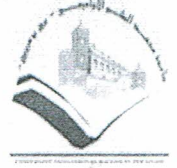




الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التّعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد البشير الإبراهيمي برج بوعريّج
كلية الحقوق والعلوم السياسية



مستخرج من محضر اجتماع المجلس العلمي للكلية
المنعقد بتاريخ 02 جوان 2026

بناء على محضر اجتماع المجلس العلمي للكلية المنعقد بتاريخ: 02 جوان 2026 في دورته الاستثنائية،
وفي محور جدول الأعمال النّقطة الرابعة (04): المصادقة على تقارير الخبرة الإيجابية لتقييم المطبوعة
البيداغوجية واعتمادها:

للدكتور: درارحة عبد الجليل

تحت عنوان: "محاضرات في مدخل للشريعة الإسلامية" للسنة الأولى ليسانس جذع مشترك 2024-
2025 والمحكمة من طرف الخبراء الذين تم تعيينهم في المجلس العلمي للكلية المنعقد بتاريخ 30 أفريل
2025 والآتية أسماؤهم:

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة
كوسة حلّمة	أستاذ محاضر قسم ب	جامعة برج بوعريّج
مسعودان فتيحة	أستاذ محاضر قسم ب	جامعة برج بوعريّج
مهناوي سارة	أستاذ محاضر قسم ب	جامعة برج بوعريّج
عضو احتياطي: صديقي سامية	أستاذ محاضر قسم أ	جامعة برج بوعريّج

سلمت هذه الشهادة بطلب من المعني لاستعمالها في حدود ما يسمح به القانون.

برج بوعريّج في: 02 جوان 2026

رئيس المجلس العلمي للكلية





الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد البشير الإبراهيمي - برج بوعريريج
كلية الحقوق والعلوم السياسية



UNIVERSITE MOHAMED EL BACHIR EL IBRAHIMI
BORDJ BOU ARRERIDJ

محاضرات في مدخل للشريعة الإسلامية

لطلبة السنة الأولى جذع مشترك ليسانس حقوق -

من إعداد الدكتور: عبد الجليل بن محفوظ درارجة

الرتبة: أستاذ محاضر أ

السنة الدراسية: 2025/2024

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد البشير الإبراهيمي-برج بوعريريج
كلية الحقوق والعلوم السياسية



محاضرات في مدخل للشريعة الإسلامية

لطلبة السنة الأولى جذع مشترك ليسانس حقوق-

من إعداد الدكتور: عبد الجليل بن محفوظ درارجة

الرتبة: أستاذ محاضر أ

السنة الدراسية: 2025/2024

قال تعالى

﴿ وَلَوْ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ ﴾
سورة المؤمنون، الآية: 71.

مقدمة.

إنَّ الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا نجاد له وليًّا مرشداً، ونشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له الحكم اللطيف العدل.

ونشهد أنَّ محمداً عبده ورسوله، بعثه الله رحمة للعالمين على حين فترة من الرِّسل، فهدى الله به من الضلالة، وبصر به من العمى، وبرحمة من الله حمل للناس كافة شريعة خالدة لا يأتيتها الباطل من بين يديها ولا من خلفها، أخرج بها الناس من الظلمات إلى النور، فصلى الله وسلم على سيد العالمين، وإمام المرسلين، وعلى آله وصحبه، ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين، أما بعد:

تُعَدُّ الشريعة الإسلامية مصدراً قيماً في بناء الشخصية القانونية والحضارية للأمة الإسلامية. فهي منظومة ربانية محكمة ومتكاملة تنظم علاقة الإنسان بربه وبنفسه وبغيره، وتستهدف تحقيق مقاصد العدل والرحمة والمصلحة.

وللشريعة الإسلامية كغيرها من النظم خصائص تمتاز بها من حيث نشأتها وتطورها، والأسس التي بنيت عليها، والقواعد التي جاءت بها.

لهذا كان لا بد من تمهيد لدراستها ينير الطريق أمام الدارس لها، ويجعله يسير في تحصيلها وتفهم مسائلها على بصيرة وهدى، تمهيد يعطيه فكرة إجمالية وعامة عنها، ويرسم له صورة واضحة المعالم يرجع إليها إذا ما اشتبه عليه الأمر أو اختلط.

وبذلك يكون المدخل إلى الشريعة الإسلامية مفتاح دراسة الشريعة من حيث التعريف بها وبمصطلحاتها، وبيان أقسامها وطبيعتها والكشف عن خصائصها وأسها ومقاصدها، وأنواع مصادرها، واستخلاص قواعدها وأنظمتها.

وكتابة المداحل أو المقدمات ليست أمراً طارئاً في التراث الإسلامي، فقد بين الماوردي أهمية كتابة المداحل بقوله: "وأعلم أن للعلوم أوائل تؤدي إلى أواخرها، ومداحل تفضي إلى حقائقها، فليبتدئ طالب العلم بأوائلها، لينتهي إلى أواخرها، وبمداحلها ليفضي إلى حقائقها، ولا يطلب الآخر قبل الأول، ولا الحقيقة قبل المدخل، فلا يدرك الآخر ولا يعرف الحقيقة لأن البناء على غير أسس لا يبنى، والتمر من غير غرس لا يجنى"¹

ومن هذا المنطلق، تأتي دراسة مادة مدخل إلى الشريعة الإسلامية كركيزة أساسية في تكوين الطالب الجامعي، وخاصة في كليات الحقوق والعلوم السياسية؛ إذ تمكنه من فهم ماهية الشريعة ومصادرها ومقاصدها السامية، فضلاً عن التمييز بينها

¹ أبو الحسن الماوردي، أدب الدنيا والدين، منشورات دار مكتبة الهلال، بيروت، 1985، ص55

وبين القوانين الوضعية. ومرونتها في مواجهة التطورات، مع بيان دورها التاريخي والمعاصر في تشكيل النظم القانونية و التأثير فيها.

وتستهدف هذه الدروس في مادة المدخل للشريعة الإسلامية التي تعد أحد المعارف الأساسية التي لا غنى عنها في كليات الحقوق لتنمية الملكة القانونية لطالب القانون، ونأخذ في الحسبان علاقة أحكام الشريعة الإسلامية بمصادر القانون في التشريع الجزائري عند إعداد دروس هذه المادة؛ سواء ما تعلق منها باعتبارها مصدرا أساسا للقانون كما هو الشأن لتقنين الأسرة الجزائري، أم باعتبارها مصدرا احتياطيا كما هو الشأن لبقية فروع القانون الأخرى كما هو مقرر في المادة 01 من التقنين المدني الجزائري.

ولا بأس من التأكيد على أن هذه المادة تكتسي أهمية خاصة، بالنظر إلى أن التشريع الجزائري يستلهم الكثير من أحكامه ومبادئه من الشريعة الإسلامية، خاصة في مجالات الأحوال الشخصية والمواريث وبعض المعاملات المدنية.

كما تستهدف هذه الدروس المقارنة بين التشريع الجزائري وبعض أحكام الفقه الإسلامي من خلال الوقوف على بعض التطبيقات العملية للقانون الجزائري الذي أخذ بفلسفة بعض مصادر التشريع الإسلامي، وإن لم ينص على ذلك صراحة كما هو الشأن مثلا في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته الذي يركز على فكرة سد الذرائع، أو الأخذ ببعض المستجدات المعاصرة في نطاق قانون الأسرة استنادا إلى فكرة المصالح المرسلة .

وقد ركزت في هذه الدروس على المحاور الآتية التي بدت لي أنها خادمة للهدف من هذه الدروس:

المحور الأول: مفهوم الشريعة الإسلامية و الفقه الإسلامي (المفهوم _ الخصائص الأهمية)

المحور الثاني: مصادر التشريع الإسلامي

أولا: مصادر التشريع الإسلامي المتفق عليها

ثانيا: مصادر التشريع الإسلامي المختلف فيها

المحور الثالث: القواعد الفقهية الكبرى

المحور الأول: مفهوم الشريعة الإسلامية و الفقه الإسلامي (المفهوم - الخصائص - الأهمية)

المحور الأول: مفهوم الشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلامي (المفهوم - الخصائص - الأهمية)

التعريف بالشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلامي.

نحاول في هذا المحور بيان ماهية الشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلامي لتجلية معنى الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية أو اعتبارها مصدرا للتقنين في القانون الجزائري.

أولاً: التعريف بالشريعة الإسلامية

1- تعريف الشريعة لغة:

تستعمل كلمة الشريعة في لغة العرب في معنيين:

- أ. أحدهما **الطريقة المستقيمة**، ومنه قوله تعالى: ﴿ ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون ﴾²
- ب. والآخر **مورد الماء الجاري** الذي يقصد للشرب ومنه قول العرب: شرعت الإبل: إذا وردت شريعة الماء.

2- تعريف الشريعة اصطلاحاً:

أما في اصطلاح الفقهاء فتطلق الشريعة على: " الأحكام التي سنها الله تعالى لعباده على لسان رسول من الرسل"³

وتقييد الشريعة بالإسلام مستنده قوله تعالى: ﴿ إن الدين عند الله الإسلام ﴾⁴ ومن يبتغي غير الإسلام ديناً فلن يقبل منه وهو في الآخرة من الخاسرين⁵

3- وجه المناسبة بين التعريف اللغوي والتعريف الاصطلاحى:

تبدو الصلة بين التعريفين واضحة جلية من وجهين:

- أ. تسمية الأحكام التي سنها الله بالشريعة لأنها مستقيمة محكمة الوضع لا ينحرف نظامها ولا تلتوي عن مقصدها؛⁶ فهي الطريق المستقيم الذي يضمن صلاح الأفراد والجماعات في العاجل والآجل عند سلوكه. بخلاف الطريق المعوج الذي

²سورة الجاثية، الآية 18

³ حسين، محمد مقبول، محاضرات في تاريخ التشريع الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994، ص 7

⁴ سورة آل عمران، الآية 19

⁵سورة آل عمران، الآية 85

⁶ حسين، محمد مقبول، مرجع سابق ص 8

لا يوصل إلى مثل هذا الهدف مصداقا لقوله: ﴿فمن اتبع هداي فلا يضل ولا يشقى ومن أعرض عن ذكرى فإن له معيشة ضنكا ونحشره يوم القيامة أعمى﴾⁷ وقديما قال الشاعر:

أمامك فانظر أي نهجيك تنهج طريقان شتى مستقيم وأعوج
ت. كما أن حاجة الإنسان إلى شريعة الله التي بها خلاصه في العاجل والآجل كحاجته إلى الماء الذي هو أساس الحياة، وهو الذي يمكن أن تستخلصه من قوله تعالى: ﴿وجعلنا من الماء كل شيء حي أفلا يؤمنون﴾⁸.

4- أقسام الشريعة الإسلامية:

تشمل الشريعة الإسلامية بهذا المعنى الأقسام الثلاثة الآتية:

ث. **الأحكام الاعتقادية:** وهي المتعلقة بذات الله تعالى وصفاته، وبالإيمان به، وبرسله وملائكته وكتبه، واليوم الآخر، وهي أحكام اعتقادية تتعلق بما يجب على المكلف اعتقاده

ج. **الأحكام الخلقية:** التي تتعلق ببيان الفضائل، والتي يجب أن يتحلى بها الإنسان وهي جانب مهم من الشريعة الإسلامية دلّ عليه قوله -صلى الله عليه وسلم- "إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق"⁹ والتي تقتضي التحلي بالأخلاق الحميدة كالصدق والوفاء وتجنب الصفات الذميمة كالكذب والخيانة.

ح. **الأحكام العملية:** وهي التي تتعلق بأعمال العباد مثل وجوب الصلاة، وتحريم الربا.¹⁰

ثانيا: التعريف بالفقه الإسلامي

1- تعريف الفقه لغة:

يطلق الفقه في لغة العرب على الفهم، ومنه قول موسى عليه السلام في دعائه لربه عندما كلفه بالرسالة عند طور سيناء: ﴿واحلل عقدة من لساني يفقهو قولي﴾¹¹، أي يفهموه

وعندما دعا شعيب -عليه السلام- قومه إلى ما بعثه الله به، قال له قومه ﴿قالوا يا شعيب ما نفقه كثيرا مما تقول﴾، أي لا نفهمه.¹²

⁷ سورة طه، الآية 121-122

⁸ سورة الأنبياء، الآية 30

⁹ الحديث صحيح

¹⁰ مقبول محمد حسين، مرجع سابق، ص 8

¹¹ سورة طه، الآية 27-28

وتقول العرب أوتي فلان فقها في الدين أي فهما له، قال الله عز وجل: ﴿فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين ولينذروا قومهم إذا رجعوا إليهم لعلهم يحذرون﴾¹³ أي ليكونوا علماء به.

ومنه دعاء النبي -صلى الله عليه وسلم- لابن عباس، رضي الله عنه- فقال: ﴿اللهم فقها في الدين﴾¹⁴ أي فهمه تأويله ومعناه، وقد استجاب الله دعاءه فكان من أعلم الناس في زمانه بكتاب الله تعالى، وسنة رسوله -صلى الله عليه وسلم- حتى لقب بحبر الأمة.¹⁵

وواضح من التعريف أن العرب تفسر الفقه بالعلم كما تفسره بالفهم فرجل فقيه، عالم، وكل عالم بشيء فهو فقيه به.¹⁶

2- تعريف الفقه اصطلاحاً:

تطور المفهوم الاصطلاحي للفقه ونورد أهم الاصطلاحات التي أطلقت على الفقه على النحو الآتي:

أ- اصطلاح الفقه عند أهل الصدر الأول:

كانت العرب تطلق صفة الفقيه على كل من علم علماً لا فرق بين علم وآخر وبعد بعثة الرسول محمد -صلى الله عليه وسلم- غلب اسم الفقه على علم الدين لسيادته وشرفه وفضله على سائر أنواع العلوم.

وفي الحديث الشريف دليل على هذا المعنى: ﴿نضر الله امرء سمع مني حديثاً فحفظه حتى يبلغه، فربّ حامل فقه إلى من هو أفقه منه، ورب حامل فقه ليس بفقيه﴾.¹⁷ والتأمل في هذا الحديث خاصة عبارتي «ليس بفقيه» و«أفقه منه» يدل على أن من:

- من الفقه هو العلم والفهم لكلامه -صلى الله عليه وسلم-
- كما يدلنا على أن هناك فرقاً بين من يحفظ الحديث، وبين من يفهمه فالفقيه هو صاحب البصيرة في دينه، الذي خلص إلى معاني النصوص، واستطاع أن يخلص إلى الأحكام والعبر والفوائد التي تضمنتها النصوص.¹⁸

ب- اصطلاح الفقه عند المتأخرين:

¹² سورة هود، الآية 91

¹³ سورة التوبة، الآية 132

¹⁴ رواه البخاري ومسلم

¹⁵ لسان العرب، ابن منظور مادة: فقه

¹⁶ عمر سليمان الأشقر، تاريخ الفقه الإسلامي، قصر الكتاب، البليدة ص 5.

¹⁷ رواه البخاري ومسلم

¹⁸ عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص 10

يقول عمر سليمان الأشقر: "الفقه في اصطلاح المتأخرين معناه علم القانون الإسلامي، فقد خصه المتأخرون بعد الصدر الأول بالعلم بالأحكام الشرعية العملية".¹⁹

ويبدو أن هذا القول على درجة بالغة من الوصف خاصة إذا اقتصر الأمر على تلك المسائل العملية المتعلقة بجانب المعاملات التي تنظم العلاقات بين الأفراد، واستثنينا جانب الأحكام العملية المتعلقة بالعبادات كالصلاة والصيام.

والملاحظ أن معنى الفقه قد تطور من كونه مصطلحا شاملا للأحكام الدينية جميعها من عقائد وعبادات ومعاملات ليقتصر على: "العلم بالأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية".²⁰

وهو التعريف الذي ذكره الأمدي في كتاب الأحكام في أصول الأحكام وعزاه إلى الإمام الشافعي.²¹

شرح تعريف المتأخرين للفقه الإسلامي.

● **الأحكام:** كل ما يصدر عن الشارع الحكيم للناس من أوامر، ونظم عملية تنظم حياتهم الاجتماعية، وتحدد نتائج أعمالهم وتصرفاتهم، مثل أن المودع أمين فيما تحت يديه من وديعة فلا يضمن هلاكها إلا إذا تعدى على الأمانة أو قصر في حفظها.

● **الشرعية:** الاستفادة من أمر الشارع صراحة أو دلالة كتوريث الأم السدس حال كون الهالك له ولد. واعتبار أقصر مدة للحمل المقررة شرعا هي ستة أشهر.

● **العملية:** هو قيد لإخراج المسائل الاعتقادية من باب الفقه.

● **الأدلة التفصيلية:** المراد بها مصادر التشريع الإسلامي الأساسية وهي الكتاب والسنة وما يلحق بهما كالإجماع والقياس.²²

ثالثا: الفرق بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي.

يرى البعض أن الشريعة الإسلامية أعم من الفقه الإسلامي، وأنه جزء منها، ومع ذلك فلا مانع من استعمال لفظ الشريعة فيما يراد بكلمة الفقه، كما هو متعارف الآن، وهو استعمال مجازي سائغ.²³

¹⁹ المرجع نفسه، ص 11

²⁰ محمد حسن مقبول، مرجع سابق ص 9

²¹ عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق ص 12

²² مقبول، محمد حسن، مرجع سابق ص 9

²³ نفسه.

ويبدو لي أن هذا القول بجانب للصواب وأن ما درج الناس عليه في كليات الحقوق²⁴ من اعتبار الشريعة الإسلامية والفقہ الإسلامي لفظان مترادفتان غير دقيق لأن بينهما فرق لا يجب أن يهمل وذلك للأسباب الآتية:

1- مرّ معنا أن الشريعة هي الدين المنزل من عند الله، والفقہ هو الفهم لتلك الشريعة، فإذا أصبنا الحق في فهمنا للشريعة كان الفقہ موافقا لها من هذه الحيثية، وإذا أخطأ فقہنا الحق المنزل لم يكن هذا الفهم من الشريعة الإسلامية، لكنه لا يخرج عن دائرة الفقہ.

2- النسبة بين الفقہ والشريعة العموم والخصوص من وجه، فيجتمع الفقہ والتشريع في الأحكام التي أصاب المجتهد فيها حكم الله، ويفترق الفقہ عن الشريعة في الأحكام التي أخطأ فيها المجتهد.

3- وتختلف الشريعة عن الفقہ أيضا في الأحكام المتعلقة بالناحية الاعتقادية والأخلاقية وبمقاصص الأمم السابقة.²⁵

4- الشريعة كاملة بخلاف الفقہ، فالشريعة تتناول القواعد والأصول العامة التي تستمد منها الأحكام التي لم ينص على حكمها في جميع أمور حياتنا، أما الفقہ فهو آراء المجتهدين من علماء الأمة.

5- الشريعة عامة بخلاف الفقہ: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾²⁶، وهذا العموم ملموس من واقع الشريعة ومقاصدها ونصوصها التي تخاطب البشر كافة.

6- الشريعة الإسلامية ملزمة للبشرية كافة، فكل إنسان إذا توافرت فيه شروط التكليف ملزم بكل ما جاءت به عقيدة وعبادة وخلقا وسلوكا بخلاف الفقہ الناتج من آراء المجتهدين، فرأي مجتهد لا يلزم مجتهد آخر، بل لا يلزم حتى مقلده متى ما وجد مقلده رأي مجتهد آخر يتبعه.

7- الفقہ ظرفي كونه يعالج مشكلات في زمان أو مكان قد لا يصلح لزمان أو مكان آخرين بخلاف الشريعة الشاملة زمانا ومكانا.

²⁴ مثلا نوقشت رسالة للدكتورة في جامعة القاهرة لعامر: عبد العزيز، التعزير في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط:4.. فرغم أن نظام التعزير في الفقہ الإسلامي يعتبر من بين أهم صور المرونة والسعة في الفقہ الإسلامي الذي يدخل تنظيمه في دائرة الاجتهاد تبعا لتحقيق المصلحة حيث لم تحفل نصوص القرآن الكريم ولا السنة النبوية التفصيل به مثلما هو الشأن بالنسبة للقصاص والحدود. وهي رسالة نوقشت منذ ما يزيد عن 6 عقود من الزمن، بينما اختارت بعض الدراسات الحديثة مصطلح الفقہ الإسلامي بدل الشريعة الإسلامية ينظر تبرير لتفضيل مصطلح الفقہ الإسلامي في رسالة للدكتوراه للبراوي: نبيل عبد الصبور، سقوط الحق في العقاب بين الفقہ الإسلامي والتشريع الوضعي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996

²⁵ الأشقر، عمر سليمان، مرجع سابق ص ص 14_15.

²⁶ سورة الأنبياء، الآية 107.

8- أحكام الشريعة معصومة صواب لا خطأ فيها، بينما الفهم من لدن الفقيه قد يكون جانباً للصواب أحياناً، فعصمة المصدر لا تعني بالضرورة عصمة الفهم والتنزيل وكثير من الأحكام الفقهية ظهر لأصحابها والقائلين بها قصورها فرجعوا عنها لغيرها.

9- ثبات أحكام الشريعة الإسلامية وخلودها.²⁷

ويبدو لي أن استبعاد المسائل الأخلاقية من دائرة الفقه فيه نظر مما قد يخرج الفقه الإسلامي عن صلته بالقاعدة الخلقية ويحوّله إلى قانون خال من البعد الديني رغم كونه يبحث في الآثار الدنيوية خاصة فيما تعلق بجانب أحكام المعاملات. فيكفي ما ينفث في روع المقبلين على رابطة الزواج من سمو هذه العلاقة إلى درجة الميثاق الغليظ الذي أخذه الله على الأنبياء لنجاح هذه المؤسسة ومسارة كل طرف للقيام بواجباته قبل المطالبة بحقوقه وهو ما يعرف عند بعض مفكرين المسلمين بالإحياء الروحي لقواعد القانون التي يعد هذا موطن قصورها.²⁸

رابعاً: أقسام الفقه الإسلامي.

يمكننا أن نميز بين نوعين من تقسيمات الفقه الإسلامي هما التقسيم التقليدي الذي درج عليه الفقهاء في القديم، والتقسيم الحديث الذي يعتبر من مظاهر التجديد في الفقه الإسلامي.

1- التقسيم التقليدي للفقه الإسلامي

اختلفت تقسيمات القدامى للفقه الإسلامي فمنهم من قسمها إلى قسمين كبيرين هما العبادات والمعاملات، وزاد فريق عليها العقوبات، وينسب هذا التقسيم لابن عابدين من الحنفية، بينما ذهب أصحاب الشافعي لتقسيم الفقه إلى أربعة أقسام فقالوا: "الأحكام الشرعية أما تتعلق بأمر الآخرة وهي العبادات، أو بأمر الدنيا، وهي إما أن تتعلق ببقاء الشخص وهي المعاملات، أو ببقاء النوع باعتبار المنزل، وهي المناكحات، أو باعتبار المدينة وهي العقوبات"²⁹

العبادات: الأحكام المتعلقة بعبادة الله تعالى من صلاة، وصوم، حج وغيرها.

²⁷ عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص16.

²⁸ ينظر درارجة عبد الجليل بن محفوظ، ترشيد الدراسات الشرعية القانونية المقارنة ودوره في إثراء الفقه الإسلامي، مجلة الباحث للدراسات القانونية، مجلة البيان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد البشير الإبراهيمي، برج بوعرييج، العدد التجريبي، فيفري، 2016.

²⁹ عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص17

المعاملات: الأحكام المتعلقة بأفعال الناس وتعاملهم فيما بعضهم سواء كانت مالية كالبيع أو أسرية كالزواج وما تعلق بالأحوال الشخصية.

العقوبات: وتظم الأحكام المتعلقة بعقاب المجرمين وضبط النظام الداخلي بين الناس وتسمى العقوبات.³⁰

الفرق بين العبادات والمعاملات:

عموم الفقهاء القدامى قسموا الأحكام الشرعية إلى عبادات ومعاملات بناء على الفروق الجوهرية الآتي بيانها:

اختلاف المقصود الأصلي لكل من العبادات والمعاملات:

إذا كان الغرض الأول من الأحكام الشرعية التقرب إلى الله تعالى وشكره، وابتغاء الثواب في الآخرة فإنهم يجعلون هذا النوع في قسم العبادات كالصلاة والصوم والحج، (التعبد) وإذا كان المقصود منه تحقيق مصلحة دنيوية أو تنظيم علاقة بين فردين، أو جماعتين فإنهم يضعون هذا النوع في قسم المعاملات. ولا بأس من الإشارة إلى أن الفقهاء قرروا قاعدة مفادها أن النية تصير العادة عبادة، فالزواج الذي يطلب منه النسل والتحسين عبادة، وإن كان تصنيفه في نطاق المعاملات.

العبادات غير معقولة المعنى بخلاف المعاملات:

فالعبادات لا يعلم حقيقتها إلا الله فهي مقصورة على التعبد فيعجز العقل عن إدراك الكثير من أسرارها بخلاف ما ورد به النص. أما المعاملات فالأصل فيها أنها معقولة المعنى، يدرك العقل كثيرا من أسرارها. ولتقريب المعنى نحاول البحث عن علل وأسرار الصلاة الجهرية والسرية وتوقيتها وعدد ركعاتها في نطاق العبادات. وبالمقابل نبحث عن أسرار الزواج والطلاق والميراث والبيع والرهن والقرض في دائرة المعاملات.

اشتراط نية التقرب لصحة العبادات بخلاف المعاملات:

يشترط لصحة العبادة علم المكلف بها بأنها مفروضة من الله تعالى عليه فضلا عن نية التقرب بها إليه، بخلاف المعاملات التي لا يشترط في صحة فعلها نية التقرب

³⁰ محمد حسين مقبول، مرجع سابق، ص 10.

لكن لا أجر له فيها إلا بنية التقرب إلى الله تعالى كرد الدين، والإنفاق على الزوجة والأولاد.³¹

2- التقسيم الحديث للفقهاء الإسلامي:

القانون العام والقانون الخاص هما في الشريعة الإسلامية قسمان لنظام شرعي واحد دون أن يكون لأحدهما الصدارة على الآخر من حيث القوة القانونية الملزمة، فكلاهما يتساوى مع الآخر لأن طبيعة قواعدهما واحدة، ولاشتراكهما في المصدر والغاية. كونهما يرميان لتنظيم العلاقات مهما كان نوعها وبغض النظر على أطرافها على أساس المبادئ والأصول الكلية للإسلام؛ المتمثلة في العدالة والمساواة والأخلاق.

غير ذلك لا يعني أن الشريعة الإسلامية لم تتضمن قواعد تدخل في فروع القانون العام منه أو الخاص؛ بحيث تناولت قواعد القانون العام والقانون الخاص بجميع فروعهما، لكن ليس على منهاج التبويب الحديث الذي وصل إليه الفكر القانوني الحديث، وإنما عرضت لهما باعتبارها شريعة مستقلة لها ذاتية وطابع فريد.

وإذا كان راح القانون الوضعي قد ساروا على تقسيم القانون إلى : قانون عام وقانون خاص وقانون مختلط، فإننا سنجري هذا المنهج على القانون الإسلامي للمعاملات (الفقه الإسلامي باب المعاملات) محاولين تلمس تطبيقات هذا التقسيم فيه³²

ويعتبر هذا التقسيم من مظاهر التجديد في الفقه الإسلامي كونه تناول جميع فروع القانون الوضعي غير أنه لم يظفر من عناية الفقهاء بنصيب مفروض في تقسيمه وتبويه كون القضاء كان موحدًا، والإجراءات كانت كذلك فالقاضي ينبري للفصل في جميع فروع القانون دون أن يكون هناك اختصاص نوعي فلا فرق بين ما تعلق بالأموال، وما يتعلق بالدماء، والأعراض وغيرها. ومهما يكن فإن موضوعات الفقه الإسلامي اشتملت كل فروع القانون الوضعي عامه وخاصه.³³

قبل أن نبين أن القانون الإسلامي مشتمل على كل أقسام القانون الوضعي يجب التذكير بأن القانون ينقسم إلى قسمين عام وخاص:

فروع القانون العام:

³¹ يرجع تفصيلاً أوفي: عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص 19،
³² سمير عالية، وهيثم سمير عالية، القانون الوضعي المقارن بفقهاء الشريعة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، 2010، ص 156.
³³ عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص 31، حسين، محمد مقبول، مرجع سابق، ص 10.

القانون العام في القانون الوضعي هو الذي ينظم العلاقات والمعاملات القانونية التي تكون الدولة طرفاً فيها باعتبارها صاحبة السلطان والسيادة سواء في علاقاتها مع الدول الأخرى أم مع الأفراد.

وينقسم بدوره إلى قانون عام خارجي والخارجي ويسمى القانون الدولي العام، وقانون عام داخلي وفروعه: هي القانون الدستوري، والإداري، والمالي، والجنائي. وقد ذكر الفقهاء هذه الفروع في أبواب بعنوان السياسة الشرعية، والأحكام السلطانية، والسير والمعازي، والجهاد والجنايات والحدود والديات ونحوها.³⁴

ويقابل قسم القانون العام الوضعي في فقه المعاملات الإسلامي قسم " **الأحكام السلطانية** " والتي سميت كذلك نسبة إلى السلطان أو السلطة أو لتعلقها بسلطة الدولة الإسلامية ويرادها كيف تساس الدولة دولياً ودستوريا وإدارياً ومالياً وجزائياً؟

ولعل أول من أطلق مصطلح "الأحكام السلطانية" وألف فيها هو الإمام أبو الحسن علي بن محمد الماوردي (ت 450هـ)، وهو فقيه شافعي وقاضٍ وأديب من علماء القرن الخامس الهجري، ثم جاء بعده أبو يعلى الفراء الحنبلي وسار على نهجه: كتاب "الأحكام السلطانية" للإمام الماوردي، وهي من بواكير المؤلفات في الفقه السياسي الإسلامي وأهمها، إذ حاولت وضع تصورًا متكاملًا لنظام الحكم والإدارة في الدولة الإسلامية، وفق أصول الشريعة ومقاصدها. ومن أهم المباحث التي ترد في كتب الأحكام السلطانية: الخلافة والإمامة والوزارة والجيش والعلاقات مع العدو وولاية القضاء والمظالم، والجزية والخراج والدواوين، وأحكام الحسبة والجرائم وهذا كله يدخل بتعبير القانون الوضعي في نطاق القانون العام بفروعه المشار إليها سلفاً.³⁵

فروع القانون الخاص:

وفروعه القانون المدني، والقانون التجاري، والقانون البحري، وقانون العمل، وقانون المرافعات والإجراءات، والقانون الدولي الخاص.³⁶

خامساً: مباحث فروع القانون في الفقه الإسلامي.

1- مباحث القانون العام وفروعه.

³⁴ سميير عالية، وهيثم سميير عالية، مرجع سابق ص157.

³⁵ المرجع نفسه ص158.

³⁶ يراجع في تقسيمات القانون ومعايير التقسيم مراجع المدخل للعلوم القانونية منها جعفرور : محمد سعيد، مدخل إلى العلوم القانونية -الوجيز في نظرية القانون، دار هومة- ط:13.ص؟

مباحث القانون الدولي العام:

لقد اهتم الفقه الإسلامي اهتماما بالغا بمباحث القانون الدولي العام، وقد كان لمؤلفات الإمام محمد بن حسن الشيباني صاحب أبي حنيفة (وفاته 189 هـ) أهمية خاصة في هذا المجال، ومنها كتاب السير الكبير، الأمر الذي حمل الكثير من المعاصرين على اعتباره الأب الروحي للقانون الدولي العام. واعتبر هذا الكتاب من أهم كتب الفقه السياسي والعلاقات الدولية في الفقه الإسلامي، وأقدمها؛ وهو سابق زمنياً لكتابي الأحكام السلطانية المشار إليهما سلفاً.

وتعنى كلمة السَّيْر في اصطلاح فقهاء الحنفية: الأحكام الشرعية المتعلقة بعلاقة الدولة الإسلامية بغيرها من الدول والأمم، في حالتها السلم والحرب. أي أنها تقابل اليوم ما نطلق عليه "قانون الحرب والسلام" أو "العلاقات الدولية".

ويطلق الفقهاء على هذا الفرع من القانون اسم السير والمغازي؛ والسير: جمع سيرة ومعناها لغة الطريق، أما في الاصطلاح الشرعي فقد استعملت لبيان مسلك الدولة في المغازي (الحروب) والمغازي كونه يبيّن سيرة المسلمين في التعامل مع غيرهم، وسمي بالمغازي لأن قواعده تستقى من غزوات النبي -صلى الله عليه وسلم-. وكذلك تعرض الفقهاء المسلمون لبحث موضوعات القانون الدولي العام أحياناً في باب الجهاد أو المغازي، أو الغنائم، أو أهل الذمة، أو اختلاف الدارين أو الجزية، أو الخراج.

ومما يؤكد على تبوأ الفقه الإسلامي لمركز الريادة في تنظيم العلاقات الدولية أن الحركة الفقهية في هذا النطاق أول ما ظهرت لدى الفقهاء المسلمين.³⁷

ويعتبر كثير من الباحثين المعاصرين، المسلمين منهم والمستشرقين الإمام محمد بن الحسن الشيباني المتوفي (89 هجرية حوالي 805 ميلادي) الأب الروحي للقانون الدولي؛ كونه أحد أوائل من وضعوا نظاماً فقهياً منظماً للعلاقات الدولية في الإسلام.. ذلك لأنه وضع الأسس النظرية والأخلاقية والقانونية للعلاقات بين الدول قبل أن تظهر مؤلفات أوروبا في هذا المجال بعدة قرون. والتي لم تعرف بالمقابل أسس القانون الدولي إلا في القرن 17 على يد الهولندي هوغو غروتوس (Hugo Grotius) (1583-1645م)، في كتابه "قانون الحرب والسلام"³⁸

³⁷ سمير عالية، وهيتم سمير عالية، مرجع سابق ص160.

³⁸ سمير عالية، وهيتم سمير عالية، مرجع سابق ص161. وعثمان ضميرية، أصول العلاقات الدولية في فقه الإمام محمد بن الحسن الشيباني - دراسة فقهية مقارنة - دار المعالي، عمان، الأردن، 1999، ج2، ص1083.

ويرى البعض إمكانية نقل هذا العالم الملقب في الغرب بأبي القانون الدولي نتيجة احتكاكه المباشر بالمسلمين ؛ كونه كان منفيًا بالأستانة بتركيا العام 1640 منفيًا؛ فقد تقوم فرضية احتكاكه بالتراث الإسلامي واطلاعه على نظم العالم الإسلامي وأعرافه الدولية، وأن يكون إحدى حلقات الوصل بين الغرب والشرق في التأثير العلمي في هذا الميدان، فضلا على أنه ثبت أن غروتيوس تأثر بمن كتب قبله من الإسبان كفرانسيسكو سواريز ممن تأثروا بدورهم بما كتبه المسلمون خصوصا الامام الشيباني في كتابيه السير الكبير والصغير.³⁹

والجدير بالذكر أن قواعد القانون الدولي العام في الشريعة الإسلامية ترجع في أصلها إلى القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة وغيرها من آثار الصحابة كفعل سيدنا عمر -رضي الله تعالى عنه ومن أهم قواعد هذا القانون التي وردت في القرآن الكريم:⁴⁰

- **الوحدة الإنسانية:** ﴿يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى.....﴾⁴¹،
- **التعاون:** ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ، ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾⁴²،
- **التسامح:** ﴿...ادفع بالتي هي أحسن فإذا الذي بينك وبينه عداوة كأنه ولي حميم.....﴾⁴³،
- **العدل:** ﴿ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى﴾⁴⁴
- **المعاملة بالمثل.** ﴿وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ولنن صبرتم لهُو خير للصابرين﴾⁴⁵

مباحث القانون الدستوري:

وهي الأحكام التي تتعلق بنظام الحكم وتحدد العلاقة بين المواطنين والحاكم وتقرر حقوق الفرد وواجباته تجاه الجماعة، ومن أهم القواعد التي يرتكز عليها القانون الدستوري في الفقه الإسلامي تلك التي أرست نظام الحكم في الإسلام على مبادئ

³⁹ سمير عالية، وهيثم سمير عالية، مرجع سابق ص163
⁴⁰ تفصيلا أوفي يرجع عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص23_ 27 والمراجع التي أحال عليها خاصة كتاب القانون الروماني والشريعة الإسلامية، ص101
⁴¹ الحجرات، الآية13
⁴² ، المائدة، الآية2
⁴³ فصلت الآية24.
⁴⁴ النساء، الآية135، المائدة، الآية 8
⁴⁵ النحل، الآية126

الشورى، (وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ)⁴⁶. ومنها التي بينت طاعة الحاكم وحدودها: (يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ)⁴⁷.

ولا بأس من الإشارة إلى أن هجرة النبي -صلى الله عليه وسلم- من مكة إلى المدينة جسدت جانبا عمليا لأهم الأسس والمبادئ التي تقوم عليها الدساتير المقارنة الحديثة من خلال تأسيس الدولة في المدينة على بيعة الرضوان الثانية والوثيقة التي أصدرها النبي -صلى الله عليه وسلم- عقب الهجرة مباشرة متزامنة مع بناء المسجد والمؤاخاة بين المهاجرين والأنصار، والتي تضمنت من ناحية موضوعية جل المحاور التي تنص عليها الدساتير الحديثة.⁴⁸

ولقد كان عصر النبوة وما تبعه في عصر الخلافة الراشدة لبنة بارزة لتأسيس نظام الحكم على هدي من مصادر التشريع الإسلامي ومقاصده السامية لما اتسم بها من اتساع لنطاق الشورى ورحابة الرأي فيها تجسدت عمليا في مؤتمر سقيفة بني ساعدة عقب وفاة الرسول -صلى الله عليه وسلم-⁴⁹.

غير أنه بعد عهد الخلافة الراشدة وتحول الحكم إلى نظام ملكي إبان خلافة بني أمية ثم بني العباس من بعدهم انكمش الاهتمام بالفقه الدستوري نتيجة الاستبداد السياسي ولعل ما حدث للإمامين أحمد بن حنبل، والإمام مالك هذا الأخير الذي أفتى بعدم وقوع طلاق المكره فحمله البعض كذلك على بيعة الإكراه وكانت سببا للتضييق عليه من السلطة الحاكمة.

في هذا السياق ينقل عبد الرزاق السنهوري في كتابه مصادر الحق في الفقه الإسلامي عن السرخسي الفقيه الحنفي قصة تجلى واقع الاستبداد السياسي في عهد ما بعد الخلافة الراشدة والذي يبدو كونه السبب الرئيس في انكماش الفقه السياسي. يقول السرخسي الفقيه الحنفي في "المبسوط" (40/24) إن محمدا رحمه الله عني بوضع كتاب في الإكراه خاصة وقد ابتلي: "بسبب تصنيف هذا الكتاب، على ما حكى عن ابن سماعة رحمه الله قال: لما صنف محمد رحمه الله هذا الكتاب، سعى به بعض حساده إلى الخليفة، فقال إنه صنف كتابا سماك فيه لصا غالبا. فاغتاظ لذلك، وأمر بإحضاره، وأتاه الشخص وأنا معه، فأدخله على الوزير أولا في حجرته، فجعل الوزير يعاتبه على ذلك،

46 الشورى، الآية:38.

47 - النساء، الآية:59.

48 نحيل على كتاب قيم في هذا السياق توفيق الواعي، الدولة الإسلامية بين التراث والمعاصرة. القاهرة: دار الدعوة، 1995.

49 نحيل على كتاب قيم في هذا السياق لعبد الحميد أبو سليمان الخلافات السياسة بين الصحابة. دار قرطبة، 2004.

فأنكره محمد أصلاً. فلما علمت السبب، أسرعت الرجوع إلى داره، وتسورت حائط بعض الجيران، لأنهم كانوا سمّروا على بابه. فدخلت داره وفتشت بعض الكتب، حتى وجدت كتاب الإكراه، فألقيته في جب في الدار، لأن الشرط أحاطوا بالدار قبل خروجي منها، فلم يمكنني أن أخرج، واختفيت في موضع حتى دخلوا وحملوا جميع كتبه إلى دار الخليفة بأمر الوزير وفتشوها، فلم يجدوا شيئاً مما ذكره الساعي لهم. فندم الخليفة على ما صنع به، واعتذر إليه، وردّه بجميل. فلما كان بعد أيام أرتد محمد رحمه الله أن يعيد تصنيف الكتاب، فلم يجبه خاطره إلى مراده، فجعل يتأسف على ما فاته من هذا الكتاب. ثم أمر بعض وكلائه أن يأتي بعامل ينقي البئر، لأن ماءها قد تغير. فلما نزل العامل إلى البئر، وجد الكتاب في آجرة أو حجر بناء من طي البئر لم يبتل، فسر محمد رحمه الله بذلك، وكان يخفي الكتاب زماناً، ثم أظهره، فعد هذا من مناقب محمد، وما يستدل به على صحة تفريغه لمسائل هذا الكتاب".

سقنا هذه القصة لنبين كيف أن القانون العام، في مسائل الحكم والإدارة، لم يرق في الفقه الإسلامي رقي القانون الخاص. فقد كان الفقهاء يخشون بأس الولاة والسلطين لو أنهم عرضوا لمثل هذه المسائل الشائكة، حتى قيل: إن الماوردي لم يذع كتابه في الأحكام السلطانية طيلة حياته، وأوصى ألا يذاع إلا بعد موته. ويكفي أن التصنيف في مسألة الإكراه مع بعدها عن مسائل الحكم - كانت سبباً في هذا البلاء الذي أصاب محمداً رحمه الله. وكان الإكراه أيضاً عندما حدث مالك بحديث: «ليس على مستكره طلاق» سبباً في محنة مالك رحمه الله.⁵⁰

أما عن أهم المؤلفات في نطاق القانون الدستوري في الفقه الإسلامي فوردت تحت مسمى الأحكام السلطانية ككتابي الماوردي، وأبي يعلى، والسياسة الشرعية لابن تيمية، وغيرها.

كما أن موضوعات القانون الدستوري لم تستقل بمصنفات خاصة بل أتت على شكل مباحث متناثرة في مواضع مختلفة وتحت عناوين متعددة في كتب العقيدة والتفسير والحديث والفقه والسير والتاريخ والأدب، ولا ريب أن الناظر في الكتب التي حاولت جمع هذه المباحث وضمها بطريقة مستقلة لا يجد النظريات السياسية مبنية مرتبة ومفصلة.

50 عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي . بيروت: دار إحياء التراث العربي. 1997، ج؟، ص؟

كما أن هذه الكتب التي أفردت للبحث في مسائل القانون الدستوري تضم مباحث لا تمت بصلة إلى ما يعرف اليوم بالقانون الدستوري. فهذه الكتب تشمل النظام الإداري والمالي والقضائي بجانب النظام السياسي وتحدث عن التشريعات الجنائية والمدنية بجانب التشريعات الدستورية والسياسية.⁵¹

كما لقي علماء الكلام عناية كبرى بمسألة الإمامة الكبرى المرادفة لرئاسة الدولة؛ وبينوا أنها لم تكن نظاما للحكم مطلقا وشموليا بل كانت تقوم على أساس الشورى ومسؤولية الإمام أمام الأمة التي اختارته رئيسا لها.⁵²

القانون الإداري:

اختلفت موضوعات القانون الإداري هي الأخرى بمباحث الأحكام السلطانية والسياسة الشرعية، غير إن التراث الإسلامي له فضل السبق في تأسيس القضاء الإداري للنظر في المنازعة الإدارية والحد من تعسف الإدارة تحت ما سمي بديوان المظالم الذي يتسع نطاقه فضلا عن المنازعة الإدارية إلى بعض الصلاحيات التي تنهض بعض الأجهزة المستقلة حديثا بها كمجلس المحاسبة وهيئات مكافحة الفساد.⁵³

ويسري القانون الإداري في الفقه الإسلامي على الموظف العام الذي اصطلح التراث الإسلامي على تسميته **بالعامل**: الذي يطلق على من تولى عملا دائما أو مؤقتا من أعمال الدولة المسلمة، أو كلف بأداء مهمة من مهامها المتنوعة ومثاله: الإمارة، والقضاء، وقيادة الجيش، وجباية الزكاة، والخراج.⁵⁴

ويمكن لتعريف العامل في التراث الإسلامي تعريف أن يلتقي مع مفهوم **الموظف العمومي** الذي جاء في الفقرة ب من المادة 2 من القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، وهو تعريف مستمد من المادة 2 فقرة أ من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المؤرخة في 31 أكتوبر 2003، أو يتسع

⁵¹ يرجع لمقال على الانترنت في موقع المشكاة حول: تطور الفقه السياسي الإسلامي، [بسطامي محمد خير](#) أستاذ الدراسات الإسلامية بجامعة بيرمنجهام

⁵² سمير عالية، وهيثم سمير عالية، مرجع سابق ص164

⁵³ عبد المنعم حمدي، ديوان المظالم مقارنا بالنظم القضائية الحديثة، دار الشروق، ط1، 1983، ص 57

⁵⁴ حماد، علي محمد حسن، "إقرارات الذمة المالية للعمال ومقاسمتهم وأوليات عمر بن الخطاب"، المجلة العربية للدراسات الأمنية، جامعة نايف العربية للدراسات الأمنية م19، ع37، ص172-173

ليشمل تعريف الموظف العمومي في الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 15 يوليو 2006 المتعلق بالوظيفة العمومية.⁵⁵

أ. القانون المالي:

كان النظام المالي في الحضارة الإسلامية محكما منضبطا ساعد على ازدهار الإسلام وترسيخ مبادئه وحقق توازن المجتمع الإسلامي، وكفل قدسية المال العام وحرمته ونشر الرخاء في ربوعه.

ويرجع الفضل للإمام أبي سوف صاحب أبي حنيفة النعمان في التأليف في أسس النظام المالي في التشريع الإسلامي في كتاب " الخراج " الذي بين فيه موارد الدولة على ما جاءت به الشريعة، وحدد وجوه (النفقات)المصروفات العامة ؛ والتي جعلها في أرزاق القضاة والولاة والعمال ورواتب الجند.

وقد وضعت كتب أخرى في الخراج ليحي بن آدم القرشي، والاستخراج لأحكام الخراج لابن رجب الحنبلي وفصل الماوردي في كتابه الأحكام السلطانية في ولاية الصدقات وقسم الفيء، والغنيمة، ووضع الجزية والخراج وعطاء الجندي بالكفاية، وما يختص بيت المال من دخل وخرج.⁵⁶

وتندرج أهم مواضيع القانون المالي في التشريع الإسلامي في أبواب الزكاة، والعشر، والخراج ، والفيء والركاز وغيرها. وتعتبر الزكاة من بين أسس النظام المالي في الدولة المسلمة ووظيفة خالصة لها لا ينبغي ألا ينافسها في جبايتها وتوزيعها أفراد المجتمع أو جمعياته دل على ذلك قوله تعالى: (خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها).⁵⁷

ويتميز القانون المالي في التشريع الإسلامي بالخصائص الآتية:

- الجانب الأخلاقي (المعنوي) للقانون المالي في التشريع الإسلامي،
- خلوه القانون المالي في التشريع الإسلامي من المعاملات الربوية،
- تعدد موارد الدولة الإسلامية في القانون المالي في التشريع الإسلامي،
- انضباطية المالية الإسلامية للقانون المالي في التشريع الإسلامي،
- مرونة النظام المالي الإسلامي في القانون المالي في التشريع الإسلامي،
- الاتجاه الاجتماعي للنظام المالي في القانون المالي في التشريع الإسلامي،
- تقنين النظام المالي في القانون المالي في التشريع الإسلامي،

⁵⁵ بوسقيعة، أحسن الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الثاني، دار هومة، ط10 ص 10 وما بعدها

⁵⁶ سمير عالية، وهيثم سمير عالية، مرجع سابق ص170

⁵⁷ سورة التوبة، الآية 103

- النظام المالي في التشريع الإسلامي رباني المصدر واجتهادي التطبيق.⁵⁸ فهذا الأمر موجه للنبي باعتباره رسول الأمة ورئيسها وهو الذي جرى عليه العمل في دولة المدينة وما بعدها وتطورت بعض من تطبيقاته في بعض الدول المسلمة في يوم الناس هذا.⁵⁹ ويعتبر كتاب الخراج لأبي يوسف صاحب أبي حنيفة من أهم ما ألف في القانون المالي حيث توجه لبحث في بيت المال الخزينة العمومية ببيان مواردها، والأموال التي توضع فيها، ووجوه الإنفاق.⁶⁰

القانون الجنائي:

رغم أن الفقه الإسلامي لم يخصص للقانون الجنائي بفرعيه الموضوعي والإجرائي بابا مستقلا به فإنه عرض له للجانب الموضوعي منه في أبواب الفقه الإسلامي تحت عناوين مختلفة كالجنايات، والحدود، والديات، والقصاص، وكل المباحث المتعلقة بالجرائم والعقوبات أما الجانب الإجرائي منه فتعرض له ضمن إجراءات الدعوى العمومية، وطرق الإثبات فيها والطعن في إطار خطة متكاملة للحفاظ على المجتمع من استئراء الإجرام فيه الذي ينقض كيانه.⁶¹ ولا بأس من الإشارة إلى أن التصنيف الثلاثي للعقوبات أساس نظرية العقاب في الفقه الإسلامي؛ فبالاستناد إلى التقسيم الأصولي لأفعال المكلفين التي تتعلق بها الأحكام الشرعية، منها ما هو حق خالص لله، ومنها ما هو حق خالص للمكلف، ومنها ما اجتمع فيه الحقان، وأحدهما غالب فيها قسمت الجرائم إلى حدود، وقصاص، وتعازير. وبهذا عرف الفقه الجنائي في التشريع الإسلامي تصنيفاً ثلاثياً عز له نظير في الفقه الجنائي الوضعي، تأسست عليه السياسة الجنائية في الشريعة الإسلامية، وفلسفة العقاب فيها.⁶²

58 سمير عالية، وهيثم سمير عالية، مرجع سابق ص171-173

59 باجو، مصطفى الزكاة والنظام المالي في الإسلام، محاضرات غير مطبوعة لطلبة السنة أولى ماجستير، شريعة وقانون، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، 2000-2001.

60 الأشقر، عمر سليمان، مرجع سابق، ص30.

61 حسين، محمد مقبول، مرجع سابق، ص35.

62 أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة-تحقيق: عبد الله دراز - دار الكتب العلمية، بيروت، ج4 ص242-243، وأبو العباس شهاب الدين بن عبد الرحمان الصنهاجي القرافي، الفروق، عالم الكتاب بيروت، ج1 ص140-141.

وتبعاً لطبيعة الحقّ المعتدى عليه، ومراعاة للمصالح التي يريد الشرع الحكيم ، وتعزير حمايتها من خلال تقرير الجزاء المناسب لمخالفة شق الإلزام في القواعد الجنائية المقررة. قسمت الجرائم إلى حدود، وقصاص.⁶³

كما أن مبدأ شرعية التجريم والعقاب ومبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ليس غريباً عن الفقه الإسلامي، فقد حفلت به النصوص الصريحة من القرآن الكريم في غير مناسبة، منها قوله تعالى: ﴿لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ﴾،⁶⁴ وقوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا﴾،⁶⁵ وقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولًا يَتْلُوا عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا﴾.⁶⁶ فهذه نصوص قاطعة بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بعد بيان التكاليف الشرعية، وأن المولى-عز وجل- لا يأخذ الناس بعقاب دنيوي أو أخروي إلا بعد أن يبين لهم وينذرهم على لسان رسوله.⁶⁷

2- مباحث القانون الخاص بفروعه:

القانون المدني:

لم يفرد الفقهاء المسلمون للقانون المدني عنواناً مستقلاً ؛ وهو شأنهم في غيره غير أنهم تطرقوا إلى موضوعاته في أبواب وفقرات متنوعة كأحكام البيوع والإجارة والهبة والإعارة والوديعة والكفالة والضمان وغيرها ويطلق الفقه الإسلامي على الالتزام التي يكون **مصدره القانون** كما هو الشأن لديون النفقة التي يوجبها القانون على بعض الأقارب **بالفرض أو الواجب الشرعي**. أما الإثراء بلا سبب (الكسب غير المشروع) هو كل كسب أو إثراء حققه الشخص بلا سبب شرعي ؛ ويعني أن يستفيد شخص من مال أو جهد غيره دون سبب قانوني أو شرعي يبرر ذلك، مما يؤدي إلى إفقار هذا الغير. في هذه الحالة، يُنشأ القانون التزاماً على من أثرى بلا سبب بأن يرد ما استفاد به إلى من افتقر. طبقاً لما هو منصوص عليه في التقنين المدني الجزائري " كل من نال على حساب الغير منفعة بلا سبب، يلتزم في حدود ما استفاد به بتعويض من لحقه الضرر "⁶⁸.

⁶³ تم التفصيل في المسألة : في مذكرتنا للماجستير: عبد الجليل بن محفوظ درارجة ، العفو عن العقوبة بين الشريعة والقانون -دراسة مقارنة- مذكرة ماجستير، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة،

2003، صص 21-46

⁶⁴ سورة النساء، الآية: 165

⁶⁵ سورة الإسراء، الآية: 15.

⁶⁶ سورة القصص، الآية: 59.

⁶⁷ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، بيروت ط:6، 1985، ج1ص218.

⁶⁸ المادة 141 من القانون المدني

ومثاله شخص دفع مبلغًا لآخر ظنًا منه أن عليه دينًا له، ثم تبين أن الدين غير موجود أصلًا. فإن المدفوع له قد أثرى بلا سبب، والدافع قد افتقر، ولا يوجد سبب قانوني يببر هذا النقل للمال، وبناء عليه يجب على الأول رد المبلغ تطبيقًا للمادة 141 من القانون المدني. الجزائري.

ويجب هذا المصدر للالتزام في الفقه الإسلامي سنده في السنة النبوية" في قول النبي -صلى الله عليه وسلم- "(لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه)." قال النبي ﷺ: ﴿على اليد ما أخذت حتى تؤديه﴾⁶⁹

وقد جمع الفقهاء المسلمون الأعمال القانونية والفعل الضار تحت مسمى التصرفات الشرعية، فالتصرف الشرعي في اصطلاح الفقه الإسلامي هو كل فعل ينتج الالتزام، ونتج إثرا شرعيا. والتصرفات الشرعية نوعان -قولية: تشمل العقود جميعا، والتصرفات الأخرى الشبيهة كالوقف والنذر وعمل الفضولي والإبراء من الدين،

-فعلية: وهي التي تكون سببا للضمان أي للضمان أي التعويض كإتلاف مال الغير أو غصبه.⁷⁰

ويندرج القانون المدني ضمن قسم المعاملات في الفقه الإسلامي التي تنظم الحقوق المالية شخصية كانت أم عينية. ومن أهم القواعد التي يقوم عليه القانون المدني في التشريع الإسلامي في نظرية العقد قاعدة ﴿المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حراما﴾⁷¹ ﴿يا أيها الذين ءامنوا أوفوا بالعقود﴾⁷² والتي تلتقي مع قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.⁷³

القانون التجاري:⁷⁴

درج الفقهاء قديما على دراسة المسائل المتعلقة بالتجارة في نطاق أبواب الشركات، والمضاربة، والتفليس، واعتبروا العرف مصدرا أساسيا من مصادر

⁶⁹ رواه أحمد وأبو داود

⁷⁰ سمير عالية، وهيتم سمير عالية، مرجع سابق ص182

⁷¹ أصل القاعدة حديث شريف الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما، أو حرّم حلالا . وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : المسلمون على شروطهم رواه أبو داود.

⁷² سورة المائدة، الآية 01

⁷³ المادة 106 من القانون المدني الجزائري.

⁷⁴ درارجة عبد الجليل بن محفوظ، محاضرات في القانون التجاري، لطلبة السنة الثالثة شريعة وقانون قسم العلوم الإسلامية، جامعة أدرار، 2006-2010.

القانون التجاري كون تقنين الحياة التجارية كان على أساس الأعراف المتعلقة بالتجارة كما هو الشأن في القانون التجاري على عهد نابليون مطلع القرن 19.

ويكفي لبيان منزلة العرف في مصادر القانون التجاري في الفقه الإسلامي ذكر القاعدة الفقهية الخاصة " المعروف بين التجار كالمشروط بينهم"

ويجب التنويه بسبق الشريعة الإسلامية في دعم ما تقتضيه التجارة من السرعة والاطمان تقريرها لمرونة الإثبات في نطاق القانون التجارة في نص صريح في المصدر الأول في القرآن الكريم في آية المداينة في قوله تعالى: { إلا أن تكون تجارة حاضرة بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها، وأشهدوا إذا تبايعتم. }⁷⁵ كما يعود فضل السبق للمسلمين في ابتداع نظام السفتجة.

ولعل الإشكال الذي ظهر عند محاولة نقل نظم قانونية مشرقية المنشأ إلى اللاتينية، من خلال بعض المصطلحات العربية التي وجدت لنفسها مكانا في القاموس القانوني الغربي دليل على إسهامات المسلمين في تطور هذا الأخير. فيشهد مثلا لبروز دور العرب المسلمين في التجارة، وتطوير قواعدها وإثرائها ابتداء من القرنين السابع والثامن الميلادي بعض المصطلحات الأجنبية المتعلقة بالقانون التجاري ذات الأصل العربي كما الشأن: لكلمة Magasin المأخوذة من مخزن التي تعني بالعربية خزن البضائع، وكلمة Risque المأخوذة من رزق، وكلمة quirat المأخوذة من قيراط، وتعريف مصدر كلمة tarif وصك ل cheque وغيرها الكثير التي لا يتسع المجال لذكرها.⁷⁶

والناظر في كتب الفقه الإسلامي قديما يقف على سبق المسلمين للتأصيل لبعض مسائل القانون التجاري الحديث، كالكمبيالة، أو سند السحب التي تسمى السفتجة وحوالة الدين؛ فقد تبين أن السفتجة والحوالة اللتين لم تعرفا في أوروبا قبل القرن الثاني عشر الميلادي كانتا معروفتين في كتب الفقه الإسلامي خاصة كتب المذهب الحنفي؛ وقد نقلتا إلى أوروبا عن طريق إيطاليا إبان الحروب الصليبية، وعن طريق الأندلس إبان حكم المسلمين لها.

كما عرف الفقه الإسلامي نظام الشركة وكيفية تكوينها وشروطها الخاصة بها. وهي على أربعة أنواع: شركة أموال، وشركة أعمال، وشركة الوجوه، وشركة

⁷⁵ سورة البقرة، الآية: 282

⁷⁶ ينظر: محرز، أحمد القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط: 1981، 2، ص 26. وسمير عالية، وهيتم سميير عالية، مرجع سابق ص 182

المضاربة أو القراض؛ هذه الأخيرة تقابل شركة التوصية في القانون التجاري الحديث.

واعتنى الفقهاء بالتفليس والإفلاس وقواعده، وعمليات الصرف وبالإثبات بالدفاتر التجارية التي ذكرت في بعض مصادر الفقه الإسلامي القديمة كابن عابدين في حاشيته، وابن قدامة في المغني.

ومن المبادئ والأسس التي تقوم عليها التجارة في الشريعة الإسلامية: ما يأتي:

- الأخذ بحرية التجارة: مع التحذير من الغش والاحتكار والاستغلال
- تقرير حرية إثبات المسائل التجارية
- اعتماد الطابع الرضائي في التعامل
- تحريم الربا
- الحظ على الإقراض المجاني.

أ. القانون البحري.

يخضع القانون البحري في الفقه الإسلامي للقواعد العامة في الشرع الإسلامي، وأنه فيما عدا بعض الحالات الاستثنائية التي ترجع لظروف الملاحة البحرية، تنطبق القواعد التجارية الواردة بشأن عقد النقل البري.

وتصدى الفقهاء المسلمون لمعالجة المسائل المتعلقة بإيجار السفن وعقد النقل البحري في الباب المخصص للإجارة، والتصادم البحري في باب الضمان، وتحديد مسؤولية مالك السفينة في باب المضاربة أو المقارضة.

وموضوع قاعدة الرمي في البحر (أو الخسارة المشتركة) في القانون البحري من المواضيع المهمة في تاريخ القانون، وللمسلمين فيها دور مؤسس ومبكر جداً.

وتقضي هذه القاعدة إذا واجهت السفينة خطرًا يهددها بالغرق، واضطر الربان إلى رمي بعض البضائع في البحر لإنقاذ السفينة وبقية الشحنة، فإن الخسارة الناتجة تُوزع بين جميع أصحاب البضائع والسفينة بنسبة قيمة أموالهم. لذلك تقرر فقها إذا ألقى بعض المتاع في البحر تخفيفاً للسفينة من الغرق، فعلى أهل السفينة جميعاً أن يتحملوا قيمة ما ألقى بنسبة أموالهم.

ويعزو بعضهم هذه القاعدة للإمام مالك الذي نص عليها في "المدونة"؛ وتصدى لها بالشرح ابن رشد الجد في "البيان والتحصيل" بالقول على أنه إذا ألقى أهل

السفينة بعض المتاع في البحر خوفاً من الغرق، فعلى أهل السفينة جميعاً ضمان ما أُلقي بحسب قيمة أموالهم، لأن الهلاك خيف على الجميع⁷⁷."

ومن خلال تطبيقات القضاء البحري الإسلامي في موانئ الأندلس، وتونس، والإسكندرية، وعدن، انتقلت هذه القاعدة إلى القوانين الأوروبية عبر الاحتكاك التجاري في البحر الأبيض المتوسط، ثم تبلورت في القواعد التي تنظم اليوم نظام الخسارة المشتركة في القانون البحري الدولي.

ويظهر التأثير الحضاري للمسلمين في القانون البحري الغربي من خلال المصطلحات ذات الأصل العربي والتي تتضمنها القواميس الأجنبية المتخصصة في البحث عن أصل الكلمات مثل *amiral* وتعني أمير البحر، *felouque* وأصلها فلك وغيرها كالماعون والحبيل والرصيف⁷⁸.

أ. قانون العمل

يحتل العمل في الإسلام مكانة عظيمة، فهو عبادة وسلوك يعبر عن الإيمان الحقيقي بالله تعالى، وقد حثت النصوص الشرعية على السعي والاجتهاد في العمل والكسب الحلال. يقول الله تعالى: ﴿فَإِذَا فُضِّتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾⁷⁹. أما السنة النبوية فقد رفعت من شأن العمل والكسب الحلال، إذ قال رسول الله ﷺ: ﴿ما أكل أحد طعاماً قط خيراً من أن يأكل من عمل يده، وإن نبي الله داود كان يأكل من عمل يده﴾⁸⁰ كما حثت على الإخلاص في العمل وحضت على إتقانه؛ قال ﷺ: ﴿إن الله يحب إذا عمل أحدكم عملاً أن يتقنه﴾⁸¹.

ولم يكن العمل اليدوي في نظر الإسلام أمراً يُنقص من قدر الإنسان أو من مكانته العلمية، بل كان كثير من العلماء والفقهاء يجمعون بين طلب العلم والعمل، ويجعلون من الكسب الحلال وسيلة لصيانة النفس عن الحاجة إلى الناس. فقد عُرف عدد من العلماء العاملين الذين كانوا يمارسون المهن الشريفة، فلا زلنا نقرأ أسماء لعلماء جمعوا بين العلم والعمل اليدوي: الغزالي، والماوردي والجصاص، والخياط، والبزاز، والباقلاني، والقطان، والدقاق، والسراج، والخصاف والحطاب، والثعالبي يقوم التنظيم العمالي في الفقه الإسلامي على المبادئ الآتية:

- عناية الفقه الإسلامي بالعمل

77 محمد بن أحمد ابن رشد، البيان والتحصيل. بيروت: دار الغرب الإسلامي 1988. ج 17، ص 354

78 سمير عالية، وهيثم سمير عالية، مرجع سابق ص 188

79 الجمعة، الآية 10

80 رواه البخاري

81 رواه الطبراني

- وجوب تأمين العمل للعامل
- تقرير حرية العمل
- الحق في الأجر و ضماناته
- الحق في الإجازات⁸²

قانون الأسرة والأحوال الشخصية:

وهي المسائل المتعلقة بتكوين الأسرة وما يترتب عنها في آثار كنسب ونفقة وميراث في الفقه الإسلامي. ويشكل عموماً الفقه الإسلامي لحد الآن رافداً ومصدراً رئيساً لتقنين جلّ قوانين الأحوال الشخصية في العالم الإسلامي كما هو الشأن لقانون الأسرة الجزائري.

قانون المرافعات القضائية أو الإجراءات :

وهو المتعلق بالقواعد الإجرائية الرامية لتطبيق قواعد القانون المدني والقانون التجاري، المتعلق بالدعوى منذ رفعها إلى غاية البت فيها بحكم قضائي. وقد كان من أهم مباحثه هذا الفرع من القانون الدعوى، والشهادة، والإقرار، والبيّنة، والقضاء، وآداب القاضي.

وتجدر الإشارة إلى اهتمام الفقهاء قديماً بنظام القضاء الذي يعتبر حسب الرأي الراجح في الفقه الإسلامي إلى كونه مؤسسة إسلامية عربية خالصة لم تتأثر بشيء مما كان عند الأمم السابقة. ومرد ذلك لكون الشريعة الإسلامية هي التي وضعت أسسها بما جاء في القرآن الكريم والسنة النبوية.

وبخصوص التحري عن المبادئ التي يأخذ بها القضاء الوضعي، نجد الحال في القضاء في التشريع الإسلامي على النحو الآتي:

- استقلال السلطة القضائية في التشريع الإسلامي
- المساواة أمام القضاء في التشريع الإسلامي
- التفريق بين اختصاص المحاكم في القضاء في التشريع الإسلامي
- التقاضي على أكثر من درجة في التشريع الإسلامي
- تعدد القضاة والقاضي الفرد في التشريع الإسلامي
- استقرار المحاكم من حيث مكان القضاء وميعاده في التشريع الإسلامي
- واجب إصدار الحكم القضائي وتعليقه في التشريع الإسلامي
- وجود معاونين للقضاء في التشريع الإسلامي

⁸² سمير عالية، وهيثم سمير عالية، مرجع سابق ص ص 191-193

- علانية المحاكمة في القضاء في التشريع الإسلامي

- كفاءة القاضي ونزاهته في التشريع الإسلامي⁸³

ويكفي للتدليل على أن القاعدة التي تشكل أساسا لقوانين الإجراءات الحديثة البينة على المدعي واليمين على من أنكر أصلها حديث نبوي شريف. فمستند القاعدة حديث ابن عباس، فيما رواه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لو يُعطى الناس بدعواهم، لادعى رجال أموال قوم ودماءهم، ولكن البينة على المدعي، واليمين على من أنكر"⁸⁴. قال ابن دقيق العيد "هذا الحديث أصل من أصول الأحكام،

وأعظم مرجع عند التنازع والخصام، ويقتضي ألا يحكم لأحد بدعواه " ⁸⁵

ومن القواعد الكلية للقضاء في التشريع الإسلامي أن "الأصل براءة الذمة" والتي مفادها أن استنبات الوقائع بطرق البينات أمر لازم لإحقاق الحق، وتفادي الظلم. فلا بد للقاضي عند المحاكمة بين المتخاصمين، وسماع المدعي وأدلته، والمدعي عليه ودفعه لمعرفة حقيقة وقائع القضية وذلك بالاستعانة بوسائل الإثبات.⁸⁶

⁸³ تفصيلا أوفي يرجع: سمير عالية، وهيثم سمير عالية، مرجع سابق ص ص 193-201

⁸⁴ حديث حسن، رواه البيهقي وغيره ، وبعضه في الصحيحين.

⁸⁵ ابن دقيق العيد، شرح الأربعين النووية ، مؤسسة الريان، لقااهرة، 2003، ط:06 ص99

⁸⁶ سمير عالية، وهيثم سمير عالية، مرجع سابق ص 200-201

I. أهمية دراسة الفقه الإسلامي وفائدته.

تبرز أهمية دراسة الفقه الإسلامي في جملة من النقاط نحاول تجليتها والتمثيل لها من خلال تركيزها فيما يأتي:

أولاً: معرفة قيمة التراث التشريعي الإسلامي وتطويره.

ثانياً: ارتباط أهمية دراسة الفقه الإسلامي باعتباره من مصادر التشريع الجزائري.

أولاً: معرفة قيمة التراث التشريعي الإسلامي وتطويره

تمكّن دراسة الفقه الإسلامي من الوقوف على أصالة الشريعة الإسلامية وقوتها التشريعية الكامنة باعتبارها مصدراً مستقلاً من مصادر التشريع منفردة بأصولها ومبادئها، ودحض أي دعوى لتأثرها بغيره من التشريعات التي سبقتها خاصة ما تعلق منها بالقانون الروماني، فضلاً على العمل تطويره خاصة من خلال الإسهام في حركة تقنيته وتجديده بغية تيسير تطبيقه في حياة الناس خاصة في جانبه المتعلق بالمعاملات.

1- الاهتمام بتاريخ التشريع الإسلامي والاعتزاز به:

إن كليات الحقوق تدرس اليوم القانون الروماني وتاريخ القانون، أفلا يجدر بنا أن ندرس الحقوق الإسلامية وتاريخ التشريع الإسلامي كتشريع طبق في جميع البلدان الإسلامية ولا يزال منذ مئات السنين حتى الآن.

كما يمكن دراسة التشريع الإسلامي على الوقوف على مكانة هذا التراث العظيم والاعتزاز به باعتباره تراثاً تشريعياً يمثل فيه عقلية الآباء والأجداد الحقوقية فهو تشريع أصيل في مقوماته الحضارية.

كما قد يندرج دراسة التشريع الإسلامي نحو بيان الصورة الحقيقية لمعالم هذا التشريع، وإظهار مقاصده السامية بطريقة علمية أساسها الحجة الدامغة والدليل القاطع؛ والتي تعتبر من الواجبات الشرعية والضرورات الحضارية التي وجب على المنتميين إلى قسم الدراسات المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي النهوض بها.⁸⁷

2- دحض دعوى تأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني:

يتفاخر الكثير من المؤرخين الرومان ورجال القانون بالقانون الروماني فمنهم من قال: "إن روما فتحت العالم ثلاث مرات، المرة الأولى بجيشها والثانية بدينها، والأخيرة بقانونها" وذكر آخر: "إن القانون الروماني إنما هو قانوني عالمي يمثل وحدة الإنسانية... وهو خير ما أثمرته عقول الرومان وهو خير ما بقي للعصور الحديثة من مدنيّتهم".

⁸⁷ سمير عالية، وهيثم سمير عالية، مرجع سابق ص23

وترجع نشأة القانون الرماني إلى تأسيس روما عام 754 ق.م وقد تطور مع الدولة مروراً بقانون الألواح الاثني عشر عام 451 ق.م وبمرحلة النضج عام 284 م، ثم مرحلة انتشار المسيحية والاعتراف بها كدين رسمي للدولة خلال الفترة 279 إلى 395 م.⁸⁸

ولا شك أن هذا القانون هو مصدر لكثير من القوانين الحديثة كالقانون الفرنسي والقوانين التي أخذت عنه. ونظراً لأن القرآن الكريم قد نزل على النبي -صلى الله عليه وسلم- في القرن السابع الميلادي، فقد كتب بعض المستشرقين أن الشريعة الإسلامية قد أخذت أحكامها المدنية من القانون الرماني ولتنفيذ هذه الدعوى هذه نكتفي بنقل بعض من نتائج بعض المؤتمرات وتوصياتها والمنعقدة بالغرب بمشاركة خبراء قانونيين غربيين.

مؤتمر لاهاي الأول عام 1932:

عقد مؤتمر في لاهاي عام 1932 للقانون المقارن، وانتهى فيه كبار فقهاء القانون من ألمانيا وانجلترا وفرنسا إن الشريعة الإسلامية إحدى الشرائع الأساسية المستقلة ...

مؤتمر لاهاي الثاني عام 1937:

وتم التأكيد على استقلالية الشريعة الإسلامية وثراء مخزونها التشريعي في المؤتمر الثاني في ذات المدينة عام 1937؛ حيث أصدرت التوصيات الآتية بشأن الشريعة الإسلامية بناء على البحوث المقدمة للمؤتمر منها بحث عن علاقة الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني:

- اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر التشريع العام.
- اعتبار الشريعة الإسلامية حية صالحة للتطور.
- استعمال اللغة العربية في المؤتمر في دوراته المقبلة.

مؤتمر لاهاي الثالث عام 1984:

وفي سنة 1948 انعقد مؤتمر المحامين الدولي بمدينة لاهاي أيضاً وقد اشتركت فيه نحو 53 دولة وكان من ضمن قراراته بناء على اقتراح لجنة التشريع المقارن فيه ما يلي:
«واعترافاً بما في التشريع الإسلامي من مرونة، وماله من شأن هام يجب على جمعية المحامين الدولية أن تقوم بتبني الدراسة المقارنة لهذا التشريع والتشجيع عليها»

⁸⁸عبد الجليل بن محفوظ درارجة، محاضرات في تاريخ النظم القانونية لطلبة السنة الأولى، جامعة محمد البشير الإبراهيمي، 2019-2020، ص ص 42-50

مؤتمر جامعة السربون بباريس عام 1951:

وفي جويلية عام 1951 عقدت شعبة الحقوق الشرقية في المجتمع الدولي للحقوق المقارنة بكلية الحقوق بجامعة السربون أسبوعا لدراسة الفقه الإسلامي برئاسة الأستاذ⁸⁹: (Louis Milliot) أستاذ التشريع الإسلامي في كلية الحقوق بجامعة باريس، وقد اشترك فيه أساتذة من مصر يمثلون كليات الحقوق والأزهر، ومن سوريا من كلية الحقوق بجامعة دمشق وقد ألقى هؤلاء محاضرات في:

- إثبات الملكية
- الاستهلاك للمصلحة العامة
- المسؤولية الجنائية
- تأثير المذاهب الاجتهادية بعضها في بعض
- نظرية الربا في الإسلام

وقد اختتم نقيب المحامين في باريس أعمال المؤتمر في كلمة قال فيها: "لا أدري كيف أوفق بين ما كان يصور لنا من جمود الشريعة الإسلامية وعدم صلاحيتها كأساس لتشريعات متطورة، وبينما سمعته في هذا المؤتمر مما يثبت بغير شك ما عليه الشريعة الإسلامية من عمق وأصالة وكثرة تفريع وصلاحياتها لمقابلة جميع المشكلات". وانتهى الأسبوع باتخاذ التوصيات الآتية:

- مبادئ الفقه الإسلامي لها قيمة قانونية تشريعية لا مرأى فيها.
- اختلاف المذاهب يحتوي ثروة تشريعية هي مناط الإعجاب ومنها يستجيب الفقه الإسلامي لجميع مطالب الحياة.
- دعوة المؤتمرين أن تألف لجنة لوضع معجم للفقه الإسلامي وفقا للأساليب الحديثة يسهل الرجوع إلى مؤلفات هذا الفقه⁹⁰.

3- الإسهام في حركة تقنين الفقه الإسلامي: 91

⁸⁹ هو محام وأستاذ قانون فرنسي برز في منتصف القرن العشرين ضمن مدرسة القانون المقارن في السربون. اهتم بدراسة الفقه الإسلامي باعتباره نظاماً قانونياً متكاملًا، وركز على مقارنة قواعده في الأحوال الشخصية والمعاملات بالقانون المدني الفرنسي. شارك في الندوات الدولية المخصصة لدراسة الشريعة وأسهم في إبراز قيمتها القانونية داخل الأنظمة الحديث

⁹⁰ سالم البهنساوي، كمال الشريعة الإسلامية وعجز القانون الوضعي، دار الوفاء، المنصورة، ط01 سنة 2003 ص45-46

⁹¹ معاش، مرتضى، <http://www.annabaa.org/index.htm> mortada@annabaa.org مجلة النبأ العددان 24/23 السنة الرابعة 1419

يمتلك الفقه الإسلامي مخزوناً هائلاً من الأدلة الشرعية القادرة على تدعيم القانون بالكثير من الأحكام والتشريعات المستجدة، وهذا المخزون التراثي يمثل استثناءً فريداً وامتيازاً خاصاً لا تمتلكه الشرائع والقوانين الأخرى. ومن هنا فإنه يمكن استخراج أي قانون يحتاجه الإنسان في كل أموره الحيوية الصغيرة والكبيرة الشخصية والاجتماعية وهي العملية التي يمكن أن نطلق عليها: **«تقنين الفقه الإسلامي»**.

ويعتبر المؤيدون لتقنين الفقه الإسلامي أن الصياغة الحالية للفقه الإسلامي لا تتناسب مع العصر الحالي وأن «تقنين أحكام الشريعة الإسلامية هو الوسيلة الحديثة الآن لتطبيقها، وتقنينها يعني جعلها قانوناً وهذا يتطلب صياغتها في صورة قواعد عامة مجردة تنظم سلوك الأشخاص في المجتمع وإلزام الناس بالعمل ككل قانون» ويعتد المؤيدون لتقنين الفقه الإسلامي مزايا لهذا التقنين منها:

أ. إن تقنين الفقه الإسلامي هو خلاصة ما يمكن العمل به من الأدلة والأحكام بشكل مناسب.

ب. تقنين الفقه الإسلامي تحديد لأبعاد الحكم الشرعي وبيان لمسايرة الشريعة الإسلامية لمصالح العباد وصلاحيتها لكل زمان ومكان ويستطيع الفقهاء المحدثون تحديد أحكامه بالنسبة للصور المستحدثة وهكذا نجد التقنين استكمالاً للبناء الفقهي الإسلامي.

ت. تقنين الفقه الإسلامي ييسر على الفقهاء شرحه ومقارنة أحكامه بغيرها من المذاهب المختلفة فضلاً عن اشتغال آلاف القضاة والمحامين والطلبة بدراسته وفي هذا تيسير لدراسة الفقه الإسلامي وتدرسه.

ث. تقنين الفقه الإسلامي يسهل على المحاكم تطبيق الشريعة الإسلامية ويقطع دابر احتمال التضارب في الأحكام. ويعاون القاضي والفقهاء وكل مشتغل بالقانون على الاهتمام إلى القاعدة القانونية في يسر وسهولة.

ج. تقنين الفقه الإسلامي يسهل على الأفراد التعرف على أحكام الفقه الإسلامي فلا يتيهون بين الآراء الكثيرة الموجودة في كتب الفقه الإسلامي والتي لا يعرف راجحها من مرجوحها إلا المتخصص فيها.

ح. عدم تقنين أحكام الشريعة الإسلامية سيدفع حكام المسلمين إلى اقتباس القوانين الأجنبية لتنظيم شؤون الدولة.

خ. يؤدي تقنين الفقه الإسلامي إلى حسن سير الجماعة نتيجة إمام الأفراد بقواعد القانون وتطبيقها على علاقاتهم الاجتماعية المختلفة.

4- الإسهام في حركة تجديد الفقه الإسلامي:

تعتبر القدرة على النماء والتجديد من أهم مزايا الفقه الإسلامي لما يتميز به من خصوبة وقدرة على الاستجابة لمتطلبات الحياة، وبصورة خاصة عند تحرره من الجمود الذي أربكه بسبب التقليد المذهبي، وحبسه في نطاق فقه العبادات، وفسح المجال أمامه ليتولى إدارة دفة كافة مناحي الحياة في جوانبها الاقتصادية والسياسية والإدارية والأسرية وغيرها من جوانب الحياة المتعلقة بفقه الدولة.

حقيقة تجديد الفقه الإسلامي.

لبيان حقيقة التجديد في الفقه الإسلامي لا بأس من محاولة تعريفه وبيان مشروعيته ثم تحديد نطاقه، ثم بيان الموقف العدل من حقيقة التجديد على النحو الآتي:

- تعريف تجديد الفقه الإسلامي:

لم يشع استعمال مصطلح التجديد بكثافة في كتابات القدامى في الفقه الإسلامي، وإنما تم توظيفه واستعماله بشكل كثيف في العقود الأخيرة في كتابات حملة لواء التجديد في الفقه الإسلامي كما سبق لذلك مثلاً الدكتور حسن الترابي في كتابه تجديد أصول الفقه الإسلامي، وفي كتاب الدكتور يوسف القرضاوي الذي جاء بعنوان -الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد-.⁹²

وقد وردت تعريفات كثيرة للتجديد لعل من أهمها تعريف الموسوعة الميسرة في الأديان والمذاهب والأحزاب المعاصرة بحيث جاء فيها بأن التجديد هو:

" إحياء وبعث معالم الدين العلمية بحفظ النصوص الصحيحة نقية، وتمييز ما هو من الدين مما هو ملتبس به، وتنقيته من الانحرافات والبدع النظرية والعملية والسلوكية، وبعث مناهج النظر والاستدلال لفهم النصوص على ما كان عليه السلف الصالح، وبعث معالمه العملية بالسعي لتقريب واقع المجتمع المسلم في كل عصر إلى المجتمع النموذجي الأول من خلال وضع الحلول الإسلامية لكل طارئ، وجعل أحكام الدين نافذة مهيمنة على وجه الحياة ووضع ضوابط لاقتباس النافع الصالح من كل حضارة على ما أبانته نصوص الكتاب والسنة بفهم السلف الصالح".⁹³

⁹² حسن الترابي، ، تجديد أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، بيروت، 1400هـ، حوارات في مقاصد الشريعة، تحرير وحوار الرفاعي عبد الجبار، دار الفكر، سوريا، ط:01، 2002، ص117، والقرضاوي، يوسف، الفقه الإسلامي بين التجديد والمعاصرة، مؤسسة الرسالة، ط:01، 2001.

⁹³ الموسوعة الميسرة في الأديان والمذاهب والأحزاب المعاصرة ج2، ص1012 ذكره بوقلقولة عاشور، مؤيدات التجديد الفقهي ومقاصده ، اليوم الدراسي حول تجديد الفقه الإسلامي قسم الشريعة، جامعة أدرار، فيفري 2011 مقال غير منشور.

والملاحظ على هذا التعريف أنه تعريف جامع يشمل تجديد الدين عموماً والفقهاء خصوصاً. وأنه حمل الوجهين الذي يمكن أن ينحصر فيهما التجديد الأكمل، وهما الإحياء، والتطوير كما ذهب إلى ذلك الدكتور حسن الترابي مثلما يأتي بيانه:⁹⁴

✓ الإحياء:

الوجه الأول للتجديد يتمثل في الإحياء: والذي يهدف للنهوض بالدين بعد فترة بيعت شعاب الإيمان عملاً على تصحيح الواقع الديني المجانب لمعايير الدين الحق من خلال ضعف الإيمان، أو نسيان العلم أو غلبة الباطل.⁹⁵ كما يشمل الإحياء ما اندرس من أحكام الشريعة الإسلامية، وما ذهب من معالم السنن، وخفي من العلوم الدينية الظاهرة والباطنة.⁹⁶

✓ التطوير:

أما الوجه الآخر للتجديد فأطلق عليه التطوير: والذي يقصد به تكييف أحوال التدين التاريخية لطور جديد من ظروف الحياة للنهوض بالدين، نحو كسب يثري معانيه ويؤكد وقعه بوجه جديد من خلال اتخاذ أشكال جديدة للتعبير الأتم عن قيم الدين الثابتة من خلال ما يجسدها في واقع الناس.

- مشروعية التجديد في الفقه الإسلامي:

لقد صرحت نصوص من السنة النبوية الشريفة نفسها بشرعية التجديد للدين في قوله -صلى الله عليه وسلم-: ﴿"إِنَّ اللَّهَ يَبْعَثُ لِهَذِهِ الْأُمَّةِ عَلَى رَأْسِ كُلِّ مِائَةِ سَنَةٍ مَنْ يُجَدِّدُ لَهَا دِينَهَا"﴾.⁹⁷ وقوله -صلى الله عليه وسلم-: ﴿يَحْمِلُ هَذَا الْعِلْمُ مِنْ كُلِّ خَلْفٍ عَدُولَهُ يَنْفُونَ عَنْهُ تَحْرِيفَ الْغَالِينَ، وَانْتِحَالَ الْمُبْطَلِينَ وَتَأْوِيلَ الْجَاهِلِينَ﴾.⁹⁸

فإذا كان تجديد الدين مشروعاً بصفة عامة فإن الفقه الإسلامي أولى جوانب الدين بالتجديد كونه الجانب العملي المرن المتحرك الذي يتصدى لمواجهة كل الظروف والملابسات والنوازل.⁹⁹

⁹⁴ الترابي، حسن، مرجع سابق، ص118.

⁹⁵ المرجع نفسه، ص181.

⁹⁶ القرضاوي، يوسف، مرجع سابق، ص24.

⁹⁷ رواه أبو داود كتاب الملاحم، باب ما يذكر في قرن المائة، سنن أبي داود، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، دار الفكر، ج 04، ص109.

⁹⁸ رواه البيهقي في السنن الكبرى، باب الرجل من أهل الفقه يسأل عن الرجل من أهل الحديث، تحقيق محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة 1994 ج10، ص209.

⁹⁹ القرضاوي، يوسف، مرجع سابق، ص25.

تجديد الفقه الإسلامي لا يعني تبديده أو تغريبه:

إن تجديد الفقه الإسلامي لا يعني بالضرورة التملص من ثوابته وهدمها كون منظومة الثوابت هي الكفيلة بحفظ كل شريعة من التغيير والتبديد، ولا يمكن للثوابت في الإسلام إلا أن تكون حصنه الحصين الذي يضبط الحركة التي يقتضيها الاجتهاد فلا تكون على نحو يخرج الدين عن أصله لكيلا يقع التحريف لأن إلغاء ثوابت الإسلام يفتح الباب لإبداله بدين مختلف ولذلك لزم تشخيص الثوابت والتمييز بينها وبين ما هو قابل للتغيير.¹⁰⁰

ومن جانب آخر لا يقصد بتجديد الدين اتخاذه معولا لتبديده، ولا ذريعة للخروج عن أطر الحق فيه، وهو الفهم الحق للتجديد منذ سلف الأمة فلا يكون مجددا للدين في تخريجاتهم إلا من كان مجتهدا قائما بالحجة ناصرا للسنة، له ملكة ردّ المتشابهات إلى المحكمات وقوة استنباط الحقائق والدقائق والنظريات من نصوص القرآن وإشاراته ودلالاته واقتضاءاته.¹⁰¹

فالتجديد هو حركة تهدف إلى إحياء المفاهيم التي أخفتها البدع والضلالات، وإلى تجديد الوسائل والثبات على الغايات والمقاصد، وكذا الانتفاع والاقْتباس ما صلح من الحضارات الأخرى. فهو حركة نحو تجديد دين الأمة لا دين الله. أي إضافة التجديد إلى دين الأمة عندما يلحقه الإخلال والإعلال أما باتجاه التضخيم أو باتجاه التقزيم، أو باتجاه الإخلال بفقه الموازنات أو فقه الأولويات وغيرها... أما إذا اتجه التجديد إلى دين الله وكتابه وسنته الصحيحة فهو التبديد، أو التبديل، أو التغريب.¹⁰²

وبناء على ما سلف ذكره وجب رفع اللبس بين تجديد الفقه الإسلامي الذي يعتبر ضرورة حضارية من خلالها يستطيع مواكبة مستجدات الحياة وإدارة شؤونها على مستوى الفرد والدولة، ودعاوى التجديد التي تدم التقليد، وهي في حقيقتها مقلدة للآخر محاولة تغريب الفقه الإسلامي وتبديده.

ولقد رفع اتجاه تجديد الفقه الإسلامي لواء من أجل تطويع الفقه الإسلامي لتقنيته على نهج مسابير للقوانين الغربية جريا وراء قاعدة تقليد المغلوب للغالب بسبب مأزق التخلف الحضاري الذي تقبع فيه الأمة الإسلامية.

¹⁰⁰ تفصيلا أوفي يرجع: بيطار زهير، حوارات حول فهم النص وقضايا الفكر الديني المعاصر، دار الهادي، بيروت، ط: 01، ص 78

¹⁰¹ القرضاوي، يوسف، مرجع سابق، ص 24،

¹⁰² بوقلقولة عاشور، مرجع سابق،

5- الدراسات المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي مصدر ثراء للفقه الإسلامي.

ترمي الدراسات الحقوقية الحديثة اليوم إلى دراسة الحقوق المقارن وقد أنشئت معاهد خاصة في أوروبا والبلاد العربية والإسلامية لدراسة التشريعات المختلفة المصادر دراسة مقارنة. وفي دراسة التشريع الإسلامي إحياء لهذه الدراسة التي اتجهت إليها الكليات الجامعية العالمية، ونلمس هذا بشكل واضح في المؤلفات القانونية الحديثة، وأن أكثر الرسائل التي تعد في أقسام الدراسات العليا في كليات الحقوق يتعرض الكاتب في بحثه للتشريع الإسلامي كمصدر من مصادر التشريع العالمي كما اعترف بذلك مؤتمرات الحقوق الدولية المختلفة.¹⁰³

يعتبر ظهور الدراسات المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من أبرز ملامح النهضة الفقهية، إذ من شأن هذا النوع من الدراسات أن يكون مصدرا لثراء الفقه الإسلامي فضلا عن كونها من المقتضيات المنهجية لحسن تطبيق الفقه الإسلامي تمهيدا لتقنينه، بل وقد تنتهي هذه الدراسات لإيجاد حلول لبعض المآزق التشريعية في النظم القانونية المعاصرة.¹⁰⁴

6- مثال لأثر الدراسة المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في تقنين الفقه الإسلامي.

في محاولة لبيان أهمية الدراسة المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي نعطي أمودجا في نطاق نظرية العقوبة بين الفقه الإسلامي، وذلك للاستفادة من دراسات سابقة لنا في هذا النطاق. ونركز البحث في محاولة تقنين العقوبات المقدره التي وجبت حقا لله تعالى، والمسماة جرائم الحدود التي لم تكن محل اتفاق بين الفقهاء ومشاريع تقنين التشريع الجنائي الإسلامي.¹⁰⁵

نقتصر في بيان عقوبات الحدود على ما اتفق عليه جمهور الفقهاء، وهو ما أخذ به مشروع قانون العقوبات الإسلامي الذي أعدّه الأزهر الشريف بمصر؛ حيث أخذ بما

¹⁰³ محمد، حسين مقبول، مرجع سابق ص؟

¹⁰⁴ تفصيلا أوفي ينظر: درارجة، عبد الجليل بن محفوظ : ترشيد الدراسات الشرعية القانونية المقارنة ودوره في إثراء الفقه الإسلامي، مجلة الباحث للدراسات القانونية، مجلة البيان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد البشير الإبراهيمي، برج بوعريريج، العدد التجريبي، فيفري، فضلا على إيراد ملحق لدراسة مقارنة متعلقة بتخصصي

¹⁰⁵ لتفصيل أوفي يرجع في دراسات سابقة للأستاذ: : المبحث التمهيدي لمذكرة الماجستير حول حق العفو عن العقوبة بين الشريعة والقانون دراسة مقارنة- مذكرة ماجستير، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2003، صص 10-33، والفصل الأخير من رسالة الدكتوراه حول سقوط الحق في العقاب بالعفو التشريعي دراسة مقارنة، جامعة أحمد بن بلة، وهران، 2019، صص 300-380.

اتفق عليه الجمهور، وأورد عقوبات الحدود في هذا المشروع وفق الترتيب الآتي: السرقة، والحرابة، والزنا، والقذف، وشرب الخمر، والردة، ولم يعتبر جريمة البغي منها، وفيما يأتي تعريف موجز بهذه الجرائم وعقوباتها من غير التزام بالترتيب الذي أخذ به هذا المشروع وفق المنهج الآتي:

أ. جريمة الحرابة وعقوبتها:

اختلف الفقهاء في تحديد مفهوم الحرابة الموجبة للحد بين موسع ومضيق لها، وحسنا فعل مشروع قانون العقوبات الإسلامي بمصر حين أخذ بمذهب المالكية الذين وسّعوا في معنى الحرابة الموجبة للحدّ، وقد عرفت المادة 100 من هذا المشروع المحارب بأنه: "كل من ارتكب جريمة ضد النفس، أو العرض، أو المال، أو إرهاب المارة، سواء وقع الفعل في طريق عام، أم في أي كان داخل العمران مع اجتماع الشروط الآتية:

- أن يقع الفعل من شخصين فأكثر، أو من شخص واحد متى توافرت له القدرة على ارتكاب الجريمة.¹⁰⁶
- أن يكون الجاني بالغاً مختاراً غير مضطر.
- أن يقع الفعل باستعمال السلاح أو أية أداة صالحة للإيذاء أو التهديد بأي منها.
- أن يكون الجاني قد باشر ارتكاب الجريمة بنفسه، أو اشترك فيها بالتسبب أو بالمعاونة شرط أن تقع الجريمة بناءً على هذا الاشتراك.

ولكون الحرابة من أخطر الجرائم، فهي فساد في الأرض، واعتداء صريح على الضروريات الخمس تحت طائلة التهديد والإكراه، تولى القرآن الكريم تحديد الجزاءات الرادعة لهذه الجريمة الخطيرة بقوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾.¹⁰⁷

وقد اختلف الفقهاء في تحديد هذه العقوبات التي قررتها الآية، هل هي على التنويع أم على التخيير؟ فمذهب الجمهور أن توزع هذه العقوبات على أنواع الجنايات،

¹⁰⁶- وقد عللت المذكرة الإيضاحية عدم اشتراطها لتعدد الجناة لتوافر جريمة الحرابة بتطور الأسلحة الحديثة وشدة فتكها، وإمكان استخدامها من شخص واحد بحيث تكون له القدرة بمفرده على ارتكاب الجريمة بمفرده، والتغلب على الناس محمد أبو العلا عقيدة، تطبيق التشريع الجنائي الإسلامي في مصر، دراسة تحليلية وتأصيلية لمشروع قانون العقوبات الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، ط: 1، ص: 83.

¹⁰⁷- سورة المائدة، الآية: 33-34.

فجعلوا لكل جناية في نطاق الحرابة الجزاء المناسب لها، فإن قتل المحارب يقتل، ويصلب إن قتل وأخذ المال، وتقطع يده ورجله من خلاف إن أخذ المال، وينفى من الأرض إن أخاف السبيل، ولم يأخذ المال.

بينما ذهب المالكية إلى أن هذه الجزاءات جاءت على التخبير موكل أمرها إلى الإمام يختار منها ما يراه مناسباً لمصلحة المجتمع؛ حيث روى بعض أصحاب الإمام مالك أنه ذهب إلى أن التخبير في أجزية الحرابة متعلق باجتهاد الإمام مصروف إلى نظره، ومشورة الفقهاء لما يراه للمصلحة، والذب عن الفساد، وليس ذلك على هوى الإمام، ولكن على الاجتهاد وإن ثبت أنه على ذلك، فيجوز للإمام أن يقتل المحارب رغم أنه لم يقتل، ولم يأخذ مالاً عنوة من أحد.

وتجدر الإشارة إلى أن توبة المحارب قبل القدرة عليه من مسقطات حد الحرابة، وفي هذا المسلك تشجيع للمحارب على العودة لأوساط المجتمع، وتراجعه عن جريمته، ودعوة لأمثاله للتأسي به، من غير أن يخل ذلك بحقوق المجني عليه كرد المال المسروق أو ضمانه، وثبوت القصاص في النفس وما دونها.

ب. جريمة الردة وعقوبتها:

بناءً على تعريفات الفقهاء لجريمة الردة يمكن اعتبارها بأنها الرجوع عن دين الإسلام عملاً أو قولاً. فإذا كان الدين الإسلامي قوامه الاختيار والحرية، وأساسه الاقتناع لثبوت هذا بقول الله عز وجل: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ﴾،¹⁰⁸ فإن حفظه أسمى المقاصد والغايات التي حظيت بالعناية في شرعنا الحنيف، لذلك قطع الطريق على المندسين فيه ليجاهروه العداء بإعلان ردتهم بعد إسلامهم إثارة للفوضى، وزرعاً لبذور الشك والريبة في القلوب المؤمنة المطمئنة.

فكل مسلم بالغ حر أعلن الكفر صراحة بالقول أو العمل يجب في حقه حد الردة

وهو القتل،

لقوله -صلى الله عليه وسلم- ﴿من بدل دينه فاقتلوه﴾،¹⁰⁹ ولقوله أيضاً: ﴿لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله، وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة﴾.¹¹⁰

¹⁰⁸- سورة البقرة، الآية: 256.

¹⁰⁹ البخاري، ك: الجهاد، ب: لا يعذب بعذاب الله، ص: (175/4)، وأبو داود، ك: الحدود، ب: الحكم فيمن ارتد، ص: (126/4).

¹¹⁰ مسلم، ك: القسامة، ب: ما يباح به دم المسلم، ص: (106/5)، والبخاري، ك: الديات، ب: النفس بالنفس، ص: (6/9).

ويلاحظ من ظاهر عموم هذين الحديثين أن السنّة النبوية بيّنت أن جزاء الرّدة هو القتل سواء كان الراجع عن دينه رجلاً أم امرأة¹¹¹ خلافاً للحنفية الذين استثنوا المرأة إذا ارتدت من ذلك، واكتفوا بالقول بحبسها وجبرها على الإسلام،¹¹² وخالفوا بذلك قاعدة المساواة في العقوبة التي قرّرت اشتراك الرجال والنساء في الحدود كلها، وبصورة أخص في جريمة الحرابة وزنا المحصن حيث لم يكن الجاني فيها بمنأى عن القتل إن كان امرأة.

وعملاً على إصلاح حال المرتد، وعدم المسارعة بأخذه بالعقاب، حرص الفقهاء على استتابته، ومناقشته في الشبهة التي عرضت له، فوجب ذلك عند الشافعية والحنابلة، وفي ظاهر قول مالك، بينما ذهب ابن العربي من المالكية إلى استحبابها، غير أن ابن حزم الظاهري الذي لم يوجبها لعدم ثبوت ذلك عنده نصاً، لم يذهب إلى منعها.

وإذا كان جمهور الفقهاء اتفقوا على وجوب استتابته المرتد، ومناقشته في الشبهة التي عرضت له، لعلّه يرجع عن رّدته، فإنهم اختلفوا في تحديد مدّة استتابته، وقد لخص هذا الخلاف صاحب مغني المحتاج بقوله: "يمهل المرتد فيها (في الرّدة) على القولين ثلاثة أيام لأثر عمر بن الخطاب -رضي الله تعالى عنه- في ذلك، وأخذ به الإمام مالك، وقال الزهري: يدعى إلى الإسلام ثلاث مرّات فإن أبى وإلا قتل، وعن علي -رضي الله عنه-: أنه يستتاب شهرين، وقال النخعي، والثوري يستتاب أبداً، وعلى التأخير يحبس مدّة الإمهال، ولا يخلّى سبيله، فإن لم يتب الرّجل و المرأة بل أصراً عليها قتلاً".

بيد أن كلا من الزنديق والساحر في القول الراجح عند المالكية بعد القدرة عليهما يقتلان من غير أن يستتابا لأن الزنديق يظهر خلاف ما يبطن، ويسعى لفتنة الناس عن دينهم، بخلاف الكافر الذي يعلن كفره، فيحذره المسلمون ويجاهرونه بالعداوة. ومن جهة أخرى فإن قبول توبة الزنديق بعد الظفر به تشجيع له على مواصلة كيدته للإسلام، وفتنة الناس عن دينهم، فكما قدر عليه أعلن الإسلام ليعود بعد إفلاته من العقاب إلى ما كان عليه.

ت. جريمة شرب الخمر وعقوبتها:

وجدير بالذكر إلى أنه لا خلاف بين فقهاء الإسلام في تحريم الخمر، ولا في تجريمها، إلا أن الخلاف وقع في اعتبار عقوبة شارب الخمر عقوبة حدية مقدّرة أم

¹¹¹ محمد الشوكاني، نيل الأوطار من أسرار منقّي الأخبار، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2000، ص: 1531.
¹¹² أبو بكر محمد بن أبي سهل شمس الدين السرخسي، كتاب المبسوط-تصنيف: خليل الميس- دار المعرفة، بيروت، ط: 2، 1986، ج 10، ص 108

عقوبة تعزيرية تخضع لتقدير ولي الأمر، كما وقع الخلاف في تقدير الحد عند من اعتبر جريمة شرب الخمر حدًا.

- جريمة شرب الخمر بين الحد والتعزير:

لا شك أن بيان حقيقة نوع العقوبة المشروعة لشرب الخمر في الفقه الإسلامي له أهمية قصوى وصلة وثيقة بسقوط الحق في العقاب باعتبار ما تتميز به جرائم الحدود من كونها من خالص حقوق الله تعالى المقدره بحد واحد لا يتغير بتغير الأحوال والظروف، فضلا عما تتميز به جرائم الحدود من الآثار العملية المتعلقة بحق الله تعالى في الحقل الجنائي من حيث جريان الصّح فيها، أو العفو، أو الشفاعة، أو التخفيف، أو الصلح.

ومن هنا يتبين أن إدخال جرائم لم ينص الشارع الحكيم عليها نصا صريحا في نطاق الجرائم الحدية أمر غير مقبول لتعارضه مع قواعد الشريعة الإسلامية التي جعلت تعيين هذه الجرائم وتحديد قدرها حقا خالصا لله تعالى ولرسوله صلى الله عليه وسلم.

ويميل الباحث إلى الرأي الذي يرى بأن شرب الخمر يندرج في إطار جرائم التعزير لا جرائم الحدود، ولا تسري عليها تبعا لهذا الترجيح خصائص الجريمة الحدية للاعتبارات الآتية:

* بالاستناد إلى المعيار الأول الذي وضعه الباحث في محاولة حصره للجرائم الحدية والمتمثل في ضرورة تقدير العقوبة الحدية في المصادر الأصلية للتشريع الإسلامي لأنه رغم تعدد نصوص القرآن الكريم التي تصدت لتحرير الخمر وبيان مفسدها وآثارها الوخيمة على الفرد والمجتمع على حد سواء فأنها لم تفرض لها عقابا دنيويا مقدرا كما هو الشأن لباقي الجرائم الحدية التي تولت نصوص القرآن نفسها بيان قدرها كلها عدا حدّ الزاني المحصن.

* كما أن ثبوت حدّ جريمة شرب الخمر سنة أمر غير مسلم به بسبب الخلاف الواقع بين الفقهاء في تقدير كمها بناء على اختلاف الروايات عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم- في هذا السياق وتعددتها لأنه رغم اتفاق الجمهور من فقهاء المالكية والحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية على أن عقوبة شرب الخمر من الحدود، فإن الخلاف واقع بينهم في تقديرها حيث رأى المالكية والحنفية أنها مقدرة بثمانين جلدة، واستندوا في ذلك بما روي عن أنس بن مالك رضي الله عنه- أن النبي- صلى الله عليه وسلم- أتى برجل قد شرب الخمر فجلده بجريدين نحو

أربعين، قال وفعله أبو بكر، فلمّا كان عمر استثار الناس فقال عبد الرحمان بن عوف: "أخفّ الحدود ثمانين"، فأمر به عمر.¹¹³

بينما قدرها الشافعية والظاهرية وأحمد في إحدى الروايتين عنه، بأربعين جلدة، واعتبر بعضهم الزيادة عن الأربعين من قبل التعزير الذي قد تقتضيه المصلحة إذا تساهل الناس في تعاطيها والإدمان عليها، وأمّا سند القائلين بأن حد الخمر أربعين جلدة، ما روي أن عثمان بن عفّان-رضي الله عنه-أمر عبد الله بن جعفر بجلد الوليد بن عقبة في الخمر، فجلده وعلي بن أبي طالب يعدّ حتى بلغ أربعين فقال: "أمسك، ثم قال جلد النبي- صلى الله عليه وسلم- أربعين، وجلد أبو بكر أربعين وعمر ثمانين وكل سنة وهذا أحب إليّ". ويسب هذا الخلاف ذهب الشوكاني إلى أنّه لا حدّ في الخمر، وإنّما هو التعزير فقط، لأن النبي- صلى الله عليه وسلم-لم يقدره، ولم يبيّنه أيضا.

* كما أن نقل ثبوت حد شرب الخمر بإجماع المسلمين أمر غير مسلم به كما ذهب إلى ذلك الشوكاني لاختلاف الصحابة-رضوان الله عليهم- في ذلك قبل خلافة عمر بن الخطاب-رضي الله عنه- وبعدها كما ورد في الروايات الصحيحة، فضلا على أن النبي- صلى الله عليه وسلم- نفسه لم يقتصر على مقدار معين لأنه جلد تارة بالجريد، وتارة بالنعال، والمنقول عنه إنّما هو بطريق التخمين فقط، فالأولى إذن الاقتصار على ما أرشد إليه الشارع من الأقوال والأفعال في قوله- صلى الله عليه وسلم-: (من شرب الخمر فاجلدوه).¹¹⁴ فالجلد المأمور به هو الجلد الذي ثبت بين يديه- صلى الله عليه وسلم-، ولا دليل يقتضي تحتم مقدار معين لا يجوز غيره.

* كما أن الاستناد إلى المعيار الثاني الذي تم وضعه لحصر الجرائم الحدية والذي مفاده أن تقدير العقوبة الحدية في التشريع الإسلامي يمنع تجاوزها يخرج جريمة الخمر من نطاق الجرائم الحدية بناء على أنه من أهم خصائص الجرائم الحدية التي هي من خالص حقوق الله تعالى أنها محددة ومقدرة من الشارع الحكيم، وما حده الشرع لا يجوز فيه الزيادة والنقصان لذا يعتبر من قبيل التعدي الذي نهت عنه آيات الحدود في مثل قوله تعالى: (تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون)¹¹⁵ الزيادة عن الأربعين في حد الشارب. وإذا تقرر جدلا بأن الزيادة عن الأربعين جاءت لوضع حد لتساهل الناس في أمر شرب الخمر،

¹¹³مسلم، ك: الحدود، ب: حد الخمر، ص125/05، وأبو داود، ك: الحدود، ب: حد الخمر، ص163/04.

¹¹⁴الترمذي، ك: الحدود ب: ما جاء من شرب الخمر فاجلدوه، ص48/04، وأحمد، ص136/02.

¹¹⁵سورة البقرة، الآية:229.

فهل لنا إذا تساهل الناس في جرائم القذف، أو جرائم الزنا أن نزيد عن القدر المحدد لهذه الجرائم في القرآن الكريم؟

* ومن المسلم به أن من أهم خصائص جرائم الحدود أنه لا مجال لإعمال الرأي في شأن حصرها أو بيان قدرها، فقد استند المازري من علماء المالكية إلى هذه الخاصية للقول بأن عقوبة شارب الخمر لم يكن فيها حد مقدر في زمن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لأنه لو فهم الصحابة عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - حدا محدودا في الخمر لما كان لإعمال الرأي فيه مجال، ولما تسنى لهم مخالفته بخلاف سائر الحدود، فدل هذا على أنه لم يكن في شرب الخمر أمر ثابت تجاوز به الصحابة ما فعله النبي - صلى الله عليه وسلم - وإنما استقر الحد ثمانين جلدة في زمن معاوية - رضي الله عنه - بينما اختلف الأمر في زمن عثمان - رضي الله عنه - نفسه حيث جلد فيها ثمانين، وجلد فيها أربعين.

* اعتبار الاجتهاد والمشورة الواقعيين في زمن عمر بن الخطاب - رضي الله تعالى عنه - في شأن شارب الخمر من أقوى الأدلة على غياب نص حاسم في المسألة لأنه من المستبعد أن يكون في المسألة نص باق على حكمه ثم يغيب عن الأمة لذا صاغ الاجتهاد فيه للصحابة - رضي الله عنهم - وأحقوه بأخف الحدود.

وصفوة القول إن الخلاف بين فقهاء الإسلام قديما وحديثا في اعتبار عقوبة شارب الخمر عقوبة حدية مقدرة أم عقوبة تعزيرية تخضع لتقدير ولي الأمر، وكذا الخلاف الواقع في تقدير الحد عند من اعتبر جريمة شرب الخمر حداً ربما مرده إلى غياب نص قطعي الثبوت وقطعي الدلالة في المصادر الأصلية للتشريع الإسلامي من القرآن الكريم أو السنة النبوية يحسم المسألة، ويقرر بأن شرب جريمة حدية ويبين قدرها بيانا كافيا كما هو الشأن مع باقي الحدود مما يجعل النظرية العامة للحدود غير قابلة لاستيعاب هذا النوع من الإجرام بناء على أن من أهم خصائص الجريمة الحدية أن مقدارها الشرعي مبين في ثنايا المصادر الأصلية للتشريع الإسلامي، وإلى هذا القول انتهت بعض الدراسات المعاصرة حيث اعتبرت العقوبة التي شرعت لجريمة شرب الخمر تعزيرية تتغير بتغير الأحوال والظروف الفردية والاجتماعية لغياب الدليل على ذلك، ولعدم تناول مفهوم الجريمة الحدية لها.

رغم أن هذا القول لم يكن محل التفات لمجمل جهود تقنين الفقه الإسلامي التي تعرضت لها بالدراسة، كما لم يمكن محل ذبوع وقبول في الفقه الإسلامي حديثا وقديما - على قوة دليبه ورجحانه - مثلما كتب للرأي الآخر فإن المشرع الجنائي الليبي قديما تراجع عن المذهب الرائج في اعتبار شرب الخمر جريمة حدية معاقب عليها بأربعين جلدة في

القانون رقم 89 لعام 1974، واعتبر نطاقها الطبيعي جرائم التعزير من خلال التعديل القانوني رقم 04 لعام 1994 وفرض لها عقوبة الغرامة فإذا كان الجاني معسرا أوجب تشغيله بأحد المرافق العامة لمدة تعادل قيمة الغرامة.

ورغم قلة من شايع هذا الاتجاه بشأن حصر الجرائم الحدية فإن الباحث يقر ابتداء أن هذا ما ترجح لديه بشأن هذه المسألة الخطيرة وما يترتب عليها من آثار عملية بالغة الأهمية، وذلك بناء على المعيارين السابقين اللذين استند عليهما في محاولة حصره لجرائم الحدود، وما ساقه من حجج وأدلة، كما يؤكد أن الميل لهذا الاتجاه ليس من باب الخروج عن المألوف للفت الأنظار، بل هو الرأي الذي اطمأنت إليه النفس تبعا لهم معرفي ملازم للباحث منذ طروقه حقل الدراسات الجنائية المقارنة، والذي يطمع من خلاله ألا يحرم فيه أوفر حظي المجتهد أجرا.

كما يتلزم الباحث بإعادة النظر في هذه المسألة إن ثبت لديه أن رأيه فيها مجانب للصواب، وأن حججه داحضة. ويقترح من جانب آخر أن يكون الفصل في هذه المسائل في نطاق أرحب لتبادل وجهات النظر بشأنها، فيقترح أن تكون لآليات الاجتهاد الجماعي وأهم مؤسساته في العالم الإسلامي كلمة الفصل. والله أعلى وأعلم بالصواب.

ث. جريمة الزنا وعقوبتها:

يمكن القول بأن ما اتفق الفقهاء في اعتباره زنا موجبا للحدّ هو: «الوطء الحرام بين رجل وامرأة بالغين برضاها من غير زواج ولا شبهة زواج».

وقد تجنب قانون العقوبات الإسلامي بمصر عند تعريفه لحد الزنا في المادة 116 خلاف الفقهاء حول التوسع فيما يعتبر من الأفعال زنا موجبا للحد شرعا، واكتفى بما هو متفق عليه بالجملة بين علماء الإسلام كما ذكر ذلك ابن رشد عند تعريفه لحد الزنا.

ونظرا لجسامة هذه الجريمة، وما ترتب على ذلك من تشديد العقاب، انفردت بطريق خاص للإثبات قررته نصوص القرآن في قوله تعالى: ﴿ وَاللَّاتِي يَأْتِيَنَّ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاَسْتَشْهَدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ ﴾،¹¹⁶ وقوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾،¹¹⁷ فدلّت هاتان الآيتان على أن ما تثبت به جريمة الزنا هو شهادة أربعة شهود عاينوا الفعل المادي للجريمة، وهو الوطء الصحيح الذي مثل له الفقهاء برؤية الميل في المكحلة، ويشترط في الشهود الذكورة، والعدالة، والبلوغ، والحرية والاختيار، والبصر والقدرة على التعبير، وأن تنفى عنهم التهمة.

¹¹⁶- سورة النساء، الآية:15.

¹¹⁷- سورة النور، الآية:4.

كما يثبت الزنا بإقرار الزاني على نفسه مرّة أو أربع مرّات على خلاف بين العلماء، لقوله-صلى الله عليه وسلم-: ﴿ويا أنيس اغد على امرأة هذا فسلفها، فإن اعترفت فارجمها﴾، فاعترفت فرجمها.¹¹⁸

أمّا عقوبة من ثبت في حقّه جريمة الزنا فتختلف باختلاف حاله، فإن كان محصناً رجم حتى الموت، لثبوت ذلك عن النبي -صلى الله عليه وسلم- في سنته العملية من خلال الحديث الذي ذكر أنفاً، والمحصن عند الفقهاء هو كل من وطئ وهو حر مكّلف من تزوجها نكاحاً صحيحاً، ولو مرّة واحدة.

أمّا إن كان الزاني بكرًا -وهو غير المحصن- فعقوبته الجلد مائة استنادا إلى قوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَيَشْهَدُ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾.¹¹⁹

ج. جريمة القذف وعقوبتها:

عرّف ابن عرفة المالكي القذف بأنه: «نسبة آدمي مكّلف غيره حرًا عفيفًا مسلمًا بالغًا، أو صغيرة تطيق الوطء لزنا، أو قطع نسب مسلم». بناء على هذا التعريف يشترط لثبوت حد القذف أن يكون المقذوف بالغًا، عاقلًا، مسلمًا، حرًا، عفيفًا، فإن انتفت هذه الشروط أو أحدها فلا حد على القاذف، وإنما يعزّر لأجل الأذى وبذاءة اللسان.

وحتى لا يستهين الأفاكون بأعراض الناس توّلى القرآن الكريم بيان العقاب الرّادع لكل من ثبت في حقّه هذه الجريمة الشنعاء من خلال قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شَهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ، إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾.¹²⁰ فقد بيّنت هذه الآية الكريمة أن العقوبة الأصلية لجريمة القذف هي ثمانون جلدة، إضافة إلى عقوبة تبعية تتمثل في تجريح القاذف وإسقاط عدالته بعدم قبول شهادته.

غير أن الفقهاء اختلفوا في قبول شهادة القاذف عند ثبوت توبته بناءً على اختلافهم فيما يعود عليه الاستثناء الوارد في الآية، فذهب مالك والشافعي إلى أنه عامل في ردّ الشهادة، فإذا تاب القاذف قبلت شهادته، لأن ردّها كان لعلّة الفسق، فإذا زالت بالتوبة قبلت شهادته مطلقًا سواءً قبل الحد أم بعده.

¹¹⁸ - البخاري، ك: الحدود، ب: هل يأمر الإمام رجلا غائبا فيضرب الحد غائبا عنه، ص: (218/9)، ومسلم، ك: الحدود، ب: من اعترف على نفسه بالزنا، ص: (121/5).

¹¹⁹ - سورة النور، الآية: 2.

¹²⁰ - سورة النور: الآية: 4-5.

بينما ذهب أبو حنيفة بأنه لا عمل للاستثناء في رد شهادته حيث يقتصر على رفع فسقه عند الله تعالى، ولا تقبل شهادته بناءً على هذا البتة ولو تاب.

- سادسا: جريمة السرقة وعقوبتها:

عُرِّفت جريمة السرقة الموجبة للحد عند بعض الفقهاء بأنها: "أخذ المال خفية ظلماً من حرز مثله".

بينما تعدّ أركان جريمة السرقة وشروطها الموجبة للحدّ محل خلافات فقهية لا يتسع المجال لذكرها والترجيح بينها، غير أن هذا لا يمنع من تقنين هذه الأركان والشروط بعد تحري الآراء الراجحة تثنياً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات المؤصل شرعاً، وعملاً بقاعدة حكم الحاكم يرفع الخلاف، ويعد ما قام به مشروع قانون العقوبات الإسلامي في مصر تجربة رائدة في هذا النطاق؛ حيث عرّفت المادة 85 منه جريمة السرقة الموجبة للحدّ، وبيّنت شروطها وأركانها بقولها: "يعد مرتكباً لجريمة السرقة المعاقب عليها حدّاً، كل من أخذ وحده أو مع غيره مالاً مملوكاً للغير، مع اجتماع الشروط الآتية:

- أن يكون الجاني بالغاً مختاراً غير مضطر.
 - أن يأخذ الجاني المال خفية.
 - أن يكون المال المسروق منقولاً للغير محترماً في حرز مثله، لا تقل قيمته عن سبعة عشر غراماً من الذهب الخالص، ويقوم غرام الذهب بالسعر المحدد وقت ارتكاب الجريمة من مصلحة دمع المصوغات والموازين.
- والملاحظ أن المشروع قد أخذ برأي الجمهور في اشتراط الحرز في اعتبار المال المأخوذ خفية سرقة، خلافاً لابن حزم الظاهري الذي يرى أنه لا مدخل للحرز في اقتضاء لفظ السرقة، واعتبره زيادة في الشرع من غير دليل.
- ويقصد بالحرز عند الفقهاء الموضع الحصين، أي المكان الذي ينصب عادة لحفظ المال؛ بحيث لا يعد صاحبه مضيئاً له بوضعه فيه كالحانوت والدار، والخيمة، والشخص، ولم يعرف هذا المشروع الحرز، واعتبر أن المرجع في اعتبار المكان حرزاً من عدمه كما جاء في المذكرة الإيضاحية، هو العرف السائد بين الناس، وعليه فإن فكرة الحرز قد تختلف باختلاف الزمان والمكان والملابسات.

ولا خلاف بين العلماء في أن حد السرقة هو قطع اليد اليمنى لثبوته بنص صريح من خلال قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾. غير أن عدم تنفيذ الحد في الجاني إذا تخلف أهم شروطه المتمثل في الحرز لا يعني سقوط العقوبة التعزيرية لجريمة السرقة متى توافرت بقية شروطها.

ثانيا: ارتباط أهمية دراسة الفقه الإسلامي باعتباره من مصادر التشريع الجزائري.

تعتبر الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرا للتشريع الجزائري دافعا قويا لدراسة الفقه الإسلامي، وقد تنوعت الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية في التشريع الجزائري ويمكن الوقوف عند تصنيفها إلى ما يأتي:

الأول: باعتبارها مصدرا أساسيا للتشريع. كما هو الشأن في قانون الأسرة الجزائري وقانون الأوقاف

الثاني: باعتبارها مصدرا احتياطيا أولا للقانون في سائر فروع القانون. وذلك بموجب المادة 01 من القانون المدني الجزائري

الثالث: باعتبارها مصدرا احتياطيا في فرع خاص من فروع القانون. وذلك في القانون التجاري الجزائري.¹²¹

1- الأول: اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا أساسيا للتشريع.¹²²

إذا كانت جل فروع الفقه الإسلامي لقيت تهميشا لأحكامها ردا من الزمن بسبب إبعاد أحكام الشريعة الإسلامية عن إدارة مناحي الحياة في البلاد المسلمة فإن مسائل الأحوال الشخصية ظلت بمنأى عن هذا التهميش حتى في ظل إكحام الهيمنة الاستعمارية سلطتها؛ والتي راعت هذه الخصوصية من خلال نصبها للمحاكم الشرعية في البلاد المسلمة، وتقنينها لقضايا الأحوال الشخصية للمسلمين وذلك بالنظر للارتباط الوثيق بين قضايا الأحوال الشخصية ومسألة الهوية خاصة في جانبها الديني، وهو المكسب الذي تعزز مع حركة تقنين الفقه الإسلامي في معظم دول العالم الإسلامي.

وكغيره من جلّ تقنينات الأحوال الشخصية في البلاد المسلمة جاء أول تقنين لأحوال الشخصية في الجزائر المستقلة بموجب القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984. مستمدا من فقه الشريعة الإسلامية في نطاق حركية تقنين الفقه الإسلامي التي شهدت تطورا بارزا في البلاد المسلمة، وقد أكدّ هذا القانون نفسه على الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 في كل ما لم يرد به نص في هذا التقنين.

ولكون قانون الأسرة الجزائري يعتبر الميدان الأصيل لتقنين فقه الشريعة الإسلامية فإننا نحاول أن ندرس منهجه في هذا التقنين، والوقوف على أهم التطورات على هذا المنهج خاصة في التعديل الذي عرفه قانون الأسرة الجزائري من خلال الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005

¹²¹ في هاتين المسألتين يرجع لمحاضرات في القانون التجاري للأستاذ، وعمور، عمار الوجيز في القانون التجاري وقانون الأعمال،

¹²² ينظر: للأستاذ، الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية فيما لا نص فيه في قانون الأسرة الجزائري ومدى مكنة قاضي شؤون الأسرة على الاجتهاد؟ اليوم الدراسي، المركز الجامعي تيبازة، افريل، 2018.

مفهوم الشريعة الإسلامية في تقنين الأسرة الجزائري:

لا شك أن المقصود من أحكام الشريعة الإسلامية التي استمد منها قانون الأسرة الجزائري أحكامه، ثم أحال عليها المادة 222 من القانون نفسه فيما لا نص فيه تتمثل فيما يطلق عليه في اصطلاح الفقه الإسلامي فيما سنه الله تعالى لعباده من الأحكام على لسان رسوله محمد - صلى الله عليه وسلم - والتي تشمل أحكام العبادات وأحكام المعاملات، وهذه الأخيرة هي المستهدفة من التقنين كون المسائل المتعلقة بالزواج، والطلاق، والنسب والنفقة، وغيرها من مسائل الأحوال الشخصية درج الفقه الإسلامي على ردها لباب المعاملات.¹²³

وإذا كانت الشريعة الإسلامية هي ما سنه الله تعالى لعباده من الأحكام على لسان رسوله محمد - صلى الله عليه وسلم - أو هي الدين المنزل من الله تعالى لعباده فإن تطبيقها يحتاج إلى فهم مراد الشارع الحكيم من وضعها، وهو الذي يسمى بالفقه الإسلامي فما هو منهج تقنين الأسرة الجزائري في التعامل مع الفقه الإسلامي كمصدر لقانون الأسرة الجزائري.

لقد سبق لي المحاولة على هذا الجواب في ورقة بحثية علمية تبين لي من خلالها

ما يأتي:

أ- انفتاح المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري على مذاهب الفقه الإسلامي.

عملت بعض التقنيات الحديثة على إلزام القاضي بمذهب فقهي معين كما هو الشأن بالنسبة لبعض جهود تقنين الفقه الإسلامي؛ والذي غالبا ما يكون المذهب الرسمي المعتمد من طرف الدولة، وقد تذهب أبعد من ذلك بإلزامها القاضي بكتاب معين داخل المذهب نفسه ككتاب زاد المقنع في الدول التي تتبنى المذهب الحنبلي. وإذا كان هذا الأمر محمودا في نطاق العبادات لخلق انسجام في المظاهر العامة للتدين في المجتمع الواحد فإنه قد يكون خلاف ذلك في نطاق الأحوال الشخصية لما قد يفوته من مزايا في إثراء قانون الأسرة بالحلول المناسبة خارج المذهب الفقهي الرسمي للدولة على ما يبدو لي.

وخلافا لهذا الموقف المتعصب للمذهب الفقهي والمضيق لمصادر الاجتهاد، يبدو حسن صنيع المشرع الجزائري عندما تفادى إلزام قاضي شؤون الأسرة بمذهب فقهي معين تماشيا مع منهجه في وضع لقانون الأسرة؛ الذي لم يلتزم فيه بمذهب الإمام مالك

¹²³ مقبول: حسين مرجع سابق، ص8

رحمه الله المذهب الرسمي المعتمد بل استفاد من ثراء المذاهب الأخرى كما هو الشأن في أخذه بالتنزيل.

¹²⁴ ومسألة التنزيل لم ترد في المذاهب الفقهية المعروفة أو غير المعروفة كونها تستند في أكثر تفصيلاتها إلى أحكام جزئية وردت في مذاهب مختلفة، قام المشرع الجزائري بالاجتهاد فيها أسوة بما ذهب إليه بعض تقنينات الأحوال الشخصية الحديثة تحت مسمى الوصية الواجبة.

والهدف من التنزيل لعلاج لمشكلة الحفدة الذين يموت أبائهم قبل أجدادهم الذين يجربون بمقتضى قواعد نظام العصابات وقاعدة إرث الفرع. وهي المشكلة التي تضرر منها أبناء شهداء الثورة الجزائرية الذين اجتمع عليهم فقدان الأب الذي قضى نحبه في سبيل الله، وحرمانهم من نصيبهم من الميراث.

ويمكن التذليل على انفتاح المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري على مذاهب الفقه الإسلامي المختلفة من خلال تبنيه مصطلح "أحكام الشريعة الإسلامية" في نص المادة 222 من ق أ ج ؛ التي تقتضي بذل الجهد لدرك الحكم الشرعي الموافق لوجه الحق في مسألة معينة؛ والذي لا يكون منحصرًا في مذهب معين. وهو ما يدل على الاجتهاد في الفقه الإسلامي في أصوله وفروعه القديم منه والحديث بحيث لم يقصر المصدر على مذهب بعينه من مذاهب الفقه الإسلامي.

وتبدو مزية انفتاح المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري في كونه يندرج ضمن المنهجية المعاصرة التي ينصح بها لتقنين الفقه الإسلامي لضمان قدر من السعة والمرونة لإيجاد حلول صالحة للمشكلات العارضة باختلاف الظروف، وفتح المجال لاختيار الحلول الأفضل كملت دعت الحاجة وأظهر التطبيق العملي بعض المشكلات وذلك بالاستفادة من الاختلاف الفقهي الذي يعد مصدرا لثراء الفقه الإسلامي.

تعديل قانون الأسرة الجزائري وحقيقة مصدرية أحكام الشريعة الإسلامية: ¹²⁵

بناء على ما سلف ذكره وجب رفع اللبس بين تجديد الفقه الإسلامي الذي يعتبر ضرورة حضارية من خلالها يستطيع مواكبة مستجدات الحياة وإدارة شؤونها على

¹²⁴ المواد 169-172 من ق أ ج

¹²⁵ تفصيلا أوفي نظر للأستاذ مداخلة بعنوان دعاوى التجديد في قضايا المرأة وأثرها على مجلة الأحوال الشخصية التونسية وقانون الأسرة الجزائري. إلغاء واجب طاعة الزوج ومنع تعدد الزوجات عينتين _ ملتقى التجديد في قضايا المرأة المعاصرة، الملتقى الوطني، قسم العلوم الإسلامية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، مارس 2020.

مستوى الفرد والدولة، ودعاوى التجديد التي تدم التقليد، وهي في حقيقتها تسعى لمحاولة تغريب الفقه الإسلامي وتبديده.

ولقد اتخذ تجديد الفقه الإسلامي لواء من أجل تطويع الفقه الإسلامي لتقنيته على نهج مسابير للقوانين الغربية جريا وراء قاعدة تقليد المغلوب للغالب بسبب مازق التخلف الحضاري الذي تقبع فيه الأمة الإسلامية.

وظهر ذلك جليا من خلال الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الذي اعتبره البعض وصل حدّ المساس ببعض الثوابت في الفقه الإسلامي، كما هو الشأن مثلا لاعتبار واجب طاعة الزوج من رواسب الفقه الإسلامي التقليدي الذي أدى إلى إلغائه، وتجريد الزوج من عبء رئاسة العائلة. رغم أنه يجد سنده في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنِ اطَّعْتُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾¹²⁶

2- الثاني: اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا احتياطيا رئيسيا للقانون في سائر فروع القانون.

وذلك بموجب المادة 01 من القانون المدني الجزائري التي نصت على مصادر القانون الجزائري وقسمتها إلى قسمين مصادر أصلية وأخرى احتياطية، وتمثلت المصادر الأصلية في القانون المكتوب " يسري القانون بنصه أو فحواه" أما المصادر الاحتياطية التي يلجأ إليها القاضي عندما يعوزه نص في المسألة المعروضة أمامه فإنها تتمثل في مبادئ الشريعة الإسلامية، والعرف، ومبادئ العدالة، وقواعد القانون الطبيعي.

ويستخلص من هذا النص أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الاحتياطي الأول للتشريع الجزائري في كل فروع القانون الجزائري باستثناء القانون الجنائي المحكوم بقاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص وإن كان البعض يرى إمكانية التعويل على مبادئ الشريعة الإسلامية في نطاق الأفعال المبررة أو أسباب الإباحة كون حظر القياس في القواعد الجنائية يقتصر على التجريم والعقاب أما أسباب الإباحة فإنه يمكن أن يعتمد فيها على العرف ومبادئ الشريعة الإسلامية كما هو الشأن في التأديب

المشروع المنضبط للزوجة والولد، وختان الأولاد وغيرهما التي تجد سندها في الشريعة الإسلامية.¹²⁷

ويتقرر بموجب المادة 01 من القانون من القانون المدني الجزائري أن الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الاحتياطي الأول للقانون الجزائري تعتبر عند البعض مسألة من النظام العام لا يجوز الخروج عليها وعليه فإنها تسبق العرف وغيره من المصادر الاحتياطية الأخرى للقانون. وبناء عليه تحتل مبادئ الشريعة الإسلامية في جميع فروع القانون الجزائري المرتبة الأولى ضمن مصادر القانون الاحتياطية.

3- الثالث: اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا احتياطيا ثانويا في فرع خاص من فروع القانون.¹²⁸

لم يخرج القانون التجاري الجزائري عن القاعدة العامة في ترتيب مصادر القانون الجزائري الاحتياطية عند صدوره ولم يثر إي إشكال فيما يتعلق بكون مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الاحتياطي الرئيسي الأول للقانون التجاري. غير إن التعديل الذي أقحم على المواد الأولى من القانون التجاري بموجب مرسوم تشريعي العام 1993 والذي اختار فيه التعديل التذكير بمصادر القانون التجاري الجزائري مقدما العرف ومؤخرا مبادئ الشريعة الإسلامية أثار جدلا واسعا عن حقيقة هذا التعديل والغاية منه وإن كان يبدو من الناحية العملية أنه لا يرتب أي أثر في تأخير مبادئ التشريع الإسلامي كون الحياة التجارية في الغالب الأعم في الفقه الإسلامي تعتمد على العرف عدا المبادئ العامة كذلك المتعلقة بتحريم الربا ومنع التعامل به، وانقسم

¹²⁷ لا تنحصر مصادر الإباحة في قانون العقوبات، كما هو الشأن في خصوص التجريم والعقاب ففي نطاق الإباحة يجوز القياس وليس في ذلك تعطل لمبدأ الشرعية إذ لا يتعلق الأمر بتجريم فعل مباح. غير أن ما ورد في قانون العقوبات الجزائري بصدد تحديد أسباب التبرير – سالف الذكر – يحمل على القول بأن أسباب الإباحة وردت على سبيل الحصر لا المثال، وعليه فلا يجوز إضافة أي سبب آخر لهذه الأسباب، فلا يجوز القول بان حالة الضرورة مثلا هي بسبب من أسباب الإباحة.

ويندرج ما سلف ذكره في مصادر الإباحة من استعمال الحق في الفعل المأذون به:

لا تقتصر الحالات المقررة لممارسة أحد الحقوق المقررة على ما هو مقرر قانونا، بل تتسع لتشمل ما تقرره الشريعة الإسلامية والعرف فتدخل نطاق الأعمال المبررة، وأهم هذه الحقوق: حق التأديب، حق الأعمال الطبية، حق ممارسة بعض الألعاب الرياضية، ومن أمثلة أسباب الإباحة والتي ترجع لاستعمال الحق ومرددها العرف خرم الأم أذني ابنتها لتثبيت القرط، وختان الأطفال (مصدره السنة).

ينظر للأستاذ: محاضرات في التشريع الجنائي المقارن، سنة ثالثة شريعة وقانون نظام كلاسيكي، قسم العلوم الإسلامية، جامعة أدرار، 2006-2010، محاضرات في النظرية العامة للجريمة لطلبة السنة الثانية ل م د قسم الحقوق جامعة محمد البشير الإبراهيمي، 2012-2014.

¹²⁸ في هاتين المسألتين يرجع لمحاضرات في القانون التجاري للأستاذ، وعمور، عمار الوجيز في القانون التجاري وقانون الأعمال.

الجدل بشأن هذا النص الذي يحمل نية ظاهرة وصريحة للمساس بالمبادئ العامة المقررة في المادة 01 من القانون المدني الجزائري إلى رأيين بارزين:

الرأي الأول:

يرى بأن النص الذي ورد في القانون التجاري تجري عليه قاعدة: " الخاص يقيد العام" وعليه يعتبر العرف في نطاق التجارة مصدرا احتياطيا أولا سابقا للشريعة الإسلامية باعتبار أن تقديم العرف عن الشريعة الإسلامية ورد في نص خاص مستقل عن النص الذي ورد في الشرع العام وهو القانون المدني الذي استقل عن القانون المدني. والذي تم فيه التنصيص عن كون مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الاحتياطي الأول.

الرأي الثاني:

يرى هذا الرأي بأنه لا يمكن لأي تعديل قانوني في أي فرع من فروع القانون أن يمس بترتيب مصادر القانون الجزائري المقررة في المادة 01 من القانون المدني كونها قررت قاعدة عامة تسري على جميع فروع القانون، وأنه لا يمكن إعادة النظر في هذا الترتيب إلا من خلال المادة 01 من القانون المدني نفسه. وبناء عليه يعتبر هذا الرأي الإحالة على مبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرا احتياطيا أولا في القانون الجزائري من مسائل "**النظام العام**" التي لا يمكن المساس بها ولو بموجب تعديل في أي فرع من فروع القانون واعتبر أن لا أثر لهذا التعديل لمساسه بالنظام العام وطالبت بالتخلي عنه رفعا لكل لبس أو إشكال.

المحور الثاني

مصادر التشريع الإسلامي.

المحور الثاني

مصادر التشريع الإسلامي.

تمهيد:

قريباً من التقسيم الذي انتهجه المشرع الجزائري في تقسيمه لمصادر القانون إلى مصادر أصلية وأخرى احتياطية بموجب المادة 01 من القانون المدني الجزائري قسم الفقه الإسلامي مصادره إلى أصلية وأخرى تبعية.

وتتمثل المصادر الأصلية في القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع والقياس، وهي محل اتفاق بين جمهور الفقهاء، كما أنها مصادر تتميز بالثبات ولا تختلف باختلاف الزمان ولا المكان.

وأما المصادر التبعية للفقه الإسلامي فأنها لم تكن محل اتفاق كلها بين مختلف المدارس الفقهية حيث أخذت بها بعض المذاهب دون الأخرى كالأستحسان، والمصالح المرسلة، والعرف، والأستصحاب، وشرع من قبلنا، ذهب الصحابي، والمصالح المرسلة

فضلاً على أنها تتميز بالمرونة مما يجعلها قابلة للتطور والنمو، ونكتفي بدراسة أهم مصادر التشريع الإسلامي في محاولة للوقوف على منهج التشريع فضلاً على بيان بعض التطبيقات العملية للمصادر التبعية للفقه الإسلامي في التشريع الجزائري وإن لم يتم التصريح بالاعتماد عليها خاصة ما يتعلق بالفلسفة التي تنبني عليها كل من المصالح المرسلة وسدّ الذريعة.

أولاً: المصادر الأصلية للتشريع الإسلامي.

- اتفق جمهور الفقهاء على أن المصادر الأصلية للتشريع الإسلامي هي القرآن والسنة والإجماع والقياس، واستدلوا لذلك بقوله: ﴿يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول، وأولي الأمر منكم، فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله ورسوله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر، ذلك خير وأحسن تأويلاً﴾.¹²⁹
- فقوله تعالى: ﴿أطيعوا الله﴾ أي امتثلوا وأمره واجتنبوا نواهيه وهي ما جاء في القرآن الكريم من أوامر ونواه.
 - وقوله تعالى: ﴿وأطيعوا الرسول﴾ أي بما جاء عن الرسول، ونقله الصحابة من سنته عليه السلام من قول أو فعل أو تقرير.
 - وقوله: ﴿أولي الأمر منكم﴾ أي المجتهدون من أمتكم، فإذا اجتمع هؤلاء المجتهدون من أمة محمد -صلى الله عليه وسلم- كان اجتماع واجب الإلتباع.
 - وقوله تعالى: ﴿فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول﴾ أي إذا لم تجدوا حكماً لحادثة عرضت عليكم فردوها إلى ما يشبهها من حوادث أخرى جاءت في القرآن الكريم والسنة النبوية واشتركت الحادثتان في علة واحدة وهذا هو القياس.
- ونقوم بدراسة المصادر الأصلية للتشريع الإسلامي انطلاقاً من الترتيب الذي وردت به الآية الكريمة سالف الذكر؛ وهي: القرآن الكريم، والسنة النبوية الشريفة، والإجماع، والقياس.
- ثم ونحاول الوقوف على الاجتهاد الفقهي وآليات المعاصرة كونه ينبوع القوة الذي يستمد منه التشريع الإسلامي قدرته على الاستجابة لتطورات الحياة المعاصرة وما ينبثق معها من نوازل.

1- القرآن الكريم. 130**أ- تعريف القرآن الكريم:**

يعتبر القرآن الكريم المصدر الأول للتشريع الإسلامي، وهو أشهر من أن يعرف، ولكن جرت عادة الأصوليين بتعريفه وتحديدته ليتبين ما تجوز به الصلاة وما لا تجوز وما يكون به حجة في استنباط الأحكام وما لا ينهض به، وما يكفر جاحده وما لا يكفر. فذهب بعضهم لتعريف القرآن الكريم بأنه: "كلام الله تعالى المنزل على سيدنا محمد -صلى الله عليه وسلم- باللفظ العربي المنقول إلينا بالتواتر، والمكتوب بين دفتي المصحف المبدوء بسورة الفاتحة والمختوم بسورة الناس".

ب- خصائص القرآن الكريم:

ومن خلال التعريف الذي أورده علماء أصول الشريعة الإسلامية يمكن أن نقف على جملة من الخصائص التي يمتاز بها القرآن الكريم عن غيره من الكتب السماوية السابقة، وكذا السنة النبوية الشريفة من أهمها:

نزول القرآن الكريم باللسان العربي:

إن هذا الكتاب نزل باللسان العربي، وقد صرح القرآن نفسه بذلك في غير موضع كقوله تعالى: ﴿وإنه لتنزيل رب العالمين، نزل به الروح الأمين على قلبك لتكون من المنذرين، بلسان عربي مبين﴾¹³¹ وبهذا يمتاز عن غيره من الكتب السماوية السابقة لأنها نزلت بغير اللسان العربي.

المعنى واللفظ كلاهما لله تعالى في القرآن الكريم:

القرآن هو مجموع اللفظ العربي والمعنى المستفاد منه، فإن معان القرآن وألفاظه العربية كلاهما من عند الله، أما المعنى المستفاد وحده فليس بقرآن وعلى هذا فترجمة القرآن لا تسمى قرآناً، وإنما هي تفسيره، سواء في ذلك الترجمة في أخذ الأحكام ولما كانت معاني القرآن وألفاظه منزلة من عند الله تعالى تميز أيضاً عن الأحاديث الصادرة عن الرسول -صلى الله عليه وسلم-، سواء أحاديث قدسية أم نبوية، لأن معاني هذه الأحاديث ملهمة من عند الله ولفظها من عند الرسول إلا أنها تارة تكون منسوبة إلى الله، أو يأمر النبي بإسنادها إلى الله فتكون أحاديث قدسية وتارة ألا يكون الحديث منسوباً

¹³⁰ محمد حسين، مقبول، مرجع سابق، ص 25 حمادو، نذير، الوجيز في أدلة التشريع الإسلامي، مؤسسة ابن سينا، ط: 01، 2000، ص 28-30، وثابت عبد العزيز، محاضرات في علوم القرآن، لطلبة السنة أولى علوم إسلامية، جامعة الأمير عبد القادر، 1995-1996.

¹³¹ سورة الشعراء، الآية 192-195.

إلى الله تعالى ولا يؤمر الرسول بإسناده إلى الله تعالى، فيضاف إلى الرسول-صلى الله عليه وسلم-، ويسمى حديثاً نبوياً شريفاً.

نقل القرآن الكريم بالتواتر:

يمتاز القرآن الكريم بنقله إلينا بطريق التواتر كتابة ومشافهة من لدن رسول الله إلى الآن، والنقل عن طريق التواتر يفيد القطع واليقين بصحة المنقول، ومن ثم لم ينله أي تحريف أو تغيير، كانت نصوصه قطعية الثبوت بلا خلاف بين المسلمين، وبذلك يصدق قوله تعالى: ﴿إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون﴾¹³² وعلى هذا فما لم ينقل إلينا عن طريق التواتر لا يسمى قرآناً بالإجماع، فلا تصح الصلاة به.¹³³

كيفية نزول القرآن الكريم:

خلافًا للكتب السماوية السابقة نزل القرآن الكريم منجماً أي مجزأً بين مكة المكرمة والمدينة المنورة طيلة ثلاث وعشرين سنة، وهو ما أثار اعتراض المشركين على النبي -صلى الله عليه وسلم- فكان الجواب في القرآن الكريم نفسه في قوله تعالى: ﴿وقال الذين كفروا لولا نزل عليه القرآن جملة واحدة، كذلك لنثبت به فؤادك ورتلناه ترتيلاً﴾.¹³⁴

ويتبين من خلال هذا الجواب أن الغاية من نزول القرآن منجماً يمكن تلخيصها في:

تثبيت قلب الرسول -صلى الله عليه وسلم- :

وذلك باستمرار نزول القرآن آيات متفرقة لتبقى صلة هذا القلب العظيم مستمرة بالسماء مما تقوى عزيمة الرسول -صلى الله عليه وسلم- أمام اضطهاد الكفار وإيذائهم له ولأصحابه.

ترتيل القرآن:

في قوم أميين لا يحسنون القراءة والكتابة مما يسهل عليهم الحفظ، إذ لو نزل عليهم دفعة واحدة لصعب عليهم حفظه.

ويمكن أن نضيف بعض الحكم لنزول القرآن منجماً:

مراعاة التدرج في أحكام القرآن:

¹³² سورة الحجر، الآية 09.

¹³³ محمد حسين، مقبول، مرجع سابق، ص 26

¹³⁴ سورة الفرقان، الآية 32.

وهو من مميزات التشريع الإسلامي، إنه لم ينزل الحلال والحرام دفعة واحدة ليسهل تقبل الدين الجديد على المؤمنين به.

الانتقال من آيات العقيدة إلى آيات الأحكام:

وذلك من دعوة الناس إلى الإيمان بالله إلى تشريع آيات الأحكام التي تفصل أحكام الإسلام في المعاملات وبقية شؤون الحياة.

التشريع حسب الحوادث والتساؤلات:

لا شك أن نزول الآية إثر حادثة معينة يسهل على الصحابة حفظ هذه الأحكام التي وصلت إلينا عن طريقهم، ولهذا كان علم أسباب النزول من أهم العلوم القرآنية في فهم أحكام القرآن الكريم.¹³⁵

المكي والمدني من القرآن الكريم:

نزل القرآن الكريم منجما حسب الحوادث والوقائع ولم ينزل دفعة واحدة، وبما أن عصر الرسالة النبوية نشأ في مكة ثم انتقل إلى المدينة بهجرة الرسول إليها، فالقرآن الذي نزل على رسول الله-صلى الله عليه وسلم- في مكة سمي مكيًا، والذي نزل في المدينة سمي مدنيًا، على أن للعلماء ثلاثة آراء في المعيار الذي يميز به القرآن المكي من القرآن المدني:

- **معيار المكان:** أن القرآن المكي ما نزل بمكة، والقرآن المدني ما نزل بالمدينة.
- **معيار الزمان:** أن القرآن المكي ما نزل قبل الهجرة، والقرآن المدني ما نزل بعد الهجرة وإن كان بمكة وهو المشهور.
- **معيار الخطاب:** أن القرآن المكي ما وقع خطابا لأهل مكة، والقرآن المدني ما وقع خطابا لأهل المدينة.

مميزات المكي والمدني من القرآن:

يذكر المختصون في علوم القرآن الكريم بغض الخصائص لتمييز القرآن المكي من القرآن المدني بعضها غير قطعية والأخرى قطعية.

الخصائص غير القطعية:

✓ إن الآيات التي نزلت في مكة كانت غالبًا ما تكون قصيرة، ليسهل على المؤمنين حفظها بخلاف الآيات المدنية، فإن طويلة حيث استقر الإيمان وزاد عدد المؤمنين مما يستطاع معهم حفظ الآيات.

✓ إن صيغة الخطاب في المكي تكون غالبا: "يا أيها الناس"، وتارة "يا بني آدم"، لأن الخطاب في مكة كان موجها للناس جميعا لدعوتهم إلى الإيمان في بدء الدعوة أما بعد الإيمان والهجرة إلى المدينة، فقد تغيرت صيغة الخطاب فأصبح النداء في قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا".

الخصائص القطعية:

كما مثلت الهجرة النبوية حدًا فاصلا بين عهدين عهد الدعوة في مكة المكرمة، وعهد الدولة في المدينة المنورة فإنها كذلك شكلت حدا بين خطابين أو أسلوبين للقرآن الكريم حسب ما تحتاجه كل مرحلة لذا يمكن القول بأن الخطاب القرآني في مكة المكرمة هو خطاب الدعوة إلى الله، وأن الخطاب القرآني في المدينة هو خطاب الدولة. ولعل من أهم الخصائص القطعية للقرآن المدني الذي يتعلق بتأسيس دولة المدينة ما يأتي ذكره:

✓ **الحديث عن ظاهرة النفاق:** تعتبر من أصعب التحديات التي واجهت دولة النبي - صلى الله عليه وسلم- في المدينة المنورة لذلك تولى القرآن الكريم بيان أمرهم وطبائعهم وخطرهم المحقق بالدولة الفتية فكل آية أو سورة تتحدث عن المنافقين قطعاً هي من القرآن المدني.

✓ **الحديث عن أهل الكتاب:** بسبب مجاورتهم للنبي النبي -صلى الله عليه وسلم- في المدينة المنورة فكل الآيات التي تتحدث عن اليهود أو النصارى قطعاً من القرآن المدني

✓ **الاهتمام بالتشريع في مختلف فروع القانون العام والخاص:** تحتاج الدولة لتشريعات تضبط السلوك وتحدد العلاقات فيما بين الأفراد أو بين الأفراد والسلطة أو بين الدولة وغيرها من الدول لذلك يعتبر قطعاً من القرآن المدني كل الآيات المتعلقة بالتنظيم القانوني في دولة المدينة في نطاق الأحوال الشخصية (الفرائض الزواج الطلاق)، أو في نطاق التشريع العقابي (حدود قصاص)، أو المتعلقة بالعلاقات الدولية (القتال والسلم والعهود الدولية).

ج- خصائص التشريع الإسلامي في القرآن الكريم: 136

من أهم الأسس التي يرتكز عليها التشريع في القرآن الكريم التي تكون حافزا لتلقي المكلف له بالقبول وعاملا لاستمراره وبقائه ما يأتي:

التدرج في التشريع:

سلك القرآن الكريم منهاجا حكيما مع العرب الذين تجذرت فيهم بعض الطباع والعادات لحملهم على هجرانها دون عناد ومن أهم ذلك منهجه في التدرج في تحريم الخمر، فقد سلكت النصوص القرآنية منهج التدرج في تحريمه، لكثرة شيوعها وشغف العرب بها في الجاهلية. تبعا للمراحل الأربعة الآتية:

* فقد بدأ القرآن الكريم التلميح إلى قبحها ببيان الفرق بين الرزق الحسن الطيب والسكر في قوله تعالى: ﴿وَمِنْ ثَمَرَاتِ النَّخِيلِ وَالْأَعْنَابِ تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا وَرِزْقًا حَسَنًا إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَةً لِقَوْمٍ يَعْقِلُونَ﴾.¹³⁷

* ولقد كانت هذه الآية توطئة لما نزل بعدها من الآيات التي عمدت إلى بيان ضرر الخمر، وإفساده لصلاة المسلم، فقد جاء الجواب في آية البقرة عن الخمر بقوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾.¹³⁸

* ثم تلتها آية النساء التي نهت السكران قرب الصلاة لأنه لا يدرك أقواله وأفعاله فيها لتغطية الخمر على عقله، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾.¹³⁹

* وأخيرا انتهى الأمر إلى التحريم القاطع في آية المائدة التي بينت علة التحريم، مظهرة آثار الخمر الضارة على الفرد والمجتمع من خلال قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رَجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تَفْلَحُونَ إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ﴾.¹⁴⁰

رفع الحرج:

* تتبع أحكام الشريعة الإسلامية كلها قائمة على رفع الحرج، وكل التكاليف روعي فيها التخفيف والتيسير على المكلفين، وليس المقصود برفع الحرج انتفاء أصل المشقة، إذ هذه الأخيرة لا تنفك عن أصل التكليف وهي ملازمة له لكنها مشقة معتادة، وإنما المشقة المقصودة التي ترفعها الشريعة الإسلامية هي تلك المشقة الزائدة التي تضيق بها الصدور وتؤثر على المرء في دينه وماله يشهد لذلك عديد

¹³⁷ - سورة النحل، الآية: 67.

¹³⁸ - سورة البقرة، الآية: 219.

¹³⁹ - سورة النساء، الآية: 43.

¹⁴⁰ - سورة المائدة، الآية:

النصوص الشرعية التي تؤصل للتيسير وتنبذ التشديد والتعسير منها قوله تعالى
(يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر)¹⁴¹.

تقليل التكاليف:

قلة التكاليف نتيجة لازمة لعدم الحرج فكثرة التكاليف سبب الحرج فجميع الأوامر والنواهي التي في القرآن الكريم جاءت وسطا لا إفراط ولا تفريط لذلك توجد مساحة واسعة في التشريع الإسلامي تسمى منطقة المسكوت عنه أو مرتبة العفو تعتبر من مظاهر التخفيف والرحمة على العباد¹⁴² مصدقا لقوله تعالى: ﴿يأيتها الذين آمنوا لا تسألوا عن أشياء إن تبد لكم تسؤكم ، وإن تسألوا عنها حين ينزل القرآن تبد لكم عفا الله عنها، والله غفور رحيم، قد سألها قوم قبلكم ثم أصبحوا بها كافرين﴾.¹⁴³ وقوله -صلى الله عليه وسلم-: ﴿أعظم المسلمين جرما من سأل عن شيء لم يحرم على المسلمين فحرم عليهم من أجل مسألته﴾.¹⁴⁴

مسايرة أحكامه لمصالح الناس:

تبدو لنا مراعاة مصالح الناس في التشريع الإسلامي في كثير من أمور المعاملات حين توسع الشارع الحكيم في بيان علل الأحكام الشرعية وفي مسايرة الأعراف فيما لا نص فيه.

والمصلحة أساس التشريع الإسلامي يقول صاحب المستصفي في ذلك: " ومقصود الشرع من الخلق خمسة، هو أن يحفظ عليهم دينهم، وأنفسهم، وعقلهم، ونسلهم، ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول فهو مصلحة، وما كل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة، ودفعها مصلحة... وهذه الأصول حفظها واقع في رتبة الضرورات، فهي أقوى المراتب في المصالح، ومثاله قضاء الشرع بقتل الكافر المضل، وعقوبة المبتدع الداعي إلى بدعة، فإن هذا يفوت على الخلق دينهم، وقضاؤه بإيجاب القصاص إذ به حفظ النفوس، وإيجاب حد الشرب إذ به حفظ العقول التي هي ملاك التكليف، وإيجاب حد الزنا إذ به حفظ الأنساب، وزجر السراق إذ به حفظ الأموال التي هي معاش الخلق وهم مضطرون إليها، وتحريم تفويت هذه الأمور الخمسة والزجر عنها يستحيل ألا تشتمل

141- سورة البقرة، الآية:185.

142 يوسف صلاح الدين، العفو عند الأصوليين والفقهاء، دراسة تأصيلية تطبيقية لمرتبة العفو عند الإمامين ابن تيمية والشاطبي، دار النوادر، ط:1429، 1 هـ، 2008م، ص

143- سورة المائدة، الآية:101-102.

144النسائي كتاب مناسك الحج، باب وجوب الحج.

عليه ملة من الملل، وشريعة من الشرائع التي أريد بها إصلاح الخلق، ولذا لم تختلف الشرائع في تحريم الكفر، والقتل، والزنا، والسرقه، وشرب المسكر".¹⁴⁵

¹⁴⁵- أبو حامد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، المطبعة الأميرية، 1322هـ، ص: (288-287/1).

الدليل الثالث: السنة النبوية¹⁴⁶

تمهيد

تعتبر السنة النبوية المصدر الثاني من مصادر التشريع الإسلامي الأصلية بعد القرآن الكريم وهي تمثل التطبيق العملي للوحي الإلهي في حياة الرسول ﷺ، كما تُعدّ البيان التفسيري لما جاء في القرآن الكريم من أحكام ومعاني، وتكمّله بما لم يُذكر فيه نصًّا. فلا يمكن فهم التشريع الإسلامي فهمًا صحيحًا دون الرجوع إلى السنة النبوية، لأنها تُبيّن المنهج التطبيقي للإسلام في العبادات والمعاملات وسائر شؤون الحياة. وتشتمل السنة النبوية كثرة الفروع، وزيادة التفصيل، ودقة التنظيم التشريعي؛ لأنها جاءت شارحة للقرآن الكريم، ومفصلة لقواعده الكلية التي جاءت في محكم آياته ولذا يتحتم علينا الاعتماد عليها، والاهتداء بنورها، والاستعانة بها على فهم كتاب الله تعالى. وونتاول بالدراسة تعريفها وبيان أنواعها. وحجيتها ثم مكانتها في التشريع الإسلامي

أولاً: تعريف السنة النبوية:

1. تعريف السنة النبوية لغة:

تطلق السنة في اللغة العربية على الطريقة المعتادة سواء كانت محمودة أم مذمومة. وبهذا المعنى جاء معنى السنة في الحديث الشريف: ﴿من سن في الإسلام سنة حسنة فله أجرها وأجر من عمل بها إلى يوم القيامة، ومن سن في الإسلام سنة سيئة فله وزرها ووزر من عمل بها إلى يوم القيامة﴾.¹⁴⁷

ويستفاد من الحديث أن السنة في اللغة لا يمكن تقييدها بالطريقة المحمودة كما ذهب لذلك الخطابي وإن كان يشفع لها حين يطلق مصطلح السنة ويراد بها سنة النبي الرسول -صلى الله عليه وسلم-¹⁴⁸

ومنه قول الشاعر نصيب بن رباح

كأنّي سنّنت الحُب أول عاشقٍ من الناس إذ أحببت من بينهم وحيدي

هذا البيت من الشعر يُستشهد به لتوضيح معنى كلمة "سننت" أي "ابتكرت أو سننت" الشيء وجعلته سنة أو عادة. يصف الشاعر في البيت شعوره بأنه أول من أحب في عصره وأن حبه كان ابتكاراً لم يسبقه إليه أحد.

2. تعريف السنة النبوية اصطلاحاً:

¹⁴⁶ حمادو، نذير، مرجع سابق، ص 69 وبعدها، محمد، مقبول حسين، مرجع سابق، ص 45 وما بعدها.

¹⁴⁷ رواه مسلم

¹⁴⁸ رباح بن غريب، المدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2007 ص 101

وتطلق السنة في اصطلاح علماء الأصول: " كل ما صدر عن الرسول -صلى الله عليه وسلم- من قول أو فعل أو تقرير" ¹⁴⁹

ثانيا: أنواع السنة النبوية:

من خلال التعريف السابق يتبين أن السنة النبوية أنواع ثلاثة هي:

سنة قولية: وهي الأقوال التي أثرت عن الرسول -صلى الله عليه وسلم- في مختلف الأغراض والمناسبات مثل قوله -صلى الله عليه وسلم- فيما رواه أنس بن مالك بن النضر رضي الله تعالى عنه-: "أن الرُّبِيع كسرت ثنية جارية، فطلبوا الأرش فأبوا، فأتوا النبي صلى الله عليه وسلم- فأمرهم بالقصاص، وقال:-. لأنس بن النضر: ﴿ كتاب الله القصاص ﴾، جوابا له لما قال للنبي صلى الله عليه وسلم-: "والذي بعثك بالحق لا تكسر ثنية الرُّبِيع" ¹⁵⁰.

ويتأكد من خلال السنة القولية في هذا الحديث مشروعية القصاص في جرائم الاعتداء على سلامة الجسم عدوانا ، من خلال قوله تعالى: ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾ ¹⁵¹.

سنة فعلية:

هي الأفعال التي أثرت الرسول -صلى الله عليه وسلم- مثل أدائه الصلاة بهيئاتها وأركانها، وأدائه مناسك الحج، وقضائه بشاهد ويمين المدعي ومن أمثلة السنن الفعلية المؤكدة: الأذان، وصلاة الوتر، وصلاة العيدين، وصلاة الكسوف، والعمرة، وطواف الوداع، والغسل للجمعة، والأضحية، والعقيقة، .

سنة تقريرية:

هي ما أقره الرسول -صلى الله عليه وسلم- مما صدر عن بعض أصحابه من قول أو فعل بسكوته وعدم إنكاره أو بموافقتة وإظهار استحسانه كما في حديث ابن عمر رضي الله عنهما ، قال النبي -صلى الله عليه وسلم- لنا لما رجع من الأحزاب لا يصلين أحد العصر إلا في بني قريظة. فأدرك بعضهم العصر في

¹⁴⁹ وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ط01، 1996، ج1، ص450
¹⁵⁰ - الخاري، ك: تفسير القرآن، ب: قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ ﴾، وأبو داود، ك: الديات، ب: القصاص في السن.
¹⁵¹ - سورة المائدة، الآية:45.

الطريق فقال بعضهم لا نصلي حتى نأتيها، وقال بعضهم بل نصلي، لم يرد منا ذلك فذكر للنبي -صلى الله عليه وسلم- فلم يعنف واحدا منهم.¹⁵² والملاحظ أن النبي -صلى الله عليه وسلم- لم ينكر على كلا الفريقين وأقرا صنيعهما لأن بعض الصحابة فهموا الأمر على ظاهره فلم يصلوا العصر حتى وصلوا بني قريظة، بينما صلى البعض في الطريق معتبرين أن القصد هو التعجيل.

وعدم إنكار النبي ﷺ على أي من الفريقين، فيه إقرار لجواز الاجتهاد في فهم النصوص الشرعية.

وهذا شاهد لآخر للسنة التقريرية لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن خالد بن الوليد رضي الله عنه أكل لحم الضب بحضرة النبي ﷺ، ولم يأكله النبي ولكنه لم يُنكره، فقال خالد: "أحرام هو؟" فقال النبي ﷺ: "لا، ولكنه لم يكن بأرض قومي فأجذني أعافه"¹⁵³ (رواه البخاري ومسلم) وفي هذا دليل على جواز أكل الضب، لأن النبي ﷺ لم يُنكره رغم أنه لم يأكله.

ومن أهم الشواهد للسنة التقريرية ما حدث في غزوة ذات السلاسل حينما أصيب عمرو بن العاص - رضي الله عنه - بجناية من أثر احتلام، فتيمم وصلى بأصحابه، فلما قدموا على رسول الله - صلى الله عليه وسلم - سألهم عن أحوالهم في سريرتهم، فأخبروه بما كان من أمر عمرو بن العاص - رضي الله عنه - واحتلامه، وتيممه وصلاته من غير اغتسال، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : "يا عمرو، صليت بأصحابك وأنت جنب؟!، قال: قلت: نعم يا رسول الله، إني احتلمت في ليلة باردة شديدة البرد، فأشفقت إن اغتسلت أن أهلك ، وذكرت قول الله - عز وجل "وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا"¹⁵⁴، فتيممت ثم صليت، فضحك رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ولم يقل شيئاً"¹⁵⁵

استنبط العلماء من ضحك النبي - صلى الله عليه وسلم - إقراره لفعل عمرو - رضي الله عنه - : أن التيمم يقوم مقام الغسل بالنسبة للجنب مع وجود الماء إذا خشي أن يؤدي استخدام الماء إلى الضرر، فلقد تيمم عمرو بن العاص - رضي الله عنه - لما أصبح جنباً مع وجود الماء معه وصلى بأصحابه، وأقره النبي - صلى الله عليه وسلم -

¹⁵² رواه البخاري في صلاة الخوف.

¹⁵³ رواه البخاري ومسلم.

¹⁵⁴ النساء الآية: 29

¹⁵⁵ رواه البخاري وأبو داود .

ولم ينكر عليه ذلك الفعل.
وقد ذكر البخاري هذا الموقف في صحيحه وبوب عليه في كتاب التيمم: " باب إذا خاف الجنب على نفسه المرض، أو الموت، أو خاف العطش تيمم. "
وخلاصة القول إن السنة التقريرية تدل على جواز الفعل الذي أقره النبي ﷺ بسكوته وعدم إنكاره، وهي تُعدّ حجة شرعية تُستدل بها في الأحكام الفقهية.

ثالثاً: حجية السنة النبوية ومكانتها في التشريع الإسلامي¹⁵⁶

للسنة النبوية مكانة عظيمة في التشريع الإسلامي، فهي الأصل الثاني بعد القرآن الكريم، والتطبيق العملي لما جاء فيه، وهي الكاشفة لغوامضه، المجلية لمعانيه، الشارحة لألفاظه ومبانيه، وإذا كان القرآن قد وضع القواعد والأسس العامة للتشريع والأحكام، فإن السنة قد عنيت بتفصيل هذه القواعد، وبيان تلك الأسس، وتفريع الجزئيات على الكليات، ولذا فإنه لا يمكن للدين أن يكتمل ولا للشريعة أن تتم إلا بأخذ السنة جنباً إلى جنب مع القرآن، وقد جاءت الآيات المتكاثرة والأحاديث المتواترة أمره بطاعة الرسول - صلى الله عليه وسلم -، والاحتجاج بسنته والعمل بها، إضافة إلى ما ورد من إجماع الأمة وأقوال الأئمة في إثبات حجيتها ووجوب الأخذ بها.

1. حجية السنة النبوية من القرآن الكريم

دلت عدة آيات من القرآن الكريم على حجية السنة، ووجوب متابعة النبي - صلى الله عليه وسلم -، ومن ذلك:

أ. الآيات المصرحة بوجوب طاعة الرسول - صلى الله عليه وسلم - :

أكدت عديد من الآيات القرآنية على وجوب طاعة رسول الله واتباعه - صلى الله عليه وسلم -، والتحذير من مخالفته وتبديل سنته، وأن طاعته طاعة الله، كقوله سبحانه: "يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول ولا تبطلوا أعمالكم¹⁵⁷، وقوله تعالى: (من يطع الرسول فقد أطاع الله ومن تولى فما أرسلناك عليهم حفيظاً)¹⁵⁸، وقوله (وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا واتقوا الله إن الله شديد العقاب)¹⁵⁹

ب. الآيات المرتبة للإيمان على طاعة رسوله - صلى الله عليه وسلم¹⁶⁰

¹⁵⁶ تفصيلاً يرجع: محمد مصطفى أحمد شعيب، حجية السنة النبوية ومكانتها في التشريع الإسلامي، مجلة الشهاب، المجلد7، عدد1، 2021، ص ص33-56.

¹⁵⁷ سورة محمد الآية:33

¹⁵⁸ سورة النساء: 80

¹⁵⁹ سورة الحشر الآية:7

¹⁶⁰ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج1، ص456

يترتب الإيمان على طاعة رسوله - صلى الله عليه وسلم والرضا بحكمه ،
والتسليم لأمره ونهيه كقوله تعالى: (وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله
أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم ومن يعص الله ورسوله فقد ضلّ ضلالاً
مبيناً)¹⁶¹ ، وقوله سبحانه: (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا
يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً)¹⁶² ، وقوله (إنما كان قول
المؤمنين إذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم أن يقولوا سمعنا وأطعنا وأولئك هم
المفلحون)¹⁶³

ت. الآيات المينة أن السنة في مجملها وحي من الله عز وجل:

وأن الرسول - صلى الله عليه وسلم - لا يأتي بشيء من عنده فيما يتعلق بالتشريع ،
وأن ما حرم رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بسنته مثل ما حرم الله في كتابه ،
كقوله سبحانه (ولو تقول علينا بعض الأقاويل لأخذنا منه باليمين ثم لقطعنا منه
الوتين فما منكم من أحد عنه حاجزين)¹⁶⁴ ، وقوله جل وعلا (قاتلوا الذين لا يؤمنون
بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من
الذين أتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون)¹⁶⁵ ، وقوله جل
وعلا (الذين يتبعون الرسول النبي الأمي الذي يجدونه مكتوباً عندهم في التوراة
والإنجيل يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنكر ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم
الخبائث ويضع عنهم إصرهم والأغلال التي كانت عليهم)¹⁶⁶

ث. الآيات الدالة على أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - مبين للكتاب وشارح له

وأنه يعلم أمته الحكمة كما يعلمهم الكتاب ، ومنها قوله تعالى: (وأنزلنا إليك الذكر
لتبين للناس ما نزل إليهم ولعلمهم يتفكرون)¹⁶⁷ ، وقوله (وما أنزلنا عليك الكتاب إلا
لتبين لهم الذي اختلفوا فيه وهدى ورحمة لقوم يؤمنون) وقوله: (لقد مَنَّ الله على
المؤمنين إذ بعث فيهم رسولاً من أنفسهم يتلو عليهم آياته ويزكيهم ويعلمهم الكتاب
والحكمة وإن كانوا من قبل لفي ضلال مبين)¹⁶⁸ ، وقد ذهب أهل العلم والتحقيق إلى
أن المراد بالحكمة سنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ، قال الإمام الشافعي -

¹⁶¹ سورة الأحزاب الآية: 36

¹⁶² سورة النساء، الآية: 65

¹⁶³ سورة الأحزاب الآية: 36

¹⁶⁴ سورة الحاقة الآية: 44-47

¹⁶⁵ سورة التوبة الآية: 29

¹⁶⁶ سورة الأعراف الآية: 157

¹⁶⁷ سورة النحل الآية: 44

¹⁶⁸ سورة آل عمران الآية: 164

رحمه الله - في الرسالة في باب فرض طاعة الرسول : " فذكر الله الكتاب وهو القرآن ، وذكر الحكمة ، فسمعت مَنْ أَرْضَى - مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ بِالْقُرْآنِ - يَقُولُ: الْحِكْمَةُ سُنَّةُ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَهَذَا يَشْبَهُ مَا قَالَ - وَاللَّهُ أَعْلَمُ - لِأَنَّ الْقُرْآنَ ذُكِرَ ، وَأُتْبِعَتْهُ الْحِكْمَةُ ، وَذَكَرَ اللَّهُ مَتَّهَ عَلَى خَلْقِهِ : بِتَعْلِيمِهِمُ الْكِتَابَ وَالْحِكْمَةَ ، فَلَمْ يَجْزِ - وَاللَّهُ أَعْلَمُ - أَنْ يُقَالَ الْحِكْمَةُ هُنَا إِلَّا سُنَّةَ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَذَلِكَ أَنَّهَا مَقْرُونَةٌ بِالْكِتَابِ ، وَأَنَّ اللَّهَ افْتَرَضَ طَاعَةَ رَسُولِهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - ، وَحَتَمَ عَلَى النَّاسِ اتِّبَاعَ أَمْرِهِ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يُقَالَ لِقَوْلِ : فَرَضَ . إِلَّا لِكِتَابِ اللَّهِ ثُمَّ سُنَّةِ رَسُولِهِ : لَمَا وَصَفْنَا مَنْ أَنَّ اللَّهَ جَعَلَ الْإِيمَانَ بِرَسُولِهِ مَقْرُونًا بِالْإِيمَانِ بِهِ ... " 169

2. حجية السنة النبوية في الأحاديث النبوية: 170

ورد في السنة النبوية ما يدل دلالة قاطعة على حجية السنة ولزوم العمل بها ، ومن ذلك :

-الأحاديث التي يبين فيها - صلى الله عليه وسلم - بأنه قد أوحى إليه القرآن وغيره ، وأن ما بينه وشرعه من الأحكام فإنما هو بتشريع الله تعالى له ، وأن العمل بالسنة عمل بالقرآن ، وأن طاعته طاعة لله ، ومعصيته معصية لله جل وعلا ، كقوله - صلى الله عليه وسلم (يوشك الرجل متكئاً على أريكته يحدث بحديث من حديثي فيقول : بيننا وبينكم كتاب الله عز وجل ، فما وجدنا فيه من حلال استحللناه ، وما وجدنا فيه من حرام حرمانه ، ألا وإن ما حرم رسول الله - صلى الله عليه وسلم - مثل ما حرم الله" 171

-الأحاديث التي يأمر فيها عليه الصلاة والسلام بالتمسك بسنته وأخذ الشعائر والمناسك عنه ، واستماع حديثه وحفظه وتبليغه إلى من لم يسمعه ، وينهى عن الكذب عليه ، ويتوعد من فعل ذلك بأشد الوعيد ، كقوله : " تركت فيكم شيئين لن تضلوا بعدهما كتاب الله وسنتي ولن يتفرقا حتى يردا علي الحوض " 172 ، وقوله : «فعلیکم بسنتي وسنة الخلفاء المهديين الراشدين ، تمسکوا بها وعضوا علیها بالنواجذ» 173 ، وقوله : "صلوا كما رأيتموني أصلي" 174 ، وقوله : "نصر الله امرءاً سمع مقالتي فوعاها وحفظها وبلغها

169 الإمام الشافعي، الرسالة، تحقيق أحمد محمد شاكر، دار التراث، القاهرة، ص ص 78-79

170 محمد مصطفى أحمد شعيب، مرجع سابق، ص ص 33-56.

171 رواه ابن ماجه

172 رواه البيهقي وغيره

173 رواه أبو داود

174 رواه البخاري

، فرب حامل فقه إلى من هو أفقه ..¹⁷⁵ ، وقوله : "إن كذبا علي ليس ككذب علي أحد ، من كذب علي متعمدا فليتبوأ مقعده من النار"¹⁷⁶

3. حجية السنة من إجماع الصحابة¹⁷⁷

وعلى ذلك كان عمل الصحابة رضي الله عنهم من الاحتجاج بسنته - صلى الله عليه وسلم - والاقتراء بهديه ، وامتنال أوامره ، والرجوع إليه في الدقيق والجليل ، فكانوا أحرص الخلق على ملاحظة أقواله وأفعاله وحفظها والعمل بها ، وبلغ من اقتدائهم أنهم كانوا يفعلون ما يفعل ويتركون ما يترك ، من دون أن يعلموا لذلك أي سبب أو حكمة كما روى البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : " اتخذ رسول الله - صلى الله عليه وسلم - خاتماً من ذهب فاتخذ الناس خواتيم من ذهب ، ثم نبذه النبي - صلى الله عليه وسلم - وقال : "إني لن ألبسه أبداً، فنبذ الناس خواتيمهم"¹⁷⁸ .

وروى أبو داود عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال : " بينما رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يصلي بأصحابه إذ خلع نعليه فوضعهما عن يساره ، فلما رأى ذلك القوم ألقوا نعالهم ، فلما قضى صلاته قال : ما حملكم على إلقائكم نعالكم ، قالوا : رأيناك ألقيت نعليك فألقينا نعالنا ، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم : «إن جبريل أتاني فأخبرني أن فيهما قدراً»"¹⁷⁹ .

¹⁷⁵ رواه الترمذي وغيره

¹⁷⁶ البخاري

¹⁷⁷ . وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج1، ص ص456-457

¹⁷⁸ رواية البخاري

¹⁷⁹ رواه أبو داود

الدليل الثالث: الإجماع

تمهيد:

تأتي الحاجة الماسة إلى الحكم على القضايا الجديدة، بعد وفاة النبي ﷺ سببا رئيسا في نشوء في فكرة الإجماع عن طريق الاجتهاد الجماعي احتياطيا في الدين، وتقسيما للمسؤولية على جماعة المجتهدين خشية تعثر الاجتهاد الفردي.¹⁸⁰

أولا: تعريف الإجماع

1. تعريف الإجماع لغة:

لفظ الإجماع معناه في اللغة العربية العزم ومنه قوله تعالى: {فَأَجْمَعُوا أَمْرَكُمْ وَشُرَكَاءَكُمْ} ¹⁸¹ أي: اعزموا عليه. وسمي اتفاق المجتهدين إجماعا؛ لأن اتفاقهم على حكم تصميم عليه

ومن معانيه لغة: الاتفاق يقال أجمع القوم على هذا أي اتفقوا عليه والفرق بين المعنيين أن العزم يوجد من الواحد والأكثر، أما الاتفاق فلا يوجد إلا من أكثر من واحد؛ لأن الواحد لا يتفق مع نفسه.¹⁸²

2. تعريف الإجماع اصطلاحا:

عرف محمد الأمين الشنقيطي الإجماع بأنه: «اتفاق علماء العصر من أمة محمد صلى الله عليه وسلم بعد وفاته على أمر من أمور الدين»
يمكن القول بأن الاجماع في اصطلاح الأصوليين: " اتفاق جميع مجتهدي المسلمين بعد وفاة النبي محمد ﷺ على حكم شرعي في عصر من العصور"
يتبين من هذا التعريف تقييد الإجماع بالقيود الواردة تباعا:

- أنه خاص بالمجتهدين فقط دون غيرهم ،
- وأنه خاص ويشمل الأمة الإسلامية دون غيرها،
- وأنه يكون بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم،
- وأنه متعلق بحكم شرعي اجتهادي.¹⁸³
- وأن يكون الاتفاق بين مجتهدي عصر واحد.¹⁸⁴

¹⁸⁰ رابح بن غريب، مرجع سابق، ص 142

¹⁸¹ سورة يونس، الآية: 71

¹⁸² نذير حمادو، مرجع سابق، ص 95

¹⁸³ محمد حسنين مقبول، مرجع سابق، ص 55 ، ومحمد الأمين الشنقيطي مذكرة في أصول الفقه، ط: دار

الإتقان الإسكندرية، ص 169

¹⁸⁴ نذير حمادو، مرجع سابق، ص 97

ثانياً: حجية الإجماع الأصولي

وردت أدلة من الكتاب والسنة تدل على اعتبار إجماع الكلمة من أهل الرأي والعلم حجة في إثبات الأحكام الفقهية، وهذا المصدر يلي السنة النبوية في ترتيب مصادر التشريع الإسلامي الأصلية.¹⁸⁵

1. دليل حجية الإجماع من القرآن الكريم

قوله تعالى: "وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصَلِّهِ جَهَنَّمَ ۖ وَسَاءَتْ مَصِيرًا".¹⁸⁶

وجه الاستدلال أن الله تعالى توعّد من خالف سبيل المؤمنين، واتبع سواه حرام فدلّت الآية أن اتباع سبيلهم واجب، ومن يخالفهم ويقرر نقيض رأيهم لا يكون متبعا سبيلهم، لذلك يقتضي اتباع ما وقع عليه الإجماع، فيكون الإجماع بناء على هذا حجة يجب الأخذ بها في استنباط الأحكام الشرعية.¹⁸⁷

2. دليل حجية الإجماع من السنة النبوية الشريفة:

دلت الآثار الثابتة عن النبي ﷺ على التزام الجماعة التي لا تجتمع على ضلالة، وبأن ما رآه المسلمون حسن فهو حسن، مع أن لزوم الجماعة هو اتباع ما اتفقت عليه وقد روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (إِنَّ اللَّهَ لَا يَجْمَعُ أُمَّتِي عَلَىٰ ضَلَالَةٍ ، وَيَدُ اللَّهِ مَعَ الْجَمَاعَةِ).¹⁸⁸

والمقصود من هذا الحديث أن الله عصم علماء أمة محمد صلى الله عليه وسلم من الاجتماع على أمر باطل. وهذه العصمة إنما هي لجميع علماء الأمة في أي عصر من العصور ، وأما اتفاق بعضهم أو أكثرهم على أمر ما فليس بمعصوم من الخطأ . قَالَ أَبُو عِيسَى الترمذي في سننه : " وَتَفْسِيرُ الْجَمَاعَةِ عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ : هُمْ أَهْلُ الْفِقْهِ وَالْعِلْمِ وَالْحَدِيثِ . "

ثالثاً: أركان الإجماع.

ورد في تعريف الإجماع أنه: اتفاق جميع المجتهدين من المسلمين في عصر على حكم شرعي، ومن هذا يؤخذ أن أركان الإجماع التي لا ينعقد شرعا إلا بتحققها أربعة:

¹⁸⁵ مصطفى أحمد الزرقاء ، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط2004، 02، ج1، ص77

¹⁸⁶ سورة النساء : الآية 115

¹⁸⁷ راجع بن غريب، مرجع سابق، ص149

¹⁸⁸ رواه الترمذي في سننه وحسنه الألباني.

1. **الركن الأول:** أن يوجد في عصر وقوع الحادثة عدد من المجتهدين؛ لأن الاتفاق لا يتصور إلا في عدة آراء يوافق كل رأي منها سائرهما، فلو خلا وقت من وجود عدد من المجتهدين، بأن لم يوجد فيه مجتهد أصلاً أو وجد مجتهد واحد، لا ينعقد فيه شرعاً إجماع، ومن هذا الإجماع في عهد الرسول؛ لأنه المجتهد وحده.

2. **الركن الثاني:** أن يتفق على الحكم الشرعي في الواقعة، جميع المجتهدين من المسلمين في وقت وقوعها، بصرف النظر عن بلدهم أو جنسهم أو طائفتهم، فلو اتفق على الحكم الشرعي في الواقعة، مجتهدو الحرمين فقط، أو مجتهدو العراق فقط، أو مجتهدو الحجاز، أو مجتهدو آل البيت، لا ينعقد شرعاً بهذا الاتفاق الخاص إجماع؛ لأن الإجماع لا ينعقد إلا بالاتفاق العام من جميع مجتهدي العالم الإسلامي في عهد الحادثة، ولا عبرة بغير المجتهدين. وينتج عن ذلك أنه: لا يعتبر اتفاق مجتهدي بلد واحد ولا صنف واحد من الأئمة إجماعاً فلا يصح ما نسب إلى الإمام مالك من اعتبار اتفاق أهل المدينة إجماعاً، أو اتفاق أهل البيت، أو اتفاق الخلفاء الأربعة.¹⁸⁹

3. **الركن الثالث:** أن يكون اتفاقهم بإبداء كل واحد منهم رأيه صريحاً في الواقعة سواء أكان إبداء الواحد منهم رأيه قولاً لأن أفتى في الواقعة بفتوى، أو فعلاً بأن قضى فيها بقضاء، وسواء أبدى كل واحد منهم رأيه على انفراد وبعد جمع الآراء تبين اتفاقها، أم أبدوا آراءهم مجتمعين بأن جمع مجتهدو العالم الإسلامي في عصر حدوث الواقعة وعرضت عليهم، وبعد تبادلهم وجهات النظر اتفقوا جميعاً على حكم واحد فيها.

4. **الركن الرابع:** أن يتحقق الاتفاق من جميع المجتهدين على الحكم، فلو اتفق أكثرهم لا ينعقد باتفاق الأكثر إجماعاً مهما قل عدد المخالفين، وكثر عدد المتفقين؛ لأنه ما دام قد وجد اختلاف وجد احتمال الصواب في جانب والخطأ في جانب، فلا يكون اتفاق الأكثر حجة شرعية قطعية ملزمة.¹⁹⁰

رابعاً: شروط الإجماع:

فضلاً عن أركان الإجماع التي سبق بيانه فإنه يشترط لوقوع الإجماع المعتبر

شرعاً جملة من الشروط لا يتحقق الإجماع إلا بتوافرها؛ وهي:

1. ألا يعارضه نص من القرآن أو السنة أو إجماع سابق.

2. وألا يستند إلى دليل شرعي، وإن لم يصلنا الدليل.

¹⁸⁹ تفصيلاً في الاحتجاج بعمل أهل المدينة عند الإمام مالك ينظر: رابح بن غريب، مرجع سابق، ص 145
¹⁹⁰ عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص 45-46، ورابح بن غريب، مرجع سابق، ص 145-148.

3. ولا بد من وجود عدد من المجتهدين،
4. ولا بد من اتفاقهم في المسألة، فإذا خالف البعض لم يكن إجماعاً، إذا كان هذا المخالف ممن تحققت فيه شروط الاجتهاد،
5. ولا يكون الإجماع في رأي الأكثرين إلا في المسائل الشرعية، لكن خالف بعض الفقهاء فقالوا: إن الإجماع حجة شرعية في أي أمر.
6. واشترطوا أن ينقرض العصر، ويموت المجتهدون الذين نقل إجماعهم، من غير أن يرجع منهم أحد. وكذلك اشترط أبو حنيفة ألا يكون في المسألة خلاف سابق.¹⁹¹

خامساً: أنواع الإجماع الأصولي:

نقسم أنواع الإجماع في أصول الفقه باعتبار طرق تحصيله إلى مرتبتين رئيسيتين: **الإجماع الصريح** (أو البياني)، و**الإجماع السكوتي**،

1. **الإجماع الصريح**: وهو اتفاق آراء المجتهدين صراحةً بالقول أو الفعل، أي أن كل مجتهد يصدر منه قول أو فعل يعبر صراحةً عن رأيه في المسألة محل الحكم. وهذا الإجماع متفق على حجيته عند جمهور الأصوليين.

2. **الإجماع السكوتي**: وهو أن يصرح بعض المجتهدين برأي في حكم شرعي بفتوى أو قضاء صراحةً ويسكت الآخرون عن إنكاره وهو إجماع اعتباري لأن الساكت لا يجزم بأنه موافق على ما ذهب إليه غيره من المجتهدين في المسألة. ولا شك أن هذا النوع ليس محل اتفاق على حجيته عند العلماء بناءً على أنه لا ينسب لساكت قول.¹⁹²

سادساً: تطبيقات الإجماع الأصولي في الفقه الإسلامي

انبرى مجموعة من الباحثين المحدثين لجمع إجماعات الأمة في موسوعة ضخمة تم استقراء فيها أهم الإجماعات في شتى أبواب الفقه الإسلامي وفروعه في عمل أكاديمي متسلل أصل هذا الجهد العلمي: رسائل علمية من جامعة الملك سعود بالمملكة العربية السعودية تم نشرها من: دار الفضيحة للنشر والتوزيع بالرياض، المملكة العربية السعودية وقد تم نشر أجزاء منها إلكترونياً على موقع المكتبة الشاملة.¹⁹³

¹⁹¹ محمد الحبش، شرح كتاب المعتمد في أصول الفقه، منشور على موقع المكتبة الشاملة، ص 50 على الموقع

<https://shamela.ws/book/3270/101#p1>

¹⁹² تفصيلاً في ذلك ينظر: رابع بن غريب، مرجع سابق، ص 150-151.

¹⁹³ <https://shamela.ws/book/32535>

سابعا: آليات الاجتهاد الجماعي ومؤسساته وتفعيل الإجماع الأصولي في الواقع

الراهن

يرى البعض قديما وحديثا أن الإجماع بتعريفه، وأركانه التي بينها سابقا لا يمكن عادة انعقاده فقد عن نقل عن ابن حزم في كتابه "الأحكام" عن عبد الله بن أحمد بن حنبل قوله: سمعت أبي يقول: "وما يدعي فيه الرجل الإجماع هو الكذب، من ادعى الإجماع فهو كذاب، لعل الناس قد اختلفوا -ما يدريه- ولم ينتبه إليه فليقل: لا نعلم الناس اختلفوا.

ويدعو بعض المعاصرين للاستثمار في فكرة الإجماع بتفعيل الإطار النظري في الواقع العملي الراهن من خلال مجالس الشورى أو الاجتهاد الجماعي. ويرى هذا الاتجاه أن إعادة النظر في مفهوم الإجماع باعتباره قضية تأسيسية أصولية منهجية مسألة ذات حساسية وخطورة وهي في غاية الأهمية عملا على تفعيل فكرته النظرية في الواقع الراهن ؛ وإعادة تحريكه ودفعه من السكون إلى الحركة عملا على استجابته للتطورات المتلاحقة في نطاق التشريع للأمة الإسلامية..

والإجماع الأصولي عند هذا الفريق من الأصول المهمة نظريًا، المشكلة تطبيقًا، المعطلة عمليًا مستقبليًا؛ نتيجة صعوبة تحقيق قيود التعريف الأساسية،¹⁹⁴ خاصة ما تعلق منها ب:

1. قيد (الاتفاق):

ويقترح هذا الاتجاه للخروج من هذه الإشكالية؛ أن يكون شرط الاتفاق المذكور في التعريف، اتفاقًا أغليًا لا كليًا. ونقل هذا الرأي عن البخاري الحنفي (ت: 730هـ) في شرح أصول البيزدوي وهو ما دل عليه الواقع العملي في حياة الصحابة بعد وفاة الرسول لأن الرجوع إلى الوقائع التي حكم فيها الصحابة، واعتبر حكمهم فيها بالإجماع يتبين أنه ما وقع إجماع بهذا المعنى، وأن ما وقع إنما كان اتفاقًا من الحاضرين، من أولي العلم والرأي على حكم في الحادثة المعروضة، فهو في الحقيقة: حكم صادر عن شورى الجماعة لا عن رأي الفرد.

كما وجد في بعض عصور الأمويين هذا النوع من الاجتهاد في دولة الأندلس عندما كونوا في القرن الثاني للهجرة جماعة من العلماء لاستشارتهم في المسائل المتعلقة

¹⁹⁴ أحمد مرعي المعماري، الأجماع الأصولي من التنظير إلى التفعيل، مركز نماء للبحوث،

<https://www.nama-center.com/articles/details/30617>

بالمجتمع كالتشريع له لأنه كثيرا ما كان يذكر في تراجم علماء هذه الحقبة من علماء الأندلس أنه كان من علماء الشورى.

وأما بعد عهد الصحابة، فيما عدا هذه الفترة في الدولة الأموية بالأندلس فلم ينعقد إجماع، ولم يتحقق إجماع من أكثر المجتهدين لأجل تشريع، ولم يصدر التشريع عن الجماعة بل استقل كل فرد من المجتهدين باجتهاده في بلده وفي بيئته. وكان التشريع فرديا لا شوريا، وقد تتوافق الآراء وقد تتناقض، وأقصى ما يستطيع الفقيه أن يقوله: لا يعلم في حكم هذه الواقعة خلاف.¹⁹⁵

2. قيد (المجتهدين):

ومن المسائل المشككة أيضا في تعريف الاجتهاد الأصولي التي يندر أو يستحيل وقوعها حاليا قيد (المجتهد)، لأن الناظر في الشروط الأصولية التي وُضعت للمجتهد تكاد لا تتحقق جميعها اليوم في واحد.

ومما ثبت أصوليا أن بقيد "الاجتهاد" خرج غير المجتهد، فلا يكون اتفاق غير المجتهد من أصولي وفروعي ونحوي، ولا من لم يكْمُل فيه شروط الاجتهاد إجماعا، ولا تقدر مخالفته في انعقاد الإجماع

ومما يجب أن يُصار إليه، هو اعتبار الاجتهاد الجزئي في المسائل الواقعية؛ لسد مسد المجتهد المطلق؛ لصعوبة وجوده، وبالتالي سيكون تفعيل الاجتهاد الجزئي وإيجاد مجتهدين لهم القدرة على الاجتهاد في آحاد المسائل، وتدقيق النظر في صورها وتطبيقها، من غير انتظار إيجاد المجتهد المطلق الذي لربما قد يصعب تحقيقه، وإن تحقق وجوده فبعد ذهاب الكثير من الوقت.

وبهذين العنصرين قد يجد أصل الإجماع طريقا للتطبيق والتفعيل، وكما هو طريق لتحريك البنية الأصولية، والتي تُعد الأهم في التنظير والتشغيل في المناهج الشرعية. وبناء عليه؛ لا بدّ من إعادة النظر في المسائل الأصولية وقراءتها في ضوء المخرجات الفقهية العملية؛ للخروج بأصولٍ للفقه عملية قابلة للتطبيق.¹⁹⁶

¹⁹⁵ عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص 49-50

¹⁹⁶ أحمد مرعي المعماري، مرجع سابق

الدليل الرابع: القياس الشرعي

تمهيد:

يعد القياس الشرعي أحد أهم مصادر التشريع الإسلامي الأصلية بعد القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع، فهو وسيلة لفهم النصوص واستنباط الأحكام في الوقائع المستجدة التي لم يرد بشأنها نص صريح.

أولاً: تعريف القياس لغة واصطلاحاً

1. تعريف القياس لغة

في اللغة العربية يقال: قاس الشيء بغيره وإليه قياساً وقياساً إذا قدره على مثاله أو ساواه به، والأصل في القياس هو التقدير، أي معرفة قدر الشيء، يقال: قست الثوب بالذراع، والأرض بالقصبة أي عرفت قدرهما، والتقدير: نسبة بين شيئين تقضي المساواة بينهما، وهي لازمة للتقدير، وقد تكون **المساواة حسية** مثل: قست هذا القضيبي بهذا القضيبي، أو هذا الكتاب بهذا الكتاب.

وقد تكون **معنوية** مثل: فلان لا يقاس بفلان أي لا يساويه قدراً.

2. تعريف القياس في الاصطلاح الشرعي:

القياس الذي يبحث فيه الأصوليون القياس الشرعي، وهو القياس في أحكام الحوادث التي لا طريق لمعرفة سوى الشرع وليس فيها نص ظاهر. "وهو إلحاق واقعة لا نص على حكمها بواقعة ورد نص بحكمها، في الحكم الذي ورد به النص لتساوي الواقعتين في علة هذا الحكم" 197

والحقيقة أن عبارات الأصوليين تنوعت في تعريف القياس الشرعي واختلفت فيه بناء على اختلاف تصورهم له. وذلك أن منهم من يرى أن القياس من صنع المجتهد وهؤلاء كالإمام الغزالي والقاضي البيضاوي ومن نحا نحوهما. ومنهم من يرى أنه دليل مستقل نظر فيه المجتهد أم لم ينظر، فليس هو من صنيعه وهؤلاء كابن الحاجب ومن سلك سبيله.

أ. تعريف القياس عند مذهب اعتباره ظن المجتهد:

اختلف العلماء في تعريف القياس فمن نظر إلى أن القياس هو ثمرة المساواة، وهو ظن المجتهد أن حكم ما لا نص فيه مثل حكم المنصوص عليه لاتحادهما في العلة، عبر عنه بفعل المجتهد، فعرفه: "بأنه حمل فرع على أصل، أو حمل معلوم

197 عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص52

على معلوم، أو بأنه إثبات حكم معلوم، أو بأنه تعدية حكم معلوم أو حمل مجهول الحكم على معلومه وإحاقه به في الحكم لاشتراكهما في العلة التي بني عليها الحكم وشرع من أجلها".

ب. تعريف القياس عند مذهب اعتباره أحد الأدلة التي أقامها الشرع:

أما من نظر إلى أن القياس هو أحد الأدلة التي أقامها الشارع لمعرفة الأحكام، وهو موجود قبل اجتهاد المجتهد، عرفه: "بأنه مساواة فرع الأصل" ¹⁹⁸

ثانياً: أهمية القياس الشرعي

يمكن تعداد مزايا القياس الشرعي وأهميته في النقاط الآتية:

ياس الشرعي هو جسر للتواصل بين النصوص والواقع يجمع بين ثبات النصوص وتجدد الوقائع ،
ياس شاهد على عبقرية التشريع الإسلامي الذي يوازن بين النقل والعقل
ياس أداة فعالة في التشريع والاجتهاد القضائي
ياس الشرعي يحقق مرونة التشريع الإسلامي

ثالثاً: حجية القياس الشرعي.

استدل الجمهور على حجية القياس بأدلة نقلية وعقلية. وأما أدلتهم التفصيلية على الوجوب الشرعي للقياس الشرعي فيمكن تلخيصها فيما يأتي:

1. مشروعية القياس من القرآن الكريم :

استدل من ذهب لإثبات القياس بنصوص عديدة من القرآن الكريم من أهمها:

■ قوله تعالى "فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِي الْأَبْصَارِ" ¹⁹⁹

ووجه الدلالة من الآية أن الله سبحانه وتعالى أمر بالاعتبار، والاعتبار هو الانتقال من الشيء إلى غيره، والأمر إما أن يكون للوجوب أو للندب، وعلى كلا التقديرين يكون العمل بالقياس مشروعاً. ²⁰⁰

وتفصيل ذلك أن الله سبحانه وتعالى قصّ علينا في سورة الحشر ما حل ببني النضير جزاء كفرهم وكيدهم لرسول الله والمؤمنين، كما يشير إليه أول الآية "هُوَ الَّذِي

¹⁹⁸ إبراهيم بن أحمد الكندي، القياس الشرعي بين الإثبات والإنكار - ، المجلد 1 - الصفحة 4 - مجلة كلية الشريعة والقانون، طنطا، جمهورية مصر العربية، عدد 10، 1999، مقال منشور على موقع الكتب،

<https://ketabonline.com/ar/books/105607/read?part=1&page=6&index=4285397>

وسعيد الخن، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، مؤسسة الرسالة، دمشق، ط:06، 1996، ص ص470

¹⁹⁹ سورة الحشر الآية: 2

²⁰⁰ سعيد الخن، مرجع سابق، ص477.

أَخْرَجَ الَّذِينَ كَفَرُوا ... " 201 ثم أعقب هذا بقوله: "فَاعْتَبِرُوا" أي تأملوا فيما نزل بهؤلاء من العقاب، وسبب العقاب، واحذروا أن تفعلوا مثل فعلهم، فتعاقبوا بمثل عقوبتهم، فما جرى على المثل، يجري على مثيله، مما يدل على أن المسببات تابعة لأسبابها، فحيثما وجدت الأسباب ترتب عليها مسبباتها، والقياس بهذا المعنى، فهو ترتيب المسبب على سببه، أينما وجد السبب.

ويستشف من هذه الآية أن الله سبحانه وتعالى أمرنا بالاعتبار، ومعنى الاعتبار هو العبور والمجازة والانتقال من الشيء إلى غيره، والقياس أيضا مجازة بالحكم من الأصل إلى الفرع فيكون مأمورا به، والمأمور به يجب العمل به، لأن كلا من الاعتبار والقياس يشتركان في معنى العبور (أي المرور والمجازة) ، فيقال: جرت على كذا أي عبرت عليه، وعبر الرؤيا، جاوزها إلى ما يلزمها.

وقد اعترض على هذا الاستدلال بأن المراد بالاعتبار في "فاعتبروا" الاتعاض، وليس القياس، لأن الأول متبادر إلى الفهم عند إطلاق اللفظ، ولأنه مرتب على قوله سبحانه: "هُوَ الَّذِي أَخْرَجَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مِنْ دِيَارِهِمْ لِأَوَّلِ الْحَشْرِ مَا ظَنَنْتُمْ أَنْ يَخْرُجُوا وَظَنُّوا أَنَّهُمْ مَانِعَتُهُمْ حُصُونُهُمْ مِنَ اللَّهِ فَأَتَاهُمُ اللَّهُ مِنْ حَيْثُ لَمْ يَحْتَسِبُوا وَقَذَفَ فِي قُلُوبِهِمُ الرُّعْبَ يُخْرِبُونَ بُيُوتَهُمْ بِأَيْدِيهِمْ وَأَيْدِي الْمُؤْمِنِينَ فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِي الْأَبْصَارِ" 202

فليس المراد من قوله "فاعتبروا" القياس الشرعي، إذ أنه لا يناسب صدر الآية، لأن معنى الآية يصبح حينئذ: يخربون بيوتهم بأيديهم وأيدي المؤمنين، فقيسوا مثلا الذرة على البر في تحريم الزيادة الربوية، وفي هذا غاية الركافة فيصان كلام الباري عنه. قال ابن حزم في كتابه: "إبطال القياس والرأي والاستحسان والتقليد والتعليل" فأما قوله تعالى: (فاعتبروا) فلم يفهم أحد قط أن معنى (اعتبروا) قيسوا، والآية جاءت بعقب قوله: يخربون بيوتهم فلو كان معناه: (قيسوا) لكان أمرا لنا بأن نخرب بيوتنا كما أخربوا بيوتهم الخ ... وقال في الأحكام: "وما علم أحد قط في اللغة التي نزل بها القرآن أن الاعتبار هو القياس"، وإنما أمرنا الله تعالى أن نتفكر في عظيم قدرته في خلق السماوات والأرض، وما حل بالعصاة .. ".

وأجيب عن هذا الاعتراض بأن المراد من (اعتبروا) ليس الاتعاض فقط، وإنما مطلق الاعتبار الذي يكون القياس الشرعي جزءا من جزئياته وفردا من أفرادها، وهذا المعنى يناسب صدر الآية ولا ركافة فيه، إذ يكون معنى الآية يخربون بيوتهم بأيديهم

201 سورة الحشر الآية: 2

202 سورة الحشر الآية: 2

وأيدي المؤمنين، فقيسوا الأمور بأشباهاها يا أولى الأبصار، فالمقصود من الآية إذا هو تقرير سنة عامة من سنن الله في خلقه وهي أن كل ما جرى على النظر يجري على نظيره.

وأما ركافة التعبير التي لاحظناها في توجيه الاعتراض فمنشؤها الإتيان بفرد من أفراد الاعتبار، وهو القياس بخصوصه، وهو لا يتأتي عند تقدير الكلام بالمعنى الأعم أو المطلق للاعتبار، فإن من سئل عن مسألة فأجاب بما لا يتناولها فإن جوابه يكون باطلا، أما لو أجاب بما يتناولها ويتناول غيرها فإن جوابه يكون حسنا.²⁰³

■ قوله تعالى: "أَوَلَمْ يَرَ الْإِنْسَانُ أَنَّا خَلَقْنَاهُ مِنْ نُطْفَةٍ فَإِذَا هُوَ خَصِيمٌ مُبِينٌ وَضَرَبَ لَنَا مَثَلًا وَنَسِيَ خَلْقَهُ قَالَ مَنْ يُحْيِي الْعِظْمَ وَهِيَ رَمِيمٌ قُلْ يُحْيِيهَا الَّذِي أَنْشَأَهَا أَوَّلَ مَرَّةٍ وَهُوَ بِكُلِّ خَلْقٍ عَلِيمٌ"²⁰⁴

ووجه الاستدلال بهذه الآية ان الله سبحانه وتعالى استدل على ما أنكره منكرو البعث بالقياس، لأن الله قاس إعادة إحياء المخلوقات بعد فنائها على بدء خلقها وإنشائها أول مرة، لإقناع الجاحدين بأن من قدر على بدء خلق الشيء، وإنشائه أول مرة قادر على أن يعيده بل هذا أهون عليه، فدل هذا الاستدلال بالقياس على حجية القياس وصحة الاستدلال به.

- (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا).²⁰⁵

وجه الاستدلال أن الله تعالى أمر بالرد إلى الكتاب والسنة، وهذا يشمل الرد إليهما بطريق القياس والاجتهاد عند غياب النص الصريح، فكان في الآية دليل على مشروعية القياس لأن الأمر بالرد إلى الله والرسول عند التنازع يدل على وجوب الرجوع إلى الأدلة الشرعية (الكتاب والسنة).. قال الإمام الشافعي في الرسالة: "فما قيس على أصل من كتاب الله، أو سنة رسوله، فهو علم، لأن فرض الله اتباع كتابه وسنة نبيه، وإذا لم يكن في واحد منهما نص على حكم، فبالقياس يكون سبيله إلى حكم الله".²⁰⁶

²⁰³ إبراهيم بن أحمد الكندي. مرجع سابق،

²⁰⁴ سورة يس الآية: 76-78

²⁰⁵ عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص56

²⁰⁶ الشافعي، الرسالة، تحقيق: أحمد محمد شاكر، دار التراث، القاهرة، ص ص 477-478

- ويؤكد دلالة هذه الآيات سالفه الذكر على حجية القياس آيات كثيرة أخرى تقرن الحكم بعلمته، مما يثبت أن أحكام الشارع معللة بالمصالح، مرتبطة بالأسباب،²⁰⁷ مثل قوله سبحانه في بيان حكمة القصاص: "وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ"²⁰⁸، وكذا قوله تعالى في الحيض: "قُلْ هُوَ أَذَىٰ فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ"²⁰⁹، وقوله في إباحة التيمم "مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ"²¹⁰ وقوله في تحريم الخمر والميسر "إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ"²¹¹.

كل هذا ونحوه من تعليل النصوص والأحكام، يدل على أن الحكم يوجد مع سببه، وهو معنى القياس حيث لا يوجد نص، فيجب أن نقيس، وإلا كانت الأوامر كلها تعبدية، وهذا غير ثابت.²¹²

2. مشروعية القياس من السنة النبوية الشريفة.

لقد ورد في السنة النبوية الشريفة ما يدل على ثبوت العمل بالقياس حتى وصلت الآثار في الأقيسة إلى التواتر المعنوي، منها أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث معاذاً وأبا موسى إلى اليمن قاضيين، كل واحد منهما في ناحية، فقال لهما: بم تقضيان؟ فقالا: إذا لم نجد الحكم في السنة، نقيس الأمر بالأمر، فما كان أقرب إلى الحق عملنا به، فقال عليه الصلاة والسلام: أصبتما"، وهذا حديث يدل على أن الرسول أقر العمل بالقياس فيجب العمل به."

وكذا روى أن الرسول عليه الصلاة والسلام قال لمعاذ: "ما تصنع إن عرض عليك قضاء؟ قال: أقضي بما في كتاب الله، قال: فإن لم تجد في كتاب الله؟ قال فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم:" قال فإن لم يكن في سنة رسول الله؟ قال: أجتهد رأيي لا آلو، فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم على صدر معاذ، وقال الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله «فهذا يدل على إقرار الرسول العمل بالرأي، والقياس من الرأي."

وثبت أيضاً أن الرسول صلى الله عليه وسلم قاس في كثير من الأمور، منها: "أن رجلاً من خثعم جاء إلى الرسول صلى الله عليه وسلم فقال: (إن أبي أدركه الإسلام،

²⁰⁷ عبد الوهاب خلاف مرجع سابق، ص 56

²⁰⁸ سورة البقرة الآية: 178

²⁰⁹ سورة البقرة الآية: 222

²¹⁰ سورة المائدة الآية: 6

²¹¹ سورة المائدة الآية: 91

²¹² سورة النساء، الآية: 59

وهو شيخ كبير لا يستطيع ركوب الراحلة، والحج مكتوب عليه، أفأحج عنه؟ قال: أنت أكبر ولده؟ قال: نعم، قال: رأيت لو كان على أبيك دين فقضيته عنه، أكان يجزي ذلك عنه؟ قال: نعم، قال فأحجج عنه) وفي رواية قال فدين الله أحق بالقضاء وفي رواية أخرى أن السائل امرأة من خثعم والجواب واحد، فالرسول قاس هنا دين الله على دين العباد في وجوب القضاء. " 213

رابعاً: تطبيقات القياس الشرعي²¹⁴

فيما يلي أمثلة واضحة عن القياس الشرعي مع بيان الأركان الأربعة (الأصل، الفرع، الحكم، العلة)، علماً أن وقائع القياس في الفقه الإسلامي لا يمكن حصرها لأن منها يتكون الجانب الأعظم من الفقه الإسلامي، ولا يزال القياس يعمل باستمرار في كل حادثة جديدة في نوعها لا نص عليها. لذلك كان للقياس شأن عظيم في إثبات الأحكام الشرعية واستنباطها. فهو طريق ضروري هام لتوسيع دائرة النصوص المحدودة لتشمل ما لا يتناهى من الحوادث الجديدة.²¹⁵

1. قياس تحريم المخدرات على الخمر

أ. الأصل: الخمر تعالى " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ... فَأَجْتَنِبُوهُ.. " ²¹⁶

ب. الفرع: المخدرات

ت. الحكم في الأصل: التحريم

ث. العلة في التحريم الإسكار أو تغييب العق

ج. النتيجة: تُحرّم المخدرات قياساً على الخمر لأنها تُغيّب العقل كما يفعل الخمر.

2. إقامة حد السرقة على من استولى على مال بالوسائل التقنية (مثال: اختراق حساب وسرقة أموال) قياساً على نص السرقة

أ. الأصل: نص القرآن على حد السرقة " وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا " ²¹⁷

ب. العلة: أخذ مالٍ مملوكٍ لغير حقٍ بقصد الاستيلاء.

²¹³ إبراهيم بن أحمد الكندي، مرجع سابق،

²¹⁴ سعيد الخن، مرجع سابق، ص ص 475-476

²¹⁵ مصطفى أحمد الزرقاء، مرجع سابق، ج 1 ص ص 82-86

²¹⁶ سورة المائدة الآية: 90-91

²¹⁷ سورة المائدة الآية: 38

ت.الفرع :الاستيلاء على المال عبر وسائل حديثة (اختراق حسابات إلكترونية، الاحتيال الإلكتروني) بحيث يتحقق في الفعل أخذ للمال الخاص بالغير مع عنصر العمد.

ث.النتيجة :قد يُطبَّق عليه حكم السرقة إذا توافرت شروط الحد (ثبوت القطع من جهة الشرع – كالنسيب، وحصول الملكية الفعلية في المسروقات، ونحو ذلك

3. قياس وجوب الزكاة في النقود الورقية على الذهب والفضة

أ. الأصل :الذهب والفضة

ب.الفرع :النقود الورقية

ت.الحكم في الأصل :وجوب الزكاة

ث.العلة :الثمنية (أي أنها تُستعمل في التعامل المالي والشراء والبيع)

ج.النتيجة :تجب الزكاة في النقود الورقية قياساً على الذهب والفضة.

4. تحريم الإيجار على الإيجار على قياسا البيع على البيع في الحكم (التحريم).

وهو قياس فقهي معروف عند العلماء، ويدرس في باب البيوع المنهي عنها والإيجارات المنهي عنها.

أ. الأصل هو النهي عن البيع على بيع أخيه، كما في الحديث الصحيح

ب.الفرع :الإجارة على الإجارة

ت.الحكم :تحريم البيع على البيع

ث.: العلة في النهي عن البيع على بيع أخيه هي: الإضرار بالغير وإفساد عقده القائم وإثارة البغضاء بين المسلمين..

ج.النتيجة: تحريم الإجارة على الإجارة قياسا على تحريم البيع على البيع.

خامسا: أركان القياس..

والقياس الشرعي له أربعة أركان، بفقدانها أو بفقدان أحدها لا يتحقق، وهي:

1. الأصل:

وهو المقيس عليه هو محل الحكم المنصوص عليه، وذلك كالحنطة إذا قيس عليها الأرز، والخمر إذا قيس عليها المخدر.

2. حكم الأصل :

وهذا الحكم إما أن يثبت بالكتاب أو السنة أو الإجماع أما ثبوته بالكتاب، فذلك يتضح في قياس المخدرات على الخمر مثلا، فإن حكم الأصل وهو ثابت بقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رَجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ * إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقَعَ بَيْنَكُمْ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ" ²¹⁸

وأما ثبوت حكم الأصل بالسنة فذلك يظهر في قياس الأرز على الحنطة فإن تحريم بيع صاع من الحنطة بصاعين منها ثابت منها ثابت بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: من حديث عبادة بن الصامت: قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، سواء بسواء، يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد» ²¹⁹

أما ثبوت حكم الأصل بالإجماع فيتضح فيما رآه العلماء من قياس الثيب الصغيرة على البكر الصغيرة في ولاية الأب عليها في الزواج، فقد انعقد الإجماع على ثبوت الولاية للأب في تزويج ابنته البكر الصغيرة، وحيث أن الثيب تشترك مع البكر في الصغر فتأخذ حكمها في ولاية الأب عليها في تزويجها.

3. المقيس:

الفرع وهو الذي لم ينص على حكمه ويراد تعدية حكم الأصل إليه أو إثبات مثل الحكم المنصوص عليه فيه، كالأرز إذا قيس على الحنطة، ووقف الأرض الزراعية إذا قيس على بيعها، والمخدر إذا قيس على الخمر، وولاية الأب على الثيب الصغيرة في الزواج إذا قيست على ولايته على البكر الصغيرة في الزواج.

4 - علة الحكم :

وهو الوصف الجامع بين الأصل والفرع ؛ كالإسكار فإنه علة مشتركة بين الأصل الذي هو الخمر، والفرع الذي هو المخدر مثلا إذا قسناه على الخمر أو غيره من الأشربة المسكرة مما يسم خمرًا في العرف. ²²⁰

سادسا: شروط القياس

عرفنا أن أركان القياس أربعة، فينبغي أن نعرف شروط كل واحد من هذه الأركان.

1. أولا: شروط الأصل

²¹⁸ سورة المائدة الآية: 90-91

²¹⁹ رواه مسلم وأحمد وأبو داود.

²²⁰ إبراهيم بن أحمد الكندي. مرجع سابق، وهبة الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي،

يذكر علماء الأصول القدماء والمحدثون للأصل شروطا كثيرة، وإذا تأملناها وجدناها شروطا لحكم الأصل،

وبعضهم يذكرها تحت شروط الحكم؛ لأن المراد بالحكم هنا الحكم الثابت في الأصل الذي يراد إثبات مثله في الفرع. ولهذا نقول: إن الأصل هو المقيس عليه، وشرطه: أن يكون له حكم شرعي ثابت بنص، أو إجماع،

2. شروط الفرع

أ. - أن يكون غير منصوص على حكمه؛ لأنه إذا نص على حكمه أو دخل في عموم النص الدال على حكم الأصل فلا حاجة للقياس.

ب. أن تكون علة الأصل موجودة فيه؛ لأن شرط تعدية الحكم من الأصل إلى الفرع وجود العلة في الفرع.

3. شروط الحكم

المراد بالحكم هنا: الحكم الثابت في الأصل المقيس عليه، وله شروط أهمها:

أ. **أن يكون حكما شرعيا عمليا، لا عقليا ولا لغويا؛** لأن الحكم العقلي لا يثبت بالقياس، واللغوي وإن أمكن ثبوته بالقياس لكنه ليس القياس الشرعي المصطلح عليه عند العلماء.

ومعنى قولهم عمليا: أي ليس من الأحكام الاعتقادية، كاعتقاد وجود الله واتصافه بصفات الكمال، وثبوت الجنة والنار والبعث والجزاء، فهذه أحكام عقدية لا مدخل للقياس في إثباتها، وإنما تثبت بالتوقيف.

ب. **أن يكون باقيا غير منسوخ،** فالحكم المنسوخ لا يجوز إثبات مثله في الفرع بطريق القياس.

ت. **أن يكون ثابتا بنص أو إجماع**

ث. **أن يكون حكم الأصل معقول المعنى،** أي: معروف العلة. فإن كان فيما لا يدخله التعليل فلا يجوز القياس حينئذ، ولهذا قال العلماء: الأحكام التعبدية لا يجري فيها القياس []

4. شروط العلة

أكثر الأصوليين يعبرون عن الوصف الجامع بالعلة، ويشترط في العلة التي يجري بها القياس الشرعي ما يأتي:

أ. **الظهور:-** أن يكون وصفا ظاهرا لا خفيا، مثل الإسكار علة لتحريم الخمر، وكون العبد لا يجبر على ابتداء النكاح يعلل به عدم إجباره على فسخه، وكون

ب. **الانضباط**: أن يكون الوصف منضبطاً، أي: لا يختلف باختلاف الأشخاص والأزمان والأمكنة اختلافاً كبيراً.

فإن كان غير منضبط، فلا يصح التعليل به كالمشقة في الفطر في السفر، فإن الناس يختلفون في قدرة تحملهم، فمنهم من يشق عليه السفر وإن كان قصيراً، ومنهم من لا يشق عليه السفر، والشرع من مقاصده التساوي بين الناس في الحكم الشرعي، فلهذا جعل السفر مناط الحكم لأنه مظنة المشقة.

ت. **التعدية**: أن يكون الوصف متعدياً، أي: يوجد في غير الأصل كوجوده في الأصل، فإن كان الوصف المعلل به قاصراً، أي: لا يتعدى محل الأصل الذي ثبت حكمه بالنص فتسمى العلة القاصرة.

ث. **الثبوت**: والمقصود به ثبوت العلية قطعاً أو ظناً

ج. **الإطراد**: والمراد به: وجود الحكم كلما وجد الوصف المدعى كونه علة. ²²¹

²²¹ عياض السلمي، كتاب أصول الفقه ما لا يسع الفقيه جهله، ص 149-156 كتاب منشور على موقع المكتبة الشاملة

<https://shamela.ws/book/36379/155#p1>

ثانياً: المصادر التبعية للتشريع الإسلامي.

نكتفي في دراسة المصادر التبعية بمبدأ سد الذرائع، والمصالح المرسله، والعرف، الاستصحاب وفق منهج يرمي لبيان مدى تأثر التشريعات الوضعية بفلسفة هذه المصادر بالوقوف على بعض من تطبيقاتهما في التشريع الجزائي.

1- مبدأ سدّ الذرائع أساس الوقاية من الفساد في الفقه الإسلامي.

تقوم استراتيجية الوقاية من الفساد في شتى فروع القانون في الفقه الإسلامي على قاعدة عظيمة فيه تربط بأصول الشريعة الإسلامية السمحة ومقاصدها السامية والمتمثلة في قاعدة الذرائع التي تقوم على تحقيق مصالح العباد في العاجل والآجل بجلب المنافع لهم ودفع المفساد عنهم لأن كل ما من شأنه أن يحقق هذا الغاية النبيلة يعتبر مصدراً معتداً به في التشريع الإسلامي.

أ- تعريف سدّ الذرائع في الفقه الإسلامي وبيان مشروعيتها وأهميته.

- تعريف سدّ الذريعة:

الذرائع لغة: جمع ذريعة، وتستعمل الذريعة في لغة العرب في معان كثيرة أهمها الوسيلة التي يلجأ إليها الإنسان لأمر من الأمور.

أما **السدّ** : في اللغة الغلق، وهو الحاجز بين الشيئين.²²²

وبناء عليه يمكن تعريف **سدّ الذريعة** في الاصطلاح فهي: "منع الطرق التي تؤدي إلى إهمال أوامر الشريعة الإسلامية، أو الاحتيال عليها، أو تؤدي إلى الوقوع في محاذير شرعية ولو من غير قصد"²²³

- ارتباط قاعدة سدّ الذرائع بنظرية المآلات:

يقول الدريني في نظرية التعسف في استعمال الحق "إذا ثبت أن المصالح المعتبرة في الأحكام، وأنها شرعت لتحقيق غايات أساسية قد قصدتها الشارع، ومن هنا كان الحكم منظوراً إليه على أنه وسيلة غايته المصلحة.

ومنه فكل فعل مقدّم أو نتيجة أو وسيلة أو غاية يفضي قطعاً أو ظناً أو في الكثير الغالب إلى غير غايته التي رسمها الشارع، أو إلى مآل هو مفسدة مساوية للمصلحة التي شرع الحق من أجلها، أو راجحة عليها، لم يبق مشروعاً، لأن العبرة بهذه النتيجة، وهي كما رأينا مناقضة لقصد الشرع"²²⁴

²²² إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، دار إحياء التراث العربي، ط: 02، ج: 01، ص: 422.

²²³ حمادو نذير، مرجع سابق، ص: 225.

²²⁴ رابح بن غريب، مرجع سابق، ص: 212.

والإمام الشاطبي من أفضل من حرر المسألة بقوله: " النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً، كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، وذلك لأن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو الإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول ذلك الفعل.

فقد يكونُ الفعلُ مشروعاً لمصلحةٍ فيه تُستجلب، أو لمفسدةٍ تُدرأ، ولكن له مآلٌ على خلافٍ ما قصد منه، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحة تندفع به، ولكن له مآل على خلاف ذلك .

فإذا أطلق القول في الأول بالمشروعية فربما أدى استجلاب المصلحة فيه إلى مفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها، فيكون هذا مانعاً من إطلاق القول بالمشروعية ؛ وكذلك إذا أطلق القول في الثاني بعدم المشروعية ربما أدى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تؤدي إلى مفسدة تساوي أو تزيد، فلا يصح القول بعدم المشروعية. وهو مجال للمجتهد صعب المورد، إلا أنه عذب المذاق، محمود الغب، جار على مقاصد الشريعة الإسلامية.²²⁵

فيلزم المجتهد في التشريع الاجتهادي توقياً لهذه المناقضة أن ينظر في مآلات الأفعال ، فيمنع أو يأذن فيه جرياً على سنة الله في اعتبار المصالح في الأحكام، أو المسببات في الأسباب دون نظر إلى الباعث أو القصد في لآحاد الصور .

ومن تطبيقات قاعدة النظر في مآلات الأفعال في السنة النبوية الشريفة الامتناع عن قتل المنافقين مع علم الرسول - صلى الله عليه وسلم- بهم، خشية أن يتحدث الناس بأن محمد - صلى الله عليه وسلم- يقتل أصحابه. والتخلي عن إعادة بيت الله الحرام على قواعد إبراهيم كون العرب حديثي عهد بالإسلام.²²⁶

- مشروعية العمل بمبدأ سدّ الذرائع وأهميته:

ولئن كان الخلاف واقعا في الأخذ بمبدأ سدّ الذرائع بين الفقهاء كمصدر من مصادر التشريع الإسلامي كونه صناعة مالكية بامتياز، فإن تحقيق النظر يحمل على القول بأنه دليل عند جميع العلماء. كون بعضهم يعمل فلسفته وجوهره وإن لم يسمه بذلك من خلال قواعد ارتباط الوسائل بالغايات، فضلا عن وجود أصوله وتطبيقاته العملية في القرآن الكريم والسنة النبوية.

²²⁵ أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق: عبد الله دراز، دار الكتب العلمية، بيروت، ج4، ص141
²²⁶ رابع بن غريب، مرجع سابق، ص213

ومن جملة الآيات التي أعملت مبدأ سد الذريعة النهي تعالى عن سب آلهة الكفار مع كون السب حمية لله تعالى وإهانة لآلهة الكافرين لئلا يكون ذلك ذريعة إلى سب الله تعالى وفي هذا دليل على المنع من الجائز خشية أدائه إلى المحرم.²²⁷ ويكتسي مبدأ سدّ الذرائع في الفقه الإسلامي أهمية كبرى كونه يعمل على حسم مادة الفساد قبل وقوعه، وهو بذلك يشترك في الفلسفة نفسها للتدابير الوقائية. ومبدأ سدّ الذرائع الذي يمنع كل وسيلة قد تؤدي إلى المحذور عن قصد أو غير قصد باب واسع يتصل بسياسة التشريع ويتفرع عن الاستصلاح الذي يرمي إلى استحداث التشريعات والأحكام المناسبة المحققة لغايات الشرع ومقاصده في إقامة الحياة الاجتماعية على أصلح منهاج.²²⁸

ب- مقارنة بين مبدأ سدّ الذرائع ومنع الاحتيال على القانون:

يتفق مبدأ سدّ الذرائع مع فكرة منع الاحتيال على القانون في تصديه لكل وسيلة يمكن أن يتشبت بها الإنسان عن قصد منه (سوء النية) للوقوع في المحذور، ويزيد عنه في منعه للوسيلة المفضية لأمر غير مشروع ولو عن غير قصد أي عن (حسن النية)، مع العلم أن منع الأعمال والتصرفات على خلاف مقتضى الأصل بمقتضى سدّ الذريعة فيها شرعا ليس مقصودا لذاته بالمنع في نظر الشارع، بل لإمكانية كونها طرقا مفضية على أمر ممنوع شرعا عن قصد أو عن غير قصد.²²⁹

ت- منزلة مبدأ سدّ الذريعة في سياسة الفقه الإسلامي للوقاية من الفساد ومكافحته.

ينهض مبدأ سدّ الذرائع بدور استباقي لمنع الفساد وحسم مادته قبل وقوعه في كل فروع القانون الإسلامي لذلك تعدّ الذريعة ذات الطابع الوقائي في التشريع الإسلامي أساس فكرة التدابير الوقائية التي عرفتها التشريعات الوضعية بشكل عام.²³⁰ ولقد ارتكز التشريع الإسلامي في منهجه المتكامل للوقاية من الفساد ومكافحته على مبدأ سدّ الذرائع للحيلولة دون الفساد المالي، وغلق كل الطرق المفضية إلى ذلك باتخاذ كل التدابير الاحتياطية والوقائية التي من شأنها ضمان نزاهة الموظف العام، والحيلولة دون وقوعه في جرائم الاعتداء على المال العام.

²²⁷ ماجد سالم الدراوشة، سدّ الذرائع في جرائم القتل، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط: 2008، 01، ص 38.

²²⁸ أحمد مصطفى الزرقاء، مرجع سابق، ج 01، ص 100.

²²⁹ المرجع نفسه، ج 01، ص 107.

²³⁰ حامد: محمد أحمد، التدابير الاحترازية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص: 324.

ويمكن اعتبار مبدأ سد الذرائع لبنة ثانية في منظومة هرمية للوقاية من الفساد ومكافحته لما يسهم به من دور وقائي بارز في هذه الحماية التي تعقب التأهيل الخلقي لتسيير الشأن العام، وتسبق حراسته من خلال التجريم والعقاب. ويشكل بذلك حلقة الربط بين أساس هذه المنظومة القائم على أخلقة الوظيفة العامة لضمان نزاهتها، ورأسها المتمثل في المواجهة الجزائية لجرائم الفساد وتشكل هذه الرؤية لمنزلة هذا المبدأ في الوقاية من الفساد ومكافحته في التشريع الإسلامي سبعا لما عرفته للتشريعات الوضعية والاتفاقات الدولية التي أسست للوقاية من الفساد المالي قبل مكافحته ومن ذلك التشريع الجزائري الذي سمى قانونه في هذا الإطار بالقانون المتعلق **بالوقاية (أولا) من الفساد ومكافحته (ثانيا)** ، واستبق للتأطير القانوني للوقاية من الفساد المالي في بابين قبل أن يلتفت للمجابهة الجزائية له من خلال التجريم والعقاب الذي أفرد له بابا وحيدا جاء متأخرا عن سابقه.

ث- تطبيقات مبدأ سد الذرائع في إدارة الخليفة الراشد عمر بن الخطاب -رضي الله عنه-

يمكن التمثيل لبعض التطبيقات التي مثلت أهم الآليات التي جسدت سبق الفقه الإسلامي للمنهج الوقائي من الفساد بما يأتي:

- منع المحاباة في تعيين الموظف العام:

فقد أثر عن عمر بن الخطاب _رضي الله عنه_ أنه قال: " من استعمل رجلا لمودة أو لقرابة، لا يستعمله إلا لذلك فقد خان الله ورسوله والمؤمنين" فأساس اختيار المرشح للوظيفة العامة هو **الكفاءة والقوة والصدق والأمانة** مثلما تقرر في قصص الأنبياء (الحفظ والعلم مع سيدنا يوسف-عليه السلام)(القوة والأمانة مع سيدنا موسى -عليه السلام-) وما عدا ذلك فهو اختيار مخالف للمقومات الشرعية، وخرق جسيم للقاعدة الرصينة الرجل المناسب في المكان المناسب.²³¹

- تقديم أهل الخبرة والكفاءة للوظيفة العامة:

كان عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- يتحرى أن يكون أهل الولايات والعاملون فيها من أهل الخبرة والتجربة والاطلاع فالحضر مثلا أولى من البدو في تقديره، فقد وفد عليه عقبة بن غزوان وكان واليا على البصرة فسأله عمر -رضي الله عنه- من

²³¹²³¹ نوري، موفق سالم، الأخلاق والسياسة قراءة في خلافة عمر بن الخطاب _رضي الله عنه_ ، سلسلة كتاب الأمة، س32 ع148، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 2012، ص 103

استعملت على البصرة؟ قال مجاشع بن مسعود، فدهش وتعجبت من صنيعه، وقال تستعمل رجلا من أهل الوبر على أهل المدر" ²³²

كما كان يشترط المزاجية بين الخيرية الدينية والمؤهلات الدنيوية للمرشح لوظيفة العامة فقد سئل عمر- رضي الله عنه - مرة: "ما يمنعك من استعمال أصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم- في الأعمال؟ قال هم أجل من أن أونسهم في العمل". فكون المرء صاحبيا لا يعني بالضرورة كفاءته في الوظيفة العامة، والخيرية الدينية لوحدها لا تشفع لتوليها، بل لا بد أن تطعم بالمؤهلات الدنيوية فقد يستعمل عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - الرجل ويدع من هو خير منه دينيا لأن فيه مزايا أخرى تؤهله، كبصره بالعمل فقد عزل عن بعض ولاية الشام شرحبيل بن حسنة، واستعمل بدلا منه معاوية بن أبي سفيان، واعتذر على رؤوس الأشهاد أنه لم يعزله عن شيء هجته، بل أراد رجلا أقوى من رجل. ²³³

• إقرار الذمة المالية للعامل:

المقصود بإقرار الذمة المالية للعامل: "ما يقدمه العامل لولي الأمر في وقت محدد من بيان وإيضاح يثبت فيه حقيقة ما يملكه من أموال بجميع أصنافها، متعهدا وضامنا أن ما قدمه هو الحق، وإلا لحقه الذم، وطالته المساءلة النظامية، وربما مقاسمة ماله إذا ظهر غير ذلك"

فسدًا لاستغلال الوظيفة العامة للتربح والثراء غير المشروع عمد عمر - رضي الله عنه - إلى توثيق ما للولاة والعمال من أموال عند تعيينهم. وشمل أموالهم المنقولة وغير المنقولة، وهو النظام القانوني الذي يصطلح عليه بالتصريح بالامتلاكات، وفي ذلك تنبيه على أن أية زيادة (غير مشروعة) في أموالهم سوف تجعلهم تحت طائلة الحساب، والمقاسمة وفقا لقاعدة: "من أين لك هذا؟" التي يبدو أن عمر - رضي الله عنه - كان سابقا لوضعها.

فقد كان عمر - رضي الله عنه - يتابع هذا الأمر بجد ويلحظ حال العمال بوسائله الخاصة، فإذا ظهر ما يسوءه تدخل بحزم ليعود الأمور إلى نصابها، ومن ذلك كتابه إلى عمرو بن العاص - رضي الله عنه - مستفهما عما تجمع عنده من مال خاص، كيف كثر ومن أين جاء؟ ومما جاء في الكتاب: "أما بعد، فإنه بلغني أنك فشت لك فاشية من خيل

²³²نفسه، ص 102

²³³عبد المنعم، حمدي، ديوان المظالم مقارنة بالنظم القضائية الحديثة، دار الشروق، ط1، 1983، ص58

وإبل وغنم وبقر وعبيد، وعهدي بك قبل ذلك أن لا مال لك، فاكتب إلي: من أين أصل هذا المال ولا تكتمه"²³⁴.

- تحريم الهدايا على الموظف العام:

يشارك التشريع الإسلامي مع قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في منع الموظف العام من تلقي الهدايا سداً للرشوة والفساد حيث اعتبرها جنحة موجبة للحبس والغرامة²³⁵ وهو الأمر الذي تفتن إليه عمر- رضي الله عنه - الذي كتب إلى عماله موصياً ومحذراً: "أما بعد فإياكم والهدايا فإنها الرشا"²³⁶.

- منع الجمع بين الوظيفة العامة والعمل الخاص:

لم يبق التشريع الإسلامي تسيير الشأن العام في نطاق العمل الطوعي حيث ألزم الموظف العام بالتفرغ لوظيفته وفرض له من بيت المال ما يكفيه مؤنة الحياة الكريمة ومنعه من الاشتغال بأمور التجارة وغيرها .

فلما تولي عمر بن الخطاب الخلافة، صعب عليه التوفيق بين تجارته، وقيامه بأعباء وظيفته، فتأثرت تجارته، لأنه قصر في مصالحه، وظهر ذلك على حاله. فلما استشار الصحابة رضي الله عنهم، أشار عليه علي - رضي الله عنه - أن له من بيت مال المسلمين ما يكفيه وعياله بالمعروف من قوت وكسوة، ومركب لجهاده وحوائه.²³⁷ كما بينت السنة النبوية حدود الانتفاع من المال العام للعامل واعتبرت ما دونه غلولا وهو لا الذي لا يجوز بأي حال أن يتجاوز ما هو مفروض للعامل من أجر وما يستعان به على أداء الوظيفة من مسكن ومركب وخدمة في قوله -صلى الله عليه وسلم- (من استعملناه على عمل فرزقناه رزقا فما أخذ بعد ذلك فهو غلول)²³⁸ وفي رواية (من ولي لنا عملا فلم يكن له زوجة فليتزوج أو خادما فليتخذ خادما أو مسكنا فليتخذ مسكنا أو دابة فليتخذ دابة فمن أصاب شيئا سوى ذلك فهو غال أو سارق)²³⁹.

ومثل هذه المنع من شأنه أن يعزز نزاهة الوظيفة العامة، ويرفع من منسوب فعاليتها من خلال تفرغ الموظف العام كليا لوظيفته لا يشغله عنها شاغل، ومن وجه آخر فإنها

²³⁴ نوري، موفق سالم، مرجع سابق، ص115

²³⁵ ينظر المادة 38 من القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006

²³⁶ ابن الجوزي، مناقب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب، تحقيق: حلمي بن محمد بن اسماعيل، ص126

²³⁷ نفسه، ص101

²³⁸ رواه مسلم، ك: الإيمان، ب: استحقاق الولي الغاش لرعيته النار، والبخاري، ك: الأحكام، ب: من استرعى رعية فلم ينصح

²³⁹ رواه أحمد في المسند، ، وأبو داود في باب أرزاق العمال.

يوصد الباب أمم تحقيق مكاسب خاصة باسم الوظيفة العامة، وهو ما يدعى اليوم بـ (التربح) من المنصب، المؤدي إلى هضم حقوق الرعية إما خوفاً أو حياءً أو ظلماً.²⁴⁰

²⁴⁰ نوري، موفق سالم، مرجع سابق، ص، 112.

2- المصالح المرسلّة من عوامل السعة والمرونة في الفقه الإسلامي. 241

أ- تعريف المصالح المرسلّة:

المصلحة في اللغة:

تطلق المصلحة في اللغة بإطلاقين:

✓ المصلحة كالمصلحة لفظا ومعنى، فهو مصدر بمعنى الصلاح كالمصلحة بمعنى النفع، أو هي اسم للواحدة من المصالح، وهي ضد المفسدة، يقال رأى الحاكم المصلحة في ذلك أي ما يحمل على الصلاح من ذلك الأمر.

✓ وتطلق أيضا على الفعل الذي فيه صلاح بمعنى النفع مجازا مرسلا من باب إطلاق من المسبب على السبب، فيقال إن التجارة مصلحة²⁴²

المصلحة في الاصطلاح:

أما في اصطلاح علماء الشريعة الإسلامية: تطلق المصلحة على جلب منفعة ودفع مفسدة. وقد عرفها الغزالي بقوله: "المصلحة المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة، هو أن يحفظ عليهم دينهم، وأنفسهم، وعقلهم، ونسلهم، ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول فهو مصلحة، وما كل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة، ودفعها مصلحة... وهذه الأصول حفظها واقع في رتبة الضرورات، فهي أقوى المراتب في المصالح، ومثاله قضاء الشرع بقتل الكافر المضل، وعقوبة المبتدع الداعي إلى بدعة، فإن هذا يفوت على الخلق دينهم، وقضاؤه بإيجاب القصاص إذ به حفظ النفوس، وإيجاب حد الشرب إذ به حفظ العقول التي هي ملاك التكليف، وإيجاب حد الزنا إذ به حفظ الأنساب، وزجر السراق إذ به حفظ الأموال التي هي معاش الخلق وهم مضطرون إليها، وتحريم تفويت هذه الأمور الخمسة والزجر عنها يستحيل ألا تشتمل عليه ملة من الملل، وشريعة من الشرائع التي أريد بها إصلاح الخلق، ولذا لم تختلف الشرائع في تحريم الكفر، والقتل، والزنا، والسرقعة، وشرب المسكر".²⁴³

تقسيمات المصلحة :

وتنقسم المصالح في الفقه الإسلامي حيث اعتبار الشارع الحكيم لها بقيام الدليل على اعتبارها وعدمه إلى ثلاثة أقسام مصالح معتبرة، ومصالح ملغاة، ومصالح مرسلّة.

²⁴¹ حمادو، نذير مرجع سابق، ص 183 وما بعدها، حسين، محمد مقبول، مرجع سابق، ص 82 وما بعدها.

²⁴² ابن منظور، مرجع سبق، مادة صلح

²⁴³ أبو حامد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، المطبعة الأميرية، 1322هـ، ج، 1 ص ص 287-288.

المصالح المعتبرة:

هي المصالح التي اعتبرها الشارع الحكيم وقام الدليل منه على رعايتها بأن أمر بتحصيل أسبابها الموصلة إليها. وهذه المصالح حجة ولا إشكال في صحتها ولا خلاف في إعمالها ويرجع حاصلها إلى القياس.

ومن المصالح المعتبرة في الفقه الإسلامي تشريع القصاص الذي وصفه القرءان الكريم بأن فيه حياة النفوس واستقرار المجتمع في قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ﴾.²⁴⁴ فلا يمكن الاحتجاج بما هو متداول بأن فيه مساس بحق الإنسان في الحياة، أو انتهاك لحقوقه الأساسية لتترك شريعة القصاص.

وقد قرّر بعض فلاسفة الغرب المشتغلين بإبراز أهداف العقوبات أن القصاص بنوعيه من أعظم العقوبات التي تقي بفكرة الردع، لأنه يكون موافقا لقدر الجريمة وآثارها؛ إذ إنّ وجود المناسبة بينهما، يجعل العقاب حاضرا في ذهن مريد الجريمة، مؤثرا في تفكيره، فالقصاص أعظم عقوبة تتوفر فيها هذه الصفة من خلال السن بالسن، والعين بالعين، وهذا ما يجعل مريد الجناية يتذكر العقوبة مهما قصر عقله فيحجم عنها. وحتى تتحقق فكرة الردع العام، يُشترط إعلان العقوبة، وجعلها معلومة للكافة، ليس عند تقريرها فحسب، بل عند تنفيذها كذلك، لذا حرص الفقه الإسلامي على إعلان العقوبات لتؤتي ثمارها في تحقيق هذا المقصد، خلافا للاتجاه الحديث للقوانين الوضعية الذي أوصد الباب في وجه إعلان عقوبات الإعدام منذ بداية القرن التاسع عشر معتقدا أنه لا أثر للإعدام العلني في تحقيق فكرة الردع والعبرة للآخرين؛ إذ تعد تركيا الدولة الوحيدة في أوربا التي أبقت على علنية تنفيذ عقوبة الإعدام إلى غاية عام 1961.²⁴⁵ وقد تأثر المشرّع الجزائري بهذا التطور الذي حدث في هذا المضمار؛ حيث منعت المادة الثالثة من المرسوم المؤرخ في 10/02/1972 المتعلق بتنفيذ عقوبة الإعدام الجمهور من حضور تنفيذها.²⁴⁶

المصالح الملغاة:

هي المصالح التي ألغها الشارع الحكيم وقامت الأدلة الشرعية على بطلانها وعدم اعتبارها والاتفات إليها في التشريع. ومن ذلك ما يدعى من مصلحة لاقتصاد البلاد في

²⁴⁴ سورة البقرة، الآية: 179.

²⁴⁵ - مارك أنسل «عقوبة الإعدام في الدول الأوروبية»، المجلة العربية للدفاع الاجتماعي ضد الجريمة، العدد 14، جويلية، 1982، ص: 226-227.

²⁴⁶ مرسوم يتعلق بتنفيذ عقوبة الإعدام الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم: 72- 38 المؤرخ في 10/02/1972.

ج.م، عدد: 15.

تصنيع الخمر وتعاطيها والتعامل بها فقد أشار القرآن الكريم إلى أن هذه المصلحة الموهومة باطلة بقوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾.²⁴⁷ ثم نص القرآن على إلغاء هذه المصلحة من خلال قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ، إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ﴾.²⁴⁸

المصالح المرسلة:

هي المصالح التي لم يقم دليل من الشارع على اعتبارها ولا على إلغائها، ولكن وجد فيها وصفا مناسباً لتشريع حكم معين من شأنه أن يحقق منفعة، أو يدفع مفسدة وهذا الوصف يسمى المناسب المرسل أو المصلحة المرسلة، وسميت بالمصلحة لأن بناء الحكم عليه مظنة جلب مصلحة أو دفع مفسدة، ومرسلة لأن الشارع أطلقها فلم يقيدها باعتبار أو بإلغاء.²⁴⁹

نطاق العمل بالمصالح المرسلة وشروطه:

نطاق العمل بالمصالح المرسلة:

بناء الأحكام الشرعية على أساسها إنما هو قسم المعاملات عندما لا يكون هناك نص من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس. وعلى ذلك فلا مجال للعمل بالمصالح المرسلة في دائرة العبادات لأن مسائل العبادات مبنية على التوقيف بالأمر فيها بالإتباع وترك الابتداع.

وتلحق بالعبادات كل ما كان في معناها مما ليس للعقل سبيل لإدراك المصلحة الجزئية لكل حكم وذلك مثل الأمور المقدرات من الشارع كالحودود والكفارات، وفروض الإرث ن ومقادير العدة للمرأة المطلقة أو الأرملة.

أما شروط العمل بالمصالح المرسلة :

- من أهم الشروط اللازم توافرها للعمل بالمصلحة المرسلة:
- ✓ أن تكون المصلحة ملائمة لمقاصد الشارع الحكيم.
- ✓ أن تكون معقولة بذاتها.

²⁴⁷ سورة البقرة، الآية: 219.

²⁴⁸ سورة المائدة، الآية: 90.

²⁴⁹ رابع بن غريب، مرجع سابق، ص 197-198.

✓ أن تكون المصلحة من المصالح المحققة.

✓ أن تكون المصلحة عامة لا خاصة.

ب- تطبيقات المصالح المرسلة:

تطبيقات المصالح المرسلة في عهد الصحابة:

لقد أخذ فقهاء الصحابة في كثير من المسائل التي لم يرد بشأنها حكم في النصوص الشرعية بالمصالح المرسلة ومن أهم المسائل التي بنى عليها الصحابة على المصالح المرسلة:

- جمع القران الكريم على عهد أبي بكر الصديق ثم على عهد عثمان بن عفان رض يالله عنهم.
- توريث الزوجة التي طلقها زوجها ثلاثا في مرض موته فرارا من توريثها.
- تضمين الصناع ما يهلك تحت أيديهم من أموال الناس إلا إذا كان الهلاك بقوة قاهرة مع أن أيديهم يد أمان ولكن المصلحة اقتضت هذا الحكم لئلا يتهاونوا في حفظ أموال الناس.²⁵⁰

تطبيقات المصالح المرسلة في التشريع الجزائري:

يعتبر قانون الأسرة الجزائري من أهم فروع القانون الجزائري التي توسعت في سن التشريع على مقتضى المصالح المرسلة²⁵¹ كما هو الشأن بالنسبة للفحص الطبي قبل الزواج المادة 7 مكرر والتلقيح الاصطناعي المادة 45 مكرر والإثبات للنسب بالطرق العلمية، وهي كلها أحكام محمودة جاءت في تعديل قانون الأسرة الجزائري من خلال الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 طمعا في تعزيز التماسك الأسري.

وقد كان قانون الأسرة الأصلي الصادر سابقا للأخذ بفكرة المصلحة المرسلة في القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984 في مسألة بالغة الأهمية تتعلق بتوثيق عقد الزواج ولكون الأمر يحتاج لتدارك قصور في هذا النظام نتيجة التطورات التي عرفها المجتمع الجزائري على المستوى الخلقي والاجتماعي بعد مرور ما يربو عن 4 أربعة عقود من صدور قانون الأسرة الجزائري نختار الوقوف على النظام القانوني

²⁵⁰ نذير حمادو، مرجع سابق، ص

²⁵¹ من بين أهم المواضيع التي اقترحتها على الطلبة في مذكرات تخرجهم في قسم الحقوق ببرج بوعريريج وأشرفت عليها في هذا السياق المصالح المرسلة وتطبيقاتها في قانون الأسرة الجزائري، والمستجدات الطبية المعاصرة وأثرها على قانون الأسرة الجزائري.

لتوثيق عقد الزواج، والفحص الطبي قبل الزواج في هذا القانون والبحث في مدى تحقيقه للمصلحة المرسله المتمثلة في دفع المفسدة وجلب المصلحة لطرفي العلاقة الزوجية وأبنائهما وللأسرة خصوصا وللمجتمع عموما.

أثر قاعدة المصالح المرسله في تسجيل عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري:

أصل القرآن الكريم لنظام الإثبات بالكتابة في نطاق المعاملات المالية²⁵² خلافا لتوثيق عقد الزواج الذي يندرج في فقه النوازل في الفقه الإسلامي لأنه لم يرد بشأنه نص صريح في المصادر الأساسية للتشريع الإسلامي فضلا عن أن العهود الأولى للدولة المسلمة لم تقم الحاجة فيها للأخذ به، ولعل مرد ذلك ما ميّز شبكة العلاقات في المجتمع المسلم من قوة في هذه المرحلة، والتي تكفّلت بتوثيق عقد الزواج نظير مكانته السامية في نفوس المسلمين بحكم أن القرآن الكريم نفسه سما بالزواج إلى منزلة الميثاق الغليظ²⁵³، وهي منزلة لم يأخذه الله تعالى إلا على أصفیائه من الأنبياء والرسل.²⁵⁴ كما أن هذا العقد كان يحظى بمظاهر الاحتفال والابتهاج تنزل به مرتبة الحدث العام في جماعة المسلمين،²⁵⁵ وهو الأمر الذي يصعب معه إنكاره رغم أن وسائل التواصل والإعلام لم تكن متوافرة بما عليه في زمن الناس هذا.

ولقد كان أول عهد للمسلمين بتوثيق عقود الزواج بسبب تغير الزمان، وفساد أخلاق الناس التي أدت إلى كثرة الدعاوى الباطلة بادعاء الزواج أو إنكاره على السواء لأسباب مادية أو كيدية استهانة بهذا الميثاق الغليظ، وقد كان مبدأ ظهور الخلافات الناشئة عن إنكار الزواج متعلقة ببعض آثاره المتمثلة في مؤخر المهر والتي امتدت إلى إنكار الزواج نفسه.

وحسب ما أورده شيخ الإسلام ابن تيمية -رحمه الله- أن الصحابة - رضي الله عنهم- لم يكونوا يلتفتون لتوثيق الصداق لأنهم لم يكونوا يتزوجون على مؤخر بل يعجلون المهر، وإن أخروه فهو معروف لديهم فلا يجحدونه فلما صار الناس يتزوجون على مؤخر الصداق ظهر الخلاف بسبب النسيان فلجأوا بذلك لكاتبه المؤخر، لتصير الكتابة بذلك حجة في إثبات الصداق، ومن ثم حجة في إثبات الزوجية.²⁵⁶

²⁵² سورة البقرة، الآية: 282.

²⁵³ سورة النساء، الآية: 21.

²⁵⁴ سورة الأحزاب، الآية: 07.

²⁵⁵ ما زلت أذكر بإعجاب ما شهدته طيلة تواجدي بالصحراء الجزائرية من الدعوات العامة في المساجد والأسواق والأماكن العامة والمفتوحة لوليمة عقد القرآن الشرعي.

²⁵⁶ ابن تيمية، أبو العباس تقي الدين أحمد، مجموع الفتاوى كتاب النكاح، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المملكة العربية السعودية، 1425هـ، 2004، ج32، ص131.

ويظهر بهذا أن فكرة توثيق عقد الزواج ليست غريبة عن تراثنا الإسلامي؛ إذ له فضل سبق لما اهتدى إليها عندما دعت الحاجة لذلك في زمن ابن تيمية أو قبله، أي قبل القرن السادس للهجرة، وهو تاريخ سابق لتشريع نابليون بقرون عديدة.

وتندرج مشروعية توثيق عقد الزواج في الفقه الإسلامي في دائرة المصالح المرسلة التي تقضي بفعل كل ما من شأنه أن يجلب المصلحة ويدرك المفسدة ولو لم يرد بشأنه نص صريح من القرآن الكريم أو السنة النبوية، وهو ما ينسجم مع مقاصد الشريعة الإسلامية المهمة بحفظ النسب، والعناية به والذي يتجلى من خلال ما وضع من الأحكام والضوابط في شريعتنا الإسلامية السمحة للعمل على قيام كيانه، وترسيخ حمايته، والارتقاء به إلى أعلى المراتب في سلم مقاصد الشريعة الإسلامية المتمثلة في الضروريات التي لا صلاح لحال المجتمع في العاجل والأجل إلا بها.

وإذا كان الأمر كذلك فليس من حق المسلم شرعاً أن يعرض هذا الميثاق الغليظ لخطر الإنكار، لما له من أثر سلبي على الأنساب لأن دعوة الشارع الحكيم إلى العناية بالنسب كمقصد ضروري تتضمن وجوب كل سلوك من شأنه أن يسهم في حفظه، وتحريم كل سلوك من شأنه أن يعود عليه بالنقض.²⁵⁷

ونظراً لما يؤديه التوثيق المتعلق بعقود الزواج من دور في إحياء الأنساب وحماية الحقوق وصيانتها، ودفع الخصومات التي تترك مؤسسة الزواج، وتقعدها عن أداء وظيفتها السامية فإنه يتعين على ولي الأمر في الدولة المسلمة أن يلزم بتوثيق عقد الزواج، ويتخذ كل الإجراءات اللازمة التي تكفل ذلك، ويتوجب على عموم المسلمين في مقابل ذلك طاعته بمقتضى أمر الله تعالى جماعة المسلمين بطاعة وولي أمرها في حدود الشرع في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾.²⁵⁸

ويبدو أن النظام القانوني لتوثيق عقد الزواج المنصوص عليه في المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري به قصور أدى إلى كثير من الدعاوى المتعلقة بإنكار الزواج وآثاره على مستوى المحاكم. وفي سياق إقرار نظام قانوني لتوثيق عقد الزواج متناسق مع الموروث الجزائري لا يرى الباحث بأساً من الاسترشاد بتجارب بعض الدول التي نتقاسم معها الموروث الحضاري نفسه، والتي تأخذ بنظام مأذون عقود الزواج كما هو الشأن مثلاً بالنسبة للقانون الأردني الذي اعتبر نظام المأذون الشرعي وظيفة من وظائف الدولة لا يتم تعيينه إلا من طرف القاضي الشرعي بعد موافقة قاضي القضاة

²⁵⁷ محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، الشركة التونسية للتوزيع، تونس، 1978، ص، 81.

²⁵⁸ سورة النساء، الآية: 59.

الذي يخول له القانون إصدار التعليمات التي يراها كفيلة بتنظيم أعمال المأذونين خلافا للقانون المصري الذي يعتبرها وظيفة حرة لها نقابة رغم أن التعيين فيها يتم بقرار من وزير العدل من خلال مسابقة.²⁵⁹

أثر قاعدة المصالح المرسلة في نظام الفحص الطبي قبل الزواج في قانون الأسرة الجزائري:

لم يعرف قانون الأسرة الجزائري نظام الفحص الطبي قبل الزواج عند صدوره العام 1984 وربما مرد ذلك لاستقرار الحالة الوبائية في المجتمع الجزائري الذي كانت الأمراض المتنقلة عن طريق الجنس محدودة الانتشار فيه.

ولم يكن للتشريع الجزائري عهد بنظام الفحص الطبي قبل الزواج إلا من خلال تعديل قانون الأسرة العام 2005، بحيث التحق متأخرا بركب بعض التشريعات العربية التي سبقته لذلك بعقود من الزمن

وقد أقر هذا النظام القانوني من خلال المادة 07 مكرر من قانون الأسرة الجزائري التي ألزمت المقبلين على الزواج بضرورة تقديم شهادة طبية تثبت مثولهم للفحص الطبي قبل توثيق عقد الزواج

وبالرغم من هذا التأخر في التشريع الجزائري في تأطير الفحص الطبي قبل الزواج فإنه لم يستفد من التجارب التي سبقته في هذا السياق لأنه أغفل الحديث عن الأمراض المعدية في الشهادة الطبية التي يجب أن يتضمنها ملف الزواج ولو على سبيل التمثيل لا الحصر، فضلا عن تحاشيه الحديث عن تحديد المسؤولية عند الإخلال بهذا الالتزام على أكمل وجه من جميع أطرافه.²⁶⁰

ولقد تفتن المشرع الجزائري بعد أربعين سنة من صدور قانون الأسرة الجزائري للقصور الفادح في نظام الفحص الطبي قبل الزواج وعمل على تداركه بإصداره للمرسوم التنفيذي رقم 24-366 المؤرخ في 07 نوفمبر 2024 الذي أعاد فيه تنظيم شروط الشهادة الطبية المشترطة بتسجيل عقد الزواج وبيان التحليلات الطبية اللازمة لمعرفة الأمراض المتنقلة عن طريق الجنس؛ والتي رفع من خلالها درجة الوقاية منها واستهدف الحد من انتشارها داخل مؤسسة الزواج بموجب هذا التعديل القانوني²⁶¹

والملاحظ أن تنظيم الشهادة الطبية المتعلقة بالزواج شهد نقلة نوعية فيما يتعلق بسلطة الطبيب في دعوة طرفي العقد لإجراء التحاليل الطبية المتعلقة بالأمراض المتنقلة

²⁵⁹قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 61 لسنة 1976، المؤرخ في 01/12/1976 الجريدة الرسمية، عدد 2668.

²⁶⁰ المرسوم التنفيذي رقم 06-154 الصادر في 11 ماي 2006

²⁶¹ المرسوم التنفيذي رقم 24-366 المؤرخ في 07 نوفمبر 2024

عن طريق الجنس من التخيير إلى الإلزام، وفسحت أمامه السلطة التقديرية لطلب تحاليل أخرى يراها كفيلة بتحقيق الهدف المنشود نفسه والمتمثل في الوقاية من العدوى داخل مؤسسة الزواج التي اعتبرت من أهم أولوياته في هذا التعديل. وفضلا عن ذلك فقد حاول تحديد المسؤولية القانونية عند الإخلال بهذا الالتزام على أكمل وجه من جميع أطرافه. خلافا لما جاء به موجب المرسوم التنفيذي رقم 06-154 الصادر في 11 ماي 2006

2. ولا بأس من الإشارة إلى أن هذا التطور الذي انتهى إليه نظام الفحص الطبي قبل الزواج في الجزائر قد استقر في بعض التشريعات العربية منذ ما يربو من قرن من الزمن كما هو الشأن مثلا للمشرع السوري بموجب المادة 40 من قانون الأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 10/10/1953. فضلا عن التجربة التونسية التي يعتبرها بعض المختصين الأبرز والأكثر نضجا في محيط الوطن العربي والتي استهلت بالزامية الفحص الطبي بموجب القانون المؤرخ في 03 نوفمبر 1964 واتسمت بمتابعة كل التطورات والمستجدات المتعلقة بالفحص الطبي قبل الزواج.²⁶²

3. العرف

أ. تعريف العادة والعرف:

- تعريف العادة:

العادة في اللغة مأخوذة من العود، أو المعاودة بمعنى التكرار. وفي الاصطلاح لقد عرف علماء الأصول العادة بأنها: "الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية"

- تعريف العرف:

عُرف العرف بأنه: «عادة جمهور قوم في قول أو فعل»²⁶³ أو هو: "ما تعارفه الناس وساروا عليه، من قول، أو فعل، أو ترك". والعرف يتكون من تعارف الناس على اختلاف طبقاتهم عامتهم وخاصتهم بخلاف الإجماع فإنه يتكون من اتفاق المجتهدين خاصة، ولا دخل للعامة في تكوينه. والعرف على قسمين:

العرف العملي: مثل تعارف الناس البيع بالتعاطي من غير صيغة لفظية.

²⁶² الكيلاني، فاتن البوعيشي الكيلاني، الفحوصات الطبية قبل إبرام عقد الزواج – أسانيدھا ومقاصدها دراسة مقارنة- بيروت، لبنان، دار النفائس، ط:1، (2011)، ص165-168

²⁶³ محمد حسين مقبول، مرجع سابق، ص89

العرف القولي أو هو اللفظي: مثل تعارفهم إطلاق الولد على الذكر دون الأنثى، وتعارفهم على أن لا يطلقوا لفظ اللحم على السمك. ولفظ الدراهم على النقود الراجعة

ب. أنواع العرف: العرف نوعان: عرف صحيح، وعرف فاسد.

- **العرف الصحيح:** هو ما تعارفه الناس، ولا يخالف دليل شرعياً ولا يحل محرماً ولا يبطل واجباً، كتعارف الناس عقد الاستصناع، وتعارفهم تقسيم المهر إلى مقدم ومؤخر، وتعارفهم أن الزوجة لا تزف إلى زوجها إلا إذا قبضت جزءاً من مهرها، وتعارفهم أن ما يقدمه الخاطب إلى خطيبته من حلي وثياب هو هدية لا من المهر.

- **العرف الفاسد:** هو ما تعارفه الناس ولكنه يخالف الشرع أو يحل المحرم أو يبطل الواجب، مثل تعارف الناس كثيراً من المنكرات في الموالد والمآتم، وتعارفهم أكل الربا وعقود المقامرة.

ت. حكم العرف:

أما العرف الصحيح فيجب مراعاته في التشريع وفي القضاء، وعلى المجتهد مراعاة في تشريعه؛ وعلى القاضي مراعاته في قضائه؛ لأن ما تعارفه الناس وما ساروا عليه صار من حاجاتهم ومتفقاً ومصالحهم، فما دام لا يخالف الشرع وجبت مراعاته، والشارع راعي الصحيح من عرف العرب في التشريع، ففرض الدية على العاقلة، وشرط الكفاءة في الزواج واعتبر العصبية في الولاية والإرث.

ولهذا قال العلماء: **العادة شريعة محكمة**، والعرف في الشرع له اعتبار، والإمام مالك بنى كثيراً من أحكامه على عمل أهل المدينة، وأبو حنيفة وأصحابه اختلفوا في أحكام بناء على اختلاف أعرافهم، والشافعي لما هبط إلى مصر غير بعض الأحكام التي كان قد ذهب إليها وهو في بغداد، لتغير العرف، ولهذا له مذهبان قديم وجديد²⁶⁴.

وفي فقه الحنفية أحكام كثيرة مبنية على العرف، منها إذا اختلف المتداعيان ولا بينة لأحدهما فالقول لمن يشهد له العرف، وإذا لم يتفق الزوجان على المقدم والمؤخر من المهر فالحكم هو العرف. ومن حلف لا يأكل لحماً فأكل سمكاً لا يحنث بناء على العرف، والمنقول يصح وقفه إذا جرى به العرف، والشرط في العقد يكون صحيحاً إذا ورد به الشرع أو اقتضاه العقد أو جرى به العرف.

وقد أُلّف العلامة المرحوم ابن عابدين رسالة سماها: "نشر العرف فيما بني من الأحكام على العرف"، ومن العبارات المشهورة: "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، والثابت بالعرف كالثابت بالنص"

²⁶⁴ محمد حسين مقبول، مرجع سابق ص ص 95

وأما العرف الفاسد فلا تجب مراعاته لأن في مراعاته معارضة دليل شرعي أو إبطال حكم شرعي، فإذا تعارف الناس عقداً من العقود الفاسدة كعقد ربوي، أو عقد فيه غرر وخطر، فلا يكون لهذا العرف أثر في إباحة هذا العقد، ولهذا لا يعتبر في القوانين الوضعية عرف يخالف الدستور أو النظام العام، وإنما ينظر في مثل هذا العقد من جهة أخرى، وهي أن هذا العقد هل يعد من ضرورات الناس أو حاجياتهم، بحيث إذا أبطل يختل نظام حياتهم أو ينالهم حرج أو ضيق أولاً؟ فإن كان من ضرورياتهم أو حاجياتهم يباح لأن الضرورات تبيح المحظورات، والحاجات تنزل منزلتها في هذا، وإن لم يكن من ضرورياتهم ولا من حاجياتهم يحكم ببطلانه ولا عبرة لجريان العرف به.

والأحكام المبنية على العرف تتغير بتغيره زماناً ومكاناً، لأن الفرع يتغير بتغير أصله، ولهذا يقول الفقهاء في مثل هذا الاختلاف: إنه اختلاف عصر وزمان، لا اختلاف حجة وبرهان.

والعرف عند التحقيق ليس دليلاً شرعياً مستقلاً: وهو في الغالب من مراعاة المصلحة المرسلّة، وهو كما يراعي في تشريع الأحكام يراعي في تفسير النصوص، فيخصص به العام، ويقيد به المطلق. وقد يترك القياس بالعرف ولهذا صح عقد الاستصناع، لجريان العرف به وإن كان قياس لا يصح لأنه عقد على معدوم.²⁶⁵

4. الاستصحاب أساس قاعدة الأصل الإباحة الشرعية.

تبنى هذه القاعدة على أصل الاستصحاب؛ ويعتبر الاستصحاب مصدراً مهماً من مصادر التشريع الإسلامي الاحتياطية، أو من الأدلة التبعية التي يلجأ إليها الفقيه عند عدم وجود نصٍّ أو إجماع أو قياس. وهو أصل عظيم من أصول الفقه الإسلامي تبنى عليه أحكام كثيرة في شتى فروع الفقه الإسلامي.

والاستصحاب هو أصل فقهي يُستبقى به الحكم السابق أو الحالة السابقة عند غياب الدليل الناقل، ويُعدّ من قواعد الترجيح والاجتهاد، ويُستخدم لضبط الأحكام حين يشكّ في تغييرها من عدمه.

أ. الاستصحاب لغة:

الاستصحاب في اللغة: اعتبار المصاحبة بمعنى ملازمة الشيء لشيء أو جعله في صحبته، مثل "استصحت الكتاب في سفري أي جعلته مصاحباً لي". ويأتي بمعناه أيضاً "طلب الصحبة" و "طلب الاستمرارية".

²⁶⁵ عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص ص 89-91.

وطلب المصاحبة: يدل على طلب الصحبة ومرافقة الشيء، كما في قول "استصحب الرجل" أي دعاه إلى الصحبة.

وقد يعني اللزوم والمرافقة: يقال "استصحبت الحال" أي تمسكت بما كان قائماً في الماضي وكأنك جعلت تلك الحال مصاحبة وغير مفارقة وهذا المعنى اللغوي المناسب لأصل الاستصحاب لغة.²⁶⁶

ب. الاستصحاب اصطلاحاً

الاستصحاب في اصطلاح الأصوليين: "هو الحكم على الشيء بالحال التي كان عليها من قبل، حتى يقوم دليل على تغير تلك الحال"، أو "هو جعل الحكم الذي كان ثابتاً في الماضي باقياً في الحال حتى يقوم دليل على تغيره".

فإذا سئل المجتهد عن حكم عقد أو تصرف، ولم يجد نصاً في القرآن أو السنة ولا دليلاً شرعياً يطلق على حكمه، حكم بإباحة هذا العقد أو التصرف بناء على أن الأصل في الأشياء الإباحة،

وإذا سئل المجتهد عن حكم حيوان أو جماد أو نبات أو أي طعام أو أي شراب أو عمل من الأعمال ولم يجد دليلاً شرعياً على حكمه، حكم بإباحته، لأن الإباحة هي الأصل ولم يبق دليل على تغيره.

وإنما كان الأصل في الأشياء الإباحة استناداً لقوله تعالى "هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً"²⁶⁷ كونها هي الحال التي خلق الله عليها ما في الأرض جميعه، فما لم يبق دليل على تغيرها فالشيء على إباحته الأصلية .

كما صرح القرآن الكريم في عدة آيات بأن الله تعالى سخر للناس ما في السماوات وما في الأرض، ولا يكون ما في الأرض مخلوقاً للناس ومسخرأ لهم إلا إذا كان مباحاً لهم، لأنه لو كان محظوراً عليهم ما كان لهم

حجية الاستصحاب:

الاستصحاب آخر دليل شرعي يلجأ إليه المجتهد لمعرفة حكم ما عرض له ولهذا قال الأصوليون: إنه آخر مدار الفتوى وهو الحكم على الشيء بما كان ثابتاً له مادام لم يبق دليل يغيره. وهذا طريق في الاستدلال قد فطر عليه الناس وساروا عليه في جميع تصرفاتهم وأحكامهم. فمن عرف إنساناً حياً حكم بحياته وبني تصرفاته على هذه الحياة، حتى يقوم الدليل على وفاته، ومن عرف فلانة زوجة فلان شهد بالزوجية

²⁶⁶ ابن منظور ، مرجع سابق، مادة صحب

²⁶⁷ سورة البقرة، الآية ، 29

ما دام لم يقم له دليل على انتهائها. وهكذا كل من علم وجود أمر حكم بوجوده حتى يقوم الدليل على عدمه، ومن علم عدم أمر حكم بعدمه حتى يقوم الدليل على وجوده. وقد درج على هذا القضاء، فالملك الثابت لأي إنسان بسبب من أسباب الملك يعتبر قائماً حتى يثبت ما يزيله. والحل الثابت للزوجية بعقد الزواج يعتبر قائماً حتى يثبت ما يزيله. والذمة المشغولة بدين أو بأي التزام تعتبر مشغولة به حتى يثبت ما يخليها منه. والذمة البريئة من شغلها بدين أو التزام تعتبر بريئة حتى يثبت ما يشغلها. والأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره.

وعلى الاستصحاب بنيت المبادئ الشرعية الآتية:

-الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره.

-الأصل في الأشياء الإباحة.

-ما ثبت باليقين لا يزول بالشك.

-الأصل في الإنسان البراءة.

والحق أن عد الاستصحاب نفسه دليلاً على الحكم فيه تجوز، لأن الدليل في الحقيقة هو الدليل الذي ثبت به الحكم السابق، وما الاستصحاب إلا استبقاء دلالة هذا الدليل على حكمه.

وقد قرر علماء الحنفية أن **الاستصحاب حجة للدفع لا للإثبات**، مرادهم بهذا أنه حجة على بقاء ما كان على ما كان، ودفع ما يخالفه حتى يقوم دليل يثبت هذا الذي يخالفه، وليس حجة لإثبات أمر غير ثابت، ويوضح هذا ما قرروه في المفقود وهو الغائب الذي لا يدري مكانه ولا تعلم حياته ولا وفاته، فهذا المفقود يحكم بأنه باستصحاب الحال التي عرف بها حتى يقوم دليل على وفاته، وهذا الاستصحاب الذي دل على حياته حجة تدفع بها دعوى وفاته والإرث منه وفسخ إجارته، وطلاق زوجته، ولكنه ليس حجة لإثبات إرثه من غيره لأن حياته الثابتة بالاستصحاب حياة اعتبارية لا حقيقة. 268

المحور الثالث: القواعد الفقهية.

أن جميع الفقه فيها منحصر
بالشك بل حكم اليقين يتبع

وهذه خمس قواعد ذكر
وهي اليقين حكمه لا يرفع

وضرر يـ _____ زال والتيسير مع

مشقة _____ يدور حيثما تقع

من

وكل ما العـ _____ ادة فيه تدخل

الأمور فهي فيه تعمـ _____ ل

وللمقاصد الأمور تتبـ _____ ع

وقيل ذي إلى اليقين ترجـ _____ ع

خمستها لا

وقيل للعرف وذي القواعـ _____ د

خـ _____ لاف فيها وارد

المحور الثالث: القواعد الفقهية.

تمهيد:

أولاً: تعريف القواعد الفقهية وبيان أهميتها:

1- تعريف القواعد الفقهية:

القواعد في اللغة:

جاء في لسان العرب: " والقاعدة أصل الأس، والقواعد الأساس، وقواعد البيت أساسه، وفي التنزيل: ﴿وإذ يرفع إبراهيم القواعد من البيت وإسماعيل﴾.²⁶⁹ فأتى الله بنيانهم من القواعد) ²⁷⁰، قال الزجاج القواعد: أساطين البناء التي تعمده. ²⁷¹ وعليه القواعد جمع قاعدة وتعني أساس الشيء وركنه الذي يبني عليه غيره، سواء كان ذلك الابتداء حسياً كقواعد البيت أي أركانه، ومنه قوله تعالى: ﴿وإذ يرفع إبراهيم القواعد من البيت وإسماعيل﴾. ²⁷² أو كان معنوياً مثل قواعد الدين.

القواعد في الاصطلاح:

القاعدة في الاصطلاح العام: " الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته"، وهذا التعريف ذكره الفيومي في المصباح المنير، أو هي: "قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها" وهذا التعريف للشريف الجرجاني في التعريفات. ويتعلق هذا التعريف بكل قاعدة في أي علم من العلوم سواء كانت فقهية أو نحوية أو جبرية ²⁷³ أما القاعدة الفقهية فهي: " تعابير فقهية مركزة، تعبر عن مبادئ قانونية ومفاهيم كلية مقررة في الفقه الإسلامي يتم تفريع الأحكام، وتنزيل الحوادث عليها، وتخريج الحلول الشرعية عليها." وقد جاء في تعريفها في حاشية الحموي بأنها: «حكم أغلبي ينطبق على معظم جزئياته»، ويسمى أمثالها اليوم في الاصطلاح القانوني المبادئ جمع مبدأ. ويمكن تعريفها بأنها « أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها»²⁷⁴

2- مميزات القواعد الفقهية:

²⁶⁹ سورة البقرة الآية: 126.

²⁷⁰ سورة النحل الآية: 26.

²⁷¹ ابن منظور، مرجع سابق، مادة قعد

²⁷² سورة البقرة الآية: 126

²⁷³ رابح بن غريب، مرجع سابق، 296.

²⁷⁴ مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ج2، ص965

- **الشمول والاتساع:** تتميز القواعد الفقهية بأنها تستوعب عدداً كبيراً من الجزئيات والمسائل المتفرقة تحت قاعدة واحدة؛ مما يجعلها أداة جامعة تضبط الفروع الكثيرة بأصل واحد
- **الاختصار والإيجاز:** صياغتها غالباً موجزة وقريبة من الأمثال، مما يسهل حفظها واستحضارها في الاستنباط والإفتاء والقضاء
- **المرونة والقابلية للتطبيق:** تسمح القواعد الفقهية بتطبيقها على وقائع جديدة ومتغيرة، خصوصاً القواعد الكبرى مثل "العادة مُحكّمة" و"الأمر بمقاصدها"، مما يجعلها صالحة لمواكبة المستجدات
- **توحيد الرؤية الفقهية:** تسهم في جمع شتات الفروع، وربطها بمنظومة واحدة، وهو ما يساعد على تقليل التضارب وتسهيل الفهم لدى الطلاب والباحثين
- **تسهيل عملية الاجتهاد:** باعتبارها ضوابط عامة، فهي تُعين المجتهد على تحديد الحكم الشرعي بسرعة أكبر، من خلال فهم الأصول التي تقوم عليها الأحكام
- **تعزيز مقاصد الشريعة الإسلامية:** الكثير من القواعد يعكس مقاصد الشريعة في الرفع، والدفع، والتيسير، وحفظ الحقوق، مثل قاعدة "المشقة تجلب التيسير" و"الضرر يزال
- **دعم العمل القضائي والإفتائي:** تُعد مرجعاً مهماً للقضاة والمفتين، إذ توفر إطاراً عاماً يَهتدى به في حال تشعبت الجزئيات أو تعددت الصور
- **التقريب بين المذاهب:** بما أن القواعد الفقهية استنبطت من معظم المذاهب، فإن دراستها تُبرز نقاط الاتفاق وتقلل من حدة الاختلاف، مما يعزز وحدة الفقه الإسلامي²⁷⁵.

3- أهمية القواعد الفقهية:

- لعل مما زاد من أهمية القواعد الفقهية وشأنها في دنيا الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في البلاد العربية ما يأتي:
- أ- تشكل القواعد الفقهية صيغ إجمالية عامة من جوامع الكلم المعبر عن الفكر الفقهي جرت مجرى الأمثال في شهرتها في عالم الفقه الإسلامي بل في عالم القانون الوضعي أيضاً.
 - ب- تعبير عن مبادئ حقوقية معتبرة ومقررة لدى القانونيين أنفسهم كونها ثمرات فكر قانوني ذي قيم ثابتة في ميدان التشريع والمعاملات والحقوق والقضاء كما يرى في

القواعد الآتية: اليقين لا يزول بالشك، الأصل براءة الذمة، العبرة في العقود للمقاصد والمعاني وغيرها.

ت- كونها تقنيا يحتكم إليه في القضاء بدء من عهد مجلة الأحكام العدلية التي تشكلت من 99 مادة معروفة أصدرتها الدولة العثمانية في محاولة منها لتقنين الفقه الإسلامي، ومن بعد عهد المجلة وضع القانون العراقي بعضا من هذه القواعد الفقهية في صدر هذا القانون، ثم جاء القانون المدني الأردني الذي أريد له أن يقام من الأساس على ركائز الفقه الإسلامي فأخذ كثيرا من هذه القواعد، ووضعها متفرقة موزعة في مناسباتها من أبوابه ومواده.

وقد أقرت لجنة الخبراء واللجنة العامة المكلفة بإعداد مشروع القانون المدني الموحد للبلاد العربية في الدائرة القانونية لجامعة الدول العربية تصديره بالقواعد الفقهية.²⁷⁶

4- صياغة القواعد الفقهية:

تتميز القواعد الفقهية من حيث الأسلوب المعبر عنه بالإيجاز في اللفظ وشمولية في المعنى، وعادة ما تكون في كلماتها قليلة كقاعدة " العادة محكمة" و " الخراج بالضمنان" فهاتان القاعدتان رغم كلماتهما القليلة الموجزة إلا أنهما تتسعان لكثير من الأحكام والفروع. وهذا لأن من أغراض القاعدة سرعة استحضارها، وثبوتها في الذهن، وهذا يناسب الاختصار والإيجاز في الألفاظ؛ والإيجاز نوع من الإعجاز البلاغي يحتاج مقدرة فقهية عالية، وامتلاك لخاصية البيان.

ولما كان النبي صلى الله عليه وسلم- : أوتي جوامع الكلم، فإننا ند كثيرا من القواعد في صياغتها مطابقة لنصوص السنة الشريفة كقاعدة لا ضرار ولا ضرار ، والبينة على المدعي واليمين على من أنكر "²⁷⁷.

لذلك لا يعرف لكل قاعدة صانع معين إلا ما كان منها حديثا شريف فجل تلك القواعد اكتسبت عن طريق التداول والصقا والتحوير على أيدي كبار الفقهاء في المذاهب في مجال الاستدلال والتعليل، غير إنه قد يؤثر على بعض فقهاء المذاهب عبارات جرت مجرى القواعد كقول أبي يوسف في كتاب الخراج " ليس للإمام أن يخرج شيئا من يد أحد إلا بحق ثابت معروف"²⁷⁸.

5- أنواع القواعد الفقهية:

²⁷⁶ الزرقاء، مصطفى أحمد، تقديم لشرح القواعد الفقهية، لواده، أحمد الزرقاء، دار الغرب الإسلامي، ط:01، 1983، ص5م،6م.

²⁷⁷ رابح بن غريب، مرجع سابق، ص 304.

²⁷⁸ مصطفى أحمد الزرقاء، مرجع سابق، ج2، ص969

من أهم تقسيمات القواعد الفقهية تقسيمها: إلى قواعد فقهية كلية أو كبرى، وأخرى جزئية أو صغرى.

القواعد الفقهية الكلية (الكبرى):

وتعتبر قواعد جامعة لمعظم مسائل الفقه الإسلامي في كثير من أبوابه وهي بمثابة الكليات التي تندرج تحتها عديد القواعد الفقهية الصغرى وكثير المسائل الأحكام الشرعية، ويتركز الشرح ويقتصر على القواعد الخمس الآتية؛ وهي:

- الأمور بمقاصدها.
- اليقين لا يزول بالشك.
- لا ضرر ولا ضرار.
- المشقة تجلب التيسير.
- العادة محكمة.

وهذه القواعد معتبرة في جميع المذاهب، وإنما الخلاف في إدخال بعض المسائل تحتها، أما أصل القاعدة فمتفق عليه، وإن كانت بعض منها أقل اتساعا من بعض .

القواعد الفقهية المتفرعة (الصغرى):

وهي قواعد فقهية متفرعة عن القواعد الفقهية الكبرى وقد تنفرد بمعالجة مسائل في باب من أبواب الفقه الإسلامي كما الشأن بالنسبة لقاعدة العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني؛ فإنها متعلقة بتنظيم العقود وهي متفرعة عن القاعدة الفقهية الكلية الكبرى الأمور بمقاصدها.²⁷⁹

ثانيا: شرح لأهم القواعد الفقهية والتمثيل لها:

إن القواعد الفقهية التي صدرت بها مجلة الأحكام العدلية عددها تسع وتسعون 99 قاعدة لقيت عناية بالغة في عصر النهضة الفقهية بالشرح والتدريس حتى شكلت تخصصا مستقلا بذاته تمحورت حوله الدراسات الشرعية والأبحاث العلمية ولقد كان من أبرز شروح هذه القواعد شرح الشيخ أحمد الزرقاء الذي أعاد جمعه وترتيبه عبد الستار أبو غدة وقدم لها نجله مصطفى أحمد الزرقاء أستاذ بكلية الحقوق والشريعة بدمشق. ونعتمد على هذا الشرح بصفة²⁸⁰ مباشرة في الاقتصار على شرح القواعد الفقهية الكبرى مع محاولة مقارنتها بالقانون الجزائري ما تيسر ذلك:

1- الأمور بمقاصدها. (قاعدة كلية)

²⁷⁹ مصطفى أحمد الزرقاء، مرجع سابق، ج2، ص977 رابح بن غريب، مرجع سابق، ص 305

²⁸⁰ أحمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص5 وما بعدها.

والأمور جمع أمر وهو لفظ عام للأفعال والأقوال كلها ومعناه أن أحكام الأقوال والأفعال كلها مرتبطة بمقاصد من صدرت منه، ومنه قوله تعالى " إليه يرجع الأمر كله" قوله تعالى: " قل إن الأمر كله لله"، "وما أمر فرعون برشيد"

ثم إن الكلام على تقدير مقتضى، أي: أحكام الأمور بمقاصدها، لأن علم الفقه

إنما يبحث في أحكام الأشياء لا عن ذواتها؛ لذلك فسرت المجلة القاعدة بقولها: " إن الحكم الذي يترتب على أمر ما يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر".

وهذه القاعدة تؤيد أعمال الباعث غير المشروع ومعناها، أن الأعمال مرتبطة

بالنيات بها، فالنية هي الميزان الذي توزن به الأعمال وسائر التصرفات، وهي المرجع في الحكم على الأعمال من حيث الحل والحرمة والصحة والفساد²⁸¹.

وأصل هذه القاعدة هو الحديث الشريف: (إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل أمرء

ما نوى فمن كانت هجرته لله ورسوله فهجرته لله ورسوله ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه)²⁸².

بعض تطبيقات القاعدة:

وتجري هذه القاعدة في كثير من أبواب الفقه الإسلامي مثل المعاوضات

والتمليكات المالية والإبراء، والوكالات، والضمانات والأمانات والعقوبات.

ففي المعاوضات والتمليكات المالية كالبيع والشراء والإجارة والصلح والهبية،

فإنها كلها عند إطلاقها -أي إذا لم يقترنها بها ما يقصد بها إخراجها عن إفادة ما وضعت له تقييد حكمها وهو الأثر المترتب عليها من التملك والتملك.

لكن إذا اقترن بها ما يخرجها عن إفادة هذا الحكم، وذلك كالهزل والاستهزاء

والمواضعة والتلجنة فإنه يسلبها حكمها المذكور، فلو باع إنسان أو شرى وهو هازل، فإنه لا يترتب على عقده تملك ولا تملك²⁸³.

وأما في العقوبات مثلا لا يقوم القصاص إلا إذا قصد القاتل القتل ويتحرى في

البحث عن نية القصد ما يقوم مقام قصد القتل كاستعمال آلة مفرقة للجسم كون المقاصد من الأمور الباطنية. فدليل الشيء في الأمور الباطنية يقوم مقامه.

ويتوقف أن يقصد قتل نفس المقتول لا غيره، فلو لم يقصد القتل أصلا أو قصد

القتل وأراد غير المقتول فأصاب المقتول فإنه لا يقتص منه في شيء بل تجب الدية،

²⁸¹ رابح بن غريب، مرجع سابق، ص 314.

²⁸² رواه البخاري ومسلم

²⁸³ أحمد الزرقاء، مرجع سابق، ص ص 5-6

سواء كان ما قصده مباحا، كما لو أراد قتل صيد أو إنسان مباح الدم فأصاب آخر محترم الدم فأصاب آخر مثله.²⁸⁴

العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني. (قاعدة فرعية)

هذه القاعدة بالنسبة للتي قبلها كالجزي من الكلي، فتلك عامة وهذه خاصة فتصلح أن تكون فرعا منها.

والمراد بالمقاصد والمعاني: ما يشمل المقاصد التي تعينها القرائن اللفظية التي تود في عقد فتكسبه حكم عقد آخر.

ففي الهبة إذا اشترط فيها تعويض الواهب تصح وتعتبر هبة ابتداء وبيعا انتهاء.

فالبنظر لكونها هبة يشترط لصحتها شروط الهبة، فلا تصح من صغير ولو كان العوض كثيرا وكذا لا تصح من وليه ولو بعوض ما. ويجب فيها التقابض في العوضين، ولا صح في مشاع يحتمل القسمة ولا فيما هو متصل بغيره، كما اتصال الأجزاء أو مشغول بغيره، كما لو وهب الزرع دون الأرض أو الأرض دون الزرع أو الثمر دون الشجر، أو الشجر دون الثمر لأن ذلك في معنى المشاع.

وبالنظر لكونها بيعا لا يصح الرجوع فيها، ويجري فيها الرد بالعيب وخيار الرؤية، وتؤخذ بالشفعة.

أما فيما إذا قال الواهب: وهبتك بشرط أن تعوض كذا، أما لو وهبتك هذا الشيء بكذا دراهم كانت بيعا ابتداء وانتهاء، أخذ العقد أحكام البيع لأنه أصبح في معناه رغم استعمال العاقد لفظ الهبة: فيرد الموهوب بالعيب، وكذا يسترد الموهوب له العوض المدفوع إذا استحق الموهوب من يده، وكذا سائر أحكام البيع.²⁸⁵

وكما لو اقتسم الورثة ذكورا وإناثا التركة على السوية صح بطريق الهبة لا الإرث.

2- اليقين لا يزول بالشك. (قاعدة كبرى).

اليقين لغة:

هو العلم الذي لا تردد معه، وهو في أصل اللغة الاستقرار يقال يقن الماء في الحوض إذا استقر، ولا يشترط في تحقق اليقين الاعتراف والتصديق بل يتصور مع الجحود كما قال تعالى: ﴿وجحدوا بها واستيقنتها أنفسهم ظلما وعلوا﴾.²⁸⁶

اليقين اصطلاحا:

²⁸⁴ المرجع نفسه، ص10

²⁸⁵ مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ج2، ص980، أحمد الزرقاء، مرجع سابق، ص18

²⁸⁶ سورة النمل، الآية:14

أما اليقين اصطلاحاً فيطلق على الاعتقاد الجازم المطابق للواقع الثابت. فخرج بالقيد الأول أي الجازم: الظن وغلبة الظن لأن لا جزم فيهما، وخرج بالقيد الثاني وهو ما ليس مطابقاً للواقع وهو الجهل وإن كان صاحبه جازماً، وخرج بالثالث اعتقاد المقلد فيه صواباً، لأن اعتقاده لما لم يكن عن دليل كان عرضة للزوال؛ فكل ذلك لبس من اليقين في شيء

واليقين أعلى في مراتب العلم والاعتقاد من الظن لان الظن لا جزم فيه، وهذا الأخير أقوى من الشك الذي هو التردد بين أمرين بلا ترجيح لأحدهما على الآخر. إن هذه القاعدة من أمهات القواعد التي عليها مدار الأحكام الفقهية ن وقد قيل إنها تدخل في جميع أبواب الفقه من عبادات ومعاملات وغيرها.

وتفيد القاعدة أنه إذا ثبت أمر من الأمور أو حالة من الحالات ثبوتاً يقينياً، أي قطعياً، ثم وقع الشك في وجود ما يزيله، يبقى الأمر المتيقن هو المعتمد إلى أن يتحقق السبب المزيل.

أي أن ما كان ثابتاً متيقناً لا يرتفع بمجرد طروء الشك عليه لأن الأمر اليقيني لا يعقل أن يزيله ما هو أضعف منه بل ما كان مثله أو أقوى منه. من الشك .

وهذه القاعدة أصل شرعي يدعمه العقل ، والقرآن الكريم ، والسنة النبوية. فمن جهة العقل: فإن اليقين أقوى من الشك، لأن في اليقين حكماً قطعياً جازماً، فل ينهدم بالشك.

ومن جهة القرآن الكريم ورد قوله تعالى: ﴿ وما يتبع أكثرهم إلا ظناً إن الظن لا يغني من الحق شيئاً ﴾.²⁸⁷

والحق هنا بمعنى الحقيقة الواقعة كاليقين.

ومن جهة السنة: ورد في الأحاديث النبوية الصحيحة أن المتوضى إذا شك في انتقاض وضوئه فهو على وضوئه السابق المتقين، وتصح به صلاته حتى يتحقق وجود ما ينقضه، ولا عبرة لذلك الشك، قال - صلى الله عليه وسلم- ﴿ إذا وجد أحدكم في بطنه شيئاً فأشكل عليه: أخرج منه شيء أم لا؟ فلا يخرجن من المسجد حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً ﴾.²⁸⁸

واستناداً إلى هذا الحكم الشرعي وأمثاله بنيت هذه القاعدة الحاكمة في جميع الأمور من عبادات ومعاملات وعقوبات وأقضية في سائر الحقوق والالتزامات.

أمثلة تطبيقية للقاعدة:

²⁸⁷ سورة يونس، الآية: 36

²⁸⁸ أخرجه مسلم

- فإذا ثبت دين على شخص، ثم مات وشكنا في وفائه فالدين باق.
- وإذا ثبت إبراء الدائن مدينه، ووقع الشك في رد المدين للإبراء، فالإبراء نافذ والدين ساقط.
- وإذا ثبت عقد بين اثنين ووقع الشك في فسخه فالعقد قائم .
- وإذا هلكت الوديعة عند الوديعة، وشكنا في أنها هلكت بتعديه عليها أو بتقصيره في حفظها فيضمنها أو أنها هلكت قضاء وقدرًا فلا يضمنها فإنه يعتبر غير ضامن، لأن صفة الأمانة هي المتيقنة عند العقد فلا تزول بالشك في حصول التعدي أو التقصير.
- فلو غاب إنسان غيبة منقطعة بحيث لا يعلم موته ولا حياته فإن المعتبر اليقين السابق، وهو حياته، إلى أن يعلم موته حقيقة بالبينة أو حكماً بتقدير القاضي عند موت جميع أقرانه مثلاً عند بعض الفقهاء فلا يجوز قسمة ماله بين الورثة ولو كان له وديعة عند آخر فيجب على المستودع حفظها ولو أعطاها للورثة يكون ضامناً .
- إذا كان إنسان يعلم أن العين الفلانية كانت ملك بكر ثم نازعه فيها أحد فإنه يحتمل أن يشهد لبكر بأن العين ملكه وإن كان يحتمل أنه باعها لمن ينازعه.
- إذا كان إنسان يعلم أن بكراً مديون لعمر بألف مثلاً فإنه يجوز أن يشهد على بكر بالألف وإن خامره الشك في وفائها أو في إبراء الدائن له؛ إذ لا عبرة في الشك في جانب اليقين السابق. ²⁸⁹

القواعد المتفرعة عن قاعدة اليقين لا يزول بالشك

والقاعدة المذكورة من القواعد الكلية وتنشأ عنها من القواعد الجزئية.

• الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يرد الدليل المخالف.

القاعدة الفقهية الفرعية "الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يرد الدليل المخالف" أن هذه القاعدة ليست من القواعد الكلية التي ليست داخلية تحت غيرها بل هي من فروع قاعدة اليقين لا يزول بالشك وداخلية تحتها؛ هي والقواعد التي تليها من قواعد مجلة الأحكام العدلية (المادة 5- المادة 13).

معنى قاعدة الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يرد الدليل المخالف.

معنى هذه القاعدة: أنه إذا جهل في وقت الخصومة حال الشيء وليس هناك دليل يحكم بمقتضاه، وكان لذلك الشيء حال سابقة معهودة فإن الأصل في ذلك أن يحكم بمقتضاه، وكان لذلك الشيء حال سابقة معهودة فإن الأصل في ذلك أن يحكم ببقائه

²⁸⁹ مصطفى أحمد الزرقاء، مرجع سابق، ج2، ص981، أحمد الزرقاء، مرجع سابق، ص35-40

واستمراره على تلك الحال المعهودة التي كان عليها، حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك فيصار حينئذ إليه.

وذلك الدليل أحد أربعة أشياء البينة والإقرار والنكول، والأمانة الظاهرة.

تطبيقات قاعدة الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يرد الدليل

المخالف.

ومن الأمثلة التطبيقية لهذه القاعدة الفقهية أنه لو ادعى المقترض دفع الدين إلى المقرض، أو ادعى المشتري دفع الثمن إلى البائع، أو ادعى المستأجر دفع الأجرة إلى المستأجر، وأنكر المقرض أو البائع أو المؤجر كان القول لهؤلاء المنكرين مع اليمين. ويستفاد من هذا أن الديون تعتبر باقية في ذم الملتزمين بها ما لم يثبتوا الدفع، لأنها كانت مستحقة لهم بيقين، فالأصل بقاءهم في ذمهم حتى يثبت سقوطها، وإنما لهم تحليف الدائنين اليمين على عدم القبض، فإذا حلفوا قضى لهم.²⁹⁰

• الأصل براءة الذمة. (متفرعة عنها).

الذمة في اصطلاح الفقهاء: "وصف يصير الشخص به أهلا للإيجاب له أو

عليه"

أي أن ذمة الإنسان غير مشغولة ببناء على الأصل وأنه من يدعي خلاف ذلك أن يقيم الدليل على شغلها بأي التزام سواء كان ذلك في الجانب المدني أو الجنائي. بناء على قاعدة "الأصل في الأشياء العارضة العدم" فالخصم إذا أنكر الدعوى على المدعي أن يقيم الدليل كون المنكر يتمسك بحالة أصلية هي براءة الذمة، فيكون ظاهر الحال شاهدا له ما لم يثبت خلافه.²⁹¹

وهذه القاعدة تحفظ الحقوق وتمنع الظلم، وتحقق العدل بين الناس. وتستند القاعدة إلى أصل الاستصحاب، إلى أدلة شرعية عديدة، منها ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى رجال أموال قوم ودماءهم لكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر"²⁹²

• الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته. (متفرعة عنها).

عند التنازع في تاريخ الحادث يحمل على الوقت الأقرب حدوثه، فعند التنازع في تاريخ الحادث يحمل على الوقت الأقرب إلى الحال حتى يثبت الأبعد.

²⁹⁰ مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ج2، ص982، أحمد الزرقاء، مرجع سابق، ص43

²⁹¹ مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ج2، ص984

²⁹² حديث حسن، رواه البيهقي وغيره هكذا، وبعضه في "الصحيحين"

ولهذه القاعدة مستثنيات كثيرة؛ كونها مقيدة في نظر الفقهاء بأن الحادث إنما يضاف إلى أقرب أوقاته ما لم تؤد هذه الإضافة إلى نقض أمر ثابت.

أمثلة تطبيقية للقاعدة:

- فإذا وجد المكلف في ثوبه منيا ولم يعرف وقته فإنه ينسبه لآخر نومة نامها
- لو تبين في المبيع عيب بعد القبض، فزعم البائع حدوثه عند المشتري، وزعم المشتري وجوده عند البائع، فإنه يعتبر حادثا عند المشتري، وليس له فسخ العقد حتى يثبت أنه قديم عند البائع إلا ان يكون العيب مما لا يحث مثله، بل هو من أصل الخلقة كالخيف (إحدى العينين سوداء والأخرى زرقاء) في الفرس.
- وكذا لو اشترى شخص شيئا على أنه بالخيار مدة معينة، ثم جاء يرده بعد انقضاء مدة الخيار زاعما أنه قد فسخ البيع قبل انقضائه، وزعم البائع أن المدة قد انقضت وهو ساكت فلزم البيع، وأنه قد فسخ بعد انقضائها. فالمعتبر في هذا قول البائع، ولا يحق للمشتري الرد حتى يثبت أنه قد فسخ في مدة الخيار.²⁹³

• الأصل في الأشياء الإباحة

ولها علاقة بالاستصحاب كما مر معنا في مصادر التشريع الإسلامي التبعية، فإذا سئل المجتهد عن حكم عقد أو تصرف، ولم يجد نصا في القرآن أو السنة ولا دليلا شرعيا يطلق على حكمه، حكم بإباحة هذا العقد أو التصرف بناء على أن الأصل في الأشياء الإباحة،

وإذا سئل المجتهد عن حكم حيوان أو جماد أو نبات أو أي طعام أو أي شراب أو عمل من الأعمال ولم يجد دليلا شرعيا على حكمه، حكم بإباحته، لأن الإباحة هي الأصل ولم يقم دليل على تغييره.

وإنما كان الأصل في الأشياء الإباحة استنادا لقوله تعالى " هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً "²⁹⁴ كونها هي الحال التي خلق الله عليها ما في الأرض جميعه، فما لم يقم دليل على تغييرها فالشيء على إباحته الأصلية .

كما صرح القرآن الكريم في عدة آيات بأن الله تعالى سخر للناس ما في السماوات وما في الأرض، ولا يكون ما في الأرض مخلوقا للناس ومسخرأ لهم إلا إذا كان مباحا لهم، لأنه لو كان محظورا عليهم ما كان لهم.²⁹⁵

²⁹³ مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ج2، ص986

²⁹⁴ سورة البقرة، الآية ، 29

²⁹⁵ عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص ص 91-93-محمد حسين مقبول، مرجع سابق ص ص97-99

وترتبط هذه القاعدة الفقهية في الحقل الجنائي بمبدأ شرعية التجريم والعقاب المنصوص عليه في المادة 01 من قانون العقوبات الجزائي، والذي سبق التشريع الإسلامي التأسيس له من خلال نصوص القرآن الكريم. ومفاد ذلك أن الأصل في كل سلوك يقدم عليه المكلف يكون مباحا غير داخل في نطاق اللامشروعية الجنائية إلا إذا نص عليه التشريع العقابي. فيكون الأصل هو الإباحة التي لا تقتضي العد ولا الحصر، والاستثناء هو التجريم الموجب للعقاب الذي يوجب الحصر بموجب التقنين.

• الذمة إذا عمرت بيقين لا تبرأ إلا بيقين

معنى القاعدة: إذا ثبت في ذمة الإنسان حق بيقين، فلا تزول ذمته منه إلا بيقين مماثل؛ لأن اليقين لا يزول بالشك. ومجال هذه القاعدة يستغرق مجالها: الديون، الضمانات، العقود، الزكاة، النفقات، والأمانات.

ويشهد لهذه القاعدة النصوص الشرعية من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة فمن القرآن الكريم؛ قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾²⁹⁶، أما من السنة النبوية فقوله- صلى الله عليه وسلم: "على اليد ما أخذت حتى تؤديه"²⁹⁷

فهذه النصوص الشرعية تدل قطعا على لزوم الالتزام الثابت في الذمة.

أمثلة تطبيقية للقاعدة:

- إذا كان لفاتح على عبد الجليل 10000 دينار بيقين، ثم شكَّ عبد الجليل: هل سددت المبلغ أم لا؟
فالجواب: ذمته لا تبرأ، ويبقى مطالباً بالدين؛ لأن ثبوت الدين يقين، والشك في السداد لا يكفي، وقد حدث هذا فعلا حيث شهد نجم الدين بأنه حضر الوفاء، وذكرنا بما دار بيننا من حديث عابر عند الوفاء.
- من كان متوضئاً يقيناً وشكَّ في الحدث، فهو باقٍ على وضوئه.

3- لا ضرر ولا ضرار. (قاعدة كبرى)

هذه القاعدة لفظ حديث شريف حسن رواه ابن ماجه والدار القطني عن أبي سعيد الخدري. ومعنى القاعدة لا يجوز لأحد شرعا أن يلحق بآخر ضررا ولا ضرار.

²⁹⁶ رواه أحمد وأبو داود والترمذي

²⁹⁷ سورة المائدة، الآية: 1

والضرر هو إلحاق المفسدة بالغير مطلقا، والضرار هو إلحاق المفسدة على وجه المقابلة له.

المقصود بمنع الضرر:

يستفاد من هذه القاعدة نفي الضرر نفيًا يوجب المنع مطلقا، ويشمل الضرر الخاص والعام.

ويشمل ذلك قبل الوقوع بطرق الوقاية الممكنة.

ورفعه بعد الوقوع بما يمكن من التدابير التي تزيل آثاره وتمنع تكراره.

وتدل القاعدة على وجوب اختيار أهون الشرين لدفع أعظمهما.

لأن في ذلك تخفيفا للضرر عندما لا يمكن منعه منعًا باتا.

والقاعدة مقيدة بغير ما أذن به الشرع من الضرر كالقصاص. ومن ثم كان إنزال العقوبات الشرعية بالمجرمين لا يتنافى هذه القاعدة، وإن ترتب عليها ضرر بهم، لأن فيها عدلا ودفعًا لضرر أعم وأعظم.

والقول بأن ليس للمظلوم أن يظلم غيره فيقابل الضرر بالضرر على وجه الانتقام لا يعني أن ليس له أن يتخلص من الظلم الذي وقع عليه تعويضا أو تعزيرا فيأخذ حقه من غير تعسف ولا تجاوز لقوله تعالى ﴿ولمن انتصر بعد ظلمه فأولئك ما عليهم من سبيل إنما السبيل على الذين يظلمون الناس ويبيغون في الأرض بغير الحق﴾.²⁹⁸

المقصود بمنع الضرار:

والمقصود بمنع الضرار نفي فكرة الثأر المحض الذي يزيد في الضرر ولا يفيد إلا في توسيع دائرته، لأن الإضرار - ولو على سبيل المقابلة - لا يجوز أن يكون هدفا مقصودا وطريقا عامة، وإنما يلجأ إليه اضطرارا عندما لا يكون غيره من طرق التلافي والقمع أفضل منه وأنفع.

فمن أتلف مال غيره مثلا لا يجوز أن يقابل بإتلاف ماله، لأن في ذلك من توسيع للضرر بلا منفعة، وأفضل منه المتلف قيمة ما أتلف، فإن فيه نفعًا بتعويض المضرور وتحويل الضرر نفسه إلى حساب المعتدي، فإنه سيان عنده إتلاف ماله وإعطائه للمضرور لجبر الضرر.²⁹⁹

أمثلة تطبيقية للقاعدة:

ومن تطبيقات هذه القاعدة :

²⁹⁸ سورة الشورى الآية: 41-42

²⁹⁹ مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ج2، ص990

- إقرار الحجر في الأموال توقيا من وقوع الضرر العائد تارة لذات المحجور وتارة لغيره كونه لا يحسن التصرف في ماله.
 - ومنها الشفعة لأنها شرعت توقيا من ضرر جار السوء أو إدخال شريك في المال.
 - ومنها لو باع لآخر ما يتسارع إليه الفساد وغاب المشتري قبل قبضه وقبل نقد الثمن فأبطأ للبايع بيعه لغيره توقيا من تضرره بفساده ولا يرجع على المشتري بشيء لو نقص الثمن الثاني عن الأول.
 - ومنها حبس الموسر إذا امتنع عن الإنفاق عن أولاده أو قريبه المحرم توقيا من وقوع الضرر بأولاده أو قريبه الفقير ببائهم بلا نفقة.
 - ومنها مشروعية الخيار في البيوع للبايع للعيب.
- والقاعدة المذكورة من القواعد الكلية وتنشأ عنها من القواعد الجزئية.

• الضرر يزال

وتفيد هذه القاعدة وجوب إزالة الضرر ورفع أو التعويض عنه بعد الوقوع. أي ترميم آثاره بعد الوقوع.

أمثلة تطبيقية للقاعدة:

في ميدان المصالح العامة:

- إذا سلط الإنسان ميزابه على الطريق العام بحيث يضر بالمارين، فإنه يزال.
 - كذلك إذا تعدى الإنسان على الطريق ببناء ونحوه فإن هذا التعدي يجب أن يوقف ويزال الضرر.
 - جواز حبس المشتهرين بالدعارة والفساد حتى تظهر توبتهم، ولو لم يثبت عليهم جرم معين بطريق قضائي، وذلك رفعا لشرهم لأنهم قد يحتاطون ويتحفظون ويملؤون الدنيا فسادا وأضرارا ولا يمكن إثبات شيء عليهم بطريق قضائي³⁰⁰.
- وهذه المسألة تحتاج إلى تحقيق لما في هذا من فتح باب أخذ الناس بغير جرم

في ميدان الحقوق الخاصة:

- مشروعية خيار التغرير القولي في البيع إذا كان معه غبن فاحش سواء كان التغرير من البائع للمشتري أو من المشتري للبائع وهو الذي نص عليه القانون المدني في نطاق عيوب الرضا تحت مسمى التدليس.
- ضمان المتلف لما أتلفه تعويضا للضرر الذي ألحقه بالغير

³⁰⁰ رابح بن غريب، مرجع سابق، ص325.

- إذا طالت أغصان شجرة لشخص وتدلّت على دار جاره فأضرته يكلف برفعها أو قطعها
- شرعت كثير من الخيارات في العقود لإزالة الضرر الواقع على أحد المتعاقدين كخيار العيب، وخيار الغبن بالتغريب.³⁰¹

• الضرر لا يزال بمثله.

وتفيد هذه القاعدة بأن إزالة الضرر أمر مطلوب شرعا ، ولكن هذه الإزالة لا تكون بضرر مثله، ولا بما هو فوقه من أولى، بل بما هو من دونه. وهذه القاعدة تصلح أن تكون قيّدا لقاعدة الضرر يزال أي إلا إذا كانت إزالة الضرر لا تتيسر إلا بإدخال ضرر مثله على الغير فحينئذ لا يرفع بل يجبر قدر الإمكان. فإذا كان مما يقابل بعوض كالعيب القديم الذي اطّلع عليه المشتري وقد تعيب المبيع عنده امتنع الرد ورجع المشتري على بائعه بما يقابل الثمن إلا إذا رضي بأخذه معيبا فيأخذه ويرد جميع الثمن. أما إذا كان الضرر لا يتيسر إدخاله إلا بإدخال ضرر على الغير مثله ولا يمكن جبره يترك على حاله كما لم يجد المضطر لدفع الهلاك جوعا إلا طعام مضطر مثله أو بدن آدمي حي فإنه لا يباح تناولها.³⁰²

• الضرر يدفع بقدر الإمكان.

ومعنى القاعدة تفيد وجوب دفع الضرر قبل وقوعه، فإن أمكن دفعه بالكلية فبها، وإلا فبقدر ما يمكن. فإن كان مما يقابل بعوض جبر به. وفقا لقاعدة المصالح المرسلة والسياسة الشرعية لأن الوقاية خير من العلاج، وذلك بقدر الإمكان، لأن التكليف الشرعي على حسب الاستطاعة³⁰³

وتمثل هذه القاعدة الجانب الوقائي في التشريع الإسلامي والتي تفيد وجوب دفع الضرر قبل وقوعه بكل الوسائل المشروعة ومنها التدابير المتخذة لمنع انتشار الأوبئة كغلق الأسواق الماشية عند ظهور وباء الحمى المالطية والتدابير المتخذة لدفع الأوبئة من إلزامية التلقيح...

أمثلة تطبيقية للقاعدة:

في ميدان المصالح العامة:

³⁰¹ مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ج2، ص993

³⁰² أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص141

³⁰³ المرجع نفسه، ص153، ومصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ج2، ص993.

- شرع الجهاد لدفع شر الأعداء، وجبت العقوبات لقمع الإجرام وصيانة الأمن العام .
- ووجب سد ذرائع الفساد وأبوابه وجميع أنواعه، إلى غير ذلك من التدابير اللازمة لدفع الشر والحيلولة دونه
- في ميدان الحقوق الخاصة:**
- شرع حق الشفعة لمقاصد منها دفع ضرر سوء الجوار.
- شرع الحجر على السفية لدفع ضرر سوء تصرفاته على نفسه وأسرته.
- شرع الحجر على المدين المفلس منعا لضرار الدائنين من تصرفاته.
- حق للقاضي منع المدين من السفر بناء على طلب الدائن حتى يوكل وكيلاً عنه بالخصومة، ولم يصح منه عزل هذا الوكيل ما دام هو مسافراً منعا لضرار الدائن.
- وشرع الإجبار القضائي على قسمة المشترك القابل للقسمة بناء على طلب أحد الشركاء دفعا لضرار شركة الملك
- وشرعت بعض الخيارات في العقود لدفع الضرر، كما في خيار الشرط، وخيار الرؤية، وخيار التعيين في البيوع، لحاجة بعض المشتريين إلى التروي والاستشارة قبل البت.
- وتقرر إجبار الشريك على الإسهام في نفقات تعمیر العقار المشترك أو ترميمه إذا توهن وكان غير قابل للقسمة. وإذا لم يفعل فلشريكه الآخر أن يعمره ويحبسه عنده بقوة القضاء أو أن يستغله كله حتى يستوفي.³⁰⁴
- بيع الفاضل من طعام المحتكر عن قوته وقوت عياله إلى وقت السعة.
- منع اتخاذ حانوت للطبخ أو للحدادة بين البزازين.
- جواز خرب العقارات المجاورة للحريق بإذن الإمام لمنع سريان النار إليها، فلو هدمها بغير إذن الإمام ضمن قيمتها.
- جواز المرور في ملك الغير لإصلاح النهر العام وغيره، فإن فيه ضرر خاص لدفع الضرر العام.³⁰⁵
- إقرار الفحص الطبي قبل الزواج في تقنين الأسرة الجزائري بموجب المادة 7 مكرر
- إقرار التلقيح الطبي لدفع الأوبئة.

• يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام.

304 مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ج2، ص993.

305 أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص144.

وهذه القاعدة مستمدة من مقاصد الشريعة الإسلامية في جلب المصالح للعبد، والتي هي قوام المجتمع ولا استقرار له بدونها، ومتى فقدت أو اختلت اضطرب المجتمع، ولحق أفراد الضيق والعنت في حياتهم، وقد استخلص المجتهدون هذه القاعدة من الإجماع ومعقول النصوص.

وفي سبيل المحافظة على هذه المقاصد وتأييدها شرعت قاعدة تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام.³⁰⁶ وتفيد هذه القاعدة تغليب دفع الضرر العام ولو أدى ذلك لضرر خاص إذ المصلحة العامة مقدمة عن المصلحة الخاصة.

أمثلة تطبيقية للقاعدة:

في ميدان المصالح العامة:

يرتبط تطبيق هذه القاعدة بالمصالح العامة، كون الضرر يقع على الأفراد لدفع ضرر على العامة، ومن تطبيقاتها في هذا المجال:

- إجراءات نزع الملكية الخاصة لشق طريق عام أو غيره.
- الحجر على الطبيب الجاهل، والمفتي الماجن، والمكاري المفلس (وكالات السفر في عصرنا اليوم)، وإن تضرروا بذلك دفعا لضررهم عن الجماعة في أرواحها ودينها وأموالها .
- جواز التسعير عند الغلاء الفاحش وتجاوزهم.
- جواز رمي الكفار إذا تترسوا بالمسلمين من الأسرى والصبيان والنساء لدفع ضرر زحفهم على المسلمين.³⁰⁷

• الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف

• إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما.

• يختار أهون الشرين.

وكلها قواعد متقاربة في المعنى وفيها تصريح بمفهوم المخالفة المستفاد من القاعدة سالفة الذكر "الضرر ل يزال بمثله".

فهذه القواعد الثلاث بمعنى واحد أي أن الأمر إذا دار بين ضررين وكان أحدهما أشد من الآخر فيتحمل الضرر الأخف ولا يرتكب الأشد.³⁰⁸ وتكون مراعاة أعظمهما بإزالته لأن المفسدة تراعى نفيًا كما أن المصالح تراعى إثباتًا.

أمثلة تطبيقية للقاعدة:

³⁰⁶ رابح بن غريب، مرجع سابق، ص328.

³⁰⁷ مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ج2، ص995-996، و رابح بن غريب، مرجع سابق، ص328..

³⁰⁸ رابح بن غريب، مرجع سابق، ص326

- جواز شق بطن المرأة الميتة لإخراج الولد إذا كان ترجى حياته.
- وحبس من وجبت عليه النفقة إذا امتنع عن أدائها.
- جواز السكوت عن إنكار المنكرات إذا كان يترتب على إنكارها ضرر عظيم.
- جواز التفريق بين المرأة وزوجها جبرا عنه إذا ضارها.
- لو ابتلعت دجاجة شخص لؤلؤة ثمينة لغيره فلصاحب اللؤلؤة أن يملك الدجاجة بقيمتها لذبحها واستخراج حاجته. ومثله لو أدخل حيوان رأسه في قدر وتعذر إخراجه منه³⁰⁹
- وجوب إسقاط الجنين إذا تقرر أن حياة الأم مرهونة بذلك، ويدعم ذلك قاعدة إذا عاد الفرع على الأصل بالإبطال جاز بطل الفرع.

• درء المفسد أولى من جلب المصالح

معنى القاعدة:

إذا تعارضت مصلحة ومفسدة قدم درء المفسدة على جلب المصلحة. قال الزرقاني في المدخل «لأن المفسد سريانا وتوسعا كالوباء والحريق، فمن الحكمة والحزم القضاء عليها في مهدها، ولو ترتب على ذلك حرمان من منافع أو تأخير لها، ومن ثم كان حرص الشارع على المنهيات أقوى من حرصه على تحقيق الأمور»

وتتأسس هذه القاعدة على أن تسببق اجتناب المنهيات عن إتيان الأمور قدر الاستطاعة، واعتناء الشرع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالأمور كما ورد في الحديث الشريف: " ما نهيتكم عنه فاجتنبوه، وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم"³¹⁰

أمثلة تطبيقية للقاعدة:

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

- منع التجارة بالمحرمات من خمر ومخدرات ولو أن فيها أرباحا ومنافع اقتصادية.
- منع مالك الدار من فتح نافذة تطل على مقر نساء جاره، ولو كان له فيها منفعة.
- منع تصرف الجار في ملكه تصرفا يضر بجيرانه، كاتخاذ معصرة أو فرن يؤذيان الجيران بالرائحة والدخان.

³⁰⁹ مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ج2، ص995، ورايح بن غريب، مرجع سابق، ص327..

- وكذلك منعه أن يحدث في ملكه ما يضر بجاره ضررا بينا كاتخاذ حرفة بألة توهن البناء.³¹¹

4- المشقة تجلب التيسير. (قاعدة كبرى)

المشقة تجلب التيسير كون الحرج مدفوع في نصوص الشريعة الإسلامية المتواترة. لأن في المشقات إحراجا والحرج ممنوع عن المكلف بنصوص الشريعة والمراد بالمشقة الجالبة للتيسير المشقة التي تنفك عنها التكاليف الشرعية.

أما المشقة التي لا تنفك عنها التكاليف الشرعية كمشقة الجهاد وألم الحدود وقتل البغاة والمفسدين في الأرض فلا أثر لها في جلب تيسير ولا تخفيف وقد قال الله في تقرير عقاب جريمة الزنا: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَيْشَهِدَ عَدَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾.³¹²

وقد ذكر الشاطبي الفرق بين المشقة الجالبة للتيسير وغير الجالبة له: "الفرق بين المشقة التي لا تعد مشقة عادة، والتي لا تعد مشقة هو أنه إذا كان العمل يؤدي الدوام عليه إلى الانقطاع عنه أو عن بعضه أو إلى وقوع خلل في صاحبه في نفسه أو ماله أو حال من أحواله – كمشقة الخوف على النفوس والأطراف ومنافع الأعضاء – فالمشقة هنا خارجة عن المعتاد وموجبة للتخفيف والترخيص قطعاً، لأن حفظ النفوس والأطراف لإقامة مصالح الدين أولى من تعريضها للفوات في عبادة أو عبادات.

وأن لم يكن فيها شيء من ذلك في الغالب فلا تعد في العادة مشقة، وإن سميت كلفة فأحوال الإنسان كلها كلفة في هذه الدار، وذلك كمشقة العمل واكتساب المعيشة والصلاة والصيام والحج في حال الصحة والقدرة، ولقد جعل الله للإنسان القدرة عليها بحيث تكون تلك التصرفات تحت قهره لا أن يكون هو تحت قهر التصرفات، فذلك التكاليف"³¹³

أسباب التخفيف أو الأسباب الجالبة للتيسير:

أما المشقة التي تجلب التيسير تحتها سبعة أنواع مع بعض التمثيل لها في باب المعاملات:

³¹¹ مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ج2، ص996

³¹² - سورة النور، الآية:2.

³¹³ الشاطبي، مرجع سابق، ج؟، ص؟

- **السفر:** جواز بيع الإنسان مال رفيقه وحفظ ثمنه لورثته بدون ولاية ولا وصاية إذا مات في سفر ولا قاضي ثمة.
- **المرض:** تأخير إقامة الحد على المريض غير حد الرجم إلى أن يبرأ. وهو المعروف بتأجيل التنفيذ العقابي المنصوص عليه في قانون تنظيم السجون.
- **الإكراه:** وهو التهديد ممن هو قادر على الإيقاع بضرب مبرح أو إتلاف نفس أو عضو أو بحبس ويسمى إكراها ملجئاً. ومنه العقود إذا أكره عليها بملجئ أو بغير ملجئ فأبرمها ثم زال الإكراه فله الخيار إن شاء فسخ وغن شاء أمضى.
- غير أنه لا يباح له إتلاف مال الغير أو السكر إلا بالإكراه الملجئ وتكون واجبة وضمنان المال المتلف على المكره. كون "الإكراه لا يسقط حق الغير" ولا يحل عند الضرورة الجنائية على الغير فإنها لا تحل ولو بالإكراه الملجئ. وموجبها القصاص على المكره إذا فعلها المكره.
- **النسيان:** وهو عدم تذكر الشيء عند الحاجة إليه ومنه إذا ما وقع فيما يوجب عقوبة كان شبهة في إسقاطها.
- **الجهل:** وهو عدم العلم ممن شأنه أن يعلم. ومن تيسيراته جهل الشفيع بالبيع فإنه يعذر في تأجيل طلب الشفيع. ومنه جهل الوكيل أو القاضي بالعزل أو المحجور بالحجر فإن تصرفهم صحيح إلى أن يعلموا بذلك. ومنها لو أجاز لورثة الوصية ولم يعلموا ما أوصى به الميت لا تصح إجازتهم.
- **العسر وعموم البلوى:** ومنه جواز بيع السلم والمزارعة والمساقاة ، وجواز نظر الطبيب والشاب الخاطب للمرأة الأجنبية.
- **النقص:** وفيه نوع من المشقة تجلب التيسير كالصغر والجنون والأنوثة. ومن تعتبر قواعد الأهلية وما يعترئها من نقص وانعدام من أهم تطبيقات هذه القاعدة كما هو الشأن بالنسبة للقاصر والمجنون.
- والقاعدة المذكورة من القواعد الكلية وتنشأ عنها من القواعد الجزئية.

● **الضرورات تبيح المحظورات**

● **إذا ضاق الأمر اتسع وإذا اتسع ضاق**

وهي موافقة لقاعدة **إذا ضاق الأمر اتسع وإذا اتسع ضاق**: وتعني إنه إذا دعت الضرورة والمشقة إلى اتساع أمر فإنه يتسع لغاية اندفاع الضرورة والمشقة فإذا اندفعت الضرورة عاد الأمر إلى ما كان عليه. ومن أهم تطبيقاتها نظرية الدفاع الشرعي وما

يشترط فيها من لزوم وتناسب لذلك إذا اندفع الضرر بغير القتل يخرج الأمر من نطاق الدفاع الشرعي إلى دائرة الانتقام المذموم شرعا والمجرم قانونا والموجب للمساءلة في الشريعة والقانون على حد السواء فقد ورد على سيدنا علي- رضي الله عنه- لا تتبعوا موليا، ولا تجهزوا على جريح لأن القصد من القتال هو دفع الضرر وقد حصل بهربه أو جرحه فلا يجوز الزيادة عليه ولأن ما جاز لعذر امتنع بزواله.

• **الضرورة تقدر بقدرها.**

هذه القاعدة قيد لسابقتها ، فلا يباح بالضرورة محذور أعظم ضررا من الصبر عليها، كما أن الاضطرار يبيح من المحظورات مقدار ما يدفع الخطر، ولا يجوز الاسترسال ، ومتى زال الخطر عاد الحظر.

فإذا احتيج لمداواة العورة يكشف الطبيب بمقدار ما يحتاج إلى كشفه فقط

- وبالنسبة للمرأة لا يجوز أن يطلع على عورتها للتطبيب أو التوليد رجل إذا وجدت امرأة تحسن ذلك، لأن اطلاع الجنس على جنسه أخف محظورا. ³¹⁴

• **ما جاز لعذر بطل بزواله.**

وهي تقييد للمادة للقاعدة السابقة التي قررت الضرورات تبيح المحظورات فإباحة دفع الصائل مثلا تبطل عند هربه أو التمكن من تقييده فلا يجوز قتله كما مر سلفا تمسكا بالدفاع الشرعي.

• **إذا زال المانع عاد الممنوع.**

وهي تفيد حكام عكس ما أفادته القاعدة السالفة أي ما امتنع لسبب ثم زال السبب المانع عاد الممنوع ومن تطبيقاتها:

- لو أوصى لوارث ثم امتنع بمانع صحت كما لو أوصى لأخيه ثم امتنع إرثه بمانع صحت، كما لو أوصى لأخيه ثم ولد له ولد ثم مات الموصي.
- لو وهب حصة شائعة قابلة للقسمة ثم قسم وسلمها صحت الهبة.
- ومنها لو انهدمت الدار المأجورة سقطت الأجرة فإذا بناها المؤجر في المدة قبل أن يفسخ المستأجر عادت في المستقبل.

• **الاضطرار لا يبطل حق الغير**

وإنما يعد الاضطرار معذرة تسقط الإثم، وتعفي من عقوبة التجاوز على حق الغير، ولا ضرورة لإبطال الحق. فمن اضطر لدفع الهلاك عن نفسه أن يأكل طعام غيره فإن عليه ضمان قيمته أما من أكره بملجئي على إتلاف مال الغير فإن ضمان مال قيمة المال على من باشر الإكراه، لأنه أولى من الفاعل بتحمل من التبعة

5- العادة محكمة. (قاعدة كبرى)

المراد بالعادة في هذه القاعدة العرف بنوعيه : اللفظي والعملي. فهي تعبر عن مكانة العرف واعتباره في الشريعة الإسلامية، وعن سلطانه الحاكم بين الناس في توزيع الحقوق والالتزامات بينهم في التعامل يعني أن العادة عامة كانت أو خاصة تجعل حكما لإثبات حكم شرعي لم ينص على خلافه بخصوصه. وأصل هذه القاعدة ما أثر عن ابن مسعود: ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيحا" والعادة: تعني الاستمرار على الشيء مقبول للطبع السليم، والمعاودة إليه المرة بعد الأخرى.

وهي التي تعني العرف العملي. والمراد بعامة أن تكون مطردة أو غالبية في جميع البلاد، ومن كونها خاصة: أن تكون في بعض البلاد. وقد نقل عن ابن عابدين من الحنفية أن العادة إحدى حجج الشرع فيما لا نص فيه. أما النص إذا ما ورد فإما أن يكون نصا في مخالفتها فلا كلام في اعتبارها لأن النص أقوى من العرف. والقاعدة المذكورة من القواعد الكلية وتنشأ عنها من القواعد الجزئية.

• استعمال الناس حجة يجب العمل به .

فهذه القاعدة في معنى أصلها القائل " العادة محكمة

• الممتنع عادة كالممتنع حقيقة:

فكما أن الممتنع حقيقة لا تسمع الدعوى به ولا تقام البينة عليه للتيقن بكذب مدعيه كقول من لا يولد له خذا ابني، فكذلك الممتنع عادة كدعوى معروف بالفقر على آخر أموالا جسيمة لم يعهد عنه انه أصاب مثلها بإرث أو غيره.

• الحقيقة تترك بدلالة العادة:

لأن الاستعمال والتعارف يجعل إطلاق اللفظ على ما تعرف استعماله فيه حقيقة للمستعملين، ويجعل إطلاقه على معناه الوضعي الأصلي في نظرهم مجازاً. كمن حلف إلا يضع قدماً في بيت، فإنه يحنث بدخوله البيت.

• العبرة للغالب الشائع لا للنادر.:

ومنه عدم سماع دعوى الزوجة بكل المهر المعجل على زوجها بعد الدخول، بل يقال لها إما أن تقري بما تعجلت وإلا قضينا عليك بالمتعارف تعجيله لأنه من النادر أن تسلم نفسها عادة من غير أن تقبض من مال المهر.

• المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

ومنه لو دفع الأب ابنه إلى الأستاذ مدة معينة ليعلمه حرفة ثم اختلفا فطلب كل منهما الأجر فإنه يحكم له بالأجر لمن يشهد له عرف البلدة.

• المعروف بين التجار كالمشروط بينهم.

وهي كسابقتها إلا أنها خاصة بعرف التجار كما هو حاصل في عرف التجار من أن نفقات تسجيل نقل ملكية السيارة على المشتري ما لم يشترطه ومن أن العجلة الاحتياطية وحاملها ومفتاح الضعف من توابع السيارة فإذا تعذر على البائع تسليمها مع السيارة فإنه ينقص ثمنها من سعر البيع المتفق عليه.

• التعيين بالعرف كالتعيين بالنص.

ومنه من استأجر حانوتاً في سوق البرازين مثلاً فليس له أن يستعمله للحدادة أو نحو ذلك مما يؤدي جيرانه.³¹⁵

فرغنا من تحريرية بحول الله وقوته يوم الأربعاء 12 جمادى الآخرة من عام 1447 هـ

الموافق ل 03 ديسمبر 2025 ببرج الغدير الطيبة نفع الله به وبنا .

قائمة المصادر والمراجع.

القرآن الكريم برواية حفص .

كتب الحديث الشريف وما يتعلق به.

1. أبادي، أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم، عون المعبود شرح سنن أبي داود، مع شرح الحافظ شمس الدين ابن قيم الجوزية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط:1، 1990.
2. البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي، السنن الكبرى، دار الفكر، وفي ذيله الجوهر النقي للعلامة علاء الدين بن علي بن عثمان المارديني الشهير بابن التركماني.
3. البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة، صحيح البخاري، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
4. أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، السنن، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت.
5. الدارقطني، علي بن عمر، السنن، وبهامشه التعليق المغني على الدارقطني لأبي الطيب محمد محمد شمس الحق آبادي، عالم الكتاب، بيروت، ط:4، 1986.
6. ابن حنبل، أبو عبد الله أحمد الشيباني، المسند - شرحه ووضع فهرسه: أحمد محمد شاكر - مكتبة التراث الإسلامي، القاهرة، ط:2، 1994.
7. ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت.
8. مسلم، أبو الحسين بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، الجامع الصحيح، (صحيح مسلم)، دار الأفق الجديدة.
9. النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن سنان الخراساني، السنن بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي وحاشية الإمام السندي، حققه ورقمه ووضع فهرسه: مكتب تحقيق التراث الإسلامي، دار المعرفة، بيروت، ط:1، 1991.
10. الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، دار ابن حزم، ط:1، 2000.
11. الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى السلميّ، الجامع المختصر من السنن، بشرح أبي العلام محمد عبد الرحمان بن عبد الرحيم المباركفوري، المسمّى تحفة

الأحوذى، ضبط وتوثيق: صدقي محمد جميل العطار، دار الفكر، بيروت، 1995.

كتب الفقه الإسلامي وأصوله.

كتب الفقه الإسلامي وأصوله القديمة

12. **السرخسي**، أبو بكر محمد بن أبي سهل شمس الدين، كتاب المبسوط-تصنيف: خليل الميس- دار المعرفة، بيروت، ط:2، 1986.

13. **القرافي**، أبو العباس شهاب الدين بن عبد الرحمان الصنهاجي، الفروق، عالم الكتاب، بيروت.

14. **الشاطبي**، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي، الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق: عبد الله دراز، دار الكتب العلمية، بيروت

15. ابن تيمية، أبو العباس تقي الدين أحمد، مجموع الفتاوى كتاب النكاح، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المملكة العربية السعودية، 1425هـ، 2004

16. **الغزالي**: أبو حامد محمد بن محمد، المستصفى من علم الأصول، المطبعة الأميرية بولاق، مصر، ط:1، 1322هـ

17. الإمام الشافعي، الرسالة، تحقيق أحمد محمد شاكر، دار التراث، القاهرة، ص 78-79 اهـ

18. ابن دقيق العيد، شرح الأربعين النووية ، مؤسسة الريان، لقاهرة، 2003، ط:06

19. محمد بن أحمد ابن رشد، البيان والتحصيل .بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1988

كتب الفقه الإسلامي وأصوله الحديثة

20. أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح، النظام العقابي الإسلامي - دراسة مقارنة- مؤسسة دار التعاون، مصر، 1986

21. أبو الحسن الماوردي، أدب الدنيا والدين، منشورات دار مكتبة الهلال، بيروت.

22. الأشقر ، عمر سليمان، تاريخ الفقه الاسلامي، قصر الكتاب، البليدة

23. حسين، محمد مقبول، محاضرات في تاريخ التشريع الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية.

24. **خلاف**، عبد الوهاب، علم أصول الفقه، الزهراء، الجزائر، ط:1، 1990.

25. عبد المنعم، حمدي، ديوان المظالم مقارنا بالنظم القضائية الحديثة، دار الشروق، ط:1، 1983،

26. الببهنساوي، سالم ، كمال الشريعة وعجز القانون الوضعي، دار الوفاء، المنصورة، ط01 سنة2003
27. القرضاوي: يوسف، الفقه الإسلامي بين التجديد والمعاصرة، مؤسسة الرسالة، ط:01، 2001.
28. حسن الترابي، ، تجديد أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، بيروت، 1400هـ.
29. بيطار: زهير ، حوارات حول فهم النص وقضايا الفكر الديني المعاصر، دار الهادي، بيروت، ط:01
30. _عقيدة، محمد أبو العلا، تطبيق التشريع الجنائي الإسلامي في مصر، دراسة تحليلية وتأصيلية لمشروع قانون العقوبات الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، ط:1،
31. الخلفي، ناصر علي ناصر، الظروف المشددة والمخففة في عقوبة التعزير في الفقه الإسلامي، مطبعة المدني، القاهرة، ط:1، 1992
32. حمادو، نذير، الوجيز في أدلة التشريع الإسلامي، مؤسسة ابن سينا، الجزائر، ط:01، 2000،
33. طالب، يوسف صلاح الدين، العفو عند الأصوليين والفقهاء، دراسة تأصيلية تطبيقية لمرتبة العفو عند الإمامين ابن تيمية والشاطبي، دار النوادر، ط:1، 1429هـ، 2008م
34. الزرقاء، أحمد، شرح القواعد الفقهية، أحمد الزرقاء، دار الغرب الإسلامي، ط:01، 1983،
35. توفيق الواعي، الدولة الإسلامية بين التراث والمعاصرة .القاهرة: دار الدعوة، 1995
36. أبو سليمان: عبد الحميد الخلافات السياسية بين الصحابة، دار قرطبة2004 ،
37. السنهوري، عبد الرزاق. مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي . بيروت: دار إحياء التراث العربي.1997
38. رابح بن غريب، المدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2007
39. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ط01، 1996
40. محمد الأمين الشنقيطي مذكرة في أصول الفقه، ، ط: دار الإتيقان الإسكندرية، ص 169
41. مصطفى أحمد الزرقاء ، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط2004، 02

42. سعيد الخن، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، مؤسسة الرسالة، دمشق، ط:06، 1996

43. عثمان ضميرية، أصول العلاقات الدولية في فقه الإمام محمد بن الحسن الشيباني - دراسة فقهية مقارنة - دار المعالي، عمان، الأردن، ط:01، 1999

مقاصد الشريعة الإسلامية

65. اليوبي: محمد سعد بن أحمد بن مسعود، مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، دار الهجرة، الرياض، ط:1، 1998.

67. العالم: يوسف حامد، المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، دار الحديث القاهرة، والدار السودانية الخرطوم، ط:3، 1997.

68. ابن عاشور: محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، الشركة التونسية للتوزيع، تونس،

69. الرفاعي عبد الجبار: حوارات في مقاصد الشريعة، تحرير وحوار، دار الفكر، سوريا، ط:01، 2002،

اللغة والمعاجم.

70. ابن منظور: أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، دار إحياء التراث العربي بيروت، ط:1، 1996، وطبعة دار المعارف، القاهرة.

المراجع القانونية.

71. بوسقيعة، أحسن الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزء الثاني، دار هومة، ط10

72. بن غانم، علي، الوجيز في القانون التجاري وقانون الأعمال، موفم للنشر، الجزائر، 2005.

73. جعفرور: محمد سعيد، مدخل إلى العلوم القانونية - الوجيز في نظرية القانون، دار هومة- ط:13.

74. محرز: أحمد القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط:1981، 2،

75. سمير عالية، وهيثم سمير عالية، القانون الوضعي المقارن بفقهاء الشريعة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، 2010.

التشريع

القانون المدني الصادر بالأمر رقم 58-75 المؤرخ 26 سبتمبر 1975 والمعدل والمتمم

القانون رقم 11 - 84 المؤرخ 9 يونيو سنة 1984 ، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم

القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته و اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المؤرخة في 31 أكتوبر 2003،

الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 15 يوليو 2006 المتعلق بالوظيفة العمومية
قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 61 لسنة 1976، المؤرخ في
1976/12/01 الجريدة الرسمية، عدد 2668

الرسائل الجامعية والمقالات العلمية. والملتقيات العلمية

محمد مصطفى أحمد شعيب، حجية السنة النبوية ومكانتها في التشريع الإسلامي، مجلة الشهاب، المجلد7، عدد1، 2021،

عبد الجليل بن محفوظ درارجة الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية فيما لا نص فيه في قانون الأسرة الجزائري ومدى مكنة قاضي شؤون الأسرة على الاجتهاد؟

ترشيد الدراسات الشرعية القانونية المقارنة ودوره في إثراء الفقه الإسلامي، مجلة الباحث للدراسات القانونية، مجلة البيان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد البشير الإبراهيمي، برج بوعريريج، العدد التجريبي، فيفري، 2016.

مبدأ سد الذرائع ودوره الوقائي من الفساد في التشريع الإسلامي وتطبيقاته في إدارة الخليفة الراشد عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- دراسة مقارنة. ضمن فعاليات الملتقى الدولي حول الفساد بكلية الحقوق بالمسيلة مارس2020

دعاوى التجديد في قضايا المرأة وأثرها على مجلة الأحوال الشخصية التونسية وقانون الأسرة الجزائري. إلغاء واجب طاعة الزوج ومنع تعدد الزوجات عينتين _ ملتقى التجديد في قضايا المرأة المعاصرة، الملتقى الوطني، قسم العلوم الإسلامية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، مارس 2020.

حماد، علي محمد حسن، "إقرارات الذمة المالية للعمال ومقاسمتهم وأوليات عمر بن الخطاب"، المجلة العربية للدراسات الأمنية، جامعة نايف العربية للدراسات الأمنية م19، ع37،

بوقلقولة: عاشور، مؤيدات التجديد الفقهي ومقاصده ، اليوم الدراسي حول تجديد الفقه الإسلامي قسم الشريعة، جامعة أدرار، فيفري2011

عبد الجليل بن محفوظ درارجة ، العفو عن العقوبة بين الشريعة والقانون -دراسة مقارنة- مذكرة ماجستير، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2003،

-رسالة الدكتوراه حول سقوط الحق في العقاب بالعفو التشريعي دراسة مقارنة، جامعة أحمد بن بلة، وهران، 2019،

المنشورات البيداغوجية

باجو، مصطفى الزكاة والنظام المالي في الإسلام، محاضرات غير مطبوعة لطلبة السنة أولى ماجستير، شريعة وقانون، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، 2001-2000

ثابت عبد العزيز، محاضرات في علوم القرآن، لطلبة السنة أولى علوم إسلامية، جامعة الأمير عبد القادر، 1995-1996.

عبد الجليل بن محفوظ درارجة: محاضرات في تاريخ النظم القانونية لطلبة السنة الأولى، جامعة محمد البشير الإبراهيمي، 2019-2020.

عبد الجليل بن محفوظ درارجة: محاضرات في القانون التجاري، لطلبة السنة الثالثة شريعة وقانون قسم العلوم الإسلامية، جامعة أدرار، 2006-2010.

محاضرات في التشريع الجنائي المقارن، سنة ثالثة شريعة وقانون نظام كلاسيكي، قسم العلوم الإسلامية، جامعة أدرار، 2006-2010

مواقع الانترنت.

www.meshkat.net

بسطامي محمد خير، تطور الفقه السياسي الإسلامي

<http://www.annabaa.org/index.htm> mortada@annabaa.org

معاش، مرتضى تقنين الفقه الإسلامي مجلة النبأ العددان 24/23 السنة الرابعة 1419

<https://shamela.ws/book/3270/101#p1>

محمد الحبش، شرح كتاب المعتمد في أصول الفقه، منشور على موقع المكتبة الشاملة،

<https://www.nama-center.com/articles/details/30617>

أحمد مرعي المعماري، الأجماع الأصولي من التنظير إلى التفعيل، مركز نماء للبحوث،

<https://ketabonline.com/ar/books/105607/read?part=1&page=6&index=4285397>

إبراهيم بن أحمد الكندي، القياس الشرعي بين الإثبات والإنكار - ، المجلد 1 - الصفحة 4 - مجلة كلية الشريعة والقانون، طنطا، جمهورية مصر العربية، عدد 10، 1999

<https://shamela.ws/book/36379/155#p1>

عياض السلمي، كتاب أصول الفقه ما لا يسع الفقيه جهله، كتاب منشور على موقع
المكتبة الشاملة



فهرس المواضيع

3	مقدمة.....
6	المحور الأول: مفهوم الشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلاميين (المفهوم - الخصائص - الأهمية).....
6	أولاً: التعريف بالشريعة الإسلامية.....
6	1- تعريف الشريعة لغة:.....
6	2- تعريف الشريعة اصطلاحاً:.....
6	3- وجه المناسبة بين التعريف اللغوي والتعريف الاصطلاحي:.....
7	4- أقسام الشريعة الإسلامية:.....
7	ثانياً: التعريف بالفقهاء الإسلاميين.....
7	1- تعريف الفقه لغة:.....
8	2- تعريف الفقه اصطلاحاً:.....
9	ثالثاً: الفرق بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي.....
11	رابعاً: أقسام الفقه الإسلامي.....
11	1- التقسيم التقليدي للفقه الإسلامي.....
13	2- التقسيم الحديث للفقه الإسلامي:.....
14	خامساً: مباحث فروع القانون في الفقه الإسلامي.....
14	1- مباحث القانون العام وفروعه.....
22	2- مباحث القانون الخاص وفروعه:.....
29	I. أهمية دراسة الفقه الإسلامي وفائدته.....
29	أولاً: معرفة قيمة التراث التشريعي الإسلامي وتطويره.....
29	1- الاهتمام بتاريخ التشريع الإسلامي والاعتزاز به:.....
29	2- نحض دعوى تأثير الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني:.....
30	مؤتمر لاهاي الأول عام 1932:.....
30	مؤتمر لاهاي الثاني عام 1937:.....
30	مؤتمر لاهاي الثالث عام 1984:.....
31	مؤتمر جامعة السربون بباريس عام 1951:.....
31	3- الإسهام في حركة تقنين الفقه الإسلامي:.....
32	4- الإسهام في حركة تجديد الفقه الإسلامي:.....
33	حقيقة تجديد الفقه الإسلامي.....
33	- تعريف تجديد الفقه الإسلامي:.....
34	- مشروعية التجديد في الفقه الإسلامي:.....
35	تجديد الفقه الإسلامي لا يعني تبيده أو تغريبه:.....
35	5- الدراسات المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي مصدر ثراء للفقه الإسلامي.....
36	6- مثال لأثر الدراسة المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في تقنين الفقه الإسلامي.....
46	ثانياً: ارتباط أهمية دراسة الفقه الإسلامي باعتباره من مصادر التشريع الجزائري.....
46	1- الأول: اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً أساسياً للتشريع.....
47	مفهوم الشريعة الإسلامية في تقنين الأسرة الجزائري:.....



- أ- انفتاح المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري على مذاهب الفقه الإسلامي. 47
- تعديل قانون الأسرة الجزائري وحقيقة مصدرية أحكام الشريعة الإسلامية: 48
- 2- الثاني: اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا احتياطيا رئيسيا للقانون في سائر فروع القانون. 49
- 3- الثالث: اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا احتياطيا ثانويا في فرع خاص من فروع القانون. 50
- الرأي الأول: 51
- الرأي الثاني: 51
- المحور الثاني: 53
- مصادر التشريع الإسلامي. 53
- تمهيد: 53
- أولا: المصادر الأصلية للتشريع الإسلامي. 54
- 1- القرآن الكريم. 55
- أ- تعريف القرآن الكريم: 55
- ب- خصائص القرآن الكريم: 55
- ج- خصائص التشريع الإسلامي في القرآن الكريم: 58
- الدليل الثالث: السنة النبوية. 62
- أولا: تعريف السنة النبوية: 62
- ثانيا: أنواع السنة النبوية: 63
- ثالثا: حجية السنة النبوية ومكانتها في التشريع الإسلامي. 65
- الدليل الثالث: الإجماع. 69
- أولا: تعريف الإجماع. 69
- ثانيا: حجية الإجماع الأصولي. 70
- خامسا: أنواع الإجماع الأصولي: 72
- الدليل الرابع: القياس الشرعي. 75
- أولا: تعريف القياس لغة واصطلاحا. 75
- ثانيا: أهمية القياس الشرعي. 76
- ثالثا: حجية القياس الشرعي. 76
- رابعا: تطبيقات القياس الشرعي. 80
- خامسا: أركان القياس. 81
- سادسا: شروط القياس. 82
- ثانيا: المصادر التبعية للتشريع الإسلامي. 85
- 1- مبدأ سد الذرائع أساس الوقاية من الفساد في الفقه الإسلامي. 85
- أ- تعريف سد الذرائع في الفقه الإسلامي وبيان مشروعيته وأهميته. 85
- ب- مقارنة بين مبدأ سد الذرائع ومنع الاحتيال على القانون: 87
- ت- منزلة مبدأ سد الذريعة في سياسة الفقه الإسلامي للوقاية من الفساد ومكافحته. 87
- ث- تطبيقات مبدأ سد الذرائع في إدارة الخليفة الراشد عمر بن الخطاب رضي الله عنه. 88
- 2- المصالح المرسله من عوامل السعة والمرونة في الفقه الإسلامي. 92
- أ- تعريف المصالح المرسله: 92
- نطاق العمل بالمصالح المرسله وشروطه: 94
- ب- تطبيقات المصالح المرسله: 95

99	العرف	3.
99	تعريف العادة والعرف:	أ.
100	أنواع العرف: العرف نوعان: عرف صحيح، وعرف فاسد.	ب.
100	حكم العرف:	ت.
101	الاستصحاب أساس قاعدة الإباحة الشرعية	4.
104	المحور الثالث: القواعد الفقهية	
106	تمهيد:	
106	أولاً: تعريف القواعد الفقهية وبيان أهميتها:	
106	1- تعريف القواعد الفقهية:	
106	القواعد في اللغة:	
106	القواعد في الاصطلاح:	
106	2- مميزات القواعد الفقهية:	
107	3- أهمية القواعد الفقهية:	
108	4- صياغة القواعد الفقهية:	
108	5- أنواع القواعد الفقهية:	
109	القواعد الفقهية الكلية (الكبرى):	
109	القواعد الفقهية المتفرعة (الصغرى):	
109	ثانياً: شرح لأهم القواعد الفقهية والتمثيل لها:	
109	1- الأمور بمقاصدها. (قاعدة كلية)	
111	2- اليقين لا يزول بالشك. (قاعدة كبرى)	
116	3- لا ضرر ولا ضرار. (قاعدة كبرى)	
123	4- المشقة تجلب التيسير. (قاعدة كبرى)	
126	5- العادة محكمة. (قاعدة كبرى)	
128	قائمة المصادر والمراجع	
128	القرآن الكريم برواية حفص	
128	الحديث الشريف وما يتعلق به	
129	الفقه الإسلامي وأصوله	
131	مقاصد الشريعة الإسلامية	
132	الرسائل الجامعية والمقالات العلمية. والملتقيات العلمية	
133	مواقع الانترنت	