ومبدأ التزام المتعاقدين بناء على الرضا وحده دون اشتراط بعض من الاجراءات الشكلية ، وهو ما يطلق عليه مبدأ سلطان الارادة (مما سبق لنا بيانه تفصيلاً) (١) .

(ب) ونذكر من تلك الأنظمة الجديدة في الشريعة نظام الحسبة ، وهي وظيفة اجتماعية تقابل وظيفة النيابة العمومية في العصر الحديث ، ونظام العقاب بالتعزير ، وهو يتلخص في أن العقوبة يترك تحديدها - نوعاً ومقداراً - الى القاضي ، فيحكم بما يراه تبعاً لما يظهر له من ظروف كل جريمة ، وهذا نظام تمتاز به الشريعة الاسلامية وحدها - كما يقول الأستاذ الكبير على بدوى - كما أن كبار العلماء الحنائيين

(١) راجع ص ١٢٧ ، ١٢٨ من هذا البحث

وراجع « النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية » للأستاذ الدكتور شفيق شحاته ج ١ ص ٢٠١ ، ١٦١ حيث يقول بصدده موضوع « نظرية النيابة في العقد بطريق الوكالة أو الفضالة » :

« ومبدأ النيابة هذا لم يصل اليه التشريع الروماني الا بعد جهاد عنيف ، وهو قد بقى مجهولاً من التشريع الفرنسي القديم ، أما الفقه الاسلامي فقد قال بالنيابة التامة ، وبالنيابة التامة الى حدود بعيدة جداً » .

ينادون به في العصر الحديث، وذلك حتى تكون العقوبة محقمة
للغاية من تشريعها (١) .

(رابعاً) — وجود أنظمة ومبادئ في القانون الروماني لا وجود لها
في الشريعة الإسلامية :

نذكر كأمثلة لتلك الأنظمة والمبادئ نظام السلطة الأبوية ، والسيادة
الزوجية والوصاية على المرأة ، فالشريعة الإسلامية لا تعرف نظاماً مماثلاً
لذلك النظام الروماني الذي يقرر لرب الأسرة حقوقاً تمتد الى أموال أفراد
أسرته ولا أن للذكر مثل حظ الأنثيين في الميراث ولا ذلك المركز الممتاز
الذي تتمتع به المرأة المسلمة في استقلالها بالتصرف في مالها الخاص
(وقد سبقت لنا الإشارة الى ذلك تفصيلاً) (٢) .

(خامساً) — شهادة بعض المستشرقين وبعض المؤتمرات الدولية للقانون
المقارن :

وأخيراً فلعل أقوى وجوه الاستدلال على ذلك الاستقلال ما يشهد به
بعض المستشرقين وفي مقدمتهم نذكر الأستاذ فيتزجيرالد الذي وجه الى المستشرقين

(١) راجع في ذلك بحثاً للأستاذ الكبير على بدوي (عميد كلية الحقوق ووزير العدل سابقاً)
وقد نشر هذا البحث بعنوان « أبحاث في تاريخ الشرائع » بمجلة القانون والاقتصاد العدد الخامس
من السنة الأولى (عدد نوفمبر سنة ١٩٣١ ص ٧٣١ - ٧٣٦) ، وراجع « المدخل لدراسة الفقه
الإسلامي » للأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى ص ٩٨ ، ٩٩ ، وراجع كتاب « بين الشريعة
الإسلامية والقانون الروماني » للأستاذ الدكتور صوفي حسن أبو طالب ص ٣ حيث يقول :

« أن الفقه الإسلامي ترك أثراً واضحاً في القوانين الغربية المبنية على القانون الروماني ، يتمثل
ذلك الأثر بصفة خاصة في نظم القانون التجاري الحديث ، فقد انتقلت كثير من النظم القانونية
الإسلامية الى العادات التجارية التي كانت سائدة بين سكان شرق حوض البحر الأبيض المتوسط
في العصور الوسطى وبصفة خاصة عادات وتقاليد الجمهوريات الإيطالية في ذلك العهد ، من ذلك
نظام شركة المضاربة والسفحة » .

(٢) راجع ص ١٢٩، ١٣٠ من هذا البحث ، وراجع مؤلف الدكتور محمد يوسف موسى
(المرجع السابق) ص ٩٨ ، ١٠٢ .

المنادين بعدم استقلال الشريعة عن القانون الروماني أخطر الانتقادات بل والتهامات، وحسبنا أن نشير الى ما اتهم به أحدهم (وهو شلدون ايموس Amos) بأنه « كان يعمل في حقل يكاد يجهله تماما » ، وانتقد مستشرقاً آخر (وهو سواس باشا) وكان موظفاً مسيحياً ممتازاً في الدولة العثمانية بأنه « كان ذا عقلية غير علمية ولا دقيقة، كما كان الذي يدفع به الى ما كتب دافعاً سياسياً وهو اظهار التشريع الاسلامي بأنه كان دائماً قابلاً للمؤثرات الغربية » .

أما المستشرق الكبير جولدتسيهر فقد ذكر فيتزجيرالد عنه أنه « من أعظم الأسماء في الدراسات العربية ولكن الحجج التي تقدم بها في هذا الموضوع قد عدل عنها هو ذاته في مؤلفاته المتأخرة » (١) .

وكذلك نجد بعضاً من المؤتمرات الدولية للقانون المقارن قد أقرت - في بعض ما أصدرته من قرارات - باستقلال الشريعة عن غيرها من الشرائع ، حسبنا أن نشير هنا الى القرار الصادر بهذا المعنى من المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي عقد في لاهاي عام ١٩٣٧ ، وذلك بعد أن تقدم أحد العلماء من مندوبي الأزهر يبحث الى المؤتمر في هذا الموضوع (٢) .

خاتمة

يتبين مما تقدم بما لا يدع سبيلاً الى الريب استقلال الشريعة الاسلامية عن القانون الروماني ، كما يتبين أن الفقه الاسلامي - كما يقول الأستاذ الكبير على بدوى - قد بلغ الذروة من دقة البحث وعمق التفكير (٣) - ونرى - في مقام الختام - أن ندلى بالملاحظات التالية :

(١) راجع في ذلك بحث الأستاذ فيتزجيرالد Fitz gerald (المرجع السابق) ص ٨١ - ١٠٢ ترجمة الدكتور عبد الحليم النجار (الأستاذ بكلية الآداب بجامعة القاهرة) ، وكان ذلك نقلاً عن « المدخل لدراسة الفقه الاسلامي » للدكتور محمد يوسف موسى ص ١٠٤ ، ١٠٥ .

(٢) راجع في ذلك « المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي » للأستاذ الشيخ شلبي ص ٥ .

(٣) « أبحاث في تاريخ الشرائع » للأستاذ على بدوى (المرجع السابق) ص ٧٣٣ وما بعدها .

المحفوظة الأولى : تأثر القانون الروماني بتشريعات شرقية وبالفقه
الاسلامي

(١) لقد كان القانون الروماني- فيما يرى البعض - هو الذي
تأثر بتشريعات بعض البلاد الشرقية ، فالغالبية العظمى من
التعديلات التي أجريت في القانون الروماني في العصر البيزنطي
ترجع الى القانون الذي كان سائداً في مصر والعادات والتقاليد
القانونية التي كانت مطبقة في الشام .

وفي عهد الامبراطور جستنيان جمعت قواعد القانون
الروماني الذي أصبح شرقيا أكثر منه رومانيا في مجموعات
قانونية عرفت باسمه وكان لها أبلغ الأثر في المدينة الغربية الحديثة
الى حد حدا بالبعض الى أن يقول أنه ليس هناك بعد
الانجيل كتاب أثر في المدينة الغربية مثل ذلك التأثير الذي
كان لمجموعات جستنيان (١) .

ولم يقتصر أثر الشرق في مجموعات جستنيان على ماتقدم ،
بل لقد وجدنا الأشخاص الذين استعان بهم جستنيان في تجميع

Walton: Historical introduction to the roman law p. 1. (١)

كان ذلك نقلا عن مؤلف الدكتور صوفي (المرجع السابق) ص ١٧ ، ١٨ ، وفي ١٧ ، ١٦ ،
يقول : « كان تأثر القانون الروماني بعادات البلاد الشرقية ذات الثقافة الاغريقية واضحا لدرجة
جعلت شراح القانون الروماني يطلقون عليه في العصر البيزنطي اسم القانون الروماني البيزنطي
(أو الأغرقي) droit roman-Hellénique وقد اتخذ هذا التأثير إحدى صور ثلاث :

(١) تعديل كثير من النظم الرومانية بما يتلائم مع قوانين البلاد الشرقية .
(ب) استحداث نظم جديدة كان يجهلها القانون الروماني وكانت سارية في تلك البلاد
الشرقية قبل تطبيق ذلك القانون .

(ج) وأخيراً اندثار بعض النظم الرومانية نظراً لعدم العمل بها في تلك البلاد الشرقية
لعدم ملائمتها لما عرفته هذه البلاد من نظم قانونية .

تلك المجموعات من أساتذة القانون في الجامعات التي كانت قائمة في الشرق (القسطنطينية وبيروت) وممن عداهم من رجال القانون في تلك البلاد الشرقية (١) .

(ب) وكذلك ذهب بعض الباحثين الى أن القانون الروماني قد تأثر كذلك بالفقه الاسلامي وأفاد منه ، وكان ذلك فيما زيد عليه في عصر النهضة الأوروبية عن طريق الثقافة والعلوم الاسلامية التي كانت من عوامل هذه النهضة كما هو معروف (٢) .

الملاحظة الثانية : مدى تأثر العرب بالبلاد التي فتحوها (وذلك في ميدان التشريع) . على أنه مما لا يجوز انكاره أن اتصال العرب المسلمين بغيرهم من شعوب البلاد التي فتحوها كان له أثره في ميدان التشريع ، إلا أن هذا الأثر لا يكاد يعدو مجرد الاثارة لكثير من الوقائع والمشاكل الجديدة . ولقد أخذ الفقهاء المسلمون في حل هذه المشاكل ووضع أحكام لهذه الوقائع مستوحين مبادئ الشريعة الاسلامية وأصولها الصحيحة . كما أن أولئك العرب الفاتحين قد تركوا - كما قدمنا - في البلاد التي فتحوها - العادات والأعراف التي لم تكن مخالفة لأحكام الشريعة الاسلامية (٣) .

(١) مؤلف الدكتور صوفي (المرجع السابق) ص ١٨، وراجع ص ١٧ الهامش رقم ٣ من المرجع السابق حيث ذكر المؤلف عن مجموعات جستنيان أنها كانت تتكون من ثلاث: «مجموعة الدساتير» **Codex** صدرت عام ٥٢٩ لتضم الدساتير التي صدرت من الأباطرة ، «والموسوعة» **Digesta** وقد جمع فيها كتابات فقهاء العصر العلمي وصدت عام ٥٣٣ ، و«النظم» صدرت كذلك عام ٥٣٣ وهو كتاب موجز للقانون الروماني وكان يدرس لطلبة القانون . . .

(٢) ذلك هو ما ذكره الدكتور صبحي محمدصافي في كتابه «فلسفة التشريع في الاسلام» (طبعة بيروت عام ١٩٤٦ ص ٢٢٩ - ٢٣٠) وكان ذلك فقلا عن مؤلف الدكتور محمد يوسف موسى (المرجع السابق) ص ٩٦

(٣) «المدخل لدراسة الفقه الاسلامي» للدكتور محمد يوسف موسى ص ٩٦ ، ٩٧ وراجع «ضحى الاسلام» (طبعة ١٩٥٦ ص ٣٨٧ ، ٣٨٨) للاستاذ أحمد أمين حيث يذكر لنا أنه كان لترجمة الفلسفة اليونانية في العصر العباسي أثر سئ من ناحية إضعاف الروح الدينية اذ «أصبح علماء الكلام والمذاهب الدينية (كما يقول) ينظرون الى القرآن من خلال الفلسفة اليونانية، وذلك ان كان فيه مران عقلي وتوسيع لبعض مناحي الفكر فيه إضعاف لقوة الروح =

المحاضرة الثالثة : تأثر العرب بالفرس - والواقع أن العرب قد تأثروا بالحضارة الفارسية أضعاف ما تأثروا بالحضارة اليونانية أو الرومانية ، ذلك لأن الفرس هم الذين انتقلوا الى العربية ولم تنتقل العربية اليهم ، ثم أن دولة الفرس ذابت في المملكة العربية ، ولقد كانت حياة الفرس تحت أعين العرب ، أما الحياة اليونانية (أو الرومانية) فقد كانت بعيدة عن العرب ، فلم تكن تحت أعينهم لينظروها ، فهناك في بلاد اليونان أو الرومان آلهة تخالف المخالفة كلها تعاليم دينهم ، ونظم سياسية واجتماعية لم يكن للعرب بها عهد (١) .

مما تقدم فقد أصبح من البين أننا لا نستطيع أن نوافق على ما ذكره أحد الزملاء الأجلاء عن هذه المسألة (مسألة تأثر الفقه الاسلامي بالقانون الروماني) بأنها «مسألة طال فيها الكلام قديما وحديثا .. ثم لا تزال على حالها لم تحل حتى اليوم» (٢) أننا نستطيع أن نقرر الآن - في يقين مبين - أنه بفضل غير القليلين من الباحثين المصريين (ومهم ذلك الزميل نفسه) وبفضل القليلين من المستشرقين فقد أمكن الوصول في تلك المسألة الى حل لا يحل اليوم فيه الريب أو الخلاف .

== وحماسة القلب ، سواء في ذلك المعتزلة والأشعرية والماتريديه ، فكلهم استخدموا الأدلة اليونانية في العقائد الدينية وهي غير الطريقة التي نحاها القرآن الكريم في الدعوة الى الدين لقد كادوا يجعلهم هذا يقطعون الصلة بين العقل والقلب وينمون الناحية العقلية على حساب قوة العاطفة ، ثم يقول : « فأهم غرض للقرآن الكريم أن يحيي الشعور ببيان علاقة الانسان القوية بالله والعالم وأن يعمل على ذلك بتغذية الحياة الروحية ، أما علماء الكلام فقد أرادوا أن يصلوا الى ذلك عن طريق المنطق ، وشتان بين الطريقتين ، فحياة المنطق لا تملأ القلب حماسة ولا تبعث في النفس حرارة ايمان ، إنما تفعل ذلك الحياة الروحية » .

(١) « فجر الاسلام » (الطبعة السابعة لسنة ١٩٥٥) ص ١٣٧ للأستاذ أحمد أمين .

(٢) ذلك هو ما ذكره الأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى في كتابه « المدخل » ص ٩٢ ، ٩٣ .

المبحث الرابع

مصادر الأحكام الدستورية

في الشريعة الاسلامية (في العصر الحديث)

كلمة تمهيدية :

أن علماء الشريعة الاسلامية - فيما قدمنا - قدموا لنا مصادر الشريعة (أو على حد تعبير بعضهم « أدلة الأحكام ») بوجه عام ، فهم لم يأخذوا بسنة أساتذة القانون الوضعي الحديث الذين يبحثون عن مصادر كل فرع من فروع القانون بقسميه : القانون العام والقانون الخاص .

والمنهج العلمي السليم - فيما قدمنا أيضاً - يتطلب من الباحث الذي يبحث عن المبادئ الدستورية أو النظام السياسي (نظام الحكم) في الاسلام ، أن يبين أولاً مصادر تلك المبادئ أو ذلك النظام في الاسلام ، أى - على حد التعبير الفقهي الحديث - أن يبين أولاً ما هي مصادر القانون الدستوري في الشريعة الاسلامية . ذلك هو ما سنتولى الآن بيانه .

ولقد سبق لنا أن ذكرنا أن الذي يهمننا من هذا البحث هو معرفة أمرين ، أو الاجابة عن سؤالين :

(الأول) هل تعد الأحكام الشرعية الدستورية (التي تقررت في صدر الاسلام أو فيما تلاه من العهود الاسلامية) نقول هل تعد جميعاً ملزمة لنا في هذا العصر الحديث ، طالما كانت تلك الأحكام تستند - كما هو معلوم - الى مصدر من تلك المصادر (« أدلة الأحكام ») السالفة الذكر لاسيما اذا كان من المصادر المتفق عليها ؟ واذا تقرر أنه لا يعد ملزماً لنا في عصرنا سوى بعض من تلك الأحكام ، فما هي تلك الأحكام ؟

(الثاني) حين يريد المشرع في بلد إسلامي أن يضع لبلده في عصرنا هذا دستوراً مستمداً من أحكام الشريعة الإسلامية أو متفقاً مع أحكامها فهل يغدو واجبا عليه أن يأخذ بهذه المصادر (السالفة الذكر) جميعاً ؟ وإذا تقرر أنه لا يلزم الا بالأخذ ببعضها ، فما هو ذلك البعض ؟ .

كما سبق أن ذكرنا أن هذا هو ما عينناه بعبارة « في العصر الحديث » التي أضفناها الى عنوان هذا البحث

— أما وقد بينا الزاوية أو الناحية التي نتصدى منها لمعالجة هذا البحث فأننا نستطيع أن نقرر أن مصادر تلك الأحكام الدستورية في الشريعة الإسلامية تنحصر في مصدرين : القرآن والسنة ، أما المصادر (أو « أدلة الأحكام ») الأخرى التي ذكرها الأصوليون من علماء الشريعة فلا مكان لها في ميدان الأحكام الدستورية في عصرنا هذا .

ونستطيع أن نضيف الى هذين المصدرين في هذا العصر : التشريع الدستوري الصادر من أولى الأمر في حدود أحكام الشريعة (كما بينها القرآن والسنة) — ولنتنقل الآن الى تفسير وتفصيل ما أجملنا — وسنقسم هذا البحث الى قسمين أو فرعين :

(الأول) نبين فيه مصادر الاحكام الدستورية (في الشريعة) كما نراها .

(الثاني) نبين فيه وجهة نظرنا في أنه لا مكان للمصادر الأخرى (المعروفة لدى علماء الشريعة) في ميدان الأحكام الدستورية في العصر الحديث .

الفرع الأول — مصادر الأحكام الدستورية

أولاً — القرآن

القرآن هو الأصل والمصدر الأول للأحكام الشرعية جميعاً ، بعبارة أخرى أنه المصدر الأول للقواعد القانونية الشرعية بمختلف أنواعها ، فهو اذاً المصدر الأول للقانون الدستوري في الشريعة الإسلامية .

ملاحظات عامة : ولا بد لنا هنا من ابداء بعض بيانات أو ملاحظات هذا الصدد ، يتلخص أهمها في الملاحظتين التاليتين :

الملاحظة الأولى : إن القرآن لم يأت - فيما يتعلق بالاحكام الشرعية (أى المسائل القانونية) الا بقواعد كلية أو مبادئ عامة فهو لم يتعرض لبيان التفصيلات أو الجزئيات اللهم الا في القليل النادر (١) . على أنه اذا كان القرآن قد تعرض لبيان التفصيلات أو الجزئيات في بعض فروع القانون التي ألحقت بالعبادات ، كما هو الشأن بصدد أحكام الأحوال الشخصية ، وبعض الأحكام الشرعية المتصلة بالقانون الجنائي (كتحديد عقوبات بعض الجرائم ، وهى التى يطلق عليها « الحدود » كحد السرقة وحد الزنا) ، إلا أننا نجد (أى القرآن) لم يتعرض للتفصيلات أو الجزئيات فى الأحكام الشرعية المتصلة بالقوانين الأخرى ، وفى مقدمتها القانون الدستورى (كما يقرر الأستاذ الكبير الشيخ خلاف) ، وذلك لأن هذه الاحكام الدستورية شأنها شأن غيرها من أحكام القوانين الأخرى هى - على حد تعبيره - « مما تختلف باختلاف البيئات وتتطور بتطور المصالح » (٢) - ولا عبرة بما قد يعترض به على هذا القول من أن القرآن قد جاء بالآية الكريمة « وما فرطنا فى الكتاب من شئ » ، فالمقصود بهذه الآية : بيان كل شئ من أمور الدين (٣)

(١) راجع ص ١٩ ، ٣٩ من هذا البحث .

(٢) ويضيف الى ما تقدم « فلم تتعرض نصوص القرآن فيها للتفصيل والتفريع ، بل اقتضرت على الأحكام الأساسية والمبادئ العامة التى لا تختلف فيها بيئة وبيئة وتقتضيه العدالة فى كل أمة ليكون أولو الأمر فى أية أمة فى سمة من أن يفرعوا ويفصلوا حسبما يلائم حالهم وتقتضيه مصالحهم من غير أن يصطدموا بحكم تفصيل شرعه القرآن» - راجع فى ذلك مقالا للأستاذ الشيخ خلاف نشر بمجلة القانون والاقتصاد عدد ابريل ومايو سنة ١٩٤٥ ص ٢٥٣-٢٥٨ بعنوان « مصادر التشريع الإسلامى مرته » - ويقول (بصفحة ٢٥٤) « فى نصوص القانون الدستورى اقتضرت نصوص القرآن على تقرير المبادئ الأساسية الثلاثة التى تقوم عليها كل سياسة دستورية عادلة وهى الشورى والعدل والمساواة » (« انما المؤمنون اخوة ») ، وتركت تفصيل الأحكام لتنظيم الشورى وتحقيق العدل والمساواة لتراعى فيها كل أمة ما يلائم حالها وتقتضيه مصالحها »

(٣) ذلك هو التفسير الذى ذكره لتلك الآية الأستاذ الأكبر المغفور له الشيخ الخضر حسين =

المعروفة الثانية : أن آيات الأحكام الشرعية ، أى الآيات القانونية (أو « آيات الأحكام » على حد تعبير علماء الشريعة) الواردة في القرآن كانت قليلة جداً بالنسبة لمجموع الآيات القرآنية ، فإن هذه الآيات القانونية تبلغ نحو مائتى آية ، بينما تبلغ مجموع الآيات القرآنية نحو ست آلاف (٦٠٠٠) آية (١)

وتعد قلة عدد تلك الآيات القانونية في نظر علماء الشريعة دليلاً من دلائل نزعة الشريعة الإسلامية الى التيسير على المشرعين وعلى الناس لتكون شريعة الله صالحة لكل زمان ومكان (٢) .

أما عن آيات الأحكام المتعلقة بالقانون الدستورى فأنا لم نجد أحداً من فقهاء الشريعة الإسلامية قد عرض لبيان عددها ، على أنه يبدو لنا أنها تعد أقل كثيراً من آيات الأحكام المتعلقة بأى فرع من الفروع الأخرى للقانون (٣) .

= في كتابه « نقض كتاب الإسلام وأصول الحكم » للأستاذ على عبد الرازق (طبعة القاهرة ١٣٤٤ هجرية) ص ٢٩ ، ٣٠

(١) راجع في ذلك « العرف في الفقه الإسلامى » للأستاذ الشيخ عمر عبد الله ص ٩٨ ، « وفجر الإسلام » للأستاذ أحمد أمين الطبعة الثانية ص ٢٦٨

(٢) راجع « تقويم الفكر الدينى » للأستاذ الشيخ محمود الشرقاوى (طبعة ١٩٦٠ ص ١٠٥) (٣) لم نجد أحداً من أساتذة الشريعة وفقهائها عرض لبيان عدد آيات الأحكام في القرآن في كل فرع من فروع القانون اللهم الا الأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى (في كتابه « المدخل » ص ٣٠) حيث ذكر عددها كما يلي : « في الأحوال الشخصية من زواج وطلاق وإرث ووصية وحجر وغيرها نحو سبعين آية ، وفي المجموعة المدنية من بيع واجارة ورهن وشركة وتجارة ومداينة وغيرها نحو سبعين ، وفي المجموعة الجنائية من عقوبات وتحقيق جنائيات نحو ثلاثين آية ، وفي القضاء والشهادة وما يتعلق بها نحو عشرين آية » .

ما تقدم يتبين أن الزميل لم يشر الى عدد الآيات التى تتعلق بالقانون الدستورى . فاذا صح ما ذكره البعض - كما قدمنا - من أن عدد الآيات القانونية يبلغ نحو ٢٠٠ آية فإنه يترتب على ذلك أن عدد الآيات التى تتعلق بالقانون الدستورى (وغيره من فروع القوانين التى لم يشر اليها الزميل كالقانون الادارى والقانون الدولى والقانون المالى) لا يزيد عن نحو عشر آيات - وانى لأميل الى الاعتقاد أن هذا العدد يقل كثيراً عن الرقم الصحيح ، الأمر الذى يدعونا الى عدم التسليم بصحة ما ذكر من أن عدد الآيات القانونية جميعا هو ٢٠٠ .

(ثانياً) السنة

تمهيد - اذا كانت « سنة الأحكام » الدستورية شأنها شأن « آيات الأحكام » الدستورية تعد مصدراً من مصادر القانون الدستوري في الشريعة الاسلامية ، دون أن يكون ثمة موضع للريب أو الحدال ، الا أن ثمة فارقين هامين - فيما يبدو لنا - بين هذين المصدرين (1) .

(الأول) أنه بينما نجد أن جميع آيات الأحكام الدستورية تعد من مصادر القانون الدستوري فأن هذا - فيما نرى - ليس شأن جميع أنواع سنن الاحكام الدستورية ، أى أن بعض هذه السنن لن نستطيع أن نأخذ بها في هذا المقام .

الفارق (الثاني) - أنه بينما نجد أن جميع آيات الأحكام الدستورية تعد تمهيداً عاماً شأنها في ذلك شأن جميع آيات الاحكام بوجه عام (أى ملزمة لجميع المسلمين في كل حين أى حتى في عصرنا هذا بل والى الأبد) فأن هذا ليس شأن جميع سنن الأحكام الدستورية .

واليكم تفصيل ما أحملنا .

- ١ -

ما يعد من أنواع السنن مصدراً من مصادر القانون الدستوري في الشريعة :
السنة - فيما قدمنا - تنقسم باعتبار سندها (ومن حيث درجة ثبوتها) الى ثلاثة أنواع : متواترة ومشهورة وآحاد ، ولقد تقدم القول أن أغلبية الفقهاء يأخذون بهذه الأنواع الثلاثة ويعدونها حجة واجب اتباعها والعمل بها ، بعبارة أخرى أنهم يعدونها جميعاً من مصادر الأحكام الشرعية على اختلافها (أى من مصادر مختلف فروع القانون العام أو القانون الخاص) .

(١) يلاحظ أننا نستعمل هنا اصطلاح « سنة الأحكام الدستورية » للدلالة على السنن التي تصدر كتشريع في المسائل الدستورية ، واصطلاح « آيات الأحكام الدستورية » للدلالة على الآيات القرآنية التي نزلت كتشريع في تلك المسائل الدستورية .

عدم الأفضلية لسنة الآحاد. والرأى عندى أننا - فى مقام القانون الدستورى - لا يجوز أن نأخذ بسنة الآحاد حين تكون مستقلة ، أى حين تأتى بأحكام أو مبادئ جديدة لم ينص عليها فى القرآن ، وذلك للاعتبارين التالين :

(الاعتبار الأول) أهمية الأحكام الدستورية وخطورتها .

(الاعتبار الثانى) أن سنة الآحاد غير يقينية .

وقبل أن نتكلم تفصيلا عن كل من هذين الاعتبارين نوجه الانظار الى أنهما غير منفصلين كما قد يظن البعض ، إنما بينهما اتصال بل أوثق الاتصال فثانيهما يكمل أولهما ، بل ويكاد يتداخل بعض أجزاء هذا فى بعض أجزاء ذلك ، وإذا كنا عرضنا الكلام عنهما على هذه الصورة فى نبتين مختلفتين فأما كان ذلك حرصا على زيادة الايضاح ، ولنتنقل الآن الى شرح كل منهما :

الاعتبار الأول : أن الاحكام المتعلقة بالقانون الدستورى هى على قسط كبير من الأهمية والخطورة لأنها تتعلق بالنظام السياسى للدولة أى بنظام الحكم فيها ، وبيان حريات الأفراد وحقوقهم الاساسية ازاء الدولة ، لذلك لم يكن من المقبول أن نأخذ بالسنة فى هذا المقام الا اذا كانت يقينية أى سنة متواترة أو بالاقل سنة مشهورة اذا توفرت فيها بعض شروط (سنشير اليها فيما بعد) ، ففى مثل هذه الشؤون التى تنطوى على مثل تلك الأهمية والخطورة يعد عدم شهرة السنن قرينة قوية على عدم صحتها (أى على عدم صدورها حقا عن الرسول) .

وإذا كان علماء الشريعة يشترطون بصدد « المصالح المرسله » - كما قدمنا - أن تكون المصلحة حقيقية أى يقينية غير ظنية (١) ، فإنه يجب من باب

(١) راجع ص ٩٥ ، ٩٦ من هذا البحث .

أولى - فيما يبدو لنا - أن يشترط هذا الشرط في السنن المستقلة لا سيما بصدد أحكام بالغة الخطورة والأهمية كالأحكام الدستورية .

ولقد كان أبو بكر وعمر - حين يكون المقام مقام تشريع حتى ولو كان تشريعا عاديا لا تشريعا دستوريا - لا يأخذان بالحديث اذا كان راوى الحديث صحابيا واحدا فكان كل منهما أخذاً بسنة الحيفة والتيقن من صحة الأحاديث يتطلب شهادة صحابي آخر يؤيد رواية الصحابي الأول ، لذلك كان طبيعيا بل وضروريا أن نتخذ بصدد التشريعات الدستورية من أسباب الحيفة والتيقن ما يفوق كثيراً ما نتخذه منها بصدد التشريعات العادية ، لاسيما بعد أن انقضى على عهد الرسول العديد من القرون ، ودخل على رواية الحديث الكثير من ضروب الكذب والتحريف (١) .

وكان الامام الغزالي يرى كذلك « أن خبر الواحد لا تثبت به الأصول » (٢) وهو يعنى أصول الاحكام الشرعية أى مصادرها (أو على حد تعبير الفقه « الحديث : مصادر القانون) » .

أما ما يبرر به فقهاء الشريعة العمل بسنة الآحاد من أن القاضى يقضى بشهادة الشهود وهى لا تفيد اليقين ، انما تفيد رجحان الظن بالمشهود به « فأن هذا قياس مع الفارق ، فالمقام هنا مقام الكلام عن السنة التى تعد تشريعا لا تلك التى تعد قضاء (أى لا تلك التى تصدر من الرسول بصفته قاضيا

(١) راجع كتاب « السنة ومكانتها فى التشريع الاسلامى » (الطبعة الأولى سنة ١٩٦١) للدكتور مصطفى السباعى (رئيس قسم الفقه الاسلامى وأستاذ الأحوال الشخصية فى كليتى الشريعة والحقوق بجامعة دمشق) حيث يقول ص ١٨٢ « رد أبو بكر خبر المغيرة (وهو صحابى) فى ميراث الجدة حتى انضم اليه خبر محمد بن مسلمة » ثم يتولى ص ١٨٣ ، ١٨٤ « الواقع أن أبى بكر لم يرد خبر المغيرة لا لأنه لا يقبل خبر الآحاد بل توقف الى أن يأتى ما يؤيده ويزيده (أى يزيد أبى بكر) اعتقادا بوجود هذا التشريع فى الاسلام وهو اعطاء الجدة السدس ، ولما كان هذا تشريعا لم ينص عليه القرآن كان لا بد للعمل به واقاراره من زيادة فى الثبوت والاحتياط فلما شهد محمد مسلمة أنه سمع هذا من النبى صلى الله عليه وسلم لم يتردد أبو بكر فى العمل بخبر المغيرة » - (وسوف نعود الى الكلام عن هذه المسألة بتفصيل أوفى) .

(٢) راجع « المستصفى من علم الأصول » للامام الغزالي ج ١ ص ١٣٨

وأما بصفته مشرعاً . ومن أجل أن يطبق تشريع يجب العلم به عن طريق اليقين ، لا عن طريق الظن حتى ولو كان ينطوى على رجحان الظن - ومع ذلك فالشريعة لا تكتفى بشاهد واحد فحسب أمام القضاء بل تتطلب شهادة شاهدين ، وأحياناً أربعة شهود كما هو الشأن في جريمة الزنا (١) ومن مبادئ الشريعة درء الحدود بالشبهات ، أى أن القضاء بصدد ما يجب أن تنبى أحكامه على اليقين لا على رجحان الظن ، والأحكام التشريعية الدستورية ليست أقل خطراً من أحكام القضاء المتعلقة بالحدود .

الاعتبار التالى : أنه سنة الأهماد غير يقينية

بعبارة أخرى نريد أن نقول أنه إذا كانت القواعد القانونية (وبخاصة ما كان منها خاصاً بالقانون الأساسى للدولة وهو القانون الدستورى) تتطلب أن تكون مصادرها ذات صبغة يقينية أى غير ظنية فأن سنة الأحاد تعوزها هذه الصبغة اليقينية . فإنه إذا كان مما لا يجوز انكاره ما بذله العلماء - منذ عصر الصحابة الى أن تم تدوين السنة - من الجهود من أجل الوصول الى اليقين من ناحية صحة الأحاديث النبوية والعمل على تنقيتها من شائبة شائبة الأكاذيب، التى أصطلح على تسميتها « وضع الحديث » ، نقول أنه إذا كان مما لا ينكر ما بذل من تلك الجهود الكبيرة الموفقة الا أنه مما لا يمكن التسليم به - رغم ذلك - أن سنة الأحاد تعد ذات صبغة يقينية . ذلك كله مما سزيده تفسيراً وتفصيلاً فيما يلى :

(١) قال تعالى فى سورة النساء : « واللاق يأتين الفاحشة من نساءكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم » الى آخر الآية .

أما فى غير جريمة الزنا ، فأن القاعدة العامة جاءت فى قوله تعالى : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان » ولقد قال تعالى أيضاً « وأشهدوا ذوى عدل منكم » على أنه قد رويت أحاديث (رواها مسلم عن على وعن ابن عباس) مؤداها أن الرسول كان يقضى أحياناً بشهادة شاهد واحد ويمين صاحب الحق . على أن أبا حنيفة وأصحابه لا يأخذون بهذه الأحاديث راجع فيما تقدم « محاضرات فى أسباب اختلاف الفقهاء » للاستاذ الشيخ على الحنيف (المرجع السابق)

(فأولاً) مبرهنة العلماء وأئمة الحديث — أما عن تلك الجهود التي بذلت من أجل التيقن من صحة الأحاديث فأنا نستطيع أن نلخصها على الوجه الآتي :

١ — بعد أن قامت الفتنة في أواخر عهد خلافة عثمان وقام عبد الله بن سبأ (الذي كان يهودياً وأسلم) بدعوته الآئمة التي بناها على فكرة التشيع القائل بألوهية الامام على بدأ العلماء من الصحابة والتابعين لا يقبلون من الأحاديث الا ما عرفوا رواها واطمأنوا الى عدالتهم فلقد تتبعوا الرواة للأحاديث ودرسوا تاريخهم ، وقد وضعوا في هذا الصدد قواعد قديمة تتصل « بالسند » (أى بأشخاص رواة الحديث) للعمل بمقتضاها لمعرفة من يندبذ ومن يؤخذ بروايته من رواة الأحاديث ، وبناء على تلك القواعد نجدهم قد بينوا لنا من تشملهم طائفة المنبوذين (أى الذين لا يؤخذ بما يروون من أحاديث) ، وأهم عناصر تلك الطائفة أولئك الذين عرفوا بالكذب في أحاديثهم العامة ولو لم يعرف عنهم كذب على الرسول ، وكذلك الزنادقة والمغفلون الذين لا يفهمون ما يحدثون به ومن كثر نسيانه أو ساء حفظه . وفضلا عن تلك القواعد المتصلة بالسند ، نجد أولئك العلماء قد وضعوا قواعد أخرى قديمة تتصل « بالمتن » أى بنص الحديث ، وذلك لمعرفة الأحاديث التي يبنىء نصها عن عدم صدقها ، فمن أهم ما ذكروه من علامات الوضع (أى الكذب) في المتن :

(أ) ركافة اللفظ بحيث يدرك العليم بأسرار البيان العربى أن مثل هذا اللفظ لا يصدر عن مثل الرسول وهو سيد الفصحاء .

(ب) فساد المعنى ، بأن يكون الحديث مما لا تستسيغه العقول ويخالف البداهة كحديث « أن سفينة نوح طافت بالبيت سبعا وصلت عند المقام ركعتين » .

(ج) مخالفة الحديث لصريح القرآن مثل حديث « ولد الزنا لا يدخل الجنة الا سبعة أبناء » فهو مخالف لقوله تعالى : « ولا ترزقوا زورا وزر أخرى » .

(د) مخالفة الحديث للحقائق التاريخية مثل الحديث الذي ينسب للرسول أنه وضع الجزية على أهل خيبر ، مع أن الثابت تاريخياً أن الجزية لم تكن معروفة ولا مشروعة في عام خيبر ، وإنما نزلت آية الجزية بعد عام تبوك .

(هـ) موافقة الحديث لمذهب الراوى الذي عرف بالتعصب لمذهبه الى حد التطرف (كالأحاديث التي رواها بعض الشيعة المتطرفين عن الامام علي) .

(و) أن يتضمن الحديث أمراً حدث أمام جمهور كبير ثم ينفرد شخص واحد بروايته .

(ز) أن يشتمل الحديث على إفراط في الثواب العظيم على الفعل الصغير والمبالغة بالوعيد على الذنب الصغير الخ (١) .

٢ - ولقد مهدت تلك الجهود الكبيرة الموفقة الطريق أمام أئمة الحديث الذين جاءوا فيما بعد في القرنين الثاني والثالث الهجريين اللذين شاع فيهما تدوين السنة (كما سبق أن بينا) (٢) ، ولقد كان القرن الثالث أزهى عصور السنة بفضل من ظهر فيه من أئمة الحديث ومؤلفاتهم العظيمة الخالدة ولقد كان أمام المحدثين في القرن الثالث بل وفي التاريخ الاسلامي كله هو الامام محمد ابن اسماعيل البخارى ، وقد ألف كتابه المشهور « الجامع الصحيح » وقد تبعه في طريقته معاصره وتلميذه الامام مسلم بن الحجاج القشيري (٣) .

(١) راجع فيما تقدم « السنة » للاستاذ الدكتور مصطفى السباعي ص ١٠٦ - ١٢٠ ، ٢٥٠ ،

(٢) راجع ص ٤٧ ، ١٥٥ ، من هذا البحث .

(٣) ولد الامام البخارى عام ١٩٤ وتوفى عام ٢٥٦ هجرية ، أما الامام مسلم فقد ولد عام ٢٠٤ وتوفى عام ٢٦١ ، وقد تبعهما بعد ذلك كثيرون وألفت بعدهما كتب كثيرة من أهمها : سنن أبي داود (المتوفى عام ٢٧٥) والنسائي (المتوفى عام ٣٠٣) وجامع الترمذى (٢٧٩ هـ) وسنن ابن ماجه (٢٧٣) .

راجع فيما تقدم كتاب « السنة » للاستاذ الدكتور مصطفى السباعي (المرجع السابق) ص ١٢١-١٢٥

ولقد كان كل من البخارى ومسلم يشترط فى الحديث الصحيح أن يرويه عن الرسول الصحابي المشهور له راويان ثقتان (١) .

مما تقدم يرى أن هذين الامامين (البخارى ومسلم) لم يكونا يأخذان بأحاديث كل صحابي كما يظن البعض ، وانما كانا يشترطان أن يكون « صحابيا مشهوراً بين الثقات الأثبات » ، وهنا يجب ألا يفوتنا توجيه الانظار الى بيان من هو الصحابي والى الاشارة الى أن ذلك التعريف بالصحابي كان موضع خلاف بين العلماء ، ففي نظر أئمة الحديث كالبخارى وابن حنبل ، الصحابي هو من لقي الرسول وهو مميز مؤمنا به ومات على الاسلام ، طالت مجالسته له أو قصرت ، بل وأنه ليكفى فى نظر البخارى أن يكون رأى الرسول لكى يعد صحابيا (٢) .

(١) ثم يرويه عنه التابعى المشهور بالرواية عن الصحابي وله راويان ثقتان ثم يرويه عنه من أتباع التابعين حافظ متقن وله رواة ثقات من الطبقة الرابعة ثم يكون شيخ البخارى أو شيخ مسلم حافظا مشهورا بالعدالة فى روايته .

ذلك هو ما ذكره الحاكم أبو عبد الله النيسابورى (المتوفى عام ٤٠٥ هـ) فى كتابه « المدخل الى معرفة كتاب الاكليل » .

ولقد كان شرط البخارى ومسلم أن يخرجوا الحديث المتفق على ثقة نقلته الى الصحابي المشهور بين الثقات الأثبات .

راجع فيما تقدم كتاب « الحديث والمحدثون » تأليف الأستاذ محمد محمد أبى زهو (الأستاذ بكلية أصول الدين بالأزهر الشريف) طبعة ١٣٧٨ هجرية - ١٩٥٨ م . صفحة ٣٨٤ ، ٣٨٥

(٢) راجع كتاب « الحديث والمحدثون » للأستاذ محمد محمد أبى زهو (المرجع السابق) ص ٣٨٥ ، ص ١٢٩ ، ١٣٠ حيث يضيف الى ما تقدم : « قال أبو المظفر السمعاني : أصحاب الحديث يطلقون اسم الصحابي على كل من روى عنه صلى الله عليه وسلم الراوى حديثا أو كلمة للحديث ، ويتوسعون حتى يعدون من رآه رؤية من الصحابة ، وهذا لشرف منزلة النبي صلى الله عليه وسلم أعطوا كل من رآه حكم الصحبة ، وذكر (أبى السمعاني) أن اسم الصحابي من حيث اللغة يقع على من طالت صحبته للنبي صلى الله عليه وسلم وكثرت مجالسته له على طريق التبعية له والأخذ عنه ، وهذا طريق الأصوليين » .

علم مصطلح الحديث - أن القواعد التي وضعها العلماء لمقاومة الوضع في الحديث (وسبقت الإشارة إليها) تكون منها ما اصطلاح على تسميته « علم مصطلح الحديث ». ولقد ألف أحد علماء التاريخ في عصرنا هذا كتابا في أصول الرواية التاريخية اعتمد فيه على قواعد علم مصطلح الحديث واعترف بأنها أصح طريقة علمية حديثة لتصحيح الأخبار والروايات (١) .

(ثانيا) سنة الإمهاد غير ذات صفة يقينية رغم جهود العلماء وأئمة الحديث . أما ما ذكرناه من أنه رغم تلك الجهود الكبيرة الموفقة فإن أحاديث الآحاد لا تبلغ بعد مرتبة اليقين الذي تتطلبه أحكامها ما للأحكام الدستورية من الخطورة والأهمية فيبانا لذلك ندلى بما يلي :

١ - ان الخليفين أبا بكر وعمر كانا - كما قدمنا - لا يقبلان الحديث أحيانا من راويه الصحابي الا اذا شهد صحابي آخر مؤيداً رواية ذلك الحديث ، وذلك رغم ما هو معروف عن الصحابة بوجه عام من العدالة والصدق والنزاهة ، ورغم أن الراوي الأول للحديث من كبار الصحابة (٢) وروى

(١) الكتاب هو « مصطلح التاريخ » ومؤلفه هو الأستاذ أسد رستم (أستاذ التاريخ في الجامعة الأمريكية ببيروت سابقاً)

راجع فيما تقدم « السنة » للدكتور السباعي (المرجع السابق) ص ١٢٦

(٢) وهنا يجب ملاحظة أمرين : الأمر الأول أن اشتراط شهادة صحابي آخر لا تخرج الحديث عن كونه حديث آحاد ، والأمر الثاني أنه عرفت عن كل من أبي بكر وعمر حالات كثيرة نجدهما قد قبلتا فيها أحاديث لا يروها سوى صحابي واحد - راجع في بيان هذه الحالات كتاب « السنة » للأستاذ الدكتور السباعي ص ٧١ - ٨٥

على أن الذي يهمنا هنا ذكره هو أن الخليفين أبا بكر وعمر لم يكونا أحيانا يطعنان الى صحة رواية الحديث رغم أن راوي الحديث من كبار الصحابة الأجلة ، ورغم قرب عهدهما بالرسول ورغم أن المسائل التي كان يروى فيها الحديث لم تكن لها أهمية وخطورة المسائل الدستورية فمثلا كانت من أهم المسائل التي لم يقبل فيها أبو بكر الحديث الذي رواه صحابي واحد هو الحديث الذي رواه المغيرة عن الرسول من أنه كان يعطى الجدة الثلث ، وذلك حين جاءت الجدة الى أبي بكر تلتمس أن تورث ، فسأل عمر المغيرة : هل معك أحد ؟ فشهد محمد بن مسلمة بمثل ذلك فأنفذه لها أبو بكر أما عن عمر فيذكر أن الصحابي الكبير أبا موسى سلم على عمر من وراء الباب ثلاثا فلم يؤذن له =

عن الامام على أنه كان يقول : « كنت اذا سمعت من رسول الله حديثا نفعني الله بما شاء أن ينفعني به ، وكان اذا حدثني غيره استحلفته فأذا حلف صدقته » (١) .

٢ - أن الامام أبا حنيفة كان لا يقبل أحاديث الآحاد ، اذ كان لا يقبل سوى الأحاديث المشهورة ، وكان ذلك راجعا لانتشار الوضع في الحديث (٢) ، وكذلك كان المعتزلة والخوارج - لهذا السبب - لا يأخذون بأحاديث الآحاد (٣)

وكان بعض الفقهاء يرى أنه لا يجب العمل الا بما رواه أربعة عن أربعة (٣) - رفع اعراض - ولا عبرة بما قد يعترض به علينا من أن تلك الريبة التي

== فرجع فأرسل عمر في أثره فقال: لم رجعت؟ قال: سمعت رسول الله يقول « اذا سلم أحدكم ثلاثا فلم يجب فليرجع » ، فقال عمر : لتأنيبي ببينة أو لأفعلن بك ، فجاء بصحابي آخر يؤيد أبا موسى في روايته - وهذان الحديثان ذكرهما الامام مسلم .

راجع فيما تقدم « السنة » المرجع السابق ص ٨٠ ، وكتاب « الحديث والمحدثون » (المرجع

السابق) ص ٦٩ ، ٧٠

(١) ويجب كذلك ألا يفهم مما تقدم (كما يقول الدكتور السباعي) أن النهج الذي كان يسير الامام على دائما عليه هو تحليف راوى الحديث ، فقد روى عنه أنه قبل الحديث مرة من راوية دون أن يستحلفه وكان راوى الحديث هو المقداد بن الأسود - هذا هو ما ذكره الدكتور السباعي في كتابه « السنة » ص ٨٥ ، ٨٦ - على أنه يبدو لنا أن ذلك كان فعلا هو النهج الذي يسير عليه الامام على من تحليف راوى الحديث وهذا هو ما يتبين من نص أقواله (كما أثبتناها) ، أما الحالة التي قبل فيها الامام على الحديث من راويه دون تحليفه فهي وحدها لا تنهض دليلا على أن التحليف لم يكن الخطة أو القاعدة التي سار عليها الامام على ، اذ يصح القول أنها كانت مجرد استثناء لتلك القاعدة ، حيث أن الأستاذ الدكتور السباعي لم يذكر عن الامام على سوى تلك الحالة ، بينما وجدناه قد ذكر عن أبي بكر وعمر عدة أمثلة أي عدة حالات قبل فيها كل منها الحديث من راويه دون أن يشترط شهادة صحابي آخر .

(١) راجع « السنة » للأستاذ الدكتور السباعي ص ٤٥٥

(٢) « السنة » (المرجع السابق) ص ٢٠٢ ، ٢٠٣

(٣) « الحديث والمحدثون » للأستاذ محمد محمد أبي زهو (المرجع السابق) ص ٢٥ ولا يفوتنا هنا أن نذكر أن هناك بعضا يتكبرون حججة السنة (بأنواعها الثلاثة أي حتى المتواتر منها) حين لا ترد بياننا لما في القرآن أو مؤكدة له وإنما تأتي بحكم مستقل، وكان ذلك الإنكار لحججة السنة منذ بداية القرن الثاني الهجري - راجع كتاب « السنة » ص ١٥٣

كانت تحيط بسنة الآحاد ، وأن ذلك التشدد الذي كان يجرى على سنته الخلفاء الراشدون (اللهم الا عثمان) أو غيرهم ازاء قبوله سنة الآحاد انما كان ذلك قبل أن يقوم الامام البخارى (وتلميذه الامام مسلم) بتلك الجهود الكبيرة في القرن الثالث الهجرى للتأكد من صحة الأحاديث وجمع الصحيح منها ، فالمعروف عن الامام البخارى مثلاً أنه قضى ستة عشر عاماً في تصنيف كتابه المشهور « الجامع الصحيح » ، وكان بالغ الدقة في اختيار الأحاديث بعد تتبع سير روايتها والتأكد من صدقهم ونزاهتهم ، والأخذ بتلك القواعد القويمة التي سبقت الاشارة اليها ، كما كان يشترط في الصحابي الذي يروى الحديث أن يكون - كما قدمنا - صحابياً مشهوراً وله راويان ثقتان (١).

ودفعاً لهذا الاعتراض نقرر أنه رغمنا عن أن ذلك كله مما لا سبيل الى انكاره ، فإنه لا سبيل كذلك من الناحية الأخرى الى انكار الحقائق التالية :

(أ) ان الامام ابن حنبل - وقد كان معاصراً للامام البخارى - لم يشهد بالصحة لأربعة أحاديث مما جمعه البخارى في كتابه « الجامع الصحيح » (٢) .

(ب) أن علماء الحديث انتقدوا البخارى في مائة وعشر من الأحاديث (٣) .

(ج) أن الامام مسلم لم يوافق البخارى على جميع ما جمعه من الأحاديث بل اختلف معه في بعضها (٤) .

(١) « الحديث والمحدثون » (المرجع السابق) ص ٣٧٨ ، ٣٨٤ ، ٣٨٥

وراجع ص ٣٥٥ حيث يقول المؤلف : « كان البخارى رحمه الله في غاية الحياء والشجاعة والسخاء والورع والزهد في الدنيا شريف النفس بعيداً عن الأمراء والسلطين حتى أن أمير تجارى خالد بن أحمد الدهلي طلب اليه أن يحضر ليعلم أولاده منه فأبى أن يذهب ، وقال : « في بيئته يؤتى العلم ، فأراد الأمير أن يصرف الناس عن السماع منه فلم يقبلوا من الأمير فأمرذ عندك بنفسيه »

(٢) « الحديث والمحدثون » (المرجع السابق) ص ٣٧٨ حيث يقول المؤلف أن البخارى لما عرض كتابه على الامام ابن حنبل وغيره « استحسنوه وشهدوا له بالصحة الا في أربعة أحاديث » .

(٣) ، (٤) « الحديث والمحدثون » (المرجع السابق) ص ٣٩٠ ، وراجع « السنة » للاستاذ الدكتور السباعي (المرجع السابق) ص ٥٠١

(د) يرى جمهور العلماء أن كتاب البخارى وأن كان يعد أصح كتب مجاميع الأحاديث بل - وعلى حد تعبيرهم - « أصح كتاب بعد كتاب الله تعالى » ، الا أنهم يرون رغم ذلك أن أن ما جمعه من أحاديث الآحاد لا تفيد الا الظن ، أى لا تفيد اليقين (١) .

وهنا تجدر بنا الاشارة الى أن أحاديث الآحاد تشمل الغالبية العظمى لما جمع من الأحاديث التي جمعها أئمة الحديث ، أما المتواتر من السنة القولية نقليل وقد اختلف في بيان عدده ، ويقولون أن عدده لم يتجاوز عشرة أحاديث أما المتواتر من السنة العملية فكثير (٢) .

المخصوصة : أنه لا يصح - في ميدان القانون الدستورى - أن نقبل سنة الآحاد حين تكون سنة مستقلة (أى سنة تأتي بمبدأ أو حكم جديد لم ينص عليه في القرآن) مثل حديث « الأئمة من قريش » ، ويصح - فيما نرى - أن نأخذ في هذا المقام بالسنة المشهورة بشرط أن يكون الحديث منقولاً عن اثنين من كبار الصحابة ، ولا موضع لأن يؤخذ علينا اشتراطنا هذا هذا الشرط ، فلقد كان يشترطه أحياناً - كما قدمنا - خليفتان عظيمان هما أبو بكر وعمر ، ولقد كانا يشترطانه في رواية أحاديث تروى بصدده بعض مسائل أو تشريعات عادية تقل كثيراً في الخطورة والأهمية عن التشريعات الدستورية . والسنة المشهورة - كما يقولون - تعد قريبة من اليقين ، وفي رأي أننا حين نشترط ذلك الشرط نرتفع بها الى مرتبة اليقين .

(١) « السنة » للدكتور السباعى ص ٥٠٢ ، و« الحديث والمحدثون » (المرجع السابق)

(٢) راجع « محاضرات في أسباب اختلاف الفقهاء » للأستاذ الشيخ على الخفيف (رئيس قسم الشريعة سابقاً بكلية الحقوق بجامعة القاهرة) ألقاها على طلبة قسم الدراسات الدينية بمعهد الدراسات العربية العالية ، طبعت ١٣٧٥ هـ - ١٩٥٦ م صفحة ٤٢

ويلاحظ أن كبار الصحابة كانوا قليلي العدد اذ كانوا لا يتجاوزون العشرين (مثل أبي بكر وعمر وعلى وعبد الرحمن بن عوف وعبد الله بن مسعود وأبي هريره) (١)

ومن البين أنه يجب من باب أولى أن نأخذ في هذا المقام بالسنة المتواترة ولكن يجب ألا يفوتنا - كما قدمنا - أنها قليلة العدد (٢).

- ٢ -

ما يعر من سنة الأهمام الدستورية تشريعا عاما

تمهيد - أن آيات الأحكام تعد - كقاعدة عامة - تشريعا عاما ، أى أنها صادرة لجميع المسلمين في كل حين ، أى ذات صبغة أبدية (٣) ، أما أحاديث

(١) ويعد كذلك من كبار الصحابة : أبو سعيد الخدرى ، وجابر بن عبد الله ، وأنس بن مالك والسيدة عائشة أم المؤمنين ، وعبد الله بن عباس ، وعبد الله بن عمر بن الخطاب ، عبد الله بن عمرو بن العاص ، وأبو موسى الأشعري ، وابن الزبير وسعد بن أبي وقاص ، وطلحة ، ومعاذ بن جبل ، وأبو عبيدة الجراح . وقد يرى البعض أن عدد كبار الصحابة يزيد قليلا عن ذلك العدد (أى عن العشرين) - ولقد كان يبلغ عدد الصحابة (الذين رووا أحاديث عن الرسول) ١١٤ الف صحابي - راجع فيما تقدم كتاب « الحديث والمحدثون » ص ١٣٢ - ١٤٩ ، وأنه ل يبدو أن هذا العدد بولغ فيه كثيرا - ويلاحظ بوجه عام أن كبار الصحابة (ما عدا عمر وعلياً) كانوا أقل رواية للحديث من صغار الصحابة (المراجع السابق ص ١٤٩) .

(٢) نلاحظ أن علماء الشريعة يأخذون ببعض أنواع السنة دون البعض الآخر في مسائل معينة ، فثلا المسائل المتصلة بالعقائد التى يتوقف عليها صحة الاسلام (كالايمان بوجود الله ووحدانيته ووصفه بأوصاف الكمال والجلال ، وكالايمان بملائكة الله وكتبه ورسالته وبالبعث بعد الموت الخ ..) لا تثبت الا بصريح العقل ونصوص القرآن والسنة المتواترة - راجع في ذلك كتاب « الحديث والمحدثون » ص ١٢١ ، ٢١٣ .

(٣) على أننا اذا كنا لانعرف أحكاما شرعية جاء بها القرآن وقصد بها زمان معين ، أى لا تعد تشريعا عاما ، الا أننا نجد بعض آيات قرآنية خوطب بها أهل زمان معين وهم أهل ذلك الزمن الذى نزل فيه القرآن ، لنذكر لذلك مثلا : تلك الآية الكريمة : « وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء على الناس ويكون الرسول عليكم شهيدا » . ويقول الامام الآمدى (في كتابه الاحكام ص ١٠٨ ، ١٠٩) تعليقا على هذه الآية : « ان الخطاب أما أن يكون مع جميع أمة محمد الى يوم القيامة وأما مع الموجودين في وقت الخطاب .. الخ » .

الأحكام فأن منها - كما قدمنا - ما يعد تشريعا عاما كذلك ومنها ما يعد بالعكس ذا صبغة وقتية أى أنها لا تمتد الى ما بعد عصر الرسول . ولهذا البحث أهميته الكبرى اذ أننا حين نريد أن نعرف المصادر الدستورية فى الشريعة الاسلامية فى عصرنا هذا فإنه يجب أن تكون السنة من النوع الأول أى أنها تعد تشريعا عاما . فاذا نظرنا الى سنة الأحكام الدستورية (أى الى السنة التى تتعلق بمواضيع القانون الدستورى) فأننا نستطيع القول أنها كقاعدة عامة لا تعد تشريعا عاما .

فعلماء الشريعة الذين عرضوا لبحث ما يعد وما لا يعد من السنة تشريعا عاما (مثل الإمام القرافى المالكي والأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت) نجدهم يقررون أن ما يصدر من الرسول باعتبار ماله من الامامة والرياسة العامة لحماة المسلمين لا يعد تشريعا عاما لأنه انما بنى على المصلحة القائمة فى عصره (أى عصر الرسول) (١) ومن الأمور البينة بل والبديهية - فيما يبدو لنا - أنه تدخل تحت هذا الاعتبار أو هذه الصفة سنن الاحكام الدستورية .

ومما ذكره الأستاذ الكبير الشيخ خلاف - بصدد كلامه عن النصوص التشريعية فى السنة (أو «سنة الأحكام») أنه « اذا دلت القرينة القاطعة على أنه تشريع مراعى فيه حال البيئات الخاصة فهو تشريع زمنى يطبق فى مثل بيئته ، وان لم تقم القرينة القاطعة على هذا فهو تشريع عام » (٢) - ومن الأمور

(١) ذلك هو ما ذكره الأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت فى كتابه : « الاسلام عقيدة وشريعة » ص ٤٣٢ ، كما ذكره الامام القرافى المالكي (فى مؤلفه : « الأحكام فى الفرق بين الفتاوى والأحكام وتصرفات القاضى والامام » ص ٢٣ وما بعدها) وكتابه «الفروق فى الفرق السادس والثلاثين ج ١ ص ٢٠٥ ، وقد أشار الى هذا المؤلف الأستاذ الشيخ شلبى فى بحث له بعنوان « الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية » منشور بمجلة الحقوق (بالعدد الأول والثانى سنة ١٩٥٩ - ١٩٦٠) ص ١٢٩ - ١٣١

(٢) راجع فى ذلك مقالا للأستاذ الشيخ خلاف بعنوان « مصادر التشريع الاسلامى مرنه » منشور بمجلة القانون والاقتصاد عدد ابريل - مايو ١٩٤٥ ص ٢٥٤ ويذكر الشيخ خلاف مثلا لما تقدم قول الرسول : « خالفوا المشركين : وفروا للحى وأحفوا الشوارب » ثم يقول الأستاذ الكبير تعليقا على هذا الحديث : « فى نفس صبغة النص ما يدل على أنه تشريع زمنى روعى فيه زى المشركين وقت التشريع والتصد الى مخالفتهم فيه ، وأزياء الناس لاستقرارها » ثم يضيف الى ما تقدم « على ضوء هذا البيان يتجلى أن النصوص التشريعية فى السنة ليست عقبة فى سبيل التطور التشريعى «لأنها اذا قام الدليل على أن مآثر مصلحة خاصة زمنية دار الحكم مع هذه المصلحة وجودا وعمدا » ثم يذكر الشيخ خلاف ما فعله عمر مع « المؤلفات قلوبهم » .

البيئة بل والبدئية أن التشريع الدستوري (أى التشريع الخاص بنظام الحكم) هو « تشريع مراعى فيه حال البيئة الخاصة بزمن التشريع » ، ولذلك نجده فى كل زمان ومكان يختلف باختلاف البيئة وهى دائما تختلف باختلاف الزمان والمكان ، اللهم الا اذا استثنينا بعض الجماعات البدائية الهمجية (التي يطلق عليها العشائر التوتمية) والتي تعيش فى أواسط صحارى استراليا فى عزلة تامة عن العالم (١) .

ومما يذكره علماء الشريعة أن تصرفات الرسول باعتباره اماما لا يجوز لأحد أن يقدم على فعلها الا بأذن الامام (أى سلطات الحكم) لأن الرسول انما يأتي تلك التصرفات أو السنن بصفته اماما لا بصفته رسولا (٢) ، بعبارة أخرى أنه لا يجوز لأحد فى عصرنا هذا أن يأتي بتصرف من تلك التصرفات بحجة أنه سنة عن الرسول ، بل يجب أن يصدر به تشريع أو قرار من السلطة الحاكمة المختصة ، أو على حد تعبير علماء الشريعة « باذن الامام » (أى باذن رئيس الدولة) وكذلك فان ما يصدر عن الرسول بصفته قاضيا لا يجوز لأحد أن يأتيه الا بحكم قضائى ، اذ يجب ألا يفوتنا أن ما يصدر عن الرسول بتلك الصفة (أى بصفته قاضيا) لا يعد تشريعا عاما (٣) .

السنن الأضيقية والدستورية — نلاحظ أن ثمة سننا تتصل بمبادئ ذات صبغة اخلاقية وفى الوقت ذاته تعد من سنن الأحكام الدستورية مثل الأحاديث التى تحض على الأخذ بمبادئ الشورى والمساواة والتعاون (أو ما يطلق عليه فى الفقه الحديث « الحقوق الاجتماعية » كحق العامل فى اعانة فى حالة الشيخوخة والمرضى ورعاية الأمومة والطفولة وغير ذلك من الأحكام التى

(١) راجع ما كتبناه عن « العشائر التوتمية » فى أى مؤلف من مؤلفاتنا فى « القانون الدستوري » تحت موضوع « أصل نشأة الدولة » .

(٢) « الاسلام عقيدة وشريعة » (المرجع السابق) ص ٤٢٨

(٣) ذلك ما ذكره الامام القرافى المالكي فى كتابه « الفروق فى الفرق » وكان ذلك نقلا عن

بحث الأستاذ الشيخ شلبي (المشار اليه) ص ١٣٠ ، ١٣١

أصبحت تنص عليها الدساتير الحديثة لا سيما دساتير ما بعد الحرب العالمية الثانية) هذه السنن تعد - فيما يبدو لنا - تشريعا عاما ، وذلك لاتصالها بمبادئ الأخلاق ، ولقد ذكر علماء الشريعة - كما قدمنا - أنه يعد من أحكام السنة تشريعا عاما « ما يصدر عن الرسول بصفته رسولا كأن يبين شأننا متصلا بالأخلاق (١) » . على أنه يلاحظ أن هذه السنن المتصلة بالأخلاق ليست سننا مستقلة ، فهي لم تأت عادة الامينة أو مؤكدة لما ورد في القرآن بهذا الصدد أي أنها ليست سننا مستقلة تأتي بأحكام جديدة . ويجدر بنا هنا أن نوجه الانظار الى أن القرآن لم يأت - في ميدان الأحكام الدستورية - (كما يقرر الشيخ خلاف) الا بمبادئ عامة تصلح لكل زمان ومكان تاركا تفصيل تلك الأحكام لتراعى فيها كل أمة ما يلائم حالها وتقتضيه مصالحها ، فالسنن الأخلاقية الدستورية أتت نعيها وتحدث عنها هنا إنما هي تلك التي كانت لها كذلك هذه الصفة ، أي تلك التي جاءت مؤيدة ومؤكدة تلك المبادئ الدستورية الأخلاقية العامة التي نزل بها القرآن .

ولا يفوتنا هنا ملاحظة أن ما يعد تشريعا عاما يعد ملزما لجميع المسلمين في كل حين سواء كانوا حكاما أو محكومين ، بعبارة أخرى أن عدم قيام الحكام بتطبيق تلك الأحكام - اللهم الا في حالة الضرورة - يعد انتهاكا لحرمة مبادئ الاسلام .

ولا يفوتنا في مقام الختام أن نذكر أنه لا يوجد في بعض المسائل فاصل دقيق بين ما يعد متصلا أو غير متصل بالمبادئ الأخلاقية ، كما أنه لا يوجد أحيانا فاصل دقيق بين ما يعد ومالا يعد تشريعا عاما من أحكام السنة ، والخلط بين هذين النوعين - كما قدمنا - هو من أسباب الخلاف بين علماء الشريعة (٢) .

(١) الاسلام عقيدة وشريعة (المرجع السابق) ص ٤٢٨

(٢) « تعليل الأحكام » للاستاذ الشيخ شلبي ص ٣١٩ ، وراجع بحثنا هذا ص ٥٨ هامش ١ ، « و الاسلام عقيدة وشريعة » (المرجع السابق ص ٤٢٩) .

انتهينا فيما تقدم من الكلام عن المصدرين الأولين الأساسيين للأحكام الشرعية الدستورية ، بل ومختلف أنواع الاحكام الشرعية : وهما القرآن والسنة .

ونرى أنه يجب في هذا المقام - مقام بيان مصادر الأحكام الشرعية الدستورية - أن نضيف مصدراً ثالثاً تبعياً : ذلك هو التشريع الدستورى الصادر من أولى الأمر في نطاق مبادئ الشريعة الاسلامية .

فلنتقل اذا الى الكلام عن هذا المصدر الثالث .

- ٣ -

التشريع الدستورى الصادر من « أولى الأمر »

أداة مجببة التشريع الصادر من أولى الأمر (سواء لانه تشريعاً دستورياً أو عادياً)

أهم تلك الأدلة التى تبين هذه الحجية - وأن كانت فى الواقع لا يعوزها البيان - تتلخص فى تلك الآية الكريمة المعروفة : « أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم » .

- فمن هم « أولو الأمر » ؟ انهم - كما يقول علماء الشريعة - فريقان :

(ا) أولو الأمر الدينى وهم المجتهدون وأهل الفتيا

(ب) وأولو الأمر الدنيوى - وهم الذين يعيننا هنا أمرهم فى هذا المقام - هم من نطلق عليهم فى العصر الحديث « الحكام » ، أى رجال السلطين التشريعية والتنفيذية ، أو رئيس الدولة (سواء كان يطلق عليه وصف خليفة أو رئيس جمهورية أو سلطان أو ملك أو أمير) حين يجمع ذلك الرئيس بين السلطين التشريعية والتنفيذية ، ويستعين ببعض الأعوان (كالوزراء والولاة) .

وسلطة التشريع في الشؤون الدستورية تتولاها عادة في العصر الحديث هيئات نيابة منتخبة من الشعب يطلق عليها « الجمعية الوطنية » أو « الجمعية التأسيسية » كما يتولاها أحيانا رئيس الدولة ، وهو قد يكلف « لجنة دستورية » يعين أعضاها لتحضير مشروعات تلك التشريعات الدستورية ، كما أن تلك التشريعات الصادرة من تلك الهيئات النيابية أو من رئيس الدولة قد يراعى فيها أحيانا عرضها - قبل صدورها - على الاستفتاء الشعبي (١) .

وبعد وفاة الرسول كان يتولى تلك السلطة الخليفة أو الولاة في مختلف الأمصار ، وذلك فيما عدا الحالات التي يجمع فيها الصحابة على أمر (٢) .

ويرى بعض علماء الشريعة أن عبارة « أولى الأمر » في هذه الآية تشمل كذلك القضاة وأمراء السرية (أى قادة الحيوش) ولكننا نلاحظ أن هؤلاء انما يتم تعيينهم بواسطة رئيس الدولة ، فطاعة هؤلاء تعد اذاً في الواقع داخله في طاعة الرئيس ، وهو من « أولى الأمر » ، بل وقد يكون أحيانا وحده - كما قدمنا - هو « ولى الأمر » (٣)

(١) لزيادة التفصيل بصدد موضوع « أساليب نشأة الدساتير » راجع كتابنا « المفصل في القانون الدستوري » (طبعة ١٩٥٢) ج ١ ص ٨٢ - ١٢٢

(٢) راجع في ذلك « أصول الفقه و خلاصة تاريخ التشريع الاسلامى » (المرجع السابق ذكره ص ٢٩٤ - ٣٠٤) .

وكذلك « محاضرات في أسباب اختلاف الفقهاء » (طبعة ١٩٥٦) للأستاذ الشيخ على الخفيف حيث يذكر بصدد الكلام عن الفترة التي أعقبت وفاة الرسول (ص ٢٠٣ ، ٢٠٤) أن « ما اختلفوا فيه فالى الخليفة أمره »

(٣) وجوه الاختلاف في تعريف « أولى الأمر » - يلاحظ أن تعريف « أولى الأمر » في تلك الآية القرآنية كان موضع خلاف غير قليل بين علماء الشريعة . وذلك التعريف الذى قدمناه انما اقتبسناه عن بعض منهم (عن الأستاذ الشيخ خلاف وعن تفسير الرازى) وذلك بعد أن قمنا بصياغته بأسلوب رجال الفقه الوضعى الحديث .

ويجدر بنا هنا أن نعرض تلك التعاريف المختلفة التي ذكرها علماء الشريعة « لأولى الأمر »
= في تلك الآية :

مردود طاعة أولى الأمر - أن الطاعة إنما تجب على الأفراد في حدود أحكام الشريعة الإسلامية كما بينها القرآن والسنة ، وفي ذلك يقول الأستاذ

= يقول الأستاذ الشيخ خلاف تفسيراً « لأولى الأمر » (في كتابه « أصول الفقه و خلاصة تاريخ التشريع الإسلامي » ص ٤٩) : « أن لفظ الأمر معناه الشأن وهو عام يشمل الأمر الديني والأمر الدنيوي . وأولو الأمر الدنيوي هم الملوك والأمراء والولاة ، وأولو الأمر الديني هم المجتهدون وأهل الفتيا ، وقد فسر بعض المفسرين وعلى رأسهم ابن عباس أولى الأمر في هذه الآية بالعلماء ، وفسرهم آخرون بالأمراء والولاة ، والظاهر التفسير بما يشمل الجميع وبما يوجب طاعة كل فريق فيما هو من شأنه » وورد في كتاب « الخلافة والامامة العظمى » طبعة ١٣٤١ هـ (١٩٢٢ م) للأستاذ الكبير السيد محمد رشيد رضا قوله (ص ١٥) بصدد تفسير الامام الرازي هذه الآية أنه كان يرى « أن المراد بأولى الأمر أهل الحل والعقد الذين يمثلون سلطة الأمة ، وقد تابعه (أي تابع الرازي) على هذا النيسابوري ، واختاره الأستاذ الامام » (يقصد الشيخ محمد عبده) ، أي أنهم - كما يقول السيد رشيد رضا « أهل الشورى من زعماء المسلمين » .

وورد في كتاب الامام محمد بن علي الشوكاني : « القول المفيد في أدلة الاجتهاد والتقليد » (طبعة ١٣٤٠ هـ) ص ١٢ « أن للمفسرين في تفسير أولى الأمر قولين : أحدهما أنهم الأمراء (يقصد الولاة) والثاني أنهم العلماء » .

وورد في كتاب للاستاذ الشيخ محمد أبي زهرة بعنوان « ابن حزم » (طبعة ١٩٥٤) ص ٢٥٠ بأن الأكثرين من فقهاء التابعين ومن جاء بعدهم فسروا أولى الأمر بأنهم العلماء .

وورد في كتاب « الإسلام وأصول الحكم » للأستاذ علي عبدالرازق (الطبعة الثانية ١٣٤٤ هـ ١٩٢٥ م) ص ١٤ ، ١٥ أنه يقصد بأولى الأمر في تلك الآية (طبقاً لشرح البيضاوي) « أمراء المسلمين في عهد الرسول وبعده ويتدرج فيهم الخلفاء والقضاة وأمراء السرية ... وقيل علماء الشرع لقوله تعالى « ولو ردوه الى الرسول والى أولى الأمر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم » .

ونجد الأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت (في مؤلفه : « الإسلام عقيدة وشرعية » طبعة ١٣٧٩ هـ ١٩٥٩ م ص ٣٧٢) يعرف أولى الأمر بأنهم « أهل النظر الذين عرفوا في الأمة بكمال الاختصاص في بحث الشئون وادراك المصالح والغيرة عليها » ، ثم يضيف الى ما تقدم قوله بأن « اطاعتهم هي الأخذ بما يتفقون عليه في المسألة ذات النظر والاجتهاد ، أو بما فيها عن طريق الأغلبية أو قوة البرهان » - ومن ذلك يرى أن فضيافته يشترط في « أولى الأمر » ثلاثة شروط :

(أولاً) أن يكونوا من ذوى الخبرة في بحث ما يعرض عليهم من شئون .

(ثانياً) أن يكونوا من ذوى الادراك لمصالح الشعب والدراية العامة بأحواله .

(ثالثاً) أن يكونوا ذوى غيرة على المصالح العام . وسوف نعود الى هذه النقطة بشيء من

التفصيل ، لدى معالجتنا موضوع « مبادئ نظام الحكم في الإسلام » .

وذكر الأستاذ الأكبر الشيخ المراغى (في كتابه « الاجتهاد في الإسلام » ص ٥٧) « اختلف في أولى الأمر فقيل هم الأمراء وقيل هم العلماء ، وهما روايتان عن الامام أحمد ، والتحقيق أن الآية تتناول الطائفتين ، وطاعتهم من طاعة الرسول » .

الأكبر الشيخ المراغى . « لقد صح عن الرسول صلى الله عليه وسلم قوله « لاطاعة لمخلوق في معصية الخالق » ، وقال في ولاة الأمور : « من أمركم منهم بمعصية الله فلا سمع له ولا طاعة (١) » .

ملحوظة هنامية : قبل أن نختتم هذا الموضوع نود أن ندلى في هذا الصدد بملحوظتين :

(الأولى) نلاحظ أن علماء الأصول وقد ذكروا « الاجماع » بين مصادر الأحكام الشرعية (أو « أدلة الأحكام » على حد تعبيرهم) قد فاتهم أن يذكروا بين تلك المصادر التشريعات الصادرة من أولى الأمر ، في نطاق مبادئ الشريعة الإسلامية .

ونلاحظ (ثانيا) أن بعض علماء الشريعة يستعملون أحيانا في كتاباتهم — لا سيما في عهد ما قبل الثورة — اصطلاح « ولى الأمر » أى بصيغة المفرد ، وهم يعنون به رئيس الدولة ، مع أن القرآن الكريم لم يستعمل بتاتا هذا الاصطلاح بهذه الصيغة ، بل كان دائما لا يذكر الا « أولى الأمر » بصيغة الجمع (٢) .

هذه الملحوظة ليست كما قد يظن مجرد مسألة شكلية ، بل هى تنطوى على مغزى جوهرى هو أن الاسلام لا يقر لفرد أن يستأثر وحده بجميع سلطات الحكم ، أو بالاجتهاد والفتيا في الشؤون الدينية (٣) .

(١) « الاجتهاد في الاسلام » للأستاذ الشيخ المراغى (المرجع السابق) ص ٥٧

(٢) ذلك أيضاً كما في قوله تعالى : « لو رددوه الى الرسول والى أولى الأمر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم » — ويلاحظ أن « أولى الأمر » في هذه الآية انما يقصد بهم (كما يقول الزمخشرى في « الكشاف ») « كبراء الصحابة البصراء بالأمور » كان هذا نقلا عن كتاب الأستاذ على عبد الرازق (المرجع السابق ص ١٥) .

(٣) نلاحظ أن استعمال اصطلاح « ولى الأمر » للإشارة الى رئيس الدولة كان كثير الذيوع في مصر قبل ثورة ١٩١٩ ، حيث كان يوصف الخديوى أو السلطان أو الملك « بولى الأمر » وكذلك « بولى النعم » وكانت توصف الرتب والنياشين بأنها « انعامات » .

أما وقد انتهينا من بيان مصادر الأحكام الشرعية الدستورية في العصر الحديث وهي : القرآن والسنة والتشريع الدستوري الصادر من أولى الأمر ، فأننا ننتقل الى الكلام عن تلك المصادر الأخرى من مصادر الشريعة لتبين الأسباب التي تدعونا الى عدم قبولها بين مصادر الأحكام الشرعية الدستورية في العصر الحديث .

الفرع الثاني

المصادر الأخرى للشريعة وميدان الاحكام الدستورية

سنبين فيما يلي أن المصادر الأخرى - كما ذكرها علماء الشريعة لامكان لها بين مصادر الأحكام الشرعية الدستورية في هذا العصر .

١ - الاجماع

تمهيد : الاجماع - كما قدمنا - هو المصدر الثالث للشريعة الاسلامية ، بعد القرآن والسنة ، فهل يجوز لنا أن نعهده كذلك المصدر الثالث من مصادر الأحكام الدستورية في الشريعة الاسلامية في العصر الحديث ؟ وهل يصح أن يعد الاجماع الذي حدث بصدد الأحكام الدستورية في عصر من العصور الماضية حجة ملزمة لنا في عصرنا ؟

المطلب الأول

بحث في هل يعد الاجماع من مصادر الاحكام الدستورية في هذا العصر
الرأى عندى أنه لامكان للاجماع في العصر الحديث بين مصادر الشريعة الاسلامية وبخاصة بصدد الأحكام الشرعية الدستورية :

(فأولاً) أن موضوع الاجماع (أو «المجتهد فيه» على حد تعبير علماء الشريعة) يجب أن يكون - كما يقول الامام الغزالي - «أمراً من الأمور الدينية» (١) - ومن البين أن الأحكام الدستورية لا تعد من الأمور الدينية .

(١) «المستصفى» للامام الغزالي ج ١ ص ١١٠

وإذا اعترض علينا بأن بعض الأحكام الدستورية تعد في نظر بعض علماء الشريعة من الأمور الدينية ، أو اذا اعترض بأن الغزالي لم يؤيده في هذا الرأي أحد من كبار الأئمة ، فإن الاجماع لا يمكن مع ذلك أن يكون له مكان في العصر الحديث وبخاصة بصدد الأحكام الدستورية ، للأسباب التي سنوردها بعد (١) .

(ثانياً) من أجل أن يكون ثمة اجماع — طبقاً لما يشترطه الأصوليون — يجب أن يكون ثمة اتفاق بين جميع المجتهدين في الأمة الاسلامية ، أى سواء كانوا في أقطار اسلامية أو غير اسلامية . « وأن محققى العلماء — كما يقول الأستاذ الأكبر الشيخ المراغى — يرون استحالة الاجماع ونقله بعد القرون الثلاثة (الهجرية) الأولى نظراً لتفرق العلماء في مشارق الأرض ومغاربها واستحالة الاحاطة بهم وبآرائهم عادة » ، ثم يضيف الأستاذ المراغى الى ذلك قوله : « وهذا رأى واضح كل الوضوح لا يصح لعاقل أن ينازع فيه » (٢) والواقع أننا نجد الكثير من علماء الشريعة في العصر الحديث يعتنقون هذا الرأى (٣)

(١) يلاحظ أننا لا نعرف أحداً من كبار الأئمة عرف عنه رأى مخالف لما ذكره الغزالي اللهم الا الامام الآمدي حيث ذكر في كتابه « أصول الأحكام » ج ١ ص ١٠١ ما نصه : « أنه يلزم من تقييد الغزالي للاجماع بالاتفاق على أمر من الأمور الدينية ألا يكون اجماع الأمة على قضية عقلية أو عرفية حجة شرعية وليس كذلك ... الخ » .

(٢) « الاجتهاد في الاسلام » (المرجع السابق) ص ٢٦ للاستاذ الشيخ مصطفى المراغى .

(٣) نذكر في مقدمة هؤلاء العلماء الأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت حيث يقول (في كتابه « الاسلام عقيدة وشريعة » ص ٤٧٤) « أن تفسير الاجماع بأنه اتفاق جميع مجتهدى الأمة في عصر من العصور هو تفسير نظرى بحت لا يقع ولا يتحقق به تشريع » ، ونذكر كذلك الاستاذ الشيخ خلاف الذى يرى استحالة قيام الاجماع منذ مقتل الخليفة عثمان (كا سنين تفصيلاً فيما بعد) ونجده (في بحث له بعنوان : « مصادر التشريع الاسلامى مرنه » نشر بمجلة القانون والاقتصاد عدد ما يو ١٩٤٥ ص ٢٦٣) يقول ما نصه : « أن علماء المسلمين رسموا الاجماع بصورة لا سبيل الى أن تتحقق في الوجود ، سموه بأنه اتفاق جميع المجتهدين في الأمة الاسلامية » .

ونذكر كذلك الأستاذ الشيخ شلى الذى ذهب الى أبعد ما ذهب اليه الأستاذ الشيخ خلاف ، حيث ذكر (في مؤلفه « المدخل في التعريف بالفقه الاسلامى » طبعه ١٩٥٩ ص ١٦٨) أن الاجماع كان يمكن التحقق في عهد الخليفين أبى بكر وعمر ، ومع ذلك فقد ثبت (كما يقول) « أن بعض =

بل أن بعضهم ليرى استحالة قيام الإجماع ليس فحسب بعد القرون الثلاثة الأولى ، بل يرى استحالته قبل ذلك ، ومنذ قبيل منتصف القرن الأول (الهجري) حين حدث ذلك الانقسام الخطير الذي فرق ما بين المسلمين الى عدة طوائف بعد مقتل الخليفة عثمان بن عفان ومبايعة علي بالخلافة ومنازعة معاوية له أياها اشتعال الحرب بين الفريقين ، هذا الانقسام الذي بدأ سياسياً بشأن الخلافة والخليفة ثم انقلب دينياً ، قد ترتب عليه انقسام المسلمين الى ثلاث طوائف أو احزاب : الخوارج ، والشيعية ، وأهل السنة والجماعة وهم غالبية الأمة (أو «جمهور الأمة» على حد تعبير علماء الشريعة) (١) ، ولقد كان الشيعة يذهبون الى اعتبار اجماع مجتهداتهم وحدهم ، ولا يأخذون باجماع غيرهم من المجتهدين (٢) .

ومن المأثور عن الامام ابن حنبل قوله: « من ادعى الإجماع فهو كاذب » (٣)

= ما قيل انهم أجمعوا عليه كان رأى الأغلبية « وأما بعد ذلك العصر فقد أصبح من المتعذر إمكان الاتفاق بصورة اجماعية . فوجه الأنظار الى أن الأستاذ الزميل انما يعنى أنه لم يكن يحضر الإجماع سوى أغلبية الصحابة المجتهدين ، وبناء على ذلك فان ما كان يحدث من « اجماع » في ذلك الاجتماع انما كان اجماع الأغلبية لا أجماع الجميع كما يشترط علماء الأصول .

وراجع « محاضرات في أسباب اختلاف الفقهاء » (طبعة ١٩٥٦) ص ٢٠٤ ، ٢٠٥ للأستاذ الشيخ على الخفيف حيث يقول: « ان الإجماع على الوضع الذي انتهى اليه الفقهاء أخيراً من أنه اجماع المجتهدين في عصر من الأعصر من أمة محمد على حكم شرعي - لم يوجد . وفي ذلك يقول الامام ابن تيمية (في رسالته « رفع الملام عن الأئمة الأعلام ») : « كثيراً ما يدعى الإجماع على حكم من الاحكام وليس هو في الغالب الا عدم العلم بالمخالف » .

(١) راجع « علم أصول الفقه و خلاصة تاريخ التشريع الاسلامي » (طبعة ١٩٥٢ ص ٣٠٥) للامام ابن حنبل .

(٢) « المدخل لدراسة الفقه الاسلامي » (طبعة ١٩٦١ ص ١٩١) للامام ابن حنبل .

يوسف موسى

(٣) « الاجتهاد في الاسلام » للامام ابن حنبل ، ص ٢٦ ، و« الاسلام عقيدة و شريعة » (المرجع السابق) ص ٦٢ - ونلاحظ أن الأستاذ الشيخ شلبي في بحثه : « الفقه الاسلامي بين المثالية والواقعية » المنشور بمجلة الحقوق بالعدد الأول والثاني ١٩٥٩ - ١٩٦٠ قد نسب هذه العبارة الشهيرة « من ادعى الإجماع فهو كاذب » الى الامام الشافعي لا الى ابن حنبل =

بعض الاعتراضات ودفعها :

هناك بعض الاعتراضات التي يصح أن يعترض بها على الرأي القائل باستحالة انعقاد الاجماع في العصر الحديث، ولا نعرف من هذه الاعتراضات مما يجدر ذكره سوى اعتراضين :

الاعتراض الأول : قد يرى البعض أن انعقاد الاجماع أمر مستطاع في العصر الحديث اذا نحن أخذنا بالاجماع الضمني (أو الاجماع السكوتي) على حد تعبير علماء الشريعة) . وعلماء الحنفية - كما قدمنا - يأخذون بهذا النوع من الاجماع الذي لا يشترط فيه - كما هو معلوم - معرفة رأى المجتهدين في الأمة الاسلامية ، انما يكفي فيه اذا عرف رأى بعضهم في مسألة من المسائل ألا يعرف رأى مخالف لبقية المجتهدين .

ودفعاً لهذا الاعتراض نقول أن هذا الاجماع الضمني (أو «السكوتي») على حد تعبيرهم) كان مفهوماً ومعقولاً ومقبولاً في صدر الاسلام في عهد الخلفاء الراشدين (لاسيما في عهد أبي بكر وعمر وعثمان قبل الفتنة) وبالطريقة التي كان يتم بها الاجماع في ذلك الحين لا بالصورة التي رسمها الأصوليون فيما بعد ، أي بعد ذلك العهد ، وهي الصورة التي لا تزال معروفة حتى اليوم عن الاجماع في مؤلفات علماء الشريعة . ففي ذلك العهد (عهد الخلفاء الراشدين) كان الخليفة حين يعلن في بعض خطبه لاسيما يوم الجمعة بعض القواعد القانونية (أي بعض الأحكام الشرعية) فقد كان يعد سكوت الصحابة المجتمعين بمثابة موافقه اجماعية ، كان ذلك أمراً معقولاً مقبولاً لأن الصحابة المجتمعين كانوا عبارة عن كافة المجتهدين أو غالبيتهم في المدينة ، وكان الخلفاء الراشدون أنفسهم يعدون من المجتهدين ، وكانت حرية الرأي مكفولة للمعارضين ، وكان من واجبات كل مجتهد أن يبدي معارضته أو نقده لأخطاء غيره من

= كما ورد في مؤلفات علماء الشريعة ، على أننا نجد في كتابه «المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي» ص ١٦٩ بالهامش قد نسب هذه العبارة لابن حنبل ، ولا ندرى لعل للامام الشافعي عبارة ماثلة ، فلقد ذكر الأستاذ الشيخ شلبي في موضع آخر من ذلك الكتاب («المدخل» ص ١٦٨ بالهامش رقم ٢) أن الشافعي كذلك لم يجزم بتحقيق الاجماع مع اعترافه به كدليل أن وجد .

المجتهدين ، ولو كان ذلك الغير أحد الخلفاء الراشدين فكان مقبولاً ومعقولاً في مثل تلك الظروف أن يعد سكوت الحاضرين موافقة إجماعية (١) . ثم أن الإجماع الذي كان معروفاً في عهد الخلفاء الراشدين لم يكن إجماع المجتهدين في الأمة الإسلامية جميعاً كما صوره لنا الأصوليون فيما بعد إنما كان إجماعاً متواضعاً إلى حد بعيد بل أبعد حد ، أو بعبارة أصح حتى أضيق حد ، فلقد كان في الواقع عبارة عن مجرد إجماع المجتهدين المقيمين « بالمدينة » (مدينة الرسول) والتي كانت مقر الخليفة وموطن إقامة الكثيرين من الصحابة المجتهدين ، فكان الإجماع بذلك أمراً مستطاعاً نظراً لقلّة عدد المجتهدين واجتماعهم في بلد واحد . ولا وجه للدعاء بأن الصحابة المجتهدين الذين كانوا في المدينة كانوا يضمون جميع المجتهدين في الأمة الإسلامية ، حتى في عهد عمر بن الخطاب الذي كان يحرم على كبار الصحابة وأهل الرأي الرحيل عن المدينة ، وذلك حتى يتيسر الرجوع إليهم فيما يعرض له من مشاكل ، فالواقع أن الحاضرين لم يكونوا عادة سوى الأغلبية المكونة من خيا الصحابة ورؤسهم (٢) .

(١) راجع ميبو (أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق بباريس) في مؤلفه « المدخل لدراسة القانون الإسلامي » وهو مؤلف يقع في نحو ٨٠٠ صفحة ويتم عن اطلاع واسع بالفقه الإسلامي وذاخر بالإشارة إلى العديد من أمهات المراجع في هذا الفقه التي كتبها كبار أئمة وعلماء الشريعة الإسلامية .

L. Millot : Introduction à L'étude du droit musulman (éd Paris, 1953 p. 129,130)

(٢) راجع بحث الأستاذ الشيخ شلبي « الفقه الإسلامي بين المثالية والواقعية » ص ١٤٧، ١٤٨ حيث ذكر ما نصه : « ويظهر لي من تتبع مواضع إجماعاتهم (يعني المجتهدين من الصحابة في عهد الخلفاء الراشدين) أنها لم تكن الا نتيجة رأي الأغلبية المكونة من رؤسائهم وخيارهم » وهو يعني أن المدينة كانت تضم تلك الأغلبية ، فالإجماع إنما كانت في حقيقته إجماع تلك الأغلبية ، ثم يضيف إلى ما تقدم قوله « ولم ينقل لنا أن أحداً من الخلفاء عطل العمل بما وصلوا إليه بالمشورة حتى يقف على رأي من كان خارج المدينة ، نعم أن عمر منع كبار الصحابة وأهل الرأي من الخروج من المدينة ليسهل الرجوع إليهم فيما يعرض له من مشاكل ، ولكننا مع ذلك لا نستطيع الجزم بأن هؤلاء - على فرض اتفاقهم في الرأي - هم كل المجتهدين في عصره حتى يشترط في الإجماع اتفاق جميع المجتهدين . فيكون إجماع الصحابة عبارة عن اتفاق (يعني إجماع) رؤسائهم وأغليبتهم ، أصحاب الرأي الناضج فيهم ، ولهذا كان إجماعهم سهلاً استقام به أمرهم ، وكان عاملاً من عوامل مرونة =

ذلك كان الحال - كما قدمنا - في عهد الخلفاء الراشدين ، ولكن الأمر قد تغير من بعدهم ، فالخلفاء الذين أعقبوهم لم يكونوا يعدون من المجتهدين (اللهم اذا استئثينا الخليفة عمر بن عبد العزيز) كما أن المجتهدين المسلمين قد تفرقوا في أنحاء العالم الاسلامي الذي امتد من الاطلس الى الصين ، كما أن حرية الرأي لم تكن دائما مكفولة للمعارضين وفضلا عن ذلك فقد جاء علماء الأصول ليشرطوا - كما قدمنا - في الاجماع أن يكون اجماع جميع المجتهدين في الأمة الاسلامية (لا اجماع أغلبية الحاضرين من مجتهدي المدينة) من أجل ذلك كله لم يكن عجبيا أذاً أن نعلم عن الامام ابن حنبل أنه كان يرى أنه لا اجماع الا للصحابة ، وعن الامام مالك أنه كان يرى أنه لا اجماع الا لأهل المدينة (١)

ويجدد بنا أخيراً أن نذكر أن الاجماع على السكوت لم يكن دائماً في عهد الخلفاء الراشدين يعني اجماعاً أي موافقة اجماعية ، فما يذكر عن الخليفة عمر بن الخطاب أنه جمع الصحابة مرتين للتشاور في بعض الأمور ، وقد لزم فيهما الإمام عليّ جانب الصمت عن ابداء رأيه في حين أنه لم يكن موافقاً ولم تعرف عنه عدم الموافقة الا حين طلب منه فيما بعد ابداء الرأي - وقد يكون السكوت

= التشرية الاسلامي أمام حوادث الأيام المتجددة والمدنيات المتنوعة . أما الاجماع الذي صوره الأصوليون بأنه اتفاق جميع المجتهدين من هذه الأمة في أنحاء الدولة الاسلامية في عصر من العصور فلن يتحقق الا من طريق الصدفة أو فيما علم من الدين بالضرورة .

ونلاحظ بهذا الصدد أنه من يسير الأمور الحصول على الاجماع بين أفراد جماعة من ذوي الرأي السليم حين يجتمعون للمناقشة في أمر من الأمور وحين لا تفرق بينهم مختلف المذاهب أو تتنازع نفوسهم مختلف الأهواء - ولنذكر لذلك مثالا : مجلس الوزراء في إنجلترا ، فقد جرى العرف أن المناقشات في هذا المجلس تستمر حتى تصدر القرارات بالاجماع (بيردو Burdeau في مؤلفه :

Droit Const. et Inst. Pol. ص ١٨٥ ، ١٨٦

(١) راجع كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري على أصول الامام فخر الاسلام أبي الحسين علي بن محمد بن حسين البردوي (من علماء الحنفية وتوفي عام ٥٣٢٨هـ) طبع دار الخلافة سنة ١٣٠٧ هجرية ج ٣ ص ٩٤٦ وما بعدها - وكان ذلك نقلا عن كتاب « الاسلام وأصول الحكم للاستاذ علي عبد الرازق (الطبعة الثانية ١٩٢٥) ص ٢٢

نتيجة الخوف ، ذلك كان شأن ابن عباس الذى أعوزته الشجاعة — فى حياة الخليفة عمر — أن يعارض مبدأ « العول » فى مسائل الميراث ، وذلك لأن الخليفة كان ممن يرون الأخذ بهذا المبدأ (١) .

ونضيف أخيراً الى ما تقدم أن علماء الشريعة وأئمتها — اذا استثنينا الحنفية — لا يأخذون بهذا الاجماع الضمنى (أو السكوتى) أى أنهم لا يعتبرونه حجة شرعية (٢) .

الاعتراض الثانى : يرى البعض أنه عن طريق انشاء « مجمع للتشريع الاسلامى » يتكون من علماء بالشريعة الاسلامية ومن علماء بالقوانين الوضعية يمكننا تطوير هذه الشريعة فى العصر الحديث ، وأن أهم وسيلة من وسائل هذا التطوير هى الاجماع ، فالاجماع فى نظر هذا البعض أمر مستطاع فى هذا العصر ، وذلك — كما قدمنا — نظراً لسهولة الاتصالات بين الاقطار الاسلامية، وبخاصة اذا عنيت الحكومات بتعيين من لهم حق الاجتهاد من علماء المسلمين فى كل بلد (٣) « والرأى عندى أنه اذا كان مما لا ريب

(١) راجع مؤلف الأستاذ ميو Milliot (المرجع السابق) ص ١٢٩

و راجع كتاب « الاقليد لأدلة الاجتهاد والتقليد » تأليف السيد السند الملك النواب محمد صديق حسن خان بهادر ملك مملكة هوبان (طبع فى القسطنطينية ١٢٩٦ هـ) ص ٢٢ حيث يقول « أن من العلماء من يغلب عليه الخمول اضطراباً أو اختياراً مع كونه ممن يعتد بقوله ، فن ادعى اجماع أهل عصر من علماء المسلمين فقد أعظم الدعوى وزعم قيامه بما لا يقوى » .

(٢) راجع ص ٦٦ من هذا البحث .

(٣) هذا هو الرأى الذى أبداه الأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى فى كتابه « المدخل لدراسة الفقه الاسلامى » ص ١٩٢ ، وفى كتابه « التشريع الاسلامى وأثره فى الفقه الغربى » ص ٧٤ — ٧٨ حيث يقول عن الاجماع « هذا المصدر الخصب الذى يمكننا به أن نجعل الفقه (الاسلامى) يتطور بوسائله الشرعية الخاصة حتى يتناول جميع مسائل العصر ومشاكله بالبحث لمعرفة حكم الله فيها » ويقول فى موضع آخر عن هذا المجمع « أنه قد آن الأوان ليكون لنا « مجمع للتشريع الاسلامى » بجانب « مجمع اللغة العربية » ، وأن هذا المجمع « يستطيع العمل بجد على تطور هذا الفقه وعلى جعله صالحاً للتطبيق فى هذا العصر ، على أن يكون هذا التطور فى محيط القرآن والسنة ، ووفقاً لمبادئ الفقه وأصوله وبخاصة الاجماع ، هذا الأصل العظيم الخصب الذى أدى ثمراته الطيبة فى الأيام المحيطة الأولى وهو حرى — حين يجد فقهاء حريين بهذا الوصف — بأن يؤتى مثل تلك الثمرات فى هذا العصر وفى كل عصر » .

فيه أن انشاء مثل هذا المجمع مما يؤدي الى النهوض بالشرعية الاسلامية وتطويرها ، ولكن على أن يكون مجمعا « للبحوث » أو « لتحضير التشريع » لا « للتشريع » ، الا أنه مما لا ريب فيه كذلك أن الاجماع لا يمكن أن يكون احدى وسائل هذا التطوير ، لأنه احدى وسائل الحمود لا التطور ، هذا فضلا عن أن من المحقق أنه لا يمكن أن يتحقق ، وبيانا لذلك ندلى بما يلي :

١ - أن مثل هذا المجمع لا يمكن أن يتحقق به الاجماع ، فالاجماع الذى عرفه الأصوليون هو - كما قدمنا - « اتفاق جميع المجتهدين فى الأمة الاسلامية فى عصر من العصور » ، ولم يتطلب الأستاذ الزميل صاحب هذا الاقتراح أن يتكون هذا المجمع من « جميع » المجتهدين فى الأمة الاسلامية أى سواء كانوا فى أقطار اسلامية أو غير اسلامية ، ثم أنه لا سبيل لحصرهم جميعاً لا سيما من كانوا منهم فى أقطار غير اسلامية ، وقيام الحكومات المختلفة باختيار هؤلاء المجتهدين - كما يقترح الزميل (١) - لا يكفل لنا تحقق هذا الشرط ، لا سيما اذا كانت حكومات غير اسلامية ، ثم أن اجتماع مجتهدين من مختلف الأقطار ومن مختلف المذاهب الاسلامية (لا سيما مع ما هو معروف عن غير قليل من العلماء - ولا سيما علماء الشيعة - من نزعة متطرفة من التعصب لمذاهبهم) لا يمكن أن يؤدي الى اجماع بل ويندر أن يؤدي الى أغلبية (٢) .

٢ - ويشترط الأستاذ صاحب الاقتراح أن يتكون المجمع من فريقين : من « علماء بالشرعية الاسلامية » ومن « علماء بالقوانين الوضعية » ، أما عن الفريق الأول فنلاحظ أن « المجتهدين » غير « العلماء فى الشرعية » ،

(١) راجع كتابه « المدخل لدراسة الفقه الاسلامى » ص ١٩٢

(٢) « الاجتهاد والتقليد والتعارض والترجيح » (طبعة ١٩٥١) للأستاذ الشيخ خلاف حيث يقول (ص ٢٥) « اذا اشرطنا للاحتجاج بالاجماع التحقق من أن جميع المجتهدين فى عصر من العصور على اختلاف بلادهم ومذاهبهم قد اتفقوا على حكم الواقعة فهذا لا سبيل اليه ويؤدى الى أن يكون هذا الاجماع مصدراً فرضياً » - وراجع فى هذا المعنى « الاتميد لأدلة الاجتهاد والتقليد » (المرجع السابق)

فالشروط التي تشترط في «المجتهد» لا سيما في «المجتهد الخاص» (كما سبق بيانها) أقل كثيراً مما يشترط فيمن يطلق عليهم «علماء الشريعة» في هذا العصر، أما عن الفريق الثاني فمن البين أن رجال هذا الفريق لا يعدون حتماً من «المجتهدين». فكيف يمكن أن يتحقق الاجماع عن طريق مثل هذا الاجتماع أو هذا المجمع؟

٣ - أن مثل هذا المجمع اذا كانت له فائدته التي لا تنكسر بصدد مسائل الأحوال الشخصية والقانون المدني وغيره من فروع القانون الخاص، فانه لا يمكن - وهو يتكون من أعضاء ينتسبون الى بلاد مختلفة ذات مذاهب ونظم دستورية وبيئة اجتماعية وسياسية متباينة - لا يمكن أن تكون له جدوى بصدد التشريعات الدستورية التي تختلف هي الأخرى اختلافاً كبيراً تبعاً لاختلاف تلك المذاهب السياسية والنظم والبيئات المتباينة.

٤ - أن الشروط التي تشترط في المجتهدين الذين يتكون من اتفاقهم «الاجماع» هي غير تلك الشروط التي تتطلب فيمن يوكل اليهم وضع التشريعات الدستورية أي الأنظمة السياسية لبلد من البلاد، وحسبنا هنا تأييداً لرأينا أن نقل ما ذكره الأستاذ الأكبر الشيخ شاموت من أن «المجتهدين الذين يشترط فيهم أن يكونوا على درجة خاصة من علوم اللغة وعلوم الكتاب والسنة لا تعدو معرفتهم في الغالب هذا الجانب، ولم يألفوا البحث في تعرف كثير من الشئون العامة، كمشئون السلم والحرب والزراعة والتجارة والصناعة والادارة والسياسة، نعم هم كغيرهم لهم جانب خاص يعرفونه حق المعرفة وهم أرباب الاختصاص وأولو الأمر فيه، وهو ما يتصل من التشريعات بأصول الحل والحرمة في دائرة ما رسم القرآن من قواعد تشريعية» (١).

٥ - ثم أنه يشترط لحدوث الاجماع - كما قدمنا - كفالة حرية الرأي، وهذه الحرية تتطلب بدورها - كما بينا - توفر الحرية الشخصية (٢)،

(١) راجع «الاسلام عقيدة وشريعة» (المرجع السابق) ص ٣٧٣

(٢) راجع ص ٦٥ ، ٦٦ من هذا البحث

وهما من الحريات التي نجدها غير متوفرة - كما هو معلوم - في بعض الأقطار الإسلامية ، وغير الإسلامية التي ينتسب إليها بعض المجتهدين من المسلمين والذين يجب اشتراكهم من أجل تكوين الاجماع كما حدد أركانه علماء الأصول .

٦ - ونضيف الى ما تقدم أنه لا توجد دولة من الدول - سواء كانت من الدول الإسلامية أو غير الإسلامية - تسمح أو تقبل بأن يشترك أحد من غير أبنائها في مهمة وضع التشريعات الدستورية الخاصة بها (١) .

٧ - أما قولنا بأن الاجماع لا يعد في هذا العصر أداة تطور (كما يرى الزميل) ، انما يعد أداة جمود ، فيينا لذلك نقول أننا اذا ألقينا نظرة على تاريخ الاجماع فأنا نجد أن الفقهاء كثيراً ما كانوا يذكرون عن بعض مسائل أنها كانت موضع اجماع مع أنها في الواقع كانت موضع خلاف المجتهدين ، ولكن الفقهاء كانوا يعمدون الى هذا الادعاء من أجل أن يسجلوا على المعارضين وزر معارضة الاجماع وهو يعد - كما هو معروف - المصدر الثالث للشريعة الإسلامية بعد القرآن والسنة ، وقد أدى ذلك الى خشية الكثيرين من المجتهدين من الوقوف موقف المعارضة أو النقد لذلك الرأي أو الحكم الشرعي الذي ادعى أنه كان موضع اجماع ، وكان ذلك منهم حرصاً على سمعتهم ومكانتهم الدينية ، وذلك مما أدى بداهة الى الجمود (٢) .

ونضيف الى ما تقدم ما ذكره بعض الباحثين من أن ما حدث من قفل باب الاجتهاد منذ حوالى عشرة قرون انما كان رأياً أقره الاجماع (٣) .

(١) على أنه يحدث أحياناً أن تستدعى بعض البلاد الناشئة (أى « المتخلفة » كما يطلقون عليها) بعض الخبراء الأجانب من فقهاء القانون الدستوري لمجرد الاستئناس بأرائهم ولوضع الصياغة القانونية لنصوص الدستور ، ولكن ثمة فارقا كبيراً بين هذه المهمة ومهمة وضع التشريع الدستوري ذاته والاشتراك في التصويت بالموافقة عليه .

(٢) والاسلام عقيدة وشريعة « (المرجع السابق) ص ٦٣ ، ٦٤

(٣) راجع « حضارة الاسلام » ص ١٩٥ تأليف جوستاف فون جرونباوم (الأستاذ بجامعة شيكاغو ورئيس مؤتمر علماء البحوث الإسلامية الذي عقد بمدينة =

المطلب الثاني

بحث في هل يعد الاجماع بصدده الأعلام الدستورية في أمر العصور السالفة ملزماً لنا في هذا العصر ؟

تقدم بنا القول بأن الرأي الذي استقر عليه جمهور الفقهاء - بصدده حجية الاجماع - أنه لا يجوز لأحد أن يخالف الاجماع الذي حدث في عصر سابق ، على أنهم اختلفوا فيما اذا كان يجوز للمجتهدين أن ينقضوا الاجماع السابق باجماع لاحق (١) والفقهاء - كما يرى - لم يميزوا بهذا الصدد بين مختلف الميادين أو المواضيع التي يتم بصددها الاجماع ، أي أنهم لم يميزوا مثلاً بين الاجماع الذي يتم بصدده الأحكام الدستورية وبين ما يتم منه بصدده غيرها من الأحكام الشرعية ، ذلك لأنهم انما كانوا يتكلمون عن الاجماع بوجه عام .

والرأي عندي أن الاجماع بصدده الأحكام الدستورية في عصر سابق غير ملزم لعصر لاحق ، وبالتالي فهو غير ملزم لنا في عصرنا ، وذلك لما يلي من الأسباب :

١ - أن الصحابة - كما ذكر الامام ابن حزم - قد أجمعوا ثلاث مرات ، كل مرة على طريقة مختلفة من طرق انعقاد البيعة ، أولها أن يعهد الخليفة لمن يليه (كما حدث في اختيار عمر) ، والثانية أن يعهد الخليفة لأحد الأشخاص باختيار الخليفة (كما حدث بشأن اختيار عثمان خليفة) ، والثالثة أن يدعو أحد من توفرت فيه شروط الامامة لنفسه ويطيعه الناس ، كما حدث

Spa = ببلجيكا ١٩٥٣) ، والكتاب من مجموعة «الألف كتاب» (طبع بإشراف ادارة الثقافة بوزارة التربية والتعليم سنة ١٩٥٦ ، وقد ترجمه الأستاذ عبد العزيز توفيق جاويد وراجعه المرحوم الأستاذ الكبير عبد الحميد العبادي (العميد السابق لكلية الآداب بالاسكندرية ورئيس قسم التاريخ الاسلامي بها) .

(١) راجع ص ٦٨ ، ٦٩ من هذا البحث .

فى توليه على للخلافة (١) على أننا لا ندرى لماذا لم يشر ابن حزم كذلك إلى أن بيعة أبى بكر قد تمت بطريقة مغايرة لهذه الطرق الثلاث (٢) ومن ذلك يتبين أن الصحابة لم يلتزموا - فى ذلك الشأن من الشؤون الدستورية - بإجماع سابق إذ أنهم نقضوه بإجماع لاحق، هذا مع ملاحظة أنهم كانوا فى كل مرة من تلك المرات يوافقون أى يجمعون على كل طريقة من الطرق التى تمت بها البيعة ، ولا ننسى أن الإجماع إنما كان إجماع الحاضرين من الصحابة المجتهدين فى المدينة .

٢ - أنه إذا كانت سنن الأحكام الدستورية - كما قدمنا - لا تعد تشريعا عاما أى أنها غير ملزمة الا فى عهد الرسول ، فمن باب أولى لا يجوز أن يعد الإجماع تشريعا عاما . فالإجماع - كما هو معلوم - إنما يلى السنة فى المرتبة بين مصادر الشريعة الاسلامية ، وبذلك فهو لا يمكن أن يعد أقوى حجية من السنة .

٣ - أن الإجماع - كما يقول علماء الشريعة - لا يكون الا عن دليل يستند اليه(٣)، أى أنه يجب أن يستند الى نص فى القرآن أو السنة (أو القياس

(١) راجع كتاب « ابن حزم » تأليف الأستاذ الشيخ محمد أبى زهرة طبع ١٩٥٤ ص ٤٣٨ ، ٤٣٩ - ويلاحظ أن البعض لم يكن يرى أن انعقاد البيعة لعلى قد تم بالإجماع . ذلك ما سوف نعرض له فيما بعد بغير قليل من التفصيل (راجع فى ذلك كتاب « النظريات السياسية الاسلامية » للدكتور محمد ضياء الدين الرئيس) أستاذ التاريخ الاسلامى بكلية دار العلوم بجامعة القاهرة) الطبعة الثانية ١٩٥٧ ص ١٠٣

ولا يفوتنا هنا أن نشير الى أن المؤرخ الكبير ابن الأثير قد ذكر فى كتابه « الكامل » (ج ٣ ص ٨٠) عن بيعة على أن الصحابة هم الذين ذهبوا الى على يعرضون عليه أن يبايعوه ، وأنه كان فى البداية رافضاً فلما صمموا قال : اذن ففى المسجد فاجتمع الناس وبايعوه .

أما عن بيعة عثمان فقد طلب الناس من عمر أن يستخلف فاختر لهم ستة ليختاروا من بينهم واحدا راجع فيما تقدم مؤلف الأستاذ عبد القادر عوده (المرجع السابق) (ص ١١٣ - ١١٥)

(٢) أما فيما يتعلق بخلافة أبى بكر فقد بايعه الصحابة المجتمعون فى سقيفة بنى ساعدة ، ثم فى الغد بايعه الناس بيعة عامة فى المسجد (راجع الاسلام وأوضاعنا السياسية للأستاذ عبد القادر عوده) طبعة

١٩٥١ ص ١١٠

(٣) الأحكام للأمدى ج ١ ص ٣٧٦

على أيهما في نظر البعض (١) ، فليس هناك إجماع مستقل ، كما هو شأن السنة المستقلة . والقرآن انما جاء (كما يقول الأستاذ الشيخ خلاف فيما قدمنا) بصدد الأحكام الدستورية بمبادئ عامة تصلح لكل زمان ومكان ، فلم يأت بتشريعات للتفصيلات والجزئيات التي تختلف باختلاف البيئات أى باختلاف ظروف الزمان والمكان ، فقد تركت (التفصيلات والجزئيات) لكل أمة لتشرع بصدها بما يلائم أحوالها وظروفها ، فاذا قلنا أن الاجماع الذى تعرض للتفصيلات والجزئيات (مثل طريقة البيعة للخليفة) فى عصر مضى يعد تشريعا عاما (أى صالحا لكل زمان ومكان) كان ذلك مخالفا لروح الآيات القرآنية بصدد الأحكام الدستورية ، فضلا عن أنه مما يؤدى الى الجمود والى الحرج ، مع أن المرونة – كما قدمنا – هى احدى خصائص الشريعة الاسلامية ، ومبدأ « نفى الحرج » كما يقول الأستاذ الأكبر الشيخ المراعى – هو من المبادئ العامة التي يجب أن تبقى سيطرتها تامة على جميع التشريع الاسلامى (٢) .

٤ – أن القرارات التي صدرت بالاجماع فى العصور الماضية انما صدرت – كما هو معلوم – باتفاق المجتهدين الذين يشترط فيهم شروط خاصة من ناحية علوم اللغة وعلوم الكتاب والسنة ، وهذه الشروط انما تؤهلهم فحسب – كما يقول بحق الأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت – الى أن يكونوا « أرباب الاختصاص فيما يتصل من التشريعات بأصول الحل والحرمه فى دائرة مارسم القرآن من قواعد تشريعية » (٣) فلا اختصاص لهم اذا فى وضع تشريعات دستورية لا سيما اذا رؤى أو ادعى أنها كذلك لزمان

(١) على أن علماء الظاهرية يرفضون أن يكون الاجماع مستندا الى القياس وذلك لأنهم يرفضون القياس ، وبذلك فهم لا يرون أن يكون الاجماع مستندا الى دليل آخر غير نص الكتاب أو السنة راجع فى ذلك « المدخل لدراسة الفقه الاسلامى » للدكتور موسى ص ١٩٢

(٢) راجع ص ٣٢ ، ٣٣ من هذا البحث .

(٣) « الاسلام عقيدة وشريعة » (المرجع السابق) ص ٣٧٣

ومكان غير زمانهم ومكانهم . ونجد للأستاذ الشيخ خلاف رأياً يماثل هذا الرأي (١) .

٥ - وأخيراً فإنه يجدر بنا أن نشير الى ما أثير بين العلماء من الخلاف حول الإجماع وكان خلافاً لم يعرف مثله عن مبدأ أو أصل غيره من مبادئ أو أصول التشريع الاسلامي ، حتى أنه ليغدو من المتعذر فيما نرى أن يوضع بين مصادر الشريعة المتفق عليها ، فلقد اختلفوا في تعريفه وبيان أركانه كما اختلفوا في امكان حدوثه ووقوعه ، وكذلك اختلفوا في امكان معرفته والاطلاع عليه ، بل وصل بهم الخلاف الى حد التشكك في حجيته ، ثم اختلف الذين قالوا بأنه حجة شرعية فيما اذا كان يجب أن ينتقل بالتواتر أو يكفي بأن ينتقل بنحير الآحاد، كما اختلفوا بصدد المواضيع التي يعد حجة فيها (فقال البعض أنه حجة في الأحكام الشرعية العملية فحسب) (٢).

الى مثل هذا الحد كثر الخلاف حول الإجماع حتى أن الأستاذ الشيخ شلتوت كتب يقول : « لا أكاد أعرف شيئاً اشتهر بين الناس أنه أصل من أصول التشريع في الاسلام ثم تناولته الآراء واختلفت فيه المذاهب من جميع جهاته كهذا الأصل الذي يسمونه الإجماع » (٣) .

المقصود - نعود في النهاية الى ما ذكرناه في البداية من أنه لا مكان للإجماع بين مصادر الأحكام الدستورية في الشريعة الاسلامية في عصرنا هذا

(١) راجع بحث « الشريعة الاسلامية مرنة » للاستاذ الشيخ خلاف ص ٢٦٣ حيث يرى أنه يجب أن تكون الى جانب كل خايفة أو ولي أمر من خلفاء المسلمين وولاية أمورهم جماعة تشريعية أعضاؤها ممن يوثق بعلمهم بالدين وبصرهم بشئون الحياة .

(٢) « الاسلام عقيدة وشرية » ص ٦٢ ، ٦٣ وراجع « المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي » للاستاذ الشيخ شلبي ص ١٦٩ حيث يذكر بأن « ما يقال عن حدوث بعض حالات تم بصدها الإجماع فعلاً فأنما كان ذلك بصدد مسائل كانت ثابتة بالقرآن أو بالسنة ثبوتاً قاطعاً لا شك فيه ، والإجماع لا يعد دليلاً (أي مصدرأ) في أمثال هذه المسائل أنما يعد دليلاً (أو مصدرأ) في المسائل الاجتهادية غير الثابتة بنص في القرآن أو السنة ثبوتاً قاطعاً .

(٣) « الاسلام عقيدة وشرية » ص ٦٢

فاذا عرفنا ما تقدم وعرفنا وسلمنا بما قدمنا من البيانات البيئات ، واذا صح أن الاجماع (كما يقول الباحثون) (١) كان هو الأساس الذى بنيت عليه نظريات أهل السنة فى الخلافة ، تبين لنا مدى النتائج الخطيرة التى تترتب على الأخذ بهذه الآراء فى عالم الأحكام الشرعية الدستورية .

— ٢ —

القياس

تمهيد - القياس - كما قدمنا - هو المصدر الرابع من المصادر المتفق عليها للشرعية الاسلامية فيما يقرر علماء الشريعة ، وهو - فيما نرى - المصدر الثانى من المصادر التى لا مكان لها بين مصادر الأحكام الدستورية للشرعية الاسلامية فى العصر الحديث .

أسباب نبذ القياس فى هذا المقام

أما الأسباب التى تدعونا الى عدم الأخذ بالقياس كمصدر من مصادر الأحكام الدستورية فى الشريعة فى هذا العصر فهى تتلخص فى أمرين : (السبب الأول) هو أن القياس ليس مصدراً من مصادر القانون .

(والسبب الثانى) أننا لو سلمنا جدلاً باعتبار القياس مصدراً من مصادر القانون (بوجه عام) فهو لا يمكن أن يعد مصدراً من مصادر القانون الدستورى فى عصرنا هذا وبالتالي لا يمكن أن يعد من مصادر الأحكام الدستورية فى الشريعة الاسلامية فى هذا العصر ، بل ولا يمكن أن يكون له مكان بأية صورة من الصور فى ميدان القانون الدستورى .

ولنتقل الآن الى الكلام تفصيلاً عن كل من هذين السببين .

(١) ذلك هو ما ذكره الأستاذ الدكتور ضياء الدين الرئيس فى كتابه « النظريات السياسية

الاسلامية » الطبعة الثانية ١٩٥٧ ص ٨٦

المطلب الأول

القياس ليس مصدراً من مصادر القانون

ان القياس لا يجوز في الواقع أن يعد مصدراً من مصادر الشريعة الاسلامية كما أنه لا يعد مصدراً من مصادر القانون الوضعي في نظر رجال الفقه الحديث ، وبالتالي فهو لا يجوز أن يعد بين مصادر فرع من فروع الشريعة الاسلامية أو فرع من فروع القانون الوضعي ، ونحن انما نقصد هنا بذلك الفرع « الأحكام الدستورية » (في الشريعة الاسلامية) أو القانون الدستوري (في القانون الوضعي) .

وهذا الرأي الذي نقول به لا جديد فيه فهو - فيما نعتقد - ما يراه علماء الأصول (في الشريعة الاسلامية) ، كما أنه الرأي السائد بين رجال الفقه الوضعي الحديث .

١ - فلدى علماء الأصول (كالامامين الآمدي وأبي حامد الغزالي وغيرهما) نجد القياس يذكر كأحد « أدلة الأحكام الشرعية » لا أحد « المصادر » فاصطلاح « المصادر » غير معروف - كما قدمنا - لدى علماء الشريعة القدامى (نعتى علماء الأصول) (١) . و فرق بين « المصادر » و « الأدلة » ، فالثانية أعم من الأولى ، فاصطلاح « أدلة الأحكام » يشمل « المصادر » وغير المصادر « فالاجتهاد » (بشروطه المعروفة) يصح أن يعد من « أدلة » الأحكام الشرعية ، لكنه لا يصح أن يعد « مصدراً » للأحكام الشرعية أى « منشئاً » للقواعد القانونية الشرعية « الا في حالة « الاجماع » (اذا توفرت شروطه) التي سبق بيانها ، أو في حالة صدوره من « أولى الأمر » كما قدمنا . وكذلك الشأن في القياس فما هو الا صورة من صور

(١) فاستعمال اصطلاح « مصادر الشريعة الاسلامية » كرادف لاصطلاح « أدلة الأحكام الشرعية » لم يعرف - كما قدمنا - الا حديثاً ، ويلاحظ ذلك في مؤلفات علماء الشريعة من أساتذة كليات الحقوق ، ومن البين أنهم قد تأثروا - في هذا الصدد بما جرى عليه زملاؤهم من أساتذة مادة « المدخل لدراسة القانون » .

الاجتهاد ، أو على حد قول غالبية علماء الأصول ، أن عملية القياس هي « فعل المجتهد » (١) .

٢ - أما علماء الفقه الوضعي الحديث فأنا إذا أردنا أن نتعرف الى نظرتهم الى القياس فأنا نجد أن أكثرهم عناية بموضوع القياس كانوا هم الفقهاء الألمان ، وقد تأثر بهم رجال الفقه الفرنسي (وعلى رأسهم الفقيه الكبير جيني Gény منذ أواخر القرن التاسع عشر (٢) .

(١) ففي نظر الفقهاء الألمان لا يعد القياس أسلوباً من أساليب تفسير نصوص القانون ، إنما هو يتجاوز ميدان التفسير فهو يعد أداة لسد نقص حقيقي في التشريع . فالقياس عندهم يحتل مكاناً وسطاً بين أساليب تفسير القانون وبين طرق إنشائه أي بين مصادره . أما القول بأن القياس إنما يعمل في الواقع على سد نقص في نصوص التشريع فذلك لأننا في حالة اعمال القياس - كما يقولون - إنما نبحت عن « الارادة المفترضة » *La volonté hypothétique* للمشرع ، أي تلك الارادة التي كان يظن أو يفترض أن يبيدها المشرع لو أنه تنبه الى تلك الحالات الجديدة التي أغفل المشرع النص عليها والتي تعد مماثلة لحالات سابقة سبق للمشرع أن أبدى

(١) راجع في ذلك « القياس والأدلة على أنه من الأدلة الشرعية » بحث للاستاذ الشيخ عمر عبد الله منشور في مجلة الحقوق (التي تصدرها كلية الحقوق بالاسكندرية) عدد أكتوبر - ديسمبر سنة ١٩٤٨ ص ٦٦٥ حيث يقول : « نظر الجمهور من علماء الأصول الى أن استعمالات القياس تنبئ عن كونه فعل المجتهد » ثم يقول : وقال سعد الدين التفتازاني في حاشيته على شرح المختصر : « اعلم أن القياس وأن كان من أدلة الأحكام مثل الكتاب والسنة لكن جميع تعريفاته واستعمالاته تنبئ عن كونه فعل المجتهد » .

وراجع ص ٦٦١ من البحث المشار اليه حيث يقول : « أن الرأي نظم تنظيمياً علمياً وسمى بالقياس بعد تكوين المذاهب الاسلامية ... ووضعت له قواعده وأصوله » ويلاحظ أن كلمة « الرأي » يقصد بها « الاجتهاد » .

(٢) يلاحظ أننا حين نتكلم هنا عن رجال الفقه فأنا نعني رجال القانون المدني .

بصددها أرادته أى سبق له أن نص عليها (ويلاحظ أن الحالة الحديدية التي أغفل المشرع النص عليها والتي نشير إليها هنا هي التي يطلق عليها المقيس) (١) .

(ب) أما في نظر الفقه الفرنسي فقد كانت السيادة قديماً في هذا الفقه حتى قبيل آخر القرن التاسع عشر لمدرسة التزام النص (أو مدرسة الشرح على المتون L'Ecole de L'exégèse (٢) .

(١) راجع في بيان وجهة نظر الفقهاء الألمان مؤلف الفقيه الفرنسي الكبير جيني Gény وعنوانه « طريقة تفسير القانون الخاص الوضعي ومصادره » (جزءان) ج ١ ص ٣٠٩ ، ٣١٠ Methode d'interprétation et sources en droit prive positif. 2 me éd (1932)p.309,310

(٢) بصدد مدرسة « التزام النص » راجع كتاب « أصول القانون » للأستاذ الدكتور حسن كبيره (الطبعة الثانية ١٩٥٠ - ١٩٦٠) ص ٥١٦ ، ٥١٧ حيث يقول: « ظهرت هذه المدرسة في أعقاب التقنينات الفرنسية التي صدرت في مفتتح القرن التاسع عشر اذ هزتها حركة التقنين الضخمة التي لم يكن للناس عهد بها ، وساعدتها على تأييد اعتقاد المذهب الشكلى في رد القانون الى ارادة الدولة ومشية المشرع فنادت الى القول بأنه لا يوجد شيء وراء التشريع من مصادر موضوعية ، أو دونه من مصادر رسمية ، وأن هذه التقنينات قد جمعت فأوصت و تنبأت بكل ما قد يعرض في المستقبل من فروض » ثم يقول : « ولم يكن بد - والتشريع يعتبر على هذا النحو المصدر الوحيد ، ونصوصه في مثل هذا المكان من التقديس - من أن يقوم تفسير القانون - في منطق هذه المدرسة - على مجرد تفسير نصوص التشريع » ... « فالقواعد القانونية اذن هي مجرد تعبير عن ارادة المشرع ، فلا قيمة لها بذاتها مجردة عن هذه الارادة . ومن هنا يتحتم - للوقوف على مضمون القواعد القانونية - الوقوف على ارادة المشرع الحقيقية أن وجدت ، فان لم توجد لم يكن ثم مناص من الالتجاء الى ارادته المفترضة » .

ويرى الأستاذ الشيخ شلبي (في بحثه القيم : « الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية » ص ١٤٣ ١٤٤ المنشور بمجلة الحقوق بالعدد الأول والثاني لسنة ١٩٥٩ - ١٩٦٠) « أن مدارس التفسير المختلفة المعروفة لدى رجال القانون الوضعى كان لها ما يماثلها عند الفقهاء المسلمين ، بيد أن هذه كانت لها الأسبقية الزمنية على مدارس تفسير القانون تبعاً لأسبقية الاسلام على تلك القوانين فقد ظهرت هذه المدارس عند المسلمين في أواخر القرن الأول الهجرى وأوائل القرن الثامن الميلادى عندما تكونت مدرسة أهل الحديث ومدرسة أهل الرأى ... الخ » ثم يقول عن مدرسة التزام النص أنها « تشبه الى حد ما مدرسة أهل الحديث الذين يقفون عند النصوص يحملونها معاني كثيرة بطريق القياس ولا يخرجون عن مقتضى النص حتى ولو تغيرت العلة التي من أجلها شرع الحكم ، أو كان النص وارداً لحالة خاصة ، فيجعلونه شرعاً عاماً أبدياً لازماً » .

ولقد كان يعد القياس في نظر هذه المدرسة أسلوباً من أساليب تفسير نصوص التشريع ، وكان ذلك استناداً الى « افتراض » أن المشرع حين يضع قاعدة قانونية بناء على « سبب قانوني » une raison juridique (أو كما نسميها عادة « حكمة التشريع ») فان المشرع « فيما يفترض » انما يقصد أن يقرر جميع النتائج المترتبة على وجود هذا السبب ذاته (أى تلك الحكمة ذاتها) في حالات أخرى غير تلك الحالة التي نص عليها ، أى أنه يقصد اعمال القياس ، بعبارة أخرى : اننا في حالة اعمال القياس انما نفسر ارادة المشرع ولو أنها ارادة مفترضة « (١) — ولقد تأثر بهذه المدرسة بعض رجال الفقه المصرى (كما سنبين فيما بعد) .

كانت لمدرسة التزام النص السيادة في الفقه الفرنسى — كما قدمنا — حتى قبيل آخر القرن التاسع عشر ، أى حتى أن ظهرت « المدرسة العلمية » L'école Scientifique وصاحبها الفقيه الكبير جيني ، وبظهور هذه المدرسة تم القضاء على مدرسة التزام النص ، وعقد لواء السيادة ولا يزال معقوداً حتى اليوم في فرنسا لهذه المدرسة العلمية ، كما تأثر بها بعض رجال الفقه المصرى ، وكذلك التقنين المدنى الجديد (كما سنبين فيما بعد) .

والواقع أن موضوع القياس لم ينل من عناية رجال الفقه الوضعى شيئاً مذكوراً الا من جانب تلك المدرسة العلمية (٢) .

وقبل أن نعرض لبيان موقف المدرسة العلمية (أو بعبارة أخرى موقف الأستاذ جيني) من القياس يجدر بنا أن نشير الى أن أهم ما يفرق بين هذه المدرسة وسابقتها (مدرسة التزام النص) أنها لا تدين بعبودية النصوص ، فلا ترى

(١) جيني Gény المرجع السابق ج ١ ص ٣٠٩

(٢) وفي ذلك يقول الأستاذ جيني (في مؤلفه السابق ج ١ ص ٣٠٨) عن الفقه الفرنسى الذى كان سائداً قبل ظهور مؤلفه (عام ١٨٩٩) والذى كان يدين — كما قدمنا — بمدرسة التزام النص ، يقول عن ذلك الفقه بأنه « لم يكن يعنى العناية الكافية بموضوع القياس ، وبما يدل على ذلك في الكثيرين من الفقهاء كانوا يخلطون بين القياس وبين « التفسير الواسع » .

(كما كانت ترى سابقتها) حصر القانون (droit) وتفسيره في التشريع (La Loi) وإنما هي ترى أن القانون قبل أن يأخذ «شكل» التشريع الصادر من الدولة هو أولاً «جوهر» يتألف من حقائق أربع : واقعية وتاريخية وعقلية ومثالية (١) .

(١) راجع بصدد بيان هذه الحقائق الأربع أى هذه العناصر الأربع المكونة لجوهر القاعدة القانونية لدى المدرسة العلمية (أى لدى جيئى) كتاب أصول القانون (المرجع السابق) للدكتور حسن كيريه ص ١٧٢ - ١٨٣ . ونحن نورد تليخيصاً لما كتبه (مترجماً عن جيئى) فيما يلي :

يرد جيئى العناصر المكونة لجوهر القاعدة القانونية الى أربعة حقائق

(أولاً) حقائق واقعية أو طبيعية données réelles ou naturelles . وهذه قد تكون مادية كظروف المناخ والتربة وقد تكون معنوية كالحالة النفسية أو النزعات الأخلاقية أو المعتقدات الدينية وقد تكون مجرد ظروف اقتصادية أو سياسية أو اجتماعية . على أن هذه الحقائق الواقعية لا تتخلق بذاتها القواعد القانونية ، ولكنها تكون البيئة اللازمة لنشوءها ، وهذه الحقائق تتخضع لطرق المعرفة الواقعية اليقينية من مشاهدة وتجربة ، لذلك تعد ذات صبغة علمية ، ولذلك فهى تعد شرطاً جوهرياً لانشاء القاعدة القانونية .

(ثانياً) حقائق تاريخية - وهى ثمرة خبرة تولدت عن طول التجربة مما يجعل لها حجية مسلماً بها غير ذات صبغة مطلقة أو دائمة ، فبعض الأنظمة القانونية الرئيسية كنظام الملكية الفردية الذى مازال أساسه العقل محل خلاف كبير نجد سندها فى التطور التاريخى الذى خرجت منه .

(ثالثاً) حقائق عقلية données rationnelles أن القواعد القانونية لا تستخلص فحسب من الحقائق الواقعية والتاريخية وإنما تاتمس كذلك من أفق أعلى : حيث يعمل العقل على الملائمة من بين تلك الحقائق وما يفرض من غاية للقانون ، وأتينا لنجد ثمرة عمل العقل (نعنى تلك الحقائق العقلية) النصيب الأكبر فى تكوين جوهر القاعدة القانونية ، وتنطوى الحقائق العقلية على المبادئ الضرورية لا الكالية ، أى تلك المبادئ التى يظهر العقل أن طبيعة الانسان تفرضها فرضاً محتوماً ، لذلك فهى تعد ذات صبغة عالمية خالدة ، فطبيعة الانسان - كما يفسرها العقل - تحتم مثلاً عدم اعطاء الارتباط بين الجنسين صفة الشرعية المنشئة لأسرة معترف بها اجتماعياً ، الا لذلك الارتباط الثابت المستمر الناشئ عن الرضا والاتفاق ، بقصد سيطرة الانسان على أهوائه ارضاء للخلق السامى ، ورغبة فى رعاية الأبناء . ولكن الحقائق العقلية لا تتجاوز مثل هذا القدر الضرورى المعتبر حداً أدنى لما يفرضه العقل بشأن فكرة الزواج ، فلا تدخل فيها مثلاً فكرة وحدة الزوجية ولا أبدية الزواج بتحريم الطلاق ولا غير ذلك مما يدخل فى نطاق المبادئ أو الحقائق المثالية .

(رابعاً) حقائق مثالية données idéales . بينما تعبر الحقائق العقلية عن قواعد « ضرورية » فإن هذه الحقائق المثالية إنما تعبر عن تلك الأماني أو النزعات التى تستهدف تحقيق بعض المبادئ « الكالية » ، وهذه المبادئ إنما يحددها مستوى المدنية والشعور العام فى الجماعة =

وعلى أساس هذا الفهم للقانون وهذه النظرة اليه قامت طريقة هذه المدرسة العلمية فى تفسير القانون ، فهى (خلافا لمدرسة التزام النص) لاتلتزم تفسيره فى تفسير نصوص التشريع وحده ، وانما تلتزمه كذلك فى بقية المصادر الرسمية الأخرى وفى مقدمتها العرف ، ثم ان هذه المدرسة انما تبحث فى تفسير نصوص التشريع عن « الارادة الحقيقية » للمشرع وقت وضع التشريع ، لا تلك « الارادة المفترضة » كما تسميها مدرسة التزام النص .

فاذا لم نجد فى التشريع ولا فى العرف ولا فى غيرهما من المصادر الرسمية الحكم أو الحل المطلوب فان المدرسة العلمية ترى فى هذه الحالة الالتجاء الى ما تسميه « البحث العلمى الحر » La libre recherche Scientifique .

أى الالتجاء أو الرجوع الى « جوهر » القانون بحقائقه الأربع السابق ذكرها لاستلهاهم الحكم أو الحل منها ، سداً لنقص المصادر الرسمية ، ففى هذه الحالة ، يقوم المفسر أو القاضى فى الواقع بعمل المشرع . ولكن ثمة فارقا هاما بين عمل المشرع وعمل المفسر (أى الفقيه) أو القاضى فى هذه الحالة ، فالمشرع

= ومن أمثلة هذه الحقائق المثالية مبدأ وحدة الزوجة وأبدية الزواج (كما يقول الأستاذ جينى) ، وليس لهذه الحقائق ما سابقتها (الحقائق العقلية) من صفات العالمية والثبات والخلود ، ولذلك فهى تختلف باختلاف الزمان والمكان . كما تختلف هذه الحقائق المثالية عن سابقتها فى أنها غير ذات صبغة علمية لأنها انما تصدر عن تلك القوى غير الواضحة التى يطلق عليها العاطفة أو الايمان وهى مع ذلك تقوم بدور هام لا يمكن اغفاله فى تكلمة الحقائق العقلية ، اذ أنها تؤدى الى التخفيف مما قد يشوب النتائج التى يفرضاها العقل من ابتعاد عن العدالة أو اقتراب من القسوة أحيانا . فثلايقضى العقل بأن مناط التعويض عن الضرر هو وجود خطأ من جانب من تسبب فى أحداث الضرر ، ولكن هذه الحقيقة العقلية قد تؤدى أحيانا الى نتائج ظالمة أو قاسية ، كما حدث بعد انتشار الصناعة اذ كثرت حوادث اصابات العمال نتيجة استعمال الآلات ، وكان من صير الأمور على العامل أن يثبت خطأ من جانب رب العمل أو صاحب المصنع ، الأمر الذى كان ينتهى بالعمل المصابين فى تلك الحوادث الى حرمانهم من التعويض . وهنا لعبت نزعة العصر المثالية دورها وذلك بتوزيع المخاطر على أساس من تعاون الجميع فى الحياة الاجتماعية بضمان حصول العامل على تعويض عما أصابه دون جاحة الى اثبات خطأ من جانب رب العمل . ويرى الأستاذ جينى أن أهم تلك الحقائق الأربع هى تلك الحقائق العقلية فهى عنده الأساس والجوهر للقاعدة القانونية .

حين يرجع لذلك الجوهر فانما يكون ذلك لكي يستلهم منه وضع تشريع
أى وضع قواعد عامة مجردة تطبق على الجميع ، أما الفقيه أو القاضى
فأنه حين يرجع لذلك الجوهر (أى تلك المادة التى يصنع منها التشريع)
فأنه انما يفعل ذلك ليستلهم ابداء رأى فى مشكلة أو وضع حكم فى قضية
لا يطبق الا بصدد موضوع النزاع وحده (١) .

المدرسة العلمية ونظرتها الى القياس - اذا كان القياس يعد فى نظر
مدرسة التزام النص طريقة من طرق تفسير نصوص القانون ، وأنه انما
يفسر « الارادة المفترضة » للمشرع ، فان المدرسة العلمية ترى أن اعمال
القياس انما يخرج بنا عن ميدان تفسير نصوص القانون ، وذلك لأننا - كما
يقول الأستاذ جينى - « نبتعد عن ميدان التفسير حين نبحث لافيا أراده وقرره
المشرع فعلا ، وانما فيما كان يريد و كان يقرره المشرع لو أنه كان تنبه
الى هذا الموضوع الجديد (وهو المقيس) ، بعبارة أخرى : أننا نبتعد عن
ميدان التفسير حين يتجه بحثنا الى اكتشاف الارادة المفترضة للمشرع ،
فالبحت عن الارادة المفترضة للمشرع لا يعد تفسيراً لأرادته لأننا ننسب

(١) راجع فيما تقدم « أصول القانون » (المرجع السابق) للأستاذ الدكتور حسن كيره
ص ٥٢٥ - ٥٢٧ - ويرى الأستاذ الشيخ محمد شلبى (فى بحثه السابق ذكره ص ١٤٥ ، ١٤٦)
أن طريقة هذه المدرسة العلمية « تشبه الطريقة التى سار عليها جمهور الفقهاء (فقهاء الشريعة الاسلامية)
الذين يعملون بالمصلحة والاستحسان لأن العمل بهما عمل بروح التشريع لابتنائهما على قاعدتين
من قواعده العامة هما جلب المصالح ، ورفع الحرج عن الناس ، وهى الطريقة المفضلة فى الفقه الاسلامى » .
وأننا نرى أنه اذا صح القول بأن العمل بالمصلحة والاستحسان يعد فى الشريعة الاسلامية عملاً « بروح
التشريع » الا أنه يلاحظ أن السير على نهج مدرسة البحث العلمى أو بعبارة أخرى : استعمال
أساليب « البحث العلمى الحر » لا يعد عملاً بروح التشريع ، لأن العمل بروح التشريع يدخل
بنا فى دائرة تفسير التشريع ، أما الالتجاء الى أساليب « البحث العلمى الحر » فإنه يعد خروجاً
عن دائرة التفسير ، اذ يعد « مكلاً » (لا مفسراً) للتشريع ، أى أنه يعد - كما قدمنا - عملاً من
أعمال المشرع لأنه رجوع الى المصادر المادية أو الموضوعية التى يرجع اليها المشرع ذاته ، وهذه
المصادر (الموضوعية) هى المقصود بعبارة « جوهر القانون » .

الى المشرع أنه قد أراد ولا نفسر ما أراد . أن تفسير التشريع (كما يقول جيني) إنما هو عبارة عن البحث عن مضمون ارادة المشرع عن طريق عبارة نص التشريع ولاشأن له بما كان يصح أن تتجه اليه نية المشرع أو ارادته، واذا كان جيني (صاحب المدرسة العلمية) يرى أن القياس لا يصح أن يعد وسيلة من وسائل التفسير فهو يرى أنه وسيلة من وسائل ما يسميه « البحث العلمى الحر » أى الرجوع الى « جوهر » القانون ، أو بعبارة أخرى أن القياس يعمل على « تكملة » التشريع (لاتفسيره) وذلك بما تتطلبه مقتضيات العدالة والصالح العام ، فى غير منافاة أو مجافاة للتشريع القائم ، ويرى جيني أن فكرة المساواة القانونية هى التى تبرر مشروعية القياس (١) .

مما تقدم يرى أن المدرسة العلمية (وهى السائدة الآن فى فرنسا) قد تأثرت بصورة بينة بالفقه الألماني الذى لا يرى فى القياس أسلوباً من أساليب التفسير للقانون ولا مصدرأ من مصادره ، وإنما يرى فيه شيئاً يحثل مكاناً وسطاً بين الاثنين . — أما وقد اتهمنا من الكلام عن الفقه الفرنسى ونظرتة الى القياس فأنا ننتقل الى الكلام عن الفقه المصرى .

(١) راجع فيما تقدم جيني Gény (المرجع السابق) ج ١ ص ٢٦٥ ، ٢٦٧ ، ٣٠١

٣٠٣ ، ٣٠٩ ، ٣١٣

وجدير بالذكر أن الأستاذ جيني ينبذ الرأى القائل بأن القياس إنما يقوم فحسب على أساس ارادة المشرع أو أنه (القياس) يستمد قوته فحسب من ارادة المشرع ، وذلك لأن جيني لا يأخذ — كما قدما — بمدرسة التزام النص ، إنما هو (جيني) يرى أن القياس إنما يستمد قوته من غريزة فى أعماق طبيعة النفس البشرية ، ذلك أننا (كما يقول) نحس فى أعماقنا بالحاجة الى المساواة القانونية ، وهى تقتضى بأن المسائل المماثلة يجب أن تكون لها قواعد قانونية مماثلة . وذلك ما لم يكن ثمة أسباب خاصة تحول دون إعمال القياس — ثم يتساءل جيني : مم يتكون ذلك التماثل أو التشابه الأساسى ؟ ثم يجيب على ذلك بأن هذا التشابه يجب البحث عنه فى البواعث أو الأسباب التى دعت الى وضع القواعد القانونية الخاصة بالتمودج (أى المقيس عليه) ، الخلاصة أن فكرة المساواة القانونية — فيما يرى جيني — هى التى تبرر مشروعية القياس .

راجع فيما تقدم : جيني (المرجع السابق) ج ٢ ص ١١٩ ، ١٢٠

(ج) الفقه المصري (١) - لم ينل موضوع القياس من عناية رجال
الفقه المصري الا قدرأ قليلا (٢) ، ولعل ذلك هو السر
في كثرة ما كان بينهم من خلاف حيث لم يكن ثمة مجال
للخلاف ، أو للتردد في إبداء الرأي حيث لم يكن ثمة
موضع للتردد .

١ - فنجد بعضهم قد تأثروا في هذا المقام بمدرسة التزام النص التي
كانت سائدة في فرنسا في القرن الماضي ، ففي نظر هذا البعض يعد القياس
طريقة من طرق تفسير نصوص القانون ، فالتفسير - كما يقولون -
انما يقصد به تحديد معنى القانون من خلال نصوصه ، والمعنى الذي يريده
المشروع من نص معين يستفاد أما من عبارة النص أى من الفاظه ، واما من
روحه وفحواه . ويتحدد روح النص أو فحواه عن طريقتين :

(الأولى) بإشارة النص .

(الثانية) بدلالة النص أو مفهومه .

ودلالة النص أو مفهومه نوعان : مفهوم الموافقة (أو القياس) ،
عكسه مفهوم المخالفة - فالقياس يعد اذاً في نظر هذا البعض أسلوباً من
أساليب تفسير نص القانون عن طريق استنباط روح النص أو فحواه (٣)

(١) مما تجدر ملاحظته أننا حين نتكلم في هذا المبحث عن رجال الفقه المصري (أو الفرنسي
أو غيرهم) فأنما نعنى في الواقع فقهاء القانون المدني ، فالواقع أن فقهاء القانون العام (و في
مقدمتهم فقهاء القانون الدستوري) لم يعنوا أية عناية بموضوع القياس ، إذ أننا لا نجدهم - في أى بلد
من البلاد - يعيرون عناية ما ، بل ولا التفاتاً ما ، موضوع مصادر القانون ولا موضوع أساليب
تفسير القانون .

(٢) كان أكثر من عنى بموضوع القياس من فقهاء القانون المدني في مصر هو الأستاذ الدكتور
سليمان مرقس في مؤلفه القيم : «المدخل للعلوم القانونية» (الطبعة الثانية ١٩٥٢) ص ١٨٤ ، ١٨٥ ،
٢٠٣ - ٢١٢ ، ٢٦٥

(٣) راجع فيما تقدم « نظرية القانون » (طبعة ١٩٥٤) ص ٢٧٥ ، ص ٢٧٨ - ٢٨٢
للأستاذ الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، وراجع أيضاً في هذا المعنى « المدخل للعلوم القانونية »
(طبعة ١٩٦٠ ص ٢٤٠) للأستاذ الدكتور عبد المنعم البدراوي . ويستند هذا الرأي الى المادة
الأولى من القانون المدني المصري التي تقرر بأن النصوص التشريعية تسرى في لفظها أو « في فحواها »

٢ - ونجد البعض الآخر من رجال الفقه المصرى قد تأثر بالمدرسة العلمية فى فرنسا أى بصاحبها الفقيه الكبير جينى ، فهذا البعض يرى أن المشرع المصرى (كما يتبين من المادة الأولى مدنى) لم يأخذ بفقه مدرسة التزام النص التى تحصر القانون فى مصدر واحد هو التشريع ، وإنما نجد المشرع يحيل القاضى أولاً الى التشريع ، فاذا لم يوجد نص تشريعى كان على القاضى أن يرجع الى العرف فان لم يوجد كان عليه أن يحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية، فاذا لم توجد حكم بمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة . وهذا يعنى أن على القاضى أن يرجع الى جوهر القانون فهذا هو فى الواقع المقصود باصطلاح « مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة » . وبذلك فأن المشرع المصرى انما يأخذ بفقه المدرسة العلمية . ويترب على ذلك - فيما يبدو - أن هذا البعض يرى أن القياس لا يعد مصدراً ولا طريقه من طرق التفسير وإنما يعد وسيلة من وسائل « البحث العلمى الحر » (١) .

٣ - ونجد البعض الآخر من رجال الفقه المصرى قد تجاذبته نزعة التردد بين اعتبار القياس طريقة من طرق تفسير النص عن طريق استنباط روح النص أو فحواه ، وبين اعتباره مصدراً من مصادر القانون المصرى . ومن ذلك يرى أن هذا البعض قد وقع تحت سلطان تأثير فقهاء متعارضين : تأثر (أولاً) بفقه مدرسة التزام النص (المعروفة فى الفقه الفرنسى) وهى التى تعد القياس طريقة من طرق التفسير ، ثم تأثر (ثانياً) بفقه علماء الشريعة الاسلامية

(١) راجع فى ذلك « أصول القانون » ص ٥٢٧ - ٥٢٩ للاستاذ الدكتور كير .

وراجع أيضاً فى هذا المعنى رسالة الدكتور جلال على العدوى (المدرس بالكلية) وعنوانها : « الاجبار القانونى على المعاوضة » (سنة ١٩٦٠) ص ٢٣٧ ، ٢٤١ حيث يقول أن المشرع المصرى وقد أحال الى مبادئ القانون الطبيعى فانما يعد ذلك منه اعتناقاً لمذهب البحث العلمى الحر «لأن مبادئ القانون الطبيعى ما هى الا موجبات عامة للعدل تقتضى الاحالة اليها الرجوع الى الحقائق الواقعية لتحديدها » ولكننا نلاحظ أن الدكتور العدوى سبق له (ص ٢٣٨) أن ذكر بأنه يرى أن القياس يعد « من بين المصادر الاحتياطية للقانون المصرى » . ونحن نعلم - مما قدمنا - أن مذهب البحث العلمى الحر لا يعد القياس بين مصادر القانون - ولا ندرى كيف يمكن تفسير ما يبدو من تعارض بين هذين الرأيين !؟

في العصر الحديث وهم الذين يعدون القياس في عداد « أدلة الأحكام الشرعية »
ويعدون في الوقت ذاته اصطلاح « أدلة الأحكام الشرعية » مرادفا لاصطلاح
« مصادر » الأحكام الشرعية أو مصادر الشريعة الاسلامية (١) .

على أننا نلاحظ أن هذا التعارض الظاهر بين هذين الفقهاء ، أو بعبارة
أخرى أن هذا التردد بين الاثنيين ، يفسرونه ويبررونه بقولهم أن القياس
نوعان : قياس جلي وقياس خفي ، وأن القياس الذي يعد طريقة
من طرق تفسير النص إنما هو القياس الجلي ، أما القياس الذي يعد
مصدراً من مصادر القانون فهو القياس الخفي ، وهذا النوع الثاني من أنواع
القياس (أى « الخفي ») هو المقصود بكلمة « القياس » عند اطلاقها (٢) .

كلمة نقد - ذلك في الواقع تفسير لاسبيل الى تبريره ، وتبرير لاسبيل
الى تفسيره . فهذه التفرقة بين القياس « الجلي » والقياس « الخفي » هي تفرقة
غير معروفة لا في التشريع ولا في الفقه المصرى أو الفرنسى أو غيره اللهم
الآ لدى علماء الشريعة الاسلامية . وليس ثمة سند من القانون ولا سبب
معقول يدعو للزج بهذه التفرقة - التي يشوبها غير القليل من الغموض
- في الفقه المصرى ، ولن يكون من وراء اقحامها في موضوع القياس
في فقهننا المصرى الا زيادة هذا الموضوع تعقيداً ، وزيادته من الغموض مزيداً
بحيث يلحق ما فيه من واضح أو « جلي » بما فيه من غامض أو « خفي » !! .

(١) أنظر مثلاً « المدخل للعلوم القانونية » (المرجع السابق) للاستاذ الدكتور سليمان مرقس
حيث نجده تحت عنوان « التفسير القضائى والتفسير الفقهي » يقول ص ١٨٤ : « المراد بالمعنى
الذى يفهم من دلالة النص المعنى الذى يفهم من روحه ومعقوله . ويمكن الاستدلال على هذا المعنى
من طريق مفهوم الموافقة أو من طريق مفهوم المخالفة » . والاستدلال من طريق مفهوم الموافقة
هو - كما هو معلوم - القياس .

ثم نجده ص ٢٠٧ يضع للنهذ ١٣٩ مكرر عنواناً هو « اعتبار القياس والمبادئ العامة للقانون
الوضعى المصرى مصدرين رسميين متميزين عن التشريع » وفى ص ٢١٢ يقول : « وبناء على ذلك
يكون ترتيب المصادر الرسمية فى القانون المصرى على الوجه الآتى : أولاً - التشريع أو الدين
بحسب الأحوال ، ثم العرف ثم القياس... الخ » - وراجع كذلك ص ٢٦٥ حيث يذكر القياس
بين مصادر القانون .

(٢) راجع « المدخل للعلوم القانونية » (المرجع السابق) ص ٢٠٧

١ - وحسبنا هنا أن نشير الى أن علماء الشريعة أنفسهم لا يعرضون بتاتا الى هذه التفرقة بين القياس الحلى والقياس الخفى بصدد الكلام عن موضوع القياس ، وانما نجدهم يعرضون لها بصدد الكلام عن موضوع الاستحسان (١) . ولذلك نجد بعضا من أهم كتب علماء الأصول قد خلت من أية اشارة الى تلك التفرقة لأنها لم تعرض للكلام عن «الاستحسان» ورغم أنها عرضت باسهاب لموضوع القياس (٢) .

٢ - وفضلا عما تقدم فانه يبدو لنا أن الذى يبرر الاشارة بل الاثارة لتلك التفرقة لدى علماء الشريعة أنهم يعدون من أركان القياس اشتراك المقيس والمقيس عليه فى « العلة » لا فى « الحكمة » (أى حكمة التشريع) ، والعلة - كما قدمنا - هى مظنة الحكمة ، وقد تتوفر العلة أحيانا دون توفر الحكمة (٣) .

وقد ترتب على ذلك - فيما يبدو لنا - أنه نظراً لأن الأخذ بالقياس (وهو يستند الى الاشتراك فى العلة كما قدمنا) قد يؤدى أحيانا الى عدم الاشتراك فى الحكمة (أو «المصلحة») لذلك فقد رأى علماء الشريعة بحق أن يعدلوا عن الأخذ بالقياس القائم على اتحاد العلة الى قياس يقوم على اتحاد الحكمة (أو «المصلحة») بين المقيس والمقيس عليه . وهذا القياس الأخير (أى القائم على اتحاد الحكمة) هو الذى أطلقوا عليه « القياس الخفى » . « والدليل الشرعى » (أو « المصدر » فى تعبير البعض) فى هذه الحالة ليس

(١) راجع كلامنا عن الاستحسان والتفرقة بين القياس الحلى والقياس الخفى ص ٩١ ، ٩٢ .
(٢) راجع مثلاً كتاب « المستصفى من علم الأصول » للإمام أبى حامد الغزالى (المرجع السابق ذكره) الجزء الثانى حيث تكلم عن القياس فى نحو ٥٠ صفحة (من ص ٥٤ - ١٠١) وذلك دون أن يشير الى تلك التفرقة أية اشارة ولو فى وجيز من العبارة .

(٣) راجع ما سبق لنا أن ذكرناه عن التفرقة بين العلة والحكمة ، وعن امكان توفر العلة دون توفر الحكمة ص ٧٦ من بحثنا هذا حيث ذكرنا من أمثلة ذلك : اباحة الفطر لمن كان مسافراً ، فإن « العلة » هى السفر أما « الحكمة » فهى رفع الحرج والمشقة ، وقد لا يتحقق الحرج والمشقة أحيانا اذا كان المسافر قد توفرت له أسباب الراحة ، ومع ذلك يصح له أن يفطر لتوفر العلة وهى السفر

هو « القياس الخفى » في نظر علماء الشريعة، إنما يطلقون عليه « الاستحسان »
الخلاصة: أن استنباط فكرة القياس الخفى أو فكرة الاستحسان هنا إنما كانت
في الواقع بمثابة وسيلة للخروج من ربكة قياس لا تتحقق به المصلحة
أحيانا (١).

أما القياس في الفقه المصرى أو الفرنسى (أو في فقه أى بلد من البلاد
اللهم الا لدى علماء الشريعة) فانه يقوم على الاشتراك في الحكمة (أو كما
نسميها عادة « حكمة التشريع ») (٢).

٣ - أما وقد بينا أن التفرقة في الشريعة الاسلامية بين « القياس الخفى »
والقياس « الخلى » إنما كان مردها الى أنهم جعلوا مدار القياس هو اتحاد العلة
لا اتحاد الحكمة (أو المصلحة) بين المقيس والمقيس عليه ، فقد بقى علينا
أن نبين أنه ليس ثمة ما يدعوا فقهنا المصرى الى نبذ « الحكمة » والأخذ
« بالعلة » أسوة بعلماء الشريعة في هذا المقام.

(١) راجع «الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية» للأستاذ الشيخ شلبي حيث يقول (ص ١٥١)
« أن الفقهاء الذين اعتدلوا في العمل بالقياس لم يلتزموا سننه في كل جزئياته ، بل ساروا معه
ما استقامت لهم الأمور ، فاذا التوى بهم أو بان منه العنت والخرج تركوه وبجشوا عن طريق آخر
ليخرج الناس من الحرج والضيق الى السعة واليسر ، وهذا الطريق الآخر هو المعبر عنه عندهم
بالاستحسان » وتبين وجهة نظرنا هذه بجلاء اذا رجعنا الى الأمثلة التي يقدمها علماء الشريعة
للقياس الخفى . وحسبنا هنا أن نشير الى المثال الأول الذي سبق لنا أن ذكرناه (بصدد الكلام
عن « أنواع الاستحسان » صفحة ٩١، ٩٢) من أن علماء الحنفية يدخلون حق المسيل وحق الشرب
وحق المرور في الموقوف تبعاً، دون حاجة للنص على تلك الحقوق في الوقف، قياساً على الاجارة،
(وهذا قياس خفى) ، وذلك لأن الهدف من الوقف - شأنه شأن الهدف من الاجارة - هو الانتفاع
بالأرض الزراعية بالنسبة للموقوف عليهم أو للمستأجرين ، وهذا الانتفاع لا يمكن أن يتحقق
الا بادخال حقوق المسيل والشرب والمرور في الموقوف عليهم ، وهذه كانت هي الحكمة أو المصلحة
التي دعت المشرع الى النص على ادخال هذه الحقوق في عقد الاجارة دون النص عليها .

وما تجدر هنا الاشارة اليه أن القياس الخفى إنما سمي كذلك لأنه خفيت علته، أما القياس الخلى
فهو ما ظهرت علته - راجع « سلم الوصول لعلم الأصول » للأستاذ الشيخ عمر عبد الله ص ٣٠٠
(٢) أو كما يسميها الفقهاء الفرنسيون : *raison juridique* (أنظر جيبى) المرجع السابق

وبيانا لذلك حسبنا أن نبين أن السبب الذي دعا علماء الشريعة (أو بعبارة أصح علماء الأصول) الى الأخذ بالعلة دون الحكمة تتلخص في قولهم أن الحكمة (أو « المصلحة ») التي تؤدي بالمشرع الى وضع تشريعاته قد تكون أحيانا « أمراً خفياً » غير ظاهر بحيث لا يمكن التحقق من وجوده أو عدم وجوده ، وأنه بناء على ذلك لا يمكن بناء الأحكام الشرعية على ذلك الأمر الخفى وربطها به وجوداً وعدماً ، لذلك فأنا الضرورة تدعونا - كما يقولون - الى اعتبار شيء آخر يكون وجوده مظنة لوجود تلك الحكمة (أو « المصلحة ») وجعله هو العلة دونها ، وذلك لظهوره وانضباطه تيسيراً على الناس وضبطاً للأحكام الشرعية ما استطعنا الى ذلك سبيلاً (١) .

أن هذا السبب الذي دعاهم الى الأخذ بالعلة دون الحكمة هو - فيما نرى - على ضعف بين :

(فأولاً) لأن « العلة » طبقاً لتعريفهم لها هي « مظنة » الحكمة ، أي أنها ليست شاهداً يقينياً على وجود الحكمة (أو المصلحة) ، ولذلك فهم لا ينكرون أن العلة قد تتوفر دون أن توجد الحكمة (أو المصلحة) أحيانا - ولكن الأحكام الشرعية إنما يجب أن تبنى على المصلحة (أي تلك الحكمة) فالصحابة - كما يقول امام الحرمين (في غير موضع من كتابه « البرهان ») إنما كانوا يعللون الأحكام الشرعية بالمصلحة (٢) . - والامام الغزالي نجده

(١) راجع « أصول الفقه وتاريخ التشريع الاسلامي » للأستاذ الشيخ خلاف (المرجع السابق) ص ٦٨ - ٧٠ ، و« صفة الكلام في أصول الأحكام » للأستاذ الشيخ مصطفى خفاجي رئيس قسم الشريعة ووكيل كلية الحقوق بالاسكندرية (الطبعة الثالثة سنة ١٩٤٧ ص ١٧١) ويذكرون لذلك مثلاً يتعلق بالشفعة ، فيقولون أن الجوار هو « علة » لاستحقاق الأخذ بالشفعة ، ولكن « الحكمة » هي دفع أذى الجار الجديد - فهذه الحكمة - كما يقولون - هي أمر تقديري غير منضبط ، فاعتبر الجوار مناط الحكم ، لأن الجوار أمر ظاهر منضبط وفي جملة مناط الحكم الشرعي مظنة تحقيق حكمته - « فحكمة » استحقاق الشفعة هي دفع الضرر ، أما « العلة » فهي الجوار .

(٢) راجع في ذلك بحث الأستاذ الشيخ شبلي : « الفقه الاسلامي بين المثالية والواقعية (ص ١٤٩) ولقد كان عمر بن الخطاب - كما قدمنا - يعلل بالمصلحة (راجع بحثنا هذا ص ٩٨) .

يقرر أن المصلحة هي التي توجب الحكم الشرعي ، ولكن لما كانت سرّاً قد لا يطلع عليه عليل بالوصف الذي هو مظنتها (أى بالعلة) (١).

ومن ذلك يرى أن بعض علماء الشريعة يرون - كما كان يرى الصحابة - أن تكون المصلحة (أو الحكمة) لا «العلة» هي أساس بناء الأحكام الشرعية (٢).

(ثانياً) أن قولهم أن «الحكمة» قد تكون «أمراً خفياً» ، هو قول لا يصلح - فيما نرى - أن يبرر العدول عنها ، والأخذ «بالعلة» دونها ، لأنها اذا كانت أحياناً أمراً خفياً ، فهي غير عصرية على الاثبات ، ومع ذلك فأن هناك بعض حالات قد تكون فيها «العلة» أمراً خفياً كذلك ، ففي الحديث المعروف : « لا يقضى القاضى وهو غضبان » الغضب - كما يقولون - هو «علة النهى عن القضاء» (٣) ، ومع ذلك فان الغضب هو من الحالات النفسية التي يمكن أحياناً اخفاؤها ويستعصى اثباتها . بل ان العلة قد تكون خفية ، بينما نجد الحكمة غير خفية ، كما هو الشأن في حالات القياس الخفى ، فهو يعرف - كما قدمنا - بأنه «هو ما خفيت علته» ، بينما ظهرت حكمته . بل أننا لنجد أحياناً في القياس الخفى ذاته أن العلة قد تخفى اللهم الا على من لا تخفى عليه خافية ، فمثلاً نجد «الاسكار» الذي يعدونه «العلة» في تحريم النبيذ قياساً على الخمر الذي نص على تحريمه ، نقول أننا نجد الاسكار ليس دائماً لدى الشارب أمراً ظاهراً .

(١) «المستصن فى علم الأصول» للامام أبى حامد الغزالى (المراجع السابق) ج ٢ ص ٣١٠

(٢) وفى ذلك يقول الأستاذ الشيخ شلى (فى بحثه المشار اليه ص ١٥٠) «أن أساس التعليل بناء الحكم على المصلحة ، ولو وقف الفقهاء بالقياس فى حدود هذه الدائرة : دائرة المصلحة لما شذ قياص من تحقيق المصلحة للناس ، ولكن المتأخرين منهم (يقصد علماء الأصول) أغفلوا هذا الأصل وساروا بالقياس وراء مجرد الشبه فحرموا الكثير مما تدعو حاجة الناس اليه... الخ» .

(٣) سلم الوصول لعلم الأصول للاستاذ الشيخ عمر عبد الله ص ٢٨٧

(ثالثاً) أن العلماء اختلفوا اختلافاً كبيراً في تعريف العلة (١) ، كما اختلفوا في استنباط علل الأحكام الشرعية المنصوص عليها ، فاختلفت تبعاً لذلك أقيستهم وأحكامهم (٢) .

(رابعاً) أن بعض العلماء يمزجون بين العلة والحكمة فلا يكدون يفرقون أو يميزون بينهما ، فعلماء الحنفية يعرفون العلة بأنها « الأمر الباعث لشرع الحكمة أى أنها الأمر المشتمل على حكمة مقصودة للشارع من شرع الحكم (٣) الخ .. » ، كما نجد الكمال بن الهمام (فى مؤلفه : التحرير بشرح التيسير) يصرح فى غير موضع « بأن العلة الحقيقية للحكم هى الأمر الخفى المسمى حكمة ، وأن الوصف الظاهر هو مظنة العلة لانفس العلة ، ولكنهم اصطالحوا على اطلاق العلة عليه (٤) .

ويرى بعض علماء الشريعة أن الأصوليين « صرحوا بأن العلة على الحقيقة هى المصلحة ، والوصف الظاهر ضابط لها فقط » (٥) .

خاتمة — لذلك كله فقد أصبح من الجلى عدم الأخذ لدينا بهذا القياس الخفى ، ومن ثم فلا تجوز محاولة اعتباره — كما يرى بعض رجال الفقه المدنى

(١) سلم الوصول لعلم الأصول ص ٢٧٧

(٢) صفوة الكلام فى أصول الأحكام (المرجع السابق ذكره) ص ١٧٨

(٣) سلم الوصول لعلم الأصول (المرجع السابق) ص ٢٧٦ وراجع الهامش رقم ١ من الصفحة المذكورة حيث يقول ما نصه : « ومذهب الحنفية والآمدى وابن الحاجب أن العلة هى : الأمر الباعث للشارع على شرع الحكم » . ويبدو لنا أن هذا يصلح تعريفاً أيضاً للحكمة ..

(٤) « الفقه الإسلامى بين الواقعية والمثالية » (البحث السابق ذكره) صفحة ١٥٠ للاستاذ الشيخ شلبى حيث يقول أيضاً « وقد عرف الأصوليون الوصف المناسب الذى يصح التعليل به بأنه الوصف الذى لو شرع الحكم معه يكون فى تشريعه جلب نفع أو دفع ضرر أو رفع حرج » ، ثم يقول : « ومن ذلك نعرف أن أساس التعليل ببناء الحكم على المصلحة » (أى الحكمة) — ويجدر بنا هنا أن نوجه الأنظار الى أن العلة تعرف أحيانا بأنها « الوصف الظاهر المناسب » أى المناسب للحكم الشرعى ، أى أن العقل يدرك ملاممة ربط الحكم الشرعى بذلك الوصف (وهو العلة) ، وأن ربط الحكم به يغلب معه تحقيق المصلحة المقصودة (أو الحكمة) التى من أجلها شرع الحكم — راجع فى ذلك .

سلم الوصول لعلم الأصول ص ٢٨٣

(٥) « الفقه الإسلامى بين الواقعية والمثالية » (البحث السابق ذكره) ص ١٤٩

لدينا - أنه هو المقصود بكلمة القياس عند إطلاقها ، إن هذه المحاولة لا نجد لها ما يبررها كما أننا لا نجد لها مثيلاً حتى لدى علماء الشريعة الإسلامية أنفسهم ، فهم - كما قدمنا - لا يشيرون إلى القياس الخفي إلا بصدد الكلام عن الاستحسان لا عن القياس ، فهم لا يذكرونه (القياس الخفي) على اعتباره نوعاً من أنواع القياس ، بل باعتباره نوعاً من أنواع الاستحسان ، وهم لا يلجئون إليه (باعتباره نوعاً من الاستحسان) إلا حين يؤدي القياس (الجلي) - كما يقول الأستاذ الشيخ خلاف - إلى تفويت مصلحة أو جلب مفسدة (١).

المطلب الثاني : لاطناه للقياس في مبراه القانون الدستوري (الوضعي) ،
أو مبراه الأهمام الدستورية في الشريعة في هذا العصر

أياً كانت الصفة التي يوصف بها القياس ، أي سواء عددناه مصدراً من مصادر القانون أم وسيلة من وسائل التفسير أم أسلوباً من أساليب « البحث العلمي الحر » أم عددناه شيئاً آخر غير هذا أم ذلك فإن القياس أياً كانت صفته لا مكان له الآن في ميدان القانون الدستوري (الوضعي) أو ميدان الأحكام الدستورية في الشريعة الإسلامية .

١ - في القانون الدستوري (الوضعي)

مصادر القانون الدستوري - كما اتفق عليها فقهاء هذا القانون - تتلخص في مصدرين : التشريع ، والعرف الدستوري . وإذا كان لا مكان

(١) راجع كتاب « الاجتهاد بالرأى - القياس - الاستحسان - الاستصلاح - الاستصحاب » للأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف (الطبعة الأولى ١٣٦٩ هـ - ١٩٥٠ ميلادية صفحة ٧٧) حيث يقول : « من المقارنة بين القياس والاستحسان يتبين أن موضع القياس واقعة لا نص ولا إجماع على حكمها ويراد الحكم فيها بما حكم به النص في واقعة تساويها في علة الحكم ، وأما الاستحسان فوضعه واقعة دل على حكمها نص أو قياس ولكن موجب عموم النص أو القياس فيها يؤدي إلى تفويت مصلحة أو جلب مفسدة ، ويراد العدول عن موجب عموم النص أو القياس في هذه الواقعة بناء على الدليل الذي يقضي بهذا العدول » - نكرر هنا ما سبق لنا التنبيه إليه من أن كلمة « القياس » حين تذكر دون وصف آخر فإنما يقصد بها « القياس الجلي » ، وأن هذا القياس حين يعدلون عنه - للاخذ بالاستحسان - فإنما يكون ذلك للاخذ « بالقياس الخفي » - راجع ما سبق لنا أن كتبناه عن القياس الجلي ، والقياس الخفي بصدد الكلام عن أنواع الاستحسان (صفحة ٩١-٩٣)

للقياس بين مصادر القانون الدستوري ، فلا مكان له كذلك في ميدان هذا القانون بأية صورة أو صفة من الصور أو الصفات . فلم يعرف حتى اليوم أحد من رجال الفقه الدستوري المصري أو الفرنسي أو غيره في أي بلد من البلاد ذكر القياس على اعتباره مصدراً أو وسيلة من وسائل التفسير أو أسلوباً مما يطلقون عليه « أساليب البحث العلمي الحر » الخ ، فالتشريع الدستوري عالمٌ يتكون من اختصاصات تقررت لبعض السلطات أو الهيئات ، ومن حقوق أساسية أو حريات تقررت للأفراد ، وقد تقررت جميعاً بناء على نص تشريعي أو عرف دستوري ، ولا مكان هناك لغبر هذين المصدرين ، ولا مجال هناك لاستنباط اختصاص لاحدى السلطات أو الهيئات أو استنباط حرية من الحريات قياساً على ما قرره التشريع أو العرف من اختصاصات وحريات .

ولا أدل على صحة هذا الرأي الذي نقول به من أننا إذا رجعنا الى الحالات التي أعمل فيها القياس في الشؤون الدستورية في التاريخ الاسلامي فاننا نجدتها جميعاً مما يستحيل الأخذ به في ميدان القانون الدستوري في هذا العصر (كما سنبين ذلك تفصيلاً فيما بعد) .

٢ - في الشريعة الاسلامية

أن الحكم الشرعي الذي يصح أن يقاس عليه (المقيس عليه أو الأصل) أما أن يكون ثابتاً بنص في القرآن أو السنة ، أو أن يكون ثابتاً بالاجماع .

(أولاً) أما الحكم الثابت بالاجماع فقد اختلف العلماء — كما قدمنا — في جواز القياس عليه (١) . ومع ذلك فقد سبق لنا أن بينا أنه لا مكان للاجماع بين مصادر الأحكام الشرعية الدستورية في العصر الحديث (٢) . ذلك مما يترتب عليه بدهاء أنه لا مكان للقياس على الاجماع في ميدان الأحكام الشرعية الدستورية .

(١) راجع ص ٧٤

(٢) راجع ص ١٧٠ وما بعدها .

(ثانياً) وكذلك الشأن بصدد سنن الأحكام الدستورية المستقلة (١)،
وهي - كما قدمنا - تصد، في الجزئيات ، ثم هي - كما بينا - لا تعد
تشريعاً عاماً ، أى أنها لا تعد ملزمة لنا في عصرنا ، وبالتالي فلا مكان لها
بين مصادر الأحكام الشرعية الدستورية في هذا العصر . ذلك مما يترتب عليه
بدهاهة أنه لا يجوز القياس عليها ، فمن الأمور البدهية أنه اذا كان المقيس عليه
(الأصل) غير ملزم لنا في عصرنا فلن يقبل أو يعقل الادعاء بأن المقيس
(الفرع) يكون ملزماً .

واذا نظرنا إلى المسألة من الناحية العقلية فاننا نجد علماء الشريعة يقررون
أن أساس القياس - من الناحية العقلية - يتلخص في أن من الأمور البدهية
« اثبات حكم المثل لمثله والمساوى لمساويه » على حد تعبير الامام ابن حزم (٢) ،
أو أنه « حيث وجدت الأسباب ترتبت عليها مسيبتها ، وأن القياس ما هو
الا السير على هذا السنن الالهى ، وأن ما جرى على النظر يجرى على نظيره »
على حد تعبير الأستاذ الشيخ خلاف (٣) .

إذا تقرر ذلك فكيف يجوز لنا عقلاً - في عصرنا هذا - أن نجرى
القياس على حكم دستورى صدر في بعض الجزئيات ، بعد أن تقضت
- كما قضت - عليه العصور ، وأكلت كما شربت عليه الدهور !؟ كيف
يجوز عقلاً الادعاء بأننا في هذه الحالة نعمل على « اثبات حكم المثل لمثله
والمساوى لمساويه » وأن « ما جرى على النظر يجرى على نظيره » ونحن بصدد
أحكام دستورية وهي أحكام في غالبيتها ذات صبغة سياسية لأنها تتصل
بالنظام السياسى والبيئة الفكرية السياسية . ومن البين الذى لا يحتاج الى بيان مبلغ
الفارق الهائل الذى يفرق بين زماننا وذلك الزمان ، اذا نحن نظرنا الى تلك البيئة

(١) راجع ص ١٥٢ - ١٦١

(٢) « ابن حزم » المرجع السابق ذكره (ص ٢٦١) للأستاذ الشيخ محمد أبو زهره .

(٣) أصول الفقه و خلاصة تاريخ التشريع الاسلامى (المرجع السابق) ص ٥٨ ، ٥٩ للاستاذ

الشيخ عبد الوهاب خلاف

وذلك النظام السياسى فى الحالين أى فى الزمانين ، بحيث لا يكون ثمة موضع للكلام عن « المثل » و « المساوى » و « النظرى » فى أحد هذين الزمانين ، وعن « مثله » و « مساويه » و « نظيره » فى الزمان الآخر .

(ثالثاً) أما عن سنن الأحكام الدستورية الأخلاقية (وهى - كما قدمنا - غير مستقلة) (١) ، وكذلك الأحكام الشرعية الدستورية الثابتة بنص فى القرآن ، فإن هذه الأحكام الشرعية جميعاً إنما جاءت - كما بينا - لا بنصوص تنظم جزئيات لنظام معين من الأنظمة ، إنما جاءت بنصوص تقرر مبادئ عامة كبدا الشورى أو مبدأ المساواة مثلاً ، وذلك دون أن تعرض لتنظيم جزئيات أو تفصيلات ذلك المبدأ .

وإعمال القياس - فيما نرى - أمر لا مكان له بصدد المبادئ العامة ، فكيف يمكن مثلاً اجراء القياس على مبدأ عام كبدا الشورى ؟ انه لا يمكن أن يقاس عليه الا مبدأ عام آخر يشترك معه فى العلة ، فإذا يكون ذلك المبدأ الآخر ؟ أنه من البين أننا اذا كنا نستطيع أن نستنبط نتائج ترتب منطقياً على الأخذ بهذا المبدأ أو غيره ، الا أن استنباط مبدأ عام - فيما نعتقد - قياساً على مبدأ عام آخر نص عليه ، هو أمر غير معروف لا فى ميدان الشريعة الاسلامية ولا فى ميدان القوانين الوضعية . .

أما علماء الشريعة فهم لم يعرضوا - فى بحوثهم - لهذه المسألة أو لهذه الحقيقة التى نبرزها ، على أن الأمثلة التى أشاروا إليها للقياس فى ميدان الأحكام الشرعية الدستورية تتصل جميعاً بأمور جزئية لا بمبادئ عامة (كما سنبين ذلك فيما بعد) .

وأما عن فقهاء القوانين الوضعية - فأننا اذا رجعنا الى فقهاء القانون المدنى - وهم الذين عنوانوا ببحث موضوع « مصادر القانون » ومنهم من عنى

(١) ص ١٦٤ ، ١٦٥

عناية خاصة ببحث موضوع القياس ، فأنا نجد رجال الفقه الفرنسى يعدون من ضروب القياس حالات لا يكون المقيس عليه (الأصل) فيها نصاً معيناً من النصوص (كما هو الشأن عادة في القياس) ، وإنما يكون فيها المقيس عليه « نظاماً » كاملاً من الأنظمة أو « موضوعاً » شاملاً من المواضيع نص القانون تفصيلاً على الأحكام الخاصة بجزئياته في مواد عدة ، بينما يكون المقيس (الفرع) موضوعاً أو نظاماً آخر لم ينص القانون على أحكامه ولكن ثمة وجوه من الشبه بين الموضوعين أو النظامين ، ومن أمثلة ذلك : تطبيق أحكام العقود المسماة (التي نص عليها القانون المدني الفرنسى) على العقود غير المسماة (التي لم ينص على أحكامها) ، وذلك متى كانت تقترب منها في الجوهر . ومثل تطبيق أحكام الوصاية على الأولاد الشرعيين (التي نص عليها القانون) على الأولاد الطبيعيين أى غير الشرعيين (التي لم ينص عليها) وذلك مع بعض الاختلافات التي تقتضيها الحال (١) .

كما يعدون من أنواع القياس استنباط نظرية عامة أو مبدأ عاماً من نصوص متعلقة بجزئيات متفرقة خاصة بموضوع معين . ذلك كان شأن مبدأ الأثر بلا سبب ، وشأن نظرية حق الحبس droit de rétention في الفقه المدني الفرنسى (٢) .

(١) جيني (المراجع السابق) ج ١ ص ٣٠٥ - ٣٠٧ - ويلاحظ أن هذا النوع من القياس يطلقون عليه Analogie de droit أو Analogia Juris بخلاف القياس الآخر أى العادى وهو الذى يكون فيه المقيس عليه نصاً من نصوص القانون فإنه يطلق عليه Analogie de la loi أو Analogia Legis

(٢) جيني (المراجع السابق) الجزء الثانى ص ١٢٤ - فالقانون الفرنسى لا توجد به سوى نصوص خاصة متفرقة بصدد حق الحبس ، فاستنبط الفقه والقضاء الفرنسى من هذه النصوص نظرية عامة في حق الحبس لا تقف في تطبيقاتها عند حدود النصوص التشريعية فحسب .

وكذلك الشأن فيما يتعلق « بالأثر بلا سبب » فالقانون الفرنسى لم ينص الا على أحكام بعض حالات خاصة دون تقرير مبدأ عام ، وكان أبرز تلك الحالات التي نص عليها حالة دفع غير المستحق ، فاستنبطت من هذه الحالات الخاصة المتفرقة نظرية عامة في الأثر بلا سبب .

كلمة نقر - ولكن مثل هذا الاستنباط (للنظريات أو المبادئ العامة) لا يعد في حقيقة أمره نوعا من أنواع القياس . فالقياس - كما يقول بحق الفقيه الايطالى الكبير ديلفيكيو - يختلف عن الاستنباط induction فى أنه لا يتجه من خاص الى عام وانما من خاص الى خاص مماثل له (أى أن كلا من المقيس والمقيس عليه مسألة جزئية لا مبدأ عام) (١).

على أنه اذا كان القانون المدنى قد عرف فيه هذا النوع من الاستنباط للنظريات أو المبادئ العامة فإنه لم يعرف فيه استنباط نظرية أو مبدأ عام قياسا على مبدأ عام نص عليه المشرع ، وعلى كل حال فالقانون الدستورى - وهو الذى يهمننا هنا - لا يعرف هذا النوع من الاستنباط للنظريات أو المبادئ العامة .

القياس فى التاريخ الدستورى الاسلامى - مما يؤيد رأينا أنه لا يمكن أن يكون ثمة مكان للقياس فى ميدان الأحكام الشرعية الدستورية فى عصرنا هذا أننا اذا رجعنا الى الحالات التى أعمل فيها القياس فيما سبق من العصور فى التاريخ الاسلامى فأننا نجدها جميعا مما لا يعقل أو يتصور أن تنكرر فى عصرنا هذا لأن أعمال القياس فيها مما يتعارض مع « المصلحة » بصورة بينه . فهل

(١) راجع ديلفيكيو ، Les principes généraux du droit, Etude Gény, Del Vecchio : T II P. 10

(نقلا عن الرسالة الممتازة للدكتور جلال العدوى المدرس بالكلية) وقد نوقشت فى ٣٠ يولييه عام ١٩٦٠ (وعنوانها « الاجبار القانونى على المعاوضة » ص ٢٣٤)

ويضيف الدكتور العدوى (فى رسالته المشار اليها ص ٢٣٤ هامش رقم ٢) الى ما تقدم أن مما يستند اليه أيضاً ديلفيكيو فى التفرقة بين القياس والمبادئ العامة « أن المادة ٣ من التقنين المدنى الايطالى القديم - ولا تختلف عنها كثيراً المادة ١٢ من التقنين الجديد - قد نصت على أنه اذا لم يسعف القياس القاضى ، التجأ الى المبادئ العامة ، مما يقتضى أنها لا تعد من قبيل القياس » ص ٧١ من بحث ديلفيكيو المشار اليه .

ويبدو لنا أن الاستدلال بالمادة ٣ (المشار اليها) فى هذا المقام أمر غير مفهوم إذ أننا هنا إنما نتكلم عن الاستقراء induction الذى هو - على حد تعبير ديلفيكيو - اتجاه « من خاص الى عام » ، أما هذه المادة ٣ (المشار اليها) فهى تتكلم عن الاستنباط déduction الذى هو اتجاه من « عام الى خاص »

يعقل أو يتصور أن نقرر مثلاً في هذا العصر أن أحد الأفراد له الحق أن يتولى الامامة العامة للمسلمين (أى رئاسة الدولة) لأنه تقرر صلاحيته أن يكون أمماً لهم في الصلاة ؟ بعبارة أخرى هل يكون أمراً مقبولاً معقولاً في عصرنا أن نقيس امامة الصلاة على رئاسة الدولة ؟ ! ، وهل يمكن أن نتقبل في عصر العقول ، أو أن يستقيم في الدولة سير الأمور اذا نحن قررنا جعل طريقة اختيار رئيس الدولة قياساً على طريقة اختيار قائد الجيش (١) .

أليس من البين أن الأخذ بالقياس في مثل تلك الحالات مما يتعارض في هذا العصر من حسن سياسة أو ادارة شئون الحكم ، أى مما يتعارض مع « المصلحة » ؟

اذ يجب ألا يفوتنا أن القياس - كما يقول بحق بعض علماء الشريعة - « لم يُعتبر الا لكونه يظن فيه تحصيل المصلحة ، فاذا انتفت بأن ترتب على العمل به مفسدة أو مصلحة مرجوحة تعين العمل بالمصلحة الراجحة » (٢) .

(١) راجع في ذلك « النظريات السياسية الاسلامية » للدكتور ضياء الدين الرئيس (أستاذ التاريخ الاسلامي بكلية دارالعلوم (طبعة ١٩٥٧) ص ١٨٢ حيث يقول أن الصحابة بايعوا أبا بكر بالخلافة وقدموه على غيره لأن الرسول عند مرضه قدمه على غيره وعهد اليه أن يكون نيابة عنه اماماً للمصلين ، فقال الصحابة : « رضيه رسول الله لديننا أفلا نرضاه لديننا » . أى أن الصحابة قاسوا الامامة الكبرى (وهى الخلافة أى رئاسة الدولة في أمور الدين والدنيا) على امامة الصلاة - وفي ص ١٩٦ ، ١٩٧ يقول المؤلف بأن البعض كان يرى أن تكون الخلافة بالانتخاب قياساً على ما صنعه النبي مرة بصدد قيادة الجيش اذ تركها للانتخاب بواسطة المسلمين - وفي ص ١٥١ يقول المؤلف أن الشيعة كانوا يقيسون الامامة على النبوة .

(٢) راجع « تحليل الأحكام » (المرجع السابق) ص ٣٢٧ للاستاذ الشيخ محمد شلبي وراجع أيضاً كتاب « التشريع الاسلامي وأثره في الفقه الغربي » ص ٣٥ للاستاذ الدكتور محمد يوسف موسى حيث يقول : « ان من يبحث في تشريعات الصحابة و التابعين ومن اليهم من الفقهاء المجتهدين يعرف يقيناً أن من هؤلاء من عمل على تأويل بعض النصوص أو اهمال القياس رعاية لهذه المصالح وتحقيقتها » .

وفي ذلك يقول صاحب المنار « أن مراعاة المصلحة هي الأصل فيمن عهد اليه بشئ من أمر الناس » ويقول العالم الجليل الأستاذ أحمد أمين « أن ابن المقفع قرر مبدأ قيعاً هو أن القياس ليس الا وسيلة لتحقيق العدالة وطريقاً من طرق الوصول اليها فتى رؤيت العدالة من غير القياس يجب أن يضحى بالقياس » .

ونلاحظ بهذا الصدد أن ابن المقفع وان كان من كبار رجال الفكر والعلم والأدب الذين يفخر بهم التاريخ الاسلامي فانه لا يعد من علماء الشريعة ، لذلك فقد كان الأجدر بعالم جليل مثل المرحوم الأستاذ أحمد أمين ألا يستند الى آرائه كراجع من المراجع في هذا المقام ، لا سيما اذا لاحظنا ما هو معروف عن ابن المقفع من أنه ممن كانت عقيدتهم الدينية موضع الشك والظن .

المبحث الثالث

المصادر (أو أدلة الأعلام) المتخلف عليها

أهم هذه المصادر - كما قدمنا - ستة : الاستحسان ، والمصالح المرسلة والعرف ، والاستصحاب ، وشرع من قبلنا ، ومذهب الصحابي .

وستقسم هذه المصادر الى قسمين :

القسم الأول : ويشمل الاستحسان والمصالح المرسلة والعرف .

القسم الثاني : ويشمل الاستصحاب ، وشرع من قبلنا ، ومذهب الصحابي

المطلب الأول

الاستحسان ، والمصالح المرسلة ، والعرف

تمهيد - أسباب الجمع بين الثلاثة - يجدر بنا أولاً أن نبين لماذا جمعنا بين هذه الثلاثة معاً ؟

ذلك لأنها تقوم جميعاً على أساس واحد ، أساس فكرة واحدة : هي الأخذ بالحكم الشرعي الذي يملية المصالح العام (أو « المصلحة » على حد تعبير علماء الشريعة) بما لا يتعارض مع المبادئ العامة للشريعة ، وذلك مع مراعاة بعض شروط معينة في كل حالة من هذه الحالات الثلاث سبقت الإشارة إليها في موضعها (١) فالاستحسان - كما بيناه ليس في حقيقة أمره (كما يقرر الأستاذ الشيخ خلاف) الا سبيلاً من السبل التي استنبطها الأصوليون للخروج من ريقه أو من ضيق بعض ما وضعوه من قواعد وقيود حين يتبين أنها لا تتسع لتحقيق مصالح العباد (٢) .

(١) راجع ما سبق لنا ذكره عن الاستحسان والمصالح المرسلة والعرف ص ٩٥ وما بعدها ، وص ٩٦ وما بعدها ، وص ١٠١ وما بعدها .

(٢) « السياسة الشرعية أو نظام الدولة الإسلامية » (طبعة ١٣٥٠ هجرية ص ١٢) للأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف ، أو - كما عرفه شمس الدين السرخسي - « الاستحسان ترك القياس والأخذ بما هو أوفق للناس » راجع في ذلك كتاب « أسباب اختلاف الفقهاء » للأستاذ الشيخ علي الخفيف ص ٢٣٦

فالاستحسان هو صورة من صور المصالح المرسله في بعض حالات معينة (هي حالة مخالفة القياس أو حالة مخالفة قاعدة عامة للأخذ بالاستثناء ، إذا كانت المصلحة لا تتحقق عن طريق اجراء القياس أو عن طريق الأخذ بالقاعدة العامة) ، فالمصالح المرسله أعم من الاستحسان (١)

وكذلك شأن العرف : أن أساسه هو مراعاة المصلحة ، فهو — على حد تعبير بعض علماء الشريعة — « لا يعتبر الا تبعا لمصلحة راجحة » (٢) ، فهو شأنه شأن المصالح المرسله يعد — كما قدمنا — من مظاهر مسايرة التشريع الاسلامي لمصالح الناس ، بعبارة أخرى أنه يعد صورة من صور مراعاة « المصالح المرسله » حتى أننا نجد بعض علماء الشريعة لا يعدونه مصدرأً مستقلا عنها (٣) .

قبل أن ننتهي من هذه الكلمة التمهيدية نجد بنا أن نوجه الأنظار الى أنه يجب ألا يفهم من وضعنا هذه الثلاثة (الاستحسان والمصالح المرسله والعرف) بين المصادر المختلف عليها ، ومن قولنا أنها جميعا تقوم على أساس واحد : هو « المصلحة » ، نقول أنه يجب ألا يفهم من هذا وذلك أن علماء الشريعة قد اختلفوا في أمر قيام التشريع على أساس المصلحة ، فالواقع — كما يقرر الأستاذ الشيخ خلاف — « أنه لم يذهب واحد منهم الى أنه لا تشريع الا بناء على مصلحة اعتبرها الشارع » « وانما الذي فتح باب الاختلاف فيها هو أن بعض ولاية الأمور اتخذوا « المصلحة » وسيلة الى التشريع لتحقيق أهوائهم ، وبعض العلماء ألبسوا الهوى ثوب المصلحة ، وبعضهم شرع لمصلحة فردية لا لمصلحة اجتماعية ، فنشأ الاختلاف في التشريع بالمصالح المرسله خوفا من اتخاذها وسيلة الى الأهواء والمصالح الخاصة .. الخ » (٤) .

(١) راجع « المدخل » للأستاذ الشيخ شلبي ص ١٧٧

(٢) راجع « الفقه الاسلامي بين المثالية والواقعية » للأستاذ الشيخ محمد شلبي ص ١٧٦ ، ١٧٧ وراجع « أسباب اختلاف الفقهاء » للأستاذ الشيخ علي الحفيف ص ٢٥٨ حيث يقول : « أن أساس العرف هو مراعاة المصلحة » .

(٣) راجع ص ١٠٥ هامش ٢ ، ١٠٦ ، ١٠٧

(٤) راجع « مصادر الشريعة الاسلامية مرفقة » (البحث السابق الاشارة اليه) ص ٢٧١ للأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف .

أما وقد انتهينا من هذه الكلمة التمهيدية فاننا ننتقل الى البحوث التالية :

(أولاً) هل يصح أن يعد الاستحسان والمصالح المرسله والعرف في عداد « المصادر » ؟

(ثانياً) سواء صح أم لم يصح اعتبارها من المصادر فهل كان لها مكان في ميدان الأحكام الدستورية في تاريخ الشريعة الاسلامية ؟

(ثالثاً) هل تعد الأحكام الشرعية الدستورية التي سبق صدورها في أحد العصور السابقة حجة علينا ملزمة لنا في هذا العصر وذلك حين تكون تلك الأحكام مبنية على الاستحسان أو المصالح المرسله أو العرف ؟

(أولاً) هل يصح أنه يعد الاستحسان والمصالح المرسله والعرف في عداد المصادر ؟

سنتكلم هنا أولاً عن الاستحسان والمصالح المرسله ، ثم ننتقل الى الكلام عن العرف .

(١) الاستحسان والمصالح المرسله — اذا عرفنا أن اصطلاح « المصادر » لا يستعمل — في لغة الفقه الحديث — إلا بالنسبة للقانون بمعناه العام أو الواسع لا القانون بمعناه الخاص أو الضيق فاننا يمكننا إذاً أن نقرر أن الاستحسان والمصالح المرسله لا يصح أن نعدهما في عداد مصادر القانون أو بعبارة أخرى مصادر الشريعة الاسلامية ، اللهم إلا اذا كان الرأي أو القرار المستمد من أحدهما (أى من الاستحسان أو من المصالح المرسله) موضع « اجماع » أو صدر به « تشريع من أولى الأمر » (مع مراعاة الشروط التي سبق بيانها عن كليهما) ، ولكن

المصدر في هذه الحالة إنما يكون هو الإجماع أو التشريع الصادر من أولى الأمر ، وليس الاستحسان أو المصالح المرسله هو المصدر (١) .

أما الرجوع الى الاستحسان أو المصالح المرسله في الشريعة الاسلامية فهو يقابل ما اصطلاح على تسميته في الفقه الوضعي الحديث بالرجوع الى « مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة » .

ويقصد بالرجوع الى « مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة » - طبقاً للتفسير الصحيح في الفقه الحديث - الرجوع الى « جوهر » القانون أى المصادر المادية أو الموضوعية للقاعدة القانونية لكي نستلهم الرأى أو القرار من تلك المصادر حين لا نجد أمامنا مصدراً من المصادر الرسمية نستلهم منه ذلك الرأى أو القرار . ومعلوم بداهة أننا حين نتكلم عن « المصادر » دون وصف آخر فإنما يكون المقصود - في لغة الفقه الحديث - « المصادر الرسمية » لا المصادر المادية أو الموضوعية للقانون (٢) .

(١) يجب ألا يفوتنا (أولاً) أن علماء الشريعة في العصر الحديث قد اقتبسوا اصطلاح « المصادر » عن رجال الفقه الوضعي الحديث .

ولا يفوتنا (ثانياً) أن كلمة القانون لها معنيان : أحدهما واسع أو عام والآخر ضيق أو خاص فالقانون بمعناه الواسع أو العام (Droit في لغة الفقه الفرنسى) يقصد به مجموع القواعد التى تنظم الحياة في المجتمع والى تلزم السلطة العامة الأفراد على احترامها . أما القانون بمعناه الضيق أو الخاص (Loi في لغة الفقه الفرنسى) فيشمل ذلك الجزء (من القانون بمعناه العام) الذى يصدر بطريق التشريع أى من السلطة التشريعية العادية .

(٢) يقصد « بالمصادر المادية أو الموضوعية sources réelles ou matérielles للقانون أو « جوهر » القانون : حقائق الحياة الواقعية في المجتمع ومثله العليا في العدالة - راجع في ذلك « أصول القانون » (الطبعة الثانية ١٩٥٩ - ١٩٦٠) ص ١١٥ - ١١٧ للأستاذ الدكتور حسن كيره .

فهذه المصادر الموضوعية هى ما نطلق عليه أحياناً « ظروف البيئة الاجتماعية » أو ما يقضى به المصالح العام (أو « المصلحة » على حد تعبير علماء الشريعة) ، وهذه يجب على المشرع أن يلتزم بها فيما يصدره من تشريعات والا كان تشريعاً ظالماً لا يكتب له عادة البقاء . وحين يكون التشريع =

(ب) العرف : أما العرف فأمر اعتباره من المصادر للقانون فهو مما لا موضع للخلاف فيه . على أننا نجد بنا أن توجه الأنظار الى أن العنصر الذى يسبغ عليه صبغة المصدر أى صفة الالتزام ليس عنصر « المصلحة » (أى مقتضيات الصالح العام أو الملاءمة مع ظروف البيئة) ، فلو صح ذلك لكان واجبا أن نعد الاستحسان أو المصالح المرسلة من المصادر .

ولكن ذلك العنصر الذى يسبغ صبغة المصدر على العرف إنما هو الإجماع ، وهذا الإجماع أعم من « الإجماع » المعروف لدى علماء الشريعة والذى سبق لنا الكلام عنه ، ذلك لأن الإجماع فى حالة العرف لا يشمل فحسب « إجماع المجتهدين » إنما هو عبارة عن إجماع جميع الأفراد على اتباع القاعدة العرفية بصورة مطردة ، أى أن يتكرر اتباعهم لها بانتظام (وذلك مع مراعاة الشروط التى سبق لنا ذكرها بصدد الكلام عن العرف) (١) .

وإذا أردنا أن نتكلم بلغة الفقه الحديث فاننا نقول أن ذلك العنصر ليس فحسب هو اطراد جميع الأفراد على اتباع تلك القاعدة العرفية ، وإنما هو

= ناقصاً أو (كما يقول الدكتور كيره فى كتابه ص ١١٦) اذا « لم يتح لحقائق الحياة الاجتماعية ومثلها العليا أن تجد طريقها الى التعبير على يد السلطات المختصة ، بذلك لم يكن للقاضى أن يقف مكتوف الذراعين فينكل عن الحكم والا ارتكب ما يسمى بجريمة انكار العدالة *déni de justice* وإنما عليه أن يستنبط الحكم من هذه الحقائق وتلك المثل ، أى من المصدر المادى أو الموضوعى للقانون » .

ولقد رأى المشرع المصرى أن يعبر عن هذا الجوهر أو تلك المصادر الموضوعية باصطلاح « مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة » .

أما المصادر الرسمية *Sources Formelles* فهى التى تسبغ على هذا الجوهر صفة الوضعية أو الشرعية بما تعطى له من شكل ملزم للناس .

وعلى هذا تكون المصادر الرسمية للقانون المدنى مثلا فى مصر هى : (أولاً) فى مسائل الأحوال الشخصية : الدين أى الديانات المختلفة فى مصر باختلاف عقائد المصريين ، و(ثانياً) فى غير مسائل الأحوال الشخصية : التشريع ثم العرف ثم الشريعة الاسلامية .

راجع فيما تقدم « أصول القانون » (المرجع السابق ذكره) ص ٥٢٨ ، ١١٧ ثم ٢٧٥

(١) راجع ص ١٠٣ - ١٠٥

كذلك بل وقبل ذلك : « أن يقوم في أذهانهم أن تلك القاعدة ملزمة لهم أى أن احترامها واجب عليهم » بعبارة أخرى أن يتوفر ذلك العنصر الذى يطلق عليه العنصر النفسانى أو المعنوى (١) .

(ثانيا) هل لانه للاستفسار والمصالح المرسله والعرف مطاب في مبراه الأظم
الدستورية في تاريخ التشريع الاسلامى .

سواء عدت هذه الثلاثة (أو بعضها) أو لم تعد في عداد المصادر فان الذى يهمنى هنا هو معرفة هل نجد لها — اذا نظرنا اليها من الناحية التاريخية — مكانا في ميدان الأحكام الدستورية ؟ بعبارة أخرى هل كان الصحابة والتابعون ومن جاء بعدهم من الأئمة وفقهاء الشريعة يستمدون ما يستنبطون من أحكام شرعية (في الشؤون الدستورية) عن طريق الاستحسان أو المصالح المرسله أو العرف ؟ من الأمور الثابتة أن الصحابة التابعين كانوا يعملون « بالمصلحة » دون أن يضبطوها بضابط غير كونها موافقة لمقاصد الشارع من تحقيق نفع أو دفع ضرر أو رفع حرج ، أما تلك الضوابط ، أى تلك الحدود والقيود التى وضعت على المصلحة (حين الاستناد الى الاستحسان أو المصالح المرسله أو العرف) فقد وضعها الأصوليون — كما قدمنا — فيما بعد في القرن الثانى الهجرى (أى في عصر كبار الأئمة) (٢) .

ولقد كانوا يأخذون بالمصلحة — فيما يبدو لنا — بصدد جميع أنواع الأحكام الشرعية بما فيها الأحكام الدستورية (اللهم الا العبادات وما يلحق بها) على أننا نلاحظ أن الأمثلة التى أوردها علماء الشريعة بهذا الصدد تكاد جميعا تتعلق بمسائل الأحوال الشخصية والمسائل المدنية والتجارية وغيرها من مسائل القانون الخاص .

على أننا اذا رجعنا الى التاريخ الاسلامى السياسى والدستورى فاننا نجد فيه بعضا من الأمثلة التى تبين لنا كيف أن الصحابة كانوا يأخذون — بصدد الأحكام

(١) راجع ما سبق لنا ذكره بصدد الكلام عن « تعريف العرف » ص ١٠٢ .

(٢) راجع « الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية » للأستاذ الشيخ شلبى ص ١٦٦ .

الدستورية - بما تقضى به المصلحة عند عدم وجود نص ، وذلك مثل الطرق المختلفة التي اتبعت في اختيار الخليفة ، والأساليب المختلفة التي كان يتبعها الخلفاء في الأخذ بالشورى ، وغير ذلك مما لا موضع للتفصيل فيه في هذا المقام (وانما سيكون موضعه بصدد كلامنا فيما بعد عن « المبادئ الدستورية الاسلام ») (١) .

على أننا لا نعرف مثالا واحداً كانوا يأخذون فيه بالعرف في هذا المقام ، أى ما نطلق عليه - في لغة الفقه الحديث - « العرف الدستوري » .

(ثالثاً) هل نعد الأحكام الشرعية الدستورية في هذا المقام والصادرة في عصر سابق ملزمة لنا في العصر الحديث ؟

موضوع البحث هنا عن تلك الأحكام الشرعية الدستورية التي استنبطها الصحابة أو غيرهم من التابعين أو الأئمة أو الفقهاء المجتهدين في أحد العصور السالفة وكانت تلك الأحكام الشرعية الدستورية مبنية على الاستحسان أو المصالح المرسلة أو العرف ، هل تعد تلك الأحكام حجة ملزمة لنا في العصر الحديث ؟ .

ان من الأمور البينة التي لا يعوزها بيان - فيما نرى - أنها جميعاً لا تعد حجة علينا في هذا العصر :

(١) لأن الأخذ بالاستحسان أو المصالح المرسلة لا يصبح - كما قدمنا - حجة شرعية ملزمة للجماعة الا اذا كان الحكم الشرعي في هذه الحالة موضع اجماع أو صدر به تشريع من أولى الأمر ، وقد تقدم القول أن الاجماع لا مكان له بصدد الأحكام الدستورية في هذا العصر ، وكذلك التشريعات

(١) يلاحظ أننا نجد الامام القرافي - بصدد ذكر الأمثلة لما جرى عليه الصحابة من العمل بالمصلحة - أشار الى ولاية العهد من أبي بكر العمر وكذلك ترك الخلافة شورى - راجع بحث الأستاذ الشيخ خلاف مصادر الشريعة الاسلامية مرنه « (السابق ذكره والمنشور بمجلة القانون والاقتصاد عدد مايو ١٩٤٥ صفحة ٢٧١) .

الصادرة من أولى الأمر لا حجية لها في غير العصر أو العهد الذى صدرت فيه الا اذا أقرها صراحة أو ضمنا أولو الأمر فيما تلا ذلك العصر من العصور .

(ب) أما العرف فأن الأحكام الشرعية المستمدة منه — كما هو معلوم وكما يقرر علماء الشريعة فيما قدمنا — تتغير بتغير العرف زمانا ومكانا (١) ، وهذا فضلا عن أن من شروط الأخذ بالعرف — فيما يقرر علماء الشريعة أيضاً — أن يكون العرف لا يزال قائماً قبل وقت حدوث التصرف الذى يراد الاستناد فيه الى العرف (٢) .

التفرقة: بين العرف (كما عرفه علماء الشريعة) والعرف فى الشؤون الدستورية

يجدر بنا فى مقام الختام أن نوجه الأنظار الى أن العرف الذى عرفه علماء الشريعة هو العرف المعروف فى مسائل الأحوال الشخصية والمدنية والتجارية وغيرها من فروع القانون الخاص . وفرق بين هذا العرف والعرف الدستورى (أى ذلك الذى يعد مصدراً لبعض الأحكام الدستورية) .

فالعرف الدستورى يمكننا تعريفه بأنه عبارة عن عادة درجت عليها هيئة حكومية (أى رئيس دولة أو برلمان أو وزارة) (٣) فى الشؤون المتصلة بنظام الحكم فى الدولة ، بموافقة (أو بالأقل دون معارضة) غيرها

(١) راجع ص ١٠٦ من هذا البحث .

(٢) راجع ص ١٠٤

(٣) فقول : « درجت عليها هيئة حكومية » ، « لادرج عليها الناس » كما هو الشأن فى العرف

العادى (أى المعروف فى القانون الخاص) .

من الهيئات الحكومية ذات الشأن، ولتلك العادة في نظر تلك الهيئات الحكومية وضميرها القانوني ما للقواعد الدستورية المدونة (الدستور) من احترام ومن جزاء Sanction (١) .

المطلب الثاني

الاستصحاب ، وشرع من قبلنا ، ومذهب الصحابي

تمهيد - جمعنا بين هذه الأدلة الثلاثة في مبحث واحد نظراً لما هي عليه جميعاً من قليل الأهمية ولأنها جميعاً لاتعد من المصادر ، فهي لذلك لا تتطلب مناسوي كلمة موجزه نبين فيها أنها لا يصح أن تعد في عداد المصادر ، وبالتالي فهي لا تجوز أن تعد مصادر للأحكام الشرعية الدستورية في هذا العصر ولا في غير هذا العصر .

(فأولاً) الاستصحاب

الاستصحاب - كما عرفه الأصوليون - ما هو في الواقع سوى مبدأ من المبادئ القانونية الأولية بل والبدئية : ذلك هو المبدأ القائل بأن الأصل هو أن القاعدة القانونية اذا صدرت صحيحة فأنها تظل سارية معمولاً بها حتى يتم الغاؤها قانوناً (٢) . هذا المبدأ لا يعد بداهة مصدرراً من مصادر القانون إنما هو بدئية من بدئياته ، عد في عداد المصادر (أو الأدلة) وهو ليس

(١) من أمثلة العرف الدستوري في مصر في ظل دستور ١٩٢٣ : حق رئيس الدولة في رئاسة مجلس الوزراء ، فقد تقرر له هذا الحق بناء على العرف لا بناء على نص في الدستور . وفي فرنسا يذكرون من أمثلة ذلك العرف الدستوري قاعدة سنوية الميزانية ، ودور رئيس الوزارة - لزيادة التفصيل راجع كتابنا « الفصل في القانون الدستوري » ج ١ طبعة ١٩٥٢ ص ١٥٦ وما بعدها أو كتابنا « الوسيط في القانون الدستوري » طبعة ١٩٥٦ ص ١٠٩ وما بعدها .

(٢) راجع « أصول القانون » للأستاذ الدكتور كيره ص ٣٩٨

وراجع التعريف الذي سبق ذكرناه للاستصحاب (كما عرفه علماء الشريعة) صفحة ١٠٧ حيث عرفوه بأنه « استنباط الحكم الشرعي الذي كان باقياً في الماضي وذلك حتى يتم تعديله أو الغاؤه » .

منها (١) وإذا نحن رجعنا الى النتائج أو المبادئ التي يرتبها الأصوليون على الأخذ بهذا الدليل (الاستصحاب) فانه يتبين لنا أنه لا مكان لها في ميدان الأحكام الدستورية ، انما نجد مكانها — كما يتبين من الأمثلة المتعددة التي ذكروها — في ميدان أحكام العبادات أو الأحوال الشخصية والمدنية والتجارية ، وكذلك الحنائية، أما الأحكام الدستورية فلا مكان لذلك الدليل في ميدانها . فمثلا يذكرون في مقدمة تلك النتائج أو المبادئ (المترتبة على الاستصحاب) مبدأ « الأصل في الأشياء الاباحة » أو بعبارة أخرى مبدأ « كل مالميس ممنوعا فهو مباح » ، وهذا هو أهم المبادئ المترتبة على الاستصحاب فيما ذكر الأصوليون . فهذا المبدأ لا يمكن — فيما هو بين — أن يكون له مكان في هذا الميدان الذي هو ميدان الاختصاصات للهيات الحاكمة ، والحقوق العامة الأساسية للأفراد ازاء الدولة . ومن المبادئ الثابتة المقررة أن ليس لهذه الهيات من الاختصاصات ولا للأفراد من تلك الحقوق العامة الا ما يتقرر لها ولهم بناء على نص أو عرف (٢) .

ثانياً — شرع من قبلنا

هذا الدليل كذلك لا يصح في الواقع أن يعد دليلاً أو مصدراً مستقلاً ، لأنه اذا كانت هناك بعض من أحكام « شريعة من قبلنا » (أى الشرائع السماوية الأخرى) قد أقرها القرآن أو السنة ، فان هذه الأحكام يجب اذا أن تعد جزءاً من القرآن أو السنة ، ويصبح المصدر في هذه الحالة هو القرآن أو السنة لا « شرع من قبلنا » .

أما اذا لم يقرها القرآن أو السنة فمن الأمور البينة المتفق عليها ألا حجية لأحكام تلك الشرائع السماوية على المسلمين في نظر الشريعة الاسلامية (٣) .

(١) لاحظ بعض علماء الشريعة بحق أن بعض الأصوليين يذكر ضمن مصادر الشريعة (أو « أدلة الأحكام ») ما ليس منها — ذلك هو ما لاحظته الأستاذ الشيخ شلبي (في بحثه : « الفقه الاسلامي بين المثالية والواقعية » ص ١٠٨

(٢) وفيما يتعلق بالشريعة الاسلامية يجب أن نضيف الاجماع .

(٣) وجدير هنا بالذكر أن من الأمور المختلف عليها بين علماء الشريعة هو ما اذا كان يعد مجرد تعرض القرآن أو السنة لبعض الأحكام الشرعية السماوية السابقة في بعض ما ورد فيهما من القمص =

(ثالثاً) مذهب الصحابي

ان « مذهب الصحابي » ليس في الواقع سوى مجرد « اجتهاد » من الصحابي ، فلم يكن مما يجوز - في رأينا - أن يعد في عداد المصادر أو « الأدلة » - في باب التشريع - الا اذا كان هذا الاجتهاد أو الرأي الفردي بصدده مسألة معينة موضع « اجماع » - وفي هذه الحالة يصبح المصدر هو الاجماع لامذهب الصحابي .

واذا كان الاجماع - حتى لو كان اجماع مجتهدي الصحابة - لا حججية له علينا (كما بينا) في هذا العصر الحديث في ميدان الأحكام الدستورية ، فان ذلك يغدو من باب أولى شأن مذهب الصحابي (١) .

= اقرارا منهما (من القرآن أو السنة) لتلك الأحكام السماوية السابقة . ولقد تقدم القول أننا رجحنا الرأي القائل بأن ذلك لا يعد اقرارا وبالتالي لا يكون ثمة حججية لتلك الأحكام - راجع ص ١٠٩

(١) المعروف أن الصحابة كان يخالف بعضهم بعضاً أحيانا ، كما يلاحظ أن المتأخرين أسبقوا على آراء الصحابة من الأهلية أكثر مما كانوا أنفسهم عليها يسبقون .

خاتمة

يتبين بجلاء من هذا البحث بما لا يدع سبيلا للريب أمام الباحثين أن مصادر الشريعة الإسلامية - وخاصة في الشؤون الدستورية - ذات مرونة من شأنها أن تجعل أحكامها قابلة للتطور والملاءمة مع مختلف البيئات والأمكنة في مختلف الأزمنة .

وكذلك يتبين أن اتهام بعض المستشرقين ، واتهام بعض من غير المستشرقين من غير الباحثين الصادقين ، لمصادر الشريعة ولأحكامها بالعقم أو بالجمود ، إنما هو اتهام صادر عن خلط بين الشريعة وبعض من فقهاء الشريعة ، فوصفت ببعض صفاتهم ، وسنة الخلط بين الشريعة ورجال الشريعة ، واتهام الشريعة ببعض أخطاء فريق من رجالها ، هي سنة عرفت منذ سنين عن كثير من المستشرقين وعن غير الصادقين من الباحثين ، أو هو اتهام صادر في حقيقة أمره عن نظر الى سفتح ذلك الطود الأشم ، أو الى سطح ذلك اليم الخضم ، دون نظر الى تلك القمم والآفاق ، أو الى تلك الأغوار والأعماق .

ذلك كله سوف يتبين بجلاء أكثر ، وبأسانيد أوفى وأوفر ، حين نقدم بحثنا عن « المبادئ الدستورية ونظام الحكم في الاسلام » ، ذلك البحث الذي بدأناه مع بداية عام ١٩٥٩ ، ولم نكد نصل الى نهايته ، ونبدأ في كتابته - وكان ذلك منذ نحو عامين - حتى تبين لنا بأجلى بيان ، بلغ حد الايمان - كما ذكرنا في مقدمة هذا البحث - أن كل بحث علمي جدي عن « المبادئ الدستورية ونظام الحكم في الاسلام » يجب أن تمهد له أولاً ببيان مصادر تلك المبادئ وذلك النظام . ذلك هو النهج السليم ، وتلك - كما بينا - هي سنة البحث العلمي القويم ، وذلك هو السبيل الذي نصل به - كما ذكرنا في المقدمة - الى حسم الكثير من أوجه الخلاف حول ذلك الموضوع الأساسي الذي لم يكن بحثنا هذا الاتمهيداً له وهو موضوع « المبادئ الدستورية ونظام الحكم في الاسلام » ، وهو بحث أرجو أن أوفق الى اخراجه ونشره بعد أمد غير طويل ، والله الموفق الى سوى السبيل .

اسكندرية في ١٩٦٣/١/٦

فهرس

مقدمة عامة : المهج العلمى للبحث، خطة البحث وأهدافه وبيان أوجه أهميته .

المبحث الأول : خصائص الشريعة الاسلامية .

- ١ - تشريع الهى وتشريع وضعى .
- ٢ - الأحكام الشرعية ذات صبغة كلية .
- ٣ - المرونة ومراعاة ظروف البيئة - اتهام المستشرقين للشريعة بالمحمود ومناقشته .
- ٤ - صبغة عالمية (غير ذات صبغة اقليمية) .
- ٥ - التيسير والتخفيف (« نفى الحرج ») .
- ٦ - روح الاعتدال .

صفحة

المبحث الثانى : مصادر الشريعة كما بينها الأصوليون من علماءها ٣٦

الفرع الأول : المصادر المتفق عليها : ٣٧

- ١ - القرآن - ملحوظات وبيانات عامة - خصائصه .
- ٢ - السنة - مشكلة تدوينها - أنواعها باعتبار سندها وأهمية التفرقة بين أنواعها من حيث ثبوتها ومن حيث حجيتها - مرتبة السنة بالنسبة لغيرها من مصادر الشريعة - متى تعد السنة مصدراً من مصادر الشريعة - ما يعد وما لا يعد من السنة " تشريعاً عاماً " (سارياً مدى الأبد) ٤٤
- ٣ - الاجماع - تعريفه وأركانه - أنواعه (الاجماع الصريح ، والاجماع الضمنى أو "السكوتى") - القوة القانونية للاجماع - مصدر حجيته - مقارنة بين الاجماع و"الفقه المجمع عليه" (مفهومه لدى رجال القانون الوضعى فى مصر) ٥٩
- ٤ - القياس - تعريفه فى اصطلاح الأصوليين - بين القياس والاجماع - بين القياس والاجتهاد - أركان القياس - الأحكام الشرعية التى لا يجزى فيها القياس - الاستثناء وهل يجوز القياس عليه (فى الشريعة ، وفى الفقه

الوضعي) - أدلة حجية القياس - ازدهار القياس بعد الفتوحات الاسلامية
أوجه الاختلاف بين التشريعين الاسلامي والمصري بصدد القياس - الخلاف
حول القياس والانتقادات الموجهة اليه ٧٣

الفرع الثاني : المصادر المختلف عليها :

١ - الاستحسان - تعريفه - التفرقة بينه وبين القياس - العمل بالاستحسان
أنواعه : ٩٠

(ا) الميل عن القياس الجلي الى القياس الخفي .

(ب) الاستثناء من حكم كلي .

أدلة حجية الاستحسان ، ونقده .

٢ - المصالح المرسله - تعريفها وشروطها - أدلة حجتها - الانتقادات
الموجهة اليها - الاتفاق حول مبدأ الأخذ " بالمصلحة " ٩٥

٣ - العرف - تعريفه وأركانه - أدلة حجته - القوة القانونية للعرف -
انكاره كمصدر مستقل ١٠١

٤ - الاستصحاب - تعريفه - أدلة القائلين بحجته - النتائج أو المبادئ
الشرعية المترتبة على العمل بالاستصحاب - ملحوظات ١٠٧

٥ - شرع من قبلنا - تعريفه وأدلة القائلين بحجته ، وأدلة خصومه ١٠٩

٦ - مذهب الصحابي - تعريفه - أدلة القائلين بحجته ، وأدلة خصومه ١١٢

المبحث الثالث : القانون الروماني ومصادر الشريعة الاسلامية ١١٦

الفرع الأول : الرأي القائل بأن الشريعة تأثرت بالقانون

الروماني أو بأن هذا القانون من مصادرها : ١١٩

التشابه بين بعض الأنظمة القانونية (في الروماني والشريعة) وبيان أسبابه

الفرع الثاني : مناقشة ذلك الرأي : ١٢٢

١ - هل التشابه بين نظامين قانونيين يعد حتماً دليلاً على أن أحدهما تأثر
بالآخر ؟

٢ - وإذا اجتمعت حضارتان في بلد واحد احدهما أسمى وأعلى من
الأخرى ، فهل يؤدي اجتماعهما الى أن تقلد أدناها أعلاهما ؟

٣ - وإذا سلمنا أن الرومان وصلوا الى مستوى حضارى أعلى مما وصل اليه
العرب فهل يترتب على ذلك حتماً أن يكون القانون الروماني في مستوى
أعلى من التشريع الاسلامي .

- ٤ - وهل تأثر الفقه الاسلامى حقا بما نقله اليه بعض فقهاء المسلمين الذين نشأوا في سوريا فنقلوا معهم القانون الرومانى .
- ٥ - وهل يصح القول بأن الفقهاء المسلمين أطلعوا على الفقه الرومانى في عصر ترجمة التراث الغربى .
- ٦ - وهل يعد أخذ العرب المسلمين بالعرف السائد في البلاد التى فتحوها تأثرا من جانب الاسلام بالقانون الرومانى .
- ٧ - وهل انتقل القانون الرومانى الى الفقه الاسلامى عن طريق الثقافة اليهودية .
- ٨ - وهل يصح القول بأن ذلك القانون انتقل الى ذلك الفقه عن طريق بعض ذوى الثقافة الأغريقية العالية الذين دخلوا في الاسلام .
- ٩ - وهل انتقل ذلك القانون عن طريق مدرسة الاسكندرية .

الفرع الثالث : الرأى القائل باستقلال الشريعة عن القانون الرومانى

• بيان أدلة هذا الرأى : ١٣٩

- (أولا) استقلال الشريعة من حيث نشأتها وتطورها .
- (ثانياً) الاختلاف في اللغة الفقهية .
- (ثالثاً) وجود مبادئ ونظم جديدة في الشريعة لا وجود لها في القانون الرومانى .
- (رابعاً) وجود مبادئ وأنظمة في القانون الرومانى لا وجود لها في الشريعة .
- (خامساً) شهادة بعض المستشرقين وبعض المؤتمرات الدولية للقانون المقارن
- خاتمة : ملاحظات ختامية :
- ١ - تأثر القانون الرومانى بتشريعات شرقية وبالفقه الاسلامى .
- ٢ - مدى تأثر العرب بالبلاد التى فتحوها (وذلك في ميدان التشريع) .
- ٣ - تأثر العرب بالفرس .

المبحث الرابع : مصادر الأحكام الدستورية في الشريعة الاسلامية

(في العصر الحديث) : ١٤٧

كلمة تمهيدية

الفرع الأول : مصادر الأحكام الدستورية :

(أولا) القرآن - ملاحظات عامة ١٤٩

(ثانياً) السنة - ما يعد من أنواع السنن مصدراً من مصادر القانون
الدستورى فى الشريعة الاسلاميه - ما يعد من سنن الأحكام الدستورية " تشريعاً
عاماً " (أبدياً) ١٥١

(ثالثاً) التشريع الدستورى الصادر من " أولى الأمر " : أدلة
حجية هذا التشريع - حدود طاعة أولى الأمر - ملحوظات ختامية ١٦٦

الفرع الثانى : المصادر الأخرى للشريعة وميدان الأحكام الدستورية
بيان ألا مكان لها فى هذا الميدان فى عصرنا هذا ١٧٠

١ - الإجماع : المطلب الأول :

بحث فى هل يعد الإجماع من مصادر الأحكام الدستورية فى هذا العصر -
الاعتراض القائل بإمكان الأخذ بالإجماع الضمنى (أو " السكوتى ")
ومناقشته - الاعتراض القائل بإمكان انشاء " مجمع للتشريع الإسلامى "
ومناقشته ١٧٠

المطلب الثانى :

بحث فى هل يعد الإجماع بصدد الأحكام الدستورية فى أحد العصور السالفة
ملزماً لنا فى هذا العصر ؟ ١٨٠

٢ - القياس : أسباب عدم الأخذ بالقياس فى هذا المقام

المطلب الأول : ١٨٥

القياس ليس مصدراً من مصادر القانون :

١ - لدى علماء الأصول .

٢ - لدى علماء الفقه الوضعى الحديث .

(أ) نظر الفقهاء الألمان .

(ب) نظر الفقه الفرنسى - مدرسة التزام النص (أو الشرح على

التون) ، والمدرسة العلمية .

(ج) الفقه المصرى وضعف عنايته بهذا الموضوع وبيان ماساده

من خلاف وتردد بهذا الصدد - نبذ فكرة اقتباس التفرقة

بين القياس الجلى والقياس الخفى ، وبين العلة والحكمة ، من

الشريعة وادخالها الى الفقه المصرى .

المطلب الثاني

لا مكان للقياس في ميدان القانون الدستوري أو ميدان الأحكام الدستورية

- في الشريعة في هذا العصر ٢٠١
- ١ - في القانون الدستوري (الوضعي) .
- ٢ - في الشريعة الاسلامية - أقياس في التاريخ الدستوري الاسلامي .

٣ - المصادر المختلف عليها

المطلب الأول ٢٠٨

- الاستحسان ، والمصالح المرسله ، والعرف .
- كلمة تمهيدية في بيان أسباب الجمع بين هذه الثلاثة .
- (أولاً) هل يصح أن تعد في عداد المصادر .
- (ثانياً) هل كان للاستحسان أو المصالح المرسله والعرف مكان في ميدان الأحكام الدستورية في تاريخ التشريع الاسلامي .
- (ثالثاً) هل تعد الأحكام الشرعية الدستورية في هذا المقام والصادرة في عصر سابق حجة ملزمة لنا في العصر الحديث .
- التفرقة بين العرف (كما عرفه علماء الشريعة) والعرف في الشؤون الدستورية .

المطلب الثاني ٢١٦

- الاستصحاب ، وشرع من قبلنا ، ومذهب الصحابي .
- كلمة تمهيدية في بيان أسباب الجمع بين هذه الثلاثة .
- بيان عدم جواز اعتبارها جمعاً في عداد المصادر ، فضلاً عن أنه لا مكان لها في ميدان الاحكام الدستورية .

خاتمة ٢١٩

