# الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي

## مع مدخل لدراسة الفقه وفلسفته

دراسة مقارنة


تأليف

الدكتور محمد يوسف موسى

أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول



الطبعة الأولى

١٣٧٢ هـ — ١٩٥٢ م

بالقاهرة

مطابع

دار الكتاب العربي بمصر

محمد حلمي المنياوي

# إهـــداء

أهدى هذا البحث بكل إجلال إلى روح :

والدى الذى لم أره ، و إن ورثت منه كثيراً من خلاله الطيبة وأخلاقه الـكر يمة .

والدتى التى قامت على تر بيتنا أنا وأخوىّ السيدين الفاضلين ، ومَنَّ الله عليها فرأتنا رجالا نقوم على خدمة الدين والعلم .

شيوخى من علماء الأزهر ورجاله ، الذين حبَّبوا إلىّ العلم ودفعونى فى طر يقه الشاق اللذيذ .

الشيخ محمد زاهد الـكوثرى التركى الأصل ثم المصرى أخيراً ، فهو من خير من عرفت من العلماء رواية ودراية ، ومن أبصرهم بالعلوم الإسلامية ومراجعها الأصيلة ، ومن أكثر الناس تواضعاً وحباً للعلم وعملا على نشره وتوجيه من يتصل به[1] .

إلى أرواح هؤلاء جميعاً أهدى هذا العمل المتواضع ، وأرجو الله لهم حسن المثو بة والجزاء ، وأن يجعلهم مع الذين أنعم عليهم من النبيين والصِّدِّيقين والشهداء والصالحين وحَسُن أولئك رفيقاً .

محمد يوسف موسى

---

(١) استأثرت رحمة الله به فى يوم الاثنين ٢٠ ذى القعدة عام ١٣٧٢ هـ الموافق ١١ أغسطس عام ١٩٥٢ م ، بعد حياة مباركة للدين والعلم ، فقد أثرت مؤلفاته والـكتب التى حققها أو اشترك فيها على المائة ، عدا مقالاته وتعليقاته على ترجمة دائرة المعارف الإسلامية .

# مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله وحده ، والصلاة والسلام على من لا نبى بعده ، ورضوان الله على آل رسوله المصطفى وأصحابه ومن اتبعهم بإحسان إلى يوم الدين .

١ — وبعد : هذا كتاب فى « الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى » ، وهو ما يُعرف فى كتب الفقه « بالمعاملات » ، أقدمه لطلاب كلية الحقوق بالجامعة ولجميع من يعنيهم دراسة الفقه الإسلامى من مراجعه الأولى الأصيلة . وقد عنيت فيه بصفة خاصة بالمقارنة بين آراء الفقهاء المسلمين بعضهم مع بعض من ناحية ، وبين هذه الآراء وما جاء فى القانون المصرى الحديث من ناحية أخرى ، وذلك عندما يتطلب الأمر وموضوع البحث هذه المقارنة .

وفى الفقه الإسلامى ثروة ضخمة من التشريعات العديدة التى تتناول الفرد والمجتمع والدولة من النواحى المختلفة ، بل تتناول أيضاً العلاقات الدولية بين الأمم جميعاً . ولن يستطيع أن يقف على مبلغ هذه الثروة من قَصَر نفسه على مذهب واحد من مذاهب الفقه لا يعدوه إلى غيره ، بل يجد تجاوزه غير جائز له ما دام قد التزمه مذهباً له .

٢ — وإذا كانت « الدراسة المقارنة » هى الضرب الأمثل من الدراسات فى الفلسفة والعلوم الاجتماعية والاقتصادية ونحوها ، فإنها كذلك بلا ريب فى الفقه والتشريع ، وهى — لهذا — الواجبة الاتّباع فى هذه الأيام بخاصة .

إن هذه الدراسة تساعدنا على التَّحرُّر من رِبْقة التقليد فى الأصول والفروع الذى أخذ منَّا بالخناق ، وتجعلنا نعرف يقيناً أن الله لم يخص بالحق كله فقيهاً أو مذهباً

واحداً بعينه ، وتقدِّم مادة خصبة متجددة للذين يقومون بالقوانين الوضعية الحديثة ؛ وذلك ما يُعرّفهم بما للفقه الإسلامى من منزلة كُبْرى ، فيفيدون منه أجلَّ فائدة حتى يكون المصدر الرسمى الأول لما يضعون من قوانين .

فضلا ، عن أن هذا النوع من الدراسة يرسُم لنا لوحة أمينة صادقة لجهود العقل الإنسانى فى هـذه الناحية ، ولتطوُّر الفكر فيما يتصل بالتشريع والتقنين ليتناسب مع ما يجدّ للناس من مشاكل الحياة العملية وأحوالها العديدة المختلفة ، وسواء فى ذلك جهود الفقهاء فى الشرق والغرب من المسلمين وغير المسلمين .

٣ — وإذا كان لكل قانون ، سماوى أو وضعى ، طبيعته وسِماتُه وخصائصه التى بها يتميز عن غيره من القوانين ، فإن للفقه الإسلامى من هذا كله ما يجعله بحق ضرباً فريداً من التشريعات والقوانين التى عرفها العالم حتى الآن ؛ سواء من ناحية الأسس التى قام عليها ، والمقاصد والغايات التى استهدفها ، والأحكام والحلول التى جاء بها على مَرِّ العصور ، وغير ذلك مما سيستبين لنا أثناء البحث إن شاء الله تعالى .

ولذلك رأيت من الخير ، بل من الضرورى ، أن أقدم للبحث كله بكلمات تعالج فى إيجاز نشأة الفقه وتدرّجه ، ومادته وينابيعه ، وتطوره بحسب تغير الزمان والمكان ، وطبيعته وخصائصه الثابتة رغم تغير الكثير من أحكامه . . . إلى غير هذا وذاك كله مما يتصل بتاريخ التشريع الإسلامى وفلسفته ، ويعتبر مَدْخلاً لابدّ منه لدراسة الفقه نفسه ، وبه يسير القارىء إلى ما هو بسبيله من الدراسة والبحث على هدى وبصيرة .

وحينئذ نعلم أنه ما ينبغى لنا أن نُؤخذ بما خلعه الزمن من قداسة على جميع الآراء الفقهية لرجاله وأعلامه القدامى ، لأن هذه « القداسة » — التى أكَّدها الزمن والجمود والكسل العقلى — منعتنا فى الماضى ، ولا تزال تمنعنا فى الوقت الحاضر ، من التقدم والتطور لمسايرة العصر وما يجدّ فيه من مشاكل وأحداث تتطلب ما يناسبها من الأحكام التى لا تعارض القرآن والثابت من سنة الرسول عليه الصلاة

والسلام . وسيجىء لهذا زيادة بيان عند ختام هذه الدراسات التى جعلناها « مَدْخلا » للبحث كله ، وذلك عند ما نستخلص منها النتائج الحتميّة التى تؤدى إليها .

٤ — هذا ، ولست بالذى يزعم أنى أسير فى طريق لم يسلكه غيرى من قبل ، فقد سار فى هذا الطريق الوعر الشاق كثير من أفاضل العلماء وكبار الرُّوَّاد فى هذا الزمن المعاصر ، وقد أفدت من أعمالهم جميعاً . أجزل الله مثوبة من اصطفاه منهم لجواره ، وأمدّ فى حياة الباقين ، ورزقنى وإياهم العون والتوفيق .

وقد اقتضى البحث ومنهاج الدراسة تقسيم الموضوع إلى هذه الأقسام :

(١) القسم الأول فى المدخل لدراسة الفقه وفلسفته .

(٢) القسم الثانى فى الأموال .

(٣) القسم الثالث فى نظرية العقد .

٥ — وأخيراً ، هذا عمل يُعتبر باكورة لى فى هذه الناحية من نواحى الدرس والمعرفة ، بعد أن قضيت عمراً طويلا فى دراسة التاريخ والعلوم الفلسفية وفى تطبيق الفقه عملياً فى المحاماة ، ولهذا أعتذر عما يكون فيه من نقص بما قال العماد الأصفهانى :

« إنى رأيت أنه لا يكتب إنسان كتاباً فى يومه إلا قال فى غده : لو غُيِّر هذا لكان أحسن ، ولو زيد كذا لكان يُستحسن ، ولو قُدِّم هذا لكان أفضل ، ولو تُرك هذا لكان أجمل . وهذا من أعظم العِبر ، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر » .

روضة القاهرة { ١٧ من المحرم سنة ١٣٧٢ هـ
٧ من أكتوبر سنة ١٩٥٢ م

# القسم الأول

## مدخل لدراسة الفقه وفلسفته

# الشريعة والفقه

جرى الأمر فى كليات الحقوق بالجامعات المصرية على إطلاق كلمة : « الشريعة الإسلامية » على « الفقه الإسلامى » ، بل على أنها مرادفة له ؛ مع أن « الشريعة » أعم كثيراً من « الفقه » ، وسبق أن عُرفت فى اللغة العربية قبل ظهور كلمة « فقه » بزمن طويل .

٦ — يراد « بالشريعة » كل ما شرعه الله للمسلمين من دين ؛ سواء أكان بالقرآن نفسه ، أم بسنة الرسول من قول أو فعل أو تقرير . فهى ، لهذا ، تشمل أصول الدين ، أى ما يتعلق بالله وصفاته والدار الأخرى وغير ذلك كله من بحوث علم التوحيد أو علم الكلام . كما تشمل ما يرجع إلى تهذيب المرء نفسه وأهله ، وما يجب أن تكون عليه العلاقات الاجتماعية ، وما هو المثل الأعلى الذى يجب أن يعمل لبلوغه أو مقاربته ، وما هى الطرق التى بها يصل إلى هذا المثل أو الغاية من الحياة ، وذلك كله هو ما يعرف باسم علم الأخلاق . ومع هذا أو ذاك ، تشمل الشريعة أحكام الله لكل من أعمالنا ؛ من حل ، وحرمة ، وكراهة ، وندب ، وإباحة وذلك ما نعرفه اليوم باسم الفقه المرادف لكلمة قانون فى عُرف المُحْدَثين .

وفى ذلك نجد أحد الذين عنوا عناية فائقة بتحقيق مصطلحات العلوم ، وهو محمد على التَّهانَوِى يقول[1] : « الشريعة ما شرع الله تعالى لعباده من الأحكام التى جاء بها نبى من الأنبياء صلى الله عليهم وعلى نبينا وسلم ؛ سواء كانت متعلقة بكيفية عمل ، وتُسمى فرعية وعملية ، ودُوِّن لها علم الفقه ؛ أو بكيفية الاعتقاد ، وتسمى أصلية واعتقادية ، ودُوِّن لها علم الكلام . ويسمى الشرع أيضاً بالدين والملة » ،

---

(١) كشفاف اصطلاحات الفنون ، مادة : شريعة ، المجلد الأول ص ٨٣٥ — ٨٣٦ من طبعة الاستانة عام ١٣١٧ هـ .

إلى آخر ما جاء فى مادة « شريعة » مما فيه التفرقة واضحة بينها و بين الفقه ، و إن كان قد ذكر ما يفيد أنها قد يراد بها الفقه فى بعض الأحيان من باب إطلاق العام و يراد به الخاص .

الفقه ، إذاً ، أخص من الشريعة ، لأنه جزء منها و بعض ما تشتمل عليه ، وهذا واضح من تعريفات العلماء له .

٧ — من هؤلاء السيد الشريف الجُرْجانى إذ يقول[١] : « الفقه هو فى اللغة عبارة عن فهم غرض المتكلم من كلامه ، وفى الاصطلاح هو العلم بالأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية . . . وهو علم مُسْتَنبط بالرأى والاجتهاد ، و يحتاج فيه إلى النظر والتأمل ، ولهذا لا يجوز أن يُسَمَّى الله تعالى فقيهاً لأنه لا يخفى عليه شىء » .

ومنهم الإمام أبو حامد الغزالى المتوفى عام ٥٠٥ هـ إذ يقول[٢] : « والفقه عبارة عن العلم والفهم فى أصل الوضع ، يقال فلان يَفْقَه الخير والشر أى يعلمه و يفهمه ولكن صار بِعُرْف العلماء عبارة عن العلم بالأحكام الشرعية الثابتة لأفعال المكلفين خاصة . . . كالوجوب والحظر والإباحة والندب والكراهة ، وكون العقد صحيحاً وفاسداً و باطلا ، وكون العبادة قضاء وأداء ، وأمثاله » .

و بعد الغزالى الشافعى ، نجد علاء الدين الكاسانى الحنفى المتوفى عام ٥٨٧ هـ يذكر أنه لا علم بعد العلم بالله وصفاته أشرف من علم الفقه ، وهو المسمى بعلم الحلال والحرام والشرائع والأحكام ؛ له بعث الرسل وأنزل الكتب ، إذ لا سبيل إلى معرفته بالعقل المحض دون معونة السمع »[٣] .

٨ — و بعد هؤلاء جميعاً نجد التهانوى يذكر أن الشافعية يُعرِّفون الفقه بأنه

---

(١) كتاب التعريفات ، مادة : فقه ص ١١٢ من طبعة استانبول عام ١٣٢٧ هـ

(٢) المستصفى من علم الأصول ، طبعة بولاق سنة ١٣٢٢ هـ ، حـ ١ : ٤ — ٥

(٣) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ، الطبعة الأولى عام ١٣٢٧ هـ بمطبعة شركة المطبوعات العلمية جـ ١ : ٢ . ونشير هنا إلى أن المعتزلة يرون أن الشرع ورد مجيزا ومقرراً لأحكام العقل لا منشأ لها .

« العلم بالأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية »[١] ويجعلونه أربعة أقسام ، فقد قالوا : « الأحكام الشرعية ؛ إما أن تتعلق بأمر الآخرة ، وهى العبادات أو بأمر الدنيا . وهى إما أن تتعلق ببقاء الشخص ، وهى المعاملات ، أو ببقاء النوع باعتبار المنزل وهى المناكحات ، أو باعتبار المدينة وهى العقوبات[٢] .

على أن القول بأن العبادات تتعلق بأمر الآخرة ، على معنى قَصْرها عليها ، فيه تسامح كبير ، فالعبادات فيها منافع غير منكورة للشخص والمجتمع فى هذه الحياة الدنيا إن الصلاة بحركاتها ، وما يلزمها من نظافة وطهارة ، فيها صحة الجسم وتهذيب النفس وكذلك الصوم أيضاً ؛ والحج فيه رياضة للنفس وتبادل المنافع الدنيوية والتشاور فى الرأى لصالح المسلمين بعامة ، والزكاة ، فيها إصلاح للفقير والمجتمع ؛ إلى غير ذلك كله من ضروب المنافع الدنيوية التى لا نكاد نحصيها عداً فى العبادات .

٩ — وقد قلنا فيما تقدم بأن اللغة العربية عرفت كلمة « شريعة » قبل كلمة « فقه » بزمن طويل . ذلك بأننا نجد مادة : « شرع » ومشتقاتها وردت فى كثير من آى القرآن الكريم ، بل نجد كلمة : شريعة نفسها جاءت فى قوله تعالى : « ثم جَعَلْناك على شريعة من الأَمْر فاتَّبِعْها »[٣] ؛ وهذا فى مقابلة الشريعة الموسوية والشريعة المسيحية ، ويراد بها الدين بصفة عامة .

على حين أن كلمة « فقه » لم تعرفها لغة العرب فى معناها الذى نريده اليوم إلا بعد مضى صدر من الإسلام . وفى هذا يقول ابن خلدون فى الفصل الذى عقده للكلام عن علم الفقه وما يتبعه من الفرائض[٤] « الفقه معرفة أحكام الله تعالى فى أفعال المكلَّفين ، بالوجوب والحظْر والنَّدْب والكراهة والإباحة ، وهى مُتَلَقَّاة من الكتاب والسنة وما نصبه الشارع لمعرفتها من الأدلة فإذا اسْتُخْرِجَت الأحكام من تلك الأدلة قيل لها : « فقه » . ويذكر بعد هذا بأن هؤلاء الذين يستخرجون هذه

---

(١) و (٢) كشاف اصطلاحات الفنون ، عند الكلام على علم الفقه فى مقدمته فى بيان العلوم المدونة جـ ١ : ٣٦ ، ٣٧

(٣) (الجاثية ك ٤٥ : ١٨) .

(٤) مقدمة ابن خلدون ، مطبعة التقدم عام ١٣٢٢ هـ ، ص ٣٠٣ .

الأحكام كانوا يُسَمَّون فى فجر الإسلام بالقراء ، تمييزاً لهم عن الذين لم يكونوا يقرءون الكتاب الكريم ، إذ كان العرب أمة أمية كما نعلم . « ثم عَظُمت أمصار الإسلام وذهبت الأمية من العرب بممارسة الكتاب ، وتمكن الاستنباط وكَمُلَ الفقه وأصبح صناعة وعلماً فبدِّلوا باسم الفقهاء والعلماء من القُرَّاء »[١] .

## نشأة الفقه وتدرجه

١٠ — الفقه الإسلامى مَثَله مثل كل كائن حى مادى أو معنوى ، لا ينشأ من لا شىء ، ولا يبلغ كماله طفرة واحدة ، بل ينشأ من شىء موجود سابق عليه ، ويأخذ فى السير متدرجا فى مراتب الحياة والوجود حتى يبلغ أقصى ما يقدر له من نضج وكمال ، ثم ينال منه الزمن وأحداثه حتى يدركه الهرم .

والعرب الذين نزل القرآن بلغتهم ، وأصبحوا حملة الإسلام ودعاته وناشريه فى أقطار الأرض ، كانوا أمة أمية حقاً ليس لها ما لجيرانها من الروم والفرس من علوم وفلسفات وثقافة عالية . إنهم لم يكونوا يُعنَوْن إلا بعلم اللسان واللغة والشعر ، وبرواية السِّير والتاريخ ، و بشىء من علم التنجيم اضطرتهم إليه ظروف الحياة وعرفوه عن التجربة ؛ « لا على طريق تعلم الحقائق ، ولا على سبيل التدرب فى العلوم » كما يقول صاعد الأندلس المتوفى عام ٤٦٢ هـ[٢] .

١١ — إلا أنه ليس لنا أن نستنتج من ذلك أن العرب لم يكن لهم شىء من القوانين يحكم حياتهم ومعاملاتهم ، قوانين لم تصدر حقاً عن سلطة تشريعية كما كان الحال بعد أن جاء الإسلام ، ولكنها كانت أوضاعاً وتقاليد وأعرافاً استفادوا أكثرها عن البلاد التى كانوا يعيشون بجوارها ويتصلون بها اتصالات عرفها التاريخ[٣] . ومن هذه البلاد الشام وقد كان قطراً يطبق فيه القانون الرومانى ، والعراق حيث كان

---

(١) مقدمة ابن خلدون ، مطبعة التقدم ، عام ١٣٢٢ هـ ص ٣٥٣ .

(٢) طبقات الأمم ، مطبعة محمد مطر بمصر ص ٥١ .

(٣) ومن المسلم أنه يكون من هذه الاتصالات تأثير وتأثر من الطرفين ، ويكون التأثر عادة من الطرف الأدنى حضارة وتقدما .

يسود القانون الفارسى ، فضلا عمن كان فى « يَثْرب » — التى سميت « بالمدينة » فيما بعد — من اليهود وقد كان لهم قانونهم وتشريعاتهم الموسوية .

وإلى جانب ذلك ، نعرف من تاريخ الأمم والشعوب أنه كان لكل مجتمع ، مهما كانت درجته من الحضارة والرقى الفكرى والعملى ، حظه من قواعد قانونية يجرى عليها فى معاملاته وعقوده وتصرفاته المالية ، وفى المسائل الشخصية التى تبنى عليها الأسرة كالزواج ونحوه ، وفى علاج جرائم المجتمع بوضع العقوبات الزاجرة عنها الرادعة لمن يقترفون شيئاً منها ، وفى غير هذا كله من الشئون ومسائل الحياة ومشاكلها .

١٢ — والمجتمع العربى ، فى شبه جزيرة العرب قبل الإسلام ، لم يشذ طبعاً على هذا الأصل الذى يقوم عليه بقاء الشخص والنوع والاجتماع والعمران .

من أجل ذلك ، نعرف من التاريخ أن العرب عرفوا فى جاهليتهم قواعد قانونية كثيرة قام عليها مجتمعهم ، وكان ذلك فى نواح شَتَّى من النواحى التى عالجها الإسلام فيما بعد . بما جاء به من فقه وتشريعات ، وقد أقرّ الرسول صلى الله عليه وسلم كثيراً من هذه القواعد والمبادىء التى كانت قد تبلورت فصارت أعرافاً ينزلون على حكمها ، فما كان الإسلام ليغيّر كل ما كانت عليه الأمة العربية حتى ما كان صالحاً لبناء مجتمع صالح للحياة الطيبة ، ومن ثمّ لنا أن نقرر أن الإسلام طرأ على مجتمع له تقاليده وأعرافه وحياته القانونية .

* * *

١٣ — عرف العرب كثيراً من ضروب المعاملات ؛ كالبيع ، والرهن ، والشركة ، والمضاربة ، والإجارة والسَّلَم . وأقر الإسلام ، فى كتابه الكريم وعلى لسان رسوله وفعله وتقديره ، غير قليل من أنواع هذه التصرفات والعقود حين وجدها صالحة للبقاء ، وحرّم وألغى ما كان غير صالح منها . وكان من هذا الذى حرّمه الربا لأن فيه أكل أموال الناس بالباطل ، كما كان مما نهى عنه أنواع من البيوع

— سيجىء الكلام عنها — لما تؤدى إليه من غَرَر ومنازعات . وهذه الإشارة تحتاج إلى بعض الإيضاح ، فلنذكر من الشواهد والأدلة ما يدل على ذلك الذى تشير إليه .

جاء فى سنن أبى داود ومسند ابن حنبل عن الرسول أنه قال للسائب ابن أبى السائب وقد جاءه يوم الفتح : « كنت شريكى ، فنعم الشريك ! كنت لا تدارى ولا تُمارى » ، وقد رُوى أيضاً بألفاظ أخرى[١] وقال ابن هشام ، وهو يتحدث عن زواج الرسول بخديجة بنت خُوَيْلَد ، وكانت خديجة بنت خويلد امرأة تاجرة ، ذات شرف ومال ، تستأجر الرجال فى مالها وتضاربهم إياه بشىء تجعله لهم[٢] » .

من هذين الخبرين ، نرى أن العرب عرفوا عقد الشركة والإجارة والمضاربة[٣] ، وهى عقود أقرها الإسلام لأن الحياة العملية لا تقوم بدونها ، ثم وضع الفقه فيما بعد قواعدها وشروطها وحدودها ، وذلك ليكون الغرض منها مصلحة المتعاقدين معاً فى حدود شرع الله ورسوله .

١٤ — كما عرف العرب عقد السَّلَم ، وهو شراء الشىء الذى لم يوجد بعدُ بثمن عاجل حال ، ولهذا نجد الرسول حين ينهى عن بيع المعدوم لما فيه من الغَرَر والخطر يستثنى السَّلَم إذ كان نوعاً من المعاملات التجارية المعروفة قبل الإسلام وبخاصة عند أهل يَثْرِب ، ولما يكون فى منعه من الحرج والتضييق على الناس .

---

(١) راجع سبل السلام شرح بلوغ المرام للصنعانى المتوفى عام ١١٨٢ هـ ، حـ ٣ : ٨٣ — ٨٤ ، طبعة صبيح بالقاهرة .

(٢) سيرة بن هشام ، نشر المكتبة التجارية عام ١٩٢٧ م ، حـ ١ : ٢٠٢ .

(٣) أنظر فى إقرار الرسول للمضاربة على ما كانت عليه قبل الإسلام ، أعلام الموقعين لابن القيم حـ ٤ : ١٦ ؛ وأيضاً الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير ، حـ ٣ : ٣٤٦ ، إذ قال : القراض ( وهو المضاربة ) كان فى الجاهلية ، وكانت قريش أهل تجارة لا معاش لهم من غيرها وفيهم من لا يطيق السفر ، فكان ذو الشغل والمرض يعطون المال مضاربة لمن يتجربه بجزء مسمى من الربح فأقر الرسول صلى الله عليه وسلم ذلك فى الإسلام ، وعمل به المسلمون عملا متيقناً لا خلاف فيه ، وقد خرج صلى الله عليه وسلم فى قراض بمال خديجة .

وفى هذا يروى إماما المحدِّثين البخارى ومسلم عن ابن عباس قال : قدم النبى صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يُسْلِفون بالتمر السنتين والثلاث ، فقال : « من أَسْلف فى شىء ففى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم[١] » .

١٥ — وفى ناحية ما يسمى اليوم فى الفقه « بالأحوال الشخصية » ، نراهم تعارفوا ضروباً مختلفة ، من صلة الرجل بالمرأة ، وقد أقرّ الإسلام منها ما يتفق والشريعة ، ، وحرّم الأنواع الأخرى التى لم تكن إلا سِفاحاً صريحا .

وفى ذلك يقول الإمام البخارى فى صحيحه . « إن النكاح فى الجاهلية كان على أربعة أنحاء ، فنكاح منها نكاح الناس اليوم ؛ يخطب الرجل إلى الرجل وليّته أو بنته ، فيُصْدِقها ثم ينكحها[٢] . فهذا هو عقد الزواج الذى أقرّه الإسلام ووضع له أصوله وحدوده ، ليقوم به بيت صالح وأسرة طيبة هى أساس المجتمع ، وقد كان لا بد فيه من الخِطْبة والمهر ، كما كانت المرأة لا تُزوَّج إلا بإذنها .

١٦ — جاء فى كتاب الأغانى لأبى الفرج الاصفهانى[٣] . « أن الحارث بن عوف المُرِّى وفد على أوس بن حارثة الطائى يخطب إليه إحدى بناته ، وكان له ثلاث بنات . فعرض الأمر على الكُبْرى والوسطى فأَبتا ، ثم خاطب الصُّغْرى فقال لها : هذا الحارث بن عوف ، سيد من سادات العرب ، جاء طالباً خاطباً ، فقالت : أنت وذاك ؛ فأخبرها بإباء أختيها ، فقالت : لكنى والله لَلْجَمِيلة وجهاً ، الصَّنَاع يداً ، الرفيعة خُلقاً ، الحسيبة أباً ؛ فإن طَلَّقَنى فلا أَخْلف الله عليه بخير » ؛ فزوجها الحارث .

إذاً ، قد عرف العرب قبل الإسلام ما أقره الإسلام من الزواج حين جاء ؛ كما عرفوا أيضاً فسخ الزواج بالطلاق ، و إن لم يكونوا يتقيدون بعدد فى الطلاق .

---

(١) اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان حـ ٢ : ١٨٢ .
(٢) راجع كتاب النكاح ، باب من قال : لا نكاح إلا بولى .
(٣) حـ ٩ : ١٤٢ — ١٤٣ ، من طبعة الساسى .

«روى الترمذى والحاكم وغيرهما من المحدّثين عن عائشة رضى الله عنها ، قالت : كان الرجل فى الجاهلية يطلق امرأته ما شاء أن يطلقها ، وهى امرأته إذا ارتجعها وهى فى العدة ، وإن طلقها مائة طلقة وأكثر » . ولذلك نزل القرآن بتحديد عدد الطلقات ، وبأنه ليس للزوج بعد الثالثة مراجعة .

١٧ — وعلى ذلك النحو من صلة الرجل بالمرأة بطريق الزواج الذى تتقدمه خِطْبَة الزوجة من وَلِيِّها ، نجد زواج الرسول صلى الله عليه وسلم بالسيدة خديجة رضى الله عنها . فقد روى أبو العباس المُبَرِّد المتوفى عام ٢٨٥ هـ أن أبا طالب خطب فى هذا الزواج ، فقال : « الحمد لله الذى جعلنا من ذرية إبراهيم وزرع إسماعيل ، وجعل لنا بلداً حراماً ، وبيتاً مَحْجُوجاً ، وجعلنا الحكام على الناس . ثم إن محمداً بن عبد الله ابن أخى ممن لا يُوازَن به فتى من قريش إلا رَجَح عليه : بِرًّا وفضلاً وكرماً ، وعقلا ومَجْدًا ونُبْلاً . وإن كان فى المال قُلّ ، فإن المال ظل زائل ، وعارية مُسْتَرْجَعة . وله فى خديجة بنت خُوَيْلِد رغبة ، ولها فيه مثل ذلك ، وما أحببتم من الصداق فَعَلَىّ »[1] .

ويروى ابن هشام[2] فى سيرته أن أبا طالب قال : « ومحمّد من قد عرفتم قرابته ، وقد خطب خديجة بنت خُوَيْلِد ، وبذل لها من الصداق ما آجِلُه وعاجله كذا من مالى ، وهو والله بعد هذا له نبأ عظيم وخطب جليل جسيم » . وكان أن تم الزواج ، وقام بتزويجها عمّها عَمْرُو بن أسد وابن عمّها وَرَقَةُ بن نَوْفل بشهادة صناديد قريش .

من هذا نرى أن عقد زواج الرسول جرى على ما جاء به الإسلام بعدُ ؛ من صداق يدفع للمرأة ، وقيام وليِّها به ، وشهادة من ملأٍ من الناس ليتوافر له ركن العلانية ، تمييزاً له عن الزنى والسفاح . ولا عجب ! فهو زواج من أعدَّه الله لحمل رسالته ، وصانه من أوضار الجاهلية .

---

(١) تهذيب الكامل ، ص ١ : ٤

(٢) سيرة ابن هشام ، ج ١ : ٢٠٤ فى الهامش ، وص ٢٠٣ — ٢٠٦ من الأصل .

١٨ — وبعد ناحية الأحوال الشخصية ، نجد فى باب العقوبات أنهم كانوا يقولون : « القتل أَنْفَى للقتل » أى أن عقوبة القتل العمد هى القصاص من القاتل ، على حين كانت عقوبة القتل الخطأ هى الدِّية .

ولم يقرّ الإسلام عقوبة القتل العمد والخطأ على ما كان عليه العمل قبله فقط ، بل أقر كذلك ما يُعرف « بالقسامة »[١] حين يقتل قتيل فى مَحِلّة ولا يُدْرى قاتله . ففى صحيح مُسْلم أن النبى أقرّ القسامة على ما كانت عليه فى الجاهلية ، كما ذكر البخارى فى صحيحه صفتها فى الجاهلية فى حديث طويل يبين منه أن الرسول قضى بها حين قُتل رجل من الأنصار فى أرض لليهود ولم يعرفوا من قتله منهم[٢] .

* * *

١٩ — إلا إننا ، مهما عددنا ما عرفه العرب قبل الإسلام من قواعد ومبادىء قانونية ، فى هذه الناحية أو تلك من نواحى الحياة العملية ، فلا نستطيع أن نزعم أنهم وصلوا من ذلك إلى ما يكفى ليقوم عليه مجتمع سليم وأمة صالحة للحياة . وما كان يمكن أن يكون الأمر إلا كذلك ، ونصيب العرب فى الجاهلية من الرقى والحضارة كان نصيباً محدوداً إلى درجة كبيرة ، ومن أجل هذا وغيره كانت الحاجة ماسة جداً إلى الإسلام وشريعته .

أجل ! ظهر الإسلام والعرب ، بل العالم كله ، فى أشد الحاجة إليه ؛ فآتاهم العقيدة الحقة ، والشريعة الصحيحة ، والنُّظُم التى يقوم عليها المجتمع والأمة لِتُسْعِدهم فى بعث العالم ونهضته و إخراجه من الظلمات للنور ، وكان من هذه الشريعة والنظم ما نسميه « بالفقه الإسلامى » .

٢٠ — وهذا « الفقه » ، كما نعرفه اليوم ، لم ينشأ مرة واحدة كاملا ، بل

---

(١) هى حلف خمسين من أهل المحلة التى وجد فيها القتيل ، يتخيرهم وليه ، بأنهم ما قتلوه ولا عرفوا له قاتلا ، ثم يقضى بالدية على أهل المحلة جميعا .

(٢) وانظر أيضاً فى ذلك إعلام الموقعين ، ج ٤ : ٣٠٤

تدرَّج فى مراحل مختلفة حتى بلغ ما قُدِّر له من نُضْج وكمال ، شأنه فى هذه الظاهرة شأن كل كائن وُجد وعرف نور الحياة .

على أن الرسول صلى الله عليه وسلم ، لم ينتقل إلى الرفيق الأعلى حتى كان الفقه قد استكمل أهم أصوله التى قام عليها واستوى فيما بعد ، إذ انقضى بوفاة الرسول عهد وضع الشريعة فى أُسُسِها وأصولها ؛ فلم يبق للعلماء والفقهاء بعده إلا الرجوع إلى ما تَمَّ فى حياته ، واستلهام ما أوصى الله إليه من كتاب وسنة ، ثم التفريع والتطبيق حسب الظروف والزمان والمكان .

**الأدوار التى مرّ بها الفقه :**

٢١ — ونستطيع بعد ذلك ، أن نقول بأن الفقه الإسلامى تدرج فى أدوار أربعة[1] :

الأول : دور النشأة الذى كان أيام حياة الرسول ، وقد انتهى بوفاته عام ١١ هـ وقد استمر اثنين وعشرين عاماً و بضعة شهور .

الثانى : دور الشباب أيام الصحابة وكبار التابعين ، وقد استمر هذا الدور إلى ما بعد القرن الأول الهجرى بقليل :

الثالث : دور النضج والكمال ، وقد انتهى فى منتصف القرن الرابع ، وفيه كان التدوين وظهور الأئمة المجتهدين الكبار .

الرابع : دور الشيخوخة والهرم ، وهو عهد التقليد الذى لا يزال مع الأسف الشديد مستمراً حتى اليوم . و إن كان هذا الدور لم يَخْل من مجتهد مطلق أو خاص بمذهب من المذاهب المعروفة ، يظهر من حين إلى آخر .

---

(١) جعل المرحوم الشيخ محمد الخضرى بك هذه الأدوار ستة ، وجعلها الشيخ محمد الحجوى أربعة . انظر تاريخ التشريع الإسلامى للخضرى ص ٣ — ٤ ، والفكر السامى للحجوى ج ١ : ص ١ — ٢ .

**الدور الأول دور النشأة :**

٢٢ — بدأ الفقه فى هذا الدور ينشأ ويتكون ، وعماده القرآن الكريم ثم السنة على اختلاف ضروبها : قولية ، أو فعلية ، أو تقريرية . ولم تستمر هذه الفترة إلا سنوات قليلة هى اثنتان وعشرون سنة وأشهر ، وفيها نزل القرآن ، وتم نزوله بقوله تعالى[1] : « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الإسلام دينا[2] » .

وهنا يجدر بنا أن نلاحظ أن ما نزل من القرآن بمكة ، وهو أقل بقليل من الثلثين من مجموعه ، لم يشتمل على كثير من التشريع الفقهى ؛ إذ كان المقصود الأول فيه هو الدعوة إلى الله وتوحيده ، ونبذ ما كان يعبد الناس قبل الإسلام من مختلف المعبودات ، وإقامة الأدلة على ذلك وعلى وجود الدار الأخرى ، وتسلية الرسول فيما كان يلقاه فى سبيل الدعوة من شدائد بضرب الأمثال له بقصص أسلافه من الرسل والأنبياء . أما التشريعات الفقهية التفصيلية ، فقد نزل الجانب الأكبر منها فى السور المدنية وهى بالنسبة لمجموع القرآن أكثر من الثلث بقليل[3] .

٢٣ — ولا عجب فى أن يكون هذا منهج القرآن ! إن المهمّ الأول كان صرف الناس عن الأديان الباطلة وتوجيههم للدين الحق ، وكان هذا يتطلب بلا ريب إقامة الحجج والأدلة على صحة ما يدعو إليه . على أن الجانب المكى من القرآن لم يخل ، مع ذلك ، من بعض التشريعات العملية ولكن على طريق الإجمال لا التفصيل . وبعد أن تم للرسول النصر ، ولدينه الحق الثبات ، ودخل الناس أفواجا فى الإسلام ، كان قد آن أن يتنزّل الوحى بالتشريعات المفصلة التى لا بدّ منها

---

(١) سورة المائدة ( ٥ : ٣ ) .

(٢) نزلت هذه الآية يوم عرفة عام الحج الأكبر فى السنة العاشرة من الهجرة ، وهى فى رأى كثير من المفسرين آخر القرآن نزولا ، بمعنى أنه لم ينزل بعدها شىء من آيات الأحكام . وعلى كل ، فلم يعش الرسول بعد نزولها إلا إحدى وثمانين ليلة .

(٣) تاريخ التشريع للخضرى بك ، ص ٨ .