الفقه المقارن

- المدخل إلى الفقه المقارن
- بحوث فقهية للدراسة المقارنة

تأليف:

حسن أحمد الخطيب

(الهيئة العامة للكتاب)

١٩٩١

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

في بيان كمال الشريعة ووفائها بحاجات الأمم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على رسول الله محمد خير الخلق أجمعين ، ونصلي ونسلم على سائر الأنبياء والمرسلين .

أما بعد فان من أجل نعم الله على عباده أنه لم يتركهم سدى ولم يكلهم الى أنفسهم في تعرف الحق من الباطل وتبين الهدى من الضلال ، فبعث اليهم رسله مبشرين ومنذرين ، ومعلمين وهادين ، وأوحى اليهم أحكامه وشرائعه ، وختم رسالاته وشرائعه برسالة الاسلام وشريعته التي بعث بها محمدا خاتم الأنبياء والمرسلين ـ حينما نضج العقل الانساني واكتمل تطوره ، واستعد لبلوغ أقصى كمالاته ، فكانت لذلك أمثل الشرائع وأكملها . وأوفاها بحاجات الأمم في كل زمان ومكان . وقد وردت أحكامها وما فيها من مبادىء ومقاصد وقواعد كلية بحيث تصلح لكل أمة ولكل عصر من العصور .

ولكن كيف يتسنى قبول هذا بالنسبة للشريعة الاسلامية ، والمشاهد الذى لا ينكر ، ولا يجحد أقوى دليل على أن كل أمة من الأمم تحتاج بين الحين والحين الى تعديل قوانينها وتغيير شرائعها ــ تبعا لتغير أحوالها واختلاف عصورها وما تقتضيه حالاتها الاجتماعيــة والاقتصــادية والخلقيــة والسياســية وما يستلزمه العرف والعادات من التبديل والتغيير والتعديل، ومن اقامة قانون ونسخ آخر ٠

واذا كان هذا مشاهدا فى الأمة الواحدة فكيف يعقل سن قانون واحد لجميع الأمم ٠ وهى أشد اختلافا وأكثر اقتضاء لاختلاف قوانينها وأحكامها ــ تبعا لتغير واختلاف البيئــات والعرف والعادات والأحوال والحاجات فى كل منها ؟

وجوابنا عن ذلك أن الشريعة الاسلامية بكتابها الخالد : القرآن الكريم ، وبما صح من سنة رسولها الكريم ــ كفــل لها العموم والشمول ، والبقاء والخلود ــ وذلك لأنها قامت على أمرين هامين ، وركنين عظيمين ٠

الأول : أن ما عرضت له من أحكام تفصيلية أو جزئيــة فى كتاب الله وسنة رسوله ــ ليس من شــأنه أن يتبــدل أو يتغير ، وذلك لصلاحيته لكل زمن وأمة ــ فأحكامها القطعية فى العبادات والزواج والطلاق والعدة والمواريث واحــلال البيع وتحريم الربا ، والحدود ، وكتــابة الدين المؤجــل ، والرهن ، ومشروعية المضاربة ، وثبوت حق الشفعة وأمثالها ــ كل ذلك ليس يحسن أو يصلح فى حال دون أخرى ، بل هو صالح فى جميع الأحوال ، ولكل الجماعات ٠

الثانى : أن ما لم يعرض له كتاب الله ولا سنة رسوله صلى الله عليه وسلم من أحكام تفصيلية جزئية ــ قد عرضا له بمبادىء وقواعد كلية لا تختلف باختلاف الزمان والمكان، وقد ترك استنباط تشريعــه التفصيلى ، ووضــع أحــكامه

الجزئية الفرعية لمجتهدى هذه الأمة الذين توافرت فيهم شروط الاجتهاد ، والذين لا يجوز شرعا خلو أى عصر من العصور منهم على ما عليه كثير من العلماء والمحققين . ومثل هذا ما ورد من النصوص الشرعية المحتملة للاجتهاد لأنها غير قطعية الدلالة ، فان هذه تعتبر أيضا مجالا فسيحا لاجتهاد الائمة والعلماء ..

وهذا النوع من الأحكام لا يضير فيه الاختلاف ولا التبديل والتغيير ولا التعديل ـ كلما اقتضت الأحوال ذلك ما دامت هذه الأحكام لا تعارض نصا قطعيا ، ولا تخالف ما هو معلوم من الدين بالضرورة ، ولا تخالف اجماعا شرعيا معلوما . ومن المقرر ان هؤلاء المجتهدين فى استنباطهم للأحكام يراعون القواعد الشرعية ، ومبادىء العدالة والمساواة واليسر ورفع الحرج ، وتحقيق مصالح العباد ودرء المفاسد عنهم ، ويضعون نصب أعينهم العلل والحكم والأسرار التى اعتبرها الشارع فى تشريعه التفصيلى ، كما يراعون فى اجتهادهم الأصول والأدلة التى اعتبرها الشرع منابع لاستقاء الأحكام منها .

وقد دل على مشروعية الاجتهاد وكونه دعامة من دعائم التشريع الاسلامى حديث معاذ بن جبل ـ قال له الرسول ـ صلوات الله وسلامه عليه : « كيف تصنع اذا عرض لك قضاء ؟ » قال « أقضى بما فى كتاب الله » قال : فان لم يكن فى كتاب الله ؟ قال فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال : فان لم يكن فى سنة رسول الله ؟ قال : اجتهد رأيى لا آلو . قال معاذ : فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدرى ، ثم قال : الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله لما يرضاه رسول الله » .

فهذا الاجتهاد بالرأى ـ وهو يشمل القياس ، والاستحسان ، والمصالح المرسلة ، والاستصحاب ، وسد الذرائع والعرف المعتبر شرعا ، ومراعاة قواعد الشرع الكلية الخ ـ لاثبات الأحكام فيما لم ينص عليه ، أو فى

النصوص المحتملة للاجتهاد ، وذلك بالاعتماد على ما عرف من أصول الشريعة وقواعدها العامة ، وبالاستناد الى علل أحكامها وأسرارها التشريعية ـ هذا الإجتهـاد المشروع يكفل وفاء هذه الشريعة بحاجات الأمم ، وصلاحيتها لكل امه وزمان ٠

ولسماحة هذه الشريعة ومرونتها وتقبلها لكل ما يحقق مصالح الناس ، ويدفع الضرر عنهم ،، ولقيامها على أسـاس من اجتهاد الأئمـة والعلمـاء الذين تتـوافر فيهم شروط الإجتهاد ـ فيما يسوغ فيه الاجتهـاد شرعا ـ وجد فى تلك الشريعة اختلاف بين الأئمة والعلمـاء فيما اسـتنبطوه من أحكام ، وذلك منذ عصر الصحابة الى عصر الأئمة الأربعـة المجتهدين : أبى حنيفة ومالك والشافعى وابن حنبل ، ومن بعدهم من كل من رأى نفسه أهلا للاجتهاد من الفقهاء والعلماء فكان حقا علينـا ـ بازاء ذلك الخـلاف أن ندرس آراءهـم ونبحث عن أدلتهم ، ونوازن بينها ، ونعرف المسـالك التى أدت اليها ، وننهض بعبء الاختيار والترجيح بينها ، وهذا ما يسمى : الفقه المقارن ، أو المقارنة بين المذاهب ٠

ومن تمام هذا العلم واستيفاء مباحثه الموازنة بين أحكام الفقه الاسلامى ومذاهبه ، وما ورد فيه من أدلة وقواعد ، وأصول ومبادىء ، وبين ما ورد من نظائـرها فى الشرائـع الوضعية والقوانين التى شرعها الانسان فى مختلف الأمم ـ غير أن العوائق فى سبيل النهوض بذلك جمة ، وفى صدرها أنه لم تؤخذ العدة من قبـل لتخريج أسـاطين من أهل العلم والقانون قد اسـتمكنوا من ناصـيتى القـوانين الوضـعية والشريعة الاسلامية ، ومنها أن الزمن المحدود لهذه المـادة والمنهاج المقسوم لها لا يهيئان السبيل الى الاضطلاع بهـذه المقارنة ٠

المدخل الى الفقه المقارن

لما كانت دراسة الفقه المقارن لا تخرج ـ فى جملتها وتفصيلها ـ عن دراسة خاصة لأحكام الفقه الاسلامى كلها أو بعضها على حسب الآراء والمذاهب المختلفة ، ومع دراسة منشأ الاختلاف ، ومناقشة الأدلة والموازنة بينها للاختيار والترجيح ـ لما كانت دراسة الفقه المقارن لا تخرج عن ذلك اقتضى الأمر ـ قبل أن ندخل فى موضوعاته وبحوثه ـ . وبعد أن بحثنا ـ فى المقدمة ـ كمال الشريعة ، ووفاءها بحاجات الأمم ـ أن نبحث الأمور الآتية وهى :

١ ـ تقسيم القوانين والشرائع بصفة عامة .

٢ ـ بيان اجمالى عن أصول الشريعة وفروعها .

٣ ـ أسباب اختلاف العلماء فى الأحكام الشرعية .

٤ ـ الفقه الاسلامى : كتبه ومؤلفاته ـ واجبنا نحوه .

٥ ـ حكم الاجتهاد والتقليد ـ ذم العلماء التقليد .

٦ ـ أصول القوانين ، ومصادرها فى العصر الحديث .

٧ ـ التشريع الاسلامى والقانون المقارن .

٨ ـ تعريف الفقه المقارن ، وبيان موضوعه ومباحثه واستمداده ، وفائدته وثمرته ، ثم بيان المراجع العلمية التى تعين على دراسته .

١ ـ تقسيم القوانين والشرائع

يراد بالشرائع والقوانين : ما يسن ويوضع لتنظيم علاقات الناس بعضهم ببعض ، وذلك بوضع أحكام وحدود يقفون عندها . ولا يتجاوزونها . والغرض من ذلك المحافظة

على الحقوق ، وكفالة الأمن والطمأنينة ، ودفع الأذى والظلم والاعتداء ·

تلك الشرائع والقوانين تنقسم ـ بصفة عامة ـ قسمين :

شرائع وضعية ـ قام بسنها وتشريعها الانسان · وشرائع الهية ، أوحاها الله ـ سبحانه ـ الى أنبيائه ، لتحقيق مصالح العباد فى معاشهم ومعادهم ·

وهذه الشرائع الالهية هى التى نزلت بها الكتب السماوية : كالتى وردت فى شريعة نوح ، وفى صحف ابراهيم ، وفى التوراة وفى الانجيل ـ غير أن هذه الشرائع السماوية لم تكن عامة ، بل كانت مقصورة على الأمة التى بعث فيها النبى ، كما كانت موقوتة بنزول شريعة سماوية أخرى تنسخها كلها أو بعضها ، وكذلك الشأن فى القوانين والشرائع الوضعية ·

كان الأمر كذلك حتى جاء الاسلام وقد نضج العقل الانساني ، وجرى على الأمم ما قدر لها من التطور البشرى ، واستعدت النفس الانسانية لبلوغ رشدها وكمالها ـ فجاءت شريعته خاتمة الشرائع الالهية ، كما خوطب بها الأمم والبشر كافة ، ومصداق هذا قول الله ـ جل شأنه : « قل يأيها الناس انى رسول الله اليكم جميعا » ، وقوله : « يايها الناس قد جاءكم برهان من ربكم ، وأنزلنا اليكم نورا مبينا » ·

ومن ثم جاءت هذه الشريعة ، وفيها كل عناصر الكمال والبقاء ، والعموم والشمول ، وردت أحكامها ، وما فيها من مبادىء ومقاصد ، وقواعد كلية بحيث تصلح لكل أمة ، ولكل عصر من العصور ، وكان من محاسنها ومنن الله علينا بها أنها شريعة العقل ودين الفطرة التى فطر الله الناس عليها ، وقد بينا ذلك فى مقدمة الكتاب ـ من قبل ـ وامتازت هذه الشريعة عن الشرائع الوضعية بميزات كثيرة : أهمها اجمالا : أن مشرعها هو الله ـ سبحانه ـ الحكيم العليم بمصالح

عباده ، وأن أحكامها القطعية ، ومبادئها ومثلها العليا ، وقضاياها الكلية غير قابلة للنسخ أو التغيير بحال ، وأنها موسسة على الاخلاق والفضائل ، وانها تعتمد على المقاصد والنيات ، وأنها لم تقتصر على صلاح الدين أو الدنيا ، بل جاءت لتحقيق صلاح الدين والدنيا معا ، ولتحقيق الفوز والسعادة فى الدنيا والآخرة ، وأن الاجتهاد ـ فيما يسوغ فيه الاجتهاد شرعا ـ من دعائمها ، وهو كفيل بمسايرتها لكل تطور ، ووفائها بحاجات الأمم فى كل عصر ٠

٢ ـ تعريف بأصول الشريعة وفروعها

الفقه الاسلامى ـ أو الشريعة الاسلامية (١) ـ لها أصول وفروع ، ينبغى أن نلم بها الماما يسيرا ، ونذكرها ذكرا موجزا ـ تمهيدا وتوطئة لدراسة الفقه المقارن :

أصول الشريعة :

للفقه الاسلامى أو للشريعة الاسلامية أصول انبثقت منها ، وأعانت المجتهدين على استنباط فروعها وأحكامها الجزئية ، وقواعد ضبطت كثيرا من فروعها ، وأشارت الى حكمة تشريعها ، والى المقاصد من وضعها ٠

وهى كما قال الامام القرافى فى كتابه القيم المشهور بالفروق ـ قسمان : أحدهما قواعد كلية فقهية جليلة مشتملة على أسرار الشرع وحكمه ، بها تضبط الفروع ، وتعرف أحكامها ، وتدرك مقاصد الشرع ـ ومن أمثلتها هذه القواعد :

---

(١) نريد بالشريعة هنا معنى اصطلاحيا خاصا ـ هو الذي يعبر عنه بالفقه الاسلامي والا فالشريعة ذكرت فى غير موضع مقصودا بها : ما شرع الله لعباده من الدين أى سمته ليهم ـ فتشمل الأحكام الاعتقادية والخلقية والأحكام العملية التى تتعلق بما يصدر عن المكلفين أو العباد من أقوال وأفعال وعقود ـ وتصرفات ٠

١ ــ الضرورات تبيح المحظورات ٠

٢ ــ ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها ٠

٣ ــ درء المفاسد مقدم على جلب المصالح ٠

٤ ــ المشقة تجلب التيسير ٠

٥ ــ العادة محكمة ٠

٦ ــ الحكم يتبع المصلحة الراجحة ٠

ولأهميتها ــ أفردها بعض الفقهاء بالتأليف ، ومن اشهر وأنفع ما ألف فيها كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفى، وكتاب الفروق للقرافى المالكى ٠ وبهذه القواعد يعرف كمال هذه الشريعة ، ويدرك كثير من مقاصدها ٠

والقسم الثانى من الأصول هو المسمى : أصول الفقه ، ولها علم خاص بها عرف « بعلم أصول الفقه » وقد ألفت فيه الكتب الجمة الكثيرة قديما وحديثا ، ومن أشهرها : أصول الأحكام للآمدى ، والمستصفى للغزالى ، والتوضيح لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود ، وكتاب الموافقات للشاطبى ، وارشاد الفحول للشوكانى ، ومن أحدث ما ألف فيه : كتاب تسهيل الوصول الى علم الأصول للشيخ المحلاوى ، وأصول الفقه للشيخ الخضرى وعلم أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف ٠

ويراد ــ بعلم أصول الفقه ــ القواعد والبحوث التى يتوصل بها الى استنباط الأحكام الشرعية الفرعية من أدلتها التفصيلية ، وهى قواعد كثيرة : بعضها يرجع الى المباحث اللغوية ، وبعضها يرجع الى أنواع الأدلة الشرعية التى تستقى منها الأحكام ، وما يعرض لها وشروط اعتبارها حجة ، وطرق الاستدلال بها ، وطريقة استثمار الأحكام منها ــ مثل القواعد والبحوث الآتية :

١ ــ القياس حجة من الحجج الشرعية التى تستنبط بها

الأحكام العملية متى استوفى شروط اعتباره ، وهو فى المرتبة الرابعة بعد الكتاب والسنة والاجماع ٠

٢ ــ الاجماع اذا تحقق وعلم واستوفى أركانه ــ حجة قطعية عند جمهور العلماء ، ومعنى كونه حجة قطعية أنه يصير المسألة المجتهد فيها قطعية الحكم ، فلا تصلح بعد ذلك ان تكون محلا للنزاع ٠

٣ ــ السنة المتواترة تفيد العلم ، وتوجب العمل بها ، وخبر الواحد ظني الورود ولكنه مع ذلك يجب اتباعه والعمل به اذا استوفى شروط قبوله ٠

٤ ــ العام حجة قطعية عند كثير من علماء الأصول ، فيفيد شمول الحكم لجميع أفراده قطعا الا اذا قام دليل على التخصيص ٠

٥ ــ العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب ٠

٦ ــ دلالة النص أو الفحوى معتبرة فى فهم الأحكام من النصوص ٠

٧ ــ صيغة الأمر تقتضى الايجاب على الراجح من آراء العلماء ــ ما لم توجد قرينة تصرفها عن الوجوب ٠

فهذه القواعد وأمثالها يتوصل بها الى استفادة الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية ٠

ولهذا العلم ثمرته وفائدته بالنسبة للمجتهدين وهو التمكن من استنباط الأحكام الشرعية من الأدلة التفصيلية ، ويتبع ذلك العلم بهذه الأحكام ، واذا قرن العلم بالعمل كانت السعادة للمرء فى الدنيا والآخرة ٠ أما غير المجتهدين من العلماء فان هذا العلم يمكنهم من معرفة مآخذ المجتهدين ومداركهم ، وكيف استنبطوا الأحكام التى وصلوا اليها ــ كما يستطيعون به الموازنة بين آرائهم وأدلتهم ، وترجيح بعضها على بعض ٠

ومن ثم كان الفقيه في حاجة الى هذا العلم فى بحثه وتحليله ومقابلته بين المذاهب والآراء الفقهية ، كذلك المفتى لا يستغنى عنه فى توضيح رأيه وتأييده وترجيح فتواه بما يسوقه من القواعد الأصولية أو الحجج الشرعية ، ووضح بذلك أن أصول الشريعة بقسميها عماد الفقه المقارن ٠

فروع الشريعة :

يراد ــ هنا ــ بفروع الشريعة : الأحكام الشرعية التى استمدت من الكتاب والسنة والاجماع والقياس ، وكذا سائر الأدلة التى اعتبرها أئمة الشرع مصدرا لاستقاء الأحكام الشرعية منها ، وهى الأحكام الشرعية الفرعية التى تبحث فى علم خاص بها يسمى : علم الفقه ٠

وقد جاء فى الجزء الأول من الدر المختار وحاشيته رد المحتار (١) ــ أن الفقه معناه ــ لغة ــ العلم بالشىء والفهم، ثم خص بعلم الشريعة ٠ واصطلاحا له معنيان :

أحدهما عند الأصوليين ، والآخر عند الفقهاء :

فهو ــ عند الأصوليين ــ العلم بالأحكام الشرعية الفرعية، المكتسب من أدلتها التفصيلية : فالفقه في الأصول : علم الأحكام من دلائلها ، فليس الفقيه الا المجتهد عندهم ٠ أما ــ عند الفقهاء ــ فهو حفظ الفروع مطلقا ، سواء أكانت بدلائلها أم لا ٠ وحينئذ فالفقه عندهم : حفظ الفروع والعلم بالأحكام الشرعية الفرعية التى توصف بها أفعال العباد والمكلفين من الوجوب والندب والإباحة والحرمة ، والكراهة ٠

وقيل فى تعريفه أيضا : انه مجموعة الأحكام الشرعية العملية المستفادة من أدلتها التفصيلية ، كما قيل : انه معرفة النفس ما لها وما عليها من الحقوق والواجبات والأحكام ٠

---

(١) كتاب فى فقه الحنفية للعلامة ابن عابدين ٠

وعلى هذا فموضوع علم الفقه : فعل الانسان من حيث ثبوت الأحكام الشرعية : كأن تقول : صلاة هذا الشخص صحيحة لأنها قد استوفت أركانها وشروطها ، وصلاة هذا باطلة لأنها فقدت ركنا من أركانها أو شرطا من شروط صحتها . وبيع فلان حرام لأن فيه ربا ، وبيع هذا حلال صحيح لأنه خلا مما يوجب حرمته وفساده . وهكذا .

ومن تعريف علم الفقه يعلم أن ثمرته وفائدته معرفة الأحكام الشرعية ، وحمل النفس على التزامها ومراعاتها والعمل بها ، وذلك لاصلاح أحوال الناس فى معاشهم ومعادهم .

أما بحوث هذا العلم — فهى تلك الأقسام والأبواب والأحكام التى تراها مبسوطة ، مدونة فى كتب الفقه الاسلامى المؤلفة فى مختلف المذاهب — لأئمة الشرع المجتهدين، ومن تبعهم من العلماء والفقهاء — كالذى تجده فى أبواب الفقه المختلفة : من بيع واجارة ، ورهن، وشركة ، ومضاربة، وشفعة ، وحوالة ، وكفالة ، وزواج وطلاق ، ووقف ، ووصية ، وميراث ، وهبة ، ودعوى ، وشهادة ، وقضاء ، وجنايات ، وحدود ، وعبادات : من صلاة ، وصوم ، وزكاة ، وحج ، ونذر ، ويمين ، وجهاد .

ويجمعها فى جملتها ثلاثة أنواع :

الأول : العبادات . وقد قال العلامة ابن عابدين فى الجزء الأول من كتابه رد المختار : انها خمس : الصلاة ، والزكاة ، والصوم ، والحج ، والجهاد .

الثانى : المعاملات ، وهى فى رأيه خمسة أنواع : المعاوضات المالية ، والمناكحات ، والمخاصمات ، والأمانات ، والتركات .

الثالث : العقوبات ، وهى القصاص ، وحد السرقة ،

والزنا ، والقذف ، وجزاء الحرابة وقطع الطريق ، والردة ، ويلحق بالعقوبات التعزير ، وهو باب واسع فى الشريعة الاسلامية ، اذ هو عقوبة غير مقدرة من الشارع ، ويجب بارتكاب كل معصية لم يرد بشأنها حد مقدر .

أما فى تفصيلها فانها ترجع الى ثمانية أنواع :

النوع الأول : مجموعة من الأحكام تسمى العبادات : من صلاة ، وصوم ، وزكاة ، وحج ، وجهاد لاعلاء كلمة الله تعالى ، ونذر مشروع ، وهى التى شرعت لتنظيم علاقة الانسان بخالقه ، وبها يمتحن صدق ايمانه ، كما أنها سبيل الى تهذيب النفوس ، وتطهير القلوب ، ومما يعين على اصلاح الفرد والمجتمع .

الثانى : مجموعة أخرى من الأحكام تتصل بالأسرة من بدء تكوينها ، وتتعلق بالانسان من حين ولادته الى حين وفاته وتقسيم تركته بين ورثته . وهى المعروفة فى الاصطلاح الحديث بالأحوال الشخصية : كالزواج ، والطلاق ، والنفقات ، والحجر ، والولاية ، والوصية ، والمواريث . وهى داخلة فى قسم المعاملات ، عند الفقهاء .

الثالث : أحكام المعاملات المدنية . وهى التى يقصد بها تنظيم علاقات الأفراد المالية ، وما يتعلق بمعاملاتهم ومبادلاتهم من عقود وتصرفات : كأحكام البيع والاجارة ، والمداينة ، والرهن ، والشفعة ، والحوالة ، والكفالة ، والمضاربة ، والوفاء بالعقود ، وأداء الأمانات .

الرابع : أحكام مالية واقتصادية ، ويقصد بها تنظيم العلاقات المالية بين الدولة والأفراد ، وبين الأغنياء والفقراء ، وهى التى تتعلق بتنظيم بيت مال المسلمين ، وبيان موارده ، وأنواع المال الذى يوضع فيه ، وبيان الجهات التى ينفق فيها كل نوع .

الخامس : مجموعة من الأحكام تسمى العقوبات • وهى التى شرعت لحفظ حياة الناس ، ودينهم ، وأعراضهم ، وعقولهم ، وأموالهم : كأحكام القصاص والحدود ، والتعزيرات •

النوع السادس : أحكام المرافعات ، التى شرعت بشأن الدعاوى ، وطرق اثباتها ، والقضاء • ويقصد بها تنظيم الاجراءات لتحقيق العدل بين الناس ، وتعبيد السبيل اليه •

النوع السابع : مجموعة من الأحكام شبيهة بما يعرف الآن بالأحكام الدستورية ، وهى التى تنظم علاقة الحاكمين بالمحكومين : كاختيار الولاة ، وما يشترط فيهم ، وبيان حقوق الناس عليهم ، وأحكام الشورى والعدل والمساواة •

النوع الثامن : مجموعة من الأحكام شبيهة بما يعرف الآن بالأحكام الدولية وهى التى تنظم علاقة الدولة الاسلامية بغيرها من الدول فى حالتى السلم والحرب وتحدد علاقة المسلمين بغيرهم فى بلاد الدول الاسلامية • من ذلك أحكام القتال ، والأسرى ، والغنائم ، والفىء ، وأحكام الصلح ، والمعاهدات والجزية ومعاملة أهل الذمة ، والحرب ، وغير ذلك •

ومن هذا يتبين أن أئمة الشرع الاسلامى ، وعلماء الفقه — فيما مضى — قد بذلوا أقصى جهدهم ، وغاية كدهم ، فوضعوا للواقعات أحكامها ، كما وضعوا لأمور فرضية لم تقع — وقلما تقع — أحكاما مناسبة لها — مقتبسين ذلك من نصوص الشريعة ، أو من روحها ومعقولها ، أو من قواعدها وقضاياها الكلية ، أو من مقاصدها العامة — فوضعوا لنا الخطة ، ورسموا لنا الطريق • وبذلك أدوا واجبهم كاملا نحو الفقه والشريعة •

فعسى الله أن يوفق علماء هذا العصر ، وما يتلوه من عصور لأداء واجبهم نحو الفقه الاسلامى — كما فعل أسلافهم من قبل •

٣ ـ أسباب اختلاف العلماء في الأحكام الشرعية

قد يظن الانسان ـ بادىء الرأى ـ أنه لا مسوغ لوجود الخلاف ، والمذاهب المتقابلة فى شريعة الهية ، قد نص على اصولها ، وكثير من قواعدها وأحكامها فى كتاب الله وسنة رسوله ـ صلوات الله وسلامه عليه ـ فما سبب هذا الاختلاف ، ولم نجد العلماء والمجتهدين يختلفون فى كثير من الأحكام التى وصلوا اليها باجتهادهم واستنباطهم ؟ ٠

ولست تجد هذا التعدد فى المذاهب ، وذلك الاختلاف فى الرأى مقصورا على أئمة الفقه الذين وجدوا بعد عصر الصحابة وما يليه من عصور ، بل تجد الصحابة أنفسهم قد اختلفت آراؤهم فى بعض الأحكام ٠

فمن ذلك ما رواه مسلم وأحمد عن ابن عباس قال : كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وسنتين من خلافة عمر : طلاق الثلاث واحدة ، فقال عمر : أن الناس قد استعجلوا فى أمر كانت لهم فيه أناة ، فلو أمضيناه عليهم ، فامضاه عليهم ٠ وخالفه فى ذلك على وأبو موسى ٠

وكان زيد بن ثابت يقاسم بين الجد والاخوة الأشقاء أو لأب ، وكذلك على وابن مسعود ، وان اختلفت طرائقهم فى المقاسمة ٠ أما أبو بكر فانه رأى الجد كالأب ، يحجب الأخوة ، فلا ارث لهم معه ٠

وكان عمر بن الخطاب يرى أن عدة الحامل المتوفى عنها زوجها تنتهى بوضع حملها ، فى حين أن على بن أبى طالب يقول : انها تعتد بأبعد الأجلين : من وضع الحمل ، ومضى أربعة أشهر وعشر ٠

وكان على يرى اخراج الزكاة عن أموال اليتامى الذين هم فى حجره ، وغيره يقول : ليس فى مال اليتيم زكاة ـ الى

غير ذلك من الآراء والأحكام المروية عن الصحابة ، ثم اتسعت بعدهم دائرة الخلاف ، وكثرت الآراء وتعددت المذاهب التى جادت بها قرائح المجتهدين فى القرنين الثانى والثالث ـ فما أسباب هذا الاختلاف ، وما علة هذا التعدد ؟

لقد اختلفوا فى الأحكام عامة ، سواء أكانت من الكتاب مستنبطة أم من السنة مستقاة ، أم الى الرأى والقياس تعزى وتنسب ، وأسباب هذا الاختلاف كثيرة متشعبة ، وليس من اليسير حصرها .

وقد أجمل صاحب بداية المجتهد ونهاية المقتصد ـ فى مقدمة هذا الكتاب ـ أسباب اختلاف الأئمة والفقهاء فى الأحكام ، وقال ما خلاصته : ان أسباب الاختلاف بالجنس ستة :

أحدها : تردد الألفاظ بين طرق أربع ، وهى أن يكون اللفظ عاما يراد به الخاص ، أو خاصا يراد به العام ، أو عاما يراد به العام ، أو خاصا يراد به الخاص ، أو يكون له دليل خطاب أو لا يكون له .

والثانى : الاشتراك الذى فى الألفاظ كلفظ القرء ، وكلفظ الأمر : هل يحمل على الوجوب أو على الندب ، ولفظ النهى : هل يحمل على التحريم أو الكراهية

والثالث : اختلاف الاعراب .

والرابع : تردد اللفظ بين حمله على الحقيقة أو حمله على نوع من أنواع المجاز .

والخامس : اطلاق اللفظ تارة ، وتقييده تارة ـ مثل اطلاق الرقبة فى العتق تارة ، وتقييدها بالايمان تارة .

والسادس : التعارض فى الشيئين فى جميع أصناف الألفاظ التى يتلقى منها الأحكام بعضها مع بعض ، وكذا التعارض الذى يأتى فى الأفعال أو فى الاقرارات ، أو تعارض الأقيسة نفسها ، أو التعارض الذى يتركب من هذه

الأصناف الثلاثة ، وهي معارضة القول للفعل او للاقرار او للقياس ، ومعارضة الفعل للاقرار او للقياس ، ومعارضة الاقرار للقياس .

وسنذكر لك فيما يأتي أسباب الاختلاف بنوع من التفصيل . وحسبنا أن نأتي ببعضها كشاهد على ما لم يذكر منها ، وكدليل على حرية الاجتهاد لدى علماء التشريع الاسلامي الذين لم يتقيدوا الا باتباع أصول شريعتهم ، ومبادىء العدالة في استنباطهم .

أسباب الاختلاف في الأحكام المأخوذة من القرآن :

السبب الأول : اختلاف العلماء والمجتهدين في تفسير الألفاظ ، وفهم ما تدل عليه بسبب الاشتراك العارض فيها ، وهو نوعان :

(أ) اشتراك يجمع معاني مختلفة ، متضادة ـ كالقروء في قوله تعالى : «والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » : فذهب عثمان وعائشة وزيد بن ثابت الى أنها الاطهار، وذهب عمر وابن مسعود الى أنها الحيض ، ولكل دليل وشاهد(١) ـ فاختلف الفقهاء تبعا لاختلاف الصحابة ، فأخذ العراقيون بقول ابن مسعود ، وأخذ الحجازيون برأى علماء الصحابة في المدينة .

ومثل ذلك اختلافهم فيما يفرض مسحه من الرأس في الوضوء من قوله تعالى : « وامسحوا برؤوسكم » فمالك يرى وجوب مسح الرأس كله ، والشافعي يوجب أقل ما يطلق عليه اسم المسح ، والحنفية قالوا المفروض مسح بعض الرأس

---

(١) راجع الانصاف في التنبيه على الأسباب التي أوجبت الاختلاف للبطليوسي الأندلسي المتوفى سنة ٥٢١ هـ وراجع أيضا أدلة الفريقين في الجزء الثاني من بداية المجتهد (باب العدة) ، وأحكام القرآن للجصاص .

ولكن قدروه بالربع ـ واصل الاختلاف فى هذا الاشتراك الذى فى الباء فى كلام العرب (١) ، ذلك انها مرة تكون زائدة كما فى قوله تعالى « تنبت بالدهن » على قراءة «تنبت» بضم التاء وكسر الباء من أنبت • ومرة تدل على التبعيض كما فى قول القائل : أخذت بثوبه وبعضده ـ فمالك اشترط الاستيعاب اما احتياطا ، واما لأن الباء زائدة ، والشافعى اكتفى بأدنى ما يطلق عليه اسم المسح لأن الباء للتبعيض ، والمسح فى الآية مطلق لا مجمل • وذهب جل علماء الحنفية فى تعليل مسح الربع الى أن الآية مجملة فى مقدار ما يمسح من الرأس ، فبينه ما روى من أنه ـ عليه الصلاة والسلام ـ توضأ ، ومسح على ناصيته ، وهى مقدرة بربع الرأس • ومحققو الحنفية قالوا ان الباء للالصاق وهو المعنى المجمع عليه لها بخلاف التبعيض فان المحققين من أئمة العربية ينفون كونه معنى مستقلا لها ـ بخلاف ما اذا جاء فى ضمن الالصاق كما فى الآية ـ فتكون الباء داخلة تقديرا ومعنى على آلة المسح وهى اليد وهى لا تستوعب الرأس • وقالوا بالربع لأن اليد انما تستوعب قدره غالبا ، فلزم •

(ب) اشتراك يقع على معان مختلفة غير متضادة ، وذلك نحو قوله تعالى « انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ، ويسعون فى الأرض فسادا ـ أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف ، أو ينفوا من الأرض ـ ذلك لهم خزى فى الدنيا ، ولهم فى الآخرة عذاب عظيم » ـ فذهب الحسن البصرى وعطاء ومالك الى أن كلمة (أو) فى الآية للتخيير ، وعلى ذلك فالامام عندهم مخير فى هذه العقوبات ، يفعل ما شاء منها بقاطع الطريق • وذهب آخرون الى أن (أو) للافراد والتفصيل : فمن قتل ولم يأخذ المال ـ يقتل ، ومن حارب وقتل وأخذ المال ـ يصلب ، ومن أخذ المال ولم يقتل

---

(٢) الجزء الأول من بداية المجتهد ص ١٠ ـ طبعة الحلبى سنة ١٣٣٩هـ •

ـ تقطع يده ورجله من خلاف ، ومن اقتصر على الاخافة ينفى من الأرض، وهو قول أبى حنيفة والشافعى ـ كذلك اختلفوا فى معنى النفى : فقال الحجازيون : ينفى من موضع الى موضع ، وقال العراقيون : يسجن ويحبس (١) .

الثانى : ـ اختلافهم بوجه عام فى فهم النصوص القرآنية ، وان لم يكن ذلك بسبب الاشتراك ومن أمثلته : اختلافهم فى حكم الايلاء اذا مضى على المولى أربعة أشهر بدون فىء (٢) : فقيل تطلق المرأة بمضى المدة من غير فىء ، وقيل يطالب الزوج عند انتهائها : اما بالفىء ، واما بالطلاق وهو الرأى الراجح . والنص الوارد فى الايلاء يحتمل هذين الرأيين ، وهو قوله تعالى « للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ، فان فاءوا فان الله غفور رحيم ، وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم » .

الثالث : ـ ورود آيتين متعارضتين فى الظاهر فى بعض ما تدلان عليه ، فتختلف المدارك فى الاستنباط ، فيرى بعض العلماء امكان العمل بهما جميعا ، ويرى آخرون أن احداهما مخصصة لعموم الأخرى ومن أمثلة ذلك قول الله تعالى فى عدة المتوفى عنها زوجها : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا » وقوله جل شأنه فى عدة الحامل « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » . فالآيتان ـ كما ترى ـ متعارضتان فى الحامل المتوفى عنها زوجها : أتعتد بأربعة أشهر وعشرة أيام ـ عملا بالآية الأولى ، أم تعتد بوضع الحمل ـ عملا بالآية الثانية ؟ رأى على رضى الله عنه أنها تعتد بابعد الأجلين . عملا بالآيتين ، ورأى عمر رضى الله عنه أن الآية الثانية مخصصة للأولى فقال : عدتها تنتهى بوضع الحمل .

---

(١) الانصاف للبطليوسى .

(٢) الفىء : الرجوع فى اليمين بالحنث ، والايلاء هو أن يحلف الرجل على ترك قربان زوجته أربعة أشهر فصاعدا .

الرابع : ــ ورود آيات قرآنية مجملة أو مطلقة أوعامة مع ورود أحاديث فى موضوعها : فيختلف العلماء فى مدى الارتباط والصلة بينهما : فمنهم من يرى تقييد المطلق وتخصيص العام ، ومنهم من يرى غير هذا الرأى فيأخذ الآيات على اطلاقها أو عمومها لأن الأحاديث لم تثبت عنده ، أو لأنها أخبار آحاد لاتصلح ــ فى نظره ــ لتقييد مطلق الكتاب أو تخصيص عامه .

ومن أمثلة ذلك قوله تعالى فى سورة النور : « الزانيه والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » ، وهذا النص عام يشمل المحصن (١) وغير المحصن فذهب الخوارج وبعض المعتزلة كالنظام الى أن الحد فى الزنا الجلد ليس غير ، وانكروا الرجم لعدم ذكره فى كتاب الله تعالى ، وقالوا ان ما ورد من رجم الثيب الزانى خبر واحد ، وهو ليس بحجة عندهم ــ فعملوا بعموم الآية ولم يخصوها بغير المحصن ــ وذهب جمهور العلماء والفقهاء الى أن عقوبة الزانى المحصن : الرجم حتى يموت محتجين بأن الرجم ثابت بالسنة، وما ورد فى ذلك حديث مشهور يصلح أن يكون مخصصا للآية ، وعلى ذلك خصوها بغير المحصن . وقد رد على الخوارج الكمال بن الهمام الحنفى بأن رجم المحصن ثابت ــ أولا ــ باجماع الصحابة عليه ــ وثانيا بأن ثبوت الرجم عن الرسول متواتر المعنى كشجاعة على وجود حاتم ، وأخبار الآحاد انما هى فى تفصيل صوره . أما أصل الرجم ومعناه فثابت بالتواتر .

ومن أمثلته أيضا قول الله تعالى فى حد السرقة : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا ، نكالا من الله » ، والآية مطلقة أو مجملة ، لم تبين المقدار المسروق الذى يحد فيه ، فنشأ من ذلك اختلاف العلماء ،

---

(١) المحصن : المتزوج بشروط مذكورة فى كتب الفقه .