وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الجلفة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

محاضرات:

مدخل الشريعة الإسلامية

موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق

الأستاذ: حمادي نورالدين

السنة الجامعية 2023/2022

مقدمة :

الحمد لله نحمده ، ونستعين به ونسترشده ، ونؤمن به ونتوكل عليه، ونثني عليه الخير كله والصلاة والسلام على نبيه ورسوله محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

وبعد : فهذه دراسة تاريخية حول حركة الدرس الفقهي وأصوله، ولا يخفى أن دراسة تاريخ الفقه من الضرورة بمكان، وذلك لما في هذه الدراسة من فتح عيون الناس قاطبة على عظمة هذا الفقه وأصالة أصوله ومنطلقاته، كما تفتح عيون العالم على عظمة هؤلاء العلماء الذين ساهموا في بناء صرح هذا التشريع العظيم مما لا تجد له في أمة من الأمم نظير .

ومن جهة أخرى فإننا نجد أن عقول أجيال من الطلاب في الدراسات القانونية قد صيغت – عمدا أو إهمالا – على نحو لا يعرف فيه إلا ما ندر عن التشريع الإسلامي، وهذه الصياغة بقدر ما هي انفصال عن هذا التشريع وانحياز إلى خصومه، فإنها في الوقت ذاته لا تمثل اتصالا حقيقيا بالغرب - في وجهه الإيجابي – يتجاوز بنا الهوة الحضارية، ويتقدم بأمتنا – في استقلال وتحرر – نحو الغد المأمول، فنحن في الحساب الأخير ابتعدنا عن الإسلام وخسرنا الحضارة .

ومن الغريب أنه تقام في الغرب مراكز لدراسة الإسلام - عقيدة وفقها وحضارة – في جامعات أوروبا وأمريكا، ويتفرغ لذلك علماء، وتكتب أطروحات، وتنشأ درجات وكراسي علمية، كل ذلك يدور من حولنا ونحن في غفوة، فلا يزال ينظر لدرسنا الفقهي على أنه متون، وصفحات تاريخنا الفقهي الناصع تُغيب من مناهج الدراسات القانونية في جامعاتنا.

ومن الضروري بمكان اليوم أن يتغير الدرس الفقهي منهجا وأسلوبا، فلابد من حركة في اتجاه الماضي تعيد طرح الفكر وكتابة التاريخ، حتى يصبح الفقه فاعلية معاشة في العقل والمجتمع، دون التقليل من الجهود الجبارة في هذا المجال والتي نتج عنها العديد من الموسوعات، والأطروحات الجامعية، والدراسات الأكاديمية، ولابد من حركة في اتجاه الحاضر، تجدد منهج التفكير والنظر لدى الباحثين والطلاب في كليات القانون، للدرس الفقهي الإسلامي، بنفس الرغبة في تقنين الشريعة .

وعليه فإن هذه الدراسة تأتي كمساهمة متواضعة الغاية منها تمكين طلبة الحقوق من معرفة التشريع الإسلامي بصورة منهجية ومعاصرة.

والله والي التوفيق

الفصل الأول : مقدمات منهجية

المراد من عقد هذا الفصل، هو تعريف طلبة القانون على أهم المصطلحات والمفاهيم التي لا غنى عنها لفهم الدرس الفقهي، حيث عمدنا إلى التعرض لهذا المصطلحات بالشرح الدقيق، لنزود الطلبة بمفاتيح تسهل عليهم فيما بعد التعمق أكثر في فهم التشريع الإسلامي .

المبحث الأول : الشريعة والفقه

المطلب الأول : الشريعة والدين

1/ الدين : لغة : للدين معان كثيرة وردت في لغة العرب منها :

أ/ الطاعة والخضوع: يقال دنت لله تعالى بمعنى أطعته وخضعت له .

ويقال دان ديانة فهو دين ومتدين [1]

ب/ الجزاء والحساب: من ذلك قوله تعالى : ((مالك يوم الدين))[2] أي يوم حساب الخلائق، وهو يوم القيامة .

ج- العادة والشأن : تقوم العرب: ذلك ديني وديدني ، أي عادتي وشأني[3] .

اصطلاحا : (وضع إلهي سائق لذوي العقول باختيارهم إياه إلى الصالح في الحال والفلاح في المآل)[4] .

ومعنى ذلك أن الدين أحكام إلهية وضعها الله تعالى للناس يراد بها إصلاح أحوال الناس في الدنيا ، وفلاحهم في الآخرة . ويطلق الدين على ملة كل نبي .

ومن هنا يظهر أن لفظة الدين في اصطلاح الفقهاء هي مجموعة العقائد والأحكام التي أنزلها الله تعالى على عباده ، ثم إن المراد بالدين هو الإسلام فلا يقبل أن يتعبد احد بغيره قال تعالى((إن الدين عند الله الإسلام))[5] .

2/ الشريعة : لغة: وهي مورد الناس للاستقاء . وسميت بذلك لوضوحها وظهورها وجمعها شرائع، والعرب لا تسميها شريعة حتى يكون الماء كثيرا لا انقطاع له[1] .

---

[1]- ابن منظور، لسان العرب، الدال مع الياء .

[2]- الفاتحة الآية 03

[3]- ابن منظور، نفس المصدر .

[4]- كشاف اصطلاحات الفنون، 503/1

[5]- آل عمران الآية 19 .

اصطلاحا : الشرع والشريعة والشِرْعة في الاصطلاح ما شرعه الله للناس من قواعد الدين سواء كانت متعلقة بالعقيدة الدينية أم بالأخلاق أم بأفعال المكلفين من عبادات ومعاملات[2]، وبالتالي تكون تلك المصطلحات مترادفات في المعنى، ومن الشرع والشريعة اشتق شَرَعَ بمعنى أنشأ وسنَّ، والتشريع مصدر شرّع، وهو سن الشرع وبيان الأحكام وإنشاء القوانين .

وفي تحديد معنى الشريعة يقول الشاطي:((إن معنى الشريعة أنها تحد للمكلفين حدودا في أفعالهم وأقوالهم واعتقاداتهم ، وهو جملة ما تضمنته))[3] .

هذا ويجري الأمر في بعض الكليات الإسلامية والقانونية على إطلاق تعبير "الشريعة الإسلامية " على " الفقه الإسلامي " وكأن الشريعة مرادفة للفقه ، في حين أنه أعم من الفقه وهو يشكل جزءا منها فقط .

المطلب الثاني: الفقه

لغة: مدار الفقه في لغة العرب على الفهم ، قال تعالى ((واحلل عقدة من لساني يفقهوا قولي))[4] أي يفهموه، ومنه دعاء النبي صلى الله عليه وسلم لابن عباس حين قال :(اللهم علمه الدين، وفقهه في التأويل)[5] .

والعرب تقول للعلم فقها وللعالم فقيها، لأنه يعلم بفهمه، على مذهب العرب في تسمية الشيء بما كان سببا له[6]

و تفسير الفقه بالفهم يدلنا على أن الفقه يتعلق بالمعاني لا بالذوات، فتقول:فهمت الكلام، ولا تقول: فهمت الرجل، بل عرفته .

اصطلاحا : الفقه في اصطلاح المتأخرين معناه علم القانون الإسلامي ، وخصه المتأخرون بعد الصدر الأول بالعلم بالأحكام الشرعية العملية .

وعرف الآمدي الفقه بأنه ((العلم بالأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية))[7] .

---

[1]– المصباح المنير، الشين مع الراء .

[2]– محمد مصطفى شلبي، المدخل في الفقه الاسلامي ، ص 27 .

[3]– الشاطي، الموافقات 88/1 .

[4]– طه آية 27-28 .

[5]– البخاري بشرح فتح الباري، 244/1 .

[6]– الخطيب البغدادي، الفقيه والمتفقه 5/1

[7]– الآمدي، الأحكام في أصول الأحكام 5/1

وهذا التعريف للفقه في غاية الدقة، إذ أنه يظهر وجهه نظر علماء المسلمين الخاصة لعلم الحقوق، وفي ما يلي إيضاح عناصر هذا التعريف :

1/ **علم** :فهو ذو موضوع خاص وقواعد خاصة، وعلى هذا الأساس درسه الفقهاء في أبحاثهم .

2/ **الأحكام** :ج. حكم : وهو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاء أو تخييرا أو وضعا.

أ/ **الخطاب** :هو توجيه الكلام نحو مخاطب لإفهامه، ومعنى تعلق الخطاب بفعل المكلف ارتباطه به على وجه يبين صفته من كونه مطلوبا أو غير مطلوب، وكونه خطاب الله تعالى يعني كل خطاب مطلق سواء أكان منسوبا إليه تعالى مباشرة كالكتاب الكريم، أم بالواسطة كالسنة والإجماع والقياس وغيرها من الأدلة الشرعية، لأن هذه الأدلة في الواقع راجعة الى الله تعالى، وهي كلها في الحقيقة معرفات لخطاب الله تعالى وليست مثبتات .

ب/ **المتعلق بأفعال المكلفين** : قيد احترز به عن المتعلق بذاته الكريمة كقوله تعالى "شهد الله أنه لا إله إلا هو "[1] وعن المتعلق بالجمادات كقوله تعالى "ويوم نسير الجبال "[2]. والمكلف هو البالغ العاقل الذي لم يمتنع تكليفه .سواء أكان واحدا أو أكثر .

ج/ **الاقتضاء** : معناه الطلب .وهو ينقسم إلى طلب فعل وطلب ترك ويتضمن هذا اللفظ أقسام الحكم التكليفي وهي :

1/ **الواجب** : ويسمى أيضا الفرض وهو ما طلب الشارع فعله من المكلف طلبا جازما مثل قوله تعالى :" وأقيموا الصلاة ".[3]

وحكم الواجب أنه يلزم الإتيان به، حيث يثاب فاعله ، ويعاقب تاركه .

الواجب الكفائي: وهو ما طلب حصوله من غير نظر إلى من يفعله وإما يطلب من مجموع المكلفين، كالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر .

وحكمه: أنه يجب على الكل، وأنه إذا فعله احد المكلفين سقط الطلب عن الباقين، وارتفع الإثم عنهم جميعا، وإذا أهمله الجميع أثموا جميعا .

2/ **المندوب (لغة)**: هو الدعاء إلى الفعل واصطلاحا :هو ما طلب الشارع فعله من المكلف طلبا غير جازم .ويعرف الندب بصيغة تدل عليه كقوله صلى الله عليه وسلم :" من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت

---

[1]- آل عمران آية 18

[2]- الكهف آية 47

[3]- البقرة آية 43

...."[1].أو بصيغة الأمر مع وجود قرينة تصرفه عن الإلزام إلى غيره نحو قوله تعالى : ((يأيها الذين أمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه))[2] ، فالأمر بكتابة الدين للندب بدليل القرينة الصارفة، وهي في نفس الآية ((فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي اؤتمن أمانته))[3].ويسمى المندوب أيضا بالسنة، ومنه المؤكد، وغير المؤكد .

وحكمه: أنه يثاب فاعله، ولا يعاقب تاركه.

3- الحرام : هو ما طلب الشارع تركه على وجه الحتم والإلزام. مثل قوله تعالى: ((وأحل الله البيع وحرم الربا))[4].

وحكمه : أنه يعاقب فاعله، ويثاب تاركه .

4- المكروه : هو ما طلب الشارع تركه لا على وجه الحتم والالتزام .

مثل قوله صلى الله عليه وسلم : ((... وكره لكم ثلاثا: قيل وقال ، وكثرة السؤال ، وإضاعة المال))[5] .

وتأتي الكراهة بصيغة النهي المقترن بقرينة تدل على أنه للكراهية مثل قوله تعالى: ((لا تسألوا عن أشياء إن تبدلكم تسؤكم))[6] فإنه اقترن بصارف إلى الكراهية وهو قوله تعالى ((وإن تسألوا عنها حين ينزل القرآن تبد لكم عفا الله عنها ، والله غفور رحيم))[7] .

وحكمه: يثاب تاركه، ولا يعاقب فاعله.

3- تخييرا: وهو القسم الخامس من أقسام الحكم التكلفي وهو المباح :

لغة : وهو المأذون .**اصطلاحا** : هو ما خير الشارع المكلف بين فعله وتركه ، أو هو ما لا يتعلق بفعله مدح ولا ذم . ومن أمثلة الإباحة قوله تعالى : ((اليوم أحل لكم الطيبات))[8] .

وقوله تعالى: ((وإذا حللتم فاصطادوا))[9] **وحكمه** : أنه لا ثواب ولا عتاب على فعله أو تركه .

---

[1]- سنن أبي داود، والترمذي .

[2]- البقرة آية 282

[3]- البقرة 283

[4]- البقرة 275

[5]- متفق عليه، سبل السلام 162/4

[6]- المائدة آية 101

[7]- المائدة 102

[8]- المائدة آية5

9- المائدة آية 2

هـ/وضعا:وهو خطاب الله تعالى الوارد بجعل الشيء سببا أو شرطا أو مانعا أو صحيحا[1].ويتضمن هذا اللفظ

أقسام الحكم الوضعي وهي:

1/ السبب :**لغة** : ما يتوصل به إلى غيره .**واصطلاحا** :هو ما يوجد عنده الحكم لا به، سواء أكان مناسبا للحكم أم لم يكن كذلك .

مثال ذلك: السفر سبب لجواز الفطر في رمضان، والاسكار سبب ظاهر لتحريم الخمر وهو وصف مناسب والسبب أعم في مدلوله من العلة، فكل علة سبب وليس كل سبب علة، فمثلا عقد البيع الدال على الرضا ينقل الملكية، فيقال له: علة وسبب . وأما زوال الشمس عن وسط السماء فيقال له: سبب، ولا يقال له علة[2].

2/ الشرط : **لغة** : مصدر بمعنى إلزام الشيء والتزامه . **اصطلاحا**: هو الوصف الظاهر المنضبط الذي يتوقف عليه وجود الحكم من غير تأثير فيه .**مثال** : الطهارة شرط للصلاة ، والرشد شرط لدفع مال اليتيم إليه .

3/ المانع :هو ما يلزم من وجوده عدم الحكم أو بطلان السبب أو هو ما يلزم من وجوده العدم ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم لذاته **مثال** : الأبوة المانعة من القصاص في القتل العمد العدوان، والقتل المانع من الميراث.

4/ الصحة : ومنه الصحيح : وهو ما يصدر من أفعال المكلف مستوفيا شروطه وأركانه على الكيفية المطلوبة وتترتب عليه آثاره الشرعية .

ويظهر معناه في المعاملات بأن تترتب عليها الآثار المقصودة منها، وأثر المعاملة ما شرعت له، فالبيع شرع لنقل الملكية، فنقل الملكية أثر، والإجارة شرعت لاستيفاء المنفعة لأحد المتعاقدين في الذمة[3].

5/ الفساد أو البطلان : هو ما يصدر على غير الصورة السابقة، سواء أكان لاختلال ركن من أركانه أم لفقد شرط من شروطه، سواء أكان عبادة أم عقدا أم تصرفا . وهذا يشمل الباطل والفاسد، وهما سواء في العبادات والمعاملات[4]

1- أبو زهرة، أصول الفقه، ص65.

2-محمد سلامة مدكور، مباحث الحكم، ص 135

3- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق 104/1 .

4- نفس المرجع، ص 105 .

6/ العزيمة : لغة : القصد المؤكد . **اصطلاحا** : " ما شرع من الأحكام الكلية ابتداء لتكون قانونا عاما لكل المكلفين في جميع الأحوال، كالصلاة والزكاة وسائر الشعائر الإسلامية الكلية "[1] .

الرخصة : لغة : التسيير والتسهيل .

اصطلاحا : هي ما شرع لعذر شاق استثناء من أصل كلي يقتضي المنع، مع الاقتصار على مواضع الحاجة فيه[2] .والعذر هو المشقة والحاجة، وأمثلتها : التلفظ بالكفر عند الإكراه ، والأكل من الميتة عند الضرورة .

المبحث الثاني : أقسام الفقه الإسلامي

المطلب الأول : موضوعاته

عند بداية التدوين لكتب الفقه قسم الفقهاء موضوعات القانون إلى قسمين كبيرين هما قسم العبادات، وقسم المعاملات .

مباحث قسم العبادات : موضوعاتها :

1- الطهارة : وبحثوا فيها : المياه والنجاسات ، الوضوء ، الغسل ، التيمم ، الحيض ، النفاس .

2- الصلاة .3- الزكاة .4- الصيام . 5-الاعتكاف . 6- الجنائز .7- الحج والعمرة .8- المساجد وفضلها وأحكامها .9- الأيمان والنذور . 10- الجهاد . 11- الأطعمة والأشربة .12- الصيد والذبائح

مباحث قسم المعاملات : موضوعاتها

1- الزواج والطلاق . 2- العقوبات (الحدود والقصاص والتعزير) .3- البيوع .4- القرض .5- الرهن .6- المساقاة . 7- المزارعة . 8- الإجارة . 9-الحوالة .10- الشفعة . 11- الوكالة .12- العارية .13- الوديعة .14- الغصب .15- اللقيط .16-الكفالة .17- الجعالة .18- الشركات . 19- القضاء . 20- الأوقاف .21- الهبة . 22- الحجر . 23- الوصية . 24- الفرائض .

الفرق بين العبادات والمعاملات:

1- إذا كان الغرض الأول من الأحكام الشرعية التقرب إلى الله وشكره وابتغاء الثواب، جعل هذا في قسم العبادات، كالصلاة والصوم ... وإذا كان المقصود منه تحقيق مصلحة دنيوية، أو تنظيم علاقة بين فردين، أو جماعتين فإنهم يضعون هذا النوع في قسم المعاملات.

---

[1]- الشاطبي، الموافقات، 300/1 .

[2]- نفس المصدر، 301/1

2- لاحظ الفقهاء أن الأصل في العبادات أنها غير معقولة المعنى، جاءت بها النصوص آمرة أو ناهية، لا يعلم حقيقتها إلا الله تعالى، وأما العادات فالأصل فيها أنها معقولة المعنى، وتعليلها أتاح للفقهاء إمكانية الاجتهاد فيها على اعتبار أنها في معظمها جاءت على شكل أصول كلية، مما يجعلها صالحة لكل زمان ومكان .

3- العبادات لا بد للمكلف من نية التقرب بها إلى الله تعالى، وأما المعاملات فلا يشترط في صحة فعلها نية التقرب، ولكن لا اجر له فيها إلا بنية التقرب إلى الله تعالى .

والملاحظ على أقسام الفقه الإسلامي، أن الفقهاء لم يعنوا قديما ببيان أقسام هذا الفقه وفروعه، كما فعل المعاصرون في القانون الوضعي، لعدم الحاجة حينذاك إلى هذا التقسيم، فالقضاء لم يكن متعدد الجهات ولا محدد الاختصاص كما هو الحال الآن، وكان القاضي المسلم يحكم في كل نزاع يرفع إليه، لا فرق في ذلك بين ما يتعلق بأحوال الأسرة أو بالأموال أو بغيرها[1].

أضف إلى ذلك أن توجه الفكر الفقهي الإسلامي أثناء التدوين كان فروعيا أي أنه إهتم كثيرا بتفريع المسائل عوض التأصيل أو كتابتها على شكل نظريات .

المطلب الثاني: أهم المبادئ الأساسية في النظام القانون الإسلامي2 :

أولا : قسم الحقوق الخاصة

1- الأحوال الشخصية :نظمت الشريعة سائر حقوق الأسرة تنظيما جديدا دون التقيد بشيء من الحقوق العرفية التي كانت عليها الأسرة قبل الإسلام . وشمل هذا التنظيم حقوق الأسرة بمراحلها الطبيعية الثلاث :

أ/ الزواج وانحلاله ونتائجه :

*/ **الزواج** : جعلت الشريعة الزواج عقدا مدنيا كسائر العقود، دون توقف انعقاده على تدخل مرجع ديني، لأنه لا يوجد في الإسلام وساطة بين الله تعالى والناس.ولهذا تعتبر الشريعة الإسلامية أول مؤسس للزواج المدني الذي تأخذ به الشرائع المدنية الحديثة .

وبالنسبة للقرابة المانعة للزواج فيمنع على الشخص زواجه بأحد أصوله أو فروعه أو فروع أوبيه مطلقا، وبالطبقة الأولى من فرع أجداه، فبنت العم وبنت الخال يجوز تزوجها. وبالنسبة إلى أقارب أحد الزوجين يمتنع على كل منها التزوج بأحد أصول الآخر أو فروعه .

---

[1]- مصطفى شلبي، المدخل في القه الإسلامي، ص 35.

[2]- مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام 35/1 وما بعدها .

أما مسألة تعدد الزوجات، فقد اتخذ الإسلام فيها موقفا معتدلا، فأباحه ضمن حدود وشروط، وفي إطار النظر للمصلحة الخاصة والعامة .

وجعل الإسلام من تبعات الزواج حقوقا مالية حيث يكلف الرجل بالنفقة على الزوجة والأولاد، دون أن تتحمل المرأة شيئا من ذلك، إلا على سبيل المساعدة ومن الناحية الأدبية رتب الإسلام واجبات على الطرفين منها طاعة الزوج في حدود الشرع، وحسن المعاشرة بين الطرفين، وتحريم التبني adoption.

***انحلال الزواج** : شرع الإسلام الطلاق عندما تصبح الحياة الزوجية مستحيلة مع أنها كرهته، وجعلت الطلاق مبدئيا بيد الرجل لأنه أقل استعمالا له لكونه يدفع مهرا، غير أنها مكنت المرأة من التخلص من الزوجية في حالة الضرر عن طريق القضاء، أو الخلع .

ب/ الولاية والوصاية

الولاية : سلطة على شخص القاصر لتنشئته وتطبيبه وتعليمه وسائر التصرفات المتعلقة بشخصه ، وقررت الشريعة أن الأولى بها الأقرب فالأقرب للقاصر بشرط أن يتمتع بالأهلية وحسن التصرف .

الوصاية :هي سلطة إدارية على مال القاصر لحفظه وإدارته واستثماره، والوصي يرجع إلى من يختاره الأب أو الجد قبل الوفاة أو القاضي، وللأوصياء صلاحيات ومسؤوليات شرعية مفصلة، وهم مسئولون أمام القضاء عن كل تقصير أو خيانة .

ج/ الميراث : جاءت الشريعة بنظام في الميراث جديد بين الزوجين و الأقارب ومن أسسه ما يلي :

– الإرث جبري بحكم الشرع لا بإرادة المورث، فليس للمورث حرمان وارثه الشرعي من حق الإرث وإن كان له في حياته حرية التصرف في ماله .

– الوارث لا يتحمل ديون المورث كما في بعض الشرائع الحديثة، لأن الإرث شرع نعمة لا نقمة .

– وزعت الشريعة الإرث بنظام خاص بين الأقارب روعي فيه الأقربية إلى الميت. وليس للولد الأكبر امتياز في الإرث أو ما يسمى حديثا droit daine .

للبنت نصف حق أخيها الذكر، وقد أسيء فهم هذه المسألة كثيرا ، وقال البعض إنه ظلم وجور في حق المرأة ، والحقيقة أن المسألة مرتبطة بالتكاليف المالية فالمرأة قبل الزواج أو بعد الطلاق تكون نفقتها واجبة شرعا على الأقرب من رجال أسرتها . أما إذا تزوجت فنفقتها على زوجها ، وليس من العدل أن تأخذ مثل أخيها لأن تبعاته المالية أكثر، كما أن هناك حالات تأخذ فيها المرأة أكثر من الرجل .

2– الحقوق المدنية :

أ/ الالتزامات : اعتبرت الشريعة الإسلامية كل فعل ضار للغير موجبا مسؤولية الفاعل والتزامه بالتعويض عن الضرر ولو كان عن خطأ، فإن كان عن عند يوجب العقوبة أيضا، وللقاضي سلطة واسعة في إجبار كل شخص على تنفيذ التزامه مهما كان موقعه .

ب/ العقود : أقرت الشريعة الأسس الآتية :

– العقد المشروع ملزم لعاقده دون غيره كما أن إقرار الشخص لا يسري إلا على نفسه وحقوقه . والتزام العاقد ينتقل إلى من يخلفه كالوارث أو الموصى له .

– الشروط العقدية حرة وملزمة للعاقدين إلا ما يخالف النظام العام والآداب .

– العقود كلها رضائية، أي أنها تنعقد بالتراضي الحر بمجرد الاتفاق بين الطرفين دون اشتراط شيء من المراسم الشكلية .

– أوجبت الشريعة في إنشاء العقود وتنفيذها حسن النية la bonne foi ، وجعلت كل غش أو تدليس أو تغرير موجبا لخيار الفسخ .

العقوبات في الإسلام ثلاثة

– **الحدود** : وهي عقوبة مقدرة وجبت حقا لله تعالى . تخص الجرائم الخمس التي تمس النظام العام ولا يجوز التنازل عنها.

– **القصاص**: وهو عقوبة مقدرة وجبت حقا للعبد ، وهو للعدوان على النفس ، ويجوز العفو عنه .

– **التعزيز** : عقوبة مقدرة بيد القاضي ، أقلها نظرة احتقار (اللوم) وأعلاه القتل وهي عقوبة يقدرها القاضي للجرائم غير المنصوص عليها ، يكيفها حسب الظروف الزمانية والمكانية والشخصية .

ثانيا : قسم الحقوق العامة

1– الحقوق الدستورية :

أ/ حماية حقوق الإنسان، وضمان ذلك، فحرمت الشريعة التعسف في استعمال الحق وطلبت " درأ العقوبات بالشبهات "[1]

وأعلت من حرية الإنسان دون إخلال بالنظام والآداب العامة . (متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحرارا)[1] .

[1]– وهو نص حديث شريف، " ادرؤوا الحدود بالشبهات"، أخرجه الترمذي في كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود، برقم 1344، والبيهقي في السنن الكبرى كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود بالشبهات 238/8.

ب/ المساواة أمام القانون في جميع الحقوق خلافا لما كانت عليه العرب والفرس والروم، ومن ذلك أن الإسلام حسن من وضعية الرق ونظم لهم حقوقا قانونية مضمونة بالقضاء، ومهدت الشريعة لإلغائه بجعله مفوضا للسلطة الحاكمة، عندما تستعد الأمم لقبول إلغائه فلا تبقى حاجة للمقابلة بالمثل .

ج/ الحكم في الإسلام يقوم على مبدأ الشورى، ولم تحدد الشريعة طريقة معينة لها وتركت ذلك بحسب المصلحة، وأوجبت الشريعة مبدأ اختيار الحاكم انتخابه دون تعيين مسبق، وبذلك تتنافى الشريعة مع مبدأ وراثة الحكم، بل على الأمة أن تختار دائما الأكثر كفاءة للسلطة العليا .

2- الحقوق الإدارية :

أعطت الشريعة للحاكم صلاحيات إدارية غير محدودة، وهو بذلك يعمل على تنفيذ النصوص الشريعة المقدرة سابقا بحسب مقتضيات الأحوال .

وهذا لا يتنافى مع مبدأ الفصل بين السلطات، فإذا رأت الأمة مصلحة في جعل سلطة التشريع بيد البرلمان كما هو اليوم، فيجوز ذلك ما دام القصد من ذلك رعاية مصلحة الأمة، وكل هذه التنظيمات تخضع للاجتهاد .

والحاكم في الشريعة عمله منوط برعاية ما هو أصلح للأمة، فهو مسئول أمام الله تعالى وأمام الأمة، والرعية مأمورة بطاعة الحاكم في جميع شؤون الإدارة والحكم مع الحق في المعارضة في حال انحراف لقوله صلى الله عليه وسلم : " لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق "[2]، وفق تدابير يتم الاحتكام إليها، تحفظ حق الأمة وهيبة الدولة، إذ لا يجوز تغيير منكر بمنكر أكبر منه .

3- الحقوق الدولية :

أقرت الشريعة جملة من المبادئ منها :

- الشعوب جميع متساوية في الحقوق الإنسانية والأخوة الإنسانية .

- أساس العلاقة بين المسلمين يقوم على السلم لا على الحرب والاحترام المتبادل والعدالة وحماية الرعايا وحقوق الدول، وفي حالة الحرب لا يجوز تجاوز الحد الذي يدفع به العدوان، فلا يجوز التعذيب، ولا التمثيل بالقتلى، وقتل من لا يقاتل أو التعرض للمدنيين والعزل، ولا رجال الدين والأطفال، أو القيام بأي عمل إرهابي يؤذي المدنيين .

---

[1]- مقولة لعمر بن الخطاب رضي الله عنه، الذي عاقب ابن أمير مصر وفاتحها عقوبة شديدة، لأنه تجاوز على حرية نصراني (قبطي) وهي حادثة مشهورة.

[2]- سنن أبي داود، ومسند أحمد

– وجوب احترام المعاهدات بين الدول الإسلامية والعقود بين الأفراد، وحسن النية في تنفيذها .

– لا تجوز المحاربة دون إنذار، ومن ذلك حادثة الخليفة الأموي عمر بن عبد العزيز مع وفد سمرقند[1].

– المعاملة بالمثل جائزة إلا فيما يخالف المبادئ الإسلامية، ومن ذلك أن الإمام الأوزاعي أفتى بعدم جواز قتل الرهائن معاملة بالمثل للروم، مستندا لقوله تعالى ((ولا تزروا وازرة وزر أخرى)) .

المطلب الثالث : خصائص التشريع الإسلامي

تكلم الباحثون عن خصائص التشريع الإسلامي بإسهاب في مناسبات عديدة ومجالات مختلفة ومراعاة للإيجاز عن الخصائص نجمل القول في الأمور التالية :

1– المصدر الإلهي للتشريع

فالفقه الإسلامي مصدره الله تعالى، وإن نسب إلى عالم من العلماء كمذهب الإمام مالك فهو اجتهاد وفق النصوص التي أنزلها تعالى ، ولذا نجد بن القيم الجوزية يعنون أحد كتبه بـ : أعلام الموقعين عن رب العالمين، فكان المفتي والمجتهد يوقع عن الله تعالى، ولأجل ذلك فإن التشريع الإسلامي كله رباني المصدر قال تعالى :((ونزلنا عليك الكتاب تبيانا لكل شيء وهدى ورحمة وبشرى للمسلمين))[2] .

أما الرسول صلى الله عليه وسلم فهو الداعي إلى هذا المنهج، قال الله تعالى: ((والنجم إذا هوى . ما ضل صاحبكم وما غوى وما ينطق عن الهوى . إن هو إلا وحي يوحى))[3].

فتشريعات الإسلام في أسسها وأحكامها من الله تعالى، ولهذا نرى الله تعالى تعقب على الكثير من الأحكام بالإشارة لمصدرها. مثل قوله تعالى: ((فريضة من الله ، والله عليم حكيم))[4] وقوله ((تلك حدود الله))[5]

ومن ثمرات ذلك :

أ/ عدم التناقض والتطرف : لأنه صفة العقل البشري المتسم بالتطور والانتقال من حال إلى حال حسب الظروف، وقلما نجد أفكار شخص على نسق واحد في جميع مراحل حياته .

ب/ الاحترام والانقياد لها : لأن مصدرها الله تعالى العادل الذي لا يحابي فئة على فئة، فالأحكام للجميع ، والله تعالى حكيم يعلم ما يصلح لخلقه، قال تعالى: ((كتاب أحكمت آياته ثم فصلت من لدن حكيم خبير))[1] .

---

[1]– البلاذري ، التاريخ، ص 428

[2]– النحل الآية 89 .

[3]– النجم الآية 1–4

[4]– التوبة الأية 60 .

[5]– الطلاق الآية 1

ج/ التحرر من عبودية الإنسان للإنسان، فليس للحاكم أن يستبد وأن يلزم الناس بوضع تشريع من عنده ، ويطلب الناس باحترامه، لأن هذا منهج فرعون .

2/ الإنسانية :

الوحي الإلهي لم يلغ دور العقل الإنساني في فهم الوحي، والاستنباط منه والقياس عليه وملء الفراغات التشريعية المسكوت عنها .

وكلمة الإنسان تكررت في القرآن 63 مرة، وكلمة الناس 240 مرة وبن آدم 06 مرات وأبرز الدلائل على أن القرآن كتاب الإنسان و أول ما نزل خاطبه .

والبعد الإنساني واضح في تشريعات الإسلام، منها تقرير مبدأ استخلاف الإنسان في الأرض قال تعالى: ((وإذ قال ربك للملائكة إني جاعل في الأرض خليفة))[2] ، وتستخير الكون لخدمته .

والإسلام نظر للإنسان نظرة موضوعية فلم يؤله كما فعلت بعض الفلسفات مثل الوجودية، ولم يحط من قيمته، ويقلل من حريته مثل الشيوعية ومن نتيجة ذلك تم إقرار مبادئ منها : إقرار حقوق الإنسان، المساواة أمام القانون وغيرها .

3- الشمولية :

التشريع الإسلامي شامل، فهو لا يشرع للفرد دون الأسرة ، وللأسرة دون المجتمع ، ويشمل التشريع الفرد في سلوكه الخاص والعام وهذا يشمل ما يسمى (الحلال والحرام) ويشمل التشريع الأحوال الشخصية، ويشمل التشريع العلاقات المدنية والتجارية والجنائية والدولية إلى غير ذلك .

والتشريع استوعب الحياة كلها، والإنسان كله في كل أطوار حياته وفي كل مجالات حياته، ولا يجوز تجزئة أحكام الإسلام فنأخذ بأحكام العقيدة والأخلاق وندع أحكام التشريع، فقد عاب القرآن الكريم على بني إسرائيل تجزئتهم أحكام دينهم . ((أفتؤمنون ببعض الكتاب وتكفرون ببعض، فما جزاء من يفعل ذلك منكم إلا خزي في الحياة الدنيا))[3] .

4- الوسطية : وهي أبرز خصائص الإسلام، ويعبر عنها بالتوازن والاعتدال ويقصد بالتوازن أن لا يطغى طرف على الأخر مثل الروحية و المادية ، والفردية والجماعية والواقعية ، والمثالية ... وإلى هذه الخصوصية

---

[1]- هود الآية 1

[2]- البقرة : 30

[3]- البقرة الآية 85

يشير قوله تعالى مخاطبا أمة الإسلام ((وكذلك جعلناكم أمة وساطا لتكونوا شهداء على الناس ويكون الرسول عليكم شهيدا .)) [1] .ووسطية الأمة الإسلامية مستمدة من وسطية الإسلام منهجا ونظاما .

والوسطية تعني العدل، والاستقامة، والخيرية، والأمن والقوة ولها مظاهر كثيرة في الاعتقاد والشعائر والأخلاق والذي يهمنا هو الوسطية في التشريع، والإسلام وسط في التحليل والتحريم، بين اليهودية التي أسرفت في التحريم، وكثرت فيها المحرمات نتيجة ظلمهم وعنتهم قال تعالى: ((فبظلم من الذين هادوا حرمنا طيبات أحلت لهم))[2] ، وبين المسيحية التي أسرفت في الإباحة .

5- الواقعية :

ليس المراد بالواقعية ما قصده الماديون والوضعيون، من إنكار كل ما وراء الحس و ما بعد الطبيعة، وإنما المراد بها مراعاة واقع الكون من حيث هو حقيقة ومراعاة واقع الإنسان، من حيث طبيعته المزدوجة، روح ومادة فيه عنصر سماوي وآخر أرضي .فالإسلام جاء بتشريع واقعي :

أ- لم يحرم شيئا يحتاج إليه الإنسان في واقع حياته، كما لم يبح له شيئا يضره في الواقع قال تعالى: ((قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده والطيبات من الرزق))[3] .

ب- راع فطرة الإنسان في الميل إلى اللهو، فأبح كل لهو لم يقترن بحرام .

ج- قدر الضرورات، فأباح بها ما حرم بدون تعد ولا ظلم .

د- ومن باب الواقعية، التسيير ورفع، ومراعاة سنة التدرج .

6- الوضوح :

فمن نعمة الله على عباده وضوحه تشريعاته، أنه ليس فيها أحكام غامضة، فكل مسلم يعلم بوضوح أنه يحرم عليه أكل الميتة والدم ولحم الخنزير . وشرب الخمر وكل مسلم يعلم أن الله قد احل البيع وحرم الربا، وكل مسلم يعلم بوضوح مصادر التشريع الإسلامي ، وأنها كلها ترجع إلى كتاب الله، فكل الاجتهادات في القضايا الظنية لا عصمة لمجتهد فيها مهما علا كعبه في العلم والتقوى، وكل مجتهد تتوفر فيه آليات الاجتهاد مأجور فإن أصاب فله أجران وإن أخطأ فله أجر واحد .

7- الجمع بين الثبات والمرونة :

ونستطيع أن نحدد مجال الثبات والجمود في الإسلام فيما يلي :

---

[1]- البقرة الآية 143

[2]- النساء الآية 160

[3]- الأعراف الآية 32 .

ثبات على الأهداف والغايات، ومرونة في الوسائل والأساليب .

ثبات على الأصول والكليات، ومرونة في الفروع والجزئيات .

ثبات على القيم العقائدية والأخلاقية، ومرونة في الشؤون الدنيوية والعلمية .

والتشريع الإسلامي يجسد هذا المبدأ يقول بن القيم الجوزية : ((الأحكام نوعان: نوع لا يتغير عن حالة واحدة هو عليها، لا بحسب الأزمنة ولا الأمكنة ولا اجتهاد الأئمة، كوجوب الواجبات، وتحريم المحرمات والحدود المقدرة بالشرع على الجرائم، ونحو ذلك . فهذا لا يتطرق إليه تغيير ولا اجتهاد يخالف ما وضع عليه ، **والنوع الثاني**: ما يتغير بحب اقتضاء المصلحة له زمانا ومكانا وحالا، كمقادير التعزيرات وأجناسها وصفاتها فإن الشارع ينوع فيها حسب المصلحة وقد ضرب ابن القيم لذلك عدة أمثلة من سنة النبي صلى الله عليه وسلم وسنة خلفائه الراشدين المهديين من بعده . ثم قال: وهذا باب واسع . اشتبه فيه على كثير من الناس الأحكام الثابتة اللازمة التي لا تتغير، بالتقريرات التابعة للمصالح وجودا وعدما))[1] .

ومن مظاهر الثبات إنكار الرسول صلى الله عليه وسلم لكل شرط يخالف الشرع : ((ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، فأيما شرط كان ليس في كتاب الله، فهو باطل وإن كان مائة شرط))[2] .ومن مظاهر المرونة إقراره كل شرط يتفق عليه المتعاقدان ما دام لم يخالف الشرع ((المسلمون على شروطهم))[3] .

8- القاعدة الشرعية تحكم ظاهر السلوك وباطنه :

مقياس الحكم على سلوك الفرد في ظل القانون الوضعي هو ظاهري فحسب، فيقف عند المظاهر المادية ولا يتعداها إلى النوايا الكامنة في النفس، أما في الشرع الإسلامي فهو مقياس مزدوج ظاهري يحاسب عليه الإنسان، وباطني ينفذ إلى داخل النفس يكشف عن مقاصدها . فالبيع مثلا في ظاهره هو نقل ملكية المبيع مقابل الثمن، وهو من ناحيته الباطنية متوقف على قصد المتعاقدين فيوصف بأنه مباح أو مندوب أو حرام فإذا كان البيع مثلا لحاجة البائع إلى الثمن كان مباحا، وإذا كان لاستثمار المال كان مندوبا، وإذا كان وسيلة لأكل الربا كان حراما لا ينبني عليه الفساد في رأي بعض الفقهاء، وإنما تكون المؤاخذة عليه يوم القيامة .

---

[1]- بن القيم الجوزية ، إغاثة اللهفان، 346/1

[2]- رواه البخاري في كتاب العتق عن عائشة

[3]- رواه احمد وأبو داوود والحاكم، وحسنة الترميذي

وعلى هذا الأساس، من خالف القواعد الشرعية واستطاع أن يفلت من الرقابة الدنيوية، فإنه لن يفلت من الرقابة العليا للخالق العليم[1] .

9- الأحكام الشرعية ذات اعتبار قضائي وديانى[2] :

فالقضاء يكون بحكم العلم أو بحسب الظاهر، أما الديانة فإنما تحكم بحسب الحقيقة والواقع فالأمر أو العمل الواحد قد يختلف حكمه في القضاء عنه في الديانة .

فمن طلق زوجته مخطئا بأن جرى على لسانه لفظ الطلاق غير قاصد بوقوعه عملا بالظاهر، ولكنه لا يقع ديانة، فيفتيه المفتي بجواز بقائه مع امرأته فتوى معلقة على ذمته.وبناء على ذلك اختلفت مهمة القضاء عن مهمة الإفتاء، فالقاضي يجري على الاعتبار القضائي للأعمال والأحكام، ولا ينظر إلى الاعتبار الديانى ، أما المفتي فيبحث عن الواقع وينظر إلى الاعتبارين، فإن اختلف اتجاههما أفتى الإنسان بالاعتبار الديانى .

المبحث الثالث : أدلة الفقه الإسلامي

المطلب الأول : الأدلة الأصلية

الأدلة الشرعية هي مصادر الأحكام التي يستنبط منها الأحكام الشرعية والضابط الحاصر للأدلة : هو أن الدليل نوعان إما وحي أو غير وحي، والوحي إما متلوا أو غير متلو ، فإن كان وحيا متلوا فهو القرآن، وإن كان وحيا غير متلو فهو السنة، وإن كان غير وحي: فإن كان رأي المجتهدين من الأمة فهو الإجماع . وإن كان إلحاق أمر بآخر في الحكم لاشتراكهما في العلة فهو القياس، وإن لم يكن شيئا من ذلك فهو الاستدلال . وهو متنوع .

والأدلة الأصلية أربع وهي القرآن، السنة، الإجماع، القياس وهي مرتبة من حيث قوة الاستدلال بهذه الكيفية ، أما من حيث الترتيب التاريخي فالإجماع جاء بعد القياس

1- القرآن الكريم

تعريفه : لغة : كلام الله تعالى المنزل على رسول الله صلى الله عليه وسلم باللسان العربي، للإعجاز بأقصر سورة منه، المكتوب في المصاحف المنقول بالتواتر، المتعبد بتلاوته، المبدوء بسورة الفاتحة والمختوم بسورة الناس[3] .

خصائصه :

---

[1]- سمير عالية، علم القانون و الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر ، ط2 ، ص 93

[2]- مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام . 58/1 .

[3]- الآمدى، الإحكام في أصول الأحكام، 81/1.

* جميع القرآن عربي، وليس فيه شيء من لغة الأعاجم[1] ، وترجمة القرآن للغات أخرى لا تعتبر قرآنا فهو عربي اللسان ((قرآنا عربيا غير ذي عوج لعلهم يتقون)) وتسمى الترجمة تفسيرا للقرآن .

* القرآن تم حفظه بكتابته في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم، وجمعه في عهد أبي بكر رضي الله عنه ، وكان الرسول صلى الله عليه وسلم يأمر صحابته بكتابته وحفظه، ولهذا حفظ القرآن في الصدور والسطور ، وتم نقله عن طريق التواتر، **والتواتر** هو : ما رواه جمع عن جمع من مبتدأ السند إلى منتهاه، يستحيل تواطؤهم على الكذب[2] . وهو أعلى وأوثق طرق نقل الأخبار على الإطلاق، ولهذا لا يوجد نص على وجه الأرض أكثر ثبوتا بيقين مثل القرآن، فهو قطعي الثبوت .

* القرآن كله مرتب بسوره وآياته من عند الله تعالى، دون تدخل أي طرف حتى الرسول صلى الله عليه وسلم .

* القرآن معجز دلالة على أنه من عند الله تعالى، وتصديقا لدعوى الرسول صلى الله عليه وسلم بالنبوة، **والإعجاز**: هو الفعل الخارق، ولا يتحقق إلا إذا توافرت فيه أمور ثلاثة :

أ- التحدي أي طلب المباراة والمعارضة .

ب- أن يكون المقتضي الذي يدفع إلى التحدي والمباراة قائما .

ج- أن يكون المانع الذي يمنعه من المباراة منتفيا .

والتحدي جاء في مواضع عديدة منها قوله تعالى ((وإن كنتم في ريب مما نزلنا على عبدنا فأتوا سورة من مثله وادعوا شهداءكم من دون الله إن كنتم صادقين فإن لم تفعلوا ولن تفعلوا فاتقوا النار التي وقودها الناس والحجارة أعدت للكافرين))، وللإعجاز وجوه كثيرة ومتعددة، فالقرآن رسالة خالدة وعالمية لكل البشر منها: الإعجاز اللغوي، الإعجاز العلمي، الإعجاز الغيبي، الإعجاز التشريعي .

أحكام القرآن :

القرآن هو المصدر الأول المنشئ للأحكام، وهو في الشريعة الإسلامية كالدستور في الشرائع الوضعية، وتناول الأحكام العقائدية، والعبادات والمعاملات، والأخلاق . والقرآن تناول الأحكام بالنص الإجمالي دون تفصيل إلا ما اقتضى ذلك، لأن التفصيل يطول به ويخرجه عن أغراضه الأخرى .فنص القرآن مثلا على الوفاء بالعقود، وحرمة الربا، لكنه لم يفصل، وترك ذلك للسنة النبوية .

---

[1]- الغزالي، المستصفى، 68/1 .

[2] - محمد عجاج الخطيب، الوجيز في علوم الحديث، المؤسسة الوطنية، الجزائر، ص 208 .

ولهذا الإجمال في نصوص القرآن مزية هامة بالنسبة لأحكام المعاملات المدنية، والنظم السياسية والاجتماعية ، فإنه يساعد على فهم تلك النصوص وتطبيقها بصور مختلفة يحتملها النص، فيكون بذلك صالحا لكل زمان ومكان ويتيح للمجتهدين استنباط الأحكام المناسبة والملائمة، بما لا تخرج عن الأسس التشريعية ومقاصد الشرع، لأن دلالة القرآن على كثير من الأحكام ظنية .

2- السنة :

تعريفها : لغة : السيرة والطريقة المعتادة

اصطلاحا : هي كل ما صدر عن النبي صلى الله عليه وسلم غير القرآن الكريم، من قول أو فعل أو تقرير ، مما يصلح أن يكون دليلا لحكم شرعي[1] .

وبناء على التعريف فإن السنة النبوية على ثلاثة أقسام

أ- **سنة قولية** : وهي كل ما قاله الرسول صلى الله عليه وسلم مثل : (إنما الأعمال بالنيات) .

ب- **سنة عملية** : وهي ما عمله الرسول صلى الله عليه وسلم، أو الواقع العملي في عصر النبوة .

ج- **السنة التقريرية** : هي كل قول أو عمل قام به الصحابة وأقره النبي صلى الله عليه وسلم .

والسنة تلي الكتاب رتبة من حيث أنها مبينة للقرآن الكريم، ولقوله تعالى : ((ما فرطنا في الكتاب من شيء)) .

وقد تكفل العلماء بتمييز مراتب السنة النبوية من حيث الثبوت .

وعليه **فالسنة المتواترة:** تفيد العلم الضروري، فهو لا يحتاج إلى بحث واجتهاد أما **سنة الآحاد:** فقد اختلفت آراء الفقهاء في العمل به، وهو خلاف له جذوره في موقف الصحابة صلى الله عليه وسلم من خبر الواحد، ولكنهم يتفقون في وجوب العمل به متى كان صحيحا .

ولا بد من مراعاة سبب ورود الحديث لفهم الأحكام الشرعية، لمعرفة الأحكام التي ورد بشأنها الحديث .

3- الإجماع :

تعريفه: لغة: العزم، والاتفاق.

اصطلاحا : اتفاق المجتهدين من أمة محمد صلى الله عليه وسلم بعد وفاته في عصر من العصور على حكم شرعي .

أركان الإجماع

[1]- محمد العجاج الخطيب ، الوجيز في علوم الحديث . ص 19

أ- **الاتفاق**: موافقة جميع المجتهدين على حكم شرعي .

ب- **المجتهدين**: هو الذي حصلت له ملكة يقتدر بها على استنباط الأحكام من مآخذها. ويشترط فيه شروط منها : العلم بالقرآن والسنة والأصول واللغة العربية .

حجية الإجماع :الإجماع حجة مطلقا لا فرق بين عصر وعصر .

أقسامه :

أ- الإجماع الصريح: ويكون باتفاق المجتهدين على حكم شرعي اجتهادي، سواء تم ذلك في مجلس واحد ، أو بالتشاور عن بعد، ولا يتم إلا بإفصاح كل واحد عن موافقته، وهو حجة قطعية في ثبوت الأحكام .

ب- الإجماع السكوتي: إعلان فتوى من أحد المجتهدين في مسألة اجتهادية عرضت أمامه، وعلم بها بقية المجتهدين فسكتوا ولم يعلنوا رفضها، فالسكوت هنا للإقرار بالفتوى،واختلف العلماء فيه فمنهم من اعتبره حجة قطعية، ومنهم من اعتبرها حجة ظنية .

مستند الإجماع :

وهو الدليل الذي يعتمد عليه المجتهدين فيما أجمعوا عليه[1].

فالإجماع لا بد من شيء يستند إليه من نص أو قياس، لأن الإفتاء بدون مستند خطأ، إذ انه يعتبر قولا في الدين بغير علم وهو منهي عنه، ويرى أغلب العلماء أنه يجوز أن يكون المستند دليلا قطعيا: القرآن والسنة المتواترة وأيضا دليلا ظنيا كخبر الواحد والقياس .

الإجماع عند المعاصرين :

أقوال المعاصرين توحي بأن الإجماع بما عرفناه به لا وجود له في الواقع، وإنما هو تصوير لحالة نظرية مثالية غير واقعية بالنسبة للأمور الاجتهادية العملية الظنية، أما بالنسبة للأمور القطعية فهو واقع .

ويرى الأستاذ خلاف : أن الإجماع بتعريفه وأركانه لا يمكن عادة انعقاده إذا وكل أمره إلى أفراد الأمم الإسلامية وشعوبها، ويمكن انعقاده وإذا تولت أمره الحكومات الإسلامية على اختلافها[2] وكأنه بذلك يتحدث عن المجامع الفقهية .

أمثلة عن الإجماع :

- الإجماع على إعطاء الجدة السدس في الميراث .
- الإجماع على منع بيع الطعام قبل قبضه .

---

[1]- الشوكاني، إرشاد الفحول . ص 70.

[2]- عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه . ص 54 .

– الإجماع على حرمة الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في الزواج .

4– القياس :

تعريفه : لغة : التقدير أي معرفة قدر الشيء يقال: قست الثوب بالمتر أي عرفت قدر الشيء .

اصطلاحا : إلحاق أمر غير منصوص على حكمه الشرعي بأمر منصوص على حكمه لاشتراكهما في علة الحكم[1].

والقياس الأصولي غير القياس المنطقي، حيث يسميه المناطقة (تمثيلا) وهو يستلزم وجود أمرين ينسب أحدهما إلى الآخر بنوع من المساواة .

أركان القياس :

1– الأصل: هو النص الأول على الحكم، فالأصل عند الفقهاء في مثال تحريم النبيذ قياسا على الخمر هو الخمر الثابتة حرمته، أو هو ما يبني عليه غيره .

2– الفرع: هو المحل الذي لم يرد فيه حكم وهو النبيذ في المثال السابق .

3– حكم الأصل: وهو الحكم الشرعي الذي ورد به النص في الأصل، ويراد تعديته إلى النوع وهو في المثال حرمة الخمر .

4– العلة : وهي الوصف الذي بني عليه حكم الأصل وهو في المثال : الإسكار .

أهمية القياس في الاجتهاد :

لا يخفى أن نصوص الكتاب والسنة محدودة متناهية، والحوادث الواقعة والمتوقعة غير متناهية، ولا سبيل إلى إعطاء الحوادث والمعاملات الجديدة منازلها وإحكامها في فقه الشريعة إلا عن طريق الاجتهاد بالرأي الذي رأسه القياس[2] ، وعليه فالقياس من أهم الطرق في إثبات الأحكام للحوادث الجديدة .

أمثلة عن القياس :

أ– تثبت في السنة تجويز اشتراط الخيار للمشتري في عقد البيع، أي اشتراط حق الفسخ أو الإبرام مدة معينة ، ويسمى خيار الشرط، لأن المشتري قد يحتاج إلى التريث خشية الغبن، فقد شكا أحد الصحابة، وهو حيان بن منقذ إلى النبي صلى الله عليه وسلم أنه كثيرا ما يغبن في المبيعات، فأرشده إلى اشتراط الخيار فقاس عليه الفقهاء جواز اشتراط الخيار المذكور للبضائع أيضا لأن حاجته إلى ذلك كحاجة المشتري .

[1]– زكي الدين شعبان، أصول الفقه، ص 59.

[2]– مصطفى الزرقا، مصدر سابق 68/1.

ب- ورد في الشريعة نصوص كثيرة في أحكام البيع، أكثر مما ورد بشأن الإجارة فقاس الفقهاء كثيرا من أحكام الإجارة على أحكام البيع لأنها في معناه، إذ هي في الحقيقية بيع المنافع .

والأحكام الفقهية التي تستنبط من القياس تصبح أصولا للقياس، يقاس عليها غيرها مما يشابهها في العلل، إلى ما لا نهاية وهذا من سر سعة الفقه الإسلامي الشاملة .

ووجد في الفقه الإسلامي من ينكر القياس، ويكتفي بالاعتماد على النصوص فقط فسموا بـ ((الظاهرية))

المطلب الثاني: الأدلة التبعية

المصادر الاحتياطية لا تعني أنه لا يؤخذ بها إلا بعد استنفاذ الاستدلال بالأصلية، وإنما يراد بها أنها معتبرة شرعا ومشتقة من الأصلية، فلا تعارض بين المصادر الأصلية والتبعية، فعملية الاجتهاد تشترك فيها كل المصادر لاستنباط الحكم الشرعي، وهناك من قسم الأدلة إلى قسمين :

الكتاب والسنة، ثم بقية المصادر الأخرى حيث اعتبرها أدوات منهاجية وقد أوصلها البعض إلى 47 أصلا نكتفي بذكر أهمها .

1- العرف: لغة :ورد بعدة معاني، منها الجود وهي ضد النكر، قال تعالى ((وأمر بالمعروف))

اصطلاحا: وهو ما ألفه المجتمع واعتاده وسار عليه في حياته من قول أو فعل[1] . والعرف في اصطلاح الفقهاء يرادف العادة، والعرف بهذا المعنى له ركنان:

أ- التكرار والاطراد، فالمعاودة هي التي جعلت الأمر المتكرر حقيقة عرفية.

ب- الشعور بالالتزام، وتسمى الغلبة، والغلبة تعبير عن استنكار مخالفة العرف .

أقسام العرف[2] :

1- باعتبار مظهره :

أ/ **العرف القولي:** ويكون باستعمال اللفظ في معنى معين لا تقول به اللغة واعتياد ذلك الاستعمال، كإطلاق لفظ، اللحم على غير السمك مع أن القرآن الكريم وصف السمك بأنه لحم طري.

ب/ **العرف العملي:** وهو ما يعتاده الناس في أساليب معاشهم وأنماط معاملاتهم وأحوالهم الشخصية، كتعارف أهل بلدة على مهر معجل ومهر مؤجل .

2- باعتبار مصدره :

أ/ **العرف العام:** هو ما تعارف الناس عليه في بلد معين على اختلاف أعمارهم وفئاتهم وإعمالهم .

---

[1]- عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه . مؤسسة الرسالة 1985 ص 252 .

[2]- محمد كمال الدين إمام، نظرية الفقه الإسلامي، ص 157 .

ب/ العرف الخاص: وهو ما يتعداه أهل بلد دون بلد وأهل حرفة دون حرفة، كتعارف أهل الحلاقة على أن يوم الاثنين عطلة .

ج- العرف الشرعي: وهو اللفظ الذي استعمله الشارع مريدا به معنى خاصا. مثل الصلاة فقد نقلت من الدعاء إلى القيام بأفعال وأعمال مخصوصة .

3- باعتبار مشروعيته :

أ/ العرف الصحيح : ما تعارف عليه الناس ولا يعارض دليلا شرعيا، كالتعارف على أساليب دفع الأجرة .

ب/ العرف الفاسد : وهو المعارض للنصوص المناقض للقواعد الشريعة، كتعارف كثير من الناس على شراء السيارات بقرض ربوي .

وقد اتفق العلماء على اعتبار العرف بالأقسام السابقة ما عدا العرف الفاسد، فليس معتبرا في الشريعة .

شرط اعتبار العرف :

أ/ ان يوافق النصوص الشرعية : فإذا جاء العرف مخالفا للنصوص، مناقضا للقواعد الشرعية، فقد خرج عن حقيقته الشرعية، باعتبار فساده الذي يرتد على أصل وجوده الشرعي فيلغيه ((فالمحرم، مهما شاع استعماله وتعارفه الناس لا يعتبر دليلا بل يرد لأن النص صريح بتحريمه، والنص أقوى من العرف في جميع الأحوال))[1].

ب/ أن يكون سابقا أو مقارنا للعقد أو التصرف: العرف ينطوي على أحكام وإلزام، ولا إلزام قبل الإعلام بالأحكام، فالدليل لا رجعية لما يأتي به، والأعراف الطارئة لا تسري على الوقائع الماضية إنما تحكم الوقائع الجديدة، وأهمية هذا التحليل تأتي عند تفسير العقود و الوصايا وغيرها فلا بد من تفسيرها في ضوء الأعراف القائمة زمن صدورها، وليس في ضوء أعراف طارئة قد لا تكون معروفة لدى من أنشأوا هذه التصرفات .

مثال ذلك: لو أوقف رجل مالا لصالح طلبة العلم لا بد من تفسير معنى كلمة طالب علم في زمنه، فالذي يدرس الرياضة يسمى طالب علم، وكذا الذي يدرس التمثيل والمسرح والسينما ...

ج- ألا يخالف العرف شرط المتعاقدين

فلو أن الأصل في سلعة أن تباع بالتقسيط لجريان العرف بذلك، واتفق العاقدان على البيع العاجل، فالاتفاق ملزم لأن الشرط أقوى من العرف .

[1]- رسائل بن عابدين، بيروت . 177/2

وعموما فإن العرف حجة يجب الأخذ به، فالرسول صلى الله عليه وسلم أخذ به من ذلك ترخيصه ببيع السلم من نهيه عن بيع المعدوم، لتعارف أهل المدينة عليه، ثم إن الفقهاء اعتمدوه أصلا في استنباط الأحكام ووضعوا قواعد له .

والعرف ليس ثابتا على "الواقع " يتغير إذ تغير ، فتغير العرف من موجبات تغير الأحكام .

2- المصلحة :

تعريفها: لغة: كالمنفعة وزنا ومعنى، والمصلحة والاستصلاح يترادفان في عرف الأصوليين .

اصطلاحا: جلب المنفعة ودفع المضرة، أي المفسدة[1] .

تقسيمات المصلحة

1- أقسامها باعتبار الشارع لها :

أ- مصلحة معتبرة :

وهي ما اعتبرها الشارع بأن شرع لها الأحكام الموصلة إليها، كحفظ الدين، النفس و العقل، والعرض والمال، سواء شهد الشارع لنوعها كتحريم الخمر الذي نص الشارع على حرمته، أو مصلحة شهد الشارع لجنسها، كمصلحة جمع القرآن، لأنها تدخل تحت أصل حفظ الدين .

ب – مصلحة ملغاة: وهي المصالح التي أهدرها الشارع ولم يعتد بها بما شرعه من أحكام تدل على عدم اعتبارها، مثل مصلحة المرابي في زيادة ماله عن طريق الربا، فقد ألغاها الشارع بما نص عليه من حرمة الربا قال تعالى ((وأحل الله البيع ورحم الربا))[2] .

ج- مصلحة مرسلة: وهي التي لم يقم دليل خاص على إلغائها أو بقائها . ولكنها تنضوي تحت مقاصد الشريعة فهي مرسلة: لأنها مطلقة عن اعتبار الشارع أو إلغائه، وهي تكون في الوقائع المسكوت عنها، وليس لها نظير منصوص على حكمه حتى نقيس عليها، وفيها وصف مناسب لتشريع حكم معين من شأنه أن يحقق منفعة، أو يدفع مفسدة، ولعل هذا النوع هو ما عناه الغزالي باستحالة خلوا واقعة عن حكم الله تعالى ، لأنه موكل للفقهاء بأن يستنبطوا أحكاما للوقائع غير المنصوص عليها من مقاصد الشرع ، ومجموع نصوصه .

2- أقسامها باعتبار قوتها :

---

[1]- الغزالي ، المستصفى 139/2

[2]- البقرة آية 275

أ/ المصلحة الضرورية: وهي التي بدونها لا تقوم أمور الدنيا، وتفوت أمور الآخرة ومجموعها بالاستقراء خمس : **حفظ الدين ، النفس ، العقل و النسل والمال** .وهي شرعية نسبيا في كل تشريع بشري، وبصفة مطلقة في التشريع الإلهي .

ب/ المصلحة الحاجية: والتي أساسها رفع الحرج عن الناس، وبدونها تصبح حياة الناس في مشقة، منها إباحة الفطر للمريض، رخصة قصر الصلاة للمسافر ...

ج- المصلحة التحسينية: وهي أقل درجة من الحاجيات، ولكن مراعاتها من مكارم الأخلاق و محاسن العادات، فهي من قبيل استكمال ما يليق والتنزه عما لا يليق، كالأداء الطيب في المعاملات، وأدب الأكل...

شروط الأخذ بالمصلحة المرسلة:

أ- الملائمة بين المصلحة التي تعتبر أصلا قائما بذاته و بين مقاصد الشارع.

ب- أن تكون المصلحة معقولة في ذاتها، بحيث لو عرضت على أهل العقول تلقوها بالقبول.

ج- أن يكون في الأخذ بها رفع حرج لازم.

مجال العمل بالمصلحة المرسلة:

لا مجال للعمل بالمصلحة في مجال العبادات، فلا مدخل للعقل في العبادة، أما المعاملات فمجال واسع للرأي، و العمل بالمصلحة في كل ما لم يرد فيه دليل قطعي.

و عموما فإن مجال إعمال المصلحة هو النص غير القطعي، أما النص القطعي فلا مجال فيه لإعمال المصلحة، فلا معنى للقول بعدم وجوب العدة على المرأة لتطور الحضارة، لأن العدة قطعية الدلالة و الثبوت.

أمثلة عن تطبيقات نظرية المصلحة المرسلة :

1- جمع القرآن الذي تم في عصر الخليفة أبي بكر رضي الله عنه باقتراح عمر رضي الله عنه .

2- إجماع الصحابة على حد الخمر 80 جلدة لقول علي رضي الله عنه (من سكر هذي، ومن هذى افترى، فأرى عليه حد المفتري) .

ومن الأمثلة المعاصرة :

1- الأحكام التي تتعلق بشؤون الإدارة العامة المنظمة لمصالح المجتمع، كفرض الضرائب وتحديد الأسعار ، حتى لا يطغى الباعة، وتنظيم سير المرور.

2- تخصيص القضاء من حيث الموضوع ، بحيث يكون لكل نوع من الدعاوى محكمة مختصة .

3- جعل القضاء والمحاكم درجات .

4- الأحكام القانونية التي تقضي بأن العقود العقارية لا تكسب المتعاقد حقوقا مدنية في العقار ما لم تسجل في السجل العقاري .

3- الاستحسان :

تعريفة : لغة : عد الشيء حسنا، ويطلق على ما يهواه الإنسان، ويميل إليه إن كان مستقبحا عند غيره.

اصطلاحا: العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل شرعي خاص[1].

أقسام الإستحسان:

أ/ الاستحسان بالنص:

فبمقتضى القواعد العامة، فالنص يستثني هذه الجزئية من الحكم الثابت لنظائرها.

فالأصل الكلي يقضيان ببطلان بيع المعدوم، ولكن استثني السلم: وهو بيع ما ليس عند الإنسان وقت العقد .

ب/ الاستحسان بالإجماع :

كعقد الاستصناع، فهو جائز استحسانا والقياس عدم جوازه لأنه عقد على معدوم، وإنما جر استثناء من القاعدة العامة، لجريان التعامل به بين الناس دون إنكار من أحد فكان إجماعا .

ج/ الاستحسان بالعرف :

كجواز وقف المنقول الذي جرى العرف بوقفه: كالكتب على رأي بعض الفقهاء، استثناء من الأصل العام في الوقف، وهو أن يكون الوقف مؤبدا .

د- الاستحسان بالضرورة:

منه تطهير الآبار التي تقع فيها النجاسة بنزع قدر معين من الماء منها، استحسانا للضرورة، ودفعا للحرج عن الناس .

هـ/ استحسان بالقياس الخفي :

مثال: وقف الأرضي الزراعية يتجاذبه قياسان، **الأول:** قياسها على البيع، و**الثاني** : قياسها على الإجارة والأول هو الأظهر المتبادر إلى الذهن، بجامع ما في البيع والوقف من إخراج الملك من مالكه، ومقتضى القياس الجلي عدم دخول الحقوق الارتفاقية في الوقف والقياس الخفي: قياسها على الإجارة مبناه أن كل من الإجارة والوقف يفيد ملك الانتفاع بالعين ولا يفيد تملك رقبتها، وهذا قياس خفي لا يتبادر إلى الذهن،

[1]- محمد أبو زهرة، أبو حنيفة، ص 174

وبمقتضى هذا القياس دخول الحقوق الارتفاقية في الوقف تبعا بلا حاجة للنص عليها كما هو الحكم بالإجارة .

4- سد الذرائع :

تعريفها : لغة : الذريعة الوسيلة التي يبادر بها للوصول إلى شيء . وسدها معناه رفعها وحسم مادتها .

اصطلاحا : عرفها بن القيم بقوله : ((ما كان وسيلة وطريقا إلى شيء .)) .

أقسام الذرائع[1]

أ/ أن تكون الذريعة تؤدي قطعا إلى مفسدة كحفر الآبار في طريق المسلمين .

ب/ أن تكون الذريعة تؤدي إلى مفسدة لا يغلب وقوعها، كمن يحفر بئرا لا يؤدي غالبا إلى مرور أحد فيه.

ج/ أن يكون الفعل مؤديا إلى المفسدة كثيرا بحيث يغلب على الظن الراجح أن هذا العمل يؤدي إلى مفسدة كمن يبيع السلاح إلى إفراد الشعب في وقت الفتن .

أمثلة عن سد الذرائع :

أ/ ما قرره الفقهاء من أن الزوجة المطلقة في طلاق الفرار لها حق الإرث من زوجها الذي طلقها، لكي لا يتخذ من حقه في الطلاق ذريعة إلى حرمان الزوجة ميراثها عند يأسه من الحياة .

ب/ نهي الشارع عن الاحتكار لأنه ذريعة إلى التضييق على الناس في أقواتهم .

ج/ نهى الشارع الدائن عن قبول الهدية من مدينه، حتى لا يحسبها من دينه .

ومن هذه الأمثلة يتضح ما يلي :

– مبدأ سد الذرائع سلكته الشريعة الإسلامية في الأمور الدينية والمدنية على السواء .

– المنظور إليه في سد الذرائع ليس هو النية السيئة من الفاعل بل مجرد كون الفعل مما يفضي إلى النتيجة التي يأباها الشرع، ولو كان الفاعل حسن النية .

5- الاستصحاب

تعريفه : لغة : الملازمة والمصاحبة.

اصطلاحا :استدامة ما كان ثابتا، أو نفي ما كان منفيا[2] أو هو: بقاء الأمر على ما كان عليه ما لم يوجد ما يغيره[3] .

---

[1]– الشاطبي، المرافقات،349/2 . 389

[2]– بن القيم، أعلام الموقعين، 294/1 .

[3]– الشوكاني، إرشاد الفحول، ص 20.

أنواع الاستصحاب:

أ/ **استصحاب الإباحة الأصلية:** قال تعالى: ((وسخر لكم ما في السموات وما في الأرض جميعا منه))[1].

ب**استصحاب البراءة الأصلية أو العدم الأصلي:** فذمة الإنسان غير مشغولة بحق ما، إلا إذا قام الدليل على ذلك، فعلى المدعي الإثبات، لأن الأصل في المدعى عليه البراءة من المدعى به .

ج- **استصحاب الوصف المثبت للحكم الشرعي حتى يقوم الدليل على خلافه:** فثبوت الحل بين الزوجين بسبب عقد النكاح يبقى قائما حتى يوجد الدليل على حصول الفرقة .

حجية الاستصحاب :

الاستصحاب حجة، لأنه يستلزم الظن الراجح ببقاء الشيء على مكان عليه، والظن الراجح معتبر في الأحكام الشرعية للعمل به، ولا خلاف بين العلماء في عدم الاحتجاج به إلا إذا قام دليل على خلافه من الكتاب أو السنة أو الإجماع، ويلحق به قيام دليل من القياس على خلافه .

وما يلاحظ على الاستصحاب عدة أمور هي :

أولا: الاستصحاب لا يثبت حكما جديدا، ولكن يستمر به الحكم السابق الثابت بدليله المعتبر، فهو إذا ليس في ذاته دليلا فقهيا ولا مصدرا تستقى منه الأحكام، وإنما هو قرينة على بقاء الحكم السابق الذي أثبته دليله .

ثانيا :الاستصحاب لا يصار إليه إلا عند عدم وجود الدليل الخاص في الحكم المسألة . فهو آخر مدار الفتوى، فإذا كان التردد في زواله فالأصل بقائه ، وإن كان التردد في ثبوته فالأصل عدم ثبوته[2] .

ثالثا: بالاستصحاب تقررت عدة قواعد فقهية :

- الأصل في الأشياء الإباحة.
- الأصل براءة الذمة .
- اليقين لا يزول بالشك .

* هذا وقد اقتصرنا على ذكر أهم المصادرات الاحتياطية، لأن الغرض من هذا المدخل، هو تعريف بأصول التشريع الإسلامي وإلا فهناك مصادر أخرى مثل: شرع من قبلنا، قول الصحابي، عمل أهل المدينة، ولمن أراد التوسع في ذلك فعليه بكتب أصول الفقه .

---

[1]- الجاثية الآية 13

[2]- الشوكاني، إرشاد الفحول، ص 508 .

المطلب الثالث : العلوم الأساسية لعلم الفقه

إذا كان الفقه هو العلم بالأحكام الشرعية، فإنه بالضرورة محتاج لآليات تمكنه من ذلك، فالفقه لا يعمل وحده فهو جزء من منظومة اجتهادية متكاملة تخدم بعضها بعضا، وبعض هذه العلوم فقهي، وبعضها الآخر يخدم الفقه .

فالعلوم الفقهية يمكن حصرها ما يلي :

1/ علم أصول الفقه: وهو علم لصيق جدا بالفقه تسمية وموضوعا، وعرفه العلماء بقولهم : القواعد التي يوصل البحث فيها إلى استنباط الأحكام من أدلتها التفصيلية أو هو العلم بهذه القواعد[1] .

فموضوع علم أصول الفقه هو الأدلة، والقواعد الاستنباطية، ومن أمثلة ذلك: قولنا : الأمر للإيجاب والنهي للتحريم، والعام ينتظم جميع أفراده قطعا، والمطلق يدل على الفرد الشائع بدون قيد .

أما فائدته فهي تهيئة المجتهد للاجتهاد بتوفير أسباب ذلك سواء أكان المجتهد داخل مذهب إمام معين ، فيخرج المسألة على أصول مذهبه، أو كان مستقلا، يستنبط الحكم من الأدلة رأسا.

2- علم الخلاف :

ويعرف بأنه : ((علم يقتدر به على حفظ الأحكام الفرعية المختلف فيها بين الأدلة))[2] .

ويعتبر علم الخلاف أساسا لعلم المقارنة بين القوانين في الدراسات المعاصرة، وهو علم يهتم بالموازنة الداخلية من بين مذاهب النمط الواحد من التشريع، ثم اقترب من الفقه المقارن عندما اشتد التعصب بين المذاهب الفقهية، حيث نشأت بين هذه المذاهب مناظرات منها الرسائل التي كانت بين الإمام " مالك " وفقيه مصر " الليث بن سعد " وبين الباجي المالكي، وبن حزم الظاهري . والفقيه غير ملزم بعرض الآراء الأخرى ومناقشتها، وإنما يكتفي بعرض أدلته الخاصة عند استنباط الأحكام، أما الذي يشتغل بعلم الخلاف فهو ملزم بعرض مختلف الآراء، ثم الانتصار لها أو عليها، وهو ما يساهم في اختيار الأصح من الأحكام الشرعية والأنسب لواقع الناس.

3- علم المقاصد :

تعريفها : هي الغايات التي تهدف إليها النصوص من الأوامر والنواهي والإباحات، وتسعى الأحكام الجزئية إلى تحقيقها في حياة المكلفين أفرادا وأسرا وجماعات وأمة فالمقاصد هي الحكم التي تطلب من وراء تشريع الأحكام[1] .

---

[1]- بن أمير الحاج، التقرير والتحبير، ص 27.26/1 .

[2]- مجلة البحوث الإسلامية، العدد:93س1432هـ، ص 201.

ودراسة المقاصد الشرعية تقدم فوائد جمة للفقيه :

أ/ يفسر النص الشرعي، ويحدد نطاق تطبيقه بما يتفق ومقاصد الشارع، ويحقق المصلحة التي قصد بالنص لتحقيقها .

ب/ إذا عرضت على الفقيه قضية ليس فيها نص حكم للشارع، فإنه يعطي هذه الواقعة حكم يتفق مع مقاصد الشارع .

ج/ الفقيه يزن الأدلة الجزئية الضدية بمقاصد الشارع التي قامت أدلتها على اعتبارها .

وقد أكد الشيخ محمد الطاهر بن عاشور أهمية هذا العلم في كتابه " مقاصد الشريعة الإسلامية " متجاوزا ما كتبه الأقدمون "كالشاطبي" و "القرافي" و " والعز بن عبد السلام " ، وتناول في كتابه موضوعات هامة في ثلاثة أقسام :

1- في إثبات مقاصد الشريعة، واحتياج الفقيه إلى معرفتها وطرق إثباتها ومراتبها .

2- في المقاصد العامة من التشريع .

3- في المقاصد الخاصة بأنواع المعاملات المعبر عنها بأبواب فقه المعاملات .

4- علم القواعد الفقهية :

تعريفها : حكم كلي ينطبق على معظم جزئياته وتندرج تحته فروع مختلفة[2] ، وقد أفردها بالتصنيف علماء من كافة المذاهب، وعلم القواعد الفقهية يستفيد منه الفقيه من النواحي الآتية :

1- القواعد في كل مذهب تعطي صورة كلية للمذاهب بصورة إجمالية .

2- القواعد الفقهية تسهل المقارنة بين المذاهب، فتكون المقارنة بين النظريات لا بين الفروع الجزئية .

3- القواعد الفقهية إجابة للمستشرقين اللذين يزعمون بأن الفقه الإسلامي لا يقدم حلولا نظرية لأنه جزئي في نظرته .

وقد اهتم العلماء المتأخرون بعلم القواعد الفقيهة، لأهميتها في الاجتهاد .

5- علم السياسة الشرعية :

تعريفها :الأحكام التي تنظم بها مرافق الدولة، وتدبر بها شؤون الأمة، مع مرعاة أن تكون متفقة مع روح الشريعة، نازلة على أصولها الكلية، محققة أغراضها الاجتماعية، ولو لم يدل عليها شيء من النصوص التفصيلية [1] .

---

[1]- يوسف القرضاوي، دراسة فقه مقاصد الشريعة، دار الشروق، ط 1 2006 . ص 22.

[2]- شرح القواعد الفقهية، أحمد الزرقا، ص33.

والأحكام التي تحتاجها الأمة اليوم السياسة شرعية مجال واسع لإعماله فيه بالضوابط المذكورة في التعريف [2].

6- اللغة العربية:

نصوص الشريعة جاءت باللغة العربية، وعلى رأسها الكتاب والسنة، وعليه لا يمكن معرفتها والاستفادة منها، إلا بإدراك اللسان العربي على نحو جيد، خصوصا وأن القرآن معجزة الله لخلقه فهو في غاية البلاغة، ولهذا اشترط العلماء تضلع المجتهد في معرفة القدر الكافي من نحو وصرف وبلاغة وأساليب ولا يشترط فيه أن يكون من أئمة اللغة، ومعرفة اللغة العربية تمكن الفقيه من استنباط الأحكام من النصوص على شكل جيد .

ومما يؤسف له أن العديد من المشتغلين بالدراسات القانونية ،لا يولي للجانب اللغوي في دراسته أي اهتمام مما ينعكس سلبا على تعامله مع النصوص القانونية .

7- تاريخ الفقه الإسلامي :

تاريخ الفقه الإسلامي هو النظر في عصوره المختلفة وما طرأ عليه من أحوال وما اختلف فيه العلماء، وهذا النظر يستتبع الكلام عن طرق استنباط الفقه للأحكام، وعن العوامل التي أثرت في ذلك، وتتبع النظر في الأسباب التي جعلت للفقه الإسلامي مكانته المرعية في القانون والمعاملات، حينا من الزمن، وفي الأسباب التي انتزعت منه فيما بعد هذه السيطرة، وأدت إلى إقصائه تقريبا، كما أنه يساعد على تطور الفقه وكيفية استنباط الفقه للأحكام والعوامل التي أدت إلى ذلك[3] .

8- العلوم الاجتماعية :

العلوم الاجتماعية بكل فروعها من اقتصاد، وإحصاء، وعلم نفس، وعلم اجتماع وغيرها، ضرورية للدرس الفقهي، على اعتبار أن الأحكام الفقهية هي ظواهر اجتماعية ذات علاقة بالإنسان، والاستفادة من هذه العلوم ومناهجها، له تأثير إيجابي في تطوير الفقه.

المبحث الرابع :أصالة التشريع الإسلامي

المطلب الأول : الفقه والمذاهب القانونية :

1- جون أوستن: صنف مؤلفا يحمل في طياته أسس منهجه يحمل العنوان : the province of jurisprudence determined or the philosophie of prositive law.

---

[1]- عبد الرحمان تاج، السياسة الشرعية والفقه الإسلامي، ط 1القاهرة 1953.ص11،14.

[2]- محمد كمال الدين إمام، نظرية الفقه ،ص 74.

[3]- كمال الدين إمام، نظرية الفقه ص76.

وفي نظره القانون عبارة عن أوامر صادرة من السلطة السياسية العليا موجهة للخاضعين لهذه السلطة والذي يضمن الخضوع لهذه الأوامر هو اقترانها بالجزاء على المخالفة .

وينفصل القانون عن كافة القيم التي تنتمي إلى عالم المثل، فالقانون الوضعي الصادر من الأمير يعد قانونا صحيحا ونافذا ولو تعارض مع الأخلاق أو القانون الطبيعي أو العدالة، وهذا الانفصال شيده أوستين على أساس أن وجود القانون شيء وكون هذا القانون حسنا أم سيئا يعد شيئا آخر، فالمهم فقط أن يكون قانونا ،حتى ولو لم يكن حسنا [1] .

ويرد على هذه النظرية ومثيلاتها من وجهة نظر الفلسفة التشريعية الإسلامية أوجه نقد عديدة أهمها:

أ– أن التشريع الإسلامي عرف إلى جانب أوامر السلطة(الأوامر الإلهية) مصادر مأثورة في عمل القضاة، مثل اجتهادات الفقهاء في المسائل القضائية إلى جانب ما يعرف بالسوابق القضائية [2] .

ب– لا يمكن القول بأن القاعدة الخلقية أو الدينية غير ملزمة، فالإلزام في القاعدة الدينية يرجع إلى إيمان الفرد، وقد يتخلص الشخص من الإلزام القانوني لعدم ثبوت مخالفته له بطريقة أو بأخرى، أما الإلزام الديني فيظل يأخذ الضمير لإيمان صاحبه بوجود عقاب أخروي عادل .

ج– الفلسفة التشريعية الإسلامية تقوم على أساس ما يجب أن يكون عليه القانون، فالهدف ليس فقط إيجاد قانون بل الغاية من هذا القانون، وهذا ما لمسناه في خصائص التشريع الإسلامي .

2–المدرسة التاريخية :

فلسفة هذه المدرسة تقوم على أساس أن القانون ليس من إيجاد المشرع بل إن القانون حقيقة اجتماعية تاريخية يرتبط بالبيئة الاجتماعية و يتطور بتطورها لأنه نابع منها، و يترتب على هذا اعتبار العرف وليس التشريع المصدر الأول للقانون، و التشريع لا يعدو أن يكون تعبيرا عن روح وضمير الشعب، ويجب أن يستقل التشريع عن المشرع.[3]

ولا يخفى أن هناك تباعد بين مبادئ المدرسة التاريخية و بين أصول التشريع الإسلامي وذلك من جوانب:

أ– التفكير الفقهي الإسلامي لا يرجع نشأة التشريع الإسلامي إلى عوامل خفية مثل ضمير الشعب وإنما نشأ هذا التشريع بفضل الوحي الإلهي الذي نزل على النبي صلى الله عليه وسلم وتشير عدة أمثلة أن الكثير من التشريعات التي جاءت في الكتاب أو السنة لم يكن انعكاسا للبيئة ولا محكوما بها، من ذلك مبدأ

---

[1]– السيد العربي حسن، العدل والإنصاف في النظريات الفلسفية والواقع القانوني، دار النهضة، القاهرة، ص79 .2000.

[2]– محمد أحمد سراج، الفقه الإسلامي بين النظرية و والتطبيق، دار المطبوعات الجامعية مصر 1997.ص39.

[3]– فايز محمد حسين، نشأة فلسفة القانون و تطورها، دار النهضة القاهرة، 2002.ص.407.

شخصية المسؤولية في القانون الجنائي الذي يفيد حصر مسؤولية الشخص عن فعله هو لا عن فعل غيره والمقرر بقوله تعالى " لا تزر وازرة وزر أخرى "[1] ، ومنها أيضا نقل حق الدائن على المدين المفلس وبدنه، وهذا واضح في قوله صلى الله عليه وسلم لدائني معاذ بن جبل بعد أن وزع أمواله عليهم بنسبة حصة ما لكل منهم عليهم من دين :"ليس لكم إلا هذا "،وتفيد العبارة أن الدائنين طالبوا بشي فوق المال فنفي النبي صلى الله عليه وسلم وجود أي حق لهم فيما سواه .

ب- مبادئ الشريعة ثابتة أبدية، في حين الاجتهاد الفقهي متغير بتغير الأحوال والأشخاص والأزمنة والأمكنة والأعراف، ولذا قرر الفقهاء عدة قواعد فقهية لذلك منها :"العادة محكمة "."لا ينكر تغير الأحكام بتغيرات الأزمان ".

3- المدرسة الواقعية السويدية :

يرى رواد هذه المدرسة ومنهم "**لندست** "أنه لا وجود للقيم الموضوعية في القانون، فالفعل لا يوصف بالخيرية أو ضدها لأوصاف ذاتية فيه، فالأحكام المتعلقة بالعدل والواجب ترجع في القوانين إلى التقرير الشخصي .

وهذه النظرية تتناقض مع التفكير الفقهي الإسلامي من وجهين:

أ- مبادئ الشريعة ليست من صنع البشر، ولذا فإن ما يوجد في هذه المبادئ من إلزام لا يرجع إلى الذهن الإنساني وإنما إلى الله تعالى الذي أوجد هذا الإلزام .

ب- هدف الشارع الحكيم هو تحقيق مصالح العباد طبقا لمقاصد الشرع، ثم إن التشريع الفقهي لا ينكر وجود القيم الموضوعية .

4- القانون الطبيعي: هو مجموعة المبادئ والقواعد التي يستوحيها العقل الإنساني من مبادئ القانون الإلهي، ويقول أخر، فهي المبادئ التي تتمثل انعكاسات الحكمة الإلهية وهو يتضمن تأملات العقل الإنساني التأملي في النظام الكوني[2] .

ومما يجب توضيحه ما يلي :

أ/ أن من المقررات في الشرع الإسلامي أنه لا تتناقض بين صحيح المنقول، وصريح المعقول، وقد بذل علماء الإسلام جهودا واضحة في تقرير هذا المبدأ، منها كتاب بن رشد : " فصل المقال في ما بين الشريعة والعقل من اتصال" وسبق بذلك محاولات توما الاكويني .

---

[1]- الإسراء آية 38

[2]- محمود السقا ، فلسفة القانون الطبيعي، مجلة مصر المعاصرة 1976، ص 81 وما بعدها .

ب/ من الواضح أن فكرة القانون الطبيعي وبكل اتجاهاتها القديمة والحديثة، لا تتفق مع المفهوم الحقيقي للدين، لأنها منهج في البحث عن الحقيقة القانونية في إطار الطبيعة في تفسيراتها المخالفة، وهذا يأتي بعيدا عن التعاليم الدينية، لأن أنصار هذا القانون يعتبرون البحث عن الحقيقة القانونية في النص الإلهي المقدس، يمثل نوعا من الوضعية القانونية، ويطلقون عليها الوضعية الدينية .

ج/ ومن الأدلة على تعارض القانون الطبيعي مع الدين، هو أن أنصار هذا القانون يقولون بأن الطبيعة في ذاتها تحتوي على قيم وأنظمة، وهذه الأنظمة يمكن منها استنباط مجموعة مبادئ وأحكام قانونية تحكم السلوك الإنساني، بغض النظر عن التعاليم الدينية لأن مصدر القيم ليس الله وإنما الطبيعة .

د- أنصار القانون الطبيعي يعتقدون بوجود نظام يعلو بالإنسان، غير موجود لا في عقله ولا في الدين، وإنما يوجد في الطبيعة الكونية الخارجية، فمشكلة القانون الطبيعي هي مشكلة تعارض بين قدرة الله ونظمه، وبين قدرة العقل وإدراك قواعد الخير وباستقراء الطبيعة .

5- نظرية العقد الاجتماعي[1] :

عرف الفكر الإسلامي فكرة العقد بالمعنى السياسي وذلك في صورة (عقد البيعة) والذي بموجبه يتولى الخليفة مسؤولية رعاية شؤون الأمة، والسؤال يطرح عن علاقة العقد الاجتماعي بفكرة البيعة .

أ/ فكرة البيعة أقدم من فكرة العقد الاجتماعي، حيث ظهرت كنظرية شاملة عند المسلمين في القرن 12 . 13. 14 هـ ، أما فكرة العقد فقد ظهرت في القرن 16 هـ، ولهذا فيمكن القول بتأثر الفكر الأوربي بفكرة البيعة الإسلامي .

ب/ فكرة العقد تقوم على أساس وهو تفسير نشأة الدولة والسلطة، بينها فكرة البيعة، فهي القاعدة التي تقوم عليها سلطة الخليفة بوصفه نائبا عن الأمة .

ج/ فكرة العقد الاجتماعي فكرة مجازية، ولم تثبت في الواقع تطبيقا واحدا عدا استلهام مفكري الثورة الفرنسية بعض أفكار فلسفتها أمام نظام الخلافة القائم على أساس البيعة فقد طبق فعلا في عهد الخلفاء الراشدين .

المطلب الثاني :مزاعم المستشرقين :

بداية يجب الاعتراف بأن موقف المستشرقين من الفقه الإسلامي، ومن الحضارة الإسلامية لم يكن كله عدائيا ومنكرا لأصالته، فعند تتبعنا نجد اتجاه أنصف التشريع الإسلامي، بل وأشاد به، واتجاه أخر يعنينا هنا

[1]- السنهوري، فقه الخلافة وتطورها، القاهرة، الهيئة العامة للكتاب 1998.

تحامل على التشريع الإسلامي وناصبه العداء، وتطورت هذه النظرة للفقه الإسلامي لتصبح منهجا في الدراسة ونمطا في التفكير تقوم على أساسين :

أولا:رفض القول بأن مصدر القرآن هو الله تعالى وذلك بإنكار الوحي، واعتبار السنة مجرد أعراف وضعت في القرن الثاني الهجري .

ثانيا:إنكار أصالة الفقه الإسلامي، أو كما يقول جوزيف شاخت في دراسته في الشريعة الإسلامية، تمتاز المراحل الأولى من تطور القانون الديني الإسلامي بتقبل عناصر أكثر ما تكون تنوعا، فالطبقة السفلى فيه ليست إسلامية الأصل إلى حد كبير، و أخطر المزاعم ما تمثل في القول بتأثير القانون الروماني في الشريعة الإسلامية وتطورت مراحل هذه الدعوة فيما يلي .

أ- دعوة المحامي الإيطالي"**كومينيكو غاتيسكي** " الذي كان يعيش في الإسكندرية ولم يكن يعرف لا العربية ولا التركية في كتابه بالإيطالية الصادر سنة 1856م عن "**الحقوق العثمانية العامة والخاصة** "بوجود أشباه ونظائر بين قانون "**جوستنيان**"وبين الشريعة الإسلامية، مدعيا أيضا دخول القواعد الرومانية إلى الإسلام عن طريق الأحاديث الموضوعة [1] .

ب- أصبح هذا الإدعاء في ما بعد قناعة لدى المستشرقين حيث نرى "**شيلدون آموس** "في كتابه "**تاريخ القانون المدني لروما وأصوله** "**يقول**: "من المحتمل بل من الضروري ألا تكون الأصول المهمة والقواعد الإسلامية شيئا غير حقوق الإمبراطورية الرومانية في ثوب عربي .

ج- بعد ترسخ هذه الدعوة، اختلف المستشرقون فقط في كيفية تأثير القانون الروماني في الشريعة الإسلامية

* **جولدتسهير** في كتابة"**العقيدة والشريعة في الإسلام** "**وسانتيانا** في "**مقدمة مجلة الالتزامات التونسية** "،**وكريمر** في كتابه "**الحضارة العربية** " يرون أن الحقوق الرومانية دخلت إلى الفقه الإسلامي، من خلال المدارس القانونية الرومانية القائمة في بيروت والإسكندرية ،ويعتبر كريمر "بأن الإمام الأوزاعي "كان أحد تلاميذة المدرسة الرومانية ببيروت .

* العلامة "**إدوارد لامبير** "الفرنسي والأستاذ الأول للقانون المقارن يرى في كتابه :"**وظيفة القانون المدني المقارن** "بأن الفقه الإسلامي تأثر بالقانون الروماني عن طريق القانون اليهودي، وأن التلمود قد لعب دورا مهما في تكوين الأعراف

[1]- محمد كمال الدين إمام .نظرية الفقه .ص93

* "**لا منس** "فيرى بأن اختراع الحديث مكن الفقهاء من أن ينسبوا إلى النبي صلى الله عليه وسلم أو إلى كبار الصحابة كل المقتبسات الأجنبية، ثم جاء مصدر الإجماع فأدخل كل هذه العناصر الغربية، ومزجها بالعناصر الأصلية الوطنية [1].

وللرد على هذا الإدعاء والمغالطات نلاحظ ما يلي :

أ/ مؤرخو تاريخ القانون، يؤكدون بأن القانون الروماني القديم اختفى في حدود القرن السادس الميلادي، وظهر القانون الروماني الحديث في القرن 12م، وهو يختلف عن القديم شكلا ومضمونا.

ب/ القانون الروماني القديم وحشي في عقوباته، مادي في معاملاته وهذا ما أكده كتاب " **موسيهم** " الألماني " **تاريخ الكنسية** " وقد استمرت هذه الشرائع الجائرة حتى القرن 11 م .

ج/ نتيجة قسوة هذه القوانين قام البابا " **سلفستر الثاني** " مع بعض الملوك بالتوجه إلى الأندلس، فأخذوا من الفقه الإسلامي ما يرفع هذه القسوة، مع القيام بالتعديل الذي يتناسب مع العقيدة المسيحية، وحتى لا يتهموا بالزندقة نسبوها إلى " **جوستنيان** " ثم أعلن الملك " **لوثاريوس** " سنة 1137 م باكتشافه مجموعة الحقوق الرومانية الشهيرة، ولم يكن سوى الفقه الإسلامي في ثوب لا تيني [2] .

المطلب الثالث: أثر الفقه المالكي في القوانين الغربية

انتشر الإسلام، وملأت أحكامه التشريعية العديد من الأمم، منها الأمم الأوربية، حيث بنوا كثيرا من قوانينهم على قواعدها، ورغم ذلك فقد تنكر الأوربيون لهذه الحقيقة، بل أكثر من ذلك نجد من الباحثين العرب من يؤيدهم يقول أحدهم: " إن القانون الفرنسي لم يستمد أحكامه لا من فقه الإمام أبي حنيفة ولا من فقه الإمام مالك، فالقانون المدني الفرنسي وضع سنة 1850 للفرنسيين وأهل أوروبا وليس فيه نص واحد مأخوذ من فقه أحد الأئمة"[3].

غير أنه رغم ذلك فقد بينت دراسات على قلتها على مدى تأثر القانون الأوربي خاصة الفرنسي والاسباني بالشريعة الإسلامية وخاصة الفقه المالكي، منها الدراسة المقارنة بين الفقه المالكي والقانون الفرنسي التي قدمها الشيخ مخلوف بن محمد البدري، المنياوي والشيخ سيد عبد الله علي الحسين .

---

[1]– الأب لاماس ، الفقه الإسلامي، تاريخ وتطوراته ، ص 24 25 .

[2]– أنظر رسالة " أبو العباس الكركي " من تلاميذه " بهمنار " واحد تلاميذ بن سيناء الذي يذكر فيها إن الطلية الذين وفدوا من أوربا إلى الأندلس اهتموا بنقل فقه الإسلام إلى لغتهم .أبو الفضل الجرفادقاني : بحث دقيق في الشرائع والقوانين، ملحق كتاب عبد الجليل سعد ، مقدمة القوانين القاهرة 1950 ، ص 81–101

[3]– سيد عبد الله حسين، المقارنات التشريعية دار السلام، القاهرة ط 1 2000 ، ص 01/ 50 .

1/ طرق وصول المذهب المالكي إلى بلاد الغرب :

أ/ **عن طريق الأندلس:** فالإسلام دخل الأندلس سنة 711 م وكذلك جنوب فرنسا حيث وصل إلى مدينة ليون وظل حكم الإسلام هنالك حتى سقوط غرناطة سنة 1244 م .

تقول **زيغريد هونكه** في كتابها "**شمس العرب تسطع على الغرب** :"وقد حمل مشعل الحضارة العربية عبر الأندلس ألوف من الأسرى الأوربيون عادوا من قرطبة وسرقسطة وغيرها من مراكز الثقافة الأندلسية ... ولم تكن جبال البرانس لتمنع تلك الصلة، ومن هنا وجدت الحضارة العربية الأندلسية العربية إلى الغرب... "

ب/**طريق جزيرة صقلية:** التي فتحها المسلمون سنة 212، وبقيت بأيديهم حتى أخذها منهم النورمانديون سنة484هـ، وقد ازدهرت فيها الحضارة الإسلامية أيما ازدهار وكان المذهب السائد فيها هو المذهب المالكي، وكان من حظ المسلمين أن النورمانديين الذين خلفوا المسلمين كانوا يتحلون بقدر كبير من التسامح وتقدير أهل العلم مما كان له الأثر في إنتقال التعاليم الإسلامية إلى بلدان أوربية أخرى .

ج/ **طريق مصر:** خلال حملة نابليون بونابرت الذي كان من أهم الأعمال التي قام بها عند دخوله مصر سنة 1801/1789م أن عهد الى **"بيرون** "بأن يترجم إلى الفرنسية كتاب "**مختصر خليل** " في الفقه المالكي لكي يكون نواة للقانون المدني والجنائي الفرنسي، الذي أصبح يعرف فيما بعد بقانون نابليون .

2/ أسباب تأثر القانون الغربي بالفقه الإسلامي:

أولا: العامل الموضوعي:المتعلق بالمذهب المالكي، فهو مذهب واقعي يتميز بالمرونة ويراعي مصالح الناس، ويأخذ بأعراف الناس يقول محمد بن زهرة "إننا لنقر غير مجازفين أنه مذهب الحياة، و قد اختبره العلماء في عصور مختلفة فاتسع لمشاكلهم، واختبره علماء القانون في عصرنا الحاضر فكان مسعفا لهم في كل ما يحتاجون إليه من علاج وإنا نستند في ذلك إلى مجتهديه، وكثرة أصوله، ونوع الأصول التي أكثروا منها "[1].

ثانيا :العامل المنهجي والمتمثل أساسا في كتابة الفقه المالكي في مراحله الأخير على شكل مختصرات مجردة ،مما جعلها قريبة من الناحية الشكلية للمواد القانونية ليسهل ترجمته، وهذا ما يفسر من أن نابليون اختار **مختصر خليل** بالذات لترجمته وجعله نواة للقانون الفرنسي لأنه قمة في الاختصار والتجريد .

ثالثا : العامل الجغرافي: حيث كان المذهب المالكي هو السائد في بلاد المغرب والأندلس، فتأثر به الأوربيون بحكم الجوار من جهة، وعن طريق طلبة العلم من جهة أخرى، ونتيجة ظلم قوانينهم من جهة

[1]– أبو زهرة، مالك، دار الفكر العربي .

ثالثة يقول علال الفاسي: " إن طلبة العلم نقلوا كثيرا من الفقه المالكي إلى لغتهم، لأنهم رأوا فيه من العدالة والإنصاف ما لم يجدوه في أعرافهم المتبعة لديهم في القرنين الرابع والخامس[1]

3- بعض النماذج الموجودة في المذهب المالكي والقوانين الغربية :

أ/ عقد الزواج : ينعقد الزواج في القانون المدني الفرنسي بفرض وجود نوعين من الشروط، وهي شروط موضوعية وشروط شكلية، منها يستوجب منها تارة المعارضة في الزواج ، وتارة الإلغاء إذا أعلن، ويكون الزواج متصلا اتصالا وثيقا بدليله[2] .

والشروط المطلوبة لإبرام عقد الزواج يتفق فيها القانون المدني الفرنسي مع التشريع الإسلامي ويلتقيان فيما يتعلق باختلاف الجنس " ذكر وأنثى " والرضائية " عدم اختلاف إلا في بعض التفاصيل [3] .

ب/ المقاصة بالدين: من أنواع انقضاء الالتزام في القانون المدني الفرنسي المقاصة بالدين، وقد عرفها القانون بأن يصبح الدائن مدينا لمدينه، فيلتقي الدينان بقدر أصغرهما فيتلاشيا[4] .

وفي الفقه المالكي أن الدينين إن تساويا في النوع وكانا حالين معا، أو كان أحدهما حالا والآخر ثابتا ولم يحل جازت المقاصة، ويشترط فيها أن تكون طرفا من دين يشغل ذمة شخص لأخر أيضا بنفس المقدار، وإن كثر أحدهما تبعت في الأقل[5] .

ج/ تجاوز استعمال الحق: نظرية تجاوز الحق في الفقه الفرنسي هي أن يتجاوز الشخص حد استعمال حقه فينتج عن ذلك ضرر للغير فيجب عليه تعويض ذلك الضرر، ولا يوجد لهذه النظرية نص في القانون المدني الفرنسي، لكنها تأكد في فقه التطبيق من خلال أحكام المحاكم[6] .

بينما هي حق مقرر في التشريع الإسلامي منذ وجوده، يقول الشاطبي: " إن حق الغير محافظ عليه شرعا "[7]، وهذه النظرية مبسوطة في كتب الفقه معروفة منذ زمن بعيد، قبل أن يعرفها الغرب وينقلها .

والذي نخلص إليه في هذه القضية هو ثلاثة ملاحظات :

---

[1] – علال القاسي ، تاريخ الإسلامي، ط 1991، ص 56 .

[2] – راجع البند 144-164 من القانون الفرنسي .

[3] – الحطاب، مواهب الجليل، مطبعة السعادة 1327هـ 428/3 .

[4] –راجع البنود 1289-1299 من القانون المدني الفرنسي .

[5] – الحطاب، مواهب الجليل 549/4-550 .

[6] راجع بنود 1382 ، 1386 من القانون المدني الفرنسي .

[7] – الشاطبي، المرفقات في أصول الشريعة، دار المعرفة، بيروت ط 2 1975، ص 322/2 .

أولا : القوانين الغربية عامة والفرنسية خاصة تأثرت بمذهب الإمام مالك، ولكن مع الإشارة أن الشريعة الإسلامية نظام متفرد، فليس المقصود إذا أن يتلاقى الفقه الإسلامي والقانون الغربي في نص واحد ، وأن نخرج القانون الغربي فنجعله فقها إسلاميا، أو نخرج الفقه الإسلامي فنجعله قانونا غربيا .

ثانيا: لا يجب القول بأن القوانين الغربية نسخة طبق الأصل للمذهب المالكي وأنها بضاعتنا ردت إلينا ،وبالتالي لا معنى للقول بوجود تشريع إسلامي وآخر وضعي فالشريعة الإسلامية نظام يختلف وإن تشابه مع القوانين الغربية في مصادره وفروعه .

ثالثا : يجب الاهتمام بالدراسات التشريعية المقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريعات الغربية لأمرين .

أ- بيان أصالة وتفوق التشريع الإسلامي خاصة في مجال الثراء الفقهي .

ب- الاستفادة من الجوانب الشكلية ، و النظرية والموضوعاتية لتجديد الفقه الإسلامي .