مؤسسة علال الفاسي

مدخل في النظرية العامة لدراسة

الفقه الإسلامي

ومقارنته بالفقه الأجنبي

تأليف:
الأستاذ الرائد
علال الفاسي
1974_1910

إعداد ومراجعة:
عبد الرحمن بن العربي الحريشي
مدير المؤسسة

الإيداع القانوني: 1985/148

حقوق الطبع محفوظة للمؤسسة

تـصديـر

□ يسعد مؤسسة علال الفاسي ان تقدم لمجموع الباحثين والمثقفين وخصوصا الذين يعنون بالدراسات الاسلامية : القانونية والتشريعية والمقارنة منها على الاخص : هذا الاثر الهام من آثار زعيم التحرير المغفور له الاستاذ الرائد علال الفاسي. الا وهو كتاب : مدخل في النظرية العامة لدراسة الفقه الاسلامي ومقارنته بالفقه الاجنبي .

وان المؤسسة التي من اهم اهدافها جمع الانتاج الادبي والقانوني والسياسي والفكري للرائد علال الفاسي من اجل نشره، وتعميم الفائدة منه. لفخورة بان تضيف اليوم الى ما هو منشور ومطبوع من مؤلفاته. هذا التأليف القيم الذي لاشك ـ نظرا لموضوعه الهام ـ ستكون له مكانته اللائقة به وسياخذ من تقدير المهتمين بالدراسات القانونية المقارنة ـ اساتذة وطلبة ومثقفين ـ بقدر ما اخذه من مؤلفه من جهد واستغراق في البحث واطلاع ومقارنة واستنتاج .

لقد كان المدخل في الاصل محاضرات كان يلقيها الرائد علال بكلية الحقوق بالجامعة المغربية بالرباط (جامعة محمد الخامس الآن) .

ولقد كان يكتب مبيضتها في دفتر خاص حسب منهج منظم رتبه بعناية وتسلسل .

فلقد رسم للمدخل هذا المنهج وسماه مواد المدخل ويمكن تقسيم هذه المواد الى خمسة مواضيع رئيسية :

1 ـ منهج الدراسة ومقدمات العلم
2 ـ اصول الحكم في الاسلام
3 ـ الخطط الشرعية
4 ـ استقلال القضاء
5 ـ اصول الشريعة .

وهو في كل موضوع من هذه المواضع الرئيسية يفصل الكلام عنها من وجهة النظر التشريعة الاسلامية. ويقارنها بالتشريعات الاجنبية مما يمكن الاطلاع عليه تفصيلا في ثنايا الكتاب واجمالا في مواد المدخل التي صدره بها .

وهنا اود التنبيه الى ان هذه المواد بها بعض المواضع التي كان عازما على بحثها وادراجها ضمن المدخل لكن لم يكتبها. ونعتقد أن طبيعة كتابة المحاضرات التي تكون رهينة بوقت القائها. ونظرا لتمام السنة الجامعية قبل تمام المقرر المفروض. ونظرا للواجبات الاخرى التي كان رحمه الله ملزما بادائها. كل ذلك صرفه عن اتمامها. وهي فصول مهمة تبتدىء من فصل العرف البربري الى آخر قائمة المواد .

وقد آثرنا في المؤسسة ان نقوم باخراج ما كتبه رحمه الله من كتاب المدخل نظرا لاهميته وفائدته آملين ان يكون هذا حافزا لهمم المعنيين بهذه الدراسات ليتمموا الفصول الاخيرة منه سيما وقد حدد منهاج البحث تحديدا دقيقا يمكن التمكن منه بعد دراسة المواد المذكورة هذا وقد بذلت كل ما استطيع من جهد في جمعه واخراجه من مبيضته ومقارنة بعض فصوله المنشورة مع المبيضة الاصل مع مراجعة المصادر التي احال عليها والتثبت من عناوينها وارقامها مما آمل معه ان اكون قد وفقت الى ابرازه حسب ما كان يود رحمه الله ان يكون .

والله ولي التوفيق

الرباط ـ شعبان 1405
مايو 1985

عبد الرحمن العربي الحريشي
مدير المؤسسة

مواد المدخل في النظرية العامة لدراسة الفقه الاسلامي ومقارنته بالفقه الاجنبي

1) منهج الدراسة:

معنى المدخل، مقدمات العلم. القانون، والفقه والحق، علم الفقه والقانون، وعلم اصول الفقه، وقواعد الفقه .

الحق والقانون، اقسام القانون

الحكم عند الاصوليين وعند الفقهاء. اقسام الحكم التكليفي والوضعي مقارنة مع نفس التقسيم القانوني، استنتاج ان الحكم الشرعي وان كان خطاب الله فللعقل فيه مجال، غاية الحكم الشرعي اقامة العدل والانصاف .

الحكم في القانون الاوروبي

المحكوم فيه ـ الخلوص الى تقسيم الفقه الى ما هو تعبدي وما هو معقول المعنى اي مصلحي

الحقوق والالتزامات. تعريفهما وتقاربهما. حق الله وحق الانسان مقارنة اقسام الحق في الاسلام مع التقسيم القانوني، للحق العام والخاص الخ .

الالتزامات باعتبار مصدرها .

ما هي العلاقة التي تقع بين الاعمال ؟ هل النهي عن التصرفات المعبرة للاحكام يقتضي فسادها ؟

المحكوم عليه، تعريف الاهلية في اللغة وفي الاصطلاح. واقسامها. نظرية الاهلية في الفقه الاسلامي، ومقارنتها بالفقه الاجنبي، مناقشة مع كل من السنهوري والزرقا. تطور بحث الذمة في القانون الجرماني. موضوعية الفقه الاسلامي .

الارادة عند الفقهاء، صلتها بالآثار الشرعية للعقد. صلتها بالعمل نفسه وبمحله شوائب الارادة. التفرقة بين الارادة الباطنة والظاهرة. مقارنة الخلاف في الموضوع عند المسلمين مع الاختلاف الموجود عند الغربيين. تاثر الانجليز بتطور الفقه الجرماني. سبق الفقه الاسلامي منذ مئات السنين الى اعتماد الارادة الظاهرة .

عيوب الرضا .

2) أصول الحكم في الاسلام:

عهد الرسول. وعهد الخلفاء من بعده. حكم النبي مقيد بالوحي وبالشورى. اول دستور في العالم اعلنه النبي عند وصوله للمدينة، تحليله واستخلاص مواده الاساسية. اقراره المساواة والعدل والتضامن ونصرة المظلوم والسلام العام .

الحكومة المحمدية.

نظام الحكم في الاسلام بعد وفاة الرسول. مبايعة ابي بكر وظروفها استخلاف عمر، اهل الشورى في اختيار عثمان، تطور نظام الحكم بعد علي، شروط التاخير للخليفة، شروط الخليفة .

الرجوع الى الاصل، الشورى في الاسلام. محاولة استخلاص قواعد للشورى في الاسلام، المرأة تستشار، مناقشة من قال بخلاف ذلك، حق المرأة في تولي الوظائف العامة .

3) الخطط الشرعية:

القضاء، نبذة تاريخية، اختصاصات القاضي. التنظيم القضائي قاضي الولاية، وقاضي الجماعة. والى المظالم، اختصاصات والى المظالم، في المشرق والمغرب، ولاية الرد، مقارنتها بمحكمة النقض. اختصاصها. الحسبة اختصاصها، مركزها من الانظمة الحديثة، الفتوى. تطوراتها في المشرق والاندلس والمغرب. اثر المفتش في الحكم.

4) استقلال القضاء :

الفصل بين السلطات، جهة الاختصاص بتعيين القضاة شروط القاضي وحصانته، وحدة القضاء، تخصيص القضاء اقليمية القضاء، مركز غير المسلمين في القضاء، مركز الاجانب. عرض تاريخي لتطور الفكر الاسلامي في ذلك. الامتيازات الاجنبية، ما قبل الحماية وما بعدها، تعدد جهات القضاء والتشريع في المغرب وتفصيل ذلك بعد الاستقلال، التوحيد والاصلاح، التنظيم القضائي المغربي بعد الاستقلال، ملاحظات عليه، تعدد جهات القضاء والتشريع، استنتاج من الوضع الحاضر، جهات قضائية اخرى، القضاء الاداري القضاء العسكري محكمة العدل، محاكم الشغل .

نطاق تطبيق القانون من حيث المكان، بحث ما يتعلق بتنفيذ الاحكام من حيث المكان في المغرب بعد الاستقلال، اتفاقيات التعاون القضائي المتبادل، اتفاقيات الجامعة العربية، مع الدول الاجنبية .

5) اصول الشريعة:

الاحالة على علم الاصول فيما يرجع لمصادر التشريع الاربع دراسة موضوع المصلحة المرسلة بتفصيل نظرية كل امام على حدة، نظرية الغزالي ملاحظات ابي حفص الفاسي. مذهب الطوفي وتحليله، الذين كتبوا فيه. مناقشتهم. نقطة الضعف في مذهب الطوفي وبيان ان المصلحة لا تتعارض ابدا مع مقصد شرعي مستخرج من ادلة كلية. عمل اهل المدينة وتطورات فهم المالكية له. علاقة عمل اهل المدينة بفكرة ابي يوسف في العرف .

المصادر الاحتياطية، العادة، العرف، العمل والتفرقة بين كل منهما، عدم تفرقة جل الفقهاء، مقارنة بين اراء الفقهاء واطلاقات العصر الحديث. الفقهاء المغاربة بين العوائد الشرعية وهي ما اقرها الدليل الشرعي او نفاها، وبين العوائد الجارية بين الخلق بما ليس في نفيه واثباته دليل شرعي، العوائد والاعراف تعتبر عند المغاربة سببا للاحكام الشرعية لا من مصادرها، العرف ليس مصدرا اصليا للتشريع الاسلامي. حال العرب في الجاهلية .

القانون الروماني لم يؤثر في الشريعة الاسلامية، تفصيل الرد على من قال بذلك، مناقشة مارسيل موران وغيره من الاسلامولوجيين في الموضوع .

العرف البربري ـ تطوراته قبل الاسلام، علاقته بالعرف العربي .

هل اثر القانون القوطي في الفقه بالاندلس، مناقشة حسين مؤنس في ذلك.

العرف بعد الحماية ومحاولة استغلال الاستعمار له .

العمل في المغرب، تطوراته، وشروط العمل به، اثره في وحدة التشريع والقضاء وفي تطور الفقه المغربي .

تدوين الفقه، العصر النبوي وعصر الاجتهاد والمذاهب، عصر المختصرات والشروح .

بدء التدوين العصري. في تركيا، في العراق وسوريا، في مصر والمغرب، مدونة الاحوال الشخصية وقيمتها، اثر الاسلوب في نهوض الفقه، ضرورة تكوين قانون اسلامي موحد. ضرورة العمل على التوحيد القانوني في العالم عن طريق الدراسة المقارنة .

القواعد الفقهية، تعريفها، كيث نشأت. مقارنتها بالقاعدة القانونية الذين الفوا فيها من المسلمين، من المغاربة، ضرورة الاعتناء بالقواعد الفقهية ودراستها نماذج من القواعد الفقهية المعروفة عند المؤلفين المغاربة .

بسم الله الرحمن الرحيم

1) جرت عادة الفقهاء الاقدمين ان يضعوا بين يدي الطلبة في دروسهم وبين يدي القراء في كتبهم التي يؤلفونها، مقدمات لابد منها لوضع الطالب والقارىء في جو العلم الذي سيدرسونه، وذلك ببيان حقيقة ذلك العلم وموضوعه، ومآخذه، وما يستند اليه من احكام وقواعد واصول، والفوارق التي بينه وبين غيره من العلوم والروابط التي تربطه بها، واستمداداته، فاذا اتم الطالب هذه المقدمات دخل الى صميم موضوعه، وهو مدرك لما يلقى اليه، وملاحظ لكيفية تمشي تلك المبادىء في اثناء تطبيقها على جزئيات الاحكام المعروضة عليه .

والمبادىء التي كان الاقدمون يعنون بها في المقدمات هي :

حد العلم، موضوعه، وغايته، ومنشؤه، ونسبته الى سائر العلوم، وواضعه، وحكم الشرع فيه، ومسائله .

2) ومنذ بدا اقتباس الفقهاء المسلمين لاساليب الدراسة في الفقه الغربي وجدوا الاوروبيين ايضا يبدأون دراساتهم بما يسمونه (مدخلا) لدراسة العلم. وهو ما يدخل به الى العلم، اي ما يقوم مقام المقدمات، غير انه يشتمل عادة على تفصيل اوسع لبعض الاصول الاساسية التي تتخذ عندنا علما قائما بنفسه وكأن الاوروبيين يرون في التذكير بها في المدخل ضرورة لابد منها للحصول على روح التجميع الذي يميز اساليب دراساتهم المنقحة، لان فقهاءنا امتازوا بغاية البراعة في التحليل للموضوعات وبيان احكامها، والنتائج المترتبة عليها، ولكنهم قلما كانوا يكملون بحثهم برابطة عامة تجمع بين تلك الفروع، كمصادر الحق، والعقود والالتزامات، والتفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني، وقد استحسن فقهاؤنا المعاصرون استكمال طريقة التحليل الفقهية القديمة بطريقة التجميع الحديثة، ليحصل تنقيح العلم، ويسهل على القارىء والدارس الحديث، تناول الفقه الاسلامي، على احدث الطرق، دون ان يجد فيه من الصعوبات ما يجده فيما لو ترك وشأنه مع الاسلوب التحليلي

وحده، لان لكل عصر محاسنه الخاصة، ودرجة تقدمه التي لا ينبغي ان تحرم العلوم الاسلامية من الاستفادة منها والتطور معها .

3) - والطريقة التي سنسلكها في هذه الدروس هي العمل على ان نقرب للطلبة مقدمات الفقه الاسلامي، مع مقارناتها بالمقدمات التي اعتاد الاوروبيون تقديمها لطلبة الحقوق عندهم، كمعنى الفقه، وتدرجه، وتاريخ الفكرة، وتاريخ الطريقة المتبعة في التدوين، وعلاقات كل ذلك، بالظروف الاجتماعية وتطورات الاحوال، وعلاقاته ايضا بالتدرج الفقهي والاجتماعي عند الاخرين، لان الغاية واحدة، وتفاعل الفكر الانساني على اختلاف اتجاهه، خير داع للتوسع في المعرفة والاستفادة من عناصر التقدم التي هي غاية الانسان .

ولذلك فاننا سنعرف الفقه، وعلمه، ومصادره التشريعية، ومصادر الحق فيه، وعلاقته بالعادات العربية، وتطوراته التاريخية، وظروفها عبر المدارس الفقهية الاسلامية الكبرى. وسندرس كذلك صلته بالشرائع القديمة وبالقوانين الاجنبية في عهد نشوئه، وهل له صلة بالفقه الروماني ام لا. ثم تطور الدراسات الفقهية ومقارناتها باساليب القوانين الاجنبية الحديثة. ونستخلص من ذلك كله ما للفقه من نقط التقاء مع الفقه الاجنبي، ونقط اختلاف تبعده عن ذلك الفقه، وهكذا سنجمع بين تاريخ الفقه من جهة تطور احكامه واصوله وقواعده، وبين الظروف التي نشأت فيها تلك الاحكام وتلك القواعد، لاننا نرى ان معرفة اجتماعيات التشريع، شرط اساسي للتحقق بمدلوله والغاية المقصودة منه .

وقد ابدت عائشة كثيرا من الملاحظات على رواية ابي هريرة وغيره من الصحابة، من جهة اهمالهم لظروف الحديث، حتى قالت مرة لابي هريرة : اذا حدثت عن رسول الله صلعم فانظر كيف تحدث(1) .

---

(1) افرد السيوطي مؤلفا خاصا لملاحظة عائشة في هذا المعنى، سماه (عين، الاصابة، في استدراك عائشة على الصحابة) وقد نقل خلاصته عبد القادر الشاذلي المؤذن في كتابه عن خصائص خديجة وعائشة وهذا الكتاب مخطوط بمكتبتي «واسم الكتاب : رد العقول الطائشة في ما اختصت به خديجة وعائشة. وهو مرتب في مؤسسة علال الفاسي تحت عدد ع.184.المصحح» .

1 . الـفـقـه

4)- يطلق علم الفقه بمعنيين :

المعنى الاول : هو العلم بالاحكام الشرعية العملية، وهذا يعني حصول الانسان على صفة مدركة يستطيع ان يتوصل بها الى معرفة الاحكام الشرعية معرفة تفصيلية مستخرجة من ادلتها المجملة. وبذلك يصبح حاملا اسم الفقيه. اي المتصف بصفة علم الفقه، والعلم هنا ظني، فيخرج ما يتعلق بالاحكام المعلومة من الدين بالضرورة، لانها لا تكون مناط الاجتهاد، وذلك كالعلم بان الله واحد (1) .

والمراد من الاحكام، الخطابات المتعلقة بافعال المكلفين التي تحتاج معرفتها الى دليل، مثل كون الغاصب ضامنا للمغصوب، اذا هلك. وكون الامين كالوديع مثلا لا يضمن الا اذا تعدى او قصر في الحفظ .

واما الشرعية، فالمقصود بها المستفادة من أمر الشارع أما من جهة اللفظ الصريح او بالدلالة والاستنباط .

والمعنى الثاني، هو تلك الاحكام الشرعية العملية نفسها، بحيث يعتبر مجموع ما تشتمل عليه مدونات الاحكام، علما فقهيا .

5) - وينقسم علم الفقه من جهة اخرى، الى اصول وفروع. فالاصل هي القاعدة التي ينبني عليها الحكم، والفرع هو ما استفيدت معرفته عن طريق تلك القاعدة، وقد شبه المسلمون الفقه بالشجرة فجعلوا قواعد الاستدلال من كتاب وسنة وما اليهما، اصلا. وجعلوا الاحكام المستنبطة عن طريق ذلك الاستدلال فرعا. وقد عرف المحلي علم اصول الفقه، بانه معرفة جميع الاحكام الشرعية التي طريقها الاجتهاد فيخرج من موضوعه ما ليس طريقه الاجتهاد كمعرفة كون الصلوات الخمس واجبة .

وقد فهم ميو - من هذا التقسيم - ان الاصول سابقة الوجود على الرسول، مع انها مجموع الاصول التي حاول العلماء المجتهدون تنظيمها في علم قائم

---

(1) انظر المحلي في اوائل شرح الورقات، والفصل الاول من ارشاد الفحول للشوكاني

بنفسه مستخرجين لها من استقراءاتهم ومن ملاحظاتهم، لتكوين اجتماعيات اسلامية، حتى يسهلوا على محاول الاجتهاد النظر في الاصول التي سار عليها من قبله، وطريقة اجتهادهم، دون ان يكون مرغما على اتباعها، يدل على هذا قول الشوكاني في مقدمة كتابه ارشاد الفحول، في علم الاصول ما ياتي :

((وبعد، فان علم اصول الفقه لما كان هو العلم الذي يأوي اليه الاعلام، والملجأ الذي يلجأ اليه عند تحرير المسائل وتقرير الدلائل في غالب الاحكام، وكانت مسائله المقررة وقواعده المحررة تؤخذ مسلمة عند كثير من الناظرين - الى ان قال - حملني ذلك بعد سؤال جماعة لي من اهل العلم على هذا التصنيف في هذا العلم الشريف، قاصدا به ايضاح راجحه من مرجوحه، وبيان سقيمه من صحيحه موضحا منه ما يصلح للرد عليه، وما لا يصلح للتعويل عليه ليكون العالم علي بصيرة في علمه يتضح له بها الصواب ولا يبقى بينه وبين درك الحق الحقيق بالقبول الحجاب هـ)) .

فمسائل علم الاصول، هي نفسها موضوعات استقرائية، تقبل من المجتهد القبول والرد. فلا معنى لاعتبارها قواعد انسانية من قبيل الحتميات التي سبقت الرسول، وكل انسان يمكنه ان يبحث فيها وياخذ ويعطي، ويسمى حينئذ اصوليا او ياخذها قواعد مسلمة يشتغل بتطبيقها في اثناء اجتهاده ويسمى فقيها .

وهنالك فرق بين اصول الفقه وقواعده، فالاول ليس فيه غالبا الا قواعد الاحكام الناشئة عن الالفاظ العربية خاصة وما يعرض لتلك الالفاظ من النسخ والترجيح ونحو الامر للوجوب والنهي للتحريم. والصيغة الخاصة للعموم، وما خرج عن هذا النمط الا كون القياس حجة وخبر الواحد وصفات المجتهدين. والقسم الثاني قواعد كلية فقهية جليلة مشتملة على اسرار الشرع وحكمه لكل قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يحصى ولم يذكر منها شيء في اصول الفقه وان اتفقت اليه الاشارة هنالك على سبيل الاجمال. وكان ابراهيم عبد الصمد بن بشير من المعروفين باستنباط احكام الفروع من قواعد اصول الفقه، وعلى هذا مشى في كتابه التنبيه. وقد فعل مثله القرافي في الذخيرة وافرد جماعة من المؤلفين كتبا في قواعد الفقه من اقدمهم الامام المقري الجد الذي جمع الفا ومائتي قاعدة في كتاب مخصوص قال في طليعته : ونعني بالقاعدة كل كلي هو اخص من الاصول وسائر المعاني

العقلية العامة واعم من العقود وجملة الضوابط الفقهية الخاصة. وممن الف فيها الونشريسي والزقاق وميارة والسيوطي. وقد فعلت المجلة مثل ذلك، واقتفى اثرها من المحدثين الشيخ مصطفى الزرقاء في خاتمة كتابه المدخل(1)

6) ـ والفقه في اللغة معناه الفهم والادراك، ونقله الى المعنى الاصطلاحي استعمال اسلامي، وقد زعم كثير من الفقهاء المحدثين انه متأخر عن استعمال كلمة الشريعة بامد طويل، وعندي انهم اذا كانوا يقصدون بتاخر استعمال الفقه في معناه الاصلي، العلم بمجموعة القوانين المدونة المختصة بالنواحي العملية، فهذا صحيح، وان كانوا يقصدون به دراسة الدين واحكامه والحصول على ملكة ادراكها وتأويل مصادرها، فهو غير صحيح، لانه قد ورد استعماله في القرآن بمعنى العلم بالدين، قال تعالى : (فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين). والتفقه يعني تعلم الفقه، اي ما تحصل به ملكة الفهم في الدين. وفي الحديث الشريف : ـ خياركم في الجاهلية، خياركم في الاسلام اذا فقهوا ـ. وطبعا ليس المقصود اذا فهموا، وانما المقصود اذا علموا، والعلم هنا هو علم الدين. وقد دعا صلى الله عليه وسلم لابن عباس بقوله : اللهم فقهه في الدين ، وعلمه التاويل. واذا تفقه في الدين فقد أصبح فقيها .

وفي رياض المتعلمين لابي نعيم عن شهر بن حوشب : كنا نأتي ابا سعيد الخدري، ونحن غلمان نساله، فكان يقول مرحبا بوصية رسول الله صلى الله عليه وسلم . قال رسول الله : سياتيكم قوم يتفقهون ففقهوهم واحسنوا اليهم .

ومن الاحاديث المشتهرة، الفقهاء امناء الرسل ما لم يدخلوا في الدنيا ويتبعوا السلطان. فاذا فعلوا ذلك فاحذروهم(2)

ومنها، لفقيه واحد اشد على الشيطان من الف عابد، رواه البيهقي في الشعب والطبراني في الاوسط، وابو بكر الآجري في فضل العلم، وابو نعيم في رياض المتعلمين، والدارقطني في سننه، والقضاعي من حديث يزيد بن عياض ابي هريرة مرفوعا، ما عبد الله بشيء افضل من فقه في دين. وعماد هذا الدين الفقه(3)

---

(1) انظر الفروق للقرافي وتهذيب الفروق في مقدمتها والديباج لابن فرحون في ترجمة بشير، والزرقاء في القسم الاخير من المدخل الفقهي .

(2) قال السخاوي في المقاصد الحسنة ص 300 حديث 746، رواه العسكري من حديث العوام بن حوشب عن ابي صادق عن علي به مرفوعا وهو ضعيف السند .

(3) نفس المصدر ص 335 ـ 336 ـ حديث 864 .

واذن فالفقه بمعنى العلم باحكام الدين، وبالشريعة، والفقيه بمعنى العالم فهما استعمال معروف من عهده صلى الله عليه وسلم .

وعليه فقول ابن خلدون : انهم كانوا يسمون الفقهاء في العهد الاول بالقراء غير صحيح. وانما كانوا يطلقون القراء على حفظة القرآن[1]ومثله قول الدكتور يوسف موسى : ان كلمة الفقه لم تعرفها لغة العرب في معناها الذي نريده اليوم الا بعد مضي صدر من الاسلام[2]

والشريعة استعملت كذلك في القرآن بمعنى الطريقة والهدى (ثم جعلناك على شريعة من الامر فاتبعها) فالشريعة هي مجموع ما جاء به رسول من عقائد واحكام. واما استعمالها بمعنى الاحكام الشرعية العملية وحدها فهو متأخر ايضا. وعرف الفقهاء الدين بانه : ما شرعه الله على لسان نبيه من الاحكام كمعرفة الصلاة والصيام والزكاة .

واذن فالدين هو ما شرع من حكم، والشريعة هي السنة والهدي. واما الفقه فهو العلم بمجموع ذلك. هكذا كان الاصل فيما يظهر، انها الطريق وهو النظر في فهمها وتوضيحها وتأويلها. واذا كان لنا ان نستخلص من ذلك شيئا فهو ان الفقه الاسلامي لا يمكن ان يكون منفصلا عن الشريعة او خارجا عنها فهو لا يقوم الا بها .

وقد تطور استعمال كلمة الفقه بحسب تباين العلوم بعضها عن بعض، ودرجة استقلال كل واحد منها عن الآخر. اي ان ذلك التطور علم تقني محض، والا فان الاصل الاصيل للكلمة مراعى دائما. فمن اقدم التعريفات للفقه قول ابي حنيفة : هو معرفة النفس ما لها وما عليها. اي انه يشمل كل ما كان من الاعتقادات والوجدانيات والعمليات. وعلى هذا الاساس وضع ابو حنيفة كتابه (الفقه الاكبر) الذي هو عبارة عن عقيدة الامام .

ونقل صدر الشريعة عن بعضهم حده، بانه معرفة ما يحل فعله او يحرم على الانسان، فهو اذن معرفة جميع الحقوق والواجبات. على انهم استثنوا منها منذ الصدر الاول ما عرف من الدين بالضرورة فلا يدخل في حد الفقه كما قاله الامام المقري في القاعدة التاسعة من قواعده[3].

---

(1) ابن خلدون، المقدمة ص 353 وقد جارى ابن خلدون جمهور من الف في الفقه من المعاصرين .
(2) يوسف موسى، المدخل ص 10، وكذلك في مؤلفاته الفقهية .
(3) المقري الجد، القواعد الفقهية، مخطوط بخزانتي نسخة مصورة منه. «وهي تحمل في مؤسسة علال الفاسي رقم ع 525 مصحح» .

وبنمو التشريع الاسلامي، توسع في استعمال كلمة الفقه، فاصبحت في عصر الغزالي - القرن الحادي عشر - تدل على معناها العربي. اي علم الاحكام الشرعية وطرقها. وفي القرن الرابع عشر نجد الفقه يستعمل في معرفة الاحكام المنزلة او المجمع عليها من الأئمة استنباطا من الادلة الشرعية (1)

ومن هنا وقع اطلاق الفقه في العصر الحديث على مجموعة الاحكام العملية المشروعة في الاسلام وهو الذي اصبح موضوع المدونات الفقهية .

7 - وكانت المدونات الفقهية عادة، تشتمل على اقسام سبعة :

القسم الاول: ما يتعلق بعبادة الله من صلاة وصيام وحج وزكاة وغيرها، وهذه تحمل اسم العبادات .

والقسم الثاني : ما يتعلق بشؤون العائلة من زواج وطلاق ونسب ونفقة وامتاع وغيرها، وكانت تسمى بالانكحة والايمان، وتسمى اليوم بالاحوال الشخصية. واغلب المؤلفين القدماء كانوا يدرجونها في المعاملات التي هي القسم الثالث .

والقسم الثالث : ما يتعلق بافعال الناس من حيث تعامل بعضهم مع بعض في الحقوق والاموال، وفي مسائل القضاء، وكانت تحمل اسم المعاملات، وتوضع عادة اليوم تحت اسم : الاموال .

والقسم الرابع : ما يتعلق بعقاب المجرمين وضبط النظام الداخلي بين الناس وكانت تحمل اسم الدماء، وتسمى اليوم بالعقوبات، او بالجنايات .

والقسم الخامس : ما يتعلق بالحرب والجهاد، وتسمى السير .

والقسم السادس : ما يتعلق بالمحاسن والمساوىء، وبالاخلاق والسلوك ويسمى الآداب. وكان قدماء المؤلفين يضعونه الى جانب كل ما شذ عن الابواب الاخرى باسم الجامع، وقد الف الشيخ خليل المالكي كتابا خاصا بهاذ الاسم، اوضح فيه مسائل الآداب .

والقسم السابع : هو ما يتعلق بنظام الدولة، وبآداب الملك وهي الاحكام السياسية. وتعرف عند الفقهاء : بالاحكام السلطانية .

والقانون المدني يقتصر عادة، اليوم، على قسمي : الاحوال والاموال. والترتيب الفقهي القديم وليد الصدفة في الغالب. او انه ناتج عن جمع الاشباه والنظائر، مع مراعاة الفرق بين الاحكام التعبدية وبين الاحكام المعقولة

(1) يقول المقري في نفس القاعدة التاسعة : القياسات الفقهية خطابة وجدلية لاسوفسطائية وشعرية ، وفي كون شيء منها برهانيا. ظاهر كلام ابن الحاجب نفيه والاصبهاني اثباته وهو الاقرب .

المعنى. كما ان الفصل بين الدماء وبين المعاملات متفق مع التفرقة المعروفة في الشريعة، بين حق الله، وبين حق العباد. ونظم الشيعة الاثنا عشرية مؤلفاتهم الفقهية تنظيما آخر يقوم على اساس : العبادات، والعقود والايقاعات والاحكام، وذلك عن طريق الصدفة ايضا .

وزعم بعض المستشرقين الانجليز ان الترتيب الموجود في كتب الفقه متأثر بآثار اجنبية وان التقسيم لابواب الفقه في المذهب الشافعي ابتداءا من المزني يقوم على تفكير يوناني، ومتأثر بتراجم الفلسفة الاخلاقية في مثل كتاب تهذيب الاخلاق لابن مسكويه، كما ان التقسيم في المذهب الحنفي وفي كتب محمد بن الحسن الشيباني متأثر بقراءات في كتب الفقه اليهودي والمشنا (MESHNA) اما في العبادات فالفكرة فيها قائمة على اساس الحديث المعروف، بني الاسلام على خمس(1)

وهذا الادعاء غير صحيح. فان التدوين الفقهي بدا كما سنبينه، من الرسول صلى الله عليه وسلم وكان من حق هفوينج ان يستنتج احكام المعاملات من الصحيفة التي كتبها النبي عليه السلام، كما استنتج جمع الاحكام التعبدية من حديث بني الاسلام على خمس .

ثم ان القانون كان مقسما عند الرومان، الى القانون الطبيعي والى قانون الشعوب، فالاول ما يصح تطبيقه على الناس والحيوان ويقابله الثاني ، ثم تدرج الامر حتى اصبح القانون الطبيعي معتمدا عند المسيحيين على اساس من التعاليم الدينية التي اسميت القانون الطبيعي الاولى واضيف اليها التشريع البشري مقتبسا من الفرق او مدونا، فظهر القانون الطبيعي الثانوي، وقوامه قانون الشعوب، مضافا اليه تشريع مدني خاص بكل بلد(2)وهذا ما يبين اختلاف التدرج في الفقه الاسلامي عنه في الفقه الاجنبي، لان الاول وقع تدوينه باعتبار ما نزل فيه من تشريع او صدر من فتوى. ولذلك اعتبره جولد تزهير مقابلا للعمل عند الرومان .

وقال المستشرق الايطالي الاستاذ نلينو في محاضرة له : وادعى كثير من الناس عالة القانون الاسلامي على القانون الروماني كعلم. وهناك مؤلفون زعموا انه لابد ان يكون هناك ترجمات عربية لكتب القانون الروماني مثل

---

(1) HEFFENGZUM AUFBANS der ISLAMISHEN RECHASWARK او حسن عبد القادر، نظرة عامة في تاريخ الفقه الاسلامي. ص 3 .

(2) خليل شيبوب. المعجم القانوني ص 314 .

كتاب (باندريكت) الروماني. (من عهد جوستنبيان) طالعها الفقهاء المسلمون فاخذوا منها الاحكام والانظمة، ولكن لا يمكن حتى اليوم، اثبات مثل هذه المزاعم. ونرى بطلانها قطعا من جهة التاريخ لان البحوث والدراسات في الآداب الشرقية (من العبرانية والسريانية والنبطية والعربية والحبشية) للعثور على العناصر التي ستفيد لاعادة نصوص القوانين الامبراطورية (الرومانية) التي تخليها بونفانته المأسوف عليه، لم تؤد حتى هذا اليوم (1932) الا الى نتائج سلبية. وسوى هذا البطلان من الناحية التاريخية فان من العجيب ان الذين يزعمون مثل هذه الادعاءات لم يروا ان المتشابهات الكثيرة التي توجد في تدوين احكام خاصة في ابواب خاصة هي لابد منها، مهما كان قانون قوم ذا ثقافة كبيرة. وبالعكس لو ان الفقهاء العرب وضعوا امامهم الكتب المتداولة في القانون الروماني ليحاكوها. لما فكروا ان يبعثروا مسائل العبيد او المعادن وملكية الاراضي في ابواب شتى، لا يظن اهل القانون من الاوروبيين ان يجدوها فيها ابدا، ولما وضعوا مسائل الربا في باب البيوع، وفي الحقيقة ان هناك آثارا تدل على ان العرب انشأوا فقههم انشاء مستقلا في القسم الاعظم منه، وفي رأيي ان هذا الانشاء المستقل كان نتيجة الاحوال التاريخية الخاصة في تطور المؤسسات القانونية والعمرانية الاسلامية اكثر مما كان بسبب النظريات القانونية المجردة (1) .

ـ 2 ـ الحق والقـــانـــون

8) ـ الحق في اللغة هو الثابت الذي لا يسوغ انكاره وفي اصطلاح اهل المعاني هو الحكم المطابق للواقع الذي يطلق على الاقوال والعقائد والاديان والمذاهب باعتبار اشتمالها على ذلك ويقابله الباطل. وأما الصدق فقد شاع في الاقوال خاصة، ويقابله الكذب. وقد يفرق بينهما بان المطابقة تعتبر في الحق من جانب الواقع. وفي الصدق من جانب الحكم، فمعنى صدق الحكم مطابقته للواقع. ومعنى حقيقته مطابقة الواقع اياه (2) .

واما القانون فهو مجموع احكام تطبق على الحوادث كالسارق تقطع يده والزاني يجلد او يرجم. فاذا جمعت هذه الاحكام بشروط تطبيقها في كتاب واحد سميت قانونا. ولهذا سمى القرآن قانونا سماويا لجمعه احكاما لا حصر لها وهي قواعد عامة مستديمة ولم يخص بها اشخاص دون آخرين ولم تكن

(1) تعريب م المسلمون ص 582 . 5. ع 62 .
(2) الجرجاني . التعريفات ص 6 .

مؤقتة. وقد اجتمع فيه الامران. صدوره عن السلطة التشريعية واحتواؤه على قواعد عامة. وهكذا يقال فيما اخذ عن السنة والاجماع والقياس(1).

وعليه فالقانون يشترط فيه امران :

1) صدوره عن سلطة تشريعية

2) احتواؤه على قواعد عامة ومستديمة، وكلمة الحق والقانون معناها في الفرنسية (Droit) وتطلق بمعناها الموضوعي علي جماع القواعد الملزمة للانسان في حياته الاجتماعية كالقوانين المدنية والادبية والاخلاقية. وهو ما يشمل القانون الوضعي اي مجموع القواعد القانونية القائمة في بلد معين وهذا يتفق مع الاطلاق الفقهي. وتطلق بمعناها الذاتي على صفة تعتبر ميزة يملكها المرء ويلزم بها غيره اما على ان يعمل او لا يعمل. وهذا يتفق مع الاطلاق اللغوي. وتطلق في التشريع : على كل عمل صادر من السلطة التشريعية مشتملا على قواعد مستديمة عامة، وهو ما يتفق مع الاول .

فلا خلاف اذن بين التشريع السماوي والوضعي في كنه القانون ولا ما يجب ان يكون عليه. والغاية هي ضمان الحقوق واقامة العدل بين الناس. وعلم الحقوق او القانون، هو الذي يسمى بالفقه .

وينقسم القانون من جهة اهميته الى قانون اساسي او دستوري. وهو ما يتعلق بنظام الحكم. ويسمى الدستور ولا فرق في ذلك بين ان يكون مدونا او عرفيا. وهو الذي يبين الاحكام المحددة ويعرف اصول الاحكام بنص صريح من كتاب او اجماع او قياس. وهو فيما عدا القطعيات وما ورد بنص صريح راجع لاجماع المجتهدين، ومصادقة الامة مباشرة او بواسطة من تنتدبهم لذلك. والى قانون عادي، وهو ما يضعه اولياء الامر او المجالس النيابية لتنظيم ناحية اجتماعية للامة.. كالقانون المتعلق بتنظيم البلديات او الذي يفرض الضرائب المعلومة ويعين رسومها، وكل ما ينظم توزيع اختصاصات الادارة والقضاء .

وهذا القسم الثاني ينقسم الى قانون الميزانية، وهو قانون مالي سنوي مصرح فيه باعتماد مجموع الدخل والخروج عن السنة المقبلة عن طريق الاستشعار ((PREVISION)وقانون المحاسبة او التسوية .

---

(1) للسيد عبد الله حسين المقارنات التشريعية ص 36 .

والى قانون الامر العام، ويراد به عادة قانون خاص تمليه الظروف .

والقانون التقريري وهو الذي ينظم الموضوعات التي لا تدخل تحت سلطات ارادة الافراد .

والقانون التفسيري او التكميلي، ويكون محله تبيين معنى او مرمى قانون سابق .

والقانون العسكري هو الذي يسمح باستدعاء الجيش لقمع فتنة داخلية .

وقد تجد اصطلاحات اخرى بحسب ما يعرض للنظام من تطور، ولصلاحية الدولة من توسع. وكلها تندرج تحت الاصل الفقهي العام، الذي يعطي لولي الامر حق توزيع الاختصاص في القضاء وفي التنفيذ .

ـ 3 ـ الـــحـــكـــم

9) الحكم الشرعي في اصطلاح الاصوليين هو : خطاب الشارع المتعلق بافعال المكلفين طلبا او تخييرا او وضعا. والمقصود بالخطاب ما يشمل النص والقياس والاجماع وغيرها من الادلة الشرعية، لان جميع الادلة ترجع عند التحقيق الى النصوص، ولما كانت النصوص خطابا، وكانت بقية الادلة ترجع اليها صح ان تسمى كذلك خطابا .

والحكم الشرعي في اصطلاح الفقهاء، هو الاثر الذي يقتضيه خطاب الشارع في الفعل، كالوجوب والحرمة والاباحة .

فقوله تعالى : (يا ايها الذين آمنوا اوفوا بالعقود) هو امر بالايفاء بالعقود، فهذا الامر نفسه هو نص وهو بمقتضى ذلك حكم عند الاصوليين. ولكنه يقتضي وجوب الايفاء، اي وجوب امتثال الامر. وهذا الوجوب هو الحكم في اصطلاح الفقهاء .

وقوله تعالى : (لا تقربوا الزنى) نص صريح في النهي عن قرب الزنى فهو حكم عند الاصوليين وحرمة مقاربة الزنى، حكم عند الفقهاء. وهذا هو ما يطلق اليوم على الحكم القضائي. ولا خلاف بين علماء المسلمين ان مصدر الاحكام الشرعية المتعلقة بجميع افعال المكلفين هو الله سبحانه، سواء كان ذلك الحكم ظاهرا من النصوص التي اوحى بها الى رسله، ام استنبطها