

الفقه أمّ قارن

٣-٢

فصلية متخصصة في الفقه المقارن
بثوبه الجديد وقضايا الأمة المعاصرة

العددان الثاني والثالث - السنة الأولى
ربيع / صيف ١٤٣٤ هـ - ٢٠١٣ م

تصدر عن مركز التجديد للدراسات الدينية المقارنة
وجامعة المذاهب الإسلامية

ملف العدد: تقنين الفقه الإسلامي: الواقع والآفاق

◆ نظرية بناء القانون على روح الشريعة

◆ فقه التقنين، فلسفته وأهم محاوره

◆ تقنين أحكام الشريعة: الأهمية، الواقع والعقبات

◆ دور المصلحة الاجتماعية في تقنين الفقه الإسلامي

◆ الفقه والقانون ومناطق الفراغ

دراسات مقارنة

◆ حكم الردّة ومدى انسجامه مع حرية الاعتقاد

◆ أثر علم الكلام في أصول الفقه الإباضي قبل القرن ١٠هـ/م

◆ المماثلة في أداء الدين

٣-٢



ALFIQH ALMOKAREN
It Works on Comparative Jurisprudence & Contemporary Plying Issues

2-3

1th Year (2 - 3) Spring / Summer - 2013

سعر العدد

■ لبنان: ٥٠٠٠ ل.ل	■ مصر: ٧ جنيهات
■ سورية: ١٠٠ ل.س	■ السودان: ٨٠ ديناراً
■ الأردن: ١٠٥ دينار	■ ليبيا: ١٠٥ دينار
■ السعودية: ١٠ ريال	■ تونس: ١٠٥ دينار
■ العراق: ٣٥٠٠ دينار	■ إيران: ٦ آلاف تومان
■ اليمن: ٣٠٠ ريال	■ المغرب: ٢٠ درهماً
■ عُمان: ٢ ريال	■ موريتانيا: ٢٠٠ أوقية
■ الإمارات المتحدة: ٢٠ درهماً	■ الدول الإفريقية: ٥ دولارات
■ قطر: ٢٠ ريال	■ الدول الأوروبية: ٦ دولارات
■ البحرين: ١٠٥ دينار	■ الولايات المتحدة وكندا
■ الكويت: ١ دينار	■ وأستراليا: ٨ دولارات

الإشتراك السنوي:

- لبنان والدول العربية: ٥٠ دولاراً - أوروبا وأمريكا: ٧٠ دولاراً
- الجامعات والمؤسسات الرسمية: ١٢٠ دولاراً

المراسلات: لبنان - بيروت - ص.ب. ٥٠٩٧/٢٥

البريد الإلكتروني: altajdeedcenter@gmail.com

الفقه المقارن

العددان الثاني والثالث - السنة الأولى - ربيع - صيف ١٤٣٤ هـ - ٢٠١٣ م

الفقه أمّ قارن

٣ - ٢

فصلية متخصصة في الفقه المقارن
بثوبه الجديد وقضايا الأمة المعاصرة

العددان الثاني والثالث - السنة الأولى
ربيع / صيف ١٤٣٤ هـ - ٢٠١٣ م

تصدر عن مركز التجديد للدراسات الدينية المقارنة
وجامعة المذاهب الإسلامية

ملف العدد: تقنين الفقه الإسلامي: الواقع والآفاق

◆ نظرية بناء القانون على روح الشريعة

◆ فقه التقنين، فلسفته وأهم محاوره

◆ تقنين أحكام الشريعة: الأهمية، الواقع والعقبات

◆ دور المصلحة الاجتماعية في تقنين الفقه الإسلامي

◆ الفقه والقانون ومناطق الفراغ

دراسات مقارنة

◆ حكم الردّة ومدى انسجامه مع حرية الاعتقاد

◆ أثر علم الكلام في أصول الفقه الإباضي قبل القرن ٤هـ/١٠م

◆ المماثلة في أداء الدين

الفقه المقارن

فصلية متخصصة في الفقه المقارن بثوبه الجديد وقضايا الأمة

تصدر عن: مركز التجديد للدراسات الدينية المقارنة وجامعة الوهاب للاسلامية

المدير المسؤول:

قاسم مترك

رئيس التحرير:

أحمد المبلغي

الهيئة العلمية (مرتبة مجانياً)

أ. د. بشير البوزيدي (تونس)

د. حسان موسى (الجزائر)

الشيخ سيف الله صرامي (إيران)

د. عبدالرحمن السالمي (عمان)

الشيخ غازي الشبيب (السعودية)

د. صاحب محمد نصار (العراق)

السيد عبدالله بن حمود العزي (اليمن)

الشيخ محمد زراقط (لبنان)

أ. د. محمد كمال الدين إمام (مصر)

مدير التحرير:

محمد تهامي ذكير

الهيئة الاستشارية (مرتبة مجانياً)

أ. د. عبد الفتاح إدريس

أ. الشيخ محسن الأراكي

أ. الشيخ محمد علي التسخيري

أ. الشيخ علي محي الدين القره داغي

د. الشيخ وهبه الزحيلي

المراسلات: مجلة الفقه المقارن: لبنان - بيروت: ص. ب: 5097-25

Beirut – P.O.Box: 25-5097

Altajdeedcenter@Gmail.com

البريد الإلكتروني للمجلة:

التوزيع: لبنان والعالم العربي: دار الفلاح للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت: ص. ب 113-6590

E-MAIL:alfalahzooobi@gmail.com Tel.: 03-284600 /961-1-856677 ت

قواعد النشر في المجلة

تُرحب مجلة الفقه المقارن بمشاركة العلماء والمفكرين والمتخصصين في الفقه المقارن والاجتهاد في القضايا المعاصرة.

يشترط في المادة المرسلة الشروط التالية:

- ألا تكون قد نشرت أو أرسلت للنشر في مجلات أخرى.
- أن تلتزم قواعد البحث العلمي والمنهج المقارن، بالإضافة إلى توثيق المصادر والمراجع بذكر البيانات كاملة. مع تحرّي الموضوعية في البحث والمعالجة والنتائج.
- تخضع المواد التي ستُنشر للتدقيق ومراجعة إدارة التحرير.
- لا تعاد المواد التي ترسل إلى المجلة ولا تسترد، نُشرت أم لم تنشر، ولا تلتزم المجلة بإبداء أسباب عدم النشر.
- للمجلة حق إعادة نشر المواد المنشورة منفصلة أو ضمن كتاب، بلفظه الأصلية أو مترجماً إلى لغة أخرى، من غير الحاجة إلى استئذان صاحبها.
- تعتذر المجلة عن نشر المواد التي فيها مساس بالقيم الإسلامية أو إثارة النعرات الطائفية أو العصبية أو الفتوية وكل ما يمس الوحدة والتضامن الإسلامي.
- ما تنشره المجلة يُعبّر عن وجهة نظر كاتبه ولا يُعبّر بالضرورة عن وجهة نظر المجلة.
- تستقبل المجلة المواد في مختلف أبوابها، الملف، الدراسات المقارنة، قراءات في كتب مقارنة أو مناقشة الأفكار والآراء الواردة في دراسات المجلة.

الرجاء إرسال إسهاماتكم إلى بريد المجلة الإلكتروني:

altajdeedcenter@Gmail.com

في هذا العدد

- كلمة التحرير أهمية تقنين الفقه..... ٥

ملف العدد : تقنين الفقه الإسلامي: الواقع والآفاق

- نظرية بناء القانون على روح الشريعة
- فقه التقنين، فلسفته وأهم محاوره
- تقنين أحكام الشريعة: الأهمية، الواقع والعقبات
- الشيخ أحمد المبلغي..... ٩
- حسن علي أكبريان..... ٢٠
- الأستاذ محمد تهامي زكير..... ٣٤

- الفقه والقانون ومناطق الفراغ
- دور المصلحة الاجتماعية في تقنين الفقه الإسلامي
- مصادر الاستنباط في الفقه والقانون
- معالم العلاقة بين الفقه والقانون
- الدكتور عوض محمد عوض..... ٦٢
- الأستاذ عبدالله بن حمود العزي..... ٧٢
- د. الشيخ صاحب محمد حسين نصار..... ٩٩
- الشيخ خالد الغفوري..... ١٢٠

دراسات مقارنة:

- حكم الردة ومدى انسجامه مع حرية الاعتقاد
- أثر علم الكلام في أصول الفقه الإباضي
- قبل القرن ١٠هـ/ ١٠م
- المماثلة في أداء الدين
- الشيخ محمد علي التسخيري..... ١٤١
- د. عبد الرحمن السالمي..... ١٦٥
- الشيخ أحمد المبلغي..... ١٩٧

أهمية تقنين الفقه

هناك بحوث عدة تناولت موضوع "تقنين الفقه"، وقد ركزت على ضرورته وتعريفه والتحديات التي تقف في وجهه، وكذلك تحدثت عن منهجيته وأسلوبه، وما إلى ذلك من محاور وقضايا تتعلق بهذا المجال المعرفي المهم. وهذا يدل على اهتمام بالغ من جانب أصحاب هذا الفن من ذوي الاختصاص من فقهاء وقانونيين..

وهذه البحوث، رغم العمق الذي تميزت به، إلا أنها تعاني جملة من الإشكاليات، نذكر منها :
أولاً: غياب الكثير من الأبعاد المعرفية في هذه البحوث، التي لا يزال يكتنفها الغموض والضبابية، الأمر الذي يتطلب منا الإهتمام أكثر بهذه المسألة وبجوانبها المتعددة بشفافية ووضوح.. ولعل من أهم ما نحتاج تعميق البحث فيه: "نوعية الاستنباط" فلا بد من أن نتعرف عليها كي تتمكن من استخدامها واستغلالها في عملية استنباط محتويات القانون الفقهية، وكذلك "نسبة الفقه والحقوق" كعلمين يستند ويعتمد التقنين عليهما... وهناك أبعاد أخرى للمسألة، سنشير إلى بعضها بعد قليل..

ثانياً: إن الكثير من هذه البحوث المتعلقة بقضية تقنين الفقه قد طرحت من منطلق حقوقى وقانوني، ولم تطرح من منطلق فقهي إلا قليلاً، مع أن هذه المسألة ذات جانبين، لذلك هي بحاجة إلى أن يسلط الضوء عليها من منظورين، حتى يستوفي البحث فيها ويخرج عن أي إيهام وإشكال..

ثالثاً: عدم وضع البحث في هذه المسألة في قالب عنوان علمى جامع وواسع، فلا شك أن البحوث التي لا يتم عرضها وإجرائها ضمن إطار علمى موحد، ولا تصاغ في صياغة يحددها قالب عنواني خاص، سوف تكون مجزأة مشتتة تطرح وتشرهنها وهناك، لا تحكمها أدبيات علمية وفنية، ولا تسودها ذهنيات التركيز لمتابعة البحث فيها إلى أن تصل إلى نتيجة... والحقيقة إن البحث في تقنين الفقه يعاني من هذه المشكلة بشكل كبير..

من هذا المنطلق - ومن خلال اهتمامنا بالتقنين في مجلة الفقه المقارن - نقترح وندعو في هذه الكلمة الإفتتاحية إلى الخروج من هذه المشكلة بإنشاء فرع باسم "فقه التقنين"، تنضوي جميع البحوث الفقهية والحقوقية تحت عنوانه وتبحث من خلاله..

كما نقترح أن تدرج المحاور التالية ضمن هذا الإطار العلمى، وهي:

١- فقه محتوى القانون:

ويجب هذا العنوان عن الأسئلة التالية:

أ) هل القانون في المجتمع الإسلامى يجب أن ينحصر أو يمثل الفقه فقط أم عليه أن يمثل الإسلام بتمام معارفه، سيما أخلاقه وثقافته؟ وإذا كان الأمر كذلك، فماذا يعنى وكيف وعبر أي منهجية؟

(ب) ما هي العلاقة بين القانون وعلم الحقوق؟

(ت) هل يصح الانطلاق من الرأي العام لتأمين محتويات القانون أو توجهاته واتجاهاته؟

(ث) ما هي المصادر المعتمدة لتأمين محتويات القانون، هل هي المصادر الشرعية فقط أم لا بد من الاستعانة والرجوع إلى غيرها أيضاً؟

(ج) ما هي المنهجية الاستنباطية الفقهية الكفيلة بتلبية متطلبات وحاجات القانون؟

(ح) كيف يمكن الجمع بين فكرة لزوم انبثاق القانون من الواقع وفكرة تطابق القانون مع الفقه؟

لأن مما لا شك فيه أن القوانين إذا صدرت دون العناية بواقع الحياة، أو عدم التمسك بالملاحظات التي تتناسب مع الأوضاع والظروف المختلفة، فإن ذلك لن يتسبب في فشلها فقط، بل سيؤدي ذلك إلى تلاشيها وتبددها نتيجة إغفالها للواقع المعاش..

٢- فقه إجراء القانون وتطبيقه:

ويقطى المحاور التالية:

(أ) الرأي الفقهي حول ما إذا تبين أن ضعف القانون في أداء مهمته كان يسبب وجود إشكالية أضعف في الفتوى التي انطلق منها أو تبنتها عملية التقنين ..

(ب) موقف الفقه تجاه تعرض القانون في مرحلة التطبيق إلى تبعات سلبية سببت ضرراً على المجتمع.

(ت) موقف الفقه تجاه بعض التصرفات التي تجعل القانون نفسه يتحول إلى وسيلة للفوضى بدل أن يقوم بدوره في ضبط وتنظيم العلاقات الاجتماعية، كتجاهل ضرورة تطبيقه وعدم المبالاة به..

في هذا العدد

والأهمية موضوع تقنين الفقه الإسلامي في الوقت الراهن، فقد ارتأت المجلة تخصيص ملفها للعديد الثاني والثالث لبحث هذا الموضوع ومناقشة المسائل المتعلقة به، حيث شارك في هذا الملف عدد من الفقهاء وأساتذة الفقه والقانون، تناولوا المواضيع التالية: نظرية بناء القانون على روح الشريعة، فقه التقنين: فلسفته وأهم محاوره، تقنين أحكام الشريعة: الأهمية، الواقع والعقبات، الفقه والقانون ومناطق الفراغ، دور المصلحة الاجتماعية في تقنين الفقه الإسلامي، مصادر الاستنباط في الفقه والقانون، ومعالج العلاقة بين الفقه والقانون ..

وفي باب الدراسات المقارنة هناك ثلاث دراسات، حكم الردة ومدى انسجامه مع حرية الاعتقاد، أثر علم الكلام في أصول الفقه الإباضي قبل القرن ١٠هـ/١١م، والمطالبة في أداء الدين..

والله المستعان

أحمد المبلغي

ملف العدد

تقنين الفقه الإسلامي: الواقع والآفاق

- ١- نظرية بناء القانون على روح الشريعة
- ٢- فقه التقنين، فلسفته وأهم محاوره
- ٣- تقنين أحكام الشريعة: الأهمية، الواقع والعقبات
- ٤- الفقه والقانون ومناطق الفراغ
- ٥- دور المصلحة الاجتماعية في تقنين الفقه الإسلامي
- ٦- مصادر الاستنباط في الفقه والقانون.
- ٧- معالم العلاقة بين الفقه والقانون



ملف العدد

نظرية بناء القانون على روح الشريعة

الشيخ أحمد المبلغي

ثمة بحث اكتسب أهمية خاصة في السنوات الأخيرة بين الفقهاء ورجال القانون ويتعلق بتحديد العلاقة القائمة بين الفقه والقانون.

في ظل هذا الاهتمام، سنحاول مناقشة هذا الموضوع ضمن محورين اثنين:
أحدهما: أهم الافتراضات في مجال العلاقة بين الفقه والقانون
والآخر: محاولة تأسيس نظرية بناء القانون على روح الشريعة
فيما يلي عرض للبحث حول هذين المحورين:

المحور الأول: أهم الافتراضات في مجال العلاقة بين الفقه والقانون:

السؤال المهم هنا ما هي العلاقة التي يجب أن تكون بين الفقه والقانون؟ هناك افتراضات نذكرها كالآتي:

(١) كون العلاقة وعائية:

وهذا يعني: أن الفقه إذا ما أراد أن يظهر بحقيقته الحقوقية، ويدخل في أوساط المجتمع بجوانبه الإلزامية، فهو بحاجة إلى القالب الذي يستوعبه ويحكي شكله، وهذا القالب ليس إلا القانون، فالقانون - وفق هذا الافتراض - لا يعدو عن كونه وعاءً وقالباً يُصب فيه الفقه.

والفكرة المسبقة التي تنطلق منها هذه الرؤية، هي أن الفقه لوحده كاف لتوّلّي مهمة تأمين النظام الاجتماعي والحقوق، ولا يحتاج إلى مساعدة غيره أصلاً، نعم هو

بحاجة إلى قالب يتجلى فيه ويتحرك داخله والقانون هو هذا القالب.

فإن سلمنا بهذا الرأي (أي لم نُعطِ للقانون والحقوق مكانة إلا أن مكانة كونه وعاء) فالنتيجة هي أن لا يتوقع من القانون إلا الدور المتناسب مع ما يمتلكه الفقه من قوة وقدرة؛ فلو كان الفقه قوياً في أحكامه يكون القانون قوياً كذلك، وأما لو كان الفقه الذي انصب فيه، غير قوي فيكون القانون كذلك أيضاً؛ وبمعنى آخر: القانون في إطار هذا الرأي دوره هو أن تمهّد الأرضية للفقه، والمساعدة على تحقيقه في المجتمع.

وبناء على ذلك فلو أردنا التسليم بهذا الرأي، فعلياً أن نرى ما هي مقتضيات القانون باعتباره قالباً للفقه، وكيف يتبلور شكله ويظهر بمظهره في الوجود

(٢) كون العلاقة اتحادية واندكائية:

حسب هذا الافتراض، لا بد أن يكمل كل منهما الآخر، انطلاقاً من كون الحاجات الحقوقية والاجتماعية في الظروف الراهنة للمجتمعات الإسلامية مُعقدة ومتعددة الجوانب، والإدارة الحقوقية لهذه المجتمعات لا يمكن ممارسة عملها ونشاطاتها إلا عبر استقرار ثبات العلاقة بين الفقه والحقوق، ثباتاً يجعلهما كأنهما شيء واحد، يندك أحدهما في الآخر.

(٣) كون العلاقة إطارية:

بمعنى أن دور الفقه لا يتعدى كونه تعيين الحدود وتحديد الأطر لا أكثر، وأما القانون فهو ينطلق بمرونة ضمن هذه الحدود التي يرسمها له الفقه ويتحرك بحرية داخل الإطار الذي تصنعه وتحدده النظريات الفقهية.

فعملية من القانون لا بد أن تراعى فيه هذه الحدود التي رسمها له الفقه، كخطوط حمراء لا يجوز تجاوزها ولا عبورها.

وبناءً على هذه الرؤية نلاحظ عدة أمور:

أولاً: إن المقنن لا يقع في ضيق وعسر في عملية التقنين، بل بإمكانه أن يُراعى المصالح، ويلحظ الأوضاع الزمانية والمكانية، وبما أن دور الفقه لا بد أن يؤخذ بنظر

الاعتبار فى عملية التقنين لكونه يعرض الحدود البعيدة أو بتعبير آخر: الأصول الحاكمة للفقهاء، لذلك يجب على المقتن أن يسعى دائماً إلى الاهتمام بهذه الأصول ورعايتها فى هذه العملية.

ثانياً: إنَّ الثابت والمتغير فى الشريعة يتعينان بهذه الصورة: الثابت هنا هو الأصول التى يتعين بها الإطار العام الذى يجب مراعاته، والمتغير هو ما يكون ضمن حدود هذا الإطار العام، حيث يُمكن للمقتن أن يضع ضمن هذه الحدود قوانين عديدة، وفى أوضاع مختلفة، ببذل بعض المجهود.

ثالثاً: إن ما قد يقال من أنَّ القانون يجب أن لا يخالف الفقه، يفسر حسب هذه الرؤية بأنَّ عدم المخالفة تعنى رعاية الخطوط الحمراء وعدم تجاوزها، لكن على أساس هذه الرؤية ليس هناك حاجة للموافقة، إذ ليست لها موضوعية فى هذا المورد؛ لأنَّ الموافقة تكون لها موضوعية عندما يكون الفقه مُقتناً بحد ذاته، مع أنَّه قد لوحظ فى هذه الرؤية أنَّ الفقه يعرض الحدود والأطر التى لا يجب تجاوزها؛ أي يجب أن لا يكون القانون والمُقتن فى حالة تعارض مع هذه الحدود. وهذا لا يلزم - بناءً على هذه الرؤية - أن تكون الموافقة والتطابق، بمعنى جعل الفقه قانوناً.

(٤) كون العلاقة استنباطية:

حسب هذا الافتراض يُعدّ الفقه أحد مصادر القانون، وعلى ضوء هذا التصوّر لا يكون الفقه مؤمناً لكافة مضامين القانون، بل يجب أن يرجع القانون إلى الفقه، كما يجب أن يرجع إلى بعض العلوم البشرية والتجارب الإنسانية؛ وعلى رأسها علم الحقوق.

وهذا التصوّر يمكن تفسيره من خلال منهجين:

أولهما: أن يأخذ المطالب الأساسية من الفقه، وتُحيل بعض المطالب الأخرى إلى العلم والحقوق، فإذا كان الأمر كذلك فسيكون مردّ ذا التصوّر إلى التصوّر الأول: الوعائية، أو العلاقة الثالثة: الإطارية.

ثانيهما: أن يتدخل الفقه في عملية التقنين كما يتدخل علم الحقوق فيه، والمشكلة التي يواجهها هذا التصور أن ذلك لا ينسجم مع تلك الفكرة التي سلمنا بها، من أن الفقه يعكس ما هو حكم الله، وأن القانون يجب أن يعكس ما هو الحكم الفقهي.

(5) كون العلاقة توازنية:

هذه الرؤية تعتبر أن لكل من الفقه والقانون كياناً مستقلاً، ومن هذا المنطلق تسعى من أجل ضمان الفقه لأحكامه في أعماق القانون، لا بالشكل الذي يكون ذلك الكيان المستقل للقانون مُبتلى بالخلل والاضطراب بجميع مقتضياته.

وبناء على ذلك، علينا أن نقوم بجعل الفقه مؤمناً للقانون على قدر المستطاع، وإذا واجهتنا مشكلة من المشاكل، نرفع اليد عن مضامين الحكم الشرعي.

(6) اعتبار لزوم أن يجري الفقه كروح داخل القانون:

بحسب هذا الافتراض، يعدّ الفقه بمثابة الروح التي يجب أن تجري في عروق القانون، وإن كان ما نلمسه هو تحقق الحركة والنشاط في الجسد الذي يعبر عنه بالقانون.

المحور الثاني: محاولة تأسيس نظرية بناء القانون على روح الشريعة:

ما تقدم يعكس عرض أهم وأبرز التصورات في مجال العلاقة بين الفقه والقانون. ونحن في هذا العرض لم نكن نريد الدخول في نقد هذه التصورات، فإن للنقد والبحث التفصيلي في ذلك، مجال آخر، بل الذي أردناه هو التمهيد للدخول في بحث آخر، وهو البحث عن الافتراض السادس، ومحاولة التركيز فيه على تقديم محاولة علمية الهدف منها بلورة هذا الفرض كنظرية علمية قابلة للطرح والمناقشة من قبل ذوي العلم والتخصص والاهتمام في موضوع العلاقة بين الفقه والقانون.

وهذه المحاولة تتم عبر بيان عدة أمور:

أ- إن الذي تركّز عليه هذه النظرية هو أن نصبّ جلّ اهتمامنا على جعل الفقه روحاً للقانون، ونعمل بحيث نجعل الفقه يتجلّى من خلال القانون. لذلك

- من المعقول أن نعبر عن هذه الرؤية بنظرية بناء القانون على روح الفقه.
- ب- إن مشروع "أسلمة القانون" حسب هذه النظرية يتم عبر نفث روح الفقه في الجسد الحقوقي للقانون.
- هذا وسيمتلك كل من الفقه والقانون حسب تحقيق هذه العلاقة أساساً وحيوية ونشاطاً، ما يجعل كلا منهما يحقق فلسفته وأدائه.
- ت- إن التسليم بهذا التصور، يستتبع أن يكون لنا قبل كل شيء تعريف بالأهداف والمناطات الفقهية، وعندها نقوم بصّبّها بشكل مناسب في قالب القانون.
- والحقيقة إن هذا القانون هو الذي يقوم بتأمين تلك الروح واحتوائها، لأن الطريق لكشف الروح التي نريد إقرارها في القانون، يمر عبر معرفة الأهداف والمناطات.
- ث- لذا يمكن أن يقال: إن هذه الفكرة تتلائم مع ما أصبح معروفاً في الحقوق باسم روح القانون.
- ج- انطلاقاً من هذه التلاؤمية بين مفهوم روح الفقه ومعنى روح القانون، يجب أن نتعرف على "روح القانون" ما هو؟
- والإجابة على هذا السؤال تتم عبر تناول النقاط التالية:

النقطة الأولى: الاتجاهات حول علاقة القانون بإرادة واضعيه: يطرح هذا السؤال، هل اللازم ربط تفسير وتطبيق القانون بإرادة وفكرة واضعيه أم ليس ذلك صحيحاً، بل اللازم اعتباره مستقلاً في مجال تفسيره وتطبيقه؟

قد برزت في الإجابة عن هذا السؤال ثلاثة اتجاهات، كما يلي:

١. الاتجاه القائل باستقلال القانون عن إرادة الواضعين له:

إن أصحاب هذا الاتجاه يرون أن القانون بعد سنّه وعرضه على المجتمع للتنفيذ، ينتقل إلى مرحلة جديدة، يلبس فيها لباس الظاهرة ذات البعد الاجتماعي، وإذا انتقلت إلى هذه المرحلة تدخل رويداً رويداً في "الدورة التعاملية الاجتماعية"

والتي هي قائمة بين ظواهر المجتمع، وبذلك يؤثر على غيره من الظواهر كما يتأثر من سائر الظواهر.

ولكى يكون تفاعله في المجتمع تفاعلاً قوياً يتمكن عبره من تحقيق فلسفته وتقديم أدائه المتوقع منه، يجب أن يستعد لذلك، وهذا الاستعداد بدوره رهين لأن يكون متمتعاً بالعناصر التي تمكنه من التطور والمرونة والمواكبة مع القضايا الاجتماعية والتي من أهم خصائصها قبولها لحالة التطور والتجدد، ومن المعلوم أن هذه العناصر حصولها ممكن فيما إذا لوحظ القانون مستقلاً عن إرادة الواضعين له. ولا نريد هنا الدخول في نقد هذا الاتجاه، فإن لهذا البحث مكانه المناسب له.

٢. الاتجاه القائل بعدم استقلال القانون عن إرادة الواضعين له:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه لما كان القانون يتولى إيجاد النظم والأمن في المجتمع - وهما يحتاجان إلى حالة الثبات بشكل كبير - فهو بحاجة بطريق أولى إلى الثبات، فلو كان تفسيره وتطبيقه تابعين للتغيرات الطارئة على القضايا الاجتماعية، فلا يتمكن من تحقيق مهمته.

هذا بالإضافة إلى أن القانون التابع في تفسيره وتطبيقه للتحويلات الاجتماعية يواجه مشكلة أخرى فيما إذا كان واضعه يضعه على أساس الفقه ولمجتمع إسلامي، فإنه لو جعل تفسيره وتطبيقه تابعين لتحويلات أوضاع المجتمع، فلا يمكنه أن يبقى مقيداً بالفقه.

٣. الاتجاه القائل بغلبة موارد حالة عدم استقلاله على موارد استقلاله:

هذا الاتجاه يرى بصورة مبدئية أن القانون لا بد أن يتقيد بما كان قد أراده واضعوه، وليس من الصحيح أن يكون تفسيره وتطبيقه تابعين للمنطق الحاصل على ضوء التحويلات والتطورات في القضايا الاجتماعية، غير أن هناك أبعاداً أخرى ترتبط بتطبيقه في موارد خاصة ربما لم تلحظ في أدبيات وألفاظ القانون، ولكن القانون مع ذلك يقبل أن يفسر في هذه الأبعاد بما يتلائم مع مواكبته للظروف

المستجدة، تفسيراً يتم في إطار عدم المخالفة مع النواة الأصلية في فكرة الواضعين له والفلسفة القائمة عندهم، وإن لم يصرحوا أو يشيروا إلى محتوى هذا التفسير. وهذا هو معنى هذا الاتجاه.

النقطة الثانية: لا تستقيم لروح القانون المصادقية إلا على أساس الاتجاه الثاني والثالث: إنَّ الاتجاهين الثاني والثالث يشتركان في أنه يمكن عقلاً على أساسهما طرح مقولة "روح القانون"، حيث إنَّ هذه المقولة تنبني على فكرة أن القانون يمتلك روحاً: سواء اعتبره واضعوه منذ الأول وأدرجوه داخله، أو لم يعتبروه، فإنَّ الذي نُسِم به روح القانون يتلائم مع المبادئ الفكرية، التي انطلقوا منها في تكوين تصورات وأفكار ومضامين في وضعهم للقانون، بينما الاتجاه الأول يبدو أنه يأبى قبول أن تستقيم في إطاره عملياً تفسير وتطبيق القانون على أساس "روح القانون"، حيث إن روح القانون تُشير إلى منطق: إما لوحظ في القانون من قبل واضعيه وسري كروح فيه عند وضعه، أو كَمُن هذا المنطق في نواة أفكارهم ومنطلقاتها فاكتشف القانون به، ومعلوم أن هذه الفكرة لا تتلائم مع البناء على الفصل بين القانون وواضعه.

النقطة الثالثة: ما يكشف عنه بالاعتماد على روح القانون: إن الذي يُكشف عنه عبر عملية التركيز على روح القانون أمور ثلاثة:

- (١) الأفكار التي كان المشرع يمتلكها عند قيامه بالتشريع وينطلق منها إليه ويدرجها فيه عبر اختيار أدبيات وسياق قانوني خاص.
- (٢) المبادئ الكامنة وراء أفكاره، والتي تكون منطقاً خاصاً يتمتع القانون به.
- (٣) الغايات التي كان يهدف إليها تشريعه.

النقطة الرابعة: آليات الكشف في عملية الاعتماد على روح القانون: إنَّ القانون قد تُشاهد حوله قرائن ومؤشرات يمكن الاستفادة منها في الكشف عن الأمور الثلاثة المشار إليها؛ الكشف الذي نسميه بعملية الاعتماد على روح القانون، مثل:

أ - الأدبيات التي استخدمت فيه.

ب- والمذكرات التي جرت بين واضعيه عند وضعه.

ت- والظروف الاجتماعية التي دعت إلى وضعه.

ث- والسياق الذي يتمتع به.

ج- ونوعية الاستثناءات المدرجة فيه.... وما إلى ذلك من قرائن ومؤشرات أخرى.

وهذه القرائن والمؤشرات بسبب كونها متماسكة ومتناسقة يتمكن تحليلها من أن يلعب دور الآلية للكشف عن الفكرة التي انطلق المُنقن منها في وضعه، أو مبادئ فكره أو الهدف الذي وُضع القانون لتحقيقه.

النقطة الخامسة: الهدف من الكشف: هناك أدعاءات ثلاثة تؤديها عملية الكشف عن روح القانون، وهي ما يلي:

الأول: تكميل القانون، بمعنى أنه إذا أراد المُنقن أن يكمل القانون الذي سُنّ من قبل، فهو يستخدم ويلجأ إلى روح القانون.

الثاني: تفسير القانون.

الثالث: تطبيق القانون.

الرابع: مقارنة القانون مع القوانين الأخرى؛ فإن هذه المقارنة تستمد حيويتها وموقفيتها من النظر إلى روح القانون.

روح الشريعة:

ما هي حقيقة "روح الشريعة"؟ نتحدث عن ذلك في عدة نقاط:

النقطة الأولى: إن روح الشريعة موجودة في أدبياتنا الفقهية، بحيث بالفحص في الفقه نصل إلى هذه المفردة الأساسية الهامة، وبيان آخر: إذا درسنا الشريعة بمجموعها دراسة هادفة إلى الوصول إلى غمقها وما وراءها من أهداف، فسنجد أن روح الشريعة

حاضرة فى أدبياتنا الفقهية؛ غير أن هذه المفردة ظلت فى فقهنا هامشية، وبالرغم من ذلك يمكن تفعيلها والتركيز عليها أكثر، فبالتركيز عليها يمكن جعل الفقه أكثر عقلانية ودقة وتجاوباً مع القانون.

النقطة الثانية: إن روح الشريعة ظاهرة متشابهة تماماً مع روح القانون، لكن مع هذا الفارق فروح الشريعة تجري فى أحكام الشرع وروح القانون فى القانون.

النقطة الثالثة: إن الذى يُمكن الاعتماد عليه كدليل على ثبوت روح الشريعة هو بطلان فكرة أنها جاءت دون أى غاية أو هدف، وأن الله وضع شريعة غير متماسكة فيما بينها، وفاقدة للمقاصد والأهداف وغير مُتمتعة بالترابط والتجاوب بين أجزائها!

ذلك إننا إذا قلنا بعدم امتلاك الشريعة للترابط، فإنه يستلزم القول بعيشة أمر التشريع، وهذا مما لا يُمكن قبوله، ونحن بوصفنا بشراً عاديين، عندما نقوم بوضع القوانين فلنا غايات وأهداف منها، فكيف بالله عز وجل وهو المشرع الحكيم عند وضعه للتشريعات والأحكام.

النقطة الرابعة: على الرغم من ضرورة وأهمية فقه روح الشريعة، فلا بد لنا أن نعترف بأن فن التعرف على روح الشريعة لا يزال فى مرحلة ما قبل الإنشاء والتولد. وعند ما نقول: إنه فى مرحلة ما قبل التولد، لا نريد بذلك نفى حصول أى نظر أو أدبيات فقهية حوله فى التجربة الفقهية الرائجة، فهناك بعض الالتفات تمّ من قبل بعض الفقهاء إليها^(١)، بل نريد القول: إن ما تشكّل حوله لم يبرز فى إطار فن فقهى خاص يجلب البحث، ويُلَفَت النظر العلمى، بل ليس له بروز وظهور أصلاً لقلّة حجمه، وأكثر شىء يمكننا أن ندعيه، هو أنه موجود فى الفقه بحجم ضئيل^(٢).

النقطة الخامسة: أهم ما نحتاج إليه للوصول إلى روح الشريعة، الكشف عن منهجيته، ويُمكن القول إن رصد اعتناءات الشارع من جملة ما يمكنه أن يوصلنا إليها.

النقطة السادسة: عندما نتكلم عن روح الشريعة فإن هناك صفات وخصائص

كامنة فيها، يمكن بالنظر إلى هذه الصفات القيام بعملية نفث روح الشريعة في القانون، ونشير هنا إلى صفتين:

الأولى: كون روح الشريعة جارية وسارية داخل مجموعة من الأحكام: إن لفظة الروح تستخدم فيما إذا كانت هناك مجموعة واحدة لها أجزاء تتعلق هي بها، وتكون في داخلها وجارية في أجزائها، وفي هذا الإطار يُمكن أن يقال: إنه من اللازم تخصيص جملة من فرص علم الفقه لروح الشريعة وتوجيهها إلى استنباط مجموعات الأحكام المتعلقة بموضوع خاص بالتركيز على الروح التي نفتها الشارع فيها، ومعلوم أن الدارج حالياً هو استنباط أحكام فقهية منفصلة عن غيرها. والحقيقة أن المدارس الفقهية العلمية في العالم الإسلامي تتمكّن بكل ما لديها من أدوات أصولية ومنهجية من الدخول في عملية استنباط الروح الكامنة في مجموعات الأحكام بهدف عرضها على القانونيين كي يُدخلوها في قوانينهم.

الثانية: كل مجموعة تمتلك روح الشريعة هي منظومة: المجموعات التي تحمل روح الشريعة تتمتع بكونها منظومية تحتوي على أحكام فقهية متماسكة، ترمى إلى تحقيق أهداف واحدة، وتتبع هذه الوحدة المنظومية من الروح المعطاة إليها.

على سبيل المثال: إننا عندما نستنبط مجموعة الأحكام المتعلقة بالملكية، نرى وجود روح واحدة تحكمها حاضرة في جميع أحكام تلك المجموعة الفقهية.

وعليه: فروح الشريعة أولاً تتعلق بالمجموعات، وثانياً تتعلق بالمجموعات المنظومة التي لها أهداف واحدة مُستلهمة من تلك الروح. وهنا بالضبط يتقارن الفقه الواحد لروح الشريعة مع القانون الذي له روح خاصة يعبر عنها بروح القانون؛ ذلك أن في القانون لفظة قد تستعمل وهي النظام الحقوقي، والمقصود منه ليس ذلك النظام الحقوقي الشامل، كالقانون المشترك (common law) أو القانون المدني (civil law)، والذي قد يُعبر عنه بالمدرسة الرومانو-جرمانية (romany Germany)، بل المقصود هو النظام الحقوقي الذي يطرح في كل مجال من المجالات، والذي هو غير النظام الحقوقي الذي لمجال آخر، فمثلاً النظام الحقوقي في مجال الملكية أو التجارة

أو الإعسار أو مجال الملكية الفكرية هو غير النظام الحقوقي الذي لغيره. لأن النظام الحقوقي هو الذي تكون القوانين فيه ترتبط وتتماسك فيما بينها، مما يجعلها تكون وتشكل ذلك النظام الحقوقي.

النقطة السابعة: مجالات الاستفادة من روح الشريعة:

يُستفاد من روح الشريعة في الموارد التالية:

١- التقنين: لأن روح القانون تختلف عن روح الشريعة في هذا المجال، فروح القانون يُستنبط بعد أن يتم وضع القانون، لكن روح الشريعة يُمكن الاستفادة منها في استنباط ما ينفع القانون عند وضعه.

٢- تفسير القانون.

٣- تطبيق القانون.

الهوامش

(١) مثل ما قال النووي: من أن «روح الشرع تقضى بمراعاة صالح الصغير» أنظر: (المجموع، ١٨: ٣٢٤).

(٢) راجع مقالة «النظرية الفقهية» للمؤلف، ورقة مقدمة إلى ندوة (تطور العلوم الفقهية) في سلطنة عمان.



ملف العدد

فقه التقنين فلسفته وأهم محاوره

الشيخ حسن علي أكبريان (*)

تمهيد

يحظى موضوع التقنين اليوم باهتمام واسع في المجتمعات العُرفية، لما يتضمّنه من أمور خطيرة على الصعيد الحكومي والنظام العام، فضلاً عن الإسلام الذي حمل رؤيةً جديدةً وخاصةً تجاهه، امتازت بجملة امتيازات أضفت على التقنين الإسلامي لونا يضمّ بين طياته جوانب مختلفة، شدة ورخاوة.

فمن جهة، لقد جعل الإسلام ويّين كثيراً من الأحكام المرتبطة بإدارة المجتمع، مرفقة بحزمة من التعليمات والخطط المرسومة ليسهل للحكومة المشي على طريقها، ومن جهة حرص الإسلام على رعاية هذه الأحكام والتعاليم عند حدوث التعارض والتزاحم بين هذه الأحكام في ضوء مقتضيات الزمان والمكان، والظروف الاجتماعية والثقافية المحيطة، وغير ذلك من العوامل المؤثرة في التقنين.

هذا المقال يحاول طرح رؤية فقهية تجاه التقنين، وبما أن الأحكام المرتبطة بالتقنين لم يُستنبط شطر واسع منها بعد، ولم يُنقّح قسم آخر منها، وما استنبط ونقّح لم تنظّم أبوابه، ولم تبوّب فصوله بما يوائم مكانتها كسائر أخواتها من الأحكام الشرعية في علم الفقه، فقد قمنا بمحاولة أولية في هذا المجال، تتمثّل

(*) باحث إسلامي - إيراني.

بطرح محاور مقترحة في فقه التقنين، بعد عرض مقدمة مقتضبة، وتبيين فلسفة فقه التقنين بصورة مختصرة.

١ - تعريف الاصطلاحات:

قبل الخوض في البحث نجد من الضروري التعريف بالاصطلاحات الواردة في المقال لتسهيل فهم الموضوع، وإدراك جوانبه:

أ - الفقه: الفقه يطلق على معانٍ أهمها ما يرتبط بهذا المقال: علم الفقه والمنهج الفقهي. والمراد من الأول هو العلم بالأحكام الشرعية المستنبطة عن أدلتها التفصيلية. وهذا يشمل جميع الأبواب الفقهية الرائجة في المصنفات والكتب، من الطهارة إلى الديات، باختلاف الآراء وأدلتها، المبادئ المعتمدة عند أصحاب هذه الكتب الفقهية.

وأما الثاني أي الفقه بمعنى المنهج في استنباط الأحكام الشرعية، وهو طريقة الفقهاء في العمل الاستنباطي، كتمسكهم بظواهر القرآن وأخبار الأحاد و... والفقه بهذا المعنى إذا حمل لوناً خاصاً بشكل جامع، ومنسوب إلى فقيه معين أو مجموعة فقهاء مُعينين، ويكشف عن مذاق مميز، فإنه يطلق عليه اسم المذهب الفقهي، كفقه الشيخ الطوسي والشافعي وفقه الأخباريين و...، وعندما يضاف الفقه بهذا المعنى إلى التقنين، فالمراد منه منهج عملية التقنين.

هذا والمعنى المقصود من الفقه في هذا المقام هو المعنى الأول.

ب - التقنين والقانون: التقنين يعني عملية وضع القانون، والقانون وإن يشمل الحكم الشرعي الذي شرّعه الشارع تبارك وتعالى، إلا أن المراد هنا ما وُضع من قبل الحكومة الإسلامية الشرعية لإدارة المجتمع المسلم، وتنظيم العلاقات بين الرعية مع أنفسهم، وبينها وبين الحكومة، وبين الحكومة والحكومات الأخرى.

نعم، يُطلق اصطلاح القانون على قوانين الدول غير الإسلامية أيضاً، إلا أنه خارج عن نطاق هذا المقال.

هذا هو المعنى العام للقانون، وهناك معنىً أخص للقانون يُسمى بالقانون الموضوعي أو الذاتي، وهو ما يوضع من قبل البرلمانات ومجالس الشورى، بعد إحرار موافقته وتدوينه، وفي مقابله ما يوضع في الوزارات والإدارات وهو غالباً ما يكون من جزئيات القانون الموضوعي ومن شكلياته.

ومحل البحث هنا هو القانون الموضوعي وإن كان يتعداه إلى غيره أحياناً.

٢ - تقنين الفقه أم فقه التقنين؟

ثمة أمور ثلاث يجدر ذكرها في المقام:

الأول: إن الإسلام قد عرض أحكامه على أنها شريعة ثابتة وأبدية، تشمل جميع الأزمنة والأمكنة، ووظيفة المكلف بالنسبة إلى هذه الأحكام أن يعلمها اجتهداً أو تقليداً، وأن يعمل بها أو يحتاط في العمل قبالتها.

الثاني: إن الحكومة، سواء كانت بسيطة كما في صدر الإسلام أم معقدة كما في زماننا هذا، تحتاج إلى قوانين لإدارة المجتمع.

الثالث: إن هذه القوانين يلزم أن تنطبق على أحكام الإسلام، ولا تتخلف عنها، وهذه الأمور نفترض أنها من الثوابت، ولا بحث فيها هنا.

ومن جانب آخر نرى أن هيكلية القوانين في الحكومات الإسلامية المعاصرة، وصياغتها الأدبية، وتفصيلها إلى بنود وموارد عديدة، وردّها إلى ما لا يرد في الكتب الفقهية، وأحياناً اختلافها مع أحكام الشريعة، إضافة إلى الإبهام والحيرة في كيفية تطبيق القانون مع الفتوى في موارد اختلافه معها... وما إلى ذلك من أمور كثيرة في هذا المجال، قد أثارت مشاكل عديدة أمام عجلة التقنين المعاصر.

ولحلّ هذه المشاكل يُطرح منهجان:

أولهما: أن نتصرّف في الفقه ونغيّره على نحو وُضِع القانون، بدلاً من كونه كشفاً للحكم الشرعي، بحيث يصير حاصل عملية استنباط الأحكام الشرعية، وما يخرج منها هو قوانين، لا صرف فتاوى.

وثانيهما: أن نتصرّف في عملية التقنين ونجعلها بما ينطبق مع أحكام الإسلام. وعلى الرغم من أن كلا المنهجين يحاول مطابقة القانون مع الحكم الشرعي، إلا أنّهما يختلفان في منطلق حركتهما، فالمنهج الأول يبدأ من الفقه وينتهي إلى القانون، بينما المنهج الثاني يبدأ من القانون ويتجول في الفقه وينتهي إلى القانون. كما أنّ لكلّ من هذين المنهجين دافع إيجابي يُرجّح به على الآخر، فدافع المنهج الأول هو أن يثير القانون من أرض الفقه، ولا يجعله يتأثر بالمدارس والمشارب القانونية الأخرى، بينما دافع المنهج الثاني هو صيانة الفقه من التحول نحو العرفية، ومنعه من التأثير بمقتضيات الزمان والمكان وسائر العوامل، والحرص على كونه كاشفاً للأحكام الشرعية، وهذه هي رسالته الأصلية.

وهذا المقال يُعنى بالمنهج الثاني، لترجيح دافعه، ولإمكان تحصيل دافع المنهج الأول من المنهج الثاني أيضاً.

ونحن إذاً أهملنا المنهج الأول، فهذا لا يعني أن الفقه لا يحتاج إلى أي تحول أو تطور، بل على الفقه أيضاً أن يحاول تنقيح مصادره وتعميق أدلته، وأن يرسل قابلياته في هذا المجال إلى مستويات رفيعة، وأن يسعى نحو استنباط الأحكام الشرعية المرتبطة بالتقنين. ولذا نحن نقترح استحداث قسم أو باب في الفقه نسمّيه «فقه التقنين» يخصّ الأحكام الشرعية المرتبطة بالتقنين.

٣ - ضرورة استحداث «فقه التقنين»

يشهد عصرنا الحاضر، ولا سيما بعد انتصار الثورة الإسلامية في إيران، وتبلور الصحوّة الإسلامية في أغلب البلاد الإسلامية، يشهد ارتقاءً في وضع القانون، من خلال محاولة تطبيقه مع الأحكام الشرعية والاهتمام به اهتماماً مكثفاً كما لا يخفى.

وهذه العملية تتطلب استحداث وظيفتين في علم الفقه وعلم القانون بشكل متوازي. أمّا وظيفة الفقه فهي رسم موقف الشريعة تجاه التقنين، وتبيين من يصلح

للتقنين ومن لا يصلح له، والكشف عن الأحكام التي يلزم أن تطبق القوانين عليها وما لا يلزم، وبيان اختيارات الحكومة في مجال التخلف عن حدود الأحكام الشرعية في موارد التزاحم والضرورة... وتبيين ضوابط التقنين في هذه الموارد، وتحديد من يُنفذ عليه القانون ومن لا يُنفذ عليه، وما إلى ذلك من الأحكام الشرعية المرتبطة بالتقنين.

وأما وظيفة علم القانون فهي رسم خطط منهجية لوضع القانون على نحو مطابق للأحكام، والتي هي خارجة عن محل بحث هذا المقال.
وتفصيل الكلام في هذا المقام يتم بما يلي:

أ - فلسفة فقه التقنين

فلسفة فقه التقنين هي المسائل التي تنظر إلى فقه التقنين وتبحث عنه، والتي تفيض على القارئ نظرة ثانوية إلى هذا النوع من الفقه. وهي من الفلسفة المضافة التي كان أكثر مسائلها قد طُرحت قديماً باسم «المدخل» أو «المبادئ» أو «الرؤوس الثمانية».

ومسائل فلسفة فقه التقنين هي عبارة عن:

- ١ - تعريف فقه التقنين: وهو العلم بموقف الشريعة تجاه التقنين، أو هو العلم بالأحكام الشرعية المرتبطة بالتقنين عن أدلتها التفصيلية.
- ٢ - موضوع فقه التقنين: وهو نفس التقنين من حيث الموقف الشرعي، أو من حيث الأحكام الشرعية نفسها.
- ٣ - حدود فقه التقنين.

ما هي الحدود والثغور في فقه التقنين؟ عن ماذا يبحث فيه وعن ماذا لا يبحث؟

على اصطلاح جديد، يوجد في كل منطقة من حياة الإنسان الاجتماعية، كالإقتصاد والسياسة، ثلاثة أمور: المكتب والنظام و القانون. المراد من المكتب هو

المباني والأهداف الإسلامية في هذه المنطقة، والمراد بالنظام مجموع المؤسسات المنسجمة والمرتبطة التي بنيت على أساس المباني لتوصل المجتمع الإسلامي إلى الأهداف، والقانون هو الظهور العملي والدساتير العملية للنظام. فمثلاً في الاقتصاد يوجد المكتب الاقتصادي والنظام الاقتصادي والقوانين الاقتصادية. ففي التقنين أيضاً يوجد المكتب التقني والنظام التقني وقوانين التقنين.

على هذا، لا يبحث في فقه التقنين عن مكاتب التقنين والمكتب التقني في الإسلام، ولا عن نظم التقنين والنظام الإسلامي للتقنين، لأنهما من مباحث فلسفة التقنين، بل يبحث عن قوانين التقنين الإسلامية. وكذا لا يبحث فيه عن نفس قوانين الإسلام في سائر مجالات حياة الإنسان، لأنه من مباحث الفقه العام، وكذا لا يبحث عن نفس القوانين التي يحق للحكومة أن تضعها، لأنها من علم القانون.

٤ - مصادر ومناهج استنباط الأحكام في فقه التقنين: والمراد بالمصدر هنا هو ما يرجع العالم إليه ليطلب منه جواب مسائله، ومصادر علم الفقه هي: الكتاب والسنة والعقل.

أما المراد من المنهج فهي الطريقة التي يرجع العالم بها إلى المصدر، وهي في الفقه عبارة عن: الأدلة العقلية، والنصوص الشرعية، والمتواترات والإجماعات، والارتكازات، والبنائات العقلية والمشرعية، والأمارات والأصول العملية، وكذا كيفية تنسيق هذه الأدلة من حيث التقديم والتأخير. هذه هي المناهج المرتبطة بالحكم.

وهناك مناهج ترتبط بالموضوع، وهي: نفس مناهج استنباط الحكم في الموضوعات المستنبطة، والعرف والارتكازات العقلية في غيرها.

وبناءً على هذا نقول: إن مصادر ومناهج فقه التقنين هي نفس المصادر والمناهج في سائر أقسام وأبواب الفقه، إلا أنها تختلف عنها من حيث التراكم ونسبة الاستخدام. فكما أن فقه العبادات وفقه المعاملات يختلفان من حيث كثرة استخدام الأدلة النقلية في الأول، وكثرة استخدام الارتكازات العقلية في الثاني،

كذلك فقه التقنين يمتاز بكثرة استخدام الأدلة العقلية والارتكازات العقلانية والعرف.

٥ - أهداف فقه التقنين: إن الهدف العلمي لفقه التقنين هو الكشف عن هذه المنطقة من الأحكام الشرعية التي صُنفت بعضها في المسائل المستجدة، وبعضها الآخر متفرقة في مختلف أبواب الفقه.

وأما الهدف العملي له فهو إيجاد الدعم للحكومة الإسلامية وإعدادها لتطبيق القوانين في ضوء الأحكام الشرعية. ولاشك أن هذا الهدف يحتاج إلى تطوير وترقية مناهج وضع القانون بنفس النحو الذي يحصل في علم القانون.

٦ - المبادئ التصورية والتصديقية لفقه التقنين: إن المقصود من المبادئ التصورية هنا هو تعريف الاصطلاحات الخاصة في فقه التقنين، والتي ذكرنا بعضاً منها آنفاً، وأما المراد من المبادئ التصديقية، والتي تطلق عليها أحياناً اسم «المباني» أيضاً فهو القضايا غير الفقهية التي تستخدم في مجال استدلال الأحكام المرتبطة بالتقنين.

وهذه «المباني» لا يستدلّ عليها في نفس الفقه، بل تُفرض على أنها ثابتة ومقبولة، كمبنى تبعية الأحكام الشرعية للمصالح والمفاسد الواقعية، ومبنى التخطئة و...

٧ - صلة فقه التقنين بسائر أقسام الفقه والعلوم الأخرى: إننا لا نناقش في وضع إسم «الباب» أو «القسم» أو «العلم» لفقه التقنين، فالأمر ليس له أهمية، وإنما تجدر الإشارة إلى صلة هذه النوع من الفقه بالتقسيمات الرائجة في الفقه، ففقه التقنين قد يعدّ قسماً من فقه المعاملات بالمعنى الأعم، أو قسماً من الأحكام في مصطلح المحقق الحلّي، أو قسماً من فقه السياسة في ضوء بعض التقسيمات الجديدة في الفقه.

وارتباطه بعلم أصول الفقه وعلم القانون وعلم السياسة كارتباط علم الفقه بهذه العلوم، ويمكن أن نجعله من العلوم التي تتوسط بين الفقه والقانون والسياسة. ومختار المقال هو الأول.

٨ - تاريخ تطور فقه التقنين: لقد اختلف في أن تاريخ نشوء العلم هل هو من محاور فلسفته أم لا؟ وعلى أي حال، فأكثر مسائل فقه التقنين من المسائل الجديدة التي طُرحت في القرن الحاضر، ولا سابقة لها مستقلة، وإن كانت بعض مسائله، كمسائل ولاية الفقيه والحسبة ونقض الحُكم والفتوى بالحكم والفتوى و... موجودة في أبواب الاجتهاد والتقليد والقضاء والبيع في الكتب والمدونات القديمة.

ب - محاور فقه التقنين

لا يخفى أن كل علم يبحث عن موضوع ضمن مسائل، وموضوع كل مسألة يتكوّن إمّا من جزئيات أو أجزاء موضوع العلم، أو ممّا هو مرتبط به بحيث يليق أن يُبحث في ذاك العلم، وقيل مثل هذا بالنسبة إلى الغرض الأصلي للعلم، والأغراض الفرعية لمسائله.

وعلى أي حال فهذه المسائل حين تدوين العلم لا تُطرح اعتباطاً وبلا نظم ولانسق، بل تنظّم ضمن عناوين بترتيب منطقي وجامع يسهل للمتعلّم والقارئ أن يجد ما يريد.

والمراد بالمحور هنا هو تلك العناوين الأصلية لفقه التقنين التي تدرج فيها مسائلها، وفيما يلي نذكر أهم هذه المحاور بشكل مقترح، ثم نشير ضمن كل محور إلى أهم وأبرز مسائله، بحيث يمكن أن تدرج تحت كل مسألة عدة مسائل فرعية أخرى لانتعرض لها، ونذكر أيضاً بعد هذه المسائل الأجوبة على سبيل المثال والاحتمال.

المحور الأول: من يصلح للتقنين؟

إنّ الولاية التشريعية لله تعالى وحده، فإنّه عز من قائل قال: ﴿إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ﴾ وإذا كان التشريع بيده تعالى فلا يصلح لأحد أن يشرّع، فهل يختصّ هذا المنع التشريعي بما يُشرّع بعنوان حكم إلهي، فيختص بالبدعة التي لا قائل بجوازها، أو يشمل سائر الأحكام والإلزامات كحكم الحاكم على الرعية؟ الحق هو

الثاني، ويبحث في الفقه بعنوان أصالة عدم الولاية، فيطرح الأسئلة التالية: هل يجوز الله تعالى لإنسان أن يحكم على آخرين؟ من هو وما هي صفاته؟ وفي أي موضوع وبأي شرائط يجوز له الحكم؟

فهذه المسائل وما إلى ذلك تشكّل المحور الأول لفقه التقنين.

وقد ننتهي إلى هذه النتائج: الشارع أعطى لنبيه (ص) وللأئمة المعصومين من آلهم الحكم على الآخرين، وفي زمن الغيبة أعطى هذا الاختيار للفقيه الجامع للشرائط الكذائية أو من هو منصوب من قبله، وإلا أُعطي بعض هذا الاختيار لعدول المؤمنين.

كما ويطرح أسئلة أخرى، من قبيل: هل التقنين من وظيفة الحاكم أو الحكومة؟ وهل على الحاكم أو الحكومة وضع القانون منفرداً أو عليه استشارة أهل الخبرة؟ وعلى فرض المشورة هل عليه قبول نتيجة المشورة أو هو مختار في القبول أو الرفض؟

المحور الثاني: الأحكام التي تصلح لأن تكون قانوناً وما لا يصلح

لا يخفى على أحد أن أحكام الإسلام كلها صالحة للعمل والامتنال، فلا يجوز التهاون بها، سيما من قبل الحكومة، فعليها تقع مسؤولية ذلك. وهذا لا بحث فيه ولا كلام، وإنما الكلام في أن وظيفة الحكومة بالنسبة إلى جميع الأحكام أن تضع قبال كل حكم قانوناً، أم هناك تفصيل بين الأحكام؟

وبعبارة أخرى: هل هناك منطقة محددة من السلوكيات والعلاقات موكولة إلى أحاد الرعية، ولا شأن للقانون الحكومي أن يتدخل فيها، أم القانون الحكومي يشمل جميع نشاطات البشر بمختلف جوانب حياتهم فيشمل جميع أحكام الشريعة؟ هذا هو المنطلق الأساس في مباحث المحور الثاني، ومن أهم مسائل هذا المحور هي كما يلي:

١ - هل أنّ جميع أحكام الإسلام تصلح للتقنين، أم أنّ بعضاً منها خارجة

عن نطاق التقنين؟ وما هو الضابط الثبوتي والإثباتي لهذه الأحكام، وهل هناك أصل لجواز أو عدم جواز وضع القانون في مورد الأحكام؟

٢ - هل تقتضي أدلة اختيار وضع القانون للحكومة (أو للحاكم) شمول جميع الأحكام، وليس ثمة مانع من شمول بعض دون بعض، أم لم يكن هنالك اقتضاء من بادئ الأمر؟

٣ - هل للضرورات الاجتماعية دخل وأثر في تحديد تلك الأحكام؟ فإن كان بالاثبات، فما هو أثرها؟ وإن كان بالنفي، فكيف تصنع الحكومة بهذه الضرورات؟

٤ - هل لثقافة المجتمع الإسلامي دور في هذا المجال؟ فإذا كان لها دور فما هو؟ وإذا كان العكس فكيف يحظى القانون بالمقبولية في هذا المجتمع؟

٥ - ما هي الدوافع التي تدفع بالمقنن إلى أن يوجد الفراغ القانوني؟ وإذا حصل هذا الفراغ القانوني فماذا تصنع الحكومة في موارد؟

وقد تنتهي في هذه المسائل إلى أن وظيفة الحكومة تُجاه جميع الأحكام ثابتة، ولكن لا يعني هذا أن هذه الوظيفة تقتضي وضع القانون لجميع الأحكام، كما أن أدلة الولاية مقيدة من أول الأمر بما يرتبط بإدارة المجتمع بدليل مناسبة الحكم والموضوع، وأن دور الضرورات والثقافة في منع الحكومة لوضع القانون هو كدور التزاحم في المنع، وعلى الحكومة إصلاح الثقافة ورفع الضرورات لتتمكن من وضع القانون وجعله بصورة مناسبة.

المحور الثالث: مجالات تبرير وضع القانون على خلاف الحكم الشرعي وضوابطها

يعدّ هذا المحور من أهم محاور فقه التقنين، وأكثرها إثارة للنزاع والاختلاف، لأن بعض الأقوال يشبه مخالفة القانون للشرع وتحريم الحلال وتحليل الحرام. وأهم المسائل المطروحة فيه كما يلي:

١ - هل للمقنن أن يتخلف في تقنيته عن إباحة المباحات بالمعنى الأخص،

فيجوز له أن يضع قانوناً إلزامياً في مورد حكم شرعي مباح، أم لا يجوز له ذلك؟ فإذا كان له ذلك فما هي ضابطته؟ وهل المباحات بالمعنى الأخص كلها على نهج واحد من هذه الحثية أم هناك تفصيل في البين؟

٢ - هل له أن يتخلف في تقينه عن إباحة المستحبات والمكروهات، فيجوز له أن يضع قانوناً إلزامياً في موارد ما أم لا يجوز له ذلك؟ فإذا كان له ذلك فما هي ضابطته؟ وهل هناك تفصيل في الأمر؟

٣ - هل له أن يضع قانوناً غير إلزامي على خلاف المباحات بالمعنى الأعم؟ كأن يرجح في قانونه جانب الترك في المستحب أو جانب الفعل في المكروه، أو يرجح أحد الجانبين في المباح بالمعنى الأخص، أم أن هناك تفصيل على هذا الصعيد؟ فإذا كان بالإيجاب فما هي ضابطته؟ وكيف يؤخذ على مخالفة هذا القانون غير الإلزامي؟

٤ - هل له أن يلزم الرعية على اختيار أحد أطراف الواجب التخييري بحيث يمنعهم قانونياً عن اختيار سائر الأطراف؟ وما هي ضابطته إذا كان له ذلك؟

٥ - هل له أن يلزم الرعية على اختيار أحد مصاديق الواجب، بحيث يمنعهم قانونياً عن اختيار سائر المصاديق؟ وما هي ضابطته إذا كان له ذلك؟

٦ - هل له أن يلزم بعض الرعية عيناً على امتثال الواجب الكفائي، بحيث يمنعهم قانونياً من إيكال ذلك إلى سائر المكلفين، هذا إذا كان الواجب الكفائي موسعاً، بحيث لا يسقط الواجب عن هذا البعض حتى إذا قام الآخرون به؟

٧ - هل له أن يُبيح في قانونه واجباً أو حراماً، بحيث يجوز بهذا القانون ارتكاب الحرام وترك الواجب؟ وما ضابطته إذا كان له ذلك؟

٨ - هل له أن يلزم في قانونه حراماً، أو يمنع فيه عن واجب، بحيث يلزم على الرعية ارتكاب الحرام وترك الواجب؟ وما ضابطته إذا كان له ذلك؟

٩ - هل له أن يتخلف عن الأحكام الوضعية، كأن يُبطل قانونياً ما كان

صحيحاً في الشرع، ويصح قانونياً ما كان باطلاً في الشرع؟ وما ضابطته إذا كان له ذلك؟

١٠ - ما هي وظيفة المقنن تجاه رعاية الأحكام الشرعية إذا كان ثمة اختلاف بين الفقهاء؟ فهل عليه رعاية فتوى نفسه، أو المشهور أو الأعلّم، أو الحاكم إذا كان المقنن غيره، أو ما كان أقرب إلى مصالح الوقت، أم يختار التوفيق بينها، ورعاية كل منها؟

ومن باب المثال ننتهي إلى هذه النتيجة: على الحاكم وضع القانون في جميع الأمور المرتبطة بإدارة المجتمع، مراعيّاً في ذلك لأحكام الشرع، أعم من الأحكام المباحة والإلزامية أو الوضعية، من غير تخلف، وهذا واجب عليه، فإذا زاحم وجوب مراعاة حكم وجوب مراعاة حكم آخر، فعلى الحاكم أن يراعي جانب حكم الأهم، ويقيّد حكم غير الأهم أو يعطله، ويقوم برفع التزاحم ليتمكن من وضع القانون مطابقاً لذلك الحكم غير الأهم.

ولا فرق في ذلك بين المباحات والإلزاميات والوضعية، لأن رعاية جميعها واجبة على الحكومة حتى على مستوى المباحات والوضعية.

وفي مصاديق الواجبات وأطراف المخيرات نوع إباحة، وكذا في الكفائيات الموسعة، ففي هذه الموارد أيضاً على الحكومة رعاية حدّ الأحكام، إلا إذا كان هناك تزاحم فعندئذ وضع القانون الإلزامي في المصاديق والأطراف، وكذا إلزام بعض المكلفين بالكفائيات.

وأما في موارد اختلاف الفتوى فعلى المقنن رعاية فتوى نفسه، فقيهاً ولياً كان أو منصوباً من قبله.

وإذا تبدّل المقنن - كأن مات - فأمام المقنن الآتي نوعان من القانون:

الأول: القوانين القديمة، فليمضها إلا في موارد نقض الحكم بالحكم.

الثاني: القوانين الجديدة، فيراعي فتوى نفسه كالأول، إلا إذا وقع التنافي بين

القانون الذي وضع على فتواه وبين القانون القديم، ففي هذا المورد يراعي الأهم منهما، ويحلّ التنافي.

المحور الرابع: من يُنفذ عليه القانون ومن لا ينفذ عليه؟

في هذا المحور يُبحث عن وظيفة الناس حيال القانون، هل على جميع الناس طاعة قانون هذا الحاكم المشروع، أم هنالك تفصيل في الأمر؟ وما هي وظيفة المخالفين لقانون ما؟ فيبحث في هذا المحور عما يلي:

- ١ - هل القانون نافذ بعد موت الحاكم على من كان نافذاً عليه في حياته؟
- ٢ - هل للحاكم أن يضع قانوناً على من يعيش في غير حكومته من بلاد الكفر؟
- ٣ - هل له الحكم على من يعيش في غير حكومته من بلاد المسلمين إذا ولي فيها حاكم مشروع؟ وكيف إذا ولي فيها سلطان جائر؟
- ٤ - هل القانون نافذ على رعية الحاكم إذا خرج من بلد الحكومة إلى غيره، سواء إلى بلاد الكفر أو بلاد الإسلام؟
- ٥ - هل القانون نافذ على من لا يعتقد اجتهاداً أو تقليداً بولاية الفقيه المطلقة؟
- ٦ - هل القانون نافذ على من اعتقد اجتهاداً أو تقليداً بولاية الفقيه المطلقة، ولكن لا يرى الحاكم واجداً لشرائط الحكم؟
- ٧ - هل القانون نافذ على من اعتقد اجتهاداً أو تقليداً بولاية الفقيه المطلقة، ويرى الحاكم واجداً لشرائط الحكم أيضاً، ولكن يختلف رأيه اجتهاداً أو تقليداً مع رأي الحاكم في الحكم الشرعي الذي وضع القانون مبنياً عليه؟
- ٨ - هل القانون نافذ على من اعتقد اجتهاداً أو تقليداً بولاية الفقيه المطلقة، ويرى الحاكم واجداً لشرائط الحكم أيضاً، ويتحد رأيه اجتهاداً أو تقليداً مع رأي الحاكم في الحكم الشرعي الذي وضع القانون مبنياً عليه؟ ولكن يختلفان في تشخيص مصالح المجتمع ومقتضيات الزمن والضرورات، وما إلى ذلك من الأمور التي تجب مراعاتها زائداً على مراعاة الأحكام الشرعية؟

٩ - هل للقوانين والأحكام الحكومية تفصيل من حيث النفوذ في الموارد المذكورة؟

وقد ننتهي إلى هذه النتائج: القانون نافذ بعد موت المقنن الولي إذا كان مُطلقاً، إلا إذا نُقض بحكم الولي الجديد في موارد جواز نقض الحكم بالحكم، ولا شأن للمقنن غير الولي في هذا المجال. على أن الولاية ثابتة مع بسط يد الولي، فلا ينفذ في غيره، ولا شأن لحدود الممالك في زماننا إلا إذا أمضاها الولي المشروع. فإذا كان له بسط اليد في سائر الممالك، ولا يتعارض حكمه ولاية ولي آخر في تلك المملكة، ولم يمض الحدود قبله، نفذ حكمه.

وعلى المخالفين له بأي أنحاء المخالفة إطاعة قانونه، إلا في موردين:
الأول: إذا لم يكن حكم الحاكم شاملاً له من أول الأمر، كحكمه بهلال شوال، فإنه لا يشمل القاطع بالخلاف وإن لم يطلق عليه اسم القانون أصلاً.
والثاني: ممن يرى الحاكم غير واجد لشرائط الحكم وليس من يراه واجداً لها، ولكن على الرغم من جواز المخالفة العملية لمثل هذا الشخص، فإنه يجوز للحاكم المشروع إجباره بالقانون، ومؤاخذته على المخالفة؟!



ملف العدد

تقنين أحكام الشريعة:

الأهمية ، الواقع والعقبات

الأستاذ محمد تهامي ذكير

«في الشريعة عناصر لو تولتها يد الصياغة فأحسنست صياغتها، لصنعت منها نظريات ومبادئ لا تقل في الرقي والشمول وفي مسايرة التطور، عن أخطر النظريات الفقهية التي تلقاها اليوم عن الفقه الغربي الحديث».

د.عبد الرزاق السنهوري ..

المقدمة

من أهم الشعارات التي دعا إليها المشروع الإصلاحي والنهضوي في بداية القرن الماضي وتبنتها الحركات الإسلامية، الدعوة إلى تطبيق الشريعة والعودة إلى المرجعية التشريعية الإسلامية، بعدما تمكن الاستعمار الغربي من إقصائها عن المجتمع والحكم في عدة مجالات وخصوصا في المعاملات واستبدالها بالقوانين الوضعية. وهذا الرجوع يعتبر مقدمة للاستقلال التشريعي عن الغرب الاستعماري وقوانينه الوضعية المخالفة لأحكام الشريعة ومبادئ الوحي..

لكن تطبيق الشريعة يحتاج الى إعادة صياغتها، لتحويلها إلى مواد ونصوص قانونية على غرار القوانين الوضعية لتسهيل الاستفادة منها ..

لذلك، دعا عدد من الفقهاء والعلماء ومفكري الحركات الإسلامية الى العمل على تقنين أحكام الشريعة الإسلامية وتحويلها إلى مواد ونصوص قانونية..

من هنا انطلقت عدة محاولات وجهود لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية، منها ما كان تحت إشراف دول وحكومات، وأكثرها تجارب وجهود فردية لشخصيات ومؤسسات علمية..

وقد كشفت هذه التجارب والجهود في مجال التقنين عن أهمية مشروع التقنين للأحكام الفقهية، والعقبات التي تقف في وجهه، ومدى وكيفية الاستفادة من تجارب التشريعات الوضعية، وهذا ما سنتناوله في هذه الدراسة من خلال مطالب ثلاثة..

المطلب الأول: تعريف التقنين والمقصود به وأهميته.

المطلب الثاني: ستحدث فيه عن السجال الذي وقع بين مُحرمي التقنين والرافضين له، وبين المُجوزين له ودعائه، وأدلة الفريقين في التحريم والعجواز..

المطلب الثالث: في منهج التقنين والإشكاليات التي يطرحها مشروع تقنين الشريعة الإسلامية..

وفي الخاتمة، سيتم الحديث عن أهمية مشاريع تقنين الشريعة في الوقت الحاضر، وضرورة متابعة الجهود في هذا المجال سواء الجهود الرسمية التي قامت بها بعض الدول والحكومات أو الجهود الفردية أو جهود بعض المؤسسات العلمية، وخصوصاً تجربة الجمهورية الإسلامية في إيران وضرورة الإنفتاح في هذه التجارب على التراث الفقهي لجميع المذاهب الفقهية الإسلامية..

المطلب الأول: المقصود بتقنين الشريعة الإسلامية وأهميته:

تعريف التقنين: التقنين لغة، من قَنَّ يَقْنُنْ تقنيناً، بمعنى الوضع والسَّن، لذلك نقول وضع المشرع القوانين أو سنّها..^(١)

أما التعريف الإصطلاحي فللفقهاء المعاصرين عدة تعريفات، نذكر منها تعريف العلامة مصطفى الزرقا الذي يقول: «يُقصد بالتقنين جمع الأحكام والقواعد التشريعية المتعلقة بمجال من مجالات العلاقات الاجتماعية، وتبويبها وترتيبها وصياغتها بعبارة أمر موجزة واضحة في بنود تسمى مواد ذات أرقام متسلسلة، ثم إصدارها في صورة قانون أو نظام تفرضه الدولة، ويلتزم القضاة بتطبيقه بين الناس...»^(٢).

وعرفه الدكتور عبد المؤمن شجاع الدين بأنه: «قيام الجهات المختصة في الدولة الإسلامية بصياغة الأحكام الفقهية في قواعد عامة ومجردة وملزمة على شاكلة النصوص القانونية وإقرار ذلك وإصداره على هيئة قانون»^(٣).

ومن خلال هذين التعريفين الجامعين تتضح لنا مواصفات وخصائص القاعدة القانونية، فالزرقا أشار الى أن مجال التقنين (أي الصياغة والتبويب) يختص بمجال العلاقات الاجتماعية، وأن هذا التقنين تفرضه الدولة ويكتسب صفة الإلزام، وكذلك فعل الدكتور شجاع الدين ..

ولكي يتضح المقصود بالتقنين لا بد من التعرف على خصائص القاعدة القانونية..

تعريف القاعدة القانونية وخصائصها:

للقاعدة القانونية خصائص ثلاثة، متى ما توفرت في أي قاعدة فإنها تُصبح قانونية بالمفهوم الإصطلاحي.

وهذه الخصائص هي:

١- **الخاصية الأولى:** قاعدة القانونية قاعدة سلوكية، أي تهتم بتنظيم سلوك الأفراد في المجتمع، وتضع لهم القواعد التي يجب أن يكون عليها سلوكهم داخل المجتمع..^(٤)

فهي إذن لا تهتم بتنظيم السلوك الداخلي أو علاقة الإنسان بربه.. وهذا يعني أن القواعد القانونية تقويمية لسلوك الأفراد داخل المجتمع الذي يتتمون إليه^(٥).

والقاعدة الشرعية هي كذلك قاعدة سلوكية لأنها تُحدد سلوك الفرد داخل المجتمع، لكنها تنظم كذلك سلوك الفرد تجاه نفسه وتجاه ربه، وهذا له علاقة بشمولية الشريعة الإلهية وعموميتها وخصوصيتها.

٢- **الخاصية الثانية:** إنها قاعدة عامة ومجردة، والمقصود بالعموم والتجرد، أنها لا تخاطب شخصا أو مجموعة من الناس بعينهم، وإنما تخاطب الجميع

داخل المجتمع، فأى شخص أو واقعة توفرت فيها شروط التطبيق فالواجب أن تطبق تلك القاعدة دون تمييز أو استثناء..

هذا بخصوص العموم أما بخصوص التجريد، فإن المقصود به هو كتابة القاعدة وصياغتها بصيغة مجردة لا تخص شخصا بعينه أو واقعة بعينها، وإنما تتحدث عن صفات ووقائع مشخصة بصفاتها.. «لذلك فالقاعدة القانونية لا ينتهي دورها بتنفيذها مرة واحدة بل تجري كلما وجدت الشروط والمواصفات»^(٩).

والقاعدة الشرعية هي كذلك عامة ومجردة تخاطب الجميع وتطبق على من تتوافر فيهم شروط تطبيقها سواء أكانوا أشخاصا أو مجموعات أو وقائع.. لذلك فالمشهورين الفقهاء أن «أحكام الشريعة على العموم لا على الخصوص».

٣- **الخاصية الثالثة: الإلزام** وهو عنصر أساسي وجوهري في تكوين القاعدة القانونية، لأنه هو الذي يضمن لها الفاعلية والنفاذ. ولأن الهدف منه لا يتحقق - أي الوضيفة التقويمية للسلوك - إلا إذا توجهت للأفراد بصفة الأمر أو النهي، وأن يكون هناك جزاء وعقاب لمن يخالفها، وهذا ما يميزها عن باقي القواعد الأخلاقية مثلاً، فليس هناك عنصر الإلزام لاحترامها من طرف السلطات المختصة..

وكذلك الأمر بالنسبة للقاعدة الشرعية، فعنصر الإلزام فيها واضح، خصوصا في المعاملات ونظام الحدود والقصاص، فهناك جزاء وعقاب إما دنيويا أو أخروياً..

هذه هي خصائص القاعدة القانونية، ويلاحظ وجود تطابق بينها وبين القاعدة الشرعية أو الأحكام الشرعية، إلا أن القاعدة الشرعية تتجاوز تنظيم سلوك الأفراد الإجتماعي الى تنظيم سلوكهم مع أنفسهم ومع خالقهم..

وكذلك يتفقان في العموم والتجريد والإلزام، فخطاب الشريعة في مجمله عام ومجرد ويتعلق بتحقيق الشروط والمواصفات في الأشخاص والوقائع، بالإضافة الى وجود الثواب والعقاب الدنيوي وفي الآخرة ..

وعليه، فعندما نتحدث عن التقنين فالمقصود به هو كما ورد في التعاريف السابقة: صياغة أحكام الشريعة وتحويلها إلى مواد قانونية من خصائصها: تنظيم السلوك الاجتماعي، وأن تكون عامة ومجردة وملزمة، وهذه الخصائص موجودة في الشريعة كذلك..

وبالتالي فمهمة التقنين ستكون في الصياغة اللغوية والتبويب والفهرسة والترقيم والتقسيم إلى مواد وفصول وتكملة.. إلخ، ثم إصدارها على شكل قانون مطبوع يُقدم إلى الجهات المختصة (حكومات، مجالس شورى، ولي الأمر..) للمصادقة عليها لتصبح قانوناً ساري المفعول نافذاً وملزماً ومعمولاً به في الدولة..

المطلب الثاني: موقف الفقهاء والعلماء من تقنين أحكام الشريعة:

لم يختلف العلماء وفقهاء المذاهب في مسألة تبويب أحكام الشريعة لتيسير الرجوع إلى مسائلها المختلفة، من طرف طلبة العلم أو القضاة، وإنما وقع الاختلاف بينهم في مسألة إلزام القضاة أو تعيدهم بمذهب معين أو رأي خاص عند الحكم والقضاء..

فالأحناف وبعض المالكية والشوافع، أجازوا إلزام القاضي المقلد بمذهب معين، إذا لم يكن فيه معارضة للأحكام الشرعية الثابتة، فيما منعه الفقهاء المتقدمون من المالكية والشافعية والحنابلة..^(٨)

أما في العصر الحديث، فقد ذهب أكثر الفقهاء وعلماء الشريعة إلى ضرورة تقنين أحكام الشريعة وإلزام القضاة بما ورد في التقنين، منهم الشيخ محمد رشيد رضا والشيخ محمد أبو زهرة وأحمد محمد شاكر ومصطفى الزرقا والشيخ وهبة الزحيلي، ومحمد بن الحسن الحجوي المغربي، وصالح بن غصون وراشد بن صالح وهما من علماء السعودية، وغيرهم كثير..^(٩)

وقد استدل كل فريق على موقفه بأدلة كانت محل نقاش وسجال بين الفريقين، فيما يلي عرض مفصل لأهم أدلة المحرمين والرافضين لمشروع التقنين، والمجوزين والمناصرين له..

أدلة المحرمين والرافضين للتقنين :

- يرى المُحرّمون والرافضون لمشروع تقنين أحكام الشريعة أن الشريعة صالحة لكل زمان ومكان، وقد كانت مطبقة في العالم الإسلامي منذ عهد الرسول (ص) وإلى الأزمنة المعاصرة إلى أن تعرضت الأمة الى الإستعمار والتقسيم، ولم تكن هناك حاجة إلى التقنين..
- وهذا الرأي غير دقيق، فعبر التاريخ كانت هناك حكومات حكمت بمذاهب معينة ولم تتجاوزها، وكان هناك حكام فرضوا على القضاة الحكم وفق مذهب أورأي معين، وهذا نوع من أنواع التقنين..
- يرى الرافضون للتقنين أن أئمة المذاهب المشهورة لم يُوجبوا على الناس تقليدهم كما لم يلزموا القضاة بالحكم وفق مذهبهم أو أي مذهب معين، بل الواقع والتاريخ يؤكد وجود تعدد مذهبي وأن القضاة في تاريخ الإسلام كانت لديهم الحرية في اختيار الرأي أو المذهب الذي يحكمون بمقتضاه، بل إن عددا منهم كان مجتهدا..
- وهذا الرأي وإن كان صحيحاً إلى حدّ ما، إلى أن الواقع يخالفه، فالقضاة في الدولة العباسية وخصوصا في القرنين الثاني والثالث كان أغلبهم أحناف، وكانوا يقضون ويحكمون وفق الرأي الحنفي، كما أن الدولة العباسية كان لديها مراسيم وقوانين ودواوين لتنظيم شؤون الدولة والقضاء، وكانت لديهم بعض القوانين والتشريعات المكتوبة والمدونة وكان القضاة والحكام يرجعون إليها..
- كما أن التعدد المذهبي لم يخلُ دون اختيار عدد من الدول والحكومات مذهباً معيناً والاحتكام إلى اجتهاداته واختياراته الفقهية وتقديمها في الأحكام القضائية.. ففي المغرب العربي وشمال إفريقيا كان ولا يزال المذهب المالكي هو المرجع في التقليد والقضاء، وهذا شكل من أشكال التقنين..
- ادّعى المُحرّمون للتقنين، أن تقنين أحكام الشريعة وفق متطلبات كل عصر يجعل لكل عصر شريعته، في حين أن الشريعة الإسلامية صالحة

لكل زمان ومكان دون تغيير؟ وهذا الرأي يدل على فهم سطحي لمشروع التقنين، لأن الاجتهادات المذهبية تتغير مع تغير الأزمنة والأمكنة والأعراف، ومن المشهور تاريخياً أن الشافعي كان لديه مذهبان، مذهب في العراق، وعندما انتقل الى مصر غير الكثير من آرائه فأصبح له مذهب آخر.. وهذه خصيصة من خصائص الاجتهاد. وهناك اجتهادات مذهبية تجاوزها الزمن ولم يعد لها موضوع أو واقع وانتهى العمل بها ..

• وبالتالي هناك ثوابت في الأحكام الفقهية وهي الغالب الأعم، وهناك مجموعة قليلة من الأحكام مرتبطة بعوامل المكان والزمان وتغير معطيات الواقع، ما يؤدي الى تغيير الاجتهاد والرأي الاجتهادي تجاه الكثير من قضايا الواقع، وهناك بطبيعة الحال مسائل مستجدة تحتاج إلى رأي الإسلام والفقه الإسلامي فيها، ولكل عصر مستجداته، لذلك فالإدعاء بأن تقنين الشريعة يجعل لكل عصر شريعة خاصة، ادعاء غير صحيح، فالثوابت وأمّهات المسائل والمبادئ الأساسية والكثير من المسائل الفروعية لا اختلاف فيها بين المسلمين، ولا تأثير للزمان أو المكان عليها، أما ما يطرأ عليه التغير فبالضرورة سيعاد النظر فيه ومن المطلوب تجديد النظر الاجتهادي فيه حسب تغير الظروف ومعطيات الواقع ..

وهذا يدل على عدم فهم أصحاب هذا الرأي المقصود بالتقنين وأن الهدف منه هو تيسير العمل بأحكام الشريعة في العصر الراهن، ومسايرة المتغيرات الواقعية وتطور الزمن ..

• يرى المعارضون كذلك أن في التقنين إلزام للقاضي بحكم قد لا يكون موافقاً عليه، خصوصاً إذا كان مجتهداً وكان له رأي في القضية المعروضة للحكم فيها.. بالإضافة الى أن الإلزام يخالف أقوال كبار علماء المذاهب الذين لم يجوزوا للقاضي تقليد غيره أو الإلتزام بمذهب معين، كما يرى

الشافعي وغيره من الفقهاء مثل ابن فرحون المالكي وابن تيمية وابن قدامة الحنبليين ..؟

• ورد المناصرون والمجوزون للتقنين على هذه الشبهات أولاً: إن القاضي وكيل أو نائب لولي الأمر أو الحاكم الشرعي الواجب الطاعة، وهو ملزم بطاعته، ولو كان مجتهداً «فإذا ألزم ولي الأمر القضاة بما ورد في التقنين وجب على القضاة الحكم بالتقنين والإلتزام بذلك»^(٩). وكيف سيخالف رأيه الإجتهادي ماورد في التقنين، وهو القول الراجح والمستند إلى أقوى الأدلة الشرعية، إلا إذا افترضنا وجود معطيات وحشيات جديدة في القضية المطروحة على المحكمة لم تكن واردة عند التقنين، وعندها يمكن تشكيل لجنة لتداول الأمر بين قضاة يُعينون لذلك، ويتم الفصل في ذلك بإصدار حكم يحقق العدالة في النازلة، وكل ذلك لا يتناقض مع مشروع التقنين لأن الإستثناء لا يلغي القاعدة، وهناك مرونة كبيرة في تطبيق القوانين وشرحها وتفسيرها والتعقيب عليها..

• يرى الرافضون كذلك أن التقنين هو من مخترعات المعاصرين تقليدا للغرب والحضارة الغربية، وأن السلف من الصحابة وأئمة المذاهب لم يعرف عنهم الدعوة للتقنين، بل المشهور بخلافه^(١٠).

ورد المؤيدون على ذلك بعدة نقاط: أولاً إن دواعي التقنين لم تكن موجودة والحاجة لم تكن ملحة للتقنين. ثانياً: كانت هناك محاولات للتقنين وتدوين الأحكام لكن بشكل جزئي.. ثالثاً: هل كل ما لم يفعله السلف مُحرم على الخلف؟ فهناك أشياء كثيرة استحدثت بسبب التطور الحضاري لم تكن موجودة، فهل نرفضها بحجة أنها لم تكن موجودة في عصر السلف، هذه دعوة للتحجر والتخلف وهي بخلاف مصلحة الإسلام وشريعته..

أما بخصوص القول بعدم جواز تقليد القاضي لغيره، فهذا ليس محل إجماع، لوجود فقهاء آخرين قالوا بجواز تقليد القاضي لغيره أو الإلتزام بمذهب معين في

القضاء.. بالإضافة إلى كون أغلب القضاة المعاصرين ليسوا من أهل الاجتهاد، وإلزامهم بما ورد في التقنين من طرف الحاكم الشرعي «أمر سائح»^(١١).

• إدعى الرافضون للتقنين أن رجوع القاضي إلى المواد المقننة، يخالف قوله تعالى: ﴿فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾ [النساء: ٥٩]، فالرجوع يجب أن يكون إلى نصوص الكتاب والسنة وليس إلى النصوص المقننة..؟

• ورد المؤيدون للتقنين على هذه الشبهة بأن المواد المقننة مصدرها القرآن والسنة النبوية الشريفة والرأي الاجتهادي الراجح في المذهب أو في مجموع المذاهب الفقهية المشهورة. لذلك فالرجوع إلى التقنين هو رجوع إلى القرآن والسنة والأدلة الشرعية المعتمدة، لكن بعد صياغة ما ورد فيها من أحكام صياغة قانونية عصرية ليس إلا..^(١٢).

• يرى المحرمون للتقنين أنه قد يكون مقدمة لإحلال القوانين الوضعية محل الشريعة في الدول التي تحكم بالشريعة، حيث يبدأ بالشكل (تبويب، مواد ونصوص مجردة.. إلخ) ليصل إلى الجوهر ومضمون الشريعة. كما أن كثرة التعديلات التي تطرأ عادة على نصوص القوانين، قد تكون مدخلا للانحراف نحو القوانين الوضعية، وهذا من شأنه أن يعزز الشك وعدم الثقة في أحكام الشريعة وصلاحياتها لكل زمان ومكان..

وقد رد المناصرون للتقنين على ذلك بعدة أمور.

أولاً: الاستفادة من آليات التقنين على مستوى الشكل لا يمكن أن يكون مدخلا للأخذ بالقوانين الوضعية، لأن الهدف من التقنين هو تيسير العمل بالشريعة وليس الاحتيال لإحلال القوانين الوضعية محلها..

ثانياً: ثبت في تاريخ الاجتهاد والمذاهب الفقهية أن عددا من كبار المجتهدين

قد عدلوا عن بعض اجتهاداتهم.. كما أن التعديلات في القوانين والتشريعات من الأمور الملازمة لتطبيق هذه القوانين، لكن ليس كل المواد عرضة للتعديل والتغيير. ولكن إذا تغير الواقع وظهر أن الحكم الإجتهادي المعمول به في التقنين أصبح يخالف مصلحة الإسلام والمجتمع، فالجهات المختصة لها حق التعديل والتغيير ضمن الضوابط الشرعية والإجتهادية، حيث يستبدل حكم اجتهادي بآخر وفقاً للضوابط الشرعية والإجتهادية. وهذا الأمر بعيد كل البعد عن ادعاء التغيير والتبديل للشريعة، وإنما دليل على حيوية الشريعة ومواكبتها لكل زمان ومكان ومراعاتها لمصلحة المجتمع والدولة الإسلامية..

• من الأدلة على رفض التقنين كذلك الإدعاء بأن التقنين سيؤثر سلباً على حركة الإجتهااد وسيكون مقدمة لسده أو تعطيله، لأن القضاة سيكتفون بما ورد في التقنين وستتوقفون عن الإجتهااد لمعرفة الأحكام الشرعية في القضايا المطروحة عليهم، وهذا سيكون كذلك مدخلاً للإبتعاد عن التراث الفقهي وموسوعات الفقه والأحكام، وفي ذلك قطيعة مع هذا التراث..؟

• وردّ المناصرون على هذه الإدعاءات والمخاوف بأن لا علاقة للتقنين بسد باب الإجتهااد لعدة أمور:

أولاً: لا أحد بمقدوره سد باب الإجتهااد وخصوصاً في الأزمنة المعاصرة، لكثرة المستجدات وضرورة معرفة رأي الإسلام فيها، وهذه مهمة الفقهاء المجتهدين ومن يتصدى للإفتاء والإستنباط، وليس بالضرورة أن يكون هؤلاء من القضاة والحكام الذين سيلتزمون تطبيق التقنين، وإنما يفترض أن يكونوا من المساهمين والمشرفين على عملية التقنين، وهم الذين يواكبون احتياجات الواقع وفي الوقت نفسه يقننون ما توصلوا إليه من اجتهادات. فهناك إذن تكامل بين عملية الإجتهااد وعملية التقنين. أما القضاة فمهمتهم الرئيسة هي تطبيق القوانين وتنفيذها ولا يشترط فيهم الإجتهااد..

ثانياً: أما قولهم إن التقنين سيحدث قطيعة مع التراث الفقهي فهذا ادعاء غير صحيح، لأن مشاريع التقنين الموجودة حالياً جميعها تُصر على ضرورة الرجوع عند الشرح والتفسير إلى الكتب الفقهية، وكذلك عند عدم وجود حكم مُقنن، وهذا مانصت عليه مشاريع تقنين أحكام الشريعة في كل من مصر والكويت واليمن والجمهورية الإسلامية الإيرانية وغيرها من الدول العربية والإسلامية، فقد نصت المادة (٣٤٣) من قانون الأحوال الشخصية على أن «كل ما لم يرد له حكم في هذا القانون يرجع فيه إلى المشهور في مذهب الإمام مالك، فإن لم يوجد المشهور طبق غيره، فإن لم يوجد حكم أصلاً، طبقت المبادئ العامة في المذهب» كما نصت المادة (١٨) من القانون اليمني على أن «المرجع في تفسير نصوص القوانين وتطبيقها هو الفقه الإسلامي والمذكرات الإيضاحية والكتب الشارحة الصادرة من الهيئة التشريعية المختصة»^(١٣).

• وأخيراً، يرى المحرمون للتقنين أن الهدف من التقنين إذا كان هو توحيد الأحكام الفقهية، فإن تحويل الأحكام الفقهية إلى قواعد عامة ومجردة سيثير الاختلاف عند الشرح والتفسير كما هو الأمر بالنسبة للنصوص القانونية .. لذلك وقع الاختلاف بين القضاة في المحاكم وكذلك بين المحامين والقضاة في تفسير مادة أوقاعدة قانونية.. وبالتالي تنتفي فائدة التقنين التي يراها المدافعون عنه ..^(١٤).

وقد ردّ المناصرون على هذه الشبهة كذلك ضمن دفاعهم العام عن مشروع التقنين، وفي ما يلي أهم الردود والأدلة التي قدمها المجوزون والمدافعون عن التقنين..

أدلة المجوزين ودعاة التقنين لأحكام الشريعة الإسلامية :

• أكثر الفقهاء والعلماء المعاصرين يؤيدون مشروع تقنين أحكام الشريعة ، لأنه في نظرهم أصبح من الضرورات الماسة في العصر الحاضر.. يقول الشيخ محمد أبو زهرة: إن استخلاص قانون من الشريعة الإسلامية لم يعد أمراً سائغاً فقط، بل أصبح واجباً محتوماً، لأننا نخشى أن يكون

تقاصرنا في هذه الناحية مؤدياً الى أن ندخل بلادنا قانوناً أجنبياً لم ينبع من الإسلام ولم يتفق معه..^(١٥).

• إن الكتب الفقهية القديمة تصعب الإستفادة منها لغير المتخصصين والمتفرغين، والبحث عن المسائل الفقهية في موسوعات الفقه يحتاج الى جهد ووقت كثير، لكثرة التفرع والتفصيل وعرض للأقوال والرد عليها، ناهيك عن صعوبة فهم الأساليب اللغوية القديمة، لذلك فالتقنين حاجة ماسة وضرورة لا بد من القيام بها..

• الدعوة إلى التقنين دعوة قديمة، فبالنسبة للأحناف والمالكية هناك رأي مشهور بينهم يذهب إلى أن خليفة المسلمين أو الحاكم المسلم له أن يلزم القضاة في الدولة بالحكم والقضاء وفق مذهب معين مشهور ومدونة أحكامه. أما من المعاصرين فهناك عدد كبير من الفقهاء والعلماء دعوا الى تقنين الشريعة، منهم شيخ الأزهر محمد عبده وعدد من مشايخ الأزهر مثل الشيخ محمد أبي زهرة والشيخ أحمد شاذلي وغيرهم.

• التقنين يجعل الشريعة جاهزة للتطبيق، فإذا ما قررت الحكومات العربية المسلمة تطبيق الشريعة الإسلامية وإحلالها محل القوانين الوضعية، فستجد ذلك مُيسراً وستتفي بذلك ذرائع المناهضين لتطبيق الشريعة بحجة أن الشريعة لا تصلح للتطبيق لأنها غير مقننة وتنقصها الإجراءات المعاصرة..

• التقنين لا يخالف نصوص القرآن والسنة واجتهادات الأئمة والفقهاء، وإنما هو صياغة لما ورد في هذه المصادر وصياغتها على شكل مواد مرتبة ومُتبوية ومُرقمة يسهل الإطلاع عليها والإستفادة منها والرجوع إليها. وهذه الصياغة لا تؤثر في مضمون الأحكام الفقهية بالزيادة أو النقصان، وإنما الاختلاف في الشكل وطريقة العرض ليس إلا..

• التقنين يُسهل عملية الرجوع الى الأحكام الفقهية في القضايا المقننة، ومعلوم أن الرجوع الى أمهات الكتب الفقهية فيه ما فيه من الصعوبة

وخصوصا بالنسبة للقضاة الشرعيين اليوم، فقد كتبت الموسوعات الفقهية وكتب الفقه بلغة وأساليب يصعب فهمها، بالإضافة الى كثرة الاختلافات والآراء والاستدلالات التي تحتضنها، ما يجعل الاستفادة منها تحتاج الى جهد جهيد ووقت مديد . لذلك فجهود التقنين التي يشرف عليها العلماء والفقهاء وخبراء القانون تجنب القضاة والحكام هذا الجهد والتعب وتقدم لهم ما يحتاجونه من حكم أو رأي يتم الإتفاق عليه أثناء عملية التقنين ، وللقاضي أو الحاكم الشرعي أو المحامي بعد ذلك أن يرجعوا الى أمهات الكتب الفقهية إذا أرادوا مزيدا من الشرح أو الإطلاع على آراء المذاهب الفقهية في أي مسألة تشريعية أو حكم فقهي ..

• تكمن أهمية التقنين لدى دعاة في حسم مادة الاختلاف وتعدد الآراء الإجتهدية في المسألة الواحدة، فمن يرجع الى الكتب الفقهية سيكتشف حجم اختلاف الفقهاء والمجتهدين، فما من مسألة إلا ويوجد فيها أقوال عدة مختلفة ومتناقضة بين الوجوب والنهي والتحليل والتحريم .. ليس بين المذاهب المتعددة بل داخل كل مذهب هناك أكثر من رأي في مسألة ما.. وهكذا تتعدد الآراء فبأي هذه الآراء سيحكم القاضي؟ وما هو الرأي الذي سيختاره المحامي للدفاع عن موكله.. إن التقنين يقدم الرأي الراجح والمعتمد في الحكم وفق ضوابط علمية بعيدة عن الهوى أو المصالح الفردية أو السياسية، وبالتالي يجنب القاضي الخوض في معمة الاختلافات الفقهية والاجتهادية، ويسهل عليه النطق بالحكم في مدة زمنية معقولة، في زمن تتكاثر فيه القضايا وتحتاج الى حكم قضائي يحقق العدل والأمن في المجتمع..^(١٧)

• من أهم أدلة المناصرين للتقنين والمدافعين عنه، أن الرجوع الى الأحكام المقننة، يجنب القضاة والحكام المحاباة أو السقوط في اتباع الأهواء والمصالح الشخصية عند البحث أو اختيار الحكم في القضايا المعروضة، فهو ملزم

بالحكم المقنن وتطبيقه كلما توفرت الأسباب والحجيات، وهنا يصبح التقنين حاميا لحقوق المواطنين وضامنا للمساواة أمام القانون والشريعة ..

• إن التقنين اليوم ليس فقط ضرورة من ضرورات العصر ومقدمة لتحكيم الشريعة وأسلمة القوانين في الدولة، وإنما أصبح وسيلة من وسائل تبليغ أحكام الله تعالى وتيسير تطبيقها في القضاء والمحاكم، وآلية لتنظيم حياة الناس، لذلك ينبغي القيام به وإنجازه على أن يكون شاملاً لجميع التشريعات المعاملاتية، وعدم الإقتصار على الأحوال الشخصية وتشريعات الأسرة كما هو الشأن في عدد من الدول العربية والإسلامية..^(١٧)

• من أهم الأدلة المؤيدة للتقنين والكاشفة عن إيجابياته، أن الشريعة عندما تصبح مقننة ومدونة ومطبوعة ومتداولة بين الناس، فإن ذلك سيحقق عدة فوائد، منها: أولاً: معرفة الناس الأحكام الشرعية والحقوق والواجبات، ثانياً: معرفة العقوبات المترتبة على المخالفة، وأن الناس سواسية أمام القانون.. ثالثاً: هذه المعرفة تحقق الردعين الخاص والعام.. رابعاً يتيح التقنين للقضاة والمحامين الرجوع بسهولة الى الشريعة وحكمها في أي قضية وعدم إضاعة الوقت في البحث في موسوعات الفقه والأحكام للتعرف على الحكم في أي قضية.. خامساً: إتاحة الفرصة لغير المسلمين من قانونيين ومفكرين للإطلاع على الشريعة الإسلامية وأحكامها بيسر كذلك..

• في الوقت الحاضر تتزايد باضطراد المستجدات والنوازل التي لم يتناولها الفقهاء المتقدمون ، ولم يبينوا الحكم الشرعي فيها، كالمعاملات التجارية وقضايا التأمين والمقاولات ووسائل الإثبات العصرية وغير ذلك من القضايا المستجدة.. وليس من الحكمة ترك هذه المستجدات لتقدير واجتهاد القضاة من غير تقنين، لا سيما ومشغل القضاة كثيرة وكذلك الأعباء التي تتزايد عليهم يوماً بعد يوم..^(١٨)

• من فوائد التقنين أنه يُؤخذ الأحكام القضائية في المسألة الواحدة، في أي دولة، لأن القاضي سيكون ملزماً بالرجوع الى التشريعات المقننة والمعمول بها في الدولة ولا يحق له تجاوزها، وإن فعل سيكون بذلك مخالفاً للقانون الشرعي المعتمد في الدولة.. وبذلك نتجنب تضارب الأحكام في المسألة الواحدة..

وإذا ما اعتمد التقنين المذاهب الإسلامية كافة فإنه قد يكون مدخلا لتوحيد الأمة على مستوى التشريع ، وهذه فائدة عظيمة بلا شك..

• إن المستجدات تحتاج الى حكم شرعي ينص عليه في التقنين، وليس من الحكمة ترك ذلك لاجتهاد القضاة، لعدم توافر صفات الاجتهاد في أكثرهم، وعدم تفرغهم للبحث، والإستقصاء في كل مستجد، وخصوصا مع تطور الحياة ن وكثرة المستجدات فيها ..^(١٩).

في الشريعة نظريات فقهية مهمة لا تحتاج إلا الى صياغة وبناء يقوم على أركان قوية ، مثل نظرية التعسف في استعمال الحق ، ونظرية تحمل التبعية، ومسئولية عديم التمييز .. إلخ^(٢٠) وغيرها من النظريات المهمة التي تحتاج أن تعرف.

• وأخيرا إذا كان في التقنين مفسدة كما يدعي المحرمون له فإن مفسد عدم التقنين أكبر وأعظم وأخطر ، وهذا واضح عند المقارنة والترجيح بين المفسد المدعاة والمنافع التي سيحققها، وفي ميزان العقل والصلحة فإن الترجيح لصالح التقنين بطبيعة الحال؟

ترجيح أدلة القائلين بجواز التقنين وضرورته ..

بعد هذا الاستعراض السريع لأدلة الفريقين: المُحرمين والرافضين للتقنين الشريعة الإسلامية، والمجوزين ودعاة مناصري التقنين، يمكن بسهولة ترجيح أدلة القائلين والمناصرين لتقنين الشريعة في العصر الحاضر، وذلك لعدة اعتبارات..

أولاً: أدلة المجوزين للتقنين أقوى، وردود المخالفين عليها كانت ضعيفة بل

متهافئة ومتناقضة في بعض الأحيان، ويمكن الرد عليها بسهولة كما مر معنا ..

ثانياً : بعض شبهات وادعاءات المحرمين للتقنين واهية ولا تقف في وجه النقد والتحليل والمناقشة. واستشهاداتهم بالتاريخ وأقوال علماء المذاهب هي كذلك لم ترق الى الإجماع عليها، فلا يوجد اجماع البتة على حُرمة التقنين، وعبر التاريخ كان هناك نوع من التقنين الجزئي، ولو تحققت دواعي التقنين في الماضي لقام به السلف، فقدرتهم على كتابة الموسوعات الفقهية المبوبة والمرتبة على شكل أبواب وفصول وحواشي.. إلخ، تدل على قدرتهم على التقنين لو توفرت دواعي ذلك ..

ثالثاً: المخاوف التي أثارها المحرمون والرافضون مثل ادعائهم بأن التقنين قد يكون مقدمة تدريجية لإحلال القوانين الوضعية محل الشريعة، هذه المخاوف مبالغ فيها كثيراً فكيف ستتحول الاستفادة الشكلية من عملية تقنين التشريعات الوضعية إلى إدخال هذه التشريعات إلى صلب مشروع التقنين للشريعة الإسلامية، مع العلم ان الهدف الرئيس للتقنين هو تيسير العمل بالشريعة وعصرنتها على مستوى الشكل لتطبيق أحكامها وأسلمة الأنظمة والقوانين في الدول الإسلامية، ومحاولة إحلال الشريعة محل القوانين الوضعية، خصوصاً وقد ادعى عدد من المفكرين والسياسيين والقانونيين العلمانيين - في معرض ردهم على الإسلاميين الذين يرفعون شعار العودة الى الشريعة والتحاكم إليها في شؤون المجتمع - بأن الشريعة غير مؤهلة لتحل محل القوانين الوضعية، لأنها غير مقننة.. فهل يعقل أن يصبح مشروع تقنين الشريعة مقدمة لإحلال القوانين الوضعية محلها؟!

• إن الاستفادة من الإجراءات الشكلية من تبويب وصياغة الأحكام الفقهية لتصبح مواداً ونصوصاً وقواعد قانونية لها خصائص القواعد القانونية ، وفهرسة هذه المواد وترقيمها وتحويلها الى أبواب وفصول... إلخ كل ذلك في صالح الشريعة لتجديدها وتطويرها على مستوى الشكل لتسهيل الاستفادة منها في عصر السرعة وكثرة القضايا والمستجدات ، وتمكين

القضاة والمحامين من الرجوع إليها بسرعة بدل إضاعة الوقت بالرجوع إلى موسوعات ضخمة تحتاج إلى جهد وزمن طويل للاطلاع عليها، ناهيك عن صعوبة الاستفادة منها بسبب اللغة الفقهية الصعبة والتي لم تعد متداولة إلا في إطار عدد من المؤسسات العلمية المعينة، بالإضافة إلى كثرة الشروح والتفريعات والردود والمناقشات وعرض للأقوال المختلفة، يضيع معها غير المتخصص ..

- من أهم مزايا التقنين والتي تُرجح كفة دعائه والمناصرين له أن التقنين يمكن أن يكون مدخلا للوحدة الإسلامية وخطوة باتجاه التقريب بين المذاهب الإسلامية ..

فالتقنين إذا ما تم عن طريق مجامع فقهية يشترك فيها فقهاء وعلماء وخبراء قانونيين من جميع الدول العربية والإسلامية ومن جميع المذاهب الإسلامية (السنية والشيعة) وتمت المصادقة على مشاريع التقنين من طرف الحكومات ومجالس الشورى وأقرت للعمل بها وتطبيقها، فإن ذلك سيكون مظهرا من مظاهر الوحدة التشريعية بين المسلمين، حيث تتوحد التشريعات والأفوضية، ومن خلالها تتوحد المعاملات بين المسلمين مع تعدد مناطقهم ودولهم..

- أما بالنسبة للتقريب بين المذاهب الإسلامية، فإن التقنين عندما يفتح على جميع المذاهب الإسلامية، ويقوم العلماء المقننون باختيار الرأي والإجتهد الأقوى دليلا والأكثر انسجاما مع روح الشريعة ومقاصدها، والأقرب لتحقيق العدالة الإلهية والمصلحة للمسلمين وللأمة المسلمة، والأكثر انسجاماً مع متطلبات العصر، فإن ذلك سيؤدي لا محالة إلى التقريب بين المذاهب الإسلامية، وهذا ما «يؤدي إلى تقوية وتمتين الجبهة الداخلية للدولة الإسلامية وتحسينها من الخلافات المذهبية والتي طالما كانت سببا لإثارة الصراعات المذهبية الدموية كما يحدث الآن في عدد من الدول العربية والإسلامية» .. (٢١).

• وهناك فائدة أخرى لا تقل أهمية ، وتتعلق بما يُتيحهُ التقنين من إمكانية اطلاع غير المسلمين على الشريعة الإسلامية، وقد كتبت بأسلوب قانوني يفهمونه وبلغة مختصرة وواضحة، تجعلهم يكتشفون عظمة الشريعة الإسلامية وأهميتها، ومكانتها في تاريخ التشريع، وانسجامها مع الفطرة ومتطلبات التطور وحقوق الإنسان، وبالتالي صلاحيتها لهذا الزمان كما يعتقد المسلمون والمؤمنون بها إيماناً عقائدياً.. وبالتالي تيسير الاستفادة منها كذلك بالنسبة لخبراء القانون والتشريع في العالم..

• وبخلاف ما ادعاه الرافضون للتقنين من أنه سوف يؤدي الى قطيعة مع التراث الفقهي وسيؤثر على حركة الاجتهاد، فإن حركة التقنين قد تكون منطلق للعودة الى التراث الفقهي واستحضاره وقراءته والبحث فيه، خصوصا اذا أشرفت على جهود التقنين مجامع علمية يشارك فيها كبار العلماء والفقهاء في العالمين العربي والإسلامي، وكذلك عندما يتم الإنفتاح على جميع المذاهب ومناقشة جميع الآراء الاجتهادية، والبحث في الأدلة وترجيح الرأي الأقوى دليلا، بعيدا عن الأهواء والتحكمات الطائفية والأهواء السياسية، فإننا سنكون أمام حركة اجتهادية نشطة لن تؤدي فقط الى تقنين الشريعة، وإنما ستكون فرصة لإعادة النظر في عدد من القضايا والمسائل الخلافية بين المذاهب الإسلامية وبحثها والوصول الى قول جديد فيها ينتصر للحق وللبرهان ومصلحة الأمة ..

• وكذلك يمكن أن يُشكل التقنين فرصة للإجتهد الجماعي في القضايا المعاصرة والمستجدات ..

هذه بعض مزايا وفوائد ومنافع التقنين، وهي بلا شك راحجة على أي مفسدة يدعيها المحرمون والرافضون والمتوجسون من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية .. ونختتم هذا المطلب بما قاله الخبير المصري في القانون والشريعة الدكتور عبد الرزاق السنهوري (رحمه الله):

«في الشريعة عناصر لو تولتها يد الصياغة فأحسنست صياغتها، لصنعت منها نظريات ومبادئ لا تقل في الرقي والشمول وفي مسايرة التطور، عن أخطر النظريات الفقهية التي نتلقاها اليوم عن الفقه الغربي الحديث»؟!

المطلب الثالث: منهجية التقنين

كما قلنا سابقاً، المقصود بالتقنين هو صياغة الأحكام الفقهية والشرعية على شكل مواد ونصوص يسهل الرجوع إليها من طرف القضاة والمحامين، وآلية الصياغة تتطلب عدة أمور: موضوع التقنين، ومصادر التقنين، ومنهج وأسلوب التقنين، والجهة التي ستقوم بالتقنين ..

أولاً: موضوع ومجال التقنين :

يتفق المناصرون ودعاة التقنين على أن مجال التقنين يجب أن ينحصر في أحكام المعاملات، وألا يتجاوزها إلى العقائد والأخلاق، لأن من خصائص القاعدة القانونية الإلزام، والأساس في الإيمان والأخلاق (لا إكراه في الدين)، وإنما الأمر متروك للإلتزام الشخصي والرغبة في التزكية وبلوغ الكمال الروحي. لكن في إطار تحكيم الشريعة في الواقع وكون الشريعة الإسلامية منظمة لحياة الفرد في جميع تفاصيل حياته ، فقد تقنن بعض الأحكام المتعلقة بالأخلاق والسلوك الأخلاقي وتكتسب صفة الإلزام في المجتمع الإسلامي، لأن من أهداف الشريعة ليس فقط تنظيم العلاقة بين أفراد المجتمع وإنما تسعى كذلك إلى إيصال المجتمع ككل إلى الكمال والرقي الروحي والاجتماعي.. وهذا الأمر سيكون من خصائص تقنين الشريعة الإسلامية..

ثانياً: مصادر التقنين :

ليس هناك اختلاف بين الفقهاء وعلماء المذاهب في أن مصادر التقنين الأساسية هي القرآن الكريم وما صحَّ من السنة النبوية الشريفة، ولكن هناك اختلاف في باقي مصادر الإستنباط المعروفة لدى المذاهب الإسلامية، مثل : العقل والقياس والاستحسان والمصالح المرسلة وقول الصحابي وغيرها من المصادر المختلف فيها.

والإختلاف هنا يمكن تجاوزه إذا ما اعتمد التقنين جميع المذاهب الإسلامية المعتمدة ، وتم اختيار الرأي الإجتهادي الراجح بناء على قوة الدليل وانسجام الرأي المختار مع روح الشريعة ومقاصدها ..

ثالثاً: الجهة التي تقوم بالتقنين :

حسب التجارب الرسمية والفردية في مجال التقنين ، فإن من قام بالتقنين هم نخبة من علماء الفقه والشريعة وخبراء في القانون الوضعي، وهذا ما أكدّه الشيخ أحمد محمد شاكر وهو من دعاة التقنين والمؤيدين له بقوة حيث يقول: «يُسند ذلك الى لجنة قوية من أساطين رجال القانون ، وعلماء الشريعة، ويجب أن تكون موفرة العدد، يكون منها لجنة عليا تضع الأسس وترسم المناهج، وتقسم العمل بين لجان فرعية ، ثم تعيد النظر فيما صنعوا ووضعوا لتنسيقه وتهذيبه.. حتى إذا ما استقر الرأي عليه عرض على السلطات التشريعية لإقراره وإصداره ، وإصدار القانون للعمل به ..»^(٢٢).

رابعاً: منهج وأسلوب التقنين :

- هناك خطوات منهجية لا بد من اتباعها ، لتتم الصياغة على أفضل وجه :
- تبويب الأحكام أي تحويلها الى أبواب وفصول ومباحث، حسب ورودها في الموسوعات الفقهية المعتمدة.
 - يتصدر جميع الأبواب ، باب يتضمن القواعد العامة ليسهل لدى القضاة الربط بين الأحكام والأصول الفقهية ..
 - تجنب ذكر الأمثلة والأسباب والتعليقات والتعريفات والتقسيمات الفقهية، وعدم الإحاطة بكل الجزئيات والتفريعات لأن ذلك من مهام الفقهاء، كما يرى العلامة السنهوري^(٢٣).
 - اعتماد المصطلحات الفقهية والأصولية التي اعتمدها كبار الفقهاء في مصنفاتهم الفقهية المعتمدة ..

- يجب ان تتم الصياغة بلغة واضحة بعيدة عن الغموض ، والحشو والمُحسنات البلاغية والسَّجع والإطناب وغيرها من فنون الإنشاء ، وأن تكون مباشرة غير قابلة للتأويل تجنباً للاختلاف في التفسير ، لغة يفهما القضاة والمحامون وعامة الناس ..

الخلاصة :

وهكذا يتبين لنا أن تقنين أحكام الشريعة الإسلامية أصبح ضرورة وحاجة ماسة ، خصوصاً لجهة تطبيق الشريعة الإسلامية، وتأكيدها على صلاحيتها لكل زمان ومكان ومواكبتها للتطورات والمستجدات، وأن التقنين لا يمس جوهر الشريعة ومبادئها الأساسية وإنما يهتم بالصياغة اللغوية والشكلية ..

كما أثبتت تجارب التقنين التي أنجزت في أواخر الدولة العثمانية وما تبعها من تجارب وجهود رسمية وفردية في أغلب الدول العربية والإسلامية..

وأنة ممكن التحقق على أرض الواقع وأن هذه المشاريع التقنية أصبحت تشكل تراثاً مهماً يمكن الاستفادة منه في أي عملية شاملة لتقنين الشريعة في العالم الإسلامي .

لكن هناك ملاحظات مهمة على ما أنجز من مشاريع ، وأهم هذه الملاحظات أن أغلب مشاريع التقنين اقتصرت من حيث المصادر على مذهب معين هو إما مذهب المقلن أو المذهب المعتمد في الدولة التي أشرفت على التقنين .. بينما المطلوب الإنفتاح والاستفادة من التراث الفقهي لجميع المذاهب الإسلامية دون استثناء، وأن يكون ميزان الاختيار هو قوة الدليل وصلاحية الرأي الاجتهادي ومواكبته للواقع الحالي، وانسجامه مع مصلحة الإسلام والأمة..

وبذلك سنكون قد حققنا مجموعة من الأهداف: تقنين الشريعة لجعلها صالحة للتطبيق وتحقيق الوحدة التشريعية للأمة والتقريب بين مذاهبها واجتهادات أئمتها..

أنموذج معاصر لتقنين الحدود الإسلامية في الجمهورية الإسلامية الإيرانية

الكتاب الأول: الكليات

الباب الأول: الأحكام العامة

المادة ١: يتكفل قانون العقوبات الإسلامية تحديد أنواع الجرائم والعقوبات والإجراءات الوقائية والتأديبية التي تُتخذ بحق المجرم.

المادة ٢: كل فعل أو امتناع عن فعل نص القانون على العقوبة عليه، فهو جريمة.

المادة ٣: تطبق أحكام قانون العقوبات بحق كل من يرتكب الجريمة داخل نطاق السيادة الإيرانية برأً وبحراً وجواً، إلا إذا نص القانون على اتخاذ إجراء آخر بشأنه.

المادة ٤: إذا تحقق جزء الجريمة داخل البلاد، وبرزت نتيجته في الخارج، أو تحقق جزء الجريمة في الداخل أو الخارج، وبرزت النتيجة في الداخل، كان ذلك بحكم تحققها في الداخل.

المادة ٥: كل من يرتكب إحدى الجرائم المذكورة أدناه خارج البلاد سواء كان إيرانياً أو أجنبياً، ثم يُعثر عليه في إيران أو يعاد إليها فإنه يعاقب وفقاً لقوانين الجمهورية الإسلامية:

١- مناهضة الجمهورية الإسلامية الإيرانية والمساس بوحدة أراضيها وأمنها الداخلي والخارجي واستقلال البلاد.

٢- تزوير أوامر قائد الجمهورية الإسلامية أو محرراته أو ختمه أو توقيع، أو استخدامها والاستفادة منها.

٣- تزوير الرسائل والمحركات الرسمية لرئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الشورى الإسلامي أو رئيس مجلس صيانة الدستور أو رئيس مجلس الخبراء أو رئيس السلطة القضائية أو نواب رئيس الجمهورية أو رئيس ديوان القضاء الأعلى أو المدعي العام أو أي واحد من الوزراء، أو الاستفادة منها.

٤- طبع الأوراق النقدية المتداولة في البلاد أو السندات المصرفية الإيرانية، مثل الحوالات المصرفية المعتبرة لدى البنوك، أو الصكوك الصادرة من قبل البنوك، أو السندات المصرفية المتضمنة للتعهد والالتزام، وكذا تزوير سندات خزينة الدولة وبطاقات الأسهم الصادرة من الدولة أو المضمونة من قبلها، أو عمليات التقليد، وكل عملية تزوير للنقود المعدنية المتداولة في البلاد.

المادة ٦: كل جريمة يقوم بارتكابها الموظفون الأجانب لدى الجمهورية الإسلامية الإيرانية أو موظفو الحكومة ممن يتواجدون لأداء وظائفهم خارج نطاق سيادة الجمهورية الإسلامية الإيرانية، وهكذا كل جريمة يرتكبها موظفو الهيئة السياسية والثقافية والقنصلية الإيرانية المتمتعون بالحصانة الدبلوماسية فإنهم يعاقبون حسب قانون العقوبات في الجمهورية الإسلامية الإيرانية.

المادة ٧: علاوة على الأحكام الواردة في المادتين (٥ و ٦) فإن كل إيراني إذا ارتكب جريمة ثم أُلقي القبض عليه في إيران فإنه يحاكم حسب قوانين الجمهورية الإسلامية الإيرانية.

المادة ٨: إذا كانت الجريمة مما نصّت المعاهدات الدولية أو القانون الخاص على محاكمة مرتكبها في أي بلد وجد فيه، جاز بموجب ذلك محاكمته طبقاً لقوانين الجمهورية الإسلامية إذا أُلقي القبض عليه فيها.

المادة ٩: على المجرم إعادة الأموال التي بحيازته إلى المجني عليه إذا كانت العين موجودة، أو دفع مثلها أو ثمنها إذا لم تكن موجودة، وعلى الجاني تحمّل التعويضات الناجمة عن الجريمة أيضاً.

المادة ١٠: على قاضي التحقيق أو المدعي العام في حالة إصدار حكم بمنع الملاحقة أو إيقافها تعيين الأموال والأشياء المكتشفة الدالة على وقوع الجريمة أو المستعملة فيها حين ارتكابها أو المعدة للاستعمال فيها، وذلك لغرض استرجاعها أو مصادرتها أو إتلافها كما يتعيّن على قاضي التحقيق أو المدعي العام بناءً على طلب المدعي ما دام الملف تحت إشرافها إصدار أمر بإرجاع الأموال والأشياء

المشار إليها أعلاه إلى مدعيها وذلك ضمن الشروط التالية:

١- عدم الحاجة إلى إبقاء جميع الأموال أو قسم منها في قسم التحقيق أو لدى القضاء.

٢- ألا يكون هناك مدع آخر لهذه الأموال والأشياء.

٣- ألا تكون في عداد الأموال التي يجب مصادرتها أو إتلافها.

ويتعين على المحكمة أيضاً حال إصدار الحكم أو القرار القضائي أو بعده - سواء كان قراراً بالبراءة أو توقف الملاحقة - في الأمور الجنائية كافة، أن تصدر حكماً خاصاً باسترداد أو مصادرة أو إتلاف الأموال والأشياء المستعملة في الجريمة أو المخصصة للاستعمال فيها.

التكملة ١- يحق للمتضرر بقرار قاضي التحقيق أو المدعي العام أو الحكم الصادر عن المحكمة، رفع شكوى جراء القرارات الصادرة حول الأشياء والأموال المذكورة في هذه المادة لدى المحاكم الجنائية، وطلب استئناف الحكم فيها حتى لو كان القرار أو حكم المحاكمة في الأمر الجنائي غير قابل لرفع الشكوى ضده.

التكملة ٢- إذا استدعى حفظ المال تكاليف لا تتناسب ووضع الدولة، أو كان الحفظ مؤدياً إلى التلف أو انخفاض القيمة انخفاضاً فاحشاً، ولم يكن حفظها ضرورياً للقضاء، أو كان المتاع ممّا يُسرّع إليه الفساد؛ بيع كل ذلك بسعر السوق بأمر المدعي العام أو المحكمة، وأودع المبلغ في صندوق وزارة العدل إلى حين البت النهائي في الدعوى.

المادة ١١: يتعين بموجب الضوابط والمقررات الحاكمة في البلاد تطبيق جميع العقوبات والإجراءات الوقائية والتأديبية طبقاً للقانون الذي سبق وقوع الجريمة. ولا يمكن اعتبار أي فعل أو امتناع عن فعل جريمة يعاقب عليها الفرد، بناءً على قانون مشرّع لاحقاً.

نعم، يؤثر القانون اللاحق إلى حين صدور الحكم النهائي إذا كان يستوجب

تخفيفاً أو رفعاً للعقوبة، أو كان متضمناً - بحكم لحاظات خاصة - إرفاقاً بالجاني. وأما في حال صدور الحكم النهائي طبقاً للقانون السابق فإنه يتم العمل بما يلي:

١- إلغاء الحكم السابق إذا لم يعتبر العمل المرتكب جريمة بموجب القانون اللاحق. ويوقف إذا كان في حيز التنفيذ وفي كلتا الحالتين وكذا في حالة ما إذا قد تمّ تنفيذ الحكم فإنه لا يترتب أي أثر جنائي على ذلك. علماً أنّ تطبيق هذه الضوابط لا يشمل القوانين الموقّعة بمدة معينة، أو المشرّعة لحالة خاصة.

٢- يحق للمحكوم عليه المطالبة بتخفيف العقوبة بموجب القانون اللاحق، وتقوم المحكمة المصدّرة للحكم أو المحكمة التي تنوب عنها بتخفيف العقوبة السابقة.

٣- إذا أُبدلت عقوبة الجريمة حسب القانون الجديد بإجراءات وقائية أو تأديبية فإنّ هذه الإجراءات هي التي ستكون موضع التنفيذ لا غير.

* * *

الباب السادس: حدّ شرب الخمر

الفصل الأول - موجبات حدّ شرب الخمر:

المادة ١٦٥: يثبت الحد بشرب الخمر قليلاً كان أو كثيراً، أسكر أو لم يسكر، خالصاً كان أو ممزوجاً بغيره ما لم يخرج عن مسمّى السكر.

التكملة ١: عصير الشعير في حكم الخمر وموجب للحد، وإن لم يكن مسكراً.

التكملة ٢: يحرم تناول العصير العنبي المغلي بنفسه أو بالنار أو الشمس أو غيرها، ولكنه لا يوجب حداً.

الفصل الثاني - شروط حدّ شرب الخمر:

المادة ١٦٦: يثبت حد شرب الخمر بشرط أن يكون المتناول بالغاً، عاقلاً، مختاراً، عالماً بحرمة وخمريته.

التكملة ١- إذا ادّعى شارب الخمر الجهل بالحكم أو الموضوع، واحتمل صدق دعواه، سقط عنه الحد.

التكملة ٢- إذا كان عالماً بحرمة شرب الخمر ثبت عليه الحد. وإن كان جاهلاً بإيجاب الشرب للحد.

المادة ١٦٧: لا حدّ على الشارب المضطر إذا كان بمقدار الضرورة للنجاة من الموت، أو مرض صعب العلاج.

المادة ١٦٨: يثبت الحد بالإقرار مرتين.

المادة ١٦٩: يتحقق الإقرار مع البلوغ، والعقل، والاختيار، والقصد.

المادة ١٧٠: يثبت الحد بشهادة رجلين عدلين.

المادة ١٧١: إذا شهد أحد الشاهدين بشرب الخمر، وشهد الآخر بأنه قاه، ثبت الحد.

المادة ١٧٢: يجب أن تتطابق الشهادة في تحديد الزمان والمكان وسائر الخصوصيات، ولكن لو شهد أحدهما على أصل الشرب، وشهد الآخر على شرب نوع خاص، ثبت الحد.

المادة ١٧٣: ثبوت الحد بالإقرار والشهادة مشروط بالألا يكون هناك احتمال عقلائي على وجود عذر للمتناول.

المادة ١٧٤: حدّ الشارب ثمانون جلدة، رجلاً كان أو امرأة.

المادة ١٧٥: تتراوح مدة السجن لمن يتصدى لعمليات الإنتاج، والنقل، والبيع، والشراء، والعرض للمشروبات الكحولية، ما بين ستة أشهر إلى سنتين، كما أن كل من يقوم بسبب خداعه أو ترغيبه أو تطميحه بتسهيل الاستفادة من الكحوليات، يعدّ معاوناً على شرب الخمر، فيضرب إلى أربع وسبعين جلدة.

الفصل الثالث - كيفية تنفيذ الحد:

المادة ١٧٦: يضرب الرجل قائماً مجرداً من ثيابه، عدا ما يستر العورة. وتضرب المرأة فوق ثيابها وهي جالسة.

تكملة - لا يصيب الجلد مواضع الوجه والرأس والعورة.

المادة ١٧٧: ينفذ الحد بعد الإفاقة وزوال السكر.

المادة ١٧٨: إذا تكرر الشرب مراراً ولم ينفذ الحدّ حُدّ مرة واحدة.

المادة ١٧٩: إذا تكرر الشرب، وأقيم الحدّ عليه في كل مرة، قتل في الثالثة.

المادة ١٨٠: يسقط الحدّ بعروض الجنون أو الارتداد.

الفصل الرابع - شروط سقوط الحدّ أو العفو عنه:

المادة ١٨١: إذا تاب قبل الشهادة عليه سقط الحد، وإذا تاب بعدها لم يسقط.

المادة ١٨٢: إذا تاب بعد الإقرار بالشرب، كان للقاضي طلب العفو له من ولي الأمر، أو تنفيذ الحدّ بحقه.

الهوامش:

(١) أنظر المعجم العربي الأساسي، مجموعة من كبار اللغويين العرب، ص ١٠١٠. نقلاً عن: د. عبد المجيد بوكرب، تقنين الأحكام الشرعية ودورها في إثراء المنظومة القانونية الجزائرية، ورقة مقدمة لمؤتمر الشارقة عن: القضاء الشرعي في العصر الحاضر: الواقع والآمال، سنة ٢٠٠٦م، (منشورة على الإنترنت).

(٢) المدخل الفقهي العام، ج ١ ص ٣١٣، والمصدر السابق.

(٣) أنظر: ملخص دراسة له على شبكة الإنترنت بعنوان: موقف الفقهاء من تقنين أحكام الشريعة الإسلامية: دراسة مقارنة.

(٤) د. حماد مصطفى عزب، مبادئ القانون، القاهرة، دار النهضة العربية، ص ١٠.

(٥) أنظر للمزيد حول الموضوع: د. مصطفى محمد الجمال، تجديد النظرية العامة للقانون، نحو

- توضيف أصول الفقه الإسلامي في بناء أصول القانون، دار الفتح للطباعة والنشر، ط- ٢٠٠٢م، ج ١ ص ١٣.
- (٦) الشيخ عباس الكعبي، النظام القانوني في الإسلام مقارنا بالنظم الوضعية: دراسة منشورة على شبكة الإنترنت.
- (٧) أنظر للمزيد حول الموضوع: د. عبد الله الجبوري، تقنين الشريعة الإسلامية وصلته بتطبيقها في القضاء الشرعي، ورقة مقدمة لندوة: القضاء الشرعي في العصر الحاضر: الواقع والآمال، بجامعة الشارقة سنة ٢٠٠٦م، أنظر الورقة على شبكة الإنترنت..
- (٨) أنظر: د. عبد الله الجبوري، م. س. ود. وهبة الزحيلي، جهود تقنين الفقه الإسلامي، ص ٢٩.
- (٩) أنظر للمزيد حول هذه القضية: الأستاذ شويش المحاميد، مسيرة الفقه الإسلامي، ص ٤٤١.
- (١٠) عبد الرحمن الجرجي، تقنين الأحكام الشرعية، ص ٩ وما بعدها..
- (١١) د. عبد المؤمن شجاع الدين، موقف الفقهاء من تقنين أحكام الشريعة الإسلامية: دراسة مقارنة، ص ٢٥، أنظر ملخص الدراسة على شبكة الإنترنت.
- (١٢) للمزيد من التفصيل حول الموضوع: أنظر: عبد الرحمن الجرجي، تقنين الأحكام الشرعية، ص ٨ وما بعدها
- (١٣) أنظر: د. عبد المؤمن شجاع الدين، موقف الفقهاء من تقنين أحكام الشريعة الإسلامية: دراسة مقارنة، م. س. ص ٢٧.
- (١٤) أنظر للمزيد من التفصيل حول هذه القضية: عبد الرحمن الشترى، تقنين الشريعة، م. س. ص ١٨ وما قبلها.
- (١٥) أنظر: عبد الرحمن القاسم، الإسلام وتقنين الأحكام، نقلا عن د. عبد الله الجبوري، م. س.
- (١٦) أنظر للمزيد حول هذه القضية: د. وهبة الزحيلي، جهود تقنين الفقه الإسلامي، ص ٢٧.
- (١٧) د. الجبوري، مصدر سابق.
- (١٨) عبد الرحمن الشترى، تقنين الشريعة، ص ٣٠.
- (١٩) أنظر: د. عبد الله الجبوري، م. س.
- (٢٠) أنظر: مواقف الفقهاء من تقنين أحكام الشريعة الإسلامية، م. س. ص ٢٩.
- (٢١) أنظر للمزيد حول الموضوع، مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج ١ ص ٣٠٧.
- (٢٢) الكتاب والسنة يجب ان يكونا مصدراً للقوانين في مصر، ص ٤٣، نقلا عن د. عبد المجيد بوكركب، م. س.
- (٢٣) حول وجوب تفقيح القانون المدني المصري، مجلة القانون والإقتصاد، ص ٧٠، نقلا عن د. عبد المجيد بوكركب، م. س.



الفقه والقانون ومناطق الفراغ

الدكتور عوض محمد عوض (*)

إن تدوين القواعد القانونية بصورة تشريع مكتوب يساهم في تحقيق ميزة كبرى لها، لأنه يتيح صياغتها في عبارات موجزة تراعى فيها الدقة والشمول والوضوح، مما يسهل استيعاب الحكم، وتجنب اللبس الذي قد يجرّ إلى الانحراف عن المعنى المراد، وهي سنة التشريعات المعاصرة التي جرت على تجميع النصوص الخاصة بفرع من فروع القانون، ثم بمجموعة متجانسة من المسائل، وتدوينها في وثيقة واحدة، وهو ما يطلق عليه اسم التقنين، بغية تيسير الوصول إلى الأحكام، ورفع ما قد يقع فيها من تناقض واضطراب، وسهولة الرجوع إليها عند الحاجة. وأما ما يراد من فراغ النظام القانوني - وضعياً كان أم غير وضعي - فلا يعني خلو النظام من حكم أي واقعة، وهو غير وارد على الإطلاق، بل المراد بالفراغ في الحقيقة خلو النظام القانوني من نص خاص يبيّن الحكم تفصيلاً، وهو المتصور منه.

إن الموضوع يتحدّد إطاره وتوضح معالمه من خلال النقاط التالية:

١ - الفقه والقانون متلازمان، فكل منهما يقتضي الآخر، إلا أن القانون أسبق نشأة من الفقه. والقانون أياً كان مصدره هو خطاب من سلطة شارعة إلى المكلفين

(*) أستاذ في كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية - مصر.

يتعلق بأفعالهم ويقترن بجزاء يُصيهم إذا خالفوا أمر هذه السلطة أو نهىها. ولهذا فالقاعدة القانونية تتكون من شقين، أحدهما التكليف والآخر الجزاء. والسلوك الإنساني - إيجاباً أو سلباً - هو محل التكليف. وقد يتواطأ أفراد الجماعة على صورة السلوك الواجب فيكون منشأ القاعدة هو العُرف، وقد تتولى إحدى سلطات الدولة تحديد صورة السلوك فيكون مصدر القاعدة هو التشريع الوضعي، وقد يكون السلوك مأموراً به أو منهيّاً عنه من عند الله فيكون مصدر القاعدة هو الدين.

والقواعد العُرفية بطبيعتها غير مدونة، أما قواعد التشريع الوضعي والقواعد الدينية فمدونة في شكل نصوص. وقد انتشرت في العصور الحديثة ظاهرة تدخل الدولة في تنظيم العلاقات الاجتماعية بين الأفراد عن طريق التشريع، وضاق بالتالي نطاق القواعد العُرفية إلى مدى كبير. بل إن الدولة الحديثة - حتى الإسلامية منها - عمدت إلى أسلوب التشريع لتقنين معظم القواعد العُرفية، بل وكثير من القواعد الدينية، وذلك إما ضبطاً لأحكامها، أو تيسيراً للتعرف عليها، أو حسماً لخلاف يدور بشأنها، أو عدولاً - للمصلحة - عن بعضها إلى غيرها. على أن إلباس هذه القواعد ثوب التشريع لا ينفي نسبها ولا يغير من طبيعتها وضوابط تفسيرها.

ولا شك إن إصدار القواعد القانونية في شكل تشريع مكتوب يحقق ميزة كبرى؛ لأن هذا يتيح صياغتها في عبارة تتسم بالإيجاز من جهة ويمكن من إفراغها في قالب لفظي تراعى فيه الدقة والوضوح والشمول من جهة أخرى. أما الإيجاز فلازم لسرعة استيعاب الحكم وتجنب اللبس الذي قد يجرّ إليه الإطناب. ويقصد بالإيجاز الاقتصاد في النصوص أولاً وفي ألفاظ كل نص ثانياً. ويتحقق الإيجاز باستخدام أقل ما يكفي من الألفاظ للإبانة عن المعنى المراد. فلا مجال في لغة التشريع للمحسنات اللفظية ولا المرادفات اللغوية.

على أنه ينبغي الحذر من أن يبلغ الحرص على الإيجاز حد الإلغاز، وإلا فقد النص شرط الوضوح أو شرط الشمول. وإذا تعارض الإيجاز مع الوضوح أو الشمول وجب التجاوز عن شرط الإيجاز؛ لأنه على أهميته شرط تحسيني، أما

الشروط الأخرى فضرورية. ولنا في نصوص القرآن الكريم أسوة؛ فأيات المداينة والمواريث والمحرمات من النساء والملاعنة تتسم بالطول إذا ما قورنت بغيرها، وكلها مثل أعلى في الدقة والبلاغة.

٢- وتجري سنة التشريعات المعاصرة على تجميع النصوص الخاصة بفرع من فروع القانون أو بمجموع متجانس من المسائل في وثيقة واحدة، وهو ما يعرف بالتقنين. وهذا عمل طيب؛ لأن النصوص القانونية الخاصة بتلك الفروع أو المسائل تبلغ - عادة - من الكثرة حداً لا يؤمن معه التعارض بينها، فيكون جمعها وضم بعضها إلى بعض في وثيقة واحدة مُعيناً على تحقيق التناسق بينها ورفع ما قد يقع فيها من تناقض وتدارك ما قد يبدو فيها من قصور، هذا فضلاً عن تيسير التعرف عليها والرجوع إليها. وهذه الفكرة وإن كانت مستحدثة في الغرب وعنه نقلت إلى تشريعات الدول الإسلامية، إلا أنها ليست جديدة على الفقه الإسلامي كل الجدة، فقد عرفها السلف على نحو ما نراه في بعض العهود، وإن كان الباعث عليها اعتباراً آخر. وهذا ما نلمسه فيما يعرف (بالمتون)، وكانت الغاية منها مختلفة، إذ كان بعض فقهاء المذاهب يُدونون أحكام مذهبهم في عبارات شديدة التركيز تبلغ أحياناً حد الإلغاز، بل والخروج عن التركيب السليم للغة كما تعارف عليه أهلها، وكان القصد من ذلك تيسير حفظ هذه المتون على دارسي المذهب، على أن يعودوا بعد ذلك إلى شروحها في مطولات المذهب أو على حواشيه.

الفقه والفقهاء

٣- أما الفقه فهو العلم بأحكام القانون المستمدة من جملة نصوصه، سواء كانت نصوصاً وضعية أو شرعية، وكذلك العلم بأصول الاستدلال على تلك الأحكام واستنباطها. ولما كانت النصوص هي موضوع الفقه فهي بالضرورة أسبق منه في النشأة، إذ لا يتصور أن يعمل الفقه في فراغ، بل هو لا يحيا إلا في رحاب قانون مشخص ومبين. والأصل في الفقه أنه لا ينشئ أحكاماً إلا على سبيل المجاز، وإنما هو يستدل عليها أو يستنبطها من النصوص. أما ابتداء الأحكام

فمؤكد إلى سلطة التشريع. وكل ما يصل إليه الفقه من أحكام فهو إما أن يكون مستمداً بطريق مباشر من نص أو محمولاً على نص. ولهذا فالقول باستقاء القانون مضامينه من الفقه هو قول غير دقيق، إلا أن يكون القانون المقصود هو القانون الوضعي والفقه المقصود هو الفقه الشرعي، وأن يكون المراد باستقاء المضامين صياغة نصوص القانون الوضعي وفق ما خلص إليه فقهاء الشريعة على اختلاف مذاهبهم مع تخير ولي الأمر من بين آرائهم ما يناسب ظرف المكان والزمان؛ فهذا وحده هو ما يمكن أن ينصرف إليه القول بتقنين الفقه.

٤ - وقد برع فقهاء الشريعة في مجال الفقه ونبغوا فيه منذ قرون نبوغاً يثير الدهشة والإعجاب، وقطعوا فيه شوطاً لم يبلغه فقهاء القانون الوضعي حتى يومنا هذا؛ فقد ابتدعوا علماً لا نظير له في أي شريعة أخرى، وهو علم أصول الفقه. ولم يكن ابتداعهم إياه ترفاً فكرياً، بل كان استجابة لحاجة عملية واجهتهم ولم تعرض لغيرهم بنفس الدرجة من الإلحاح. وقد ظهرت هذه الحاجة بعد وفاة الرسول ﷺ وانقطاع الوحي، إذ كان الرسول في حياته هو مصدر التشريع، سواء بصفته مبلغاً عن ربه قرآناً يتلى أو سنة تتبع. ولما كانت وفاته تعني تناهي النصوص، وكانت وقائع الحياة التي يلزم بيان حكم الشرع فيها لا تتناهى، وكان الله قد أكمل للمسلمين دينهم وأتم عليهم نعمته، وأنبأهم في كتابه الكريم أنه لم يفرط فيه من شيء، بل نزله تبياناً لكل شيء، فقد فهم الصحابة ثم الفقهاء النابهون من بعدهم أن ما نزل على الرسول من أي القرآن وما صدر عنه من قول أو عمل أو تقرير يكفي عند إعمال العقل لاستنباط حكم شرعي لكل واقعة تعرض للناس في حياتهم. ومن هنا كانت نشأة علم أصول الفقه - كما ذكرنا - تلبية لحاجة عملية لا مجرد ترف فكري.

واتسع مفهوم الفقه عند علماء الشريعة اتساعاً جعل العلم بالأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية علماً قائماً بذاته، وهو علم الفقه بمعناه الدقيق، وجعل أصول الاستدلال وطريق الاستنباط علماً آخر، وهو ما يعرف بأصول الفقه.

واستخدم فقهاء الشريعة ببراعة قدراتهم اللغوية والمنطقية، وأتبعوا في استنباط الأحكام الشرعية أسلوبين هما السائدان الآن في التفسير لدى فقهاء القانون الوضعي، وهما التفسير اللفظي والتفسير الغائي أو المنطقي. وبلغ فقهاء الشريعة في هذا المجال شأواً بعيداً، سواء في تحليلهم ألفاظ النص أو في تحريمهم مقاصد الشرع. وقد عمق علماء الأصول باب المقاصد الشرعية وطوّروه، حتى أضحي بدوره علماً قائماً بذاته.

مناطق الفراغ في الفقه ومسؤولية المقنن حيالها

٥ - يحسنُ تحرير مصطلح «الفراغ» قبل البدء في معالجة مشكلته. فليس المراد به خلوّ النظام القانوني من حكم في بعض الوقائع أو النوازل؛ إذ لا يخلو نظام قانوني - وضعياً كان أو إسلامياً - من حكم في أي واقعة. وموقف النظم القانونية حيال أفعال المخاطبين لا تعدو الحكم عليها بالمشروعية أو بعدمها . والقاعدة أن كل فعل لم يرد بحظره - سواء بعينه أو بجنسه - نص في القانون فهو مشروع أي مباح. ويزيد الشرعيون الأمر تفصيلاً فيجعلون حكم القانون - في المنظور الإسلامي - مترواحاً بين الوجوب والتحريم والندب والكره والإباحة. وعلى هذا الأساس فلا يمكن أن يخلو فعل - أو واقعة حال - من واحد من هذه الأحكام. ومن ثمّ ففراغ النظام القانوني من الحكم غير وارد على الإطلاق. وإنما المراد بالخلو في حقيقة الأمر خلو النظام القانوني من نص خاص يبين الحكم تفصيلاً في عين فعل أو واقعة حال. والخلو بهذا المعنى متصور، بل هو واقع، تستوي في ذلك نظم القانون الوضعية والشريعة الإسلامية.

٦ - وبهذه المناسبة فإن نسبة الفراغ إلى الفقه تفتقر إلى الدقة؛ لأن الفقه - كما سلف القول - لا ينشئ أحكاماً، بل هو يكشف عنها ويهدي إليها، وهذا هو دوره، بل هو صميم عمله. وإذا كان ثم فراغ فهو يعزي إلى من يملك سلطة التشريع لا إلى الفقه. ومع ذلك فقد نقبل تجوزاً نسبة الفراغ إلى الفقه على اعتبار أنه إذ يُلجأ إليه لاستنباط الحكم في واقعة بعينها يُمسك فلا يدلّ بحكم فيها. ويكون

ذلك إما لقصور في التشريع أو لقصور في إمكانات الفقيه ذاته.

٧ - وتجدر الإشارة إلى أن الفراغ التشريعي لا يجيز للقاضي إذا عرضت عليه الواقعة أن ينفذ يده منها ويدير ظهره للمتقاضين بدعوى أنها لا نص فيها؛ ذلك أن كونها كذلك لا يعني أنها لا حكم فيها؛ فثمة حكم في كل واقعة وعلى القاضي أن يجدد في البحث عنه. بل إن القانون الوضعي يعاقب القاضي إذا امتنع عن الفصل في الدعوى لمثل هذا السبب ويعتبره مرتكباً لجريمة إنكار العدالة.

٨ - ولما كانت الشرائع الوضعية نتاج عقل بشري، وكانت عقول البشر قاصرة عن بلوغ حد الكمال، فمن الطبيعي أن يكون ما يشرعونه من أحكام هو بدوره دون الكمال، ومن ثم فالقصور فيها وارد والتحسب له واجب. ولهذا تحرص معظم التشريعات على النص في بعض تقنياتها الأساسية على إرشاد القاضي إلى ما يجب عليه عمله إذا لم يجد فيها نصاً يحكم الواقعة المعروضة عليه، ففراها تحيله - بحثاً عن الحكم - إلى مصدر آخر أو أكثر ليستمد الحكم منه كيلا يتنصل من الفصل في الدعوى ويترك النزاع قائماً بين الخصوم بغير حسم. ومثال ذلك التشريع المصري؛ فالمادة الأولى من التقنين المدني تنص على أن تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها. فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

ومثل ذلك التشريع الكويتي، فقد نصت المادة الأولى من القانون المدني على أن تسري النصوص التشريعية على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو بفحواها. فإن لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى العرف، فإن لم يوجد عرف اجتهد القاضي رأيه مستهدياً بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها. وجاءت المادة الأولى من القانون المدني لدولة الإمارات العربية أكثر تفصيلاً حيث نصت على ما يلي: تسري النصوص التشريعية على

جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها، ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص القطعي الدلالة. فإذا لم يجد القاضي نصاً في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية، على أن يراعى تخير أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل، فإذا لم يجد فمن مذهب الشافعي والإمام أبي حنيفة حسبما تقتضيه المصلحة، فإذا لم يجد حكم القاضي بمقتضى العرف على ألا يكون مخالفاً للنظام العام والآداب.

ويلاحظ أن النصوص السابقة وردت كلها في التقنين المدني ولم تتكرر في التقنينات الأخرى ولا في التشريعات الخاصة. وقد يمكن تعدية تلك النصوص من باب القياس إلى المعاملات التجارية، إلا أنه يتعذر تعديتها خارج هذا النطاق. ومهما يبذل القضاء من جهد في مجال التفسير مستخدماً في ذلك مختلف الأساليب اللغوية والمنطقية فمن المتصور - بل من المحقق - أن تكون هناك مناطق فراغ تشريعي؛ ذلك أن النصوص بطبيعتها متناهية ووقائع الحياة لا تنتهى. ولعل ما طرأ على حياة المجتمع الإنساني في العقود الأخيرة من القرن الماضي والعقدين الأولين من القرن الحالي من ثورة عارمة في مجال الصناعات والاتصالات والمواصلات خير شاهد على تخلف التشريعات في مختلف الدول وقصورها عن مواكبة أو عن متابعة التغير الكبير الذي طرأ على حياة الناس. غير أن النظم القانونية الوضعية مع ذلك قادرة على مواجهة هذا التغير تبعاً بإصدار ما تراه مناسباً من التشريعات.

٩ - وقد يتبادر إلى أذهان البعض أن النظم الوضعية إذا كان قد وسعها مواجهة التطور المتسارع والكبير في جوانب الحياة بفضل تدخل الجهات المختصة فيها بإصدار التشريعات المناسبة في الأوقات المناسبة، فالأمر يبدو دقيقاً بالنسبة للنظام الإسلامي؛ لأنه محكوم بنصوص وضعت لتنظيم حياة مجتمع معين يعيش في بيئة معينة وعلى مستوى حضاري معين، وهذه النصوص بحكم طبيعتها الدينية تتسم بالثبات والدوام، ولا يمكن لها مهما تكن البراعة في تفسيرها وتأويلها أن

تقدم حلولاً لكل ما طرأ على واقع الناس، وهو ما يوهم بعجز النظام الإسلامي عن مواجهة الواقع المتغير بأحكام تيسر للناس حياتهم دون أن تمس ثوابتهم.

بيد أن هذا الظن في غير محله؛ لأن فقهاء الشريعة ابتدعوا إلى جانب علم الفقه بمعناه الدقيق علم أصول الفقه، وليس لهذا العلم - بالنظر إلى موضوعاته - نظير عند فقهاء القانون الوضعي؛ فهو يتجاوز مجرد العلم بالأحكام الشرعية إلى العلم المتمق بأدلتها وطرق استنباط الأحكام منها. وأدلة الأحكام الشرعية تتسع لأكثر مما تتسع له مصادر القوانين الوضعية؛ فالمصدر الأصلي العام للقوانين الأخيرة هو التشريع، وإن كان الدين والعرف يشغلان فيها موقعاً محدوداً في مجالات معينة.

أما الشريعة الإسلامية فإنه وإن كان الأصل أن القرآن هو المصدر الأساسي للأحكام، إلا أنه ليس المصدر الوحيد، بل توجد إلى جانبه مصادر أخرى أصلية، وهي السنة والإجماع، ومصادر - أو أدلة - فرعية واحتياطية من بينها القياس والعرف والمصلحة المرسلة والاستصحاب والاستحسان وسد الذرائع. ولهذا فالمتفق عليه أن نصوص القرآن لا تستغرق كل أحكام الشريعة الإسلامية. وحديث معاذ رضي الله عنه في هذا الباب مشهور؛ فقد بعثه رسول الله ﷺ إلى اليمن وقال له: «بسم تقضي»، قال: بكتاب الله، قال: «فإن لم تجد»، قال: فبسنة رسول الله، قال: «فإن لم تجد»، قال: أجتهد رأيي ولا آلو، أي لا أقصر. قال معاذ: فضرب رسول الله على صدري وقال: «الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله إلى ما يرضي رسول الله».

١٠ - على أنه لا يكفي للقول بخلو النص من حكم يتناول الواقعة والانتقال - بحثاً عن حكمها - إلى مصدر آخر من مصادر النظام القانوني أن تكون ألفاظ النص لم تصرح بعين الواقعة. وقد عني الأصوليون بدلالات النصوص على الأحكام وصنفوا فيها مؤلفات بالغة الدقة. يقول الشيخ أحمد إبراهيم في مؤلفه «علم أصول الفقه»: لما كانت النصوص الشرعية جملاً عربية ذات معان بمفرداتها وتركيبها كان لها بذلك دلالة على معان في محل النطق، وقد يكون لها دلالة في غير محل النطق موافقة لما فهم من عباراتها أو مخالفة، وقد يسكت الشارع عن حكم اعتماداً على

أنه يُعرف حتماً من نفس النص بمجرد فهمه والنظر فيه اقتصاراً في البيان. ويفصل الشرعيون أنواع الدلالات بما لا يتسع المقام لبيانها، وذلك تنبيهاً لوجوب التروي وعدم العجلة في التصريح بخلو النص من حكم في شأن الواقعة.

١١ - وإذا كانت أحكام القرآن ومعظم أحكام السنة نصية وكان من المتصور أن تتجاوز وقائع الحياة المتطورة ما تناوله هذه النصوص بلفظها، فهذا لا يعني بالضرورة أن النظام الإسلامي عرضة لمواجهة حالات من الفراغ التشريعي، وذلك لسببين: الأول: أن الأدلة النصية اشتملت فوق الأحكام الجزئية على قواعد كلية أي مبادئ عامة يمكن إنزالها على كثير من الوقائع التي تجدد بوصفها جزئيات، ويمكن لولي الأمر عند الاقتضاء أن يصدر بها تشريعات، لا باعتبارها أحكاماً مبتدأة، بل باعتبارها تطبيقاً لأصل عام.

والسبب الثاني: أن الأدلة غير النصية على درجة من السعة والمرونة كفيلة باستيعاب كل ما يستجد في حياة الناس من وقائع وتقرير أحكام لها تيسر حياتهم وتحقق مصالحهم ولا تخل بثوابت دينهم. وكتب الفقه والأصول حافلة بمشات الأحكام الشرعية وعشرات القواعد الفقهية والتطبيقات العملية التي بنيت على أدلة المصالح المرسلة وسد الذرائع والاستصحاب.

ومن هذا نرى أن مصادر الأحكام في الشريعة الإسلامية أكثر سعة من نظيرتها في القوانين الوضعية؛ وذلك لهيمنة «التشريع النصي» على هذه الأخيرة وانفرادها بتقرير الأحكام؛ فما لم يتناوله نص مباشر فيها يتعذر تقرير حكم له، إلا أن يتدخل المشرع بنفسه فيقرر له حكماً. والأمر على خلاف ذلك في الشريعة الإسلامية كما بينا؛ فالنص فيها وإن كان يحتل الصدارة إلا أنه يرشد كذلك إلى مصادر أخرى تنتج أحكاماً لكل ما قد يستجد من أوضاع. وهذه المصادر من الوفرة بحيث يتعذر أن تفلت واقعة من حكم ينطبق عليها. ولا يقتضي إلزام المكلفين بهذه الأحكام صدور قرار من ولي الأمر يلزمهم بالامتثال لها، بل تلزمهم هذه الأحكام بذاتها مثلما تلزمهم الأحكام النصية. وإذا اقتضى الأمر في بعض الأحوال

تدخل ولي الأمر، فإنما يكون تدخله لا لإنشاء حكم، بل لفض خلاف ناجم عن تعدد الأحكام واختلافها في واقعة الحال نتيجة لتعدد اجتهادات الفقهاء واختلافهم فيها، وذلك بترجيح أحد الآراء مراعاة للمصلحة.

ومن هنا كان احتمال وجود فراغ في الشريعة الإسلامية مستبعداً. وإذا كانت مدونات الفقه الشرعي التي بين أيدينا تخلو من بيان أحكام شرعية مباشرة في بعض ما استجد على واقع الناس من أوضاع تمخض عنها التطور الاجتماعي على الصعيد الإقليمي والعالمي والتقدم العلمي والتكنولوجي في مختلف المجالات، فهذا أمر طبيعي؛ لأن الفقه إنما يتعامل مع الواقع ويبين حكمه، لكنه لا يصنعه. وما ينبغي أن يكون خلو مدونات الفقه الشرعي من أحكام في بعض ما استجد مبرراً للقول بقصور الشريعة الإسلامية عن الوفاء بحاجة المجتمع؛ لأنها بنصوصها المباشرة ومبادئها الكلية ومصادر أحكامها المتعددة قادرة على تقديم حكم يناسب كل واقع جديد.

دور المصلحة الاجتماعية في تقنين الفقه الإسلامي



ملف العدد

الأستاذ عبدالله بن حمود العزي (*)

إن للمصلحة الاجتماعية دوراً وتأثيراً على عملية التقنين للفقه الإسلامي، من خلال القواعد الكلية كقاعدة الضرر واليقين والحرَج... التي هي بمثابة تجسيد لبعض خصائص الشريعة، وتبيين لبعض غاياتها. من هنا ندرك أثر المصلحة الاجتماعية في بلورة هذه القواعد الكلية، وبالتالي يمكننا أن نفهم تأثيرها على مآلات التقنين، وما قد يترتب عليها من مصلحة فالأثر إيجابي وذو طبيعة داعمة، أو يترتب عليها من مفسدة، فالأثر سلبي وذو طبيعة غير داعمة لحركة التقنين. ففي كلتا الحالتين الأثر بالغ، سواء بصورة الإيجاب أو السلب تبعاً لما يترتب على ذلك من مصلحة ومنفعة أو مفسدة ومضرة.

تعريفات لا بد منها:

أولاً: تعريف المصلحة: المصلحة كما عرفها الغزالي هي «المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة، وهو أن يحفظ عليهم: دينهم، ونفسهم، وعقلهم، ونسلهم، ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة»^(١).

(*) باحث ومحقق للتراث - اليمن.

وقد قسم الفقهاء المصالح إلى ضروريات وحاجيات وتحسينات:

أ - فالمصلحة الضرورية: تمثل الوعاء الدائم والضابط العام لكافة الضروريات التي لا بد منها في قيام مصالح الدارين، ومثال ذلك: الكليات الخمس، وهي: حفظ الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال.

ب - أما المصلحة الحاجية: فهي التي تحكم كل ما يحتاج إليه من التوسعة والرفق ورفع الضيق والحرَج، من قبيل التوسع في المعاملات المشروعة والترخص في تناول الطيبات.

ج - وأما المصلحة التحسينية: فهي مظلة عامة لكل ما يليق بمحاسن العادات ومكارم الأخلاق.

ثانياً: تعريف القانون: التقنين لغة: مأخوذ من كلمة قَنَنَ، وهي تعني وضع القوانين، والقانون: هو مقياس الشيء وطريقه إليه. وأما اصطلاحاً فيعني - بوجه عام - جمع الأحكام والقواعد التشريعية المتعلقة بمجال من مجالات العلاقات الاجتماعية وتبويبها وترتيبها وصياغتها بعبارات أمرة موجزة واضحة في بنود تسمى مواداً بأرقام متسلسلة، ثم إصدارها في صورة قانون أو نظام تفرضه الدولة، ويلتزم القضاة بتطبيقه بين الناس^(٣).

ونقصد بتقنين الفقه الإسلامي: تطبيق طريقة التقنين الأنف الذكر على الأحكام الفقهية، وعرفه بعض الباحثين بأنه: صياغة الأحكام الفقهية ذات الموضوع الواحد، التي لم يترك تطبيقها لاختيار الناس بعبارات أمرة، يُميز بينها بأرقام متسلسلة ومرتبة ترتيباً منطقياً بعيداً عن التكرار والتضارب^(٤).

وفكرة تقنين الأحكام الفقهية تعود في جذورها إلى عهد الخليفة العباسي كما تُشير بعض المصادر^(٥). وقيل: أنها تعود إلى ما قبل ذلك التاريخ - أي في عهد عمر بن عبدالعزيز - بل إن البعض يعتبر كتاب (القضاء) الذي بعثه الخليفة عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري فيه معنى التقنين، باعتباره ربط قضاء الأخير بنصوص الكتاب والسنة، وقيد اجتهاده بالقياس على الأشباه والنظائر^(٥). ومهما يكن

فإن عملية التقنين قد بقيت مجرد فكرة ولم تشهد أي تطبيق عملي لها، حتى ظهور المجلة (مجلة الأحكام العدلية) في عام (١٨٦٩م) وقبلها ربما الفتاوى الهندية المعروفة، وبعد ذلك سرت فكرة التقنين إلى كثير من الدول والإسلامية، وما نرمي إليه هو أن فكرة التقنين - ومنذ بدايتها - قد جمعت حولها أنصاراً وخصوماً، فالفقهاء بين مُجيز لهذه الفكرة يرى فيها مصلحة - وهم في عصرنا الأكثرية تقريباً - وبين مُحرّم لا يجزئها ويعتبرها مفسدة. وعليه فإن ما نعينه بالقانون في هذه الورقة هو الوقوف على منطلقاته وبيان أثر المصلحة الاجتماعية فيه، وما إذا كان هذا الأثر سلبياً أو إيجابياً.

تأثير المصلحة الاجتماعية في القانون

يمكننا أن ننصّر دور أو تأثير المصلحة الاجتماعية على القانون من خلال القواعد الكلية كقاعدة: «رفع الحرج» و«الضرر يُزال»، و«المصالح والمفاسد راجعة إلى خطاب الشارع»، و«التكاليف كلها راجعة إلى مصالح العباد في دنياهم وأخراهم»^(١) و«درء المفسدة أولى من جلب المصلحة»، و«المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة... ومثلها قاعدة»: «يُتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام»، و«المشقة تجلب التيسير»، أو «الأمر إذا ضاق أتسع»، و«الضرورات تُبيح المحظورات»، و«العمل بالقرائن»، و«قاعدة: لا يُنكر تغير الأحكام بتغير الزمان والمكان»، أو «تغير التكاليف بتغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والأشخاص»^(٢)، و«الأمر بمقاصدها»، و«اليقين لا يزول بالشك» وغيرها كثير.

وقد أشارت (مجلة الأحكام العدلية) إلى عدد من هذه القواعد بلغت تسعاً وتسعين قاعدة كلية وتبعية^(٣). فهذه القواعد الكلية تجسّد لبعض خصائص الشريعة وتبين لبعض غاياتها العظيمة، وعلى هذا الأساس ندرك الأثر الفاعل للمصلحة الاجتماعية في بلورة هذه القواعد الكلية. وعليه يمكننا إدراك تأثيرها على مآلات التقنين بما قد يترتب عليها من مصلحة أو مفسدة، فإما أن تنتهي عملية التقنين إلى مصلحة ومنفعة، وعندئذ يمكننا القول بأن أثر المصلحة على هذه الحركة هو أثر

إيجابي وذو طبيعة داعمة، وإما أن يترتب على عملية التقنين مفسدة ومضرة،
وحينها سيكون أثر المصالح الشرعية ذا طبيعة سلبية على حركة التقنين.

وفي كلتا الحالتين يكون فقه المصالح الاجتماعية قد أدى دوره في جلب
المصلحة ودرء المفسدة، ذلك أنه: «يُحافظ على المقاصد من جهة الوجود بفعل ما
يفضي إليها، ومن جهة العدم بترك ما يؤدي إليها»^(٩). لذلك يصبح السؤال الجوهرى
في هذه المسألة هو: ما هي المصلحة أو المفسدة التي يمكن أن تتمخض عن
عملية التقنين؟! كما تصبح الإجابة عليه بمثابة الجسر الذي قد يوصل أو يفصل
بين فقه المصلحة وحركة التقنين. ودونما شك فإن التقاط الإجابة الدقيقة يظل أمراً
مرهوناً باستدعاء مكوناتها، وهي مكونات يتقاسمها في الواقع رأيان فقهيان على
طرفي نقيض:

أحدهما: يمنع التقنين ولا يُجيزه باعتباره مفسدة.

والآخر: يُجيزه ويدعو إليه باعتباره مصلحة. وكلاهما يدعى شرعية الموقف
وقوة الحجة. وقد علمنا فيما تقدم أن الشريعة معقولة المعنى، ولها حكمة بالغة
تقوم عليها مصالح الخلق في حالهم ومآلهم.. وبالتالي فإننا سنتناول أثر فقه
المصلحة على حركة التقنين من خلال محورين رئيسيين هما:

١ - منطلقات القائلين بعدم التقنين وعلاقتها بالمصالح، وسوف نتعرض
تحت هذا العنوان أيضاً لمناقشة حركة التقنين وأثرها على حركة الاجتهاد.

٢ - منطلقات القائلين بالتقنين وعلاقتها بالمصالح.

أولاً: منطلقات القائلين بعدم التقنين وعلاقتها بالمصلحة الاجتماعية

يتكى هؤلاء على جملة من الأدلة في موقفهم المضاد للتقنين أهمها:

- ١- أن التقنين سوف يلزم القاضي بما رجّحه واضعوا التقنين وفي ذلك
مخالفة لقوله تعالى: ﴿وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط﴾^(١٠) وقوله تعالى:
﴿فاحكم بين الناس بالحق﴾^(١١). والقسط إنما هو العدل، فإذا كان القول الملزم به

قد ظهر للقاضي من وجوه الأدلة الشرعية أن الصحيح خلاف ذلك القول المُقنن صار العدل في أن يحكم وفق معتقده لا بما ألزم به، وإلا كان في ذلك تقديم القول غير المعصوم على ما يعتقده عن المعصوم، ولا خلاف في تحريمه عن أهل العلم^(١٣).

٢- ويستدعي هذا الفريق صوراً من التاريخ يرى أنها مما يدعم التوجه ضد التقنين، ومن ذلك أن التقنين بالشكل الذي يُلزم القاضي مخالف لما جرى عليه العمل في عهد النبي وخلفائه الراشدين، ومن بعدهم.

٣- إن فكرة التقنين قد عرضت على بعض السلف الصالح، كالإمام مالك من قبل أبي جعفر المنصور فردها، وبيّن فسادها، فهي إذن فكرة رفضها السلف الصالح^(١٤)، ولذلك عندما طلب الملك فيصل بن عبدالعزيز تقنين أحكام المعاملات من الفقه الحنبلي، تم رفض مثل هذا الطلب، حيث قامت اللجنة المكلفة بدراسة شرعية وقانونية مستفيضة حول الموضوع، ثم قدمت هذه الدراسة لهيئة كبار العلماء بالملكة، فصدر قرار الأغلبية في الهيئة برفض الفكرة وتحريمها، وقد جاء في ذلك: «إن التدوين المُراد يؤدي إلا ما لا يُحمدُ عقباه»^(١٥).

٤- ويرى هذا التوجه أيضاً أن التقنين هو مما يؤثر سلباً على حركة الاجتهاد.

ومن ثم فالتقنين من هذه الناحية يؤسس لنوع من القطيعة العامة مع الموروث، حتى إن الذين أجازوا التقنين في هيئة كبار العلماء بالنسبة للملكة، إنما أجازوه فقط في حالة أن يكون القاضي مقلداً، أما إن كان ممن تتوافر فيه شروط الاجتهاد فإنه لايجوز إلزامه بالحكم وفق مذهب مُعين^(١٦).

كما يرى هذا التوجه أنه إذا كان هدف الفريق الآخر هو وضع حد لتجاوزات القضاة ورفع الاختلاف في الأحكام الصادرة من المحاكم، فإن ذلك لا يشكل من وجهة نظر المانعين مبرراً يعتبره الشرع؛ لأن الاختلاف في الأحكام قد وُجد في عهد الخلفاء الراشدين والسلف الصالح، حتى من القاضي الواحد، ولم يكن ذلك

داعياً إلى التفكير في تقنين الأحكام، مع كونهم الأكثر حرصاً على حفظ الدين وعلى سمعته، وبالتالي يسع المسلمين اليوم ما وسع أولئك الأوائل^(١٦).

٥- ويضيف هذا التوجه بأنه لم يثبت أن فكرة التقنين قد حسمت الأمر في هذا الموضوع، فما تزال المحاكم المدنية في الدول التي أخذت بفكرة التقنين تصدر أحكاماً مختلفة ومتناقضة، ومهما يكن فإن الاختلاف في الآراء باب من أبواب الرحمة في الشريعة الإسلامية. ولذلك علّل بعض الكتاب المعاصرين رفضه لفكرة التقنين، لا لكونه يمنع أو لا يمنع وقوع المظالم والأحكام الجائرة - فشرع الله منزه عن هذا - وإنما لأنه يكتنفه حشد من معاني تميع أحكام الشريعة وخطؤها بغيرها من قوانين البشر في إناء واحد، ثم أن التقنين هو وضع حكم واحد في المسألة الواحدة، وهذا في حد ذاته مخالف لشرع الله، ومدعاة للعت والضييق كما يقولون^(١٧).

ملاحظات سريعة حول هذا التوجه

تلك كانت بعض الملامح العامة التي تطبع رؤية القائلين بمنع التقنين وعدم جوازه، ومن خلالها نستطيع إبداء الملاحظات التالية، وهي:

١ - إن القائلين بالمنع قد استندوا إلى أدلة عامة؛ إذ يصعب القول بأن ما يختاره العلماء من الأقوال الراجحة هو خلاف الحق المأمور به عند الحكم، أو أننا إذا رجعنا إلى قولهم فإننا نرجع في هذه الحالة إلى غير الكتاب والسنة، ذلك أن المفترض في هؤلاء العلماء أن يكون مرجعيتهم هو الكتاب والسنة، وبالتالي فإن تحريم التقنين في هذه الحالة لا يعدو كونه اجتهاداً يحتمل الخطأ والصواب.

٢ - إن الرؤية السلفية قد شكلت أحد المراكز التي يقوم عليها هذا التوجه، فقد بدا وكأن من أهدافه مطالبة المسلمين بأن يسعهم ما وسع الأوائل في موضوع لا يشترط فيه تقليد الأوائل. لأن الضوابط التي تنظمه تجعله كذلك، ومن ناحية أخرى تصرفه - أيضاً - عن نطاق الثابت؛ ليأخذ محله ضمن المتغير. ولهذا لم تلتفت هذه الرؤية كثيراً إلى الواقع إلا من خلال الرد والتعليق على دعوى الفريق

الآخر حول ما يقوله عن أثر التقنين في تقليل الاختلاف بين الأحكام ذات الموضوع الواحد، لذلك فقد اكتفت في هذا الصدد بملاحظة أن الواقع يثبت بقاء هذا الاختلاف رغم الأخذ بفكرة التقنين، ومع كون هذا الاختلاف ما يزال باقياً بالفعل كما لاحظته هذا الفريق، إلا أن ذلك لا يقلل من مصداقية من يقول بأن فكرة التقنين هي مما يقلص بشكل كبير - ولا يحسم بالمرة - الاختلاف بين الأحكام الصادرة في القضايا المتماثلة.

أثر التقنين على حركة الاجتهاد والإتصال بالموروث

ومع ذلك فإنه يُحمد للمانعين من التقنين إثارته لبعض المحاذير التي قد تكتنف من وجهة نظرهم عملية التقنين، كاحتمالية أن تؤثر هذه العملية على حركة الاجتهاد، أو تؤثر على اتصال الناس بتراث سلفهم، أو تتسبب في تمييع الشريعة.. إلخ. وعندما نقول مثل هذا الكلام فإن هذا لا يعني أننا نوافقهم الرأي، أو أن ما يثيرونه هو حتمي أو محقق الوقوع، وإنما الذي نرمي إليه هنا هو أن يتم النظر إلى أطروحاتهم بشكل إيجابي، واعتبارها مثلاً كملاحظات يمكن أن يستثمرها المقنن في الوصول إلى ضوابط محددة بشأنها أو في أقل الأحوال بحثها وإظهار حجم المخاوف التي تثيرها فعلياً، فإن الوهم - أحياناً - قد يُحيل الصغير كبيراً والكبير صغيراً، وربما لا يُجلي ذلك سوى الرأي والرأي الآخر.

أ - وعن أثر حركة التقنين على حركة الاجتهاد فإنه يجب أن لا يتحول هذا الأثر إلى وسيلة إعاقة لحركة الاجتهاد، فقد قدمنا فيما سبق ما يؤكد أهمية الاجتهاد، ورأينا أيضاً الأثر الإيجابي الكبير لفقه المصلحة على حركته، وعندما يقال بأن حركة التقنين هي مما تؤثر سلباً على حركة الاجتهاد فإنه لا يتوقع من فقه المصلحة أن يكون داعماً لأي شيء يمكن أن يعطل حركة الاجتهاد، بيد أننا سنرى لاحقاً أن أثر المصالح هو مما يدفع بحركة التقنين إلى الإمام، وهذا يعني أن حركة التقنين لا يمكن أن تثير ما يستحق معها القلق على حركة الاجتهاد، ذلك أن حركة التقنين ما هي إلا شكل من أشكاله.

وعليه فإن أثر فقه المصلحة على حركة التقنين لا يعدو - في نظري - كونه امتداداً لأثره على حركة الاجتهاد، ولعل ما يؤكد ذلك هو طبيعة التقنين التي ستقف عليها فيما بعد من خلال منطلقاته والمصالح الكبيرة التي يسهم في تحقيقها، إضافة إلى طبيعة العمل التقنيني ذاته، فهو عمل جماعي يقوم به عدد من كبار الذين تتوافر فيهم صفات الاجتهاد ممن عرفوا بالتقوى وحسن المسلك والبصيرة والخبرة والإطلاع على مجريات الزمان وأحداث العصر ومتطلباتها، وما يمارسونه عند التقنين هو اجتهاد بآتم ما للكلمة من معنى، فهم يستعرضون جميع الآراء ويستعملون قواعد الفقه الإسلامي في الاختيار والترجيح بينها، بما يُلبي الحاجة الزمنية ويحقق حفظ وصيانة مقاصد الشريعة، ومثالاً على هذا الجهد والاجتهاد الجماعي ما يُشاع عن الفتاوى الهندية أو (العالمكيرية) من أنه قد كُلفَ بإنجازها أربعون عالماً مجتهداً^(١٨). وعليه فإن التقنين هو عمل اجتهادي وهو من هذه الناحية لا يفيد أي معنى لإعاقة الاجتهاد، لذلك يبدو أن ما قصده الفريق المناهض للتقنين هو إعاقة الاجتهاد بالنسبة للقاضي.

وفي هذا الصدد يُمكن القول بأن الاجتهاد عند القاضي لا يتعطل أيضاً، فإن اجتهاده مطلوب ولكنه يتحدد فقط في فهم النص وفي تطبيقه، فالنصوص القانونية عادة ما تأتي بصياغة محفوفة بشروط تطبيقية (زمانية أو مكانية أو شخصية) فيتجلى دور القاضي في فهمها واتخاذ القرار بتطبيقها أو عدم تطبيقها، وذلك بحسب ما يتوصل إليه نظره في بحث النص وشروط تطبيقه. كما أن النصوص غالباً ما تترك للقاضي مساحة للتقدير والنظر في ما يعرف بسلطة القاضي التقديرية، فالنصوص مثلاً التي تضع حدّين - أعلى وأدنى - هي مساحة اختيارية يعمل فيها القاضي نظره واجتهاده في تقرير ما يراه بين هذين الحدّين، وفي كل ما تقدم معنى من معاني الاجتهاد.

وعليه فإن فكرة التقنين لا تعني أن يصبح عمل القاضي عملاً ألياً لا يتخلله النظر والفهم بأي حال، وبالتالي فإن دائرة الأثر والمخاوف على موضوع الاجتهاد تضيق في هذه الحالة، ليصبح المعني بهذه الملاحظة هو المجتهد المطلق، بحيث

يُمكن القول: إن المانعين للتقنين حينما أثاروا ملاحظتهم هذه إنما ينطلقون من كونهم لا يرون القاضي إلا مجتهداً مستقلاً - وفي هذا من الحرج ما لا يخفى - وهذا أمر لا يستحق القلق كثيراً، لأن مثل هؤلاء يقلون في عصرنا، وخاصة مع هذا العدد الهائل من القضاة، ومع ذلك فإن مثل هؤلاء إذا ما وجدوا في سلك القضاء، فإنهم في العادة يكونون في أعلى المواقع القضائية كمحاكم التمييز، أو النقض، وفي مثل هذه المحاكم عادة ما يُترك لكل عضو فيها حرية الاجتهاد بما يخالف القرار الصادر بالأغلبية وتدوين رأيه المخالف مسبباً في ذيل الحاكم الصادر كما تقضي به قوانين أصول المحاكمات^(١٩)؛ ولذلك وُجد ما يُسمى بالاجتهادات القضائية.

وحتى على فرض أن مثل هؤلاء - على قلتهم كما أشرنا - قد تتأثر حريتهم في الاجتهاد بسبب التقنين، فإن هذا لا ينهض سبباً موجباً لمنعه في مقابل ما يحققه من مزايا ومصالح. ومع كل ذلك فإن إمكانية التفكير في إيجاد ضوابط كفيلة بتقليص الآثار السلبية التي قد تكتنف حركة التقنين هي إمكانية متاحة^(٢٠).

ب - وعن خطر التقنين على قضية اتصال الناس بالموروث، فإنه لا خطر أيضاً، بل ربما كان سبيل العودة الكاملة إلى العمل بالفقه هو تقنيته^(٢١) وصياغته في نصوص مختارة يلتزم بها الناس في حياتهم؛ لأن في هذا ما يذكرهم على الدوام بقيمة موروثهم من الناحية العملية، ويبقى الباب مفتوحاً أمام من يريد التوسع في معرفة بقية الآراء والموروث الفقهي بشكل عام، وهو من السهولة بحيث لا تتصور أي أثر سلبي لحركة التقنين في هذه المسألة، بل إن إمكانية الإطلاع والمعرفة والاتصال بالموروث تبدو في عصرنا أكبر بكثير مما كان عليه الحال في أي عصر من العصور المتقدمة، وخاصة في ظل الاهتمام الملحوظ بالفقه والفقه المقارن والعمل على تحقيقه ودراسته وطباعة ونشر كتبه وموسوعاته^(٢٢). وكذلك في ظل التنامي الملحوظ لعدد المدارس والجامعات وكليات الشريعة التي تهتم بتدريس الفقه الإسلامي عموماً، وأيضاً في ظل هذا التطور الكبير الذي يشهده العصر في وسائل البحث والمعرفة لمن أراد ذلك.

ثانياً: منطلقات القائلين بالتقنين وعلاقته بالمصالح

الحديث عن منطلقات القائلين بالتقنين يعني الحديث عن الأسباب والحيثيات التي تضغط في جملتها باتجاه تقنين الأحكام الفقهية وصياغتها في نصوص وقواعد محددة، بحيث تصبح ملزمة بتقيد بها القاضي والخصوم على حد سواء. وهذه الأسباب والحيثيات قد تعني - أحياناً - العودة باتجاه التاريخ البعيد لاستدعاء بعض صور التقنين كفكرة، ثم بلورتها فيما بعد إلى حركة، ومع أن ما يهمنا هنا هو الوقوف على المنطلقات المعاصرة المتعلقة بالتقنين، إلا أننا لانرى بأساً من استدعاء بعض المؤشرات القديمة وتسجيلها هنا كملاحظات عامة لا أكثر، ومنها:

أ - إن فكرة التقنين حينما بدأت في التاريخ، سواء في عهد المنصور العباسي أو ما قبل المنصور، فإن ذلك يعطيها الصفة التاريخية، بمعنى أنها فكرة قديمة، وهذا يعني أن الشعور بالحاجة إلى التقنين هو شعور قديم، وأن لهذا الشعور أسبابه ومكوناته، وقد حفظ لنا التاريخ بعض تلك الأسباب^(٣٣).

ب - إن فكرة التقنين التي راودت الخليفة عمر بن عبد العزيز أو التي اقترحها عبدالله بن المقفع على المنصور، أو التي اقترحها المنصور على الإمام مالك - أيأ كان ذلك - هي فكرة أخفقت في حينها، ولم تصادف نجاحاً، وقد كان لهذا الإخفاق أسبابه ومكوناته، ولعل التاريخ - أيضاً - قد حفظ لنا شيئاً من ذلك^(٣٤).

ج - إن فكرة التقنين قد شهدت أول تطبيق لها في نهاية القرن الثالث عشر إبان الحكم العثماني وتحديداً في العام ١٨٦٩م، لذلك فإن ما يهمنا هنا هو البحث في منطلقات التقنين منذ تحول التقنين من مرحلة الفكرة إلى مرحلة التطبيق والحركة، وسوف نوجز هذه المنطلقات وعلاقتها بفقه المصلحة في النقاط التالية:

١ - إن التوجه نحو الواقع والإحاطة بظروفه ومجرياته ورصد حركاته وصيروراته المتسارعة والمختلفة تعد أحد المنطلقات الضرورية لبناء الأفكار الفقهية العميقة فتجد بالضرورة سندها القوي ودعمها الكامل في مقاصد الشريعة الخالدة.

وفي مسألتنا هذه نجد أن الباعث لتقنين الأحكام الفقهية قد نبت في ضوء المشاهدة والملاحظة والتجربة والاتصال بالواقع؛ ليتنزع بذلك الصورة الكاملة لمشهد متحرك تطورت فيه وسائل الاتصال بالعالم الخارجي والداخلي، وازدادت على إثرها المعاملات، وتنوعت واتسعت العلاقات، وتشابكت المصالح، ومعها ظهرها ما لا حصر له من القضايا والمشاكل والمستجدات النوعية، وتطلب الأمر مئات المحاكم وآلاف القضاة داخل كل مجتمع أو دولة.

ومع هذا الكم الهائل من القضاة لم يعد بالإمكان أن يترك لكل واحد منهم حريته في اختيار الحكم والطريقة التي يعتمد عليها كما كان عليه الحال في العصور القديمة، ومن هنا بدت المصلحة في تقنين الأحكام الشرعية، بحيث يتقيد بها القاضي، ويلتزم بها الناس جميعاً؛ خاصة وأن الوجه الآخر للواقع الذي تنطلق منه حركة التقنين يُشير إلى قلة القضاة المجتهدين ضمن هذا العدد الهائل من رجال القضاء، إضافة إلى صعوبة الإحاطة بما لا يحصى من الأحكام الفقهية، ويضاعف من صعوبتها كونها متشورة في مئات المجلدات، ومعرضة بطريقة لا يفقهها الكثيرون. وقد لاحظت جمعية المجلة (اللجنة الرسمية لوضع مجلة الأحكام العدلية) هذه المشكلة، فهي بعد أن عرضت المشكلات الواقعية التي نجمت عن زيادة الحركة والاتصال بين العالم وذلك في تقريرها الذي رفعته للمصدر الأعظم في تقريرها سنة ١٢٨٦هـ أشارت إلى ضعف الملكة الفقهية لدى القضاة^(٢٥). ولذلك يُصبح التقنين كما أشار إليه البعض ضرورة علمية وعملية باعتباره الوسيلة إلى تبصير القضاة من جهة وانتظام المجتمعات وترشيدها وإصلاحها من جهة أخرى^(٢٦).

٢ - وتنطلق حركة التقنين من مبدأ تحقيق (علنية النظام) وذلك من خلال نشر الأحكام الفقهية المقننة ووضعها بين يدي المجتمع بكل فئاته ومؤسساته، بحيث يتسنى لجميع الناس الإطلاع على النظام الذي يحكمهم. وما نلاحظه هنا هو عمق العلاقة بين هذا المنطلق وبين فقه المصلحة، ذلك أن مبدأ علنية النظام هو من بديهيات أصول الشرائع الإلهية^(٢٧). كما أنه يترتب عليه العديد من المصالح التي

تستدعيها مقاصد الشريعة وتدفع باتجاهها. فمبدأ العلنية يجعل من وقوف المكلف على حقوقه وواجباته أمراً ميسوراً، وهذا يجعله أحرص على المطالبة بتلك الحقوق والنهوض بتلك الواجبات. كما أن علنية النظام تحقق مبدأ الشفافية، وتؤسس - إلى حد ما - لشكل من أشكال الرقابة العامة على أداء القاضي، بحيث يعرف المكلف أو الخصم الحكم المتوقع لفعله، وهذه ميزة قد لا نجدها بسهولة في حالة عدم التقنين، وفي ذلك كله ما يسهم في تحقيق العدالة والحرص على تطبيقها من قبل الجميع، فهي إذاً مصلحة تدعمها مقاصد الشريعة وتدفع باتجاه تحقيقها.

٣ - الإنطلاق من فقه النظرية الذي يحقق الوحدة التشريعية، فتقنين الأحكام الفقهية يقوم به في العادة علماء مجتهدون، ويستعينون بما يلزمهم من التخصصات الأخرى، ويستعرضون الأحكام الفقهية المتعددة في المسألة الواحدة، وعبر سلسلة من الإجراءات والضوابط يصلون إلى الاختيار الأفضل والأصلح لواقع الناس وحياتهم وفق رؤية فقهية وواقعية عميقة مدركة وشاملة، وعلى أساسها يتم صياغة جميع الأحكام الفقهية لكل باب أو موضوع على حده، ومثل هذه الطريقة تبدو صلتها قوية ومتينة بفقه المقاصد، فمن آثاره كما سبق أنه يؤدي إلى فقه النظرية، ومثل هذا الفقه إلى جانب كونه ينطوي على صور تطبيقية لإعمال فقه الأولويات والمقاصد ومراعاة الواقع وعنصري الزمان والمكان بما يحقق العدالة المنشودة، فإنه أيضاً مما يحقق الوحدة التشريعية التي قد تمتد آثارها الإيجابية إلى مجالات عديدة، بعكس لو بقي التعامل مع باب القضاء والحقوق طبقاً للرؤية الجزئية أو الاجتهاد المنفرد^(٢٨).

ولعل من مظاهر الوحدة التشريعية التي يحققها التقنين على المستوى النفسي والاجتماعي، ما لهذا التقنين من أثر إيجابي في الحد من ظواهر التعصب المذهبي، وخاصة إذا كانت عملية التقنين تستقي الأحكام الفقهية من مختلف المذاهب، وقد أدرك هذه الحقيقة المؤتمر الدولي الأول لوزراء العدل العرب عام ١٩٧٧م، فالتقنين من الفقه هو مما يوفر رؤية استيعابية أكبر لكل نصوص ومقاصد الشرع، ولذلك

ينصح بعض العلماء بعدم الإقتصار على مذهب بعينه عند التقنين^(٢٩). لا بل إن التوجه التقنيني المعاصر قد استقر على أهمية التقنين من جميع المذاهب الاجتهادية^(٣٠).

٤ - ويمكننا القول إن حركة التقنين تنطوي على عملية اجتهادية كبيرة تنطلق من الحرص على جعل الشريعة الإسلامية حاضرة بأحكامها في واقع الناس وفي حياتهم وممارساتهم العملية، وهو ما يجعل العملية التقنينية إحدى أشكال التعبير عن خصائص الشريعة والبرهنة على صلاحيتها الدائمة لكل زمان ومكان، وعلى قدرتها الفائقة في استيعاب حركة الواقع والأخذ بزمامه، وفي ذلك ما يقطع كافة التقولات الحاقدة على هذه الشريعة، فلقد وجد في البلدان العربية من شكك في جدوى الاعتماد على الشريعة الإسلامية لإنشاء قوانين مدنية تتماشى مع العصر، ولذلك فإنه لما رحل الاستعمار بعد الحرب العالمية الثانية قامت آنذاك حركات في كثير من الدول الإسلامية - كباكستان والدول العربية كدول الشمال الإفريقي - تطالب ببقاء الوضع الذي خلفه الاستعمار تشريعاً وإدارة، وكان من حُجج مثل هذه الحركات عدم وجود قوانين مدنية حديثة جاهزة ومستمدة من الفقه الإسلامي، وهو ما يعني أن حركة التقنين قد تصبح ضرورية لرفع مثل هذه المبررات، وأنه بدون الرجوع إلى شريعتنا الإسلامية واستمداد ما تحتاجه أمتنا من قوانين وتشريعات فقد تجد مثل تلك المبررات طريقها إلى الوجدان العام، بحيث يُصبح البديل هو استقبال المزيد من القوانين الوضعية التي قد نعيش مع بعض أحكامها كما لو كنا نعيش بلا قانون؛ لأن القوانين عادة ما تعكس ثقافة وحضارة أهلها، وبالتالي فإنها لا تجد فاعليتها إلا في بيئتها التي أنتجتها. وفي مثل هذه المخاطر ما يعطي حركة التقنين صفة المقاصدية، إذ قد تصبح مما يحفظ به الدين، ولعل هذا هو ما جعل البعض من علماء الشريعة المعاصرين لا يجيزون التقنين فحسب وإنما يوجبونه سداً للذريعة التحول نحو القوانين الأجنبية، ويرون فيه عملاً ضرورياً لمصلحة الإسلام والمسلمين.

وقد ارتفعت الأصوات المطالبة بالعودة إلى الحكم بما أنزل الله، وخاصة بعد أن تسربت القوانين الأجنبية إلى عدد من البلدان الإسلامية لتحل محل الشريعة، ولذلك كان أول ما ظهرت حركة التقنين في صورة بعض الجهود الفردية من قبيل كتاب (مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان) للأستاذ محمد قادري باشا، وقد نقله من قواعد فقه المذهب الحنفي، وكذلك ما قام به الشيخ محمد محمد عامر، حيث وضع الكثير من قواعد الفقه المالكي في صورة مواد قانونية تحت عنوان (ملخص الأحكام الشرعية عن المعتمد من مذهب مالك) وغيرهما^(٣١) وصولاً إلى شيء من التقنين الرسمي كما سنرى.

ولذلك ربما كان لحركة التقنين أثرها أو إسهامها في وقوف الآخرين على كفاءة شريعتنا الإسلامية، التي استطاعت أن تستزع اعتراف وإعجاب العالم - بخصائصها العالمية وقدراتها العالية - ثلاث مرات في ثلاثة مؤتمرات دولية، ناهيك عن شهادات أقطاب القانون وتعايير الباحثين والمفكرين في ربوع العالم حول مزايا الفقه الإسلامي^(٣٢).

نماذج وملامح من أثر المصلحة على حركة التقنين

وإذا اكتفينا بما تقدم كعينة من منطلقات التقنين، فإن ذلك ربما يكون كافياً للقول بأن فكرة التقنين قد انطلقت من منطلقات مقاصدية تصل في بعضها إلى حد الضرورة لحفظ الدين وحماية شريعته الخالدة من التهميش، ويمكننا بعد كل ذلك أن نورد بعض الأمثلة والنماذج السريعة التي نحسبها مما يبرز ملامح أثر المصلحة في حركة التقنين المعاصرة:

أولاً: في مجال تقنين الأحكام الفقهية:

ونعني بذلك تقنين الأحكام الموضوعية أو ما يسمى بقوانين الأحكام (التي توجب وتثبت لكل قول أو فعل موجب وحكمه)^(٣٣). ومن ملامح أثر المصلحة في هذا المجال:

١ - أن كثيراً من الأمثلة التي مررنا بها في حديثنا عن أثر المقاصد على حركة

الاجتهاد تشكل - بطبيعتها - مصدراً داعماً لحركة التقنين كذلك الموسوعات الفقهية القديمة، سواء التي تعرض الآراء الفقهية المختلفة داخل المذهب غالباً كموسوعة (الضياء) للعوتبي أو تلك التي تستعرض في المسألة الواحدة معظم الآراء المذهبية المختلفة، كموسوعة (الانتصار) للإمام يحيى بن حمزة، أو موسوعة (البيان) للكندي، وغير ذلك من الموسوعات القديمة أو الحديثة، وقد يبدو الأثر المقاصدي واضحاً في هذا المجال، وذلك فيما تحققه مثل هذه الموسوعات من تسهيل الإطلاع وتحقيق الانفتاح المذهبي اللازمين لحركة التقنين، وقد يكون من ملامح هذا الأثر الاهتمام الملحوظ بتحقيق وتأليف ونشر الموسوعات الفقهية.

وأيضاً انتقال حركة العمل الموسوعي من دائرة موسوعة المذهب إلى موسوعة المذاهب، ومؤخراً من موقع العمل الفردي إلى موقع العمل المؤسسي، ويمكن أن نأخذ مثلاً على ذلك الموسوعة الفقهية التي بدأت عام (١٩٥٦م) بناء على توصية الفقه الإسلامي بباريس، فهي وإن اقتصرت على آراء المذاهب الأربعة، إلا أن الجهد المبذول فيها قد جسّد شكلاً من أشكال العمل المؤسسي والجماعي، وهو ما تمثله الموسوعتان (الكويتية والمصرية)^(٣٤).

٢ - وكان من أثر فقه المصلحة في موضوع التقنين أنه نقل حركة التقنين من الدائرة الفردية غير الملزمة إلى دائرة التقنين الرسمي الملزم، حيث بدأت حركة التقنين كجهود فردية كما أشرنا.

٣ - وعلى المستوى التقنيني الملزم نجد أن حركة التقنين قد بدأت من واقع المذهب الواحد، أي أنه يتم اختيار أصلح الآراء الفقهية المتعددة داخل المذهب وأنسبها للمصلحة في موضوع المسألة الواحدة دون الالتفات إلى آراء المذهب الأخرى، وهو ما يمكن أن نجد مثاله في مجلة الأحكام العدلية لسنة (١٢٨٦م) التي قنّنت الأحكام الفقهية في مجال المعاملات من الفقه الحنفي، وتم تطبيقها في بلاد الخلافة العثمانية جميعها ما عدا مصر والجزائر^(٣٥). واستمر تطبيقها في كثير من البلدان العربية مثل الأردن والكويت إلى وقت قريب^(٣٦) ومثلها (مجلة الإلتزامات

والعقود التونسية (التي صدرت سنة ١٩٠٦م) حيث قننت الكثير من أحكام الفقه المالكي^(٣٧).

٤ - ويبدو أثر المصلحة على حركة التقنين واضحاً في كونه نقل عملية الفقه من دائرة المذهب الواحد إلى دائرة المذاهب الفقهية الأخرى؛ بحثاً عن أحكام إصلاحية تلبي حاجة المصلحة الزمنية، ولم يتم ذلك دفعة واحدة، وإنما على خطوات تدريجية بدأت بالاعتصار على المذاهب الأربعة ثم انتهت بالإقتباس من عموم الفقه الإسلامي، وقد بدأ تطبيق ذلك في دائرة الأخذ من المذاهب الأربعة، وذلك من خلال قانون العائلة العثماني لسنة (١٣٣٣هـ) الموافق (١٩١٧م) وهو أول تقنين لمسائل الأحوال الشخصية من فقه الشريعة الإسلامية أو بالأصح من فقه المذاهب الأربعة^(٣٨). فقد أخذ هذا القانون برأي المذهب المالكي - خلافاً لمذهب الدولة وهو المذهب الحنفي - في مسألة التفريق الإجباري القضائي بين الزوجين، وبذلك تمكنت المرأة من حقها في التخلص من زوج السوء، وهو حق شرعي تدفع باتجاهه محاسن الشريعة ومقاصدها، كما أخذ - من مذهب مالك أيضاً - إطلاق حرية الزواج لزوج المفقود بعد أربع سنين من فقدانه، بينما يقضي المذهب الحنفي بانتظار وفاة جميع أقرانه في العمر، فتبقى زوجة المفقود معلقة حتي شيخوختها، إضافة إلى أحكام إصلاحية أخرى أخذ بها هذا القانون^(٣٩) وقد كانت مقاصد الشريعة تدفع باتجاه توسيع موضوعات القوانين إلى جانب تغيير الأحكام بأخرى أكثر تجسيدا للمصلحة المقصودة شرعاً.

وقد نجد في قانون الأحوال الشخصية السوري في عام (١٩٥٣م) مثلاً على التوسع من حيث الموضوع، ففي الوقت الذي نرى فيه قانون العائلة العثماني اقتصر على تقنين الأحكام ذات العلاقة بموضوع النكاح والطلاق فقط، نجد أن القانون السوري قد نظم الأحوال الشخصية بموضوعاتها الأربعة - (الزواج وما يتفرع عنه من نفقة ونسب، وحضانة وطلاق، وتفريق وعدة... إلخ - والأهلية - والوصاية وما يتفرع عنها - والوصية وما يتعلق بها، والميراث) - وقد اعتبر أول قانون للأحوال

الشخصية كاملاً من حيث الموضوع^(٤٠). أما عن تغييرات الأحكام فأمثلتها كثيرة، ويمكن الوقوف عليها من خلال التعديلات القانونية والمتابعة في أي بلد من البلدان التي أخذت بالتقنين.

٥ - كما اقتضت المصلحة أن يتحرك التقنين الفقهي نحو الأخذ مما وراء المذاهب الأربعة، وقد بدأ ذلك باقتباس القانون المصري شيئاً من آراء المذاهب الأخرى، فقد اقتبس على سبيل المثال آراء المذهب الإباضي في الميراث بولاء العتاهة، حيث أخره عن كل الورثة، حتى عن الرد على أحد الزوجين، مع أن المذاهب الأربعة كلها تجعله عقب العصبة النسبية، ويسبق فيها الرد على أصحاب الفروض^(٤١) وفي اليمن انطلق تقنين أحكام الشريعة الإسلامية عام (١٩٧٦م) وقد اعتمد هذا التقنين على مذهبين أحدهما من خارج المذاهب الأربعة وهو المذهب الزيدي، والآخر من داخلها وهو المذهب الشافعي، وربما عادت الأسباب في ذلك إلى كون هذين المذهبين هما السائدان في اليمن، وقد شكلت لجنة من علماء المذهبين آنذاك وفق معايير محددة، وما يهمنها هنا هو الإشارة إلى العلل التي دفعت باتجاه التقنين في اليمن، حيث نلاحظ أن مقدمات وتقريرات لجنة التقنين قد اشتملت على علل مقاصدية عبّرت جميعها بما يؤكد أن مقاصد الشريعة كان لها الأثر الأكبر في إصدار القوانين الشرعية في اليمن^(٤٢) ومنها: قانون الموارث رقم (١٩٧٧/٢٤م) - قانون الوصية رقم (١٩٧٦/٤٢م) - قانون الوقف رقم (١٩٧٦/٧٨م)، وقرارات تشريعية أخرى كان لها صفة القانون، وخاصة المتعلقة بشأن تيسير الزواج وتحديد الدية والأرث والجنايات العمد والخطأ وإصابات العمل^(٤٣) ومع أن التقنين اليمني قد اقتصر في بدايته على المذهبين الزيدي والشافعي، إلا أنه قد شهد مؤخراً انفتاحاً على بقية المذاهب الأخرى، ومثال ذلك توريث الإبن من الجد بدلاً عن أبيه المتوفى، حيث كانت القاعدة: أنه لا يرث من جده إذا توفي الأب قبل الجد^(٤٤). ويحتوي القانون المدني اليمني^(٤٥) على آراء متعددة اقتبست من خارج المذهبين الزيدي والشافعي.

٦- ويتجلى أثر المصلحة على حركة التقنين في كونه يقف اليوم وراء الكثير من الأفكار والدعوات المطالبة باعتماد التقنين من واقع الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه وآراءه الاجتهادية، فقد رأى بعض المفكرين أن مجموعة المذاهب الاجتهادية يجب أن تعتبر كمذهب واحد، وكل مذهب فردي منها يتم اعتباره كالآراء والأقوال المختلفة في المذاهب الفردي الواحد، فيرجع علماء الأمة ويختارون منها للتقنين في ميدان القضاء والفتيا ما هو أوفى بالحاجة الزمنية ومتقنيات المصلحة في كل عصر^(٦٧) باعتبار أن مجموع الفقه الإسلامي يتسم بخصوصية وسعة ومرونة أكبر بكثير مما يمكن أن يحتويه مذهب فقهي بعينه، وأن في هذا المجموع - بالإضافة إلى استمرار حركة الاجتهاد وما قد تضيفه من أحكام - ما يمكن أن يلبي الحاجة التقنية في جميع المجالات التي نحتاج فيها إلى تشريعات نموذجية، وعلى سبيل المثال، فقد مثل القانون المدني الأردني الصادر عام (١٩٧٦م) قانوناً نموذجياً، وما ذلك إلا لكونه استند إلى الفقه الإسلامي العام بما يمثله من خصوصية ورحابة، وقد صدرت معه مذكرته الإيضاحية التي واكبت مواده مادة فمادة، ووصلتها بمصادرها من فقه المذاهب، وقد تدعم بعض المواد بقياس اجتهادي أو بالتخريج على قاعدة الاستصلاح أو المصالح المرسلة، وكل ما وجدته قابلاً للتخريج على مقاصد الشريعة وقواعد الفقه الأخرى، فكان بهذه الطريقة أول قانون مدني حديث - في أسلوبه وترتيبه وتبويبه - يستمد أحكامه من الفقه العام لشريعة الإسلام^(٤٧) وقد أخذت بعض الدول هذا القانون وطبقته بكامله في بلدانها، ومن هذه الدول: السودان والإمارات العربية المتحدة، وكذلك استفادت منه اليمن بشكل كبير في قانونها المدني الصادر عام (١٩٨٢م) كما أخبرني بعض المختصين.

٧- وفي ظل هذا الأثر المصلحي أيضاً اتخذت حركة التقنين شكل الوسيلة أو المدخل إلى تقديم بعض المحاولات على طريق الوحدة - التشريعية على الأقل بين المسلمين العرب - وذلك من خلال التقنين الموحد؛ نظراً لما يمكن أن يحققه من مزايا تجمع ولا تفرق، وتوسع ولا تضيق، وتخفف من غلواء التعصب المذهبي،

وقد ظهرت بعض المحاولات على هذا الطريق لولا أنها لم تتجاوز وصف الفكرة أو المشروع، ومن ذلك:

أ. مشروع القانون المدني العربي الموحد المستمد من الفقه الإسلامي، والذي تبنته جامعة الدول العربية منتصف السبعينات.

ب. فكرة توحيد النظام الجنائي في البلاد العربية على أساس الشريعة الإسلامية، وقد وضع الشيخ مصطفى الزرقا تصوره في هذا الشأن^(٤٨) بناءً على طلب أمين المنظمة العربية للدفاع الاجتماعي عام (١٩٧٧م).

ج. مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للبلاد العربية، والذي تقررت فكرته في المؤتمر الأول لوزراء العدل العرب في الرباط عام (١٩٧٧م) وهذا هو المشروع الوحيد ربما، الذي أنجزت صياغته، إلا أنه لم يحظ بموافقة بعض الدول العربية، بسبب مخالفته في بعض الأحكام لمذهبها الفقهي السائد فيها، ولذلك تقرر أن يترك المشروع لكل دولة عربية مرجعاً تستمد منه ما تشاء إذا أرادت^(٤٩).

ثانياً: في مجال التقنين الإجرائي أو الشكلي

وفي هذا المجال قد يتجلى - بصورة أكبر - الدور الذي يمكن أن يلعبه فقه المقاصد في مسألة التقنين والتأثير على حركته، باعتباره مجالاً صالحاً للابتكار أو الإبداع القانوني المستند في حقيقته إلى الإجهاد المقاصدي، وكونه مستودع الوسائل المتغيرة والمتطورة بطبيعتها. فقد رأينا أن المقاصد كانت وراء الكثير من أعمال الصحابة والأئمة في إدارة شؤون الدولة والمجتمع، وما يتعلق بذلك من إقامة المرافق وإنشاء الوسائل والأنظمة، وفي مجال كهذا تبدو الحاجة ماسة إلى ابتكار الوسائل المناسبة لتحقيق مقاصد الشريعة وما تنطوي عليه من مصالح، وتنظيمها بقوانين قابلة للتعديل حذفاً وإضافة وسداً وفتحاً للذرائع، وذلك بحسب ما تكشف عن التجربة أو تجود به المستجدات، ذلك أن فقه المقاصد ينطوي بطبيعته على الأسس الكلية - أو النظريات والأهداف العامة - للقوانين بصورة إجمالية، وهو ما يتيح هوامش ومساحات واسعة لعمل كل ما يمكن أن يحقق أهداف الدين وينسجم مع متطلباته،

ويدخل في ذلك سن القوانين والأنظمة التفصيلية اللازمة لإدارة المجتمع؛ إذ ليس من المتوقع أن تمنح هذه الأهداف والمقاصد قيام ما يُفضي إليها ويحققها، فمن غير المعقول - مثلاً - الاستغناء عن نظام البلديات أو قوانين المرور، أو نظام التربية والتعليم، أو تنظيم الجيوش والقدرات الدفاعية^(٥٠) أو القوانين المنظمة لحركة القضاء وأداء المحاكم وإجراءات التقاضي.

وبالتالي فإن حركة التقنين يجب أن تقتحم كافة الميادين التي تتكشف كل يوم أمام حركة العصر المتوثبة، ولكن وفق رؤية متوازنة تجيب في آن واحد على سؤال: ماذا يريد الواقع؟ لوماذا تريد الشريعة؟! ومثل هذا السؤال إنما يشير في طبيعته إلى دراسة متطلبات الواقع في ضوء ثوابت الشريعة التي لا تتغير بتغير العصور، وسواء كانت هذه الثوابت مقاصد أو وسائل فإن ما تريده الشريعة بصفة عامة في هذه الحالة هو استثمار مطلوبات الواقع وتسخيرها في خدمة تلك الثوابت وليس العكس.

ولعل من صور هذا الاستثمار المطلوب هو السيطرة أولاً على حركة الواقع التي بدونها قد تتضرر إرادة الشريعة ومقاصدها وثوابتها بشكل عام.

ومثالاً على ذلك: فإن غاية الشريعة ومقاصدها الثابت من وراء القضاء هو إقامة العدل وتطبيق الشريعة بين الناس، وإذا كان ذلك ما تريده الشريعة فإن حركة الواقع المعاصر قد راکمت من الظواهر والقضايا المزدحمة ما يجعل القضاء - بطريقة العصور السالفة - عاجزاً عن تحقيق مراد الشريعة. وهنا يصبح أثر المصلحة قوياً باتجاه تنظيم العمل القضائي عبر قوانين تحدد دوائره وتقسيماته المختلفة ومحاكمه واختصاصاتها الموضوعية والشكلية ودرجاتها ومراحل الحكم وإجراءات التقاضي في كل مرحلة، وهو ما تم فعلاً في معظم البلدان، حيث أصبح لكل نوع من الدعاوى محكمة مختصة تنظر فيها ويمتنع عليها النظر فيما سواها، كالمحاكم الجنائية لمحاكمة المجرمين، والمحاكم الحقوقية للنظر في دعاوى الحقوق المالية... إلى غير ذلك من المحاكم المختصة بحسب الدواعي الزمنية.

وكذلك تنظيم سجلات ومحاضر للقضاة تدون فيها وقائع المحاكمات والشهادات والأحكام للتوثيق وصيانة الحقوق ومنع التلاعب في الإثبات. وهذا لم يكن موجوداً في العصر الأول، وهو بالتأكيد من ضروريات وضوح العمل القضائي وضبط مساره وامتصاص ازدحام القضايا، وصولاً إلى إقامة العدل وتطبيق الشريعة. وكذلك الأمر بالنسبة لبقية المجالات التي تتطلب مثل هذه القوانين المنظمة، كالأنظمة والقوانين المرورية والبيئية والتربوية والعسكرية... الخ. وبالتالي تصبح حركة التقنين الشكلي أو الإجرائي نتاجاً شرعياً لفقه المصلحة وانعكاساً لآثاره وآفاقه الواسعة التي دشنها.

النتائج

- ١ - إن فكرة التقنين هي فكرة قديمة.
- ٢ - إن مسألة التقنين - بشكل عام - هي مسألة اجتهادية اختلفت حولها أنظار الفقهاء.
- ٣ - تقنين الأحكام الفقهية شكل من أشكال الحركة الاجتهادية المقاصدية، التي تعبر عن ديمومة الشريعة وقدرتها الفائقة في استيعاب كل جديد.
- ٤ - إن فقه المقاصد هو مما يعطي لحركة التقنين معناها المتصل بمصلحة المكلف، خاصة وأن التقنين يساهم في تيسير التكليف من خلال أثره في تسهيل فهمه والإطلاع عليه، مما يجعل المكلف أكثر حرصاً وقدرة على النهوض به.
- ٥ - تحت تأثير فقه المقاصد تتجه حركة التقنين إلى الفقه المقارن وهو ما يشجع على الانفتاح المذهبي الذي يحقق المزيد من التقارب بين المسلمين.
- ٦ - إن أثر فقه المقاصد على حركة التقنين الفقهي هو أثر إيجابي وذو طبيعة داعمة.
- ٧ - ملاحظات الرؤية المضادة للتقنين تكتسب أهميتها باعتبارها محفزات للتفكير في المزيد من الضوابط التي تجعل من حركة التقنين حركة ناضجة وراشدة.

- ٨ - أثر التقنين على حركة الاجتهاد لا يشكل أي خطورة يمكن أن نقلق من أجلها، وإمكانية التفكير في جعله كذلك هي إمكانية متاحة.
- ٩ - قد يكون غياب أو ضعف العقلية المقاصدية بشكل عام هي إحدى مشكلات المسلمين الأساسية.

التوصيات

- ١ - التأكيد على أهمية فقه المصلحة الاجتماعية وما يمكن أن يلعبه من أدوار إصلاحية مهمة، مع ضرورة الالتفات إلى الضوابط الشرعية التي تحصن الناس من التحلل والإنفلات كما تصونهم من التحجر والجمود.
- ٢ - ضرورة الاتصال بالموروث، والعمل على مراجعته وتصحيحه وتنقيته من الشوائب، إلى جانب العمل على استدعاء عناصره الحية للإفادة منها في بناء الآراء والأفكار التي تصل الأصل بالعصر.
- ٣ - أهمية الانفتاح على العلوم الأخرى والإفادة من تجارب الآخرين، بما يتفق مع روح الشريعة ومقاصدها.
- ٤ - النظر إلى كافة الصيغ التي صنعها الإفراط والتفريط في واقعنا المعاش كصيغ طارئة لا ينبغي أن تثبط عزائم المصلحين، بل ينبغي التعامل معها كتحديات باعثة على المزيد من مضاعفة الجهود، ومواصلة السير في الذب عن قيم الشريعة ومقاصدها ومنابعها الصافية وفق رؤيتها العميقة والمدركة.
- ٥ - العمل على تطوير آلية التنسيق والتواصل بين العلماء والباحثين من مختلف المذاهب، والسير معاً على أساس تكاملي يجمع ولا يفرق ويوسع ولا يضيق.
- التأكيد على أهمية الإعلام وما يمكن أن يلعبه من أدوار كبيرة وفاعلة في خدمة مقاصد الشريعة، وفي تعميم وترسيخ ثقافتها النافعة، وهو ما يعني ضرورة التفكير في إيجاد البرامج والآليات وتطويرها بما يمكن معها وسائل الإعلام المختلفة من أداء دورها المفترض في خدمة الدين وشريعته الإنسانية الخالدة.

٦ - ضرورة إبداء المزيد من الاهتمام بحركة التقنين المعاصر، والدفع بها نحو تقنين أحكام الشريعة الإسلامية من مختلف المذاهب الاجتهادية وفق أسس وضوابط توازن بين الحاجة إلى التقنين واستقرار المعاملات من جهة، وبين الحاجة إلى الاجتهاد والتجديد من جهة أخرى.

المصادر

١ - أثر فقه المقاصد على حركة الاجتهاد والتقنين، عبدالله بن حمود العزي، ورقة عمل مقدمة في (ندوة تطور العلوم الفقهية في عمان).

٢ - الاجتهاد المقاصدي، د. نور الدين بن مختار الحادمي، ضمن كتاب الأمة - الأول العدد (٦٥) جمادى الأولى: ١٤١٩هـ، والجزء الثاني العدد (٦٦) رجب: ١٤١٩هـ.

٣ - أصول المحاكمات المدنية - دراسة مقارنة، تأليف: د. عوض أحمد الزعبي، الجزء الثاني، دار وائل - الطبعة الأولى / ٢٠٠٣م.

٤ - إعادة صياغة الأمة. تأليف الشيخ أحمد بن حمد الخليلي - الحلقة الأولى: الطبعة الأولى / ٢٠٠٣م - مكتبة الجيل الواعد.

٥ - إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر أيوب الزرععي، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل - بيروت / ١٩٧٣م.

٦ - الإمام زيد، (حياته وعصره - آراؤه وفقهه)، محمد أبو زهرة - المكتبة الإسلامية - بيروت.

٧ - الانتصار في تقرير المختار من مذاهب الأئمة وأقوال علماء الأمة، الإمام يحيى بن حمزة، ج ١، تحقيق عبد الوهاب بن علي المؤيد، علي بن أحمد مفضل، الطبعة الأولى / ٢٠٠٢م، مؤسسة الإمام زيد بن علي الثقافية.

٨ - تحرير المجلة، تأليف سماحة آية الله العظمى الشيخ محمد الحسين كاشف الغطاء، تحقيق الشيخ محمد الساعدي، إشراف آية الله الشيخ محمد مهدي الأصفي، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية، الطبعة الأولى / ١٤٢٢هـ.

- ٩ - تراثنا الفكري في ميزان الشرع والعقل، محمد الغزالي، دار الشروق.
- ١٠ - الحقوق الإنسانية بين الإسلام والمجتمع المدني. د. مصطفى محقق داماد، الطبعة الأولى ٢٠٠١م، دار الهادي.
- ١١ - فقه الوسائل في الشريعة الإسلامية، د. أم نائل بركاني، ضمن كتاب الأمة - العدد ١٢٠، رجب / ١٤٢٨هـ.
- ١٢ - الفكر السياسي عند الإباضية والزيدية، د. سالم بن هلال الخروصي، مكتبة مدبولي، الطبعة الأولى / ٢٠٠٦م.
- ١٣ - فلسفة الفقه ومقاصد الشريعة، د. عبد الجبار الرفاعي، الطبعة الأولى / ٢٠٠١م، دار الهادي.
- ١٤ - الفلك الدوار في علوم الحديث والفقه والآثار، تأليف السيد صارم الدين إبراهيم بن محمد الوزير، تحقيق: محمد عزان، مكتبة التراث الإسلامي ودار التراث اليمني، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
- ١٥ - قضايا إسلامية معاصرة - إشكاليات التجديد، ماجد الغرباوي، دار الهادي - الطبعة الأولى ٢٠٠١م.
- ١٦ - قضايا النوازل في فقه المعاملات بين المذاهب الإسلامية وتجديد الفتوى (ورقة عمل): أ.د. محمد كمال إمام.
- ١٧ - مجلة رسالة التقريب - العدد الأول، السنة الأولى، رمضان ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.
- ١٨ - مجموع رسائل الإمام الهادي إلى الحق القويم يحيى بن الحسين بن القاسم بن إبراهيم (الرسائل الأصولية) تحقيق عبدالله بن محمد الشاذلي، مؤسسة الإمام زيد بن علي الثقافي، الطبعة الأولى ٢٠٠١م.
- ١٩ - مجموع كتب ورسائل الإمام القاسم بن إبراهيم الرسي، تحقيق: عبد الكريم أحمد جذبان، الجزء الأول، دار الحكمة اليمانية، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.
- ٢٠ - المدخل الفقهي العام، تأليف مصطفى أحمد الزرقاء، الجزء الأول والثاني، دار القلم، الطبعة الثانية / ٢٠٠٤م.

- ٢١ - المستصفى في علم الأصول. تأليف محمد بن محمد الغزالي أبو حامد، تحقيق: محمد عبدالسلام عبدالشافى/ دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٣هـ.
- ٢٢ - مقاصد الشريعة كتاب قضايا إسلامية معاصرة، طه جابر العلوانى - دار الهادي، الطبعة الأولى ٢٠٠١م.
- ٢٣ - معيار أغوار الأفهام في مناسبات الأحكام، العلامة عبدالله النجري - مخطوط.
- ٢٤ - مناهج التجديد - تحرير وحوار عبد الجبار الرفاعي، دار الفكر المعاصر، بيروت - دار الفكر دمشق، الطبعة الأولى/ ٢٠٠٠م.
- ٢٥ - مناهج التشريع الإسلامي والبحث العلمي، سماحة الشيخ أحمد بن حمد الخليلي، المفتي العام لسلطنة عمان، المطابع العالمية - سلطنة عمان/ ٢٠٠١م.
- ٢٦ - منهج الاجتهاد عند الإباضية، د. مصطفى صالح باجو، مكتبة الجيل الرعد/ مسقط/ عمان، الطبعة الأولى/ ٢٠٠٥م.
- ٢٧ - الموافقات في أصول الفقه، تأليف: إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي، تحقيق: عبدالله دراز، دار المعرفة - بيروت.
- ٢٨ - معنى المصلحة والمقصد في المنظومة الفقهية - أ. د. وهبة مصطفى الزحيلي.
- ٢٩ - مقاصد الشرع ومحاولات تجديد المنظومة الأصولية، د. عبدالله السيد ولد أباه.
- ٣٠ - المقاصد الشرعية بين الفقهاء الإباضي والمالكي، د. مصطفى بن صالح باجو.
- ٣١ - فلسفة الفقه، الشيخ محمد شبستري.
- ٣٢ - الأحكام الحكومية والمصلحة، الشيخ سيف الله صرامي.
- ٣٣ - الفكر الإسلامي ومتطلبات المستقبل، علي مؤمن.
- ٣٤ - موقع علماء الشريعة على الإنترنت
<http://www.olamaashareah.net>
- ٣٥ - حركة تقنين الفقه الإسلامي، عامر بن عيسى اللهو، بحث منشور على الإنترنت
<http://www.saaaid.net>
- ٣٦ - موقع إسلام أون لاين نت
<http://www.islamonline.net>

- (١) المستصفي، لأبي حامد الغزالي: ص ١٧٤.
- (٢) انظر: المدخل الفقهي العام، للشيخ مصطفى الزرقا، ج ١، ص ٣١٣.
- (٣) تقنين الأحكام الشرعية بين المانعين والمجيزين، موقع علماء الشريعة (انترنت).
- (٤) حركة تقنين الفقه الإسلامي، عامر بن عيسى اللھو: ص ٣، بحث منشور على الإنترنت.
- (٥) د. عبداللطيف الشيخ، جواز تقنين قانون ينظم لأحكام الأسرة مستمد من الشريعة الإسلامية انظر: موقعه على الإنترنت.
- (٦) أنظر مقدمة الدكتور السالمي، في كتاب (ندوة تطور العلوم الفقهية) مجموعة أبحاث: ص ٨.
- (٧) معيار الأفهام في مناسبات الأحكام، للنجري، مخطوط.
- (٨) تنظر هذه القواعد في كتاب (تحرير المجلة)، ج ١، ص ١٢٨، وما بعدها.
- (٩) أنظر معنى ذلك في الموافقات للشاطبي، ج ٢، ص ٨.
- (١٠) سورة المائدة: الآية ٤٢.
- (١١) سورة (ص): الآية ٢٦.
- (١٢) عامر بن عيسى اللھو (حركة تقنين الفقه الإسلامي): ص ١٠.
- (١٣) المصدر نفسه: ص ١٠.
- (١٤) «التقنين» مدخل لتجسيد الوحدة التشريعية أم إيقاف للاجتهاد، عدنان الشبراوي - صحيفة عكاظ الإلكترونية.
- (١٥) موقع علماء الشريعة.. تقنين الأحكام الشرعية بين المانعين والمجيزين (انترنت).
- (١٦) حركة تقنين الفقه الإسلامي: ص ١١.
- (١٧) عدنان شبراوي «التقنين» مدخل لتجسيد الوحدة التشريعية أم إيقاف للاجتهاد - صحيفة عكاظ الإلكترونية.
- (١٨) ينظر حول ذلك: المدخل الفقهي العام: ٢٣٦/١.
- (١٩) أنظر: د. عوض أحمد الزعبي (أصول المحاكمات المدنية دراسة مقارنة): ٢/ ٩٠٥، ٩٠٦.
- (٢٠) أنظر: تقنين الأحكام الشرعية بين المانعين والمجيزين، عبدالرحمن أحمد الجرجي - موقع إسلام أون لاين نت.
- (٢١) سقاف بن علي الكاف (هذه شريعتنا): ص ١٤٠.
- (٢٢) ينظر في ذلك: هذه شريعتنا: ص ١٤١.
- (٢٣) ينظر «مجلة الأحكام» أول محاولة لتقنين الشريعة في تاريخ المملكة - أحمد ضيف، صحيفة عكاظ الإلكترونية.
- (٢٤) المرجع السابق.

- (٢٥) ينظر: المدخل الفقهي: ٢٣٩/١.
- (٢٦) حركة التقنين في اليمن، بحث غير منشور، للقاضي الشرعي.
- (٢٧) أنظر: المدخل الفقهي العام: ٣١٤.
- (٢٨) أنظر: الإجتهد والتجديد: ١٥٠/٢.
- (٢٩) أنظر: د. القرضاوي، مرجع سابق: ١٠٥.
- (٣٠) أنظر: المدخل الفقهي العام: ص ٢٥٩، وما وراءها.
- (٣١) تحرير المجلة، ج ١، ص ٢٠ - ٢٢.
- (٣٢) للمزيد حول الموضوع: أنظر: (المدخل الفقهي العام) ص ٣٠٦ - ٣١٠.
- (٣٣) المدخل الفقهي العام، ج ١، ص ٢٣٠.
- (٣٤) أنظر: المدخل الفقهي العام: ٢٥٤ - ٢٥٥، وانظر: هذه شريعتنا: ١٤١ - ١٤٢.
- (٣٥) أنظر: تحرير المجلة: ١٨/١.
- (٣٦) أنظر: د. القرضاوي، السياسة الشرعية: ص ١٠٥.
- (٣٧) أنظر: تحرير المجلة، ج ١، ص ٢٢.
- (٣٨) تحرير المجلة، ج ١، ص ١٩، ٢٠.
- (٣٩) المدخل الفقهي العام، ج ١، ص ٢٦٠ - ٢٦١.
- (٤٠) ينظر ذلك في: المدخل الفقهي العام، ج ١، ص ٢٦٢ - ٢٦٣.
- (٤١) أنظر: د. أبو زهرة: ص ١٣٣.
- (٤٢) القاضي محمد الشرعي (حركة التقنين الفقهي في اليمن) بحث غير منشور.
- (٤٣) مجموعة القوانين الموضوعية الإسلامية - صادرة عن وزارة العدل اليمنية، بتاريخ ٢٥، ذي القعدة، ١٣٩٦هـ، الموافق: ١٧/١٧/١٩٧٧م، ص ٤.
- (٤٤) الشرعي، مرجع سابق، بحث غير منشور.
- (٤٥) صدر هذا القانون عام (١٠٨٢م) عن هيئة تقنين أحكام الشريعة الإسلامية في أربعة مجلدات، مع مذكرته الإيضاحية.
- (٤٦) المدخل الفقهي العام، ج ١، ص ٢٦٢.
- (٤٧) للمزيد حول الموضوع، أنظر: (المدخل الفقهي العام): ج ١، ص ٢٩٥ - ٣٠٤.
- (٤٨) أنظر: المدخل الفقهي العام، ج ١، ص ٣٢١ - ٣٢٦.
- (٤٩) المدخل الفقهي العام، ج ١، ص ٢٢٦.
- (٥٠) الشيخ خالد الغفوري (الفقه وفقه النظريات العامة)، ج ٢، ص ١٤٩.



ملف العدد

مصادر الاستنباط في الفقه والقانون (مجلة الأحكام العدلية أنموذجاً)

الدكتور الشيخ صاحب محمد حسين نصار^(*)

مصادر الاستنباط في الفقه الإسلامي

لم تكن للفقه الإسلامي في باكورة نتاجه مصادر لاستنباط أحكامه. طالما كان مصدر التشريع متواجداً بين ظهرائهم والعصمة والمصدقية التي يتمتع بها هذا المصدر: الرسول الكريم، قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا﴾^(١) وهذا ما أوقف الاختلافات في التشريع والأحكام، وماخالف النص اتفق الجميع على شذوذه وانحرافه، لكن عندما أصبح مصدر النص تاريخاً وحيّد وغيب عن الواقع، بدأ الخلاف:

أولاً: في مصداقية صدور الحكم، حيث اختلف في الطريق الموصل للحكم (الراوي) أو في صدقه وضبطه، فمنهم من أطلقه عاماً في مطلق الصحابة وتقبل على وفق ذلك كل ما روي عنهم، ومنهم من ضيق الباب في قبول الكثير من رواياتهم، ولكل من الفريقين أدلته. وكلما ابتعدت طبقة الرواة كلما زادت المشكلة تعقيداً مما دعاهم إلى التدوين وبعده التحقيق والتدقيق حتى أوصلت مدرسة الجمهور نتاجها بالقول بـ(الصحيح)، بل رفض أكثرهم بعد ذلك النقاش في ما دعوه بـ(الصحيح).

(*) باحث إسلامي - العراق.

أما مدرسة أهل البيت عليهم السلام فقد امتد عصر النص عندهم إلى النصف الثاني من القرن الثالث الهجري (٢٦١ هجرية)، لاعتقادهم بامتداد النص مع أئمة أهل البيت عليهم السلام ولهم أدلتهم على ذلك. وبعد عصر النص عندهم تركوا الباب مفتوحاً للتحقيق والتدقيق بل للرفض أو القبول لأي نص. وهذا المصدر هو الأكثر قبولاً من مصادر الاستنباط في الفقه الإسلامي^(٣) ولو ترك للموضوعية المنهجية وللحرية الفكرية بابها المفتوح لتلاقت تلك الأفكار أكثر مما هي عليه اليوم.

ثانياً: في تفسير النصوص الواردة، من باب الإطلاق أو التقييد، أو العام والخاص، أو دلالات اللفظ ومقاصده. والأخيرة أكثر تعقيداً من سابقتها إذ تفرعت هذه الدلالات وفق العلوم التي تفرعت عليها، فللنحوي دلالة تختلف عن الصرفي والبلاغي، وكل أولئك يختلفون عن دلالة المفسر، والأصولي والفقيه لكل منهما أدواته للوصول إلى دلالاته، كل ذلك أنضج علم الدلالة فأصبح له منهجاً خاصاً به.^(٤)

والأمران مقبولان في حركة الاستنباط، وما زالا يعتمدان على دليل علمي مُقنع حتى وإن اختلف الإثبات في حُجّية الدليل.^(٥)

ويُعد النص: (كتاباً أو سنة) بمثابة الأساس الذي تنطلق منه ثقافة الفكر الإسلامي. ولذلك يحاول الأصوليون أن يجدوا حجة لأدلة الاستنباط الأخرى من الكتاب والسنة. كما ويُعدّ العقل: الدليل الآخر في حركة الاستنباط، وإن رفضه بعضهم فقد استعمله من حيث لا يشعر، وإلا كيف استدل على حُجّية النص؟ فإن قال: من نص آخر أسبق منه، فقد لزم الدور. وقد رفض المنطق الدور^(٦). وكيف ميّز الصحيح من السقيم من مرويات السنة؟ ألم يستعمل العقل؟ ثم إن مصادر الاستنباط الأخرى من: قياس أو استحسان أو مصالح مرسلّة أو أدلة عقلية من احتياط أو استصحاب أو براءة أو تخيير... كل هذه الأدلة أساسها عقلي، سواء كان العقل المجرد الذي يستدل على الكبريات، أو العقل المعرفي الذي يقيس الصغريات على الكبريات^(٧).

وإذا أردنا للفقه الإسلامي أن ينطلق من بعض قيوده، فيجب علينا أن نقف على أهم الأسباب التي دعت إلى جموده، إن غياب العقلانية عن منهج التفكير والافتقار إلى الحرية والعدل في المضمار السياسي والاجتماعي، هما مشكلتان أشارت إليهما أغلب القراءات التي درست أسباب تخلف العالم العربي والإسلامي. ومن ثم أبدت تيارات النهوض ميولاً شديدة إلى كل ما يُجسد هذه القيم الغائبة، بخاصة إذا كان ينتمي إلى المسلمين أنفسهم^(٧)، ولذلك ترى مدونات الفقه قد التزمت بمحتوى مشترك ولغة تكاد تتميز بأسلوبها عن العلوم الأخرى، وكأنها تخصصت للسالكين لدراسة علم الفقه وليس غيرهم. بينما المطلوب أن تكون لغة الجميع لاحتوائها على حلول لإشكاليات الجميع، خاصة إذا وافقنا علماء الشريعة في سعيهم للبحث في مقاصد الشريعة وربطه بحكمة تنزيل الأحكام، وقد سلك الفقهاء في ذلك ثلاثة مسالك:^(٨)

الأول: كان أصولياً جزئياً، تمثل في مباحث القياس والعلّة.

الثاني: كان فقهياً تعليلياً، تضمنته أبواب الفقه.

الثالث: جمع بين الإثنين، وهذا ما أشار إليه وأكده الشاطبي (ت ٧٩٠هـ) في «موافقاته». وإذا ما أعملنا جهودنا في هذا النوع من الدراسات، وجتدنا الفقه المعاملي خصوصاً فإننا سنستنتج قواعداً وأحكاماً ترتقي إلى أن تكون إذا ما دونها بلغة أهل القانون مقدمة مساعدة للتقنين، وفي مفهوم وسياق منهجهم في التطبيق، كما أن مقاصد الشريعة في الأحكام تتلاقى كثيراً مع فقه القانون ومقاصده.

وإذا وافقنا الشاطبي في مقدمته التعليلية التي برهن بها من خلال استقراءه للأدلة الكلية والجزئية بأن «فعل الله التشريعي معلل بمصالح العباد»، وأن كل ما صدر من الله عز وجل وفرض على العباد وطاعته بعمله أو بتركه فهو مرتبط بغاية الإنسان الأساسية على الأرض، فإننا سنحتكم إلى العقل المعرفي، ونتبع في أحكامنا تلك المصالح، ونسعى إلى تحقيق تلك المقاصد.

ونحن هنا لا نطلق العنان للقول بمقاصد الشريعة وعللها دون ضابط أو تقييد

كما يراها المعتزلة على حد تعبير القاضي عبد الجبار^(٩) بوجوب تعليل أفعال الله تعالى بالغرض^(١٠) ولا ننفي التعليل مطلقاً على رأي الأشاعرة كما يقوله أبو الحسن الأشعري^(١١) بأن لا علل لأفعال الله «لأنه مالك غير مملوك»^(١٢). كما ولا نقول برأي الظاهرية كما أشار إليه ابن حزم الظاهري (ت ٤٥٦هـ) في كتابه (الأحكام) بأن «أول ضلال هذه المسألة قياسهم الله تعالى على أنفسهم في قولهم: إن الحكيم بينا لا يفعل شيئاً إلا لعل، بل غلا في ذلك عندما وصف ذلك بأنها قضية فاسدة تكون أصلاً لكل كفر في الأرض»^(١٣).

ولكننا نوافق إجماع أئمة الفقه «على أن أحكام الله تعالى لا تخلو عن حكمة ومقصود»^(١٤) وقد وضعوا ضوابط وقواعد اعتمدها للتعرف على تلك العلل والمقاصد.. ولا نريد أن نتوسع في أدلة كل فريق من هؤلاء فالبحت لا يتسع لذلك، ولكننا نريد أن نضع هذا الأمر ليكون علاقة رابطة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، فقد كان القاضي في مدرسة القضاء الإسلامية فقيهاً ولا يمكن أن يكون قاضياً ألا أن يكون فقيهاً، أما بعد عملية الفصل والتخصص فقد ابتعد القاضي عن الفقه واختلفت أدواته وأصبح الفقيه ليس كالقانوني المعاصر أو القاضي المعاصر، لأنه مكتشف القاعدة القانونية من نص رفيع الأداء والمضمون، فعليه أن يتفوق في فقه المفردة المعجمية، وفقه الجملة، وفقه الكتلة المعرفية (السياق بأنواعه الأضيق والأوسط والأشمل)، وفقه الأداء البلاغي وفقه الأبنية الصرفية، وتداعيات المعنى، ثم فقه العلوم الأخرى المضيئة للنص، مثل المحكم والمتشابه وأسباب النزول، والبيان التفسيري من الحديث النبوي وتراكم الآراء التفسيرية^(١٥). لذلك فإن الفقيه ينطلق من نص استنطقه بأدواته واستخرج مكنوناته، وأعطى نتائجه.

بينما القانوني المعاصر، إذا طُلب منه وضع القاعدة الأمرة، فإنه يلجأ إلى الأعراف وتجارب المجتمعات، ليضع القاعدة فلا يحتاج إلا إلى أقل قدر من آليات تحليل النص لتفسير ما وضع له من قواعد أمره^(١٦) لأن القانوني المعاصر يتعامل مع الواقع المعاش في حاضره ناظراً إلى مخلفات ماضيه القريب دون أن ينظر إلى

مستحدثات المستقبل إلا من باب الظن أو الفرض، ثم انه يتعامل مع نص متساو مع طاقته البشرية أو ربما أقل من طاقته، كونه صادراً من بشر مثله، لكن الفقيه يتعامل مع الواقع المعاش في حاضره مستعيناً بتراث الفقهاء الذين سبقوه باحثاً في دقة أدلتهم، ناظراً إلى المستقبل بعين المسؤول عما يؤول إليه حكمه، مبتعداً عن الظن الذي لا يغني عن الحق شيئاً، قال تعالى: ﴿وَإِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئاً﴾^(١٧).

أضف إلى ذلك فهو يتعامل مع نص أعلى من طاقته بكثير ويحتاج إلى جهود علمية كبيرة ليصل إلى استنطاقه، كونه صادراً من الله سبحانه وتعالى، لذلك يجب على الفقيه أن يحول نتائجه إلى مفردات قانونية ومواد متسلسلة قابلة للتطبيق وبلغة القانوني المعاصر وبم تناول أدواته، كما يجب على القانوني المعاصر أن يتوسع في أدواته وعلومه كي يلحق بالفقهاء كي يستطيع أن يتحاور معهم بلغة مشتركة.

مصادر الاستنباط في القانون الوضعي

تتوضح مصادر الاستنباط لدى أصحاب القانون الوضعي وتنظم كالاتي:

١- إن منطق الحياة البشرية وحركته جعل القواعد القانونية تضطلع بمهمة تأمين الأصول الضرورية (النظام الاجتماعي) للوصول إلى توازن مناسب يحافظ على وتيرة تحول بطيء ومتجانس لمجموع الأوضاع والعلاقات الاجتماعية في مسيرتها الحتمية نحو التغير، لا بمرور عامل الزمن وما يرتبط به من معطيات ومتغيرات ومؤثرات، فالقاعدة القانونية ضرورة للمجتمع ومنبعها حاجات المجتمع للتوائم وسلاسة العلاقات واستمرارها وتنظيم حدودها ومنع تصادم المصالح، لذلك وجدت القوانين التي تحافظ على الحقوق وتمنع البغي والتعدي، وهذه القوانين تكون تارة خاصة بقوم وأخرى خاصة بمكان دون غيره أو بأمة دون الأمم الأخرى، وعند تطور الحياة المدنية أصبحت بمثابة قوانين خاصة بالدول، لذلك قيل: القانون البريطاني أو الفرنسي أو المصري أو العراقي^(١٨)، وقد انطلقت هذه الاختلافات في مواد هذه القوانين من الأعراف والتقاليد والأديان والثقافات التي يؤمن بها هذا الشعب دون غيره.

٢- التراث الإنساني والتنظيمي الموروث، والتجارب والظواهر الاجتماعية الوطنية، والتجارب الإنسانية الدولية المعاصرة أو السابقة^(١٩)، لكن تتاب هذه القوانين الوضعية تعديلات تلغي بموجبها مواداً قانونية وتستحدث مواداً أخرى، نتيجة استحداث مشكلات اجتماعية جديدة في الأجيال اللاحقة تستوجب حلولاً، مما يثير نزاعاً بين الجيل السابق حفاظاً على ما يروونه أصالة لهم وبين الجيل اللاحق، انطلاقاً مما يروونه تجديداً لواقعهم، وهذا الأمر يجعل القوانين الوضعية تحمل صفة عدم الدوام والاستمرار للتغيير في موارد استنباط هذه القوانين. وهذا يختلف تماماً عن أحكام الفقه الإسلامي وتشريعاته التي تتصف بالدوام والاستمرار وعدم التأثير بالزمان أو المكان. ولا يحدث النزاع والتخاصم بين الأجيال حولها، لأنها تنطلق من عقيدة جميع الأجيال المتعاقبة الثابتة بأن الخروج على هذه الأحكام، هو خروج عن العقيدة والدين الذي وضع تلك الأحكام.

ثم إن مصادر استنباط الفقه الإسلامي تستند إلى أسس لا تدخل فيها النوازع أو الأطماع أو المصالح الخاصة. أو الفلسفات السياسية... صحيح أن الفقه الإسلامي والقانون الوضعي كلاهما يدعو إلى تنظيم العلاقات الاجتماعية، ولكن الفارق بينهما أن الفقه الإسلامي^(٢٠) يستند إلى أسس الكمال والقوة الكامنة في النص المعصوم، وأسس الاستنباط الواضحة والإمامة المستمرة وقوة الإيمان التي تشكل ضماناً من ضمانات احترام القانون الإسلامي وتطبيقه تطبيقاً واعياً، بالإضافة إلى تدرج أحكامه في الإلزام لخمس مراتب (الوجوب، الندب، الإباحة، الكراهة، التحريم) بعكس مراتب الأحكام الوضعية التي تدور بين الإباحة والحُرمة، أصبح متجذراً في حياة الإنسان المسلم، بل أصبح فطرياً حتى لدى غير المتمسكين به. بينما «النظام في المجتمع ليس سلوكاً غريزياً ولا تلقائياً ولكنه ينجم عن الضبط الاجتماعي ويتوقف عليه»^(٢١)، لذلك يعد القانون وفق المصطلح الأكاديمي الحديث «من أهم وسائل الضبط الاجتماعي بل هو الوسيلة الأساسية التي يعتمد عليها المجتمع المُنظم في ضبط سلوك أفراده»^(٢٢).

ولهذا يرى بعض الباحثين الغربيين (روسكو باوند) «إن القانون هو علم الهندسة الاجتماعية الذي يتحقق من خلاله تنظيم العلاقات الانسانية في المجتمع المنظم سياسياً أو الضبط الاجتماعي عن طريق الاستخدام المنهجي المطرد لقوة المجتمع المنظم سياسياً»^(٢٣). وبهذا إذا ضعفت سلطة القانون في مجتمع ما، لأمر من الأمور فإن القانون لا يصبح رادعاً للجريمة، بل يتحول المجتمع الى فوضى وينعدم الأمن والاستقرار، لأن القانون الموضوع لا يحمل قواعداً ولا يستند الى أسس منطلقة من ذات الإنسان، قادرة على تحقيق أهداف الأمن والحرية والعدالة والمساواة، «الواقع العملي أثبت عدم قدرة الكثير من الدساتير الوضعية على تحقيق تلك المثل العليا، بل إنها في بعض الأحيان أدت الى تصاعد الظلم والفوضى والاستغلال والعبودية خاصة عندما يتعلق الأمر بسلطة مُستبدة، وهذا الأمر يرتبط بالجواهر الذاتي للقانون الوضعي ومفهومه المعنوي ولا يتوقف على الكيفية السليمة التي تتم بها تنفيذه، باعتبار أن واضع القانون هو نفس الإنسان المتحيز الى اعتباراته الخاصة ومصالحه الشخصية وخضوعه لظروف الزمان والمكان المحدودة، مهما كان هذا الانسان نزيهاً أو محايداً، ولذا فإن مفهوم العدل هذا لا يكون إلا نسبياً وضيقاً يراه واضع القانون من خلال زوايته البشرية الضيقة...

والعدل بمفهومه الشمولي والاستيعابي غير المحدد وغير المتحيز والقادر على توفير تلك الأهداف العليا لا يتحقق إلا من واضع يمتلك تلك الخصوصيات، ومن هنا يتميز القانون الإلهي بأنه أقدر على تحقيق العدل والأمن والاستقرار والحرية باعتباره يمتلك الموضوعية المحايدة في التشريع والتقنين^(٢٤). ومن دواعي الاستقرار: الاستقرار النفسي للإنسان فحاجته الى الإيمان والفضيلة والعلم والتقوى والتقدم والأمن والاستقلال والحرية والعدالة والمساواة، حاجة ملحة تنطلق من ذاته ولا تعطى له على شكل هبة ممنوحة له^(٢٥)، بينما لاتتوافر هذه الحاجات في القوانين الوضعية، ولا توفرها له الأعراف والتقاليد، ولن يجدها إلا في التشريع الإلهي الناظر إلى هذه الحاجات....

أضف إلى ذلك طبيعة الإنسان الرافضة للإلزام القسري، بينما القانون الوضعي بأحكامه ومفهومه وفق المصطلح الحديث يحمل ذلك المعنى كونه «قواعد ملزمة تنظم سلوك الأشخاص في المجتمع على أنه يفهم من معنى الإلزام به بأن له جزاءً مادياً توقعه السلطة العليا في الجماعة»^(٣٦).

وإذا ما رافقت هذه القوانين سلطة استبدادية - وما أكثرها - تستغل القانون استغلالاً سيئاً تُجنده لمصالحها، وتضع مواداً قانونية تحدّ من حريات الشعوب وتستغل ثروتها أبشع استغلال، وتنفلت هي وأتباعها من موادها بينما تلزم الشعوب وتحكمها به، فهذا يفقد القانون احترامه لدى الشعوب فتصبح نظرتهم الى القانون كنظرتهم إلى واضعيه. وما دام واضعوه مستبدّين، فالقانون يُصبح أداة الاستبداد التي يحكمونهم بها. لذلك يفقد القانون هيئته وتبقى موادها حبراً على ورق....

من هنا يجب دراسة الأسس التي تستند عليها عملية استنباط مواد القانون الوضعي، ومادامت أسس استنباط الأحكام الفقهية تمتلك من الثبوت والقدرة والمرونة والقبول، ذلك المقدار الكافي لتطبيقها فيجب على القانوني المعاصر أو فقيه القانون أو القاضي المعاصر أن يستند في وضع أحكامه وقوانينه ومواده إلى مصادر الاستنباط هذه، لذا يجب أن تدرس مواد أصول الفقه الإسلامي وقواعده دراسة مستفيضة واعية دقيقة في كليات القانون ومعاهده، لا على النحو المعروف اليوم كدرس عابر لسويغات غير داخلية في اختصاصه.

إن أصول الفقه لها أهمية قصوى للقانونيين وصلة وثيقة بالقانون وأحكامه، لمعرفة الحكم العام من الخاص، والمطلق من المقيد، والمبهم من الواضح، لأجل:
أولاً: رفع التعارض في المواد القانونية والجمع بين النصوص المتعارضة وترجيح أحد الأطراف.

ثانياً: البحث عن تاريخ التشريع لمعرفة المتأخر عن المتقدم للوصول إلى الحكم الناسخ من المنسوخ.

ثالثاً: اعتماد صياغة المواد القانونية لغة فنية دقيقة بعيدة عن الحشو والتعقيد،

وشاملة للنص، كما تُحتَم على القاضي أن لا يحكم بحكم مخالف للنص، وتكون واضحة الدلالة وصريحة المنطوق .

رابعاً: توضيح الأركان والشروط والأسباب الموجبة لإصدار القوانين وتفرعاتها^(٢٧).

تقنين الفقه وتفقه القانون

إن عملية التجديد أمر مفروغ منها في الفكر الإسلامي ما دما نعتقد أن التشريع الإسلامي يتماشى مع الواقع المعاش، وله حلول لكل مستحدثاته زماناً أو مكاناً. وهذا يدعو إلى حتمية تطوير الشرعية، أي بمعنى تفعيل الاجتهاد لدى المتخصصين بالفقه المالكيين لمملكة الاستنباط، لكن لا على نحو فتح الباب على مصراعيه دون ضوابط، أو لغير الواجدين لمملكة الاجتهاد، وإنما وفق ضوابط وتقنين يلتزمها الساعون إليه في إصدار أحكامهم. وإلا فإن عدم تفعيل الاجتهاد يستوجب جمود الفقه وتحجره لان ما يستجد من علوم يدخل في حياتنا الاجتماعية، وما تستحدث من اكتشافات تتوقف عجلة التطور على تفعيلها، لا بد أن يكون للمشروع الإسلامي رأي فيها، إما رفضاً أو قبولاً أو تصحيحاً لبعض الجوانب، وإلا ففي اللارأي واللاأدري إشكال يستغله أعداء الشريعة لصالحهم. ولذلك كان لفقهاء الإسلام ومجتهديه مواقف وآراء في القضايا المعاصرة مثل: الاستنساخ البشري، وأطفال الأنابيب، والصلاة على القمر وغير ذلك من المستجدات.

والتقنين يقصد به على وجه عام: «جمع الأحكام والقواعد التشريعية المتعلقة بمجال من مجالات العلاقات الاجتماعية وتبويبها، وترتيبها، وصياغتها، بعبارات أمر موجزة واضحة في بنود تسمى (مواد ذات أرقام متسلسلة) ثم إصدارها في صورة قانون أو نظام تفرضه الدولة، ويلتزم القضاة بتطبيقه بين الناس^(٢٨)» ويقصد بها كذلك تحديد ضوابط سلوكية لروابط اجتماعية بصياغة فنية يستلهم واضعها معطيات دينية أخلاقية ثقافية عرقية، مقيدة بعامل الزمان والمكان ومشفوعة بقوة وضعها. والتقنين في موضوع هذه الدراسة^(٢٩) هو صياغة الفقه في صورة مواد

قانونية مرتبة على غرار القوانين الحديثة من مدنية وجنائية، وإدارية وذلك لتكون منهجاً سهلاً محدداً يمكن أن يتقيد به القضاة، ويرجع إليه المحامون، ويتعامل على أساسه المواطنون^(٣٠).

إن أسلمة المفاهيم أو تدوين الفقه الاسلامي ليست بالبدعة الجديدة بل هي حركة وعى لها علماء ومفكرون إسلاميون وتبلورت بشكل واضح في ثلاثينيات القرن العشرين تحت مسمى إحياء الشريعة الإسلامية بدعوى وجوب تلاقي القانون والأخلاق، وكون الشريعة الإسلامية هي البوتقة التي يتداخل فيها القانون مع الأخلاق، كما أن الشريعة الإسلامية اشتملت على أحكام عالمية النطاق مجردة المفهوم قابلة للتطبيق^(٣١) وعملية تدوين الفقه تستلزم أولاً تحقق مستلزمات التقنين الأولى والمتمثلة بخطوات التقنين.

ثم إن «الفقه الذي نطالب بتدوين أحكامه القضائية يتكون من مسائل واقعية وافترضية وكل مسألة مستقلة عن أختها من حيث دليلها الذي تستند إليه من الكتاب والسنة والاجماع والقياس والاستصحاب والعرف أو غيرها من مصادر الاستدلال المعروفة عند علماء أصول الفقه، كما أن هذه المسائل في غالبها تأخذ الصورة الوصفية لفعل العبد، مما يتسبب في كثرتها وعدم تناهيا. كما تتصور علاقة هذه المسائل بالقاعدة الفقهية بأنها تأتي بعدها، بمعنى إن المسائل الفقهية تسبق في الوجود القاعدة التي تجمعها، ومعظم القواعد الفقهية الصغرى ليس لها دليل مستقل بل قيمتها في الوجود مستندة إلى المسائل التي تدخل تحتها، ولذلك فالقواعد الفقهية ليست كلية، بل أغلبية يستعين الفقيه بها على حفظ أفراد المسائل، لكنه لا يحكم بموجبها على ما يجد لديه من مشكلات إلا على سبيل القياس على مسألة أخرى من المسائل التي استقر دخولها تحت تلك القاعدة، فارتباط الفقه بمصادر الاستنباط يجعل أحكامه أكثر دقة في نتائجه. لكنه يبقيا محكومة بقواعد فقهية لاتطلق العنان لتلك الأحكام بأن تكون عامة لكل التفصيلات الدقيقة او القضايا المندرجة المتشابهة الأغراض المختلفة الموضوع، كقضية جواز شرب الخمر لمن

أشرف على الهلاك عطشاً ولم يجد سوى الخمر، وعدم جواز تناوله لمن أشرف على الهلاك بسبب مرض لاعلاج له إلا بالخمر، لأن دليل الأولى قاعدة «الضرورات تبيح المحظورات» ودليل الأخرى: قوله: من لم تنه صلته عن منكر لم يزد من الله إلا بُعداً^(٣٣).

فإذا أجبنا عن استثناء القضية الثانية بأن قاعدة الضرورات تبيح المحظورات عامة، ولكل قاعدة عامة لا بد من خاص، والقضية الثانية هي إحدى المخصصات، يُقال: بأن الحديث المروي عن الرسول ﷺ أيضاً يعطينا قاعدة عامة، إلا من تخصيص له...، أو على الأقل دراسة الظروف التي ورد الحديث فيها، أي التوسع في علم (أسباب ورود الحديث) لعل السبب يكون حاكماً على تخصيص الحديث لا عمومته. أما المادة القانونية فتخلو من حاكمية كهذه، وإنما هي قواعد عامة تندرج تحتها تفصيلات كل المواضيع التي تندرج تحتها أو تتشابه معها في الصور. وهذه السمة العامة في المواد القانونية هي التي تجعل القانونيين يختلفون في تفسير المواد، وتجعل القضاة أيضاً يختلفون في فهمها، ويضطرون أحياناً إلى البرهنة على صحة فهمهم بما يتناسب واتجاهاتهم من الكتب التي اعتنت بتفسير القانون، يضاف إلى ذلك أن المادة القانونية هي دليل بذاتها، وحين يخرج القاضي عنها لأي سبب من الأسباب فلا بد أن يستدل لخروجه بمادة أخرى من مواد القانون.

ولكننا قد نجد الجواب بالفارق بين أحكام الفقه ومواد القانون بإعذار الفقيه كونه محكوماً بطبيعة الفقه المرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالقيم والأخلاق وكون مقاصد أحكامها تتبع نظاماً أخلاقياً يهدف إلى عدم إفساد المجتمع، وإذا وافقنا القائلين: بأن الأحكام الشرعية تتبع المصالح والمفاسد، وأن المصالح والمفاسد هذه وفق المفهوم الإلهي المحدد لها والذي لا يتأثر بخلفيات الزمان أو المكان أو الأعراف.. إذا وافقنا ذلك سنجد أنفسنا مرغمين باتباع تلك الأحكام على نحو الإلزام، حتى وإن رأينا عدم قناعتنا بالعدر، وذلك لتأثرنا بالظروف المكانية أو الزمانية أو المؤثرات الخارجية

الأخرى، ورغبتنا في اتباع الأحكام لظروفنا أو مفهومنا القاصر عنها...

بينما لا نجد العذر في مواد القانون الوضعي التي قد تدعو أحياناً إلى الاستبداد والدكتاتورية، أو تلك التي ترى فيها أنها لا تمثل العدالة الاجتماعية، كون الواضع لها يعيش الظروف التي نعيشها نحن من ملاسبات الزمان أو المكان أو الأعراف والتقاليد، لذا يجب أن تنظر مواده القانونية إلى تلك الملاسبات. ثم إن حكمنا بجائرية بعض هذه المواد يتأتى من ظننا بأنها إنما تهدف إلى مصالح السلطة التي وضعت هذه المواد القانونية، وهذا الأمر تفرضه فلسفة تلك السلطة التي تؤمن بها وتريد أن تطبقها قسراً على الشعب التي تحكمه «وبما أن القانون الوضعي قد فصل نفسه عن الأخلاق والدين وقيم القانون الطبيعي فإنه يجد صعوبة كبيرة في إقناع المحكومين بضرورة الالتزام الطوعي والإرادي بالقانون، لذلك فإنه يعتمد على الإكراه المادي، لذلك فإن القانون الوضعي يعتمد في ضبط سلوك الأفراد على القوة المادية التي تظهر ممثلة بالإكراه البدني بشتى الأشكال، ومن المؤكد أن القوة المادية وحدها لا تستطيع حفظ النظام الاجتماعي، وذلك لطبيعتها الغريبة فهي تستبدل بالعلاقات الاجتماعية علاقات آلية، والحقيقة أن المغالاة في استعمالها معناه أن النظام الاجتماعي قد تصدع»^(٣٣).

ولا يبتعد الفقه الإسلامي كثيراً عن دستورية تحكمه، فالقرآن الكريم والسنة المطهرة تعتبر بمثابة الدستور، فقد وضعت الآيات القرآنية وأحاديث المعصومين أسساً عامة وقواعد كلية كما وضعت إطاراً أخلاقياً منعت به العقل البشري من الانفلات في ضوء مستجدات المسائل والظروف التي تحيط به، وتركت له مساحة يتحرك بها. دون المساس بالثوابت أو الخروج عن دائرة المسموح به. قال سبحانه: ﴿إِنَّ الصَّلَاةَ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَلَذِكْرُ اللَّهِ أَكْبَرُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ مَا تَصْنَعُونَ﴾^(٣٤).

والحقيقة أن عالم الدنيا لا يمثل غاية في حد ذاته إنما هو ممر ومعبر مؤقت في انتظار الآخرة، ومن هنا يتحتم أن يكون التشريع الدنيوي خاضعاً لكليات الشرع الإسلامي، وإن أظهر عجزاً أو تأخراً عن مواكبة الوقائع والأحداث فيجب أن تفتح

أبواب التأويل وتبسط أدوات الاجتهاد للوصول إلى الأحكام الصالحة^(٣٥) وإذا ما استقرأنا أنواع الأحكام التي تضمنها القرآن واحتوتها السنة المطهرة فإننا نقف على ثلاثة أنواع من هذه الأحكام: اعتقادية، خلقية، عملية.

وهذه الأنواع تُحدد للإنسان علاقته بربه أولاً، ثم تحولها إلى علاقة رابطة بين تلك العلاقة وعلاقته بالإنسان الذي يتعايش معه.. لذلك فإن الشريعة تستند على مرتكزات ثلاثة أيضاً: الفكر، والذي يتمثل في الاعتقاد بأصول الدين والإقرار بها، والعبادات، وهذه بمثابة رموز تُعبر عما يحمله من عقائد وفكر. والأخلاق وهي بمثابة السلوك الذي تقصده الرموز التي قام بها. فإذا ما اشتركت هذه الثلاثة معا عند المكلف يكون طريق نجاته مأمولاً أو ربما مضموناً.

أما القانون الوضعي فتنتطق مواده هي الأخرى من دستور الدولة التي تكون بمثابة مواد أساسية عامة تعطي القواعد والكليات، دون التفاصيل الدقيقة والتفرعات، ولكن القانون يفتقر إلى العلاقة الرابطة بين الإنسان وخالفه، بل ولربما تخالف بعض مواده تلك العلاقة، عندما لا تتماشى مواده مع معتقدات الفرد، أو يسمح لبعض المحرمات، فإن الفرد يعتبر ذلك بمثابة انتهاك لتلك العلاقة، فيعيش في حالة تناقض بين الإذعان لما يعتقد، أو الإذعان بما يفرض عليه الالتزام به، وهذا الأمر يعد من أخطر الولايات على القانون وتطبيقه.. لذلك فإن المشرع للقانون والقانوني يجب أن يأخذا بنظر الاعتبار هذه المسألة الشائكة بالنسبة لهما. كونهما يصنعان مواداً قانونية لشعوب اختلفت فيها الاعتقادات وتباينت الأديان.... بينما يضع الفقه الإسلامي تفاصيله لتلك العلاقات ويُحدد موقفه منها. انطلاقاً من عالميته وموسوعيته وشموله واستمراريته.

مجلة الأحكام العدلية نموذجاً لتقنين الفقه^(٣٦).

وإذا كان لا بد من تقديم نموذج حي قابل للتطبيق على ما تقدم من قولنا ، فإن مجلة الأحكام العدلية التي أعدها لجنة متخصصة من العاملين بالفقه والمتخصصين بالقانون في عام ١٨٦٩م وأقرت الدولة العثمانية تطبيقها واعتبرتها

القانون الذي تعمل محاكمها به في عام (١٨٧٦م) يمكن أن تكون هذا النموذج، وقد احتوت (١٨٥١ مائه قانونية) وقد أُقرت للتدريس في كليات الحقوق حتى بعد انهيار الدولة العثمانية، وبحق يُعد هذا العمل أول تقنين في العصر الحاضر للشرعية، تلتها محاولات أخرى هنا وهناك.

وقد قسُمت المجلة وفق المنهج القانوني وحسب تقسيمات مواده، ففردت لقانون الإجراءات المدنية أسسه، ثم لقانون الأراضي ضوابطه، ثم قننت للأحوال الشخصية أحكامها، وغيرها... والمجلة هنا وإن كانت خطوة في طريق التقنين لم تسبقها محاولة أبدع منها، لكنها اقتصرت بأحكامها وتشريعاتها على المذهب الحنفي، المذهب المعتمد في الدولة العثمانية آنذاك، إلا قليل جداً من الأحكام التي لم يتطرق إليها فقهاء المذهب الحنفي. وهذا الأمر بطبيعته يفتح ثغرة في عالم التطبيق، لعدد المذاهب في الفقه الإسلامي، فيترك للقاضي مساحة - إن كان لا يقلد المذهب الحنفي - يخرج من خلالها عن دائرة التطبيق، وعدم قناعة المتخصصين أيضاً بتطبيق العدالة.. أضف إلى ذلك إن العصر الذي قننت المجلة الأحكام فيه بعيد جداً عن عصر الإمام أبو حنيفة (ت ١٥٠هـ) وقد تعترض التطبيق إشكاليات مستحدثة جديدة تستوجب فتاوى واضحة تستند إلى أسس رصينة من خلال مصادر الاستنباط الإسلامي الرصينة، مما يجعل قوانين المجلة قاصرة عن مسيرة العصر، والإجابة على إشكالياته، ولذلك نستطيع أن نسجل على المجلة بعض الملاحظات ينحصر في ثلاث اتجاهات:

الأول: مصادر المجلة، فقد اقتصرت المجلة في أحكامها على القرآن الكريم وعموميات أحكامه، وعلى الحديث الشريف ووفق مذهب الإمام أبي حنيفة وفقهاء المذهب الحنفي كأبي يوسف القاضي، وابن نجيم المصري صاحب كتاب (الأشباه والنظائر)، وأبي سعيد الخادمي صاحب (الحاشية على كتاب الدرر في شرح الغرر). ولو أن المجلة استندت في بعض أحكامها إلى المذاهب الأخرى لكان لها شأن آخر.

الثاني: التوجهات المذهبية للمجلة، فقد تأثرت المجلة بالاتجاه السياسي

للدولة التي إعمدتها، وما دامت الدولة تتبنى المذهب الحنفي، فقد اقتصر موادها القانونية على المذهب الحنفي وأحكامه، مما يؤثر في المنهج الفقهي الدقيق الذي يفترض ألا ينتمي إلى أي اتجاه سياسي أو اجتماعي... لأن النظام القضائي في الإسلام يتوخى العدالة الإلهية.

ثم إن الاستجابة للتطبيق والخضوع لمذهب واحد في العالم تتعدد فيه المذاهب والطوائف تكون ضعيفة، الأمر الذي دعا العاملين في الفقه من المذاهب الإسلامية الأخرى، وكذلك رجال القانون الوضعي لمراجعة بعض الأحكام والمواد التي وردت فيها لذلك فقد ألف الشيخ محمد قدري باشا كتاباً أطلق عليه اسم (مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان) انسجم الكتاب مع الفقه الحنفي مع ملاءمته للعرف المصري. وأعقبه الأستاذ الدكتور السنهوري، ثم الشيخ محمد عامر الذي قنن الفقه المالكي على هيئة مواد قانونية.

ثم جاء بعدهم الإيطالي (سانتيللا) الذي صاغ المذهب المالكي على شكل مواد قانونية وضعها في مجلة الالتزامات والعقود التونسية عام ١٩٠٦م^(٣٧). واستدرك الشيخ محمد حسين آل كاشف الغطاء على موادها القانونية وفق مذهب مدرسة أهل البيت (عليه السلام). والتي ستحدث عنها بشيء من التفصيل لاحقاً.

الثالث: منهج المجلة، عملت المجلة بالقوانين الشرعية والوضعية، ووازنت بين موادهما حتى ييسر للقضاة مراجعة الأحكام الشرعية وفق لغتهم القانونية، فجنبتهن الدولة العثمانية آنذاك صعوبة الغوص في مصادر الفقه وأدلة استنباطه. وبهذا أنشأت المحاكم النظامية، فأمر السلطان العثماني تأليف لجنة أطلق عليها «مجلتي جمعيتي - باللغة التركية - أي (المجلة الجامعة) وكان عدد أعضائها سبعة أعضاء، غايتها تأليف كتاب يجمع المعاملات الفقهية التي تتوفر فيها سهولة التطبيق، واحتواء الأقوال المختارة، وبهذا سارت المجلة التي احتوت - كما ذكرنا - على القانون المدني للدولة العثمانية، ولكنه مصبوغ بالفقه العام، وبهذا فقد قننت الدولة العثمانية قواعد وفتاوى الفقه الإسلامي - الحنفي على شكل مواد لا تتعد كثيراً عن

القوانين الوضعية، ليسهل على القضاة الوصول إلى الأحكام الشرعية من خلالها، ووفق لغة قانونية يفهمونها، وأحكام المجلة منسجمة معظمها أو مستمدة من القرآن، مما كان لها فضل كبير على رجال القانون. حيث جعلت الأحكام الشرعية والفقه الاسلامي في متناول أيديهم.

ولذا تظافر على شرحها أتراك وعرب مسلمون ومستشرقون، مثل: مسعود أفندي، وسليم اللبناني، والسيد يوسف أضاف، وعلي حيدر^(٣٨)، ومحمد طاهر الأناسي، ومحمد سيد المحاسني، وأحمد الزرقا الحلبي، والأستاذ منير القاضي^(٣٩). وعبد الستار القسطنطيني، والشيخ حمود حمزة، والشيخ محمد الحسين آل كاشف الغطاء. كما تصدى للمجلة الفقهاء والشراح والناقدون بين مؤيد ومخالف وبخاصة في المراكز الدينية. كالنجف الأشرف، وقم المقدسة، والأزهر الشريف والزيتونة والقيروان، فضلاً عن المدارس الحقوقية الكثيرة، ومنها مدرسة الخديوي التي تأسست عام (١٨٧٧م) والتي درّست قواعد الشريعة الإسلامية مقابل القوانين الوضعية.

وبالمقابل ظهرت تيارات تُطالب المجلة بالعودة في بعض أحكامها إلى أحضان الأحكام الشرعية بدلاً من الأحكام الوضعية.

(تحرير المجلة) وتقنين الفقه في مدرسة أهل البيت عليه السلام

الشيخ محمد الحسين آل كاشف الغطاء (ت ١٣٧٣هـ - ١٩٥٤م) من الذين شرحوا مجلة الأحكام العدلية، وعلّق عليها، ونقد بعض بنودها، وأضاف إليها دراسة علمية رصينة، واستدرك على أحكامها وفق مدرسة أهل البيت عليه السلام، فجاءت بحق أول دراسة في مجال تقنين الفقه الإسلامي في هذه المدرسة، وعلى نهج (مجلة الأحكام العدلية)، لأنها كما يقول الشيخ في مقدمته عنها «تضمنت فقهاً قانونياً، وقانوناً فقهاً»^(٤٠).

ولا نريد هنا أن نستعرض كتاب (تحرير المجلة) أو نسهب في البحث فيه لأنه يتطلب دراسات واسعة فيها، ولكننا سنقتصر حديثنا عنها من خلال أربع محاور، هي:

الأول: سبب التأليف: وقد أورد الشيخ آل كاشف الغطاء أن سبب تأليفه (لتحرير المجلة) في مقدمة كتابه ما نصه: «تكرر عليّ الطلب من بعض الشباب المذهب من طلاب الحقوق أن أكتب وجيزاً في الأحوال الشخصية والمعاملات المالية على طريق فقه الإمامية»^(٤١).

ثم إن كتاب (تحرير المجلة) قد ضمنه الشيخ آل كاشف الغطاء، آراء المذهب الإمامي مقارنة بما جاء عن المذاهب الإسلامية الأخرى، لذا عُدَّ الكتاب من مصادر الفقه المقارن، وقد أعطى للقاضي مساحة أوسع لاختيار المادة القانونية وفق مذهبه أو مذهب المتخاصمين، وهذا يكون أقرب للقبول منهم إن اشترطوا هم ذلك، ويكون ملزماً لهم بالانصياع إليه، كما تضمن الكتاب (تحرير المجلة) استدراكات الشيخ آل كاشف الغطاء وتهذيباته ومقارناته لما جاء في مجلة (الأحكام العدلية) وفق المذهب الإمامي^(٤٢). كما سلّط الأضواء على ما تفرد به الفقه الإمامي من حلول لإشكاليات مُحدثة معاصرة وفق (الاجتهاد العقلي) الذي تمسكت به مدرسة أهل البيت عليه السلام، موضحاً بهذا العمل المقارن ما للاجتهاد عند الإمامية من مرونة حية اختص بها فقههم يجعلته يتماشى ومتطلبات كل عصر مع القدرة على تصويب الآراء وإصدار الأحكام.

المحور الثاني: خصائص كتاب (تحرير المجلة): يبدو لي من خلال مراجعة (كتاب تحرير المجلة) أن الشيخ قد وازن بين الفقه الإمامي وفقه المذاهب الإسلامية الأخرى، وقد سار على خطى شراح المجلة الذين سبقوه كابن نجيم المصري.

وقد أضاف الشيخ آل كاشف الغطاء أكثر من ثلاث وعشرين قاعدة فقهية منها: الدواعي لا تغير الأسباب، وكل وقف زال جاز بيعه، ويرى الشيخ أن مجلة «الأحكام العدلية» تحتاج إلى تنقيح وتحرير وتوضيح بعض قواعدها والفروع، وقد أدرج غرضه في كتابه (تحرير المجلة) لحل بعض المشاكل ومقارنة موادها بمواد فقهية أخرى عند المذاهب الأخرى، وأشار إلى مواد مذهب الإمامية فيها، ومن الملاحظ أن الشيخ محمد الحسين آل كاشف الغطاء لم يقلل شأن علماء المذاهب

الإسلامية الأخرى، وانما كان يلتمس العذر لهم فيما يذهبون إليه مستنداً إلى القرآن والسنة.

المحور الثالث: نماذج من آراء الشيخ آل كاشف الغطاء في (تحرير المجلة): ومن جملتها، فقد عرف (المال) بأنه «مدار العقود والمعاملات... وهو حقيقة اعتبارية يتزعمها العقلاء من الموجودات الخارجية^(٤٣)». وعرج الشيخ على اختيار الناس للذهب والفضة وسائر المعادن، والورق المطبوع، واعتبروا ذمة الرجل العاقل الرشيد مالا، والذمم عند الفقهاء (مال) حالها حال المعادن. لذا قسم علماء الفقه ورجال القانون والاقتصاديون المال إلى نوعين:

الأول: مال عيني يقصدون به النقود والمعروض.

والثاني: مال اعتباري وهو ما في الذمم يضبطه العقد الذي يُعنون به الالتزام^(٤٤).

المحور الرابع: المصادر المعتمدة في (تحرير المجلة): فقد اعتمد الشيخ على مصادر ومراجع استقصى منها معلوماته، وأودعها كتابه واستند إلى مصادر الاستنباط المعتمدة في آرائه واجتهاداته الخاصة ومن أهمها: القرآن الكريم والسنة المطهرة. كما وعرض أهم المصادر التي اعتمدها منها: شرائع الإسلام: للمحقق الحلي (ت ٦٧٦هـ)، تبصرة المتعلمين: للعلامة الحلي (ت ٧٢٦هـ)، القواعد والفوائد: للشهيد الأول محمد بن مكي العاملي (ت ٧٨٦هـ)، تمهيد القواعد: للشهيد الثاني زين الدين الجبعي العاملي (ت ٩٦٥هـ)، عناوين الأصول: للمير عبدالفتاح المراغي (ت ١٢٥٠هـ)، العروة الوثقى: للسيد كاظم اليزدي (ت ١٣٣٧هـ) وغيرهم.

المصادر

القرآن الكريم

١. الأحكام في أصول الأحكام: سيف الدين علي بن محمد الأمدي، دار الكتاب العربي، بيروت عام ١٤٠٤ هـ.

٢. الأحكام في أصول الأحكام: ابن حزم الظاهري الأندلسي، مكتبة عاطف عام ١٣٩٨هـ.
٣. الأصول العامة للفقه المقارن: محمد تقي الحكيم، المؤسسة الدولية للدراسات، بيروت ٢٠٠١هـ.
٤. أصول الفقه في نسيجه الجديد: د مصطفى إبراهيم الزلمي / طبع شركة الخنساء بغداد، عام ٢٠٠٢م.
٥. تحرير المجلة، محمد الحسين آل كاشف الغطاء، طبع ونشر المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية - طهران.
٦. تذكرة الحفاظ، شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي، دار الكتب العلمية، بيروت.
٧. تقنين الفقه الإسلامي (المبدأ - المنهج - التطبيق): د. محمد زكي عبد البر، طبع إدارة إحياء التراث الإسلامي، قطر ١٩٨٦م.
٨. رسالة أهل الثغر، أبو الحسن الأشعري، المكتبة الأزهرية للتراث مصر.
٩. شرح الأصول الخمسة: عبد الجبار بن أحمد المعتزلي «قاضي القضاة»، مكتبة وهبه، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.
١٠. الضمير والتشريع (العقلية والمدنية والحقوق الحديثة)، عياض بن عاشور، المركز الثقافي العربي، بيروت ١٩٩٨م.
١١. طبقات الشافعية: تاج الدين السبكي) دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت.
١٢. الموافقات في أصول الشريعة: أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي، دار الكتب العلمية، بيروت.
١٣. مجلة الأحكام العدلية، شكلها ونسخها خطاط الملك نجيب بيك هواويني ط٢ دمشق قوزما، ١٩٢٣م.

الهوامش:

- (١) سورة الحشر: الآية ٧.
- (٢) أنظر محمد تقي الحكيم، الأصول العامة للفقه المقارن: ص ١٢٠ وما بعدها، مبحث السنة الشريفة.
- (٣) د. محمد عابد الجابري، نقد العقل العربي (البنية والتكوين): الحلقة (١) ص ١١٣ وما بعدها.
- (٤) د. محمد عمار، التعددية... الرؤية الإسلامية والتحديات الغربية: ص ٦٨ بحث منشور في مجلة الجامعة الإسلامية في لندن، العدد الثاني، نيسان - حزيران ١٩٩٤م ذو الحجة ١٤١٤ هجرية.
- (٥) محمد رضا المظفر، المنطق، ج ١ ص ٧٠.
- (٦) جواد علي كسار، المسلمون ورحلة البحث عن العقلانية والحرية والعدل: ص ٦٦ بحث منشور في مجلة المنهاج العدد: ٤١ ربيع ١٤٢٧ هجرية ٢٠٠٦.
- (٧) محمد باقر الصدر، دروس في علم الأصول: ص ١٠٤ وما بعدها.
- (٨) د. عبد الرزاق ورقية، مسلك الإمام الشاطبي في تععيد المقاصد وتنزيل الأحكام: ص ١٢٤ بحث منشور في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت العدد: ٦٩ لسنة ٢٢ جمادى الآخرة ١٤٢٨ هجرية تموز، ٢٠٠٧.
- (٩) القاضي عبد الجبار بن أحمد بن عبد الجبار (أبو الحسن الهمداني) تلقبه المعتزلة بقاضي القضاة. صاحب التصانيف الشهيرة بين أهل الكلام والأصوليين «توفي عام ٤١٥ هجرية انظر السبكي: طبقات الشافعية، ج ٢، ص ٢١٩ رقم ٢٢٠.
- (١٠) القاضي عبد الجبار، شرح الأصول الخمسة: ص ٥٦٤.
- (١١) أبو الحسن علي ابن إسماعيل بن أبي البشر، جده أبو موسى الأشعري (الصحابي) مالكي المذهب، متكلم مشهور، ابتداءً معتزلياً، ثم رجع عنه ودافع عن مذهب أهل السنة وله تصانيف كثيرة، توفي عام ٣٣٤ هجرية. انظر ابن خلكان، وفيات الأعيان، ج ١، ص ٣٢٦.
- (١٢) انظر: الأشعري، رسالة أهل الثغر: ص ٧٣.
- (١٣) أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأموي الظاهري، كان حافظاً عالماً بالحديث والفقه على مذهب داود الظاهري، له عدد من التصانيف في الأصول وعلم الكلام، توفي سنة ٤٥٦ هجرية. انظر: الذهبي، تذكرة الحفاظ ج ٢، ص ١١٤٦.
- (١٤) الأحكام في أصول الأحكام، ج ٨، ص ٥٨٠ و ٥٨٢.
- (١٥) الأمدي، الأحكام في أصول الأحكام، ج ٣، ص ٣١٦.
- (١٦) د. عبد الأمير كاظم، مقدمات منهجية في تحليل النص القرآني، بحث منشور في مجلة المنهاج، العدد: ٤١ ربيع ٢٠٠٦ - ١٤٢٧ هجرية: ص ٤٥.
- (١٧) سورة النجم: الآية ٢٨.

- (١٨) رياض القيسي، مذكرات في علم أصول القانون.
- (١٩) فارس حامد عبد الكريم، المعيار القانوني: ص ٢٠.
- (٢٠) أ. د. عبد الأمير كاظم، المدخل الى القانون الدولي الإسلامي: ص ٧ - ٨.
- (٢١) حسن الساعاتي: علم الاجتماع القانوني: ص ١٣.
- (٢٢) المصدر نفسه: ص ٣.
- (٢٣) محمود أبو زيد، علم الاجتماع القانوني: ص ٢٧.
- (٢٤) محمد الشيرازي، الفقه والقانون قراءة في الكتاب، بقلم مرتضى معاش: ص ٣ - ٤.
- (٢٥) المصدر نفسه.
- (٢٦) عبد الناصر العطار: مدخل لدراسة القانون: ٦٣
- (٢٧) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسجه الجديد: ص ١٣ وما بعدها.
- (٢٨) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام: ج ١، ص ١٥٣ وما بعدها.
- (٢٩) د. وليد الخالدي، تأملات في حركة التقنين، بحث منشور على الموقع الالكتروني WWW.K.m.y.2007.com
- (٣٠) د. يوسف القرضاوي، الفقه الاسلامي بين الأصالة والتجديد: ص ٤٦.
- (٣١) الشيخ محمد سلمان، بأي شرع نحكم، مقالة بمجلة مصر المعاصرة، العدد ١٦٣ السنة ١٩٦٣: ص ٢٩٤
- (٣٢) البيهقي، السنن الكبرى، ج ١٠، ص ٥.
- (٣٣) حسن الساعاتي، علم الاجتماع القانوني: ص ٥٦.
- (٣٤) سورة العنكبوت: الآية ٤٥.
- (٣٥) عياض بن عاشور، الضمير والتشريع (العقلية والمدنية والحقوق الحديثة): ص ٢٠٧ - ٢٠٨.
- (٣٦) انظر: مجلة الأحكام العدلية، شكلها ونسقتها خطاط الملك، نجيب بيك هواويني.
- (٣٧) نظم الشريعة الإسلامية، المستشرق سانتيل.
- (٣٨) علي حيدر، درر الأحكام: ص ٧٢.
- (٣٩) انظر شرح المجلة العدلية، منير القاضي: ص ٤٥.
- (٤٠) تحرير المجلة، محمد الحسين آل كاشف الغطاء: ج ١، ص ٢٠.
- (٤١) تحرير المجلة، ج ١، ص ٢٠.
- (٤٢) المصدر نفسه: ص ٩٩.
- (٤٣) المصدر نفسه: ص ٦٠.
- (٤٤) المصدر نفسه: ص ١١٥.



ملف العدد

معالم العلاقة بين الفقه والقانون

الشيخ خالد الغفوري^(*)

تبنّى الدول الإسلامية عادةً في دساتيرها القانونية مرجعية الشريعة الإسلامية، إمّا في صيغة اشتراط عدم معارضة قوانينها مع الشريعة، أو بصيغة كون الشريعة الإسلامية هي المصدر الأول للتشريع، لذا يلزم بحث العلاقة بين الشريعة وأحكامها وبين القوانين، وإبرازها من قلبها النظري الأخلاقي إلى صميم عملية التقنين. وتُتصور هذه العلاقة على أشكال ثلاثة: علاقة تطابق تام بينهما، علاقة عدم تعارض بينهما، وعلاقة انسجام. وقد ورد عن العلاقة الأولى والثانية جملة ملاحظات ومناقشات، بينما خلت الثالثة منها، وصارت الدعوات اليوم إلى تبنيها جملةً وتفصيلاً.

تعريف القانون

القانون (Law) بالمعنى الأعمّ هو عبارة عن مجموعة القواعد التي تُنظّم العيش في جماعة، والتي تلزم الدولة والأفراد على احترامها ولو بالقوة من خلال الجزاء على نحو المكافأة أو العقوبة لمن يُنفّذها أو يُخالفها. كما ويُطلق القانون على مجموعة الأحكام والقواعد التي تُصدرها السلطة التشريعية. (Legislation)

(*) باحث إسلامي - العراق.

تعريف الفقه

الفقه هو مجموعة الأحكام المشرعة في الإسلام لتنظيم حياة الإنسان في مختلف النواحي، وعليه فإن المساحة التي يُعالجها الفقه تمتد في جميع أبعاد حياة الإنسان المختلفة، وهي:

١- تنظيم شؤون الإنسان الخاصة، وربما يُعبر عن ذلك بعلاقة الإنسان مع نفسه.

٢- تنظيم علاقته مع ربه تعالى.

٣- تنظيم علاقاته مع أخيه الإنسان أفراداً كانوا أو جماعات.

٤- تنظيم علاقاته مع الطبيعة.

وقد توزعت هذه المنظومة من الأحكام الشرعية في الكتب الفقهية، ولم تُطرح بهذا النحو الذي عرضناه، بل طُرحت ضمن قالب كلاسيكي متفاوت، ألا وهو التبويب الرباعي المعروف:

١- العبادات، من قبيل: الطهارة، والصلاة، والصوم، والاعتكاف، والحج.

٢- العقود، من قبيل: البيع، والإجارة، والنكاح.

٣- الإيقاعات، من قبيل: الطلاق، والإقرار، واليمين، والنذر.

٤- الأحكام بالمعنى الأخص، من قبيل: الصيد والذباحة، والأطعمة والأشربة، والإرث، والقضاء^(١).

المقارنة بين مساحتي الفقه والقانون

من خلال ما ذكرنا من تعريف للفقه والقانون يتضح أنّ المساحة التي يتحرك فيها الفقه أوسع بكثير من المساحة التي يتحرك فيها القانون. القانون يستهدف تنظيم العلاقات الاجتماعية، وهذه في الجملة نقطة التقاء بين القانون والفقه. وأمّا الفقه فهو مُضافاً لذلك يُعالج العلاقة بالله والعلاقة بالنفس والعلاقة مع الطبيعة، فإذن هذه

مساحات يختصّ بها الفقه دون القانون. ونَبّه على أنّ المساحة المشتركة بينهما هي مشتركة في الجملة، وإلا فهناك تفاوت كبير بينهما في كيفية الملء وطبيعة المعالجة. وبما أنّ الدول الإسلامية عادة تتبنّى في دساتيرها مرجعية الشريعة، إمّا بصيغة اشتراط عدم معارضة قوانينها وتشريعاتها مع الشريعة أو بصيغة كون الشريعة، هي المصدر الأول للتشريع أو الوحيد أو أحد مصادر التشريع، فلذا يلزم بحث العلاقة بين الشريعة وأحكامها وبين القوانين والتشريعات من أجل تيسينها لترتيب الآثار عليها، حتّى يتمّ إخراج هذه العلاقة من قالبها الشكلي والأخلاقي إلى صميم عملية التقنين، إذ أنّ بعض الحكومات كثيراً ما تذكر هذا النصّ في دساتيرها مراعاة للجو العام وتخلصاً من الإحراجات، وإلا فلا تكاد تحسّ لهذا الشعار من أثر سوى في مجال الأحوال الشخصية كالإرث والنكاح والطلاق والوقف والوصية ونحو ذلك.

المناط في إسلامية القانون وشرعته

بما أنّ الأحكام الشرعية مأخوذة من مصادر الشريعة الأولية وهي القرآن والسنة، فحينما يُراد معرفة مدى إسلامية أمر ما - بما في ذلك القانون - فلا بدّ من معرفة مدى ارتباطه بأحكام الشريعة أو مدى ارتباطه بمصادر هذه الأحكام، أي الكتاب والسنة. ومن هنا يتّضح أنّ مجرد كون الجهة المقنّنة مسلمة لا يكفي في وصف القانون بأنّه إسلامي، بل لا بدّ من وجود الارتباط الموضوعي بين ما شرّعه الله لعباده وبين ما شرّعه عباد الله لأنفسهم. وأمّا تحديد طبيعة هذه العلاقة وشكلها فهو بحاجة الى وقفة، إذ قد يتصوّر لها عدّة أشكال فأَيُّها هو الصحيح، وما هو الدليل على انتخاب أحد أشكال هذه العلاقة.

أشكال العلاقة بين الفقه والقانون

إنّ الفرضية التي نريد إرساء بحثنا عليها هي كون سنّ القوانين يتمّ في بلد إسلامي، أي كون الأغلبية فيه للمسلمين. وحينئذ نقول: إنّ المناط في مشروعية التقنين والعلاقة بينه وبين الفقه يُمكن أن تُفترض بأحد الأشكال التالية:

الشكل الأول: علاقة التطابق التام بينهما.

وهذا أضيّق الأشكال المتصورة، فمثلاً سنّ قانون التجارة الحرّة وإباحة استيراد البضائع التي يحتاجها الناس وتصديرها والبيع والشراء، يُعتبر في نفسه قانوناً صحيحاً لأنّه يتطابق تماماً مع الأحكام والقواعد والمصادر الشرعية كقاعدة سلطنة الناس على أموالهم، وأحلّ الله البيع والتجارة عن تراض ونحوها، وكذلك منع ما حرّمته الشريعة كالتيجارة بالخمّر والمخدّرات ولحم الخنزير والتعامل الربوي.

ويظهر امتياز هذا النمط في قوانين الأحوال الشخصية التي يغلب عليها الطابع التعبّدي والتوقيفي، كأحكام النكاح والطلاق والإرث. إلا أنّه لا يُتوهم أنّ هذا الشكل جامد بالمرّة وخالٍ من أيّة مرونة، بل يُمكن أن يُعطى مستوى من المرونة كإلحاقه بموادٍ مكتملة كالنصّ على استثناء بعض الموارد الخاصّة، فلا يكون المقنّن مكتوف اليدين تماماً.

وقد يُواجه هذا النمط جملة من الملاحظات والإشكاليات:

الأولى: إنّ هذا الشكل ربّما يرى نفسه أمام ثروة نصوصية ومساحة أحكامية واسعة تُسغفه في عملية سنّ القانون في بعض المجالات كمجال الأحوال الشخصية، وأمّا في غيره من المجالات حيث لا فتاوى ولا نصوص تتعرّض بنفي ولا إثبات، فلا قدرة لسنّ القانون والحال هذه. والجواب: إنّ بالإمكان أن يُقال إنّ فتح باب الاجتهاد في الشريعة قد يسدّ أيّة نقطة فراغ تُواجه المقنّن، سيما على بعض المباني الأصولية السنيّة المرنة كالاستحسان والاستصلاح والقياس. بل يُمكن القول بإمكان حلّ هذه الإشكالية طبقاً لرؤية الفقه الإمامي أيضاً، وذلك في ضوء مبدأ ولاية الفقيه المطلقة، بيد أنّ هذا في واقعه خروج عن الفرض، ومقتضاه نبذ الشكل الأول وانتخاب أحد الشكلين الثاني أو الثالث.

الثانية: إنّ هذا الشكل جامد بالمرّة وخالٍ من أيّة مرونة، وعاجز عن مواكبة

تطوّر الحياة المدنية من جهة، وعاجز عن حلّ المشكلات الواقعية. والجواب: إلا أنه يُمكن أن يُعطى مستوى من المرونة كإلحاق القانون بموادٍ مكتملة كالنصّ على استثناء بعض الموارد الخاصة أو الحالات الطارئة، فلا يكون المقنن مكتوف اليدين تماماً.

الثالثة: إن مقتضى ذلك أن يقتصر سنّ القوانين على الفقهاء بالشرعية، وهذا لا يتلاءم مع واقع العضوية في المجالس التشريعية. والجواب: إلا أن هذه المشكلة بالإمكان حلّها من خلال تعيين لجنة من الخبراء بالشرعية كسائر اللجان المختصة في مختلف المجالات، كاللجان الاقتصادية والسياسية والحقوقية الموجودة عادة في المجالس التشريعية لدراسة اللوائح المقدّمة قبل المصادقة عليها أو لتعديل المواد القانونية، أو من خلال إشراف لجنة عليا تقوم بتقييم القوانين الصادرة واقتراح التعديلات عليها كي تُحرز مطابقتها مع الشرعية. وعمل اللجنة الفقهية - سواء أكانت في عرض سائر اللجان أو كانت لجنةً عليا - هو عمل علمي تخصصي وخبروي خطير وحساس ومعقّد للغاية، بل هو أصعب من العمل الاجتهادي التقليدي بكثير.

ونُبه على أن هذه الإشكالية والحلّ المقدم لها لا يختصّان بهذا الشكل، بل يعمّان الشكّلين الثاني والثالث، أو أية صيغة أخرى ممكنة في المقام، فإن الاستعانة بالمختصّين والخبراء بالشرعية وفقهاؤها شرط أساسي لتحديد الموقف الفقهي تجاه أية قضية كانت، مهما كان الطابع العام للنظام ومهما كانت الصياغة الدستورية، ما دامت السمة الإسلامية مثبتة.

الشكل الثاني: علاقة عدم التعارض بينهما

أي ما لم يكن هناك تحريم لحلال شرعي أو تحليل لحرام أو منع لواجب فيكتسب القانون مشروعية حيثثذ، سواء أكان نصّاً أو فتوى شرعية تتوافق وتتطابق مع القانون أو لا، وهذا الشكل من العلاقة أوسع من الشكل الأول وأكثر مرونة منه،

كما هو واضح، وبعبارة أخرى: إنَّ المقنن يتحرَّك في دائرة المباحات الشرعية، فيمكنه التصدي لجعل الحظر أو الإلزام فيما هو مباح فقهياً، ولا يخفى سعة دائرة المباح الشرعي، سواء حصرناه في خصوص المباح بالمعنى الأخص وهو ما خلا من الرِّجحان في الفعل والترك أو وسَّعناه وقصَّدنا المباح بالمعنى الأعم الخالي من الإلزام وإن اشتمل على الرِّجحان، والذي يستوعب حتَّى المستحبَّات والمكروهات كما هو الملحوظ في هذا الاتجاه. ويواجه هذا النمط أيضاً عدَّة ملاحظات وإشكاليات:

الأولى: إنَّ هذا الشكل من العلاقة على الرغم من كونه يتضمَّن امتيازاً وهو عدم كونه مخالفاً للشرعية، إلا أنَّه ليس له أيَّ نَسَب بالشرعية، فإنَّه يقع في موازاتها، فلا يُمكن وصفه بالإسلامي. والجواب: إنَّنا لسنا بصدد الإفتاء وبيان الحكم الشرعي للمكلِّفين، والذي هو من مهامِّ الفقيه والمُفتي كي نحتاج إلى حجة في إسناد الفتيا إلى الشارع، بل نحن نمارس التقنين خارج دائرة الشرعية ومن دون نسبتها إلى الشارع.

ويُمكن أن تناقش بأنَّ انتفاء الصلة بين القانون والشرعية يقتضي عدم صحَّة وصفه - أي القانون أو التشريع - بكونه إسلامياً، وأنَّ ثمة مساحة قد أهملت في الشرعية.

الثانية: إنَّ لازم إقرار هذا النمط من التشريعات الإقرار بنقص الشرعية وعدم كمالها، فجاءت التقنيات لتُكمِّل وتسدَّ هذا النقص، فهي من أجل حلِّ مشكلة أو لتحقيق مصلحة للفرد والمجتمع. والجواب: إنَّ جعل الإباحة معناه أنَّ الشرعية حدَّدت مساحات بعضها جعلت فيها الإلزام ومساحات أخرى لم تجعل فيها الإلزام، ومقتضى ذلك أنَّنا نمارس حقَّنا الذي حدَّدته الشرعية فننتخب الفعل أو الترك، فلا يكشف هذا الإقرار نقض الشرعية، بل هو مماشاة معها، وإذعان لتشريعاتها وتسليم بأحكامها.

الثالثة: إن جعل الإلزام بالفعل أو الترك وإن بدا منه بحسب الرؤية الساذجة عدم المنافاة بين القانون والشرعية لكن لو تأملنا بدقة لانكشف لنا التناقض أيضاً بينهما، وذلك لأن الإلزام هو سمة وضعها المقتن لملاك يراه، في حين أن الشارع لم ير وجود أي ملك للإلزام، فحكم على المتعلق بالإباحة وأوكل أمر انتخاب الفعل أو الترك بيد الإنسان إن شاء فعل وإن شاء ترك، بل قد تكون الإباحة ملاكاً بنظر الشارع في بعض الموارد، وهذا ما يُعبر عنه بالإباحة الإقتضائية، فهنا تكون المصلحة موجودة في كون المكلف مُطلق العنان وحرراً، لا مُجرد خلو المتعلق من مصلحة الفعل أو الترك. والجواب: يتألف من مقدمتين:

الأولى: أن الإنسان ما دام يُمكنه انتخاب أحد الطرفين: الفعل أو الترك ولو للحظة، فيمكنه أن يُطيل من مدة هذا الانتخاب ولو لعدة سنين.

والثانية: أنه لا فرق بين أن يُمارس الإنسان انتخاب أحد الطرفين: الفعل أو الترك بنفسه بصورة مباشرة أو من خلال تفويضه للغير بصورة غير مباشرة ولو مع تعدد الوسائط، فيتم الانتخاب من قبل الواسطة المفوضة الذي هو بمنزلة الوكيل والنائب في المجلس التشريعي. إذن، فما ينتخبه النائب من الإلتزام بالفعل أو الترك هو مستند إلى إرادة المنوب عنه، فيُعد اختياراً من قبله وإن كان عبر الواسطة. وهذا نظير ما يفعله المكلف في خلق التزام وتعهّد جديد على نفسه، كما في حالات النذر واليمين والعهد.

الشكل الثالث: علاقة الانسجام بينهما

والمراد بهذا الشكل عدم الاكتفاء بعدم معارضة القانون مع النصّ والفتوى الشرعية، بل لا بد من إثبات انسجام القانون مع أهداف الشريعة ومقاصدها العامة أو مع قيمة أخلاقية لها أو مفهوم عقدي لها، ويُمكن التعبير عن ذلك بوجود مبدأ شرعي فوقاني حاكم على القانون الذي يُراد سنّه. وهذا الشكل يُمثّل حالة وسطى بين الشكّلين الأوّل والثاني، فهو أوسع من الأوّل وأضيق من الثاني.

أسس تحديد شكل العلاقة بين الفقه والقانون

سوف نحاول دراسة المعايير الشرعية من أجل معرفة أي شكل من هذه الأشكال هو المناسب معها، وبعبارة أخرى: استنباط شكل العلاقة المناسب في ضوء المعايير الشرعية، وهذه المعايير ليست كلها في مستوى واحد، بل هي على مستويين: مصادر الشريعة الأولية، ومتتجات تلك المصادر التي تمخضت عنها عمليات الاجتهاد الفقهي.

المعيار الأول: مبدأ حصر التشريع بالله

١- دلت على ذلك آيات عديدة، منها: قوله تعالى: ﴿وَرَبُّكَ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ وَيَخْتَارُ مَا كَانَ لَكُمْ الْخَيْرَةُ سُبْحَانَ اللَّهِ وَتَعَالَى عَمَّا يُشْرِكُونَ * وَرَبُّكَ يَعْلَمُ مَا تُكِنُّ صُدُورُهُمْ وَمَا يُعْلِنُونَ * وَهُوَ اللَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ لَهُ الْحَمْدُ فِي الْأُولَى وَالْآخِرَةِ وَلَهُ الْحُكْمُ وَإِلَيْهِ تُرْجَعُونَ﴾^(١)، فإن هذا النص القرآني حصر الحكم بالله وحده فقط وفقط. كما أن بعض الآيات الكريمة حظرت الحكم بغير ما أنزل الله ونعتت من يعمد الى ذلك بأقبح النعوت وأبغض الأوصاف الى الله، وهي الكفر والظلم والفسق، كقوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾^(٢)، وقوله سبحانه: ﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾^(٣)، وقوله عز وجل: ﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾^(٤).

ولم يكتف القرآن بذلك، وإنما عدّ التحاكم إلى غير الله من الأفعال التي تتنافى مع الإيمان بالله، قال تعالى: ﴿أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا أَنزَلَ إِلَيْكَ وَمَا أَنزَلَ مِنْ قَبْلِكَ يَرِيدُونَ أَنْ يَتَحَكَّمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ وَيُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُضِلَّهُمْ ضَلَالًا بَعِيدًا﴾^(٥).

٢- الفتاوى المصرحة بحرمة التقاضي إلى حكام الجور، يقول الفقيه السيد اليزدي: «لا يجوز الترافع إلى قضاة الجور اختياراً»...^(٦).

إن هذا المعيار يُثبت الشكل الأول، لأنه يُقيّد حركة الإنسان بمدار الشريعة وأحكامها. لكن يُمكن المناقشة: إنه لا كلام لنا حينما يوجد حكم شرعيّ أنّه يجب الإلتزام به، ولا يسوغ إهماله، أمّا حينما لا يوجد حكم واضح فهل يا ترى نُعطّل حركة الحياة؟ أو نترك المجتمع يعيش الفوضى وضعف النظم؟! وهل ترضى الشريعة وصاحبها بذلك؟!

المعيار الثاني: مبدأ الاجتهاد المفتوح

وهذا ما يُستفاد من بعض ما ورد في السنّة الشريفة، كحديث معاذ بن جبل: عندما بعثه النبي ﷺ الى اليمن قاضياً قال له: كيف تقضي؟ قال: بكتاب الله عزّ وجلّ. قال: فإن لم يكن [= لم تجد]؟ قال: فبسنة رسول الله ﷺ. قال: فإن لم يكن [= لم تجد]؟ قال: اجتهد رأيي ولا آلو [= أستأذن جلسائي]^(٨)، فضرب رسول الله ﷺ صدره وقال: الحمد لله الذي وفّق رسولَ رسول الله ﷺ لما يحبّ [= يرضى] رسول الله ﷺ^(٩). ويُمكن تقريب الاستدلال بما يلي:

أولاً: إنّ اجتهاد معاذ كان في حالة فقدان النصّ الشرعيّ من الكتاب والسنّة.

ثانياً: إنّ مقتضى ذلك حال فقدان النصّ هو عدم المعارضة مع النصّ.

ثالثاً: إقراره ﷺ معاذاً، ورضاه بذلك، وشكر الله على هذا التوفيق لأصحابه.

رابعاً: الاجتهاد في مثل هذه الحالة يصحّ نسبته إلى الشريعة.

خامساً: إنّ هذا يدلّ بالأولوية على مشروعية ممارسة العمل الاجتهادي. هذا

وإنّ التقرير قد جاء من السنّة، فإنّ إذن النبي ﷺ لقول معاذ ورضاه به ما يصلح للاستدلال، باعتبار أنّ الإقرار من السنّة، فالاستدلال به استدلال بالسنّة.

إنّ هذا المعيار يُثبت الشكل الثاني، فإنّ حركة التقنين في دائرة المُباح

لأتحدث أية معارضة مع التشريع. إلا أنّه يمكن المناقشة بأنّ حديث معاذ ضعيف سنداً ودلالة. أمّا سنداً، فإنّ هذا الحديث لم يروه إلا الحارث بن عمرو، وهو

مجهول لا ندري مَنْ هو؟ والحارث رواه عن رجال من أهل حمص لم يُسمَّهم عن معاذ. وأمّا متناً، فإنه يرد عليه:

١- من المعلوم أنّ مصطلح (الاجتهاد) قد ظهر في عصر متأخّر جداً عن العصر النبوي، فبحسب الوثائق إنّ ظهور هذا المصطلح في الأدبيات الأصولية والفقهية كان على يد محمد بن إدريس الشافعي الذي أعلن كون الاجتهاد بمعنى القياس، وقد كرّر طرح هذه الفكرة وراح يُنظر لها ويؤسّس، ولا يخفى أنّ الفاصل الزمني بين العهد النبوي وعهد الشافعي يقارب القرن والنصف، فكيف يُتعلّق تفسير النص النبوي بمعنى ظهر بعد حين من الدهر؟! بل حتى لو ادّعي بأنّ هناك من سبق الشافعي إلى هذا الاصطلاح أو ما يقاربه، فذلك لا يحلّ الإشكال بعد وقوع الفاصل الزمني، سواء قلنا هو قرن ونصف أو أقلّ من ذلك بقليل، إذ أنّ مصطلح (الاجتهاد) لم يكن معهوداً آنذاك، لا في زمان صدور الحديث ولا ما قاربه من الأزمنة.

٢- إنّ لفظة الاجتهاد ومشتقاتها لفظة عربية، وقد وردت في الخطابات الدينية أيضاً، لكننا إذا تتبعنا موارد استعمالها نجد أنّها مستعملة في مجال الفعل الجارحي، ولم تُستعمل في موارد إعمال النظر أو التأمل العقلي أو العمل العلمي، بل كانت تُستعمل في موارد بذل الجهد العملي والمادي، فيقال: اجتهد في العمل^(١١) أو في الأمر^(١٢) أو السير^(١٣) أو السعي^(١٤) أو الجمع^(١٥) أو اللعن^(١٦) أو اليمين^(١٧) أو الدعاء^(١٨) أو المشورة^(١٩) أو البكاء، واجتهد في تحصيل القبلة أو في رؤية الهلال^(٢٠) ونحو ذلك، فقد روي عن النبي ﷺ قوله: «صلّوا عليّ واجتهدوا في الدعاء»^(٢١)، وقوله: «أمّا السجود فاجتهدوا بالدعاء»^(٢٢)، وقوله: «كان في بني إسرائيل رجل فقيه عالم عابد مجتهد»^(٢٣)، بل يظهر لنا جلياً أنّ المراد بالاجتهاد آنذاك غير الممارسة العلمية من الحديث المروي عن النبي ﷺ: «فضل العالم على المجتهد مئة درجة»^(٢٤) حيث جعل المجتهد في مقابل العالم. كما ولم تُستعمل هذه اللفظة

قطّ في المجال الفكري والعلمي، فيقال: فكّر وقدّر وتدبّر ونحو ذلك، وفي مجال التعمّق في فهم الدين وإدراك تعاليمه وعقائده وأحكامه كان يعبر بالفقه وهو الفهم أو خصوص الفهم الدقيق والاستيعاب والإحاطة العلمية بالشيء.

وقد استعمل القرآن الكريم كلمة الفقه بالمعنى اللغوي نفسه في عدة موارد، منها قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنفِرُوا كَافَّةً فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ﴾^(٢٥)، كما ورد استعمال هذه اللفظة في أحاديث عديدة رويت عن النبي ﷺ، من قبيل قوله: «نظر الله عبداً سمع مقالتي هذه فبلغها، فربّ حامل فقه غير فقيه، وربّ حامل فقه إلى من هو أفقه منه»^(٢٦)، وقوله ﷺ: «فقيه أشدّ على الشيطان من ألف عابد»^(٢٧)، وقوله: «من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين»^(٢٨)، ودعائه ﷺ لابن عباس: «اللهم فقهه في الدين»^(٢٩).

أجل، هناك ألفاظ استحدث استعمالها عقب العصر النبوي كالتأويل^(٣٠) الذي كان يُستعمل بما يقارب معنى الاجتهاد إلا أنّه ليس مرادفاً له، إذ أنّ التأويل آنذاك يُراد به أنّ من ارتكب فعلاً يبدو منكراً وغير مرضيٍّ وكان هناك مجال لحمل فعله على وجه يمكن أن يكون معذوراً عند الله مع اشتباهه بحسب الظاهر يقال أنّه تأوّل فأخطأ، نظير ما رواه الصنعاني عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير: أنّ عائشة زوج النبي ﷺ أخبرته أنّ الصلاة أول ما فرضت فرضت ركعتين، ثمّ أتمّ الصلاة في الحضر وأقرّت الركعتان على هيئتهما في السفر، قال: فقلت لعروة: فما كان يحمل عائشة على أن تصلي أربع ركعات في السفر وقد علمت أنّها فرضها الله ركعتين؟! قال عروة: تأوّل من ذلك ما تأوّل عثمان من إتمام الصلاة بمنى^(٣١).

وعلى أيّة حال فإنّ بحثنا منحصر في العهد النبوي، فإنّه زمان صدور حديث معاذ، فنحن حتى لو لم نحمل لفظ الاجتهاد الوارد في الحديث على خصوص

المعنى المصطلح لدى الشافعي وهو القياس فلا يمكن حمله على معنى مقارب ولا على الاجتهاد الفقهي بمعناه الواسع ولو بغير قياس، لأن هذه المعاني أيضاً متأخرة عن زمن صدور النص، فلا يصح حمله عليها.

٣- إن ما ورد من قوله ﷺ: «فإن لم يكن = [لم تجد]» أي لا يوجد في تلك الواقعة نص في الحادثة من كتاب وسنة، يُحتمل بدوياً في تفسيره احتمالان:

الأول: المراد ثمة حوادث لا حكم لها في الكتاب والسنة، أي إن الشريعة بمصدرها لا تشمل في واقعها طائفة من الأمور الحياتية كما هو المناسب لرواية «فإن لم يكن». وهذا الاحتمال في منتهى الفساد، نظراً لمخالفته لمبدأ شمولية الشريعة وكمالها، فإهمالها لحكم شيء يدل على محدوديتها ونقصها، قال تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾^(٣٢)، فهذا المعنى لو فرضنا جديلاً كان قد خطر في ذهن معاذ فلا يُعقل أن يعتقد النبي ﷺ نفسه بنقص شريعته ومن ثم طفق يحاول استنطاق معاذ لكيفية سد تلك الثغرة الواسعة التي تمكّن معاذ من حلّها بكل سهولة.

والثاني: المراد عدم وصول النص الشرعي إلى معاذ، فالمراد بعدم النص في الحديث عدم وصوله إلى معاذ لا عدمه في الواقع كما هو المناسب لرواية «فإن لم تجد». وهذا الاحتمال وإن نجا ممّا ابتلي به الاحتمال الأول لكن الجواب النبوي غير منسجم مع الاتجاه العام للشريعة كتاباً وسنة، فإنّ المعقول في مثل هذه الحالات: إمّا أن يوصيه النبي ﷺ بالعمل بالاحتياط سيما وإن الأمر يرتبط عادة بأموال ونفوس الناس وأعراضهم، وإمّا أن يأمره بالانتظار حتى يأتيه أمره أو السؤال والاستفتاء من النبي ﷺ في ذلك أو ممّن وصله النص من الصحابة الآخرين، لا أن يفوض النبي ﷺ معاذاً للعمل برأيه كيفما كان، فهذا الموقف من النبي ﷺ لا يمكن أن يصدر من صاحب رسالة حريص على تبليغها وتطبيقها، بل يُستبعد صدوره حتى من القادة الدينيين الحريصين على بسط نفوذهم وقدرتهم.

٤- كيف يُباح الاجتهاد مع عدم اكتمال النصّ الشرعي قرآنًا وسنةً؟! فإنّ القرآن والسنة استمرّا في الصدور الى آخر اللحظات من حياة النبي ﷺ، فإنّ من اطّلع على بعض النصوص ولم يحط بها طرّاً لا يمكنه ممارسة الاجتهاد، لكون أول خطوة يخطوها المجتهد هو تفحص النصوص الشرعية بأيّ معنى فسرنا الاجتهاد.

٥- إنّ المجتمع آنذاك لم يصل الى مستوى من النضج بحيث يكون مؤهلاً لممارسة الاجتهاد واستنباط الحكم من مصادره الشرعية، فإنّ مراجعة الوثائق التاريخية في العصر النبوي يجد أنّ المجتمع كان لا يحسن معرفة جميع الأحكام معرفة تصورية بسيطة، وكان لا يحسن تطبيقها كلّها.

المعيار الثالث: مبدأ ملء المنطقة المرنة..

إنّ الشريعة تشتمل على جانبين:

أحدهما: يُشكّل منطقة ثابتة قد مثلت بصورة منجزة لا تقبل التغيير والتبديل بما صدر من نصوص قرآنية ونبوية.

والآخر: يُشكّل منطقة مرنة قد أوكل أمر ملئها إلى وليّ الأمر يملؤها وفقاً للظروف الحياتية والزمانية والمكانية، ولكن عملية الملء هذه ليست حرة ومطلقة من أيّ قيد، بل في ضوء الأهداف العامة للشريعة ومقتضياتها الزمكانية.

ومن هنا تجد القرآن قد طرح ثلاث مراكز للحاكمية وبتبعها الطاعة، وهي:

الأول: حاكميته وطاعته سبحانه، قال: ﴿وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ﴾ (٣٣).

والثاني: حاكمية وطاعة رسوله، قال: ﴿وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَاحذَرُوا فَإِنْ تَوَلَّيْتُمْ فَأَعْلَمُوا أَنَّمَا عَلَى رَسُولِنَا الْبَلَاغُ الْمُبِينُ﴾ (٣٤).

والثالث: حاكمية وطاعة وليّ الأمر، قال: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾ (٣٥).

والسؤال المثار هنا: كيف تتناسب هذه التعددية في الحاكمية والطاعة مع كون التوحيد هو قوام الشريعة الإلهية، سيما شريعتنا الإسلامية؟ والجواب: إن بين هذه المراكز الثلاثة طولية، وليست هذه الطولية تشريفية قائمة على أساس الاحترام والتقديس المحض، بل هي طولية في المنشأ والآثار، وتصوير هذه الطولية كالتالي: أما بالنسبة إلى الطولية بين المركزين الأول والثاني فهي واضحة، لابتنائها على كون النبي ﷺ مبلّغاً عن الله تعالى، فلا يُشرع من عنده لا عمداً ولا سهواً.

أما امتناع التشريع من عند نفسه ﷺ عمداً، فلأن التشريع من عند نفسه خلاف الأمانة والاستقامة، فإنه يكون افتراءً على الله سبحانه، مُضافاً إلى نفي القرآن لذلك في عدة نصوص، منها: قوله تعالى: ﴿وَلَوْ تَقَوَّلَ عَلَيْنَا بَعْضُ الْأَقَاوِيلِ * لَأَخَذْنَا مِنْهُ بِالْيَمِينِ * ثُمَّ لَقَطَعْنَا مِنْهُ الْوَتِينَ * فَمَا مِنْكُمْ مِنْ أَحَدٍ عَنْهُ حَاجِزِينَ﴾^(٣٧)، وأيضاً قوله تعالى: ﴿وَالنَّجْمُ إِذَا هَوَى * مَا ضَلَّ صَاحِبُكُمْ وَمَا غَوَى * وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَى * إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَى * عَلَّمَهُ شَدِيدُ الْقُوَى * ذُو مِرَّةٍ فَاسْتَوَى * وَهُوَ بِالْأُفُقِ الْأَعْلَى﴾^(٣٨). وأما امتناعه سهواً فقد دلّ عليه قوله تعالى: ﴿عَالِمُ الْغَيْبِ فَلَا يُظْهِرُ عَلَى غَيْبِهِ أَحَدًا * إِلَّا مَنِ ارْتَضَى مِنْ رَسُولٍ فَإِنَّهُ يَسْلُكُ مِنْ بَيْنِ يَدَيْهِ وَمِنْ خَلْفِهِ رَصَدًا * لِيَعْلَمَ أَنْ قَدْ أَبْلَغُوا رَسُولَاتِ رَبِّهِمْ وَأَحَاطَ بِمَا لَدَيْهِمْ وَأَخْصَى كُلَّ شَيْءٍ عَدَدًا﴾^(٣٩).

وأما طولية المركز الثالث بالنسبة إلى المركزين الأول والثاني فهو بلحاظ كونه موقعاً إجرائياً وتنفيذياً لكل ما يصدر عنهما، وهذا هو الخيط الذي يُحقق الطولية ويُبرّر وجود هذا المركز الثالث في الشريعة. ومن المعلوم أن ما يصدر عن الله ورسوله -المركزين الأول والثاني- على نحوين كما ذكرنا:

الأول: التشريع الثابت، والذي تضمّه الكثرة الكثيرة من آيات وأحاديث، وهذا الجانب مهما تصوّرناه كثيراً فهو محدود ولا يفي بمتطلبات الحياة المتغيرة. إذن، لا بد أن يكون ثمة سبيل لتغطية ما يحدث في طول عمود الزمان من مستجدات ونوازل، وهذا ما يمكن تأمينه من خلال الجانب الثاني.

الثاني: التشريع المرن، فقد وضعت الشريعة مجموعة من المؤشرات العامة التي تلقي الضوء على كيفية ملء المنطقة المرنة من قبل وليّ الأمر، ملاً بشكل يتناسب مع الأزمنة والأمكنة والظروف المتفاوتة، وليس المراد من عنوان (وليّ الأمر) لحاظه بما هو شخص وفرد، بل لحاظه بما هو بما هو وشخصية حقوقية وجهاز حكومي يُمارس السلطة والإدارة للمجتمع بما يملك من امتدادات ولجان ودوائر.

وأما ماهي تلك المؤشرات؟ فهذا ما يتوقف على عقد دراسة مفصلة بهذا الشأن، بل عقد عدة دراسات مختلفة كلّ منها يتناسب مع المجال الذي يُراد التقنين فيه، فنحن نحتاج إلى تعيين المؤشرات العامة للشريعة في المجال الاقتصادي والسياسي والتعليمي والتربوي والعسكري وغيرها. هذا، وقد قدّم المفكر الإسلامي الكبير الشهيد محمد باقر الصدر أطروحة بهذا الشأن في تعيين المؤشرات العامة للتشريع في المجال الاقتصادي^(٣٩). وهي محاولة أولى من نوعها بحاجة إلى تقويم وتطوير، ويمكن الاستفادة منها كنموذج قابل للتعميم على مجالات أخرى.

إنّ هذا المعيار يُثبت الشكل الثالث، إذ مجرد كون التقنين لا يتعارض مع الشريعة وكونه يُحقّق جلب مصلحة للأمة أو يدفع عنها ضرراً كلّ هذا لا يكفي في شرعة القوانين، ما لم يُوجد خيط رابط يربط التقنين بالشريعة إمّا على نحو التفصيل كما هو الحال في الأحكام الثابتة وإمّا على نحو الإجمال وهذا ما يتمثّل بالمؤشرات العامة، وإلا فلا علاقة للتقنين بالشريعة، ولا مشروعية له وفقاً لهذا المعيار الثالث.

وعليه فالصحيح تبني الشكل الثالث من أشكال العلاقة بين الفقه والقانون الذي يرى المشروعية للتقنين فيما إذا انسجم مع الشريعة تفصيلاً أو إجمالاً.

المصادر

القرآن الكريم

- ١ - ابن حزم الأندلسي، علي بن أحمد بن سعيد، المحلّي بالآثار، دار الآفاق الجديدة، بيروت.
- ٢ - ابن منظور الأفريقي، محمد بن مكرم، لسان العرب، دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي، بيروت، ط ١ / ١٤١٦هـ = ١٩٩٦م.
- ٣ - الاسترآبادي، رضي الدين محمد بن الحسن، شرح شافية ابن الحاجب، دارالكتب العلمية - بيروت / ١٣٩٥هـ = ١٩٧٥م.
- ٤ - البخاري، أبو عبدالله إسماعيل بن إبراهيم، صحيح البخاري، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت (طبعة بالأوفست عن طبعة دار الطباعة العامرة بإستانبول) ١٩٨١م.
- ٥ - البيهقي، أحمد بن الحسين، السنن الكبرى، دار الفكر، بيروت / بدون تاريخ.
- ٦ - الحربي، إبراهيم بن إسحاق، غريب الحديث، دار المدينة للطباعة، جدة، ط ١ / ١٤٠٥هـ.
- ٧ - الزبيدي، محمد مرتضى، تاج العروس من جواهر القاموس، دار مكتبة الحياة - بيروت.
- ٨ - الشيباني، أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، ١٩٩١م.
- ٩ - الصدر، محمد باقر، المجموعة الكاملة لمؤلفات الصدر، دار التعارف، بيروت ١٩٩٠م.
- ١٠ - الصنعاني، عبد الرزاق بن همام، المصنّف، بيروت / ١٣٩٠هـ = ١٩٧٠م.
- ١١ - الطباطبائي اليزدي، محمد كاظم، العروة الوثقى، مؤسسة النشر الإسلامي قم، ط ١، ١٤١٧هـ.
- ١٢ - العسكري، أبو هلال، الفروق اللغوية، مؤسسة النشر الإسلامي - قم، ط ١ / ١٤١٢هـ.
- ١٣ - المحقق الحلّي، نجم الدين، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام - النجف الأشرف، ١٩٦٩م.
- ١٤ - النووي الدمشقي، محيي الدين، المجموع في شرح المهذب، دار الفكر للطباعة والنشر.

الهوامش:

- (١) أنظر: شرائع الإسلام (المحقق الحلبي ١:٥).
- (٢) سورة القصص: الآيات ٦٨ - ٧٠.
- (٣) سورة المائدة: الآية ٤٤.
- (٤) سورة المائدة: الآية ٤٥.
- (٥) سورة المائدة: الآية ٤٦.
- (٦) سورة النساء: الآية ٦٠.
- (٧) العروة الوثقى (اليزدي) ٦: ٤٢٤، م ٢.
- (٨) انظر: الخلاف (الطوسي ٦: ٢٠٩).
- (٩) انظر: مسند أحمد، ج ٥، ص ٢٣٠ و ٢٣٦ السنن الكبرى، ج ١٠، ص ١١٤. سنن الترمذي، ج ٢، ص ٢٩٤، ح ١٣٤٢. سنن الدارمي، ج ١، ص ٦٠. المجموع، ج ٤، ص ٢٠.
- (١٠) أنظر: المحلى (ابن حزم)، ج ١، ص ٦٢.
- (١١) لسان العرب، ج ٣، ص ١٠٧ غريب الحديث (ابن سلام) ١: ٢٥٨. شرح شافية ابن الحاجب (رضي الدين الاسترآبادي): ٩١: ٤. الصحاح، ج ٢، ص ٤٥٢. لسان العرب، ج ٣، ص ١١٣.
- القاموس المحيط، ج ١، ص ٢٨١. تاج العروس، ج ٤، ص ٣٧٩.
- (١٢) غريب الحديث (الحري)، ج ٢، ص ٣٩٦.
- (١٣) شرح شافية ابن الحاجب، ج ٤، ص ٩١. قال الشاعر:
«إذا لم يكن عون من الله للفتى فأول ما يجني عليه اجتهداه»
- (١٤) الفروق اللغوية: ص ٤٤٩.
- (١٥) المصدر السابق: ص ٤٦٦.
- (١٦) غريب الحديث (الحري)، ج ٢، ص ٦٣٥.
- (١٧) لسان العرب، ج ٨، ص ١٣١. النهاية في غريب الحديث، ج ٢، ص ٢٤٤.
- (١٨) لسان العرب، ج ١١، ص ٧٢. الفروق اللغوية: ص ٤٦٦. القاموس المحيط، ج ١، ص ٢٨١.
- (١٩) تاج العروس، ج ٤، ص ٢٣١.
- (٢٠) لسان العرب، ج ١٢، ص ٣٥٠.
- (٢١) سنن النسائي، ج ١، ص ١٩١، باب الأمر بالصلاة على النبي ﷺ.
- (٢٢) مسند أحمد، ج ١، ص ٢١٩.
- (٢٣) الموطأ، ج ١، ص ٢٣٧، ح ٤٣، كتاب الجنائز.
- (٢٤) مقدمة سنن الدارمي، ج ١، ص ١٠٠.
- (٢٥) سورة التوبة: الآية ١٢٢.

- (٢٦) سنن ابن ماجه: ح ٣٣. سنن الدارمي، ج ١، ص ٧٤. سنن الترمذي: ص ١٥٤، ح ١٠. مسند أحمد، ج ٣، ص ٣٢٥، وغيرها.
- (٢٧) صحيح البخاري، ج ١، ص ١٨. مسند أحمد، ج ٤، ص ٣٩٩.
- (٢٨) صحيح البخاري، ج ١، ص ٢٨. سنن الدارمي، ج ١، ص ٧٤. مسند أحمد، ج ١، ص ٣٠٦.
- (٢٩) صحيح البخاري، ج ١، ص ٢٨. مسند أحمد، ج ١، ص ٢٦٦، وغيرهما.
- (٣٠) أقول: ينبغي عدم الخلط بين مصطلح (التأويل) في الصدر الإسلامي الأول - الذي ظهر عقب العصر النبوي - والذي هو مصطلح قديم، وبين مصطلح (التأويل) في علوم القرآن والذي ظهر في أزمنة متأخرة جداً.
- (٣١) المصنف (عبد الرزاق)، ج ٢، ص ٥١٥.
- (٣٢) سورة المائدة: الآية ٣.
- (٣٣) سورة آل عمران: الآية ١٣٢.
- (٣٤) سورة المائدة: الآية ٩٢. وانظر: سورة آل عمران: الآية ٣٢. وسورة الأنفال: الآيات ١، ٢٠، ٤٦. وسورة النور: الآية ٥٤. وسورة محمد: الآية ٣٣. وسورة المجادلة: الآية ١٣. وسورة التغابن: الآية ١٢.
- (٣٥) سورة النساء: الآية ٥٩.
- (٣٦) سورة الحاقة: الآيتان ٤٤ - ٤٧.
- (٣٧) سورة النجم: الآيات ١ - ٧.
- (٣٨) سورة العجن: الآيات ٢٦ - ٢٨.
- (٣٩) المجموعة الكاملة لمؤلفات السيد محمد باقر الصدر: ص ١٢، الإسلام يقود الحياة: ص ٤٥.

دراسات مقارنة

- ١- حكم الردة ومدى انسجامه مع حرية الاعتقاد
- ٢- أثر علم الكلام في أصول الفقه الإباضي قبل القرن ١٠ هـ / ١٠ م
- ٣- المماثلة عن أداء الدين



دراسات مقارنة

حكم الردة

ومدى انسجامه مع حرية الاعتقاد

أ. الشيخ محمد علي التسخيري

تمهيد

عندما تطلق مسألة حرية الاعتقاد، فإن المتبادر منها أن لا تكون هناك أية محدودية لرفض أية عقيدة أو قبولها أو تغييرها، ولما كان قبول الإسلام ابتداءً أمراً مجازاً في حين أن الخروج منه ممنوع، يستحق معه فاعله العقوبة الشديدة (القتل) وهو أمر متسالم عليه بين كل المذاهب الإسلامية، فإن مثل هذا التساؤل يطرح: كيف ينسجم هذا مع مبدأ حرية الاعتقاد المطروح على المستوى الإنساني اليوم باعتباره أمراً مسلماً، وحقاً من حقوق الإنسان؟

ولا ريب أن مسألة «الارتداد» لها عمقها ومباحثها المتنوعة في الفقه الإسلامي، وآثارها في مختلف المجالات الحياتية كالنكاح والطهارة والإرث والحدود، لكننا هنا في هذا المقال سنركز على مسألة عقوبة المرتد، ومدى انسجامها مع مبدأ الحرية الدينية والاتجاهات فيها.

ثمة اتجاهات في مسألة عقوبة المرتد ومدى انسجامها مع مبدأ الحرية والاعتقاد وهي كالتالي:

أولاً: الاتجاهات الرافضة لعقوبة المرتد

لا ريب أن كل الأديان تعتبر الارتداد جريمة، وتتفق المذاهب الإسلامية على

أن جزاءه القتل، إلا أن الكتاب والعلماء والأساتذة شككوا في مستندات هذا الحكم، نذكر منها:

١ - المرحوم الإمام الشيخ محمود شلتوت إذ يقول:

الاعتداء على الدين بالردة يكون بإنكار ما عُلم من الدين بالضرورة، وارتكاب ما يدل على الاستخفاف والتكذيب. والذي جاء في القرآن عن هذه الجريمة هو قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ﴾^(١) والآية كما ترى لا تتضمن أكثر من حبوط العمل والجزاء الأخروي بالخلود في النار، أما العقاب الدنيوي لهذه الجناية وهو القتل فيثبتته الفقهاء بحديث يروى عن ابن عباس... ثم يعقب: وقد تتغير وجهة النظر في هذه المسألة إذا لوحظ أن كثيراً من العلماء يرى أن الحدود لا تثبت بأحاديث الأحاد. وأن الكفر بنفسه ليس مبيحاً للدم، وأن المييح هو محاربة المسلمين والعدوان عليهم... وأن ظواهر القرآن في كثير من الآيات تأبى الإكراه على الدين^(٢) فهو ظاهراً يميل لهذا القول.

٢ - الأستاذ الدكتور أحمد صبحي منصور في كتابه «حد الردة»^(٣)، حيث أكد على وجود حديثين فيه، هما: ما نقله الأوزاعي بلا سند، مما منعه من الاعتماد عليه، ثم يقول:

إن مسلماً اعتمد عليه بعد قرنين، فعاد خبراً صحيحاً.

والثاني: ما نقل في صحيح البخاري عن عكرمة^(٤) وناقش فيه.

والواقع أن هناك أدلة أخرى من مصادر السنة والشريعة تؤكد هذا الحكم^(٥).

٣ - الدكتور الشيخ صبحي الصالح حيث قبل بسند حديث « من بدل دينه فاقتلوه » ولكنه أنكر إمكان الاستناد إلى خبر الواحد في أمر الدماء بعد كل ذلك التأكيد القرآني على حفظ النفس حتى عاد مقصداً عاماً من مقاصد الشريعة.

نعم لو قام إجماع عن ذلك حكمنا به ولكنه لم يقم على قتل المرتد بمجرد تغيير عقيدته^(٦).

٤ - الأستاذ الدكتور عبدالمتعال الصعيدي، حيث أكد أنه لا يكره على الإسلام بقتل أو باستتابة، بل يكتفى في دعوته إلى الإسلام بما يُكتفى به في دعوة من لم يسبق منه إسلام ثم ارتد عنه. وهو يستعرض الآيات الواردة في الحرية الدينية، ويبطل دعوى نسخها مستنداً لأقوال القاضي ابن العربي والجصاص والشيخين محمد عبده ومحمد رشيد رضا، ويرى أن فتوى بعض العلماء بقبول الجزية من غير المسلم، كتابياً كان أم لا، تبطل دعوى النسخ، كما تبطلها ميول الإسلام للسلم والعفو، وكذلك مسألة اشتراط الاختيار في قبول الإسلام، ثم هو يُجيز مخالفة الاجماع القائم على دليل إذا تمّ إبطال دليله، ويذكر بعض الأقوال التي تذكر أنه يُستتاب أبدأً ولا يُقتل، كما يشير لقول الحنفية في عدم قتل المرتدة لأنها لا تقاتل، فالسبب سياسي.

وناقش ردود ابن حزم على من قال إنه يُستتاب ولا يُقتل، بتذكيره بعدم قتل النبي ﷺ من نسبوا إليه الجور، وعدم قتله المنافقين وهو يعلمهم، وإن الله ذكر المرتدين ولم ينذرهم إلا بحبوط عملهم. ثم نسب هذا القول إلى إبراهيم النخعي وهكذا ختم كتابه بالاستدلال عقلاً ونقلًا على عدم القتل. ولعله في آخر كتابه مال إلى الاتجاه الرابع الذي سنذكره.

٥ - الدكتور عبد الكريم سروش، حيث افترض خطأ أن أكبر الأدلة على حُجية خبر الواحد هو السيرة العقلائية الممضاة من قبل الشارع المقدس، ولكن قتل المرتد حالة تشكك فيها هذه السيرة فيجب اللجوء إلى أدلة محكمة كالأدلة القرآنية، ولا دليل في القرآن على ذلك^(١).

٦ - الدكتور جودت سعيد، وقد ركّز على أن الحديث لا يُمكنه أن ينسخ القرآن، غافلاً عن أن بيان حكم غير موجود في القرآن لا يعني النسخ^(٢).

٧ - الدكتور مهدي بازركان، حيث يرى أن حكم المرتد هذا يتعارض مع القرآن^(٣) كما في قوله تعالى: ﴿لا إكراه في الدين قد تبين الرشد من الغي﴾ غير

ملتفت إلى أن الآية لو تمت دلالتها أمكن ادعاء تخصيصها بالسنة الشريفة ولا تعتبر مخالفة للقرآن، كما في تخصيص آية الميراث: ﴿وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله﴾^(١١) بعدم شمول الكافر كما جاء في السنة الشريفة.

ثانياً: الاتجاهات الفقهية المثيرة لعقوبة الارتداد مع القبول بها

قسم بعض الباحثين^(١٢) هذه الاتجاهات إلى ما يلي:

أ - الاتجاه السياسي ومثل له باتجاه المرحوم عبدالقادر عودة حيث اعتبر الارتداد تهديداً للحكومة الإسلامية، وعملاً على تقويض أسسها^(١٣).

ب - الاتجاه الاجتماعي، حيث يعتبر الارتداد تعدياً على حقوق الآخرين مما يترك آثاراً سلبية على المجتمع، ويلوث أجواءه بتوجيه ضربة إلى أسسه الإيمانية والأخلاقية، وهذا ما يبدو من كتابات العلامة السيد فضل الله والشيخ المتظري وغيرهما^(١٤).

ج - الاتجاه الفردي، حيث يعبر الارتداد عن انحطاط فردي وفساد شخصي يجعل الإنسان يتبع الهوى، ولذلك مردودات اجتماعية حتماً، وهو ما يميل إليه الإمام الخامني^(١٥)، ويمكن أن تذكر كل هذه الاضرار بمجموعها لتبرير هذا الحكم، كما يمكن أن نضيف إليها:

د - الاتجاه الإنساني، إذ يعتبر المرتد عن الإسلام مرتداً عن دين الفطرة النقية الصالحة، وبالتالي فاسقاً عن الحالة الإنسانية الطبيعية بعد أن ذاق حلاوتها.

ومن هنا نجد اللائحة الإسلامية لحقوق الإنسان، والتي حظيت باجماع فقهاء مجمع الفقه الإسلامي الدولي ورؤساء السلطة في العالم الإسلامي، تقول في مادتها العاشرة:

«لما كان على الإنسان أن يتبع الإسلام دين الفطرة، فإنه لا تجوز ممارسة أي لون من الإكراه عليه كما لا يجوز استغلال فقره أو ضعفه أو جهله لتغيير دينه إلى دين آخر أو الالحاد».

وبالتالي يعدّ من فارق الإسلام مفارقاً لإنسانيته، داخلاً في حالة حيوانية تفقده قيمته.

ثالثاً: الاتجاهات المقيدة

وهي التي تحدّ من تطبيق هذه العقوبة على كلّ من تبدّلت عقيدته بمجرد التغير، ويمكن أن نذكر لها الأمثلة التالية:

أ - اتجاه تخصيص الأمر بحالة (الجُحود) و(العناد) مع معرفة الحقيقة، فهم كأولئك الذين قال فيهم القرآن الكريم: ﴿وَجَحَدُوا بِهَا وَاسْتَيْقَنَتْهَا أَنْفُسُهُمْ﴾^(١٥).

مستفيدين هذا القيد من قوله تعالى: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ﴾^(١٦) فبالرغم من وضوح الرشد، يختار هؤلاء الغيَّ ويجحدون بآيات الله. وحينئذ يحتاج الأمر إلى إثبات هذا الموضوع وهو من الصعوبة بمكان.

وربما أيد أصحاب هذا الاتجاه^(١٧) رأيهم ببعض الروايات، منها: محاولة الإمام علي عليه السلام لرجوع الشيخ المرتد عن الإسلام عن ارتداده بطرح احتمالات دفعته لذلك من قبيل: إصابة ميراث، أو الفشل في خطبة امرأة^(١٨) وهكذا لتعرف دوافعه الحقيقية.

ومنها: ما جاء عن الإمام الصادق عليه السلام من قوله: «كلّ مسلم بين مسلمين ارتدّ عن الإسلام وجحد محمدًا ﷺ نبوته، وكذّبه، فإنّ دمه مباح لمن سمع ذلك منه»^(١٩). فما دام في شبهة، أو كان هناك احتمال غرض آخر، فإنّه لا يُقتل. ولسنا بصدد مناقشة هذا القول فإنّه يحتاج إلى سدّ بعض الثغرات وإن كان وجيهاً في نفسه.

ب - السعي - إلى حد الإمكان - إلى هدايته، وقبول توبته، والسكوت عليه إن لم يكن من الأشرار الخطرين، والعمل بقاعدة «الحدود تُدرأ بالشبهات»^(٢٠). ويواجه هذا الرأي أيضاً تساؤلات عن أدلّته، وعدم تفريقه بين المرتد المَلّي والفطري وغيرها.

ح - وهناك اتجاه يفرق بين الأقوال التي تصدر معبرة عن عدم تدبّر وهذر، والأخرى التي تعبّر عن إنكار لمسلّمات الإسلام، وهو اتجاه مقبول.

و - وهناك اتجاه يؤكد على أنّ بعض الآراء قد يلازمها الكفر في رأي بعض العلماء، لكن لما كان صاحبها ينكر الملازمة حتّى مع وضوحها، فإنّه لا يعدّ كافراً، ولا تجري عليه أحكام الارتداد. وهذا رأي سديد يسدّ الكثير من أبواب التكفير المحطّم.

رابعاً: الاتجاه الولائي التعزيري

يتّجه أصحابه^(٢١) إلى الخروج بهذا الحكم من باب الحدود إلى باب التعزيرات، ومعلوم أنّ الحدود لا يمكن تعطيلها وتأخيرها، والشفاعة فيها كما تذكر الروايات^(٢٢) إلّا في حالات نادرة جداً. أمّا التعزيرات ففيها متّسع ومرونة تلاحظ الظروف والحالات المتنوعة.

وقد ذكرنا في بحث سابق قدمناه إلى مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الحادية عشرة ونشر في كتابنا (حول الدستور الإسلامي)^(٢٣) بعض تقسيمات الحكم الشرعي، ومنها تقسيمه إلى الحكم الأولي والثانوي، والولائي (السلطاني)، ووضّحنا الفرق بين هذه الأحكام على النحو التالي:

تقسيمات الحكم والفرق بينه

عرّف الحكم بأنّه «الاعتبار الشرعي المتعلق بأفعال العباد تعلقاً مباشراً أو غير مباشر»^(٢٤) ولعلّه أسلم التعاريف.

وقد قسّم الحكم إلى أقسام باعتبارات مختلفة، والذي يهّمنا هو تقسيم الحكم إلى الحكم الأولي والحكم الثانوي والحكم الولائي، وقد عرّف الحكم الأولي بأنّه: الحكم المجمعول للشيء أولاً وبالذات، أي دون أن يُلاحظ ما يطرأ عليه من العوارض الأخرى^(٢٥).

كما عرّف الحكم الثانوي بأنّه: الحكم المجمعول للشيء بلحاظ ما يطرأ عليه

من عناوين خاصة تقتضي تغيير حكمه الأولي^(٢٦).

وهذه الحالات الطارئة هي من قبيل الضرر والعسر والحرَج والعجز والإكراه والخوف والمرض وتزاحم الحكم عند تنفيذه مع حكم أهم منه ووقوعه مقدمة لحكم آخر ووقوعه مورد النذر والعهد والقسم... وغير ذلك من قبيل تحوّل الحكم الوجوبي الكفائي للصناعات التي يتوقف عليها نظام الحياة إلى الحكم التعيني الوجوبي إذا انحصر الأمر بشخص واحد.

والحكم الأولي ثابت لموضوعه دائماً، لأنّه جاء لذات الموضوع بغض النظر عن الطوارئ عليه، كما أنّه يشترك فيه العالم والجاهل، لأنّه أيضاً ثابت لذات الموضوع رغم كون الجاهل معذوراً.

في حين أنّ الحكم الثانوي ثابت ما ثبتت الحالة الطارئة، ولخصوص هذا الشخص الذي عرضت له.

ولذا نجد أنّ الحكم الثانوي يعبر عن مرونة تشريعية، ذلك أنّ المرونة تعني الاستجابة للحالة الضاغطة بمقدار ما تحمله من ضغط، ثمّ العودة إلى الحالة الطبيعية - عند ارتفاع العامل الذي أدى إلى أن يُغيّر الحكم - وهي هنا الحكم الأولي، وهذه بنفسها قاعدة عامة يجب أن يلحظها الفرد عند اتباعه الحكم الثانوي، كما يجب أن يلحظها الحاكم الشرعي في حكمه الولائي فلا يتجاوزها إلى حالة طارئة بشكل دائم بل يتبع في ذلك مقتضيات المصلحة العامة ملتفتاً إلى كون الحالة استثنائية.

ولسنا بصدد استقصاء العناوين الطارئة بشكل ثانوي، وإنّما نشير إلى أنّ القرآن الكريم يشير إليها، مثلاً جاءت حالة (الاضطرار) في الآيات التالية:

قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخَنزِيرِ وَمَا أَهْلَ بِهِ لغيرِ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾^(٢٧).

وقوله تعالى: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرِ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾^(٢٨).

وقوله تعالى: ﴿وَمَا لَكُمْ أَنْ لَا تَأْكُلُوا مِمَّا ذَكَرَ اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرَرْتُمْ إِلَيْهِ﴾^(٣٩) وغيرها.

وكذلك الحرج في قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾^(٣٠). وكذلك العناوين الأخرى.

وهذا المعنى أيضاً جاء في الروايات الشريفة، ومنها: حديث الرفع الذي رُوي بسند جامع لشرائط الصحة: عن حريز عن أبي عبد الله الصادق عليه السلام قال: قال رسول الله ﷺ: «رفع عن أمتي تسعة: الخطأ والنسيان وما أكرهوا عليه وما لا يعلمون وما لا يطيقون وما اضطروا إليه والحسد والطيرة والتفكر في الوسوسة في الخلق ما لم ينطق بشقة»^(٣١).

الأحكام الحكومية

وربما سميت بالأحكام الولائية أو السلطانية، ومنها: الأحكام القضائية، وقد عُرِّفت بأنها: إنشاء انفاذ من الحاكم - لا منه تعالى - لحكم شرعي أو وضعي أو موضوعهما في شيء مخصوص^(٣٢).

وصاحب الجواهر هنا - رغم كونه يتعرض لتعريف الحكم القضائي - يطرح المسألة بشكل أعم ليشمل كل حكم يصدر من الحاكم الشرعي - وهو في ذيل التعريف يشير إلى هذا التعميم. فإذا صدر الحكم في مقام الخصومة والترافع كان حكماً حكومياً قضائياً وإلا كان حكماً عاماً.

ويعرفه الشهيد الأول بأنه: إنشاء اطلاق أو الزام في المسائل الاجتهادية وغيرها مع تقارب المدارك فيها مما يتنازع في الخصمان لمصالح المعاش^(٣٣). وهذا تعريف يختص بالأمور القضائية.

وإذا شئنا أن نجاري أسلوب تعريف الحكم الأولي قلنا: إن الحكم الحكومي هو: الاعتبار الصادر من الحاكم الشرعي بمقتضى صلاحيته الشرعية والمتعلق بأفعال العباد مباشرة أو بشكل غير مباشر، ليكون شاملاً للأحكام التكليفية والوضعية.

وإذا أردنا أن نخصّصه بالأحكام القضائية أضفنا إليه عبارة: في مقام رفع التخاصم.

الفروق بين الأحكام الأولية والأحكام الولائية

وعلى ضوء ما سبق يمكن أن نحصر الفروق في ما يلي:

أولاً: إن الأحكام الأولية هي أحكام للشارع المقدس، يتم كشفها من قبل الفقيه مباشرة، في حين إن الأحكام الولائية هي أحكام يصدرها الحاكم الشرعي بمقتضى صلاحياته الشرعية.

ثانياً: إن الأحكام الأولية هي أحكام كلية غير مطبقة على مصاديقها الخارجية، كقول الفقيه (الصلاة واجبة) و(الماء طهور)؛ في حين إن الأحكام الولائية تعبر عن تطبيق حكم كلي في الموضوعات الخارجية^(٣٤).

ثالثاً: أن الأحكام الفتوائية (الأولية والثانوية) يمكن نقضها من قبل فقيه آخر؛ لأن المقام مقام كشف عن الحكم الشرعي، أما الأحكام الولائية فلا يمكن نقضها، وفي نقض الأحكام القضائية منها كلام.

رابعاً: أن الأحكام الفتوائية قائمة على أساس من مصالح ومفاسد في ذوات الأشياء يلحظها الشارع المقدس جل جلاله ويصدر حكمه فيها، أما الأحكام الولائية فهي تتبع المصالح التي يدركها الحاكم الشرعي أو التطبيقات التي ينصرف نظره إليها على الموضوعات الخارجية.

خامساً: الأحكام الأولية تعبر عن الحالة الطبيعية للأشياء، كما يراها الإسلام أما الأحكام الولائية فهي تعبر عن مقتضيات المصلحة التي يراها ولي الأمر وتشكل حالة استثنائية.

سادساً: قيل: إن الأحكام الحكومية هي تنفيذ للأحكام الأولية^(٣٥)، وربما كان المراد أنها في الواقع تعتمد على الأحكام الأولية، وتُحاول تبين السبل لتنفيذها، كما سيأتي.

والحقيقة هي أنّ أسلوب التنفيذ هو أحد الموارد التي يكلف بها الحاكم الشرعي ليعيّن اجتماعياً رغم وجود بدائل أخرى للتنفيذ، من قبيل أن يأمر بنظام اقتصادي معيّن لا ربا فيه مع وجود بدائل أخرى، إلاّ أنّه يمكن إرجاع هذا الفرق إلى الفرق الثاني، واعتبار أنّ كل ما يقوم به الحاكم الشرعي إنّما هو العمل على تطبيق كليات شرعية معطاة له بالحكم الأولي من قبيل: لزوم مراعاة المصلحة العامة، كما سيأتي ذلك.

الفرق بين الأحكام الثانوية والأحكام الولائية

ويمكن أن نذكر هنا الفروق التالية:

أولاً: أنّ الأحكام الثانوية تنحصر عناوينها بما ذكر في القرآن الكريم والسنة الشريفة فهي تركز عليها؛ في حين تركز الأحكام الولائية على المصلحة العامة ومقتضيات المؤشرات العامة، كما سيأتي الحديث عنها في الفصل التالي.

ثانياً: أنّ الأحكام الثانوية يُمكن أن يدركها الفرد ويعمل بها، في حين تتوقّف الأحكام الولائية على نظر ولي الأمر.

ثالثاً: أنّ الأحكام الثانوية هي أحكام شرعية وضعت للعناوين الطارئة، أمّا الأحكام الولائية فهي أحكام يصدرها ولي الأمر بمقتضى صلاحياته، وربما استند في حكمه إلى توفر هذه العناوين الطارئة، ولكنه على أي حال حكم صادر من ولي الأمر لا من الشارع، وإن كان واجب الطاعة شرعاً.

وهناك من يرى الوحدة بينهما على أساس أنّهما حكمان استثنائيان، إلاّ أنّ ما ذكرناه يوضّح الفرق بينهما.

مشروعية الحكم الحكومي

قد لا تجدنا بحاجة ماسّة لاثبات مشروعية الحكم الحكومي بعد أن كاد أن يكون من الواضحات، رغم تشكيك بعض العلمانيين، بل بعض المتحجّرين من

ذوي الاتجاه الديني أحياناً. فيكفي أن نشير إلى بعض أدلة المشروعية مع طرح بعض الملاحظات في البين:

أولاً: القرآن الكريم

إنَّ حقَّ إصدار الحكم الحكومي، حقَّ يطرحه القرآن الكريم للأنبياء وأولي الأمر بكل وضوح، يقول تعالى: ﴿فَلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً﴾^(٣٧).

ويقول تعالى: ﴿إنما كان قول المؤمنين إذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم أن يقولوا سمعنا وأطعنا وأولئك هم المفلحون﴾^(٣٧).

ويقول تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم﴾^(٣٨).

ويقول تعالى: ﴿النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم﴾^(٣٩) وغيرها من الآيات الكريمة.

ثانياً: السنة الشريفة

وهي طافحة بما لا مزيد عليه من الأحكام التي أصدرها ﷺ باعتبارها ولياً للأمر، نُشير فيما يلي إلى بعضها:

- ١ - الحكم بإعدام كعب الأشراف^(٤٠).
- ٢ - الحكم بإهدار دماء أشخاص في فتح مكة^(٤١).
- ٣ - إصدار الأمر بمنع مجالسة الممتنعين عن الجهاد^(٤٢).
- ٤ - الحكم بقطع نخيل بني النضير^(٤٣).
- ٥ - النهي عن أكل لحم الحمير في خيبر^(٤٤).
- ٦ - النهي عن التحلف عن جيش اسامة^(٤٥).

بل يمكن القول إنَّ قيادته ﷺ تمثلت في أوامر حكومية كان يصدرها بشكل مستمر إلى جانب إبلاغ الأوامر الالهية التي يبلغها الوحي الصادق الأمين.

وقد تعرّض الشهيد الصدر في كتابه القيم «اقتصادنا» لهذا الموضوع - وذلك في معرض حديثه عن التشريع - إلى التضييل في فهم النص، والخطأ في استنباط الحكم الشرعي منه، قائلًا:

فقد جاء في الرواية أنّ النبي قضى بين أهل المدينة في النخل: لا يمنع نفع بئر، وقضى بين أهل البادي: أنّه لا يمنع فضل ماء، ولا يباع فضل كلاً. وهذا النهي من النبي عن منع فضل الماء والكلاً يمكن أن يكون تعبيراً عن حكم شرعي عام ثابت في كل زمان ومكان، كالنهي عن الميسر والخمر، كما يمكن أيضاً أن يعبر عن اجراء معين اتخذه النبي بوصفه ولي الأمر المسؤول عن رعاية مصالح المسلمين، في حدود ولايته وصلاحياته، فلا يكون حكماً شرعياً عاماً بل يرتبط بظروفه ومصلحته التي يقدرها ولي الأمر. وموضوعية البحث في هذا النص النبوي تفرض على الباحث استيعاب كلا هذين التقديرين، وتعيين أحدهما على ضوء صيغة النص وما يناظره من نصوص.

وأما أولئك الذين يتخذون موقفاً نفسياً تجاه النص بصورة مسبقة فهم يفترضون منذ البدء أن يجدوا في كل نص حكماً شرعياً، وينظرون دائماً إلى النبيّ من خلال النصوص بوصفه أداة لتبليغ الأحكام العامة، ويهتملون دوره الإيجابي بوصفه ولي الأمر. فيفسرون النصّ الأنف الذكر على أساس أنه حكم شرعي عام، ويفرعون على هذا الأساس أن النهي ليس نهي تحريم وإنما هو نهي كراهة، لأنهم يستبعدون أن يكون منع المالك لفضل مائة حراماً شرعاً في كل زمان ومكان^(٤٦).

وهكذا نجد تفريقه عليه السلام بين الموقفين تماماً، أي: بين الأمر الكاشف عن الحكم الشرعي الأولي، والأمر الولائي الحكومي.

أما من حيث الدلالة هذه الأوامر الولائية على الكشف عن الحكم الشرعي الأولي فقد تعرّض الأصوليون لذلك، فذكر صاحب «سُلم الوصول» أنّه: ليس كل ما روي عن الرسول عليه الصلاة والسلام من أقواله وأفعاله وتقريراته تشريعاً يطالب به المكلفون، لأن الرسول بشر كسائر الناس - من الناحية

الفسولوجية - اصطفاه الله رسولاً لهداية الناس وارشادهم؛ قال تعالى: ﴿قُلْ إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ مِّثْلُكُمْ يُوحَىٰ إِلَيَّ﴾^(٤٧) فما صدر منه ينتظم الأقسام التالية:

١ - ما صدر منه بحسب طبيعته البشرية كالأكل والشرب والنوم وما إلى ذلك من الأمور التي مرجعها طبيعة الإنسان وحاجته.

٢ - ما صدر منه بحسب خبرته وتجاربه في الحياة، وفي الأمور الدنيوية وبحسب تقديره الشخصي للظروف والأحوال الخاصة، وذلك مثل شؤون التجارة والزراعة والمسائل المتعلقة بالتدبيرات الحربية وما إلى ذلك من الأمور التي يعتمد فيها على مقتضيات الأحوال ومراعاة الظروف.

وهذان القسمان ليسا تشريعاً، لأن مرجع القسم الأول الطبيعة والحاجة البشرية، ومرجع القسم الثاني الخبرة والتجارب في الحياة والتقدير الشخصي للظروف الخاصة من غير أن يكون هناك دخل للوحي الإلهي ولا للنبوة والرسالة.

٣ - ما صدر منه على وجه التبليغ عن الله تعالى، بصفته رسولاً يجب الاقتداء به والعمل بما سنّه من الأحكام مثل تحليل شيء أو تحرime والأمر بفعل أو النهي عنه وكيان العبادات، وتنظيم المعاملات، والحكم بين الناس، فهذا التقسم الأخير تشريع عام يجب على كل مكلف العمل به والأحاديث الواردة في هذا القسم تسمى بأحاديث الأحكام.

وبالجملة فإن أقوال الرسول وأفعاله وتقريراته إنما تكون دليلاً من الأدلة، ومصدراً من المصادر التشريعية التي تستمد منها الأحكام الشرعية إذا صدرت منه بمقتضى رسالته لسن القوانين وتشريع الأحكام أو بيانها^(٤٨).

وقد أشكل عليه أستاذنا السيّد محمّد تقي الحكيم بأنّ هذا التقسيم غريب، بناءً على:

أ - علمنا بأنه ما من واقعة إلاّ والله فيها حكم.

ب - صدور هذه الأفعال عن إرادة.

ج - أدلة العصمة.

فكل ما يصدر عنه ﷺ بطبيعة الحال يكون موافقاً لأحكام الشريعة ومعبراً عنها، ولا يختلف الحال بين القسم الأول والثاني والثالث، واستثنى من ذلك مختصاته ﷺ؛ كالزواج بأكثر من أربع، وكذلك أفعاله الطبيعية غير الإرادية... وأضاف:

أفصاه أن بعض أفعاله تختلف عن البعض الآخر من حيث دلالتها على الحكم بعنوانه الأولي أو العنوان الثانوي، ودلالتها أحياناً على جواز العمل بالحكم الظاهري، وهكذا^(٤٩).

وما قاله أستاذنا الحكيم صحيح، إلا أنه يمكن توجيه كلام صاحب (سُلم الوصول) بأن القسم الأول يعني الأساس الذي صدر عليه هذا السلوك الخاص، وأن القسم الثاني لا يكشف عن حكم شرعي ثابت كما هو الحال في القسم الثالث.

إلا إن الذي يرد عليه أنه في القسم الثاني لم يفرق بين الآراء الشخصية والمواقف الحكومية الولائية، حيث تعبر المواقف الحكومية عن مراعاة كاملة للأطر التشريعية العامة، والتوجيهات الإسلامية للحاكم الشرعي - سيأتي بيانه - والمصلحة العامة للأمة مما يمكن أن يساعد في الكشف عن الحكم الإسلامي الثابت وإن كان هو لا يعتبر عن حكم ثابت شامل باعتبار قيامه على أساس مراعاة الظروف الزمانية والمكانية.

وقد نستغرب أن يدخل في القسم الثالث مسألة «الحكم بين الناس» وهي لا تعبر عن حكم إسلامي ثابت، إلا أن يريد القواعد الثابتة لهذه المسألة.

هذا وهناك أمثلة كثيرة للأحكام الصادرة عن الأئمة بشكل ولائي، لا مجال هنا للتعرض إليها بالتفصيل.

معيار التمييز بين الأوامر الشرعية والولائية

وربما كان هذا البحث من البحوث الأصلية وإن لم يتم الاهتمام به على النحو المطلوب.

وما يبدو لنا أنَّ هناك معايير فنية من قبيل:

أولاً: أن يتعلّق بالقضايا الخارجية.

ثانياً: أن يحمل معه قرينة تدلّ على ذلك، كأن يكون في موقف القضاء أو الحكم بين الناس.

ثالثاً: أن يصدر في جو مخالف لمضمونه، مجمع على عمومته الأبى عن التخصيص.

رابعاً: أن يفسّره الأئمة والأصحاب بذلك وفق قرائن معينة عندهم، مما يحقّق لنا الاطمئنان بالجو الذي صدرت فيه هذه الأوامر.

كما جاء في بعض الروايات عن أهل البيت عليهم السلام من قبيل:

١ - محمد بن يعقوب عن علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن ابن أبي عمير عن حماد بن عثمان عن الحلبي: قال:

«سئل أبو عبدالله عن شراء النخيل والكروم والثمار ثلاث سنين أو أربع سنين فقال: لا بأس، تقول: إن لم يخرج في هذه السنة أخرج في قابل، وإن اشتريته في سنة واحدة فلا تشتريه حتى يبلغ، وإن اشتريته ثلاث سنين قبل أن يبلغ فلا بأس.

وسئل عن الرجل يشتري الثمرة المسماة من أرض فتهلك ثمرة تلك الأرض كلها، فقال: قد اختصموا في ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فكانوا يذكرون ذلك، فلما رأهم لا يدعون الخصومة نهاهم عن ذلك البيع حتى تبلغ الثمرة ولم يحرمه، ولكن فعل ذلك من أجل خصومتهم»^(٥٠).

٢ - محمد بن يعقوب بإسناده عن الحسين بن سعيد، عن حماد بن عيسى، عن حريز، عن محمد بن مسلم.

عن أبي جعفر عليه السلام أنّه سئل عن... والحمير والبغال والنخيل فقال: «ليس الحرام إلّا ما حرّم الله في كتابه، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وآله يوم خيبر عنها، وإنما نهاهم من أجل ظهورهم أن يفنوه وليست الحمر بحرام»^(٥١).

٣ - نقل الترمذي عن رافع بن خديج أنه قال:

«نهانا رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعاً، إذا كانت لأحدنا أرض أن يعطيها ببعض خراجها أو بدراهم، وقال: إذا كانت لأحدكم أرض فليمنحها أخاه أو ليزرعها».

ويعلق الشهيد الصدر عليه بقوله:

... ونحن حين نجمع بين قصة هذا النهي، واتفاق الفقهاء على عدم حرمة كراء الأرض في الشريعة بصورة عامة، ونضيف نصوصاً كثيرة واردة عن الصحابة تدل على جواز إجارة الأرض، نخرج بتفسير معين لهذا النص... وهو أن النهي كان صادراً من النبي بوصفه ولي الأمر وليس حكماً شرعياً عاماً^(٥٢).

الأصل في المسألة

هذا وإن لم يقدّم أي من هذه المعايير على تشخيص الموقف، فإنّ الأصل - والله أعلم - هو اتباع الطبيعة الغالبة، وهي كونه ﷺ في موقف التبليغ.

ثالثاً الإجماع

مرّ بنا أنّ هذا الأمر يعدّ من الأحكام الواضحة في الإسلام، وذلك نتيجة لإجماع الأمة الإسلامية على استمرار الحكومة الإسلامية التي بدأت بعهد النبي ﷺ والخلفاء الراشدين، واستمرت بأشكال أخرى، ورغم الانحراف الذي أصاب بعض الحاكمين إلا أنّ أصل الحكومة لم يكن ليعترض عليه أحد، بل شكّلت - عند البعض - أمراً يجب احترامه حتّى ولو كان الحاكم فاقداً للشروط المطلوبة.

رابعاً: طبيعة التشريع الإسلامي ودليل العقل

إنّ المتتبع للتشريعة الإسلامية بسعتها وعرضها العريض، وأهدافها المعلنة كشريعة للحياة وأنّ لكلّ واقعة فيها حكم، ولكل مشكلة رأي وموقف، ولكل جانب من جوانب الحياة الإنسانية نظام شامل ومتشعب؛ هذا المتتبع لا بد له أن يصدّق

تماماً بوجود نظام سياسي حكومي إسلامي، وأن لهذا النظام صلاحياته التي تتطلب قيامه بفضّ النزاعات وملء المناطق المتعلقة بالشؤون الإدارية والتنفيذية والتي ترتبط بالجانب المتغير من الحياة... وهذا المسلك ربما أطلق عليه اسم مسلك العقل، والمراد به المسلك الذي يعتمد فيه على النتيجة المنطقية التي يخرج بها من يلاحظ مجمل الخصائص الإسلامية ومقاصد الشريعة وأهدافها.

والحقيقة أنّ التصور القائل بعدم الحكومة، يعني أنّ الإسلام سلّم كل نظمه وقوانينه الحياتية بيد حكومة لم يخطط لها ولا تؤمن به؛ هو أمر يدعو للسخرية^(٥٦).

النتيجة

وعلى ضوء ما قدّمناه يلاحظ أصحاب الاتجاه الولاوي في حكم المرتد ما يلي:

أ - أنّ حركة الارتداد في صدر الإسلام كانت حركة سياسية واسعة، ولم تكن بشكل حركة عادية تعرض فيها شبهات فردية فيرجع من خلالها أصحابها عن دينهم، لقد عمل الكفار والمشركون كلما في وسعهم لتمزيق صفوف المسلمين بشتى الطرق التي يعرض بعضها القرآن الكريم فيقول: ﴿ولا يزالون يقاتلونكم حتى يردّوكم عن دينكم إن استطاعوا ومن يردد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة﴾^(٥٦).

وربّما حرّكوا مجموعات للتظاهر بالإسلام ثم إعلان الكفر مما يصيب الصف المؤمن بالارباك، فيقول: ﴿وقالت طائفة من أهل الكتاب آمنوا بالذي أنزل على الذين آمنوا وجه النهار واكفروا آخره لعلهم يرجعون﴾^(٥٥) وهو أمر حذر منه الرسول الكريم ﷺ.

ويقول: ﴿يا أيها الذين آمنوا إن تطيعوا فريقاً من أهل الكتاب يردوكم بعد إيمانكم كافرين﴾^(٥٦).

ويقول: ﴿يا أيها الذين آمنوا إن تطيعوا الذين كفروا يردوكم بعد إيمانكم كافرين﴾^(٥٧).

ويلاحظ أنها آيات نزلت بعد معركة أحد للملزمة الصف المسلم. وهكذا الأمر بالنسبة للمنافقين.

ويقول أيضاً: ﴿ودوا لو تكفروا كما كفروا فتكونون سواء﴾^(٥٨).

إن الارتداد والحالة هذه يشكّل انفصاماً عن الجماعة المسلمة، وانضماماً إلى المعسكر الآخر، لقد كان الأعداء يتلاعبون بالأمر لتحقيق هدفهم.

ويقول: ﴿إن الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا لم يكن الله ليغفر لهم ولا ليهديهم سبيلاً﴾^(٥٩).

بالإضافة إلى أن الارتداد الذي يركّز عليه القرآن هو الارتداد المعاند فيقول: ﴿كيف يهدي الله قوماً كفروا بعد إيمانهم وشهدوا أن الرسول حق وجاءهم البينات﴾^(٦٠).

ويقول: ﴿ولا تكونوا كالذين تفرقوا واختلفوا من بعدما جاءهم البينات واولئك لهم عذاب عظيم﴾^(٦١).

كل هذا والمجتمع الإسلامي في مرحلة التأسيس.

ب - أكد أصحاب هذا الاتجاه أنه رغم قبولهم بإمكان تخصيص القرآن بالسنة الثابتة، فإنه يجب الحفاظ على العام القرآني مهما أمكن.

ومن هنا رأينا أحد كبار الفقهاء الإمامية وهو الشهيد الأول محمد بن مكي العاملي^(٦٢) يعتبر أن قوله: ﴿من قتل قتيلاً فله سلبه﴾^(٦٣) هو من الأحكام الولائية التي تتوقف على إذن الإمام، ولم يخص به قوله تعالى: ﴿واعلموا أن ما غنمتم من شيء فإن لله خمسة﴾^(٦٤) باعتبار أن «خروج السلب منها ينافي الظاهر، ولأنه كان يؤدي إلى حرصهم على قتل ذي السلب دون غيره فيختل نظام المجاهدة، ولأنه ربما أفسد الإخلاص المقصود من الجهاد».

وقد ذكر الشيخ حسن مأمون هذا الخلاف فيه بين العلماء في كتابه «الفقه الإسلامي مرونته وتطوره»^(٦٥).

وهكذا هو الحال بالنسبة للمرتد، فالقرآن الكريم يؤكد - من جهة - مبدأ عدم الاكراه في قوله تعالى: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ﴾^(٦٦) وقوله: ﴿أَفَأَنْتَ تَكْرَهُ النَّاسَ حَتَّى يَكُونُوا مُؤْمِنِينَ﴾^(٦٧).

كما يؤكد من جهة ثانية على حرمة النفس الانسانية فيقول: ﴿مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾^(٦٨).

ومن جهة ثالثة ينفي صفة السيطرة والوكالة والجبروت عنه ﷺ^(٦٩).

ومثل هذه الآيات رغم أنها لا تنفي ولاية الرسول وحاكميته وقيادته للأمة ولكنها تجعل إيمان الأفراد خارجاً عن سيطرته ﷺ وذلك أمر طبيعي واقعي.

وعلى هذا الأساس يتجه اعتبار قوله ﷺ: «من بدل دينه فاقتلوه» حكماً حكومياً يجب تنفيذه على أساس ﴿أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾^(٧٠) وبالرغم من أن المرحوم محمد أبو زهرة اعتبر الحديث مخصصاً للآية بخصوص الدخول إلى الإسلام لا البقاء عليه^(٧١) فإن التساؤل لا يزال قائماً: ما دمنّا نستطيع الاحتفاظ بالعموم القرآني على حالة، عبر القول بالحكم الحكومي، فلماذا نلجأ للتخصيص؟ ثم إن نفس التعليل ﴿قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ﴾ شمل الحالتين معاً، ويؤكد عموم الآية، بل وربما يجعلها عصية على التخصيص، إلا أن تكون هناك مصلحة أقوى تغلب التعليل^(٧٢).

ج - ثم إن الارتداد من الموضوعات التي لها حالات متنوعة، ولكل منها تأثير خاص؛ فقد يكون بمستوى الشك والترديد في الأصل، وأخرى بمستوى الإنكار.

وقد يكون ناتجاً عن الجهل، أو يتم على علم.

وقد يكون فردياً، كما قد يشكل ظاهرة جماعية.

وقد تكون له جذور سياسية، أو يعبر عن حركة سياسية.

وقد يكون في مرحلة تأسيس المجتمع الإسلامي، أو بعد تثبيته.

وهكذا نجد أن المبدأ العقلي والعقلاني القائل بلزوم التناسب بين الجريمة والعقاب ربما اتجه إلى المرونة.

ثم إن هنا أمراً يطرح نفسه وهو مسألة رعاية مصلحة الأمة الإسلامية، وهو ما لاحظناه من تعامل الرسول مع المنافقين رغم علمه بضعف قلوبهم. ولذلك تطبيقات أخرى.

وكل ذلك يقود أصحاب هذا الاتجاه لتقوية احتمال كون هذا الحكم تعزيراً حكومياً^(٧٣).

مؤيدات هذا الاتجاه

ويحاول هذا الاتجاه أن يؤيد رأيه بما يلي:

أولاً: أن الروايات الواردة في هذا المجال لم يرد فيها لفظ الحد.

ثانياً: أن الفقهاء القدامى لم يذكروا لفظ الحد. ولا الشيعة القدامى لم يذكروا ذلك^(٧٤) وقد استفاد البعض ذلك (أي الصفة التعزيرية) من علماء السنة^(٧٥).

وذكر بعض المؤلفين أنه

استدل البعض بأن الرسول عليه الصلاة والسلام قد عفا بعد دخوله مكة عن أناس كان قد توغدهم بالقتل، أمثال عبدالله بن أبي سرح الذي ارتد عن الإسلام رغم أنه كان أحد كتبة الوحي وقد شفع له عثمان بينما لم يعف عن آخرين، مما له دلالة على أن الردة جريمة تعزيرية^(٧٦).

ثالثاً: أن القرآن الكريم نفسه أبدى مرونة في معاقبة المرتدين كما في قوله تعالى: ﴿لَا تَعْتَذِرُوا قَدْ كَفَرْتُمْ بَعْدَ إِيمَانِكُمْ إِنَّ نَعْفَ عَنْ طَائِفَةٍ مِنْكُمْ نَعَذِبُ طَائِفَةً بِأَنَّهُمْ كَانُوا مُجْرِمِينَ﴾^(٧٧) ولفظة «مجرمين» تشير إلى جرائم أخرى غير الردة ظاهراً.

رابعاً: مرونة العقوبة في الروايات، وذلك واضح - مثلاً - من الرواية الواردة عنه عليه السلام: «لولا أنني أكره أن يقال: إن محمداً استعان بقوم حتى إذا ظفر بعدوه قتلهم

لضربت أعناق قوم كثير «أو» لا أحب أن يقول الناس: إنَّ محمداً يقتل أصحابه» وهي رواية واردة في مختلف المصادر على اختلاف في التعبير.

وختاماً فإنَّ الاجتهاد مفتوح في هذه المجالات الظنية، ومن هنا فنحن نرجح هذا الاتجاه الرابع؛ لقوة أدلته، ولوجود مؤيدات له، ولأنه لا ينقض إجماعاً ولا يرفض حديثاً، ثمَّ إنَّه ينسجم مع تعامل الرسول الكريم ﷺ مع المنافقين والمرتدين، ولا يؤدي للقول بتقييد عمومات قرآنية تأبى التقييد ظاهراً، وبالتالي هو ينسجم مع الحكم الثابت - عقلاً ونقلاً - وهو ضرورة حصول اليقين القلبي الذي لا يتم إلا بالاختيار والقبول الواقعي، وأخيراً فهو ينسجم مع الاتجاه الإنساني للإسلام وهو سمة عامة في أحكامه...

الهوامش :

(١) سورة البقرة، الآية: ٢١٧.

(٢) الإسلام عقيدة وشريعة، ج ٢ ص ٣٠١.

(٣) حدة الردة، ص ٦١.

(٤) الحرية الدينية في الإسلام، ص ٦١.

(٥) المحلى لابن حزم، ج ١٢ ص ١١٠ و ١٦٣، وسائل الشيعة ج ١٥، ص ٣٩٩ مثلاً.

(٦) الإسلام ومستقبل الحضارة، ص ٢١٣.

(٧) مقالة الفقه في الميزان، مجلة (كيهان) الإيرانية العدد ٤٦، ص ٢٠.

(٨) كتاب، لا إكراه في الدين، ص ٣٦.

(٩) راجع مجلة كيهان الثقافية بتاريخ ١٩٩٤/٢/٢١.

(١٠) سورة الأنفال، الآية: ٧٥.

(١١) الشيخ محمد سروش في كتابه حرية العقل والإيمان، طبعة قم.

(١٢) التشريع الجنائي في الإسلام، ج ١ ص ٦٦١، ٥٣٦، وانظر سيد سابق في فقه السنة ج ٢ ص ٣٠٥.

- ومحمد المبارك في الحكم والدولة ص ١٤٧، الشهيد مطهري في تعليقاته ج ٢ ص ٣١٦.
- (١٣) مجلة كيهان الإيرانية العدد ٤٥ ص ١٥١، مجلة العلوم السياسية الإيرانية، شتاء عام ١٩٩٨ ص ١١٤.
- (١٤) مقالة: الحرية في وجهة النظر الإسلامية والغربية، مجلة (فكر الحوزة) السنة ٤ العدد ٢ ص ٣٩.
- (١٥) سورة النمل، الآية ١٤.
- (١٦) سورة البقرة، الآية ٢٥٦.
- (١٧) ومنهم الشيخ المتظري كما يرى البعض.
- (١٨) المحلى لابن حزم ج ١ ص ١٩٠ طبعة دار الجيل.
- (١٩) وسائل الشيعة، ج ١٨ ص ٥٤٥.
- (٢٠) المرعشي في كتابه نظرة جديدة في الحقوق الجزائية في الإسلام ج ١ ص ٩٢.
- (٢١) ومنهم الشيخ محمد سروش في كتابه الآنف ذكره، وكذلك الدكتور العيكان. كما سيأتي. وقبل ذلك فقد نسب القول به إلى ابن القيم والسرخسي والمحقق الحلي، ومن المتأخرين الشيخ محمد عبده.
- (٢٢) وسائل الشيعة ج ١٨ ص ٣٠٩، ٣٣٦، ٣٣٣.
- (٢٣) ص ١٧٧ في شرح المادة الخامسة من الدستور الإسلامي الإيراني.
- (٢٤) أصول الفقه المقارن، ص ٥٥.
- (٢٥) المصدر السابق، ص ٧٣.
- (٢٦) المصدر نفسه، ص ٧٣.
- (٢٧) سورة البقرة، الآية: ١٧٢.
- (٢٨) سورة المائدة، الآية: ٣.
- (٢٩) سورة الأنعام، الآية: ١١٩.
- (٣٠) سورة الحج، الآية: ٧٨.
- (٣١) وسائل الشيعة، ج ١١، ص ٢٩٥، وذكرته الصحاح.
- (٣٢) جواهر الكلام، ج ٤ ص ١٠٠.
- (٣٣) القواعد والفوائد، ج ١ ص ٣٢٠.
- (٣٤) مسالك الأفهام، ج ١ ص ١٦٣، جواهر الكلام ج ٢١ ص ٤٣.
- (٣٥) ملاكات الأحكام لمجموعة مؤلفين، ج ٧ ص ٢٥١.
- (٣٦) سورة النساء، الآية: ٦٥.

- (٣٧) سورة النور، الآيتان: ٤٩، ٥٠.
- (٣٨) سورة النساء، الآية: ٥٩.
- (٣٩) سورة الأحزاب، الآية: ٦.
- (٤٠) صحيح البخاري كتاب ٤٨ باب ٣، مجمع البيان للطبرسي ج ٩ - ١٠ ص ٣٨٦.
- (٤١) مجمع البيان، ج ٩ - ١٠ ص ٨٤٨.
- (٤٢) مجمع البيان، ج ٥ - ٦ ص ١٢٠.
- (٤٣) وسائل الشيعة، ج ١١ ص ٤٣، صحيح البخاري كتاب ٥٦ باب ٥٤ وغيرها.
- (٤٤) وسائل الشيعة، ج ١٦ ص ٣٩، صحيح البخاري باب ١٣٠.
- (٤٥) بحار الأنوار، ج ٢٨ ص ٢٠٧، المغازي للواقدي ص ٤٣٣.
- (٤٦) اقتصادنا ج ٢ ص ٣٧٦.
- (٤٧) سورة الكهف، الآية: ١٠.
- (٤٨) سلم الوصول، ص ٣٦٢ فما بعدها.
- (٤٩) أصول الفقه المقارن ص ٣٣٠.
- (٥٠) وسائل الشيعة، ج ١٣ ص ٣.
- (٥١) المصدر السابق، ج ١٦ ص ٣٩٤.
- (٥٢) اقتصادنا، ج ٢ ص ٦٤٣.
- (٥٣) ولاية الفقيه، ج ١ ص ١٦١ - ١٩١.
- (٥٤) سورة البقرة، الآية: ٢١٦.
- (٥٥) سورة آل عمران، الآية: ٧٢.
- (٥٦) سورة آل عمران، الآية: ١٠٠.
- (٥٧) سورة آل عمران، الآية: ١٤٩.
- (٥٨) سورة النساء، الآية: ٨٩.
- (٥٩) سورة النساء، الآية: ١٣٧.
- (٦٠) سورة آل عمران، الآية: ٨٦.
- (٦١) سورة آل عمران، الآية: ١٠٥.
- (٦٢) في كتابه القواعد والفوائد، ج ١ ص ٢١٧.
- (٦٣) موطأ مالك ج ١ ص ٣٠٣ من حديث أبي قتادة وهو متفق عليه، كما ذكر في زاد المعاد ج ٢ ص ٤٥٧.

- (٦٤) سورة الأنفال، الآية: ٤١.
 (٦٥) ص ١١٤.
 (٦٦) سورة البقرة، الآية: ٢٥٦.
 (٦٧) سورة يونس، الآية: ٩٩.
 (٦٨) سورة المائدة، الآية: ٣٢.
 (٦٩) سورة الغاشية، الآية: ٢٢، سورة الأنعام، الآية: ١٠٧، سورة ق، الآية: ٤٥.
 (٧٠) سورة النساء، الآية: ٥٩.
 (٧١) العقوبة، ص ٨٤.
 (٧٢) حرية العقل والايمان، ص ٢٩٩.
 (٧٣) يقول المرحوم الشيخ الطوسي في المبسوط، ج ٨ ص ٦٩ «التعزيز موكول إلى الإمام، لا يجب عليه ذلك، فإن رأى التعزيز فعل، وإن رأى تركه فعل».
 (٧٤) تراجع آراء الشيخ الصدوق في المقنع والشيخ المفيد في المقنعة والشيخ الحلبي في الكافي والشيخ الطوسي في النهاية، بل ذكر المحقق الحلبي في الشرائع الإرتداد في التعزيرات.
 (٧٥) كالإمام ابن القيم والسرخسي، وأيدهم الشيخ محمد عبده.
 (٧٦) حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، ص ١١٦، د. صالح العبيكان، الحريات العامة في الإسلام، عبدالحكيم حسن، ص ٤١٥، الحريات العامة في الدولة الإسلامية، راشد الغنوشي، ص ٤٨.
 (٧٧) سورة التوبة، الآية: ٦٦.

أثر علم الكلام في أصول الفقه الإباضي

قبل القرن ١٠هـ/١٠

- دراسة مقارنة -



دراسات مقارنة

(*) د. عبد الرحمن السالمي

يكاد يُجمع القول في جميع المصادر العلمية على السواء الكلاسيكية والمعاصرة، بأن المدرسة الإباضية الفقهية تكونت آراؤها الفقهية في البصرة ومن بعد كذلك في الكوفة، لذا فهي تمتزج بأرائها الفقهية المبكرة مع مدرسة الرأي في العراق، وهذا ما يلحظ في المصنفات الإباضية المبكرة في القرنين الأول والثاني الهجريين (٧ و ٨ الميلاديين) والتي مثلت في الفتاوى المجموعة مثل جابر بن زيد أو أبو عبيدة أو الربيع بن حبيب أو عبد الملك بن أبي صفرة واكتملت في المصنفات المتكاملة لتلك المرحلة وبالأخص في مسند الإمام الربيع بن حبيب ومدونة أبي غانم الخراساني (ت. ١٩٠هـ).

وأكثر المصنفات تميزاً في تلك المرحلة، رسالة الزكاة لأبي عبيدة مسلم بن أبي كريمة وكتاب الصلاة وهو مجموع لعدة أقوال ومن ضمن المؤلفات المبكرة. بيد أن هذا التكوين المبكر في مرحلة التدوين الفقهي الإباضي هو الذي حدا بسيطرة فكرة جولد زيهو والتي طُورت من بعد في نظرية جوزيف شاخ في نشوء الفقه الإسلامي وتبنيّت من بعد كذلك مع كولسن والقاتلة بأن الفقه الإباضي ما هو إلا انعكاس لتطور المدارس الفقهية السنية في أرائها الإجمالية، ولذا لا توجد اختلافات متميزة عنها تجعلها خارج السياق المعرفي العام عن المذاهب السنية في الفقه الإسلامي خلال مرحلة التكوين.

(*) رئيس تحرير مجلة التفاهم - سلطنة عمان.

وقد انعكست نظرية شاخت بالأخص على أغلب الآراء الاستشراقية بل وظلت محتفظة بها حتى الآن، باستثناء المحاولات التي قامت بها ايرسليا فرنسيسكا لدحض الأفكار السابقة.

فمن الأسباب الأولية التي تتناقض فيها رؤية شاخت مع المنهجية الأولية التي اتبعها هو بنفسه عدم التفريق بين القاضي والفقيه خلال مرحلة التكوين، وإذا أخذنا هذا الاعتبار الأولي جوهرياً ومهماً في فهمنا لهذا التكوين للفقه، فإن ارتباط المدارس الفقهية الإباضية منذ البدايات المبكرة مع بداية القرن (٢٠٠هـ / ١٨٠٠م) خارج المناطق المؤلفة للحجاز والعراق والشام وذلك بسبب النجاحات السياسية للإمامات (إمامة) الإباضية والتي توزعت في شمال أفريقية، واليمن وحضرموت وعمان وخراسان، مما فرض تطبيقات شرعية مستجدة فرضتها تلك النجاحات السياسية سواء في القضاء والعقوبات أم في الحياة المدنية في فقه المعاملات والتجارة. وكذلك على أتباعهم في فقه العبادات. وهذه النجاحات تمت واستقرت في هذه المناطق قبل ظهور المدارس السنية، وبذا كانت التأثيرات الإباضية واضحة على فقه المناطق التي كانت تحت سيطرتهم ليس في المنهجية الفقهية في الاستدلال بل وفي المصطلحات، ولذا كان ظهور الإمامتين في عمان وشمال أفريقية مساعداً على انتشار الأقضية أو آراء القضاء والفتاوى، وأهم الكتابات في هذه المرحلة "نوازل نفوسة" للإمام عبد الوهاب بن عبد الرحمن بن رستم في شمال أفريقية، ومصطلح النوازل يُعد الآن مصطلحاً مالِكياً، أو أقضية محمد بن محبوب في الخراج على مينا صحار عندما كان والياً على صحار، وإن كانت تبدو متأثرة بآراء كتاب القاضي أبي يوسف في "الخراج". لكن تنظيمات الميناء في صحار ساعدت على تطبيقاته تلك في مواني الخليج كسيرا والأبلة أي إن الآراء الفقهية المستعملة كانت متشابهة. وبذلك حفظت أدبيات تلك المرحلة في كتب الجوامع وآراء الفقهاء وفي فتاويهم وآرائهم الفقهية، وهذا التقديم المختصر عن مرحلة التدوين الفقهي للمدرسة الإباضية قد يُساعدنا على فهم التكوين العلمي للسلطة التقليدية للمدارس الفقهية.

ومن جانب آخر صعب علينا العثور على الآراء الفقهية في مناطق اليمن وحضرموت وخراسان إلا في مسائل مقتضبة، ولعل ذلك يرجع إلى تدمير أدبيات فقهم وتراثهم في تلك المناطق، إلا أننا في هذه الورقة سنركز على ثلاثة أمور: ١- التحولات المعرفية في المدرسة الفقهية الإباضية والتي حدثت في منتصف القرن ٩/٣ وبالأخص ما بعد كتاب الرسالة للشافعي ٢- كيف حدثت هذه التلاقيات العلمية بين الفقه والعلوم الكلامية خلال تلك المرحلة والمقارنة بين الإسهامات الإباضية والمعتزلة حينها ٣- كيف تم إدخال المفاهيم الكلامية في الفقه ما قبل المرحلة الأشعرية (أبو الحسن الأشعري ت. ٩٣٦ / ٣٢٤) وذلك بدراسة آراء الإمامين الإباضيين بشير بن محمد بن محبوب (ت. ٨٩٤ / ٢٨٠) وأبي محمد عبدالله بن بركة (ت. ٣٤٠).

١- أهمية الرسالة للشافعي وما اشتملت عليه:

تناول الشافعي (ت. ٢٠٤) في كتابه الرسالة مبحث البيان، فعرف البيان وذكر أنواعه مما بينه الله لخلق، وما بينه رسول الله ﷺ بسنته، وما سنه رسول الله ﷺ مما ليس في الكتاب ولا في السنة. ثم عقد أبواباً ستة شرع فيها وجوه البيان وهي:

١. باب ما نزل من الكتاب عاماً يُراد به العام ويدخله الخصوص.

٢. باب ما نزل من الكتاب عام الظاهر وهو يجمع العام والخصوص.

٣. باب ما نزل من الكتاب عام الظاهر يُراد به كله الخاص.

٤. باب الذي يبين سياقه معناه.

٥. باب الصنف الذي يدل ظاهره على باطنه دون ظاهره.

٦. ما نزل عاماً تلك السنة خاصة على أنه يُراد به الخاص.

وتكلم على الناسخ والمنسوخ، وتكلم على علل الأحاديث، وعلى وجوه الجمع والترجيح، وعلى حجية خبر الواحد وبين حججته وردة على مخالفه، وقد تصدق لذكر قواعد في علم الحديث وأبان عنها إبانة واضحة.

وتكلم على الإجماع والقياس والاستحسان وشدد نكيره عليه ومن عباراته: مَنْ اسْتَحْسَنَ فَقَدْ شَرَعَ، وَتَكَلَّمَ عَنِ الْاِخْتِلَافِ، وَبَيَّنَ الشَّافِعِيُّ مَا يَجُوزُ فِيهِ الْاِخْتِلَافُ مِمَّا لَا يَجُوزُ فِيهِ الْاِخْتِلَافُ^(١).

وقد أُمِّلَى الشَّافِعِيُّ الرِّسَالَةَ عَلَى الرَّبِيعِ بْنِ سُلَيْمَانَ الْمُرَادِيِّ، إِمْلَاءً. وَلَمْ يَكُنِ الشَّافِعِيُّ يُسَمِّيهِمَا بِالرِّسَالَةِ، بَلْ كَانَ يُسَمِّيهِمَا "الْكِتَابَ" أَوْ كِتَابِي، أَوْ كِتَابُ جَمَاعِ الْعِلْمِ. وَإِنَّمَا سُمِّيَتْ بِالرِّسَالَةِ بِسَبَبِ أَنَّهُ أَرْسَلَهَا إِلَى عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ مَهْدِيٍّ مَعَ ابْنِ سَرِيجٍ النَّقَالِ^(٢).

واختلف النَّاسُ فِيمَنْ لَهُ قِصْبُ السَّبْقِ، فَيَذْكُرُ أَبُو هَلَالٍ الْعَسْكَرِيُّ بِأَنِّ وَاصِلُ بْنُ عَطَاءٍ هُوَ أَوَّلُ مَنْ أَصَلَ لِأَصُولِ الْفَقْهِ، وَكَذَلِكَ زَعَمَتِ الْحَنْفِيَّةُ أَنَّ أَوَّلَ مَنْ صَنَّفَ فِي أَصُولِ الْفَقْهِ هُوَ الْإِمَامُ أَبُو حَنِيفَةَ. قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْوَفَا الْأَفْغَانِي فِي مُقَدِّمَةِ تَحْقِيقِهِ لِأَصُولِ السَّرَخْسِيِّ: وَأَمَّا أَوَّلُ مَنْ صَنَّفَ فِي أَصُولِ الْفَقْهِ فَهُوَ أَبُو حَنِيفَةَ وَتَلَاهُ صَاحِبَاهُ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ^(٣). كَمَا أَنَّ الشَّيْعَةَ الْإِمَامِيَّةَ ذَكَرَتْ أَنَّ أَوَّلَ مَنْ صَنَّفَ فِي أَصُولِ الْفَقْهِ هُوَ الْإِمَامُ جَعْفَرُ مُحَمَّدٍ الْبَاقِرُ بْنُ عَلِيِّ بْنِ زَيْنِ الْعَابِدِينَ (١١٤هـ) ثُمَّ ابْنُهُ جَعْفَرُ الصَّادِقِ. وَأَجَابَ أَبُو زَهْرَةَ بِأَنَّ أَسْبَقِيَّةَ هَؤُلَاءِ الْعُلَمَاءِ فِي وُرُودِ الْقَوَاعِدِ الْأَصُولِيَّةِ فِي كَلَامِهِمْ وَالْكَلَامِ فِي التَّصْنِيفِ، وَلَمْ يَثْبُتْ أَنَّ هُنَاكَ مَنْ سَبَقَ الشَّافِعِيَّ فِي إِفْرَادِ كِتَابٍ مُسْتَقِلٍّ فِي مَوْضُوعٍ عِلْمِ أَصُولِ الْفَقْهِ.

٣- إسهام علم الكلام الإباضي في تطور علوم الفقه خلال القرن ٣هـ/٩م، بشير بن محمد بن محبوب أنموذجاً:

آخر ما عُثِرَ عَلَى مُصَنَّفَاتِ أَبِي الْمُنْذِرِ بَشِيرِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ مُحِبٍّ؛ ١- كِتَابُ (الرَّصْفِ وَحُدُوثِ الْعَالَمِ)، وَأَحْيَانًا يُعْرَفُ فِي بَعْضِ الْمَخْطُوطَاتِ بِكِتَابِ (الْمُسْتَأْنَفِ) ٢- كِتَابُ الْمَحَارِبَةِ ٣- سِيرَةُ الْحَدِيثِ الْوَاقِعِ فِي عُمَانَ بَعْدَ خُلْعِ الْإِمَامِ الصَّلْتِ. وَالنِّصَانُ الْأَوَّلِيَانِ لِمُؤَلَّفِهِمَا بَشِيرِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ مُحِبٍّ (ت. ٢٨٧هـ / ٨٩١م) هَذَا النِّصَانُ ظَلَا بَعِيداً عَنِ التَّدَاوُلِ الْكَلَامِيِّ حَتَّى عِنْدَ الْإِبَاضِيَّةِ، بَلْ اعْتَقَدَ الْبَعْضُ بِأَنَّهُمَا ضَمِنَ الْكُتُبَ الْإِبَاضِيَّةَ الْمَفْقُودَةَ نَظْراً لِتَدْوِينِهِمَا الْمُبَكَّرِ^(٤)، بَيِّدَ أَنَّ كِتَابَ

المحاربة تم التعرفُ عليه والاقْتباس منه أكثر من كتاب الرِّصَف، وتجد اقتباساته المتناثرة ضمنَ الكتابات الإباضية الكلامية والفقهية، والسبب في ذلك أنَّ كلا النصين احتويا لأول مرة في المصنفات الإباضية ذكراً لقضايا المذهب الذري ومفاهيم الجوهر والعرض، والتي حاول المؤلف أن يطورها في إثبات مفهوم خلق العالم والقدرة الإلهية التي كانتا أهم المصادمات بين المتكلمين الإسلاميين مع خصومهم سواءً من الملاحدة أو الفلاسفة .

وهذا التأسيس في تجذير المذهب الذري أول من عُرفَ به في علم الكلام الإسلامي أبو الهذيل العلاف المعتزلي (ت: ٣٢٥هـ)^(٥)، ويظهر بوضوح تأثيره المبكر على المذاهب الكلامية الإسلامية، في محاولتها لتطوير أرائها الكلامية ، وبلا شك زاد عليه التبني السُّني في المدرستين الماتريدية والأشعرية في القول بالجوهر وحينها أصبح المذهب الذري متداولاً بين جميع المدارس الكلامية.

أما الأمر الثاني في مسألة هذه النصوص فيظهر بالمقارنة بين آراء الإباضية والمعتزلة المبكرة والتي تنكشف في عرض هذين المصنفين^(٦)، فإضافة إلى القول بالجوهر والعرض كمسألة مبدئية، فإنَّ هنالك مناقشات تم طرحها كانت تعدُّ من آراء المعتزلة الكلامية وهي أقسام العلم، والإمامة، وأسماء الدار وأحكامها، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والتكليف، والقدرة الإلهية، وهذه المناقشات - ما من شك - توضح بشكل جليِّ التأثير الكلامي بين الطرفين، فبالإضافة إلى تلك الأقسام، هنالك أقسام أخرى في علوم أصول الفقه، نحو التأويل القرآني، والسنة، وأحكام الناسخ والمنسوخ وأحكام البغاة .

وهذه المقارنة تظهر لنا القاسم المشترك في أوجه كثيرة بين الإباضية والمعتزلة وبين أهم أعلامها في النصف الثاني للقرن ٣هـ/ ٩م بين بشير بن محمد بن محبوب الرحيلي وأبو علي الجبائي (ت: ٣٠٣هـ) المتعاصرين، ولديهما تقارب كثير في وجهات النظر الكلامية والتي من المستبعد أن يحدث التلاقي بينهما، وإن كان بشير قد توفي قبل أبي علي الجبائي، إلا أن الجامع بينهما هو آراؤهما المتقاربة

التي كانت تتبناها مدرسة البصرة الاعتزالية .

ففي دراستنا لهذين النصين يُمكننا استخلاص نقاط التلاقي بين الإباضية والمعتزلة وإبرازهما خصوصاً في القضايا الكلامية وأثرها على أصول الفقه على النحو الآتي:

١ - في باب التكليف فما يرد في (الرصف الفقرة ٣٢/٣) يتوافق مع آراء أبي علي الجبائي وهو ما يشير إليه الجبائي بتكامل العقل، والعقل هو العلم والعلوم كثيرة ما يدرك اضطراراً قبل تكامل العقل بامتحان الأشياء واختبارها والنظر فيها مثل تفكر الإنسان إذا شاهد الفيل لا يمكن أن يدخل في خرق إبرة، ومن لم يمتحن الأشياء جاز الله أن يكمل فيه العقل ضرورة فيكون بالغاً مأموراً مكلفاً^(٧).

٢ - أما نظريته في العلم (الرصف / ٤)، فهو مُتماثل مع قول أبي الهذيل العلاف حيث يقسمها إلى قسمين: ضروري ومكتسب^(٨)، فأبو الهذيل يختلف عن القائلين بأن كل المعارف ضرورية معلومة بالحواس، وعن القائلين بأن ما هو معلوم بالحواس والبدية فهو ضروري وما هو معلوم بالاستدلال فهو كسبي، والذين يقولون أن المعارف كلها ضرورية هم المعروفون باسم أصحاب المعارف وأبرزهم الجاحظ (ت: ٢٥٦هـ)، وأبو علي الأسواري (ت: ٢٠٠هـ)^(٩)، ولذا عبّر ابن الملاحمي بقوله: «ما نكتبه من الاعتقادات بالعلوم الضرورية يجب أن يكون علماً لأن (العلوم) المكتسبة ليست إلا تفصيلاً لما نعلمه من الجملة»^(١٠). وقد أثبت ذلك بشير في مقدمته في كتاب (الرصف / ٦) حيث يتوافق مع تقسيم المعتزلة في أقسام العلوم الضرورية نحو: الموجود والمعدوم / القديم والمحدث^(١١). وتكاد تلك المقدمات تكون متوازنة مع آراء أبي الهذيل العلاف خلال مقارنتها في كتاب شرح الأصول الخمسة، وفي علوم الأخبار يرد على السمنية والسوفسطائية في إثبات علم المشاهدة^(١٢). ويضيف بشير (الرصف / ١٨) بقوله: «ومن الدليل على أن العقل حُجة لله على خلقه حسن الأمر والنهي مع وجوده فيهم وقيح ذلك مع عدمه منهم فإذا أكمل الله عقولهم فلا بد أن يعرفهم كيف يستدلون وينظرون».

٣- يُشير بشير (الرصف/٤) من بعد إلى أن نظرية الكسب وأفعال العباد، قائمة على الغرائز النفسية والإدراكات العقلية، وأن أفعال العباد مُحدثة وأنهم المحدثون لها، ويكاد هذا التطابق بين النصين بين بشير وابن الملاحمي في الفائق: «وإننا نفصل بين المُحسن والمسيء، ونحمد الله على إحسانه ونذم المسيء على إساءته، بينما لا نصدر حكماً بالحسن أو القبح»^(١٣).

٤- وفي باب الأسماء والأحكام (المحاربة/٤٦)، وفي هذا الموضوع يتضح التقارب بين آراء بشير وأبي علي الجبائي ثانية، فبحسب رواية الأشعري يذكر بأن أبا علي الجبائي يفرق بين أسماء اللغة وأسماء الدين، فأسماء اللغة مشتقة من الأفعال أما أسماء الدين فيسمى بها الإنسان في حالة فعله وفي حالة انقضى فعله، ومعنى هذا أن أسماء اللغة تطلق على الأفعال حين وقوعها^(١٤) وتطلق على الأحوال الراسخة التي أصبحت بمثابة عادات. وأهمية هذه التفرقة تظهر في مسألة التسمية بالإيمان هل المؤمن الذي يرتكب معصية لا يزال بعد مؤمناً، أو تسقط عنه صفة الإيمان بارتكاب المعصية. وتحديد الجبائي في مسألة الأسماء والأحكام عند المعتزلة، إذ كانت المعتزلة قبله - أبو بكر الأصبم (ت. ح. ٢٢٠هـ)، تُنكر أن يكون الفاسق مؤمناً وتقول إن الفاسق ليس بمؤمن ولا كافر وتُسميه في منزله بين المنزلتين وتقول في الفاسق إيمان ولا تُسميه به مؤمناً، وفي اليهودي إيمان ولا تُسميه به مؤمناً، وليس هذا أن الجبائي خالف في القول بأن الفاسق في منزلة بين المنزلتين، من حيث أسماء الدين، وكل ما أتى به من جديد يخالفهم به هو أنه قال أن الفاسق يعدُّ من حيث أسماء اللغة.

٥- وفي باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، فإن بشير (المحاربة/ ١١) قدم دلالة العقول عن الحجج النصية، وهو يتقارب مع رأي أبي علي الجبائي فعنده يُعلم عقلاً وسمعاً وأما أبو هاشم الجبائي فيقول إنما يُعلم سمعاً^(١٥)، وقد ناقش القاضي عبد الجبار الاستدلال بين كلا الطرفين، لكنه يبدو أن هذا الرأي قد تم تداوله بين المدارس الكلامية بين العلم به عقلاً أو نصاً قبل أبي علي الجبائي

ويحتمل أنه كان رأي أبي الهذيل العلاف، وهو ما رجحه بشير في مقاله، بالرغم من أن الإباضية أقرّوا في ذلك بالعلم به سمعاً، وقد أشار إليه نور الدين السالمي بأن بشير تقارب مع المعتزلة في وجهة نظرهم^(١٦).

بيد أن بشير يشترك مع أبي علي الجبائي، في تقسيمه لأنواع المعروف وأقسام المنكر، وهي الأقسام التي أوضحها القاضي عبد الجبار، وإن كان يتميز عن أبي علي الجبائي بأن جعل المعروف في أقسامه واجب ونفل^(١٧). ولكن بشير توافق معه في هذا المفهوم إلى حدّ التطابق بقوله: «إنه عام على ضربين، فالمنكر واجب إنكاره، والأمر بالمعروف فرض فيما فرض الله فعله ونفل فيما نقل فعله، بدلالة القول...».

ويكاد هذا التابع يتطابق بين وجهتي النظر على مبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، بدءاً من فرض شروطه وتطبيقاته، وأنواعه، وكيفية تغييره، بل إن بشير بهذا التقسيم يظهر لأول مرة في الكتابات الإباضية في بيان تقسيم المنكر على أنواعه بين العقلية والشرعية^(١٨).

٦- وفي كتابه (المحاربة/ ٢٢) يتابع بشير قضايا الحروب والفتن وما يُسمى أحكام أهل البغي، أي المحاربين المسلمين في ديار المسلمين، وأورد من الأمثلة ما حصل بعمان من قضايا بأمثلتها خلال الإمامة الأولى (١٣١ - ٢٨٠هـ) ولقد برزت قضايا أهل البغي كمحور مهم بعد قيام دولة الإسلام وأنهى فكرة الجهاد إلى تحول نحو قضايا أمن الدول ذاتها.

ولذا فإن الشافعي في كتابه «الأم»، و«الرسالة» يعتبر من بواكير الكتابات التي صنفت في أطر فقه أحكام أهل البغي لأن الإشكال خارج دولة الإسلام واضح وسهل حيث أحكام الجهاد في الدفاع عن دولة الإسلام "أي البيضة" ولكن التوازن في دولة الإسلام، والاستيلاء على الدولة كانت من القضايا الأولية التي أثّرت^(١٩).

٧ - كما يتطرق في الفقرة (الرصف / ٣٢) فيورد قضايا النسخ والأخبار وفي استحالة البداء في علم الله والذي هو الرأي المتبنى عند الشيعة الإمامية^(٢٠). وقد اهتم المعتزلة في علم الأخبار فيذكر أبو هلال العسكري أن واصل بن عطاء هو أول من قسّم الأخبار إلى خاص وعام كما أنه أول من قال بالنسخ في الأمر والنهي دون الأخبار. ولذا أفرد بشير مقالة خاصة في أحكام القرآن فيما يتعلق به من أحكام الناسخ والمنسوخ في الآيات، وقد أورد الشافعي في أحكام الناسخ والمنسوخ فصلاً في «الرسالة»^(٢١).

٨ - أما الرأي في تقسيم السّنة فهناك تشابه واضح في المقارنة بين كتاب الرّصف وبين كتاب الرسالة للشافعي^(٢٢) في أقسام السنة وهي: ١- تفسير لجملة من الفرائض نحو الصلاة والزكاة ٢- ما زاد الله به أحكاماً لأهل الإسلام نحو الحدود ٣- ما هو ناسخ لأحكام في القرآن نحو "لا وصية لوارث". ولكن ذلك التقسيم لا يُورد مصطلح الحديث في التمييز بين الحديث الآحاد والمتواتر، والذي يبدو أنه لم يتم اعتماد هذا التقسيم إلا مع بداية القرن ٤هـ/م ١٠م.

٩ - وقد أورد هذا التّأصيل في القياس (الرصف / ١٥)، فالشافعي يرى أن القياس هو الاجتهاد^(٢٣) بينما بشير وضع تعريفه للقياس بقوله: ما شهد المحسوس بصحته وجاز العقل به والتقيّد به، فالمحسوس هو الشاهد الدليل على توحيد الله وحكمته، والقياس هو الاستدلال على ذلك. ويضيف في إيضاحه (الرصف / ٢١): قائلًا: «فانا وجدنا القياس ضرورياً في مخارجه إلى علم المقاس به، فما كان منه بحجة عقلية ودلالة غريزية دون سماع خبر عنه وعبرة له فهو نحو معرفة الله وما كان له من الفعل بإنشائه للعالم فيه وتعالیه عن شبه معانيه...».

١٠ - كذلك حجية الخبر، يُورد بشير (المحاربة / ٥) مشابهة عند أبي الهذيل العلاف من إن الحجة عن طريق الأخبار فيما غاب عن الحواس لآيات الأنبياء وفيما سواها لا تثبت بأقل منه عشرين نفساً^(٢٤). واستدل أبو الهذيل بقوله تعالى: ﴿إِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ عَشْرُونَ صَابِرُونَ يَغْلِبُوا مِائَتِينَ﴾، وقال: لم يُبَيِّح قتالهم إلا وهم

عليهم حجة. وفسرها القاضي عبد الجبار بأن الأخبار لا تخلو: إما أن يُعلم صدقها أو يُعلم كذبها، أو لا يُعلم صدقها ولا يُعلم كذبها، والقسم الأول ينقسم: إلى ما يُعلم صدقه اضطراراً وإلى ما يُعلم اكتساباً. وهذه المسألة تتبع في علم أصول الفقه منها في علم الكلام ولها أهميتها في نقد الأخبار وصدقية الخبر والنقل المتواتر والآحاد^(٢٥).

١- تَطَوُّرُ الْأُصُولِ وَدُخُولُ مَبَاحِثِ عِلْمِ الْكَلَامِ مِنْذُ بَدَايَةِ الْقَرْنِ الرَّابِعِ،

عرض مقارن:

هذا ويمتاز القرن الرابع بدخول مباحث أصولية، ولغوية، وعقلية، وكلامية على أيدي علماء الفقه والكلام ولذلك نبغ في كل مدرسة علماء تميزوا في إسهاماتهم وقد حاولنا حصر كل هذه الإسهامات للمقارنة والايضاح منهم:

١- أبو الحسن علي بن موسى القمي (٣٠٥هـ) إمام أهل الرأي في عصره، تكلم عن كُتُب الشافعي ورّد عليها، وكان من فقهاء العراق المشهورين، وكتب في أحكام القرآن، وكتاب إثبات القياس والاجتهاد وخبر الواحد.

٢- أبو الحسن عبيد الله بن الحسين الكرخي (٣٤٠هـ)، صنف الكتب على مذهب الحنفيّة. من تصانيفه رسالة في الأصول التي عليها مدار فروع الحنفيّة، جمعها في تسعة وثلاثين أصلاً، وبعضها قواعد فقهية مذهبية^(٢٦).

المذهب المالكي

وقد نبغ منهم أبو الحسن بن أبي عمر البغدادي (٣٣٨هـ)، له كتاب الرّد على من أنكر إجماع أهل المدينة^(٢٧).

ومنهم القاضي أبو الفرج بن عمرو اللّيثي (٣٣١هـ)، وكان فقيهاً أصولياً وله اختيارات في الأصول أذكر بعضها:

- ١- جواز نسخ القرآن بالسنة.
- ٢- أفعال النبي ﷺ على الوجوب سواء كان ذلك خطراً أو إباحة حتى يتبين أنه مخصوص بذلك دوننا.

٣- إجماع أهل المدينة، فيما إذا كان طريقه الاستدلال، ليس بحجة.

٤- إذا تعارض القياس مع خبر الواحد فقدم القياس على خبر الواحد.

ومنهم أبو تمام علي بن محمد بن أحمد البصري، من اختياراته^(٢٨):

١- جواز تخصيص العموم بالقياس الجلي دون الخفي.

٢- الحق واحد من أقوال المجتهدين.

٣- الزيادة على النص ليست نسخاً للنص.

٤- شرائع من قبلنا لا يلزمنا اتباعهم.

٥- جريان القياس في الأسماء.

ومنهم ابن خويز منداد (ت: ٣٩٠هـ)، تفقه على الأبهري وألف في الأصول، ومن اختياراته^(٢٩):

١- منع التقليد في الشريعة.

٢- الأمر إذا تجرد عن القرينة أفاد التكرار.

٣- نفي المجاز في القرآن.

المذهب الشافعي

برز من أئمة الشافعية في هذا القرن أعلام كبار، منهم:

١- أبو بكر الصيرفي (٣٣٠هـ)، اشتهر بالقياس وعلم الأصول^(٣٠).

٢- ومنهم أبو بكر محمد بن علي الففال الشاشي الكبير (٣٦٥هـ)، عالم زمانه فيما وراء النهر بالأصول^(٣١).

ومنهم أبو العباس أحمد بن عمر بن سريج (٣٠٦هـ)، نصر مذهب الشافعي ورد على مخالفيه، وكان يفضل على جميع أصحاب الشافعي^(٣٢). وله اختيارات في الأصول، منها:

- إثبات الأسماء واللغات بالقياس^(٣٣).

- جواز نسخ القرآن بالخبر المتواتر^(٣٤).

- جَوَازُ تَخْصِصِ عُمُومِ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ الْمُتَوَاتِرَةِ بِالْقِيَاسِ الْجَلِيِّ دُونَ الْخَفِيِّ^(٣٥).
- وَمِنْ ذَلِكَ أَنَّهُ لَا يَقُولُ بِمَفْهُومِ الصَّفَةِ، وَيَمْنَعُ التَّخْصِصَ بِمَفْهُومِ الْمُخَالَفَةِ.

- وَمِنْهَا أَنَّهُ لَا يَجِبُ اعْتِقَادُ الْعُمُومِ حَتَّى يَبْحَثَ عَنِ الْمَخْصَصِ.
- الْأَعْيَانُ الْمُتَنَفِّعُ بِهَا قَبْلَ وَرُودِ الشَّرْعِ هِيَ عَلَى الْإِبَاحَةِ^(٣٦).
- وَهُنَاكَ الْعَشْرَاتُ مِنْ فُقَهَاءِ الشَّافِعِيَّةِ الَّذِينَ طَوَّرُوا عِلْمَ أَصُولِ الْفِقْهِ وَأَدْخَلُوا إِلَيْهِ مَبَاحَثَ جَدِيدَةً.

الْمَذْهَبُ الْحَنْبَلِيُّ

- وَقَدْ بَرَزَ مِنْهُمْ خِلَالَ هَذِهِ الْحَقْبَةِ التَّارِيخِيَّةِ أَبُو بَكْرٍ عَبْدِ الْعَزِيزِ بْنُ جَعْفَرٍ الْمَعْرُوفُ بِغُلَامِ الْخِلَالِ (٣٦٣هـ) وَلَهُ اخْتِيَارَاتٌ أُصُولِيَّةٌ مِنْهَا:
- إِنَّ الظَّاهِرَ يَخْصُ الْقِيَاسَ^(٣٧).
- لَا يَجُوزُ تَأْخِيرُ الْبَيَانِ عَنْ وَقْتِ الْخُطَابِ^(٣٨).

- أَبُو الْحَارِثِ التَّمِيمِيُّ (٣٧١هـ) الَّذِي صَنَّفَ فِي الْأُصُولِ وَالْفُرُوعِ، وَلَهُ اخْتِيَارَاتٌ مِنْهَا أَنَّ الْأَفْعَالَ وَالْأَعْيَانَ الْمُتَنَفِّعَ بِهَا قَبْلَ وَرُودِ الشَّرْعِ بِحُكْمِهَا هِيَ عَلَى الْإِبَاحَةِ^(٣٩).

وَكَانَ يَقُولُ بِحُجِّيَّةِ مَفْهُومِ الْمُخَالَفَةِ.

وَمِنْ اخْتِيَارَاتِهِ إِنْكَارُ الْمَجَازِ فِي الْقُرْآنِ.

الْمَذْهَبُ الزَّيْدِيُّ، وَقَدْ نَبَغَ فِيهِ:

- ١- الْقَاسِمُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ (٢٤٦هـ) لَكُنْهُ مُتَقَدِّمٌ عَنِ الْقُرْنِ الرَّابِعِ فَهُوَ مِنْ عُلَمَاءِ الْقُرْنِ الثَّالِثِ، وَكَانَ مِنْ أَعْلَامِ الزَّيْدِيَّةِ فِي عَصْرِهِ، وَصَنَّفَ أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثِينَ كِتَابًا مِنْهَا: كِتَابُ النَّاسِخِ وَالْمَنْسُوخِ، وَكِتَابُ الْأُصُولِ الْخَمْسَةِ الَّذِي يُعَدُّ أَقْدَمَ كِتَابٍ مَعْرُوفٍ يَضُمُّ أَصُولَ الزَّيْدِيَّةِ^(٤٠).

- ٢- أَبُو الْحُسَيْنِ يَحْيَى بْنُ الْحُسَيْنِ بْنِ الْقَاسِمِ (٢٩٨هـ) الْمُلَقَّبُ بِالْهَادِي إِلَى الْحَقِّ،

وكان عالماً تقياً ورعاً صَنَّفَ كُتُباً كثيرةً منها كِتَابُهُ الجامع، وله في الأصول كِتَابٌ تَفْسِيرُ مَعَانِي السُّنَّةِ، وكتابُ القياس.

عُلَمَاءُ الْمُعْتَزِلَةِ

وقد نقلَ أئِمَّةُ الْمُعْتَزِلَةِ أصولَ الفقه نَقْلَةً نَوْعِيَّةً. أَدَخَلُوا فِيهِ عِلْمَ الْكَلَامِ، وَكَانَتْ كُتُبُهُمْ مَمْلُوءَةً بِالمَسَائِلِ الْكَلَامِيَّةِ. فَهَمُ فِي الْحَقِيقَةِ أَسَاتِذَةٌ فِي طَرِيقَةِ الْأُصُولِيِّينَ الْكَلَامِيَّةِ الَّتِي تَجْمَعُ إِلَى الْمُعْتَزِلَةِ جَمِيعَ الْمَذَاهِبِ الْفَقْهِيَّةِ كَالشَّافِعِيَّةِ وَالْمَالِكِيَّةِ وَالْحَنَابِلَةِ وَالْإِبَاضِيَّةِ وَالزَّيْدِيَّةِ. بَيَدَ أَنْ تَطَوَّرَ إِسْهَامُ الْمُعْتَزِلَةِ فِي أَصُولِ الْفَقْهِ يَبْدَأُ مَعَ أَبِي عَلِيٍّ الْجُبَائِيِّ وَالَّذِي كَانَ مُعَاصِراً لِأَبِي الْمُنْذِرِ بَشِيرِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ مُحَبُّوبٍ، وَقَدْ نَبِغَ فِي هَذِهِ الْمَدْرَسَةِ أئِمَّةٌ نُبَلَاءُ مِنْهُمْ:

١- الْجُبَائِيُّ أَبُو عَلِيٍّ مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ الْوَهَّابِ بْنِ سَلَامٍ الْجُبَائِيُّ (٣٠٣هـ) الْمُعْتَزَلِيُّ الْبَصْرِيُّ، انْتَهَتْ إِلَيْهِ رِئَاسَةُ الْبَصْرِيِّينَ فِي زَمَانِهِ وَعَلَيْهِ تَتَلَمَّذَ أَبُو الْحَسَنِ الْأَشْعَرِيُّ^(٤١).

له اختياراتٌ أُصُولِيَّةٌ، مِنْهَا:

- ١- اسم الجمع المُنْكَرُ يُفْعِلُ الْعُمُومَ^(٤٢).
- ٢- لَا يَجُوزُ تَخْصِصُ الْعُمُومِ بِالْقِيَاسِ^(٤٣).
- ٣- لَمْ يَكُنِ النَّبِيُّ ﷺ مُتَعَبِّدًا بِالْإِجْتِهَادِ فِيمَا لَا نَصٌّ فِيهِ^(٤٤).
- ٤- إِذَا قَالَ الصَّحَابِيُّ قَوْلًا وَلَمْ يَنْتَشِرْ يُعْتَبَرُ حُجَّةً وَيُقَدَّمُ عَلَى الْقِيَاسِ^(٤٥).
- ٢- وَمِنْهُمْ أَبُو الْقَاسِمِ عَبْدِ اللَّهِ بْنُ أَحْمَدَ الْعَلْبِيُّ الْبَلْخِيُّ (٣١٩هـ) الْمُعْتَزَلِيُّ وَهُوَ أَحَدُ مَشَايِخِ الْمُعْتَزِلَةِ، وَإِلَيْهِ تُنْسَبُ الطَّائِفَةُ الْكَبِيرَةُ مِنْهُمْ، وَكَانَ مِنْ كِبَارِ الْمُتَكَلِّمِينَ، وَلَهُ اخْتِيَارَاتٌ فِي عِلْمِ الْكَلَامِ وَعِلْمِ أَصُولِ الْفَقْهِ.

من اختياراته الْأُصُولِيَّةِ:

الْعِلْمُ الَّذِي يَقَعُ بِالمُتَوَاتِرِ نَظَرِيٌّ لَا ضَرُورِيٌّ^(٤٦)،
الْأَمْرُ بِالشَّيْءِ نَهْيٌ عَنْ ضِدِّهِ^(٤٧)،

العام بعد تخصيصه فيما بقي إن خصّ بدليل مُتَّصِلٍ كالشَّروط والاستثناء فهو حُجَّةٌ، وإن خصّ بمُنْفَصِلٍ فليس بحُجَّةٍ^(٤٨).

٣- ومنهم أبو هاشم الجبائي المعتزلي (٣٢١هـ) شيخ المعتزلة في زمانه وابن شيخهم، كان ذكياً ثاقباً الفطنة صانعاً للكلام مُقْتَدِراً عليه، وإليه تُنسَبُ الطائفة الهاشمية من المعتزلة. وله آراء كثيرة في الأصول منها:

- ١- إن إرادة المأمور به تُؤثِّرُ في صيرورة الفعل أمراً^(٤٩).
- ٢- الأمر المطلق لا يَقْتَضِي التَّعْجِيلَ، بل هو على التراخي عن أوّل وقت الإمكان^(٥٠).

٣- بقاء وجه الاشتقاق شرط لصيق اسم المُشْتَقِّ^(٥١).

٤- التَّحْلِيلُ والتَّحْرِيمُ المُضَافَانِ إلى الأعيان لا إجمال فيهما^(٥٢).

وغير ذلك الكثير.

المذهب الإباضي

ويقع المذهب الإباضي في دائرة مدرسة المتكلمين الذين أضافوا إضافات مهمة في علم الأصول، وأدخلوا علم الكلام فقووا به مسائل الأصول. ولم تختلف أصول الإباضية عن أصول غيرهم من المذاهب الإسلامية المتبوعة في الأصول الاستدلالية، ولا من حيث إدخال مسائل كلامية عقديّة، أو لغويّة على نحو ما سأذكره. وتأصلت على أيديهم أحكام الولاية، والبراءة، والوقوف، وأحكام الإمامة^(٥٣).

وسوف أذكرُ بعضَ أئمّتهم الذين كان لهم إسهام كبير في تطوّر الأصول، وفي مقدّمة هؤلاء الأئمة الأعلام:

محمد بن بركة السلمي البهلوي (٣٤٥هـ) فهو من علماء الحقبة التاريخية التي أمدّت علم الأصول بإسهامات عظيمة. فقد وضع في كتابه القِيم الذي سمّاه كتاب الجامع، وقد برزت في القرن الثالث الهجري كُتبٌ تُعرف بالجامع، من أشهرها:

- ١- جامع أبي قحطان لأبي قحطان خالد بن قحطان الخروصي^(٥٤).
- ٢- جامع ابن جعفر وهو أشهر، وعليه حواش وزيادات من العلماء^(٥٥).
- ٣- جامع أبي الحواري محمد بن الحواري.
- ٤- جامع الفضل بن الحواري.

ثم جاء محمد بن بركة فوضع كتابه الجامع.
وتماز هذه الجوامع بأنها جمعت بين الفقه والأصول والعقيدة، وهناك جوامع عظيمة لم تسم بهذا الاسم، من أهمها بيان الشرع وقاموس الشريعة، وغيرها الكثير.
إسهامات ابن بركة في أصول الفقه:

تكلم الإمام أبي محمد عبدالله بن بركة في كتاب الجامع عن أصول الاستدلال، فتكلم عن: القرآن الكريم، وأثر المصنّف الرئيس الذي تكفل الله بحفظه^(٥٦).

وتكلم عن مسائل مهمة كمسألة حفظ الله له من التحريف، وتحدي الله به العرب، وردّ المعتزلة الذين قالوا إنّ العرب كانوا باستطاعتهم أن يأتوا بمثل القرآن ولكن الله صرفهم عنه، وهي مسألة "الصرفة التي دخلت علم الأصول، وهي مسألة كلامية"^(٥٧).

وتكلم على مُحكم القرآن ومُشابهه وبيّن الحكمة من وجود المُشابه ليظهر تفاضل العلماء في استنباط الأحكام الشرعية.

وتكلم عن حكمة تكرار القصّة في القرآن: وهي نشر القصص في أنحاء الأرض.
وتكلم عن الناسخ والمنسوخ وتوسّع فيه على طريقة السلف ليشمل البيان والتخصيص في بعض الأحيان. كما تكلم عن تخصيص القرآن بعضه لبعض، كما تكلم عن تقييد المطلق، وتكلم عن القراءات واختلاف الأحكام باختلافها ومثّل لذلك بقوله تعالى: (المائدة: ٦) قال فالخفّض يُوجب المسح لأنّه معطوف به على الرأس، والنصب يُوجب الغسل لأنّه معطوف به على الوجه واليدين. وردّ على الذين يدعون الزيادة والتقصان في القرآن^(٥٨).

السُّنَّة

تَكَلَّمَ ابنُ بَرَكَةَ عن السُّنَّة، فهو يرى أنَّ العملَ بها عملٌ بالقرآن، لأنَّ الله تعالى أَوْجَبَ به اتِّباعَهَا. وقد قَسَمَ ابنُ بَرَكَةَ السُّنَّةَ من حيثُ صِحَّةُ الإسنادِ إلى قِسْمَيْنِ:
أ - سُنَّةٌ قد اجْتَمَعَ عليها، وقد اسْتُغْنِيَ بالإجماع عن طلبِ صِحَّتِها.

ب - سُنَّةٌ مُخْتَلَفٌ فيها فَيُنْظَرُ في إسنَادِها.

وَيَشْتَرِطُ ابنُ بَرَكَةَ ثَلَاثَةَ شُرُوطٍ لِقَبُولِ الْخَبَرِ:

- الْعَدَالَةُ فِي الرِّوَاةِ

- عَدَمُ الْمُعَارَضَةِ

- عَدَمُ الْعِلَّةِ الْقَاضِيَةِ.

وَيَرى أنَّ المتواترَ ليسَ بِحُجَّةٍ إذا لم يكن الرِّوَاةُ عَدُولًا، وَانْتَقَدَ الْأُصُولِيَّينَ الَّذِينَ يَرَوْنَ حُجِّيَّةَ خَبَرِ الْفُسَّاقِ وَالْكَفَّارِ مَا دَامُوا كَثِيرِينَ كَثْرَةً تُحِيلُ تَوَاطُؤَهُمْ عَلَى الْكُذْبِ، وَذَكَرَ أَنَّ السُّنَّةَ تُخَصِّصُ الْقُرْآنَ، كَمَا تُخَصِّصُ نَفْسَهَا، وَمِثْلُ لَتَخْصِيصِ السُّنَّةِ لِلْقُرْآنِ بِقَوْلِهِ ﷺ «لَا وَصِيَّةَ لِرَاثٍ» فَإِنَّهُ مُخَصَّصٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى فِي سُورَةِ (البقرة: ١٨٠). وَمِثَالُ تَخْصِيصِ السُّنَّةِ بِالسُّنَّةِ قَوْلُهُ ﷺ «الَّتَيْبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا» فَهَذَا الْحَدِيثُ مُخَصَّصٌ لِعُمُومِ «أَيُّمَا أَمْرَةٍ نَكَحْتُ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا فَنَكَاحُهَا بَاطِلٌ».

وَتَكَلَّمَ عَنِ نَسْخِ السُّنَّةِ لِلْقُرْآنِ، وَعَنِ زِيَادَةِ الثِّقَةِ فِي الْأَخْبَارِ.

وَمِنَ الْمَصَادِرِ الْإِسْتِدْلَالِيَّةِ عِنْدَ ابْنِ بَرَكَةَ، الْإِجْمَاعُ، فَهُوَ الْأَصْلُ الثَّلَاثُ عِنْدَهُ. وَقَالَ فِيهِ: إِذَا الْإِجْمَاعُ حُجَّةُ اللَّهِ، وَحُجَّةُ اللَّهِ لَا يَلْحَقُهَا الْفُسَادُ، وَلَا يَحْزُزُ بَعْدُ ثُبُوتِهَا الْإِنْقِلَابُ^(٥٩)، وَهُوَ حُجَّةٌ وَمَصْدَرٌ بِرَأْسِهِ، وَيُخَصِّصُ بِهِ النَّصُّ مِنَ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ، وَمِثْلُ لَهُ بِتَخْصِيصِ النِّسَاءِ وَالْأَطْفَالِ مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى: [التوبة: ٢٩] فَإِنَّ الْإِجْمَاعَ مُخْرَجَ النِّسَاءِ وَالصِّبْيَانِ مِنْ دَفْعِ الْجَزِيَّةِ.

وَتَكَلَّمَ عَلَى مَسَائِلَ فِي الْإِجْمَاعِ لَا مَجَالَ لَذِكْرِهَا هُنَا^(٦٠).

القياس

ومن الأدلة عند ابن بركة القياس، فقد ذكر له الأدلة، وذكر أن القياس مظهر للحكم الشرعي، ومخصص للعموم، وتكلم على شروط القياس وانفرد دون غيره من علماء المذهب بجريان القياس في اللغات، فأوجد الحد على من وطئ امرأة أجنبية في الدبر^(٦١).

الاستصحاب

وقد ذكرت بعض القواعد المبنية على الاستصحاب عند موسى في موسوعة القواعد الفقهية، وذكر الشيخ زاهر بعض الأمثلة كاستصحاب حال الطهارة لمن شك في حدوث ما يرفعها.

الاستحسان

فقد عمل بالاستحسان ومثل له بما لو وكل رجل آخر في شراء بضاعة له من مكان بعيد عن وطن الموكل فاشتري الوكيل البضاعة واستأجر من يحملها إلى وطن موكله، فإن أجر الحمل لا تلزم الموكل من جهة الحكم لأن الوكالة مقصورة على الشراء فقط دون الحمل فالوكيل في حكم المتبرع بذلك، ومع ذلك فقد رأى ابن بركة من طريق الاستحسان إلزام الموكل أجره الحمل^(٦٢).

المصالح المرسلة

تعتبر المصالح المرسلة من الأدلة الشرعية. ومثل لها بالنهي عن بيع أمهات الأولاد زمن عمر رضي الله عنه، وإجازة دفع العوض إلى الشاهد إن كان تفرغه لأداء الشهادة يؤدي إلى إلحاق ضرر به^(٦٣).

شرع من قبلنا

أخذ ابن بركة بشرع من قبلنا واستدل له بجواز عقد النكاح على مهر مجهول مستدلاً بقصة شعيب في تزويج موسى على رعي الغنم ثمانين سنوياً أو عشر سنوياً. والأمثلة كثيرة لا مجال لتعقبها.

العُرف

أَخَذَ ابْنُ بَرَكَةَ بِالْعُرْفِ، وَمِنْ أَمْثَلِهِ ذَلِكَ بِنَاءُ الْإِيمَانِ عَلَى الْعُرْفِ، قَالَ مَنْ حَلَفَ لَا يَسْكُنُ بَيْتًا فَسَكَنَ بَيْتًا مِنْ شَعَرٍ لَا يَحْنُثُ لِأَنَّهُ لَا يُسَمَّى بَيْتًا فِي الْعُرْفِ. وَقَدْ قَالَ بِدَلَالَةِ الْاِقْتِرَانِ، وَبِالْأَخْذِ بِالْأَقْلَى، وَأَخَذَ بِمَفْهُومِ الْمُخَالَفَةِ، وَتَكَلَّمَ عَنِ الْأَوَامِرِ وَالنَّوَاهِي وَغَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا قَالَهُ عُلَمَاءُ الْأُصُولِ فِي الْقَرْنِ الرَّابِعِ الَّذِي شَهِدَ فِيهِ الْأُصُولُ مَبَاحَثَ إِضَافِيَّةً فِي عِلْمِ الْكَلَامِ وَاللُّغَةِ.

٥- تَأْمُّلَاتٌ فِي الْمَوْضُوعَاتِ الَّتِي أَدْخَلَهَا الْمُتَكَلِّمُونَ فِي مَسَائِلِ أُصُولِ الْفَقْهِ مَا بَعْدَ الْقَرْنِ ٤هـ/ ١٠م:

وَقَبْلَ بَيَانِ ذَلِكَ أَنْبَأَهُ إِلَى أَنَّ التَّأْلِيفَ فِي هَذَا الْعَصْرِ نَحَا طَرِيقَتَيْنِ، أُطْلِقَ عَلَى الْأُولَى مَدْرَسَةُ الْفُقَهَاءِ أَوْ الْحَنْفِيَّةِ، وَقَوَامُ هَذِهِ الطَّرِيقَةِ اسْتِنْبَاطُ الْقَوَاعِدِ مِنْ كَلَامِ الْأُئِمَّةِ.

أَمَّا الطَّرِيقَةُ الثَّانِيَةُ فَهِيَ طَرِيقَةُ الْمُتَكَلِّمِينَ، وَقَدْ سَارَ عَلَيْهَا الْأَشَاعِرَةُ وَالْمَذَاهِبُ الْأُصُولِيَّةُ مِنَ الْمَالِكِيَّةِ وَالشَّافِعِيَّةِ وَالْحَنَابِلَةِ وَالْمُعْتَزَلَةِ وَالْإِبَاضِيَّةِ وَالزَّيْدِيَّةِ، وَقَوَامُ هَذِهِ الطَّرِيقَةِ اسْتِقْرَاءُ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَقَوَاعِدِ اللُّغَةِ وَصِيَاغَةُ الْقَوَاعِدِ الْأُصُولِيَّةِ مِنْهَا.

هَنَّاكَ مَوْضُوعَاتٌ دَخَلَتْ فِي عِلْمِ أُصُولِ الْفَقْهِ عَلَى أَيْدِي أُئِمَّةِ الْأُصُولِ مِمَّا كَتَبَهُ عُلَمَاءُ الْمَذَاهِبِ الثَّلَاثَةِ الْمَالِكِيَّةِ وَالشَّافِعِيَّةِ وَالْحَنَابِلَةِ، وَعُلَمَاءُ الْمَذَهَبِ الْاِعْتِرَازِيِّ وَالْإِبَاضِيِّ، وَتَشَكَّلَ مَوْضُوعَيْنِ كَبِيرَيْنِ:

أَمَّا الْأَوَّلُ فَهُوَ مَوْضُوعُ عِلْمِ الْكَلَامِ، وَقَدْ ظَهَرَ ذَلِكَ فِي كُتُبِ أَهْلِ السُّنَّةِ وَكُتُبِ الْإِبَاضِيَّةِ وَالْمُعْتَزَلَةِ، مِنْ ذَلِكَ:

١- الْمَسْأَلَةُ الْأُولَى: مَسْأَلَةُ التَّحْسِينِ وَالتَّقْيِيقِ هَلْ هِيَ عَقْلِيَّةٌ أَوْ شَرْعِيَّةٌ، أَيْ هَلْ فِي الْأَشْيَاءِ حُسْنٌ ذَاتِيٌّ وَقَبِيحٌ ذَاتِيٌّ.

قَالَتِ الْمُعْتَزَلَةُ نَعَمْ، وَقَالَتِ الْأَشَاعِرَةُ، وَالْإِبَاضِيَّةُ، لَا بَلِ التَّحْسِينُ وَالتَّقْيِيقُ

أمران شرعيان، وقعدت الماتريديّة في الوسط فقالت هناك أمورٌ يدركُ حُسْنُها عن طريق العقل كحُسْنِ الصّدقِ وقُبْحِ الكذب. وهناك أمورٌ يدركُ العقلُ حُسْنُها وقُبْحُها لكن ليس بالبداهة بل بشيءٍ من التأمل، مثل حُسْنِ الكذب النافع وقُبْحِ الظلم الضار، وهناك أمورٌ لا يستقلُّ العقلُ بإدراكِ حُسْنِها وقُبْحِها، كحُسْنِ صَوْمِ أوّلِ يومٍ من رَمَضان وقُبْحِ صَوْمِ أوّلِ يومٍ من شَوّال، فهذه لا تدركُ إلّا عن طريقِ الشَّرْعِ فكانوا وسطاً بين النَّاسِ في ذلك.

- ١- المسألة الثانية: شكرُ المنعم هل تَبَتَّ بالعقل أو النُّقل، وهل هذه مسألة كلاميّة.
- ٢- المسألة الثالثة: هل كان النبي ﷺ مُتَعَبِّداً بِشَرْعٍ قَبْلَ النُّبُوّة.
- ٣- المسألة الرابعة: مسألة العصمة في حقّ الأنبياء.
- ٤- المسألة الخامسة: هل الكفارُ مكلفون بفروع الشريعة.
- ٥- المسألة السادسة: مسألة الكبيرة وحُكْمُ مُرْتَكِبِها، هل هو كافرٌ وقد دَخَلَتْ في مَبْحَثِ العَدَالَةِ عِنْدَ كَلَامِهِمْ عَلَى شُرُوطِ الرَّاوي.
- ٦- المسألة السابعة: هل تَكْلِيفٌ مَا لَا يُطَاقُ جَانِزٌ أَوْ لَا؟ وَإِذَا جَازَ هَلْ وَقَعَ أَوْ لَا؟
- ٧- المسألة الثامنة: مَبَاحِثُ الْمُحْكَمِ وَالْمُتَشَابِهِ، وَمَبَاحِثُ التَّأْوِيلِ فِي صِفَاتِ الرَّبِّ جَلَّ وَعَلَا.

- ٨- المسألة التاسعة: الوَعْدُ وَالْوَعْدُ وَحُكْمُ جَرَيَانِ النُّسخِ فِيهِمَا.
- ٩- المسألة العاشرة: حُكْمُ التَّقْلِيدِ فِي التَّوْحِيدِ.
- ١٠- المسألة الحادية عشر: الْأَصْلُ فِي الْمَنَافِعِ الْإِبَاحَةِ وَفِي الْمَضَارِّ التَّحْرِيمِ.

وكثيرٌ من المسائل الكلاميّة يضيقُ المقامُ عن ذكرها. أمّا الموضوع الثاني فهو الموضوعات اللُّغويّة، ومن أهمّها:

- ١- المسألة الأولى: مسألة الوَضْعِ هل هي اصطلاحية أو تَوْقِيفِيّة.
- ٢- المسألة الثانية: حُرُوفُ المعاني ودلالاتها.
- ٣- المسألة الثالثة: الفعل المضارع المُتَبَتُّ ودلالاته.
- ٤- المسألة الرابعة: الفعل المضارع الْمَنفِي ودلالاته.

- ٥- المسألة الخامسة: مباحث التوكيد، والثرائف والاشتقاق.
- ٦- المسألة السادسة: مباحث الحقيقة والمجاز والكنية.
- ٧- المسألة السابعة: مباحث الحذف والزيادة.
- ٨- المسألة الثامنة: تعارض مقتضيات الألفاظ.
- ٩- المسألة التاسعة: مباحث الدلالات بكل أنواعها المنطوق والمفهوم، والنص والصريح، والمجمل وغير ذلك.
- ١٠- المسألة العاشرة: مباحث الأمر والنهي.

هذه أهم المسائل اللغوية التي أدخلت إلى علم أصول الفقه.

٥- المسائل الكلامية عند ابن بركة وتطويرها في أصول الفقه:

والعلامة محمد بن بركة الذي يمثل مدرسة الأصول عند الإباضية، ساهم في كل ذلك، فقد تكلم في مسائل كلامية كثيرة، منها:

١- المسألة الأولى: مسألة اللغة وهل هي اصطلاحية أو توقيفية، بحثها تحت مسألة قوله تعالى: [الرحمن: ١ - ٤]، فاستدل بهذه الآية على أن اللغة توقيفية^(٦٤).

٢- المسألة الثانية: الحكيم لا يخاطب بما لا فائدة فيه^(٦٥)، رد ذلك على الحشوية.

٣- المسألة الثالثة: مسألة التوحيد والنبوات^(٦٦).

٤- المسألة الرابعة: الحادثة إذا حدثت لا تخلو من حكم الله فيها^(٦٧).

٥- المسألة الخامسة: مسألة "المسألة لله والدعاء فريضة"^(٦٨).

٦- المسألة السادسة: دخول القياس في التوحيد^(٦٩).

٧- المسألة السابعة: مسألة القدر تحت قوله تعالى: (السجدة: ١٣)، رد فيها على نفاة القدر^(٧٠).

٨- المسألة الثامنة: مسألة المعصية لا تكون إلّا من قاصد لها^(٧١).

٩- المسألة التاسعة: مسألة العدل والقسط^(٧٢).

١٠- المسألة العاشرة: مسألة إقامة الحدود لا تكون إلا لأئمة العدل.

١١- المسألة الحادية عشر: مسألة في ذنوب الأنبياء، ردّها فيها على شبه المُلحدين وأهل الفرق التي نَسَبَت المعاصي للأنبياء^(٧٣).

١٢- المسألة الثانية عشر: تكلّم فيها عن الولاء والبراء.

تكلّم في هذه المسائل الكلاميّة كلّها، كما تكلّم عن التّقليد في التّوحيد وبيّن أنّه مذموم^(٧٤)، وتحدّث عن العلل العقليّة.

أمّا في المسائل اللّغويّة فتكلّم عليها كلّها:

المسألة الأولى: تكلّم عن الوضع.

المسألة الثانية: استعمال العرب الحقيقة مكان المجاز، والمجاز مكان الحقيقة^(٧٥).

المسألة الثالثة: إثبات المجاز في القرآن.

المسألة الرابعة: الدلالات منطوقاً ومفهوماً، وحقيقةً ومجازاً، ونصّاً ومفسّراً وظاهراً ومُجَمَّلاً ومؤوَّلاً، وعن الأوامر والنّواهي.

وتحدّث عن الإضمار والكناية، وعن علاقات المجاز المرسل^(٧٦).

وغيرها من المسائل اللّغويّة. وهذه لم تُبحث في طوَرِ الأصول الأوّل والذي يليه، وإن بحث بعضها بطريقة موجزة.

٦- أصول الفقه الإباضي بين المعتزلة والأشعرية

إنّ المُستقرئَ لحركة التّأليف التاريخيّة يجد أنّ أئمة الإباضية كان لهم مدرّسة خاصّة بهم، تتصلّ أراؤها بكبار أئمّتهم كالعلامة محبوب بن الرّحيل القرشيّ من علّماء القرن الثاني الهجريّ، ولّد بالبصرة التي كانت تموج بالعلّماء، والإمام أبي عبيدة مُسلم بن أبي كريمة، والإمام الرّبيع بن حبيب، ومحمّد بن محبوب،

والخراساني صاحب المدونة، والعلامة أبي المنذر بشير بن محبوب بن محبوب بن الرّحيل، والعلامة أبي محمد عبد الله بن محبوب من علماء القرن الثالث، والعلامة محمد بن بركة من أئمة القرن الرابع الهجري، والشيخ أبي مالك غسان بن محمد شيخ ابن بركة.

وهؤلاء وغيرهم، منهم المحدث كالرّبيع، ومنهم من جمع بين الفقه والأصول كمحمد بن محبوب وبشير بن محبوب وابن بركة وغيرهم من المتقدمين الذين وضعوا القواعد وفرعوا عليها.

والمتتبع لأصول الإباضية وما يتصل بها من مسائل كلامية وأصولية يجد أنهم قد وافقوا المعتزلة في بعض الأصول، كأصل التوحيد، والوعد والوعيد، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ويخالفونهم في كثير من الأصول.

ويوافقون أهل السنة في كثير من الأصول، ويخالفونهم في بعضها، وما يتوافقون فيه مع أهل السنة أكثر بكثير مما يختلفون معهم، وطريقتهم أشبه بطريقة المتكلمين.

٥- أهم المسائل الكلامية والقواعد الأصولية (مقارنة) ما بعد القرن ٤هـ/١٠م:

سبق أن ذكرت أن أصول العلامة ابن بركة هي أصول جمهور المتكلمين، لا تخرج عنها البتة. ويستدلون عليها بالمنقول والمعقول.

أما بقية المسائل فسوف أذكرها بشكل موجز مبيناً ما قالت المعتزلة فيها وما قالته الأشاعرة وما قالته الإباضية، وبذلك يتضح المقصود.

المسألة الأولى: مسألة التحسين والتّقيح العقليين.

قالت المعتزلة: في الأشياء حسن وقبح ذاتيان^(٧٧).

وقال الأشاعرة: الحسن والقبح شرعيان^(٧٨).

وقالت الإباضية: هما شرعيان^(٧٩).

المسألة الثانية: شكرُ المنعم.

قالت المعتزلة شكرُ المنعم واجبٌ عقلاً^(٨٠).

وقال الأشاعرة: شرعاً^(٨١).

ووافق الإباضية مع الأشاعرة في رأيهم بأن شكرَ المنعم ثبت شرعاً^(٨٢).

المسألة الثالثة: هل كان النبي ﷺ متعبداً بشرع من قبله؟^(٨٣)

قال المعتزلة: نعم.

وقال الأشاعرة: لم يكن النبي ﷺ متعبداً بشريعة من قبله^(٨٤).

وبذلك قالت الإباضية^(٨٥).

المسألة الرابعة: في الواجب المخير.

قالت المعتزلة الكل واجب^(٨٦).

وقال جمهورُ الأشاعرة الواجب واحدٌ لا بعينه^(٨٧).

وكذلك قال الإباضية^(٨٨).

المسألة الخامسة: وجوبُ الصَّلاح والأصلح على الله، وهي مسألة مشهورة عنهم.

وذهب الأشاعرة إلى أنه لا يجبُ على الله شيء.

ووافقهم الإباضية فقالوا: لا يجبُ على الله شيء^(٨٩).

المسألة السادسة: التَّأسي بأفعال رسول الله ﷺ في العبادات فقط، نصَّ عليه صاحبُ

المُعتمد^(٩٠)، وهو رأي أبي علي بن خلاد.

وذهب أهلُ الأشاعرة إلى وجوبِ التَّأسي بأفعاله ﷺ كُلِّها في العبادات

والمعاملات والعادات^(٩١).

وذهبت الإباضية إلى وجوبِ التَّأسي في العبادات والمعاملات^(٩٢).

المسألة السابعة: قبولُ خبر الواحد.

يرى الجبائي عدمَ قبولِ خبر الواحد في الشرعيات^(٩٣).

وقال جمهورُ الأشاعرة يجبُ العملُ به، نصُّ عليه الشيرازي وغيره^(٩٤).

ووافقَهُم الإباضية، نصُّ عليه الوردجاني في العدل والإنصاف^(٩٥).

المسألة الثامنة: يرى أبو عبد الله البصري من المعتزلة عدمَ صحَّةِ نقلِ الإجماعِ بخبرِ الواحد، بل لا بُدَّ له من النقلِ المتواتر^(٩٦).

ويرى الأشاعرة صحَّةَ نقله بخبرِ الواحد^(٩٧).

ونصُّ السالمي على صحَّةِ نقله بخبرِ الواحد^(٩٨).

المسألة التاسعة: في العلة هل هي مؤثرة أو أمانة على الحكم؟

قالت المعتزلة هي مؤثرة بنفسها بمعنى أنها الموجبُ للحكم بذاتها بناءً على جلبِ مصلحة أو دفعِ مفسدة^(٩٩).

ويرى جمهورُ الأشاعرة أنها أمانة على الحكم أي معرفة، وليست مؤثرة^(١٠٠).

وقال السالمي في طلعة الشمس: العلة هي المعروف^(١٠١).

المسألة العاشرة: النسخُ قبل التمكن من الفعل.

قالت المعتزلة لا يصح^(١٠٢).

وقال جمهورُ الأشاعرة يصح^(١٠٣).

وهو مذهبُ الإباضية^(١٠٤).

المسألة الحادية عشر: نسخُ الحكم دون التلاوة.

قالت المعتزلة لا يصحُّ لأنه عبثٌ من غير فائدة^(١٠٥).

وذهبَ جمهورُ أهل الأشاعرة إلى الجواز والوقوع في القرآن وفائدته تذكيرُ المؤمنين برفعه إذا كان شاقاً، وفيه مصلحة ثواب قراءته.

وقال الوردجاني: وجائزُ نسخُ الحكم وبقاءُ التلاوة، ونسخُ التلاوة وبقاءُ الحكم، ونسخهما معاً^(١٠٦).

المسألة الثانية عشر: هل الأمرُ بالشيء نهْيٌ عن ضده؟

قالت المعتزلة: ليس نهياً عن ضده^(١٠٧).

وقال الأشاعرة: الأمر بالشيء نهى عن ضده^(١٠٨).

ووافقهم الإباضيّة، قال الوريّجاني: الأمر بالشيء نهى عن ضده^(١٠٩).

المسألة الثالثة عشر: اشترطت المعتزلة الغلو والاستعلاء في الأمر^(١١٠)، ولم يشترطه الأشاعرة^(١١١)، وكذلك قالت الإباضيّة لا يشترط الغلو والاستعلاء^(١١٢).

المسألة الرابعة عشر: الجَمْعُ المنكر مثل: رجال ودراهم. يُحمَلُ على الاستغراق عند المعتزلة^(١١٣). وذهب جمهورُ الأشاعرة والماتريديّة إلى أنّه لا يستغرق^(١١٤). وذهب الإباضيّة كذلك إلى أنّه لا يستغرق^(١١٥).

المسألة الخامسة عشر: هل كان النبي ﷺ متعبداً بالاجتهاد؟

يرى أبو هاشم وأبو عليّ من المعتزلة أنّ النبي ﷺ لم يكن متعبداً بالاجتهاد، وهذا رأي بعض الشافعيّة والحنابلة^(١١٦).

وذهب جمهورُ الأشاعرة إلى أنّه متعبّد بالاجتهاد^(١١٧).

واختارَ البدر الشماخي ونور الدين السالمي من الإباضيّة أنّه كان متعبداً بالاجتهاد^(١١٨).

المسألة السادسة عشر: المجتهد إذا أخطأ هل يَأْتُمُّ؟

يرى بشر المريسيّ من المعتزلة أنّه آثم؛ لأنّ المصيبَ واحدٌ والآخرُ مُخطئٌ، والمخطئُ آثم^(١١٩).

وذهب الجمهورُ من الأشاعرة إلى أنّ المجتهد إذا أصابَ فله أجران، أجرُ الاجتهاد وأجرُ الإصابة. وإذا أخطأَ فله أجرُ الاجتهاد^(١٢٠). وهذا ما ذهب إليه الوريّجاني في العدل والإنصاف^(١٢١).

المسألة السابعة عشر: يرى الأصمّ من المعتزلة أنّ الاجتهاد يُنْقَضُ بِمِثْلِهِ^(١٢٢). ومذهبُ الأشاعرة ومنهم الإباضيّة أنّ الاجتهاد لا ينقضُ بِمِثْلِهِ.

المسألة الثامنة عشر: التقليد في الفروع.

يرى المعتزلة البغداديون ومنهم جعفر بن حرب وجعفر بن مبشر أنه لا يجوز التقليد في الفروع^(١٢٣)، وجوز الأشاعرة ومنهم الإباضية ذلك^(١٢٤)، وما ورد عنهم من ذم التقليد فكلأهم فيه يشبه أن يكون في التوحيد، وقد نص ابن بركة صراحة على جواز تقليد العامة للعلماء فيما كان طريقه الاجتهاد^(١٢٥).

المسألة التاسعة عشر: إثبات الحكم بالقياس من غير نص بإثباته على الجملة^(١٢٦).
بينما يذهب الأشاعرة وكذلك الإباضية إلى أنه يجوز إثبات الأحكام بالقياس وإن لم يرد نص على تعليقه، وهذا مشهور من كتب القوم، لذلك أثبتوا العلة بالنص والاجتهاد وبيّنوا مسالكها.
المسألة العشرون: الحاكم.

يرى المعتزلة أن الحاكم هو العقل، فالعقل عندهم كاشف للأحكام ومُعَرِّف لها قبل ورود الشرع، بينما ذهب الجمهور إلى أن الحاكم هو الله تعالى، قال تعالى: [الأنعام: ٦٢]، وقال: [الأنعام: ٥٧]^(١٢٧).

فهذه المسائل تدل دلالة واضحة على مشاركة أئمة الإباضية في الأصول وطرائق الجدك، وتعرضهم لمسائل علم الكلام وأصالتهم فيه، والرد على المعتزلة وغيرهم من الأصوليين في مسائل متعددة وموافقتهم لغيرهم ليست من باب التقليد بل إن اجتهادهم فيها وافق اجتهاد غيرهم.

الخاتمة

من خلال هذه الدراسة العاجلة لتطور علم أصول الفقه يتضح ما يلي:
أولاً: ساهمت المذاهب الفقهية في تبلور كثير من المباحث الأصولية في الفترة الممتدة ما بين عصر الشافعي وبين القرن الرابع الهجري في كل مذهب على حدة.

ثانياً: شهد القرن الثالث والرابع تجددًا ملحوظًا في التصنيف الأصولي، حيث دخلت أبحاث جديدة كمباحث اللغة التي سبق ذكرها، ومباحث علم الكلام بصورة متوازنة بين جميع المذاهب كل على حدة، ولا شك أن للمعتزلة دورًا بارزًا في ذلك وتطورت الآراء الأصولية الفقهية في الصدام بين المعتزلة والأشاعرة في إدخال المباحث الكلامية على الفقه وذلك ما بعد منتصف القرن ٤هـ/م ١٠م.

ثالثاً: شكّل المذهب الإباضي في الأصول والفروع قفزة نوعية ذات أصالة واستقلال في آرائه الأصولية، وكانت الردود والمناقشات التي أثارها أئمة المذاهب في الردود على سائر المخالفين لهم من المذاهب الإسلامية الأخرى، قد كونت إرثاً عظيماً في الأصول والفروع وفي علم الجدك والمناظرة والفقه المقارن، وظهرت على أيدي كبار أئمتهم وفقهاء الإباضية المبكرين نماذج، مثل الإمام محمد بن محبوب وابنه بشير بن محبوب وابن بركة وأمثالهم.

رابعاً: من خلال استقراء المسائل الخلافية في الأصول تبين أن أصول الإباضية بدأت مبكراً أقرب إلى المعتزلة ثم ظهرت توازنات بعد القرن ٤هـ/م ١٠م تبدو في آرائها تقترب من الأشاعرة، بيد أن الآراء الأشعرية اتضحت معالمها مع نهاية القرن ٤هـ/م ١٠م.

خامساً: يبدو أن علم الكلام هو المطور لنظريات أصول الفقه وليس العكس، فقضاياها انعكست على أصول الفقه.

سادساً: إن موافقة الاجتهاد الإباضي لاجتهادات المدارس الأخرى، ليست من باب التبعية بل من باب التوافق في المنهج الاجتهادي والاستدلالي. لذلك رأيناهم يوافقون المعتزلة في أغلب الأصول ويخالفونهم في البعض الآخر كتقاربهم في المعنى ومخالفتهم في اللفظ، في القول المنزلة بين المنزلتين، وفي مسألة القدر من الأصول الخمسة، ويخالفونهم أيضاً في عشرات المسائل الأصولية الأخرى كما سبق بيان ذلك. وهذا يدل على أصالتهم في النظر الاجتهادي.

- (١) انظر تفصيل ذلك في علم أصول الفقه دراسة تاريخية د. إلياس دردور ص ١٦٢ وما بعدها.
- (٢) مقدمة محقق كتاب الرسالة ص ١٢.
- (٣) أصول السرخسي ٣/١ مقدمة أبي الوفا، لجنة إحياء المعارف بحيدر آباد.
- (٤) Patricia Crone and Fritz Zimmermann, *The Epistle of Sālim b. Dhakwān*, p. 318, Oxford University Press, 2001; John Wilkinson, *The Imamate Tradition of Oman*, p. 190-191, Cambridge University Press, 1987. p.190.
- (٥) Salomon Pines, *Beiträge Zur Islamischen Atomenlehre*, P. 5-7, Berlin, 1936.
- Cf; on the list of works deals on the Ibādī-Mutazilite theological encounter: Ess, Josef van: (1984) *Une lecture à rebours de l'histoire de muctazilisme*. Paris: Paul Geuthner, *Revue des Études Islamiques*, hors série 14, p.106-110;
- Moreno, M.M.: (1949) Note di teologia ibādita. *Annali del Istituto Universitario di Studi Orientali di Napoli N.S.*, 3 (1949), p. 299-313 ; Nallino, C.A.: (1916a) Sull'origine del nome dei Muctaziliti. *Rivista degli Studi Orientali* (Rome), 7 (1916-1918), 429-454;
- Nallino, C.A.: (1916b) Rapporti fra la dogmatica muctazilita e quella degli Ibāditi dell'Africa settentrionale. *Rivista degli Studi Orientali* (Rome), 7 (1916-18), 455-460;
- Watt, William Montgomery: (1974a) Was Wāsil a Khārijite? *Islamwissenschaftliche Abhandlungen Fritz Meier zum 60. Geburtstag*. Ed. Richard Gramlich. Wiesbaden: F. Steiner, 1974, 306-311; Crone, P.: (1998) A statement by the Najdiyya Khārijites on the dispensability of the Imamate. *Studia Islamica* (Paris), 88 (1998), 55-76; Wilferd Madelung, 'Abd Allah b. Ibād,
- (٧) القاضي عبد الجبار، شرح الأصول الخمسة، ٣٣٢؛ ابن الملاحمي، الفائق، ٢٠٤؛ الأشعري، مقالات الاسلاميين، ١: ٣٠٧.
- (٨) عبد القاهر البغدادي، الفرق بين الفرق، ٨ - ١٢.
- (٩) القاضي عبد الجبار، شرح الأصول، ص ٥٦-٥٧.
- (١٠) ابن الملاحمي، الفائق، ص ٤.
- (١١) القاضي عبد الجبار، شرح الأصول، ص ٥٦-٥٧.
- (١٢) الحاكم الجشمي، تحكيم العقول، ص ٢٩.
- (١٣) ابن الملاحمي، الفائق.
- (١٤) الأشعري، مقالات، ح ١، ص ٣٠٥.
- (١٥) عبد الجبار، شرح الأصول الخمسة، ٧٤٢؛ ابن الملاحمي، الفائق، ٥٤٣.
- (١٦) السالمي، جوهر النظام، ص
- (١٧) عبد الجبار، شرح الأصول، ١٤٦-١٤٨.
- (١٨) عبد الجبار، شرح الأصول الخمسة، ١٤٦؛ ابن الملاحمي، الفائق في اصول الدين، ٥٤٣.

- (١٩) الشافعي: الرسالة، ٣٨٤-٣٩٠.
- (٢٠) القاضي عبد الجبار، شرح الأصول، ص ٥٨٣-٥٨٥.
- (٢١) الشافعي، الرسالة، ١٨١، ٣٣٧.
- (٢٢) الشافعي، الرسالة، ٥٨-١٠٢، ١٤٦، ١٥٣-١٥٨، ٢٠٦، ٢٤٤-٢٤٥؛ ٤٠٢-٤٠٥.
- (٢٣) الشافعي، الرسالة، ٤٧٣.
- (٢٤) عبد القاهر الجرجاني، الفرق بين الفرق، ١٢٧-١٢٨.
- (٢٥) القاضي عبد الجبار، شرح الأصول الخمسة، ٧٦٨-٧٧٠.
- (٢٦) انظر: رسالة الكرخي في الأصول مطبوعة مع تأسيس النّظر لأبي زيد الدبوسي ص ١٦١.
- (٢٧) طبقات الفقهاء للشيرازي ص ١٦٦، وترتيب المدارك ٢٧٨/٣.
- (٢٨) شجرة النور الزكية ٧٩.
- (٢٩) ترتيب المدارك ٦٠٦/٤، والديباج المذهب ٣٦٢.
- (٣٠) طبقات الفقهاء ص ١١١.
- (٣١) طبقات الشافعية الكبرى ٢٠٠/٣.
- (٣٢) طبقات الفقهاء ١٠٩، والبداية والنهاية ١٢٩/١١.
- (٣٣) اللّمع للشيرازي ٤٤.
- (٣٤) اللّمع ١٢٩.
- (٣٥) المحصول للرازي، وانظر علم أصول الفقه د. إلياس دردور ص ٢٤٠.
- (٣٦) اللّمع ٢٥٦، وعلم أصول الفقه د. إلياس دردور ٢٤٢.
- (٣٧) العدة لأبي يعلى ٥٦٢/٢.
- (٣٨) المصدر السابق ٧٢٥/٣.
- (٣٩) المصدر السابق ٧٢٥/٣.
- (٤٠) علم أصول الفقه د. إلياس دردور، وانظر معجم المؤلفين ٩١/٨.
- (٤١) شذرات الذّهب ٤٢٣/٢، وطبقات المعتزلة ٧٤.
- (٤٢) اللّمع ٦٨.
- (٤٣) المحصول ٤٣٦/١.
- (٤٤) الإحكام ٢٢٢/٤.
- (٤٥) التبصرة للشيرازي ٥١٠.
- (٤٦) التبصرة ٢٩٣.

- (٤٧) المنحول للغزالي ١١٤، وعلم أصول الفقه د. دردور ٢٦٤.
- (٤٨) الإحكام للآمدي ٣٣٨/٢.
- (٤٩) اللّمع ص ٢٠٣.
- (٥٠) الإحكام للآمدي ٢٤٢/٢.
- (٥١) المحصول ٨٦١، وأصول الفقه د. دردور ص ٢٦٥.
- (٥٢) الإحكام ١٤/٣.
- (٥٣) لا سيّما بعد عزّل الإمام الصّلت بن مالك على يد موسى بن موسى، إذ دَوَّنَ الإمام أبو سعيد الكرمي كتابه الاستقامة، مهّد فيه قواعد الولاية والبراءة والوقوف، وهو من المدرسة النزوانية، قابله علّماء المدرسة الرستاقية بكتاب الموازنة لابن بركة، انظر اللمعة المرضية للسالمي ص ٢٢. وكتاب محمد بن بركة ودوره الفقهي في المدرسة الإباضية زاهر بن خميس المسعودي ص ٣٤.
- (٥٤) الإمام ابن بركة الزاهر بن خميس ص ٢٦.
- (٥٥) المصدر السابق ص ٢٦.
- (٥٦) الإمام ابن بركة، زاهر بن خميس المسعودي، ص ٢٦: وانظر العقود الفضيّة للحارثي ص ٢٧٩.
- (٥٧) كتاب الجامع ٥٢/١.
- (٥٨) كتاب الجامع ٥٨/١.
- (٥٩) كتاب الجامع ٢٠٧/٢.
- (٦٠) المصدر السابق ٢٠٧/٢.
- (٦١) ابن بركة، زاهر بن خميس، ص ٩٩.
- (٦٢) الإمام ابن بركة ودوره الفقهي ص ١١١.
- (٦٣) ابن بركة، الجامع، ٣١١/٢.
- (٦٤) الجامع ٦٨/١.
- (٦٥) الجامع ٧٠/١.
- (٦٦) كتاب الجامع ١٠٩/١.
- (٦٧) المصدر السابق ١١٥/١.
- (٦٨) كتاب الجامع ١٢٧/١.
- (٦٩) المصدر نفسه ١٥٥/١.
- (٧٠) المصدر نفسه ٥٩/١.
- (٧١) المصدر نفسه ١٦٥/١.

- (٧٢) المصدر نفسه ١/١٦٥.
(٧٣) المصدر نفسه ١/١٢٩.
(٧٤) المصدر نفسه ١/٢٤.
(٧٥) المصدر السابق ١/٧١.
(٧٦) المصدر السابق ١/١٠٠.
(٧٧) انظر: المغني ١٧/٢٤٧، إرشاد الفحول ص ٨.
(٧٨) انظر: البرهان للإمام الحرّمين ١/٨٧.
(٧٩) انظر: طلعة الشمس للنور السالمي ٢/٢٧٩.
(٨٠) انظر: المغني ١٧/١٤١، والمعتمد ٢/٣١٥.
(٨١) البرهان ١/٩٤، المنحول ص ١٤.
(٨٢) طلعة الشمس ٣/٢٦٦.
(٨٣) تاريخ أصول الفقه.
(٨٤) غاية المأمول.
(٨٥) العدل والإنصاف للورجلاني ١/٧٧.
(٨٦) المغني ١٧/١٢٢.
(٨٧) أحكام الفصول ص ٢٠٨، والتبصرة للشيرازي ص ٧٠، والعدة ١/٣٠٢.
(٨٨) التصويب والتخطئة ١/٧ حماد الراشدي.
(٨٩) البعد الحضاري للعقيدة عند الإباضية ١/٤٧٩.
(٩٠) المعتمد ١/٣٥٤.
(٩١) الإبهاج ٢/٢٩١.
(٩٢) معجم قواعد الفقه الإباضية ١/٦٩.
(٩٣) المغني ١٧/٣٨٠، والمعتمد ٢/١٣٨.
(٩٤) التبصرة ص ٣١٢.
(٩٥) العدل والإنصاف ١/٢٠٠ و ١/٢٠١.
(٩٦) شرح العمدة ورقة ٥٣.
(٩٧) جمع الجوامع بحاشية البناني ٢/١٧٩، وشرح الكوكب المنير ٢/٢٢٤، ومسلم الثبوت ٢/٢٢٤.
(٩٨) طلعة الشمس ٢/١٠٩.
(٩٩) المغني ١٧/٢٨٥ و ١/٣٣١، والمعتمد ٢/٣٦١.

- (١٠٠) المحصول ١٨٢/٢.
- (١٠١) طلعة الشمس ١٢٦/٢.
- (١٠٢) المعتمد ٣٧٦/١.
- (١٠٣) أصول السرخسي ٨٠/٢، واحكام الفصول للباجي ص ٤٠٤.
- (١٠٤) طلعة الشمس ٢٥٨/١.
- (١٠٥) التمهيد ٣٦٨/٢.
- (١٠٦) العدل والإنصاف ٢١٧/١.
- (١٠٧) المعتمد ٩٧/١.
- (١٠٨) التبصرة ٨٩/٥.
- (١٠٩) العدل والإنصاف ٣٦١.
- (١١٠) المعتمد ٩٧/١.
- (١١١) التبصرة ٨٩/.
- (١١٢) طلعة الشمس ٣٩/١.
- (١١٣) المعتمد ٢٢٩/١.
- (١١٤) احكام الفصول ص ٢٤٢، ومُسَلَّمُ الثبوت ٢٦٨/١.
- (١١٥) طلعة الشمس ٣٧/١.
- (١١٦) المعتمد ٢٤٠/٢، والمسودة ص ٥٠٦.
- (١١٧) التبصرة ص ٥٢١، والروضة ص ٣٥٦.
- (١١٨) اجتهاد النبي ﷺ أحمد الخاطري ٢٥/١.
- (١١٩) شرح العمدة ورقة ١٦٩.
- (١٢٠) المسودة ٤٩٧، ومُسَلَّمُ الثبوت ٣٨٠/٢ و ٣٨١/١.
- (١٢١) العدل والإنصاف ٢٦٥/١.
- (١٢٢) المغني ٣٦٩/١٧.
- (١٢٣) التمهيد لأبي الخطاب الحنبلي ٣٤٨/٤، والاحكام ٢٠٣/٤.
- (١٢٤) احكام الفصول ٢٢٧.
- (١٢٥) كتاب الجامع ٢٢/١.
- (١٢٦) المغني ٣٢٧/١٧.
- (١٢٧) المغني لعبد الجبار ٣٧٥/١١، وشرح الكوكب ٨١/١.



المماطلة في أداء الدين

الشيخ أحمد المبلغي

هناك مسألة فقهية معروفة عنوانها "المماطلة في أداء الديون" ودراستها تزداد أهميتها عندما نرى أنه في مقولة الإفلاس في التجارة يُركّز على عنصر "توقف التاجر عن دفع الديون"، ويمكن تطبيق هذا البحث على هذا الذي يُسمّى بالتوقّف عن أداء الديون، فتمكّن عبر ذلك من أن نطبّق نتائج هذه المسألة الفقهية على مقولة إفلاس الشركات.

طبعاً إنّ المماطلة في التجارة الحديثة تختلف خطورتها عما كان في المعاملات الاعتيادية التي جرت في القديم، حيث إنّ الإفلاس الحاصل من المماطلة التي تقع في التجارة الحديثة، ربما ينجرّ إلى وقوع الإفلاس من قبل دائني ذلك التاجر الذي أصبح مفلساً أو تلك الشركة التي صارت مفلسة، فقد تتولّد هكذا إفلاسات واحدة بعد أخرى.

ولهذه الإفلاسات التراكمية التي تحصل في التجارة الحديثة، دلائلها الخاصة بها، من جملتها صيرورة التجارة متشابكة، بحيث يشكّل تجارة تاجر ما أو شركة ما جزءاً من شبكة تجارية تحصل أجزائها بسرعة وبصورة مترابطة بعضها مع البعض في ضوء وسائل الاتصال الحديثة والآليات المتاحة للبشرية لإيقاع تعاملاتها وتجاراتها في مجالات متعددة، وفي دائرة واسعة النطاق.

ومن هنا ندرك أن الذي يزيد في أهمية البحث أنّه يبيّن الطرق المشروعة لحماية المؤسسات المالية المواجهة لمشكلة المماطلة في تسديد الديون؛ فإن

مشكلة المماطلة في تسديد الديون أصبحت ظاهرة عامة على مستوى العالم، تعاني منها المؤسسات المالية والشركات التجارية، مما قد يجعلها عرضة لخطر الانهيار والعطب وتوقف النشاط.

كما أن من دلائل أهميته التطرق إلى الحسم القضائي؛ أي: حسم القضية القضائية التي ترتبط بدين قد تم تأخير الوفاء به، فإنه ربما لا يحصل بسرعة في نظام المرافعات الحديثة، حيث إن إجراءات عملية التقاضي ربما تطول مما يجعل الخسارة التي يتحملها الدائنون المتشاكسون تزداد أبعادها وحدودها وجسامتها بمرور الزمن، فيتسبب عن ذلك وقوع اختلال في التزامات هؤلاء الدائنين أحياناً إزاء أشخاص آخرين أو شركات أخرى، مما يتسبب في وقوع إفلاسات أحياناً.

معنى المماطلة في أداء الدين:

المماطلة مشتقة من مادة مطل، فيقال: إن الرجل مطل فلاناً حقّه، بمعنى أنه أجل موعد الوفاء به مرة بعد أخرى، وجاء في الحديث "مطل الغني ظلم"^(١). وهناك كلمة أخرى وردت في الشريعة بهذا المعنى أيضاً، وهو الليّ، جاء في الحديث: "ليّ الواجد يحلّ عرضه وعقوبته"^(٢) بفتح اللام وتشديد الياء، بمعنى مطله، وأصل الليّ: اللوي، فأدغمت الواو في الياء، يقال: لواه بدينه يلويه ليّاً، والواجد: الموسر.

طرق التخلص من مشكلة آثار المماطلة

والسؤال الأساس هنا: هل ثمة طرق مشروعة للتخلص من مشكلة المماطلة وانعكاساتها، سيما على المؤسسات والشركات ؟

الجواب أن هناك طرقاً ثلاثة في هذا المجال:

- تغريم المماطل.

- إلزام المماطل بالقرض التعويضي.

- بيع الدين بالدين.

وفيما يلي دراسة فقهية استدلالية حول كل منها:

الطريق الأول: تغريم المماطل

يدور البحث في هذه المسألة حول سؤالين، هما:

١. هل يجوز تعويض الدائن عن ضرره في صورة وقوع المماطلة؟
 ٢. هل يجوز دفع المدين المماطل عن إقدامه على المماطلة؟
- فيما يلي البحث عن كل من السؤالين:

هل يجوز تعويض الدائن عن ضرره في صورة وقوع المماطلة؟

وهذا البحث هو ما قد يطرح تحت عناوين أخرى، مثل عنوان "غرامة التأخير" و"التعويض عن أضرار التأخير" و"العقوبة التأديبية" و"تعويض الربحية طيلة فترة تأخير الدين"... وتنحل هذه المسألة إلى مسائل أربع، وهي:

- أ- الضرر المتمثل في عدم الحصول على الربح.
- ب- الضرر المتمثل في عدم الانتفاع بما هو متعلق حقه.
- ج- ج. الضرر المتمثل في دفع أموال في سبيل استخلاص حقه.
- د- د. الضرر المتمثل في جوانب معنوية، مثل ما يتكبده من الحزن أو الوقوع في خلاف المروءة بالرجوع إلى المحكمة، واللجوء إلى المخاصمة والمرافعة.

وإليك هذه المسائل الواحدة بعد الأخرى:

المسألة الأولى: الضرر المتمثل في عدم الحصول على الربح

وهذا الربح الذي لا يحصل عليه قد يكون من سنخ الفرصة الضائعة، بمعنى أنه لو كان المدين قد أعطاه المال في وقته المحدد لكان يتكسب به ويحصل على الربح، فضاعت منه هذه الفرصة، أو من سنخ الربح الحاصل عن تغير قيمة

العملة. ومثاله ما لو وقعت معاملة باع فيها رجل بيته نسية من آخر بقيمة خاصة إلى شهر برمابحة هي العُشر، ولكن المشتري لم يؤدّ الدين في موعده بل ماطل في أدائه خلال خمسة شهور مثلاً، وكانت المماطلة هذه بحيث إنه لو لم تكن، لكان البائع يربح في كل شهر من هذه الشهور الأربعة عبر الاستفادة من ثمنه -أي: ذلك الذي لم يسدد - نفس تلك المرابحة، أي: العُشر.

والسؤال هنا: هل للدائن - أي البائع - المطالبة بتعويضه عن كل هذه المرابحات المتوقع تحقيقها في خلال هذه الشهور الأربع؟

والجواب: أن القوانين الوضعية تبنت التعويض المالي عن مثل هذه الأضرار المترتبة على التأخير في أداء الديون، أما الفقه فقد وضعهذه المسألة على طاولة البحث، وجعلها محل نقاش جدي، فتحصلت فيها أقوال:

القول الأول: يجوز تغريم المدين الموسر المماطل بعنوان كونه تعويضاً للدائن عن الضرر الذي أصابه إثر مماطلة المدين، بالقدر المساوي للضرر الواقع، دون اتفاق مسبق بين الدائن والمدين على التقدير للضرر، ولا بد أن يكون هذا التغريم حاصلاً من قبل القضاء.

وهذا الرأي القائل بالتغريم للأستاذ مصطفى الزرقاء، وهو كما معلوم يتضمن ثلاثة عناصر، وهي: كونه تعويضاً عن الضرر الذي تحمّله، وعدم كون هذا التعويض مما حصل باتفاق منهما سابقاً، ولزوم كون التغريم حاصلاً من قبل السلطة القضائية. وأما العنصر الأول (أي: ضرورة وجود التعويض عن الضرر) فذكر في وجهه أمرين، هما:

الأول: عدم وجود ما يتنافى مع التعويض: يقول في ذلك: "مبدأ تعويض الدائن عن ضرره نتيجة لمماطلة المدين وتأخير وفاء الدين في موعده مبدأ مقبول فقهيّاً، ولا يوجد في نصوص الشريعة وأصولها ومقاصدها العامة ما يتنافى معه" (٣).

وفيه: أن المقصود من عدم التنافي لو كان عدم وجود ما ينفي ضمانه، فالجواب أن اعتبار المماطل ضامناً، حكم بحاجة إثباته إلى وجود دليل شرعي يدل عليه، ولا يكفي عدم ما ينفي الضمان، ولو كان المقصود من عدم التنافي كون المبادئ الشرعية مما يوافقه، فالجواب أن ذلك راجع إلى وجهه الثاني الذي هو عبارة عن وجود ما يثبتته ويؤيده في الشرع، وعليه فلا بد أن نرى قوة الوجه الثاني.

والثاني: وجود ما يؤيده ويثبت ضرورة التعويض: يقول في ذلك: "بل بالعكس يوجد ما يؤيده ويوجبه واستحقاق هذا التعويض على المدين مشروط بأنه لا يكون له معذرة شرعية في هذا التأخير، بل يكون مليئاً مماتلاً يستحق الوصف بأنه ظالم كالغاصب"^(٤).

ثم ذكر دليلين على ضرورة التعويض، وهما:

أ. قاعدة الضرر يزال: بضميمة أن يقال: ولا إزالة له إلا بالتعويض، ومعاقبة المماطل وحدها دون تعويض لا تفيد الدائن المضروب.

وجواب ذلك: أن هذه القاعدة ليست نصاً شرعياً، نعم هناك نص معروف وهو "لا ضرر ولا ضرار في الإسلام"، وعليه فلا بد أن نقف على مدلول هذا النص الشرعي؟ وهل أنه يدل على هذه القاعدة، أي: "الضرر يزال"؟ سوف يأتي البحث لاحقاً.

ب. المماطل بحكم الغاصب، والغاصب ضامن: وتوضيحه: أن تأخير أداء الدين يشبه الغصب للمال، فحكمه حكمه، والذي هو ضمان منافع المغصوب مدة الغصب، وضمان قيمة المغصوب فيما لو هلك.

وهذا الدليل يستقيم على فرض ولا يستقيم على فرض، فبحسب ما تبناه جمهور أهل السنة من حجية القياس، يكون في محله، وأما حسب ما تبناه الإمامية والبعض الآخر من عدم حجية القياس فلا يستقيم الدليل.

ومنافع المصنوب في موضوعنا هي ما كان يجنيه الدائن من ربح في أدنى الحدود المعتادة، لأنه قبض دينه في ميعاده، واستثمره بالطرق المشروعة الحلال. ولتقدير الضرر بمقدار الربح الفائت قد أعطى هذا الرأي معياراً وهو أن ينطلق القاضي من الرجوع إلى رأي أهل الخبرة للحصول على ما هو أدنى حدود الربح المعتاد في التجارة.

قال الزرقاء: "مبدأ تعويض الدائن عن ضرره نتيجة لمماطلة المدين وتأخير وفاء الدين في موعده مبدأ مقبول فقهياً، ولا يوجد في نصوص الشريعة وأصولها ومقاصدها العامة ما يتنافى معه، بل بالعكس يوجد ما يؤيده ويوجهه واستحقاق هذا التعويض على المدين مشروط بأنه لا يكون له معذرة شرعية في هذا التأخير، بل يكون مليناً مماتلاً يستحق الوصف بأنه ظالم كالغاصب"^(٥).

وأما العنصر الثاني، أي: عدم كون التعويض مما حصل باتفاق منهما سابقاً، فوجهه هو أن التعويض وإن كان مشروعاً غير أنه يجب أن لا يتخذ هذا التعويض ذريعة إلى الربا، ولو حصل بينهما الاتفاق المسبق على التقدير، فهو بذلك يدخل في مصاديق الربا.

وعليه فإن القائل بهذا الرأي عند ما يتمسك بالقاعدة الفقهية القائلة بـ"الضرر يزال"، ويرى أن لها الدلالة على لزوم التعويض عن ضرر المماطلة، فإنه لا يعتقد بأن القاعدة تدلّ على التعويض بصورة مطلقة، بل تدلّ على أن التعويض عن ضرر المماطلة ضروري فيما لو لم يتخذ التعويض ذريعةً إلى الربا، فلو اتّخذ كذلك فهو محرم، ومن هنا تبني هذا الرأي ما اعتبرناه عنصراً ثالثاً (وسيأتي البحث عنه) من أنه يجب أن يعاد الأمر إلى القضاء للتحقق من عدم وجود عذر مشروع في التأخير، ثم لتقدير التعويض؛ يقول الزرقاء: «لذلك لا يجوز في نظري إذا أقرت فكرة التعويض عن ضرر التأخير، أن يحدد هذا التعويض باتفاق مسبق، بل يجب أن

يناط تقدير التعويض بالقضاء^(٦).

ويمكن القول بأن هذا الدليل (أي: صيرورة التعويض من الربا فيما إذا اتفقا عليه) مخدوش بما سيأتي من أن التعويض مشروع فيما إذا تم الاتفاق عليه كشرط في العقد.

وأما العنصر الثالث، (أي: لزوم كون التغيريم حاصلًا من قبل السلطة القضائية) فوجهه: أنه ينوط حسم القضية على النظر في أن أصل التعويض هل هو ثابت أم لا؟ وفي أن الغرامة ما هو مقدارها، وكلا الأمرين موكول أمرهما إلى الحكم القضائي. والمحكمة لإثبات أصل التعويض لابد أن ترى جهات ثلاث:

الأولى: تقدير عذر المدين.

الثانية: تقدير ضرر الدائن.

الثالثة: تقدير التعويض.

القول الثاني: نفس القول الأول مع اختلاف، وهو أن التغيريم إنما يتم من باب التعزير لا التعويض، وعليه فالمقدار ليس من اللازم أن يكون مساوياً للضرر الحقيقي الفعلي، أو الربح الفائت. وهذا هو رأي بعض علماء أهل السنة المعاصرين، وهو الشيخ عبد الله بن منيع، الذي يقول: "إنني أرى أن العقوبة المالية تعزيرية، وليست تعويضاً".

والعناصر الموجودة في هذا القول هي عبارة عن:

١. أن المماطل ضامن.

٢. أن هذا التغيريم تعزير.

٣. أنه في الوقت الذي هو تعزير، يعدّ تعويضاً، ولكن على سبيل التبعية.

٤. انطلاقاً من تبعية التعويض، فانه لا يشترط تساوي ما يدفعه المماطل مع

الضرر الحقيقي الفعلي أو الربح الفائت.

أما العنصر الأول، فذكر لذلك عدة وجوه:

منها: قول الرسول الأعظم (ص): "ليّ الواجد بالدين يحلّ عرضه وعقوبته" وهذا الحديث ورد في المجاميع الروائية لكل من الفريقين^(٧). ويمكن أن يقال في تقريبه: إن العقوبة هنا من التعزير، والتعزير لا ينحصر في الضرب والحبس، بل العقوبة المالية أيضاً من التعزير^(٨)، وبذلك يثبت المدعى. ولكنه يناقش:

أولاً: أنّ العقوبة الواردة في الحديث - حسب فهم الفقهاء لها - إنما هي للضغط على المدين المماطل لكي يندفع نحو أداء دين الدائن، وليست بمعنى العقوبة بنحو مطلق (أي: وحتى فيما لو أدى دينه)، ومن هنا رأى البعض رعاية التدرّج في العقوبة لكي يندفع في أداء الدين، يقول العلامة الحلي: «.... أراد بالعقوبة الحبس و الملازمة، فإن لم ينزجر زاد في تعزيره بما يراه من ضرب وغيره»^(٩).

وثانياً: أن المدعى هو حتمية وقطعية التغريم، مع أن الحديث يعطي حكم جواز وحلية عقوبته.

وثالثاً: أنه - كما يبدو من الحديث - ليست العقوبة إلّا لأصل مماطلته، ولا نظر للحديث إلى الخسائر التي تتوجه إلى الدائن من حيث الربح، مع أن المدعى هو إثبات العقوبة في قبال ذلك. اللهم إلا أن يقال: إن المستدل لا يريد من الحديث إلا إثبات أصل العقوبة، أما كون الغرامة تعويضية، فله وجهه، وسيأتي.

ومنها: قوله (ص): "مطل الغني ظلم". ذلك بتقريب أن يقال: إن هذا الظلم ظلم مالي، والظلم المالي يلزمه الضمان، وهذا نفس المدعى الذي نريد إثباته.

وفيه: أنه لا شك أنه ظلم مالي، غير أن إثبات كون الحديث ناظراً إلى أكثر من الظلم المتجسّد في عدم وصول أصل حق الدائن إليه (بمعنى أن لهذا الحديث نظراً أيضاً إلى الخسائر التي يتحملها الدائن بسبب عدم كون المال بيده) فهذا أول الكلام.

أمّا العنصر الثاني، (أي: أن التغيريم تعزير): فوجهه بتقريب منا: أن الحديث الأول (ليّ الواجد يحلّ عرضه وعقوبته) كما يستدل به لإثبات ضمان المدين المماطل (عبر القول بأن العقوبة ليست فقط في قبال أصل المماطلة حتى يلبس لباس مجرد العقوبة، بل يكون في قبال الخسارة التي تحملها الدائن أيضاً، وعليه فمثّل هذه العقوبة تتضمن الضمان) فكذلك يستدل به لإثبات أن ما يكون ضامناً له عقوبة تعزيرية، ذلك حسب تعبير الرواية بأنها عقوبة.

وفيه: صحيح أن ما يدفعه عقوبة، غير أن هذه العقوبة ليست من باب الضمان، وذلك لما قلناه في ردّ العنصر الأول، فالقول بكون ما هو التعزير، هو ما يكون تعويضاً بالضبط، مما لا يمكن قبوله.

وأما العنصر الثالث، (أي: كون التعويضية على سبيل التبعية): فوجهه - حسب ما قاله - بتصرف منا أن هناك أمرين يوصلان إلى كونها تبعية، وهما: (أ) أننا إذا اعتبرنا ما يأخذه الدائن من المدين تعويضاً فقط، فهذا الاعتبار يحيل الأمر من حلّ إلى تحریم. (ب) أنه إذا اجتمعت التعزيرية والتعويضية، فلا محيص عن أن تكون التعويضية تبعية، ذلك أنه لو عملنا العكس أي: اعتبرنا التعويضية أصلاً، فهو يجعله من الربا، فللخروج عن حالة الربا لا يبقى طريق إلّا جعلها تبعية.

ويلاحظ فيه: ما سيأتي من أن التعويضية هذه لا تعدّ من الربا.

أمّا العنصر الرابع (أي: عدم اشتراط تساوي ما يدفعه المماطل مع الضرر الحقيقي الفعلي أو الربح الفائت): فوجهه أن ذلك هو معزى ومحتوى التبعية المدعاة، بمعنى أننا إن اعتبرنا ما يغرّمه المدين من مال لقاء مطله عقوبة ليس لها ارتباط ولا علاقة بحجم الضرر الواقع على الدائن من المطل، وإنما تكييفها وتقديرها راجع إلى ما يوجب الردع والزجر، فهذا الاعتبار صحيح.

ويناقش فيه: أننا إذا قبلنا أن لهذه التعويضية أصالة واعتبار جديّ - كما أثبتنا

ذلك في ردّ العنصر الثالث - فمعنى هذه الأصالة هو لزوم كون الغرامة التي تدفع إليه بالقدر الذي للضرر.

خلاصة البحث حول هذا القول:

خلاصة ما حصلنا عليه بالنسبة إلى هذا القول: أنه يحاول الجمع بين التعويضية والتعزيرية عبر اعتبار أمرين اثنين في وقت واحد، وهما: لزوم دفع الغرامة العقوبية إلى الدائن المتضرر، ولزوم التجنب عن أن نقيم ارتباطاً وعلاقة بين هذه الغرامة مع حجم الضرر.

والنتيجة لما ذكرناه حول هذا القول: أنه لا يمكن قبوله، لما اتضح من أنه محاولة تبرعية واضحة للجمع بين رعايتين: رعاية عدم الوقوع في مشكلة الربا، ورعاية عدم إبقاء الضرر الواقع على الدائن على حاله، وهذه المحاولة كما قلنا تبرعية لا دليل عليها، حيث إن هذا التعويض التبعية الضعيف الذي تبنته هذه المحاولة، مصنوع لنا ولا يعكس أصلاً ما هو نظر الشارع، وأما الذي اعتمد عليه هذا القول من الروايات، فإنه لو قبلنا أن لها دلالة على التعويض، فإن التعويض الذي يدل عليه هو تعويض جدي وأصلي، وليس هو هذا التعويض الضعيف التبعية الذي تبناه هذه القول.

القول الثالث: القول بعقوبة متمثلة في التعويض عن الضرر غير المألوف:

وهذا القول للدكتور شعبان من علماء أهل السنة. وهو يتضمن عناصر عدة، هي:

أولاً: جواز عقوبة المماطل بالتعويض عن الضرر: وقد استند لإثبات ذلك بالحديث "ليّ الواجد يحلّ عرضه وعقوبته" بأن يقال: إن كلمة العقوبة الواردة في الحديث مطلقة، وهي بإطلاقها تتناول الحبس وغيره من كل ما يؤدي إلى زجر المتلاعبين بالالتزامات، وعليه يجوز عقابه بإلزامه بتعويض الدائن عن الضرر الذي يلحقه.

ثانياً: عدم جواز تعويض الدائن عن الربح الفائت بالتأخير: وقد حاول إثبات ذلك بالقول بأنه لا يجوز التعويض عن مجرد حرمان الدائن من ربح مبلغ من المال كان يستثمره، كما يستثمر الناس أموالهم عادة، لأن الربح الذي يفوت الدائن غير مؤكد الحصول، فقد يربح الدائن من الدين الذي يستوفيه في حينه، وقد لا يربح بل قد يخسر، كما هو الشأن في التجارة المشروعة، كما أن إباحة التعويض عن الربح الفائت قد يؤدي إلى الربا.

ثم قال: "لا يصح قياس المدين الموسر المماطل على غاصب الأعيان المادية، لأن منافع هذه الأعيان أموال متقومة في ذاتها، بينما منافع النقود غير متقومة بلا خلاف بين العلماء، ولا يحل أخذ شيء في مقابل حيازة النقود وبقائها عند من يأخذها مدة من الزمان حتى ولو انتفع بها، وكسب من وراء ذلك المال الكثير.

ثالثاً: جواز التعويض على الضرر غير المألوف غير العادي الذي له صفة الاستثناء: وهذا التعويض له مصاديق، ومن جملتها:

أ- أن يكون الدائن قد اعتمد على أن المدين في موعد استحقاقه، فارتبط بناء على ذلك بصفقة يلتزم فيها بمبلغ يستحق في موعد استحقاق الدين الذي له أو بعده بقليل، وبسبب عدم وفاء مدينه، وعدم وفائه بما عليه تبعاً لذلك، فسخ العقد وحكم عليه بالتعويض.

ب- أن يكون الدائن قد اعتمد على المبلغ الذي لم يف به المدين ليفي به ديناً عليه، ولما تأخر المدين تأخر الدائن في الوفاء بما عليه، وترتب على ذلك الحجز على منزله وبيعه جبراً.

الحق في المسألة:

بعد ذكر الأقوال الثلاثة المشار إليها يبدو أن الصحيح أن يقال: إن أخذ الغرامة للتعويض عن الخسائر لتأخير الدين، يجوز في صورتين: ١. ما إذا تم اشتراط دفعها

ضمن العقد.ب. ما إذا لبست هذه الغرامة لباس العقوبة القضائية في صورة ما إذا لم يتم ضمن العقد اشتراطها.

أما الصورة الأولى: فوجه الجواز فيها أن يقال: لا شك في أنه ينطبق - بصورة مبدئية - ما كان رائجاً في الجاهلية من الربا، والذي كان يبرز في قول الدائن لمدينه عند ما كان يأتي وقت أداء دينه: "تقضي أو تربى" على ما قد يتفق في بعض المعاملات الحديثة من أخذ الزيادة من قبل الدائنين في مورد تأخير المدينين ديونهم، غير أن السؤال أنه: هل يمكن ويجوز شرعاً، جعل الزيادة كشرط ضمن العقد، بمعنى "اشتراط دفع المدين مبلغاً معيناً في صورة تأخيره لأداء الدين في وقته المحدد"؟

قد يقال: هذا بالضبط هو ذلك الذي كان يعمل به الناس في الجاهلية من الربا.

ولكن أمكن رد ذلك عبر التركيز على وجود أكثر من فرق بينهما، والفروق كالآتي:

أولاً: أن الذي كان في الجاهلية لم يكن يبرز كشرط ضمن العقد، بل مما كان يقوله الدائن عند حلول وقت الدين.

قد يبدو أن هذه المحاولة قابلة للرد عبر القول بأن الشرط لا بد وأن يكون مما لم يكن مخالفاً للكتاب والسنة، فإذا قبلنا تحريم الشارع لما كان لدى الجاهلية من هكذا ربا، فلا يمكننا اشتراطه ضمن العقد، ولكن الحقيقة أن ما كان محرماً هو ما كان من مكوناته "عنصر التركيز على الربا عند حلول وقت الدين" فإذا جعلناه ضمن العقد، فهو يفقد هذا العنصر، فلا يكون نفسه، وعليه فالذي يجعل شرطاً هو ليس ذلك الذي هو المحرم.

هذا، ولكن أمكن القول بأننا لو قبلنا أن هذا النوع من الربا كان رائجاً ومعمولاً

به في الجاهلية، فمعناه أن كل استدانة تحصل آنذاك، كانت مقرونة منذ البداية بذهنية كون مسيرتها عند حلول وقتها هكذا، وكأن ذلك كشرط متفق عليه منذ البداية، وعليه فهو يعني أن الشرع كأنه قد حرم اشتراطه.

ويمكن أن يقال: إن جواز أخذ مبلغ إزاء ما يتحمله الدائن إثر تأخير إداء الدين، على أساس تضمين شرط في العقد، ليس بنحو الإطلاق، بل إنما يكون ذلك فيما إذا كان الضرر فعلياً من جهة ومادياً من جهة أخرى، والذي يخرج بقيد كونه ضرراً مادياً، تلك الأضرار المعنوية والروحية التي تقع على الدائن بسبب تأخير أداء دينه، وأما قيد كونه ضرراً فعلياً فيخرج به ما إذا كان الضرر تقديرياً بمعنى أن المدين لو كان لم يماطل بل كان يدفع حق الدائن إليه، لكان هذا الدائن يدخل في معاملة على أساس هذا المال المدفوع إليه، ولكان يريح - حسب المنطق السوقي في الاسترباح - فضاعت عنه بسبب التأخير هذه الفرصة.

ولو قبلنا هذا القيد، فلازمه صحة الشرط المتوجه إلى الضرر الفعلي فقط، لا الضرر التقديري، بدليل أن الضرر التقديري موجود بصورة نوعية أو كثيرة في موارد المماطلة، فلو كان أخذ المبلغ إزاء هذا الضرر التقديري جائزاً في إطار اشتراطه، لكان من اللازم منه أن لا يبقى للربا المحرم الرائج عند الجاهلية (المتمثل في قولهم "تقضي أو تربى") مصداق إلا موارد قليلة أو تصبح موارد غير غالبية على الأقل، وفيه ما لا يخفى. وعليه فيجوز اشتراط دفع المبلغ التعويضي إزاء الضرر الفعلي الذي أصاب الدائن، وليس لهذا الضرر الفعلي مصداق إلا ما مرّ مما سمّي بالضرر غير المألوف وهو مثلاً الضرر الحاصل من فسخ العقد الذي كان للدائن بسبب عدم وفائه لدينه فيه، نتيجة لعدم وفاء مدينه المماطل بما كان عليه في مواعده المحدد، سيما إذا كان دخوله في هذا العقد - الذي فسخه - ناشئاً وحاصلاً عن أخذه بالاعتبار للمال الذي كان من المقرر أن يصل إلى يده في مواعده، فلما لم يصل إلى يده، لم يكن له بد من أن يفسخ العقد.

وربما كان بالإمكان القول بأن هناك نوع ضرر آخر، هو وإن لم يكن فعلياً بهذا المعنى إلا أنه يمتاز عن الضرر التقديري، وهذا الضرر شبه الضرر الفعلي، ومثاله: ما نجده في البنوك، من أن البنك - الذي اتفق مع العميل المدين على أن يدفع مبلغاً فيما إذا لم يدفع في موعده دينه - أصابه ضرر بسبب مماطلته، وهذا الضرر ليس تقديرياً بالمعنى الذي مرّ، من جهة أن هذا البنك ربح بمثل هذا المبلغ في هذه الفترة بصورة فعلية، وحتماً لو كان المدين يدفعه في موعده لكان يربح البنك به قطعاً.

وعليه فالضرر الذي يتحملة الدائن على ثلاثة أقسام:

١. ضرر فعلي حاصل من عدم دفع المبلغ في موعده كما في المثال الذي ذكرناه

٢. ضرر تقديري حاصل من عدم الحصول على الربح التقديري

٣. ضرر فعلي حاصل على أساس الربح التقديري الذي كان حصوله قطعياً فيما لو كان المدين يدفع المال.

والذي لا يمكن إخراجه عن دائرة الربا الجاهلي هو الثاني فقط، أما الأول والثالث فهما غير مندرجين في ما كان يفعلونه في زمن الجاهلية.

وهناك ضرر آخر يمكن أن نحسب له حساباً وهو الضرر التقديري النوعي، بمعنى أنه لو كان المال يصل إلى يده لكان يتكسب ويربح - حسب ما يقع نوعاً ما - غير أنه لم يصل إليه، فبالإمكان التعبير عن ذلك بالضرر التقديري النوعي، وربما صح القول بأن هذا الفرض ملحق بالضرر شبه الفعلي.

أما الصورة الثانية: (أي: ما إذا لم يتم ضمن العقد اشتراطها ولبست الغرامة لباس العقوبة القضائية في صورة) فالحق أن الحكم القضائي بعقوبته من قبل المحكمة بأن يعوض عن الضرر الواقع عليه، فلا إشكال فيه. وطبعاً يكون المقصود

الضرر الفعلي والضرر شبه الفعلي والضرر التقديري النوعي على احتمال. هذا ولكن هناك سؤال، وهو هل يمكن الحكم الشرعي بضمانه لما يقع على الدائن في صورة وقوع الضرر الفعلي وصورة الضرر شبه الفعلي، أو الصورة الضرر التقديري النوعي (لو قبلنا التوسعة إلى ما يشمل هذا الضرر أيضاً؟) الجواب: أن ذلك لا دليل عليه إلا إذا نتوسّع في دائرة مدلول لا ضرر حتى أمكن إثبات الحكم المتبهي إلى نفي الضرر، ومثله صعب قبوله.

المسألة الثانية: الضرر المتمثل في عدم الانتفاع بما هو متعلق حقه

تنقسم هذه المسألة إلى قسمين:

ما إذا أوجب هذا الضرر، ضرراً مالياً آخر، مثل أن كان شديد الاحتياج إلى ماله الذي بيد المدين، فأجبر على اتخاذ تصميمات وتصرفات خلقت له مشاكل وأضراراً، كأن كان له مال أرادته للاسترباح، فأجبر نتيجة للضغط الشديد الحاصل من المماطلة، أن يبدأ بكل هذا المال وصرفه في معيشته، فوقع في مشاكل إثر ذلك، فهذه الصورة صح أن يقال عنها أن مماطلة المدين سببت له هذا الوضع وهذا التضرر، وعليه أمكن السؤال عن تعويض المدين لضرره هذا.

والجواب: أن للتعويض عن مثل هذا الضرر صورتين:

١. التعويض الشرعي: بمعنى أن يكون شرعاً ضامناً لما وقع عليه من ضرر، والحقيقة أن ذلك مُتَّفَق؛ إذ ليس بأيدينا دليل يدلّ عليه، اللهم أن يقال: أليس العرف يرى أنه تضرر إثر المماطلة وبسببها؟ أليس أن الإسلام لا ضرر ولا ضرار فيه؟ فعليه لا بد أن يدفع إلى الدائن ما يكون تعويضاً لما وقع عليه من الضرر، غير أن هذا متوقف على أن يكون تفسيركم للضرر غير ما عليه السلف وكذلك أكثر المعاصرين لو لا كلمهم، من أن الذي على عاتق لا ضرر نفي الحكم الضرري فقط، لا إثبات الحكم النافي للضرر أيضاً.

٢. التعويض القضائي: وتقريبه أن يقال: إن الحديث جوّز عقوبته والعقوبة كما تتمثل في العقوبة الحبسية، تتمثل أيضاً في العقوبة المالية، وأفضل عقوبة مالية هي تغريمه، بأن يدفع إلى الدائن الذي وقع الظلم عليه ما يكون عوضاً عن ضرره.

لا يقال: كيف يعبر عن الدائن بالمظلوم؟ فإن مثل هذا التعبير مما يبالغ فيه! يقال: إن الحديث النبوي هو الذي اعتبر أن المماطلة هي ظلم (ليّ الواجد ظلم....) سيما أن المماطلة تسبّب - كما في مثالنا - حدوث مشاكل مالية للدائن.

المسألة الثالثة: الضرر المتمثل في دفع أموال في سبيل استخلاص حقه
الظاهر أن التعويض عن مثل هذا الضرر الذي يقوم الدائن في أغلب الأحيان بإيجاده لاستخلاص حقه، (أي يتحقق بإرادة منه) لا يجوز إلا من باب العقوبة التي تصدرها المحكمة، والمحاولة التي قمنا بها لإثبات جواز التعويض عن الضرر الفعلي أو شبه الفعلي لا مجال لها هنا، لأن الحديث النبوي لا يشمل مثل هذا الضرر.

المسألة الرابعة: الضرر المتمثل في الجوانب المعنوية

التعويض المالي عن الضرر المعنوي والذي يعبر عنه بـ "التعويض عن الأضرار غير المالية" فهو ما إذا لم يسبب الضرر المعنوي الحادث ضرراً مادياً، وتوجد فروض في حكم ذلك بغضها صارت اقوالاً لعلماء:

أ. لا يجوز التعويض ضماناً ومطالبةً ومعاقبةً.

ب. لا يجوز التعويض ضماناً ومطالبةً ولكن تجوز المعاقبة التعويضية.

ج. لا يجوز التعويض ضماناً، ولكن تجوز مطالبة التعويض.

د. هو ضامن لما وقع من ضرر معنوي عليه.

والفرق بين التعويض عن ضمان والتعويض عن مطالبة هو أنه في الأول يكون عامل الإضرار ضامن، سواء وقعت مطالبة أم لم تقع، إلا إذا أبرء ذمته، بخلاف الثاني، فانه يعني أنه يجوز له أن يطالب التعويض شرعاً. وقد صدر عن مجمع الفقه الإسلامي قرار بعدم جواز التعويض، مما ظاهره الذهاب إلى الفرض الأول.

والوجوه التي أمكن الاستناد إليها لإثبات عدم جواز أخذ شيء كتعويض، هي:

أولاً: أن الذهنية الفقهية تأبى عن قبول جواز أخذ المال على العرض (والذي هو ضرر معنوي) وأي ضرر معنوي آخر.

ثانياً: أن الضرر المعنوي لا يمكن تحديده وتقديره، فلا يمكن جبره وتداركه والتعويض إنما هو فيما إذا وقع ضرر امكن تقديره وتحديده لكي يحصل به جبر وتدارك، ومعلوم أن إعطاء المال إزاء الضرر المعنوي لا يرفع ولا يزيل هذا الضرر. ويناقش الوجه الأول بأن هذه الذهنية لو كان المقصود منها عدم وجود سابقة لها في الفقه، فالإشكال عليه أنه قد ورد في الفقه بعض ما يعد كمصداق لأخذ شيء إزاء ما هو من قبيل الضرر المعنوي، مثل:

أ. ما جاء في الرواية من قول الإمام (ع): «إنما يكون القصاص من أجل الشين»^(١٠).

ب. ما قاله الشيخ الطوسي في المبسوط:

”.... فإن حصل منها شين ففيها حكومة، وإن زال الشين بعد هذا رد الحكومة، وإن لم يحصل شين فلا غرم، لأنه ما جرح ولا كسر عظما ولا أثر شيناً”^(١١).

ولدراسة ذلك ينبغي ذكر بعض ما ورد في الأمور المعنوية المتعلقة بالمسلم، مما يعكس رؤية الإسلام في مثل الأمور، وهو ما يلي:

١. التأكيد الشديد على حرمة عرض المؤمن؛ قال النبي (ص): المؤمن حرام كله، عرضه وماله ودمه»^(١٢).

٢. إطلاق الظلم على ما له المساس بعرض الإنسان؛ جاء في الصحيفة السجادية: «فأيا عبد من عبيدك، أو إمة من إمائك كانت له قبلي مظلمة ظلمتها إياه في نفسه أو في عرضه أو في ماله أو في أهله وولده...»^(١٣).

٣. جواز أو وجوب اليمين كذباً بهدف دفع الظلم المتوجه إلى عرض إنسان؛ يقول في الشرائع:

«..... ومع اليمين، لا إثم ولا كفارة، مثل أن يحلف ليدفع ظالماً عن إنسان أو ماله أو عرضه»^(١٤).

٤. تحريم أمور للحفاظ على عرض المسلم، مثل الغيبة.

وعليه فإن الإسلام ليس فقط اهتم بالأمور المعنوية للإنسان، بل كان اهتمامه أكثر وأعظم إلى مثل هذه الأمور.

كل ذلك لا شك فيه، غير أن السؤال المطروح هنا: أن هذا الإسلام الذي له مثل هذا الاهتمام الكبير بالأمور المعنوية للإنسان، هل اعتبر فقهاء لزوم التعويض عن الأضرار المتوجهة إلى المعنويات؟ الحقيقة أنه لا يشاهد ما يدل على ذلك، وما ذكرناه من الدية إزاء الشين الواقع على الإنسان، فانما يمكن توجيهه بأنه من مصاديق إيقاع نقص في جسم الإنسان يوجب شيئاً له، فكأنه أمر مركب من ضرر مادي ومعنوي.

قد يقال: إنه لا شك أن الإسلام اعتبر لبعض الموارد من إيقاع الضرر على الأمور المعنوية، التعزير، ولا شك أن من أقسام التعزير: التعزير بالمال، وعليه يثبت المدعى.

فإنه يقال: إن التعزير عقوبة، وأين هذا من التعويض المالي! اللهم إلا أن يقال:

إنه ليس من اللازم إعطاء العقوبة المالية إلى بيت المال دائماً، بل بإمكان المحكمة الحكم بدفعها إلى المتضرر، وعليه فإن الإسلام لم يترك هذا الأمر على حاله، بل ترك الأمر للحكم القضائي لكي يعالجه الحاكم بأي نحو يرى فيه المصلحة، ولكن هذا لو سلمنا به فهو غير التعويض المالي النابع عن ثبوت الضمان على الشخص عامل الضرر، والذي يتسم بسمة كونه تعويضاً يتم بشكل دائم.

هذا بالنسبة إلى الوجه الأول، وأما بالنسبة إلى الوجه الثاني، فالحقيقة أنه لا غبار عليه.

والنتيجة أن هذا الفرض الأول القائل بعدم جواز التعويض المالي مطلقاً (أي: ضماناً ومطالبة ومعاقبة) في غير محله، حيث إنه لا يمكن رد إمكانية العقوبة المالية التي تكون في بعض مواردّها شبه التعويض المالي، ومنه يعلم بطلان الفرض الرابع (القائل بضمان المدين للضرر الذي أوقعه على الدائن عبر مماطلته) أيضاً.

يبقى الفرضان الثاني والثالث، أما الفرض الثاني القائل بجواز مطالبة المدين المتضرر بالضرر المعنوي للتعويض، فهو مما لا وجه له، بل الدليل على خلافه، حيث إن حق المطالبة فرع ثبوت الضمان، وهو غير ثابت كما قلنا، وعليه فيبقى الفرض الثالث.

وقبل أن نتقل إلى مرحلة تطبيق النتائج التي حصلنا عليها في هذه المسألة (تغريم المدين الموسر) على ما يجري بين الشركات والمؤسسات وبين الأشخاص الذين يتعاملون معها ويصبحون مدينين أو دائنين لها، ينبغي الإشارة إلى أن المدين المماطل على نوعين:

١. المدين المماطل في عقد القرض: وهو من استقرض على أن يؤدي الدين في وقت محدد، ولكنه يماطل ولا يؤديه في وقته.

٢. المدين المماطل في عقد مؤجل: وهو متعاقد من المتعاقدين لا يدفع العوض نقداً، بل في وقت استقبالي يتفقان عليه.

بعد ذلك نقول: إن الشرط الجزائي يتصور ويأتي في كلا النوعين، أما الأول فهو يتمثل في أن يشترط الدائن على المدين، التعويض عن الضرر الحاصل من مماطلته لو وقعت منه، وأما الثاني فيتمثل في أن يتم الاتفاق في العقد على تسليم المبيع في تاريخ محدد، كما يتم الاتفاق على أن لو أخر البائع تسليمه في وقته، فعليه أن يعرض عن الضرر الحاصل من عدم تسليمه في وقته، أو يتم الاتفاق على أن يدفع المشتري الثمن في موعد محدد، وأنه لو لم يدفعه في ذلك الوقت، فعليه أن يعرض عن الضرر الحاصل عن عدم أدائه.

والسؤال هنا: أن ما قد يطرح كشبهة في مثل هذا الشرط وهو أنه يصير به من مصاديق الربا الجاهلي، هل يأتي في الأول فقط، أم يأتي في الثاني؟

الجواب: أن الذي كان يجري في الجاهلية ويسمى بالربا (والذي كان يقوم على أخذ مبلغ إزاء التأخير) هو كان يجري في عقد القرض، وعليه فإن العقود الأخرى، فلا يأتي مثل هذه الشبهة فيها فيما إذا تم فيها الشرط الجزائي.

غير أن الذي يجب الالتفات إليه هو أن الشرط الجزائي الذي يتم الاتفاق عليه في العقد يختلف، فقد يكون عبارة عن اشتراط التعويض عن الضرر الحاصل من التأخير، فانه حينئذ لا بد من ان يحصل ضرر فعلي حتى جاز اخذ المبلغ التعويضي، أو لا أقل من أن يكون الضرر شبه الضرر الفعلي بحيث اعتبر العرف أنه بحكم الضرر الفعلي. نعم لو اتفقا على دفع مبلغ معين في صورة التأخير من دون تقييده بصورة الضرر، فان له أن يأخذه بحكم الشرط الذي اتفقا عليه...

هذا كله في الشرط الجزائي، وأما أخذ المبلغ تعويضاً عن الضرر الحاصل من المماطلة من دون اتفاقهما على اشتراطه، فالشبهة المشار إليها في عقد القرض قوية أكثر منها في العقود الأخرى.

وأما أخذ الدائن شيئاً على أساس الحكم القضائي (والذي قد يسمى بالتعويض القضائي) فالموردان فيه ذلك سواء، وقد قلنا: إن ذلك لا بأس به.

تطبيق النتائج على الشركات والمؤسسات:

إن الشركات والمؤسسات لا تخلو حالها في المقام عن وضعين:

أ. كونها دائنة: هناك خصلتان للضرر التي تتحملها الشركات إثر المماطلة - التي تقع من جانب مدينيتها - تجعلان النتائج الحاصلة من البحث، قابلة للتطبيق على هذه المماطلة الواقعة إزائها، تطبيقاً هو أكد وأقوى من تطبيقها في صورة ما إذا كانت المماطلة واقعة إزاء الدائنين العاديين (غير الشركات والمؤسسات المالية)، وهما:

١. كون الضرر الواقع عليها فعلياً أو شبه الفعلي في أكثر الأحيان.

٢. كون الضرر الواقع عليها جسيماً، وذلك لأمرين:

أولاً: بما أن الشركات والمؤسسات التي تدخل في عملية الاستدانة مع الأشخاص أو غيرها من الشركات والمؤسسات، تبني حياتها ونشاطاتها على كثرة إيقاع هذه التعاملات الواقعة بالاعتماد على عملية الاستدانة، وهذه الحياة تواجه خطراً فيما لو تكرر وقوع المماطلة إزائها.

ثانياً: إن أي ضعف يقع في الشركة ربما ينعكس سلباً على الوضعية الاقتصادية في المجتمع.

وعليه، فانه هنا يكون للقول بجواز الحكم القضائي بالتعويض عقوبة، وكذلك تبني ثبوت الحكم الشرعي بالتعويض في صورتها ما إذا كان في البين الشرط الجزائي وما إذا لم يكن هذا الشرط، مجال أكثر وتبريرات أقوى من القول بهذه الأحكام في غير هذه الموارد.

ب. كونها مدينة: نبحت عن تطبيقين:

- (أ) التعويض القضائي: لو أمكن تغريم الشركة أو المؤسسة المماثلة، وأثرت هذه الطريقة في إبقائها على نشاطها لكان ذلك أنفع وأجدر من أن نسمح لكي يؤول أمرها إلى الحكم عليها بشهر الإفلاس، فإن في تعطيل الشركات أضراراً فادحة على المجتمع، وهذا يملئ علينا أنه يوجد للحكم القضائي على المؤسسة المالية المماثلة بالتعويض مبررات أقوى.
- (ب) التعويض الشرعي: يبدو أنّ القول بثبوت الحكم الشرعي بالتعويض في صورتى الشرط الجزائي وعدمه، لا يختلف وضعه عنه في فرض كون المدينين أشخاصاً عاديين.

الطريق الثاني: القرض التعويضي

من الطرق التي قد تسلك للحفاظ على حياة الشركات الاقتصادية إزاء مشكلة المماثلة في أداء الديون هو ما قد يسمّى بالقرض التعويضي، والمقصود منه: أن يجبر المدين الموسر المماثل بعد استيفاء الدين منه، على أن يقدم إلى الدائن الذي تضرر من المماثلة، قرضاً معادلاً لمقدار الدين الذي كان قد ماثل فيه لمدة هي تماثل مدة المماثلة، ومثل هذا القرض التعويضي يعدّ معاوضة عن الأجل الذي فات عن الدائن بسبب المماثلة، بمعنى أنه ينتفع بمثل المال إلي الأجل نفسه.

والسؤال هنا: هل هذا شرعي أم هو معاوضة محرمة؟

ولكي ندرس ذلك دراسة فقهية، ننتقل إلى ما طرح في الفقه من مسألة أنه هل يجوز إقراضه بشرط أن يعطيه قرضاً؟ فنقول: هناك ثلاثة أقوال في هذه المسألة:

القول الأول: أنه لا يجوز، ووجهه: أنه زيادة منفعة للمقرض، وقد نهى الشارع عنها. وقد رأى في جامع المقاصد أن هذا - أي: عدم الجواز - يحتمل من جهة تحقق زيادة المنفعة، غير أنه احتمال ضعيف.

القول الثاني: أنه يجوز، والقائلون بذلك انطلقوا إلى هذا التصحيح والتجوز بطريقتين:

الأول: اعتبار الزيادة هنا خارجة عن الزيادة في مال القرض، وتوضيح ذلك: أن الزيادة على قسمين: قسم هو زيادة تحصل في مال القرض، وهذه هي المحرمة، وقسم هو زيادة تعدّ شرطاً خارجاً عن القرض، بمعنى أن هذا القرض الثاني لو وقع، لا يصدق أن به تمت زيادة في المال الذي أقرضه، وعليه فإنها وإن كانت زيادة في الواقع، غير أن شرطها يعدّ خارجاً عن القرض، ولم ينعها الشرع، وإنما النهي توجه إلى الزيادة في مال القرض. وهذا هو رأي العلامة الحلبي والمحقق الكركي وجملة أخرى.

الثاني: اعتباره وعداً غير لازم، وتوضيحه: أن مثل هذا الشرط لا يعدو عن كونه وعداً يعده من دون أن كان يلزمه، فلا بأس به.

قال العلامة الحلبي: "لو أقرضه شيئاً بشرط أن يقرضه مالاً آخر صح، ولم يلزمه ما شرط، بل هو وعد وعده" (١٥).

وقال الرافعي: "لو أقرضه بشرط أن يقرضه مالاً آخر صح، ولم يلزمه ما شرط، بل هو وعد وعده" (١٦).

القول الثالث: التفصيل بين ما إذا تم شرط الإقراض من باب كونه تبرعاً وبين ما لم يتم من هذا الباب: وهذا قول من حصر جوازه بما إذا قيد بأن يكون ذلك لمحض الإحسان، لا لخوف ونحوه يحصل بالقرض مصلحة ونفع للمقرض. الحق في المسألة:

يبدو أن القول الثالث هو الصحيح، ولإثباته نذكر عدة نقاط:

الأولى: أن اشتراط القرض ضمن عقد القرض، ليس شرطاً على غرار الشروط التي يأتي بها ضمن العقود، ذلك بسبب أن القرض يكون بطبيعته بحيث

يحمل على الإحسان حتى لو برز في لباس الشرط، ومن هنا يفهم قول الذين قالوا بأن شرط القرض ليس وعداً يعده لا أكثر.

الثانية: صحيح أن القرض يكون ذا جنبه إحسانية، وأنه لا يفقد هذه الجانب حتى فيما لو وقع شرطاً، غير أنه برغم ذلك عندما يقع شرطاً ربما يسوده حالة شبه إلزام: إما من أثر الخوف الذي يحصل في المدين، وإما من حصول ظروف خاصة تجعل المدين يحس بكونه مواجهاً لشبه إجبار وإلزام على أن يقرض ذلك الدائن الذي أقرضه واشترط عليه هذا القرض.

الثالثة: أنه لما كان كل شرط يؤول أمره إلى تحقق نفع للمقرض، مصداقاً لعنوان «جرّ النفع»، فإنه لو كان شرط القرض رغم طبيعته الإحسانية، متتهياً بالمدين إلى أن أحسّ بنوع إجبار وإلزام في العمل بهذا الشرط، فإنه لا يكون مثل هذا الشرط جائزاً إلا فيما قيّد بأنه مجرد إحسان وتبرع.

الطريق الثالث: بيع الدين بالدين

وله صور، وقبل ذكر هذه الصور وربطها بقضية حماية المؤسسات المالية من مشكلة المماثلة في أداء الدين، ينبغي البحث عن مسألة بيع الكالـىءالكالـىء وتبني رؤية فقهية فيها، لكي نطلق منها إلى البحث عن مسألة بيع الدين بالدين.

فنعول: إنه - كما في المكاسب للشيخ الأنصاري - ينقسم البيع إلى أربعة أقسام: ١- بيع الحاضر بالحاضر، وهو النقد. ٢- بيع المؤجل بالمؤجل، وهو بيع الكالـىءالكالـىء. ٣- بيع الحاضر بالثمن المؤجل، وهي النسبة. ٤- بيع المؤجل بالحاضر، وهو السلم.

والدليل على حرمة هذا البيع رواية نبوية رويت من طريق أهل السنة منعت عن بيع الكالـىءالكالـىء، وهذه الرواية تلقاها فقهاء الإمامية بالقبول وعملوا بها، كما أفاد صاحب الجواهر.

وقد فسّر هذا البيع ببيع الدين بالدين، غير أنه جرى البحث: هل أن عنوان بيع الدين بالدين، يتحقق فقط فيما إذا كان العوضان ديناً معاً قبل المعاوضة، أو يصدق أيضاً على ما كانا كذلك بعد المعاوضة؟ فذهب جمع - ومنهم الشهيد الثاني^{١٧} - إلى أنه لا يتحقق إلا إذا كان العوضان معاً ديناً قبل المعاوضة، كما لو باعه الدين الذي في ذمته بدين آخر له في ذمته، أو في ذمة ثالث، أو تباعاً ديناً في ذمة غريم لأحدهما بدين في ذمة آخر غريم للآخر، ونحو ذلك، لاقتضاء الباء كون الدين نفسه عوضاً.

ينبغي البحث عن جوانب ثلاثة:

الجانب الأول: هل الدين عنوان يكون المقصود من مفهومه هو المؤجل فقط أو يكون لهذا العنوان شمول يصدق على الدين الذي حلّ أجله أيضاً؟ والثمرة تظهر في أنه لو قلنا بالشمولية المفهومية له، فبيع الدين الذي حلّ، بمثله، أي: بمضمون حالّ، يكون غير مجاز حسب الرواية القائلة: بأنه "لا يباع الدين بالدين" انطلاقاً من التمسك بعمومها، بينما لو قلنا بعدم الشمولية، فلا يبقى للقول بمثل هذا البيع دليل يحرّمه، فنرجع إلى عمومات حلية البيع.

والذي عليه الأكثرية من اللغويين، هو أن اسم الدين مختصّ بالمؤجل، غير أنه يبدو من المصباح صدقه على الحال أيضاً^(١٨).

أما بالنسبة إلى رأي الفقهاء حول مسألة "بيع الدين بعد حلوله بمثله" فالحقيقة أنهم انقسموا إلى قسمين، فأكثرهم ذهبوا إلى أنه لا يصدق على مثل ذلك بيع الدين بالدين المنهي عنه.

قال المحقق الكركي: "ولو باع الدين بمضمون حال جاز، إذ لا يعد ديناً، والظاهر أنه يصح ذلك"^(١٩).

وقال الشهيد الثاني: "وإن باعه بمضمون حال صح"^(٢٠).

وقال المحقق السبزواري: "لا إشكال فيه، لأنه ليس بيع الدين بالدين ولا بيع الكالـىء بالكالـىء، لأن الظاهر أن المراد به بيع المضمون المؤجل بمثله" (٢١).

وقد يقال: إن وجه القول بجوازه ليس عدم صدق عنوان الدين على المضمون الحال، حيث إن ذلك محل شك وترديد، بل الوجه هو أنه لما رأينا أن الصدق مشكوكاً فيه، يجب علينا أن نقتصر في المنع عن بيع الدين بالدين، والذي هو المخالف للأصل على القدر المتيقن وهو غير بيع المضمون الحال بمثله، ذلك أن الدليل الأصلي على الحرمة هو الإجماع وهو الدليل اللبي، لو لم نقل بأن هذا مفروض المسألة خارج عن معقد الإجماع من الرأس لا أننا نشك في شمول معقده له فنخرجه من القدر المتيقن.

ويشاهد إلى جانب هذه الأكثرية صاحب الرياض، حيث إنه ذهب إلى المنع عن هذا البيع، قال: "لا يبعد أن يكون المراد من اعتبار الأجل فيه اعتباره حين ثبوته، بمعنى أن الدين ما يضرب فيه الأجل أول مرة، ولا يتأفيه خلوه عنه في ثاني الحال، ولذا أن الأصحاب يطلقون على الدين بعد حلول أجله لفظه إطلاقاً حقيقياً، وهو المتداول عرفاً، ولا يصلح السلب عنه فيه حيثنجد جداً، وكيف كان، فالمنع أقوى. ويحتمل أن يراد بالمضمون الحال في العبارة وغيرها هو المعنى الثاني. ولعله الظاهر، فلا خلاف فيه" (٢٢).

والصحيح هو القول بالجواز، ذلك بلحاظ كون الدين معناه الحقيقي هو ما كان مؤجلاً كما عن الأكثرية للغويين، أما الذي قد يشاهد من العرف إطلاقه على الحال، فهو يبدو أنه استعمال من باب التجوز، وحتى لو لم نقبل ذلك، فانه بالإمكان أن نقول: هناك استعمالان عرفيان للدين: أحدهما خاص والآخر عام، والشارع عندما نهى عن بيع الدين بالدين كان قد انصرف كلامه إلى ما فيه التأجيل.

الجانب الثاني: هل عنوان "بيع الدين بالدين" يصدق فقط على بيع دين ثبت

قبل البيع، أو يشمل ما إذا يصير المبيع ديناً بعد البيع أيضاً؟ وقع الخلاف بين الفقهاء وظهر قولان:

القول الأول: اختصاصه بما ثبت كونه ديناً قبل البيع، وهو قول الكثير من الفقهاء^(٢٣).

قال الفاضل الأبى مشيراً إلى ما يصبح ديناً بعد البيع: "إنا لا نسلم أنه بيع الدين بالدين، بل إنه بيع يصير المبيع بعد وقوع البيع ديناً على البائع، وإنما بيع الدين بالدين هو: أن يكون لإنسان دين في ذمة زيد مثلاً، ولآخر دين في ذمة عمرو، فيقول: بعثك مالي على ذمة زيد بمالك على ذمة عمرو ويقبل هو"^(٢٤).

وقال الشهيد الثاني: "والحق أن اسم بيع الدين بالدين لا يتحقق إلا إذا كان العوضان معا ديناً قبل المعاوضة، كما لو باعه الدين الذي في ذمته بدين آخر له في ذمته، وفي ذمة ثالث، أو تبايعا ديناً في ذمة غريم لأحدهما بدين في ذمة آخر غريم للآخر، ونحو ذلك"^(٢٥).

وجه هذا القول:

أولاً: لمكان الباء: قال الشهيد الثاني مستدلاً لإثبات هذا القول: "لاقتضاء الباء كون الدين نفسه عوضاً، والمضمون الذي لم يكن ثابتاً في الذمة قبل ذلك لا يعد جعله عوضاً بيع دين بدين"^(٢٦).

ثانياً: التبادر: قال المحقق الأردبيلي: "أنه المتبادر من قوله: بيع الدين بالدين والكالئ بالكالئ، إذ يفهم ظاهر تقدم الوصف على العقد"^(٢٧).

القول الثاني: صدقه على ما يصير ديناً بعد البيع، بمعنى أن عنوان بيع الدين بالدين يصدق أيضاً مع تحقق الدين بعد العقد، كأن يتعلق البيع بمتاع وثمان مؤجلين.

هذا القول ما قد يبدو من صاحب الحقائق واعتبره هو المشهور، قال: "أن"

المشهور إطلاق الدين على ما يقع تأجيله في العقد، وقيل: وهو اختيار شيخنا الشهيد الثاني بأنه مخصوص بما كان كذلك قبل العقد، وأما ما يقع فيه التأجيل بالعقد^(٢٨).

وقد يقال في توجيه كونه هو المشهور بأنه لم يجوز الأكثر إلّا السلف أو النسبة، وقالوا: "لا يجوز تأجيلهما، لأنه بيع الكالئالكالي"^(٢٩).
ووجه هذا القول:

أولاً: أن عنوان الدين يطلق عرفاً على الدين الذي يتحقق بعد العقد أيضاً. ومن هنا نجد في العرف قد يقال: اشترى فلان كذا بالدين، ومقصودهم به أن الثمن في ذمته ولم يدفعه.

وقد أجاب عن ذلك الشهيد الثاني بقوله: "هو مجاز يريدون به أن الثمن بقي في ذمته دينا بعد البيع، ولولا ذلك لزم مثله في الحال، لاطلاقهم فيه ذلك"^(٣٠).

ثانياً: أن الركيزة التي استقرت في أذهان الفقهاء حول معنى ومفهوم الدين أنه هو ما يثبت في الذمة بأي سبب من الأسباب، سواء كان هذا السبب الاقتراض أم ما يقع في المعاملات من جعل ثمن أو مضمن في الذمة أو...، ولذلك نجد أنه كثيراً ما يستخدمون كلمة الذمة - والتي هي من الأدبيات المتعلقة بالدين - في السلم والنسبة و....، أو نجدهم استخدموا كلمة الدائن والمديون في السلم والنسبة أو أنهم اضافوا كلمة الدين إلى السلم، وقالوا بدين السلم، وأكثر من ذلك نجد البعض من الفقهاء قد عرفوا الدين بما يثبت لا فقط بالقرض، بل بأسباب أخرى أيضاً.

يقول يحيى بن سعيد الحلبي في الجامع الشرائع: "الدين: ما ثبت في الذمة بقرض أو بيع أو إتلاف أو جناية أو نكاح أو خلع أو نفقة زوجة وبسبب جناية من يعقل عنه"^(٣١).

ونجد الإمام أبي حنيفة يرى أن الدين هو عبارة عن كل مال يتعلق بالذمة،

سواء كان ناشئاً من معاوضة أو إتلاف أو قرض، وهذا إن دل على شيء، فإنما يدل على أن المفهوم الذي كان موجوداً في الأذهان من لفظة "الدين" آنذاك هو ذو دائرة واسعة.

وهذا التعريف ليس للقدماء بل نجد المعاصرين أيضاً يعرفونه بهذا التعريف، يقول الإمام الخميني: "الدين مال كلي ثابت في ذمة شخص لآخر بسبب من الأسباب، ويقال لمن اشتغلت ذمته به المديون والمدين، وللآخر الدائن والغريم، وسببه إما الاقتراض أو أمور آخر اختيارية، كجعله مبيعاً في السلم، أو ثمناً في النسبة، أو أجرة في الإجارة، أو صداقاً في النكاح، أو عوضاً في الخلع وغير ذلك، أو قهرية كما في موارد الضمانات ونفقة الزوجة الدائمة ونحو ذلك" (٣٢).

وهذا الارتكاز الفقهي ليس شيئاً أحدثته الظروف المدرسية الفقهية، حتى يقال: إن الحديث النبوي يحمل على ما كان لدى العرف من معنى، لا على المعنى الفقهي للدين، بل هذا المعنى المركوز في أذهان الفقهاء هو مما قد أخذ من الذي كان مطروحاً لدى العرف، والدليل على ذلك أمران:

أولاً: أن ذلك لا يختص بفقهاء السنة أو الشيعة فقط، بل يعم كليهما.

وثانياً: أن استعمال الدين في هذا المعنى الواسع ليس وارداً في مقام التعريف للدين فقط، بل الأهم من ذلك هو أن الدين ومشتقاته استعملت في المعنى الواسع في غير مقام التعريف أيضاً، ومثل هذه الاستعمالات غير التعريفية ليست مدرسية حتى يظن بها أنها تمت بعيدة عن أجواء العرف واتسمت بطابع المدرسة.

وإذا ثبت أنه مأخوذ من العرف، فيحمل الحديث على هذا المعنى الواسع.

الجانب الثالث: هل نهى النبي عن بيع الدين بالدين مختص بالبيع أو يعم أكثر من ذلك، فيشمل كل معاوضة دين بدين، ووجه الاختصاص هو الموضوع في الرواية وهو البيع، فتعميمه إلى غيره قياس وهو ممنوع، ووجه التعميم ما قاله السيد

الخوئي - والذي قد ذهب إلى هذا التعميم - أن المنصرف منه هو النهي عن المعاوضة بالدين مطلقاً ومن غير اختصاص بعنوان البيع.

أمثلة معاوضة الدين بالدين غير البيع:

أ- إيقاع عقد الشركة على الديون: وهو أن كان لكل من المتعاقدين دين على شخص، فأوقعا عقد الشركة على أن يكون كل من الدينين بينهما، فهو حقيقته عبارة عن تمليك كل منهما حصة مما له في ذمة مدينه للآخر بإزاء تمليكه له حصة مما له في ذمة مدينه.

ب- إيقاع الصلح على الديون: وهو أن كان لكل من الشخصين دين على ذمة الآخر، فأوقعا الصلح على الدين بالدين.

ج- إيقاع الهبة المعاوضة على الديون: وهو أن يكون الواهب وهب ما له من دين على الآخر إلى شخص في قبال أن يكون له الدين الذي لذلك الشخص على مدينه.

ويوجد في هذه المسألة قول مشهور، هو: أن متعلق النهي أعم، وهذا قول السيد المحقق الخوئي، قال في وجهه: "المنصرف منه هو النهي عن المعاوضة بالدين مطلقاً ومن غير اختصاص بعنوان البيع" (٣٣).

ثم استشهد بما ورد في جملة من النصوص من النهي عن قسمة الدين، وهو أن يجعل أحد الدين تمامه (تمام ما في ذمة المدين الأول) لأحد الورثة في قبال أن كان تمام الدين الآخر (تمام ما في ذمة المدين الثاني) للوارث الآخر، وقال: "إنها تؤكد منع الشارع المقدس عن تعويض الدين بالدين ومبادلته بمثله تحت أي عنوان من العناوين كان" (٣٤).

وبناقش في كلامه بأن انصراف لفظة لها معنى إلى معنى أوسع من معناه، لا بد أن يتم لدى العرف، ومثل هذا لا يتم إلا إذا كان في البين أحد الأمور الأربعة:

أ- إما أن يكون استعمال اللفظة في المعنى الواسع شائعاً، بحيث غلب هذا الاستعمال على استعماله في ذلك المعنى الأصلي الذي كان له، ومعلوم انتفاء ذلك في المقام؛ حيث إن البيع إذا قبلنا أن له معنىً يختلف عن معنى غيره، وكان هذا المعنى قائماً في عهد النبي ﷺ عند الناس، فكيف نعتبر أن النهي عنه بيع الدين بالدين، نهى عن كل معاوضة دين بدين؟!

ب- وإما أن يكون استعماله في المعنى الواسع مما دلت عليه قرينة موجودة في الكلام، وهذا أيضاً متف في المقام.

ج- وإما أن كان الموضوع والحكم في الكلام بحيث تكوّنت وانتظمت بينهما مناسبات دلت على أن لفظة الموضوع، لم يقصد بها معناه الأصلي، بل قصد بها معنى هو أوسع من معناه، ومعلوم أن هذه المناسبات لا يقال بها إلا فيما إذا كانت ظاهرة ينتقل الناس إليها بسرعة ويتوسعون في معنى الموضوع بسرعة، ومعلوم أن دعوى وجود مثل هذه المناسبات في المقام صعبة.

د- كون الحكم في النص ملحقاً بعلّة معمّمة، وهذا يمكن إدراجه في المورد الثاني، أي: الذي كان النص فيه ذا قرينة تدل على التعميم، ولكن بدليل أهميته وقطعيته أفردناه، وعلى أي حال يخلو ما نحن فيه، أي: النص الناهي عن بيع الكالء بالكالء، عن مثل هذه العلة، أيضاً.

وهكذا نصل في النهاية إلى أنه لا طريق إلى إثبات تعميم الحكم من البيع إلى غيره.

اعتبار الحديث سنداً:

هناك حديثان نويّان ناهيان عن هذا البيع، أحدهما ما ورد عن طريق أهل السنة، والآخر من طريق الإمامية، وإليك البحث عن الاعتبار السندي لكل منهما:

النبوي الوارد عن طريق أهل السنة: ونصه أن النبي (ص) نهى عن بيع الكالئ بالكالئ وهذا الحديث نقل تضعيفه عن الإمام أحمد^(٣٥). قال: "ليسفي هذا حديث يصح"^(٣٦) وقال الإمام الشافعي: "أهل الحديث يوهنون هذا الحديث"^(٣٧). ومشكلة الحديث هي أنه تفرد به موسى بن عبيدة الذي قال عنه أحمد بن حنبل: "لا تحل عندي الرواية عنه، ولا أعرف هذا الحديث عن غيره"^(٣٨) وقد جزم الحافظ في "التقريب" بكون موسى بن عبيدة هذا ضعيفاً^(٣٩).

ومع ذلك قال الإمام أحمد، بعد تضعيف الحديث: "لكن اجماع الناس على أنه لا يجوز بيع دين بدين"^(٤٠).

أما الإمامية قبال هذا الحديث، فقد استندوا إليه بكثرة وعلى مستوى واسع - كما استندوا إلى الحديث الآتي الذي روي عن طريق الإمامية أنفسهم - وقال صاحب الجواهر حول هذا الحديث: "قد عمل به الأصحاب"^(٤١).

النبوي الوارد عن طريق الإمامية: ونصه: عن الصادق (ع): "قال: قال رسول الله (ص): «لا يباع الدين بالدين»"^(٤٢).

وقد ضعف سند الحديث بطلحة بن زيد، قال النجاشي: "له كتاب يرويه جماعة يختلف برواياتهم"^(٤٣). لكن هناك محاولتين لإعطاء الاعتبار إلى هذا الحديث:

الأولى: أن له كتاباً معتبراً، وهذا انطلاقاً من قول الشيخ في الفهرست: "كتابه معتمد"^(٤٤)، غير أنه يمكن الاستشكال على هذه المحاولة بأن الرواية لا يعلم أنها موجودة ومروية من ذلك الكتاب، لعله رويت عنه مشافهة.

الثانية: توثيق الرجل بالاعتماد على كونه واقعاً في أسانيد كتاب كامل الزيارات، وقد نص ابن قولويه بتوثيق عام لكل من يقع في أسانيد كتابه^(٤٥).

والأمر سهل بعد وقوع الإجماع من الفريقين على حرمة بيع الدين بالدين.

وهناك رواية أخرى قد يستند إليها لإثبات حرمة بيع الدين بالدين، وهي رواية منصور بن حازم: "قال: سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يكون له على الرجل طعام أو بقر أو غنم أو غير ذلك، فأتى المطلوب الطالب لبيتاع منه شيئاً، قال: «لا يبيعه نسيئاً، فأما نقداً فليبيعه بما شاء»^(٤٦).

وهذه الرواية قابلة لعدة تفاسير:

التفسير الأول: أن يكون الآتي هو الطالب والمأتي إليه هو المطلوب، وأن يكون الثمن هو ما له في ذمته على المطلوب، والمثمن شيء هو مال للمطلوب، فلو كان حينئذ هذا المثمن مؤجلاً، فالحديث يمنع عن ذلك. ووفقاً لهذا التفسير تكون الرواية ناظرة إلى بيع الدين بالدين ونهاية عنه.

ويلاحظ على هذا التفسير بملاحظتين:

أولاً: لم يرد في الرواية أن الطالب يجعل الثمن دينه.

ثانياً: أنه وفقاً لهذا التفسير لا بد من أن يحمل النسيئة في كلامه (ع) على السلم، حيث إن بيع سلعة هي مؤجلة تعدّ سلماً، لا نسيئة، ومثل هذا الحمل خلاف الظاهر.

التفسير الثاني: أن يكون الآتي هو الطالب والمأتي إليه هو المطلوب، ويكون الثمن هو غير دينه ولكنه مؤجل، والمثمن ذلك الشيء الذي للطالب على المطلوب. وعليه يكون الحديث ناظراً إلى مسألة بيع الدين بالدين ونهاية عنه.

ويرد عليه:

أولاً: أن الإمام قال: لبيتاع منه شيئاً، ولم يقل ذلك الذي له من الطعام أو...، اللهم إلا أن نقول: إن المقصود هو: لبيتاع منه شيئاً من ذلك المتاع الذي عليه، وهو خلاف الظاهر.

ثانياً: أنه لو كان المقصود من السلعة التي عند المطلوب، هو ما كان الطالب

قد باعها من المطلوب سابقاً، وهو يريد الآن اشتراء تلك السلعة - كما يبدو من صاحب الحقائق ذلك^(٤٧) - فالإشكال عليه أن هذا وإن كان بالإمكان ربطه بمقولة الدين بالدين؛ بمعنى أن يكون الاشتراء واقعاً بثمن مؤجل في قبال تسلّم السلعة مؤجلة، الأمر الذي قيل فيه أنه جائز فيما لو لم يشترط ضمن العقد بيعه بهذه الصورة.

غير أنه لم تمت الرواية بصلة إلى ذلك، حيث إنه جاء في الرواية: "يكون له على الرجل طعام أو بقر أو غنم أو غير ذلك" مما يظهر منه أن هذا الطعام أو البقر أو... يكون كثر من لا بد أن يدفعه على أساس بيع الطالب له سلعة في السابق في قبال ثمن هو هذا الطعام أو.... وعليه فحمله على كون السلعة المباعة له (أي: للمطلوب) في البيع السابق هو هذا الطعام أو البقر خلاف الظاهر، حيث إنه لو كان كذلك لما يعبر عنه السلعة المباعة بأنها للبائع على المشتري الذي اشتراها نسيئة.

نعم لو فرض أن كلام الإمام، له مضاف في التقدير، أي كان هكذا: قيمة طعام أو بقر أو... لتتحل المشكلة، ولكنه خلاف الظاهر كما هو معلوم، ولو ارتكبنا هذا الخلاف للظاهر، تندرج المسألة ضمن مسائل "البيع نسيئة" الذي يعني أن الشخص الذي باع سلعته من شخص نسيئة، يأتي إلى المشتري قبل حلول أجل الثمن، ويشتري تلك السلعة، فإن ذلك جائز في صورتين: ما إذا اشتراها نقداً، وما إذا اشتراها نسيئة من دون شرط ذلك في ضمن العقد، أما مع الشرط، ففيه إشكال.

وكما هو معلوم لا يقوم كل من هذين التفسيرين، إلا بارتكاب أمر هو خلاف الظاهر، أما الخلاف الذي يرتكب في الأول، فهو حمل النسيئة في كلامه (ع) على السلم، وأما الخلاف الذي يرتكب في الثاني فهو تقدير كلمة "قيمة" كمضاف لكلام الإمام (ع) والسؤال: أي خلاف هو أهون وأسهل؟ يجاب عن ذلك: أن الأهون هو الثاني كما هو معلوم.

التفسير الثالث: نفس الثاني، مع اختلاف وهو كون الثمن هو ما له على ذمته، فإن ذلك يندرج أيضاً في مسألة بيع ما باعه نسيئة قبل حلول الأجل، وعليه فيكون منع الإمام متوجهاً إلى ما إذا تمّ البيع الثاني على أساس التأجيل في المثل، فيكون الحديث ناظراً إلى بيع الدين بالدين.

ويرد على هذا التفسير ما أوردناه على التفسير الأول من لزوم اعتبار كون النسيئة في كلامه (ع) بمعنى السلم، إلا أن هناك قرينة خارجية قد تدفعنا إلى هذا التفسير الثالث، وهو وجود رواية أخرى لمنصور بن حازم، وهي: "قال: قلت لأبي عبد الله (ع): رجل كان له على رجل دراهم من غنم اشتراها منه فأتى الطالب يتقاضاه، قال المطلوب: أبيعك هذا الغنم بدراهمك التي عندي، فرضي، قال: لا بأس بذلك" (٤٨).

فموضوع الحديثين اشتراء البائع الأول سلعته من المشتري قبل حلول الأجل، غير أن الحديث الأول يتضمن نهى الإمام (ع) عن أن يكون المثل مؤجلاً فيكون دالاً على حرمة بيع الدين بالدين.

التفسير الرابع: أن يكون الآتي هو المطلوب والمأتي إليه هو الطالب، بمعنى أن المطلوب يأتي إليه لكي يشتري منه شيئاً نسيئة، وعليه يكون في المسألة بيعان كلاهما من البيع نسيئة. وحينئذ لو كان المثل هو ما للطالب في ذمته، فيكون الحديث حينئذ مرتبطاً بمقولة الدين بالدين، ولو كان شيئاً آخر، فلا يرتبط، غير أن السؤال حينئذ أن الإمام (ع) لماذا منع عنه وهو البيع نسيئة؟

ويمكن القول هنا أن المراد هو اتیان المطلوب الطالب ليشتري الطالب منه بماله في ذمته، فيكون المعنى حينئذ نفس المعنى الذي في التفسير للأول، ولكن ذلك (أي: كون رجوع المطلوب إليه لاشرائه من المطلوب شيئاً بما له في ذمته) خلاف الظاهر، كما أفاد صاحب الجواهر.

وبملاحظة أن الرواية تقبل أكثر من تفسير، فقد ذهب بعض الفقهاء إلى أنها مجملة من حيث المعنى، فلا يمكن الاستناد إليها، مثل صاحب الرياض فانه اعتبرها مجملة^(٤٩) والميرزا القمي حيث قال: "لا يخلو الحديث من الإجمال"^(٥٠).

ويمكن القول بأن الحديث وإن لم يعلم أنه نظر إلى أي مورد من الموارد المذكورة في التفاسير، غير أنه نقطع بإمكان الاستناد إليه للمدعى (الذي نريد متابعة إثباته هنا، وهو أن حرمة بيع الدين بالدين) حسب أكثر التفاسير.

صور بيع الدين بالدين

هناك صور متعددة لبيع الدين بالدين، وفيما يلي عرض وبحث لكل صورة من هذه الصور:

الصورة الأولى: بيع الدائن لمدينه ما أعطاه كقرض له إلى أجل، والمقصود من كونه أكثر من جنسه، هو أن يكون الثمن نفس ما على ذمة المدين ولكنه مع زيادة. والغرض الذي يرمي إلى تحقيقه الطرفان هو سداد الدين السابق. وعليه تحتل مديونية جديدة على المدين مكان المديونية السابقة التي كانت عليه.

وحكم هذه الصورة هو الحرمة للدليلين:

أولاً: شمول دليل المنع له، أي يشمل النويان الشريقان ورواية منصور بن حزم (على أساس أحد تفاسيره) لهذا المورد.

ثانياً: شمول إطلاق دليل حرمة الربا، لأن المفروض أنه يعطي إليه ديناً بزيادة في قالب البيع، فهذا القالب البيعي لا يخرج عن كونه إعطاء دين مع زيادة. ويمكن القول بأننا لا نحتاج في تحريمه إلى التمسك بمثل هذا الإطلاق، بل أمكن القول بأن خصوص ربا الجاهلية ينطبق عليه، أي: الذي كان يقول الدائن فيه لمدينه: أتقضي أم تربى؟ فإن المدين إن يكن لم يرد أن يقضيه، كان يقبل مع إعطاء المهلة إليه أن يدفع إليه أكثر من الدين.

وقد يعبر عن هذا المورد وبعض الموارد التي سيأتي ذكرها بفسخ الدين، ذلك أن الدين السابق كأنه يفسخ بالدين الجديد.

الصورة الثانية: بيع الدائن لمدينه الدين الذي هو يمثل الثمن المؤجل في البيع السابق على هذا البيع، بأكثر من جنسه إلى أجل، ومثال ذلك: ما إذا اشترى الشخص سلعة بثمن مؤجل، فعند ما يأتي الأجل يقول للدائن: بعه مني إلى أجل بزيادة شيء، فيقومان على بيع لا تقابض فيه.

وهذه الصورة محرمة كذلك، لشمول المنع عن بيع الدين بالدين له. وهذا المورد يعبر عنه أيضاً بفسخ الدين بدين جديد.

الصورة الثالثة: بيع الدين لمن هو عليه بغير جنسه إلى أجل، كأن يكون لشخص على صاحبه ألف دينار مثلاً، فباع هذا الدين في قبال سيارة يتسلمها بعد مضي ستة أشهر مثلاً.

وهذا أيضاً حرام للإطلاق الثابت للنبي.

الصورة الرابعة: بيع الدين الذي حلّ أجله بدين مؤجل لمن عليه، ومثل هذا خارج عن مدلول الحديث، إما من باب خروجه موضوعاً، فيما إذا قلنا بكون الدين الحال لا يصدق عليه عنوان الدين، أو من باب انصراف الدليل عنه، فيما إذا قلنا إن عنوان الدين يصدق عليه ولكنه ينصرف عنه.

الصورة الخامسة: بيع الدين الذي حلّ أجله بدين مؤجل لغير من عليه، وهذا أيضاً خارج عن مدلول الحديث مثل سابقه، بل ربما يمكن القول بأن هذا يتم له الحكم بطريق أولى.

الصورة السادسة: بيع الدين الذي حلّ أجله بدين حال آخر لمن عليه أو لغيره. وحكم الحلية يتجلى له بطريق أولى عند ما يقاس بسابقه.

وفي المقام مطلب جدير بالملاحظة وهو: أنه يمكن التفرقة بين النبيين،

فان الأول لا يتضمن قولاً للنبي (ص) بل يحكي عن فعله وهو نهيه، بخلاف الثاني فانه يتضمن قوله (ص): لا يباع الدين بالدين، وعليه فانه لا يمكن اعتبار الإطلاق للأول، بخلاف الثاني.

والحقيقة أن الرواية التي تنسب أمراً إلى النبي (ع) أو إلى إمام من الأئمة على ثلاثة أقسام:

الأول: ما ينسب قولاً إليه، ومثل هذا يمكن أن يعتبر له الإطلاق.

الثاني: ما ينسب فعلاً إليه، وكان هذا الفعل المنسوب إليه بحيث يلوح منه أنه قد وقع في قضية هي في واقعة، ومثله ليست مشكلته فقط أنه لا يمكن أن يعتبر الإطلاق له، بل لا يمكن أن يستند إليه في غير تلك الواقعة، لأننا نحتمل أن يكون هناك بعض الخصائص لتلك الواقعة كان حكمه منوطاً بتيانه بتوفر تلك الخصائص.

الثالث: ما ينسب فعلاً إليه، وهذا الفعل لم يكن بحيث يلوح منه أنه قد وقع في قضية في واقعة، فيحتثذ يمكن الاستناد إليه في الموارد التي تدرج تحت العنوان الذي ورد فعله حوله، ولكن ليس له الإطلاق، وذلك مثل فعله في النهي عن بيع الغرر أو بيع الكالئ بالكالئ.

ونقطة الاشتراك بين الثاني والثالث هو عدم الإطلاق، وفرقهما يكمن في أن الأول يفقد إمكانية الاستناد إليه بخلاف الثالث.

وليعلم أن الثاني لو كان ناقله المعصوم عليه السلام فانه حيثثذ يمكن أن يكون له الإطلاق أيضاً، ذلك أن نقل المعصوم بصورة مطلقة يوجب ثبوت الإطلاق له.

الصورة السابعة: بيع الدين بدين يحصل بسبب التأخير في تسليم ما هو في قبال ذلك الدين، وهذا يتحقق في السلم، فيما إذا أخر فيه تسليم الثمن (والذي يعبر عنه برأس مال السلم) عن المجلس؛ ذلك أن المثلث في السلم لما كان مؤجلاً، فإذا

آخر قبض الثمن عن المجلس فيصبح الثمن أيضاً مؤجلاً، فيكون بذلك كل من الثمن والمثمن مؤجلاً وديناً، فيصدق أن يقال: إنه هنا بيع دين بدين. ولهذه الصورة موردان:

أ. ما إذا كان الثمن عيناً

ب. ما إذا كان الثمن ديناً

هذا والأقوال في المسألة متعددة:

القول الأول: الحرمة بقول مطلق، وهذا قول العلامة، حيث ذهب إلى حرمة هذه الصورة من دون التفصيل بين الموردين، وقد ذكر للحرمة وجوهاً، منها قوله: "إن المسلم فيه دين في الذمة، فلو أخر تسليم رأس المال عن المجلس، لكان ذلك في معنى بيع الكالئالكالي؛ لأن تأخير التسليم ينزل منزلة الدينية في الصرف وغيره" (٥١). ومنها: الإجماع.

وهذا قول جملة من فقهاء أهل السنة أيضاً، قال ابن عبد البر في الكافي: "ومن الدين بالدين تأخير رأس مال السلم إلى أجل السلم أو دون أجله أو أبعد منه" (٥٢).

القول الثاني: حرمة فيما إذا كان الثمن ديناً، وقد نسب هذا القول إلى المشهور (٥٣). وقد استدل على ذلك بأنه:

أولاً: أنه بيع دين بمثله، فيشملة خبر طلحة بن زيد عن الصادق (ع) "قال: قال رسول الله (ص): لا يبيع الدين بالدين" (٥٤).

ثانياً: هو ذلك المورد الذي وردت فيه الرواية المذكورة سابقاً، "عن الرجل يكون له على الرجل طعام أو بقر أو غنم أو غير ذلك فأتى الطالب المطلوب يبتاع منه شيئاً فقال: لا يبعهنسيئاً، وأما نقدأفليعه بما شاء" (٥٥) بناء على أن المراد شراء الطالب منه شيئاً بما في ذمته فليس النسيئ هنا إلّا السلم.

القول الثالث: كراهة ما إذا كان الثمن ديناً، وهذا قول الفاضل الآبي في كشف الرموز، قال: "ولو كان الثمن ديناً على البايصص على الأشبه لكنه يكره" (٥٦).

القول الرابع: جواز التأخير إلى ثلاثة أيام فيما إذا كان رأس مال السلم عيناً، وجوازه لأكثر منها فيما إذا ديناً، وهذا قول الكثير من أهل السنة.

الصورة الثامنة: ما إذا أقرض رجل آخر مائة دينار، فاشترى المقرض من المقرض سلعة إلى أجل، وجعل الثمن في هذا الاشتراء نفس تلك الدنانير، وعليه فإن القرض في هذه الصورة يكون إلى أجل، ويكون اشتراء السلعة إلى أجل، وكما هو معلوم ترجع الدنانير - التي أعطاه المقرض إلى المقرض - إلى المقرض من دون أن يدفع السلعة نقداً إليه.

وقد يتصور أن هذه الصورة بما أنها تتضمن أجلين: أحدهما للثمن والآخر للمثمن، فهي بذلك تتضمن تقابلاً يحصل بين دين ودين، فيمنع عنه. والحقيقة أن هذه الصورة بمعزل تماماً عن مقولة بيع الدين بالدين، لأن الذي يقع في هذه الصورة إنما هو عمليتان مستقلتان، إحداهما: عملية الإقراض والأخرى هو البيع، أما الإقراض، فحكمه واضح ولا إشكال فيه، وأما البيع وإن كان متضمناً للمعاوضة غير أن هذه المعاوضة ليست بين دين ودين، بل يكون أحد العوضين ديناً فقط، وهو المثمن، وأما الثمن فيكون نقداً فيكون هذا البيع هو بيع السلم، ولا إشكال فيه.

وانطلاقاً من هذا التوضيح يتبين أنه لا تندرج هذه الصورة في صور البيع الدين، فالقول بمنعها لا وجه له.

الصورة التاسعة: ما لبعض البنوك والمؤسسات المالية من قيامها باشتراء سلعة من العميل في بيع سلم، فيأخذ العميل مبلغاً من البنك أو المؤسسة عن هذا الطريق لكي يدفع في المستقبل سلعة إليها، غير أنه عند ما يحلّ الأجل لا توجد السلعة المباعة لديه، فيبيع البنك أو المؤسسة سلعة مثل تلك السلعة المباعة له، إلى

أجل بضمن هو أكثر من ثمن السلعة المسلم فيها، ويشترط على العميل أن يعطيه السلعة التي باعها سداداً لدين السلم.

ويمكن القول بأن المعاملة الثانية التي تقع بين البنك أو المؤسسة وبين العميل تتضمن حصول التقابل بيع دين ودين؛ لأنه يشترط على العميل أداء الدين (السلعة) في قبال الثمن الذي هو مؤجل، فكأنه يتم تقابل بين دين ودين.

غير أنه يرد ذلك بأن حقيقة المعاملة الثانية ليس معاوضة مؤجل بمؤجل، بل معاوضة سلعة نقداً بضمن مؤجل، نعم يمكن القول بأن شرطه عليه على خلاف مقتضى العقد، لكنه أمكن توجيهه بأنه عقد عقلائي يريد البنك به مساعدة المدين في أن يخرج من ثقل الدين الذي عليه، وهو راض بذلك، فالعقد انعقد من الأساس لذلك.

وقد يستشكل عليه بإشكال آخر، وهو أنه مجموع المعاملتين يشكل معاملة واحدة ربوية وإن تلبس هذه المعاملة في الظاهر لباس عقدين منفصلين، وعليه فكل عقد بانفراده عقد صوري، والعقد الصوري لا اعتبار له شرعاً، أما الواقع فهو أنهما عبارة عن معاملة واحدة وهي ربوية كما قلنا.

ونجيب عن ذلك بأن هناك فرقاً بين حالتين: حالة ما إذا كان بين المعاملتين ارتباط من حيث متابعتهما لهدف واحد، بمعنى أن المعاملتين تكونان في تحققهما بحيث تتمان كمعاملتين، ولكنهما يريد الطرفان بهما استهداف هدف واحد، فهو لا بأس به؛ حيث إن هذه الاستهدافية لا توجب أن تصير المعاملتين صورتين، وحالة ما إذا كانت المعاملتان صورتين حقيقة، بمعنى أن لا تكون كل منهما بانفراده متضمنة للتعهد والالتزام بمحتواها من قبل الطرفين، بل التعهد والالتزام إنما يقعان من قبلهما بالنسبة إلى ما يحصل بمجموعهما، وهي ذلك الذي يعني إعطاء قرض مع زائد، فهو محل منع.

الصورة العاشرة: ما يبرز في قالب مواعدة بين الطرفين، وهذا ما يتمثل في عقد التوريد، وهذا العقد هو الذي يتعهد فيه طرف بتسليم سلعة معلومة مؤجلة لطرف آخر مقابل ثمن معين مؤجل.

قد يقال بأن هذا العقد باطل وحرام، من جهة أنه من مصاديق بيع الكالئالكالي؛ حيث إن الثمن مؤجل والبضاعة التي يراد توريدها مؤجلة أيضاً، نعم إذا تم ذلك بصورة مواعدة غير ملزمة، بمعنى أن المستورد يقول للمورد: أعدك بأنك إذا أوردت السلعة الفلانية فسوف أشتريها منك، فلا بأس به.

ولكن يمكن رد ذلك بما ذكرناه سابقاً من أن الحديث إنما يشمل ما كان ديناً قبل العقد بدين كذلك، أما إذا كان أحد المعوضين ديناً يتحقق بالعقد نفسه، فلا يشمل النهي النبوي، وقد سبق ذكر وجه ذلك.

* * *

الهوامش:

- (١) وسائل الشريعة ١٨: ٣٣٣، تحف العقول: ٢٦٧، مسند الإمام أحمد بن حنبل ٢: ٧١، سنن الدارمي ٢: ٢٦١.
- (٢) الأمالي، الشيخ الطوسي: ٥٢٠، وسائل الشريعة ١٨: ٣٣٤، غوالي اللاكي ٤: ٧١، مسند أحمد ٤: ٢٢٢، صحيح البخاري ٣: ٨٥.
- (٣) حول جواز إلزام المدين المماطل: ٢٠.
- (٤) المصدر السابق.

- (٥) حول جواز إلزام المدين المماطل: ٢٠.
- (٦) المصدر نفسه: ١٨.
- (٧) مسند أحمد ٤: ٢٢٢، وسائل الشريعة ١٣: ٩٠.
- (٨) ولذلك نجد الفقهاء صرحوا بأوسعية دائرة العقوبة هنا، فمثلاً يقول صاحب الجواهر حول هذا الحديث: «.... الحبس ونحوه من وظائف الحاكم، لأنه كالتعزير الملحق بالحدود» (جواهر الكلام، ٣٥٣: ٢٥).
- (٩) تذكرة الفقهاء ١٤: ٦٨.
- (١٠) تهذيب الأحكام ١٠: ٢٧٩.
- (١١) المبسوط ٧: ١٥٦.
- (١٢) جامع أحاديث الشيعة ١٦: ٣٥٢، مسند الإمام أحمد بن حنبل ٤: ١٦٨.
- (١٣) الصحيفة السجادية: ٥٤٤ - ٥٤٥.
- (١٤) شرائع الإسلام، المحقق الحلي ٣: ٧٢١.
- (١٥) تذكرة الفقهاء، ١٣: ٤٢.
- (١٦) فتح العزيز: ٩: ٣٨٢.
- (١٧) مسالك الأفهام، ٣: ٤٣٣.
- (١٨) المصباح المنير: ٢٧١.
- (١٩) رسائل الكركي ١: ١٨١.
- (٢٠) مسالك الأفهام ٤٣٣: ٣.
- (٢١) كفاية الأحكام ١: ٥٣٥.
- (٢٢) رياض المسائل ٨: ٤٥٤ - ٤٥٥.
- (٢٣) أنظر: مجمع الفائدة، الأردبيلي ٩: ٩٦، مسالك الأفهام، الشهيد الثاني ٣: ٤٣٤، كشف الرموز، الفاضل الآبي ١: ٥٢٤.
- (٢٤) كشف الرموز ١: ٥٢٤.
- (٢٥) مسالك الأفهام ٣: ٤٣٤.
- (٢٦) المصدر السابق.
- (٢٧) مجمع الفائدة ٩: ٩٦.
- (٢٨) الحقائق الناضرة ٢٠: ٢٠١.
- (٢٩) أنظر: مجمع الفائدة ٩: ٩٦.
- (٣٠) مسالك الأفهام ٣: ٤٣٤.
- (٣١) الجامع للشرائع: ٢٨٣.
- (٣٢) تحرير الوسيلة ١: ٦٤٧.
- (٣٣) كتاب المضاربة، الأول: ٢٤٢.

- (٣٤) المصدر السابق.
- (٣٥) نصب الراية، الزيلعي ٥١٣ - ٥١٤.
- (٣٦) راجع: تلخيص الحبير، ابن حجر ٨: ٤٤٠، نيل الأوطار ٥: ١٧٧.
- (٣٧) فيض القدير شرح الجامع الصغير، المناوي ٦: ٤٢٨.
- (٣٨) تلخيص الحبير، ابن حجر ٨: ٤٤٠.
- (٣٩) تقريب التهذيب ٢: ٢٢٦.
- (٤٠) تلخيص الحبير، ابن حجر ٨: ٤٤.
- (٤١) جواهر الكلام ٢٤: ٢٩٥.
- (٤٢) الكافي ٥: ١٠٠ باب بيع الدين بالدين، ح ١، التهذيب ٦: ١٨٩، ح ٤٠٠، النهاية: ٣١٠ - ٣١١.
- (٤٣) رجال النجاشي: ٢٠٧.
- (٤٤) الفهرست: ١٤٩.
- (٤٥) كامل الزيارات: ٣٧.
- (٤٦) تهذيب الأحكام ٧: ٤٨.
- (٤٧) الحدائق الناضرة ١٩: ١٢٦.
- (٤٨) وسائل الشيعة ١٢: ٣٧٠.
- (٤٩) أنظر: جواهر الكلام ١١٠: ٢٣.
- (٥٠) جامع الشتات، الميرزا القمي ٢: ١٥٣.
- (٥١) تذكرة الفقهاء ١١: ٣٣٦.
- (٥٢) الكافي، ابن عبد البر: ٣٦٣.
- (٥٣) جامع المدارك ٣: ٣١٧، حيث قال: "ولو كان الثمن ديناً على البائع فالمشهور البطلان"
- (٥٤) تهذيب الأحكام ٦: ١٨٩.
- (٥٥) المصدر السابق ٧: ٤٨.
- (٥٦) كشف الرموز ١: ٥٢٣.

٢٤٠



ALFIQH ALMOKAREN

It Works on Comparative Jurisprudence & Contemporary Plying Issues

2-3

1th Year (2 - 3) Spring / Summer - 2013

سعر العدد

■ لبنان: ٥٠٠٠ ل.ل	■ مصر: ٧ جنيهات
■ سورية: ١٠٠ ل.س	■ السودان: ٨٠ ديناراً
■ الأردن: ١,٥ دينار	■ ليبيا: ١,٥ دينار
■ السعودية: ١٠ ريال	■ تونس: ١,٥ دينار
■ العراق: ٣٥٠٠ دينار	■ إيران: ٦ آلاف تومان
■ اليمن: ٣٠٠ ريال	■ المغرب: ٢٠ درهماً
■ عُمان: ٢ ريال	■ موريتانيا: ٢٠٠ أوقية
■ الإمارات المتحدة: ٢٠ درهماً	■ الدول الإفريقية: ٥ دولارات
■ قطر: ٢٠ ريال	■ الدول الأوروبية: ٦ دولارات
■ البحرين: ١,٥ دينار	■ الولايات المتحدة وكندا
■ الكويت: ١ دينار	■ وأستراليا: ٨ دولارات

الإشتراك السنوي:

- لبنان والدول العربية: ٥٠ دولاراً - أوروبا وأمريكا: ٧٠ دولاراً
- الجامعات والمؤسسات الرسمية: ١٢٠ دولاراً

المراسلات: لبنان - بيروت - ص.ب. ٥٠٩٧/٢٥

البريد الإلكتروني: altajdeedcenter@gmail.com