أصول التشريع الإسلامي

تأليف

الهادي كرّو

الدار العربية للكتاب

أصول التشريع الإسلامي

تأليف

الهادي كرّو

الدار العربية للكتاب

رد مك 4 ـ 017 ـ 10 . 9973

طبعة ثالثة

جميع الحقوق محفوظة الدار العربية للكتاب

محتوى الكتاب

مقدمة 7
الجزء الاول: أصول التشريع الاسلامي 9
الفصل الاول: علم الاصول 11
ـــ القسم الاول: الغاية من دراسة علم الاصول 11
الفقرة الاولى: اصول الفقه 13
الفقرة الثانية: القواعد العامة للفقه الاسلامي صالحة لكل زمان ومكان 16
الفقرة الثالثة: الغاية من وضع القانون 19
ـــ القسم الثاني: التعريف بعلم الاصول 20
الفقرة الاولى: النص 21
الفقرة الثانية: اجتهاد 21
ـــ القسم الثالث: نشأة علم الاصول وتطوره 22
الفقرة الاولى: واضع علم الاصول 23
الفقرة الثانية: تطور علم الاصول 23
الفصل الثاني: اصول الفقه الكبرى 24
ـــ القسم الاول: القرآن 24
الفقرة الاولى: تاريخ القرآن وترتيبه 25
الفقرة الثانية: النسخ في القرآن 28

الفقرة الثالثة: القرآن أقر أحكاما سابقة 30
الفقرة الرابعة: احكام القرآن 32
الفقرة الخامسة: ظاهر القرآن وباطنه 33
ـ القسم الثاني: السنة 35
الفقرة الاولى: السنة حجة 38
الفقرة الثانية: علم الحديث 41
الفقرة الثالثة: حكم كل نوع من الحديث 43
ـ القسم الثالث: القياس 45
الفقرة الاولى: تعريف القياس 46
الفقرة الثانية: اركان القياس 47
الفقرة الثالثة: امثلة للقياس 48
الفقرة الرابعة: حجية القياس 49
الفقرة الخامسة: فائدة القياس 53
ـ القسم الرابع: الاجماع 57
الفقرة الاولى: تعريف الاجماع 57
الفقرة الثانية: حجية الاجماع 59

الفصل الثالث: المذاهب الكبرى 63
ـ القسم الاول: المذهب الحنفي 65
الفقرة الاولى: أبو حنيفة 65
الفقرة الثانية: مذهب ابي حنيفة 73
ـ القسم الثاني: مذهب مالك ابن انس 87
الفقرة الاولى: ترجمة صاحب المذهب 87
الفقرة الثانية: علم مالك 93
الفقرة الثالثة: مذهب مالك 94

ـ القسم الثالث: الشافعي 110
الفقرة الاولى: ترجمته 110
الفقرة الثانية: علمه 113
الفقرة الثالثة: مذهب الشافعي 115
ـ القسم الرابع: المذهب الحنبلي 123
الفقرة الاولى: ترجمة احمد بن حنبل 123
الفقرة الثانية: محنة احمد ومشكلة خلق القرآن 125
الفقرة الثالثة: مذهب احمد 128

مقدمـــة

أقدم على طبع مذكراتي لجزء من اول درس تم تعريبه بكلية الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية بالجامعة التونسية وهي بمثابة الخطوط الرئيسية التي هي في حاجة كبيرة الى المراجعة والاستيفاء.

ورأيت من المفيد نشرها على الصيغة التي وضعت عليها اول الامر طبقا للبرنامج الرسمي لهذه المادة وارجيت ابرازها في عرض فضلته بعد ممارستي لهذا الموضوع والمامي به اكثر.

وعلى هذا الاساس جاءت هذه الدراسة بمثابة المدخل لدراسة علم الأصول ومن شان هذا ان يبين ويعتذر ـ سلفا ـ عن السهولة المتوخاة في بعض الجوانب وعن الاطالة المقصودة في تراجم الائمة لاظهار ما لحياتهم الخاصة من تأثير على مذاهبهم ، وهذا كله خدمة للطلبة الذين يدرسون هذا الموضوع بدون ارضية او اساس من التشريع الاسلامي.

ومع ذلك فان القصد منها عام وشامل للطلبة ولغيرهم من عامة القراء الذين يهمهم هذا الموضوع . والله ارجو التوفيق.

تونس ـ ماي 1976

المؤلف

الفصـــل الاول
علـــم الاصـــول

القســـم الاول
الغـــايـــة من دراســـة علـــم الاصـــول

من المعلوم ان القانون اصبح ـ في عصرنا هذا ـ مكتوبا ومدونا ، وان قواعـده ضبطت في مجلات معروفة يطبقها الحكـام في معالجـة القضايا المعروضة عليهم .

ولـكن هل يمكن الجزم ـ والحال هذه ـ بان الشارع عندما وضع هذه القوانين قد تعرض الى كل الحالات فاحتاط لها وهيأ لها كل ما يلزم لمعالجتها ؟

هـذا من الصعب جدا ان يتحقق ؟

لـذا يجب التاكد مسبقا بانه مهما اتسعت حيطة الشارع لا بد ان يقع سهو عن بعض الحالات ، وهذا ما يترتب عنه سكوت القانون.

كما ان واضع القانون قد يقرر احكاما هي في نظره واضحة ، لكن المطبق لها يجد في فهم معانيها غموضا.

فما عسى ان يصنع القاضي اذا ما عرضت عليه قضية لم يـجد لها حلا في القانون الوضعي ، او ان هو وجده فهو ليس بالواضح ، الشيء الذي قد يجلعه يعطى هذا الحكم تاويلا لم يقصده المشرع ؟

هل يجب على القاضي في هاته الحال ان يطلب من المشرع تمكينه من الحكم اللازم لفصل النزاع ، الذي سكت عنه القانون ؟

كما يجب عليه ايضا استيضاحه ، بخصوص الاحكام التي عسر عليه فهمها ، لقلة وضوحها ؟

ان كان هذا ممكنا قديما ومعمولا به في بعض التشاريع الا انه سوف ترون عند دراسة هذه المسالة انه لا يمكن للقاضي ذلك عمليا لاسباب عديدة منهـا :

ان المشكل الذي يعالجه يتطلب حلا سريعا ، بينما الاجراءات التي سيقوم بها معقدة وبطيئة اذن ، وان تعذر عليه الحصول عليـه مـن المشرع هل يمكنه عدم الفصل في مثل قضية الحال واشعار الخصوم بان المشرع لم يتعرض لحكمها او هو وضع لها حكما به من الغموض ما يجلعه عسير الفهم والتطبيق.

ان مثل هذا التصرف يجعل القاضي مخلا بواجبه .. (1)

لئن اقر القانون الوضعي المعاصر مبدأ وجوب الفصـل في القـضايا فانه يبدو ان الفقه الاسلامي لم يكن ليجهله بدوره فان ما قاله عمر بن الخطاب من ان « القضاء فريضة » (2) يجلعنا نعتقد انه يتحتـم على القاضي ـ منذ ذلك العصر ايجاد الحل الملائم للمشكل المعروض عليه والذي هو من مشمولات انظاره.

كما ان الحديث الشريف القائل :

« اذا حكم الحاكم فاجتهد فاصاب فله اجران واذا حكـم فاجتهـد فاخطا فله اجر » يفيد ـ بدوره ـ هذا المبدأ اذ هو يحبذ الحكم مـن القاضي ـ وبكل صفة ـ على عدمه وقـد قـال الشـافعي بخصـوص الاجتهاد هـذا :

« ومعنى الاجتهاد من الحاكم انما يكون بعد ان لا يكون فيما يريد القضاء فيه كتاب ولا سنة » (3) وكما قال ايضا :

---

(1) ومرتكبـا.

(2) خطبة عمر بن الخطاب الى ابي ملاسى الاشعري.

لان الاجتهاد ليس بعين قائمة وانما هو شيء يحدثه من قبل نفسه » (3)

ولا يمكن للحاكم ان يجتهد (4) بدون ان يرجع الى المصادر التي اعتمدها المشرع نفسه عند سن القانون ليستمد منها ما هو لازم لحل مشكله.

ولكن ما هي المصادر التي اعتمدها المشرع في وضع القوانين ؟

لا يمكن ان نتعرض في هذا الباب الى كل المصادر ، لذلك نكتفي بذكر اهمها وهي : اصول الفقه.

الفقرة الأولى

اصول الفقه

أهم مصادر التشريع التونسي

من البديهي ان يتساءل الناس عموما ، والطلبة خصوصا ، عما اعتمده المشرع التونسي عند سنه قوانين البلاد ؟ .. او ان شئتم بحق لكل منا ان يقول :

هل القوانين مجموعة احكام وضعها المشرع لتضبط تصرفات المجتمع الذي وضعت من اجله ، مراعيا فيها متطلبات الحياة العصرية دون ان يعتمد في ذلك على شيء آخر ؟

أم هو اعتمد في ذلك ما في المجتمع الذي سنت له هذه القوانين وتقاليده وعرفه ؟

قبل ان اجيب على هذا السؤال البسيط لا بد من ذكر حقيقة لا يجهلها احد

ان المجتمع الذي نعيش فيه ـ وان كنا لا نلمس منه حسيا الا

---

(3) الام — ج 6 — ص. 200.

(4) اعطينا لكلمة الاجتهاد مفهوم الخلق من الحاكم والفصل عند سكوت القانون او غموضه بينما لا يكون الاجتهاد — عند الشافعي — فيما يريد الحاكم القضاء فيه الا اذا لم يكن هناك كتاب ولا سنة ولا امر مجتمع عليه.

حاضره ـ لا ينكر احد منا ان هذا الحاضر متصل بماض عـريق في القدم ، نستمد منه مقتضيات حاضرنا مهما بلغ تطور هذا الحاضر.

فالقوانين التي تصدر دائما ليست مجرد احكام لا صلة لها بماضينا وبما كان يعيش عليه اجدادنا سابقا.

فمجلة الاحوال الشخصية مثلا التي صدرت يوم 13 اوت سنـة 1956 وطبقت ابتداء من اول جانفي 1957 هل جاءت هذه المجلة مدونة لاحكام اسرة بعثت الى الوجـود في مستهـل سنة 1957 ام هل هي تقنين لتقاليد اسرة لها ماضيها وعرفها ؟

ان مجلة الاحوال الشخصية ـ مع ما فيها من تجديـد ـ ليست في الواقع الا مجرد تدوين لما اقره القرآن والسنة من احكـام العائلـة المسلمة ، وفيها ايضا اجتهاد فقهاء الاسلام ، امثال مالك وابي حنيفة وغيرهما.

فالقرآن نفسه لم يلغ تماما القواعد والتقاليد التي كـان قائمـا عليها المجتمع العربي في الجاهلية.

وان تشاريع القرآن قد اقرت كثيرا من التعاليم والاعـراف التي كـانت متبعة قبل نزوله والتي كان يقبلها العرب ويخضعون لهـا ، وسنضرب امثلة لذلك عندما نتعرض لدراسة القرآن بوصفـه اصل الاصول للشريعة الاسلامية.

لا اريد ان اطيل الحديث بخصوص حقيقة بسيطة مفادها ان لكل شيء اصلا ، وان هذا مهما بعد فهو المغذي والمنعش لما تفرع عنه . لذا كانت قوانيننا العصرية مستمدة من الفقه الاسلامي . ولهذا ايضا وجبت علينا معرفة هذا الفقه لفهم كنه قوانينا اولا وللعثور فيه ثانيا عما سكت عنه القانون ـ وبه ايضا نستوضح ما غمض علينا فهمـه من احكـام.

هذا وان لم اعثر في قانوننا الوضعي المعاصر على ما يـدل على ان المشرع يطلب صراحة من الحاكم الرجوع للفقه الاسلامي عند سكوت القانون او غموضه فهناك ما يدل ضمنيا على ذلك :

1) **الدستور** : جاء في الفصل الاول منه :

« تونس دولة حرة مستقلة ، ذات سيادة ، الاسلام دينها ... »

وهكذا فان الدستور جعل الدولة تتصل بالاسلام اذ هو دينها الرسمي وقد اقر هذا المبدأ المجلس القومي التاسيسي في اول جلسة عقدها بعد انتخابه يوم 8 افريل 1956 .

2) **مجلة الالتزامات والعقود** : جاء بالفصل 535 الوارد ضمن بعض القواعد العمومية المتعلقة بالقانون :

« اذا تعذر الحكم على مقتضى قواعد القانون اعتبر القياس ، فان بقي شك جرى الحكم على مقتضى قواعد القانون العمومية » « ومن المسلم به ان المجلة المذكورة تطلق عبارة القانون العمومي على الفقه الاسلامي . (1)

3) **بلاغ صادر عن وزارة العدل** بتاريخ 3 اوت 1956 عندما وقع الغاء المحاكم الشرعية وصدور مجلة الاحوال الشخصية.

جاء بهذا البلاغ ما يلي :

« اننا اخذنا نصوصها (اي مجلة الاحوال الشخصية من مناهل الشريعة (الفياضة) ومختلف مصادرها » . (2)

4) **فقه القضاء** : لو تصفحنا فقه القضاء التونسي لوجدنا احكاما وقرارات عديدة نستنتج منها التجاء القضاة ـ في بعض الاحيان ـ الى احكام الفقه الاسلامي اما لتاويل بعض القواعد القانونية او لتدعيم بعض مقرراتهم واظهارهم عدم معارضتها لاحكام الفقه.

ونكتفي بذكر القرار التعقيبي عدد 5350 الصادر بتاريخ 2 افريل 1968 والمنشور بمجلة القضاء والتشريع عدد 1 و 2 لشهري جانفي وفيفري 1960 ص 25 والقائل :

---

(1) محاضرة القاها السيد البشير زهرة ـ رئيس دائرة بمحكمة الاستئناف ـ عن الشروط الجوهرية لعقد الزواج بالملتقى الخاص بالهيكل القانوني للاسرة من 13 الى 16 مارس 1967.

2) القضاء به . عشر سنوات.

« وحيث تبين من ذلك ان القانون التونسي ... وهذا المعنى لا يتعارض مع ما جاءت به احكام الفقه الاسلامي ... »

ولكن ان كان الفقه الاسلامي اهم مصادر التشريع التونسي هل يمكنه ان يقوم بهذه الوظيفة ونحن في القرن العشرين قرن المدنية والحضارة وعصر التقدم والرقي وهو قانون مر على وضعه قرابة الاربعة عشر قرنا.

هل يمكن لهذا القانون ان يضبط في عصرنا الحاضر الحياة في مجتمعنا الجديد ؟

او ان شئت فقل هل يصلح هذا التشريع ليومنا ؟

ذاك ما سنجيب عنه في الفقرة الثانية التي نخصصها للكلام عن صلوحية الفقه الاسلامي لكل زمان ومكان.

الفقرة الثانية

القواعد العامة للفقه الاسلامي

صالحة لكل زمان ومكان

فالفقه الاسلامي يعتبر الى يومنا هذا اهم مصادر القانون التونسي.

ولكن هل يجب ان يبقى الفقه الاسلامي المصدر الوحيد الذي يجب على المشرع التونسي الرجوع اليه عند سنه القوانين ؟ ام هل يجب اعتبار هذا الفقه علما قديما اصبح غير صالح لمتطلبات الحياة العصرية ولمشاكلها الحديثة ؟ ولا ينبغي الاحتفاظ والتعلق به الا كما نحتفظ ونتعلق بالاشياء الأثرية.

اما بخصوص ما نحن في حاجة اليه من قوانين فما علينا الا الاتجاه نحو دول الغرب التي اصبحت سباقة الى المعرفة ومتقدمة في مجالات العلم لنأخذ عنها ما نحن في حاجة اليه.

قد يقال هذا ولكن لا يمكن بحال من الاحوال اهمال الفقه الاسلامي وتركه تركا باتا ، كما انه لا يمكن استنباط كل قوانيننا من شرائع الغرب.

كان الفقه الاسلامي وما زال اهم مصدر للتشريع التونسي ومع هذا لا ينكر احد منا ان تشريعنا قد تأثر بقوانين الغرب.

فلا يمكن لبلد ـ كتونس ـ دينه الاسلام ان يجعل غير الفقه الاسلامي المصدر الرئيسي لتشريعه الوضعي.

كما لا يمكن لهذا البلد وهو ـ بحكم وضعه الجغرافي ـ في مفترق الطرق بين الشرق والغرب ان لا يتاثر باحكام هذا الاخير وتقاليده.

كما لا يمكن ايضا لتونس بحكم وضعها التاريخي ـ وقد كانت تحت الحماية الفرنسية ـ ان لا تقلد قوانين فرنسا.

وأذكر في ذلك المجلة التجارية التونسية الصادرة بتاريخ 5 اكتوبر 1959 وقد قنن فيها المشرع التونسي فقه القضاء الفرنسي الذي لم يقننه المشرع الفرنسي الا ابتداء من 24 جويلية 1966 حين حور قانون الشركات.

وهكذا يمكن القول باننا حققنا في تشريعنا ما كان يتمنى القضاة الفرنسيون ان يتحقق في قانونهم.

هذا وان تقليدنا لبعض قوانين الغرب لا يدل ابدا على ان الفقه الاسلامي اصبح غير صالح لعصرنا هذا.

ان للفقه الاسلامي احكاما عامة صالحة لكل زمان ومكان.

وان لحوادث الحياة العصرية احكامها في ادلة الاسلام خاصة اذا استعمل في استنباط هذه الاحكام دليل الاجتهاد.

وانه لمن العار الايمان بما ابداه بعض المستشرقين من ان الفقه الاسلامي بلغ درجة من الركود اصبح بعدها غير صالح لمقتضيات هذه الحياة.

حقا ان الفقه الاسلامي اصابه ما اصاب الامة العربية من عياء بعد وثبتها العملاقة في ميدان الرقي والحضارة.

الا ان هذا الفقه الذي توقف عن التطور له في الواقع قواعد صالحة لكل مكان وزمان . فكيف تنكر على الفقه الاسلامي صلوحيته تلك ؟ !

وقد امر رسول الله صلى الله عليه وسلم معاذ بن جبل - حين ارسله قاضيا على اليمن - بأن يقضي :

أولا : باحكام الكتاب ان وجدت.

ثانيا : باحكام السنة النبوية اذا لم يكن هناك نص في القرآن

ثالثا : بالاجتهاد اذا لم يكن هناك نص في السنة.

أيحكم بالتأخر على شريعة اقرت نصوصا ولم تكتف بما هو مقرر بل سمحت للعقل بالاجتهاد في العثور على الاحكام التي سكتت عنها هذه النصوص.

فان اصبحت هذه النصوص قديمة فالعقل جديد ومجدد.

ان للقرآن والسنة احكاما عامة وما على العقل البشري الا تاويلها بما يلائم الحياة الجديدة.

لقد أمر القرآن بقطع يد السارق ، ولكن عمر بن الخطاب الذي تولى الخلافة سنة 13 هـ . اي بعد سنتين فقط من وفاة الرسول ، لم يقطع يد السارق في عام المجاعة معتبرا في ذلك ظروف التخفيف او ظروف العفو .

فان كيفت احكام القرآن بحسب مقتضيات احداث جدت اقل من ثلاث سنين بعد وفاة الرسول فما بالنا لا نكيف احكامها لنطبقها على احداث القرن الرابع عشر.

نحن نعترف بان بعض قواعد الفقه الاسلامي اصبحت غير صالحة لهذا العصر ، ولكن روح الفقه الاسلامي التي راعت المصلحة العامة والنفس البشرية لم تصبح هي بدورها ايضا غير صالحة لهذا العصر.

ان القواعد العامة التي جاءت بها الشريعة الاسلامية قابلة للتطور حسب كل المعطيات وهذا هو معنى انها صالحة لكل مكان وزمان.

لكل هذه الاسباب بقي الفقه الاسلامي وسيبقى اهم مصدر للتشريع التونسي.

ومن اجل ذلك تجب دراسة هذا الفقه دراسة مقارنة لا مذهبيـة . ولا تكون هذه الدراسة الا بعد الفهم العميق للقرآن والسنة ومعرفـة ادلة الاحكام واصولها . ولن يفهم احد هذه التعاليـم احـسن الفهـم الا اذا كان مؤمنا بان لهذه الاحكام عللا يقبلها العقل ومصالح سنـت من اجلها هذه القوانين.

الفقـرة الثالثـة

الغايـة من وضـع القانـون

ان القانون الذي هو مجموعة قواعد يخضع لها الناس في حيـاتهم هو ولبد الحاجة ولكن هذه الحاجة المنبثقة عن هذه الحياة هـي في الواقع في تطور مستمر.

فما يترتب ـ ترى ـ عن هذا التطور ؟

يترتب عنه بلا شك عدم تماشي القاعدة مع الشيء الذي وضعت من اجله.

وعدم تماشي هذه القاعدة ينجر عنه امران اثنان :

1) اما ان القاعدة يعتريها الابهام فتصير قليلة الوضوح كثيـرة الغموض.

2) او ان هاته القاعدة تصبح عديمة الفائدة تمامـا ، اي انهـا صارت غير كافية.

فما عسانا نصنع لجبر الخلل الذي اعترى هذه القاعدة ؟

نلجأ حينئذ الى بيان هذه القاعدة وتفسيرها ولكن ما هي الطـرق التي نتوخاها حتى نبلغ ذلك ؟ .

القسم الثاني
التعريف بعلم الاصول

علم الاصول هو مجموعة قواعد يتوصل بها الى استنباط الاحكام القانونية من الادلة.

فالمعنى اللغوي لكلمة « اصل » هو ما بني عليه الشيء . ويراد بها « الدليل » في اصطلاح علم الاصول .

أما كلمة الفقه فمعناها لغة « العلم » و « الفهم » . ويراد بها شرعا « العلم باحكام الشرع » .

وهكذا يكون علم الاصول مجموعة قواعد يتوصل بها الى استنباط الاحكام الشرعية من الادلة.

ولا يمكن بحث هذه القواعد دون معرفة الادلة المتفق عليها وهي :

1 ـ القرآن

2 ـ السنة

3 ـ القياس

4 ـ الاجماع

ويمكن تقسيم هذه الأدلة الى :

1) النص

2) الاجتهاد