بدران أبو العينين بدران
استاذ الشريعة الإسلامية في كلية الحقوق
بجامعتي الاسكندرية وبيروت العربية

تاريخ الفقه الإسلامي

ونظرية الملكية والعقود

دار النهضة العربية
للطباعة والنشر
بيروت - ص.ب ١١٠٧٤٩

جميع حقوق الطبع والنشر محفوظة ©

لا يجوز طبع أو استنساخ أو تصوير أو تسجيل
أي جزء من هذا الكتاب بأي وسيلة كانت
إلا بعد الحصول على الموافقة الكتابية من الناشر.

الناشر

الإدارة: بيروت ـ شارع مدحت باشا ـ بناية كريدية
تلفون : 818704 ـ 818705
برقياً : دا نهضة ـ ص.ب: 749 ـ 11
تلفاكس: 232 ـ 4781 ـ 212 ـ 001

المكتبة: شارع البستاني ـ بناية اسكندراني رقم 3
غربي جامعة بيروت العربية
تلفون: 316202 ـ 818703

المستودع: بئر حسن، خلف تلفزيون المشرق
بناية كريدية ـ تلفون: 833180

بسم الله الرحمن الرحيم

افتتاحية الكتاب

الحمد لله رب العالمين ، الرحمن الرحيم ، والصلاة والسلام على خاتم أنبيائه ، وأفضل رسله ، سيدنا محمد بن عبدالله ، الذي أنزل عليه ربه كتاباً جعله تبياناً لكل شيء ، من اتبعه فاز بالسعادة ، ونال خير الدنيا والآخرة ، ورضى الله عن آله وأصحابه ، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين .

أما بعد .. فإن الشريعة الإسلامية تميزت بالمرونة ، والصلاحية لكل زمان ومكان ، ففيها الحل لكل مشكلة ، والجواب عن كل مسألة ، مهما تعددت المسائل ، أو تعقدت المشاكل ، فالمسلمون ما تمسكوا بها في غنى عن اللجوء إلى تشريعات وضعية دخيلة .

وقد لمس هذا بعض المصلحين من علماء المسلمين ، فدعوا دعوة قوية إلى ضرورة قيام نهضة تشريعيّة ، تقوم على أسس قوية من الفقه الإسلامي ، بل لقد قام فعلاً بعض كبار المفكرين من علماء القوانين الوضعية في البلاد الإسلامية باقتباس طائفة من أحكام الفقه الإسلامي في تشريعاتهم ، ثم خطوا خطوة أخرى ، فجعلوا هذا الفقه مصدراً رسمياً من مصادر القانون ، فذكروا صراحة

أن على القاضي إذا لم يجد نصاً تشريعياً ، ولا عرفاً طبّق مبادىء الشريعة الإسلامية ، وتقرر ذلك في القانون المدني المصري الجديد ، في الفقرة الثانية من المادة الأولى ونصها : « إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة » .

كذلك أدرك علماء القانون الغربي – أخيراً – ما احتوى عليه الفقه الإسلامي من إيجابية ، وصلاحية لحل مشاكل الحياة على مختلف ضروبها ، وتنوع مطالبها فقرروا في مؤتمرات كثيرة : أن الشريعة الإسلامية مصدر من مصادر التشريع العام ، وأنها صالحة للتطور والنمو ، ومستقلة عن غيرها من الشرائع الوضعية .

فها هو المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي انعقد في لاهاي ، يقرر في دورته الأولى سنة ١٩٣١ ، وفي دورته الثانية سنة ١٩٣٧ م ، تلك الصلاحية للشريعة الاسلامية ، واعتبارها مصدراً من مصادر التشريع العام ، وكذا مؤتمر المحامين الدّولي الذي انعقد في لاهاي أيضاً سنة ١٩٤٨ م يقرر ذلك .

وكذلك المؤتمر الذي عقدته شعبة الحقوق الشرقية في كلية الحقوق من من جامعة باريس للبحث في الفقه الإسلامي في يوليو سنة ١٩٥١ قد قرر ما نصه .

« إن المؤتمرين : بناء على الفائدة المتحققة من المباحث التي عرضت أثناء « أسبوع الفقه الاسلامي » وما جرى حولها من المناقشات التي تخلص منها بوضوح :

أ – إن مبادىء الفقه الاسلامي لها قيمة «حقوقية تشريعية» لا يمارى فيها.

ب – وأن اختلاف المذاهب الفقهية في هذه المجموعة الحقوقية ، ينطوي على ثروة من المفاهيم والمعلومات ، ومن الأصول الحقوقية ، هي مناط الإعجاب ، وبهـا يتمكن الفقه الاسلامي أن يستجيب لجميع مطالب الحياة الحديثـة ، والتوفيق بين حاجاتها[1] .

من أجل هذا كله كانت الحاجة ماسة إلى دراسة الفقه الاسلامي ، دراسة وافية قائمة على أسس قوية ، والتعرف على الحيـــاة الفقهية ، لتكون المفتاح المهيىء لدراسة الأحكام الفقهية المنثورة في بطون المجلدات ، واستجلاء ما اشتمل عليه من نظم وأحكام ثم مقارنتها بغيرهـا من القوانين الوضعية الـتي تناولت كثيراً من الأحكام الموضوعية .

وإذا كان الطالب الذي يلتحق بكليـــة الحقوق ، لا يستطيع التعرف على الأحكام الفقهية ، والنظر فيها نظراً فاحصاً لعدم إلمامه بمدخل في الفقه ، يوطىء له معرفته وتطوراته ، وخصائصه ، ومميزاته التي امتاز بها على ضروب القوانين الأخرى ، كان لزاماً علينا أن نجلي له ذلك بطريقة سهلة مبسطة ، تعمل على إيضاح ما يعينه على فهم الأحكام ويوقفـه عليها . لذا كان من الضروري عرض الفقه الإسلامي ، ونظرياته الأساسية في منهاج يتسم بالتبسيط والتركيز والتنسيق ، كيما تكون قريبة المأخذ ، سهلة المورد ، وفاء للحاجـــة إلى الطريقة التعليمية الحكيمة في الدراسة الجامعية لهذا العلم الدقيق ، المتشعب المباحث ، الواسع الآفاق ، العظيم الشأن .

---

١ ـ قامت الجمعية الدولية للحقوق المقارنة بتلخيص وقائع أسبوع الفقه الاسلامي هذا ومـــا دار فيه من بحوث ومناقشات مع التعليق عليه بما يظهر أهميته الكبرى في عالم القانون ونشرت هذه الخلاصة في ثلاثين صفحة من مجلتها « المجلة الدولية للحقوق المقارنة » في العدد الرابـع من السنة الثالثة أيلول ـ تشرين الأول (مايو ـ اكتوبر) ١٩٥١ . كما نشر معهد الحقوق المقارنة بجامعة باريس نصوص المحاضرات التي ألقيت في هذا المؤتمر كاملة مع مناقشاتها في كتاب خاص أصدرته مكتبة مجموعة سيريه للبحوث القانونية ١٩٥٣ بإشراف المسيو ميو رئيس المؤتمر ، أنظر المدخل الفقهي العام للاستاذ مصطفى الزرقا طبعة س ١٩٦١ دمشق حـ١ ، ص ٩.

وإني منذ عهد إلي بتدريس الشريعة الإسلامية في كلية الحقوق بجامعة بيروت العربية ، عقدت عزمي ووجهت همتي إلى وضع أصول هذا الكتاب في محاضرات، ثم طلب مني كثير من الأصحاب والزملاء أن أقدم على طبع هذه المحاضرات ، وإظهارها في كتاب ، فاستعنت بالله تعالى وهو خير معين على إخراج هـــذه المحاضرات مطبوعة ، وقد احتوى هذا الكتاب على قسمين :

القسم الأول : في تاريـخ الفقه ، ويشتمل على مقدمـــة وثلاثة أبواب ، وخاتمة – فالمقدمة في التعريف بالفقه والشريعـة ،والفرق بينهما، وأقسام الفقه ، ونشأة الشرائع وضرورتها ، والحكمة في تعددها ، وفي نشأة الفقه الإسلامي ، وحالة العرب قبل الاسلام .

واشتمل الباب الأول على . أدوار تطور الفقه ، ومميزاته في كل منها ، وفيه خمسة فصول . واشتمل الباب الثاني على أهم المذاهب الفقهيه، وفيه مقدمـــة وثلاثة فصول وخاتمة . واشتمل الباب الثالث على مصادر الفقه الإسلامي وفيه سبعة فصول . واشتملت الخاتمة على أربعـة فصول – الأول : أسس التشريع الإسلامي – والثاني : خصائص الفقه الإسلامي والفرق بينه وبـين التشريعات الوضعية – والثالث : المبادىء الإنسانية في التشريع الإسلامي – الرابع : دفع دعوى تأثر الفقه الإسلامي بالقانون الروماني .

أما القسم الثاني فقد تناولت فيه أهم النظريات الأساسية في الفقه الإسلامي: وقد اشتمل على : مقدمة وأربعة أبواب وخاتمة .

فالمقدمة في معنى النظريات الأساسية ، والفرق بينها وبين القواعد

الباب الأول : نظرية الملكية في الفقه الإسلامي وفيه أربعة فصول .

الباب الثاني : نظرية العقود في الفقه الإسلامي ، وفيه مقدمة ،وأربعة فصول.

الباب الثالث: نظرية الأهلية والولاية ، وفيه ثلاثة فصول .

الباب الرابع: نظرية الفساد والبطلان . وفيه فصلان .

واشتملت الخاتمة على بعض القواعد الكلية في الفقه الاسلامي .

ومن ربي استمد العون ، وعلى الله قصد السبيل ، وما توفيقي إلا بالله وحده، وهو حسبي ونعم الوكيل .

بدران أبو العينين بدران

القسم الاول

تاريخ الفقه الاسلامي

المقدمة

أولا : التعريف بالفقه والشريعة :

استعملت كلمة « الفقه » في لغة العرب في معنيين :

أولهما : مطلق الفهم والفطنة ، يقال فلان يفقه الخير والشر ، أي يفهمه .

وثانيهما : فهم غرض المتكلم من كلامه .

وجاء في تعريفات الجرجاني : « الفقه في اللغة فهم غرض المتكلم من كلامه »[1]

وقال الراغب الأصفهاني : « الفقه معرفة باطن الشيء والوصول إلى أعماقه

وفي غريب القرآن للأصفهاني : « الفقه هو التوصل إلى علم غائب بعلم شاهد » .

والقرآن قد استعمل كلمة « الفقه » في الفهم الدقيق من ذلك قوله تعالى :

« وَاحلُلْ عقْدَةً مِنْ لِسَانِي يَفْقَهُوا قَوْلِي » (سورة طه / ٢٧)

وقوله سبحانه : « لَهُمْ قُلُوبٌ لا يَفْقَهُونَ بها » (سورة الأعراف / ١٣٩)

وقوله جل وعلا : « قَالُوا يَا شُعَيْبُ مَا نَفْقَهُ كثيراً مِمَّا تَقُولُ » (سورة هود / ١٩) .

ويقول ابن القيم : « والفقه أخص من الفهم ، لأن الفقه فهم مراد المتكلم من كلامه ، وهو قدر زائد على مجرد فهم اللفظ في اللغة ، ويتفاوت الناس في الفهم بتفاوت مراتبهم في الفقه والعلم »[2] .

---

(١) التعريفات للسيد الجرجاني ص ١١٢ .

(٢) أنظر اعلام الموقعين عن رب العالمين حـ ٢ ص ٢٦٤ .

وقد أطلق الفقه في صدر الإسلام على فهم الأحـــكام الشرعية سواء كانت اعتقادية ، أو عملية ، كما أطلق على الأحكام الشرعية ذاتها ، كما يشير إلى ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم . « رب حامل فقه إلى من هو أفقه منه » .

وقد ظل هذا الإطلاق حتى عصر أبي حنيفة ، فإنه عرّف الفقه بأنه «معرفة النفس ما لها وما عليها » وكان يسمّي علم الكلام الفقه الأكبر [1] .

ثم صار يطلق على « العلم بالأحكام الشرعية العملية المستنبطة من أدلتها التفصيلية » [2] . ويسمى من اتصف بهذا العلم فقيهاً .

كما قد يطلق الفقه على مجموعة الأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية ، سواء كانت شرعيتها بالنص أو الإجماع أو الاجتهاد .

وأخيراً أطلق الفقه على مجموعة الأحكام التي جاء بها الوحي ، والتي استنبطها الائمة المجتهدون ، وعلى الأحكام التي أصدرها المقلدون تخريجاً على قواعد الأئمة وأصولهم .

معنى الشريعة الاسلامية :

الشريعة في اللغة استعملت في معنيين : أحدهما : مشرعة المـــاء أي مورد الشاربة ، ويسمى ذلك لغة (الشرع) ، ومنه قول العرب . «شرعت الإبل » إذا وردت شريعة الماء لتشرب .

والثاني : الطريقة المستقيمة ، ومن هذا قول الله تعالى :

« ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَى شَرِيعَةٍ مِنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا » (الجاثية / ٨) .

---

(١) راجع موسوعة اصطلاحات العلوم الاسلامية المعروف بكشاف اصطلاحات الفنون للتهانوي جـ ٥ ص ١١٥٧ طبع بيروت ١٩٦٦ .

(٢) المراد بالأدلة التفصيلية ما ورد في الكتاب والسنة من الآيات والأحاديث الخاصة بتلك الأحكام العملية ، وما يلحق بهما من الإجماع والقياس . ومعنى التفصيلية الجزئية غير الإجمالية ، وهي الأدلة التي تخص المسائل بعينها كدلالة قوله تعالى : أقيموا الصلاة » على وجوبها ، وكدلالة قوله تعالى : « لا تأكلوا الربا » على تحريمه .

وتطلق الشريعة عند الفقهاء على الأحكام التي سنها الله لعباده على لسان رسول من الرسل ، فسميت هذه الأحكام بالشريعة لأنها مستقيمة ، لا انحراف فيها عن الطريق المستقيم ، أو لأنها شبيهة بمورد الماء ، الذي يحيي الأبدان ، كما أنها تحيي النفوس والعقول .

والشرع أيضاً يطلق على ما شرع الله لعباده من الأحكام التي جاء بها نبي من الأنبياء سواء كانت متعلقة بكيفية عمل ، أو متعلقة بكيفية اعتقاد .

ويسمى الشرع أيضاً بالدين والملة ، فإن تلك الأحكام من حيث إنها تطاع دين ، ومن حيث إنها تملى وتكتب ملة ، ومن حيث أنها مشروعة شرع . فالتفاوت بينها بحسب الاعتبار لا بالذات .

إلا أن الشريعة والملة تضافان إلى النبي عليه الصلاة والسلام ، وإلى الأمة فقط استعمالاً ، والدين يضاف إلى الله تعالى .

وقد يعبر عن الشرع بأنه وضع إلهي يسوق ذوي العقول باختيارهم المحمود إلى الخير بالذات ، وهو ما يصلحهم في معاشهم ومعادهم .

وقد يخص الشرع بالأحكام العملية الفرعية[1] .

والاسلامية : نسبة إلى الإسلام أي الخضوع والانقياد الظاهري لأمر الله ، كما بين ذلك النبي صلى الله عليه وسلم بقوله : « الإسلام أن تشهد أن لا إله إلا الله ، وأن محمداً رسول الله ، وتقيم الصلاة ، وتؤتي الزكاة ، وتصوم رمضان ، وتحج البيت » وعلى ذلك ، فالإسلام شرعاً هو الأعمال الظاهرة [2].

وقد يطلق الإسلام على الأعمال المشروعة ، ومنه قوله تعالى : « إنّ الدّينَ عِندَ اللهِ الإسْلامُ » (آل عمران/١٩) كما استعمل في عقيدة التوحيد التي جاءت

---

(١) كشاف اصطلاحات الفنون للتهانوى حـ ٣ ص ٧٥٩ .

(٢) الاسلام يغاير الإيمان وينفك عنه إذ قد يوجد التصديق مع انقياد الباطن بدون الأعمال الظاهرة فيكون الشخص مؤمناً لا مسلماً .

بها جميع الديانات السماوية ، ومنه قوله تعالى : « مَا كَانَ إِبْرَاهِيمُ يَهُودِيًّا وَلَا نَصْرَانِيًّا وَلَكِنْ كَانَ حَنِيفًا مُسْلِمًا » (آل عمران / ٦٧) .

واشتهر استعمال الإسلام بمعنى الدين الذي بعث به نبينا محمد صلى الله عليه وسلم ومنه قوله تعالى : « وَمَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ » (آل عمران / ٨٥) ، وقوله : « الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا » . (المائدة / ٣) .

وتنقسم الشريعة الإسلامية باعتبار كونها أحكاماً سنها رسول الله إلى ثلاثة أقسام :

١ – أحكام اعتقادية وهي المتعلقة بذات الله تعالى وصفاته ، وبالإيمان به وبرسله وباليوم الآخر ، وما فيه من حساب وثواب وعقاب ، وغير ذلك من الأمور التي هي موضوع علم الكلام .

٢ – أحكام تهذيبية أخلاقية : كأمهات الفضائل التي يتحلى بها الإنسان حتى يكون كاملاً ، مثل الصدق ، والوفاء بالعهد ، والصبر ، والأمانة ، وكأمهات الرذائل التي أمر الإسلام بالابتعاد عنها مثل الكذب ، والخيانة ، وخلف الوعد ، وغيرها مما يبحث عنه في علم الأخلاق .

٣ – أحكام عملية : وهي التي تتعلق بأفعال الناس مثل وجوب الصلاة ، والزكاة ، والحج ، والصوم ، وحرمة الزنا ، وحل البيع ، والهبة ، وهذه مما يبحث عنه في علم الفقه .

أما الدين: فهو في اللغة يطلق على العادة، والسيرة، والحساب، والقهر، والقضاء والحكم، والطاعة، والحال، والجزاء. ومنه « مَالِكِ يَوْمِ الدِّينْ » وكما تدين تدان، وهو من أسماء الأضداد فيقال دان بمعنى عصى، وأطاع، وبمعنى ذل وعَزّ — وهو في الشرع يطلق ويراد به الملة. وقد يختص بالإسلام كما في قوله تعالى: « إنّ الدينَ عِنْدَ اللهِ الإسْلاَمْ » — وقيل إن الدين وضع إلهي سائق لذوي العقول باختيارهم إياه إلى الصلاح في الحال، والفلاح في المآل. وهذا يشمل العقائد والأعمال.

ويضاف الدين إلى الله تعالى لصدوره عنه، ويضاف إلى النبي صلى الله عليه وسلم لظهوره منه — ويضاف إلى الأمة لتدينهم وانقيادهم [1].

كذلك يطلق الدين على العقائد الأصلية، والأسس والمبادىء التي اتفقت عليها الشرائع السماوية كلها، ومن ذلك قوله تعالى: « ألا لِلهِ الدِّينُ الخَالِصُ » (سورة الزمر / ٣).

ثانياً — أقسام الأحكام الفقهية:

الفقه الإسلامي نظام روحي ومدني، لأن الشرع جاء منظماً لأمور الدين والدنيا، فهو ينظم علاقة الإنسان بربه، وعلاقته بغيره من الأفراد، وعلاقته

---

(١) أما الديانة فهي التنزه، وما بين العبد وبين الله تعالى. في جامع الرموز في كتاب الطلاق » إن علق الزوج طلقة واحدة بولادة ذكر، وطلقتين بولادة أنثى فولدتهما، ولم يدر الأول طلقت الزوجة واحدة قضاء، وثنتين تنزها أى ديانة يعني فيما بينه وبين الله تعالى أما القضاء فيحكم حسب الظاهر. فالأمر الواحد قد يختلف حكمه في القضاء عنه في الديانة، فمن أبرأ مدينه ولم يخبره، ثم ادعى عليه بالدين، وكتم إبراءه وقضى له به، فإن له التنفيذ واستيفاء الدين قضاء لا ديانة، وبناء على ذلك اختلف في الأوضاع والترتيبات الشرعية مهمة القضاء عن مهمة الافتاء أى وظيفة القاضي عن وظيفة المفتي. فالقاضي يجرى على حساب الظاهر من غير نظر إلى الحقيقة والواقع، والمفتي يبحث عن الواقع وينظر إلى الاعتبارين، فإن اختلف اتجاهها أفتى بالاعتبار الديانى الواقعي.

بالمجتمع الذي يعيش فيه ، كما ينظم أمور الدولة في حال سلمها وحربها ، ويرسم علاقتهابغيرها من الدول، فهو نظام عام وشامل .

وقد كان لعدم تنوع القضاء عند تدوين الفقه أثر ملحوظ في عدم تقسيم الفقه وفصل كل طائفة من الأحكام عن الأخرى ، وتخصيصها باسم خاص كما هو الحال في القوانين الحديثة ، ذلك أن القاضي « الفقيه » كان يجلس للقضاء في كل حكم ، ويفصل في كل حادثة تأتي اليه مدنية كانت أو جنائية ، أو مالية ، أو دينية ، حيث كان القضاء موحداً .

وقد قسم أكثر الفقهاء الفقه إلى قسمين :

١ – عبادات : وهي الأحكام الشرعية المتعلقة بأمر الآخرة ، والتي يقصد بها التقرب إلى الله وحده ، كالصلاة والصيام والجهاد والنذر وغيرها .

٢ – معاملات : وهي الأحكام المتعلقة بأعمال الإنسان وتصرفاته التي يقصد بها تحقيق المصالح الدنيوية ، أو تنظيم علاقته مع فرد أو مجتمع . كالبيوع والرهن ، والشركة ، والهبة ، والوصية ، والإجارة ونحوها .

ويمكن أن نتبين الفرق بين القسمين من ناحيتين :

أحدهما : بحسب المقصود الأصلي ، والغرض الأساسي منها . فما كان القصد الأول منه التقرب إلى الله ، والحصول على الثواب في الآخرة ، وشكر الله على نعمه فهو من القسم الأول العبادات ، وما كان الغرض الأول منه المصلحة الدنيوية ، والنفع العاجل في هذه الحياة فهو من القسم الثاني المعاملات .

ثانيهما : أن الأصل في العبادات عدم معقولية المعنى ، وعدم إدراك العقل السر في شرعيتها ، كما أن أسلوب التشريع فيها جاء مجملاً ، ثم بينها الرسول صلى الله عليه وسلم أكمل بيان بأفعاله .

أما المعاملات فالأصل فيها أنها معقولة المعنى ، فيدرك العقل سر تشريعها

أ ــ فالقانون الدستوري : « وهو الذي يحدد نظام الحكم في الدولة ، وينظم سلطاتها العامة ، وعلاقات بعضها ببعض ، وعلاقتها بالأفراد ، ويقرر حقوق الفرد في الدولة» ــ قد بحثت أحكامه في كتب خاصة تسمى «السياسة الشرعية» أو « الأحكام « السلطانية» ومن أشهر هذه الكتب : السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية لابن تيمية المتوفي سنة ٧٢٠ هـ ــ والأحكام السلطانية والولايات المدنية لأبي الحسن البصري الشافعي الشهير بالماوردي المتوفي سنة ٤٥٠ هـ ــ والأحكام السلطانية للقاضي أبي ليلى الحنبلي المتوفي سنة ٤٥٨ هـ.

ب ــ والقانون الإداري : وهــو مجموعة القوانين التي تحكم نشاط السلطة التنفيذية وقيامها على أمر المرافق العامة ــ ويلحق به القانون المالي على اعتبــار أنه ينظم مالية الدولة ، ويبين إيراداتها ومصروفاتها ــ قد بُحِثَ في الفقــه الإسلامي، فكُتُبُ الأحكام السلطانية بحثت الأحكام الخاصة بالناحية الإدارية. وأفرد بعض العلماء للأحكام المتعلقة بالنواحي المالية كتباً خاصة بها ، من ذلك كتاب الأموال لأبي عبيد ، وكتاب الخراج لأبي يوسف ، وكتاب الخراج ليحيى ابن آدم .

حـ ــ والقانون الجنائي « وهو الذي يحدد الجرائم ويقدر عقوبتها ــ بحثه الفقهاء في أبواب خاصة في كتب الفقه جميعها ، خاصة في أبواب الجنايات ،وقطع الطريق ، والحدود والتعزيزات .

كذلك لم يهمل الفقه الاسلامي ما اشتمل عليه «القانون الخاص » من فروع، فقد وجدناه يتعرض للقانون المدني ، والتجاري، والمرافعات ، والدولي الخاص، وذلك على الوجه الآتي :

أ ــ القانون المدني « وهــو العمود الفقري للقانون الخاص » ــ يمثل جزءاً كبيراً من المعاملات في الفقه الإسلامي،من ذلك أبواب البيوع، والرهن والإجارة،

والهبة ، والوديعة ، والعارية ، والكفالة ، والحوالة ، والغصب والإتلاف ، وما شابه ذلك كما يمثل جزءاً آخر من الفقه الإسلامي ما يسمى بالاصطلاح الحديث « الأحوال الشخصية » وهذا الجزء خارج عن دائرة التقنين المصري ، وتحكمه الشريعة الإسلامية ، والشرائع السماوية الأخرى ، وهي مسائل الزواج والطلاق ، والمواريث ، والوصايا .

ب — القانون التجاري « وهو مجموعة القواعد التي تحكم المعاملات المالية » وقد تعرض له الفقه الإسلامي في أبواب الشركات ، والمضاربات[1] ، والسَّلَم ، والتفليس .

حـ — قانون المرافعات « وهو الموضح لما يجب اتباعه من أعمال وإجراءات لتطبيق أحكام القانون المدني والتجاري » قد بحثه الفقهاء في أبواب الدعوى ، والقضاء ، والشهادة .

د — القانون الدولي الخاص : « وهو « مجموعة القواعد التي تبين المحكمة المختصة ، والقانون والواجب التطبيق في القضايا التي فيها عنصر أجنبي ، أو تنازع الاختصاص فيها قضاء بلد أو أكثر ، وأحكام هذا القانون تناولها الفقهاء عند الكلام على أحكام أهل الذمة والمستأمنين والحربيين ، وعند كلامهم في اختلاف الدين ، واختلاف الدارين .

ثالثاً — نشأة الشرائع وضرورتها :

من المعلوم أن الإنسان في هذه الحياة الدنيا يعجز عن القيام بجميع مطالبه . فهو دائماً في حاجة إلى غيره ليكمل حاجاته الضرورية ، ويحصل على أسباب

---

١ — المضاربة لغة السير في الأرض — وشرعا عقد شركة في الربح بمال من جانب وعمل من جانب آخر ، وصورتها ان يقول رب المال دفعته اليك مضاربة أو معاملة على أن يكون لك من الربح جزء معين كالنصف أو الثلث ويقول المضارب قبلت .

عيشه ، ولذا يقال الإنسان مدني بطبعه ، أي محتاج إلى غيره . فحياته قائمة على تعاونه مع غيره ، يقوم فيها بما يستطيع عمله ، وما يقدر على مباشرته ، الا أن النفوس الإنسانية مفطورة على حب الذات والأثرة ، وعلى حب الرياسة والهيمنة على الغير ، فكان الإنسان في أشد الحاجة إلى نظم راسية تنظم علاقاته ، وتوفق بين مصالحه ، حتى لا تسود الفوضى بين الناس ، وتضطرب حياتهم ، وتتقطع بينهم الروابط؛ وتسوء أحوالهم إذ يتغلب القوي على الضعيف، وتسفك الدماء، وتنهب الأموال ، وتهتك الأعراض ، فلا يأمن أحد من الناس على نفس أو مال أو عرض ، ولما كان الناس ومنهم من هو ذو رأي فاسد لا يقصد الا للطريقة الفاسدة، ومنهم من هو ذو رأي راشد لكنه لا يدرك إلا حصة قليلة من الاهتداء، فيحفظ شيئاً ، ويغيب عنه أشياء ، أو يظن في نفسه أنه الكامل الذي لا يحتاج إلى مكمل ، كانوا في حاجة إلى ما يأخذ بيدهم إلى طريق الخير والصواب ، ويضع لهم الحدود الفاصلة عند منازعاتهم ، وذلك بتشريع يوقف كل واحد عند حده ، وينتصف من الظالم للمظلوم .

الحاجة الى تشريع سماوي :

لما كان الإنسان يجهل الكثير من أسرار الكون ، ولا يعلم شيئاً عن المستور، مهما كان على درجة كبيرة من سعة الإدراك ، وحدة الفهم ، عاجز عن الإحاطة بما تحتاج إليه البشرية في حاضرها ومستقبلها ، كان من الضروري أن يكون لديه تشريعاً سماوياً ، صادراً من الخالق للبشر ، العالم بأحوالهم وحاجاتهم ، وتلك كانت سنة الله في عباده منذ خلقهم ، ومنذ عمر بهم هذا الكون ، أن يشرع لهم الشرائع، ويرسل إليهم رسله، لتحدد علاقات الناس بعضهم مع بعض ، وعلاقاتهم مع ربهم، كيما تتربى فيهم قوة العقيدة التي لها الأثر الفعال على الإنسان في سره وجهره ، والتي تقيم وازعاً من الإنسان على نفسه .

وانما اختلفت شرائع الأنبياء عليهم السلام لأسباب ومصالح لأن المراعي في شرعها حال المكلفين وعاداتهم ، ومـا تحتمله مداركهم ، ويناسب عقولهم ، قـال تعالى :

« لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجاً .

لكن الشرائع السماوية وإن اختلفت في الزمان ، وكثرت في عددهـــا فهي متحدة من جهة المصدر التي صدرت عنه وهـو الله تعالى ، كما اتحدت في الدعوة إلى إفراد الله بالعبادة، وتنزيهه عن كل نقص ، قال تعالى :

« وَمَا أَرْسَلْنَا مِن قَبْلِكَ مِنْ رَسُولٍ إِلاَّ نُوحِي إِلَيهِ أَنَّهُ لاَ إِلَهَ إِلاَّ أَنَا فَاعْبُدُونِ » (الأنبياء — ٢٥) .

نشأة الشريعة الاسلامية :

حيث كانت الشرائع السابقة على الشريعة الإسلامية ، قد أوفت بحاجة الأقوام التي كانت لهم ، ونظمت حياتهم المحدودة ، إلا أن تشريعاتها لم تشتمل على الحلول التي تفي بحاجة الناس في كل عصر وزمان ، فكانت الحاجة ماسة إلى تشريع شامل ، ونظام اجتماعي كامل ، يرسي الأسس الدينية والأخلاقية عـلى مبادىء سامية ، ويضع الأمور في نصابها ، ويجمع بين الدين والدنيا ، ويقدس كرامة الإنسان، ويحقق حرياته ، في حين أن يقيد كل ذلك بمصلحة الأمة ، ومصلحة المجتمع ، فبهذا كله جاءت الشريعة الإسلامية ، شريعة جامعة ، كاملة البناء ، محكمة الرواء. مسايرة لجميع الأزمنة والأمكنة ، متناسقة متجددة ، فكانت بكل ما في معنى القول ، غاية ما تصبو إليه البشرية ، وخاتمة المطاف للشرائع السماوية ، وكانت صفحة جديدة في تاريخ الشرائع ، فقد غيرت وجه التاريخ ، ونظمت المجتمع الإسلامي ، ورفعت رايته عالية خفاقة ، وقد نشأت الشريعة الإسلامية في أول أمرها في شبه

الجزيرة العربية، على يد صاحبها الأول رسول الله محمد بن عبد الله ، الذي بشهادة ثقات المؤرخين ينتسب إلى أشرف القبائل العربية قبل الإسلام وبعده ، فحين بلغ الأربعين من عمره ، وذلك في سنة ٦١٠ ميلادية ، أنزل الوحي عليه ، وبـــدأ رسالة الاسلام ، ثم نمت وترعرعت ، واستقام عودها ، وظهر أمرها، وانتشرت في ربوع العالم .

ولا يمكن لنا ونحن بصدد تاريخ هذه الشريعة الغراء ، أن نهمل البيئة التي نشأت فيها ، والتربة التي وضعت فيها بذورها ، فإن للبيئة ودراستها أهمية لا تنكر ، وتأثيراً كبيراً وقيمة عظيمة ، فكان من الضروري كشف النقاب عـن حياة العرب في العصر الجاهلي .

رابعاً : حياة العرب[1] قبل الاسلام :

يطلق المؤرخون العرب على الزمان الذي سبق الإسلام كلمة « العصر الجاهلي» وذلك لما فيه من جهل بالقياس إلى عصر الاسلام وما تلاه من علم ويقظة وحضارة، وخصها بعضهم بحقبة من الزمان تقارب القرنين قبيل ظهور الإسلام . ولكننا

---

١ – العرب أمة كانت تسكن شبه جزيرة العرب ، لكنهم كانوا عرباً رحلاً ، وكانت الأمة العربية قبائل شتى ، أرجعها النسابون العرب إلى شعبين كبيرين هما قحطان وعدنان . ثم قسموا قحطان الى فرعين ، هما كهلان وحمير ، وقسموا عدنان الى فرعين هما : ربيعة ومضر ، وقسموا كلا من هذه الفروع الى قبائل وبطون وأفخاذ وفصائل ، ومن أهم قبائل مضر قبيلة قريش التي كانت تسكن الحجاز .. وقد اختلف المؤرخون في اصل كلمة عرب وفي معناها ، فقد أطلقت أولا على سكان البادية ثم شملت أهل الأمصار ، واختصت كلمة الاعراب بسكان البادية ، ولكن بعد الفتوحات الاسلامية وامتزاج العرب بغيرهم من الامم ، وانتشار اللغة والثقافة العربية ، استعملت كلمة العرب لذي النسب العربي ، واخيراً : بعد ظهور فكرة القوميات الحديثة ، أطلقت كلمة العرب على الامة العربية بمعناها الواسع ، فصارت تضم جميع الناطقين باللغة العربية الذين يشتركون في تاريخ واحد ، وتراث واحد وأماني مشتركة راجع العروبة اولا لساطع الحصري ص ١١-١٣ وتاريخ العرب قبل الإسلام لجواد علي .

سنقصر بحثنا على الزمن القريب من الإسلام . والذي يهمنا هـــو درس عادات العرب في هذا الزمن من حيث النظام السياسي والاجتماعي والتشريعي، وهذا له أهميته لأنه يوضح العادات العربية التي أقرها التشريع الإسلامي ، والتي أبطلها، أو عدلها وهذبها .

إن العرب في الجاهلية لم يكن لهم تشريع وضعي صادر عن الدولة ، لأنه لم تكن لهم دولة بالمعنى الصحيح ، لذا كان تشريعهم في الأصل قائماً على العرف والعادة ، ومستمداً من فطرتهم ومن أخلاقهم وتقاليدهم ومعتقداتهم وطرق معيشتهم .

ولم يعرف عن عرب الجاهلية أنهم دونوا عاداتهم في قانون مكتوب ، على غرار ما فعلت بعض الأمم القديمة ، كالرومان الذي دونوا قانونهم في الألواح الاثني عشر ، لذلك كان درس تشريعهم عسيراً ، إنما استند كثير من المؤرخين العرب والمستشرقين في ذلك إلى أشعار العرب وآدابهم ، وتواريخهم وأمثالهم وقصصهم ، وهي وإن كانت ليست موضع ثقة غالباً لأنها من نوع الحوادث الفردية التي لا يصح الاعتماد عليها ، إلا أنها اذا تكررت وشاعت أو تأيدت بالقرائن المقنعة أوجدت بعض الثقة خاصة إذا ما قورنت بما كتبه رجال الفقه الإسلامي في الأصول أو الفروع ، أو تعرض لذكرها بعض المفسرين للقرآن الكريم أو شراح الحديث النبوي الشريف .

فأما من الناحية السياسية والاجتماعية للعرب ، فقد كانوا يعيشون في البادية، وبعض قليل كان يسكن بعض المراكز المتحضرة كاليمن ويثرب (المدينة) ومكة.

ولذا اتصفوا بخشونة البداوة ، ومـا يستتبعها من غزو أو نهب وغدر ، كما كانوا قريبين من الفطرة الأولى، ومن الخير[1]، فاتصفوا بالكرم والشجاعة حتى

---

١ – مقدمة ابن خلدون ص ١٠٦ ص ١٠٧ .

أصبح ذلك مضرب الأمثال ، ومثار الإعجاب في الماضي والحاضر ، كما اتصفوا بالغرور والأنفة ، وعدم قبول التسلط والاستبداد ، وكان من نتائج البداوة أن عرب الجاهلية بعدوا عن العلوم والصناعات ،ولكنهم اشتهروا بالشعروالأمثال ، والخطب والأساطير ، التي كانت جميعاً مرآة اتسمت فيها خلالهم من حماسة وتفاخر بالأنساب ، وكرم وشجاعة وأنفة .

ولم يخضع العرب في الجاهلية لسلطان مركزي ، أو لدولة بالمعنى الحديث ، بل كانوا قبائل متفرقة ، لا يجمعها أي رباط حقوقي ثابت ، وكل قبيلة كانت تؤلف وحدة اجتماعية مستقلة في الأصل ، تربط أفرادها عصبية محدودة ، ولم يكن رئيس القبيلة يملك الحكم ولا القوة اللازمة لحماية الحقوق ، وتنفيذ الواجبات . إنما كان موضع ثقة القبيلة واحترامها ،فهويقودالقبيلة فيالحروب والغزوات ،ويقوم بالذود عنها ، ويدفع الديات عن أعضائها حتى قيل في الأمثال العربية « سيد القوم أشقاهم »[1].

وكانت رياسة القبيلة وراثية ، ويكون من الأفراد المشهورين بالشجاعة والكرم والحلم والثروة وكثرة الأنصار ، وغالباً ما يكون الرئيس كبيراً في السن ، عريقاً في نسب القبيلة [2] .

وكانت العصبيةالقبلية هي أساس مجتمعهم ، تبتني على صلة القربى والنسب ،

---

١ – مجمع الامثال للميداني حـ ١ ص ٣٢٦ ط القاهرة سنة ١٣٤٢ هـ .

٢ – كان رئيس القبيلة يتمتع ببعض الامتياز في توزيع الغنائم ، فهو يأخذ أولا النشيطة وهي ما يصيبه قبل أن تصل إلى مكان الغزو المقصود « ثم يأخذ الصفي » أي ما يصطفيه لنفسه من الغنيمة قبل قسمتها، ويأخذ ثالثاً « المرباع » أي ربع قيمة الغنيمة ، وأخيراً يحتفظ للرئيس بالفضول وهو كل ما لا يقبل التجزئة من الغنائم كالفرس الواحد والبعير (انظر بلوغ الأرب حـ ٢ ص ١٢٧).