

اهداءات ٢٠٠١

الدكتور/ القطب محمد طه

القاهرة

# المدخل

## لِلرَّاسِ الْبَشَرِ عَجَلٌ سَيَّالٌ

تأليف

الدكتور عبد الكريم زيدان

الأستاذ بجامعة بغداد - كلية الآداب

دار عتير بن الخطاب  
مطبع - نشر - توزيع  
إسكندرية



## بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد :

فهذا كتابنا « المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية » في طبعته الرابعة المنقحة ، وقد جعلته وسطاً بين الاسهاب الملل والاختصار المخل وخير الامور الوسط . . . وقد جعلته قسمين ، اما القسم الاول فقد تكلمت فيه عن حالة العرب قبل الاسلام من الناحيتين الاجتماعية والقانونية ، وعن المعنى الدقيق للشريعة الاسلامية ، وعن خصائصها المهمة ومبادئها العامة وعلاقتها بالشرائع السماوية والوضعية السابقة . كما بينت في هذا القسم المعنى الاصطلاحي للفقه الاسلامي وعلاقته بالشريعة الاسلامية والادوار التي مرّ بها وأهم المدارس الفقهية الباقية منها والمندرسة مع ترجمة موجزة لمؤسسيها .

أما القسم الثاني فقد تكلمت فيه عن بعض النظم القانونية التي جاءت بها الشريعة الاسلامية كنظام الملكية ونظام العقد ونظام الجرائم والعقوبات مع مقارنة لهذه النظم بالنظم القانونية الوضعية . ان ابحاث هذا الكتاب - على ما اعتقد - تعطي فكرة واضحة وجيدة عن طبيعة الشريعة الاسلامية وافكارها الاساسية وانواع النظم القانونية التي جاءت بها . كما ان هذه الابحاث تبين من يريد التوسع في دراسة الشريعة الاسلامية وفقهها العظيم . . . والله أسأل ان يوفقني الى خدمة شريعته انه سميع للدعاء مجيب .

المؤلف

بغداد ١٠ شوال ١٣٨٨هـ

١٩٦٩/١/١

## مُقَدِّمَةٌ

١ - الاجتماع الانساني ضروري كما يقول العلامة ابن خلدون في مقدمته<sup>(١)</sup> وهو ما يعبر عنه الحكماء بقولهم : الانسان مدني بالطبع • أي لا بد له من الاجتماع والعيش مع بني جنسه • وما ذهب اليه ابن خلدون هو الحق ويؤيده الواقع • فالانسان يولد في المجتمع ولا يعيش الا فيه<sup>(٢)</sup> ، وتصور انسان خارج المجتمع ضرب من ضروب الوهم والخيال لا حقيقة له في الخارج •

وهذا العيش المشترك لا بد ان تنشأ عنه معاملات وعلاقات فيما بين الافراد وما يتج عن ذلك من منازعات • كما ان الفرد في المجتمع لا يمكنه أن يتمتع بحرية مطلقة لان ذلك يتعارض مع حريات الآخرين ويؤدي الى خصام مستمر لا يكون من ورائه الا فناء المجتمع • ولهذا كله كان لا بد من قواعد تحد من هذه الحريات المطلقة وتنظم تلك العلاقات حتى يستطيع كل فرد أن يعيش بأمان وينتهي للمجتمع سبيل البقاء والاستقرار • وهذه القواعد هي القانون • فالقانون ضروري للمجتمع كما ان المجتمع ضروري للانسان ، ولهذا لم يخل مجتمع ، في الماضي والحاضر ، من قواعد تحكم علاقات الافراد فيما بينهم وعلاقاتهم مع المجتمع وتحدد حقوقهم وواجباتهم ومدى حرياتهم على نحو ما •

٢ - والقانون قد يكون على شكل عادات وتقاليد واعراف يخضع لها الجميع وقد يكون على شكل أمر ونهي يصدره شخص مطاع كرئيس قبيلة أو ملك ، وقد يكون على شكل قواعد وأوامر تصدرها هيئة خولها المجتمع حق اصدار القانون • وهذا النوع من القانون ، بمختلف أشكاله ، مصدره

(١) مقدمة ابن خلدون ص ٤١ •

(٢) أصول القانون للدكتور السنهوري ص ١٥ •

البشر ، فهو قانون وضعي ، وهناك قوانين لا يكون مصدرها البشر ، بل خالق البشر وهذه هي الشرائع الالهية أو السماوية . وقد عرف البشر هذين النوعين من الشرائع : الشرائع الوضعية وهي من وضع الانسان وصنعه ، والشرائع السماوية وهي من صنع الله ووجهه .

٣ - والاساس في تبرير انزال الشرائع السماوية يقوم على فكرة ( الخالقية ) . فالكون وما فيه ومن فيه مخلوق لخالق عظيم هو الله تعالى . ومن لوازم حكمة الله ورحمته وربوبيته أن يهيء لكل مخلوق ما يحتاج اليه ويلتئم طبيعته ويصلح حاله ويحقق الغرض الذي خلق من أجله . والانسان - وهو المخلوق الممتاز - يحتاج الى هداية من خالقه وتعريف بعلاقته بالكون وبالغرض الذي من أجله خلق ، وبيان معالم السير في الحياة وقواعد السلوك في المجتمع . وحكمة الله تأبى أن يترك الانسان سدى بلا ارشاد لطريق الحق ولا بيان لقواعد السلوك . ومن ظن ذلك فهو على خطأ عظيم ، قال تعالى : « أيعصب الانسان أن يترك سدى »<sup>(١)</sup> ، أي لا يؤمر ولا ينهى كما قال الشافعي وغيره<sup>(٢)</sup> ، وما الامر والنهي الا بيان مناهج السلوك في الحياة وقواعد التنظيم لشؤون الانسان المختلفة ، وهذا هو القانون .

٤ - وقد ختمت الشرائع السماوية بالشرعية الاسلامية التي أنزلها الله على رسوله محمد (ص) وبلغها للناس ، وجاءت أحكامها وقواعدها شاملة لجميع نواحي الحياة ومنظمة لجميع العلاقات ، سواء أكانت هذه العلاقات بين الفرد وربّه أم بين الفرد والفرد أم بين الفرد والجماعة أم بين الجماعة والجماعة ، فهي بحق دين ودولة .

٥ - وقد كان لهذه الشريعة السيادة القانونية المطلقة في المجتمع الاسلامي ، فقامت الدولة على أساسها ، ونظمت شؤون المجتمع على مقتضى أصولها وقواعدها ، وتحددت حقوق الافراد وواجباتهم بموجب أحكامها

(١) سورة القيامة ج ٢٩ الآية ٣٦ .

(٢) تفسير ابن كثير ج ١ ص ٤٤٧ .

وأنظمتها ولم يخرج عن حكمها أي شأن من شؤون الحياة • وقد سعد الناس بها ما شاء الله أن يسعدوا ووجدوا في أحكامها الخير والعدل وحفظ حقوقهم ومصالحهم المشروعة • ثم أصاب الشريعة أنكماش في التطبيق شيئا فشيئا وهجرها المسلمون هجرا غير جميل وعزلوها عن واقع الحياة حتى آل الأمر الى عدم تطبيقها ، في معظم البلاد الاسلامية ، الا في زوابط الاسرة • الاحوال الشخصية • ومسائل قليلة من المعاملات المالية<sup>(١)</sup> •

ولا شك أن هذا المآل الذي صارت اليه الشريعة يرجع الى عوامل وأسباب كثيرة تعاونت وتضافرت فأدت الى هذه النتيجة ، وليس هنا محل بيانها وتفصيلها •

٦ - ومع هذا كله فنحن نعتقد أن المستقبل للشريعة الاسلامية وأن

(١) ويلاحظ هنا أمران : ( الاول ) أن البلاد الاسلامية التي تطبق الشريعة الآن هي المملكة العربية السعودية واليمن • ولم يجز فيهما تقنين لاحكام الشريعة فما زال مرجع القضاء فيهما الى الفقه الاسلامي وكتبه ، كما أنه لم توضع قوانين على أساس الشريعة عدا بعض الانظمة التي أصدرتها المملكة العربية السعودية ، مثل نظام الزكاة ونظام الجنسية ونظام الإقامة • ( الثاني ) أن البلاد التي لا تطبق الشريعة الاسلامية الا في نطاق الاحوال الشخصية جعلت الشريعة الاسلامية مصدرا من مصادر قانونها المدني ، ففي مصر نص القانون المدني في مادته الاولى على أنه : « اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية ، فاذا لم يوجد فبمقتضى القانون الطبيعي وقواعد العدالة » • وهذا فضلا عن الاحكام التي استقاها من الشريعة الاسلامية في بعض المسائل التفصيلية من ذلك : بيع المريض مرض الموت ، والاهلية والشفعة وايجار الوقف وغيرها • وفي العراق سلك القانون المدني العراقي مسلك القانون المدني المصري ، فنص في الفقرة الثانية من المادة الاولى : « فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكمت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص القانون دون التقيد بمذهب معين فاذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة » • كما أن بعض الاحكام الواردة فيه كالشفعة والاهلية وغيرها أخذت من الشريعة الاسلامية بمذاهبها المختلفة ومن المجلة ، القانون المدني العراقي القديم ، وهي فقه حنفي مقنن • والمطلع على القانون المصري والعراقي يجد الأخير أخذ أحكاما من الشريعة الاسلامية أكثر من الاول •

السيادة القانونية ستكون لها في يوم قريب غير بعيد للأسباب الآتية :

( أولا ) ان تطبيق الشريعة الإسلامية يعتبر في نظر المسلمين من الدين وجزء من عقيدتهم ولهذا فهم يحرصون على تطبيق أحكام شريعتهم ويدعون الى ذلك على ألسنة كتابهم وعلمائهم وقد أخذ يشاركون في هذه الدعوة بعض أولي الرأي والمعيون بالقانون ، وأكبر الظن أن الحكومات ستلبي هذه الرغبة وتستجيب لهذه الدعوة .

( ثانيا ) ان القانون في كل أمة يعتبر جزء من ضميرها ومرآة لآمالها ، وضمانا لعقيدها ومصالحها ، ومستقرا لتقاليدها ومثلها العليا وأفكارها في الحياة ، وما تتطلع اليه وتريده في المستقبل . والقانون الذي يكتب له البقاء وترضى عليه الأمة هو الذي تتحقق فيه هذه المعاني ونحوها . والشريعة الإسلامية هي الوحيدة التي تتحقق فيها هذه المعاني بالنسبة لبلاد الإسلام على الأقل . ومن ثم فمن الطبيعي والمعقول والموافق لمقتضيات الأمور ومصلحة الأمة ، ان تكون الشريعة هي قانون هذه البلاد والاساس لكل تقنين فيها .

( ثالثا ) ان الشريعة الإسلامية - بغض النظر عن كونها دينا - صالحة

لكل زمان ومكان ، لا تضيق بحاجات الناس وما يستجد من احوالهم وأمورهم ومحقة لمصالحهم المشروعة . وقد تفتن لهذه الحقيقة المعنيون بدراسة القانون وأعلنتها المؤتمرات الدولية كمؤتمر لاهاي للقانون الدولي المقارن المنعقد في سنة ١٩٣٨ حيث قرر المجتمعون من علماء الغرب في القانون أن الشريعة الإسلامية تعتبر مصدرا من مصادر التشريع العام وانها شريعة حية مرنة قابلة للتطور وانها قائمة بذاتها ليست مأخوذة من غيرها<sup>(١)</sup> . كما قرر مؤتمر المحامين الدولي المنعقد في لاهاي سنة ١٩٤٨ القرار التالي :

« اعترافا بما في التشريع الاسلامي من مرونة وما له من شأن هام ، يجب

---

(١) محاضرات في تاريخ الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف ص ٩ .  
ويلاحظ هنا ان الشريعة الإسلامية وأصولها وأحكامها القطعية لا يمكن أن تتبدل أو تتطور ، فالتطور يتناول الاحكام الاجتهادية المبنية على العرف والعادة أو المصلحة المرسله كما سنذكره فيما بعد .

على جمعية المحامين الدولية أن تقوم بتبني الدراسة المقارنة لهذا الشريعة  
.. والتشجيع عليها ،<sup>(١)</sup> .

ونحن اذ نذكر هذه الشهادة من علماء الغرب لا يعني اننا في شك من  
صلاح شريعتنا أو اننا بحاجة الى شهادة من الغير على هذا الصلاح ، وانما  
نذكره على سبيل الاستئناس . لان صلاح القانون مستمد من ذاته وطبيعة  
أحكامه ونظمه لا من ثناء المثين ولا من مدح المادحين .

٧ - ومما يعجل تحقيق ما نتوقعه. ونأمل من عودة الشريعة الى سابق  
سيادتها القانونية ، قيام نهضة فقهية لدراسة الشريعة وبيان مبادئها وقواعدها  
وأحكامها ووفائها بحاجات المجتمع في أسلوب جديد ونهج حديث ولغة  
مستساغة<sup>(٢)</sup> ، ونحن نلمح تبشير هذه النهضة تلوح في الأفق وتيسع يوما  
بعد يوم ومن مظاهرها هذا الانتاج الوافر الذي يقدمه العلماء في مصر  
وغيرها من أبحاث في الشريعة وتجلية لمبادئها وأغراضها ومقارنتها مع غيرها  
من الشرائع والقوانين . وكذلك ما نلاحظه من قيام بعض المؤسسات  
الرسمية في المساهمة بهذه النهضة الفقهية ، من ذلك قيام وزارة الاوقاف  
المصرية بتأسيس مجلس أعلى للشؤون الاسلامية من أغراضه : العمل على  
احياء التراث الاسلامي واخراجه اخراجا علميا حتى يسهل الانتفاع به ،  
واخراج موسوعات في مختلف العلوم الاسلامية<sup>(٣)</sup> . وهذا فضلا عن عناية

---

(١) المدخل الفقهي العام الى الحقوق المدنية في البلاد السورية  
للاستاذ مصطفى أحمد الزرقاء ص ١٢٩ .

(٢) يقول الدكتور السنهوري في كتابه الوسيط في شرح القانون  
المدني المصري الجديد ص ١٨ هامش ١ : « أما جعل الشريعة الاسلامية هي  
الاساس الاول الذي يبنى عليه تشريعنا المدني فلا يزال أمنية من أعز الاماني  
التي تختلج بها الصدور وتنطوي عليها الجوانح . ولكن قبل أن تصبح هذه  
الامنية حقيقة واقعة ينبغي أن تقوم نهضة علمية قوية لدراسة الشريعة  
الاسلامية في ضوء القانون المقارن ٠٠٠ » .

(٣) الفقرة ( د ) و ( ز ) من المادة الخامسة من لائحة المجلس الاعلى  
للشؤون الاسلامية بوزارة الاوقاف المصرية لسنة ١٩٦٠ .

كليات الحقوق والشريعة في بغداد ومصر والشام وغيرها بدراسة الشريعة الإسلامية وإن كانت هذه الدراسة مقتصرة على بعض نواحيها •

٨ - والطريقة النافعة لدراسة الشريعة هي التي تبدأ بتقديم تمهيد عام لها أو مقدمة عامة أي ( مدخل ) كما هو الشأن في دراسة العلوم المختلفة • فهناك مدخل لدراسة القانون ومدخل لدراسة الاقتصاد ومدخل لدراسة الاجتماع وهكذا ، وهذا ما قرره كليات الحقوق في مصر منذ أمد قريب وتبعتها كلية الحقوق العراقية منذ ثمان سنوات • والحق أن هذا النهج في دراسة الشريعة ذو فائدة كبيرة للطالب لأنه يعطيه فكرة عامة عن الشريعة من حيث طبيعتها وخصائصها ومميزاتها كما يجعله يحيط احاطة عامة بمصادرها وتاريخ نشوؤها والنظم القانونية التي جاءت بها والادوار التي مرت بها حركة التشريع الإسلامي • فإذا ما تم للطالب ذلك واستوعبه كان على بينة من مصطلحاتها وافكار الاساسية فيها وبالتالي سيسهل عليه فهمها ولن يجد مشقة ولا كبير عناء اذا ما أراد التوغل في دراسة تفاصيلها •

٩ - وقد رأينا أن نقسم هذا المدخل الى قسمين :

القسم الاول للكلام عن الشريعة الإسلامية وخصائصها ، والفقه الإسلامي وتاريخه ومدارسه ومصادره ، ويسبق ذلك بيان حالة العرب الاجتماعية والقانونية قبل الإسلام •

القسم الثاني لدراسة بعض النظم القانونية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية كنظام الملكية أو نظرية الملكية ، ونظام العقد أو نظرية العقد ، ونظرية الجريمة والعقوبة •



# القيّم الأول

في التعريف بالشريعة  
الاسلامية وخصائضها  
والفقه الاسلامي  
وتاريخه  
ومدارسه  
ومصادره



## الباب الأول

### في التعريف بالشريعة والفقه

نزل الاسلام في بلاد العرب ومنها انتشر الى انحاء العالم الاخرى .  
وقد كان عند العرب عادات وتقاليد بنوا عليها مجتمعهم ونظموا بها علاقاتهم  
القانونية ، فأقر الاسلام بعض العادات ، وأبطل البعض الآخر . ولهذا  
رأينا من المفيد أن نتكلم بإيجاز عن حالة العرب الاجتماعية والقانونية قبل  
الاسلام لنرى ما أقرت منها الشريعة الاسلامية وما ألغت ، ثم نتكلم بعد  
ذلك في سائر مواضع هذا الباب ، وعلى هذا ستكون فصول هذا الباب على  
النحو التالي :

- الفصل الاول - العرب قبل الاسلام : حالتهم الاجتماعية والقانونية .
- الفصل الثاني - تعريف الشريعة الاسلامية وبيان خصائصها .
- الفصل الثالث - تعريف الفقه الاسلامي وبيان خصائصه .
- الفصل الرابع - علاقة الشريعة الاسلامية بالشرائع السابقة .
- الفصل الخامس - شرح بعض القواعد الكلية في الفقه الاسلامي .

## الفصل الأول

### العرب قبل الاسلام حالتهم الاجتماعية والقانون

١١ - تمهيد :

موطن العرب الاصلي في الاقليم الواقع في الجنوب الغربي من اسيا ، ويحده من الشمال بادية الشام ومن الشرق الخليج العربي وبحر عمان ومن الجنوب المحيط الهندي ومن الغرب البحر الاحمر . وقد سمي هذا الاقليم بجزيرة العرب أو شبه جزيرة العرب نسبة اليهم لانه موطنهم الاصلي كما قلنا ، وقد استوطن بعضهم خارج الجزيرة العربية لا سيما في بادية الشام<sup>(١)</sup> .

وقد ذهب البعض الى أن العرب ومن حولهم يرجعون الى أصل واحد الا أن العرب غلبت عليهم البداوة بينما تحضر من حولهم من سكان الفرات ووادي النيل<sup>(٢)</sup> .

ويرجع المعنيون بالانساب العرب الى شعبين كبيرين ، هم : القحطانيون والمدنانيون . والقحطانيون من نسل قحطان وهم عرب الجنوب ومنهم اليمانيون ، والمدنانيون من نسل اسماعيل بن ابراهيم وهم عرب الشمال

---

(١) فجر الاسلام للاستاذ أحمد أمين ج ١ ص ١ ، الارضاع التشريعية في الدول العربية للدكتور صبحي محمصاني ص ١٤ .  
(٢) فجر الاسلام ج ١ ص ٥ .

ومنهم أهل الحجاز • ومن هذين الشعين الكبيرين تفرعت سائر القبائل العربية<sup>(١)</sup> •

وقد غلبت على عرب الجنوب الحضارة وحياة الاستقرار ، بينما غلبت على عرب الشمال البداوة وحياة التنقل وعدم الاستقرار ، وقد أشار القرآن الكريم الى بعض ما عند عرب الجنوب من خيرات وزروع وما تستلزمه من حياة مستقرة ، قال تعالى : « لقد كان لسبأ في مسكنهم آية جنتان عن يمين وشمال كلوا من رزق ربكم واشكروا له بلدة طيبة ورب غفور »<sup>(٢)</sup> • وقد سميت الفترة التي سبقت النبي الكريم محمد (ص) بالجاهلية ، ونسب اليها العرب في هذه الفترة قليل : عرب الجاهلية<sup>(٣)</sup> •

وستكلم فيما يلي عن حالة العرب الاجتماعية قبل الاسلام وأثر الاسلام فيها ، ثم نتكلم عن حالتهم القانونية وأثر الاسلام فيها وذلك في مبحثين متالين •

---

(١) فمن قحطان تفرع شعب كهلان وشعب حمير ، ومن كهلان تفرعت قبائل طي وجذام والازد ، ومن حمير تفرعت قبائل قضاعة وتنوخ وكتب وجهينة • وتفرع من عدنان ربيعة ومضر ، ومن ربيعة تفرعت قبائل أشهرها وائل وأسد ، ومن مضر تفرعت قبائل أشهرها قيس عيلان وتميم وهذيل وكنانة : فجر الاسلام ج ١ ص ٦-١٠ •

(٢) سورة سبأ ، الآية : ١٤ •

(٣) قال الاستاذ أحمد أمين في فجر الاسلام ج ١ ص ٨٦ - ٨٧ : « والجاهلية ليست من الجهل الذي هو ضد العلم ، ولكن من الجهل الذي هو السفه والفضب والانفة ... الى أن قال : فترى من هذا كله أن كلمة الجاهلية تدل على الخفة والانفة والحمية ، والراجع في نظرنا أن كلمة الجاهلية يراد بها ما قاله الاستاذ أحمد أمين ، كما يراد بها أيضا الجهل الذي هو ضد العلم إذا ما قيس عصر الجاهلية بعصر الاسلام ، إذ مما لا ريب فيه أن عرب الجاهلية كانوا على جهل بالشرائع الحق والاحكام العادلة والمثل العليا التي جاء بها الاسلام ، فصح اطلاق لفظ الجاهلية على العصر السابق لعصر النبي (ص) بالمعنيين المذكورين لكلمة الجاهلية .

# المبحث الأول

## حالة العرب الاجتماعية

١٢ - كان العرب قبل الاسلام ، الا القليل منهم ، يعيشون عيشة البداوة وهؤلاء هم البدو . والقليل منهم سكنوا الاصقاع والقرى والمدن المتحضرة كاليمن ويثرب . المدينة ، ومكة وعاشوا عيشة استقرار ، وهؤلاء هم الحضرة . والبدو من العرب سكنوا الدابة وألّفوا حياة التثقل والرحيل طلباً للكلاء والماء ، وسكنوا بيوت الشعر والخيام واعتمدوا في معيشتهم على ما تنتجه ماشيتهم ، كما اعتمدوا على الغزو كوسيلة من وسائل العيش ، فكانت القبيلة تغير على الاخرى فتغنم الغالبة ما تجد عند المغلوبة من متاع وحيوان وتسبي نساءهم ، وهذه الحياة وعادة الغزو والغارات جعلت البدو أقدر على القتال من الحضرة وأكثر شجاعة منهم<sup>(١)</sup> .

ومن عادات البدو عزوفهم عن التجارة والزراعة والصناعة واحتقارهم لها واعتبارها من المهن الخمسة التي لا تليق بهم ولهذا لم يزاوّلوها ، الا أنهم اشتهروا ، كما اشتهر الحضرة ايضا ، بالشعر والخطابة والامثال وسائر فنون اللغة العربية ، وبرواية التاريخ وبرروا في هذا كله واشتهروا به . وكان عندهم شيء من علم النجوم ومعرفة أوقات نزول المطر وهبوب الرياح ، وتعلموا ذلك عن طريق التجربة بسبب أسفارهم وتنقلهم .

١٣ - وبخلاف البدو ، فقد سكن الحضرة المدن كما قلنا ، واستقروا فيها وزاولوا التجارة والزراعة وكانوا أرقى من البدو وأكثر مهمة حضارة . وقد أشار القرآن الكريم الى ما اعتادته فرش من البرحلة الى الشام واليمن لغرض التجارة ، قال تعالى : « لآلاف فرش لآلافهم رحلة الشتاء والصيف فليعبدوا رب هذا البيت الذي أطعمهم من جوع وآمنهم من خوف »<sup>(٢)</sup> .

(١) مقدمة ابن خلدون ص ١٢٥ .

(٢) سورة قريش الآية ١ - ٤ .

#### ١٤ - أساس نظامهم الاجتماعي وبعض أوصافه :

كان العرب قبائل متفرقة ، وعلى أساس القبيلة وما يترتب عليها من شيوخ العصية القبلية بين أفرادها قام نظامهم الاجتماعي . والقبيلة ليست دولة ولا كيانا سياسيا وانما هي وحدة اجتماعية تقوم على صلة القربى ورابطة الدم ، ويخضع أفرادها خضوعا اختياريا الى رئيسهم بناء على ما تربطه بهم من رابطة النسب ولما كان يشتهر به عادة من الشجاعة والكرم ولولادته في بيت الرياسة .

١٥ - وقد كان من نتائج العصية القبلية تفاخرهم بالانساب وتناصرهم على أشد ما يكون التناصر في الحق والباطل<sup>(١)</sup> ، فاذا ما أرتكب أحد أفراد القبيلة جناية على آخر من قبيلة أخرى هبت قبيلة المجني عليه لنصرته والثأر له من الجاني وقبيلته ، وكذلك تفعل قبيلة الجاني ، تدافع عنه وتخاصم من أجله وان كان هو الظالم الباغي . والتناصر القبلي ما كان يقف عند حد أفراد القبيلة المشتركين في النسب ورابطة الدم ، بل كان يشمل أيضا المحسوبين على القبيلة بسبب التبني أو الحلف والموالة أو بسبب الجوار . أما التبني فقد كان عادة مألوفة عند العرب وكان يتم بعقد بين المتبني والمتبني أو من ينوب عنه ولم تكن له شروط معينة من جهة العمر أو غيرها<sup>(٢)</sup> . أما الحلف والموالة فكان يتم بعقد الموالة أو الحلف بأن يقول أحدهما لصاحبه اذا حالقه : دمي دمك وهدمي هدمك وترثني وأرثك ، فيتعاقدان الحلف على أن ينصر كل واحد منهما صاحبه فيدفع عنه ويحميه بحق كان ذلك أو باطل<sup>(٣)</sup> . أما الجوار فكان يتم بأن يجير رئيس القبيلة أو أحد وجوهها من يأتي اليهم مستجيبرا بهم<sup>(٤)</sup> .

١٦ - وكان القتال كثيرا بين القبائل وينشب لانفه الاسباب كجناية

(١) تفسير المنار للمرحوم رشيد رضا ج ٥ ص ٤٥٥ .

(٢) أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٧٧ ، الاوضاع التشريعية ص ٤٤

(٣) أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٢٩٣ .

(٤) الاوضاع التشريعية ص ٤٥ .

الشريعة الاسلامية (م-٢)

فرد من قبيلة على آخر من قبيلة أخرى فتور الحرب بين القبيلتين استجابة لداعي العصية • وساعد على كثرة القتال بين القبائل أن العرف القائم آنذاك أقر الغزو والنهب والسلب واعتبرها أمورا طبيعية وضربا من ضروب الشجاعة كما أقر قيام القبيلة بطلب الثأر لأحد أفرادها من القبيلة الأخرى • كما أن حياة البداوة وشظف العيش وعدم وجود سلطة يخضع لها الجميع ، وانحياز الغزو وسيلة للعيش ، كل ذلك سهل نشوب القتال بين القبائل وجرا 'القوي على أكل الضعيف ، ولهذا لجأت بعض القبائل الى التحالف على السلم والتناصر فيما بينها اذا وقع اعتداء على احداها • ومع ولعهم بالقتال فقد كان من تقاليدهم ايقاف حالة الحرب وتحريمها في الاشهر الحرم وهي ذو القعدة وذو الحجة ومحرم ورجب<sup>(١)</sup> •

١٧ - وكثرة الحروب بين القبائل جعل العرب يكبرون شأن الرجل ويستمنفرون شأن المرأة ، لان الرجل أقدر على القتال منها ، فهو الذي مباشر الحرب ، ويركب الخيل ويحمل السيف ويرد العدو ويحوز الغنيمة ويدافع عن شرف القبيلة • • وقد ترتب على هذه النظرة للمرأة ان انحطت منزلتها وهضمت حقوقها وحرمت من الميراث ، وحتى شاع بين بعض القبائل وأد البنات وهن في قيد الحياة خوفا من وقوعهن بأيدي العدو سبايا حرب وفي هذا العار الذي لا يحتمل والفضيحة التي تنكس الرأس • • • وقد أشار القرآن الكريم الى هذه العادة القبيحة فقال تعالى : « واذا المؤودة سئلت بأي ذنب قتلت »<sup>(٢)</sup> كما سجل القرآن ما كان يتتاب أحدهم من الحزن العميق والحيرة والتردد بين الوأد وبين ابقاء الانثى اذا ولدت امرأته أنثى ولم تلد ذكرا ، قال تعالى : « واذا بشر أحدهم بالانثى ظل وجهه مسودا وهو كظيم يتوارى من القوم من سوء ما بشر به ، أيمسكه على هون أم يدسه في التراب ألا ساء ما يحكمون »<sup>(٣)</sup> • وكما كان الوأد خوفا من العار فقد كان أيضا للفقر • • • وعوز • • • وبشمل الصغار انا كانوا أو ذكورا ، قال تعالى : « ولا تقتلوا

(١) تاريخ العرب قبل الاسلام للدكتور جواد علي ج ٥ ص ٢٤٢ •

(٢) سورة التكاوير ، الآية ٨ - ٩ •

(٣) سورة النحل ، الآية ٥٨ - ٥٩ •

أولادكم خشية املاق نحن نرزقهم واياكم ان قتلهم كان خطأ كبيرا ،<sup>(١)</sup> .  
 ١٨ - وبالرغم مما كان عند العرب من الصفات الذميمة كالغزو ووأد البنات والعصية القبلية ، فقد كانت عندهم صفات حميدة وخلال جميلة ، مثل الكرم والتمسجاعة والوفاء وابعاء الضيم والانفة والصدق وحماية الجار والعفو عند المقدرة وغير ذلك<sup>(٢)</sup> . كما كان عندهم اكرام الضيف وقد اعتبروه حقاً للضعيف يجب أن يعطاه وان اهمال هذا الحق أو التقصير فيه أو التغاضي عنه يعد مخالفة قبيحة للعادات والتقاليد القبلية الموروثة<sup>(٣)</sup> .

#### ١٩ - اثر الاسلام في حالتهم الاجتماعية :

ما قدمناه وصف مجمل لحالة العرب الاجتماعية قبل الاسلام ، فلما جاء الاسلام أحدث تغييراً جذرياً في المجتمع العربي ، وأقامه على أساس جديد ، وأزال ما فيه من فساد ، وأبقى ما فيه من خير .  
 فقد دعا الاسلام بقوة ووضوح الى نبذ العصية القبلية واجتثاث جذورها وازالة شرورها ، وقال لهم : « دعوها فانها منتنة »<sup>(٤)</sup> ، وبين لهم أن جعل الناس شعوباً وقبائل إنما هو للتعارف لا للتفاخر ولا للتعصب للجنس أو القبيلة ، وأن قيمة الانسان إنما تكون بالتقوى ، وهي كلمة جامعة تشمل جميع الاعمال الصالحة وفقاً لأوامر الله وحدوده ، قال تعالى : « يا أيها الناس انا خلقناكم من ذكر وأُنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا ان اكرمكم عند الله اتقاكم ان الله عليم خير »<sup>(٥)</sup> . وقد أكد الرسول (ص) هذا المعنى في خطبه ومواظبه ، وأخبر المسلمين أن الدعوة الى العصية والقتال من أجلها والموت عليها ابتعاد عن الاسلام وخروج عن جماعة المسلمين ، قال عليه الصلاة والسلام : « ليس منا من دعا الى عصية ، وليس منا من قاتل على عصية ، وليس منا من مات على عصية »<sup>(٦)</sup> . وأخبرهم بأن الله تعالى

- 
- (١) سورة الاسراء ، الآية ٣١ .
  - (٢) حياة محمد (ص) تأليف الدكتور محمد حسين هيكمل ص ٧٨ .
  - (٣) الارضاع التشريعية ، ص ٢٤ .
  - (٤) من حديث للرسول (ص) ، أنظر تفسير الطبري ج ٢٨ ص ٧٨ .
  - (٥) سورة الحجرات ، الآية ١٣ .
  - (٦) الجامع الصغير للسيوطي ، ج ٢ ، ص ٤٠ .

قد أذهب عنهم أوصار الجاهلية ، وأن التفاضل بينهم يكون بمقدار ما عند الانسان من تقوى ولا يكون بالاحساب والانساب ، فكل البشر يرجعون الى آدم ، وآدم خلق من تراب ، فقد جاء في خطبة النبي (ص) في حجة الوداع : « أيها الناس ان الله تعالى أذهب عنكم نخوة الجاهلية وفخرها بالاباء ، كلکم لآدم ، وآدم من تراب ، ليس لمربي على أعجمي فضل الا بالتقوى »<sup>(١)</sup> .

والحق أن العصية القبلية والجنس واقامة المجتمع على هذا الاساس لا يتفق والاسلام ، لان الاسلام بطبيعته دعوة عالمية جاء الى الناس أجمعين ، فيجب أن يقوم المجتمع على أساس يتفق وهذا العموم ، والعقيدة الاسلامية هي الاساس المقول الذي يتفق وعموم الاسلام لانه يسع الناس جميعا ولا يضيق بأحد بخلاف الجنس فانه بطبيعته أساس ضيق لا يسع الناس جميعا فليس بمقدور انسان أن يكون من الجنس الذي يهواه بعد أن كان من جنس آخر سواء ، ولهذا فقد جعلت الشريعة الاسلامية الاسلام هو الاساس الذي يقوم عليه المجتمع واعتبرت المسلمين أخوة « انما المؤمنون أخوة »<sup>(٢)</sup> . وفي الحديث الشريف : « ان كل المسم على المسلم حرام » وانما المسلمون أخوة »<sup>(٣)</sup> . واتخاذ الاسلام اساسا للمجتمع هو الشيء المنطقي المقبول لانه أساس مرن يسع جميع الخلق اذ بمقدور كل انسان أن يعتنق الاسلام فيصير من عداد المجتمع ومن يأبى فانه يبقى عضوا في المجتمع الاسلامي ومواطنا في دولة الاسلام ويحمل جنسيتها فينعم بعدل الاسلام ورعاية المسلمين ويكون له ما لهم من الحقوق وعليه ما عليهم من الواجبات الا ما قام على العقيدة أو استلزم العقيدة الاسلامية<sup>(٤)</sup> .

٢٠ - وقد ترتب على هدم العصية القبلية زوال التناصر بالباطل بين أفراد القبيلة لان الاسلام حرم التعاون على الباطل والبنی ، قال تعالى :

(١) امتاع الاسماع للمقرئ ص ٥٢٢

(٢) سورة الحجرات الآية ١٠ .

(٣) المقرئ ص ٥٣٢ .

(٤) كتابنا أحكام الفميين والمستأمنين في دار الاسلام

ص ٧٠ - ٢٠٠ ، ٦٣٤ .

« وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان »<sup>(١)</sup> . وبعد أن كان الشعار في الجاهلية : « أنصر أخاك ظالماً أو مظلوماً » بمعنى أن القبيلة تقف الى جانب أي فرد منها في الحق والباطل وحتى لو كان ظالماً وتدافع عنه وتقاتل معه ، صار الشعار في الاسلام ، كما جاء في الحديث الشريف عن النبي (ص) : « أنصر أخاك ظالماً أو مظلوماً » . قيل انصره ان كان مظلوماً فكيف أنصره ظالماً ؟ قال تحجزه عن الظلم فان ذلك نصره »<sup>(٢)</sup> . وبعد أن كان التفاخر بالانساب جمل الاسلام بدله التنافس في عمل الخير . قال تعالى مشيراً الى عمل الخير وما يؤول اليه أمره في الآخرة : « وفي ذلك فليتنافس المتنافسون »<sup>(٣)</sup> .

ومع هذا فقد أبقى الاسلام التعاون والتناصر بين أفراد القبيلة في الخير ومن مظاهر هذا التعاون ما أوجبه الشريعة الاسلامية من وجوب الدية في القتل الخطأ على عصبة الجاني من رجال قبيلته<sup>(٤)</sup> . كما أبقى الاسلام التحالف الذي كان يجري بين القبائل اذا كان على نصر المظلوم وأبطل التحالف على عون الظالم ، ولهذا مدح النبي (ص) حلف الفضول الذي جرى في الجاهلية وقد حضره النبي (ص) قبل النبوة ، فقد اجتمعت في هذا الحلف بطون قريش مثل تميم وهاشم وزهرة في دار عبدالله بن جدعان وتحالفوا على رد المظالم في مكة ، وقال النبي (ص) في هذا التحالف : « ما أحب أن لي بحلف حضرته حمر النعم في دار ابن جدعان ، تحالفوا أن يكونوا مع المظلوم ما بل بحر صوفه ، ولو دعيت الى مثله في الاسلام لأجبت »<sup>(٥)</sup> .

٢١ - وأبطل الاسلام في عادة النهب والسلب وشن الغارات والاعتداء على

- 
- (١) سورة المائدة ، الآية ٢ .  
 (٢) تيسير الوصول ج ٣ ص ٢٨ .  
 (٣) سورة المطففين : الآية ٣٦ .  
 (٤) كتابنا أحكام الذميين والمستأمنين في دار الاسلام ص ٢٧٦-٢٧٧ والعصبة أقارب الرجل المذكور من أبيه .  
 (٥) الجصاص ج ٢ ص ٢٩٤ ، امتاع الاسماع ج ١ ص ١١ .

الآخرين ، فقد جاء في القرآن الكريم « ولا تعبدوا ان الله لا يحب المعتدين ، فأمن الضعيف شر القوى وبغيه .. كما أبطل الاسلام التبني ، كما سنذكره فيما بعد .

٢٢ - وأنكر الاسلام عادة وأد البنات وحرمها واعتبرها بحق من سبي العادات ، فالأنثى كالذكر أهل لان يصدر عنها الخير والفعل الجميل ومن ثم فهي جديرة بالاكرام والعناية . وهي كالرجل ، مخاطبة بالاحكام ومكلفة بما كلف به الرجل ، فقد أمرتها الشريعة الاسلامية بالايمان والمعرفة والاعمال العاجلة والعبادات والمعاملات كما أمرت الرجل بهذه الامور ، وقد بايع النبي (ص) المؤمنات ، كما بايع المؤمنين . وهكذا رفع الاسلام قدر المرأة فلم تعد ذلك المخلوق الذي تستصغره العين ويزدريه المجتمع ، وجعل لها من الحقوق مثل ما للرجل الا في حق واحد وهو حق رئاسة الاسرة ، فقد جاء في القرآن الكريم : « ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة »<sup>(١)</sup> . فالحقوق بين الزوجين متبادلة وما من حق على المرأة للرجل الا ويقابله حق من جنسه على الرجل للمرأة<sup>(٢)</sup> . وأما رئاسة الاسرة التي اوتيها الرجل وعبر عنها القرآن الكريم « وللرجال عليهن درجة » ، ويقول تعالى « الرجال قوامون على النساء » ، فان هذه الرئاسة وما تستلزمه من الاتفاق على الاسرة والعناية بها وطاعة الزوجة لزوجها ، أقول ان هذه الرئاسة أمر طبيعي لا غرابة فيه لان الحياة الزوجية حياة اجتماعية وشركة هي من أخص علاقات الانسان بغيره ، والاصل فيها أن تكون دائمية مدى الحياة ، وكل شركة أو اجتماع لا بد له من رئيس يكون المرجع في حسم الخلاف لئلا تختل الشركة وتتفصل عرى الاجتماع ، والرجل أحق بهذه الرئاسة من المرأة لما أوتيته من قوة بدنية وخبرة اكتسبها من معاملاته وتجاربه ، هي أكثر مما عند المرأة عادة ، فضلا عن تكليفه

(١) سورة البقرة ، من الآية ٢٢٨ .

(٢) تفسير المنار للاستاذ محمد رشيد رضا رحمه الله ج ٢ ص ٣٢٧

بالانفاق على البيت دون المرأة • وأيضا فان هذه الرياسة مبنية على المودة والرحمة والمعاملة الحسنة ، قال تعالى : ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة»<sup>(١)</sup> وقوله تعالى «وعاشروهن بالمعروف»<sup>(٢)</sup> فهكذا رياسة تقوم على المودة والرحمة والمعاشرة الحسنة لا تكون رياسة خشنه مكروهة ثقيلة على النفس ، بل تكون رياسة خفيفة على النفس مقبولة مرضية ، ومن أجل هذا كله فان مبدأ رياسة الرجل للأسرة • موجود ويطبق الآن في جميع الشرائع الدينية والعلمانية باسم السلطة الزوجية ،<sup>(٣)</sup> .

٣٣ - وقد أقر الاسلام ما عند عرب الجاهلية من كريم الصفات وجميل الخلال مثل الوفاء بالمهد والصدق ورعاية الجار والشجاعة والكرم ، بعد أن شذب بعضها ، فالشجاعة محمودة اذا كانت في سبيل الحق واعلاء كلمة الله ، لا في سبيل طلب العلو في الارض ونشر الفساد فيها بالاعتداء على الآخرين ، والكرم محمود ما دام في محله لا لطلب السمعة والرياء • وأقر الاسلام عادة اكرام الضيف وجعل هذا الاكرام حقا للضيف على المضيف ، فقد جاء في الحديث الشريف : « ليلة الضيف حق على كل مسلم ، فمن أصبح بفنائهم فهو عليه دين ان شاء اقتضى وان شاء ترك »<sup>(٤)</sup> . وفي حديث آخر عن عقبة بن عامر ، قال : قلت لرسول الله (ص) انك تبغثنا فننزل يقوم لا يقرونا فما ترى ؟ فقال : اذا نزلتم يقوم فان أمروا لكم بما ينبغي للضيف فاقبلوا والا فخذوا منهم حق الضيف الذي ينبغي لهم »<sup>(٥)</sup> .

(١) سورة الروم ، الآية ٢١ •

(٢) سورة النساء ، الآية ١٩ •

(٣) مقدمة في احياء علوم الشريعة الاسلامية للدكتور صبحي محمصاني ص ٢٠٨ ، وقد جاء في نفس هذه الصحيفة : « فملكة الانكليز نفسها عندما تزوجت سالها الكاهن : هل تطيعين زوجك ؟ فأجابت نعم ، وذلك قبل أن يكملها بالزواج الديني » •

(٤) تيسير الوصول ج ٤ ص ٥٢ •

(٥) تيسير الوصول ج ٤ ص ٥٣ •

٢٤ - ويخلص لنا من جميع ما تقدم أن الشريعة الإسلامية ، أبقت  
من عادات عرب الجاهلية ما كان صالحا منها ومتفقا مع مبادئها وأهدافها ،  
وألغت ما كان فاسدا منها ولا يتفق مع مثلها ومبادئها ، فأعطت للمصالح  
حقه من الإبقاء ، كما أعطت للفاسد حقه من الإلغاء •

## المبحث الثاني

### الحالة القانونية عند العرب

تمهيد :

٢٥ - قلنا في مقدمة الكتاب ان القانون ضروري للمجتمع ، كما ان المجتمع ضروري للانسان ، ولهذا لم يخل مجتمع من قواعد قانونية على نحو ما تنظم علاقات الافراد فيما بينهم ، وقد تكون هذه القواعد عبارة عن عادات وأعراف وتقاليد تدير أمور الناس بمقتضاها ويتحاكمون اليها عند الخصام والنزاع . وهذا ما كان عند العرب في الجاهلية ، فما كانت عندهم حكومة أو سلطة تتولى التشريع ، وانما كانت عندهم عادات وأعراف وتقاليد تكون ما يمكن تسميته بالقانون الجاهلي . كما لم تكن عند العرب سلطة قضائية يترافعون اليها في منازعاتهم ، وانما كانوا يرجعون الى شيخ القبيلة أو الى الكهان<sup>(١)</sup> . وما كان واحد من هؤلاء يقضي بقانون مكتوب وانما يقضي بما يعرفه من عادات القوم واعرافهم الذين يعيش فيما بينهم . كما أن المتخاصمين ما كانوا ملزمين بالرجوع الى من ذكرنا وانما يرجعون اليهم براضيتهم ، واذا ما أصدروا حكما فقد لا يطيعه المحكوم عليه ولاشيء عليه سوى ما قد يتعرض له من نقمة قبيلته أو غضب من يهمة تنفيذ هذا الحكم . فحكم هؤلاء المحكمين يعتمد في تنفيذه على ما يتمتع به المحكم من سلطة أدبية وعلى مدى احترام المحكوم عليه له<sup>(٢)</sup> .

وقد تعرضت الشريعة الاسلامية للقانون الجاهلي المبني على عاداتهم وأعرافهم ، فأقرت بعض هذه العادات وعدلت بعضها كما ألفت البعض

(١) الاسرة في الشرع الاسلامي للدكتور عمر فروخ ص ٣٧

(٢) فجر الاسلام ج ١ ص ٢٧٤-٢٧٧ .

الآخر • ونذكر فيما يلي بعض ما كان عند العرب من أوضاع قانونية وما أبقتة الشريعة الإسلامية منها وما أنكرته أو عدلته •

## أولا - في قانون الأسرة

أولا - النكاح وبعض ما يتعلق به :

٢٦ - عرف عرب الجاهلية أنواعا من النكاح ، منها نكاح الناس اليوم • يخطب الرجل الى الرجل وليته أو بنته فيصدقها ثم ينكحها ،<sup>(١)</sup> • وقد أقر الإسلام هذا النوع من النكاح ووضع له حدودا وأصولا • وهناك أنكحة فاسدة أنكرتها الشريعة الإسلامية ولم تقر العرب عليها ومن هذه الأنكحة الفاسدة :

٢٧ - نكاح الشغار : وهو ان يزوج الرجل ابنته أو من تحت ولايته لآخر على أن يزوجه هذا الأخير بنته أو من تحت ولايته وليس بينهما صداق<sup>(٢)</sup> ، أي لا يدفع أحدهما مهورا للآخر ، بل تعتبر كل من الزوجتين مهورا للآخرى • وقد نهى الإسلام عن هذا النوع من النكاح ، فقد جاء في الحديث الشريف : « نهى رسول الله (ص) عن الشغار » وفي حديث آخر « لا شغار في الإسلام » ،<sup>(٣)</sup> •

٢٨ - نكاح المقت : هو زواج الابن امرأة أبيه بعد وفاته ان لم تكن أمه ، وقد كان هذا من عادة الجاهلية ، فإذا ما توفي الرجل عن زوجة وكان له ابن من غيرها فلهذا الابن أن يتزوجها بلا مهر ودون توقف على رضاها كما كان له أن يزوجه من يشاء ويأخذ مهرها ، أو يتمتع من تزويجها حتى تموت فيرثها • وكان هذا النكاح شائعا معروفا عند عرب

---

(١) من حديث أخرجه البخاري ، أنظر نيل الاوطار للشوكانى ج ٦ ص ١٥٨ •

(٢) سبل السلام للصنعاني ج ٣ ص ١٦١ •

(٣) نيل الاوطار ج ٥ ص ١٤٠ •

الجاهلية <sup>(١)</sup> . فإذا لم يرغب الابن فيها انتقل حقه الى أخوته او الى سائر العصابات الاقرب فالأقرب <sup>(٢)</sup> ، وقد أبطل الاسلام هذا النكاح المقيت وما يتعلق به ، فقد جاء في القرآن الكريم : « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء الا ما قد سلف انه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا » <sup>(٣)</sup> ، « يا أيها الذين آمنوا لا يحل لكم ان ترثوا النساء كرها ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن » <sup>(٤)</sup> .

٢٩ - الجمع بين الاختين ، وتعدد الزوجات : وكان من عاداتهم ان يتزوجوا الاختين فنهاهم الاسلام عن ذلك ، جاء في القرآن في سياق تعداد المحرمات : « وان تجمعوا بين الاختين » . كما ان تعدد الزوجات بلا حد كان مألوفاً عندهم ، جاء في الحديث الشريف ان غيلان بن سلمة الثقفي اسلم وله عشر نسوة تزوجهن في الجاهلية فاسلمن معه ، فأمره النبي (ص) ان يختار اربعا منهن ويفارق الباقيات <sup>(٥)</sup> . وقد أقرت الشريعة الاسلامية مبدأ التعدد واجازته الى حد أربع زوجات وجعلت هذا التعدد مباحا عند الحاجة وأمن الجور في المعاملة ، والا فواحدة اذا خاف الزوج من عدم القدرة على العدل والقيام بحقوق الزوجية ، قال تعالى : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فان خفتم الا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت ايما نكم ذلك أدنى ان لا تعولوا » وقد فسر الشافعي « أن لا تعولوا » أي لئلا يكثر عيالكم فلا تستطيعون رعايتهم <sup>(٦)</sup> .

٣٠ - المحرمات من النساء في النكاح : كان عند العرب تحريم الامهات

- 
- (١) الجصاص ج ١ ص ١٠٦ ، ٢٠٢ ، تفسير المنار ج ٤ ص ٤٦٤ .  
(٢) الاوضاع التشريعية ، ص ٥٤ .  
(٣) سورة النساء ، الآية ٣٢ .  
(٤) سورة النساء ، الآية ١٩ .  
(٥) سبل الاسلام للصنعاني ج ٣ ص ١٧٥ ، نيل الاوطار للشوكاني ج ٥ ص ١٦٠ .  
(٦) سورة النساء ، الآية ٣ .  
(٧) تاريخ التشريع الاسلامي ومصادره لاستاذنا محمد سلام مذكور ص ٣٣ .

والبنات والعمات والخالات ، فيحرم على الرجل نكاح أمه أو بنته أو عمته أو خالته ، كما كان يحرم على المرأة نكاح أحد أصولها أو فروعها أو أخوالها أو أعمامها ، كما جعلوا التني مانعا من الزواج ، كالبنوة الحقيقية<sup>(١)</sup> . وقد أقر الاسلام تحريم الامهات ونحوهن وبين من يحرم نكاحهن ، كما أبطل التني وما ترتب عليه من اعتباره كمانع من موانع الزواج ، قال تعالى في ابطال التني « وما جعل أدياءكم أبناءكم » وقال تعالى في بيان المحرمات : « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم وأن تجمعوا بين الاثنتين الا ما قد سلف »<sup>(٢)</sup> .

### ٣١ - المهر :

كان الرجل في الجاهلية اذا زوج موليته أخذ مهرها ، فنهاهم الاسلام عن ذلك ، قال تعالى : « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » وقد فسر البعض هذه الآية بأنها خطاب لاولياء المرأة بأن لا يجسوا عنها المهر اذا قبضوه ، لان المهر من حق المرأة ولا حق للولي فيه ، كما تضمنت هذه الآية ، على ما قاله البعض ، أن على الزوج أن يعطيها المهر بطيبة من نفسه وهذه بعض معاني كلمة نحلة<sup>(٣)</sup> . كما أن قول الله : وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين ، يدل على أن الرجل يدفع المهر للمرأة وهو حق لها على الزوج<sup>(٤)</sup> .

### ثانيا - فرق النكاح :

#### ٣٢ - فرق النكاح هي ما تنحل به عقد النكاح فينقطع بها ما بين

- (١) الاوضاع التشريعية ص ٥٣ .
- (٢) سورة النساء ، الآية ٢٣
- (٣) البصائر ج ٢ ص ٥٧ .
- (٤) تاريخ التشريع للخضري ص ٧٨ .

الزوجين من علاقة زوجية<sup>(١)</sup> . ونذكر فيما يلي بعض هذه الفرق التي كانت عند العرب وما طرأ عليها بعد الاسلام .

### ٣٣ - الطلاق :

الطلاق في الشريعة الاسلامية حل الرابطة الزوجية بألفاظ مخصوصه<sup>(٢)</sup> وقد عرف عرب الجاهلية الطلاق ولكن لم يكن له عندهم عدد محدود<sup>(٣)</sup> ، فكان للزوج أن يطلق زوجته ثم يراجعها في العدة وهكذا يفعل مرات عديدة ، وبهذا الاسلوب من الطلاق كان الرجل يستطيع أن يضار زوجته فيجعلها كالمعلقة لا يفارقها لتكح زوجا غيره ولا يقوم بحقها كزوجة له ، بل كان للمطلق أن يمنع مطلقة من الزواج حتى بعد انقضاء عدتها .

٣٤ - وجاءت الشريعة الاسلامية ، فأقرت مبدأ الطلاق ولكن لم تجعله بلا حد كما كان عليه الحال في الجاهلية ، فجعلت حق الزوج في الطلاق ثلاث تطليقات وبتمامها تتم الفرقة بين الزوجين ، قال تعالى : « الطلاق مرتان فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان »<sup>(٤)</sup> وقوله تعالى : « فان طلقها فلا تحل له من بعد تنكح زوجا غيره »<sup>(٥)</sup> . فالزوج له أن يطلق زوجته وله أن يراجعها في العدة ان كان الطلاق رجعا وهكذا يفعل في التطليقة الثانية فان طلقها الثالثة وقعت الفرقة بينهما فلا تحل له من بعد هذا الا بعقد جديد بعد أن تنكح زوجا غيره ويفارقها بطلاق أو بموت . فهذا التنظيم للطلاق في امشريعة الاسلامية تنظيم بديع ودقيق يتسم بالواقعية ويحرص جهد الامكان على بقاء الرابطة الزوجية ويعطي فرصة كافية للزوج المطلق للرجوع عن طلاقه اذا كان طلاقه جاء بلا روية ولا تدبر . فالشريعة الاسلامية تحرص على بقاء الرابطة الزوجية وتكره الطلاق ولكن تعترف به وتقره كوسيلة

- 
- (١) محاضرات عن فرق الزواج للاستاذ علي الخفيف ص ١ .  
(٢) شرح العناية على الهداية ج ٣ ص ٢٠ ، فتح القدير ج ٣ ص ٢١ .  
(٣) تفسير المنار ج ٢ ص ٤٠٢ .  
(٤) سورة البقرة ، الآية ٢٢٩ .  
(٥) سورة البقرة ، الآية ٢٣٠ .

نحسم انخلاف بين زوجين لم يعد بالامكان الاستمرار على حياتهما الزوجية .  
فاذا وقع الطلاق جاز للمرأة أن تتزوج بعد انقضاء عدتها ولا يحق للزوج  
أن يمنعها من الزواج وبهذا ألغى الاسلام عادة الجاهلية التي تعطي للمطلق  
الحق في منع مطلقة من الزواج ، قال تعالى : « واذا طلقتم النساء فبلغن  
أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن اذا تراضوا بينهم بالمعروف » (١) .  
٣٥ - الخلع : عرف العرب الخلع كوسيلة من وسائل حل الرابطة  
الزوجية ، ومعناه أن الزوجة أو أهلها يدفعون الى الزوج مقدارا من المال  
نظير أن يطلقها الزوج (٢) . فالخلع اذن فرقة بين الزوجين برضاها مقابل  
مقدار من المال تدفعه الزوجة أو أهلها الى الزوج . وقد أقر الاسلام الخلع  
وبين الفقهاء شروطه وما يتعلق به (٣) .

٣٦ - الايلاء : وهو في اللغة الحلف ، وفي الاصطلاح الفقهي الحلف  
الواقع من الزوج أن لا يوطأ زوجته . وكان الايلاء عندهم طلاقا يقع بعد  
انتهاء مدة الايلاء وهي عندهم سنة وربما جعلوها سنتين . وقد أقر الاسلام  
الايلاء ولكن وقت له أربعة أشهر اذا مضت دون أن يقرب الزوج زوجته ،  
وقعت الفرقة بينهما بتطبيقه بائنة عند بعض الفقهاء ، وبتطبيقه رجعية عند  
البعض الآخر (٤) .

٣٧ - الظهار : كان الظهار عندهم بمنزلة الطلاق (٥) ، وهو أن يقول  
الزوج لزوجته أنت علي كظهر أمي (٦) . وقد أبطل الاسلام اعتبار الظهار  
طلاقا وأوجب فيه الكفارة ، فلا يحق للزوج أن يمس زوجته ويقربها الا بعد  
أن يقوم بهذه الكفارة ، قال تعالى في القرآن الكريم : الذين يظاهرون منكم  
من نسائهم ما هن أمهاتهم ان أمهاتهم الا اللائي ولدنهم وانهم ليقولون منكرا

(١) سورة البقرة ، الآية ٢٣٢ .

(٢) فرق الزواج لاستاذنا علي الخفيف ص ١٣٢ .

(٣) كتابنا أحكام الذميين والمستأمنين في دار الاسلام ص ٣٩٠ .

(٤) الجصاص ج ١ ص ٣٥٧ ، نيل الاوطار ج ٦ ص ٢٥٧-٢٥٨ .

(٥) الجصاص ج ٣ ص ٤١٧ .

(٦) تاريخ التشريع للخضري ص ٨٣ .

من القول وزورا وإن الله لعفو عفور • والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم بوعظون به والله بما تعملون خبير • فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا • • • • • (١) •

٣٨ - آثار الفرفة : من آثار الفرفة العدة ، وهي مدة تربصها المرأة عتب وفوق سبب من أسباب الفرفة ، فيمتنع على المرأة أن تتزوج بغير زوجها حتى تنقضي هذه المدة (٢) • والحكمة منها التأكد من براءة الرحم منعا من اختلاط الانساب • وقد عرف العرب العدة ، فقد كان من عاداتهم أن المرأة إذا فارقت زوجها بطلاق أو بموت لزمته العدة ، وكانوا يجعلون عدة الوفاة سنة كاملة (٣) • وقد أقرت الشريعة الإسلامية نظام العدة وبنيت مقاديرها بصورة مضبوطة بالنسبة لمختلف النساء ، فجعلتها ثلاثة قروء بالنسبة لذوات الحيض (٤) وثلاثة أشهر بالنسبة للمرأة التي لا تحيض لكبر سننها أو لصغرها ، وأربعة أشهر وعشرة أيام بالنسبة للمتوفى عنها زوجها ، ووضع الحمل بالنسبة للحامل ، ولا عدة على المرأة قبل الدخول بها •

ثالثا - الوصية والميراث :

٣٩ - الوصية :

الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت (٥) • وقد عرف العرب هذا التصرف القانوني ، وكانوا يجيزون الوصية للوارث وغيره ، ودون تحديد لمقدارها ، وقد أقر الإسلام مبدأ الوصية وجعلها في حدود ثلث تركة الموصي وما زاد على الثلث موقوف على اجازة الورثة ، كما أجازها بالنسبة لغير

(١) سورة المجادلة . الآية ٢-٤ •

(٢) فرق الزواج ص ٣٢٧-٣٢٨ •

(٣) الاوضاع التشريعية ص ٦٠ •

(٤) ثلاثة قروء ، أي ثلاث حيض أو ثلاثة أطهار على اختلاف بين

المفسرين •

(٥) الدر المختار ج ٥ ص ٥٦٨ •

الورثة وجعلها نافذة ، أما بالنسبة للوارث فقد جعلها موقوفة على اجازة بقية الورثة<sup>(١)</sup> .

#### ٤٠ - الميراث :

الارث من أسباب نقل الملكية فتقل الاموال والحقوق المالية من المورث بعد موته الى ورثته بطريق الخلافة بحكم الشرع بعد ايفاء الحقوق المتعلقة بركة الميت<sup>(٢)</sup> . وقد عرف العرب الارث كسبب من أسباب الملكية ، وكانوا يتوارثون بشيئين : النسب ، والسبب . والذين يستحقون الميراث بالنسب أي بالقرباة هم الابناء الكبار الذين يقاتلون على الخيل ويحملون السيوف ويحوزون الغنيمة ، وكانوا يعطون الميراث الاكبر فالأكبر ، على ما ذكره الامام الطبري في تفسيره ، فان لم يوجد أحد من الابناء كان المستحق أقرب أولياء المتوفى من العصبة كالإخ والم ونحوهما . وما كانوا يورثون النساء ولا الصغار ذكورا كانوا أو أنثا . أما التوارث بالسبب فيتضمن التوارث بسبب التبني والحلف والمعاقدة . فلما جاء الاسلام تركهم برهة من الدهر على عوائدهم في الميراث ثم نسخ الميراث بالتبني . قال تعالى : « وما جعل أدعياءكم أبناءكم »<sup>(٣)</sup> . « ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله فان لم تعلموا آبائهم فاخوانكم في الدين ومواليكم »<sup>(٤)</sup> . ثم جعل الاسلام في أول الامر التوارث بسبب الهجرة ، فالمهاجرون من مكة الى المدينة يتوارثون فيما بينهم ، وكذلك جعل الاسلام الاخوة التي آخى بها رسول الله (ص) بين المهاجرين والانصار سببا من أسباب الميراث ثم نسخ الاسلام الهجرة والمؤاخاة كسبيين من أسباب الميراث . قال تعالى : « وأولوا الارحام بعضهم أولى بعض في كتاب الله من المؤمنين والمهاجرين »<sup>(٥)</sup> فصار الميراث في الشريعة الاسلامية

(١) الحصص ج ١ ص ١٦٤ وما بعدها ، الاوضاع التشريعية ص ٦٨

(٢) كتابنا أحكام الذميين والمستأمنين في دار الاسلام ص ٥١٧ .

(٣) سورة الاحزاب ، الآية ٤ .

(٤) سورة الاحزاب ، الآية ٥ .

(٥) سورة الاحزاب ، الآية ٦ .

بسبب القرابة على النحو المفصل في كتاب الله وسنة رسوله ، وحسب السهام التي أقرتها الشريعة الإسلامية لهم ، وقد دخل في هذا التنظيم الاناث ، والصغار ، والمرأة ترث والصغير يرث وبهذا ألغى نظام الجاهلية الظالم الذي حرم المرأة والصغار من الميراث . واعتبرت الشريعة الإسلامية أيضا الزوجية سببا من أسباب الارث فالزوجان يتوارثان بسبب الزوجية ، وكذلك جعلت الشريعة ولاء العتاقة سببا للميراث فالمتق يورث عتيقه ، أما الارث بالحلف والموالة فمنسوخ عند جمهور الفقهاء ، وثابت عند بعضهم غير منسوخ<sup>(١)</sup> .

ويلاحظ ان ما جرى عليه عرب الجاهلية من حرمان النساء مطلقا والصغار من الذكور من الميراث كان يتفق والنظام الاجتماعي عندهم ، فقد اعتبروا الغارة والغزو من أهم أسباب كسب المال ولا يقوى على ذلك الا الرجال فكان من المعقول في نظرهم أن يخصوهم بالميراث دون النساء والصغار ، وفاتهم ان العدالة والمعقول أن يحصل الصغار والنساء شيئا من الميراث لحاجتهم الى العون المادي ولان المال قد يكتسب بغير سبب الغزوات والسلب<sup>(٢)</sup> ، فجاء الاسلام وأرجع الامور الى نصابها وأعطى كل ذي حق حقه ، وأزال الحيف والظلم عن النساء والصغار فأشركهم في الميراث .

## ثانيا - في المعاملات

٤١ - عرف العرب قبل الاسلام أنواع المعاملات كالشركة والمضاربة والرهن والبيع ونحو ذلك ، ونذكر فيما يلي بعض الآثار الدالة على معرفتهم لبعض عقود المعاملات ونذكر ما أقر الاسلام منها وما أبطل .

١ - عقد الشركة : كان معروفا عندهم ، يدل على ذلك ما جاء في السيرة النبوية : « وكان - أي الرسول محمد (ص) - قبل بعثته يشارك السائب بن أبي السائب ، فلما كان يوم الفتح - أي فتح مكة - جاءه فقال عليه السلام :

(١) تفسير الطبري ج ٨ ص ٣٢ ، الجصاص ج ٢ ص ٧٣ - ٧٧ ، تفسير القرطبي ج ٥ ص ٧٩ .

(٢) الشركة والميراث في الاسلام للدكتور محمد يوسف موسى ص ٢٤

الشريعة الإسلامية (م-٣)

• مرجحاً بأخي وشريكي كان لا يدارى ولا يمارى<sup>(١)</sup> . وقد أقر الاسلام عقد الشركة ووضح الفقهاء شروط هذا العقد وآثاره .

٢ - عقد المضاربة : ويسمى أيضاً بالقراض . ومعناه أن يقدم ذوالمال ماله الى من يتجر به على جزء معين من الربح . وكان هذا العقد معروفاً عند العرب وشائعاً عند قريش ، فقد كان أهل مكة يقدمون مالهم مضاربة لمن يتجر به وكان لقريش رحلتان تجاريتان كبيرتان الاولى الى اليمن في الشتاء والثانية الى الشام في الصيف ، وقد أشار القرآن الى هذا . وقد أقر الاسلام عقد المضاربة<sup>(٢)</sup> .

٣ - وعرفوا عقد السلم وأقرهم الاسلام عليه ، فقد جاء في الحديث الشريف عن ابن عباس ، قال : قدم النبي (ص) المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والستين ، فقال : من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم ، والسلم بيع معدوم وقت العقد على أن يسلمه البائع فيما بعد في وقت معين<sup>(٣)</sup> .

٤ - القرض والربا : وعرفوا عقد القرض ، وكانوا يجرونه بالربا ، فكانوا يتدأبنون الى أجل بزيادة مشروطة فكانت الزيادة بدلاً من الاجل ، واذا ما حل وقت الاداء قال الدائن للمدين أد أو أرب ، فان لم يؤد زاد الدائن شيئاً على الدين وهكذا يتضاعف الدين على المدين ، فحرم الاسلام هذا كله ونهاهم عن الربا بجميع أنواعه<sup>(٤)</sup> ، قال تعالى : « وأحل الله البيع وحرم الربا »<sup>(٥)</sup> . « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافاً مضاعفة واتقوا الله لعلكم تفلحون »<sup>(٦)</sup> . وقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا اتقوا

(١) امتاع الاسماع للمقريزي ص ٨-٩ ومعنى لا يدارى ، أي لا يخاصم .

(٢) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير ج ٣ ص ٣٤٦ .

(٣) نبل الأوطار للشوكاني ج ٥ ص ٢٢٦ .

(٤) الجصاص ج ١ ص ٤٦٤ ، تاريخ التشريع الاسلامي للخضري ص ٥٠ .

(٥) سورة البقرة ، الآية ٢٧٥ .

(٦) سورة آل عمران ، الآية ١٣٠ .

الله وذروا ما بقي من الربا ان كنتم مؤمنين • فَن لَم تَفْعَلُوا فَاذْنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِن تُتِمَّ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ» (١) •  
وأكد الرسول (ص) تحريم الربا في خطبة حجة الوداع ، فقد جاء فيها :  
« ..... ألا إن كل شيء من أمر الجاهلية تحت قدمي موضوع .. وربا الجاهلية موضوع كله وأول ربا أضعه ربا عباس بن عبدالمطلب » (٢) •  
وهكذا أزيلت الشريعة الاسلامية عادة الربا وطهرت المجتمع من فساده ،  
لانه لا يتفق وما يجب أن يقوم عليه المجتمع من تعاون وتضامن وترفع عن استغلال حاجة المحتاجين •

٥ - الرهن : وعرفوا عقد الرهن الحيازي ، وكان عندهم يجوز أن يملك المرتهن المرهون اذا حل أجل الدين ولم يدفعه المدين ( الراهن ) •  
ويتم هذا التملك بالشرط عند الرهن أو بناء على العرف الجاري ، وقد نهى الاسلام عن هذا فقد جاء في الحديث « لا يفلق الرهن » أي لا يملكه المرتهن اذا لم يسدد الراهن الدين في ميعاده (٣) •

٦ - البيوع : وعرفوا أنواعا من البيوع ، فأقرهم الاسلام على البيوع الصحيحة القائمة على التراضي ، وأبطل منها ما يخالف قاعدة التراضي أو ما فيه غرر أو أكل مال الغير بالباطل • فمن هذه البيوع التي أبطلها الاسلام :  
أ - بيع المنابذة والملاسة وبيع الحصاة : وهذه بياعات كان أهل الجاهلية يتعاملون بها ، فكان أحدهم اذا لمس السلعة أو القى الثوب الى صاحبه أو وضع عليه حصاة وجب البيع ، فكان وقوع الملك متعلقا بغير الايجاب والقبول ، أي بفعل آخر يفعله أحدهما فأبطله الاسلام ، فقد جاء في الحديث الشريف أن النبي (ص) نهى عن بيع الحصاة وعن الملاسة والمنابذة في البيع (٤) • وقال البعض في تفسير بيع الحصاة هو أن يقول بعثك من هذه الاثواب ما وقعت عليه هذه الحصاة ويرميها ، أو من هذه الارض

(١) سورة البقرة الآيات ٢٧٨ ، ٢٧٩ •

(٢) امتاع الاسماع للمقرئ ج ١ ص ٥٢٢ - ٥٢٣ •

(٣) الجصاص ج ١ ص ٥٢٨ •

(٤) الجصاص ج ١ ص ٥٣٠ •

ما انتهت اليه في الرمي • وبيع الملامسة هو أن يقول الرجل للرجل أبيحك ثوبي بثوبي ولا ينظر أحد منهما الى ثوب الآخر ولكن يلمسه لمسا • والمنابذة أن يقول أنبذ ما معي وتبذ ما معك فيشتري كل واحد منهما من الآخر ولا يدري كم مع الآخر<sup>(١)</sup> •

ب - بيع النجس : وكان مألوفاً عندهم ، ومعناه ، على ما فسره الشافعي ، أن يحضر الرجل السلعة تباع فيعطي بها ثمنها وهو لا يريد شراءها ليقتردي به السوام فيدفعون بها أكثر مما كانوا يعطون لو لم يسمعوها سومه • ويقع النجس بموطأة البائع وقد يقع بغير علمه ، فنهى النبي (ص) عن ذلك ، فقد جاء في الحديث : نهى النبي (ص) عن النجس<sup>(٢)</sup> •

ج - بيع المدين : أجاز العرف الجاهلي أن يبيع الدائن مدينه استيفاء للمدين اذا لم يسدد المدين الدين في ميعاده ، فجاء الاسلام وحرم هذه العادة لان الدين يتعلق بذمة المدين ويستحق الدائن بهذا التعلق المطالبة ولا سلطان له على المدين بالبيع ونحوه<sup>(٣)</sup> •

### ثالثا - القصاص والديات

٤٢ - كان القصاص من الجاني معروفا عند العرب ، ولكنهم ما كانوا يقفون عند حد القصاص من الجاني نفسه ، بل يتجاوزون بذلك الى جمع أفراد القبيلة ، فكانت قبيلة الجاني ، في نظرهم ، مسؤولة عن جريمته • فجاء الاسلام وحدد المسؤولية وقصرها على الجاني نفسه ، فعليه يجب القصاص دون غيره قال تعالى : « ولا تزر وازرة وزر أخرى » ، وبهذا أقر الاسلام مبدأين ، الاول القصاص ، والثاني قصره على الجاني وحده ، وبين الحكمة من تشريع القصاص ، بأن فيه حقنا للدماء وردعا للمجرمين • ولكم في القصاص حياة يا أولي الالباب لعلكم تتقون • • وكان ولي المجني

(١) نيل الاوطار ج ٥ ص ١٤٧ ، ١٥٠ •

(٢) نيل الاوطار ج ٥ ص ١٦٦ •

(٣) الاوضاع التشريعية ص ٦١ •

عليه ( القتل ) هو صاحب الحق في المطالبة بالقصاص من الجاني ، فأقر الاسلام هذا النظام العربي القديم وأبقاه اذ جعل الولاية في طلب القصاص لولي المقتول<sup>(١)</sup> .

وكان نظام الديات معمولاً به عند العرب ، ويعتبرونه من جميل أفعالهم فأقرهم الاسلام على هذا النظام وجعل الدية في القتل الخطأ على عاتق الجاني أي على عصبة من رجال قبيلته . ويدفعونها في ثلاث سنوات واعتبر تحمل العصة مبلغ الدية مع القتال من قبيل المواساة والتعاون . وجعل الاسلام الدية في القتل العمد أيضاً اذا رضي بها أولياء المقتول ويتحملها في هذه الحالة الجاني وحده .

## رابعا - في البيّنات

القسامة :-

٤٣ - جاء في الحديث الشريف أن النبي (ص) أقر القسامة على ما كانت عليه في الجاهلية ، والقسامة مصدر أقسم والمراد بها الايمان عند الفقهاء ، وصورتها ، على ما ذكره بعض الفقهاء ، أن يوجد قتل في قرية أو بمحلة ولا يعرف قاتله ، وهناك شبهة تدعو الى الظن ان قاتله من أهل تلك القرية او المحلة ، فيحق لأولياء المقتول تحليف خمسين رجلا من أهل تلك المحلة خمسين يمينا ما قتلناه ولا علمنا قاتله ، فان حلفوا لزمهم الدية وان أبوا الحلف حبسوا حتى يحلفوا أو يقرؤا<sup>(٢)</sup> .

اليمين في الدعوى :

٤٤ - وكان من عوائد العرب قبل الاسلام ، أن يقيم المدعي اليانة على صحة دعواه فان لم يتمكن فله أن يحلف المدعى عليه ، وقد أقر الاسلام هذا المبدأ فقد جاء في الحديث : «اليانة على من ادعى واليمين على من أنكر»<sup>(٣)</sup> .

(١) الخصري ص ٩٧ .

(٢) الجصاص ج ٢ ص ٢٢٦ - ٢٢٧ ، الخصري ص ٩٨ .

(٣) نيل الاوطار ج ٧ ص ٣٦ - ٣٧ .

(٤) الاوضاع التشريعية ص ٢٩ .

## الفصل الثاني

### الشريعة الإسلامية

#### تعريفها وبيان خصائصها

٤٥ - الشريعة في اللغة المذهب والطريقة المستقيمة ، وشريعة الماء أي مورد الماء الذي يقصد للشرب ، وشرع أي نهج وأوضح وبين المسالك ، وشرع لهم يشرع شرعا أي سن<sup>(١)</sup> . وفي الاصطلاح الشرعي : ما شرع الله لعباده من الدين ، أي من الأحكام المختلفة<sup>(٢)</sup> . وسميت هذه الأحكام شريعته لاستقامتها ولشبهها بمورد الماء لان بها حياة النفوس والعقول كما أن في مورد الماء حياة الابدان .

والشريعة والدين والملة بمعنى واحد ، وهو ما شرعه الله لعباده من أحكام ، ولكن هذه الأحكام تسمى شريعة باعتبار وضعها وبيانها واستقامتها ، وتسمى دنيا باعتبار الخضوع لها وعبادة الله بها ، وتسمى ملة باعتبار املانها على الناس<sup>(٣)</sup> .

أما الاسلام فمعناه الانقياد والاستسلام لله تعالى ، ثم خص استعماله بالدين الذي أرسل الله به نبيه محمدا (ص) ، وبهذا المعنى وردت كلمة الاسلام في قوله تعالى : « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي »

---

(١) المختار من صحاح اللغة ص ٢٦٥ ، تفسير القرطبي ج ١٦ ص ١٠  
(٢) تفسير القرطبي ج ١٦ ص ١٦٣ ، شرح المنار في الاصول ص ١٢ ،  
تاريخ التشريع الاسلامي للاستاذ محمد سلام مذكور ص ١١ وهو امشها .  
(٣) تفسير المنار للشيخ محمد رشيد رضا رحمة الله ج ٢ ص ٢٥٧ ،  
وشرح المنار ص ١٢ .

ورصيت لكم الاسلام دينا ،<sup>(١)</sup> . وفوله تعالى « ومن يتبع غير الاسلام دينا فلن يقبل منه وهو في الآخرة من الخاسرين »<sup>(٢)</sup> .

وعلى هذا ، فالشريعة الاسلامية في الاصطلاح الشرعي هي : الاحكام التي شرعها الله لعباده ، سواء أكان تشريع هذه الاحكام بالقرآن أم بسنة النبي محمد (ص) من قول أو فعل أو تقرير<sup>(٣)</sup> . فالشريعة الاسلامية ، إذن ، في الاصطلاح ليست الا هذه الاحكام الموجودة في القرآن الكريم ، وفي السنة النبوية والتي هي وحي من الله الى نبيه محمد (ص) ليلفها الى الناس .

#### خصائص الشريعة الاسلامية :

٤٦ - للشريعة الاسلامية خصائص تميزها من غيرها ، ونحن لا نريد أن نذكرها حصرا ثم نأتي عليها تفصيلا ، وانما نريد ان نذكر أهمها مع بيان موجز لها . وأهم هذه الخصائص كونها من عند الله ، وان الجزاء فيها دنيوي وآخروي وانها عامة في المكان والزمان ، شاملة لجميع شؤون الحياة .

#### أولا - الشريعة من عند الله :

٤٧ - مصدر الشريعة الاسلامية هو الله تعالى ، فهي وحيه الى رسوله محمد (ص) باللفظ والمعنى وهو القرآن أو بالمعنى دون اللفظ وهو السنة ، فهي بهذا الاعتبار تختلف اختلافا جوهريا عن جميع الشرائع الوضعية لان مصدر هذه الشرائع البشر ومصدر الشريعة الاسلامية رب البشر . وقد ترتب على هذا الخلاف الجوهري جملة نتائج منها :

٤٨ - أولا : أن مبادئ الشريعة وأحكامها خالية من معاني الجور

(١) سورة المائدة الآية ٣ .

(٢) سورة آل عمران ، الآية ٨٥ .

(٣) تفسير القرطبي ج ١٦ ص ١٦٣ ، الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف موسى ص ٧ .

والتقص والهوى لأن صانعها هو الله ، والله له الكمال المطلق الذي هو من لوازم ذاته ، بخلاف القوانين الوضعية التي لا تنفك عن هذه المعاني لأنها صادرة عن الانسان ، والانسان لا يخلو من معاني الجهل والجور والتقص والهوى وما الى ذلك . وحسبنا أن نذكر هنا مثالا واحدا يدل على صدق ما نقول .

جاءت الشريعة بمبدأ المساواة بين الناس بغض النظر عن اختلافهم في اللون أو الجنس أو اللغة<sup>(١)</sup> وجعلت أساس التفاضل بينهم العمل الصالح ومقدار ما يقدمه الفرد من خير ، قال تعالى : « يا أيها الناس أنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا ان أكرمكم عند الله أتقاكم »<sup>(٢)</sup> وهذا المبدأ الاصيل جاءت به الشريعة في وقت كانت العصية للجنس والقبيلة هي الأساس في المجتمع وفي تمايز الناس وتفاضلهم ، وقد طبق هذا المبدأ العادل القويم واجتث جذور العصية ولم يعد هناك امتياز للون أو الجنس . « فلا فضل لعربي على أعجمي الا بالتقوى » كما قال الرسول الكريم (ص)<sup>(٣)</sup> . وصار الجميع متساوين أمام القانون ، حتى أن الرسول (ص) قال لمن استشفع لامرأة من بني مخزوم سرت : « وايم الله لو أن فاطمة

(١) ومبدأ المساواة يطبق أيضا على المختلفين في العقيدة مع مراعاة جانب العقيدة . فالدولة الاسلامية تلزم المسلم بأداء الزكاة ولا تلزم غير المسلم « الذمي » بأدائها ، وتمنع المسلم من أكل لحم الخنزير والتجارة به وتعتبر ذلك جريمة وهي تبيحه للذمي ، وتقر الذمي على نكاحه وان كان مخالفا لما يشترطه القانون الاسلامي بينما تمنع ذلك بالنسبة للمسلم وكل ذلك مراعاة لجانب العقيدة وهذا هو التطبيق السليم الدقيق العادل لمبدأ المساواة . فليس من المساواة حمل الناس على خلاف عقائدهم ولهذا كانت القاعدة في الشريعة بالنسبة للذمين : لهم ما لنا وعليهم ما علينا ، وانهم متساوون في الحقوق والواجبات مع المواطنين المسلمين الا فيما يتصل بالعقيدة او يقوم عليها كما في الامثال التي ضربناها : أنظر كتابنا أحكام الذمين والمستأمنين في دار الاسلام في باب حقوق الذمين .

(٢) سورة الحجرات ، الآية ٣ .

(٣) الحديث رواه البيهقي بهذا اللفظ ( يا أيها الناس ان ربكم واحد وان أباكم واحد الا لا فضل لعربي على أعجمي ولا لأعجمي على عربي ولا لأحمر على أسود ولا لاسود على أحمر الا بالتقوى ) .

بنت محمد سرقت لقطعت يدها،<sup>(١)</sup> وقد بلغ تطبيق هذا المبدأ من الدفة إلى حد أن النبي (ص) أنكر على من قال لمسلم غير عربي «يا ابن السوداء» واعتبر ذلك من بقايا الجاهلية وتفاخرها بالانساب والاجناس .

وفي القرن العشرين لم تستطع كثير من الدول تحقيق هذا المبدأ العادل وتطبيقه بصورة سليمة ففي الولايات المتحدة الأمريكية لا تزال الفروق قائمة بين المواطنين على أساس اللون والجنس . فصاحب البشرة البيضاء اسمى منزلة وأعلى قدرا من صاحب البشرة السوداء ولا مساواة بين الاثنين أمام القانون ولا في التمتع بالحقوق وإن كان الاثنان يحملان الجنسية الأمريكية . والقانون يحمي هذا التمايز ويقره ، بل إن بعض الولايات المتحدة الأمريكية تنص دساتيرها على أحكام غريبة لا يستسيغها الضمير الإنساني ولا يقرها عقل سليم ، فمن ذلك النص ، على أن النكاح بين شخص أبيض وآخر زنجي يعتبر نكاحا باطلا . والنص على أن كل من يطبع أو ينشر أو يوزع ما فيه حث للجمهور على إقرار المساواة الاجتماعية والزواج بين البيض والسود أو تقديم حجج للجمهور أو مجرد اقتراح في هذا السبيل يعتبر عمله جريمة يعاقب عليها القانون بغرامة لا تتجاوز خمسمائة دولار أو بالسجن مدة لا تتجاوز ستة أشهر أو بالعقوبتين<sup>(٢)</sup> .

٤٩ - ثانيا للاحكام الشرعية هية واحترام في نفوس المؤمنين بها حكاما كانوا أو محكومين لانها صادرة من عند الله ومن ثم فلها صفة الدين . وما له هذه الصفة من حقه أن يحترم ويطاع وطاعة اختيارية تنبعث من النفس وتقوم على الايمان ولا يقسر عليها الانسان قسرا . وفي هذا كله

---

(١) هذا جزء من حديث ورد في امرأة مخزومية سرقت فجاء اسامة بن زيد يستشفع لها عند الرسول ، فقال عليه الصلاة والسلام : أنشفع في حد من حدود الله ؟ ثم قال عليه السلام : انما أهلك الذين من قبلكم انهم كانوا اذا سرق فيهم الشريف تركوه واذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها : تيسير الوصول إلى جامع الاصول من حديث الرسول ج ٢ ص ١٤ .

(٢) الاستاذ علي شحاته ، الرق بيننا وبين أمريكا ص ٤٩ طبعة

أعظم ضمان لحسن تطبيق القانون الاسلامي من الجميع وعدم الخروج عليه ولو مع القدرة على هذا الخروج . أما القوانين الوضعية فانها لا تبلغ مبلغ الشريعة في هذه الناحية أبداً ، اذ ليس لها مثل سلطانها على النفوس ولا مقدار احترام وهيبة الناس لها ومن ثم فان النفوس تجرأ على مخالفة القانون الوضعي كلما استطاعت الافلات من رقابة القانون وسلطة القضاء ورأت في هذه المخالفة اشباعاً لاهوائها وتحقيقاً لمصلحتها . ولا ريب أن قيمة القانون تقدر بصلاحه أولاً ، وبمقدار احترام الناس له ومدى سلطانه على نفوسهم وطاعتهم لاحكامه ثانياً . ويكفي هنا أن نضرب مثلاً واحداً لتوضيح هذا المعنى .

كان العرب في الجاهلية مولعين بشرب الخمر ، معتادين عليها ، لا يرون في ذلك بأساً ولا منقصة . فلما جاء الاسلام أبان لهم أن اثم الخمر أكبر من نفعها المتمثل بالربح المادي المتأتي من المتاجرة بها ، ثم أمرهم أن لا يقربوا الصلاة وهم سكارى ثم نزل حكم الله « يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون » (١) .

فكان لكلمة « فاجتنبوه » من الهيبة والاحترام والتأثير في النفوس أن انطلق أولئك المسلمون الى زقاق خمورهم يشقونها بالمدى والسكاكين ويريقون ما فيها ويفتشون في زوايا بيوتهم لعلهم يجدون بقية من خمر فاتهم أن يريقوها . هذا هو القانون الاسلامي ومدى ما يتمتع به من احترام وسلطان .

وفي القرن العشرين أرادت الولايات المتحدة الامريكية أن تخلص شعبها من مضار الخمر وتجرب ما جاء به القانون الاسلامي فشرعت في سنة ١٩٣٠ قانون تحريم الخمر ، والذي حرم على الناس بيع الخمر أو شراءها أو صنعها أو تصديرها أو استيرادها . وقد مهدت الحكومة لهذا القانون بدعاية واسعة عن طريق السينما والتمثيل والاذاعة ونشر الكتب والرسائل

(١) سورة المائدة ج ٧ ، الآية ٩٠ .

وكلها تبين مزار الخمر مدعومة بالاحصائيات الدقيقة والبحوث العلمية والطبية . وقد قدر ما أنفق على هذه الدعاية (٦٥) مليوناً من الدولارات ، وسودت تسعة آلاف مليون صفحة في بيان مزار الخمر والزجر عنها ، وانفق ما قدر مجموعه أربعة ملايين ونصف من الجنيهات لأجل تنفيذ هذا القانون ، ودلت الاحصائيات للفترة الواقعية بين تاريخ تشريعه وبين تشرين الاول ١٩٣٣ أنه قتل في سبيل تنفيذ هذا القانون مائتا نسمة وحبس نصف مليون نسمة وغرم المخالفون له غرامات تبلغ مليون ونصف المليون من الجنيهات وصودرت أموال بسبب مخالفته تقدر بأربعمائة مليون جنيه . وكان آخر المطاف أن اضطرت الحكومة الأمريكية الى إلغاء قانون التحريم في أواخر سنة ١٩٣٣<sup>(١)</sup> ولم تنفعها تلك الاموال الطائلة والتضحيات الجسيمة لحمل الناس على ترك الخمر الثابت ضررها ، لأن القانون لم يكن له سلطان على النفوس يحملها احترامه وطاعته . ولكن كلمة « فاجتنبوه » التي جاءت بها الشريعة الإسلامية في جزيرة العرب وبين أناس اعتادوا شربها دون أن يسبق ذلك دعاية واسعة أو نشر كتب ورسائل ألجمت الافواه عن تذوق الخمر ودفعت أولئك الناس الى اراقة خمورهم بأيديهم لا بيد شرطي أو جندي أو رقيب . فهل بعد هذا من حاجة الى دليل على صحة ما قلناه ؟

#### ثانيا - الجزاء في الشريعة دنيوي وآخروي .

٥٥ - من خصائص القانون اقترانه بجزاء توقعه الدولة عند الاقتضاء على من يخرج على أحكامه<sup>(٢)</sup> . وهذا الجزاء قد يكون جنائيا يتمثل بأذى يصيب جسم الانسان أو يقيد حريته أو يصيب ماله بنقص « الغرامة » وقد يكون الجزاء مدنيا عن طريق جبر المدين على تنفيذ التزامه عينا أو بمقابل

(١) التشريع الرباني والقانوني الوضعي ، للاستاذ ابي الاعلى المودودي ، من مقال له منشور في مجلة ( المسلمون ) المجلد الخامس ص ٧٥٧ وما بعدها .

(٢) أصول القانون للسنهوري ص ١٣ .

« التعويض المالي » أو يكون بطلان الاتفاق المخالف للقانون وعدم ترتب شيء من آثاره • إلا أن الجزاء بنوعيه جزاء دنيوي ينال الإنسان في حياته لا في آخرته ، لأن الدولة لا تملك من أمر الآخرة شيئاً وبالتالي لا تضع من الجزاءات إلا ما ينفذ في الدنيا •

٥١ - والشريعة الإسلامية تتفق مع القوانين الوضعية في أن قواعد وأحكامها تقتزن بجزاء يوقع على المخالف ، ولكنها تختلف معها في أن الجزاء فيها آخروي ودنيوي ، بل أن الأصل في أجزيتها هو الجزاء الآخروي ، ولكن مقتضيات الحياة وضرورة استقرار المجتمع وتنظيم علاقات الأفراد على نحو واضح بين مؤثر وضمان حقوقهم كل ذلك دعا إلى أن يكون مع الجزاء الآخروي جزاء دنيوي • وهذا الجزاء الدنيوي منه ما يكون جنائياً ومنه ما يكون مدنياً كما هو الحال في القوانين الوضعية ، وإن كان نطاقه أوسع من نطاق الجزاء في القانون الوضعي نظراً لشمول القانون الإسلامي لجميع شؤون الأفراد ومنها الدينية والأخلاقية خلافاً للقانون الوضعي •

٥٢ - والجزاء الآخروي يترتب على كل مخالفة لأحكام الشريعة ، سواء أكانت من أعمال القلوب أو من أعمال الجوارح ، وسواء أكانت من مسائل المعاملات المالية أو من مسائل الجنايات وسواء عوقب عليها الإنسان في الدنيا أو لم يعاقب ما لم تقتزن مخالفته بتوبة نصوح وتحلل من حق الغير ، وهذا ما تشير إليه النصوص الكثيرة منها أن الله تعالى بعد أن بين أحكام الموارد ونصيب كل وارث قال : « تلك حدود الله ومن يطع الله ورسوله يدخله جنات تجري من تحتها الأنهار خالدين فيها وذلك الفوز العظيم » ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله ناراً خالداً فيها وله عذاب مهين »<sup>(١)</sup> . وفي جريمة قطع الطريق ، يقول الله تعالى : « إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في

(١) سورة النساء ج ٤ ، الآية ١٣ و ١٤ •

الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم»<sup>(١)</sup> . وفي الاخلاق يقول الله تعالى :  
« ويل لكل همزة لمزة »<sup>(٢)</sup> .

وفي أكل مال الغير بالباطل يقول الله تعالى « ان الذين يأكلون أموال  
اليتامى ظلما انما يأكلون في بطونهم نارا وسيصلون سعيرا »<sup>(٣)</sup> . وقد ترب  
على هذا أن المسلم يخضع لاحكام الشريعة خضوعا اختياريا في السر والعلن  
خوفا من عقاب الله ، وحتى لو استطاع أن يفلت من عقاب الدنيا ، واذا ما  
اقترب جريمة في غفلة من ايمانه طلب اقامة العقوبة عليه بمحض اختياره  
فهذا ما عترف أمام الرسول (ص) بجريمة الزنى وطلب اقامة الحد  
عليه . وهكذا تنزجر النفوس عن مخالفة القانون الاسلامي أما بدافع  
الاحترام له واستشعار الحياء من الله وأما بدافع الخوف من العقاب الآجل  
الذى ينتظر المخالفين « يوم تجد كل نفس ما عملت من خير محضرا وما  
عملت من سوء تود لو أن بينها وبينه أمدا بعيدا »<sup>(٤)</sup> « فمن يعمل مثقال ذرة  
خيرا يره ومن يعمل مثقال ذرة شرا يره »<sup>(٥)</sup> وفي هذا وذاك أعظم ضم-ن  
لنجر النفوس عن المخالفة وكفها عن العصيان .

### ثالثا - عموم الشريعة وبقاؤها :

٥٣ - الشريعة الاسلامية عامة لجميع البشر في كل مكان وزمان ،  
قال تعالى : « قل يا أيها الناس اني رسول الله اليكم جميعا »<sup>(٦)</sup> . « وما  
أرسلناك الا كافة للناس بشيرا ونذيرا »<sup>(٧)</sup> وهي باقية لا يلحقها نسخ ولا  
تغير لان الناسخ يجب أن يكون بقوة المنسوخ أو أقوى منه فلا ينسخ  
الشريعة وهي تشريع من الله الا تشريع آخر من الله ، وحيث ان الشريعة  
الاسلامية خاتمة الشرائع ومحمد (ص) خاتم النبيين ، قال تعالى : « ما كان

(١) سورة المائدة ج ٦ ، الآية ٣٣ .

(٢) سورة الهمزة ج ٣٠ ، الآية ١ .

(٣) سورة النساء ج ٤ ، الآية ١٠ .

(٤) سورة آل عمران ج ٣ ، الآية ٢٩ .

(٥) سورة الزلزلة ج ٣٠ ، الآية ٧ و ٨ .

(٦) سورة الاعراف ، الآية ١٥٨ .

(٧) سورة سبا ج ٢٢ ، الآية ٢٨ .

محمدًا أبا أحد من رجالكم ولكن رسول الله وخاتم النبيين ، فلا يتصور أن ينسخها أو يغيرها شيء .

٥٤ - وعموم الشريعة وبقاؤها وعدم قابليتها للنسخ والتبديل كل ذلك يستلزم عقلا أن تكون قواعدها وأحكامها على نحو يحقق مصالح الناس في كل عصر ومكان وفي حاجاتهم ولا يضيق بها ولا يتخلف عن أي مستوى عال يبلغه المجتمع وهذا كله متوفر في الشريعة الإسلامية لأن الله تعالى وهو العليم اذ جعلها عامة في المكان والزمان وخاتمة لجميع الشرائع ، جعل قواعدها وأحكامها على نحو يجعلها صالحة لكل زمان ومكان ، وهذا ما يدل عليه واقع الشريعة ومصادرها وطبيعتها ومبادئها وأحكامها وما ابتنت عليه هذه الأحكام . ولا بد هنا من بيان موجز كل الايجاز لتجلية هذا المعنى وإثبات صحة ما نقول بالأدلة والبراهين .

٥٤ - البرهان الأول - ابتناء الشريعة على جلب المصالح ودرء المفاسد :

الشريعة ما وضعت الا لتحقيق مصالح العباد في العاجل والآجل ودرء المفاسد عنهم<sup>(١)</sup> حتى أن بعض الفقهاء قال وقوله حق : « ان الشريعة كلها مصالح ، أما درء مفاسد أو جلب مصالح »<sup>(٢)</sup> .

وهذه الحقيقة أو هذا الوصف ، أمر ثابت للشريعة يدل عليه استقراء نصوصها وما ابتنت عليه أحكامها ونذكر بعض ذلك فيما يلي :

( أولاً ) قال تعالى في تعليل رسالة محمد (ص) : « وما أرسلناك الا رحمة للعالمين »<sup>(٣)</sup> والرحمة تتضمن رعاية مصالح العباد ودرء المفاسد عنهم .  
( ثانياً ) تعليل الأحكام بجلب المصلحة ودرء المفسدة لاعلام المكلفين ان تحقيق المصالح هو مقصود الشارع وان الأحكام ما شرعت الا لهذا الغرض . فمن ذلك قوله تعالى « ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب »<sup>(٤)</sup>

(١) الموافقات للشاطبي ج ٢ ص ٦ ، ٣٧ .

(٢) قواعد الاحكام للزم بن عبد السلام ج ١ ص ٩

(٣) سورة الانبياء ج ١٧ ، الآية ١٠٧ .

(٤) سورة البقرة ج ٢ ، الآية ١٨ .

وقوله : « انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم متتهون »<sup>(١)</sup> وقوله تعالى : « وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم »<sup>(٢)</sup> وارهاب العدو مصلحة لانه ينكف عن عدوانه على المسلمين اذا رأى قوتهم • ومثل قوله تعالى : « ويسألونك عن المحيض ، قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن »<sup>(٣)</sup> وقوله عليه السلام : « يا معشر الشباب من استطاع الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج »<sup>(٤)</sup> •

( ثالثا ) تشريع الرخص عند وجود مشقة في تطبيق الاحكام من ذلك اباحة النطق بكلمة الكفر عند الاكراه عليها حفظا لمصلحة بقاء النفس ، واباحة المحرم عند الضرورة كأكل الميتة ولحم الخنزير وشرب الخمر ، واباحة الفطر في رمضان للمسافر والمريض ونحو ذلك • ولا شك أن دفع المشقة ضرب من ضروب رعاية المصلحة ودرء المفسدة وكذا التدرج في التشريع ومنسوخ الاحكام كل ذلك مبناه ملاحظة المصلحة كما سيأتي بيانه فيما بعد •

( رابعا ) وجد بالاستقراء أن مصالح العباد تتعلق بأمور ضرورية أو حاجية أو تحسينية ، فالاولى هي التي لا قيام لحياة الناس بدونها واذا فأت حل الفساد وعمت الفوضى واختل نظام الحياة ، وهذه الضروريات هي : حفظ الدين والنفس والعقل والعرض والمالك • وبعضهم يجعل مع العرض النسل • والحاجيات هي التي يحتاج اليها الناس ليعيشوا بيسر وسعة واذا فاتتهم لم يخل نظام الحياة ولكن يصيب الناس ضيق وحرَج • وأما التحسينات فهي التي ترجع الى محاسن العادات ومكارم الاخلاق

(١) سورة المائدة ج ٧ ، الآية ٩١ •

(٢) سورة الانفال ج ١٠ ، الآية ٦٠ •

(٣) سورة البقرة ج ٢ ، الآية ٢٢٢ •

(٤) الباءة مؤنة الزواج وما يقتدر به عليه •

وإذا فأت فلا يختل نظام الحياة ولا يصيب الناس حرج ولكن تخرج حياتهم عن النهج الاقوم وما تستدعيه الفطر السليمة والمعادات الكريمة •  
والشريعة جاءت أحكامها لتحقيق وحفظ الضروريات والحاجيات والتحسينيات وبهذا حفظت مصالحهم •

فالدين شرع لأقامته المبادئ ، وشرع لحفظه الجهاد وعقوبة المرتد والحجر على المفتي الماجن ، وزجر من يفسد على الناس عقيدتهم •  
والنفس شرع لايجادها النكاح وشرع لحفظها القصاص على من يعتدي عليها وتحريم القاء النفس في التهلكة ، ولزوم دفع الضرر عنها •

والعقل شرع لحفظه تحريم الخمر وعقوبة شاربها • والنسب شرع لايجاده الزواج وشرع لحفظه عقوبة الزنى والقذف وحرمة اجهاض المرأة الحامل الا لضرورة • وفي عقوبة الزنى والقذف حفظ الاعراض أيضا •  
والمال شرع لتحصيله أنواع المعاملات من بيع وشراء وشركة ونحو ذلك •  
وشرع لحفظه حرمة أكل مال الناس بالباطل أو اتلافه والجحر على السفيه وتحريم الربا ، وعقوبة السرقة • والحاجيات شرعت لها الرخص عند المشقة ، كالفطر للمريض ، وفي المعاملات شرع السلم ( وهو بيع معدوم ) وكذا الاستصناع دفعا للضيق والحرج عن الناس ، وان لم تجر هذه العقود على القواعد العامة • وشرع الطلاق للخلاص من حياة زوجية لم تعد تطاق أو لوجود ما يدعو للفرقة • وفي العقوبات شرعت الدية ( الضمان المالي ) في القتل الخطأ على أقارب القاتل الذكور من جهة الاب ( عاقلته ) تخفيفا عن المخطيء •

وفي التحسينيات شرعت الطهارة للبدن والثوب ، وستر العورة وأخذ الزينة عند كل مسجد والنهي عن بيع الانسان على بيع أخيه ، والنهي عن قتل الاطفال والنساء في الحروب ونحو ذلك •

فاستقراء نصوص الشريعة يدل على أن الشارع ما قصد بتشريعها الاحكام للناس الا الحفظ لهذه الضروريات والحاجيات والتحسينيات ،

وهذه هي مصالحهم • وإذا تعارضت المفسد والمصالح رجح أعظمها فإن كان الأعظم مفسدة شرع الحكم لدفعها وإن كان الأعظم مصلحة شرع الحكم لجلبها ، فقتل القاتل مفسدة لأن فيه تفويت حياته ولكنها جازت لأن فيها تحقيق مصلحة أعظم وهي حفظ حياة الناس على العموم • وكشف العورة مفسدة ولكن إذا احتاج الإنسان إلى إجراء عملية جراحية جاز ذلك لأن مصلحة حفظ النفس أعظم من مفسدة كشف العورة ، وترك المحتكر دون اعتراض عليه مصلحة له لأن في ذلك تحصيل الربح له ولكن فيه مفسدة أعظم وهي الأضرار بالناس فشرع المنع من الاحتكار • والدفاع عن البلاد يعرض النفوس إلى القتل وهذه مفسدة ولكن ترك الأعداء يدخلون البلاد ويستعمرونها مفسدة أعظم فكان في دفعها مصلحة أعظم من مفسدة تعرض المدافعين للقتل فشرع الجهاد لهذه المصلحة العظمى أو لدرء تلك المفسدة الكبرى • وهكذا تجري أحكام الشريعة على نمط واحد وعلى أساس واحد هو جلب المصالح ودرء المفسد •

وعلى هذا فكل مصلحة مشروعة تطراً أو مفسدة تظهر فإن الشريعة تبيح إيجاد الحكم لتحقيق تلك المصلحة ودرء هذه المفسدة ، لأن الشريعة كما يقول الإمام ابن القيم : « مبناه وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد » وهي عدل كلها ورحمة ومصالح كلها وحكمة كلها ، فكل مسألة خرجت من العدل إلى الجور وعن الرحمة إلى ضدها وعن المصلحة إلى المفسدة وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل ، فالشريعة عدل الله بين عباده ورحمته بين خلقه ،<sup>(١)</sup> • فالشريعة الإسلامية لا يمكن أبداً أن تضيق بحاجات الناس وتحقيق مصالحهم لأنها جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها وتعطيل المفسد وتقليلها<sup>(٢)</sup> ومن ثم فهي صالحة لكل زمان ومكان •

(١) اعلام الموقعين لابن القيم ج ٣ ص ١ •

(٢) منهاج السنة النبوية للإمام ابن تيمية ج ١ ص ١٤٧ ، و ج ٢ ص ٢٤٠ ، و ج ٣ ص ١٥٨ •

الشريعة الإسلامية (م-٤)

## ٥٥ - البرهان الثاني - مبادئ الشريعة وطبيعتها أحكامها :

أحكام الشريعة نوعان ، الأول جاء على شكل أحكام تفصيلية ، والثاني على شكل قواعد ومبادئ عامة وكلا النوعين جاء على نحو يوافق كل مكان و زمان ويتفق مع عموم الشريعة وبقائها ، وهاك البيان بإيجاز •

**النوع الأول :** الأحكام التفصيلية ، وهذه اما ان تتعلق بالعقيدة او بالعبادات أو بالاخلاق أو ببعض المسائل الخاصة بعلاقات الافراد فيما بينهم •

٥٦ - فأحكام العقيدة كالإيمان بالله واليوم الآخر ونحو ذلك ، لا يتصور مجيء عصر يستغني فيه البشر عنها ، لانها - أي هذه الأحكام - تبين حقائق ثابتة ، وشأن هذا النوع من الحقائق الثبات والبقاء • ومسائل العبادة تنظم علاقة الفرد بربه على شكل معين ، وهذا التنظيم يحتاجه الانسان في كل زمان ، لان هذه العبادة من لوازم مخلوقته لخالق عظيم أراد أن يكون اتصال مخلوقه به على هذا النحو فضلا عن أن لاشكال هذه العبادة فائدة دينوية تظهر في صلاح النفس وما ينتج عن ذلك من صلاح المجتمع ، وحسبنا أن نذكر مثلا على ذلك الصلاة ، فقد قال الله عنها : « ان الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر » وانزجار الانسان عن الفحشاء والمنكر مصلحة ظاهرة للجماعة • والزكاة وهي عبادة تنظم علاقة الفرد بربه من جهة المال ، وفيها مصلحة واضحة للجماعة وكذا الحج اذ فيه اجتماع عام وتعارف وتدارس للاحوال ، وهكذا بقية العبادات •

٥٧ - والاخلاق عنصر أصيل في تقويم شؤون الحياة وصلاح المجتمع ولا يغني عنها أي تقدم في مجال الثقافة والعلوم وآية ذلك ما نجده في العالم في الوقت الحاضر فان الازمة التي يمر بها ازمة اخلاقية في اساسها وجوهرها وليس هنا محل تفصيل ذلك • وعليه فالشريعة في تأكيدها على جانب الاخلاق وفي تشريعها للأحكام الخلقية انما هدفت الى ارساء قواعد المجتمع على أسس قوية وأقامت صرح الإصلاح ابتداء من النفس • • والاخلاق بعد هذا كله معان ثابتة يحتاجها الانسان السوي ولا يتصور أن يجيء يوم يقال فيه ان الصدق والعدل والوفاء بالعهد وترك الظلم معان فاسدة لا تليق بانسان

متمدن ، اللهم اذا ارتد البشر الى حياة الغاب وانتكاس الفطرة •

٥٨ - أما الاحكام التفصيلية الاخرى المتعلقة ببعض علاقات الافراد فيما بينهم فهي أيضا غير قابلة للتبديل لان تفصيلها بني على أساس ان الحاجة اليها تبقى قائمة في كل زمان ولكل جماعة وان غيرها لا يسد مسدها ولا يحقق المصلحة للناس • فمن هذه الاحكام تنظيم الاسرة وكيفية الزواج وحق الحضانة والولاية ونحو ذلك من شؤون الاسرة ، فالنكاح جاء لتنظيمه غاية في البساطة وخاليا من الشكليات والطقوس ومن ثم فهو صالح لكل زمان ومكان ، فيكفي فيه ايجاب من الرجل أو المرأة وقبول من الآخر مع شهود على هذا الاتفاق تميزا له عن السفاح واظهارا لشرف هذا العقد ، فلا يشترط لصحة النكاح أن يكون على يد شخص معين أو في مكان معين أو بكيفية خاصة أو بلفظ معينة أو بتراتيل معينة وما الى ذلك ، فهذه الكيفية البسيطة ، لعقد النكاح لا يتصور العقل خيرا منها واصلاح منها •

وتشريع الفرقه بين الزوجين هو الشيء الطبيعي المعقول اذ لا يصح اجبار شخصين على ابقاء الرابطة الزوجية بالرغم من قيام ما يدعو الى انفصالهما من قيام نفرة أو كراهية أو ظلم ونحو ذلك ، وانما المعمول أن تباح الفرقه بينهما ليذهب كل الى حال سبيله ويجرب حظله في شركة أخرى ورابطة جديدة • ولهذا أباحت معظم الدول الغربية الفرقه بين الزوجين بعد ان كان محرما عندها • ولا يقال لم أعطي حق الطلاق للرجل وحرمت منه المرأة ، لانا نقول : للمرأة ان تشترط لنفسها حق الطلاق في عقد الزواج ، كما لها أن تطلب التفريق قضاء اذا مسها من الزوج ضرر •

وتنظيم الميراث وتحديد أنصبة الورثة جاء على شكل ممتاز لوحظ فيه مختلف الاعتبارات كقرب الوارث وحاجته ، وتفتت الثروة ، وهذا التنظيم للميراث وما بني عليه من أسس واعتبارات صالح لكل زمان ومكان ، وليس هنا تفصيل ذلك •

وتحريم الربا ، وهو حكم يخص المعاملات المالية ، حكم تفصيلي غير قابل للتبديل ، لان مفسد الربا ذاتية لا تنفك عنه أبدا ، وهو من مظاهر

انهلال المجتمع وفساده واستساغته للظلم وفقدان التعاون الاجتماعي فيما بين أفرادہ • وعلاج مثل هذا المجتمع الفاسد يكون باصلاحه جذريا لا بترك فسادہ واعوجاجه وتشريع الاحكام الملازمة لفساده واعوجاجه •

والعقوبات في الشريعة جاءت مفصلة لعدد محدود من الجرائم وهي عقوبة الردة والزنى والقذف والسرقة وقطع الطريق وشرب الخمر والقصاص وهذه تسمى بجرائم الحدود والقصاص • أما عقوبات الجرائم الاخرى فقد ترك تقديرها لاولي الامر وهذه تسمى بالعقوبات التعزيرية ويلاحظ في تقديرها مدى جسامة الجريمة وظروفها وحال الجاني ومدى ضرر المجتمع منها ، كل ذلك في ظل قوله تعالى : وجزاء سيئة سيئة منها • والعقوبات المقدرة كلها خير وصلاح وعدل ولا يستغني عنها أى مجتمع فاضل لانها بنيت على أساس العدالة وزجر المجرم وحفظ مصلحة الجماعة • فعقوبة الردة بنيت على أساسين ، الاول اخلال المسلم بالتزامه بأحكام الاسلام ، والثاني درء المفسدة عن المجتمع • وبين ذلك ان الفرد باسلامه يكون قد التزم أحكام الاسلام واصله وعدم الخروج عليها أو هدمها فان فعل ذلك كان مخلا بالتزامه فينال جزاء هذا الاخلال • كما أن في الردة واعلانها مفسدة للجماعة تظهر في تشكيك الناس في عقائدهم واحداث الاضطراب فيما بينهم وزعزعة لكيان الدولة التي اتخذت الاسلام اساسا لقيامها وبقائها وأهدافها • فكان لابد من عقوبة زاجرة لمنع هذه المفسدة عن مجتمع يدين بالاسلام وعن دولة جعلت أساس حياتها الاسلام •

وعقوبة الزنى بنيت على أساس افسادها للاخلاق ، واضرارها البليغة بالفرد والاسرة والمجتمع ، كشيوع الامراض واختلاط الاسباب وحراب البيوت والعزوف عن الزواج وما الى ذلك ، والشريعة من اصولها العناية بالاخلاق ودفع الاضرار عن الناس ، ولا شك أن المجتمع الفاضل الذي يحرص على الفضيلة ويعنى بالاخلاق يرحب بهذه العقوبة ولا يضيق بها ذرعا ولا يجد فيها الا المصلحة والخير وزجر المفسدين الذين يريدون العبث بأعراض الغير واشاعة الفساد في المجتمع •

وعقوبة السرقة ، وهي قطع اليد ، قد يقال أن فيها قسوة ولم تعد ملائمة لعصرنا ، وهذا قول ضعيف لم يقم على النظر العميق والاجاطة بجوانب المسألة . فمن المعلوم أن الشريعة الاسلامية أوجبت ضمانا اجتماعيا لكل فرد ، يبدأ من الاسرة وينتهي بالدولة ، فالفرد العاجز المحتاج يجد ما يسد حاجته بما أوجبه الشريعة من تضامن الزامي بين أفراد الاسرة يتمثل بإيجاب النفقة للعاجز المحتاج على الغني ، فإن لم يف ذلك أو لم يوجد فللفقير حق مالي في أموال الاغنياء تستوفيه الدولة وتسلمه اليه ، فإن لم يف ذلك أو لم يوجد ، فالدولة الاسلامية مسؤولة عن ايجاد العمل للقادر عليه فإن لم يوجد العمل أو وجد وكان المحتاج عاجزا فالدولة ملزمة بكفالة المحتاج ، لا فرق بين مسلم وغير مسلم ما دام يحمل الجنسية الاسلامية<sup>(١)</sup> . ففي مثل هذا المجتمع القائم على هذا التنظيم ، اذا وجد فيه سارق يمد يده الى مال الغير بغير حق ، أو يتسلق الجدار في جنح الظلام ويروع الآمنين ويسطو على أموالهم ، ثم جاءت الشريعة بإيجاب عقاب هذا السارق بقطع يده ، لا يمكن أن يقول منصف انه عقاب قاس . هذه واحدة . والثانية ، ان الغرض من العقوبة الاصلاح والرجوع وحفظ استقرار المجتمع وبعث الطمأنينة في النفوس ، ولا شك أن جعل عقوبة السرقة قطع اليد يحقق هذه المعاني على وجه أكمل وأتم من عقوبة السجن ، والواقع يؤيدنا ، فما ردعت السجون النفوس عن السرقة ولكن عقوبة قطع اليد ردعت المجرمين في الماضي وهي قادرة على ردعهم في الوقت الحاضر ، وكون الشيء قديما لا يدل على فساده فما كل قديم بفساد ولا كل جديد بصالح

(١) وهكذا فعل سيدنا عمر بن الخطاب اذ كفل العاجزين المحتاجين من أهل الذمة . انظر الخراج لأبي يوسف ص ١٤٤ . وفي كتاب الاموال لأبي عبيد ص ٤٥-٤٦ ، أن عمر بن عبدالعزيز كتب الى علي بن أرطاة بالبصرة : أما بعد . . وانظر من قبلك من أهل الذمة قد كبرت سنه وضعفت قوته وولت عنه المكاسب فأجر عليه من بيت مال المسلمين ما يصلحه ، فقد بلغني أن عمر بن الخطاب مر بشيخ من أهل الذمة يسأل على أبواب الناس ، فقال : ما أنصفناك ان كنا أخذنا منك انجزية في شببيتك . ثم ضيعناك في كبرك ، ثم أجرى عليه من بيت المال ما يصلحه . وانظر مؤلفنا أحكام الذميين والمستأمنين .

• صلاح الشيء يستفاد من ذاته ومدى نفعه لا من جدته وقدمه .  
والقصاص في الشريعة الإسلامية جعل حقا للمجني عليه أو لوليائه  
( في جريمة القتل ) فلهم أن يطلبوا القصاص من القاتل كما لهم أن يطلبوا  
الدية ( التعويض المالي ) كما لهم أن يعفوا • وهذا هو التنظيم الكامل الذي  
لم يغفل جانب الطبيعة البشرية وما جبلت عليه من حب أخذ الثأر من الجاني  
وانزال القصاص العادل به ، كما لم يغفل جانب المجتمع ومصلحته •  
فالقصاص يردع الجاني عن الجريمة ، وفي هذا الردع حياة له ولغيره  
• ولكم في !تنصص حياة يا أولي الألباب • ويستل النعمة من النفوس • ومع  
هذا كله فإن الجاني الذي لم يقتص منه لعفو أولياء القتيل عنه أو لاخذهم الدية  
منه لا يعني أنه نجا من كل عقاب ، فللدولة أن توقع عليه عقوبة تعزيرية  
لما في جانيته من اعتداء على المجتمع « الحق العام » (١) •

وعقوبة القذف : ترتب على من يرمي غيره ، امرأة أو رجلا بالزنى ،  
والحكمة من ورائها وقاية أعراض الناس من مقالة السوء وما ينتج عن ذلك  
من عدا وخصام وخراب البيوت ، فهذه العقوبة تجد سندها في رعاية  
الاخلاق ومصلحة الجماعة •

وجريمة قطع الطريق كجريمة السرقة من حيث انها اعتداء على  
أموال الناس ، وتمتاز عليها بالفضاعة والمجاهرة بالعدوان والخروج على  
سلطان الدولة وإخافة الطريق ومنع المرور فيه وما الى ذلك ، ومن ثم كانت  
عقوبتها أشد من عقوبة السرقة العادية •

وعقوبة شرب الخمر ، نظر فيها الى ان الخمر تفسد العقل وتفقد  
التمييز وتؤدي الى الاجرام ولتلع هذا كله شرعت هذه العقوبة •  
جميع العقوبات التفصيلية قامت على معان وأوصاف ثابتة لا تتغير فهي  
تحقق المصلحة في كل زمان ومكان •

---

(١) ولهذا قال المالكية اذا عفي عن القاتل العمد على الدية أي على  
اعطائها فانها تجب عليه ، ويضربه الامام مائة ويحبس سنة ، تبصرة الحكام  
لابن فرحون ج ٢ ص ٢٥٩ •

## ٥٩ - النوع الثاني من الاحكام :

وهذا النوع من الاحكام، جاء على شكل قواعد ومبادئ عامة لا يمكن أن تضيق بحاجات الناس كما لا يمكن أن تتخلف عن أي مستوى عال تبلغه الجماعة . ويكفي أن نذكر هنا بعض الامثلة تأييداً لما نقول :

أولاً - جاءت الشريعة الاسلامية بمبدأ الشورى في الحكم ، قال تعالى : « وأمرهم شورى بينهم »<sup>(١)</sup> وقوله تعالى « وشاورهم في الامر »<sup>(٢)</sup> ومبدأ الشورى أسمى نظام للحكم يمكن أن يصل اليه النوع البشري ولا يمكن أن يتخلف عن أي مستوى عال تبلغه الجماعة في نظام الحكم . وقد جاء هذا المبدأ القويم على نحو من العموم والمرونة بحيث يتسع لكل تنظيم قانوني يوضع لتحقيق هذا المبدأ .

ثانياً - مبدأ المساواة ، وقد ذكرناه سابقاً ، وهو مبدأ عظيم ، ومن مظاهره المساواة أمام القانون ، مساواة تشمل الجميع من رئيس الدولة حتى أبسط مواطن في الدولة الاسلامية ، فلا امتيازات لاحد فالكل سواء أمام القانون ، ومن ثم فهذا المبدأ صالح لكل زمان ومكان ولا يتخلف عن أي مستوى عال تبلغه جماعة ما .

ثالثاً - مبدأ العدالة : الشريعة تأمر بتحقيق العدالة في الارض ، والحكم بالعدل حتى مع الاقربين والابعدين والاصدقاء والاعداء « ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها واذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل »<sup>(٣)</sup> . « يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى »<sup>(٤)</sup> . ولاشك أن هذا المبدأ يضمن مصالح الناس في كل زمان ومكان ويتسع لكل تنظيم يحقق العدالة ، فمثلاً اذا رُوي أن تحقيق العدالة يستلزم جعل المحاكم على درجتين أو أن المحكمة تؤلف من أكثر من قاض واحد ، أو تعيين هيئة

(١) سورة الشورى ج ٢٥ ، الآية ٣٨ .

(٢) سورة آل عمران ج ٤ ، الآية ١٥٩ .

(٣) سورة النساء ج ٥ ، الآية ٥٨ .

(٤) سورة المائدة ج ٦ ، الآية ٨ .

تدقيق لاحكام المحاكم ، فهذا ونحوه يجوز لانه من مستلزمات تحقيق العدالة والحكم بالعدل حسب ظروف معينة ومكان معين ، والشريعة الاسلامية لا تضيق بأي اسلوب حق يحقق أغراضها ويؤدي الى حسن تطبيق مبادئها ، وفي هذا يقول الامام ابن القيم : « فاذا ظهرت امارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان فثم شرع الله ودينه ... » (١) .

رابعا - قاعدة ( لا ضرر ولا ضرار ) وهي حديث نبوي ، ومعناها أن الضرر مرفوع بحكم الشريعة أي لا يجوز لاحد ايقاع الضرر بنفسه أو بغيره ، لأن مقابلة الضرر لا يجوز لانه عبث وافساد لا معنى له ، فمن يحرق مال الغير لا يجوز للغير احراق ماله لان في هذه المقابلة اكثارا للاضرار والمقاسد ، وانما يرفع هذا الضرر بايجاب الضمان المالي على المعتدي .

ولا شك أن هذه القاعدة العظيمة تبتي عليها فروع كثيرة ، وقد جاءت أحكام في الشريعة الاسلامية لتحقيق مدلول هذه القاعدة ، من ذلك تقرير حق الشفعة لدفع الضرر عن الشريك والجار ، وتقيد استعمال الحق على وجه لا يلحق ضررا بالآخرين كما في منع الانسان من اقامة مدينه ونحوها في داره اذ كان في ذلك اذى للجيران ، واجبار صاحب الارض بامرار الماء من أرضه لسقاية أرض جاره اذا كان بحاجة الى ذلك. ولم يكن في امرار الماء مضرة عليه ، وهذا ما ذهب اليه عمر بن الخطاب وغيره من الصحابة وهو أحد القولين عن الامام أحمد بن حنبل (٢) . وما ذهب اليه

(١) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم ص ١٤ .

(٢) الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ص ٢٤٠ .

قال محمد بن الحسن : حدثني مالك عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أن الضحاك بن خليفة كان له خليج في العريض ( وادي في المدينة ) فأراد أن يمر في أرض محمد بن مسلمة فأبى محمد فكلم فيه الضحاك عن بن الخطاب فدعا عمر بن الخطاب محمد بن مسلمة الانصاري فأمره أن يخلي سبيله فقال محمد : لا . فقال عمر : لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع تسقي به أولا وآخرا وهو لا يضرك . فقال محمد : لا والله . فقال عمر : والله ليمرن به ولو على بطنك ، فأمره عمر أن يمر به ففعل الضحاك بن خليفة الانصاري الاشهلي : موطا الامام براوية محمد بن الحسن ج ٤ ص ٣٤ .

عمر بن الخطاب ما هو الا تطبيق لنظرية حديث عرفت بنظرية التعسف في استعمال الحق ، ومن تطبيقاتها أيضا في الفقه الاسلامي الزام أصحاب السلع على بيع سلهم بقيمة المثل اذا امتنعوا عن البيع الا بأكثر من هذه القيمة وكان في الناس حاجة الى ما عندهم من بضائع ومواد<sup>(١)</sup> . فاستعمال الحق في الشريعة الاسلامية مقيد بعدم الاضرار بالغير ، فلا وجود للحقوق المطلقة في الشريعة الاسلامية فهي مقيدة دائما بحدود الله التي تحقق مصلحة الجماعة وتمنع الضرر عنها .

#### ٦٠ - البرهان الثالث - مصادر الاحكام :

مصادر الاحكام الشرعية تتصف بالمرونة ، فالكتاب والسنة وهما المصدران الاصيلان للشريعة ، جاءت أحكامها على نحو ملائم لكل زمان كما بينا . والاجماع والاجتهاد بأنواعه كالقياس والاستحسان والاستصلاح كلها مصادر مرتبة دلت عليها الشريعة وشهدت لها بالاعتبار . وهذه المصادر تمدنا بالاحكام اللازمة لمواجهة الوقائع التي يأت بها نص صريح . وتعتبر الاحكام المستفادة من هذه المصادر جزء من الشريعة باعتبار أن مصادرها مشهود لها بالحجية من قبل الشريعة نفسها .

ومن جميع ما تقدم يتبين لنا صلاحية الشريعة للعموم والبقاء .

#### رابعا - شمول الشريعة :

٦١ - من المعروف أن الشريعة الاسلامية نظام شامل لجميع شؤون الحياة فهي ترسم للانسان سبيل الايمان وتبين له أصول العقيدة وتنظم صلته بربه ، وتأمره بتزكية نفسه ، وتحكم علاقاته مع غيره ، وهكذا لا يخرج من حكم الشريعة أي شيء .

وعلى ضوء هذا الشمول يمكن تقسيم أحكام الشريعة الى ثلاث مجموعات .

---

(١) الطرق الحكمية ص ٢٢٤ .

الاولى - الاحكام المتعلقة بالعقيدة كالايمان بالله واليوم الآخر وهذه هي الاحكام الاعتقادية ، ومحل دراستها في علم الكلام أو التوحيد .  
والثانية - الاحكام المتعلقة بالاخلاق كوجوب الصدق والامانة والوفاء بالعهد وحرمة الكذب والخيانة ونقض العهد ، وهذه هي الاحكام الاخلاقية .  
ومحل دراستها في علم الاخلاق أو التصوف .  
الثالثة - الاحكام المتعلقة بأقوال وأفعال الانسان في علاقاته مع غيره وهذه هي الاحكام العملية ، وقد سميت فيما بعد ( بالفقه ) ومحل دراستها علم الفقه .

٦٢ - والاحكام العملية بالنسبة الى ما تتعلق به تنقسم الى قسمين :  
القسم الاول العبادات كالصلاة والصوم ، والمقصود بها تنظيم علاقة الفرد بربه .

القسم الثاني : العادات أى المعاملات ، وهي التي يقصد بها تنظيم علاقات الافراد فيما بينهم ، وهذه تشمل جميع روابط القانون العام والخاص في الاصطلاح الحديث<sup>(١)</sup> . لان أحكام العادات ( المعاملات ) تنقسم الى ما يأتي :

أ - الاحكام المتعلقة بالاسرة من نكاح وطلاق ونفقة ونسب ونحو ذلك وهي ما يسمى في الوقت الحاضر بقانون الاسرة أو الاحوال الشخصية .  
ب - الاحكام المتعلقة بعلاقات الافراد المالية ومعاملاتهم كالبيع والاجارة والرهن والكفالة ونحو ذلك وهي ما يسمى حاليا بقانون المعاملات أو بالقانون

---

(١) ينقسم القانون الى قانون عام وقانون خاص ، والضابط المميز بين الاثنين وجود الدولة باعتبارها صاحبة السلطان في العلاقات التي بطنها القانون وهذا هو القانون العام ، أو عدم وجودها فيها ، وهذا هو القانون الخاص : اصول القانون للدكتور السنهوري ص ٢٥٨ .  
وأقسام القانون العام هي القانون الدولي العام ، القانون الدستوري والادارى والمالى والجنايى .

وأقسام القانون الخاص هي القانون المدنى بشقيه قانون الاحوال الشخصية وقانون المعاملات المالية ، والقانون التجارى وقانون الميراث المدنية والتجارية والقانون الدولى الخاص .

المدني<sup>(١)</sup> . ومن هذه الاحكام ما يتعلق بالشركات والتفليس والامور التجارية الاخرى التي ينظمها في الوقت الحاضر القانون التجاري .

ج - الاحكام المتعلقة بالقضاء والدعوى والشهادة واليمين وهي تدخل فيما يسمى اليوم بقانون المرافعات .

د - الاحكام المتعلقة بمعاملة الاجانب غير المسلمين « المستأمنين » في الدولة الاسلامية وتنظيم علاقاتهم فيما بينهم أو مع رعايا الدولة الاسلامية ، وهي تدخل فيما يسمى اليوم بالقانون الدولي الخاص .

هـ - الاحكام المتعلقة بتنظيم علاقة الدولة الاسلامية بالدول الاخرى في السلم والحرب وهي تدخل فيما يسمى اليوم بالقانون الدولي العام .

و - الاحكام المتعلقة بنظام الحكم وقواعده ، وحقوق الافراد في الدولة وعلاقاتهم معها ، وهي تدخل فيما يسمى اليوم بالقانون الدستوري .

ز - الاحكام المتعلقة بموارد الدولة الاسلامية ومصارفها ، وتنظيم العلاقات المالية بين الافراد والدولة وبين الاغنياء والفقراء ، وهي تدخل في القانون المالي .

ح - الاحكام المتعلقة بتحديد علاقة الفرد مع الدولة الاسلامية من جهة الاعمال المنهي عنها ( الجرائم ومقدار عقوبة كل جريمة ) . وهذه تدخل فيما يسمى اليوم بالقانون الجنائي ، أو قانون العقوبات . ويلحق بها الاجراءات التي تتبع في تحقيق الجرائم وانزال العقاب بالمجرمين وهي ما يسمى اليوم بقانون تحقيق الجنايات .

٦٣ - فهذا الشمول الذي جاءت به الشريعة لا نظير له في القوانين الوضعية فهي لا تنظم مسائل العقيدة ولا الاخلاق ولا العبادات . وحتى في جانب العادات ( المعاملات ) الذي تناولته القوانين الوضعية بالتنظيم نجد تنظيم الشريعة له جاء على نحو يميزها عن القوانين الوضعية ،

---

(١) يشمل القانون المدني ، في الاصل مسائل الاحوال الشخصية ولكن معظم هذه المسائل فصلت بين القانون المدني ، في العراق ومصر ، وتركنت للفقه الاسلامي أو لقوانين استنقبت من الشريعة الاسلامية .

فالجانب الاخلاقي مراعى في الشريعة مراعاة تامة ، ومن مظاهر هذه المراعاة  
تحريم الربا والميسر ، وتحريم الزنى والعقاب عليه • ولزوم الوفاء بالعهود  
من قبل الدولة الاسلامية في علاقاتها مع الدول الاخرى في السلم والحرب ،  
وعدم مجاراتها في الظلم حتى لو انها قتلت رعايا الدولة الاسلامية فيها ، فلا  
يحل للدولة الاسلامية ان تقتل رعايا تلك الدول الداخلين اليها بأمان<sup>(١)</sup> •

٦٤ - والجانب الديني ملاحظ أيضا في المعاملات ، بل هو عنصر  
أصيل فيها ، فهو يكسب الفعل صفة الحل والحرمة بناء على حقيقته الباطنة  
ونية صاحبه وقصده ، فالفعل قد يكون صحيحا في ظاهره لاستيفائه شروط  
الصحة ولكنه يعتبر حراما لمخالفة حقيقته الباطنة ونية وقصد صاحبه لما تأمر  
الشريعة به . كالذي يقصد بالنكاح تحليل المطلقة ثلاثا لمطلقها ، وكالذي  
يدعي دينا على آخر ظلما ويثبت ذلك أمام القضاء • والاصل في تعلق الحقوق  
وثبوت الآثار الشرعية على حقيقة الفعل وكونه حلالا ظاهرا وباطنا ، ولكن  
لما كان الباطن أمرا خفيا يعجز الانسان عن ادراكه أو يتعذر عليه ذلك ،  
ولاجل استقرار الحقوق وجريان الاحكام على أساس أمور ثابتة ومضبوطة  
وظاهرة ، فقد اعتبرت الشريعة الظاهر وجعلت صحته قرينة على صحة  
الباطن وحله ، ومناط لتعلق الحقوق وثبوت الآثار ، ولكن الشيء يبقى بعد

(١) ومن مظاهر الالتزام بالاخلاق عدم جواز تسليم الاجنبي في  
الدولة الاسلامية الى دولته ولو على سبيل المفاداة بأسير مسلم ، لان الاجنبي  
دخل بأمان وعلى الدولة الاسلامية ان تفي بعهدها له فيبقى آمنا لا يمسه  
سوء فتسليمه بدون رضاه غدر بالامان لا رخصة فيه فلا يجوز : السير  
الكبير للامام محمد بن الحسن الشيباني وشرحه للامام السرخسي : ج ٢ ،  
ص ٣٠٠ • ومن مظاهر العناية بالاخلاق ، ان الاجنبي الداخل الى دار الاسلام  
بأمان تؤخذ منه ضريبة على أمواله التجارية بمقدار ما تأخذه دولته من المسلم  
اذا دخل اليها بأموال تجارية ، ولكن اذا كان المأخوذ من المسلم كل ماله فان  
الدولة الاسلامية لا تفعل ذلك بالنسبة لرعايا تلك الدولة ، ويعمل الفقهاء  
هذا المسلك بأن أخذ أموال الاجنبي ظلم ولا متابعة بالظلم واننا لا نتخلق  
بأخلاقهم وان تخلقوا هم بها ، بل نهينا عنه كما لو قتلوا المداخل اليهم منا  
بأمان لا نقابلهم بالمثل فلا نقتل من دخل الينا منهم بأمان : الدر المختار :  
ج ٥٦ ، وفتح القدير ج ١ ص ٥٣٤ •

ذلك متصفا بالحل والحرمة بناء على حقيقته الباطنية لان الحكم الظاهر لا يصير  
الحلال حراما ولا الحرام حلالا وبالتالي لا يحل للمسلم أن يبيع لنفسه فعل  
الحرام وان أباح له ذلك القضاء بناء على ظاهر الفعل • ويدل على ما قلناه  
قول النبي عليه السلام « انما أنا بشر وانكم تختصمون الي ولعل بعضكم أن  
يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه ، فمن قضيت  
له بشيء من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئا فانما أقطع له قطعة من النار » (١) •  
ولهذا اذا ظهر الباطن ظهورا كافيا وتكشفت حقيقته فالعبرة به لا بالظاهر  
سواء كان هذا الظهور بدلالة الحال أو بشرط في العقد ، فيويع الآجال التي  
يتوصل بها الى الربا كمن يبيع لآخر سلعة بألف نسيئة ثم يشتريها منه حالا  
بتسعمائة نقدا ، تعتبر باطلة عند أكثر الفقهاء لان حقيقة المعاملة ربا أخذت  
شكل البيع ، وقد دلت القرينة على هذه الحقيقة فلا عبرة بظاهر البيع • وكذا  
نكاح المحلل الذي تدل عليه قرائن الحال نكاح فاسد عند كثير من الفقهاء ،  
ويعتبر فاسدا عند جمهورهم بالشرط فيه (٢) • وسيأتي تفصيل ذلك عند  
الكلام عن نظرية العقد ان شاء الله ولا شك أن مراعاة الجانب الديني في  
المعاملات وما ترتب عليه من وصف الفعل بالحل والحرمة بناء على حقيقته  
وباطنه ، يجعل المسلم لا يقدم على تصرف الا اذا كان حلالا ، وان كان  
القضاء يبيح له ذلك بناء على ظاهر التصرف ، كما يجعله لا يتمسك ولا  
يطالب بشيء لا حق له فيه وان كان يمكنه اثبات ذلك امام القضاء • ولا ريب  
ان هذا كله يدعو الى الاطمئنان في المعاملات ، فهناك رقابة دينية على الانسان  
في علاقاته مع الغير زيادة على الرقابة القضائية على هذه العلاقات ، وفي هذا  
أعظم ضمان لحسن تنظيم علاقات الافراد وعدم ضياع الحقوق على اصحابها •

(١) كتاب الام للامام الشافعي ج ٦ ص ٢٠٢ •

(٢) المغني لابن قدامة ج ٤ ص ٥٣ ، ٥٤ ، ، ١٧٤ ، وبداية المجتهد  
لابن رشد ج ١ ص ١١٧ - ١١٩ ، واقامة الدليل على ابطال التحليل للامام  
ابن تيمية ص ٤ - ٦ ، ٣٤ ، ٣٩ واعلام الموقعين : ج ٣ ص ٨٤ وما بعدها •

## الفصل الثالث

### تعريف الفقه الاسلامي وبيان خصائصه

٦٥ - الفقه في اللغة ، العلم بالشيء ، والفهم له ، كما يعني ادراك غرض المتكلم من كلامه ، ومنه قوله تعالى : « فما لهؤلاء القوم لا يكادون يفقهون حديثا » (١) . وقوله تعالى على لسان نبيه شعيب : قالوا يا شعيب ما نفقه كثيرا مما تقول ، (٢) .

٦٦ - ثم أطلق لفظ « الفقه » في الاصطلاح الشرعي على جميع الاحكام الدينية التي جاءت بها الشريعة الاسلامية سواء أكانت هذه الاحكام متعلقة بأمور العقيدة أو بالاخلاق أو بالعبادات أو بالمعاملات . وبهذا المعنى الاصطلاحي لكلمة الفقه ، جاء تعريف الامام أبي حنيفة للفقه الاسلامي بقوله : « هو معرفة النفس ما لها وما عليها » فيشمل هذا التعريف الاحكام الاعتقادية كوجوب الايمان بالله تعالى ، والاحكام الوجدانية « الاخلاقية » كوجوب الصدق ، والاحكام العملية المتعلقة بالعبادات والمعاملات كوجوب الصيام واباحة البيع (٣) .

٦٧ - ثم طرأ تغير على مفهوم « الفقه » في الاصطلاح ، فصار يطلق على « العلم بالاحكام الشرعية الثابتة لأفعال المكلفين خاصة كالوجوب والحظر - أي الحرمة - والاباحة والندب والكراهة وكون العقد صحيحا أو فاسدا

(١) سورة النساء ، آية ٧٨ .

(٢) سورة هود الآية ٩١ .

(٣) التوضيح في أصول الفقه ج ١ ص ١٠ - ١١ .

أو باطلا ، وكون العبادة قضاء أو أداء وأمثاله ،<sup>(١)</sup> • واشترطوا أن يكون العلم بهذه الاحكام عن طريق النظر والاجتهاد في الادلة الشرعية ، ولهذا قال بعض العلماء في تعريف الفقه بأنه « العلم بالاحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية بالاستدلال »<sup>(٢)</sup> ، كما أطلقوا كلمة الفقه على هذه الاحكام نفسها • وهذا التعريف هو التعريف المختار ، والمراد بالاحكام الشرعية الاحكام النسوبة الى الشريعة الاسلامية أي المأخوذة منها رأسا أو بالواسطة • والمقصود بـ « العملية » أي الاحكام الشرعية المتعلقة بما يصدر عن المكلف من عبادات ومعاملات • والمقصود بالمكلف الانسان البالغ العاقل • والادلة التفصيلية هي الادلة الجزئية التي يتعلق كل دليل منها بمسألة معينة وينص على حكم خاص بها مثل قوله تعالى : « ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة وساء سبيلا » فهذا دليل تفصيلي أي دليل جزئي يتعلق بمسألة معينة وهي الزنا ويدل على حكم خاص بها ، وهذا الحكم هو حرمة الزنا •

وبهذا المعنى الاصطلاحي الجديد لكلمة الفقه خرجت من مفهومه الاحكام الاعتقادية والاخلاقية وصار مدلوله قاصرا على الاحكام العملية أي على العبادات والمعاملات كما قلنا ، وخرج أيضا من مفهوم الفقه ، حسب التعريف المختار ، الاحكام التي لا تؤخذ بالاستدلال أي بطريق النظر في الادلة التفصيلية والبحث والاجتهاد • فعلم المقلدين بالاحكام لا يسمى فقها لانه غير مكتسب عن طريق النظر والاستدلال ، كما لا يسمى صاحبها فقيها •

والاحكام الشرعية العملية التي تثبت لأفعال المكلفين ، أي تتعلق بأفعالهم التي هي من العبادات والمعاملات ، هي :

أ - الوجوب : ومعنى هذا أن الفعل الذي يتعلق به هذا الحكم يلزم المكلف القيام به على وجه الالتزام ، ويسمى هذا الفعل بالواجب • فالواجب

(١) المستصفى للغزالي ج ١ ص ٤ - ٥ •

(٢) التلويح شرح التوضيح ج ١ ص ١٢-١٣ ، مباحث الحكم عند الاصولين للاستاذ محمد سلام مذكور ص ١٢ •

هو ما طلب الشارع من المكلف فعله على وجه الحتم والالزام كالصلاة والوفاء بالعقود •

ب - الحرمة : ومعنى هذا الحكم أن الفعل الذي تعلق به يلزم المكلف تركه على وجه الحتم والالزام ، ويسمى هذا الفعل المطلوب تركه الزاماً بالمحرم • فالمحرم ، اذن ، هو ما طلب الشارع تركه على وجه الالزام كالتزنا والسرقة •

ج - الندب : أي طلب الشارع القيام بالفعل على وجه التفضيل والترجيح لا الالزام ، ويسمى الفعل الذي تعلق به هذا الحكم بالمندوب ، فالمندوب ما طلب الشارع فعله على وجه التفضيل لا الالزام ، مثل كتابة الدين حفظاً لحقوق الدائن •

د - الكراهة : طلب الشارع ترك الفعل على وجه الترجيح لا الالزام ، ويسمى الفعل الذي تعلق به هذا الحكم بالمكروه • فالمكروه ما طلب الشارع تركه على وجه الترجيح لا الالزام ، مثل إيقاع الطلاق بلا مبرر كاف •

هـ - الإباحة : ويعني هذا الحكم تخيير المكلف بين القيام بالفعل الذي تعلق به هذا الحكم وبين تركه • والفعل المخير بين تركه والقيام به يسمى بالمباح مثل الأكل والشرب والقيام والعقود ومباشرة سائر التصرفات الشرعية •

و - الصحة : حكم شرعي يتعلق بالأفعال التي يقوم بها المكلف على الوجه الذي قرره الشريعة الإسلامية ويسمى الفعل في هذه الحالة بالصحيح • والصحيح تترتب عليه آثاره الشرعية سواء أكان من العبادات أو العقود والتصرفات •

ز - البطلان : حكم شرعي يلحق أفعال المكلفين إذا جاؤا بها على غير الوجه المشروع ، ويسمى الفعل في هذه الحالة بالباطل • والباطل لا تترتب عليه الآثار الشرعية التي تترتب على الصحيح •

٦٨ - ثم طرأ تحول في إطلاق كلمة « الفقه » ، فصار هذا الاسم في عرف الفقهاء يطلق على جميع الأحكام الشرعية العملية الثابتة لأفعال المكلفين

سواء أكانت تلك الأحكام معروفة من الدين بالضرورة ولا تحتاج الى نظر واجتهاد كوجوب الصلاة وحرمة الزنا ، أم كانت تلك الأحكام مستفادة عن طريق النظر والاجتهاد في الأدلة ، أم كانت تلك الأحكام مستفادة عن طريق التقليد للفقهاء . فلاحكام الشرعية التي تكتسب من جميع هذه الطرق أصبحت تسمى فقها والعارف بها يسمى فقيها سواء اكتسبها عن طريق النظر والاجتهاد أو عن طريق التقليد<sup>(١)</sup> .

#### ٦٩ - علاقة الفقه بالشرعية :

فلنا ان الشريعة الاسلامية تشتمل على جميع الاحكام الشرعية المتعلقة بالعقيدة أو الاخلاق أو العبادات أو المعاملات . أما الفقه فلا يعنى الا بالاحكام العملية أي أحكام العبادات والمعاملات ، وعلى هذا فالفقه لا يشتمل الا على الاحكام العملية ومن ثم فالشرعية أعم وأكثر شمولاً لأنها تشتمل على جميع الاحكام .

والفقه ، وهو معرفة الاحكام الشرعية العملية ، يعتمد على نصوص الشريعة أي على القرآن والسنة النبوية ، كما يعتمد على المصادر التي شهدت لها الشرعية بالصحة والاعتبار كمصدر الاجماع والقياس . فلولا أن الشريعة شهدت لهذه المصادر بالحجية والاعتبار لما أمكن الفقيه أن يستمد منها الاحكام الشرعية .

والشرعية الاسلامية ، وهي الاحكام المنزلة من الله تعالى على نبيه محمد (ص) في القرآن أو السنة النبوية ، تقوم على الوحي الالهي ، فهي تشريع آلهي ، لا مجال فيه لرأي الانسان ، وتحزم مخالفته . أما الفقه الاسلامي فليس كله كذلك ، وبيان هذا أن الاحكام الفقهية نوعان :

النوع الاول : ما يضعف فيه جانب الرأي والاجتهاد أو ينعدم كمعرفة الاحكام المعروفة من الدين بالضرورة والتي لا يجهلها أحد كوجوب الصلاة

---

(١) مذكرات في تاريخ الفقه للاستاذ الشيخ محمد فرج السنهوزي

وحرمة الزنا أو التي تستفاد من النص الشرعي رأسا بلا أي كلفه أو بحث أو اجتهاد لظهور هذه الأحكام من النصوص الشرعية مثل حرمة نكاح الأمهات التي ورد بها النص الشرعي : « حرمت عليكم أمهاتكم » ، وهذه الأحكام الفقهية تعتبر جزء من الشريعة الإسلامية ، أي تعتبر تشريعا إلهيا ومن ثم لا تجوز مخالفته .

النوع الثاني : من الأحكام الفقهية ، هو ما يغلب عليه جانب الرأي والاجتهاد . وهذا النوع من الأحكام لا يعتبر جزء من الشريعة الإسلامية بمعناها الاصطلاحي ، أي لا يعتبر من قبيل التشريع الإلهي الذي لا تجوز مخالفته ، بل تسوغ هذه المخالفة ما دامت مستندة إلى دليل أقوى من دليل الرأي الفقهي المتروك أو مستندة إلى اجتهاد أقرب إلى روح النصوص ، لأن المخالفة المجردة من ذلك تعتبر من قبيل اتباع الهوى ، والهوى لا يجوز أن يكون مستندا للأحكام . وهذا النوع من الأحكام أكثر من النوع الأول لكثرة الوقائع وتجديدها . ومع هذا فإن الفقه الإسلامي بمجموعه يبقى مصبوغا بالصبغة الدينية لأنه قائم على الشريعة الإسلامية ومبادئها وقواعدها وداخل في نطاقها العام ودائر في فلكها . ولهذا فإن آراء الفقهاء الاجتهادية تعتبر سائنة ومحل تقدير واحترام المسلمين .

#### ٧٠ - خصائص الفقه الإسلامي :

الفقه الإسلامي قام على أساس الشريعة الإسلامية ، ومن ثم فله صبغة دينية تدعو إلى احترامه وعدم مخالفته . والجزاء فيه دنيوي وآخروي ، كما قلنا في خصائص الشريعة الإسلامية ، لأن هذا الجزاء وصف ثابت للأحكام الشرعية . وله صفة الشمول ولكن على نحو أقل مما للشريعة ، وأكثر مما للقوانين الوضعية ، فهو ينظم المعاملات والعبادات ومن هنا كان نظاما للدين والدنيا . وجانب الأخلاق مراعى فيه تمام الرعاية . والجانب الديني غصير أصيل في جميع تنظيماته المدنية ، وعلى أساسه يكتسب الفعل من العبادات أو المعاملات وصف الحل أو الحرمة على النحو الذي ي بناء في كلامنا عن الشريعة وخصائصها .

٧١ - ويمتاز الفقه الاسلامي بمرونته وقابليته للبقاء بسبب وفائه بحاجات الناس ومصالحهم المشروعة . وهذه الخصيصة ، بالحقيقة ، دليل على صلاحية الشريعة الاسلامية للعموم والبقاء ، لان الفقه الاسلامي ، ليس الا وجهها من وجوه الفهم والتفسير والبيان لنصوص الشريعة وأحكامها ، وتطبيقا لمبادئها وقواعدها على جزئيات الوقائع والاحداث حسب الازمنة والامكنة ومصالح الناس .

ومصادر الفقه ، وهي التي صرحت بها الشريعة الاسلامية ، أو دلت عليها أو أومأت اليها ، من المرونة والسعة بحيث تمدنا بجميع الاحكام اللازمة لمواجهة مقتضيات الحياة المتجددة ، وبهذا يكون الفقه حيا ناميا متحركا وان كانت أصوله وقواعده ومبادئه ثابتة لا تتغير ولا تبدل . فالمصالح المرسله ، مثلا مصدر خصب من مصادر الفقه ، يسعنا بالاحكام المحققة للمصالح التي لم تأت الشريعة الاسلامية بنص صريح لتحصيلها ولم يقم دليل على الغائها ، مثل جمع القرآن في زمن أبي بكر لما رأى المصلحة في ذلك ، وذهاب فقهاء الصحابة الى تضمين الصناعات وقال في ذلك سيدنا علي : « لا يصلح الناس الا ذاك » ومثل رأي عمر ، وتبعه الصحابة فيه ، ان الجماعة تقتل بالواحد ، واتخاذ السجن ، وتدوينه الدواوين ، وأخذ شطرا من أموال ولاته وردها الى بيت المال اذا رأى أن ما اكتسبه كان بسبب ولايتهم ومحابة الناس لهم بسبب سلطانهم<sup>(١)</sup> . وعلى هذا النهج سار الأئمة في ايجاد الاحكام بناء على المصلحة ، فالامام مالك أجاز بيعه الفضول مع وجود الفاضل ، وتولية الحكم للفاضل مع وجود من هو أولى منه لان بطلان ولايته يؤدي الى فساد واضطراب وفوات مصالح كثيرة على الناس ، ومثلها عند المالكية ، جواز فرض الضرائب على الاغنياء اذا خلا بيت المال ووجدت حاجة الى المال<sup>(٢)</sup> .

فالمصالح المرسله أصل عظيم ومصدر خصب للفقه الاسلامي ، وعلى

(١) الطرق الحكيمة لابن القيم ص ١٦ .

(٢) استاذنا أبو زهرة ، في كتاب مالك ص ١٤٠٠-٤٠١ .

أساسه يمكن لولي الامر ( الحكومة ) أن توجد النظم الضرورية للدولة التي تحقق الخير والمصلحة للناس ، وإن لم يرد بهذه النظم نص صريح في الشريعة ما دامت لا تخالف ما نطق به الشرع ، لأن السياسة العادلة وتحقيق العدل والمصلحة يعتبر من الشريعة لا خارجا عنها<sup>(١)</sup> ومن أمثلة ذلك فرض التسعير إذا أمتع التجار عن بيع ما عندهم الا بأكثر من قيمة المثل وكان في الناس حاجة الى ما عندهم ، ومنه أيضا حمل أرباب الصناعات والحرف على العمل بأجرة المثل إذا امتنعوا عن العمل وكان في الناس حاجة لصناعاتهم وأعمالهم<sup>(٢)</sup> .

٧٢ - والعرف ، وهو ما اعتاده الناس وجروا عليه في أمورهم ، أصل فقهي تبني عليه الاحكام ويؤثر في بقائها وتطبيقها . فمقد الاستصناع أجز لجران التعامل به واعتياد الناس عليه ، وتحقيق الحاجة اليه . ودخول الحمام أجز لجران العرف بذلك واقرار العلماء له ، مع أنه اجارة مع مجهولية مدة المكث في الحمام ومقدار الماء المستهلك . ووقف المنقول يجوز اذا جرى به العرف ، وهذا هو ما ذهب اليه صاحب أبي حنيفة الامام محمد بن الحسن الشيباني . ومنه صحة الشرط الذي جرى به العرف فيصح شراء ساعة مع اشتراط تصليحها من قبل البائع لمدة معينة ، وما يعتبر قادحا في العدالة مخلا بالمرومة ينظر فيه الى العرف . وما يعتبر عيبا ويرد فيه المبيع ينظر فيه الى العرف أيضا حتى اذا تغير العرف بحيث لم يعد ما كان عيبا معتبرا من العيوب فان البيع لا يرد به<sup>(٣)</sup> . ومن ملاحظة جانب العرف جاءت القواعد الفقهية ( المروف عرفا كالمشروط شرطا ) والمروف بين التجار كالمشروط فيما بينهم . « والعادة محكمة » كما سنبينه فيما بعد .

٧٣ - والاجماع هو الآخر مصدر فقهي واسع يجعل الفقه في حالة نمو مستمر وصلاحية دائمة للبقاء ، ومنه اتفاق المجتهدين على حكم واحدة

(١) الطرق الحكمية ص ١٣ ، ١٤ .

(٢) المرجع السابق ص ٢٢٦ ، ٢٤٠ .

(٣) اعلام الموقعين ج ٣ ص ٦٦ .

لم يرد نص بشأنها كما سيأتي بيانه فيما بعد ، ولا شك أن المجتهدين يلاحظون المصلحة وعادة الناس في الواقعة التي يريدون استنباط الحكم لها والاجماع عليها •

ومن هذا كله ، نقول مطمئنين ان الفقه الاسلامي بمصادره ومقوماته واستناده الى الشريعة ، يفي كل الوفاء بجميع حاجات الناس والافراد والدولة •

## الفصل الرابع

### علاقة الشريعة الإسلامية بالشرائع السابقة

تمهيد :

٧٤ - سبقت الشريعة الإسلامية شرائع كثيرة منها المنزلة من عند الله وهذه هي الشرائع الآلهية أو السماوية ، ومنها الموضوعة من قبل البشر وهذه هي الشرائع الوضعية . ونريد أن نبين وجه العلاقة بين الشريعة الإسلامية وبين هذه الشرائع بنوعها . وقد اخترنا القانون الروماني كشرعية وضعية عند الكلام عن علاقة الشريعة بالشرائع الوضعية لان القانون الروماني هو القانون القديم الذي كان له أكبر الأثر في القوانين اللاحقة عليه ، ولان الجدل لا يزال موجودا بين المستشرقين وغيرهم عن مدى تأثير الشريعة بالقانون الروماني . ولهذا سنقسم هذا الفصل الى مبحثين : ( الاول ) عن علاقة الشريعة الإسلامية بالشرائع السماوية . و ( الثاني ) عن علاقة الشريعة بالقانون الروماني .

### المبحث الأول

#### علاقة الشريعة الإسلامية بالشرائع السماوية

٧٥ - الشرائع السماوية كثيرة ، اذ لم تخل أمة قط من رسول أرسله الله اليها يبلغها تشريعه وأحكامه ، قال تعالى : « وان من أمة الا خلا فيها نذير » (١) . وجميع هذه الشرائع الآلهية تتفق وتتشابه في أصول الدين وأمور العقيدة مثل الايمان بالله تعالى وافراده بالعبادة ، والاخلاص له بالعمل ، والايمان باليوم الآخر والاستعداد له بالعمل الصالح ، ونبذ الشرك قال تعالى : « وما أرسلنا من قبلك من رسول الا نوحي اليه أنه لا اله الا أنا

(١) سورة فاطر ، الآية ٢٤ .

فاعبدون ،<sup>(١)</sup> • وفي آية أخرى : « ولقد بعثنا في كل أمة رسولا أن اعبدوا الله واجتنبوا الطاغوت » ،<sup>(٢)</sup> • وقال تعالى : « شرع لكم من الدين ما وصى به نوحا والذي أوحينا إليك وما وصينا به إبراهيم وموسى وعيسى أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه » ،<sup>(٣)</sup> • فالشرائع السماوية واحدة في مصدرها وفي أصول العقيدة ومقاصد التشريع العامة ، ولكنها تختلف في الاحكام العملية والتفصيلات الجزئية المنظمة لعلاقات الافراد بخالقهم ، أو بعلاقاتهم فيما بينهم ، قال تعالى : « لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا » ،<sup>(٤)</sup> « ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون » ،<sup>(٥)</sup> وما الشريعة الا الفرائض والحدود والأمر والنهي ، كما روى الامام ابن جرير الطبري عن قتادة ، أي الاحكام العملية المنظمة لشؤون الافراد<sup>(٦)</sup> • وهذه الاحكام هي التي قد يرد عليها النسخ فينسخ لاحقا سابقها ، وقد يبقى الحكم نفسه بلا نسخ في الشريعة اللاحقة كالقصاص كان في شريعة التوراة وبقي في شريعة القرآن<sup>(٧)</sup> •

٧٦ - وعلى ضوء ما تقدم نستطيع أن نجعل أوجه العلاقة بين الشريعة الاسلامية وغيرها من الشرائع السماوية السابقة بما يأتي :

أولا - وحدة المصدر : فجميع الشرائع السماوية ومنها الاسلامية مصدرها واحد هو الله تعالى فهو منزلها ومشرع أحكامها ، وما وظيفة الرسل الا القيام بتبليغها الى الناس •

ثانيا - وحدة الاصول والمقاصد : جميع الشرائع السماوية متشابهة في الدعوة الى أصول العقيدة ومتشابهة في مقاصد التشريع العامة كتركيز النفس

- 
- (١) سورة الانبياء ، الآية ٢٥ •
  - (٢) سورة النحل ، الآية ٣٦ •
  - (٣) سورة الشورى ، الآية ١٣ •
  - (٤) سورة المائدة ، الآية ٤٨ •
  - (٥) سورة الجاثية ، الآية ١٨ •
  - (٦) تفسير المنار ، ج ٦ ص ٤١٤ •
  - (٧) اصول الفقه للاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ص ٣٩٢ •

بالاعمال الصالحة ، والحرص على هداية الناس الى الصراط المستقيم )

وتحقيق الخير والصلاح لهم في الدنيا ، والسعادة في الآخرة<sup>(١)</sup> .

ثالثا - الشريعة الاسلامية ناسخة لما قبلها : الشريعة الاسلامية باعتبارها

خاتمة الشرائع فهي ناسخة لما سبقها ، وهي وحدها دون غيرها واجبة الاتباع

قال تعالى : « وأنزلنا اليك الكتاب بالحق مصدقا لما بين يديه من الكتاب

ومهيئنا عليه فاحكم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق

لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا »<sup>(٢)</sup> أي أنزلنا اليك هذا القرآن الذي اكملنا

به الدين فاحكم بين أهل الشرائع السابقة - كما تحكم بين المسلمين - بما

أنزل الله اليك من الاحكام لا بما أنزله الله الى الامم السابقة من أحكام

لان الشريعة الاسلامية ناسخة لشرائعهم<sup>(٣)</sup> .

رابعا - ان الاحكام الموجودة في الشريعة الاسلامية كلها قائمة على

الوحي الالهي الى رسوله محمد (ص) وليست مأخوذة من الشرائع السابقة ،

لان الرسول (ص) لا يتبع الا ما يوحى اليه من ربه ، قال تعالى : « قل انما

أتبع ما يوحى الي من ربي »<sup>(٤)</sup> ( ان أتبع الا ما يوحى الي »<sup>(٥)</sup> ، وعلى هذا

فان التشابه بين بعض أحكام الشريعة الاسلامية وبين احكام الشرائع

السماوية السابقة يعني أن الله تعالى شرعها في الاسلام كما شرعها للامم

السابقة ، كما في فريضة الصوم فقد جاء في القرآن الكريم : « يا أيها

الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم

تقون »<sup>(٦)</sup> ، فنحن مخاطبون بأحكام الشريعة الاسلامية بنزولها علينا لا

بكونها شرعت لمن قبلنا<sup>(٧)</sup> .

(١) تفسير المنار ج ٥ ص ٣٦ ، ١٤٤ ج ٦ ص ٤١٧ .

(٢) سورة المائدة ، الآية ٤٨ .

(٣) تفسير المنار ، ج ٦ ص ٤١٢ .

(٤) سورة الانعام ، الآية ٢٠٣ .

(٥) سورة الانعام ، الآية ٥٠ .

(٦) سورة البقرة ، الآية ١٨٣ .

(٧) تفسير المنار ج ٦ ص ٤١٦-٤١٧ .

خامسا - ان أحكام الشرائع السابقة التي أشار اليها القرآن أو السنة دون انكار أو اقرار ولم يقم دليل على نسخها في حقنا لا تعتبر تشريعا لنا ولا جزء من الشريعة الاسلامية ، وهذا على رأي جمهور الفقهاء ، وذهب البعض الى أنها تعتبر جزء من شريعتنا . والرأي الاول هو الراجح لان الآيات القرآنية تشير الى أن الواجب هو اتباع ما أنزله الله على رسوله محمد (ص) ، كما بينت هذه الآيات بأن لكل رسول تشريعا خاصا يبلغه الى الناس « لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا » ثم جعلناك على شريعة من الامر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون ، وسيأتي زيادة بسط وايضاح لهذه المسألة عند الكلام عن شرع من قبلنا وهل يعتبر من مصادر الفقه الاسلامي أم لا .

## لِبَحْثِ الثَّانِي

### علاقة الشريعة الاسلامية بالقانون الروماني

تمهيد :

٧ - ظهر الاسلام في بلاد العرب ، ومنها انطلق العرب ، بعد اسلامهم ، الى البلاد المجاورة والبعيدة فتم لهم فتحها والسيطرة عليها بمدة وجيزة . ومن هذه البلاد المفتوحة الاقاليم التي كانت خاضعة للدولة الرومانية الشرقية كالشام ومصر وغيرها . وقد ترتب على هذا الفتح أن حلت الشريعة الاسلامية محل القانون الروماني الذي كان مطبقا في تلك الاقاليم . ومن أجل هذا أثبتت مسألة علاقة الشريعة الاسلامية بالقانون الروماني . فذهب معظم المستشرقين الى القول بتأثر الشريعة بالقانون الروماني على اختلاف فيما بينهم في مدى هذا التأثير . فذهب فريق منهم الى أن الشريعة مستمدة من القانون الروماني ، فهو ، عندهم مصدرها ، وعلى أساس قواعده أقام فقهاء الشريعة الاسلامية كيانها القانوني ، ومن هذا الفريق المستشرق جولد زيهر Goldziher وفون كريم Von Kremer وشيلدون آموس Scheldon Amos . ومن أقوال هذا الاخير : « ان

الشرع المحمدي ليس الا القانون الروماني للامبراطورية الشرقية معدلا وفق الاحوال السياسية في الممتلكات العربية ، • وقوله : « القانون المحمدي ليس سوى قانون جستنيان في لباس عربي » ،<sup>(١)</sup> • وقال فريق اخر من القائلين بنظرية التأثير ان الشريعة الاسلامية تأثرت بالقانون الروماني في بعض أحكامها • ولكن بعد ظهور نظرية تأثير الشريعة الاسلامية بالقانون الروماني بعمدة وجيزة ظهر رأي يذهب الى عكس هذه النظرية وينفي تأثير الشريعة بالقانون الروماني • ومن اصحاب هذا الرأي بعض المستشرقين مثل المستشرق الايطالي نالينو Nallion والاستاذ فيتز جيرالد Fitzgerald وحمل لواء هذا الرأي بعض أعلام القانون والفقه في مصر مثل الاستاذ على البدوي ، والدكتور عبدالرزاق السنهوري ، والدكتور شفيق شحاته ، والدكتور محمد يوسف موسى ، والاستاذ محمد سلام مذكور • وآخرها فان هناك رأيا ثالثا في هذه المسألة يذهب الى تأثير القانون الروماني بالشريعة الاسلامية ، وستعرض الى هذا الرأي الثالث في خاتمة هذا البحث • وأذكر فيما يلي أدلة القائلين بتأثير الشريعة الاسلامية بالقانون الروماني ثم آيين ما يرد عليها من نقد أو اعتراض أو تضعيف • وبهذه المناقشة سيظهر وجه الحق في هذه المسألة •

#### أدلة القائلين بتأثير الشريعة الاسلامية بالقانون الروماني

٧٨ - استدل القائلون بتأثير الشريعة الاسلامية بالقانون الروماني بجملة أدلة<sup>(٢)</sup> ، نذكرها فيما يلي ثم تتبعها بالمناقشة :

أولا - قالوا ان النبي محمد (ص) كان على معرفة واسعة بالقانون الروماني البيزنطي المطبق في الامبراطورية الرومانية الشرقية ، وعن طريق هذه المعرفة تسربت قواعد هذا القانون الى الشريعة الاسلامية •

---

(١) الدكتور صوفي حسن ابو طالب ، بين الشريعة الاسلامية والقانون الروماني ص ٦ ، والدكتور صبحي محمصاني ، فلسفة التشريع في الاسلام ، ص ١٨٨ •

(٢) الاستاذ أحمد أمين ، فجر الاسلام ج ١ ص ٣٠٣ ، الدكتور صوفي حسن ابو طالب ، المرجع السابق ، ص ١٠ وما بعدها •

ثانيا - وقالوا كانت مدارس للقانون الروماني في قيصريّة وبيروت والقسطنطينية والاسكندرية وكذلك وجدت محاكم في أقاليم الدولة الرومانية تسير في نظامها حسب القانون الروماني وتطبق أحكامه ، وقد بقيت هذه المحاكم وتلك المدارس بعد الفتح الاسلامي ، مما أدى الى وقوف الفقهاء المسلمين على أحكام هذه المحاكم وتعريفهم على آراء فقهاء تلك المدارس فنقلوا هذه الآراء والاحكام الى أحكام الفقه الاسلامي . وزعموا أن أكثر الفقهاء المسلمين تأثروا بما ذكرنا الامام الازاعي والامام الشافعي .

ثالثا - وقالوا ان فقهاء الشريعة انتشروا في بلاد الامبراطورية الرومانية بعد فتحها ، وقد مكنهم هذا الانتشار من مخالطة العارفين بالقانون الروماني والاطلاع على أحكامه ، وحيث أن أهل البلاد المفتوحة قد تعودوا على هذا القانون وألفوه ، فان فقهاء الشريعة احتضنوا قواعده التي لم تعرفها الشريعة وطبقوها على العلاقات القانونية التي كانت سائدة في تلك البلاد رعاية لما ألفه الناس .

رابعا - وقالوا ان القانون الروماني أثر بصورة غير مباشرة في الشريعة الاسلامية عن طريق القانون الجاهلي وكتاب التلمود اليهودي ، وهو كتاب فقه الشريعة اليهودية ، ويان ذلك أن القانون الجاهلي تأثر بالقانون الروماني فتسربت اليه بعض قواعد هذا الاخير كما تسربت الى التلمود ، وحيث أن الشريعة الاسلامية أقرت بعض نظم عرب الجاهلية فقد تسربت بعض قواعد القانون الروماني بهذا الطريق الى أحكام الشريعة الاسلامية ، وكذلك أخذ فقهاء الشريعة بعض ما في التلمود من أحكام مما أدى الى تسرب بعض أحكام القانون الروماني الموجودة في التلمود الى الشريعة الاسلامية .

خامسا - وقالوا ، ومن الادلة الظاهرة على تأثر الشريعة الاسلامية بالقانون الروماني ، ما نلاحظه من تشابه في النظم القانونية والاحكام والقواعد الموجودة في الشريعة وفي القانون الروماني . وهذا يعني أن الشريعة اللاحقة - أي الشريعة الاسلامية - هي التي اقتبست هذه النظم والاحكام من

الشريعة السابقة - أي القانون الروماني - لان اللاحق هو الذي يقتبس من السابق وليس العكس •

نقد هذه الادلة ومناقشتها

٧٩ - مناقشة الدليل الاول ونقضه :

زعمهم أن النبي (ص) كان على علم بالقانون الروماني زعم باطل ودليل هالك لا اثاره عليه من علم ولا تحقيق • فمن المعروف ان النبي (ص) ولد في بيت عربي أصيل وفي مكة وهي بلد عربي خالص لا أثر فيه للتقاليد الرومانية ولا للقانون الروماني ، ولا يوجد فيها من يعرفه • والنبي (ص) لم يغادر مكة الى خارج الجزيرة العربية الا مرتين قبل البعثة ، الاولى وهو ابن اثني عشرة سنة وقيل ابن تسع سنين ، خرج به عمه أبو طالب الى الشام في تجارة فبلغ به بصرى • والثانية خروجه الى الشام في تجارة لخديجة وكان معه غلامها ميسرة وكانت سنة آنذاك خمسا وعشرين سنة • وقد وصل النبي (ص) في هذه الرحلة الى بصرى وما لبث فيها الا قليلا حتى رجع الى مكة<sup>(١)</sup> • ولم يرافقه في هاتين الزحلتين الا عرب خلص لا معرفة لهم بالقانون الروماني كما لم يخالطه في بصرى أحد من علماء القانون الروماني أو العارفين به ، ولم يكن هناك أي سبب يدعو حكام الدولة الرومانية أو أحد فقهاءها لتعليم النبي محمد (ص) قبل البعثة قواعد القانون الروماني في مدة مكثه في بصرى ، ولم تجبر العادة بوقوع مثل هذا التعليم مع التجار العرب القادمين الى الشام في رحلاتهم المتعددة • وأيضا فان النبي (ص) لا يتصور منه الاطلاع على القانون الروماني مكتوبا ، لانه كان لا يعرف القراءة والكتابة ، قال تعالى : « وما كنت تلو من قبله من كتاب ولا تخطه بيمينك اذن لارتاب المبطلون »<sup>(٢)</sup> والشريعة الاسلامية بعد هذا وذاك وحي من عند الله فمن المستحيل أن يختلط بهذا الوحي شيء من القانون الروماني أو غيره لا سهوا ولا تعمدًا من الرسول لان الله قد تولى حفظها • قال تعالى : « انا نحن نزلنا الذكر

(١) المقرئزي ، أمتاع الاسماع ، ج ١ ص ٨-٩ •

(٢) سورة العنكبوت ، الآية ٤٨ •

وانا له لحافظون ،<sup>(١)</sup> . وقال تعالى عن نبيه : « ولو تقول علينا بعض الاقاويل  
لاخذنا منه باليمين ثم لقطعنا منه الوتين »<sup>(٢)</sup> .

٨٠ - ثانيا - مناقشة الدليل الثاني ونقضه :

احتجاجهم بمدارس القانون الروماني والمحاكم ، الى آخر ما فالوه في  
دليلهم الثاني ، احتجاج هزيل لا أساس له من الصحة ، ووقائع التاريخ  
تدحضه . فمن الثابت تاريخياً أن الامبراطور الروماني جستنيان قرر بموجب  
دستور أصدره في ١٦ ديسمبر سنة ٥٢٩م إلغاء جميع مدارس القانون  
الروماني في الامبراطورية الرامانية عدا مدرسة روما والقسطنطينية  
وبيروت<sup>(٣)</sup> . ولم يكن لواحدة من هذه المدارس تأثير في الفقه الاسلامي  
ولا في الفقهاء المسلمين . فادعاء البعض بتأثير الفقهاء المسلمين بمدرسة  
الاسكندرية ادعاء باطل قطعاً لخلق هذه المدرسة بموجب دستور جستنيان  
السالف الذكر قبل فتح المسلمين لها الذي تم في سنة ٦٤١م . أما مدرسة  
روما ومدرسة القسطنطينية فلم يكن لهما أيضاً أي تأثير لان روما لم يفتحها  
المسلمون ، والقسطنطينية لم يفتحوها الا في سنة ١٤٩٣م ، وقبل فتحها ما  
كانت العلاقات ودية بينها وبين الدولة الاسلامية حتى تسمح لفقهاء الشريعة  
الاسلامية بالوصول اليها والاطلاع على ما يدرس فيها حتى يحصل التأثير  
بها . وأما مدرسة بيروت فمن الثابت تاريخياً انها اندثرت قبل الفتح  
الاسلامي بما يزيد على ثلاثة أرباع القرن<sup>(٤)</sup> ، فلا يتصور تأثير مدرسة مندثرة  
لا وجود لها في الفقه الاسلامي . وعلى أساس هذه الواقعة التاريخية المادية  
يتبين بطلان ادعائهم بتأثير الفقيه الاسلامي الامام الاوزاعي والامام الشافعي  
بمدرسة بيروت وآراء فقهاءها . ونضيف هنا أن الامام الاوزاعي ، كما يدل  
عليه فقهه المنقول عنه في كتاب الام للشافعي وغيره ، ان هذا الفقيه يعتبر من  
فقهاء مدرسة أهل الحديث لا من مدرسة أهل الرأي ، وفقهاء مدرسة الحديث

(١) سورة الحجر ، الآية ٩ .

(٢) سورة الحاقة ، الآية ٤٤ - ٤٥ .

(٣) الدكتور صوفي حسن أبو طالب ، المرجع السابق ، ص ٤٨ .

(٤) الدكتور صوفي ، المرجع السابق ، ص ٥٢ .

أبعد الناس تأثراً بالقانون الروماني على فرض علمهم به • والامام الشافعي ولد في غزة ثم نقله أهله وهو رضيع أو بعد فطامه الى مكة حيث نشأ هناك وأخذ شيئاً من الفقه عن علمائها ، ثم ارتحل الى المدينة وصحب الامام مالك بن اس وتفقّه عليه ، ثم ارتحل الى اليمن واطلع على فقه هذا البلد ، ثم ذهب الى العراق والتقى بالامام محمد بن الحسن الشيباني صاحب أبي حنيفة وسمع منه فقه الحنفية ثم استقر في مصر قبل وفاته باربعة أو خمس سنوات<sup>(١)</sup> • ومن هذا نعلم أن الشافعي تفقه ونضج فقهه في مدن بعيدة عن مراكز القانون الروماني فلا يتصور تأثره به أو اطلاعه عليه •

أما ادعاء بقاء المحاكم الرومانية بعد الفتح الاسلامي فغير صحيح لان سلطة القضاء في الدولة الاسلامية بيد المحاكم الوطنية « الاسلامية » لا الاجنبية •

٨١ - ثالثاً : مناقشة دليلهم الثالث ونقضه :

وهذا الدليل كما بينا ، يتضمن شيئين : ( الاول ) ان فقهاء الشريعة بالتشارع في الاقاليم الرومانية المفتوحة تمكنوا من الاطلاع على القانون الروماني • و ( الثاني ) انهم طبقوا قواعد القانون الروماني التي لم تعرفها الشريعة على العلاقات السائدة آنذاك رعاية لما ألفه أهل تلك البلاد من تطبيق هذا القانون •

وهذا الدليل بشقيه دليل ميت لا يقوى على النهوض لاسناد ما زعموه ، فقد بينا عند مناقشتنا للدليل الثاني عدم تأثر فقهاء الشريعة الاسلامية بمدارس القانون الروماني المزعومة ، ونضيف هنا أن اتشارعهم في البلاد الرومانية المفتوحة لم يمكنهم من التعرف على القانون الروماني ، فمن الثابت أن فقهاء الشريعة لم يطلعوا على هذا القانون ولو انهم عرفوا منه شيئاً لشاروا اليه في كتبهم الفقهية مؤيدين أو منكرين كما فعلوا فيما أخذوه من علوم الفلسفة والادب والطب عن غيرهم من اليونان والفرس<sup>(٢)</sup> ، كما أنه لم تترجم

(١) سنذكر شيئاً عن حياة الشافعي وفقهه فيما بعد •

(٢) الموجز في تاريخ القانون للاستاذ عبدالرحمن اليزاز ص ٢٧١ ، وفلسفة التشريع في الاسلام للدكتور صبحي محمصاني ص ١٩٥ •

نصوص القانون الروماني ولا شروحه الى اللغة العربية لا من قبل فقهاء  
الشريعة ولا من غيرهم ، ولو انه حصل شيء من ذلك لعرف ذلك عنهم  
ولحفظ لنا التاريخ كتابا واحدا أو رسالة واحدة نقلوها الى العربية من  
قانون الرومان كما بقي لنا الكثير مما نقلوه من تراث الفرس الادبي والعلمي  
بجانب ما نقلوه من تراث اليونان<sup>(١)</sup> . والسبب في هذا الموقف السلبي من  
فقهاء الشريعة ازاء القانون الروماني واعراضهم عنه وعدم الاهتمام به ، هو  
اعتقادهم بحق ان الشريعة الاسلامية هي التشريع الكامل والقانون العادل  
الذي يحقق الخير والمصلحة والمعادلة للناس ، لانه قائم على أساس الوحي  
الالهي ، ولهذا لم يشعروا بحاجة الى دراسة القانون الروماني ، بل ولم  
يروا داعيا الى مجرد الاطلاع عليه .

والثقل الثاني من دليلهم باطل أيضا ، لان الفقهاء المسلمين لم يعرفوا  
القانون الروماني كما قلنا ، ولو عرفوه لما طبقوه ، لان الشريعة الاسلامية  
هي القانون الواجب التطبيق في دار الاسلام بالنسبة لجميع العلاقات القانونية  
بين جميع المواطنين والمقيمين في دار الاسلام<sup>(٢)</sup> ، فلا يسع القاضي المسلم أن  
يحكم بغير الشريعة الاسلامية ، وكذلك لا يسع الفقيه المسلم أن يقتي بغير  
أحكام هذه الشريعة . وعلى هذا دل القرآن في آياته الكثيرة ، منها : ومن  
لم يحكم بما أنزل الله فاولئك هم الكافرون ،<sup>(٣)</sup> « وأنزلنا اليك الكتاب  
بالحق مصدقا لما بين يديه من الكتاب ومهيئنا عليه فأحكم بينهم بما أنزل  
لله » .<sup>(٤)</sup> « وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم »<sup>(٥)</sup> . وهذه  
الآيات وغيرها تفيد وجوب الحكم بما أنزل الله أي بالشريعة الاسلامية دون  
غيرها ، وبهذا قال المفسرون<sup>(٦)</sup> ، وعليه اجماع الفقهاء من مختلف المذاهب

(١) الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف موسى ص ٨٧ .

(٢) كتابنا احكام النعمين والمستأمنين في دار الاسلام ص ٥٩٢-٥٩٤ .

(٣) سورة المائدة ، الآية ٤٤ .

(٤) سورة المائدة ، الآية ٤٨ .

(٥) سورة المائدة ، الآية ٤٩ .

(٦) تفسير الطبري ج ٦ ص ٢٦٨ ، تفسير الرازي ج ١٢ ص ١١ .

تفسير ابن كثير ج ٢ ص ٦١ ، ٦٦ ، تفسير المنار ج ٦ ص ٤٣٩-٤٠٧ ، ٤٢٠ .

تفسير القرطبي ج ٦ ص ٢٨٦ .

إسلامية<sup>(١)</sup> ، فلا يتصور الحكم بالقانون الروماني في ديار الإسلام من قبل الفقهاء المسلمين أو قضاتهم • وإذا فرض أن هناك بعض العلاقات القانونية والوقائع الجديدة التي صادفت الفقهاء في تلك البلاد وليس لها حكم صريح في نصوص الكتاب والسنة ، فإن الفقهاء يتلمسون الأحكام الشرعية لها من مصادر الفقه التي أرشدت إليها الشريعة كالإجماع والقياس ، وليس من هذه المصادر الإحالة إلى قانون اجنبي كالقانون الروماني •

ومع ظهور بطلان هذا الدليل وفساده ، فإن من الممكن القول بأن فقهاء الشريعة وجدوا في الأقاليم الرومانية المفتوحة عادات وأعرافا ألفها أهل تلك البلاد ، فعرضها الفقهاء على أصول الشريعة وأحكامها وأقروا منها ما كان صحيحا لا يخالف الشريعة كما فعلوا في عادات أهل البلاد الأخرى التي لم تكن خاضعة للحكم الروماني كالعراق وفارس • ورعاية فقهاء الشريعة لهذه العادات والأعراف الصحيحة وإقرارهم لها لا يرجع سببه إلى أن القانون الروماني اعتبرها واعتد بها ورعاها فهم يتابعونه في هذا المسلك ، وإنما يرجع السبب إلى أن الشريعة الإسلامية تأمر برعاية العرف الصحيح والعادة الصحيحة<sup>(٢)</sup> كما فعلت بالنسبة لعادات العرب في الجاهلية حيث أقرت منها الصالح الذي لا يخالف أحكامها وأبطلت الفاسد الذي لا يتفق وهذه الأحكام ، لأن في حمل الناس على غير ما ألفوه وتعودوا عليه من العادات الحسنة حرجا شديدا وعتنا كبيرا ، ومن أصول الشريعة التخفيف

---

(١) في فقه الظاهرية المحلى ج ٩ ص ٣٦٢ ، ٤٢ ، وفي فقه الزيدية شرح الأزهاري ج ٢ ص ٢٦٨ والبحر الزخار ج ٥ ص ٣٦٦ ، وفي فقه الجعفرية جواهر الكلام ، المجلد المطبوع سنة ١٢٨٧ هـ ، وسفينة النجاة ج ٢ ص ٣٨٧ ، وفي فقه الحنابلة المغني ج ٨ ص ٥٣٥ ، ومنتهى الإرادات ج ١ ص ٧٤٣ ، وكشاف القناع ج ١ ص ٧٣١-٧٣٢ ، وفي فقه الشافعية الام ج ٤ ص ١٢٩ - ١٣١ و ج ٥ ص ٢٥ و ج ٧ ص ٨٥ والمهذب ج ٢ ص ٢٧٣ ، وفي فقه المالكية المدونة الكبرى ج ٤ ص ١٦٢ و ج ٨ ص ٩٧ وشرح الخرشي ج ٣ ص ٢٣٠ ، وفي فقه الحنفية إرشاد الأمة إلى أحكام الحكم بين أهل الذمة للشيخ محمد بخيت المطيعي ص ٢١ ، والجصاص ج ٢ ص ٤٣٦ ، والكاساني ج ٧ ص ٣٤١ ، والهداية ج ٨ ص ٤٨٨ •

(٢) كتابنا الوجيز في أصول الفقه ص ٢٤٠ - ٢٤٤ •

والتيسير على الناس ورفع الحرج عنهم ، قال تعالى : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر »<sup>(١)</sup> « يريد الله أن يخفف عنكم »<sup>(٢)</sup> ، « ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج »<sup>(٣)</sup> .

#### ٨٢ - مناقشة دليهم الرابع ونقضه

في هذا الدليل يزعمون أن بعض نظم القانون الروماني تسربت الى عادات العرب في الجاهلية نظرا الى صلتهم بسكان الدولة الرومانية ، كما تسربت هذه النظم الى ( التلمود ) كتاب فقه الشريعة اليهودية ، وحيث ان الاسلام أقر بعض نظم الجاهلية ، وأن الفقهاء المسلمين اقتبسوا بعض أحكام التلمود ، فان معنى ذلك ان بعض نظم القانون الروماني تسربت الى الشريعة الاسلامية وفقهها وصارت جزء من الاثنين . ان هذا الاستنتاج وما بني عليه من مقدمات غير صحيح ، فليس هناك - كما يقول المستشرق الايطالي نالينو Nallino - أي دليل على تسرب التشريعات الرومانية الى الشريعة الاسلامية بواسطة العرب في الجاهلية<sup>(٤)</sup> . والواقع أن العرب في الجاهلية كانوا على صلة بجيرانهم من سكان الدولة الرومانية ولكن كانت هذه الصلة ضعيفة جدا ومحدودة ، فقد كانت الحكومة الرومانية تعين للتجار العرب الذين يفدون الى الشام أسواقا معينة لا يجوز لهم تجاوزها مثل العقبة وغزة وبصرى ، ولذلك كان اتصالهم بشعوب الدولة الرومانية ضئيلا ، فضلا عن تفشي الامية في العرب وجهلهم باللغات الاجنبية ، ولهذا كله لم يظهر لاتصال العرب بشعوب الامبراطورية الرومانية أي أثر من الناحية القانونية<sup>(٥)</sup> . أما التشبث بالتلمود فلا يفيدهم وليس فيه دليل على رأيهم من وجوه كثيرة ، منها : ( أ ) أن القانون الروماني البيزنطي ، بعد القرن الثالث الميلادي ، هو

(١) سورة البقرة ، الآية ١٨٥ .

(٢) سورة النساء ، الآية ٤ .

(٣) سورة المائدة ، الآية ٥ .

(٤) من محاضرة له بعنوان : في علاقات الفقه الاسلامي بالقانون الروماني ، المنشور في مجلة المسلمون المجلد الخامس ، ص ٥٧٤ وما بعدها .

(٥) الدكتور صوفي ، المرجع السابق ، ص ٢٥ - ٢٦ .

الشريعة الاسلامية (م-٦)

الذي تأثر بالقانون اليهودي وليس العكس ، يدل على ذلك أن الشراح في هذا العصر يعددون الاصل اليهودي لبعض النظم القانونية الرومانية ، ومعنى ذلك أن نظم القانون الروماني لم تنتقل الى الشريعة الاسلامية عن طريق القانون اليهودي . ( ب ) . ان الاحكام الواردة في الشرائع السماوية السابقة لا تكون جزء من الشريعة الاسلامية ، على الرأي الراجح ، الا اذا قام الدليل من الشرع الاسلامي على تشريعها بحق المسلمين . ( ج ) توجد احكام كثيرة في التلمود مخالفة لما هو مقرر في الفقه الاسلامي ، من ذلك الزواج فهو عقد شكلي عند اليهود لا ينعقد الا اذا توافرت فيه اشكال معينة مثل نطق العاقدین بعبارة خاصة باللغة العبرية ، وكتابة العقد ، وتقديسه عن طريق اقامة صلاة دينية خاصة يحضرها عدد معين من الرجال ، ولا يجوز عقده في أيام الاعياد اليهودية ولا في أيام السبت ، بينما ينعقد عقد الزواج في الفقه الاسلامي بالتراضي وبحضور شاهدين ولا يشترط لعقده اشكال خاصة . والقانون اليهودي يبيح تعدد الزوجات بلاحد ، بينما الشرع الاسلامي يبيح الى حد أربع زوجات ، والمرأة المترجعة في القانون اليهودي ، لا تملك التصرف في أموالها اذ ليس لها أهلية التعاقد ، وجميع ما تملك لزوجها يتصرف به كيف يشاء والشريعة الاسلامية تخالف القانون اليهودي في هذه المسألة ، فهي تعترف للمرأة المتزوجة بكامل أهليتها وقدرتها على التصرف بأموالها دون حاجة الى اذن من زوجها . والطلاق يقع في الشريعة الاسلامية دون اشتراط لشكل معين ، بينما في القانون اليهودي لابد لوقوعه من اشكال معينة مثل كتابته باللغة العبرية وأن لا يقع في أيام السبت والاعباد . والوصبة لاجنبي جائزة في الشريعة الاسلامية مع وجود الوارث بحدود الثلث ، بينما لا تجوز الوصبة في القانون اليهودي الا عند عدم وجود ابن ذكر . والتركة تنقل الى الورثة بما لها وعليها من حقوق اذا قبل الميراث ، بينما الحكم في الشريعة الاسلامية ان التركة تنتقل الى الوارث غير مقالة بالديون ، بمعنى أن الوارث لا يلزم بدفع ديون الميت وانما توفي من تركه أولا فان بقي منها شيء استحقه الوارث ، وان لم تف

التركة بسداد الديون فلا يلزم الوارث بشيء • والرضاع يعتبر من موانع الزواج في الشريعة الاسلامية ، بينما لا يعتبر كذلك في القانون اليهودي • وعقوبات التعزير موجودة في الفقه الاسلامي ولا وجود لها في القانون اليهودي • ومن هذا العرض يتبين لنا أن القانون اليهودي يختلف عن الشريعة الاسلامية اختلافات جوهرية ، أما أوجه الشبه بينهما فتحصر في بعض الاحكام الجزئية التي تبدو قليلة الاهمية اذا قورنت بالاختلافات • ومن هذا كله يظهر بطلان ادعائهم بتأثير القانون اليهودي في الفقه الاسلامي وبالتالي تأثر الاخير بالقانون الروماني<sup>(١)</sup> •

#### ٨٣ - مناقشة الدليل الخامس ونقضه :

واستدلّاهم بتشابه بعض النظم القانونية الموجودة في الشريعة الاسلامية والقانون الروماني على تأثيره في الشريعة ، استدلال ضعيف ، من وجوه كثيرة<sup>(٢)</sup> فهو ، إذاً ، دليل سلقط مردود • ومن أدلة نقضه ورده :

أولاً - ان بعض هذه القواعد المتشابهة كقاعدة عبء الابتناء على المدعي ، والتي جاء مثلها في الشريعة « البينة على من ادعى واليمين على من أنكر » وقاعدة تحريم أخذ مال الغير بغير حق ، تعتبر من القواعد الشائعة في جميع الشرائع التي يهتدي اليها العقل السليم وتقضي بها العدالة ، واغفالها في أي تشريع يدل على قصوره وعدم عدالته • ومن ثم لا يدل هذا التشابه في هذا النطاق على أن الشريعة اللاحقة أخذت من السابقة •

ثانياً - التشابه الموجود في بعض النظم القانونية بين شريعتين لا يدل

---

(١) الدكتور صبحي محمصاني ، فلسفة التشريع في الاسلام ، ص ١٩٥ - ١٩٦ ، الدكتور صوفي ، المرجع السابق ، ص ٦٣ وما بعدها •

(٢) الدكتور علي البدوي ، أبحاث في تاريخ الشرائع ، المنشور في مجلة القانون والاقتصاد المصرية السنة الاولى ص ٧٣٤ وما بعدها ، مذكرات في تاريخ القانون للاستاذ عبده حسن الزيات ص ١٤٠ وما بعدها ، الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف موسى ص ٨٧ وما بعدها ، الدكتور صوفي ، المرجع السابق ، ص ١٠٠ وما بعدها • الاستاذ عبدالرحمن البزاز ، المرجع السابق ، ص ٢٦٧ وما بعدها • والدكتور صبحي محمصاني ، المرجع السابق ص ١٨٩ - ١٩٤ •

حتما على أن احدهما أخذت هذه النظم من الاخرى ، اذ قد يكون ناشئا من تشابه الظروف الاجتماعية التي مرت بها كل من الشريعتين . كما ان القول السليمة تشابه في كثير من أنواع التفكير ، وهذا أمر طبيعي في الامم جميعا فلا يصح لمجرد هذا التشابه القول بان هذه الشريعة نقلت عن الاخرى وليس العكس . واذا كان لابد من القول بالاخذ والاقتباس في هذه الحالة فالصحيح أن يقال ان القانون الروماني أخذ من فقه الشريعة الاسلامية تطبيقا لمبدأ اجتماعي صحيح وهو أن الامة المخلوبة هي التي تقتبس من تشريعات الامة الغالبة وليس العكس<sup>(١)</sup> .

ثالثا - بالرغم من هذا التشابه الظاهري في بعض النظم القانونية ، فهناك اختلافات كثيرة ومهمة بين الشريعة الاسلامية والقانون الروماني ندل بوضوح على استقلال كل منهما عن الآخر واختلافهما في مصادر الاحكام . ففي القانون الروماني نظم لا وجود لها في الشريعة الاسلامية مثل :

( أ ) نظام السلطة الابوية ، وهذه السلطة يملكها رب الاسرة على أولاده وأولاد أولاده من الذكور ، وعلى الاولاد بالتبني وعلى الاولاد غير الشرعيين الممنوحين البتوة الشرعية . وهذا السلطة مطلقة تقع على شخص الخاضع لها وتمتد الى كل ما يكسبه من مال . وهي دائمة تبقى ما دام رب الاسرة حيا متمتعا بالشخصية القانونية ومهما كانت سن الولد . وبالرغم من تهذيب هذه السلطة وتخفيف شدتها ، فقد بقيت لها آثار قاسية منها ابقاء حق رب الاسرة في بيع أولاده في حالة الضرورة القصوى ، وبقاء رب الاسرة هو المالك لاموال الاسرة والمتصرف فيها وان منع من حرمان وورثته دون وجه حق<sup>(٢)</sup> .

( ب ) الزواج مع السيادة : وهذا النوع من الزواج يتم بطريق الزواج الديني ، أو بطريق الشراء ، أو بطريق معاشرة الزوج لزوجته ، التي لم يتزوجها باحدى الطريقتين السابقتين ، مدة سنة تكسبه السيادة عليها .

(١) مقدمة ابن خلدون ص ١٤٧ .

(٢) مبادئ القانون الروماني ، للدكتور عبد المنعم البدر اوي والدكتور محمد عبد المنعم بدر ص ٢١١ ، ٢٢١ - ٢٢٣ .

ومن آثار هذا الزواج أن الزوجة تنتقل من عائلتها الأصلية الى عائلة زوجها وتعتبر بحكم الميتة بالنسبة لعائلتها الأصلية وتسقط جميع الحقوق المترتبة على صلتها بعائلتها من ارث ووصاية وقوامة ، وتصبح في عائلة زوجها كأنها بنت له وأخت لاولادها منه وترث زوجها بناء على هذا الاعتبار . وتخضع لسيادة زوجها ، وتشبه هذه السيادة السلطة الأبوية ، فللزوجة معها ، ويتملك ويكتسب عنها الحقوق ، ويأخذ الزوج ما يكون عندها من مال عند الزواج<sup>(١)</sup> (ج) التبني : وهو نظام قانوني يقصد به ايجاد السلطة الأبوية عن طريق ايجاد علاقة نسبية مصطنعة بين المتبني والمتبني ، وهو ينتج نفس آثار البنوة النسبية الصحيحة بالنسبة للمتبني كما له آثار بالنسبة لشخص المتبني وأمواله ، فيدخل المتبني في عائلة من تبناه ويخضع لسلطته وتؤول اليه أمواله<sup>(٢)</sup> .

#### ( د ) والقانون الروماني حرم الهبات بين الزوجين .

رابعا - توجد في الشريعة الاسلامية نظم قانونية لا مثل لها في القانون الروماني مثل نظام الوقة والخيري ونظام الشفعة ، واعتبار الرضاع مانعا من الزواج ، ونظام الحسبة وهي وظيفة اجتماعية تقابل نظام النيابة العمومية ووظائف البلدية في الوقات الحاضر ، ونظام التعزير في العقوبات ، وحالة الدين ، فهي جائزة في الشريعة الاسلامية ، وغير جائزة في القانون الروماني . كنا توجد نظم قانونية مشتركة ولكنها تختلف في قواعدها ، كنظام الزواج ، فهو فردي في القانون الروماني ، ومتعدد في الشريعة الاسلامية الى حد أربع زوجات . ونظام الطلاق حق لكل من الزوجين في القانون الروماني ، وهو في الشريعة الاسلامية حق للزوج وحده دون الزوجة الا اذا اشترطته لنفسها في عقد الزواج ، كما يجوز لها طلب التفريق في حالات معينة كاضرار الزوج بها . ونظام الميراث وفيه اختلافات جوهرية ، فالفروع مقدمون على الاصول في القانون الروماني ولا يرثون مع الفروع ، وعند عدم وجود الفرع ينتقل الارث الى الاصول ويشاركهم فيه الاخوة الاشقاء

(١) الدكتور البدر اوي ، المرجع السابق ، ص ٢٣٢ - ٢٣٥ .

(٢) الدكتور البدر اوي ، المرجع السابق ، ص ٢١١ - ٢١٥ .

ويكون للذكر مثل نصيب الانثى . أما في الشريعة الاسلامية فان الاصل يرث مع الفرع ، ونصيب الذكر مثل حظ الانثيين كعساعفة عامة . وفي انتقال التركة الى الورثة ، تنتقل حقوق والتزامات المورث الى الورثة ويلزمون بدفع ديون مورثهم ، اذا قبلوا التركة ، ولو كان هذا الدفع من أموالهم الخاصة . أما في الشريعة الاسلامية فان المبدأ هو « لا تركة الا بعد سداد الدين » أي أن ديون الميت تسده من تركته أولا وما بقي من التركة يؤول الى الورثة ، واذا لم تف التركة بسداد ديون الميت فان الورثة لا يلتزمون بادائها . والمهر من أحكام عقد الزواج ، ولكنه عند الرومان تدفعه الزوجة أو أحد ذويها الى الزوج بينما في الشريعة الاسلامية يدفعه الزوج الى الزوجة .

خامسا - القانون الروماني في نظمه المختلفة قائم على اجراءات رسمية وأوضاع شكلية ، وبالرغم من تطوره فانه لم يصل الى الغاء هذه الشكليات كمبدأ عام تقوم عليه سائر النظم القانونية فيه ، فالملكية لا تنتقل بين الطرفين بمجرد الاتفاق دون اتباع اجراءات شكلية ، والتزام الطرفين بموجب عقد لا يتم الا اذا أفرغ في أشكال رسمية . وبقيت هذه القواعد الشكلية الى عهد جستنيان ، بل ولم يقرر اعتبار التزام المتعاقدين بمجرد الرضا وانتقال الملكية بمجرد الاتفاق من المبادئ العامة الا في قانون نابليون الفرنسي في أوائل القرن التاسع عشر . وبخلاف هذا في الشريعة الاسلامية فهي قائمة على البساطة في التعامل ومتجردة عن الشكليات منذ نشأتها ، فلا يشترط فيها لانعام العقد صيغة رسمية ولا توجب لانتقال الملكية وضعا خاصا وانما يتم الالتزام بموجب العقد وتنقل الملكية بمجرد الاتفاق الخالي من الاجراءات الشكلية .

سادسا - المبدأ العام السائد في القانون الروماني هو الفصل بين القانون والاخلاق ، ومن أمثلة ذلك النصوص الصريحة الواردة في موسوعة جستنيان التي تقرر صراحة ان اساءة استعمال الحق لا يعتبر فعلا غير مشروع . وبخلاف هذا المبدأ ، تقوم قواعد الشريعة الاسلامية على معان أخلاقية ، وتسمح لتسرب المبادئ الاخلاقية الى نظمها القانونية ، وقد أدى

هذا الاختلاف الى اختلاف في بعض النظم القانونية والى وجود نظريات في الشريعة لا وجود لها في القانون الروماني ، فالقانوني الروماني أقر نظام التقادم كطريقة لكسب الملكية بشروط معينة لضعف الصلة فيه بين القانون والاخلاق ، بينما رفضت الشريعة الاسلامية اقرار هذا المبدأ لان المعاني الاخلاقية السائدة فيها لا تسمح بتحول النصب الى حق ، ولا تسمح أن يكون مضي المدة لذاته مكسبا أو مسقطا للحقوق . وفي الشريعة الاسلامية قامت نظريات قانونية أساسها الاعتبارات الاخلاقية ، منها نظرية سوء استعمال الحق ، فاستعمال الحق مقيد بعدم الاضرار بالغير ، فليس في الشريعة حقوق مطلقة ، بل مقيدة دائما بقيد ضمني هو عدم الاضرار بالغير ، وهذه النظرية تعتبر من أحدث النظريات في القوانين الحديثة ، ومن تطبيقاتها في الفقه الاسلامي أن الجار ليس له أن يستعمل حقه في ملكه استعمالا يلحق ضررا فاحشا بجاره . ومثل نظرية الضرورة وتشبهها الى حد كبير نظرية الظروف الطارئة التي ظهرت مؤخرا في القانون الاداري الفرنسي وأخذت تمتد الى فروع القانون الاخرى ، ومن تطبيقاتها في الفقه الاسلامي أن الزرع اذا هلك بأفة سماوية فان الخراج « ضريبة على الارض الزراعية » يسقط ويعمل الفقهاء هذا الحكم بأن صاحب الارض مصاب فيستحق المعونة ، ولانه ظهر أنه لم يتمكن من استغلال الارض<sup>(١)</sup> .

٨٤ - الخلاصة :

ويخلص لنا من جميع ما تقدم أن الشريعة الاسلامية لا علاقة لها بالقانون الروماني ، فقد نشأت مستقلة عنه ، ونها فقهها وازدهر بمعزل عن هذا القانون الذي بدء على شكل تعادلات ، واستندت أحكامها من مصادر خاصة ليس منها الاحالة الى قانون اجنبي ، وحسب قواعد مضبوطة قام على أساسها علم أصول الفقه . وما أصدق كلمة الأستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهوري ، وهو يقارن بين الشريعة الاسلامية والقانون الروماني : « فان

(١) كتابنا أحكام الذميين والمستأمنين في دار الاسلام ص ١٧١ .

هذا القانون بدأ عادات ، كما قدمنا ، ونما وازدهر عن طريق الدعوى والاجرامات الشكلية . أما الشريعة الاسلامية فقد بدأت كتابا منزلا من عند الله ونمت وازدهرت عن طريق القياس المنطقي والاحكام الموضوعية ... الا أن فقهاء المسلمين امتازوا عن فقهاء الرومان ، بل امتازوا على فقهاء العالم باستخلاصهم أصولا ومبادئ عامة من نوع آخر هي أصول استنباط الاحكام من مصادرها وهذا ما سموه بعلم أصول الفقه ،<sup>(١)</sup> . فالخلاف جوهرى بين الشريعة الاسلامية والقانون الرومانى ، اذ تقوم الشريعة على أساس الوحي الالهي وهذا من أبرز ما يميز الشريعة عن غيرها ويجعل الفرق هائلا بينها وبين القانون الرومانى وغيره من القوانين الوضعية ، وفي هذا يقول العالم الفرنسى زيس Zeys بحق : « اني أشعر حينما أقرأ في كتب الفقه الاسلامي اني قد نسيت كل ما أعرفه عن القانون الرومانى ... وأصبحت أعتقد أن الصلة منقطعة بين الشريعة الاسلامية وبين هذا القانون ، فيينا يعتمد قانوننا على العقل البشرى تقوم الشريعة على الوحي الالهي .. فكيف يتصور التوفيق بين نظامين قانونيين وصلا الى هذه الدرجة من الاختلاف ،<sup>(٢)</sup> والشريعة الاسلامية بعد هذا وذاك احتوت على نظم قانونية لم يصل اليها القانون الرومانى حتى في آخر عصور تطوره ، فمبدأ النيابة في التصرفات القانونية بمعنى أن الشخص يصح أن ينوب عنه غيره في مباشرة التصرف<sup>(٣)</sup> من المبادئ المعترف بها في التشريعات الحديثة ولم يسلم به القانون الرومانى حتى في عهد جستنيان وان كان هناك عندهم في أواخر عصور القانون الرومانى بعض الاستثناءات أجازوا فيها النيابة الكاملة<sup>(٤)</sup> . ومن أجل هذا

(١) اصول القانون للدكتور السنهوري ص ١٣٢ .

(٢) الدكتور صوفى ، المرجع السابق ، ص ١٠٩ .

(٣) سنتكلم عن النيابة عند الكلام عن نظام العقد في الشريعة الاسلامية .

(٤) الدكتور شفيق شحاته ، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية ، ج ١ ص ٩٠ ، ومبادئ القانون الرومانى للدكتور عبدالمنعم المدراوى والدكتور محمد عبدالمنعم بدر ص ٥٦٠ - ٥٦١ .

كله ونظرا لواقع الشريعة الاسلامية الذي يميزها عن غيرها ويدل كل ما فيها على انها قائمة بذاتها غير مستمدة من غيرها ولا متأثرة به قال الدكتور شفيق شحاته بحق : « ونلاحظ هنا فقط فشل المحاولات التي ظهرت قديما وحديثا لاثبات استمداد التشريع الاسلامي من القانون الروماني »<sup>(١)</sup> ، بل أن بعض الكتاب المحدثين يذهب الى أن القانون الروماني مستمد من الفقه الاسلامي عن طريق ترجمة هذا الفقه في اسبانيا من اللغة العربية الى اللغة اللاتينية<sup>(٢)</sup> . ويرجع البعض الآخر الى أن شراح القانون الروماني في أيام النهضة العلمية الاوربية الذين تخرجوا في مدرسة بولونيا الايطالية وغيرها من المدارس الاوربية قد أدخلوا في شروحهم للقانون الروماني بعض النظم القانونية في الفقه الاسلامي التي وصلتهم عن طريق الاندلس وغيرها<sup>(٣)</sup> .

- 
- (١) الدكتور شفيق شحاته ، المرجع السابق ص ٦٧ .  
(٢) هذا ما ذهب اليه الأستاذ أبو الفضائل الجرقاداني الايراني ، نقلا عن الموجز في تاريخ القانون للاستاذ عبده حسن الزيات ، هامش ص ١٤٥ - ١٥٢ .  
(٣) الدكتور صبحي محمصاني ، فلسفة التشريع في الاسلام ص ١٩٣ - ١٩٤ .

## الفصل الخامس

### شرح بعض القواعد الكلية

في الفقه الاسلامي

٨٥ - تمهيد :

القاعدة في اللغة الاساس ، وفي اصطلاح الفقهاء حكم كلي ينطبق على جميع جزئياته أو أكثرها لتعرف أحكامها منه<sup>(١)</sup> . وفي الفقه الاسلامي جملة كبيرة من هذه القواعد التي تعتبر كل قاعدة منها ضابطا وجامعا لمسائل فقهية كثيرة<sup>(٢)</sup> . وقد استخرج الفقهاء هذه القواعد بتبعية مسائل الفقه وفروعه وارجاعهم كل مجموعة منها الى قاعدة عامة يسري حكمها العام على جميع أو أكثر جزئيات هذه المجموعة التي تتشابه فيها هذه الجزئيات ببعض المعاني .

وهذه القواعد الفقهية تختلف عن قواعد أصول الفقه ، لان قواعد الاصول تضع المناهج وتبين المسالك التي يلتزم بها الفقيه لاستنباط الاحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية<sup>(٣)</sup> ، أما القواعد الفقهية فهي من قبيل المبادئ العامة في الفقه الاسلامي التي تتضمن أحكاما شرعية عامة تنطبق على الوقائع والحوادث التي تدخل تحت موضوعها<sup>(٤)</sup> . وهذه القواعد لها مكانة عظيمة في الفقه الاسلامي فهي تساعد على تكوين الملكة الفقهية عند طالب الفقه ، وتعين على معرفة أحكام الجزئيات ، وتوضح التصورات والافكار القانونية في الفقه الاسلامي . . . . . وقد نوه بفضلها وعظيم فائدتها غير واحد من الفقهاء

- 
- (١) الاشباه والنظائر لابن نجيم وشرحه للحموي ص ٢٢ .
  - (٢) دور الحكماء شرح مجلة الاحكام للاستاذ علي حيدر ص ١٥ .
  - (٣) كتابنا الوجيز في اصول الفقه ص ١١ .
  - (٤) المسئل الفقهية العام للاستاذ مصطفى احمد الزرقاء ص ٦٣٣ .

كالفقيه المشهور القرافي اذ يقول : « . . . » والقسم الثاني قواعد كلية فقهية جليلة كثيرة العدد عظيمة المدد مشتملة على أسرار الشرع وحكمه ، لكل قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يحصى وهذه القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع وبقدر الاحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف ،<sup>(١)</sup> . ومما يلاحظ في هذه القواعد انها صيغت صياغة قانونية وبأسلوب رصين وعبارة بليغة وتركيب محكم . وسنذكر في هذا الفصل بعض هذه القواعد الفقهية مع شرح موجز لها .

### القاعدة الاولى

#### الامور بمقاصدها

٨٦ - الاصل في هذه القاعدة الحديث الشريف : « انما الاعمال بالنيات وانما لكل امرئ ما نوى » .<sup>(٢)</sup> . والمقصود بهذه القاعدة أن الاحكام الشرعية في أمور الناس تكيف حسب قصدهم من اجرائها ، فقد يعمل الانسان عملا بقصد معين فيترتب على عمله حكم ، ثم قد يعمل مثله بقصد آخر فيترتب على عمله حكم آخر<sup>(٣)</sup> .

ومن تطبيقات هذه القاعدة : ان ملتقط اللقطة يعتبر أمينا لا ضمان عليه اذا تلفت في يده بدون تعد منه أو تقصير اذا كان قصده من التقاطها حفظها وردها الى صاحبها ، ويعتبر غاصبا اذا كان التقاطها بقصد نملكها فيضمن هلاكها وتلفها ولو بدون تعد منه أو تقصير . والبيع بلفظ الفعل المضارع بقصد الحال لا الاستقبال ينعقد به عقد البيع ، كقول البائع « أبيعك فرسي » ، واذا قصد به الاستقبال لا ينعقد البيع .

وكما أن الفعل يتكيف حكمه - في أحكام الدنيا - بناء على قصد فاعله ، فكذلك يتغير حكمه من جهة وصفه بالحل والحرمة بناء على قصد فاعله ، كالنكاح مستحب وسنة من سنن الاسلام ولكن يحرم اذا كان بقصد

(١) التفروق للقرافي ص ٢-٣ .

(٢) رياض الصالحين للنووي ص ١٢ - ١٣ .

(٣) شرح المجلة للاستاذ منير القاضي ص ٥٤ .

مضارة الزوجة أو ظلمها • وإسك الزوجة أحب الى الله من تسريحها اذا كان الاسك بقصد ابقاء الحياة الزوجية والقيام بحقوقها ، ويحرم هذا الاسك اذا كان بقصد الاضرار بالمرأة ، قال تعالى : ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه ، (١) •

ويلاحظ هنا ، كما هو المفهوم من هذه القاعدة ، ان النية المجردة ، أي التي لا يقترب بها فعل ، لا يترتب عليها حكم ، فمن نوى طلاق زوجته لا يقع طلاقه (٢) ، ومن نوى بيع داره أو هبته ولم ينطق بلسانه بما يدل على نيته فان ما نواه لا يقع •

### القاعدة الثانية

#### العبرة في العقود للمقاصد والمعاني

#### لا للالفاظ والمباني

٨٧ - وهذه القاعدة تشملها القاعدة السابقة لان العقود (٣) من جيلة الامور التي يباشرها الانسان ، وحيث ان المنظور اليه في ترتيب الاحكام على هذه الامور هو ما قصده فاعلها منها ، فكذلك الحكم في العقود ، فلا تترتب الاحكام في العقود على مجرد الالفاظ أي على مطلق المعاني التي تحملها وانما تترتب على المقاصد والمعاني الحقيقية التي يقصدها العاقدان من الالفاظ المستعملة في صيغة العقد لان القصد الحقيقي من الكلام هو المعنى ، وان المقاصد هي حقائق العقود وقوامها وانما اعتبرت الالفاظ لدلالاتها على المقاصد ، فاذا ظهر القصد كان الاعتبار له وتقييد اللفظ به وترتب الحكم بناء عليه • ولكن لا يضي هذا اهمال الالفاظ بالكلية لانها قوالب المعاني والمعبرة عنها ، فتراعى أولا معاني الالفاظ الظاهرة واذا تعذر الجمع بينها وبين المعاني التي قصدها العاقدون في عقودهم فانه يصار الى المعاني المقصودة

(١) سورة البقرة ، الآية ٢٣١ •

(٢) الاستاذ علي حيدر ، المرجع السابق ، ص ١٩ •

(٣) العقد هو ارتباط ارادتين على انشاء التزام أو نقله أو انهائه كما سنفصل هذا فيما بعد •

ويهمل جانب الالفاظ • ويعرف قصد العاقدين من العبارات الملحقة بصيغة العقد أو من قرينة الحال فهي التي توضح القصد منه ، وعلى هذا لا بد من وجود مناسبة بين الصيغة والمعنى المقصود ليتمكن اعتبار العبارات اللاحقة بصيغة العقد موضحة للقصد<sup>(١)</sup> • ومن فروع هذه القاعدة<sup>(٢)</sup> :

( أ ) الهبة بشرط العوض بيع : فمن قال لآخر وهبتك هذه الفرس بخمسين دينارا فقبل الآخر كان العقد بيعا وان كانت الصيغة بلفظ الهبة •

( ب ) الاعارة بشرط العوض اجارة : فمن قال لآخر أعرتك سيارتي بخمسة دنانير لتسافر بها الى المحل الفلاني فقبل الآخر ، كان العقد ايجارا لا اعارة ولو أن الايجاب كان بلفظ الاعارة •

( ج ) الحوالة بشرط عدم براءة الاصيل كفالة : فلو قال شخص لآخر أحلتك بما لك من دين بذمتي على فلان على أن تبقى ذمتي مشغولة بدينك حتى يدفع المحال عليه الدين ، فالعقد هنا عقد كفالة لا حوالة لان الحوالة نقل دين من ذمة الى ذمة ولم ينتقل هنا •

#### القاعدة الثالثة

##### الاصل في الكلام الحقيقة

٨٨ - الحقيقة استعمال اللفظ في المعنى الذي وضع له مثل كلمة ( أسد ) للحيوان المعروف • والمجاز استعمال اللفظ في غير ما وضع له بشرط أن يكون بين المعنى الحقيقي والمجازي علاقة مع وجود قرينة صارفة عن ارادة المعنى الحقيقي كاطلاق كلمة ( نور ) على الاسلام أو على العلم • ومعنى القاعدة ان الراجح حمل الكلام على معناه الحقيقي لا المجازي الا اذا تعذر ارادة المعنى الحقيقي فيصار الى المجاز • وعلى هذا الاساس تفسر عقود الناس وتصرفاتهم ، فمن قال : وقفت داري على أولادي ثم على الفقراء فان الوقف ينصرف الى الاولاد الصليين ولا يشمل الاحفاد ، لان كلمة ( أولاد ) حقيقة في الاولاد الصليين وتستعمل مجازا في الاحفاد<sup>(٣)</sup> •

(١) الاستاذ منير القاضي ، المرجع السابق ، ص ٥٦ •

(٢) الاستاذ علي حيدر ، المرجع السابق ، ص ١٩ •

(٣) جلال الدين السيوطي ، الاشباه والنظائر ، ص ٥ •

ولكن لو لم يكن للوافف حين العقد أولاد صليون ، بل كان له أحفاد  
فان الوافف ينصرف اليهم لتعذر حمله على الاولاد الصليين لعدم  
وجودهم<sup>(١)</sup> .

#### القاعدة الرابعة

##### اعمال الكلام أولى من اهماله

٨٩ - يعني لا يجوز اهمال الكلام واعتباره بدون معنى ما أمكن حمله  
على معنى حقيقي أو مجازي . وبما أن الاصل في الكلام الحقيقة فما لم  
يتعذر حمل الكلام على معناه الحقيقي لا يحمل على المجاز . واللفظ المراد  
اعماله اذا كان مما يحتمل التأكيد والتأسيس فحمله على التأسيس أولى لان  
التأسيس يفيد معنى جديدا لم يتضمنه اللفظ السابق ، والتأكيد يفيد إعادة  
معنى اللفظ السابق . وعلى هذا لو أقر شخص بأنه مدين لآخر بعشرة  
دنانير دون أن يذكر سبب الدين وأعطى للدائن سندا بذلك ، ثم أقر بعد  
ذلك للشخص نفسه مرة ثانية بعشرة دنانير وعمل له سندا ولم يبين سبب  
الدين ، فان اقراره يحتمل في الحالتين على تأسيس ، أي يعتبر دين السند  
الثاني غير الاول<sup>(٢)</sup> . واذا تعذر اعمال الكلام بهمل ، أي اذا لم يمكن حمله  
على المعنى الحقيقي ولا المجازي بهمل ، كما لو ادعى شخص في حق من  
هو أكبر منه سناً بأنه ابنه .

#### القاعدة الخامسة

##### لا ينسب الى ساكت قول ، لكن السكوت في معرض الحاجة بيان

٩٠ - يعني لا بعد ساكت انه قال كذا ، ولكن السكوت فيما يلزم  
التكلم به اقرار وبيان . فهذه القاعدة تتضمن أمرين : « الاول » لا ينسب  
الى ساكت قول ، فاذا أتلّف شخص مال آخر بحضوره وسكت فلا يعتبر  
ذلك من صاحب المال اذا باتلاف المال . و « الثاني » السكوت في معرض

(١) على حيدر ، المرحع السابق ، ص ٢٧ .

(٢) على حيدر ، المرحع السابق ، ص ٥٣ .

الحاجة بيان ، فمن ترك مالا عند آخر فائلا له : ان هذا المال وديعة عندك وسكت المستودع انعقدت الوديعة • وسكوت البنت البكر عند استئذانها من قبل وليها في الزواج يعتبر هذا السكوت رضاً منها بالزواج •

#### القاعدة السادسة

##### لا مساغ للاجتهاد في معرض النص

٩١ - الاجتهاد في اصطلاح الفقهاء صرف وبذل الطاقة والقدرة للوصول الى الحكم الشرعي من دليله الشرعي • ومعنى القاعدة ان الاجتهاد يكون في المسائل التي لم يرد في الشريعة نص صريح بشأنها ، أما ما ورد النص الصريح بحكمه فلا يجوز الاجتهاد فيه • فمثلا ورد النص بتكريم الربا فلا يجوز الاجتهاد في حله • وورد النص بأن للذكر مثل حظ الانثيين في الميراث فلا يجوز الاجتهاد باعطاء الذكر مثل نصيب الانثى •

#### القاعدة السابعة

##### اليقين لا يزول بالشك

٩٢ - اليقين لغة قرار الشيء واصطلاحاً حصول الجزم بوقوع الشيء أو عدم وقوعه • وينزل الظن الغالب منزلة اليقين في الحكم • أما الشك فمعناه في اللغة التردد واصطلاحاً تردد الفعل بين الوقوع وعدمه ، أي لا يوجد مرجح لاحد على الآخر<sup>(١)</sup> • فمعنى هذه القاعدة أن الشيء المتيقن لا يزول بالشك الطارئ عليه وانما يزول بيقين مثله • ومن فروع هذه القاعدة أن ثبوت الدين بذمة انسان لا يزول الا بثبوت ابراء الدائن له أو ادائه من المدين • ومن ثبت نكاحه فلا تزول الزوجية عنه الا بيقين • ومن تملك عينا بسبب شرعي فلا تزول ملكيته الا بثبوت ما يزيلها<sup>(٢)</sup> • ففي جميع هذه الامثلة نلاحظ ثبوت شيء يقينا فيبقى هذا الشيء المتيقن الا اذا قام الدليل على انتفائه ، أما مجرد الشك فلا يقوى على زعزعة اليقين فلا يعتد به •

(١) علي حيدر ، المرجع السابق ، ص ٢٠ •

(٢) كتابنا الوجيز في اصول الفقه ص ٢٥٩ •

## القاعدة الثامنة

### الاصل براءة اللمة

٩٣ - الذمة وصف شرعي يصير به الانسان أهلاً لما له وعليه من الحقوق . ومعنى القاعدة أن الاصل هو عدم انشغال ذمة الانسان بحق لآخر ، لأن كل شخص يولد وذمته بريئة من أي حق للغير ، وان انشغالها يحصل بالتصرفات التي يجريها مع الآخرين . وقد أخذ بهذه القاعدة في القضايا المدنية والجزائية ، فمن ادعى على غيره ديناً فالاصل عدمه الا اذا أثبت المدعي ذلك . والمتهم بريء حتى تثبت ادانته ، ومن هنا جاء القول : الشك يفسر لمصلحة المتهم<sup>(١)</sup> ، لأن الاصل براءته ومع حصول الشك في ادانته نرجح جانب البراءة فنفسر الشك لمصلحته . وحتى لو حصل خطأ في هذا الاتجاه فان الخطأ في براءة متهم خير من الخطأ في ادانة بريء .

## القاعدة التاسعة

### البينة على ادعى واليمين على من أنكر

٩٤ - البينة ، على ما هو الشائع عند الفقهاء ، هي الشهادة العادلة التي تؤيد صدق دعوى المدعي<sup>(٢)</sup> . والتحقيق أن البينة غير مقتصرة على الشهادة بل تشمل كل ما يبين الحق ويظهره<sup>(٣)</sup> . وهذه القاعدة يؤيدها العقل السليم ، لأن ادعاء المدعي خلاف الظاهر ، إذ أن الاصل براءة الذمة ، فعليه أن يثبت صحة دعواه فاذا ظهر صدقه بطريق من الطرق حكم له واذا عجز عن الاثبات وتقديم البينة على صدق دعواه وأنكر المدعى عليه الدعوى فانه يحلف اليمين فاذا حلف فلا شيء عليه غير هذا وردت دعوى المدعي لظهور صدق المدعى عليه<sup>(٤)</sup> .

- 
- (١) كتابنا الوجيز في أصول الفقه ص ٢٦٠ .
  - (٢) علي حيدر ، المرجع السابق ، ص ٤٥ .
  - (٣) الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ص ٢٣ .
  - (٤) جلال الدين السيوطي ، الاشباه والنظائر ، ص ٢٩٢ .

## القاعدة العاشرة

### ما حرم أخذه حرم إعطاؤه

٩٥ - إعطاء الحرام للغير أو أخذه من الغير سواء في الحرمة • لأن المطلوب شرعا إزالة المنكر والفساد والمحرمات ، فإذا عجز الإنسان عن المساهمة في إزالة هذه المفسد فلا أقل من أن يمتنع عن المساهمة في زيادتها والمعاونة على وقوعها • وعلى هذا لا يجوز إعطاء الرشوة كما لا يجوز أخذها ، جاء في الحديث الشريف عن النبي (ص) : « لعن الله الراشي والمرتشى » • وكذلك الربا لا يجوز التعامل به أخذا أو عطاء ، جاء في الحديث الشريف عن النبي (ص) : « لعن الله آكل الربا وموكله » •

## القاعدة الحادية عشرة

### التصرف على الرعية منوط بالمصلحة

٩٦ - الرعية عموم الناس الذين هم تحت ولاية الولي ، كالسلطان والحاكم ، وسائر ولاية الامور • فمن يلي من أمور الناس شيئا فعليه أن يتصرف فيها التصرف الذي يحقق المصلحة لهم ، لأنه ما ولي هذا الامر وما أعطي السلطة الا لخدمة المواطنين وإقامة العدل فيهم وتحقيق الخير والمصلحة لهم • فهذه القاعدة تبين أصلا عظيما من أصول السياسة الشرعية والحكم الصالح • وبناء على هذه القاعدة لا يجوز لولي الامر أن يعين في الوظائف العامة الا الكفو الأمين ، فقد جاء في الحديث الشريف عن النبي (ص) : « من ولي من أمر المسلمين شيئا فولى رجلا وهو يجد من هو أصح للمسلمين منه فقد خان الله ورسوله »<sup>(١)</sup> • ولا يجوز لولي الامر السماح بشيء من المفسد المحرمة شرعا كالفسق والخمر والقمار ولو بحجة جباية الاموال والضرائب<sup>(٢)</sup> •

(١) السياسة الشرعية للامام ابن تيمية ص ٤ وما بعدها •

(٢) المدخل الفقهي العام للاستاذ مصطفى أحمد الزرقاء ص ٧٠١ •

## القاعدة الثانية عشرة

### لا ضرر ولا ضرار

٩٧ - تشتمل هذه القاعدة على حكمين :

الاول : لا يجوز الاضرار ابتداء ، أي لا يجوز للانسان أن يضر شخصا آخر في نفسه أو ماله لان الضرر ظلم والظلم محرم في جميع الشرائع . والضرر الممنوع هو الضرر الفاحش مطلقا ، أي حتى لو نشأ من قيام الانسان بالأفعال المباحة ، كمن يحفر في داره بشرا أو بالوعة ملاصقة لجدار جاره ، أو يبني جدارا يمنع النور عن جاره . وكذلك يمنع الضرر الناشئ من فعل غير مشروع كمن يحفر حفرة في الطريق العام . أما الضرر غير الفاحش إذا نشأ من فعل مشروع فليس بممنوع ، كما لو بنى شخص جدارا في داره سد نافذة من نوافذ غرفة جاره<sup>(١)</sup> .

الثاني : لا يجوز مقابلة الضرر بالضرر وهذا معنى ولا ضرار . اذ على المتضرر أن يراجع القضاء لتعويض ضرره ، وعلى هذا فمن أتلف مال غيره لا يجوز للغير أن يتلف مال المتلف ، بل عليه مراجعة المحكمة لتعويضه عن الضرر . ويلاحظ هنا أن مقابلة الضرر بالضرر قد تكون مباحة أو واجبة كما في العقوبات التي يوقعها أولو الامر بالمجرمين ، فان العقاب ضرر لا شك فيه يقابل ضرر اجرامهم ولكن الشريعة أباحتها وأوجبته لزرع المجرمين وتأديبهم ومنع الاعتداء على الناس .

## القاعدة الثالثة عشرة

### الضرر يزال

٩٨ - الضرر ظلم ، كما قلنا ، فتجب ازالته ، وعلى هذه القاعدة بنيت فروع كثيرة ، منها رد المبيع باليب ، والحجر على الصغير والمجنون ، وتشريع نظام الشفعة ، وضمان المتلفات ، وقمع الفتن وقتال البغاة ، واتخاذ التدابير الوقائية لمنع انتشار الاوبئة والأمراض ، وبيع مال المدين الماطل

(١) الاستاذ منير القاضي ، شرح المجلة ص ٨٠ .

جبرا عليه لايفاء الدين ، ومنع من ينشئ في داره مذبضة تؤذي الجيران ونحو ذلك • ولكن الضرر اذا وجبت ازالته فانه لا يزال بمثله ، كما نطقت بهذا قاعدة أخرى ، فلا يجوز ازالة ضرر باحداث ضرر مثله أو أشد ، وعلى هذا ليس للمشتري أن يرد المبيع بالعيب القديم اذا حدث فيه عيب جديد • كما أن الضرر يزال بقدر الامكان أي يجب أن تدفعه بالوسيلة الممكنة لدفعه ، كمن يفتح شباكاً مطلا على مقر نساء جاره فانه يكلف بسده فاذا وضع عليه ستارة ثابتة تكفي لسده فقد أزال الضرر •

#### القاعدة الرابعة عشرة

##### يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام

٩٩ - الضرر العام يصيب عموم الناس ، والضرر الخاص يصيب فردا واحدا أو فئة قليلة ، ولهذا كان هذا الضرر ذون الضرر العام ، ولهذا يدفع الضرر العام وان استلزم هذا الدفع ايقاع ضرر خاص ، وعلى هذه القاعدة بنيت أحكام كثيرة منها منع المفتي الماجن والطبيب الجاهل وان كان في هذا المنع ضرر لهما • وجواز هدم البيوت لمنع سريان الحريق ، وتحديد أسعار المواد الغذائية وسائر المواد التي يحتاجها الناس عند طمع التجار في زيادة أثمانها واحتكارها • ومنع اخراج بعض المواد من بلدة الى أخرى اذا كان في اخراجها ارتفاع الاسعار في البلدة • وجواز هدم الجدار المائل على الطريق •

#### القاعدة الخامسة عشرة

##### الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف

١٠ - يعني أن الضرر تجوز ازالته بضرر أخف منه • ومن فروع هذه القاعدة تملك الشفيع لما أحدثه المشتري في العقار بقيمته ولا يكلف بالقلع • ولمن خشي على نفسه الهلاك جوعا أن يأخذ من مال غيره ما يدفع به الهلاك عن نفسه ، ولو جبرا على صاحبه الا اذا كان صاحب المال محتاجا اليه كاحتياجه هو له • والاجبار على اداء النفقات • وحبس المدين المليء • الماطل • ومثل كسر السداد لتخليص البلد من الفرق •

### القاعدة السادسة عشرة

#### الضرورات تبيح المحظورات

١٠١ - الضرورة هي المذر الذي يجوز بسببه اجراء الشيء المنوع وارتكاب المحظور ، فهي ظرف قاهر يلجئ الانسان الى فعل المحرم . ومن فروع هذه القاعدة أكل الميتة عند الضرورة ، واجراء كلمة الكفر عند الاكراه الشديد ، والقاء بعض الحمولة من السفينة المشرقة على الفرق تخليصا للنفوس من الموت غرقا ، وأخذ مال الغير لدفع الهلاك المحقق عن النفس . ويجب أن يلاحظ أن ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها أي لا يرتكب المحرم الا بالقدر الذي تندفع به الضرورة ، فمن اضطر الى أكل الميتة لا يأكل منها الا بقدر ما يمسك عليه حياته ولا يشبع منها . والقاء المتاع من السفينة يتحدد بقدر ما يدفع عنها الفرق .

### القاعدة السابعة عشرة

#### الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة او خاصة

١٠٢ - الحاجة العامة هي التي لا تخص ناسا دون ناس ولا قطرا دون قطر ، بل تعمهم جميعا كالحاجة الى الايجار والاستئجار . والخاصة هي التي تخص بناس دون ناس وفي وقت دون وقت او صنف دون صنف كحاجة التجار الى اعتبار البيع بالنموذج مسقطا لخيار الرؤية<sup>(١)</sup> . ومثل تجويز بيع السلم وبيع الاستصناع فان الحاجة اليهما قائمة فاجيزا .

### القاعدة الثامنة عشرة

#### دفع المفسد أولى من جلب المنافع

١٠٣ - القصد من تشريع الاحكام دفع المفسد عن الناس وجلب المصالح لهم . والمصالح المحضة وكذلك المفسد المحضة قليلة ، والغالب منها اشتمل على المصالح والمفاسد<sup>(١)</sup> ، وعلى هذا اذا تعارضت مفسدة ومصلحة فان دفع المفسدة يقدم على جلب المصلحة لان الشريعة اعتنت بالمنهيات أكثر

(١) الاستاذ منير القاضي ، المرجع السابق ص ٩١ .

من اعتنائها بالأمور ، وعلى هذا يمنع الشخص من اجراء عمل ينتج ضررا  
بالغير أكثر من المنفعة التي يجنيها كما في تصرفه في ملكه تصرفا ينتج ضررا  
كبيرا بجاره .

### القاعدة التاسعة عشرة

#### العادة محكمة

١٠٤ - معنى هذه القاعدة ان المادة عامة كانت أو خاصة تجعل حكما  
لأبناط حكم شرعي . ومعنى « محكمة » أي هي المرجع عند النزاع لانها  
دليل يبنى عليه الحكم . والعرف بمعنى العادة . والعادة هي تكرر الشيء  
ومعاودته حتى يتقرر في النفوس ويكون مقبولا عندها . وانما تجعل العادة  
حكما لأبناط الحكم الشرعي اذا لم يرد نص بذلك الحكم المراد اثباته ،  
فاذا ورد النص عمل بموجبه ولا يجوز ترك النص والعمل به بالعادة<sup>(٢)</sup> . ومن  
أمثلة هذه القاعدة أن الفاظ الواقفين تفسر حسب عرفهم . ومن دفع ثوبه  
الى من يخطئه أو يفسله أو ركب سفينة وصاحبها معروف بأخذ الاجرة على  
ذلك استحق الاجرة<sup>(٣)</sup> . وكل ما جرى العرف على اعتباره من مشتملات  
البيع يدخل في البيع من غير ذكر ، كالحديقة المحيطة بالدار تدخل في  
البيع بلا ذكر لعرف الناس بذلك .

ويلاحظ هنا أن العادة انما تعتبر اذا كانت مطردة ، أي لا تتخلف ،  
أو غالبية أي تختلف أحيانا ، كما جاء في القاعدة الاخرى : « انما تعتبر  
العادة اذا أطردت أو غلبت » ، وأن تكون هذه العادة مقارنة لحصول الشيء  
أو سابقة عليه ، ولا تعتبر العادة أو العرف الطارئ بعد حدوث الشيء المراد  
تحكيم العرف والعادة فيه<sup>(٤)</sup> . كما يشترط في العادة حتى تعتبر أن لا تكون

(١) قواعد الاحكام في مصالح الانام للإمام عز الدين بن عبد السلام ص ١٢

(٢) الاستاذ علي حيدر ، المرجع السابق ص ٤٠ .

(٣) القواعد للحافظ أبي الفرج عبدالرحمن بن رجب الحنبلي ص ٢٣٠

(٤) عز الدين بن عبد السلام ، المرجع السابق ص ١٢٥ .

مخالفة لنص الشارع ولا لشرط المتعاقدين •  
 وبناء على رعاية العرف جاءت القاعدة الفقهية « المعروف عرفاً كالمشروط  
 شرطاً » أي ما جرى به العرف يراعى من دون اشتراطه في عقود الناس  
 وتصرفاتهم • فالنوم في الفنادق والغسل في الحمامات والاكل في المطاعم ،  
 كل ذلك يستلزم دفع الاجرة لان العرف يقضي بذلك وان لم تذكر من  
 قبل أطراف العقد • وكذلك اشتغال شخص لآخر دون اتفاق على أجرة  
 ينظر الى العرف فان كان يقضي له بالاجرة قضي له بها ، كالدلال ، وان لم  
 يقض له بها لم يستحق المشتغل أجرة<sup>(١)</sup> •

وتفرعت ، أيضاً ، من هذه القاعدة قاعدة التحين بالعرف كالتعين بالنص  
 أي ان ما يقضي بتعيينه العرف يكون كالمعين بالنص الصريح كالتوكيل في  
 البيع المطلق يحمل على البيع بضمن المثل • والودائع ، يقضي العرف أن  
 يحفظها الوديع في حرز مثلها المتاد وان لم يشترط ذلك المودع •

#### القاعدة العشرون

##### لا ينكر تغير الاحكام بتغير الزمان

١٠٥ - الاحكام التي تتغير بتغير الزمان هي الاحكام المبنية على العرف  
 والعادة ، لانه بتغير الزمان تتغير احتياجات الناس ، وينسأ على هذا التغير  
 يتبدل أيضا العرف ، وتغير العرف تغير الاحكام المبنية عليه ، أما الاحكام  
 المستمدة الى أدلة شرعية لم تبين على عرف وعادة فانها لا تتغير كالقصاص من  
 القاتل المد لم يبين على عرف وعادة فلا يتغير • ومن الامثلة على ذلك :  
 سقوط خيار الرؤية برؤية غرفة من غرف الدار لجريان العرف في  
 الزمن القديم على بناء الدور ومشتلاتها على نمط واحد ، ثم لما تغير عرف  
 الناس وعاداتهم في بناء الدور أفتى الفقهاء بعدم سقوط خيار الرؤية برؤية  
 غرفة واحدة ، بل لابد من رؤية جميع مشتلات الدار • ذهب الامام أبو  
 حنيفة الى عدم لزوم تزكية الشهود في دعوى المال ، الا اذا طعن الخصوم

(١) الامام عز الدين بن عبدالسلام ، المرجع السابق ص ١٢٧ •

بينهم ، لصالح الناس في زمانه ، ولكن لتغير أحوال الناس وخراب الذمم  
أفتى أبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني بضرورة تزكية الشهود  
سرا وعلنا • وعند فقهاء الحنفية لا يجب الضمان على الغاصب ، ولكن أفتى  
فقهائهم المتأخرون على وجوب الضمان على غاصب مال اليتيم والوقف المعد  
للاستغلال لاعتیاد الناس على التساهل بالانتفاع بأموال اليتامى والوقف والمعد  
للاستغلال على وجه الغصب •

### القاعدة الحادية والعشرون

#### العبرة للغالب الشائع لا للنادر

١٠٦ - الشائع هو الامر الذي أصبح معلوما للناس وذائعا بينهم •  
والنادر هو القليل الحدوث • فالمعول عليه والمنظور اليه في ترتيب الاحكام  
هو الامر الشائع لا الامر النادر • ومن فروع هذه القاعدة : الحكم ببلوغ  
من له من العمر خمس عشرة سنة لانه هو العمر الشائع للبلوغ وان كان  
البعض لا يبلغ الا في السابعة عشرة أو الثامنة عشرة الا أنه نادر وقليل فلا  
يعول عليه • وكذلك الحكم بسبع سنين لمدة حضانة الصبي وتسع سنين  
لحضانة البنت مبني على الشائع المتعارف من أن الصبي اذا بلغ السابعة من  
عمره يستغني عن يمينه في لباسه وأكله ونحو ذلك<sup>(١)</sup> •

### القاعدة الثانية والعشرون

#### الفرم بالغنم

١٠٧ - أي ان من ينال نفع شيء يجب أن يتحمل ضرره • ومن  
فروع هذه القاعدة أن الشركاء يتحملون الخسارة بنسبة حصصهم في مال  
الشركة كما يأخذون الربح بنسبة هذه الحصص • وكذا نفقات ترميم  
العقار المشترك تكون على الشركاء بنسبة حصصهم فيه كما هو الحكم في  
تقسيم غلته • واجور تسجيل بيع العقار في الطابو يتحملها المشتري لانه هو  
الذي يتنفع بهذا التسجيل فيتحمل نفقاته •

(١) الاستاذ علي حيدر ، المرجع السابق ص ٤٥ •

### القاعدة الثالثة والعشرون

#### جناية العجماء جبار

١٠٨ - أي ما تتلفه البهيمة أو ما تسببه من ضرر للناس يعتبر هدرا لا ضمان على صاحبها الا اذا نشأ ذلك عن تعدد منه أو تقصير • فلو ربط شخص فرسه في المحل المعد لها فأتلفت فرسا لآخر فلا ضمان على صاحبها • ولكن لو أطلق شخص دابته في مزروعات الغير أو رآها فيه دون أن يطلقها هو فلم يمنعها وبحجزها عن الزرع ضمن في الحالتين لانه في الاولى يعتبر متعديا وفي الثانية مقصرا •

### القاعدة الرابعة والعشرون

#### لا يجوز لاحد أن يتصرف في ملك الغير بلا اذنه

١٠٩ - ملك الغير محترم فلا يجوز انتهاك حرمة بالتصرف فيه بلا اذن من صاحبه • وعلى هذا لا يجوز استعمال المال المشترك من قبل الشريك بلا اذنه ، ولا استعمال حائط الجار بلا اذنه • والاذن قد يكون صريحا كما في توكيل انسان لآخر في بيع داره • وقد يكون الاذن دلالة ، كما في ذبح الراعي شاة مشرقة على الهلاك لانه مأذون دلالة من صاحبها بذبحها في هذه الحالة • وكما لا يجوز لاحد التصرف في ملك الغير بدون اذنه ، لا يجوز أيضا له أن يأمر غيره بالتصرف في ملك الغير ، وعلى هذا الاساس جاءت القاعدة الفقهية « الامر بالتصرف في ملك الغير باطل » ، فان فعل المأمور في هذه الحالة كان ضامنا ما فعله كما لو أتلّف مالا تنفيذًا لامر الغير واذا كان مجبرا لا ضمان عليه ، أما اذا جهل كونه المال راجعا للغير لا للأمر فانه في هذه الحالة يضمن وله حق الرجوع على الأمر •

### القاعدة الخامسة والعشرون

#### الاجر والضمان لا يجتمعان

١١٠ - المراد بضمان الشيء اعطاء مثله ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا • ومضى القاعدة أن ما يجب فيه ضمان لا تجب فيه أجره ، لان في

الضمان معنى التملك ، فالضامن كالمالك ، والمالك لا يدفع أجره عما يملك  
فكذا الضامن . وعلى هذا من استأجر شيئاً ثم أتلّفه بتعد منه أو تقصير ،  
ضمن ما أتلّف بالمثل أو بالقيمة ولا أجره عليه<sup>(١)</sup> .

#### القاعدة السادسة والعشرون

من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه

١١١ - هذه القاعدة قامت على معاني السياسة الشرعية وسد الذرائع  
المفضية الى المفساد . ومعنى القاعدة ان من يتوسل بالوسائل غير المشروعة  
استعجالاً منه للحصول على مقصوده فإنه يحرم من مقصوده هذا جزاء فعله  
واستعجاله . ومن فروع هذه القاعدة ، حرمان الوارث من الارث اذا قتل  
مورثه بلا سبب شرعي ، وكذا يحرم الموصى له من الوصية اذا قتل الموصي  
بلا سبب شرعي . وتوريث مطلقة الفار طلاقاً بائناً . والفار هو المريض  
مرض الموت اذا طلق زوجته في مرضه هذا طلاقاً بائناً فإنها ترثه رداً لقصده  
السيء ، وكذا تحريم المرأة على من تزوجها في المدة فإنه يفرق بينهما ولا  
تحل له بعد هذا التفريق على ما أفتي به فقهاء السلف .

---

(١) الاستاذ منير القاضي ، المرجع السابق ص ١٥١ .

## الباب الثاني

### أدوار الفقه

١١٢ - تمهيد :

قلنا ، ان الفقه هو العلم بالاحكام الشرعية العملية ، أي الاحكام المتعلقة بأفعال المكلفين أو هو هذه الاحكام نفسها •

وأفعال المكلفين لا تبقى ثابتة على نمط واحد واسلوب معين وقدر محدود ، فان تتابع الليل والنهار وتبدل الاحوال والظروف واختلاف الیئات كل ذلك يدعو الى زيادة هذه الافعال واتساعها ، وتنوعها واختلافها ، وتبدل بعضها وتطوره كما هو مشاهد في الماضي والحاضر • ومن البديهي أن يكون الفقه هو الآخر في نمو وازدياد وتطور تبعاً لذلك •

ونحن في هذا الباب نريد أن نرجع الى أيام الفقه الاولى لتنظر كيف نشأ ، ثم تتابعه في نشأته لترى كيف نما وازدهر ، ثم كيف ركد ووقف ، ولتقف على العوامل والاسباب التي أثرت في أطواره هذه كلها •

وفي سبيل هذا الذي نريد ، آثرنا أن نقسم الادوار التي مر بها الفقه الى ستة أدوار ، تسهلاً للبحث ، ثم تتكلم عن كل دور في فصل على حدة • وهذه الادوار هي :

أولاً - عصر النبي (ص) •

ثانياً - عصر الخلفاء الراشدين •

ثالثاً - عصر ما بعد الخلفاء الراشدين الى أوائل القرن الثاني للهجرة

أو الى قبيل سقوط الدولة الاموية •

رابعاً - من أوائل القرن الثاني الهجري الى منتصف القرن الرابع الهجري •

خامساً - من نهاية الدور السابق الى سقوط بغداد على يد التتر سنة ٦٥٦ هـ •

سادساً - من سقوط بغداد الى وقتنا الحاضر •

هذا وان بعض الكتاب يسمي أدوار الفقه الاسلامي بـ « أدوار التشريع الاسلامي » مع أن التشريع ، وهو سن الاحكام الشرعية ، من حق الله وحده • ووجهتهم في هذه التسمية هو أن الفقه يستند الى نصوص الشريعة والمصادر التي أشارت اليها ، وان استنباط الاحكام من هذه المصادر كان باذن من الشريعة • وعلى كل حال فسواء قلنا أدوار الفقه أو أدوار التشريع الاسلامي فالمعنى واحد ، على اعتبار أن المقصود بالتشريع الاسلامي هو الاحكام التي وردت بها النصوص الصريحة في الكتاب والسنة أو التي استنبطت استنباطاً من هذه النصوص أو من المصادر التي أشارت اليها هذه النصوص •

## الفصل الأول

### الدور الاول

#### عصر النبي (ص)

١١٣ - يعتبر عصر النبي (ص) أهم المصور الفقهية على الإطلاق ، لان التشريع الآلهي تم في هذا العصر ، والتشريع الآلهي - كما هو معلوم - أساس الفقه في جميع أدواره وعصوره في الماضي والحاضر والمستقبل . والفقه في هذا العصر هو فقه الوحي فقط ، فكانت الاحكام الشرعية تنزل على النبي (ص) بلفظها ومعناها ( أي القرآن ) أو بمعناها فقط ( أي السنة ) ويقوم النبي (ص) بتبليغها الى الناس . فمصدر الاحكام الشرعية هو الوحي ولا شيء غيره ، أما اجتهاد النبي (ص) وأصحابه فراجع الى الوحي كما سنين ذلك فيما بعد .

١١٤ - التشريع في مكة ، أو التشريع المكي :

لبث النبي (ص) ما يقرب من ثلاث عشرة سنة في مكة المكرمة وهي المدة من بعثته الى هجرته . وقد اتجه الوحي في هذه الفترة الى ناحية العقيدة والاخلاق ولم يتعرض الى الاحكام العملية الا قليلا وبشكل كلي غالباً<sup>(١)</sup> . والسبب في هذا النهج هو أن العقيدة هي الاساس الاول لكل ما تأتي به الشريعة من أحكام وتفصيلات ، فلا بد ، اذن ، من اصلاحها وتقويتها من الشوائب والباطيل ، وجعلها قائمة على الايمان بالله ورسوله واليوم الآخر . وهكذا كانت آيات القرآن تنزل موضحة هذا المعنى بالدليل والبرهان ، طالبة من المخاطبين استعمال عقولهم والنظر في ملكوت السموات والارض ، منكرة عليهم جهلهم باصول العقيدة الحق وتقليدهم الاعمى لضلال الآباء والاجداد . . . . . وكذلك كان القرآن ينزل بالآيات الكثيرة في الاخلاق ولزوم

(١) الشاطبي ج ٣ ص ٤٦ وما بعدها .

الاعتصام بالطيب منها دون الخيث ، لان الاخلاق الفاضلة من لوازم العقيدة الحققة وأساس العمل الصالح • أما الاحكام العملية فكان تشريعها على نحو قليل وكلي لا تفصيلي ، فما كان في المسلمين من حاجة الى الاحكام العملية التفصيلية وهم قلة مستضعفون لا قوة لهم ولا سلطان ، حتى ان بعضهم هاجر الى الحبشة فرارا بدينه وتخلصا من أذى المخالفين المشركين •

١١٥ - التشريع بعد الهجرة ، أو التشريع المدني :

ثم أذن الله لنبيه (ص) بالهجرة الى المدينة بعد أن أسلم بمض أهلها ونهياً المجال لنقله النبي (ص) اليها وقيامه بالدعوة فيها واتخاذها مركزاً لدولة الاسلام ... وهكذا هاجر النبي (ص) وأصحابه اليها فوجدوا الجو ملائماً لان يقيموا لهم تنظيمًا اجتماعياً وسياسياً على أساس الدين الجديد • فظهرت أول دولة في تلك البقعة الصغيرة النائية ، المدينة ، وكان أول رئيس لها هو النبي (ص) • ومن ذلك الوقت ظهرت الحاجة الى التشريعات العملية التي تقام عليها أمور هذا المجتمع الاسلامي الجديد ، وتأسس بمقتضاها شؤون هذه الدولة الاسلامية الفتية • فاتجه التشريع الى النواحي العملية ، سواء منها ما اتصل بحياة الافراد أو بحياة الجماعة ، فسرعت أحكام العبادات والجهاد ، وتنظيمات الاسرة من زواج وبيان لحقوق الزوجين والفرقة واسلوبها ومدتها والبنوة وحقوقها والميراث وانصبه الورثة ونحو ذلك • كما أنزلت الاحكام المتعلقة بالجرائم والعقوبات وانواع المعاملات وحقوق الحاكم والمحكوم وعلاقة الدولة الاسلامية مع غيرها • وباختصار لم يترك التشريع الآلهي جانباً من جوانب الحياة الاجاء بتنظيم دقيق محكم له •

١١٦ - طريقة التشريع :

كان تشريع الاحكام في هذا العصر يتم بأحد الوجهين التاليين :

الاول : تقع حوادث تقتضي حكماً من الشارع ، أو يمرض للمسلمين أمور تقتضيهم سؤال النبي (ص) عن حكمها • ففي هذه الحالات كان النبي (ص) ينتظر الوحي السماوي فينزل عليه بالآية أو الآيات مينة حكم

ما وقع أو جواب ما سئل عنه • وقد ينزل عليه الحكم بالمعنى ويعبر عنه بلفظه وهذا هو السنة • وأحياناً لا ينزل عليه الوحي بالحكم المطلوب فيجتهد النبي (ص) كما حصل له في قضية أسرى بدر وغيرها مما سنبينه فيما بعد • فمن الأحكام التي نزلت بمناسبة حوادث وقعت ، قوله تعالى : ( ولا تتكفروا المشركات حتى يؤمنن ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم ) فقد نزلت هذه الآية بمناسبة حادثة خلاصتها ان أحد المسلمين عزم على نكاح مشركة وعلق نكاحه على موافقة النبي (ص) فلما أخبره بذلك نزلت هذه الآية •

ومن الأحكام التي نزلت جواباً عن سؤال قوله تعالى : ( يسألونك عن المحيض ، قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن ) • وقوله تعالى : ( ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير ) • و ( يسألونك ماذا ينفقون قل العفو ) • ومن السنة ما روى أن بعض الصحابة سألوا النبي (ص) عن ماء البحر وجواز الوضوء به فقال لهم : « هو الطهور ماؤه الحل ميتته » (١) •

الثاني ورود الأحكام غير مسبقة بسؤال ولا حادثة معينة ، ولكن الشارع يرى ان الاوان قد آن لتشريع هذه الأحكام لضرورتها للمجتمع الذي يريد تكوينه وإيجاده ، لأن الشريعة ما جاءت فقط لسد حاجات قائمة واعطاء الحلول لوقائع حاصلة فعلاً وإنما جاءت لايجاد مجتمع من نوع خاص قائم على أسس معينة ليكون هو المثل الاعلى لكل مجتمع في المستقبل • ومن هذا النوع من الأحكام ، الثورى في الحكم ، وتبيان مقادير الزكاة ، وتفصيل كثير من أحكام الاسرة وبيان بعض العقوبات ونحو ذلك •

#### ١١٧ - مميزات التشريع في هبلأ النور :

• قام التشريع على أساس مراعاة مصالح الناس ودرء الاضرار والمفاسد عنهم ، وهذا هو الاصل الكبير الجامع لجميع أحكام الشريعة الاسلامية •

(١) نيل الاوطار ج ١ ص ١٤ •

وبناء على هذا الاصل نستطيع أن نعدد ميزات التشريع في هذا الدور ، وهي بالحقيقة مظاهر لهذا الاصل الكبير : رعاية مصالح الناس ودفعهم الضرر عنهم . فمن هذه المظاهر ، وان شئت قل الميزات ، ما يأتي :

#### ١١٨ - أولا - التدرج في التشريع :

فالقرآن الكريم ما نزلت أحكامه مرة واحدة وكذا أحكام السنة ما جاءت دفعة واحدة . وقد رأينا أن الاحكام كانت تنزل جوابا عن سؤال ، أو تبيانا لحكم حادثة وقعت أو بناء على تقدير الشارع ان حكما معينا قد آن أو ان تشريعه وتنفيذه وهذا كله يجعل التشريع موصوفا بالتدرج . والحكمة في ذلك ان هذا النهج في التشريع يجعل الاحكام أخف على النفس مما لو نزلت دفعة واحدة وبالتالي تكون أدعى الى القبول والامثال . كما أن في هذا التدرج تسيرا للمخاطبين لمعرفة الاحكام وحفظها والاحاطة بأسبابها وظروف تشريعها ، وهذا هو الملائم لحالة العرب ، وهم المسلمون الاولون ، اذ ما كانت القراءة والكتابة شائعة فيهم ، وكان جل اعتمادهم على ذاكرتهم وحفظهم ، فمن حقهم أن تراعى حالتهم هذه وتنزل عليهم الاحكام شيئا فشيئا حتى يمكن استيعابها ومعرفة وحفظها .

#### والتدرج في التشريع أنواع :

أ - تدرج زمني : بمعنى أن الاحكام ما كانت تنزل في زمن واحد ، وانما كان منها المتقدم ومنها المتأخر كما هو معروف ، فأحكام القانون الاسلامي ما شرعت دفعة واحدة وانما استغرق تشريعها طيلة مدة النبوة .

ب - تدرج في أنواع ما شرع من أحكام : وهذا أمر ظاهر ، فان المسلمين لم يكلفوا بالتكليفات الكثيرة في بدء الاسلام ، بل أخذوا بالرفق تسيرا على نفوسهم ، فجاءت التكليفات قليلة أولا ليكون كل تكليف سابق تمهيدا لقبول التكليف اللاحق . فالصلاة مثل شرعت في أول الامر صلاة بالغداة وصلاة بالعشي ثم جعلت خمس صلوات في اليوم والليلة . والزكاة ما كان لها حد محدود وانما ترك الامر للمسلم ينفق ما يستطيعه ويشاؤه ،

ثم عيّنت مقاديرها على سبيل الالتزام • والخمر ما حرمت رأسا وإنما مهد لها بيان أضرارها أولا ثم النهي عن قربان الصلاة في حالة السكر ثانيا ثم جاء التحريم القاطع أخيرا • والقتال كان في بدء الاسلام غير مأمور به لقلة عدد المسلمين ، فأمروا بالعفو والصبر على الاعداء ، والاعراض عنهم وترك مقاتلتهم ، قال تعالى : « اتبع ما أوحى اليك من ربك لا اله الا هو وأعرض عن المشركين » (١) ثم لما قوي المسلمون أذن لهم في القتال دفاعا عن أنفسهم ، قال تعالى : « أذن للذين يقاتلون بأنهم ظلموا وان الله على نصرهم لقدير » (٢) ثم فرض عليهم القتال فرضا قال تعالى : « وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا ان الله لا يحب المعتدين » (٣) « وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله » (٤) •

ج - تدرج بذكر الاحكام بشكل كلي ثم يأتي التفصيل بعد ذلك •  
فالتشريع المكّي ، فيما تعرض له من أحكام عملية ، جاء بشكل كلي ثم جاء التشريع المدني مفصلا لهذا الكلي (٥) •

#### ١١٩ - ثانيا - رفع الحرج :

ومن مميزات التشريع في هذا الدور أيضا ، رفع الحرج (٦) • وهذا ظاهر للمتبع لاحكام الشريعة ، فهناك نصوص صريحة تدل على أن الشارع ما يريد به بعباده الا التيسير والتخفيف ولا يريد بأحكامه التضييق والتشديد قال تعالى : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » « يريد الله ان يخفف عنكم » « وما جعل عليكم في الدين من حرج » • وفي السنة أيضا

(١) سورة الانعام ، الآية ١٠٦ •

(٢) سورة الحج ، الآية ٣٩ •

(٣) سورة البقرة ، الآية ١٩٠ •

(٤) سورة الانفال ، الآية ٣٩ •

(٥) الشاطبي ج ٣ ص ٤٦ وما بعدها •

(٦) وهذه الميزة ليست خاصة بهذا الدور ، بل هي ميزة أصيلة للتشريع الاسلامي لا ينفك عنها في أي دور من الادوار •

الشيء الكثير من النصوص بهذا المعنى ، من ذلك « يسروا ولا تعسروا »  
« بعثت بالحنيفة السمحة » • وصح أن النبي (ص) ما خير بين شيئين الا  
اختر أيسرهما • وقال عليه السلام : « لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم  
بالسواك عند كل صلاة » •

فرفع الحرج أصل مقطوع به في الشريعة ، ومن مظاهره ما يأتي :  
أ - اعتبار المرض والسفر والاكراه والخطأ والنسيان اعذارا لتخفيف  
الاحكام وتشريع الرخص • والقاعدة الشرعية «الضرورات تبيح المحظورات»  
بنيت على أصل رفع الحرج دفعا للمشاق والضيق عن أصحاب الاعذار  
والضرورات •

ب - قلة التكاليف في الشريعة : ~~ففي~~ التشريع الآلهي في هذا العصر لم  
يأت بتكاليف كثيرة ترهق المكلفين لان في الارهاق حرجا وضيقا ، والخرج  
مرفوع كما قدمنا • كما أن المقصود من التكليف ايصال المكلف الى الحياة  
السعيدة في الدنيا والآخرة فلا يأتي التشريع الا بالقدر اللازم الذي تطيقه  
الطبيعة البشرية • ومما يدل على أن رغبة الشارع تقليل التكاليف ما أمكن  
التقليل ما جاء في السنة من أحاديث منها : « ان الله فرض فرائض فلا  
تضيفوها وحد حدودا فلا تعتدوها وحرم أشياء فلا تنتهكوها ، وسكت عن  
أشياء رحمة بكم غير نسيان فلا تبحثوا عنها » وعندما سأل أحدهم النبي (ص)  
عن الحج وهل هو في كل عام ؟ قال النبي (ص) : « لو قلت نعم لوجبت ،  
ذروني ما ترككم فانما هلك من كان قبلكم بكثرة مسائلهم واختلافهم على  
أنبيائهم » •

#### ١٢٠ - ثالثا - النسخ :

ومعناه رفع الحكم السابق بحكم لاحق • وقد وقع النسخ في التشريع  
الاسلامي في هذا الدور فقط ، وسببه رعاية المصلحة ورفع الحرج والضيق  
عن المكلفين وأخذهم بسنة التدرج والرفق ، فمن ذلك :

الشريعة الاسلامية (م-أ)

أ - ان عدة المتوفى عنها زوجها كانت في أول الامر سنة كاملة وكان  
على الزوج أن يوصي لها بالنفقة والسكنى في هذه المدة ، قال تعالى :  
« والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا وصية لأزواجهم متاعا الى الحول  
غير اخراج »<sup>(١)</sup> ثم جعلت العدة أربعة اشهر وعشرة ايام ، قال تعالى :  
« والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن اربعة أشهر  
وعشرا »<sup>(٢)</sup> .

ب - وكانت الوصية للوالدين والاقربين واجبة ثم نسخت باية  
المواريث كما جاءت السنة مؤكدة لهذا النسخ فقد جاء في الحديث عن النبي  
(ص) : « ان الله أعطى كل ذي حق حقه ألا لا وصية لوارث » .  
ج - نهى النبي (ص) عن زيارة القبور ثم أباحها بعد ذلك ، فقد جاء  
في الحديث : « كنت قد نهيتكم عن زيارة القبور ، ألا فزوروها فانها تذكركم  
الآخرة » .

د - سنهاهم النبي (ص) عن ادخار لحوم الاضاحي لاجل الوفود التي  
جاءت الى المدينة ثم أباح لهم الادخار بعد ذلك .  
هـ - كانت القبلة أولا الى بيت المقدس ثم جعلت القبلة في الصلاة  
الى الكعبة .

#### ١٢١ - الاجتهاد في هذا العصر واثره في التشريع :

قلنا ان الفقه في هذا العصر هو فقه الوحي ، أي أن مصدر التشريع  
هو وحي الله في قرآنه أو على لسان رسوله في السنة . ولكن ثبت ان النبي  
(ص) اجتهد ، وانه أذن لأصحابه بالاجتهاد وأقرهم على بعض ما اجتهدوا  
فيه ، فهل يعتبر الاجتهاد في هذا الدور مصدرا للفقه وتشريع الاحكام ؟  
هذا ما نجيب عليه مبتدئين أولا بذكر بعض ما اجتهد فيه النبي (ص) وما  
اجتهد فيه أصحابه .

(١) سورة البقرة ، الآية ٢٤٠ .

(٢) سورة البقرة ، الآية ٢٣٤ .

١٢٢ - فمن اجتهادات النبي (ص) انه أخذ الفداء من أسرى بدر ، لان حكم الاسرى لم يشرع في ذلك الحين ولم ينزل الوحي بحكم هؤلاء الاسرى فاجتهد النبي (ص) واستشار أبا بكر وعمر فآشار أبو بكر بأخذ الفداء وخالفه عمر ، فأخذ النبي (ص) الفداء من الاسرى . ومنه أيضا اذنه للمتخلفين عن غزوة تبوك بالبقاء في المدينة بناء على ما أدعوه من أعذاره . ومنه ما جاء في الحديث أن النبي (ص) قال لاحدى أزواجه : « لولا أن قومك حديثو عهد بكفر لبنت الكعبة على قواعد ابراهيم » وهذا الخبر يشهد بأن النبي (ص) كان يرجع بعض الامور على بعض لما يراه من المصلحة للامة . وكذلك قوله عليه السلام : « لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك عند كل صلاة » فهذا تخيير منه عليه السلام في أمر السواك وإثارة ترك الأمر به لدفع المشقة عن الامة .

١٢٣ - ومن اجتهادات الصحابة : أو اذن النبي (ص) لهم بالاجتهاد ، حديث معاذ المشهور ، فان النبي (ص) بعثه الى اليمن وقال له : كيف تصنع ان عرض لك قضاء ؟ قال : أقضي بما في كتاب الله . قال : فان لم يكن في كتاب الله ؟ قال فبسنة رسول الله . قال : فان لم يكن في سنة رسول الله ؟ قال : اجتهد رأيي لا آلو - أي لا أقصر - فضرب رسول الله (ص) يده على صدره وقال : الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي رسول الله . فهذا دليل على اذن النبي (ص) للمسلمين في الاجتهاد . ومن ذلك أن صحابين خرجا في سفر وحن وقت الصلاة ولم يكن معهما ماء فتيما وصليا ثم وجدا الماء قبل خروج الوقت فتوضأ أحدهما وأعاد الصلاة ولم يعد الآخر ، فلما قدما على النبي (ص) وأخبرا بما حصل صوبهما ولم ينكر على أحدهما وقال للذي لم يعد صلاته : « أصبت السنة وأجزأتك صلاتك » . وقال للذي أعاد : « لك الاجر مرتين » . ومن ذلك أيضا أن النبي (ص) لما رجع من معركة الخندق وأراد أن ينزع لباس الحرب أمره الله بالتوجه الى بني قريظة ، فقال النبي (ص) لاصحابه « لا يصلين أحد منكم العصر الا

في بني قريظة ، فساروا مسرعين متوجهين الى بني قريضة ، فلما حان وقت العصر صلى بعضهم في الطريق وأول كلام النبي (ص) بأنه أراد السرعة في السير لا تأخير الصلاة . ولم يصل البعض الآخر الا بعد وصوله الى بني قريظة . ولم ينكر النبي (ص) على أحد الفريقين .

١٢٤ - فالاجتهاد ، اذن ، ثابت وواقع في عصر النبي (ص) . ولكنه لم يكن مصدرا للتشريع مستقلا عن الوحي . وبيان هذا ان اجتهاد النبي (ص) أما أن يكون عن الهام الله له فهذا وحي بالمعنى وهو من قبيل السنة ، واما أن يكون اجتهاده عليه السلام بدون الهام من الله له ، وفي هذه الحالة لا يقره الله على اجتهاده اذا لم يكن صوابا كما في قضية أسرى بدر اذ نزل القرآن مبينا أن أخذ الفداء ما كان صوابا ، وكذا نزل العتاب لاذنه للمتخلفين عن غزوة تبوك بالبقاء في المدينة . قال تعالى : « عفا الله عنك لم أذنت لهم حتى يتبين لك الذين صدقوا وتعلم الكاذبين » . فاجتهاد النبي (ص) مردده الى الوحي وليس بمصدر مستقل للتشريع .

أما اجتهاد أصحابه فمردده الى النبي (ص) فان أقره صار تشريعا للامة وان لم يقره لم يكن تشريعا ، فلا يعتبر اجتهاد الصحابة مصدرا للفقهاء . ولا يقال ما الفائدة اذن من وقوع الاجتهاد اذا لم يكن مصدرا للتشريع ، لان الحكمة من وقوعه اعلام الامة بجواز استنباط الاحكام بطريق الاجتهاد وارشادها اليه .

#### ١٢٥ - لا اختلاف في هذا العصر :

تبين مما قلناه أن النبي (ص) هو مرجع الفتيا والقضاء وهو المبلغ عن الله أحكام الاسلام ، فلا مصدر للتشريع في هذا العصر الا القرآن والسنة . أما اجتهاد الصحابة فمردده الى النبي (ص) فهو الذي يقره أو ينكره ، فما كان اجتهادهم مصدرا مستقلا للفقهاء ، وحيث لا اجتهاد فلا اختلاف ولا تعدد أقوال في المسألة الواحدة ، ولا اجماع .

## ١٢٦ - التدوين في هذا العصر :

اتخذ النبي (ص) كتابا يكتبون له ما ينزل من القرآن ، ومن هؤلاء زيد بن ثابت وعلي بن ابي طالب ، وعثمان بن عفان وغيرهم . كما أن بعض الصحابة كان يكتب لنفسه ما يتيسر له كتابته من آيات القرآن الكريم . وتوفي الرسول (ص) والقرآن محفوظ في الصدور ، مدون كله في الرقاع ونحوها ، الا أنه لم يكن مجموعا في مصحف واحد وانما كان مفرقا حتى تم جمعه في مجموعة واحدة - أي في مصحف واحد - في زمن ابي بكر كما سنذكره فيما بعد .

أما السنة فلم يتخذ النبي (ص) كتابا يكتبونها ولم يأمر بكتابتها ، بل نهى عن كتابتها في أول الامر<sup>(١)</sup> خشية اختلاطها بالقرآن ثم أباح لهم كتابتها فكان بعض الصحابة يكتب ما يسمعه من النبي (ص) مثل عبدالله بن عمر بن العاص<sup>(٢)</sup> . والسبب ، وان لم تدون ، فقد كانت محفوظة في صدور الصحابة وبلغوها لغيرهم ولم يفقد منها شيء ، لان السنة مينة للقرآن وشارحة له ، والقرآن محفوظ بحفظ الله . قال تعالى : « انا نحن نزلنا الذكر وانا له لحافظون » ومن تمام حفظه حفظ السنة له .

---

(١) جاء في صحيح مسلم عن النبي (ص) : « لا تكتبوا عني ، ومن كتب عني غير القرآن فليمحه وحدثوا عني ولا حرج » . ومن كتب علي متعمدا فليتبوا مقعده من النار » . صحيح مسلم ج ١٨ ص ١٢٩ . وهذا النهي محمول - في أول الامر - على خشية اختلاط السنة بالقرآن فلما أمن اللبس والاختلاط أباح لهم أن يكتبوا . ويجوز أن يكون النهي عن كتابة السنة موجها الى كتاب الوحي خاصة لئلا يختلط ما يكتبونه من السنة بما يكتبون من القرآن .

(٢) قال عبدالله بن عمرو بن العاص : كنت أكتب كل شيء أسمعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم أريد حفظه فنهتني قريش فقالوا : انك تكتب كل شيء تسمعه من رسول الله (ص) ورسول الله (ص) بشر ، يتكلم في الغضب والرضا ، فامسكت عن الكتاب فذكرت ذلك لرسول الله (ص) فقال : « أكتب ، فوالذي نفسي بيده ما خرج مني الا حق » : مسند الامام احمد ج ١٠ ص ١٢ .

## الفصل الثاني

### الدور الثاني

عصر الخلفاء الراشدين

١٢٧ - تمهيد :

انقضى عصر النبي (ص) وقد تم فيه التشريع الآلهي في الكتاب والسنة وهما الاعلان العظيمان اللذان خلفهما هذا العصر للعصر الذي تلاه ولجميع العصور اللاحقة به .

وقد بدأ الفقه بالنمو والانتساع في هذا الدور الذي نحن بصدده ، ذلك أن الفقهاء بعد وفاة النبي (ص) واجهوا وقائع وأحداثا ما كان لهم بها عهد في أيام النبي (ص) فكان لابد من معرفة حكم الله فيها . كما أن الحروب التي وقعت وما نتج عنها من قضايا وعلاقات بين المسلمين وبين غيرهم في أثناء الحرب وبعدها أدت إلى كثرة المسائل الفقهية . والفتوحات الإسلامية وما ترتب عليها من امتداد سلطان الإسلام على بلاد كثيرة ، واتصال المسلمين بأهل تلك البلاد ، ولكل بلد أعرافه وعاداته وتقاليده ونظمه ، كل ذلك أدى إلى ظهور مسائل وقضايا جديدة تستلزم معرفة حكم الشرع فيها . وقد قام فقهاء الصحابة بمهمة التعرف على أحكام هذه المسائل والوقائع الجديدة فاجتهدوا واستعملوا آرائهم على ضوء قواعد الشريعة ومبادئها العامة ومعرفتهم بمقاصدها . وهكذا ظهر الاجتهاد بالرأي كمصدر مستقل للفقه بعد أن لم يكن له وجود في عصر النبي (ص) . والاجتهاد - وهو يقوم على الرأي - لابد أن يتبعه اختلاف وهذا ما حصل في هذا الدور وما كان له من وجود في عصر النبي (ص) . وكما اجتهد الفقهاء في هذا العصر واختلفوا فقد اجتهدوا وانفقوا ، والاتفاق هو الاجماع ، وهكذا ظهر الاجماع في هذا الدور كمصدر للفقه وما كان له وجود في عصر النبي (ص) .

كان فقهاء الصحابة - اذا نزلت النازلة - التمسوا حكمها في كتاب الله ، فان لم يجدوا الحكم فيه تحولوا الى السنة ، فان لم يجدوا الحكم ، تحولوا الى الرأي وقضوا بما أداهم اليه اجتهادهم . وكان الاجتهاد في زمن أبي بكر وعمر بن الخطاب اجتهادا جماعيا أي يأخذ شكل الشورى ، فكان الخليفة اذا عرض عليه الامر دعا أولي الرأي والفقه وطرح عليهم المسألة وتناقشوا فيها فاذا اتفقت آراؤهم في حكم المسألة قضى بما اتفقوا عليه ، وان اختلفت أخذ بما يراه صوابا . وكما وقع الاجتهاد الجماعي وقع أيضا الاجتهاد الفردي ، من الخليفة نفسه ومن غيره . الا ان الاجتهاد الجماعي كان هو الغالب في عصر الخليفة الاول والثاني وكان أكثر ما يكون في المسائل العامة كما في مسألة تقسيم أرض السواد في العراق على الفاتحين واستشارة عمر لفقهاء الصحابة وكبارهم في هذه المسألة .

وقد وردت عن فقهاء الصحابة في هذا العصر آثار كثيرة تدل على أن نهجهم في استنباط الاحكام هو ما ذكرناه ، وانهم كانوا يأخذون بالرأي حيث لا نص في المسألة ، وان الاجماع كان معتبرا عندهم . فمن ذلك (١) : أ - كان أبو بكر اذا ورد عليه الخصوم أو عرضت عليه مسألة نظر في كتاب الله ، فان وجد فيه ما يقضي به قضى به ، وان لم يجد في كتاب الله نظر في سنة رسوله (ص) فان وجد فيها ما يقضي به قضى به ، فان أعيا ذلك سأل الناس : هل علمتم أن رسول الله (ص) قضى فيه بقضاء ؟ فربما قام اليه القوم فيقولون قضى فيه بكذا وكذا فيقضي به ، فان لم يجد سنة سنّها النبي (ص) جمع رؤساء الناس فاستشارهم ، فاذا اجتمع رأيهم على شيء قضى به . وكان عمر يفعل ذلك .

ب - كان ابو بكر يجتهد برأيه ويقول هذا رأيي فان يكن ضوابا فمن الله وان يكن خطأ فمني واستغفر الله .

(١) اعلام الموقعين ج ١ ص ٤٥ وما بعدها .

ج - وعمر بن الخطاب اجتهد برأيه ، وكان يقول لكتابه : قل هذا ما رأى عمر بن الخطاب • وكتب عمر بن الخطاب الى شريح : اذا وجدت شيئا في كتاب الله فاقض به ولا تلتفت الى غيره ، وان أذاك شيء ليس في كتاب الله فاقض بما سن رسول الله (ص) ، فان أذاك ما ليس في كتاب الله ولم يسن فيه رسول الله (ص) فاقض بما أجمع عليه الناس ، وان أذاك ما ليس في كتاب الله ولا سنة رسول الله (ص) ولم يتكلم فيه أحد قبلك فان شئت أن تجتهد برأيك فتقدم وان شئت أن تتأخر فتأخر ، وما أرى التأخر الا خيرا لك • ركتب عمر بن الخطاب الى ابي موسى الاشعري : اعرف الاشياء والامثال وقس الامور •

د - قال عبدالله بن مسعود : من عرض له منكم قضاء فليقض بما في كتاب الله فان لم يكن في كتاب الله فليقض بما قضى فيه نبيه (ص) فان جاء أمر ليس في كتاب الله ولم يقض فيه نبيه (ص) فليقض بما قضى به الصالحون ، فان جاء أمر ليس في كتاب الله ولم يقض به نبيه (ص) ولم يقض به الصالحون فليجتهد برأيه ، فان لم يحسن فليقم ولا يستحي •  
أما ما روي عن فقهاء الصحابة من ذم الرأي فهو مجمول على ذم الرأي الفاسد أو الرأي فيما ورد فيه النص ، أو الرأي بالنسبة لغير القادر عليه<sup>(١)</sup> •

١٢٩ - البرهان على صحة طريقتهم في التعرف على الاحكام :

قلنا ان فقهاء الصحابة ، ومنهم الخلفاء الراشدون ، كانوا يتلمسون الحكم في كتاب الله ثم في سنة رسوله (ص) فان لم يجدوا فيها حكم المسألة تحولوا الى الاجتهاد بالرأي • ولا شك ان هذا النهج هو النهج السليم ، ويدل على ذلك أمور :

أولا : فيما يخص الرجوع الى الكتاب والسنة ، وردت آيات كثيرة

(١) انظر اعلام الموقعين ج ١ ص ٥٥ وما بعدها ، حيث يقسم ابن القيم الراي الى ثلاثة اقسام ويوفق بين اخذ فقهاء الصحابة بالرأي وضمهم له .

توجب اتباع ما جاء فيها •

ثانيا : وأما الاجتهاد بالرأي ، فيدل عليه أن النبي (ص) نفسه اجتهد فيما لم ينزل عليه فيه وحي ، وانه (ص) أذن لصحابته في أن يجتهدوا كما في حديث معاذ بن جبل وغيره ، كما ان تعليل الاحكام في القرآن وفي السنة ، يشعر ان تشريع الاحكام مقصود به تحقيق مصالح العباد ودرء المفاسد عنهم • فإذا طرأت مسألة لا حكم لها في الكتاب والسنة واستببط حكمها في ضوء المصلحة فان هذا الاستبباط يكون موافقا لاتجاه الشارع في تشريعه الاحكام •

١٣٠ - المقصود بالرأي :

قلنا ان الصحابة اجتهدوا واستعملوا آراءهم فيما لا نص فيه ، فما المقصود بالرأي ؟ الرأي كما يقول الامام ابن القيم : ما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب مما تتعارض فيه الامارات ، فلا يقال لمن رأى بقلبه أمرا غائبا عنه مما يحس به انه رأيه ، ولا يقال أيضا للامر العقول الذي لا تختلف فيه العقول ولا تتعارض فيه الامارات انه رأي وان احتاج الى فكر وتأمل كدقائق الحساب ونحوها<sup>(١)</sup> •

والواقع ان الرأي لم يتعدد في هذا العصر بمعنى واحد لا يشركه فيه غيره ، بل كان شاملا لما سمي فيما بعد بأسماء خاصة كالقياس والمصالح المرسلة وسد الذرائع • وهذا واضح من المسائل التي رجعوا فيها الى الرأي ، فمن تلك المسائل ما كان مردها الى القياس كما في أخذهم بالعول في الميراث وادخال النقص على جميع ذوي الفروض قياسا على ادخال النقص على الغرماء اذا ضاق مال المفلس عن ايفاء ديونهم • وكما في قول ابن عباس في نهى النبي (ص) عن بيع الطعام قبل قبضه : احسب كل شيء بمنزلة الطعام • وهذا القول من ابن عباس يدل على أخذه بالقياس • وتوريتهم مطلقة الفار أي من طلق زوجته باثنا في مرض موته ، أصله سد الذرائع • وقتلهم الجماعة بالواحد مأخذه المصلحة المرسلة وسد الذرائع •

(١) ابن القيم ، اعلام الموقعين ، ج ١ ص ٥٥ •

### ١٣١ - التفاتهم الى تعليل الاحكام ورعاية المصلحة :

ومع هذا التنوع في وجوه الرأى عند الفقهاء فان المتبع لاجتهادهم يلحظ انه بأنواعه قام على أساس نظرهم الى علل الاحكام ورعايتهم المصلحة ودرء المفسدة . وعلى هذا الاساس لم يطبقوا بعض الاحكام المنصوص عليها لزوال علتها أو لعدم تحقق شروط تطبيق الحكم وان كان قد يرى ظاهريا ان هذه الشروط متحققة ، أو لفرض الردع والزجر عن الوقوع في المفسدة . كما أدى بهم اجتهادهم القائم على ما ذكرناه الى استنباط الاحكام الجديدة تحقيقا للمصلحة ودفعاً للمفسدة .

١٣٢ - فمن الاحكام التي وردت بها نصوص ولم تطبق ، ما يأتي :

#### ١ - سهم المؤلف قلوبهم :

جاء في القرآن الكريم النص على اعطاء المؤلف قلوبهم سهماً من الزكاة ، قال تعالى : « انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله والله عليم حكيم » (١) . والمؤلفة قلوبهم منهم المسلم الضعيف في ايمانه ، ومنهم غير المسلم الذي يخشى شره أو يرتجى اسلامه (٢) ، فكان العطاء لهؤلاء لتقوية ضعف الايمان أو اتقاء شر غير المسلم أو استمالته للإسلام ، وهذه هي علة الحكم باعطائهم يوم كان المسلمون قلة وفي حالة ضعف وبحاجة الى تكثير عددهم واتقاء شر مخالفيهم . وفي زمن عمر بن الخطاب لم يعط شيئاً من الزكاة لمن كانوا يسمون « المؤلف قلوبهم » . وهذا الاجراء من الخليفة عمر بن الخطاب لا يعني الغاء النص أو نسخه ، وانما يعني عدم تطبيقه لعدم توافر شروط التطبيق ، وعدم تطبيق النص شيء والغاء النص شيء آخر ، وما كان لعمر أو غير عمر أن يلغي نصوص القرآن . وتوجيه عمل عمر بن الخطاب ان المسلمين في زمانه كثر عددهم وقويت شوكتهم وصارت لهم

(١) سورة التوبة ، الآية ٦٠ .

(٢) تفسير المنار ج ١٠ ص ٤٩٤ - ٤٩٥ .

دولة قوية مرهوبة الجانب ، وهذه الأحوال التي صار إليها المسلمون تؤدي بطبيعتها الى تقوية اسلام المسيلم الضعيف وتثيينه عليه ، وتساعد على ميل غير المسلم الى الاسلام وكف شره وأذاه عن المسلمين . ومعنى هذا أن علة الحكم باعطائهم من الزكاة قد زالت ، وبزوالها لا يبقى مجال لتطبيق النص بخصوص سهم المؤلفة قلوبهم ، كما لو كان هناك فقراء يعطون من الزكاة باعتبارهم من الفقراء أي لعللة الفقر ، فاذا زالت هذه العلة بأن صاروا أغنياء فانهم لا يستحقون سهم الفقراء لزوال علة اعطائهم وهي فقرهم . فالمؤلفة قلوبهم لم يعد لهم وجود في زمن عمر بن الخطاب لزوال المعنى الذي من أجله استحقوا اسم « المؤلفة قلوبهم » وعدم وجودهم يعني عدم وجود مستحق لهذا السهم . فما فعله عمر بن الخطاب يتعلق بشروط تطبيق النص ، ولا يدل ابدأ على الغاء النص . فالنص بحكم المؤلفة قلوبهم باق الى يوم القيامة ، لا يلحقه نسخ ويلزم تطبيقه اذا تحققت شروط تطبيقه ، كأن تكون للمسلمين حاجة لمن يرى ولي الامر تألفه على الاسلام<sup>(١)</sup> ، ولهذا دفع عمر بن عبدالعزيز الخليفة الاموي المعروف شيئا من أموال الزكاة لمن رأى ضرورة تألفه على الاسلام<sup>(٢)</sup> .

#### ب - ايقاف حد السرقة :

ورد النص في الكتاب بقطع يد السارق ، ولكن عمر بن الخطاب أوقف تطبيق هذا النص في عام المجاعة فلم يقطع أيدي السراق . وكذلك أوقف تطبيقه على غلثة لحاطب بن بلتعة سرقوا ناقة لرجل من مزينة . ومأخذ عمر فيما ذهب اليه هو ادراكه علة الحكم وفهم حكمته وشروط تطبيقه ، فالسرقة جريمة شنيعة لانها اعتداء على مال الغير فاناسبها عقوبة قطع اليد ردعا وزجرا عنها ، ولكن هذه الجريمة تستلزم تحقق شروط كثيرة منها انتفاء الضرورة لان « الضرورات تبيح المحظورات » كما تنطق القاعدة الفقهية ، والناس في عام المجاعة كانوا في ضيق شديد جدا مما يجعل تلك

(١) الاموال لابي عبيد ص ٦٠٧ .

(٢) الطبقات الكبرى لابن سعد ج ٥ ص ٢٥٨ .

الظروف من قبيل الضرورات التي توجب على صاحب المال بذله للمحتاج أما بضمن المثل وأما بالمجان على خلاف بين العلماء ، فإذا لم يدفعه للمحتاج وسرق هذا مال الغير فإن فعله يعتبر من قبيل ما يجري عند الضرورة من فعل المنهيات ولا يعتبر سرقة بالمعنى الذي يستوجب عقوبة قطع اليد . أما قصة غلطة حاطب بن بلتعة ، فقد ذكر عمر بن الخطاب السبب الذي دعاه الى عدم قطع أيديهم فقد قال مخاطباً عبدالرحمن بن حاطب « والله لولا اني أعلم أنكم تستعملونهم وتجيعونهم حتى أن أحدهم لو أكل ما حرم الله عليه حل له لقطعت أيديهم » (١) . وهذا الصنيع من عمر بن الخطاب لا يدل على نسخ الحكم والغائه وإنما يدل على فهم عميق لعلة الحكم وشروط تطبيقه واحاطة نادرة بأسرار الشريعة وحكمها ومبنى أحكامها . وبعد فإن عدم تطبيق الحكم في واقعة معينة لا يعني إلغاء الحكم وإنما يعني عدم توافر شروط التطبيق في هذه الواقعة ! .

#### ج - ضوال الأبل :

جاء في الحديث الصحيح عن زيد بن خالد أنه سأل النبي (ص) عن ضالة الأبل فقال النبي (ص) : « مالك ولها ، دعها فإن معها حذاءها وسقاءها ، ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها » . (٢) . فالحديث صريح في النهي عن التقاط ضالة الأبل ، وهكذا كان الحكم في عهد النبي (ص) وعهد أبي بكر وعمر . ولكن في زمان عثمان بن عفان أمر بأخذها وبيعها وحفظ أثمانها الى أن يظهر صاحبها . وفي زمن علي بن أبي طالب جعل لضوال الأبل بيتاً خاصاً يجلس فيها فيه ويطعمها ويسقيها من مال بيت المال الى أن يظهر صاحبها ويثبت أنها له (٣) . ولا شك أن ما فعله عثمان وعلي مرده ملاحظة المصلحة التي شرع الحكم من أجلها ، وهي حفظ الأبل الضائعة لصاحبها .

(١) اعلام الموقعين ج ٣ ص ٧ - ٨ .

(٢) نيل الاوطار للشوكاني ج ٥ ص ٣٣٨ - ٣٣٩ .

(٣) شرح الباجي لموطأ مالك ج ٦ ص ١٤٢ و ج ٧ ص ٦٨ والزرقاني شرح موطأ مالك ج ٣ ص ١٢٩ .

وقد كان هذا الحفظ يكفي لتحصيله ترك الأبل دون التقاطها فيأتي صاحبها ويأخذ أبله . إلا أن هذه المصلحة لم يعد بالإمكان تحقيقها بطريق ترك الأبل على حالها خوفاً من أن تمتد يد غير آمنة إليها وتأخذها نظراً لتغير النفوس فيضيع المال على صاحبه ، فكان هذا التغير داعياً إلى التقاط الأبل وبيعها كما رأى عثمان ، أو حفظها في محل معين كما رأى علي . وفي هذا وذاك حفظ المال على صاحبه وهو الغرض الذي من أجله شرع الحكم ، فلم يكن ما فعله عثمان وعلي مخالفاً للحديث إلا مخالفة ظاهرية وهو في الحقيقة موافق للحديث ويحقق الغرض منه .

#### د - الطلاق الثلاث :

كان الطلاق الثلاث بلفظ واحد يعتبر طلقة واحدة على عهد رسول الله (ص) وعهد أبي بكر وستين من خلافة عمر بن الخطاب . فقال عمر إن الناس استعجلوا في أمر كان لهم فيه أناة ، فلو أمضيتم عليهم ، فامضاه عليهم . فعمرو بن الخطاب أوقف تطبيق ما وردت به السنة وهو جعل الطلاق الثلاث بلفظ واحد طلقة واحدة ، لأنه رأى تتابع الناس في هذه المخالفة وإيقاعهم الطلاق ثلاثاً بلفظ واحد وهذا خلاف المشروع ، فأراد زجرهم عن هذه المخالفة سداً لذريعة الفساد فأوقفه عليهم . ولا يقال لم لم يعاقبهم النبي (ص) وأبو بكر بإيقاع الثلاث عليهم ، لا يقال هذا لأن القوم في عصر النبي (ص) وأبي بكر ما كانوا يكثر من إيقاع الطلاق على هذا النحو فكان ما يقع منهم من طلاق ثلاث بلفظ واحد نادراً أو على وجه الخطأ ، أما في زمن عمر فقد كثر منهم هذا الصنيع المخالف لما هو مشروع في باب الطلاق ، فأراد عمر زجرهم عن ذلك بالزامهم بالطلاق الثلاث دفعاً لمفسدة مخالفة الطلاق المسنون<sup>(١)</sup> .

#### ١٣٣ - الأحكام المستنبطة على أساس جلب المصلحة ودفع المفسدة :

ومن الأحكام الجديدة التي استنبطوها بناء على تحقيق مصلحة أو درء

---

(١) أغانة اللهفان لابن القيم ج ١ ص ٢٨٦ ، ٢٣٣ .

مفسدة ما يأتي :

أ - توريث من طلقها زوجها بائنا وهو في مرض الموت ، سدا لذريعة الاضرار بالزوجة . وقد رأى عثمان توريثها سواء مات زوجها في العدة أو بعدها ، ورأى عمر توريثها اذا مات زوجها في العدة ، لا بعدها .

ب - ومن باب سد الذريعة للفساد أيضا ما ذهب اليه عمر من حرمة المرأة مؤبدا على من تزوجها وهي في عدتها<sup>(١)</sup> .

ج - ومنه أيضا جمع القرآن ، وقتل الجماعة بالواحد ، فجمع القرآن اتفق عليه الصحابة . وقتل الجماعة بالواحد ذهب اليه عمر وعليه ولم يعرف لهما مخالف . وكلا الحكمين لوحظ فيه تحقيق المصلحة ودرء المفسدة . ومن هذا القيل أيضا حكم عمر بن الخطاب بامرار الماء من أرض محمد بن مسلمة لسقي أرض جاره الضحاك .

١٣٤ - تقديرهم لأرائهم :

ومع أخذهم بالرأي ورجوعهم اليه ، فما كان أحد منهم يقطع بأن ما وصل اليه هو حكم الله ، وانما كان يقول هذا رأيي فان يكن صوابا فمن الله ، وان يكن خطأ فمني ، والله ورسوله بريثان منه . وهذا ما نقل عن غير واحد من فقهاء الصحابة كأبي بكر وعمر وعبدالله بن مسعود . حتى ان كاتب عمر بن الخطاب أراد أن يكتب : هذا ما رأى الله ورأى عمر ، فقال له عمر بن الخطاب : بشما قلت ، قل هذا ما رأى عمر فان يكن صوابا فمن الله ، وان يكن خطأ فمن عمر<sup>(٢)</sup> .

كما أنهم ما كانوا يلزمون غيرهم بالاخذ بأرائهم فلكل رأيه واجتهاده . يدل على ذلك ما روي أن عمر بن الخطاب بقي رجلا فقال ما صنعت ؟ قال : قضى علي وزيد بكذا ، قال لو كنت أنا لقضيت بكذا ، قال فما منعك والامر اليك ؟ قال لو كنت أردك الى كتاب الله أو الى سنة نبيه (ص) لفعلت ولكني

(١) تاريخ التشريع للخضري ص ١١٨ .

(٢) اعلام الموقعين ج ١ ص ٤٥ ، ١٧٧ .

أردك الى رأي والرأي مشترك ، فلم ينقض ما قال علي وزيد<sup>(٣)</sup> .

#### ١٣٥ - الاكثار من الرأي والاقلال منه :

كان فقهاء الصحابة جميعا لا يلجأون الى الرأي الا اذا لم يجدوا الحكم في الكتاب أو في السنة . الا أنهم ما كانوا سواء في رجوعهم الى الرأي في هذه الحالة فمنهم الكثير من الرأي ومنهم القليل . وكان على رأس الكثيرين عمر وعلي وعبدالله بن مسعود . وعلى رأس القليلين عبدالله بن عمر وعبدالله بن عمرو بن العاص والزبير . وهكذا ظهرت في هذا الدور نزعتان في الفقه : نزعة الاكثار من الرأي ونزعة الاقلال منه . ولا شك أن مرد هاتين النزعتين ليس اعتقاد المقلين حرمة الاخذ بالرأي وانما مرده أمر آخر ، هو ، على ما نرجح ، طبيعة الفقيه نفسه وما فطر عليه ونمط تفكيره . وبيان ذلك ، ان الفقهاء يختلفون في نظرتهم للنصوص واستنباطهم الاحكام ، فمنهم من فطر على حب الوقوف عند ظاهر النصوص والمعنى المتبادر منها وعدم الابتعاد عن هذا المعنى الظاهر المتبادر الا قليلا . ومن شأن هذه النزعة حمل أصحابها على عدم الميل الى الرأي ، والاكتفاء بالنصوص والتهيب من الفتوى بالرأي .

ومن الفقهاء من لا يكتفي بظاهر النصوص ، بل ينزع بفطرته الى التغلغل في معاني النصوص والوقوف على مراميها البعيدة وادراك أسرار التشريع وحكمه . ومن شأن هذه النزعة حمل صاحبها على الميل الى الرأي حيث لا نص في المسألة وعدم التهيب من الافتاء بالرأي .

وقد وجدت هاتان النزعتان منذ زمن النبي (ص) لأنهما تقومان على فطرة الفقيه وما جبل عليه ونمط تفكيره وطبيعة نظرتة للامور وتفهمه للنصوص . ويكفي هنا أن نضرب مثلا واحدا يدل على رجحان ما ذهبنا اليه . فقد روي أن النبي (ص) أمر أصحابه بالتوجه الى بني قريظة وأمرهم أن يصلوا العصر في بني قريظة ، ولما حان وقت العصر صلى بعض المسلمين

---

(٣) اعلام الموقعين ج ١ ص ٥٤ .

في الطريق وقالوا ما أراد الرسول (ص) بقوله الا السرعة في السير وما أراد منا تأخير الصلاة عن وقتها . وفريق آخر لم يصل العصر في الطريق ، بل أخرها الى حين وصوله الى بني قريظة . وقد أخبر الفريقان النبي (ص) بما فعلا فلم ينكر على أحدهما .

#### ١٣٦ - الاختلاف في الرأي :

قلنا ان فقهاء الصحابة اجتهدوا ، والاجتهاد يتبعه اختلاف أو اتفاق . فالاختلاف بالرأي نتيجة حتمية للاجتهاد ، وهو دليل حيوية الفقه كما أنه دليل اعمال الفقهاء عقولهم وشدة حرصهم على معرفة الصواب . وانما كان الخلاف أمرا طبيعيا للاجتهاد بالرأي لان العقول ليست واحدة ، ومدارك الفقهاء ليست واحدة ، وعمق الملكة الفقهية ليست واحدة في الجميع . وعلى هذا فنحن لا نضيق باختلاف الفقهاء ولا نستغرب منها ، بل نعدّها نزوة قانونية عظيمة خلفها السلف للخلف . على أن هذا القول لا يعني أننا نحرص على الاختلافات ونؤثر وقوعها ، لا ، لا نقصد هذا ولا نريده وانما نريد ان نبين أن الخلاف أمر طبيعي في كل اجتهاد وانه بجوهره وجه من وجوه الشريعة وتنزيل أحكامها العامة على الوقائع . فاذا عرفنا هذه الحقيقة نجونا من داء التعصب الذميم لاقوال بعض المجتهدين دون بعض بلام دليل أو برهان ، فالشريعة أوسع من أن يحيطها مذهب مجتهد معين سواء أكان هذا المجتهد الفقيه صاحبيا أم غير صاحبيا . ولهذا فقد اختلف فقهاء الصحابة في بعض ما اجتهدوا فيه .

#### ١٣٧ - أسباب اختلاف الفقهاء في هذا العصر :

يرجع اختلاف الفقهاء في هذا العصر الى جملة أسباب نذكر منها ما يلي :

أولا : اختلافهم بسبب علم البعض بالسنة وعدم علم البعض الآخر بها . وتفصيل ذلك ، ان السنة ما كانت مدونة كما أن أحدا ما كان يستوعبها حفظا ، وانما كانت موزعة فيما بينهم ، فقد يعلم بعضهم منها ما لا

يعلمه الآخرون • وقد ترتب على ذلك أن من علم سنه بويه معيه أفتى بمقتضاها ، ومن لم يعلمها أفتى بما يؤديه اليه اجتهاده ، وربما وافق اجتهاده حكم السنة وربما خالفه • فمن ذلك أن عمر بن الخطاب ما كان يرى أن أصابع اليد في الدية سواء حتى بلغته سنة النبي (ص) القاضي في مساواة أصابع اليد في الدية فعدل عن رأيه • وكان ابن عباس يرى أن الحامل المتوفى عنها زوجها تعتد أبعد الاجلين ، إذ لم تبلغه سنة النبي (ص) في سبعة الاسلمية حيث أخبرها النبي (ص) أن عدتها تنقضي بوضع حملها • وكان زيد بن ثابت وعبدالله بن عمرو وغيرهما يرون أن المرأة المتوفى عنها زوجها قبل الدخول وقبل أن يفرض لها مهرا ، أن لا شيء لها من المهر ، لأنهم لم تبلغهم سنة النبي (ص) في بروء بنت واشق الذي جعل لها مهر المثل (١) •

ثانيا : اختلافهم بسبب عدم ونوقهم بالسنة • فقد يجهل أحدهم السنة فإذا رويت له ربما لا يطمئن بروايتها ولا يثق براويها لاي سبب كان ، فلا يأخذ بها • فمن ذلك أن عمر بن الخطاب لم يثق بحديث فاطمة بنت فيس حيث قالت أن النبي (ص) لم يفرض لها نفقة ولا سكنى لما طلقها زوجها بائنا (٢) •

ثالثا : اختلافهم بسبب اختلافهم في فهم النصوص : فمن ذلك اختلافهم في المدة هل هي ثلاثة أطهار أو ثلاث حيض ، ومرد اختلافهم الى المقصود بكلمة قروء الواردة في قوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » (٣) فالقروء جمع قروء وتستعمل بمعنى الطهر وبمعنى الحيض ، فمنهم من حمله على معنى الطهر ومنهم من حمله على معنى الحيض •

(١) محاضرات في أسباب اختلاف الفقهاء تأليف اسناديا على الخلف ص ٢٥ وما بعدها •

(٢) تاريخ التشريع الاسد الخضرى ص ١٢٠ - ١٢١ •

(٣) سورة البقرة ، الآية ٢٢٨ •

رابعا : اختلافهم بسبب الاجتهاد فيما لا نص فيه . ذلك أن المسائل التي حدثت في هذا العصر ولم ترد فيها نصوص ، اجتهد الفقهاء في استنباط أحكامها ، وكانت طرقهم في استنباط الاحكام لهذه المسائل متعددة ، فتارة يستعملون القياس وطورا يأخذون بالمصلحة أو بسد الذرائع أو غيرها . والانتظار يختلف في هذه الاساليب ، والآراء تتباين فيها ، مما يؤدي الى وقوع الخلاف في هذه المسائل ، فمن ذلك ان أبا بكر كان يساوي بين الناس في العطاء ، وكان عمر يخالف بينهم على أساس سابقتهم في الاسلام ، وكان أساس الاختلاف فيما يتحقق به العدل في العطاء ، فكان أبو بكر يرى العدل في المساواة ولا دخل للأسبقية في الاسلام في تقسيم المال ، وعمر كان يرى ان من تمام العدل عدم مساواة من أسلم أولا وهاجر ونصر الاسلام بمن أسلم أخيرا ولم ينصر الاسلام نصرة الاولين .

ومن ذلك رأي الامام عمر فيمن نكح امرأة في عدتها ودخل بها انها تحرم عليه حرمة مؤبدة بعد التفريق بينهما عقوبة له وردعا للآخرين . ورأي الامام علي بن أبي طالب أن لا داعي لتحريمها عليه ، بل يكفي التفريق بينهما وتمزيقه على ما فعل . فالاختلاف هنا مرده النظر والرأي وتقدير الحاجة الى الزجر بتحريم المرأة على من تزوجها وهي في العدة<sup>(١)</sup> .

#### ١٣٨ - الاختلاف قليل لا كثير :

ومع أن الفقهاء في هذا العصر اختلفوا ، الا أن اختلافهم كان قليلا لا كثيرا لان الاجتهاد كان يأخذ شكل الشورى لا سيما في زمن أبي بكر . عمر وهذا المسلك يقرب وجهات النظر ويقضي على الاختلاف في معظم الاحيان . كما أن الفقه كان في هذا العصر فقها واقعا بمعنى أن الفقهاء ما كانوا يفرسون المسائل مقدما ويبحثون عن حكمها وانما يفتون اذا وقعت الحادثة وظهرت الحاجة الى معرفة حكمها مما جعل الافتاء قليلا بالنسبة الى ما حدث فيما بعد ، ومع قلة الافتاء يقل الاختلاف . وأيضا فان المسائل

(١) تاريخ التشريع الاسلامي للخضري ص ١١٧ - ١١٨ .

بمجموعها أقل مما حصل في العصور اللاحقة بها . وأخيرا فان فقهاء الصحابة ما كانوا يتهجمون على الفتوى ، بل كانوا يحبون لو لفاهم غيرهم ، ومع فله المتين يقل الاختلاف .

١٣٩ - أكثر فقهاء الصحابة افتاء .

والذين حفظت عنهم الفتوى من اصحاب رسول الله (ص) أكثر من مائه، وثلاثين نفسا ما بين رجل وامرأة . وكان المكثرون منهم في الفتوى سبعة : عمر بن الخطاب وعلي بن ابي طالب وعبدالله بن مسعود وعائشة أم المؤمنين وزيد بن ثابت وعبدالله بن عباس وعبدالله بن عمر . والمتوسطون منهم : أبو بكر الصديق وعثمان بن عفان وأبو موسى الأشعري وسعد بن أبي وقاص وسلمان الفارسي وغيرهم<sup>(١)</sup> .

١٤٠ - التدوين في هذا العصر :

في هذا العصر تم تدوين القرآن الكريم في مجموعة واحدة أي في مصحف واحد بعد أن كان موزعا غير مجموع . وبيان ذلك ، أن عمر بن الخطاب جاء الى أبي بكر وقال له ان القتل استحر بقراء القرآن في القتال وأخشى أن يكثر القتل فيهم في مواطن الجهاد الاخرى فيذهب كثير من القرآن ، واني أرى أن تأمر بجمع القرآن . فقال أبو بكر كيف نفعل شيئا لم يفعله رسول الله (ص) ؟ فقال عمر : هذا والله خير ، فلم يزل يراجع عمر حتى شرح الله صدر أبي بكر لذلك ، فأمر أبو بكر زيد بن ثابت بتتبع القرآن وجمعه ، فتم له ذلك ، وكان زيد من كتاب الوحي<sup>(٢)</sup> . وهكذا دون القرآن في مجموعة واحدة .

أما السنة فلم تدون في هذا العصر وظلت محفوظة في صدور الصحابة بلا تدوين . وقد روي أن عمر بن الخطاب هم بكتابتها الا أنه ترك ذلك .

(١) اعلام الموقعين ج ١ ص ٩ .

(٢) التعريف بالقرآن والحديث تأليف الشيخ محمد بن عبد الله بن عيسى

## الفصل الثالث

### الدور الثالث

١٤١ - تمهيد :

يبدأ هذا الدور من نهاية عصر الخلفاء الراشدين أي من سنة ٤١هـ الى أوائل القرن الثاني للهجرة أي الى قبيل سقوط الدولة الاموية .  
وقد سار الفقه في هذا الدور على نهج الصحابة في الفقه ، لان التابعين تلقوا الفقه عنهم ، وساروا على مناهجهم في استنباط الاحكام . فكان فقهاء هذا العصر يرجعون الى الكتاب ثم الى السنة ثم الى الاجتهاد بالرأي بأنواعه ناظرين الى علل الاحكام ومراعاة المصلحة ودفع المفسدة .  
الا أن التحديث بالسنة شاع في هذا العصر وازداد لاسباب سنذكرها .  
والاجتهاد بالشورى - وما يتبعه من اجماع على رأي واحد أو على الأقل تقليل الاختلاف لم يعد ممكنا في هذا الدور لتفرق الفقهاء في الامصار وظهور بعض الفرق كالخوارج وغيرهم . واتساع رقعة البلاد الاسلامية وكثرة النوازل أدى الى كثرة المسائل والاختلاف فيها . وأخيرا فان الفقهاء في هذا العصر ما كانوا سواء في نزعتهم الفقهية ، فكان منهم - كما كان في عصر الخلفاء الراشدين - المتعصب من الرأي والجرى فيه ، الا أن ظهور هاتين النزعتين في هذا الدور كان على نحو أشد وأقوى وأوضح من الدور السابق مما أدى الى ظهور مدرسة أهل الحديث ومدرسة أهل الرأي .  
وعلى هذا ، فيمكننا ' مال التطورات في الفقه واتجاهاته في هذا الدور بامور ثلاثة : (أولا) اتساع دائرة الفقه وكثرة الخلاف في مسائله . (ثانيا) شيوع رواية الحديث وأثره في الفقه وغيره ( ثالثا ) ظهور مدرسة أهل الحديث ومدرسة أهل الرأي . وتكلم فيما يلي بإيجاز عن هذه الامور وما يتعلق بها .

## ١٤٢ - اتساع دائرة الفقه وكثرة الخلاف في مسائله :

دائرة الفقه تتسع بازدياد الحوادث والوقائع ، فكل واقعة لابد لها من حكم في الشريعة اما بالنص واما بالاستنباط . وقد ازدادت الحوادث في هذا العصر ، وهذا هو شأن الحياة ، فاحداثها بازدياد مستمر وتطور وتغير . يضاف الى ذلك اتساع رقعة البلاد الاسلامية ، وهذه البلاد تختلف فيما بينها بالعادات والتقاليد والاحوال الاجتماعية والاقتصادية ونمط العيش واسلوب المعاملات ودرجة الحضارة ، وكل هذه الامور تدعو الى تنوع الوقائع وبالتالي كثرة مسائل الفقه واتساع دائرته .

هذا من جهة اتساع دائرة الفقه . أما الاختلاف في مسائله فيرجع الى أسباب كثيرة .

أولاً : انتشار الفقهاء ، من الصحابة والتابعين ، في الامصار الاسلامية واستيطانهم فيها . وقد تبع ذلك اقبال الناس عليهم يستفتونهم ويسألونهم عن حكم الشرع فيما يقع عندهم ، ويتلمذون عنهم علم الدين والفقه في أحكامه . ولا شك أن أولئك الفقهاء ما كانوا سواء في الفقه وحفظ السنة ومقدار الفهم للكتاب والسنة ، الامر الذي يؤدي الى اختلافهم فيما يجتهدون فيه أو يفتنون .

ثانياً : ان الاجتهاد بالشورى ، الذي يؤدي الى الاتفاق على رأى واحد أو تقريب وجهات النظر ، لم يعد ممكناً في هذا الدور ، كما قلنا ، لتفرق الفقهاء والامصار وتعذر المراجعة والمذاكرة والاتصال فيما بينهم على نحو مؤثر كاف . فضلاً عن قيام بعض الفرق الاسلامية كالخوارج وغيرهم ، وهذه الفرق تختلف فيما بينها في مناهج الاستنباط ومناحي الاستدلال وعدم اطمئنان كل فرقة بما عند الاخرى من فقه وكل هذه الامور تؤدي الى الاختلاف في الرأي .

ثالثاً : ان البلاد التي نزلها الفقهاء ، كانت مختلفة فيما بينها في العادات والتقاليد ونظم المعاملات وأحوال الاجتماع والاقتصاد ونحو ذلك ، كما

قلنا ، وهذا الاختلاف يؤثر في اجتهادات الفقهاء ، لان الفقيه يراعي احوال بلده وظروفه ما دامت غير مخالفة للشرع .

رابعا : ان أهل كل بلد تلقوا العلم عن فقهاءهم ووثقوا بهم لمعرفةهم بهم ومخالطتهم لهم وقد دعاهم ذلك الى التعلق بفتاويهم والوثوق بمروياتهم والسير على منهاجهم ، فما كان السهل عليهم التحول عما ألفوه وعرفوه وساروا عليه ، كما لم يحسوا بالحاجة الملحة الشديدة الى معرفة فقه غير بلدهم ويبحث ما عند فقهاءه . وهكذا نجد كل قطر يلزم فتاوى وآقضية فقهاءه . فأهل المدينة أكثر ما يتبعون فتاوى عبدالله بن عمر الصحابي المعروف ، وفتاوى عبدالله بن عباس وتلاميذه كعجابه بن جبر وعطاء بن أبي رباح ، وطاووس بن كيسان . وأهل الكوفة اعتمدوا فتاوى عبدالله بن مسعود ومن تلقى الفقه عنه من التابعين كعلقة النخعي والاسود بن يزيد وإبراهيم النخعي . وأهل البصرة اعتمدوا على فتاوى أبي موسى الأشعري ، وائس بن مالك ، ومحمد بن سيرين . وأهل الشام عولوا على فتاوى معاذ بن جبل وعبادة بن الصامت ومن تخرج على أيديهم من التابعين مثل أبي أدريس الخولاني وعمر بن عبدالعزيز ونحوهما . وأهل مصر أخذوا بفتاوى عبدالله بن عمرو بن العاص<sup>(١)</sup> .

١٤٣ - شيوع رواية الحديث ، سببه وأثره :

كان التحديث عن رسول الله (ص) في عهد الصحابة قليلا<sup>(٢)</sup> ، أما في هذا الدور فقد شاعت رواية الحديث وكثرت ، وسبب ذلك تفرق الفقهاء في البلاد وتجدد الحوادث وضرورة البحث عن أحكامها ، فكان ذلك داعيا الى السؤال عن السنة وقيام الحافظين لها بالتحديث واستنباط الاحكام منها .

(١) انظر اعلام الموقعين ج ١ ص ١٧ وما بعدها . وتاريخ الفقه الاسلامي ، للشيخ السائيس ورفقائه ص ٨٠ .

(٢) وسبب قلة التحديث في عصر الصحابة قلة الوقائع ، ومعرفة الصحابة بالسنة ، فما كانت هناك من حاجة للتحديث بالسنة ابتداء قبل وقوع الحادثة . وما نقل عن عمر من النهي عن كثرة التحديث محمول - في نظرنا - على عدم وثوقه بضبط من يحدث مما قد يؤدي ذلك الى الخطأ .

ولا شك ان اولئك الفقهاء ما كانوا سواء في درجة حفظ السنه ، فقد كان عند بعضهم من السنه ما ليس عند الآخر وكان منهم المكثرون في الرواية والمقلون<sup>(١)</sup> .

وكان من أثر شيوع رواية الحديث ما يأتي :

أ - اتساع الاحكام وكثرة الاستنباط من السنه ، والسنه هي ماده الفقه ومصدره الثاني .

ب - كثرة وضع الحديث من قبل المفسدين المنطوية قلوبهم على بغض الاسلام والكيد له . فقد استغل هؤلاء كثرة التحديث عن رسول الله (ص) فلفقوا الاحاديث ونسبوها الى النبي (ص) وأشاعوها بين المسلمين لافساد دينهم ، وقد شارك في وضع الحديث بعض المتعصبين لآرائهم من أصحاب الفرق المختلفه ، وبعض الجهلة الذين أرادوا - بزعمهم - الخير للناس فوضعوا الاحاديث في باب الفضائل والترغيب والترهيب .

ج - وقد ترتب على وضع الحديث عرقلة سير الفقه وتفسير طريقة الفقهاء وابطائهم في عملهم ، فبعد أن كان الفقيه يسمع الحديث مطمئنا واتقا بصحته فيصرف الى النظر فيه والاستنباط منه ، صارت مهمته - بعد كثرة الوضع - شاقة ، اذ صارت مهمته فحص الحديث سندا ومتا للتأكد من صحته قبل ان ينظر فيه ويستنبط منه . كما أن شيوع الوضع أدى بفقهاء العراق الى اشتراط شروط قليلة لقبول الحديث مما أدى الى تقليلهم الرواية وقبول القليل مما يسمعون وهذا أدى بهم الى اللجوء الى الرأي أكثر من غيرهم .

د - ولكن مكيدة الوضعيين لم تمر كما قدرُوا ولم تتخدع الامة بما وضعوا ولفقوا فقد قامت ثلة من أعيان علماء الاسلام للكشف عن أولئك

---

(١) السنه لم يحفظها واحد وانما هي محفوظة في الامة . فالصحابة حفظوا السنه بمجموعهم ولم يحفظها واحد بعينه . والسبب في ذلك أن النبي (ص) كان يصدر منه القول أو الفعل فيحفظه ويعيه من كان حاضرا ويغيب عن من كان غائبا .

الوضاعين واظهار كذبهم وتعريف الامة بهم واحدا واحدا ، وهكذا بدأ يتكون علم جديد ليس له نظير عند غير المسلمين ، وهو ما يسمى بعلم الجرح والتعديل ، أو علم الرجال . وهذا العلم دقيق جليل القدر عظيم الفائدة يهدف الى خدمة السنة والكشف عن أحوال رواتها واحدا واحدا وتميز الصادق من الكاذب والضابط من الواهم ، والموثوق بروايته من المظنون فيها . وقد بدأ الكلام في الجرح والتعديل في بداية هذا العصر ، فنقلت أقوال في هذا العلم عن عبدالله بن عباس ثم عن غيره من التابعين ثم تابع القول فيه حتى صار علما مستقلا قائما بذاته له قواعده واصوله ورجاله .

#### ١٤٤ - ظهور مدرسة أهل الحديث ومدرسة أهل الرأي :

قلنا ان الاجتهاد بالرأي في عصر الخلفاء الراشدين كان يقوم على أساس النظر الى علل الاحكام ومراعاة المصلحة ، وان الفقهاء كانوا فريقين : فريق يتهيب من الرأي ولا يلجأ اليه الا قليلا . وفريق لا يتهيب من الرأي بل يلجأ اليه كلما وجد ضرورة لذلك . وفي هذا العصر اشتد ظهور هاتين النزعتين وأخذت تتحدد ملامح كل منهما وتبين مناهجها ويكثر أنصارها ، فقد وجد الفقهاء من هاتين النزعتين ، فكان منهم الوقافون عند النصوص لا يتجاوزونها ولا يميلون الى الرأي ، ورأوا في منهجهم هذا العصمة من الفتن التي وقعت ، والسلامة من الوقوع في الخطأ والزلل والتهجم على الشريعة بغير علم . وكان أكثر هؤلاء الفقهاء في المدينة بالحجاز . كما وجد من الفقهاء من لا يقف عند النصوص ، بل يقوص في معانيها ويتعرف عللها ويبني على هذه العلل وتلك المعاني الاحكام الجديدة ، ولذا فما كان هؤلاء يتهيبون من الافتاء بالرأي ولا يرون فيه تهجما على الشريعة بغير علم ، بل فيه سلوك ما أرشدت اليه نصوص الشريعة وما ورد فيها من تعليل الاحكام . كما أن هؤلاء وجدوا في كثرة وضع الحديث ما يدفعهم الى المزيد من استعمال الرأي ، وكان أكثر هذا النوع من الفقهاء في الكوفة بالمراق .

وهكذا ظهرت مدرسة أهل الحديث في المدينة ، ومدرسة أهل الرأي في الكوفة •

#### ١٤٥ - أساس الخلاف بين المدرستين :

وليس الخلاف بين المدرستين في الاحتجاج بالسنة ، فهذا لا خلاف فيه ، وإنما الخلاف في أمرين : (الاول) الاخذ بالرأي (والثاني) في تفريع المسائل بناء على الرأي • وتتكلم فيما يلي عن كل أمر من هذين الأمرين على حدة •

#### الامر الاول - الاخذ بالرأي :

فأهل الحديث يقفون عند النصوص والآثار والمعاني المتبادرة منها ولا يميلون الى الرأي ولا يأخذون به الا اضطرارا وربما توقف بعضهم عن الافتاء بالرأي فيما لا نص فيه ، فقد روي أن رجلا جاء الى سالم بن عبد الله بن عمر وسأله عن مسألة فقال : لم أسمع فيها شيئا ، فقال الرجل : فاجبرني - أصلحك الله - برأيك ، فقال : لا ، ثم أعاد عليه السائل سؤاله قائلا : اني أَرْضَى برأيك ، فقال سالم : لعلي ان أخبرتك برأيي ثم تذهب بعد ذلك فأرى رأيا فلا أجذك<sup>(١)</sup> • وهكذا كان فقهاء مدرسة الحديث يتهيبون من الفتوى بالرأي ويؤثرون الوقوف عند النصوص والآثار ولا يريدون الافتاء بدونها •

أما فقهاء مدرسة الرأي فما كانوا يتهيبون من الفتوى بالرأي ما دام لا نص في الكتاب ولا في السنة فيما يجتهدون فيه • ولهذا آكروا من استعمال الرأي بخلاف الاولين ، وحجتهم في ذلك أن أحكام الشريعة معقولة المعنى وانها اشتملت على مصالح العباد ، وبنيت على أساس تحقيق تلك المصالح فلا بد من البحث عن تلك العلل والمصالح التي شرعت الاحكام من أجلها حتى يمكن للفقهاء استنباط الاحكام الجديدة على ضوء هذه المصالح

---

(١) تاريخ الفقه الاسلامي ، للشيخ محمد علي السائيس ورفقائه

وتلك العلة • ويستدلون أيضا بفعل كبار فقهاء الصحابة مثل عمر بن الخطاب وعلي وعبد الله بن مسعود حيث كانوا يأخذون بالرأي وينظرون في علل الأحكام ومقاصدها •

#### الامر الثاني - تفريع المسائل :

كان فقهاء مدرسة الحديث لا يفرعون المسائل ولا يفرضون الوقائع ثم يبحثون عن أحكامها ، ولهذا كان فقههم واقعا لا يفتون الا فيما يقع وبالنصوص والآثار لا بالرأي ، فان أعوزهم النص ربما توقفوا عن الافتاء وربما أفتوا بالرأي مضطرين كارهين وبنطاق ضيق جدا •  
أما فقهاء مدرسة الرأي فما كانوا يقفون عند المسائل الواقعية يستنبطون لها الأحكام ، وانما كانوا يفرضون مسائل ام تقع ويستخرجون لها الأحكام بآرائهم • والحقيقة ان مدرسة الرأي بدأ فقهها واقعا ثم اتجه الى الفرض والتقدير بعد أن استخلص فقهاؤها علل الأحكام ووضعوا القواعد والضوابط للمسائل ، وقد بلغ هذا الاتجاه مداه في مدرسة أبي حنيفة كما سيأتي بيانه فيما بعد •

#### ١٤٦ - اسباب وجود مدرسة الحديث في المدينة ومدرسة الرأي في الكوفة :

ليس وجود مدرسة الحديث في المدينة ، ومدرسة الرأي في الكوفة ذات المدينة وذات الكوفة ، وانما هو ذات الفقيه نفسه وما جبل عليه من طيبة نزاهة الى الرأي أو غير نزاهة اليه • هذا هو السبب المهم - في نظرنا - في تكوين نوع النزعة الفقهية عند الفقيه • ويؤيد ذلك وجود فقهاء رأي في المدينة وفقهاء حديث في الكوفة ، فربيعة بن عبد الرحمن شيخ مالك كان من فقهاء المدينة واشتهر بالرأي حتى سمي بربيعة الرأي • وعامر شراحيل المعروف بالشعبي كان من فقهاء الاثر والحديث ويكره الرأي ولا يرضى بمسلك أصحابه وكان هو في الكوفة ومن فقهاؤها البارزين •

ومع هذا فهناك أسباب وعوامل ساعدت على نشوء مدرسة الحديث في المدينة ومدرسة الرأي في الكوفة • ومن هذه الاسباب ما يأتي :

أولاً : تأثر فقهاء المدرستين بطريقة شيوخهم : فقهاء المدينة تخرجوا على فقهاء الصحابة القليلين من الرأي أو الكارهين له الواقفين عند النصوص كعبد الله بن عمر . ومن كان منهم تلميذا لصحابي كثير الرأي اكتفى برواية آرائه ولم يأخذ مذهبه في هذا الرأي .  
أما فقهاء الكوفة فقد تأثروا بطريقة عبد الله بن مسعود ومن تلقى الفقه عنه . وكان ابن مسعود ميالا الى الرأي يأخذ به ولا يهابه حيث لا نص في المسألة .

ثانياً : كثرة الاحاديث والآثار الفقهية في المدينة<sup>(١)</sup> لأنها مهبط الوحي وموطن الصحابة . ومع هذه الكثرة من السنة وفتاوى الصحابة لا يجد الفقيه حاجة الى الرأي ، وإذا وجد فبقدر قليل جدار .  
أما في الكوفة ، فكانت السنة والآثار أقل مما في المدينة ، ومع تلة السنة تظهر الحاجة الى الرأي . أضف الى ذلك شيوع الوضع في الحديث في الكوفة وفي العراق عامة لكثرة الفرق المختلفة وذوي الأغراض الخيئة ، مما جعل فقهاء الكوفة لا يقبلون الاحاديث الا بعد التمحيص الشديد ، وانطباق ما اشترطوه من شروط على الحديث ليقبلوه ، مما أدى الى قلة السنة الصحيحة عندهم ، وهذا أدى الى استعمالهم الرأي بكثرة .

ثالثاً : بساطة الحياة في المدينة وعدم تجدد الوقائع الا بقدر قليل ، ومع هذه البساطة في الحياة ومشابهة معظم وقائعها بما وقع في عهود الصحابة ، لا تظهر الحاجة الى الرأي الا بقدر قليل .

أما في الكوفة ، فالحياة معقدة غير بسيطة ، لأن العراق بلد ذو حضارة قديمة وتقاليد وعادات مختلفة وتيارات فكرية ، ويقطنه أقوام من أجناس شتى ولكل منهم أعرافه وعاداته ، وهذا كله يجعل الحوادث متسوعة وكثيرة ، مما يحمل الفقيه على الاكثار من الرأي .

١٤٧ - وكان رئيس مدرسة الحديث الامام سعيد بن المسيب المتوفى

(١) مقدمة ابن خلدون ص ٤٤٠ .

سنة ٩٤ هـ ، وهو أحد الفقهاء السبعة الذين تشرروا الفقه في المدينة بعد أن تلقوه عن الصحابة<sup>(١)</sup> وكان من سادات التابعين فقهها ودينها وروعا وفضلا حتى كان يسمى بـفقيه الفقهاء •

وكان رئيس مدرسة الرأي في الكوفة ابراهيم بن يزيد النخعي شيخ حماد بن أبي سليمان المتوفى سنة ٩٦ هـ ، وهذا شيخ أبي حنيفة المشهود له بالبراعة في الفقه والدقة في الاستنباط والغوص في معاني النصوص •

#### ١٤٨ - التدوين في هذا الدور :

انقضى هذا الدور ولم يدون فيه شيء من الفقه • كما أن السنة لم تدون أيضا ، وإن حصلت محاولات لتدوينها ، فعمر بن عبدالعزيز كتب الى عامله بالمدينة أبي بكر محمد بن عمرو بن حزم : أن انظر ما كان من حديث رسول الله (ص) أو سنته فاكتبه ، فاني خفت دروس العلم وذهاب العلماء ، الا أن عمر بن عبدالعزيز مات قبل أن يتم ابن حزم ما أمره به عمر •

---

(١) الفقهاء السبعة هم سعيد بن المسيب وعروة بن زبير ( توفي سنة ٩٤ هـ ) والقاسم بن محمد ( توفي سنة ٩٤ هـ ) وأبو بكر بن عبدالرحمن بن الحارث ( توفي سنة ٩٤ هـ ) وعبدالله بن عبدالله بن عتبة بن مسعود ( توفي سنة ٩٨ هـ ) وسليمان بن يسار ( توفي سنة ١٠٧ هـ ) وخارجة بن زيد بن ثابت •

## الفصل الرابع

### الدور الرابع

١٤٩ - تمهيد :

يبدأ هذا الدور من أوائل القرن الثاني الهجري ويمتد الى منتصف القرن الرابع • وقد نما الفقه في هذا الدور ننوا عظيما وازدهر ازدهارا عجيبا وتضح نضوجا كاملا وآتى ثمارا طيبة للناس ••• وزود الدولة الاسلامية بالاحكام القانونية لتنظيم مختلف امورها وشؤونها فروع عديدة تسعد الناس بتلك الاحكام ما شاء الله لهم أن يسعدوا •

وفي هذا الدور ظهر نوابغ الفقهاء ، فالمجتهدون العظام ظهوروا في هذا الدور واسسوا مذاهبهم الفقهية التي لا يزال أكثرها قائما حتى الآن • وكل مذهب - في الحقيقة - مدرسة فقهية تزيينا نمط التفكير الفقهي الدقيق لاصحابها ومناهجهم في فهم الشريعة واستنباط الاحكام من نصوصها وقواعدها ، ولهذا فنحن نعتز بتعدد تلك المدارس ونرى فيها الخير الكثير • وكما ظهر مجتهدون فقهاء ، ظهر أيضا علماء نوابغ في علم الحديث الشريف وفنونه ومصطلحاته وما يتعلق به •

وفي هذا الدور أيضا دون الفقه وضبطت قواعده وجمعت أشاتاته وألفت الكتب في مسائله وصار بناؤه شامخا وعلمه متميزا عن غيره قائما بنفسه • وكما دون الفقه دونت السنة أيضا تدوينا شاملا مع بيان الصحيح منها والضعيف •

ولهذه الظواهر كلها ، سمي هذا الدور بأسماء مختلفة تنبىء عن مميزات هذا الدور وتكشف عن حالة الفقه ، فسمي بعصر الفقه الذهبي ، أو بعصر ازدهار الفقه ، أو بعصر التدوين ، أو بعصر المجتهدين ونحو ذلك من التسميات • وستكلم فيما يلي عن بعض مظاهر هذا الدور •

## ١٥٠ - ازدهار الفقه واسبابه :

قلنا ان الفقه نما وازدهر وكثرت مسائله على نحو لم يعهد منله من قبل ، وهذه الظاهرة ترجع الى أسباب كثيرة ، نذكر منها ما يأتي :

أولا : عناية الخلفاء العباسيين بالفقه والفقهاء . وتظهر هذه العناية بتقريبهم الفقهاء والرجوع الى آرائهم . فالرشيد ، الخليفة المشهور ، يطلب من ابني يوسف صاحب أبي حنيفة ، وضع قانون اسلامي للامور المالية تسير عليه الدولة ، فيستجيب أبو يوسف لهذا الطلب ويلبي رغبة الخليفة ويضع له كتابه الشهير (الخراج) . والمنصور يحاول أن يجعل ( موطأ الامام مالك ) قانونا للدولة يسير عليه القضاة والمفتون ، فيأبى مالك ، ويكرر الطلب هارون الرشيد فيأبى مالك ويقول له :

ان فقهاء الصحابة تفرقوا في الامصار وكل عنده علم وفقه وكل على حق ، ولا ضرر ولا ضير في اختلافهم . والمأمون يقرب الفقهاء ويسمع مناقشاتهم الفقهية في مجلسه ويشارك في بعضها مؤيدا أو معارضا أو مستفسرا وان كان قد اشتط كثيرا وارتكب خطبا جسيما في اكرامه الفقهاء على القول بخلق القرآن .

وقد نتج عن عناية الخلفاء بالفقهاء وتوفيرهم الحرية اللازمة لهم للبحث العلمي أن نشط الفقهاء ومضوا في انتاجهم الفقهي وبحثهم العلمي فأجهد كل فقيه كما أحب وأظهر ما أدى اليه اجتهاده في مسائل الفقه .

ثانيا : اتساع البلاد الاسلامية . فقد كانت تمتد من اسبانيا الى الصين وفي هذه البلاد الواسعة عادات وتقاليد مختلفة متباينة ، تجب مراعاتها ما دامت لا تخالف نصوص الشريعة ، فاختلقت الاجتهادات بناء على اختلاف العادات والتقاليد . يضاف الى ذلك أن المسلمين كانوا جد حريصين على معرفة حكم الشرع في جميع معاملاتهم وتصرفاتهم وهي كثيرة متنوعة ، فكانوا يفرعون الى الفقهاء ويستفتونهم ويسألونهم ، وكان الفقهاء يجيبونهم مستبشرين ، ويستبطنون الاحكام لمسائلهم ، وفي هذا وذاك نمو للفقه واتساع لدائرته .

ثالثا : ظهور المجتهدين الكبار ذوي الملكات الفقهية الراسخة ، فعملوا على تنمية الفقه وسد حاجات الدولة من التنظيمات والقوانين ، وأنشأوا المدارس الفقهية التي ضمت نوابغ الفقهاء كما سنذكر ذلك فيما بعد •

رابعا : تدوين السنة فقد دونت السنة وعرف صحيحها وضعيفها ، فكان في ذلك سهيل لعمل الفقهاء وتوفير الجهد عليهم ، فقد وجدوا السنة بين أيديهم يصلون اليها دون كبير عناء • والسنة هي مادة الفقه ومصدره الثاني •

ويحسن بنا هنا أن نبين الأدوار التي مرت بها حركة تدوين السنة • فالسنة لم تدون في عصر النبي (ص) وإنما كان بعض الصحابة يدون لنفسه حص ما يسمعه كما ذكرنا ذلك من قبل • وفي زمن أبي بكر بقي الحال كما كان فلم تدون السنة وإنما كانت تتقل بالرواية والمشافهة • وفي زمن عمر بن الخطاب بقي الحال كذلك ، وقد هم الخليفة عمر بن الخطاب أن يكتب السنة ثم عدل عن رأيه • وفي زمن عمر بن عبدالعزيز الخليفة الأموي العادل جرت محاولة في تدوينها فقد كتب الى قاضيه في المدينة أبي بكر محمد بن عمرو بن حزم يأمره بتدوين السنة ، كما قلنا من قبل ، ولكنه مات قبل أن يتم هذا التدوين •

وفي عهد العباسيين ، ابتداء تدوين السنة على نحو مختلط بفتاوى الصحابة وأقوالهم ، فقد كتب على هذا النحو سفيان الثوري في الكوفة ، والليث بن سعد في مصر ، والامام مالك بن انس في المدينة ، ولم يصلنا ما كتبوه الا القليل • ولعل أجمع ما وصلنا من كتاباتهم هو موطأ الامام مالك وفيه نجد السنة النبوية والآثار عن الصحابة وفتاويهم وأقضيتهم ، بل فيه أيضا بعض أقوال التابعين •

وفي نهاية القرن الثاني أخذ تدوين السنة نهجا آخر يتمثل بافراد حديث رسول الله (ص) وتمييزه عما سواه • وقد سلك العلماء هذا المنهج

الجديد في تدوين السنة طريقة المسانيد أي جمع أحاديث كل صحابي على حدة وإن اختلفت موضوعات مروياته . ثم ظهرت طريقة جديدة في التدوين ، في القرن الثالث الهجري ، وهي تدوين الحديث مرتباً على أبواب الفقه ، بعد التحري عن صحة الحديث وتحقق ما اشترطه المحدث من شروط لصحته . ومن أشهر مدونات الحديث ما يعرف عند أهل الحديث بالكتب الستة<sup>(١)</sup> . وبجانب هؤلاء المحدثين وعلمهم المبرور ، وجد فريق آخر من علماء الحديث يعني بنقد رواية الحديث والبحث عن أحوالهم وهؤلاء هم علماء الجرح والتعديل ، وقد قاموا بتأسيس قواعد هذا العلم العظيم خدمة للسنة وكشفاً عن أكاذيب الوضعيين صيانة لشريعة الله من التحريف والتبديل<sup>(٢)</sup> .

---

(١) الكتب الستة هي صحيح البخاري وصحيح مسلم وسنن الترمذي وأبى داود والنسائي وابن ماجه وبلغت بها بالاعتبار مسند الامام أحمد .

والبخاري هو أبو عبدالله محمد بن اسماعيل المتوفى سنة ٢٥٦ هـ . ومسلم : هو مسلم بن الحجاج النيسابوري المتوفى عام ٣٦١ هـ . وأبو داود هو سليمان بن الأشعث السجستاني المتوفى عام ٢٧٥ هـ . والترمذي هو أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي المتوفى عام ٢٧٩ هـ . وابن ماجه هو أبو عبدالله محمد بن يزيد القزويني المشهور بابن ماجه المتوفى عام ٢٧٣ هـ . والنسائي هو أبو عبدالرحمن أحمد بن شعيب النسائي المتوفى عام ٣٣٠ هـ . هذا وأشهر ، أو من أشهر كتب الحديث التي خرجها علماء الشيعة ، كتاب الكافي لأبي جعفر محمد بن يعقوب الكليني المتوفى سنة ٣٢٨ هـ . وكتاب ما لا يحضره الفقيه ، لأبي جعفر محمد بن علي بن الحسين بن موسى القمي المتوفى سنة ٣٨١ هـ وهو المعروف بالصدوق ابن بابويه . وهناك كتابان آخران من تأليف أوائل القرن الخامس الهجري وهما : التهذيب والاستبصار وكلاهما للشيخ أبي جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي المتوفى سنة ٤٦٠ هـ . وفيهما فقه وحديث .

(٢) ومن علماء هذا الفن يحيى بن سعيد القطان المتوفى ١٨٩ هـ وعبدالرحمن بن مهدي المتوفى سنة ١٩٨ هـ ويحيى بن معين المتوفى سنة ٢٣٣ هـ ، وإحمد بن حنبل المتوفى سنة ٢٤١ هـ .

## ١٥١ - ظهور المذاهب الإسلامية :

وفي هذا الدور ظهرت المذاهب الإسلامية وتميزت معالمها ووضح  
أبجهاؤها وصار لكل مذهب أتباع كثيرون ينشرون آراءه وينهجون نهجه  
كمذهب أبي حنيفة كما سنذكره فيما بعد إن شاء الله •  
وقد ألغت الكتب الفقهية في كل مذهب وكانت هذه الكتب الأساس  
لما بعدها من كتب الفقه كما إن الفقهاء من مختلف المذاهب أحسوا بالحاجة  
إلى ضبط أصول الاستنباط وقواعد استخراج الأحكام فأسسوا قواعد علم  
أصول الفقه ، فوضع الشافعي رسالته الأصولية المشهورة ثم تبعه الإمام أحمد  
ابن حنبل بالكتابة في هذا العلم ، ثم تتابع العلماء من بعدهما بالكتابة والتنظيم  
والزيادة في هذا العلم الجليل ، علم أصول الفقه • ولا شك أن تدوين هذا  
العلم يساعد الفقهاء في عملهم ويبين مأخذ المذاهب الإسلامية المختلفة  
وأسباب اختلافها •

## الفصل الخامس

### الدور الخامس

١٥٢ - تمهيد :

يبدأ هذا الدور من نهاية الدور الرابع الى سقوط بغداد سنة ٦٥٦هـ ، وهو دور ركود الفقه ، فقد رأينا في الدور الرابع كيف كان الفقه في نمو دائم وازدهار مستمر وحيوية دافقة • وكان من ورائه فقهاء عظام يمدونه بأسباب نمائه وازدهاره وحياته • ولكن الفقه ، ما بقي على حاله هذه فقد اعتراء الضعف والركود والتوقف عن سيره الاول شيئا فشيئا ، والفقهاء جنحوا الى التقليد والتزام مذاهب معينة لا يحددون عنها ولا يميلون • حتى وصل بهم الحال الى الافتاء بسد باب الاجتهاد<sup>(١)</sup> ودعوة الناس الى التقيد بالمذاهب وعدم التحول عنها • • فلا بد من بيان ظاهرة التقليد بين الفقهاء ومعرفة أسبابها والعوامل التي دفعت البعض منهم الى القول بسد باب الاجتهاد ثم نختم هذا المبحث بالكلام عن عمل هؤلاء الفقهاء في هذا الدور •

١٥٣ - جنوح الفقهاء الى التقليد :

الاصل في الفقيه أن يكون مجتهدا مستقلا لا يتقيد بمذهب معين وانما يتقيد بنصوص الكتاب والسنة وما يؤديه اليه اجتهاده المقبول • فهو يستنبط الاحكام ويتعرف عليها من مصدرها العظيمين الكتاب والسنة وما يرشدان اليه من مصادر اخرى • وقد يتفق اجتهاده مع اجتهاد السابقين وقد يخالفهم وقد يوفق للصواب وقد لا يوفق ، وهو في الحالتين مأجور غير مأزور ، ان

(١) الاجتهاد لا يمكن سده ومن افتى به قاله اجتهادا دفعا لمفسدة ادعاء الاجتهاد من غير اهله • هذا وان فقهاء الجعفرية والزيدية لم يفتوا بهذا • فظل عندهم باب الاجتهاد مفتوحا •

أصاب فله أجران وان أخطأ فله أجر واحد كما أخبر بهذا النبي (ص) •  
ولا شك أن في هذا النهج للمجتهد شحذا للأفكار وتنبيه للملكات الفقيهية  
واتساعا لدائرة الفقه • وهكذا كان المجتهدون في الأدوار السابقة • إلا أنه  
في هذا الدور ضعفت همم الفقهاء واتهموا نفوسهم بالتقصير والعجز عن  
الحقوق بالمجتهدين السابقين بالرغم من رسوخهم في الفقه وتهيء أسبابه  
لديهم ووجود مادته بين أيديهم من سنة ونحوها يصلون إليها بيسر  
وسهولة •

ويمكننا رد أسباب فشو التقليد بين الفقهاء وشيوعه فيما بينهم إلا القليل  
النادر إلى جملة أسباب منها :

أولا : ضعف السلطان السياسي للخلفاء العباسيين ، فالدولة لم تعد كما  
كانت قبل وإنما تقطعت أجزاءها وقامت في أنحائها دويلات مما أثر في  
حياة الفقه والفقهاء ، فما عاد الفقهاء يجدون ذلك التشجيع والاعتناء بهم  
والبحث لهم على الانتاج في الفقه ، ففترت هممهم وآثروا الوقوف عند  
مخلفات الأسلاف •

ثانيا : ان المذاهب الإسلامية دونت تدوينا كاملا مع تشذيب مسائلها  
وتنظيمها وتبويب مسائلها الواقعية مما جعل النفوس تستروح إلى هذه الثروة  
الفقهية الهائلة والاستغناء بها عن البحث والاستنباط •

ثالثا : ضعف الثقة بالنفس والتهيب من الاجتهاد : فقد اتهم الفقهاء  
نفوسهم بالضعف والعجز والتقصير وظنوا انهم غير قادرين على تلقي الاحكام  
من منابعها الاصلية ، وان الخير لهم واللائق بهم التقييد بمذهب معروف  
والدوران في فلكه والتفقه باصوله وعدم الخروج عليه ، فقد فاء - في  
نظرهم - زمان الاجتهاد المطلق ، وهكذا حجبوا على أنفسهم ما وسعه الله  
عليهم مع كفايتهم وقدرتهم على الاجتهاد المستقل ، بل ان بعضهم كان يقارب  
أو يماثل المجتهدين الاولين • ولكن ضعف الثقة بالنفس واتهام المعلومات  
والاحساس بالعجز ، والتهيب من مخالفة ما ألفه الناس ، كل ذلك ونحوه

جعل الفقهاء يؤثرون العافية ويفضلون الراحة والتقليد • ولا شك أن مسلكهم هذا يخالف ما درج عليه السلف ، فهذا عمر بن الخطاب يكتب الى أبي موسى الأشعري أن لا يجمد على رأي يتبين له خطأه فيقول له : « ولا يمنعك قضاء قضيت به اليوم فراجعت فيه رأيك فهديت فيه لرشدك أن تراجع فيه الحق ، ، فان الحق قديم لا يبطله شيء ومراجعة الحق خير من التماذي في الباطل ، (١) • فهذا حث عظيم على الاجتهاد الواسع الطليق الذي يتبني الصواب • والامام مالك يقول : كل واحد يؤخذ من قوله ويترك الا رسول الله (ص) • وأبو حنيفة كان يقول عن التابعين : هم رجال ونحن رجال نجتهد كما اجتهدوا •

ولكن ضعف الثقة بالنفس ، كما قلنا ، دفعت أولئك الفقهاء الى التقيد بمذهب معين وعدم الخروج عن آرائه •

#### ١٥٤ - سد باب الاجتهاد :

ولما كثرت ادعاءات الاجتهاد ممن ليسوا أهله وخشي الفقهاء من عبث هؤلاء الادعاء وافسادهم دين الناس بالفتاوى الباطلة التي لا تقوم على علم أو فقه ، افتوا بسد باب الاجتهاد دفعا لهذا الفساد وحفظا لدين الناس (٢) • والحق ان الاجتهاد باق في حكم الشريعة ولا يزول ، الا أن الاجتهاد لا بد له من توافر شروطه ، فمن تنوافر فيه هذه الشروط فله أن يجتهد ، ومن لم يحط بها فحرام عليه الافتاء في شرع الله بغير علم • ولهذا ما كنا نود أن يسلك أولئك الفقهاء مسلك منع الاجتهاد والافتاء بسد بابيه • نقول ما كنا نود ذلك وانما كان الافضل اشاعة العلم في الامة واعلامها بمقومات الاجتهاد وشروطه ، وارشادهم الى أهله وفضح دعوى الجهال ، فهذا ونحوه كان أفضل من الافتاء بسد باب الاجتهاد لمنع عبث العابثين •

(١) اعلام الموقعين ج ١ ص ٧٢

(٢) مقدمة ابن خلدون ج ١ ص ٧٢ •

## ١٥٥ - عمل الفقهاء في هذا العصر :

الا أن الفقهاء في هذا العصر ، وبالرغم من إيتارهم التقليد ، فقد قاموا بأعمال نافعة ، من ذلك :

أ - تحليل الاحكام المنقولة عن أئمتهم ، فليست كل الاحكام المنقولة عن أئمة المذاهب نقل تعليلها معها . ولهذا فقد عكف الفقهاء على الفروع المروية عن أئمتهم واستخرجوا عللها وفرعوا الفروع واستنبطوا الاحكام على أساسها .

ب - استخلاص قواعد الاستنباط من فروع المذهب للتعرف على طرق الاجتهاد التي سلكها امام المذهب وبهذا تمت قواعد علم اصول الفقه بعد أن بدأه الامام الشافعي برسائلته المشهورة .

ج - الترجيح بين الاقوال المنقولة عن الامام ، فقد يكون الناقل لقوله ناقلاً قولاً رجح عنه ولم يعلم برجوعه ، وقد يكون بين القولين المختلفين فرق دقيق هو سبب اختلاف القولين ، وقد يكون مأخذ أحد القولين قياساً والآخر استحساناً . فقام الفقهاء بترجيح هذه الاقوال على ضوء ما عرفوه من اصول المذهب وقواعده . كما انه توجد في المذهب أقوال مختلفة لفقهاء المذهب فيما بينهم أو مختلفة مع قول امام المذهب ، وهذا يقتضي بيان الراجح منها ووجه الرجحان .

د - تنظيم فقه المذهب ، وذلك بتنظيم أحكامه وايضاح منجملها وتقيد مطلقها وشرح بعضها والتعليق عليها ، ودعمها بالادلة وذكر المسائل الخلافية مع المذاهب الاخرى ، وتحرير أوجه الخلاف ، وذكر الادلة لدعم قول المذهب وبيان رجحانه . ولا شك أن في هذه الاعمال خدمة كبيرة للفقه وتوسيعاً له وتوضيحاً لمبهمه .

## الفصل السادس

### الدور السادس

١٥٦ - تمهيد :

عرفنا مما مضى أن الفقه تدرج في مدارج النمو والارتقاء والازدهار حتى بلغ الذروة في الدور الرابع من أدواره ثم جنح الى التوقف والركود في الدور الخامس حيث شاع التقليد بين الفقهاء وقصرت الهمم عن الحقوق بنهج الفقهاء في عصر ازدهار الفقه • ومع هذا فإن فقهاء الدور الخامس قاموا بعمل مشكور فقد خرجوا الاحكام على اصول وقواعد أئمة المذاهب ورجحوا بين الروايات المنقولة عنهم على النحو الذي فصلناه في الفصل السابق •

وفي هذا الدور السادس الذي يبدأ من سقوط بغداد في القرن السابع الهجري ويمتد الى وقتنا الحاضر ، لم ينهض الفقه من كبوته ولم يغير الفقهاء نهجهم ، فالتقليد قد فشا وشاع بينهم حتى صار أمراً مألوفاً لا يدعو الى العجب والانكار • • ومع هذا فقد وجد أفراد هنا وهناك لم يرضوا بالتقليد ، ونادوا بالاجتهاد المطلق وتلمس الاحكام من الكتاب والسنة دون تقييد بمذهب معين ، ومن هؤلاء ابن تيمية وتلميذه ابن القيم والشوكاني صاحب نيل الاوطار وغيرهم • الا أن هؤلاء كانوا قلة ولم يسلم بعضهم من النقد والانكار من جمهور الفقهاء المقلدين ، ولهذا فإن الطابع العام للفقه والفقهاء في هذا الدور هو التقليد ، فقد التزم كل فريق من الفقهاء مذهباً معيناً وعكف على مسأله وأحكامه واصوله وصارت الشريعة تعرف من خلال مذهب معين ، والشريعة - كما قلنا ونؤكد القول - لا يمكن حصرها بمذهب معين فهي أوسع من هذا الحصر وهي حجة على كل مذهب وليس

أي مذهب بحجة عليها ، اذ ليس المذهب الا وجه من وجوه تفسير نصوص الشريعة وفهم احكامها وكيفية استنباط الاحكام من مصادرها .

#### ١٥٧ - المتون والشروح والحواشي :

اتجه فقهاء هذا الدور الى التأليف ، وكان الغالب عليه الاختصار حتى وصل الى درجة الاخلال بالمعنى وخفاء المقصود ، وصارت العبارات أشبه شيء بالالغاز . هذه المختصرات ، والتي سميت بالمتون ، احتاجت الى شروح توضح معانيها وتزيل الابهام والغموض عن عباراتها ، فقام مؤلفوها أو غيرهم بشرحها فظهرت الشروح بجانب المتون . ثم ظهرت بجانب الشروح الحواشي وهي تعليقات وملاحظات على الشروح . والواقع أن الشروح والحواشي اهتمت بالمناقشات اللفظية والاعتراضات على الجمل والتراكيب حتى أصبح القارئ يتيه في هذه المناقشات والعبارات المفلقة والاختلافات حول الالفاظ والعبارات . وقد شاعت هذه الانماط من التأليف وصار طلاب الفقه والعلماء يعكفون عليها . وهكذا هجرت كتب الفقه القديمة ذات العبارات السهلة الواضحة التي ألفت في الدور الرابع وأوائل الخامس . ومع هذا فتحن نجد في هذا الدور تأليف تنهج منهجا خاصا يخالف ما عليه الجمهور من الفقهاء ويوافق نهج فقهاء الدور الخامس ومن هذا ما كتبه الشاطبي وابن القيم وغيرهما .

#### ١٥٨ - كتب الفتاوى :

الا أن التأليف لم يقتصر على ما ذكرنا ، فقد وجدت كتب « الفتاوى » وهي أجوبة لما كان يسأل الناس عنه الفقهاء في مسائل الحياة العملية ، ثم تجمع هذه الاجوبة من قبل أصحابها أو من قبل آخرين وتنظم وترتب حسب أبواب الفقه وتكتب عادة على شكل سؤال وجواب وفي بعض الاحيان لا يكتب السؤال . كما أن هذه الاجوبة « أي الفتاوى » غالبا ما يذكر معها أدلتها من نصوص المذهب الذي يتبعه الفقيه المقتي ، أو تذكر الأدلة من

الكتاب والسنة وغيرهما دون تقييد بأدلة المذهب الواحد ، كما نجد هذا النهج واضحا في فتاوى ابن تيمية . وهذه الكتب لها أهمية من جهة انها تمثل الفقه العملي التطبيقي وتجعل الفقهاء مضطرين الى ايجاد الحلول والاحكام للمسائل العملية ولو عن طريق القياس على مسائل المذهب المعين . ومن هذه الكتب : الفتاوى البزازية والهندية وفتاوى ابن تيمية وغيرها<sup>(١)</sup> .

١٥٩ - التقنين :

ظل الفقه غير مقنن طيلة العصور الماضية وحتى أواخر القرن الماضي ، فكان الاحكام والقضاة يرجعون الى كتب الفقه المختلفة لمعرفة الاحكام الفقهية الواجب تطبيقها على ما يعرض عليهم من منازعات . فالدولة وان شجعت مذهبا معينا أو التزمت به وجعلته هو المذهب المتبوع في محاكمها كما فعلت الدولة العثمانية بالنسبة للمذهب الحنفي الا أنها لم تقنن الاحكام الفقهية ولم تجعلها على شكل قانون ذي مواد مختارة من فقه المذهب المتبع بحيث يلزم القاضي بالحكم بموجبه ومنعه من الحكم بغيره .

وفي أواخر القرن الثالث عشر الهجري تنبّهت الدولة العثمانية ورأت الحاجة ماسة الى تقنين أحكام المعاملات فألفت لجنة من كبار الفقهاء برئاسة وزير العدل لتخير أحكام المعاملات من الفقه الحنفي . وبدأت هذه اللجنة عملها في سنة ١٢٨٥ هـ - ١٨٦٩ م وانتهت منه في سنة ١٢٩٣ هـ - ١٨٧٦ م . وقد تخيرت الراجح من آراء المذهب الحنفي ، كما أخذت بعض الاقوال المرجوحة في المذهب لموافقتها للعصر ولسهولة تطبيقها وتيسيرها على الناس . ثم وضعت تلك اللجنة الاحكام التي اختارها على شكل مواد بلغت ( ١٨٥١ ) مادة . ثم صدر أمر الدولة بالعمل بها في ٢٦ شعبان سنة ١٢٩٣ هـ وسميت

---

(١) البزازية لابن البزاز الكردي المتوفى سنة ٨٢٧ هـ . والهندية لجماعة من علماء الهند قامت بهذا العمل ، أي جمع الاقوال الصحيحة والفتاوى في المذهب الحنفي بطلب من الملك محمد أورنگ زيب الهندي الملقب باسم عالمكير الذي حكم من سنة ١٠٦٩ هـ - ١١١٩ هـ ، وابن تيمية توفى سنة ٧٢٨ هـ .

بـ مجلة الاحكام العدلية ، وصارت هي القانون المدني للدولة العثمانية وطبقت في العراق وظلت هي المطبقة فيه الى أن شرع القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

وبعد هذا التقنين المهم صدرت عدة تقنيات في مصر والعراق وتونس ومراكش وغيرها . ففي مصر صدر قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ يتضمن بعض الاحكام في مسائل النفقة والعدة والمفقود والتفريق بالعيب . وقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ خاص ببعض أحكام الطلاق ودعاوى النسب والمهر والنفقة وغيرها . وقانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ وقانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ وقانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ وقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ في الوقف أيضا .

وفي العراق صدر قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديله وفي تونس صدرت تقنيات في الاحوال الشخصية سميت باسم مجلة الاحوال الشخصية بالامر السالي المؤرخ في ٦ محرم ١٣٧٧ الموافق ١٣-٧-١٩٥٦ وتضمنت أحكاما في النكاح والمهر والطلاق والنفقة والحضانة والنسب والمفقود والميراث والحجر وغيرها .

وفي مراكش صدر من مدونة الاحوال الشخصية المزمع اصدارها ، كتابان الاول في مسائل النكاح والثاني في الطلاق . وقد صدر فيما بعد امر السلطان في ٢٧ ربيع الثاني سنة ١٣٧٧هـ والقاضي بتطبيقها في أول سنة ١٩٥٨ وقد نشر النص الرسمي في ١٧ جمادة الاولى سنة ١٣٧٧هـ - ٦ كانون الاول ١٩٥٧م .

وفي الاردن صدر قانون حقوق العاتلة رقم (٩٢) لسنة ١٩٥١ في مسائل النكاح والمهر والنفقة والطلاق والعدة وغيرها .

وفي سوريا صدر قانون الاحوال الشخصية بالمرسوم التشريعي رقم ( ٥٩ ) لسنة ١٩٥٣ وتضمن أحكاما في النكاح والطلاق والنسب والنفقة والاهلية والوصية والميراث وغيرها .

١٦٠ - ويلاحظ على هذه التقنيات المختلفة انها لم تتقيد بمذهب معين وانما أخذت أحكامها من مختلف المذاهب الاسلامية عدا مجلة الاحكام العدلية اذ تقيدت بالفقه الحنفي • وهذا الاتجاه حسن على شرط أن لا يؤخذ بقول شاذ لا دليل عليه • ومع هذا الاتجاه العام في وضع التقنيات فقد جاءت في بعضها أحكام لم ترد في أي مذهب من المذاهب الاسلامية من ذلك منع تعدد الزوجات كما جاء في القانون التونسي ، ومسائل الميراث التي وردت في القانون العراقي قبل تعديله الاخير ومسائل آخر مبثوثة هنا وهناك في ثنايا هذه القوانين المختلفة ليس هنا محل ذكرها وبيان ما فيها من مصادمة لنصوص الشريعة أو لما هو مستقر في الفقه الاسلامي بجملته •

#### ١٦١ - النهضة الفقهية الحديثة :

وفي الوقت الحاضر ، كما قلنا في المقدمة ، تبشير نهضة فقهية من مظاهرها هذا الاهتمام الملحوظ بالفقه الاسلامي في أوساط التعليم الجامعي ، ودراسة الفقه الاسلامي دراسة مقارنة واظهار مزاياه وخصائصه وكثرة التأليف في مباحثه وظهور المبرزين فيه الجامعين بين الثقافة القانونية والثقافة الشرعية • ونحن نأمل أن يزداد الاهتمام بالشريعة الاسلامية وفقهها حتى تعود الى مكانتها الاولى ، وتسترد سيادتها القانونية ، وتمد هي والفقه الاسلامي الدولة بالتشريعات اللازمة في جميع شؤونها كما كان الامر في السابق •

## الفصل السابع التعريف ببعض المجتهدين ومذاهبهم الفقهية

١٦٢ - تمهيد :

كنا قد نوهنا بظهور مجتهدين عظام في الدور الرابع من أدوار الفقه ،  
وان اولئك المجتهدين كان لهم أثر بالغ في ازدهاره ونمائه وتقدمه ، وانهم  
أسسوا مدارس فقهية انضوى تحت لوائها فقهاء كبار وصار لها اتباع  
كثيرون . . . وقد سميت تلك المدارس الفقهية بالمذاهب الاسلامية أو الفقهية  
واقترنت بأسماء مؤسسيها . . . وهي على كثرتها ليست تجزئة للإسلام ولا  
احداث شرع جديد . . . وانما هي مناهج في فهم الشريعة وأساليب في تفسير  
نصوصها وطرق في استنباط الاحكام من مصادرها . وهذه المذاهب المتعددة  
منها ما بقي قائما متبوعا حتى اليوم ومنها ما اندرس وعفى عليه الزمن ولم  
يبق له اتباع ولا تعرف له أقواله الا ما يذكر منها في كتب الخلاف والمذاهب  
القائمة .

وسنذكر في هذا الفصل ، في مباحث متالية ، كلمة موجزة عن بعض  
هذه المذاهب ، القائمة منها والمندرس ، للتعريف بها وبأصحابها .

## المبحث الأول

### ابو حنيفة

١٦٣ - هو النعمان بن ثابت الكوفي مولدا والفارسي أصلا ولد سنة  
٨٠ هـ وتوفي سنة ١٥٠ هـ في بغداد ودفن فيها .  
كان في أول عهده يحترف تجارة الخبز وقد عرف فيها بصدق المعاملة  
والفطرة من الفش والماكسة ، ثم تحول الى طلب العلم فنال حظا من علم

الكلام والحديث والفقه .. الا أن ميله كان الى الفقه فانصرف اليه . وأكثر من الاختلاف الى حلقات الفقه وملازمة أهله .. وكان أبرز شيوخه وأكثرهم أثرا في نهجه الفقهي شيخه حماد بن أبي سليمان فقيه أهل الرأي في العراق الذي تلقى فقهه عن فقيه رأي كبير هو ابراهيم بن يزيد بن قيس النخعي ، وهذا أخذ فقهه عن فقيه رأي أيضا وهو علقمة بن قيس النخعي ، وعلقمة أخذ الفقه عن عبدالله بن مسعود الصحابي الجليل المعروف بالفقه والرأي . فلا عجب ، اذن ، اذا نحا أبو حنيفة منحى أهل الرأي ومال اليه ، وهؤلاء هم شيوخه الذين أخذ منهم مباشرة أو بالواسطة . وفضلا عن ذلك فقد كان أبو حنيفة بفطرته ميالا الى التغلغل في بواطن الامور وعدم الاقتناع بالمعاني الظاهرة . ومثل هذه الفطرة مستعدة للميل الى الرأي والتوغل فيه . الا أن أبا حنيفة لم يقتصر في تلقيه الفقه عن حماد فقد روى عن غيره ، فمن هؤلاء الذين روى عنهم ودارسهم زيد بن علي زين العابدين وجعفر الصادق وعبدالله بن حسن وهو أبو محمد النفس الزكية . كما انه كان يلتقي بالعلماء والفقهاء في مكة ويأخذ عنهم ويذاكرهم في أمور الفقه في أثناء مكوثه في مكة في مواسم الحج وعند اقامته فيها نجوا من ست سنوات يوم هاجر اليها في سنة ١٣٠ هـ .

#### ١٦٤ - أبو حنيفة زعيم أهل الرأي :

قلنا ان مدرسة الكوفة اشتهرت بالرأي وقد بلغت ذروة شهرتها بالرأي والقياس في زمن أبي حنيفة حتى عد حامل لواء الرأي والقياس في زمانه بلا منازع . وقد أدى به الاكثار من القياس الى الاكثار من الفقه التقديري ، فما كان يقف عند المسائل الواقعة يستبسط لها الاحكام وانما كان يستخرج العلل من النصوص ويفترض المسائل ويطبق عليها أقيسته ويعطيها أحكاما واحدة ما دامت مشتركة في العلة . وكما أكثر من القياس حتى قرن باسمه أكثر أيضا من الفقه التقديري حتى قرن باسمه فهو امام القياسيين وزعيم أهل الفقه التقديري في زمانه .

#### ١٦٥ - أبو حنيفة والحديث :

ولاكثر أبي حنيفة من الرأي والقياس اتهمه البعض بعدم الاهتمام بالحديث أو بقلّة بضاعته منه أو بتقديم الرأي والقياس عليه .. وهذه الاتهامات لا تصمد أمام المناقشة ويعوزها الدليل ، فإن اهتمامه بالحديث أمر ثابت وظاهر من نص أقواله التي ذكرها كما سيأتي . كما يشهد على ذلك أخذه بالحديث المرسل وفتاوى الصحابة وتركه القياس إذا ثبت عنه حديث صحيح في المسألة وهذا كله يدل على اهتمامه بالحديث والآثار لا على فلة مبالاته بالحديث كما يدعون . وأما قلّة بضاعته من الحديث فليس الأمر كما قالوا فقد رويت عنه أحاديث وآثار كثيرة منها ما رواه أبو يوسف في كتابه الآثار وكذا محمد بن الحسن في كتابه الآثار أيضا ، وقد جمع العلماء من بعده مروياته فبلغت شيئا كثيرا<sup>(١)</sup> نعم إن أبا حنيفة كان أول روايه من غيره من الأئمة المكرّين لرواية الحديث لأنه كان يشترط شروطا ثقيلة للتثبت من صحة الحديث نظرا لفشو الكذب في العراق وكثرة الواضعين . أما تركه الحديث وتقديم القياس عليه فهذا مرده الى أن الحديث لم يبلغه فذهب الى الرأي ، أو أن الحديث بلغه ولم يثبت عنده فتركه وأخذ بالقياس . ولا شك أن مخالفة الحديث لعدم صحته في نظر المجتهد لا يعد مخالفة للحديث أو تقدّما للقياس عليه .

#### ١٦٦ - طريقته في التدريس :

كان أبو حنيفة يعرض على تلاميذه المسائل الفقهية وما يعرض عليه من قضايا ، فيدلي كل واحد برأيه حولها ، ويجري النقاش فيما بينهم حول ما أبدوه من الآراء ، فإذا ما انتهوا الى رأي واحد أملاه عليهم أو دونه أحد التلاميذ ، وربما بقي الخلاف بين التلاميذ واستأذهم ويدون الرأي مع ذكر

(١) من ذلك ما فعله أبو المؤيد محمد بن محمود الخوارزمي المتوفى سنة ٦٦٥ هـ فقد جمع الاحاديث التي رواها أبو حنيفة ونقلها عنه العلماء من تلامذته وغيرهم ، وقد طبع هذا الكتاب في مصر سنة ١٣٢٦ هـ فوقع في ٨٠٠ صفحة كبيرة .

ما فيه من خلاف . فمذهب أبي حنيفة بدأ منذ نشأته على شكل مذهب جماعي يقوم على الشورى وتبادل الآراء ومناقشتها ، وهذا بخلاف طريقة الامام مالك اذ كان يملئ المسائل وأحكامها على تلامذته ولا يتهج معهم نهج أبي حنيفة فلا يناقشونه ولا يجادلونه فيما يقول . وهكذا تكونت شخصيات تلامذة أبي حنيفة في حياته وفي ظل توجيهاته ورباهم على النظر والبحث ونسى فيهم ملكة الاجتهاد وهم في دور النلقي والتحصيل .

#### ١٦٧ - اصول استنباط أبي حنيفة :

أبو حنيفة لم يدون أصول استنباطه تفصيلا ولا قواعد في البحث والاجتهاد ، وإنما قام فقهاء المذهب الحنفي الذين جاءوا من بعده وبعد تلامذته باستخلاص قواعد في الاستنباط من فروعه المنقولة عنه . وهذا لا يدل على أن أبا حنيفة ما كان لديه مناهج للبحث والاجتهاد ، بل عدم تدوين الشيء لا يدل على عدم وجوده ، كما أن الفقه ، يستلزم حتما وجود مناهج وقواعد للاستنباط فلا فقه بلا مناهج وقواعد . وأبو حنيفة فقيه قطعا ، بل فقيسه بمعنى الكلمة « والناس في الفقه عيال على أبي حنيفة » كما قال الشافعي (١) ، فلا بد ، إذن ، من قواعد يلتزم بها في اجتهاده وفقهه ، وأصول يسير بمقتضاها ولا يجيد عنها ، وهذا ما استخرجه فقهاء المذهب الحنفي من أقواله وآرائه المنقولة عنه . ومع هذا فقد نقلت عن أبي حنيفة أقوال تدل على الخطوط العريضة في منهجه في الاستنباط ، والأدلة التي يستدل بها . فمن ذلك انه قال : آخذ بكتاب الله اذا وجدت فيه الحكم ، والا فبسنة رسول الله (ص) ، فان لم أجد في كتاب الله ولا سنة رسول الله (ص) أخذت بقول أصحابه آخذ بقول من شئت منهم وأدع من شئت ولا أخرج من قولهم الى قول غيرهم ، فأما اذا انتهى الامر الى ابراهيم والشعبي وابن سيرين وعطاء وسعيد بن المسيب ( وهؤلاء مجتهدون من التابعين ) فاني اجتهد كما اجتهدوا (٢) .

(١) تذكرة الحفاظ للامام الذهبي ج ١ ص ١٥٩ .

(٢) تاريخ بغداد ج ١٣ ص ٣٦٨ والانتقاء لابن عبد البر ص ١٤٣ .

فهذا النقل عن أبي حنيفة يدل على أنه يرجع الى كتاب الله فان لم يجد الحكم فيه رجع الى السنة فان لم يجد الحكم فيها رجع الى أقوال الصحابة فان لم يجد الحكم فيها اجتهد . فالكتاب ثم السنة ثم أقوال الصحابة ثم الاجتهاد هذه هي مصادر الاحكام عند أبي حنيفة . والاجتهاد يدخل فيه القياس والاستحسان وقد برع فيهما وأجاد . كما انه كان يأخذ بالاجماع وبالعرف كما نقل عنه أيضا .

#### ١٦٨ - تلامذته وتبوين فقهه :

أبو حنيفة لم يدون فقهه وانما نقلت لنا أقواله من قبل تلامذته كأبي يوسف ومحمد بن الحسن وهؤلاء هم الذين نشروا مذهب أبي حنيفة ودونوها مختلطة بأقوالهم وآرائهم ، فما كانوا بالقلدين وانما كانوا مجتهدين متسبين الى مدرسة أبي حنيفة وملتزمين طريقته في الاستنباط والاجتهاد ، وكانوا يناقشون امامهم في حياته وربما خالفوه وقد حفظت لهم أقوال تخالف أقوال استاذهم أبي حنيفة ولكن أقوالهم وأقواله نسبت جميعا الى مذهب أبي حنيفة باعتباره المؤسس الاول له .

وأشهر تلامذته أبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني وزفر بن الهذيل والحسن بن زياد اللؤلؤي . وأشهر هؤلاء الاربعة وأبعدهم أثرا في نقل فقه أبي حنيفة ونشره أبو يوسف ومحمد .

أما أبو يوسف فهو يعقوب بن ابراهيم بن حبيب الانصاري ولد سنة ١١٣هـ وتوفي سنة ١٨٣هـ وكان أكبر تلامذة أبي حنيفة . ومع تخرجه بمدرسة أبي حنيفة فقد أخذ عن علماء الحديث ورحل الى مالک وتلقى عنه حديث أهل المدينة فقرب بين مذهب أهل العراق ومذهب أهل الحجاز وعمل على دعم آراء المذهب الحنفي بالحديث . وقد تولى القضاء في زمن المهدي والهادي والرشيد ، من خلفاء الدولة العباسية ، وصار قاضي القضاة وكان لتوليته القضاء أثر كبير في نشر المذهب الحنفي وصقله عمليا ، لان القضاء جعل الفقه الحنفي يواجه الحياة العملية ومشكلات الناس والحيلة العامة وهذا كله يحمله على ايجاد الحلول لها ويجعل القياس أو الاستحسان في

المذهب الحنفي مستندا الى الحياة العملية لا الى الفروض النظرية فقط .  
وللامام أبي يوسف تأليف كثيرة ، وهو أول من دون كتباً في المذهب  
الحنفي ، ومن كتبه التي وصلتنا كتابه ( الخراج ) وهو مؤلف نفيس في  
الامور المالية للدولة وهو مطبوع متداول . وكتاب اختلاف ابي حنيفة مع  
محمد بن عبدالرحمن المعروف بابن أبي ليلى ، وقد روى هذا الكتاب الامام  
الشافعي في كتابه ( الام ) وجعل عنوانه « هذا كتاب ما اختلف فيه أبو حنيفة  
وابن أبي ليلى عن أبي يوسف رحمهم الله تعالى »<sup>(١)</sup> . وهناك كتب أخرى  
له مثل كتاب اختلاف الامصار والرد على مالك بن أنس وكتاب الوصايا  
وغيرها<sup>(٢)</sup> . أما الامام محمد ، فهو محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني ،  
ولد بواسط في العراق سنة ١٣٢هـ ونشأ بالكوفة وتوفي سنة  
١٨٩هـ . طلب الحديث وصحب أبا حنيفة وسمع منه وأخذ طريقه في الفقه  
ولكن لم تطل صحبته لابي حنيفة فقتل لابي يوسف ثم رحل الى الامام  
مالك في المدينة ولازمه فيها ثلاث سنين وسمع منه الموطأ وله رواية له .  
ولقي الشافعي ببغداد وقرأ - أي الشافعي كتبه في فقه الحنفية وناظره في  
كثير من المسائل وأخذ عنه . وقد أثر لقاؤه بمالك والشافعي في فقهه ولكنه  
ظل منتسباً للمذهب أبي حنيفة ملتزماً بطريقته وله الفضل الأكبر في تدوين  
الفقه الحنفي ، وعلى كتبه اعتمد فقهاء الحنفية . فهو يعد بحق ناقل فقه  
ابي حنيفة وفقه العراقيين الى الاخلاف .

وكتب الامام محمد وصلت اليها كاملة ، بخلاف كتب أبي يوسف ،  
وقد عكف عليها علماء الحنفية شرحاً وتعليقاً واختصاراً فهي عمدة المذهب  
ومرجع فقهاءه وهي من حيث الثقة بنقلها عنه نوعان :

الاول : ما نقله عنه الثقة وهذه تسمى كتب ظاهر الرواية أو مسائل  
الاصول وهي : المبسوط ، والزيادات ، والجامع الكبير ، والجامع الصغير ،  
والسير الكبير والسير الصغير ، وانما سميت بكتب ظاهر الرواية لانها

(١) الام للشافعي ج ٧ ص ٨٧ وما بعدها .

(٢) الفهرست لابن النديم ص ٤٨٦ .

رويت عنه برواية الثقة • ويلحق بها كتاب الآثار ، وقد جمع في هذا الكتاب الآثار من أحاديث وفتاوى للصحابة التي يخرج بها الحنفية • كما يلحق بهذه الكتب - من حيث الثقة بها - كتاب الرد على أهل المدينة وقد رواه عنه الامام الشافعي في كتابه الام •

الثاني : كتب لم تبلغ نسبتها الى محمد نسبة الاولى فليس لها ما للأولى من الثقة والاشتهار والقبول وتسمى بكتب النوادر أو مسائل النوادر أو كتب غير ظاهر الرواية وهي : الكيسانيات والهارونيات ، والجرجانيات ، والرقيات ، وزيادة الزيادات •

وقد جمع كتب ظاهر الرواية في كتاب واحد بعد حذف المكرر منها الامام أبو الفضل محمد بن محمد بن أحمد الروزي المشهور بالحاكم الشهيد المتوفى سنة ٣٤٤هـ ، وسمى كتابه هذا ( الكافي ) ، ثم شرح هذا الكتاب في القرن الخامس الهجري الامام شمس الأئمة محمد بن أحمد السرخسي في كتاب سماه ( المبسوط ) ويقع في ثلاثين جزء ويعد أهم كتب الحنفية الاصيل الناقله لأقوال أئمة المذهب الاولين ، وقد ذكر فيه أصول المسائل وأدلتها وأوجه القياس فيها ، وربما تعرض الى خلاف أئمة المذاهب الاخرى كالشافعي ومالك فيذكر أقوالهم وأدلتهم ويرد عليها بأسلوب علمي رصين وعبرة واضحة جليلة •

ومن الجدير بالذكر أن فقهاء الحنفية عند نقلهم آراء أبي حنيفة وأصحابه يطلقون اسم الشيخين على أبي حنيفة وأبي يوسف اذا كان في المسألة خلاف واتفق فيها رأي أبي حنيفة وأبي يوسف وخالفهما الامام محمد • واذا كان الاتفاق بين أبي يوسف ومحمد دون أبي حنيفة قالوا هذا رأي صاحبين • واذا كان لاحدهم رأي منفرد نسب الى اسمه • فيقال رأي أبي حنيفة أو رأي أبي يوسف أو رأي محمد • اما زفر فيذكر رأيه منسوباً الى اسمه دائماً •

وبعد تلامذة أبي حنيفة المباشرين جاء تلامذة هؤلاء ومن تلقى عنهم

الشريعة الاسلامة (م - ١١)

فكتبوا في الفقه الحنفي شارحين أو معلقين أو مختصرين لكتب الاوائل .  
ومنهم من استنبط أحكام المسائل التي لم تنقل عن أئمتهم ، ومن كتب هذا  
النوع الاخير كتب الفتاوى والواقعات ، وهي أحكام المسائل التي استنبطها  
المجتهدون في المذهب الحنفي ، وأول كتاب عرف في هذا الموضوع كتاب  
النوازل للفقهاء أبي الليث السمرقندي المتوفى سنة ٣٧٣هـ .  
والمذهب الحنفي منتشر في العراق والباكستان والاقطار الاسلامية في  
روسيا والصين وفي مصر .

## لمبحث الثاني

### مالك بن انس

١٦٩ - هو الامام مالك بن انس الاصبحي نسبة الى ذي أصبح ، وهي  
قبيلة باليمن ، قدم أجداده الى المدينة ومكثوا فيها . ولد سنة ٩٣هـ وظل فيها  
لم يتحول عنها الا حاجا حتى توفي فيها سنة ١٧٩هـ .  
تلقى الفقه والسنة عن شيوخ كثيرين منهم عبدالرحمن بن هرمز ،  
ومحمد بن مسلم بن شهاب الزهدي فقد أخذ عنه الحديث وفقه الأثر  
وفتاوى الصحابة . وأبو الزناد عبدالله بن ذكوان الملقب بأبي الزناد وقد  
أخذ عنه الحديث . ويحيى بن سعيد وأخذ عنه فقه الرأي وعلم الرواية .  
وربيعة بن عبدالرحمن وقد تلقى عنه فقه الرأي اذ كان مشهورا فيه حتى  
سمي بربيعة الرأي . كما أخذ من غير هؤلاء كجعفر بن محمد الباقر .  
ولكن كثر الشيوخ تأثرا فيه ابن شهاب الزهري وربيعه الرأي .  
ولما كمل تحصيل مالك واستوعب فقه المدينة جلس للافتاء والتدريس  
بعد أن شهد له بالاهلية سبعون رجلا من أكابر الفقهاء وفيهم من أخذ  
عنهم الفقه .

وكان في أول حياته يدرس ويفني في مسجد النبي (ص) ولا يتحول  
عنه حتى ان الرشيد لما جاء للحج طلب منه أن يأتيه ليسمع منه  
ابناء الامين والمأمون فأبى الامام مالك وقال له : أعز الله المؤمنين ان هذا  
العلم منكم خرج فان أتم أعزتموه عز وان أذلتموه ذل ، والعلم يؤتى

ولا يأتي • فقال هارون الرشيد : صدقت وأمر ابنه بالخروج الى المسجد لیسما مع الناس • فقال مالك : بشریطة أن لا یخطیا رقاب الناس ویجلسا حیث یتتهي بهم المجلس فحضرا بهذا الشرط<sup>(١)</sup> • وهكذا كان الامام مالك عزیز النفس یعرف قدر العلم الذي یحملة ولا یتهافت على باب السلطان حتی لو طلبه السلطان وهكذا یبغی أن یكون الفقیه •

ثم انتقل الى بیته یدرس ویفتي عندما مرض سلس البول • وكان فی تدریسه سواء فی المسجد أو فی الیت ینهج الطریقة الالقائیة الخالیة من المناقشة وتبادل الرأی والجدال مع تلامیذه خلافا لطریقة ابی حنیفة فی التدریس ، ولهذا لم یحفظ اختلاف بینه و بین تلامیذه فی حیاته وار نقلت لهم أقوال مخالفة لبعض ما ذهب الیه بعد وفاته • وكان تلامذته یدونون ما یروي لهم من أحادیث وآثار وما یقوله من فتاوی فی المسائل التي تعرض علیه وما كان ینهاهم ولا یأمرهم ، وان كان فی بعض الاحیان ینهاهم عن تدوین كل ما یقوله من فتاوی • وكان حریصا على أن لا یجیب الا عن مسائل واقعة فعلا ، فقد كان ینفر من الفقه الافتراضي حتی أن بعض تلامذته اذا أراد أن یسأله عن مسألة لم تقع دفع الیه أحد الناس یسأله عنها كأنها حادثة واقعة • ولا بدل نهج الامام مالك هذا انه كان قلد الاخذ بالرأی ، فالحقیقة انه كان فقیه رأی كما كان فقیه أثر وقد أعناه عن الغرض والتقدير فی مسائل الفقه كثرة الوقائع التي كانت تعرض علیه من قول الوافدين علیه من مختلف الاقطار الاسلامیة فی موسم الحج أو من قبل الملازمین له الآخذین عنه ، وهم من أقطار شتی ، أو من قبل تلامذته الذین رجعوا الى ديارهم فكتبوا بكتبون الیه بالمسائل التي تقع فی ديارهم •

#### ١٧٠ - اصول مذهبه :

لم یدون الامام مالك أصول مذهبه وفواعده فی الاستنباط وماهجه فی الاجتهاد وان كان قد صرح ببعض منها وأشار الى البعض الآخر • ومما صرح به فی كتابه الموطأ أنه یأخذ بعمل أهل المذینة وبقدمه على حبر الاحاد

(١) مفتاح السعادة ج ٢ ص ٨٦

المعارض له ، وحجته في ذلك أنه عمل أهل المدينة متوارث عن آبائهم وأجدادهم فهو بمثابة السنة المتواترة ، وما كان هذا شأنه يقدم على خبر الاحاد . وقد نازعه في هذا المسلك المجتهدون الآخرون كالشافعي والامام محمد بن الحسن .

وجماع اصول مذهب مالك ، بناء على ما صرح به أو أشار إليه أو استنبطه فقهاء المذهب من الفروع المنقولة عنه ، والآراء المدونة في موطأه ، هي - أي هذه الاصول - كما صرح بها الامام القرافي المالكي : الكتاب ، السنة ، الاجماع ، اجماع أهل المدينة ، القياس ، قول الصحابي ، المصلحة المرسله ، العرف والعادات ، سد الذرائع ، الاستحسان ، الاستصحاب<sup>(١)</sup> . ومن هذه الاصول يتبين لنا خصوصية المذهب وسعته وامكان تخريج الاحكام على اصوله الملائمة لكل عصر ومكان لا سيما على أصل المصلحة المرسله الذي سيطر على جميع فقه مالك في كل المسائل التي لا نص فيها ، حتى قرن اسم المصالح المرسله بمذهب مالك . كما انه يتبين لنا من كثرة هذه الاصول مقام الامام مالك في فقه الرأي فقد اشتهر به على خلاف المعهود من فقهاء مدرسة الحجاز وأكثر من الاخذ بهذا الاصل . حتى صار قوام اجتهاده بالرأي يقوم على أساس المصلحة . وربما أخذ بالقياس أو المصلحة وترك خبر الاحاد بناء على ان مخالفة الخبر للمصلحة أو للقياس النابت المبني على قواعد الشريعة دليل على ضعف الخبر وعدم صحته ، من ذلك عدم أخذه بخبر المصراة لمخالفته ، في نظره ، للقياس القطعي المبني على قواعد الشريعة الثابتة . ومنه رده خبر اكفاء القدور التي طبخت بها لحوم الابل والغنم من الغنم قبل قسمتها بحجة مخالفة ذلك للمصلحة<sup>(٢)</sup> .

(١) الامام مالك تأليف استاذنا محمد ابو زهرة ص ٢٥٨ . وانظر أيضا المدارك للقاضي عياض ص ٥٧٨ ، الديباج المذهب لابن فرحون المالكي ص ٦٦ .

(٢) حديث المصراة ( لا تصروا الابل والغنم ومن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد ان يحلبها ان شاء أمسك وان شاء ردها وصاعها من تمر ) وحجة رده أنه خالف أصل الخراج بالضمان وان متلف الشيء انما يغرم مثله أو قيمته لا جنس آخر . انظر الموافقات ج ٣ ص ٢٣ - ٢٥ .

## ١٧١ - تلامذة مالك :

أقام الامام مالك في المدينة ولم يتحول عنها حتى أنه لمسا طلب منه الرشيد الخروج معه الى بغداد أبي عليه ذلك مفضلا البقاء في جوار النبي (ص) على بغداد وغيرها<sup>(١)</sup> . وكان للامام مالك في المدينة وطول عمره المبارك وانهاء رئاسة الفقه في المدينة اليه تأثير كبير في الوافدين الكثيرين عليه ، فقد قصد طلبة العلم من مختلف الاقطار الاسلامية ، من مصر والشام والعراق وشمال افريقية والاندلس ولازموا وأخذوا عنه ورأوا في هذه الملازمة تحصيل الفقه من أهله ومجاورة النبي الكريم (ص) . ولهذا كان تلامذته كثيرين جدا نشروا فقهه في أوطانهم لا سيما في مصر وشمال افريقية والاندلس . ومن التلاميذ ، وهم فقهاء كبار ، عبدالله بن وهب لازم مالكاً عشرين سنة ونشر مذهبه في مصر والمغرب وتوفي سنة ١٩٧هـ ، وكان الامام مالك يحمله ويحترمه حتى انه كان يكتب اليه وهو في مصر ويلقيه بفقهاء مصر . وعبدالرحمن بن القاسم المصري وكان له أثر بالغ في تدوين مذهب مالك فهو كالامام محمد بن الحسن بالنسبة لمذهب أبي حنيفة فكلاهما ، ناقل مذهب شيخه ، وله مع ذلك اجتهاد حر . صاحب مالكا نحواً من عشرين سنة وروى عنه الموطأ ، وروايته للموطأ تعد أصح رواية وتوفي سنة ١٩٢هـ . ومنهم أشهب بن عبدالعزيز القيسي . انتهت اليه رئاسة الفقه في مصر وتوفي سنة ٢٢٤هـ . ومنهم أبو الحسن القرطبي المتوفى عام ١٩٣هـ ، أخذ الموطأ عن مالك سماعاً ونشره في الاندلس . وأسد بن فرات ، وهو من أهل تونس ، مات مجاهداً على رأس جيش في صقلية . وغير هؤلاء كثيرون .

## ١٧٢ - تدوين فقه مالك ونقله :

دون فقه مالك ونقل عنه بطريقتين : (الاولى) كتب ألفها مالك نفسه وأهما الموطأ . (الثانية) بواسطة تلامذته فقد نشروا مذهبه ودون بعضهم آراءه وأقواله في (المدونة) . وتذكر كلمة موجزة عن الموطأ ثم عن المدونة .

(١) الديباج المذهب ص ١٣٢

### الموطأ :

وهو أجل ما كتبه مالك ، جمع فيه ما صح عنده من أحاديث رسول الله (ص) المتصلة والمرسلة وفتاوى الصحابة وأقضيةهم وأقوال التابعين ، كما ذكر آراءه في بعض المسائل قياسا على الآثار التي رواها أو توجيهها وتفسيرا لما رواه أو ترجيحاً لبعض ما رواه على البعض الآخر . وقد ظل يعمل فيه تأليفاً وتهذيباً وتنقيحاً مدة أربعين سنة جملة على أبواب الفقه . وقد تلقته الأمة بالقبول في زمانه وبعد زمانه ورواه عن الجمع الغفير وشرحه أكثر من واحد . وأراد الرشيد ، وقبله أبو جعفر المنصور ، حمل الأمة على اتباعه فأبى مالك<sup>(١)</sup> .

### المدونة :

أما المدونة فالاساس في تدوينها أن أسد بن الفرات سَمِعَ من مالك كتابه الموطأ ثم ذهب الى العراق فلقى أبا يوسف ومحمد بن الحسن صاحب أبي خيفة وسمع منهما فأراد أن يعرف رأي مالك في هذه المسائل التي دونها الامام محمد الا أن مالكا توفي فرجع الى مصر والتقى بمبداقه بن وهب تلميذ مالك وعرض عليه الفكرة فتهيب وأحجم ، فقصد عبدالرحمن بن القاسم فأجابه الى طلبه وأخبره في كل مسألة فقهية برأي مالك ، وان شك في حفظه عنه قال أخال وأحسب وأظن ، وان لم يجد لملك قولاً في مسألة قال هو برأيه فيها أما بالقياس على ما قاله مالك في نظائر تلك المسألة ، واما بمحض اجتهاده وفي ضوء أصول المذهب المالكي ان لم يجد قولاً لملك في نظير المسألة المسؤول عنها . وجمع أسد أجوبة ابن القاسم في كتب سماها (الاسدية) ثم رحل بها الى القيروان بعد أن ترك نسخة منها بمصر . وفي القيروان تلقاها عنه سخون وهو عبدالسلام بن سعيد التنوخي وقد سمع من ابن القاسم وابن وهب وأشهب فارتحل بها الى ابن القاسم وعرضها عليه فتقحها ابن القاسم وأسقط منها ما كان ظناً أو ما كان يشك فيه ادنى شك في

(١) الديباج المذهب ص ٢٥

نسبته الى مالك وما لم يجد فيه نصاً يثق به قال برايه واجتهاده على ضوء اصول مالك أو على قياس قول مالك في مثله . فمدون سخنون ماسمعه من ابن القاسم ورجع بها الى القيروان فأقبل الناس على ما كتبه سخنون وسمى ما كتبه « المدونة » ثم رتبها وهذبها وزاد عليها ما اختلف فيه مالك مع كبار أصحابه وذيل أبوابها بالحديث والآثار فكانت هذه المدونة تجمع آراء مالك وأقواله كما سمعها منه تلميذه ابن القاسم كما تجمع الأقوال المخرجة على اصوله وآراء أصحابه التي خالفوا فيها شيخهم مع الآثار والاحاديث الواردة في مسائل الفقه ، ثم جاء العلماء وشرحوها ولخصوها وعلقوا عليها .

## لِبَحْثِ الثَّالِثِ

### الشافعي

١٧٣ - هو الامام أبو عبدالله محمد بن ادريس الشافعي ، يلتقي سببه مع الرسول (ص) في عبد مناف . ولد في غزة سنة ١٥٠ هـ وتوفي في مصر سنة ٢٠٤ هـ . نشأ في مكة وتفقه على مسلم بن خالد الزنجي مفتي مكة حتى اذن له بالافتاء والشافعي ابن خمس عشرة سنة . ثم ارتحل الشافعي الى المدينة ولقي الامام مالكا وسمع منه الموطأ ورواه عنه وتفقه عليه ولازمه حتى مات سنة ١٧٩ هـ . ثم ارتحل الى اليمن فالتقى هناك بعمر ابن ابي سلمة صاحب الامام الاوزاعي فأخذ عنه فقه شيخه ، كما التقى ببيحيى بن حسان صاحب الليث بن سعد فقيه مصر فأخذ عنه فقه هذا الامام الكبير . وفي سنة ١٨٤ هـ جيء بالشافعي الى بغداد متهما بالعمل ضد الدولة العباسية ولكن ظهرت براءته مما اتهم به ، وكان مجيئه هذا سبباً للقاءه مع فقيه العراق محمد بن الحسن الشيباني صاحب أبي حنيفة فلازمه الشافعي وقرأ كتبه ونقل عنه ودارسه مسائل الفقه ثم انتقل بعد ذلك الى مكة ومعه كتب العراقيين في الفقه وظل في مكة يدرس ويفتي ويلتقي بالعلماء في موسم الحج مدة تسع سنوات ثم قدم بعدها الى بغداد للمرة الثانية سنة ١٩٥ هـ .

وأقام فيها سنتين ثم رجع الى مكة ثم عاد الى بغداد سنة ١٩٩٨ هـ وأقام فيها أشهراً ثم ارتحل الى مصر في أواخر سنة ١٩٩٩ هـ وقيل في أوائل سنة ٢٠٠٠ هـ . واستقر به المقام في مصر وأخذ يدرس ويفتي ويصنف ويأبلي على تلاميذه حتى وافاه الأجل سنة ٢٠٠٤ هـ .

#### ١٧٤ - فقه الإمام الشافعي :

تيسر للإمام الشافعي الاطلاع على المذاهب المعروفة في زمانه ودراستها دراسة فاحصة نافذة مقارنة ، فقد أخذ فقه مكة في أول نشأته من مسلم بن خالد وغيره ، ثم تفقه على مالك فأخذ فقهه وفقه أهل المدينة حتى عد من تلامذة مالك وأتباع مدرسة المدينة وظل معروفاً بهذا الوصف حتى مجيئه الى بغداد للمرة الأولى فاطلع على فقه أبي حنيفة ومدرسته عن طريق محمد ابن الحسن . وهكذا تجتمع فيه فقه الحجاز وفقه العراق ، ولما رجع الى مكة أخذ ينظر فيما وصل اليه من فقه ويدرسه دراسة فاحصة ويتأمل فيه ، وهنا ظهرت شخصية الشافعي بفقته جديد هو مزيج من فقه أهل العراق وأهل الحجاز وبدأ يتميز بمذهب خاص به . ولما رجع الى العراق للمرة الثانية سنة ١٩٥٥ كان ذا مذهب مستقل له أصوله وقواعده ، فأخذ ينشره في العراق ويزيد عليه مدة بقائه في العراق وقد صنف كتابه « الحجية » وفيه آراؤه التي كونها حتى ذلك الحين ، وقد عرفت هذه الآراء بمذهبه القديم لانه رجع عن بعضها فيما بعد ، كما صنف رسالته في الأصول بناء على طلب عبدالرحمن بن مهدي أحد علماء الحديث . وبعد رجوعه الى مصر ترك قدراً غير قليل من أقواله في العراق لما رأى في مصر عادات وأحوال تختلف عما رآه في العراق والحجاز ، كما أن نضوجه الفقهي ودوام تأمله فيما كتب وقال دعاه الى تغيير بعض آرائه في العراق . وقد أتمى كبة الجديدة على تلاميذه وهي المبر عنها بالمذهب الجديد .

ويعد فقه الشافعي وسطاً بين أهل الحديث وأهل الرأي ، فقد نهر الأخذ بالسنة ولو كانت آحاداً ورفض الأخذ بالحديث المرسل ، كما أخذ بالقياس دون غيره من أنواع الرأي .

## ١٧٥ - اصول مذهبه :

يعتبر الامام الشافعي أول من صنف في اصول الفقه ، ورسائله التي ألفها في هذا العلم تعتبر أول مصنف فيه وصل اليها ، وعلى هذا يكاد يعقد الاجماع .

ومن رسائله الاصولية هذه وما كتبه في « الام » تبين لنا اصوله في الاستنباط ومسالكه في الاجتهاد . فهو يأخذ بالكتاب والسنة ويجعل السنة مينة له وشارحة لنصوصه ومفصلة لمجمله ومقيدة لمطلقه ومخصصة لعامه ولو كانت أخبارا آحادية ، فهو يحتج - بخبر الواحد مادام راوؤه ثقة عدلا ولا يشترط في الخبر الشهرة فيما تعم به البلوى كما قال الخنفية ولا أن يوافق عمل أهل المدينة كما قال مالك فهو يشترط صحة السند فقط . أما الحديث المرسل فما كان يحتج به إلا اذا كان من مراسيل كبار التابعين كسميد بن المسيب وبشرط أن تتوافر فيه شروط خاصة ، وهذا خلاف مذهب أبي حنيفة وسفيان الثوري ومالك حيث كانوا يحتجون بالحديث المرسل ويحملونه بمنزلة الحديث المتصل<sup>(١)</sup> .

وبعد الكتاب والسنة يحتج بالاجماع ثم بأقوال الصحابة يتخير منها ما هو الأقرب الى الكتاب والسنة فان لم يتبين القرب أخذ بأقوال الخلفاء الراشدين ورجحها على أقوال غيرهم . ثم بعد ذلك يحتج بالقياس . هذه هي اصول الشافعي ، ولهذا فقد أنكر الاستدلال بالاستحسان أو غيره وعده تشريعا بالهوى ، كما أنكر الاستدلال بالمصلحة المرسلة ويعمل أهل المدينة .

## ١٧٦ - تموين الفقه الشافعي ونقله :

لقد تم نقل فقه الشافعي بطريقتين :

الاولى : الكتب التي كتبها الشافعي نفسه وأملأها املاء على تلاميذه ، وأشهر ما كتب أو أملى كتاب ( الرسالة ) التي صنفها في العراق ثم أعاد تصنيفها في مصر بعد تهذيبها . وهي أبحاث في اصول الفقه ، فقد تكلم فيها

---

(١) الرسالة للشافعي ص ٦٦ وما بعدها ، والام ج ٧ ص ٢٤٦-٢٤٧

عن بيان القرآن وبيان السنة للقرآن ، والعام والخاص والمناسخ والمنسوخ  
والسنة والاحتجاج بخبر الواحد وغير ذلك من الابحاث الاصولية .  
والكتاب الثاني هو ( الام ) وهو كتاب فقه عظيم بليغ الاسلوب فيه عرض  
لاقواله مع الادلة ومناقشة أقوال الفقهاء الآخرين بأسلوب علمي رصين .  
وقد رواه عنه تلميذه الربيع بن سليمان المرادي .

الثانية : تلامذته وهؤلاء كثيرون منهم العراقيون ومنهم المصريون .  
فالعراقيون هم نقلة مذهبه القديم ومنهم الحسن بن محمد المعروف  
بالزعفراني المتوفى سنة ٢٦٠هـ . وأبو علي الحسين بن علي المعروف  
بالكرابيسي المتوفى سنة ٢٤٥هـ . أما تلامذته في مصر فهم نقلة مذهبه الجديد  
ومنهم اسماعيل بن يحيى المزني المتوفى سنة ٢٦٤هـ . وهو أذكى تلاميذه  
ولازم الشافعي منذ قدومه الى مصر الى أن توفي، وله كتب كثيرة ساعدت على  
نشر المذهب كما له آراء خالف بها شيخه . ومنهم البويطي وهو أبو يعقوب  
يوسف بن يحيى البويطي أخذ الفقه عن الشافعي وحل محل شيخه في  
التدريس والافتاء بعد وفاته . ومنهم الربيع بن سليمان المرادي روى كتاب  
الام عن الشافعي وكتب نسخة منه في حياة الشافعي . والمذهب الشافعي  
منتشر في مصر واندونيسيا وعدن ويوجد أيضا في العراق وكذا في  
الباكستان .

## لمبحث الرابع

احمد بن حنبل

١٧٧ - هو أبو عبدالله أحمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني ،  
ولد ببغداد سنة ١٦٤هـ وتوفي فيها سنة ٢٤١هـ .

رحل لطلب العلم الى مكة والمدينة والشام واليمن وغيرها من الاقطار  
والبلدان . وقد تفقه بالشافعي حين قدومه الى بغداد ، ثم أصبح مجتهدا  
مستقلا ذا مذهب خاص به ، وقد فاق أقرانه في السنة وحفظها وتميز

صحيحها من سقيمها فكان عالم السنة وامامها في زمانه بحق بلا منازع •  
ومسنده المعروف بمسند الامام أحمد بن حنبل احتوى على أكثر من أربعين  
ألف حديث •

ومع أنه كان عالما بالسنة متبحرا فيها ، فقد كان فقيها دقيق الفقه حتى  
قال الشافعي فيه يوم خرج الى مصر : خرجت من بغداد فما خلفت فيها  
رجلا أفضل ولا أعلم ولا أفقه من أحمد بن حنبل • وقد امتحن بالقول  
بخلق القرآن من قبل المأمون فأبى أن يقول ما أراداه فأذاه وجبه ، وتلك  
خطيئة كبيرة من المأمون ، لان اكراه الناس على مثل هذه البدعة لا يجوز  
في شرع الله ولكن هذا هو الذي وقع وكان •

#### ١٧٨ - اصول فقهه :

بنى الامام أحمد فقهه على خمسة أصول<sup>(١)</sup> :

الاول : النص من الكتاب أو السنة • فإذا وجد النص لم يلتفت الى  
ما خالفه ولا الى من خالفه كائنا من كان • فالسنة عنده أجل من أن تعارض  
بآراء الرجال ولو كانت سنة آحاد ولو كان مخالفها من كبار المجتهدين  
والفقهاء • ولم يقدم على الحديث الصحيح عمل أهل المدينة ولا غيرهم  
ولا رأيا ولا قياسا ولا قول صاحب ولا عدم العلم بالمخالف الذي يسميه  
الناس اجماعا • وهو في هذا النهج كالشافعي •

الثاني : فتوى الصحابي الذي لا يعرف لها مخالف ، فكان يأخذ بها  
ولا يسمى ذلك اجماعا •

الثالث : اذا اختلف الصحابة تخير من أقوالهم ما كان أقربها الى  
الكتاب والسنة •

الرابع : الاخذ بالحديث المرسل والحديث الضعيف اذا لم يكن دليل  
آخر يدفعه وهو الذي رجحه على القياس • والحديث الضعيف عنده من

---

(١) المدخل الى مذهب الامام احمد بن حنبل تأليف ابن بدران  
ص ٤١ وما بعدها •

أنواع الحديث الصحيح ، وليس هو الحديث الباطل أو المنكر أو الذي في روايته من لا يوثق به . فإذا لم يجد ما يعارض الحديث الضعيف من أثر أو قول صحابي أو إجماع ، أخذ بالضعيف وقدمه على القياس .

الخامس : القياس ، وهو آخر الأصول عنده يستعمله للضرورة إذا لم يجد نصا في الكتاب ولا في السنة ولا فتوى صحابي ولا حديثا مرسلا أو ضعيفا .

وكان أحمد في بعض الأحيان يتوقف في الفتوى لتعارض الأدلة عنده أو لعدم اطلاعه على أثر في المسألة مع أنه كان كثير المعرفة جدا بأقوال الصحابة وبأحاديث النبي (ص) . وكان لا يميل إلى الفقه التقديري فإذا سئل عن مسألة لم تقع لم يجب أن يجب عليها .

١٧٩ - تدوين مذهبه ونقله :

لم يدون الإمام أحمد مذهبه ، وكان يكره أن يكتب شيء من آرائه وفتاويه ، وكان همه في جمع السنة وتدوينها ، إلا أن أصحابه جمعوا من أقواله وفتاويه الشيء الكثير ورتبوه على أبواب الفقه . ثم جاء أحمد بن محمد بن هارون أبو بكر الخلال فصرف همه إلى جمع ما روي عن أحمد ابن حنبل وصنفه في كتابه ( الجامع ) . ومنهم المروزي أحمد بن محمد بن الحجاج المتوفى سنة ٢٧٥ هـ . ثم جاء من بعد هؤلاء كثيرون صنفوا في فقه المذهب الحنبلي وجمعوا أقوال إمامهم وشرحوها ، ومن هؤلاء أبو القاسم عمر بن أبي علي الحسين الخرقى المتوفى سنة ٣٢٤ هـ ، ومن كتبه المشهورة المختصر المعروف باسم مختصر الخرقى وقد شرحه ابن قدامة المقدسي بكتابه المغني .

ثم جاء من بعد هؤلاء إمامان كبيران ينتسبان إلى المذهب الحنبلي وهما ابن تيمية وابن القيم ، فقد عرفا باتساقهما إلى المذهب الحنبلي وأصوله وقواعده ، وإن كانا يتهجان النهج المستقل في الاستنباط ولا يقلدان أحمد ابن حنبل ولا غيره .

ثم بظهور محمد بن عبد الوهاب صاحب الدعوة الوهابية والمتوفى سنة

١٢٠٦هـ وبسبب نجاحه في دعوته صار المذهب الحنبلي هو المذهب الرسمي في بلاد نجد ثم لعموم الدولة السعودية حتى الوقت الحاضر ، فهو مسر فيها وفي الكويت وله اتباع في سورية والعراق وفي امارات الخليج العربي •

## المبحث الخامس

زيد بن علي

١٨٠ - هو الامام زيد بن علي زين العابدين الحسين بن علي بن أبي طالب • ولد في المدينة سنة ٨٠هـ واستشهد سنة ١٢٢هـ ، واليه ينسب المذهب الزيدي •

تلقى العلم في نشأته الاولى عن أبيه ثم عن أخيه محمد الباقر فكان بيته بيت علم وفقه ، ثم أخذ عن الفقهاء الآخرين الذين كانوا في زمانه (١) • وقد أجمع العلماء على جلالته قدره وسعة علمه وغزارة فقهه وعظم ورعه وتقواه (٢) •

١٨١ - تدوين الفقه الزيدي ونقله :

وفقه الزيدية قريب من فقه المذاهب الاربعة التي ذكرناها سابقا ، ولا يختلف عنها الا في مسائل قليلة ، منها أن الزيدية لا يرون المسح على الخفين ، ويحرمون أكل المذبح من غير المسلم ويحرمون تكاح الكتابات (٣) •

وقد دون الفقه الزيدي ونقل عن طريقين :

الاول : بواسطة كتب الامام زيد ، فقد روي أنه كتب أو ألقى على تلاميذه أكثر من كتاب ، كما روى عنه تلاميذه ما سمعوه عنه • والذي وصلنا من فقه الامام زيد كتابه « المجموع » في الفقه والحديث وهو كتاب

(١) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير للحيى ج ١ ص ٤٩ وما بعدها •

(٢) المرجع السابق ج ١ ص ٦١

(٣) نظرة في تاريخ الفقه للدكتور علي عبدالقادر ص ١٨٤

جيل 'مدر مرتبا ترتيبا فقهيا وقد رواه عنه أبو خالد عسرو بن خالد الواسطي ، وقد شرحه العلماء ومنهم العلامة شرف الدين بن النحسي الصنعاني المتوفى سنة ١٢٢١هـ وسمي شرحه (الروض النضر شرح محسوع الفقه الكبير) وهذا الشرح طبع ببصر سنة ١٣٤٧هـ ووقع في أربعة أجزاء كبيرة .

المني : بواسطة نلاميذ أو من تلقى عن نلاميذ وهم كيرون . نس نلاميذ انباشرين أولاده الأربعة عيسى ومحمد وحسين ويحيى . ومنصور بن المعسر وبصر بن حزيمة وغيرهم<sup>(١)</sup> .

ومن فقهاء المذهب الزيدي المشهورين الحسن بن علي المسمى بالمعسر الكبير المتوفى سنة ٣٠٤هـ ، والقاسم بن ابراهيم الرسي المتوفى سنة ٢٤٢هـ وخفيده الهادي بن يحيى بن الحسين بن القاسم الرسي وهو مؤسس الدولة الزيدية في اليمن ، فقد ولد هذا الامام في المدينة سنة ٢٤٥هـ ثم جاء الى اليمن سنة ٢٨٨هـ فبايعه أهلها نصار امام اليمن وحاكمها . وكان فقيها كبيرا ومجتهدا مطلقا وان كان منسوبا الى المذهب الزيدي وقد حفظ عنه مخالفته للامام زيد في بعض المسائل وقد صار له أتباع كثيرون ونشر طريقته في الاجتهاد باليمن حتى تبعه أهلها ولا يزال الكثير منهم على طريقته حتى الآن فهم زيدية هادوية ، وله من الكتب كتاب الاحكام فيه أحاديث وآثار وفقه . وهكذا اجتمعت فيه صفة الحاكم العادل والفقهاء المجتهد وقل ما يجتمع هذان الوصفان في شخص . استشهد في سنة ٢٩٨هـ بسبب جراحه التي أصابته في بعض حروبه مع القرامطة الذين عاثوا في الارض فسادا فأراد سدهم وايقافهم عند حدهم وقد تغلب عليهم في أكثر من موقعة حتى استشهد .

#### ١/٢ - اصول المذهب الزيدي :

لم يدون الامام زيد اصوله ومناهجه في الفقه والاستنباط ولكن فقهاء الزيدية دونوا اصول الفقه الزيدي استنباطا من الفروع المنقولة عن أئمتهم

(١) انظر مقدمة الروض النضر في الجزء الاول من ترجمة الامام زيد ونلاميذ .

من أقوالهم الصريحة • وهذه الأصول هي الكتب والنسخ والاجماع  
 القياس والاستحسان والمصلحة المرسله وحكم العقل<sup>(١)</sup> • وهذه الأصول  
 وفق مع انفروع المنقولة عن الامام زيد ولكنها ليست هي الأصول التي  
 ضممها أو التي استنبطت من أقواله فقط لأن انتقاه الزيدي ليس هو دمه  
 لامام زيد وحده ، بل فقهه وفقه طائفة كبيرة من آل البيت كالهادي والناصر  
 وغيرهم المنتسبين الى زيد ، وكل هؤلاء مجتهدون اجتهادا مطلقا في الفروع  
 في أصول الفقه أيضا ولذا توجد بعض أصول الفقه الزيدي منسوبة الى  
 بض فقهاء المذهب<sup>(٢)</sup> • وعلى كل حال فاصول هذا المذهب واسعة تؤدي الى  
 ماء المذهب وتوسعه لا سيما وان باب الاجتهاد فيه مفتوح والاختيار من  
 لذهاب الأخرى مأخوذ به من قبل فقهاءه •  
 وأكثر انتشاره في الوقت الحاضر في بلاد اليمن حتى انها كانت تعد  
 ولة زيدية مذهبها وحكما قبل الثورة الأخيرة فيها •

## المبحث السادس

### جعفر الصادق

١٨٣ - هو الامام جعفر الصادق بن محمد الباقر ، سادس أئمة الشيعة  
 لامامية • ولد بالمدينة سنة ٨٠ هـ وتوفي فيها وعمره ثمان وستون  
 سنة<sup>(٣)</sup> • وهو أحد الائمة الاعلام علما وفقها وورعا وتقيا  
 زهدا ، أخذ عنه الكثيرون وروى علمه غير واحد من الفقهاء ، وكان له  
 لامية نقلوا علمه وفقهه وحديثه مثل أبان بن تغلب البكري وجابر بن يزيد

(١) الامام زيد لاستاذنا ابو زهرة ص ٣٤٩ وما بعدها • وحكم  
 لعقل يقصد به أنه الفقيه اذا لم يجد للمسألة حكما من الأدلة الشرعية فإنه  
 رجع الى العقل فما يتبين له قبح الشيء وضرره فهو المحظور وما يتبين له  
 حسن الشيء ونفعه فهو المطلوب وهذا بناء على أن للأشياء حسنا وقبحا  
 اتين وهي مسألة مشهورة في علم الأصول : المرجع السابق ص ٤٥٧ •

(٢) المرجع السابق ص ٣٣٢

(٣) الامام الصادق : تأليف رمضان لارند ص ٢٧ وبعضهم يجعل  
 ولادته سنة ٨٣ هـ ، الامام الصادق تأليف أسد حيدر ج ٢ ص ٣٢ •

الجعفي وداود بن فرقد الاسدي وغيرهم كثيرون<sup>(١)</sup> .  
والى الامام جعفر الصادق ينتسب الشيعة الامامية الاثنا عشرية ولهذا  
يسمون بالجعفرية ومذهبهم يسمى بالمذهب الجعفري . والحقيقة أن هذه  
النسبة أو التسمية لا تدل على أن فقه الامامية مقصور على الامام جعفر أو  
أنهم لا يأخذون بأقوال غيره من أئمتهم الاثني عشر ، لانهم يرون أن كل  
امام من أئمتهم الاثني عشر<sup>(٢)</sup> امام تجب طاعته ويلزم اتباعه وأخذ قوله  
والعمل به ، لأن علمهم واحد متوارث الا ان الفرص لم تسنح لواحد  
منهم في اظهار مكنون علمه كما سنحت للامام جعفر الصادق حيث استطاع  
أن ينشر ما عنده من علم وفقه وسنة فكان من أجل هذا أن نسب اليه مذهب  
الامامية الاثنا عشرية ، بل كان اتسابهم اليه في زمانه<sup>(٣)</sup> .

١٨٤ - أدلة الفقه الجعفري :

أدلة الفقه في المذهب الجعفري هي الكتاب والسنة والاجماع  
والعقل<sup>(٤)</sup> . والسنة عندهم تشمل قول النبي (ص) وقول الامام فلا فرق

(١) أنظر تلامذته وترجمتهم في كتاب الامام الصادق تأليف محمد  
الحسين المظفر ج ٢ ص ١٤٤ - ١٩١ .

(٢) الاثمة الاثنا عشر هم : علي بن أبي طالب والحسن والحسين  
وعلي زين العابدين ومحمد الباقر بن علي وجعفر الصادق بن محمد الباقر  
وموسى الكاظم بن جعفر الصادق وعلي الرضا بن موسى ومحمد الجواد بن  
علي ، وعلي الهادي بن محمد ، والحسن العسكري بن علي ثم ابنه المهدي  
المنتظر : المرجع السابق ، وفلسفة التشريع الاسلامي للدكتور صبيحي  
محمصاني ص ٥٤ .

(٣) الامام الصادق ، تأليف محمد الحسين المظفر ، الطبعة الثانية  
ج ١ ص ٢٠٥ ، ٢٠٨ - ٢٠٩ .

(٤) أصول الاستنباط ، تأليف العلامة علي نقى الحيدري ص ١٥ .  
ويلاحظ هنا أن العقل معناه ما بيناه عند كلامنا عن الامام زيد . ويلاحظ أن  
بعض فقهاء الجعفرية نازعوا في حجته : أنظر الارائك ، تأليف مهدي بن  
الشيخ محمد علي بن محمد باقر ص ١٣٠ . كما أن بعضهم يقبل القياس  
وهم طائفة الاصوليين منهم : أنظر تذكرة الحفاظ للحلي ج ١ ص ١ ووسيلة  
الوسائل ص ٧ وحل العقول ص ٥٣ نقلا عن فلسفة التشريع في الاسلام  
للمحامي الدكتور صبيحي محمصاني ص ٥٥ هامش (٢) .

في المذهب الجعفري - بين ما ثبت عن النبي (ص) وبين ما ثبت عن أنفسهم كل واجب الاتباع وما عندهم هو من الرسول (ص) لا من اجتهادهم أيهم<sup>(١)</sup> ، وإن ما يقولونه لا يدخل فيه الرأي والاجتهاد لأن علمهم موزون نذه اللاحق عن السابق فلم يكن كسبياً ولا أخذاً من أفواه الرجال بإرستهم<sup>(٢)</sup> .

#### ١ - نقل الفقه الجعفري وانتشاره :

وقد نقل الفقه الجعفري بواسطة تلاميذ الامام جعفر الصادق ومن ي عن هؤلاء التلاميذ ، فمن الذين تخرجوا بالفقه الجعفري ولهم مكانة المذهب أبو جعفر بن الحسن بن فروخ الصفار الاعرج القمي المتوفى ٢٩٠ هـ وهو المؤسس الحقيقي لمذهب الجعفرية في ايران وقد توفي سنة ٢١٠ هـ وله من الكتب كتابه « بشائر الدرجات في علوم آل محمد وما خصهم به »<sup>(٣)</sup> . ومن كتب الفقه المشهور في المذهب الجعفري كتاب شرائع سلام لجعفر بن الحسن الحلبي المعروف بالمحقق المتوفى سنة ٦٧٦ هـ ، مرجه المسمى جواهر الكلام لمحمد حسن النجفي ، وتذكرة الفقهاء لمحسن يوسف الحلبي وكتاب مفتاح الكرامة شرح قواعد العلامة تصنيف محمد بن محمد الحسيني العاملي المتوفى سنة ١٢٢٦ هـ<sup>(٤)</sup> . وكتب الحديث والآثار تبرة عندهم كتاب الكافي للكليني ، وكتاب من لا يحضره الفقيه للقمي ، تهذيب والاستبصار للطوسي<sup>(٥)</sup> .

- (١) الامام الصادق المرجع السابق ج ١ ص ٦٠
  - (٢) الامام الصادق المرجع السابق ج ١ ص ١٥١
  - (٣) نظرة في تاريخ الفقه الاسلامي ، المرجع السابق ص ١٨٨ .
  - (٤) فلسفة التشريع في الاسلام ، للدكتور صبحي محمداً ص ٥٥ مشي (٣) .
  - (٥) الكليني ، هو محمد بن يعقوب الكليني المتوفى سنة ٣٢٩ هـ .
- القمي هو الشيخ محمد بن علي بن الحسين بن موسى بن بابويه . الطوسي الحسن بن علي المولود سنة ٣٨٥ هـ والمتوفى سنة ٤٦٠ هـ في =

ويوجد المذهب الجعفري في إيران والعراق والهند وباكستان وفي لبنان وله أتباع في الشام أيضا وغيرها من البلاد • وليس بين الفقه الجعفري والمذاهب الأخرى من الاختلافات أكثر من الاختلاف بين أي مذهب وآخر، إلا أن الفقه الجعفري انفرد عن المذاهب التي تكلمنا عنها بمسائل قليلة جدا لعل من أشهرها جواز نكاح المتعة أي النكاح المؤقت في المذهب الجعفري<sup>(١)</sup> وعدم جوازه في المذاهب الخمسة التي مر ذكرها •

## المبحث السابع

### المذاهب المنسوبة

١٨٦ - قلنا ان المذاهب ما اندرس بموت اصحابها أو بعد موتهم بقليل أو كثير • ومن هذه المذاهب مذهب الامام الاوزاعي وسفيان الثوري والليث بن سعد وداود الظاهري وابن جرير الطبري • ونذكر فيما يلي كلمة تعريفية موجزة عن كل واحد منهم •

#### ١٨٧ - الاوزاعي :

هو أبو عمرو عبدالرحمن بن محمد الاوزاعي • ولد بالشام سنة ٨٨ هـ وتوفي في بيروت سنة ١٥٧ هـ • وكان عالما بالحديث كثير الرحلات من أجله لا يميل إلى الرأي والقياس ويدعو إلى الاستمسك بالسنة والوقوف عندها ، ولهذا فهو من فقهاء مدرسة الحديث ، فكان اذا وجد الحديث أخذ به ولم يلتفت إلى شيء آخر<sup>(٢)</sup> •

انتشر هذا المذهب في الشام والاندلس ولكن لم يطل انتشاره ويقاؤه

---

= النجف • وهذه الكتب الاربعة أهم ما يعتمد عليه فقهاء الشيعة من كتب الحديث : اصول الاستنباط ، تأليف العلامة نقي الحيدري ص ١٨-١٩ ، ومحاضرات في اصول الفقه الجعفري للشيخ محمد أبو زهرة ص ١٦٣-١٦٦ •  
(١) الدكتور صبحي محمصاني ، المرجع السابق ، ص ٥٥  
(٢) تذكرة الحفاظ للذهبي ج ١ ص ١٧٠

فقد تقلص ظله وقل أتباعه ثم اندرس ولم يبق من ذكره الا بعض أفعال  
الامام الاوزاعي تذكر في كتب الخلاف<sup>(٣)</sup> .

#### ١٨٨ - سفيان الثوري :

هو أبو عبدالله سفيان بن سعيد الثوري الكوفي، صاحب المذهب المعروف  
باسمه . ولد بالكوفة سنة ٩٧هـ وتوفي في البصرة سنة ١٦١هـ . كان من  
فقهاء الحديث ، واشتهر بالورع والتقوى والصراحة في الحق والبعد عن  
السلطان والجرأة معهم في بيان الحق . لم يبق مذهب طويلا لقلّة أتباعه  
فاندثر بعد موته .

#### ١٨٩ - الليث بن سعد :

فقيه مصري ولد في مصر وتوفي فيها سنة ١٧٥هـ . وكان لا يقل فقها  
عن مالك والشافعي ، ومراسلاته مع مالك ومناقشاته معه تدل على سعة علمه  
واطلاعه وغزارة فقهه ، وقد ذكر ابن القيم رسالته القيمة التي أرسلها الى  
مالك والتي يناقشه فيها ببعض آرائه<sup>(١)</sup> . الا أن مذهب لم يتها له البقاء  
والاستمرار لعدم تدوين مذهبه أولا ولقلة أتباعه الذين ينشرونه ثانيا ،  
ولهذا لم يصمد أمام مذهب الشافعي ومذهب مالك في مصر فاندثر بعد موته  
بمدة وجيزة .

#### ١٩٠ - داود الظاهري :

هو أبو سليمان داود بن علي الاصفهاني صاحب المذهب الظاهري .  
ولد سنة ٢٠٠هـ وتوفي سنة ٢٧٠هـ . كان في أول أمره من أتباع الشافعي  
ثم استقل بمذهب خاص يقوم على الاخذ بظواهر الكتاب والسنة وعدم  
الاخذ بالقياس ولا بأي وجه من وجوه الرأي . فاصول مذهب تقوم على

(٣) تذكرة الحفاظ للذهبي ج ١ ص ١٧٢

(١) اعلام الموقعين ج ١ ص ٧٢ وما بعدها .

نصوص الكتاب والسنة ثم الإجماع ولا شيء غير ذلك • وقد انتشر هذا المذهب ثم اندثر شيئاً فشيئاً حتى انتهى أمره في القرن الثامن الهجري كما ينقل لنا ابن خلدون في مقدمته •

الآن هذا المذهب ظفر بفضله جليل عالم بالسنن هو الامام ابن حزم الاندلسي المتوفى عام ٤٥٦هـ • فقد اعتنق هذا المذهب ونصره ودافع عنه ووضح اصوله وألف كتابه الشهير ( المحلى ) • وقد ذكر في هذا الكتاب آراء المذهب ورد على المخالفين له • ويمتاز ابن حزم في قسوته بالرد على المخالفين وغنقه في النقاش ، ونعته خصومه بأقبح الاوصاف وهذا ما عابه عليه العلماء ، الا أن مسلكه لا يمنع من الانتفاع بكتابه وبآرائه • كما أن له كتاباً في الأصول هو ( الاحكام في اصول الاحكام ) وهو بيان لاصول المذهب الظاهري ورد على المخالفين مع ذكر الادلة وسوق الجدل والنقاش • ومما انفرد به المذهب الظاهري عن غيره من المذاهب ، قوله بوجوب النفقة للزوج المعسر على زوجته الغنية المقتدرة<sup>(١)</sup> • وقوله بجواز تولية المرأة القضاء على الاطلاق ، وقد شاركه بهذا الرأي الامام ابن جرير الطبري ووافقهم عليه الحنفية بحدود توليتها القضاء في الاموال فقط<sup>(٢)</sup> • وهذه الاقوال خلاف ما عليه الفقهاء الآخرون من المذاهب الاخرى •

#### ١٩١ - ابن جرير الطبري :

هو أبو جعفر محمد بن جرير الطبري المتوفى سنة ٣١٠هـ • تلقى فقه الشافعي وأخذ فقه مالك وفقه أهل العراق ولم يصّر مقلداً لواحد منهم ، بل استقل بمذهب مستقل فكان مجتهداً لا يتقيد الا بالدليل وصار له اتباع ولكن مذهبه انقطع وانتهى بعد وفاته بمدة وجيزة<sup>(٣)</sup> •

- 
- (١) المحلى لابن حزم باب النفقة المسألة رقم ١٩٣٠ •  
(٢) بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٣٨١ ، والمحلى ج ٣ المسألة رقم ١٨٠٠ •  
(٣) تذكرة الحفاظ ج ٢ ص ٢٥١ والفهرست لابن النديم ص ٣٢٦ •

ومن كتبه المشهورة القيمة الجليلة القدر التي لا يسفى عنها كتابه  
اشهور في التفسير واسمه " جامع البيان عن تأويل آي القرآن " ، وهو  
مشهور باسم تفسير الطبري • وكناهه الآخر في التريخ وهو انعرف تاريخ  
الطبري وكلاهما مشهور ومطبوع • وفي تفسيره نجد كثيرا من الاحكام  
التفهية المستنبطة من الآيات الكريمة وأقوال الفقهاء القدامى المنترسة مذهبهم  
أو الباقية ، ولهذا ينبغي لكل متفقه أو مزيد الاطلاع على أقوال الفقهاء أن  
لا يغفل عن هذا التفسير وغيره من التفاسير التي تعنى ببيان أحكام القرآن  
مثل أحكام القرآن للجصاص والجامع لأحكام القرآن للقرطبي وغيرهما •  
وله أيضا كتابه اختلاف الفقهاء وهو كما بتجيد ذكر فيه اختلاف الفقهاء في  
مسائل كثيرة مثل أحكام الجهاد والجزية وأحكام الدمى والمستأنس  
ونحو ذلك •

## الباب الثالث

### مصادر الفقه

١٩٢ - تمهيد ، ومنهج البحث :

قلنا ان الفقه هو الاحكام الشرعية العملية ، أي الاحكام المتعلقة بأفعال المكلفين من عبادات ومعاملات •

والمقصود بمصادر الفقه أدلته التي يستند اليها ويقوم عليها ، وان شئت قلت التابع التي يستقي منها • ويسمى البعض هذه المصادر بـ « مصادر الشريعة »<sup>(١)</sup> أو « مصادر التشريع الاسلامي »<sup>(٢)</sup> • ومهما كانت التسمية

---

(١) الواقع ان هذا الاطلاق لا يقبل الا على سبيل التجوز والمسامحة ، لان الشريعة أعم من الفقه ، كما قلنا سابقا ، ولان الشريعة ليست سوى وحي الله الى رسوله باللفظ والمعنى وهو القرآن أو بالمعنى دون اللفظ وهو السنة ، أما الفقه فهو يشمل الاحكام الواردة بها النصوص الصريحة في الكتاب والسنة ، كما يشمل الاحكام المستنبطة بالاجتهاد والرأي من المصادر التي دلت عليها هذه النصوص • وبهذا لا تكون جميع أحكام الفقه تشريعا آلهيا ولا جزءا من الشريعة الاسلامية الا على اعتبار انها تستند الى نصوص الشريعة بصورة مباشرة أو غير مباشرة ، كما ذكرنا من قبل •

(٢) يراد بالتشريع الاسلامي سنن الاحكام الاسلامية أي وضعها وايجادها وتشريع الاحكام في الحقيقة يرجع الى الله وحده • ولكن عند عدم ورود الحكم في الكتاب أو السنة فان الشريعة الاسلامية أباحث للمجتهدين أن يجتهدوا ويسنوا الاحكام المطلوبة في ضوء قواعد الشريعة راصولها ، وفي هذه الحالة يعتبر ما يسنونه من أحكام من قبيل التشريع الاسلامي باعتبار ان هذه الاحكام تستند الى قواعد الشريعة وان سننها كان باذن من الشريعة ، كما ذكرنا من قبل •

- فان مصادر الفقه ترجع كلها الى وحي الله ، فإما كان الوحي أو سمعه .
- ولهذا فاما يرجع جميع هذه المصادر الى : مصادر أصله وهي الكتاب والسنة
- ومصدر تبعه أرشدت اليها صوحس الكتاب والسنة ، كالأجماع والقياس .
- وسلكتم عن المصادر الأصلية في فصل أول ، ثم تكلم عن المصادر
- البعية في فصل ثان .

# الفصل الأول

## المصادر الاصلية الكتاب والسنة

### لمبحث الأول

#### الكتاب

١٩٣ - الكتاب ، أو القرآن ، هو كتب الله انزل على رسوله محمد (ص) المكتوب في المصاحف ، المنقول البنا عن النبي (ص) نقلا منواترا بلا شبهة<sup>(١)</sup> .

ولا خلاف بين المسلمين في أن القرآن هو المصدر الاول للتشريع وانه حجه على الناس أجمعين • والدليل على حجته انه من عند الله ، والدليل على انه من عند الله اعجازه ، كما سنين بعد قليل • واذا ثبت كونه من عند الله بدليل اعجازه ، وجب اتباعه من قبل الجميع واستفادة الاحكام من نصوصه •

#### ١٩٤ - خصائص الكتاب :

أولا - لفظ القرآن ومعناه من عند الله وليس للرسول (ص) فيه سوى التبليغ • ولفظه بلسان عربي ، قال تعالى : « انا جعلناه قرآنا عربيا » وقال تعالى عن القرآن الكريم « وانه لتنزيل رب العالمين » • نزل به الروح الامين • على قلبك لتكون من المنذرين • بلسان عربي مبين »<sup>(٢)</sup> • وعلى هذا لا نعتبر أحاديث الرسول (ص) من القرآن لان الفاظها ليست من الله وان

---

(١) انظر تعريفات اخرى للقرآن الكريم في كتاب الاحكام للامدى ج ١ ص ٢٢٨ ، والمستصفي للغزالي ج ١ ص ٦٥ ، ومرآة الاصول للزميري ج ١ ص ٨٦ - ٨٧ •

(٢) سورة الشعراء ، الآيات ١٩٢ - ١٩٥ •

كانت معانيها موحى بها اليه من الله تعالى • وترجمة القرآن الى غير اللغة العربية لا تعتبر قرآنا •

ثانيا : انه نقل الينا نقلا متواترا • ومعنى النقل المتواتر هو نقل القرآن عن النبي (ص) من قبل أقوام لا يحصون ولا يتصور العقل تواطهم على الكذب ، ثم نقله عن هؤلاء آخرون لا يتصور العقل تواطهم على الكذب ، لكثرة عددهم وتباين أماكنهم ، وهكذا حتى وصل الينا • فالتواتر متحقق في جميع مراحل نقل القرآن ، وهذا هو معنى قول الامام السرخسي اذ يقول : « فيكون أول النقل - أي المتواتر - كآخره ، وأوسطه كطرفيه »<sup>(١)</sup> • والنقل المتواتر يفيد اليقين والعلم القطعي •

ثالثا : انه وصل الينا دون زيادة أو نقص لان الله تعالى تكفل بحفظه قال عز وجل : « انا نحن نزلنا الذكر وانا له لحافظون » •

رابعا : انه معجز بمعنى ان البشر جميعا عاجزون عن الاتيان بمثله • وقد ثبت الاعجاز بتحدي القرآن للعرب المخالفين من أن يأتيوا بمثل هذا القرآن أو بعشر سور من مثله أو بسورة واحدة من مثله ، قال تعالى : « قل لئن اجتمعت الانس والجن على أن يأتيوا بمثل هذا القرآن لا يأتون بمثله ولو كان بعضهم لبعض ظهيرا »<sup>(٢)</sup> • « وان كنتم في ريب مما نزلنا على عبدنا فاتوا بسورة من مثله وادعوا شهداءكم من دون الله ان كنتم صادقين • فان لم تفعلوا ولن تفعلوا فاتقوا النار التي وقودها الناس والحجارة أعدت للكافرين »<sup>(٣)</sup> • وقد سكك المخالفون عن المعارضة مع حرصهم الشديد على إبطال دعوة النبي (ص) وتكذيبه ، ومع عدم وجود المانع من هذه المعارضة ، فهم أهل البلاغة والفصاحة وأصحاب السلطان ، فلولا عجزهم لما سكتوا ، واذا عجز العرب فقيرهم أعجز واذا ثبت المعجز من الجميع - ولا

(١) اصول السرخسي ج ١ ص ٢٨٢

(٢) سورة الاسراء ، الآية ٨٨

(٣) سورة البقرة ، الآية ٢٢ ، ٢٣

يزال ثابتاً حتى يومنا هذا - ثبت أن القرآن من عند الله ، وإذا ثبت انه من عند رب الناس وجب على الناس اتباعه . وعلى هذا فالقرآن حجة على الجميع والمصدر الاول للتشريع بالدليل القاطع والبرهان الساطع .

#### ١٩٥ - أنواع أحكام القرآن :

أحكام القرآن أنواع :

أولاً : أحكام تتعلق بالعقيدة كالايمان بالله ورسله واليوم الآخر وهذه هي الاحكام الاعتقادية .

ثانياً : أحكام تتعلق بتزكية النفوس وتهذيبها وبيان الاخلاق القويمة الواجب التحلي بها ، والاخلاق الرديئة الواجب التحلي عنها ، وهذه هي الاحكام الاخلاقية .

ثالثاً : الاحكام المتعلقة بأقوال وأفعال المكلفين فيما عدا النوعين السابقين وهذه هي الاحكام العملية وتدخل في موضوع الفقه . وهي قسمان :

القسم الاول : عبادات .

القسم الثاني : معاملات وتشمل جميع مسائل القانون العام والخاص على النحو الذي فصلناه من قبل .

#### ١٩٦ - بيان القرآن للاحكام :

جاء بيان القرآن للاحكام على ثلاثة أنواع :

##### النوع الاول :

بيان كلي أي بذكر القواعد والمبادئ العامة التي تكون أساساً لتفريع الاحكام وإبتنائها عليها ، مثل :

- أ - الامر بالشورى ، قال تعالى « وشاورهم في الامر » .
- ب - الامر بالعدل والحكم به « ان الله يأمر بالعدل » « ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » .
- ج - لا يسئل الانسان عن ذنب غيره « ولا تزر وازرة وزر اخرى » .
- د - العقوبة بقدر الجريمة : « جزاء سيئة سيئة مثلها » .

- هـ - حرمة مال الغير : « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون » •
- و - التعاون على الخير وما فيه نفع للامة : « وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان » •
- ز - الوفاء بالالتزامات : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » •
- ح - لا حرج ولا ضيق في الدين : « وما جعل عليكم في الدين من حرج » • يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر •
- ط - الضرورات تبيح المحظورات : « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه » •

#### النوع الثاني :

بيان اجمالي أي ذكر الاحكام بصورة مجملة تحتاج الى بيان وتفصيل ومن هذه الاحكام :

- أ - وجوب الصلاة والزكاة قال تعالى « أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة » ولم يبين القرآن عدد ركعات الصلاة وكيفيتها ، فجاءت السنة بتفصيل ذلك ، قال عليه السلام « صلوا كما رأيتموني أصلي » وكذلك جاءت السنة ببيان أحكام الزكاة وتحديد مقاديرها وأنصبتها •
- ب - وجود الحج : « والله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا » • فجاءت السنة بتفصيل وبيان الحج وأركانه ، قال عليه السلام : « خذوا عني مناسككم » •
- ج - ايجاب القصاص : « كتب عليكم القصاص » فجاءت السنة ببيان شروط القصاص •
- د - حل البيع وحرمة الربا : « وأحل الله البيع وحرم الربا » فجاءت السنة ببيان البيع الحلال والبيع الحرام والمقصود بالربا •

#### النوع الثالث :

بيان تفصيلي أي ذكر الاحكام بصورة تفصيلية لا اجمال فيها ، مثل

أنصبه الورثة ، وكيفية الطلاق وعدده وكيفية اللعان بين الزوجين ،  
والمحرمات من النساء في النكاح ، وبعض العقوبات وهي المسماة بالحدود  
كحد الزنا والسرقه وقطع الطريق والقذف ، وغير ذلك من الاحكام  
التفصيلية في القرآن •

١٩٧ - وأكثر بيان القرآن التفصيلي جاء بالنسبة لاحكام العقيدة  
والاخلاق • أما الاحكام العملية فقد جاء البيان في أكثرها على شكل  
كلي لا جزئي ، واجمالي لا تفصيلي سوى مسائل قليلة فصلها القرآن ، ذكرنا  
بعض الامثلة لها • وقد أعطى الله رسوله (ص) سلطة بيان الاحكام المجملة ،  
قال تعالى : « وأنزلنا اليك الذكر لتبين للناس ما نزل اليهم » •

والحق أن تفصيل جميع الاحكام في القرآن يخرج عن مقصده الاول  
وهو الهداية والارشاد • كما أن مجيء بعض الاحكام على شكل قواعد  
ومبادئ عامة مرنة ، يلائم عموم وبقاء الشريعة ، بحيث يمكن تفريغ  
الاحكام عليها ، وتطبيقها على جزئيات الوقائع في مختلف الازمان •

#### ١٩٨ - ربط الاحكام بالعقيدة :

والملاحظ في أحكام القرآن انها جاءت مرتبطة بمسائل العقيدة مثل  
الايان بالله واليوم الآخر والعقاب الآخروي الذي يلحق المخالف ونحو  
ذلك ، والامثلة على ذلك كثيرة منها :

أ - في الاحكام العقابية قال تعالى : « الزانية والزاني فاجلدوا كل  
واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله ان كنتم تؤمنون  
بالله واليوم الآخر » • وفي عقوبة السارق : « والسارق والسارقة فاقطعوا  
أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم » •

وفي الربا : « يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا ان  
كنتم مؤمنين • فان لم تفعلوا فاذنوا بحرب من الله ورسوله وان تبتم فلکم  
رؤوس أموالکم لا تظلمون ولا تظلمون » • وفي أكل مال اليتيم : « ان الذين  
يأكلون أموال اليتامى ظلما انما يأكلون في بطونهم نارا وسيصلون سعيرا » •

وهكذا جميع الاحكام متصلة بالعقيدة ، لان العقيدة أساس الاحكام وقائمة عليها ، ومن أركان العقيدة الايمان بالله واليوم الآخر وغيرهما من أركان العقيدة ، فربط الاحكام بها تذكير للانسان بأن هذه الاحكام من عند الله وما كان من عند الله تجب طاعته ولا يملك أحد تغييره ، وان من يخلف هذه الاحكام يلق عقابه في اليوم الآخر •

#### ١٩٩ - اسلوب القرآن في بيان الاحكام :

للقرآن أساليب مختلفة في بيان الاحكام اقتضتها بلاغته وكونه معجزا وكتاب هداية وارشاد • فهو يعرض الاحكام عرضا فيه تشويق للامسال وتنفير عن المخالفة ، ولهذا نجد ما هو مطلوب فعلة يأتي بصيغة الامر « أقيموا الصلاة » وتارة يأتي بذكر الجزاء الحسن والواب لفاعله • وطورا يأتي بذكر محبة فاعله والثناء عليه وغير ذلك من أساليب بيان الواجب • والمطلوب تركه ، قد يأتي بصيغة النهي « ولا تلتقوا بأبديكم الى الهلكة » ، وقد يأتي ذكره على وجه الذم له ولفاعله أو ببيان انه سبب للعذاب أو لسخط الله أو مقتنه أو دخول النار أو لعن فاعله أو بوصف الفعل انه رجس أو فسق ونحو ذلك من الاساليب الدالة على أن الفعل محرم مطلوب تركه • والفعل المباح قد يأتي بيانه باستعمال لفظ الحل أو الادن أو نهي الخرج أو نفي الجناح ونحو ذلك •

٢٠٠ - وقد يأتي الحكم الواحد في القرآن في أكثر من موضع واحد للتذكير به والتأكيد عليه • وأخيرا يلاحظ ان أحكام القرآن مبثوثة في سورة ، فهي غير مجموعة في مكان واحد ، لان القرآن ليس كتابا قانونيا صرفا على النحو الذي نعهده في كتب القانون وان تعرض لمسائله وجاء بأحكام قانونية ، فهو كتاب هداية وارشاد وأخلاق وعبادة وقانون ، وأحكامه متصلة بعضها ببعض ، فأحكام الاخلاق متصلة بأحكام المعاملات بمعناها الواسع والاخيرة متصلة بالعقيدة فلا يضر كون الاحكام غير مجموعة في مكان واحد ، بل أن جعلها مبثوثة في ثنايا الكتاب أدعى الى فهمها جيدا ومعرفة ما يتصل بها ، وتجعل القارئ لا يمل من قراءة أي جزء من القرآن •

## المبحث الثاني

### السنة

٢٠١ - السنة في اللغة الطريقة المعتادة التي يتكرر العمل بمقتضاها ،  
وبهذا المعنى جاء في القرآن الكريم « سنة الله في الذين خلوا من قبل ولن تجد  
لسنة الله تبديلا » .  
وفي الاصطلاح الشرعي ، يراد بالسنة : ما صدر عن النبي (ص) غير  
القرآن من قول أو فعل أو تقرير<sup>(١)</sup> .

### ٢٠٢ - الدليل على حجية السنة وانها مصدر للتشريع :

السنة مصدر للتشريع ، دل على هذا الكتاب بنصوصه الكثيرة وبأساليب  
مختلفة ، من ذلك :

أ - التصريح بأن النبي (ص) لا ينطق عن الهوى وانما هو وحي من  
الله ، وما كان من عند الله يلزم اتباعه ، قال تعالى : « وما ينطق عن الهوى  
ان هو الا وحي يوحى » .

ب - الامر بطاعة الرسول : « قل أطيعوا الله والرسول » .  
ج - جعل طاعة الرسول طاعة لله « من يطع الرسول فقد أطاع الله » .  
د - الامر باتباع ما يأتيينا به الرسول : « وما أمركم الرسول فخذوه وما  
نهاكم عنه فاتنوه » .

هـ - وجوب ردّ المتنازع فيه الى الله أي الى كتابه والى الرسول أي الى  
سنته ، قال تعالى : « فان تنازعتم في شيء فردوه الى الله والرسول ان كنتم  
تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا » .

و - وجوب تحكيم الرسول (ص) فيما يحصل فيه الاختلاف وقبول  
ما يحكم به : « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا

---

(١) الأمدى ج ١ ص ٢٤١ ، وحاشية الازميرى ج ٢ ص ١٩٦

يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما » .  
 ز - لا خيار للمسلم فيما قضى به الله أو قضى به رسوله : « وما كان  
 لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمرا أن يكون لهم الخيرة من أمرهم  
 ومن يعص الله ورسوله فقد ضلّ ضلّالا مبينا » .  
 ح - التحذير بالعذاب الاليم من مخالفة الرسول (ص) . « فليحذر الذين  
 يخالفون عن أمره أن تصيبهم فتنة أو يصيبهم عذاب أليم » .  
 ط - أعطى الله رسوله سلطة بيان أحكام القرآن ، لأن في القرآن  
 أحكاما مجملة تحتاج الى تفصيل وبيان حتى يصح بها التكليف ولهذا بينها  
 النبي (ص) بما له من سلطة البيان قال تعالى : « وأنزلنا اليك الذكر لتبين  
 للناس ما نزل اليهم » . فهذه النصوص وأمثالها تدل على أن السنة حجة  
 وواجبة الاتباع و متممة للكتاب ومصدر للتشريع .

### ٢٠٣ - أنواع السنة باعتبار سندها :

ويقصد بسندها روايتها وهي بهذا الاعتبار ثلاثة أنواع اذا اتصل  
 سندها<sup>(١)</sup> .

أولا : سنة متواترة وهي ما رواها عن النبي (ص) جمع لا يتصور  
 العقل تواطؤهم على الكذب ولا يحصى عددهم ، ثم نقلها عنهم جمع بهذه  
 الصفة أيضا حتى بلغتنا<sup>(٢)</sup> . ومن هذا النوع السنن العملية التي بينت  
 مقادير الزكاة وأفعال الحج ، وهيات الصلاة وأركانها . وهذه تفيد العلم  
 اليقيني .

ثانيا : سنة مشهورة وهي ما رواها عن النبي (ص) واحد أو اثنان أي  
 عدد لا يبلغ حد التواتر ثم اشتهرت فنقلها جموع التواتر في عصر التابعين

(١) أما اذا لم يتصل سندها الى النبي (ص) بأن لم يذكر التابعي  
 اسم الصحابي الذي روى السنة عن النبي (ص) فتسمى بالحديث المرسل .  
 (٢) أنظر شرح نخبة الفكر في مصطلح أهل الاثر للعسقلاني  
 ص ٦-٨ ، والشوكاني ص ٤٦ ، والمستصفى ج ١ ص ٩٠ .

وتابعي التابعين<sup>(١)</sup> وهذا النوع من السنة يفيد العلم اليقيني عند الحنفية ولكن دون اليقين بالسنة المتواترة •

ثالثا - سنة آحاد : وهي ما يرويها عن النبي (ص) عدد لم يبلغ حد التواتر ولم تشتهر فيما بعد أي هي ما ليست سنة متواترة ولا مشهورة • وهذا النوع يفيد العلم الظني الراجح بصحة نسبتها الى النبي (ص) ويلزم العمل بها •

#### ٢٠٤ - أنواع السنة من حيث ماهيتها أي ذاتها :

السنة باعتبار حقيقتها وذاتها<sup>(٢)</sup> تنقسم الى ثلاثة أقسام :

القسم الاول : سنة قولية وهي أقوال النبي (ص) وتسمى بالحديث<sup>(٣)</sup> مثل قوله عليه السلام : ( لا ضرر ولا ضرار ) وقوله : ( من رأى منكم منكرا فليغيره بيده فان لم يستطع فليسهه فان لم يستطع فليقلبه ) وذلك أضعف الايمان<sup>(٤)</sup> •

القسم الثاني : سنة فعلية وهي ما فعله النبي (ص) مثل قضائه بشاهد واحد ويمين المدعي ومثل ادائه مناسك الحج •

القسم الثالث : سنة تقريرية وهي سكوت النبي (ص) عن انكار قول أو فعل فهذا السكوت يدل على جواز الفعل وإباحته لان النبي (ص) لا يسكت عن باطل أبدا ومن أمثلة هذا النوع سكوته وعدم انكاره لعب الغلمان بالحرايب في المسجد وسكوته وعدم انكاره على جاريتين صغيرتين كاتتا تقيان غناء حماسيا في يوم العيد •

---

(١) مسلم الثبوت ج ٢ ص ١١١ • والمقصود بعصر التابعين العصر الذي تلا عصر الصحابة ، وعصر تابعي التابعين العصر الذي تلا عصر التابعين وتنتهي هذه العصور في منتصف القرن الثالث للهجرة تقريبا • وسبب تقييد الشهرة بهذه العصور هو انتشارها واشتهارها بعد التدوين •

(٢) أي متنها فكل سنة لها سند ومتن فالسند هو روايتها والمتن هو نفس السنة المروية •

(٣) وقد يطلق اسم الحديث على جميع أنواع السنة قولية كانت أو فعلية أو تقريرية •

(٤) رياض الصالحين للنووي ص ١٠٨

## ٢٠٥ - السنة تشريع وغير تشريع :

ليس كل ما صدر عن النبي (ص) يكون تشريعا للامة ، بل منه ما يكون كذلك ومنه ما لا يكون ولهذا فالسنة باعتبارها تشريعا أو غير تشريع تنقسم الى قسمين :

القسم الاول : ما صدر عن النبي (ص) باعتباره نبيا ومبلغا عن الله ، فهذا يعتبر تشريعا للامة بلا خلاف • ومن أمثلة هذا النوع ما ذكرناه من أمثلة للسنة القولية والفعلية والتقريرية • ويلاحظ أن سكوت النبي (ص) يدل على اباحة الفعل دائما ومن ثم فهو تشريع للامة •

القسم الثاني : ما صدر عن النبي (ص) من أقوال وأفعال لا باعتباره نبيا مبلغا عن الله ولكن باعتباره انسانا أو بمقتضى خبرته في الشؤون الدنيوية ، فهذا النوع لا يعتبر تشريعا للامة ، ويلحق بهذا القسم من جهة عدم اعتباره تشريعا ما كان خاصا بالنبي (ص) • وعلى هذا الاساس يكون هذا القسم أنواعا على النحو التالي :

أولا : ما صدر عنه بمقتضى الطبيعة البشرية كالأكل والشرب والقيام والقعود فهذا لا يكون تشريعا للامة لان هذه الامور تصدر عن الانسان بمقتضى طبيعته البشرية ، ولكن كيفية أكله وشربه وقيامه وقعوده ونومه ، تدخل في دائرة الافعال المستحبة ، فستحب للمسلم متابعة النبي (ص) في هذه الكيفيات ولا شيء عليه ان لم يتابعه فيها •

ثانيا : ما صدر عنه بمقتضى خبرته وتجاربه في الامور الدنيوية مثل تنظيم الجيوش وتدير أمور الحرب والتجارة ونحو ذلك فهذا لا يعد تشريعا • ولهذا أمر النبي (ص) الجيش في موقعة بدر بالتحول الى مكان معين أشار به أحد الصحابة بعد أن أراد النبي (ص) أن ينزل في مكان غيره •

ثالثا : ما كان خاصا بالنبي (ص) مثل وصاله في الصوم ، والتزوج بأكثر من أربع زوجات والتهجد بالليل وقبوله شهادة خزيمة وحده • فهذه

الامور خاصة به ولا تابعه الامة فيها فلا يجوز في حقنا الوصال في الصوم  
ولا التزوج بأكثر من أربع ولا يجب علينا التهجد في الليل •  
٢٠٦ - انواع الاحكام التي جاءت بها السنة :

النوع الاول : أحكام موافقة لاحكام القرآن ومؤكدة لها مثل حديث  
( لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب من نفسه ) فانه موافق ومؤكد لقوله  
تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون  
تجارة عن تراض منكم » • ومثله أيضا ما جاء في السنة من النهي عن عقوق  
الوالدين وشهادة الزور وقتل النفس بغير حق ونحو ذلك مما ورد في القرآن  
وجاء مثله في السنة •

النوع الثاني : أحكام مينة ومفصلة لمجمل القرآن ومن ذلك السنة  
التي بينت مقادير الزكاة ومقدار المال المسروق الذي تقطع فيه يد السارق •  
النوع الثالث : أحكام مقيدة لمطلق الكتاب أو مخصصة لعامه • فمن  
الاحكام ما يرد في القرآن مطلقا فتقيد السنة أو يأتي عاما فتخصصه السنة  
فمن الاول قطع يد السارق - جاءت مطلقة فقيدتها السنة بالرسخ أي تقطع  
اليدين من الرسخ • ومن الثاني ما ورد عاما مثل تجريم الميتة قال تعالى « حرمت  
عليكم الميتة » ولكن استثنى منها ميتة البحر • قال عليه السلام عن البحر :  
« هو الطهور ماؤه الحل ميتته » أي أن السنة خصصت الميتة بغير ميتة  
البحر<sup>(١)</sup> •

النوع الرابع : أحكام جديدة لم يذكرها القرآن لان السنة مستقلة  
بشريع الاحكام ، ولها كالقرآن في ذلك ، وقد ثبت عنه عليه السلام أنه  
قال : « الا واني أوتيت القرآن ومثله معه » أي أوتيت القرآن وأوتيت مثله  
- أي السنة - في وجوب اتباع احكامها • ومن هذا النوع تحريم الخمر  
الاهلية وتحريم أكل كل ذي ناب من السباع ومخلب من الطير ، وكالحكم

(١) كما ورد أيضا في السنة حل الجراد الميت فيكون تحريم الميتة  
الوارد في القرآن مخصص بغير ميتة البحر كاسماكها وحيتاتها • الجراد •

بشاهد ويمين ، وجواز الرهن في الحضر ، ووجوب الدية على العاقلة وميراث الجدة ونحو ذلك<sup>(١)</sup> .

#### ٢٠٧ - مرتبة السنة في الاحتجاج بها :

لا خلاف في أن السنة مصدر للتشريع كما قدمنا ولكن رتبها في ذلك تالية لرتبة الكتاب ، بمعنى أن الاحتجاج بالكتاب مقدم على الاحتجاج بالسنة ، وإن المجتهد يفتش عن الحكم في الكتاب أولا فإن وجدته أخذ به وإن لم يجده تحول إلى السنة ليتعرف على الحكم فيها .

ودل على هذا الترتيب ما روي عن النبي (ص) أنه قال لمعاذ : كيف تقضي إذا عرض لك قضاء . قال : أقضي بكتاب الله . قال : فإن لم تجد في كتاب الله ؟ قال : فبسنة رسول الله (ص) . . . . الخ . وما روي عن عمر بن الخطاب أنه كتب إلى القاضي شريح : « إذا أتاك أمر فاقض بما في كتاب الله فإن أتاك ما ليس في كتاب الله فاقض بما سن فيه رسول الله (ص) »<sup>(٢)</sup> . ولا يعرف مخالف لهذا .

---

(١) الشوكاني ص ٣٢ . ويلاحظ هنا أن بعض أحكام السنة جاءت على شكل قواعد ومبادئ عامة ، كما ذكرنا بالنسبة لأحكام القرآن . ولا شك أن مجيء هذه الأحكام بهذا الشكل هو الملائم لطبيعة الشريعة من كونها عامة باقية لا تضيق بالجديد من الحوادث ، كما ذكرنا في بحثنا عن أحكام القرآن . ومن هذه القواعد والمبادئ التي جاءت بها السنة ما يأتي :

- أ - لا ضرر ولا ضررا .
  - ب - إنما الأعمال بالنيات .
  - د - إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه .
  - د - المسلمون على شروطهم .
  - هـ - الولد للفراش .
  - و - على اليد ما أخذت حتى تؤديه .
  - ز - البيعة على من ادعى واليمين على من أنكر .
- (٢) الموافقات للشاطبي ج ٤ ص ٧-٨

## الفصل الثاني

### المصادر التبعية

## لِبَحْثِ الْأَوَّلِ

### الاجماع

٢٠٨ - الاجماع في اللغة العزم على الشيء والتصميم عليه . وفي اصطلاح الفقهاء وعلماء الاصول اتفاق المجتهدين من الامة الاسلامية في عصر من العصور بعد وفاة النبي (ص) على حكم شرعي<sup>(١)</sup> .  
والاجماع مصدر للتشريع ودليل من أدلة الاحكام ، وقد ثبت ذلك بنصوص كثيرة من الكتاب والسنة تعرف في مظانها من كتب أصول الفقه المختلفة .

٢٠٩ - مستند الاجماع :

الاجماع لا بد أن يستند الى دليل لان القول في الامور الشرعية من غير دليل خطأ<sup>(٢)</sup> ، والامة الاسلامية لا تجتمع على خطأ كما جاء في أحاديث كثيرة عن النبي (ص) . فلا بد ، اذن ، أن يكون اجماع المجتهدين عن دليل لئلا تجتمع الامة على خطأ ، لان غير المجتهدين تبع للمجتهدين فاذا وقع المجتهدون في الخطأ وقعت الامة في الخطأ وهذا منفي عنها بنص الاحاديث النبوية .

ومستند الاجماع ، أي دليله ، قد يكون نصا من الكتاب والسنة كما قد يكون قياساً أو عرفاً أو غير ذلك من أنواع الاجتهاد . فالاجماع على

(١) أنظر الشوكاني ص ٦٣ ، والمستصفي ج ١ ص ١١٠

(٢) الآمدى ج ١ ص ٣٧٦

تحريم التزوج بينات الاولاد مهما نزلت درجتهم ، مستند الى نص الكتاب ،  
« حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم » واجماع الصحابة على أن ميراث الجدة  
السدس مستند سنة الآحاد ، والاجماع على تحريم شحم الخنزير مستند  
القياس على تحريم لحمه ، واجماع الصحابة على قتال مانعي الزكاة كان  
بطريق الاجتهاد<sup>(١)</sup> .

#### ٢١٠ - أنواع الاجماع :

الاجماع نوعان : صريح وسكوتي :

فالصريح هو أن يتفق جميع المجتهدين على حكم المسألة بصورة  
صريحة كأن يبدي كل مجتهد رأيه وتكون الآراء متفقة على حكم المسألة .  
والسكوتي هو أن يبدي بعض المجتهدين رأيه في مسألة ويعلم به  
الباقيون فيسكتون ولا يصدر عنهم صراحة اعتراف ولا انكار .

#### ١٢١ - امكان الاجماع وهل وقع فعلا :

ادعى البعض أن الاجماع بشروطه المذكورة في التعريف لا يمكن  
وقوعه لان المجتهدين متفرون ولا سبيل الى معرفتهم ولا معرفة آرائهم .  
ثم يقولون ولهذا لم يقع الاجماع فيما مضى .  
وقال الاكثرون ان الاجماع بشروطه ممكن الوقوع وقد وقع فعلا  
فيما مضى . ونحن نرجح التفصيل في المسألة . ففي عصر الخلفاء الراشدين  
لا سيما في عصر أبي بكر وعمر ، حيث كان المجتهدون معروفين ومستقرهم  
في المدينة والرجوع اليهم لمعرفة آرائهم ميسور ، نقول في هذا العصر وقع  
الاجماع فعلا وحصلت اجماعات كثيرة منها : اجماعهم على قتال مانعي  
الزكاة ، وجمع القرآن ، واعطاء الجدة السدس في الميراث ، وعدم قسمة  
الاراضي المفتوحة على الفاتحين ، وعدم الجمع بين نكاح المرأة وعمتها أو  
خالتها ونحو ذلك . أما بعد هذا العصر حيث تفرق المجتهدون في الاقطار

(١) المرجع السابق . ج ١ ص ٣٧٩ وما بعدها .

وكثر عددهم فمن السير القول بوقوع الاجماع ، وأقصى ما يستطيع قوله  
ان أحكاما اجتهادية اشتهرت ولم يعرف لها مخالف ، ولكن لا يخفى أن  
عدم معرفة المخالف لا يدل على عدم وجود المخالف •

#### ٢١٢ - أهمية الاجماع في الوقت الحاضر :

الاجماع مصدر فقهي مشهود له بالصحة والاعتبار فيمكن الاستفادة  
منه في معرفة الاحكام الشرعية للوقائع الجديدة في وقتنا الحاضر • ونعتقد  
ان هذه الاستفادة لا يمكن أن تتم الا عن طريق ايجاد مجمع فقهي يضم  
جميع المجتهدين من جميع الاقطار الاسلامية ، ويكون لهذا المجمع مكان  
معين ويهيء له جميع ما يلزم لعمله ، وتعرض عليه المسائل والوقائع الجديدة  
لدراستها وايجاد الاحكام لها ، ثم تنشر هذه الاحكام في نشرات دورية أو  
كتب خاصة لاطلاع الناس عليها وابداء أولي العلم آراءهم فيها • فاذا ما  
اتفقت الآراء على هذه الاحكام كانت من الاحكام المجمع عليها ، وكان هذا  
الاجماع قريبا من الاجماع المنصوص عليه عند الفقهاء ولزم اتباعه والعمل  
بموجبه •

## المبحث الثاني

### القياس

٢١٣ - القياس في اللغة التقدير والمساواة • وفي اصطلاح العلماء  
الحاق مسألة لا نص على حكمها بمسألة ورد النص بحكمها في الحكم الذي  
ورد به النص لتساوي المسألتين في علة الحكم<sup>(١)</sup> • فهذا اللاحق يسمى  
قياسا • والمسألة المنصوص على حكمها تسمى المقيس عليه أو الاصل •  
والحكم الذي ورد به النص في المقيس عليه يسمى حكم الاصل • والمسألة  
التي لم يرد نص بحكمها ويراد الحاقها بالمقيس عليه تسمى الفرع أو

(١) أنظر : التوضيح وشرحه التلويح في اصول الفقه ج ٢ ص ٥٢ •

## ٢١ - النوع الثاني - استثناء جزئية من أصل أو قاعدة عامة :

قد تقتضي القاعدة العامة حكما كليا ينطبق على جميع جزئيات القاعدة  
مكن يظهر للمجتهد دليل يقتضي استثناء مسألة معينة من هذا الحكم الكلي،  
نفرد تلك المسألة بحكم خاص • ودليل الاستثناء قد يكون نصا أو مصلحة  
عرفا أو غير ذلك • ونورد فيما يلي بعض الأمثلة :

أولا : القاعدة العامة تقتضي بأن بيع ما ليس عند الإنسان باطل لانه  
مع معلوم • ولكن السلم - وهو بيع معدوم - استثنى من البطلان لورود  
نص بجوازه وهو ما روي عن النبي (ص) أن قال : « من أسلف فيلسف  
، كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم » • والحق أن دليل جواز السلم  
و السنة ، ولكن الحنفية اصطلاحوا على القول بأن السلم جاز استحسانا ،  
م يقولون : ووجه الاستحسان هو السنة • فهذا اصطلاحهم ولا مشاحة في  
لاصطلاحات •

ثانيا : الاصل العام أن المحجور عليه لسفه لا تصح منه التبرعات ومنها  
لوقف • ولكن استثنى من هذا الاصل جواز وقفه على نفسه للمصلحة  
استحسانا • ووجه الاستحسان هو حفظ ماله وعدم صيرورته عالة على غيره •  
ثالثا : الاصل العام في الوقف التأييد • ومقتضى هذا الاصل عدم صحة  
وقف المنقول لانه غير قابل للتأييد بطبيعته ، ولكن استثنى بعض العلماء وقف  
لمنقول اذا جرى به العرف استحسانا كوقف الكتب ونحوها •

## ٢١٩ - حجة الاستحسان :

الاستحسان مصدر من مصادر الفقه المعبرة لانه ليس الا أخذًا بقياس  
أو بدليل آخر ، كما تبين مما قلناه • أما من أنكره من العلماء كالشافعي  
فانه أراد بالاستحسان اتباع الهوى وتشريع الاحكام بغير دليل ، وهذا  
لا يجوز • ولهذا سلم به أصحابه بعد أن تبين لهم مراد القائلين به •

# المبحث الرابع

## المصالح المرسلة

٢٢٠ - تمهيد :

المقصود بتشريع الاحكام تحقيق المصالح للناس بجلب المنافع لهم ودرء  
المفاسد عنهم • ومصالح الناس ثلاثة أنواع من حيث اعتبار الشارع لها :  
النوع الاول : مصالح اعتبرها الشارع وشرع الاحكام لتحقيقها مثل  
مصلحة حفظ النفس فقد شرع لها القصاص ، ومصلحة حفظ المال شرع لها  
عقوبة قطع يد السارق ، ومصلحة حفظ العقل شرع لها عقوبة شرب  
الخمير • •

النوع الثاني : مصالح الفأها الشارع ولم يعتبرها لانها تفوت مصلحة  
أكبر ، ومثال هذا النوع الاستسلام للعدو لم يعتبره الشارع وان كان فيه  
مصلحة حفظ نفوس المحاربين ، لان رعاية هذه المصلحة يفوت مصلحة  
أعظم هي حفظ البلاد من استعمار العدو لها واهدار كرامة أبنائها ، ولهذا  
شرع القتال وأوجب مدافعة العدو وصدّه •

النوع الثالث : مصالح لم يقم دليل من الشارع على اعتبارها أو الفأها  
وهذه هي المصالح المرسلة أي المصالح المطلقة عن دليل اعتبارها أو الفأها •

٢٢١ - تعريف المصالح المرسلة :

فالمصالح المرسلة اذن هي المصالح التي لم يشرع الشارع أحكاما  
لتحقيقها ولم يقم دليل معين على اعتبارها أو الفأها •

فهل يجوز تشريع الحكم لتحقيق مثل هذا النوع من المصالح ؟ قال  
جمهور العلماء بالايجاب • فكل واقعة ليس فيها نص ولا اجماع ولا قياس  
ولا استحسان وفيها مصلحة للناس ، يجوز للمجتهد ايجاد الحكم المناسب  
لتحقيق هذه المصلحة للناس •

ومثال الاحكام التي شرعت بناء على المصلحة : جمع القرآن في مصحف

المقيس • والعلة التي من أجلها شرع الحكم تسمى العلة •  
فإذا وجدت مسألة ورد النص بحكمها وعرفنا علة الحكم ثم وقعت  
مسألة لم ينص على حكمها ولكن تشترك مع المسألة الاولى في علة الحكم  
فان المسألة الثانية تأخذ حكم المسألة الاولى •

٢١٤ - امثلة على القياس :

أولا : حكم شرب الخمر التحريم لورود النص بذلك • وعلة هذا  
الحكم الاسكار • فكل نبيذ فيه هذه العلو يكون حكمه التحريم أيضا قياسا  
على الخمر •

ثانيا : قتل الوارث مورثه ، مسألة ورد النص بحكمها وهو حرمان  
القاتل من الميراث وعلة الحكم هو استمجال الوارث الميراث قبل أوانه فعوقب  
بحرمانه • وقتل الموصي له الموصي مسألة لم يرد النص بحكمها ولكن فيها  
نفس علة مسألة قتل الوارث مورثه وهي استمجال الشيء قبل أوانه فتأخذ نفس  
الحكم وهو حرمان الموصي له القاتل من حقه في الوصية كما حرم الوارث  
القاتل من حقه في الميراث •

فقتل الوارث مورثه هو المقيس عليه أو الاصل • وحرمانه من حقه  
في الميراث هو حكم الاصل وعلة الحكم هو استمجال الحق قبل أوانه • وقتل  
الموصي له للموصي هو المقيس أو الفرع وفيه نفس علة الاصل فيأخذ  
حكمه • فهذه العملية وهي الحاق الموصي له القاتل بالوارث القاتل في الحرمان  
من الحق ، تسمى هذه العملية بالقياس •

٢١٥ - حجية القياس :

ثبتت حجية القياس بأدلة كثيرة منها نصوص الكتاب والسنة والاجماع  
وعمل السلف بالقياس عند وجود النص دون انكار<sup>(١)</sup> •

---

(١) أدلة القياس مبسطة في كتب اصول الفقه ولم نر ذكرها هنا  
لاننا نريد الإيجاز لا الاسهاب في بحث مصادر الفقه •

## لِبَحْثِ الثَّالِثِ

### الاستحسان

٢١٥ - الاستحسان في اللغة عد الشيء حسناً • وفي اصطلاح العلماء هو العدول عن قياس جلي الى قياس خفي أو استثناء مسألة جزئية من أصل كلي أو قاعدة عامة لدليل يقتضي هذا العدول •  
ومن هذا التعريف يتبين لنا أنه نوعان : (الاول) ترجيح قياس خفي على قياس جلي • (الثاني) استثناء مسألة جزئية من أصل كلي أو قاعدة عامة •

#### ٢١٧ - النوع الاول - ترجيح قياس خفي على قياس جلي :

قد يجاذب المسألة قياسان (الاول) قياس ظاهر متبادر الى الذهن ، (الثاني) قياس دقيق غير متبادر الى الذهن ولكنه أقوى من الاول ويظهر عند التأمل في المسألة فيميل المجتهد اليه ويأخذ بمقتضاه ويترك القياس الاول الجلي • ومثاله : بيع الاراضي الزراعية دون النص في عقد البيع على حقوق ارتفاقها كحق الشرب والمسيل والمرور • فهذه الحقوق لا تدخل تبعاً مع المبيع عند الحنفية • فاذا وقف شخص أرضاً زراعية ولم يذكر حقوق ارتفاقها صراحة لا تدخل في الوقف قياساً على البيع كما يقضي به القياس الجلي لان كلا من البيع والوقف اخراج المال من ملكه • ولكن عند التأمل في المسألة يظهر لنا أن قياسها بالاجارة أولى لان الموقوف عليه لا يملك الموقوف وانما يملك منفعة فقط كما ان المستأجر لا يملك المأجور وانما يملك منفعة فقط ومقتضي هذا القياس الخفي دخول حقوق الارتفاق تبعاً في الوقف ولو لم ينص عليها في الوقف قياساً على دخولها في الاجارة من غير ذكر لها لان منفعة الموقوف لا يمكن تحصيلها من الارض الموقوفة بدون حقوقها الارتفاقية ، كما هو الحال في اجارتها •

واحد من قبل أبي بكر • وتدوين الدواوين من قبل عمر واتخاذ الصحابة  
السجون وقتل الجماعة بالواحد وتضمين الصناع ما يهلك بأيديهم من أموال  
الناس وحق ولي الأمر في فرض الضرائب على الأغنياء عند الضرورة ونحو  
ذلك •

#### ٢٢٢ - حجية المصالح المرسلّة :

المصالح المرسلّة : مصدر فقهي دل على اعتباره استقراء نصوص  
الشرعية وأحكامها في الكتاب والسنة ، وعمل فقهاء الصحابة • وهذا المصدر  
يتسع للآحداث الجديدة والوقائع المتطورة ويجعل الفقه مرنا ناميا لا يقف  
عند حد ولا يتعجر أو يضيق أمام مصلحة حقيقية لم يأت الشارع بحكم  
لها • وقد أخذ الفقهاء بهذا المصدر واستنبطوا الأحكام منه ، وإن كان منهم  
القل ومنهم الكثير ومنهم بين بين • ومن الأحكام الحاضرة التي يمكن أن  
تجد لها سندا من المصالح المرسلّة مسألة عدم انتقال ملكية العقار ما لم يسجل  
بدوائر الطابو •

## المبحث الخامس

### سد الذرائع

٢٢٣ - الذرائع معناها الوسائل • فإذا كانت الوسائل مفضية الى الحرام  
والفساد كانت هذه الوسائل محرمة ووجب سدها ومنعها حسبا لمادة وسائل  
الفساد • وإن كانت هذه الوسائل تؤدي الى أمر مطلوب في الشرع كانت  
هذه الوسائل مطلوبة أيضا • فالذراع تسد وتمنع اذا كانت تفضي الى  
الفساد ، وتجب وتفتح اذا كانت تفضي الى المصالح<sup>(١)</sup> • ولكن أكثر ما  
يطلق اسم الذرائع على الأفعال والطرق المؤدية الى الشر والفساد ولهذا اذا

---

(١) الفروق للقرافي ج ٢ ص ٣٢ - ٣٣

قل سد الذرائع فيراد سد الطرق ومنع الافعال المؤدية الى الشر والفساد .  
٢٢٤ - والفعل يكون وسيلة الى الفساد فيمنع بغض النظر عن قصد صاحبه . لان المنظور اليه في هذا الباب مآلات الافعال أي ما تؤدي اليه فان كان المآل فسادا كان الفعل المؤدي اليه ممنوعا سدا لذريعة الفساد وان لم يقصد الفاعل بفعله الفساد .

#### ٢٢٥ - حجية هذا الاصل :

واصل سدا الذرائع مشهود له بالصحة بدلائل الكتاب والسنة وعمل الصحابة فمن الكتاب : قوله تعالى : « ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم »<sup>(١)</sup> . وقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تقولوا راعنا وقولوا انظرنا واسمعوا »<sup>(٢)</sup> . نهى الله المسلمين من استعمال كلمة ( راعنا ) لان اليهود كانوا يريدون بها شتم النبي (ص) ولا يريدون معناها اللغوي المعروف ، فجاء النهي عنها سدا لذريعة الفساد .

ومن السنة نهى النبي (ص) عن الاحتكار سدا لذريعة التضييق على الناس . ونهى النبي (ص) الدائن عن قبول الهدايا من مدينه سدا لذريعة الربا .

وقد عمل فقهاء الصحابة بهذا الاصل فورثوا المطلقة باثنا اذا طلقها زوجها في مرض الموت سدا لذريعة حرمانها من الميراث<sup>(٣)</sup> .

فسد الذرائع أصل معتبر ومصدر فقهي تستقى منه الاحكام وقد أخذ به الائمة المجتهدون وكان أكثرهم أخذاً بهذا المصدر الامام مالك والامام أحمد بن حنبل .

---

(١) سورة الانعام ، الآية ١٠٨  
(٢) سورة البقرة ، الآية ١٠٤  
(٣) تاريخ التشريع الاسلامي لنخصري ص ٢١٨

## المبحث السادس

### العرف

٢٢٦ - العرف ما اعتاده الناس وساروا عليه في امور حياتهم ومعاملاتهم من قول أو فعل أو ترك . ويسمى أيضا بالعادة على رأي كثير من الفقهاء . وبعضهم يجعل العادة ، وهي الامر المتكرر ، أعم من العرف فكل عرف عادة وليس كل عادة عرفا ، وبعضهم يجعل العرف هو الاعم<sup>(١)</sup> . والذي نختاره أن العرف والعادة سواء فهما اسمان لما ألفه الناس واعتادوه وساروا عليه في حياتهم وهذا هو الذي يدل عليه كلام الفقهاء .

٢٢٧ - أنواعه :

أولا : ينقسم العرف الى عرف قولي ، وعرف عملي . فالعرف القولي مثل تعارف الناس اطلاق كلمة الولد على الذكر دون الانثى مع انها في اللغة تطلق على الاثنين ، وبهذا المعنى جاءت في القرآن الكريم في قوله تعالى : « ولكم نصف ما ترك أزواجكم ان لم يكن لهن ولد » وقوله تعالى : « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين » . ومن العرف العملي تعارف الناس البيع بالتعاطي دون استعمال الصيغة اللفظية في البيع .

ثانيا : وينقسم العرف من جهة عمومه الى عرف عام وعرف خاص . فالعرف العام ما يتعارفه الناس في جميع البلاد في وقت من الاوقات كتعارفهم دخول الحمامات من غير تعيين مدة المكث فيها ولا تعيين مقدار الماء المستهلك .

والعرف الخاص هو ما يتعارفه أهل بعض البلاد كتعارف أهل العراق

---

(١) العرف والعادة للاستاذ أحمد فهمي أبو سنة ص ١٨ - ١١ .  
واصول الفقه للشيخ عبدالوهاب خلاف ص ٩٧ - ٩٨ .

على تمجيل قسم من المهر وتأجيل الباقي الى أقرب الاجلين : الموت أو الطلاق • وما يتعارفه أهل طائفة دون غيرها من الطوائف كتعارف التجار على اثبات ديونهم على من يتعامل معهم في دفاترهم الخاصة من غير اشهاد • وكتعارف أصحاب البساتين في بعض جهات لواء ديارى على اعطاء علاوة للمشتري زيادة على مقدار المبيع •

ثالثا : وينقسم العرف من جهة صحته وفساده الى قسمين : صحيح ، وفساد •

والعرف الصحيح هو ما لا يخالف نصا من نصوص الشريعة ولا قاعدة من قواعدها وان لم يرد به نص خاص •

والعرف الفاسد هو ما يخالف احكام الشريعة وقواعدها الثابتة كتعارف الناس على كثير من المنكرات مثل التعامل بالربا وشرب الخمر وتعاطي القمار ونحو ذلك •

#### ٢٢٨ - العرف المعتبر :

لا خلاف بين الفقهاء أن العرف الفاسد لا اعتبار له ، لان العرف الفاسد اتباع للهوى والاخذ بالهوى يفسد الشريعة • قال تعالى : « ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السموات والارض ومن فيهن » ، والعرف الصحيح لا خلاف في اعتباره والاعتداد به ، فالفقهاء من مختلف المذاهب يعتقدون به ويلاحظونه في الاستنباط وعند تطبيق الاحكام وعند تفسير نصوص عقود الناس •

وأساس اعتبار العرف يرجع الى رعاية مصالح الناس ورفع الحرج عنهم ، وقد راعته الشريعة في أحكامها ، فالاسلام أقر ما كان عند العرب في الجاهلية من عادات صحيحة كفرض الدية على العاقلة ، واقرار بعض المعاملات كالمضاربة والشركة ونحو ذلك • وقد استدل بعض العلماء على حجية العرف بما روي عن النبي (ص) ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله

حسن<sup>(١)</sup> . وعلى كل حال فهو حجة شرعية ومصدر فقهي تستقي منه  
لاحكام وعلى المجتهد والمفتي والقاضي ملاحظته . وقد ذكرنا بعض القواعد  
لفقهية الدالة على اعتبار العرف .

٢٢٩ - تغير الاحكام بتغير العرف :

الاحكام المبنية على العرف والعادة تنغير اذا تغيرت الاعراف والعادات،  
كما بينا هذا من قبل . ولهذا نجد بعض الاختلافات بين الفقهاء من المذهب  
الواحد مردها تغير العرف . ويقول الفقهاء عن مثل هذا الاختلاف : انه  
اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان . والشافعي عندما نزل  
بمصر بعد تركه العراق غير بعض آرائه في المسائل التي يختلف فيها عرف  
أهل مصر عن عرف أهل العراق . ونختم هذا الكلام بكلمة قيمة جامعة  
للإمام القرافي توضح هذا المعنى قال رحمه الله « الاحكام المترتبة على العادات  
تدور معها اينما دارت وتبطل معها اذا بطلت . . . وبهذا القانون تعتبر  
جميع الاحكام الشرعية المترتبة على العوائد - وهو تحقيق مجمع عليه بين  
العلماء - »<sup>(١)</sup> .

## المبحث السابع

مذهب الصحابي

٢٣٠ - تمهيد :

الصحابي عند الجمهور من علماء الاصول من شاهد النبي (ص) وآمن  
به ولازمه مدة تكفي لاطلاق كلمة الصحاب عليه عرفا ، مثل الخلفاء  
الراشدين وعبدالله بن مسعود وعبدالله بن عباس وغيرهم ممن آمن بالنبي  
(ص) ونصره وسمع منه واهتدى بهديه .

(١) بدائع الصنائع للكاساني ج ٥ ص ٢٢٣

(١) الفروق للقرافي ج ١ ص ١٧٦ وما بعدها .

وبعد وفاة النبي (ص) قام أصحابه الكرام - ممن عرفوا بالعلم والفقه - بالافتاء والقضاء بين الناس وقد نقلت إلينا فتاواهم وأقضيّتهم فهل تعتبر هذه الفتاوى والأقضية من مصادر الفقه يلتزم بها المجتهد ولا يتعداها إذا لم يجد للمسألة حكما في الكتاب ولا في السنة ولا في الإجماع ؟

#### ٢٣١ - تحرير محل اختلاف العلماء :

ولاجل تحرير محل اختلاف العلماء في حجية قول الصحابي نفصل المسألة على النحو الآتي :

أولا : لا خلاف في أن قول الصحابي فيما لا يدرك بالرأي حجة ومصدر للفقه لأن هذا القول منه محمول على السماع من النبي (ص) فيكون من قبيل السنة • والسنة مصدر للتشريع •

ثانيا : لا خلاف في أن قول الصحابي الذي حصل عليه الاتفاق حجة أيضا ، ومصدر للتشريع ، لأن الإجماع من المصادر التشريعية كما قلنا • أما قول الصحابي الذي لم يعرف له مخالف فهو من قبيل الإجماع السكوتي وهو حجة أيضا عند القائلين به •

ثالثا : لا خلاف في أن قول الصحابي لا يعتبر حجة ملزمة على صحابي مثله فقد رأينا الصحابة يختلفون فيما بينهم ولم يلزم أحدهم الآخر بما ذهب إليه •

رابعا : قول الصحابي الصادر عن رأي واجتهاد • فهذا هو الذي حصل فيه اختلاف ، من جهة اعتباره ملزما لمن جاء بعد الصحابة •

٢٣٢ - ذهب البعض إلى أن قول الصحابي حجة يجب اتباعها وللمجتهد أن يتخير من أقوال الصحابة ما يراه أقرب إلى الكتاب والسنة • وذهب البعض الآخر إلى أن قوله ليس بحجة وللمجتهد أن يجتهد ويأخذ بمقتضى اجتهاده • احتج الأولون بأن احتمال الصواب فيما اجتهد فيه الصحابة أكثر جدا من احتمال النسبة لغير الصحابي ، لأن الصحابة شاهدوا التنزيل

ووقفوا على أسرار التشريع ولازموا النبي (ص) ملازمة طويلة أكسبتهم ذوقاً  
فقهياً ، وكانت عندهم معرفة واسعة بالكتاب وبأسرار اللغة العربية وكل هذا  
يجعل لأرائهم منزلة أكبر من آراء غيرهم ويجعل اجتهدهم أقرب للصواب  
من اجتهد غيرهم •

واحتج الآخرون بأننا ملزمون باتباع الكتاب والسنة وما أرشدت اليه  
من مصادر وليس قول الصحابي واحداً من هذه المصادر ، وبأن الاجتهاد  
بالرأي معرض للخطأ لا فرق بين صحابي وغيره وان كان احتمال الخطأ  
بالنسبة للصحابي أقل •

والذي نميل اليه أن قول الصحابي ليس بحجة ملزمة ولكن نرجح  
الآخذ به حيث لا حكم للمسألة في الكتاب وفي السنة ولا في الاجماع  
ومصادر الفقه الأخرى ، على وجه الترجيح لا الإلزام<sup>(١)</sup> •

## المبحث الثامن

### شرع من قبلنا

٢٣٣ - المقصود بشرع من قبلنا : الاحكام التي شرعها الله تعالى لمن  
سبقنا من الامم وأنزلها على أنبيائه ورسله لتبليغها لتلك الامم •  
٢٣٤ - وقد اختلف العلماء في تلك الاحكام هل تلزمنا وتكون جزء  
من شريعتنا ام لا ؟

وقبل ذكر أقوالهم لابد من تحرير محل الاختلاف ، لان شرع من  
قبلنا انواع ، وبعض الأنواع متفق عليها • وبعضها هو محل الاختلاف ،

---

(١) راجع في هذا المبحث : اعلام الموقعين لابن القيم ، والمستصفي  
للغزالي ، وارشاد الفحول للشوكاني •

فلا بد من ذكر هذه الانواع وبيان ما اختلف فيه من هذه الانواع فنقول

النوع الاول : أحكام لم يرد لها ذكر في كتابنا ولا في سنة نبينا (ص) .  
وهذا النوع لا يكون شرعا لنا بلا خلاف بين العلماء .

النوع الثاني : أحكام قصها القرآن أو السنة وقام الدليل من شريعتنا على انها منسوخة في حقنا أي انها خاصة بالامم السابقة . فهذا النوع لا يكون شرعا لنا بلا خلاف بين العلماء .

النوع الثالث : أحكام جاءت في القرآن أو في السنة وقام الدليل من شريعتنا بأن هذه الاحكام مفروضة علينا كما كانت مفروضة على غيرنا من الامم السابقة . وهذا النوع لا خلاف في انه شرع لنا وان مصدر شريعته لنا نفس أحكام شريعتنا .

النوع الرابع : أحكام جاءت بها نصوص الكتاب أو السنة ولم يقم دليل من سياق هذه النصوص على بقاء الحكم أو عدم بقائه بالنسبة لنا . مثل قوله تعالى : « وكتبنا عليها فيها ان النفس بالنفس » والعين بالعين ، والانف بالانف ، والاذن بالاذن ، والسن بالسن ، والجروح قصاص ، فهل يعتبر هذا النوع شرعا لنا أم لا ؟ هذا هو محل الخلاف بين العلماء .

٢٣٥ - فذهب بعضهم كالحنفية وغيرهم الى أنه شرع لنا . وذهب البعض الآخر الى أنه ليس شرعا لنا . واستدل كل فريق بما يؤيد وجهة نظره (١) .

والراجح أن شرع من قبلنا ليس شرعا لنا ، قال تعالى : « لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا » .

---

(١) انظر المستصفى ص ١٣٢ وما بعدها . والامدى ج ٤ ص ١٨٦ وما بعدها .

ومع هذا ، فإن هذا الخلاف غير مهم لأنه لا يترتب عليه اختلاف في العمل فما من حكم من أحكام الشرائع السابقة الذي قصه الله أو رسوله علينا الا وفي شريعتنا ما يدل على نسخه أو بقاءه في حقنا ، سواء جاء دليل النسخ أو الإبقاء في سياق النص الذي حكى لنا حكم الشرائع السابقة أو جاء ذلك الدليل في مكان آخر من نصوص الكتاب والسنة فالآية التي ذكرناها وهي : « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس . . . » لا خلاف بين العلماء أن أحكامها ثابتة في حقنا وانها جزء من شريعتنا<sup>(٢)</sup> . فهي معمول بها من قبل القائلين : أن شرع من قبلنا شرع لنا والمخالفين لهم في ذلك ، فالاولون يحتجون بها وفقا لمذهبهم ، والآخرين يحتجون بها لان الدلائل من شريعتنا قامت على انها شرع لنا . فمن هذه الدلائل .

أولا : قوله تعالى : « كتب عليكم القصاص في القتلى » وقوله تعالى : « ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف في القتل » .

وفي السنة : « والعمد قود الا أن يعفوا ولي القتل » وقوله عليه السلام أيضا : « من قتل له قتل فهو بخير النظرين : اما ان يفدي واما أن يقتل » . وفي حديث آخر : « لا يحل دم امرئ مسلم . . . الا باحدى ثلاث : الثيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة » .

---

(٢) قال الامام الشافعي في كتابه أحكام القرآن ج ١ ص ٢٨٠-٢٨١ : ذكر الله تعالى ما فرض على أهل التوراة فقال : « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين . . الخ » ولم أعلم خلافا في أن القصاص في هذه الأمة كما حكى الله عز وجل انه حكم بين أهل التوراة . ولم أعلم خلافا في أن القصاص بين الحرين المسلمين في النفس وما دونها في الجراح التي يستطاع فيها القصاص بلا تلف يخاف على المستقبل منه من مواضع القود .

وأنظر أيضا في تفسير ابن كثير ج ٢ ص ٦٢ ، فقد حكى الاجماع أيضا على العمل بموجب هذه الآية .  
وفي المغني لابن قدامة ج ٧ ص ٧٠٢ - ٧٠٣ : وأجمع المسلمون على جريان القصاص فيما دون النفس إذا أمكن .

فهذه الآيات والاحاديث تدل بصراحة على وجوب القصاص في القتل •  
والقصاص في القتل هو بعض ما جاءت به الآية : « وكتبنا عليهم فيها أن  
النفس بالنفس ..... الخ » (١) •

ثانيا : - قضى النبي (ص) بالقصاص في الجروح (٢) •

ب - وفي قصة الربيع بنت النضر ، طلب أولياء المجني عليها من النبي  
(ص) القصاص منها في سن كسرتها لجارية فأجابهم النبي (ص) الى طلبهم  
وقال : كتاب الله القصاص • أي يقضي بالقصاص • ولكن عفا أهل الجارية  
فلم يجز القصاص (٣) •

ج - وعن النبي (ص) انه قال : « من أصيب بدم أو خبل - والخبل  
الجراح - ، فهو بالخيار بين احدى ثلاث : اما أن يقتص أو يأخذ العقل  
- أي الضمان المالي ، وهو الدية - أو يعفو » (٤) •

د - قوله تعالى : « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى  
عليكم » • قال العلماء ، هذه الآية يندرج فيها وجوب القصاص المذكور في  
آية : وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ..... الخ ، فيدخل فيها المين بالعين  
والانف بالانف والاذن بالاذن والسن بالسن وغيرها (٥) •

فهذه الآية ، والاحاديث التي ذكرناها كلها تدل على أن أحكام الآية  
التي نحن بصددھا ( وكتبنا عليهم فيها ..... الخ ) تعتبر جزء من شريعتنا فهي  
شرع لنا بالدلة الثابتة في شريعتنا لا بمجرد أنها شرعت للامم السابقة •

---

(١) نيل الاوطار ج ٧ - ٧ ، المغني ج ٧ ص ٦٣٩ ، ٦٤٧  
(٢) كتاب أقضية رسول الله (ص) تأليف الشيخ الامام عبدالله محمد  
بن فرج المالكي ص ١٢ •  
(٣) المرجع السابق ص ١٣  
(٤) نيل الاوطار ج ٧ ص ٧  
(٥) الأمدى في كتابه الاحكام في اصول الاحكام ج ٤ ص ١٩٩ -  
والمستصفى للغزالي ج ١ ص ١٣٤ - ١٣٥ •

## المبحث التاسع

### الاستصحاب

٢٣٦ - الاستصحاب في اللغة المصاحبة أو استمرار الصحبة • وفي اصطلاح العلماء الحكم ببقاء الشيء على ما كان عليه في الماضي حتى يقوم الدليل على تغيره • أو هو بقاء الحكم الثابت في الماضي حتى يقوم الدليل على تغيره •

فاذا ثبت أن فلانا زوج فلانة فإنه يحكم بقيام الزوجية بينهما حتى يقوم الدليل على زوالها • وإذا ثبت الملك لانسان في عين ، يستمر له هذا الملك حتى يقوم الدليل على انتقاله الى غيره • وإذا ثبت أن فلانا مدين لآخر فإن ذمة المدين تبقى مشغولة بالدين حتى يثبت فراغها منه بالاداء أو بالابراء •

٢٣٨ - وقد بني على الاستصحاب بمض المبادئ أو القواعد الشرعية ، فمن ذلك :

أ - الاصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره • وعلى هذا فمن ثبتت حياته لا يحكم بوفاته حتى تثبت الوفاة بالدليل • وعلى هذا الاصل بنيت أحكام المفقود في الفقه •

ب - الاصل في الاشياء الاباحة • فكل عقد أو تصرف أو حيوان أو نبات أو طعام لا يعرف حكمة لا في الكتاب ولا في السنة ولا في المصادر الاخرى ، فإنه يحكم بجوازه واباحته استصحابا لهذا الاصل أي استصحابا للحكم الاصيلي للاشياء وهو الاباحة •

ج - اليقين لا يزول بالشك : فالشيء الثابت وجوده على وجه اليقين لا يحكم بزواله بمجرد الشك • فمن يقن الوضوء ثم شك بانتقاضه حكم ببقائه •

د - الاصل براءة الذمة : أي ان ذمة الانسان تعتبر غير مشغولة بشيء حتى يثبت انشغالها به • فمن ادعى على غيره ديناً فعليه الاثبات •

٢٣٨ - والاستصحاب آخر ما يلجأ اليه الفقيه لمعرفة الحكم الشرعي اذا لم يجده في مصادر الفقه التي ذكرناها •

## القِسْمُ الثَّانِي

دراسة بعض النظم القانونية في الفقه الاسلامي

## الباب الأول

### نظام الملكية

### الفصل الأول

#### المال وأقسامه

تمهيد :

الملكية ترد غالباً على المال فكان من المستحسن تعريف المال وبيان أنواعه قبل الكلام عن الملك وعلاقة المال به .

٢٣٩ - تعريف المال :

عرفه بعض الفقهاء بأنه ما يميل إليه بالطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة<sup>(١)</sup> .

ويرد على هذا التعريف اعتراضان : (الأول) ان من الاشياء ما تعافه النفس ولا يميل إليه طبع الانسان ومع هذا فهو مال مثل السموم والادوية المرة . (الثاني) ان من الاشياء ما لا يمكن ادخاره على نحو تبقى معه منفعة كما هي ومع هذا فهو من الاموال قطعاً كالخضراوات ونحوها . وعرفه آخرون بأنه اسم لغير الآدمي خلق لمصالح الآدمي ويمكن احرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار<sup>(٢)</sup> .

والتعريف المختار ما قاله البعض من أن المال كل ما يمكن حيازه

---

(١) رد المختار شرح الدر المختار للامام الفقيه ابن عابدين ج ٤ ص ٣ .

(٢) تاريخ التشريع الاسلامي ومصادره لاستاذنا محمد سلام مذكور ص ٢٧٥ هامش (٢) .

والانتفاع به على وجه معتاد<sup>(١)</sup> . فهذا التعريف يدل على أن مالية الشيء تتحقق اذا توافر فيه امران : ( الاول ) امكان حيازته و ( الثاني ) امكان الانتفاع به .

٢٤٠ - ويترتب على هذا التعريف المختار ما يأتي :

أ - ما نحوزه ونتنفع به فعلا يعد من الاموال كاللدور والاراضي والسيارات والنقود والثياب والحيوانات ونحو ذلك .

ب - ما لا نحوزه فعلا ولكن تتمكن من حيازته يعد مالا أيضا لان الحيازة الفعلية ليست بشرط لثبوت مالية الشيء وانما الشرط امكان الحيازة فقط ما دام الشيء يمكن الانتفاع به ، وعلى هذا يعتبر مالا السمك في الماء والطير في الهواء والحيوان في الفلاة والمعدن في باطن الارض .

ج - مالا تتمكن من حيازته لا يعتبر مالا وان كنا نتنفع به فعلا مثل ضوء الشمس ونور القمر .

د - مالا يمكن الانتفاع به على وجه معتاد لا يسمى مالا وان حيز بالفعل كقطرة ماء أو حبة رز . والانتفاع المعتاد هو الانتفاع الذي جرت به عادة الناس ويلائم طبيعة الشيء ويحقق المنفعة التي خلق من أجلها ، فالرز مثلا منفعته أن يكون غذاء والحبة منه لا تحقق هذا الغرض وما جرى انتفاع الناس به على هذا النحو ، فلا تكون مالا .

هـ - ما منع الشارع الانتفاع به منعا عاما يسري في حق الناس جميعا ، لا يعتبر مالا وان حازه الانسان وانتفع به فعلا كأن استعمله في بعض حاجاته كاللينة حتف أنفها فلا يعد شيء من لحمها أو شحمها مالا . أما صوفها وشعرها ووبرها وجلدها ، فتعتبر من الاموال بعد تطهيرها ودبغها . وانما كان الحكم ما ذكرناه لان كون الشيء ينتفع به أو لا ينتفع به حكم شرعي فاذا أباح الشارع الانتفاع ثبتت ماليتها وصار مالا في نظر الشارع وما لم يسبح الانتفاع به لا يكون مالا . واذا كان الانتفاع بالشيء جائزا في حق البعض

(١) مذكرات في المعاملات الشرعية لاستاذنا علي الخفيف ص ٢

دون البعض الآخر صار هذا الشيء مالا ، ولهذا تعتبر الخمر مالا لانتفاع  
الذمين بها ونهي الشرع للمسلمين من التعرض لهم بشأنها وكذا الخنزير •  
٢٤١ - الحقوق والمنافع :

لا خلاف في أن الاشياء المادية التي يمكن احرازها والانتفاع بها  
تعتبر مالا على النحو الذي بيناه • ولكن هل تعتبر مالا الحقوق<sup>(١)</sup> مثل حق  
الشرب ( من حقوق الارتفاق ) وحق الحضانة ونحوها ؟ لا خلاف في أن  
الحقوق التي لا علاقة لها بالمال كالحضانة لا تعتبر مالا • أما الحقوق المتعلقة  
بالمال كحق الشرب وحق المرور ، فهي لا تعتبر مالا عند الحنفية ومن  
وافقهم ، وتعتبر مالا عند غيرهم<sup>(٢)</sup> • وكذلك المنافع كسكنى الدار ولبس  
الثياب واستعمال السيارة وركوب الدابة ونحو ذلك ، فهي أموال عند

(١) الحق في اللغة يطلق ويراد به الثبوت والوجود ومنه قوله  
تعالى : ( لقد حق القول على أكثرهم فهم لا يؤمنون ) ويطلق ويراد به الامر  
للتأيت الوجود ومنه قوله تعالى : ( ٠٠٠ قد وجدنا ما وعدنا ربنا حقا ،  
فهل وجدتم ما وعدكم ربكم حقا ؟ قالوا نعم ) • وفي استعمال الفقهاء يراد  
بالحق : كل مصلحة مختصة بصاحبها باقرار الشارع واعترافه سواء أكانت  
تلك المصلحة تتحقق بها منفعة مادية أو أدبية وسواء أكانت تلك المنفعة  
متعلقة بالمال كحق الملكية وحق النفقة أم متصلة بالنفس كحق الحضانة أم  
متعلقة بالنظام وشؤون الجماعة كالامر بالمعروف والنهي عن المنكر ، أم  
متعلقة بالمحافظة على الدين ونشره كالجهاد • فالحق في الشريعة لا يكون  
حقا الا اذا أقره الشارع وحكم بوجوده واعترف له بالحماية ، ولهذا فان  
مصادر الحقوق في الشريعة هو الشريعة نفسها ، ولا يوجد حق شرعي الا  
وله دليل يدل عليه من كتاب أو سنة أو اجماع أو قياس أو استحسان  
••• الخ : المدخل للفقهاء الاسلامي للاستاذ محمد سلام مذكور ص ٤١١ وما  
بعدها ، والمدخل لدراسة الفقه الاسلامي للاستاذ محمد مصطفى شلبي  
ص ١٦٥ •

(٢) الوجيز للغزالي ص ١٨٠ ، المغني ج ٥ ص ٥١٨ ، المدخل لدراسة  
الفقه الاسلامي للاستاذ محمد مصطفى شلبي ص ١٦٥ - ١٦٦ • ويلاحظ  
هنا أن الحنفية يرون جريان الارث بحقوق الارتفاق وبيعها تبعا للارض  
ومعنى هذا انها تقوم بمال وان كانت في ذاتها ليست مالا : البدائع للكاساني  
ج ٦ ص ١٨٩ ، ١٩٠ • احكام التركات والمواريث للاستاذنا أبو زهرة ص ٤٧  
وما بعدها •

لجمهور وليست مالا عند الحنفية<sup>(١)</sup> .

٢٤٢ - استدل الحنفية على عدم مالية المنافع بأن المال ما يمكن احرازه بحيازته وادخاره لوقت الحاجة ، والمنافع لا تقبل الحيازة والادخار لانها عراض لا تبقى زمانين ، بل تحدث آنا بعد آن فلا يمكن احرازها وبالتالي تكون مالا ، فهي قبل أن تحدث معدومة والمعدوم ليس بمال ، وبعد حدوثها لا يمكن احرازها وما لا يمكن احرازه لا يسمى مالا . وهي وان لم تكن بذاتها مالا الا أنها تصير مالا بالعقد كالأجارة ، استحسانا ، لورود النص بذلك وجريان العرف به<sup>(٢)</sup> .

واحتج غير الحنفية بأن المال مخلوق لصالح الآدمي ، والمنافع كذلك ، بأن حيازة المنافع ممكنة بحيازة أصلها ومحلها ، وبأن الأعيان انما تصير مالا باعتبار الانتفاع بها . لان الانتفاع بها هو المقصود فما لا ينتفع به لا يكون مالا ، كيف تسلب المالية عن المنافع ولولاها لما صارت الأعيان أموالا ؟<sup>(٣)</sup> . وأيضا ان الشارع أجاز أن تكون المنافع مهورا ، والمهر لا يكون الا مالا بدليل وله تعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير سافحين » فالمنافع اذن من الاموال . كما أن العقد يرد على المنافع وتصير ضمنونة به وهذا آية كونها مالا اذ لو لم تكن مالا في ذاتها لما صارت مالا لعقد لان العقود لا تقلب حقائق الأشياء ، بل تقرر خصائصها<sup>(٤)</sup> .

والراجع من الرأيين قول الجمهور لقوة أدلتهم وموافقتهم لعرف الناس تعاملهم .

٢٤٣ - ويترتب على الخلاف بين الحنفية والجمهور ، ان منافع

---

(١) تاريخ التشريع الاسلامي ومصادره للاستاذ محمد سلام كور ص ٢٧٦ .

(٢) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للامام الزيلعي ج ٥ ص ٢٣٤ .

(٣) المرجع السالف الذكر .

(٤) كشف الاسرار شرح اصول البزدوي ج ١ ص ١٧١ - ١٧٢ .

المقصوب غير مضمونة عند الحنفية<sup>(١)</sup> ومضمونة عند غيرهم<sup>(٢)</sup> فلو غصب انسان دارا وسكنها شهرا لم يضمن شيئا عند الحنفية وعليه أجر المثل عند غيرهم . وكذلك قال الحنفية بانفساخ عقد الاجارة بموت المستأجر قبل انتهاء مدتها لان منافع المأجور ليست مالا فتورث ، ولان الوراثة خلافة عن الميت ولا تتصور الا فيما يبقى في حياة المورث والوارث معا حتى تتحقق الخلافة وليست النافع هكذا ، فما كان موجودا منها في حياة المورث ( المستأجر ) لا تبقى لتورث وما يحدث منها بعده لم تكن مملوكة له فيخلفه فيها الوارث<sup>(٣)</sup> . وغير الحنفية قالوا ان عقد الاجارة لا يفسخ بموت المستأجر ، بل يحل الورثة حتى تنتهي مدة الاجارة<sup>(٤)</sup> .

٢٤٤ - تقسيمات المال :

يقسم المال الى تقسيمات مختلفة باعتبارات مختلفة ، فهو بالنظر الى حماية الشارع له : مال متقوم وغير متقوم . وبالنظر الى استقراره وعدم تحوله : عقار ومنقول . وبالنظر الى تماثل أجزائه وآحاده : مثلي وقيمي . وتكلم فيما يلي عن كل نوع من هذه التقسيمات ، والفائدة المترتبة على كل تقسيم .

٢٤٥ - المتقوم وغير المتقوم :

المال المتقوم هو ما صار في حيازة الانسان وجاز الانتفاع به شرعا في حالة السعة والاختيار . كاللحور والسيارات والنقود والثياب والكتب ونحوها . وعلى هذا فما ليس في حيازة الانسان لا يعد مالا متقوما كالطير في السماء والسمك في الماء . وكذلك ما كان في حيازة الانسان ولا يباح له الانتفاع به شرعا لا يعد مالا متقوما كالخمر والخنزير بالنسبة للمسلم ، أما

(١) استثنى متأخرو الحنفية منافع الوقف ومال اليتيم والمعد للاستغلال وقالوا بضمان منافعها .

(٢) كتاب الخلاف للشيخ أبي جعفر الطوسي ج ٢ ص ١٧٠ .

(٣) الزيلعي ، المرجع السالف ؛ ج ٥ ص ١٤٤ - ١٤٥ .

(٤) محمد مصطفى شبلبي ، المرجع السابق ، ص ١٦٧ .

بالنسبة لغير المسلم فيعثر مالا متقوما لئنهنا عن التعرض له بشأنهما وهذا يدل على اقرار غير المسلم على الانتفاع بهما • والمقصود بحالة السعة والاختيار الاحوال العاديه التي لا ضرورة فيها ولا اضطرار ، فالخمر يجوز الانتفاع بها في حالة الضرورة كمن أشرف على الهلاك عطشا جاز له شرب الخمر ، وكذا يجوز عند الاضطرار أكل الميتة ، ومع هذا لا تعتبر الميتة والخمر من الاموال المتقومة لعدم جواز الانتفاع بها شرعا في الاحوال العادية •

والمال غير المتقوم هو ما لم يتوافر فيه الامران : الحيازة وجواز الانتفاع به في حال السعة والاختيار ، أو لم يتوافر فيه أحد الامرين كالخمر في حق المسلم •

٢٤٠ - وينرتب على قسمة المال الى متقوم وغير متقوم ، ما يأتي :

أ - من أتلّف مال الغير وجب عليه الضمان ، المثل ان دن سلبا القيمة ان كان فيسبب لان الشارع منحه حماية وحرمة • أما غير المتقوم فلا حماية له ولا حرمة وبالتالي لا تضمن منقسه أي شيء • فاذا أتلّف انسان سسكة في الماء أو حيوانا غير مملوك في القلاء فلا ضمان على المتلف • وكذلك اذا أتلّف مسلم لمسلم خمرًا فلا ضمان على تلف لان الخمر غير متقومة في حق المسلم ، أما لو أتلّفها لذي في فان الضمان رتب على المتلف لان الخمر مال منقوم في حق الذمي وهذا عند الحنفية للمالكية ، ولا ضمان عليه عند الشافعية والحنابلة وغيرهم وحجتهم في عدم ضمان ان مالا يكون متقوما في حق المسلم لا يكون متقوما في حق الذمي<sup>(١)</sup> •

ب - المال المتقوم هو الذي تصح فيه التصرفات من بيع وهبة واجارة جوها • وغير المتقوم لا يصح فيه شيء من ذلك فلو باع مسلم خمرًا لم

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٦ ، ١١٣ ، الام ص ١٣١ ، المغنى ص ٢٧١ •

يصح البيع ولكن لو باعها ذمي من ذمي صح البيع لتقوم الخمر في حقهما<sup>(١)</sup>.

#### ٢٤٧ - العقار والمنقول :

العقار هو مالا يمكن نقله بحال من الاحوال وليس ذاك الا الارض .  
والمنقول ما يمكن نقله وتحويله من مكان الى مكان سواء تغيرت هيأته عند  
النقل أو لم تتغير . وعند المالكية المنقول ما أمكن نقله مع بقاء هيئته وصورته  
دون تغير ، فان تغيرت فهو عقار لا منقول وعلى هذا فالشجر والبناء يعتبران  
من العقار في المذهب المالكي<sup>(٢)</sup> .

٢٤٨ - وفائدة تقسيم المال الى عقار ومنقول تظهر في الاحكام التالية :

أ - الشفعة تجري في العقار دون المنقول الا على رأي بعض الفقهاء  
كما سيأتي بيانه فيما بعد .

ب - يجوز للوصي على الصغار أن يبيع ما يملكون من منقول حسب  
ما يراه من وجوه المصلحة ، وليس له أن يبيع عقارهم الا بمسوغ شرعي  
كسبب ايفاء للدين ، أو لزيادة نفقاته على غلاته وغير ذلك من المسوغات  
المذكورة في كتب الفقه .

ج - عند بيع أموال المدين وفاء لدينه يبدأ بالمنقول أولا فان لم يف  
بيع عقاره .

#### ٢٤٩ - المثلي والقيمي :

المال المثلي هو مالا تفاوت بين أجزائه أو آحاده أو مع تفاوت يسير

---

(١) احكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٤٣٦ ، بدائع الصنائع ج ٥  
ص ١٤٣ . ويلاحظ هنا أن القانون المدني العراقي يعبر عما يراد بالاموال  
غير المنقولة في الفقه الاسلامي بالاشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون :  
المادة ٦١ فقرة ٢ . ويترتب على هذا أن الخمر مال متقوم في القانون المدني  
ويصح التصرف فيه وهذا خلاف الحكم المقرر في الفقه الاسلامي .  
(٢) الاموال ونظرية العقد في الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف  
موسى ص ١٦٣ .

يعتمد به مع وجود نظائره في الاسواق • وهذا النوع يقدر عادة بالوزن  
بالكيل أو بالعدد فمن الاول الذهب والفضة والتفاح ونحوها ومن الثاني  
زيوت والحبوب ، وقد شاع استعمال الوزن في الحبوب وأصبحت من  
لوزونات لا من المكيلات ، ومن الثالث - أي ما يقدر بالعد - البيض  
البرتقال •

ومن الاموال المثلية في الوقت الحاضر جميع المصنوعات التي تنتجها  
آلات اذا اتحدت في المادة والصنع والصفة وقد تقدر بالمقياس كالتر والباردة  
الذراع مثل المنسوجات والاقمشة ، وقد تقدر بالعدد كالالوانى والملاعق  
الكتب ونحوها •

المال القيمي : هو ما لا مثل له في الاسواق أو له نظير ولكن بتفاوت  
كبير لا يتسامح به عادة ، كالدور والحيوانات كالابل والغنم والاحجار  
لكريمة والكتب المخطوطة ونحوها •

٢٥٠ - ويترتب على هذه القسمة أمور منها :

أ - المثلي يثبت دينا في الذمة اذا ما عينت أوصافه بخلاف القيمي فانه  
لا يثبت دينا في الذمة •

ب - الضمان في اتلاف المثلي يكون بمثله ، وفي القيمي يكون بقيمته •

## الفصل الثاني

### الملك أو الملكية

٢٥١ - تعريف الملك :

إذا حاز الانسان مالا وكان له الانتفاع به شرعا أصبح هو المالك والمال مملوكا له ، وظهرت بينهما علاقة اعتبارية يقرها الشارع ويرتب عليها آثارها ، وهذه العلاقة هي الملك أو الملكية ( نسبة الى المالك ) التي من آثارها تمكين المالك - دون غيره - من الانتفاع بالملوك والتصرف فيه بأنواع التصرفات . فالملك اذن اختصاص بالشيء يمكن صاحبه شرعا من الانفراد بالانتفاع به والتصرف فيه عند عدم المانع الشرعي<sup>(١)</sup> .

فإذا ثبت هذا الاختصاص لشخص بشيء ، وكان له شرعا بناء على هذا الاختصاص أن يستبد بالانتفاع به أو التصرف فيه ، ثبت له الملك على ذلك الشيء . وعلى هذا فقيم المجنون أو المعتوه ووصي السفیه أو الصغير لا يعد واحد منهما مالكا لما يتصرف فيه من أموال من هو تحت ولايته لانه لا • يستقل بالتصرف وانما يتصرف في أموال من هو تحت ولايته بناء على صفته من كونه قيما أو وصيا ، بينما يعتبر كل من المجنون ونحوه مالكا لانه يستقل بالتصرف لولا مانع الجنون ونحوه ولهذا اذا زال المانع عاد الممنوع •

٢٥٢ - الملك والمال :

قلنا ان الملك اختصاص بالشيء يمكن صاحبه بحكم الشرع من الانفراد بالانتفاع بالشيء والتصرف فيه الا لمانع شرعي • ولكن الملك قد يطلق على الشيء المملوك ، فيكون بهذا الاعتبار أعم من المال عند الحنفية ، لان الملك ،

(١) مختصر أحكام المعاملات الشرعية للاستاذ علي الخفيف ص ٨ •  
وقد عرف الامام القرافي الملك بأنه : حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة يقتضي تمكن من يضاف اليه من انتفاعه بالملوك وأخذ العوض عنه من حيث هو كذلك : الفروق ج ٣ ص ٢٠٨ - ٢٠٩ •

بمعنى المملوك ، يشمل الاموال والمنافع اذ كل منهما مملوكة ، ولكن المنافع ليست مالا عند الخفية وان كانت مملوكة وترد عليها نصرفات كثيرة كالأجارة والوصية •

٢٥٣ - ما يقبل الملك من الاموال وما لا يقبله :

الاصل في الاموال انها بطبيعتها تقبل الملك ، الا انه قد يعرض لها من العوارض ما يجعلها غير قابلة للملك ، كالاموال التي يتعلق بها حق الناس جميعا ، وهي المخصصة للمنافع العامة كالطرق العامة والانهار العظيمة كدجلة والفرات ، والجسور ونحو ذلك ، كل هذه الاموال ، وهي بهذه الصفة ، لا تقبل التملك فلا يمكن أن يرد عليها ملك فردي لمنفعة ذلك لما خصصت له • ولكن اذا زالت صفتها هذه - أي تخصيصها للنفع العام - أمكن عند ذلك تملكها ملكية فردية ، كما لو استغني عن الطريق العام بإنشاء طريق غيره ، فان الطريق الاول المهجور يقبل عند ذاك التملك •

وكذلك الاموال الموقوفة ، لا تهل التملك ولكن اذا ظهر سبب شرعي يسوغ بيعها كما لو قررت الجهة المختصة استبدال الوقف بغيره ، جاز بيع الوقف وتملكه من قبل الافراد • ومثل الوقف ، في عدم جواز بيعه الا بمسوغ شرعي ، أموال الدولة كالأرض الاميرية فهي لا تصلح للملك الا اذا وجد سبب يبيح بيعها كما لو رأت الدولة بيع ذلك لمصلحة مشروعة • وفيما عدا ما ذكرناه من أموال ، يصح تملكه وتملكه •

٢٥٤ - أنواع الملك :

الملك نوعان : ملك تام ، وملك ناقص •  
فالتمام ما يرد على ذات الشيء ومنفعته معا • والناقص ما يرد على أحدهما فقط أي ملك ذات الشيء - رقبته - فقط أو ملك منفعة فقط • فمن يملك أرضا رقبة ومنفعة فان له أن يستعملها بنفسه فيزرعها أو يبني عليها ، أو

يستغلها بإيجارها للغير أو يتصرف فيها بالبيع أو الرهن ونحو ذلك لان ملكيته ملكية تامة تسوغ له هذه التصرفات • ومن يملك رقبة الارض فقط فليس له أن يستغلها أو يتنفع بها ما دامت ملكيته لمنفعتها لم ترجع اليه بعد • ومن يملك منفعة الارض فقط ليس له أن يتصرف في رقبة الارض ولكن له أن يستوفي هذه المنفعة بنفسه بواسطة غيره ، كما سنبين ذلك فيما بعد وتكلم فيما يلي عن الملك الناقص في مبحث أول ثم نتكلم عن الملك التام في مبحث ثان •

## لمبحث الأول

### الملك الناقص

٢٥٥ - تمهيد :

الملك الناقص - كما قلنا - اما ملك العين فقط ( أي رقبته ) واما ملك منفعتها فقط • وملك المنفعة ، وقد يسمى أيضا بحق الانتفاع ، ينقسم الى قسمين : حق انتفاع شخصي ، وحق انتفاع عيني • فحق الانتفاع الشخصي يتعلق بشخص المتنفع فيكون له فقط وقد ينتقل الى غيره في بعض الحالات كما سذكركه فيما بعد • وحق الانتفاع العيني ، ويسمى بحق الارتفاق ، يتعلق بعين العقار المقرر عليه هذا الحق ويتبع العقار المقرر له اني ذهب ، فهو لا يثبت لشخص معين ، بل يتبع العقار المقرر له هذا الحق ويتبعه اني ذهب ويثبت لمن يملك هذا العقار • وعلى هذا يكون الملك الناقص ثلاثة أنواع : (الاول) ملك العين فقط • (الثاني) ملك منفعة فقط يكون معه حق الانتفاع شخصيا • (الثالث) ملك منفعة يكون معه حق الانتفاع عينيا وهو حق الارتفاق<sup>(١)</sup> • وتكلم فيما يلي عن كل نوع في مطلب على وحدة •

(١) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ٩

## المطلب الأول

### ملك العين فقط

٢٥٦ - ويكون هذا النوع من الملك فيما اذا كانت العين وحدها - أي رقبته فقط - مملوكة لشخص مدة حياته أو لمدة معينة ثم مات الموصي وقبل الموصي له الوصية ، فان ملكية العين تؤول الى الورثة ومنافعها الى الموصي له طيلة المدة المعينة في الوصية ويلزم الورثة تسليم العين الى الموصي له للانتفاع بها واذا أبوا أجبروا على التسليم ، واذا ما انتهت المدة المقرر وجب على الموصي له رد العين الى ورثة الموصي ، واذا مات الموصي له قبل انتهاء المدة وجب على ورثته ردها الى ورثة الموصي لان المنافع لا تورث عند الخفية •

ويلاحظ هنا أن ملكية العين فقط هي ملكية دائمة وتنتهي دائما الى ملكية تامة ، أما ملكية المنافع فقط فانها تكون مؤقتة دائما وناقصة دائما • وكذلك لو أوصى شخص برقبة العين المملوكة له الى شخص ومنافعها الى شخص آخر وقبل الاثنان الوصية بعد موت الموصي ، فان ملك كل منهما ناقص فاذا انتهت مدة الانتفاع بالعين سلمت الى الموصي له بربقتها وعادت ملكيته تامة •

### ٢٥٧ - خصائص هذا النوع من الملك :

ان مالك العين ليس له أن ينتفع بها مدة تعلق حق المتفع بها ، كما أنه ليس أن يتصرف فيها تصرفا مضرا بمالك المنفعة • واذا مات مالك العين تورث عنه ، واذا أتلّفها ضمن قيمة المنفعة لالكها •

## المطلب الثاني

### ملك المنفعة او حق الانتفاع الشخصي

٢٥٨ - وهذا الحق يتعلق ابتداء بشخص المتفع فله أن يستوفي

المنفعة بنفسه ولكن قد يكون له أيضا أن يملكها لغيره كما لو أوصى لآخر بمنافع داره يتنفع بها كيف يشاء ، فان للموصى له في هذه الحالة أن يسكنها بنفسه كما له أن يعيرها أو يؤجرها لغيره . وقد لا يكون للمنتفع أن يملك المنفعة لغيره ، بل له أن يتنفع بها بنفسه فقط كما لو وقف شخص داره على آخر ليسكنها بنفسه فقط ثم من بعده الى الفقراء ، أو يقف شخص داره ليسكنها طلبة العلم فقط فلا يكون لواحد منهم أن يعيرها أو يؤجرها . وفي هاتين الحالتين يكون للمنتفع ملك المنفعة أو حق الانتفاع ، فلا فرق بين التسميتين عند الحنفية . ويرى فريق آخر من الفقهاء ، ومنهم المالكية ، قصر اسم ملك المنفعة على الحالة الاولى أي فيما اذا كان للمنتفع تملك المنفعة لغيره ، وقصر اسم حق الانتفاع على الحالة الثانية أي في ما اذا امتنع على المنتفع تملك المنفعة الى غيره . فحق الانتفاع ، عند هؤلاء الفقهاء ، من قبيل الاباحة لا من قبيل ملك المنفعة خلافا للحنفية<sup>(١)</sup> .

#### ٢٥٩ - الفرق بين الملك والاباحة :

وعلى ذكر الاباحة لا بد من بيان الفرق بينها وبين الملك . فالملك اختصاص بالشيء يكسب صاحبه حق التصرف في هذا الشيء المملوك ما لم يوجد مانع شرعي . فاذا كان الملك منصبا على المنفعة أبيع للمالك أن يستوفي المنفعة بنفسه وان يملكها لغيره بعوض أو بغير عوض كالمستأجر لان المنفعة ملكه فله أن يتصرف فيها كما يشاء ، الا اذا كان مالك المنفعة ممنوعا من تملكها لغيره كما في الوصية بالسكن فقط دون الاسكان .

أما الاباحة فهي حق يثبت للانسان بسبب الاذن له بالانتفاع . وقد يكون هذا الاذن من مالك الشيء كما لو اذن المالك لشخص بالركوب معه في سيارته أو بالبيت في بيته أو بقراءة كتابه . وقد يكون الاذن عاما للجميع فيما هو مخصص للمنافع العامة كالطرق العامة والانهار العظام والجسور ونحو ذلك . وقد يكون الاذن بحكم الشرع كما في قوله عليه الصلاة

(١) الفروق للقرافي ج ١ ص ١٨٧ ، الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ص ١٠ .

والسلام : « الناس شركاء في ثلاثة : في الماء والكلا والنار » أي شركاء شركة اباحة لا شركة ملك في الماء غير المملوك لاحد ، وبالكلا قبل أن يحزر ويحاز ، وبضوء النار الموقدة • فما دام الاذن قائما فالاباحة قائمة ، فاذا زال الاذن زالت الاباحة وتلاشى الحق في الانتفاع • هذا وان من أبيع له الانتفاع فليس له أن ينتفع الا بنفسه وفق الاذن الصادر بالاباحة ، فمن أبيع له الركوب بالسيارة ليس له أن يحملها الانتقال ولا أن يركب غيره فيها • ومن أبيع له المبيت في منزل ليس له أن ينسب عنه أحدا غيره ، ومن دعي الى وليمة ليس له أن يحوز طعاما منها ويأخذه الى بيته • • • • • وهكذا • ومن هذا يتبين لنا أن اباحة الانتفاع بالشيء لا تفيد ملكية المنفعة وانما تفيد الحق لمن أبيع له الانتفاع في أن ينتفع بنفسه فالاباحة رخصة في تحصيل المنفعة وليست هي ملك المنفعة<sup>(١)</sup> •

٢٦٠ - أسباب ملك المنفعة :

وملك المنفعة يستفاد بأحد الاسباب الآتية<sup>(٢)</sup> :

أولا : الاجارة : وهي تملك المنفعة بعوض ، فالمستأجر يملك بها منفعة المأجور وله أن يستفيدا بنفسه على الوجه المنصوص عليه في عقد الاجارة كما له ان يملكها لغيره بعوض أو بغير عوض ما دامت المنفعة لا تختلف باختلاف المتفعين •

ثانيا : بالاعارة : وهي تبرع بالمنفعة بدون عوض ، وتفيد تملك المنفعة للمستعير على رأي جمهور الاحناف خلافا لمن رأى انه اباحة • فعلى الرأي الاول يجوز للمستعير أن يملكها لغيره بطريق الاعارة فقط<sup>(٣)</sup> ما لم يمنع من ذلك مانع كما لو شرط عليه الميعر أن لا يعيرها لاحد أو كانت المنفعة تختلف باختلاف المتفعين •

(١) الاستاذ الخفيف ، المرجع السابق ، ص ١١ •

(٢) الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص ١٧٨ -

١٨٠ ، والاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ص ١١ - ١٢ •

(٣) عند المالكية يجوز للمستعير أن يملك المنفعة لغيره بعوض أو

بغير عوض : الفروق للقرافي ج ١ ص ١٣٩ •

ثالثا : بالوقف<sup>(١)</sup> والوصية<sup>(٢)</sup> وكلاهما يفيد ملك المنفعة ، وللموقوف عليه أو الموصى له أن يستوفي المنفعة بنفسه وأن يملكها لغيره ، كما لو وقف شخص داره على فلان ومن بعده على المساجد ، أو أوصى له بمنفعته وجعل لكل منهما أن ينتفع بالدار على الوجه الذي يريده فلكل منهما أن يسكن الدار ان شاء أو يؤجرها أو يعيرها •

#### ٢٦١ - أحكام هذا النوع من الملك :

يختص ملك المنفعة أو حق الانتفاع الشخصي بجملته أحكام منها :  
أولا : قبوله التقييد ، فلا يكون هذا النوع من الملك مطلقا ، بل يقيد ابتداء بالزمان والمكان والصفة ، فيجوز مثلا لمعير السيارة أن يقيد المستعير بالانتفاع بها مدة اسبوع فقط أو أن يستعملها للركوب فقط دون نقل الاثقال والاثاث ، أو أن يستعملها في بغداد فقط أو أن يستعملها نهارا لا ليلا • وللموصي بمنفعة أرضه لشخص أن يقيد الموصى له بزراعتها قمحا فقط أو بعدم تملك منفعتها لغيره وهكذا •

وهذا خلاف الملك التام فإنه لا يقبل التقييد ولا يتقيد بشيء مما ذكرناه كما سيأتي فيما بعد •

ثانيا : عدم جريان الارث في هذا النوع من الملك ، فلا ينتقل ملك المنفعة أو حق الانتفاع الى الغير عن طريق الارث وهذا عند الحنفية<sup>(٣)</sup> لان الارث يجري فيما كان يملكه المورث ويبقى بعد وفاته وليست المنافع كذلك فهي تحدث آنا بعد آنا وما كان مملوكا منها في حياته يفتى بعد وفاته وما وجد منها بعد وفاته لم يكن مملوكا في حياته فلا يتصور فيه الميراث • واستسى الحنفية من ذلك حقوق المرور والشرب والمسيل والتعلي فإنها تورث عندهم كما سيأتي فيما بعد • أما عند غير الحنفية فإن الارث يجري في ملك المنفعة ،

---

(١) الوقف هو حبس العين عن تملكها لاحد من العباد والتصدق بالمنفعة ابتداء أو انتهاء فقط : الوقف للابيانى ص ٣ - ٤ •  
(٢) الوصية تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت •  
(٣) الكاساني ج ٣ ص ٣٥٣ - ٣٢٦ •

لان المنافع أموال عندهم نهي أموال مملوكة للمورث فتورث عنه<sup>(١)</sup> .  
ثالثا : يجب تسليم العين الى مالك المنفعة ليستوفيها على الوجه الجائز  
له وعليه أن يحافظ عليها المحافظة المطلوبة دون اهمال أو تقصير فاذا هلك  
في يده أو تعيت دون تعد أو اهمال أو تقصير لم يضمن شيئا لانه أمين ، أما  
إذا كان الهالك أو العيب بتعد منه أو تقصير فعليه الضمان .

رابعا : على مالك المنفعة نفقات العين التي ينتفع بها اذا كان انتفاعه بها  
بالمجان كما في الوصية والعارية ، أما اذا كان انتفاعه بموض فان نفقة العين  
تكون على مالكةا ، فنفقة الدابة وتكاليف السيارة تكون على مالكةا لا على  
مستأجرهما وعلى المستعير لا على المالك في حالة الاعارة .

خامسا : رد العين الى مالكةا بعد انتهاء حق الانتفاع اذا طلبها منه  
الا اذا ترتب على الرد ضرر بالمتنفع فعند ذلك تبقى عند المتنفع بأجر المثل  
الى زوال الضرر ، فمن استأجر أرضا للزراعة وانتهى الاجل والزرع لم  
يحن وقت حصاده ، تبقى الارض عند المستأجر بأجر المثل حتى يحصد  
الزرع .

#### ٢٦٢ - انتهاء حق الانتفاع الشخصي :

ينتهي هذا النوع من الملك - ملك المنفعة الشخصية - بأحد الامور  
التالية :

أولا : ب وفاة المتنفع ، وهذا عند الاحناف ، وعند غيرهم يحل محله  
ورثته حتى تنتهي مدة الانتفاع .

ثانيا : وفاة مالك العين ، اذا كان ملك المنفعة بطريق الاجارة او الاعارة  
أما في الوصية فلا يبدأ ملك المنفعة الا بعد موت الموصي وقبول الموصى له  
الوصية أو عدم رده لها . وفي الوقف لا أثر لموت الواقف على ملك الموقوف

---

(١) كشف القناع ج ٢ ص ٥٠٣ ، ٥٢١ بلغه السالك الى مذهب  
مالك ج ٣ ص ٥١٢ نهاية المحتاج ج ٤ ص ٩٧ وقد أخذ برأي الحنفية قانون  
الوصية المصري فقد جاء في مادته التاسعة والخمسين : ( تسقط الوصية  
بالمنفعة ب وفاة الموصى له قبل استيفاء المنفعة الموصى بها كلها أو بعضها ) .

عليه المنفعة •

ثالثا : انتهاء مدة الانتفاع ، سواء كان سبب حق الانتفاع اجارة أو اعارة أو وصية أو وقف ، كما لو أوصى شخص لآخر بسكنى داره ثلاث سنوات ثم انتهت المدة فليس له الاستمرار في سكنها •

رابعا : اذا هلك العين المنتفع بها أو تعيت بغيب يتعذر معه الانتفاع بها ، كما لو تهدمت الدار المستأجرة • وفي الوصية اذا هلك الموصى به بلا تمد أو تقصير من الغير انتهى حق الانتفاع • أما اذا كان الهلاك بتمد أو تقصير فان حق الانتفاع لا ينتهي ، بل يكلف المعتدي بقيمتها ثم يشتري بها عين أخرى تحل محل العين الهالكة لينتفع بها الموصى له المدة الباقية<sup>(١)</sup> •

## المطلب الثالث

### حق الانتفاع العيني

٢٦٣ - تمهيد :

وهذا هو النوع الثاني من ملك المنفعة • وهو في أكثر صورهِ حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر دون نظر الى مالكه • ومنه حق المرور من أرض معينة للوصول الى أرض أخرى • وحق المسيل وهو صرف الماء الزائد عن الحاجة أو غير الصالح بإرساله في مجرى سطحي ونحوه حتى يصل الى مقره من مصرف عام أو مستودع وان كان المجرى يمر في أرض أخرى وسيأتي تفصيل هذه الحقوق •

وتسمية هذه الحقوق بحقوق الارتفاق تسمية حادثة أطلقها صاحب مرشد الحيران المرحوم قدري باشا • وعرف حق الارتفاق بأنه حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لمن لا يملك العقار الاول • وهذا التعريف لا يصدق على حق الجوار ولا على حق التعلي ولا على حق الشفعة كما سيتضح فيما بعد وان كنا سنذكر هذه الحقوق أيضا مع الحقوق التي يصدق عليها تعريف حق الارتفاق ، لان الفقهاء يتكلمون عن هذه الحقوق جميعا

(١) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ١٤

باعتبار انها من أنواع حق الانتفاع العيني<sup>(١)</sup> .

#### ٢٦٤ - أولا - حق الشرب :

حق الشرب حق من حقوق الارتفاق كحق المرور والمسيل التي سنذكرها تباعا . والشرب ( بالكسر ) لغة النصيب من الماء وفي اصطلاح الفقهاء النصيب المستحق من الماء أو نوبة الانتفاع بالماء لسقي الشجر والزرع . ويلحق به ما يسمى بحق الشرب ( بضم الشين ) أو بحق الشفة ، ويعني حق شرب الانسان والدواب من الماء وللاستغلال المنزلي على وجه العموم باعتبار انه يشمل سقي ما يكون في أفنية الدور من أشجار وزروع . فحق الشرب اذن يشمل النوعين : سقي الزروع والاشجار ، وشرب الانسان والحيوان ولهذا عرفه الامام الكاساني بأنه - أي حق الشرب - هو حق الشرب والسقي<sup>(٢)</sup> . والمياه بالنسبة لهذا الحق تنقسم الى ثلاثة اقسام<sup>(٣)</sup> .  
أ - مياه المجاري العامة التي لا ملك لاحد عليها كالانهار العظام مثل دجلة والفرات ويلحق بهما الانهار والترع التي تشقها الدولة وتنشئها للنفع العام كترعة الاسماعيلية بمصر أو جدول الوزار وكذا الغراف في العراق .  
فهذا النوع من المياه يثبت فيه للجميع حق الشرب بنوعيه فلمهم أن يأخذوا منه حاجتهم لشربهم وشرب حيواناتهم واستعمالهم المنزلي كما لهم سقي زروعهم واشجارهم بواسطة نصب المضخات أو شق الجداول الموصلة به واجراء الماء فيها . ولا يقيد حق الناس في هذه المياه سوى قيد واحد هو عدم الاضرار بالآخرين فلا يجوز مثلا نصب ماكينة على جدول تسحب أكثر مائه ، فان فعل أحد هذا كان لغيره منعه ، لان الناس شركاء في الماء شركة اباحة كما جاء في الحديث الشريف . والمراد بالماء الذي تجري الشركة

(١) تاريخ التشريع الاسلامي ومصادره للاستاذ محمد سلام  
مذكور ص ٢٩٧ .

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ج ٦ ص ١٨٨ . والاستاذ علي الخفيف  
المصدر السابق ، ص ١٥ .

(٣) الاستاذ محمد سلام مذكور ، المرجع السابق ، ص ٢٩٨ - ٢٩٩

فيه ، الماء غير المحرز كما في هذا النوع •  
ب - ماء المجاري والترع والعيون والآبار التي انشأها صاحب الأرض في أرضه • وفي هذا النوع يكون مكان الماء ، أي رقبة المجرى أو الترعة أو البئر ، مملوكة لصاحب الأرض ، أما الماء فهو مباح اباحة خاصة يثبت بها حق الشفة للجميع دون حق الشرب الذي هو سقى أراضيهم ومزارعهم • والسبب في ثبوت الشفة دون حق الشرب هو أن في الناس حاجة دائمة الى ماء يشربون منه هم ودوابهم ويستعملونه في حوائجهم البيئية فلا يصح أن يحال بينهم وبينه ، لا سيما وإن هذا النوع لا يعد محرزاً عادة في مجراه ، ولهذا إذا منعه صاحب المجرى عمن يريد شربه وشرب دوابه فللممنوع أن يأخذه ولو بالقوة لأنه محتاج اليه وله حق فيه ومنعه باغ ظالم يمنع ما ليس له منعه<sup>(١)</sup> • أما سقي زروعهم وأرضهم منه فلا حق لهم فيه لأن في ذلك ضرراً بليغاً على صاحب الجدول أو البئر قد يترتب عليه أن لا يجد ما يسقي هو به زرعه • ولكن لو باع صاحب المجرى جزء من أرضه مع حق شربها من هذا المجرى ثبت للأرض المبيعة حق شرب على هذا المجرى المملوك للبائع دون أن يكون للمشتري ملك في رقبة المجرى •

ج - الماء المحرز في الآواني والأنايب والصحاريح والحياض ونحوها • هذا النوع من الماء ملك لمن أحرزاه ، شأنه شأن كل مباح يملك بالاستيلاء عليه وأحرازه • ولهذا لا يثبت على هذا النوع من الماء حق شرب ولا حق شفة إلا إذا كان في الإنسان حاجة الى الماء لدفع غائلة العطش عنه فله أن يأخذ كفايته ولو بالقوة والجبر على أن يضمن لصاحب الماء قيمته وهذا كله إذا كان الماء عند محزره فأثماً عن حاجته ومنعه عمن يحتاجه • أما إذا لم يكن زائداً عن حاجته فليس لأحد أخذه منه بالقوة والاكراه لأنه لا يجوز للإنسان أن يدفع الهلاك عن نفسه باهلاك غيره •

(١) ويذكر في هذا الباب أثر عن عمر بن الخطاب خلاصته انه أباح لمن منعوه سقي دوابهم من بئر لهم أن يدافعوا أصحاب البئر ويأخذوا حاجتهم من الماء ولو بالقوة : انظر الخراج لأبي يوسف ص ٥٥ ، والبدايع ج ٦ ص ١٨٩ •

#### ٢٦٥ - ثانيا - حق المجرى :

وهذا الحق تابع لحق الشرب ومعناه : حق اجراء الماء في ارض الغير لايصاله الى الارض المراد سقيها • فهو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر باجراء الماء في الاول لسقي العقار الثاني البعيد عن المجرى العام • وقد يكون المجرى ملكا لصاحب الارض التي يخترقها وقد يكون ملكا لصاحب الارض الذي ينتفع به وقد يكون مشتركا بين الاثنين •

ومن أحكام هذا الحق أنه لا يجوز لمن يمر هذا المجرى في أرضه أن يمنع صاحب حق المجرى من امرار الماء فيه واصلاحه وتعميقه وتمهده بين الحين والحين • كما ان على صاحب المجرى أن يمنع أي ضرر عن الارض التي يمر فيها ، ولهذا عليه أن يقوي جوانب المجرى حتى لا ينز ماؤه أو يطفح • كما عليه تعميق أرض المجرى أو تقليل جريان الماء اذا كان هذا ضروريا لدفع الضرر عن الارض التي يمر فيها المجرى •

#### ٢٦٦ - ثالثا : حق المسيل :

معناه حق صرف الماء الزائد عن الحاجة أو غير الصالح بارساله في مجرى على سطح الارض أو في أنابيب حتى يصل الى مستودعه ومستقره • وقد يكون مصدر هذا الماء أرضا زراعية أو دارا أو مقهى أو مصنعا أو أي عقار آخر • كما أن هذا المجرى ، الذي تصرف فيه هذه المياه ، قد يكون ملكا للمتفع به وقد يكون مملوكا للذي يمر المسيل في أرضه •

ويبقى هذا الحق ثابتا للعقار المنتفع به ( أي العقار المخدوم ) وان غيره صاحبه كأن كان العقار دارا فجعلها بستانا أو مصنعا أو كان أرضا زراعية فجعلها دورا • وليس لمن يمر المسيل في أرضه أن يمانع في ذلك أو يعارضه اللهم الا اذا كان فيه ضرر بليغ لا يمكن تلافيه فله منعه • وأخيرا فان نفقات اصلاح المجرى ، الذي تمر فيه هذه المياه ، على المتفع به دون غيره كما هو الحكم في حق المجرى لان الغرم بالغنم •

فحق المسيل يختلف عن حق المجرى ، فالاول يعني حق تصريف الماء الزائد أو غير الصالح أما الثاني فيعني جلب الماء الصالح وامراره بأرض

الغير لسقي أرض صاحب الحق •

٢٦٧ - رابعا - حق المرور :

ويقصد به حق الانسان في أن يصل الى ملكه بالمرور في طريق عام

أو طريق خاص •

أما المرور في الطريق العام فتأبى لجميع الناس دون قيد سوى قيد عدم الاضرار بالغير • ويثبت لهم هذا الحق سواء أكانت عقاراتهم واقعة على هذا الطريق أم لا • ولمن كان عقاره واقعا على الطريق العام حق آخر زيادة على حق المرور وهو حق الارتفاق به أي الانتفاع به بفتح الابواب والنوافذ عليه • ولا يجوز لاحد أن يتتفع بالطريق على نحو فيه ضرر على الناس وتعويق لسيرهم وتضييق لسعة الطريق كانشاء بناء أو إقامة حاجز أو دكة أو شرفة واطئة ونحو ذلك • أما اذا لم يكن في الاحداث ضرر ولا أذى ولا تعويق للمرور فيه ، فانه يجوز ولكن بشرط اذن ولي الامر على رأي الامام أبي حنيفة خلافا لمن لم يشترط اذن ولي الامر<sup>(١)</sup> •

أما المرور في الطريق الخاص ، فهذا الحق اما أن يثبت لشخص واحد أو أكثر وقد يكون الطريق الخاص مملوكا لصاحب حق المرور فيه ولكن يقع في ملك غيره ، وقد يكون ملكا لصاحب الارض التي يخترقها • ويثبت لأصحاب الطريق الخاص الحق في فتح الابواب والنوافذ عليه على الوجه الذي جرت به العادة وتعارفه الناس ، ولا يجوز على غير هذا الوجه الا باذن الآخرين من اصحاب الحق فيه لانه كالمال المشترك بينهم • وهذا الطريق وان كان خاصا بأصحابه الا انه ليس لهم سده أو انشاء باب على منفذه وغلق هذه الباب • كما ليس لهم ازالة هذا الطريق لان حق العامة تعلق به منذ انشائه وهو حق التجائهم اليه ودخولهم فيه عند الازدحام في الطريق العام • الا انه اذا كان عند انشائه معزولا عن الطريق العام بإقامة باب على منفذه فانه في هذه الحالة لا تطلق لحق العامة به وبالتالي يجوز

(١) شرح الكنز للزيلعي ج ٦ ص ١٤٢ وفتح القدير ج ٥ ص ٥٠٥

لأصحابه التصرف فيه بازالته إذا شاؤا •

#### ٢٦٨ - حق التعلي :

وهو أن يكون لشخص الحق في أن يعلو بناؤه بناء غيره بأن يقيمه عليه فعلا كما في دار مكونة من طبقة سفلى وأخرى عليا ، وكل طبقة مملوكة لشخص ، أي يكون السفلى للمالك والعلو للمالك آخر ، فهذا يكون لصاحب العلو حق القرار على ذلك السفلى والانتفاع بسقفه من غير أن يكون مالكا له لأنه مملوك لصاحب السفلى • وهذا الحق يبقى قائما وإن انهدم البناء الأسفل أو الأعلى ولصاحب العلو ولوارثه من بعده الحق في بنائه وإحداثة من جديد حين يريد •

وحق التعلي لا يباع استقلالا عند الحنفية لأنه ليس بمال وإنما يباع ضمن علو بناؤه قائم فعلا • ويجوز بيعه مستقلا عند غير الحنفية كالمالكية والحنابلة ، بل وحتى إذا لم يكن هناك بناء لا أعلى ولا أسفل<sup>(١)</sup> •

ولما كان حق كل من صاحب العلو والسفلى متعلقا بملك الآخر فليس لواحد منهما أن يتصرف في ملكه تصرفا مضرا بصاحبه • فليس للمالك السفلى مثلا أن يهدمه أو يفتح فيه فتحات تسبب له الوهن والضعف وتعرضه للانهدام ، كما ليس للمالك العلو أن يبني عليه طبقة أو أكثر بحيث يضر بناؤها بالسفلى •

وإذا هدم مالك السفلى بناءه أجبر على إعادته • أما إذا تهدم لوته وضعفه فإن مالكة لا يجبر على إعادته ، ولكن للمالك العلو أن يتفق معه بصورة ودية على إعادة البناء أو يراجع المحكمة لاخذ الأذن منها على إعادة البناء على حساب صاحبه ليرجع بما أنفق عليه • وإذا انهدم العلو أو هدمه مالكة فإنه لا يجبر على إعادته إذ لا ضرر على صاحب السفلى من ذلك •

#### ٢٦٩ - حق الجوار :

نريد بالجوار هنا ، الجوار الجانبى<sup>(٢)</sup> وهو ينشأ من الملاصقة

(١) الاستاذ محمد مدكور ، المرجع السابق ، ص ٣٠٣-٣٠٤

(٢) التعلي نوع من أنواع الجوار إذ هو جوار علوي •

بالجدران ويترتب عليه الحق لكل جار على جاره أن لا يفعل في ملكه ما يضر بملك جاره ضررا ينافي فاحشا لقوله عليه الصلاة والسلام « لا ضرر ولا ضرار » . والحقيقة ان للجار حقوقا مؤكدة على جاره جاءت بها نصوص الشريعة الكثيرة منها أن النبي (ص) قال : « مازال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه » . وعلى هذا فلا يجوز للجار أن يفعل في ملكه ما فيه ضرر فاحش على ملك جاره ، كأن يقيم في داره مصنعا أو طاحونة توهن البناء ، أو يفتح شبابيك على ساحة جاره تتكشف بها عورات الجار ، أو يقيم جدارا عاليا يمنع الضوء عن جاره ، أو يحفر بئرا بجوار جدار جاره . فإذا فعل شيئا مما ذكرنا منع منه وأجبر على تركه وإذا ترتب على فعله ضرر ضمنه وهذا على رأي مالك ومتأخري الحنفية بخلاف متقدميهم إذ ما كانوا يقيدون الجار في التصرف بملكه بقيود الزامية قضائية وإنما تركوا له الحرية في التصرف بملكه كما هو مقتضى الملكية التامة اعتمادا منهم على يقظة ضميره ووازعه الديني والتزاما بوصايا الشريعة بالجار . إلا انه لما ضعف هذا الوازع وقلت المبالاة بحقوق الجار آفتى متأخروا الحنفية بلزوم تقييد تصرف الجار بملكه بما لا يسبب ضررا فاحشا بالجار بحيث إذا أخل بهذا الالتزام أجبر عليه قضاء<sup>(١)</sup> .

#### ٢٧٠ - أسباب ثبوت ملكية حقوق الارتفاق :

ذكرنا فيما تقدم أنواع حقوق الارتفاق وبيننا المقصود بكل حق ونذكر الآن أسباب هذه الحقوق وملكية الشخص لها ، وهذه الأسباب هي :

##### ١ - الشركة العامة :

ونعني بهذا السبب اشتراك الجميع بمنافع العقارات المخصصة للنفع العام كالطرق العامة والأنهار الكبيرة ومصارف المياه العامة . فهذه العقارات ونحوها يترتب عليها حقوق ارتفاق لجميع العقارات المتصلة بها . فالدار الواقعة على الطريق العام لها حق ارتفاق عليه هو حق المرور فيه اليها ،

(١) جاء في المادة ١٠٥١ من القانون المدني العراقي : لا يجوز للمالك أن يتصرف في ملكه تصرفا مضرا بالجار ضررا فاحشا . . . الخ .

والارض الزراعية الواقعة على نهر عام لها حق ارتفاق عليه هو حق الشرب  
واجراء الماء لسقي زرعها وشجرها • والارض المتصلة بمصرف عام للمياه  
لها عليه حق ارتفاق هو حق المسيل وهكذا • فسبب هذه الحقوق هو  
الشركة العامة بين الناس في منافع هذه العقارات المخصصة للنفع العام •  
ب - اشتراطها في عقد معاوضة :

والسبب الثاني لنشوء حقوق الارتفاق هو اشتراطها في عقد معاوضة  
كما لو باع شخص قطعة أرض له لآخر واشترط عليه أن يكون عليها حق  
مرور أو حق مجرى أو حق مسيل لقطعة أرض أخرى مملوكة له • فإذا  
تم العقد بهذا الشرط ثبت حق الارتفاق المشروط للارض المشروط لها  
هذا الحق على الارض المبيعة •  
ج - التقادم :

فإذا كان لعقار حق ارتفاق على عقار آخر منذ زمن قديم دون ممارسة  
من أحد ودون أن يعرف سبب نشوء هذا الحق فإن الظاهر يشهد بأن الحق  
نشأ عن سبب صحيح وإن كان مجهولا لنا وبالتالي نحكم ببقاءه رعاية لقدمه •  
لان القدم وإن كان بمجرد لا ينشئ حقا الا أنه اشارة على ثبوت الحق  
ونشوئه عن سبب صحيح معتبر • ولهذا اذا عرف سبب نشوء الحق فإن  
بقائه مرهون بصحة السبب فإن كان صحيحا بقي الحق وإن كان باطلا  
سقط الحق •

#### ٢٧١ - الفرق بين حق الارتفاق وحق الانتفاع الشخصي :

وبعد أن ذكرنا أنواع حقوق الارتفاق وأسباب نشوئها يمكننا بسهولة  
أن نتعرف على أوجه الفرق بين حق الارتفاق وحق الانتفاع الشخصي •  
وأهم هذه الفروق ما يأتي :

أولا : حق الارتفاق يقرر لعقار أي يثبت لمصلحة عقار يسمى  
( المرتفق ) أو العقار المخدم • أما حق الانتفاع الشخصي فإنه مقرر لشخص  
أي يثبت لمصلحة شخص وينتفع به على هذا الاساس • وعليه فالارض التي

لها حق مرور على أخرى ينتفع بهذا الحق كل من يريد الوصول إليها على أنه حق ارتفاق لها ولا ينحصر الانتفاع به على شخص معين ، وكذلك حق المسيل وحق الشرب ينتفع بهما على انهما من حقوق الارض • أما حق الانتفاع الشخصي ، كحق انتفاع الموصى له بمنفعة أرض ، فانه دائما حق مقرر لشخص معين باسمه أو بوصفه<sup>(١)</sup> • كما انه من الواضح البين ان حق الارتفاق تزيد به قيمة الارض المرتفعة اذ به تزداد منفعتها فتزداد قيمتها •

ثانيا : حق الارتفاق يقرر دائما على عقار يسمى العقار الخادم أو المرتفق به وتقل به قيمة العقار • ولهذا فان الارض المحملة بحقوق ارتفاقية تكون قيمتها أقل من مثلتها الخالية من هذه الحقوق •

أما حق الانتفاع الشخصي فانه قد يتعلق بعقار كما في وقف العقار ، والوصية بمنفعته ، وقد يتعلق بمنقول كما في اعارة كتاب أو اجارة سيارة •

ثالثا : حق الارتفاق دائم غير مؤقت فلا يزول بتغير مالك العقار أو المرتفق به لانه يتعلق بالعقار أنى ذهب فينتفع به كل من يملك العقار المخدم ويرثه ورثته من بعده وينتفعون به<sup>(٢)</sup> كما أن العقار المرتفق به يبقى محملا بهذا الحق وان تغير مالكة فينتقل الى الورثة بهذه الصفة فلا يستطيعون ازالته أو تغييره أو المعارضة في الانتفاع به • أما حق الانتفاع الشخصي فهو دائما مؤقت الى أجل محدود ينتهي بانتهاء هذا الاجل كما في الاجارة والاعارة والوصية بالمنافع مدة حياة الموصى له بها •

## مَبْحَثُ الثَّانِي

### الملك التام

٢٧٢ - تمهيد :

قلنا ان الملك نوعان : ملك تام وهو ملك رقبة الشيء ومنفعته معا • وملك ناقص وهو ملك العين فقط أو ملك المنفعة فقط • وقد تكلمنا عن

(١) محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق : ص ١٩٤

(٢) حقوق الارتفاق تورث حتى عند الحنفية لانها تابعة للعقار •

الملك الناقص وأنواعه وخصائص كل نوع والاسباب المنشئة له . ونذكر الآن خصائص الملك التام والقيود التي ترد عليه ثم نعدد أسبابه المنشئة له ، أما تفصيلها فسنفرد لها فصلا خاصا .

#### ٢٧٣ - خصائص الملك التام :

يمكن اجمال خصائص الملك التام بما يأتي :

أولا : حق الملك غير موقوف بزمن معين ينتهي بانتهائه ، لان حق الملكية لا يقبل التقيد بالزمان والمكان ، فهو حق دائم ويبقى قائما ما دام الشيء المملوك قائما ولا ينتهي الا بانعدامه أو باخراجه من ملكية صاحبه بسبب ناقل للملكية أو بوفاة مالكة حيث ينتقل الى الورثة .

ثانيا : للمالك حق الاستعمال والاستغلال والتصرف فيما يملكه ، فله أن ينتفع به شخصيا وهذا هو حق الاستعمال ، وله أن ينتفع به بطريق غير مباشر كأن يؤجره وهذا هو حق الاستغلال ، وله أن يتصرف به بأي نوع من أنواع التصرفات كأن يعدمه أو يرهنه أو يبيعه أو يقفه أو يوصي به وهذا هو حق التصرف . فحق التصرف أعم من حق الاستعمال وحق الاستغلال اذ يشملهما ويشمل غيرهما من التصرفات القولية والفعلية<sup>(١)</sup> .

ثالثا - ليس على المالك ضمان الشيء المملوك له اذا اتلفه هو ، لان الضمان يستحقه المالك ، والانسان لا يكون مدينا لنفسه فلا يجب عليه الضمان لان ايجابه في هذه الحالة عبث والاحكام لا تشرع للعبث . ولكن قد يترتب على اتلافه بعض الاحكام كالتعزير اذا كان ما اتلفه ذا روح ، والحجر عليه اذا كان اتلافه اماراة على سفهه .

#### ٢٧٤ - طبيعة حق الملكية :

لا شك ان الشريعة الاسلامية تعترف بحق الملكية الفردية وتحترمه

---

(١) جاء في المادة ١٠٤٨ من القانون المدني العراقي : الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفا مطلقا فيما يملكه عينيا ومنفعة واستغلا لا فبنتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة .

الشريعة الاسلامية (م-١٦)

وترعاه وتقرر لحفظه وحمايته وسائل كثيرة • فهي من جهة ترتب التزاما عاما على الكافة باحترام ملك الغير وتعد التجاوز عليه من الكبائر الجالبة لسخط الله وعذابه في الآخرة وهي من جهة أخرى تقرر العقوبات الدنيوية الزاجرة لمن تردعه وسائل الارشاد والتوجيه والتهديد ، مثل عقوبة السارق والمختلس والغاصب • هذا من جهة اعترافها بحق الملكية وحمايته • ومن جهة الآثار المترتبة على هذا الحق تقرر ان لصاحبه أن يتمتع بشمراته فله وحده دون غيره التصرف فيه واستغلاله كما يشاء • الا ان انفراد صاحبه بالتصرف فيه دون غيره لا يعني انه حق مطلق للفرد لا يرد عليه فيد ولا تدخل الشريعة في تنظيمه • فالحقيقة أن الشريعة نظمت هذا الحق وقيدته بقيود كثيرة لم يمد معها حقا مطلقا ، بل أصبح أشبه ما يكون ( بوظيفة ) معينة يقوم بها المالك بحماية الشريعة ورعايتها وحسب توجيهها وأوامرها والقيود التي تضعها تحقيقا للخير والنفع للمالك نفسه وللجماعة نفسها • فالمالك في نظر الشريعة ( كالوكيل ) لا يتصرف في ملكه الا في الحدود التي رسمتها له الشريعة • فحق الملكية اذن حق مقيد بالقيود الشرعية ومالكة أشبه ما يكون بالوكيل فيه ، ويراد بهذا الحق اداء وظيفة معينة أي غرض معين يتلخص في جلب الخير والنفع للمالكة وللجماعة التي يعيش فيها عن طرق مراعاة حدود الشريعة وقيودها التي وضعتها بالنسبة لهذا الحق • والدليل على ما قلناه في وصف طبيعة حق الملكية الفردية ما يأتي :-

أ - قوله تعالى : « وانفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه » • فهذا يدل على أن يد الملك على ماله أشبه ما تكون بيد الوكيل أو النائب • وان المال في الحقيقة ليس له وانما أودع اليه التصرف فيه على النحو الذي يسأمره به مالكة الحقيقي وهو الله • قال الامام القرطبي ، أبو عبدالله محمد بن أحمد الانصاري القرطبي ، في تفسيره : « مما جعلكم مستخلفين فيه » دليل على أن أصل الملك لله سبحانه وان العبد ليس له فيه الا التصرف الذي يرضي

فه ٠٠٠ الى أن قال : وهذا يدل على انها - أي الاموال - ليست بأموالكم في الحقيقة وما أنتم فيها الا بمنزلة النواب والوكلاء فاغتموا الفرصة فيها قبل ان تزال عنكم الى من بعدكم<sup>(١)</sup> .

ب - كراهية الشريعة تكديس الاموال بأيدي فئة قليلة وعدم تداولها بين الناس الفقراء لما يترتب على ذلك من مفسد واضرار ، ولهذا قسم رسول الله (ص) ما أفاء الله عليه من أموال ( بني النضير ) على المهاجرين الفقراء دون الانصار عدا فقيرين منهم تحقيقا لقوله تعالى : « ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كي لا يكون دولة بين الاغنياء منكم »<sup>(٢)</sup> . فكراهية الشريعة حبس الاموال بيد فئة قليلة يدل على أن الملكية يراد بها تحقيق وظيفة خاصة تسهم في تحقيق أغراض الشريعة ومنها إقامة مجتمع فاضل خال من الاحقاد والحسد والضغائن يجد فيه كل فرد ما يسد به حاجته وينفع به الآخرين . ومما يساعد على تحقيق إقامة مثل هذا المجتمع عدم تكديس الاموال والثروات بأيدي قليلة . كما أن في تحديد أنصبة الورثة تفتيسا للثروة ومنعا لتكديسها بيد واحدة أو أيه قليلة فضلا عن الحكم الاخرى لهذا التحديد .

ج - قوله تعالى : « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما » فهذه الآية الكريمة تشير الى معان كثيرة ، منها : النهي عن وضع الانسان ماله في يد من لا يحفظه ولا يحسن استثماره . ومنها النهي عن اعطاء السفهاء أموالهم لعجزهم عن استثمارها وحسن التصرف فيها ، بل يلزم الحجر عليهم وايداع أموالهم عند من يلي شؤونهم وهم القوام عليهم . ومنها : ان هذه الآية تخاطب المسلمين وتقول لهم ان هذه الاموال التي تملكونها جعلكم الله عليها قواما ووكلاء فلا ينبغي لكم أن تجعلوها في يد

(١) تفسير القرطبي ج ١٧ ص ٢٣٨

(٢) انظر تفسير الطبري ج ٢٨ ص ٣٩ وتفسير القرطبي ج ١٨

من يضيئها<sup>(١)</sup> .

فهذه الماني التي تشير اليها الآية تدل على أن المقصود بالمال اداء غرض معين للشارع وهو تمييزه والقيام عليه على نحو معين صالح يؤدي الى الخير والنفع . فاذا عجز مالكة عن اداء هذه الوظيفة سلبت منه السلطة عليه ومنع من التصرف فيه حتى يرشد ويصلح لامانة الملكية . ولو كانت الملكية حقا مطلقا للمالك يتصرف فيه كما يشاء لما وضع الحجر على السفيه ومنع من التصرف في ماله .

٢٧٥ - قيود حق الملكية :

أما قيود حق الملكية فتظهر في تنظيم الشريعة لهذا الحق ايجادا وبقاء وتنمية واتقانا وما ترتب فيه من حقوق للآخرين . ونحن لا نريد هنا التبسط في هذا التنظيم والافاضة في بيان وشرح هذه القيود وانما نريد التنبيه على جملة منها على النحو الآتي :

أولا : فيما يخص اثبات حق الملك وايجاده نجد ان هذا الحق لم يثبت أصلا لولا اثبات الشارع له واعترافه به وحمايته له وتقريره أسبابه . وأسبابه التي اعترف بها وجعلها منتجة له هي العمل المشروع بصورة المدينة ومنها الصيد واحياء الموات واستخراج المعادن من الارض ونحو ذلك ، كما سنذكره فيما بعد . ومنها أيضا الميراث والعقود والتصرفات النافذة للملكية ، كما سنذكره أيضا فيما بعد . وما عدا ذلك لا تعترف الشريعة به ولا تعتبره سببا للملكية كالسرقة والنهب والسلب والقمار وابتزاز أموال الناس بالباطل كالظلم والرشا والزيبا واستغلال السلطة والنفوذ ، فهذه الاسباب ونحوها لا تعتبر من الاسباب الشرعية لاكتساب الملكية .

ثانيا : فاذا ثبت الملك لانسان بناء على سبب شرعي فله أن يتصرف فيه وينمي على الوجه المشروع أي في الحدود التي رسمتها الشريعة والقيود

(١) أحكام القرآن ج ٢ ص ٥٩ - ٦٠ .

التي وضعتها له • فله استعماله واستغلاله وبيعه ووقفه وهبته ، وليس له أن ينميه بالغش<sup>(١)</sup> والاحتكار<sup>(٢)</sup> والربا<sup>(٣)</sup> ونحو ذلك مما ينافي بمبادئ الشريعة وأحكامها والأخلاق التي دعت إليها وأمرت بها • كما ليس له أن يتعسف في استعمال ما يملكه أو يتصرف فيه على نحو مضر بالآخرين وقد مرت بنا قيود تصرف الجار في ملكه وقصة عمر بن الخطاب والزاهي محمد ابن مسلمة في إمرار الماء في أرضه لسقي أرض الضحاك ، وجواز التسمير عند الضرورة •

ثالثا : ومع احترام الشريعة للملك الإنسان وإبقائه عليه وعدم سلبه إياه ، إلا أن الشريعة تبيح نزع الملكية ولو جبرا عن صاحبها تحقيقا للنفع العام أو دفعا للضرر بعد دفع التعويض العادل للمالك • فمن ذلك نزع الملكية لتوسيع طريق أو نهر أو توسعة مسجد كما جرى في توسعة المسجد الحرام<sup>(٤)</sup> • ومن صور دفع الضرر ، تقرير الشفعة ، كما سنبينه فيما بعد • وبيع مال المدين وفاء لدينه إذا ما طل بالوفاء مع القدرة على الإيفاء • وإجبار المحتكر على بيع ما عنده بقيمة المثل إذا كان في الناس حاجة إلى ما عنده وأبى البيع بأكثر من هذه القيمة •

رابعا : وفيما يخص الحقوق المفروضة في المال المملوك أوجبت الشريعة فيه حق الزكاة وهو حق مفروض للفقراء ونحوهم ومقداره ٢٥٪ من الذهب والفضة وقيمة العروض ، ونسب أخرى معينة في الزرع والثمار

---

(١) جاء في الحديث الشريف ( من غش فليس مني ) •  
(٢) جاء في الحديث الذي رواه مسلم وأبو داود والترمذي : ( من احتكر فهو خاطيء ) وفي الحديث الذي رواه الإمام أحمد : ( من احتكر طعاما أربعين يوما برىء من الله وبريء الله منه ) •  
(٣) قال تعالى : ( يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين ، فإن لم تفعلوا فاذنوا بحرب من الله ورسوله وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون ) • وفي الحديث الذي رواه مسلم : ( لعن رسول الله (ص) آكل الربا وموكله وكاتبه وشاهديه وقال : هم سواء ) •

(٤) فتوح البلدان للبلاذري ص ٥٨

والحيوانات والمعادن • وهذه المقادير تؤخذ من رأس المال وغلته اذا بلغ النصاب • كما أن لولي الامر ان يفرض في أموال الاغنياء الضرائب التي تحتاجها الدولة عند الحاجة ، كأن يخلو بيت المال وليس فيه ما ينفق منه على الجند ومصالح الدولة ونحو ذلك<sup>(١)</sup> • أما من جهة الانفاق فان الشريعة أمرت بالاعتدال في النفقة والابتعاد عن الترف الماجن المحظور والاسراف فيما لا ينفع ، وحيث للموسر سبل الانفاق في وجوه الخير وعون المحتاجين • واذا ما قصر الاغنياء في عون الفقراء والمحتاجين فان للدولة أن تفرض في أموالهم ما يكفي لتحقيق التعاون بين أفراد المجتمع واقامة العدالة الاجتماعية الاسلامية في المجتمع<sup>(٢)</sup> •

ويخلص لنا من جميع ما تقدم أن الملكية في الشريعة الاسلامية وظيفة مودعة الى المالك من قبل الشريعة نفسها فهي التي أقرت هذا الحق ورسمت حدود استعماله والانتفاع به والتصرف فيه ولم تتركه مطلقا لصاحبه • وقد هدفت من وراء ذلك كله تحقيق الخير والنفع للمالك نفسه وللجماعة واقامة مجتمع فاضل قائم على الفضيلة والتعاون النظيف الصادق بعيد عن الاثرة والحسد والتقاطع واضرار البعض بالبعض الآخر • وهكذا وبهذه القيود على حق الملكية يسهم هذا الحق في تحقيق أغراض الشريعة ، والشريعة لا تريد الا الخير والصالح للناس أجمعين •

---

(١) الاعتصام للشاطبي ج ٢ ص ١٠٥ ، المستصفى للغزالي ج ١ ص ٣٠٣ ، ٣٠٤ •

(٢) أنظر تفصيل ذلك في كتابنا أحكام النذمين والمستأمنين في دار الاسلام ص ٢٠٠ - ٢٠٧ •

## الفصل الثالث

### أسباب الملك التام

٢٧٦ - للملك التام أسباب يترتب عليها ، وقد ذكرها الفقهاء وهي :  
( أ ) الاستيلاء على المال المباح ( ب ) العقود الناقلة للملكية ( ج ) الخلفية ،  
أي الميراث •

الا ان بعض الفقهاء يضيف الى هذه الاسباب سببا آخر وهو التولد  
من المال المملوك كثمر الشجر وتاج الحيوان فهما للمالك الشجر والحيوان  
لتولدهما من ملكه • والواقع ان هذا ليس بسبب مستقل وانما هو ثمرة من  
ثمرات الملكية ، فمن خصائص الملك التام انه ينصب على ذات الشيء وعلى  
منفعته معا • وما ذكروه من التولد من المال المملوك ليس الا ثمرة من  
ثمرات الملكية ، فمن خصائص الملك التام انه ينصب على ذات الشيء وعلى  
الملكية •

ومن الفقهاء من يجعل الشفعة سببا مستقلا للملكية<sup>(١)</sup> وبعضهم يجعلها  
من جملة العقود الناقلة للملكية ولا يعتبرها سببا قائما بذاته<sup>(٢)</sup> ونحن نؤثر  
اعتبارها سببا مستقلا لاننا سنبحثها بشيء من التفصيل • وعلى هذا تكون  
أسباب الملك التام :

---

(١) الشفعة هي حق تملك المال المبيع ( أي المشفوع فيه ) من مالكة  
الجديد ولو جبرا عنه بما قام عليه من الثمن ، كما سنوضح ذلك فيما بعد •  
(٢) من جعلها سببا مستقلا نظر الى أن الملك يثبت للشفيع بتمسكه  
بحق الشفعة وطلبه تملك المشفوع فيه ، والطلب ليس عقدا ولا استيلاء ولا  
ارثا فتكون الشفعة سببا مستقلا • ومن اعتبرها من جملة العقود نظر الى  
أن الملك لا يثبت بمجرد الطلب ، بل يثبت بالتراضي بين الشفيع والمشتري  
وهذا عقد جديد أو يثبت بقضاء القاضي عند إباء المشتري إجابة طلب  
الشفيع ، وقضاء القاضي بمثابة عقد يقوم به نيابة عن المشتري الممتنع ،  
وفي كلا التصورين لا تكون الشفعة سببا مستقلا وانما من جملة العقود •

(أولا) الاستيلاء على المال المباح (ثانيا) العقود الناقلة للملكية كالبيع ونحوه (ثالثا) الميراث (رابعا) الشفعة •

٢٧٧ - وهذه الاسباب قد ينظر اليها باعتبارات مختلفة فتقسم الى تقسيمات مختلفة • فمن هذه التقسيمات ما يأتي :

أولا : أسباب اختيارية وأسباب جبرية :

فالاسباب الاختيارية هي التي تنشأ باختيار الشخص ومحض ارادته وتشمل الاستيلاء على المال المباح والعقود الناقلة للملكية والشفعة اذا طلبها صاحب الحق فيها •

أما الاسباب الجبرية فهي التي تتحقق بجعل من الشارع ولا دخل فيها لارادة الشخص وهذه هي الميراث • فالميراث خلافة شرعية عن الميت تثبت للوارث عن المورث بجعل من الشارع فهي سبب جبري لا دخل لارادة الوارث أو المورث فيها ، ولهذا يقال لا يدخل شيء في ملك انسان جبرا عنه الا الميراث • وهذه الخلافة انما تكون في الباقي من تركة الميت بعد تجهيزه وسداد ديونه وتنفيذ ما عساه قد أوصى به •

ثانيا : وأسباب الملكية منها ما هو منشيء لها ومنها ما هو ناقل لها •

فالمنشيء لها هو الذي يوجد الملكية بعد أن لم تكن موجودة أصلا وهذا هو الاستيلاء على المال المباح • والناقل للملكية لا ينشئها ، أي لا يوجد لها بعد ان لم تكن وانما ينقلها فقط من شخص لآخر ويتناول هذا النوع العقود والميراث •

ثالثا : وتنقسم أسباب الملكية الى أسباب فعلية وقولية وأسباب تتحقق بلا دخل من الشخص المالك أو الشخص المنقولة اليه الملكية •

فالفعلية هي الاستيلاء على المال المباح ولهذا يصح هذا السبب لافادة الملكية ممن لا يعتبر قوله كالمجنون والصغير المميز أو غير المميز • فاذا استولى واحد من هؤلاء على المال المباح استيلاء حقيقيا ملكه<sup>(١)</sup> •

(١) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ١٥ ، ومحمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص ٢١٥ - ٢١٦ •

والقولية تتحقق بالعقود والشفعة • والاصل في العقود أن تكون  
بالقول كما سنبينه في فصل العقود ان شاء الله •  
والثانية تتحقق بالارث فهو يثبت الملك دون قول أو فعل لا من  
الوارث ولا من المورث وانما تثبت بجعل الشارع كما قلنا •  
هذا وسنتكلم عن كل سبب في مبحث على حده موجزين القول عن  
الميراث والعقود ومفصلين بعض التفصيل عن الاستيلاء والشفعة •

## المبحث الأول

### الاستيلاء على الاموال المباحة

٢٧٨ - يقصد بالاستيلاء حيازة الشيء المباح ووضع اليد عليه • ويتميز  
هذا السبب بأنه منشيء للملكية وبأنه سبب فعلي لا قولي وبأنه مختص  
بالاموال المباحة لا المملوكة •

والمراد بالاموال المباحة جميع ما خلقه الله لعباده من مخلوقات في  
البر أو البحر أو الهواء كالحيوانات في الفلاة والاسماك ونحوها في المياه  
والطيور في الهواء وكالاشجار النابتة في الجبال والصحارى وكالارض الموات  
التي لا يملكها شخص • فكل هذه المخلوقات ونحوها يشترك الناس في  
الانتفاع بها شركة اباحة لا شركة ملك • ولا تملك الا باحرازها ووضع  
اليد عليها فاذا استولى عليها الانسان ملكها وحده دون غيره ولم يستطع غيره  
أن يملكها الا عن طريقه بسبب ناقل للملكية •

والاستيلاء على المال المباح يتنوع بتنوع المال نفسه نظرا لطبيعته ولهذا  
كانت له الانواع التالية :

أولا : الصيد • ثانيا - الاستيلاء على الكلاً والآجام • ثالثا : الاستيلاء  
على المعادن والكنوز • رابعا : احياء الارض الموات • وتكلم عن كل نوع  
في مطلب على حدة •

## المطلب الأول

### الصيد

٢٧٩ - يطلق الصيد ويراد به الحيوان الممتنع عن الإنسان بفراره في الغابات ونحوها ، أو بنوصه في الماء ، أو بطيرانه في الهواء . فكل هذه الحيوانات - وهي بهذه الحالة - أموال مباحة سواء أكانت مأكولة اللحم أم لا ، فإذا خرجت عن امتناعها بأن وقعت في يد الإنسان فإنها لا تسمى عند ذلك صيدا .

ويطلق الصيد أيضا ويراد به اقتناص الحيوان أي أخذه بشيء من الحيلة والحدق .

٢٨٠ - وقد أحل الله الصيد إلا إذا كان الصائد محرما أو كان الصيد في الحرم<sup>(١)</sup> . وفي حل الصيد جاءت هذه الآيات الكريمة قال تعالى : «أحل لكم بهيمة الأنعام إلا ما يتلى عليكم غير محلي الصيد وأنتم حرم»<sup>(٢)</sup> . «وإذا حلتكم فاصطادوا»<sup>(٣)</sup> . «أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر ما دتم حرم»<sup>(٤)</sup> . «يسألونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلين تعلمونهن مما علمكم الله فكلوا مما أمسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه»<sup>(٥)</sup> . ومن هذه الآيات نرى أن صيد البحر حلال دائما ، أما صيد البر فهو حلال في غير الحرم إلا إذا كان الصائد محرما بحج أو عمرة . كما أن الآية الأخيرة تدل على أن ما تمسكه الحيوانات المدربة على الصيد حلال أكله لأن الشارع اعتبر مسك

(١) الحرم منطقة معينة تحيط بالكعبة المشرفة على أبعاد محدودة تتجاوز مكة المذكورة في كتب الفقه فهذه المنطقة تعتبر حرما آمنا لمن دخلها من حيوان أو إنسان .

(٢) سورة المائدة ، الآية ١

(٣) سورة المائدة ، الآية ٢

(٤) سورة المائدة ، الآية ٩٦

(٥) سورة المائدة ، الآية ٤

الصيد من قبل الحيوان المدرب كذكاة له أي كالذبح المشروع ، الا انه يشترط تسمية الله عند ارسال الحيوان المعلم على الصيد أو استعمال آلة الصيد كالبندقية •

٢٨١ - ويشترط في الصيد ليكون سببا للملك أن يتحقق به الاستيلاء والاستيلاء اما حقيقي واما حكمي •

أولا : الاستيلاء الحقيقي :

ويكون بامساك الصيد باليد أو بالاقتراب منه وهو حيس في المصيدة أو متعلق بها بحيث لو مد الصائد يده اليه لأمسكه • وهذا النوع من الاستيلاء يفيد الملك التام على نحو مستقر دون حاجة الى نية أو قصد<sup>(١)</sup> • فإذا انفلت الصيد من المصيدة لم يخرج من ملكية الصائد وعلى من يصيده ان يردده الى صائده الاول لانه باستيلائه عليه استيلاء حقيقيا ثبت له ملكيته ثبوتا مستقرا فلا يزول عنه هذا الملك بفراجه منه كما لا تزول ملكية البعير ، مثلا ، عن صاحبه اذا شرد منه ••• وهذا على رأي الجمهور كالحنفية والشافعية<sup>(٢)</sup> أما على رأي المالكية فانهم يفرقون بين حالتين ( الاولى ) اذا استأنس الصيد ثم فر بعد ذلك ففي هذه الحالة تبقى ملكيته لصائده وعلى من يمسكه أن يردده عليه الا اذا ظل فارا حتى عادت اليه وحشيته وزال استأنسه فهو لمن يمسكه • (الثانية) اذا فر قبل ان يستأنس عند صائده كأن فر حالا ففي هذه الحالة تزول عند الملكية ويعود مالا مباحا وهو لمن يصيده<sup>(٣)</sup> •

ثانيا : الاستيلاء الحكمي :

وهذا يتم باستعمال وسيلة يصير بها الصيد غير ممتنع على الصائد •

---

(١) الاستاذ محمد سلام مذكور ، المرجع السابق ، ص ٣٠٦

(٢) البدائع للكاساني ج ٦ ص ١٩٣

(٣) منح الجليل في فقه المالكية ج ١ ص ٥٨٥

ويكون ذلك اذا أمكن أخذه بالفعل دون استعمال وسيلة أخرى ، وبمعير آخر يتحقق الاستيلاء الحكمي بتهيئة الصيد لان يستولي عليه الصائد استيلاء حقيقيا بأخذه فعلا أو بالتمكن من أخذه فعلا • فضرب الحيوان بسلاح يجرحه ويمنعه من الفرار ، وحفر حفرة يسقط بها الحيوان ولا يستطيع خلاصا ، ونصب شبكة يتعلق بها الصيد ولا يجد مخرجا منها ، كل ذلك ونحوه يتحقق به الاستيلاء الحكمي •

وهذا النوع من الاستيلاء الحكمي يفيد ملكا غير مستقر ، بمعنى أن الصيد اذا تمكن بطريقة ما أن ينفلت من المصيدة قبل أن يستولي عليه الصائد استيلاء حقيقيا فانه يعود مالا مباحا لا ملكية لاحد عليه وهو لمن يصيده • أما اذا تبع الاستيلاء الحكمي استيلاء حقيقي فان الملكية التامة المستقرة تثبت عليه وفي هذه الحالة اذا فر الصيد فهو للمالكه كما ذكرنا أولا •

وانما يثبت الاستيلاء الحكمي وما يتبعه من ملكية غير مستقرة اذا كانت الآلة معدة للصيد واستعملها الصائد لهذا الغرض أو بدون قصد آخر غير الصيد • اما اذا استعملها بغير قصد الصيد كما لو نشر الصائد شبكته لتجفيفها فانها في هذه الحالة لا تصلح سببا للاستيلاء الحكمي فلو تعلق بها صيد لم يملكه ناشر الشبكة وهو لمن يمسكه ويستولي عليه استيلاء حقيقيا سواء أكان الماسك ناشر الشبكة أو غيره • أما اذا كانت الآلة غير معدة للصيد فيشترط فيها أن تستعمل بقصد الصيد حتى يملك مستعملها ما يتعلق بها من صيد • أما اذا لم يستعملها بهذا القصد فالصيد لمن يستولي عليه • فاذا استعملها بهذا القصد وتعلق بها صيد ملكه ملكية غير مستقرة فاذا فر عاد مالا مباحا • ولكن اذا مسكه انسان وهو في المصيدة ونازعه مستعمل الآلة فهو لواضع الآلة لان بها خرج الصيد عن امتناعه وهو في سبيل الاستيلاء عليه حقيقة<sup>(١)</sup> •

---

(١) الاستاذ محمد سلام مذكور ، المرجع السابق ، ص ٣٠٨

## المطلب الثاني

### الكلا والآجام

٢٨٢ - الكلا هو الحشائش التي تنبت في الارض فان كانت الارض غير مملوكة فهو على الاباحة وان كانت مملوكة فهو على الاباحة أيضا ان لم يتمهده صاحب الارض بالسقي ونحوه من وسائل الانبات ، ولكل واحد أن يستولي عليه ويستفيع به وعلى صاحب الارض أن لا يمنع المحتاج أن يأخذ حاجته منه اذا لم يجد غيره في أرض غير مملوكة . ويعمل الامام الكاساني الحنفي ذلك بأن الارض لا تملك عادة لغرض استغلالها بالكلا أي أن الكلا غير مقصود عادة من تملك الارض فيبقى على الاباحة<sup>(١)</sup> .

والواقع أن الحديث الشريف ورد بأن الناس شركاء في ثلاثة : الماء والكلا والنار . وهذا الحديث بظاهره يفيد أن الكلا يبقى على الاباحة مطلقا سواء نبت في أرض مملوكة أو غير مملوكة ، يعمل من صاحب الارض أو بغير عمله . وهذا ما ذكره الفقهاء كالامام الكاساني الحنفي<sup>(٢)</sup> . الا أن الامام أبا عبيد القاسم بن سلام ذهب الى أن اباحة الكلا وشركة الناس فيه انما هو بالنسبة للثابت في أرض غير مملوكة<sup>(٣)</sup> ، فهذا هو معنى الحديث عنده . أما اذا نبت الكلا في أرض مملوكة ولو بدون عمل من صاحبها فان الكلا يكون لصاحب الارض ، ولكن لا يطيب له منه الا بمقدار حاجته ، ولا يحل له أن يمنع أحدا من الانتفاع بالزائد عن حاجته . ويحتج ابن سلام لقوله بحديث آخر فيه : « لا يمنع فضل الماء ليعمنع به فضل الكلا »<sup>(٤)</sup> . وما ذهب اليه هذا الامام هو ما نرجحه .

أما الآجام فهي الاشجار الملتفة ، وحكمها انها تكون مباحة اذ وجدت في أرض غير مملوكة . أما اذا كانت في أرض مملوكة فهي لصاحب الارض

(١) الكاساني ج ٦ ص ١٩٢

(٢) الكاساني ج ٦ ص ١٩٣

(٣) الاموال لابي عبيد بن سلام ص ٢٩٧

(٤) الاموال لابي عبيد بن سلام ص ٢٩٧ - ٣٠٠

ولا يجوز لاحد الانتفاع بها بدون اذن صاحبها • وانما فارقت الكلأ في الحكم لان الارض تمتلك لاستثمارها بما ينبت فيها من اشجار ولا تمتلك لاستثمارها بالكلأ عادة فافترق الحكم بينهما<sup>(٢)</sup> •

## المطلب الثالث

### المعادن والكنوز

٢٨٣ - المعادن أو كما يسميها الفقهاء بالفلزات - هي ما يوجد في باطن الارض من الاموال كالذهب والفضة والحديد ونحو ذلك لا بفعل الانسان ولكن بخلق الله وايجاده •

والكنز هو ما دفنه الانسان ونحوه • أو ما اندفن في الارض بحادث من الحوادث كالخسف أو الزلزال • ويسمى الاثنان - أي المعدن والكنز - باسم الركاز ، وهذا عند فقهاء العراق كالحنفية<sup>(٢)</sup> • وغيرهم من الفقهاء يفرقون بين الاثنين ، فمنهم من يقصر اسم الركاز على المال المدفون في الارض • أي الكنز ، ومنهم من يجعله اسما للمعدن دون الكنز<sup>(٣)</sup> •

### ٢٩٤ - احكام المعدن :

المعادن ثلاثة أنواع ، فهي اما معادن جامدة صلبة تقبل الطرق والسحب كالذهب والفضة ، واما معادن صلبة لا تقبل الطرق والسحب كالماس والياقوت ، واما معادن سائلة كالزئبق والبتروول • وقد اختلف الفقهاء في حكم هذه المعادن ونحن نوجز القول في بيان آرائهم •

أولا : عند المالكية<sup>(١)</sup> : تعتبر هذه المعادن بأنواعها ملكا لعموم المسلمين

(١) الخراج لابن يوسف ص ١٠٣ - ١٠٤ ، الاستاذ على الخفيف ، المرجع السابق . ص ٢٦ •

(٢) المبسوط للسرخي ج ٢ ص ٢١١ ، الكاساني ح ٢ ص ٦٥ ، الزيلعي ج ١ ص ٢٨٧ - ٢٨٨ •

(٣) الاموال لابن سلام ص ٣٣٨ - ٣٤٠

(١) الشرح للصغير للدردير ج ١ ص ٣٥٩ وما بعده ، والاستاذ محمد سلام مذكور ، المرجع السابق ، ص ٣١١ •

أي للدولة سواء وجدت في أرض مملوكة أو غير مملوكة ، وللدولة أن تصرف فيها كما تشاء بما يحقق المصلحة العامة للمسلمين لأنها ملكهم وما الدولة الا نائبة عنهم في التصرف فيها بما يعود عليهم بالنفع فلها أن تقطعها لفرد أو شركة لمدة معينة بأجر معلوم على سبيل الانتفاع والاستغلال لا على سبيل التملك اذ لا يجوز للدولة أن تملكها لاحد . ويعلل المالكية هذا الرأي بأن المسلمين ( الدولة ) ملكوا هذه المعادن يوم استولوا عليها باستيلائهم على الارض فبقى هذه الملكية للدولة وان وزعت هذه الاراضي على الغانمين أو صارت لغيرهم . لان من يملك هذه الارض يملك ظاهرها فقط باعتبار أن الارض انما تملك عادة بقصد استغلالها بالزراعة والعمارة فلا يكون المقصود من تملكها تملك ما فيها من معادن باطنة . وعلى هذا تبقى ملكية الدولة لهذه المعادن كما كانت أولا . وعلى هذا التصوير المالكي لا يكون الاستيلاء على المعادن من أسباب الملكية حتى ولو كان المعدن في أرض مملوكة .

ثانيا : وعند الخنفية ، تعتبر هذه المعادن تابعة للارض فتأخذ حكمها فان كانت في أرض مملوكة فهي لمالك الارض وان كانت في أرض مباحة فهي مباحة وتكون لواجدها أي لمن يستولي عليها ويحوزها . وحجة هذا الرأي ان المعادن جزء من الارض والجزء يأخذ حكم الكل ( أي الارض ) فاذا كان مملوكا كان جزؤه ( أي المعدن ) مملوكا ، واذا كان الكل غير مملوك فالجزء مثله في الحكم أي غير مملوك<sup>(٢)</sup> . وعلى هذا التصوير للمسألة يكون الاستيلاء على المعادن الموجودة في الارض المباحة من أسباب الملكية .

ثالثا : وهناك رأي ثالث بين الرأيين الاولين فهو تارة يميل الى الرأي الاول وطورا يتجه ويأخذ بالرأي الثاني . فالحنبلة مثلا يرون أن المعادن في الارض المباحة ان كانت من المعادن الظاهرة التي يمكن الوصول اليها بلا

---

(٢) محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص ٢١٦

كلفة ولا مؤونة أو بشيء يسير من المؤونة فانها لا تملك بالاستيلاء عليها وان كانت أرضها مباحة ، لتعلق حق الكافة في الانتفاع بها ، ولا يجوز للدولة أن تملكها لاحد أو تقطعها لاحد من الناس وانما عليها أن تتعهدا وتقوم عليها بالنحو الذي يحقق النفع للجميع . أما المعادن التي لا يمكن التوصل اليها الا بكلفة ويجهد فالقول الظاهر في المذهب الحنبلي - وهو ظاهر مذهب الشافعي - لا تملك أيضا بالاستيلاء عليها ، وهناك قول في المذهب الشافعي يحتمله المذهب الحنبلي أيضا انها تملك بالاستيلاء عليها . هذا كله اذا كانت الارض غير مملوكة ، أما اذا كانت الارض مملوكة فيفرق الحنابلة بين المعادن الجامدة والسائلة ، فالأولى تكون للمالك الارض لأنه ملك الارض بجميع أجزائها وطبقاتها والمعدن الجامدة يعبر جزء منها ، أما المعادن السائلة كالقار والنفط ففي المذهب الحنبلي رأيان أظهرهما لا تملك لقول النبي (ص) « الناس شركاء في ثلاثة : في الماء والكلا والنار » ولأن هذه المعادن لا تعتبر كجزء من الارض فلا تملك تبعاً للارض . والرأي الثاني في المذهب أن صاحب الارض يملكها لانها خارجة من ملكه فاشبهت الزرع والمعادن الجامدة (١) .

والراجع من هذه الآراء ما ذهب اليه المالكية لما في هذا الرأي من تحقيق مصلحة عامة ، ولأن في تعليلهم لرأيهم قوة ووجاهة تدعوا الى ترجيحه على غيره لا سيما اذا استحضرتنا ما قلناه من أن الملكية في الشريعة تبدو كأنها وظيفة مودعة لدى المالك لتحقيق غرض معين هو النفع العام للجميع وبضمنهم المالك نفسه .

٢٨٥ - هذا وإن الحنفية مع قولهم الذي ذكرناه عنهم جعلوا لبيت المال حقاً في المعدن فأوجبوا فيه الخمس ان كان من المعادن الصلبة التي تقبل الطرق ( أي النوع الاول ) ولم يوجبوا في النوعين الآخرين شيئاً للدولة . وحجتهم في ذلك ان الحديث الشريف ورد فيه : « ... وفي الركاز الخمس » والركاز عندهم يشمل المعدن والكنز والمراد بالمعدن هنا ما كان

(١) المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٥٢٠ - ٥٢٢

من النوع الاول فقط لان النوعين الآخرين بشهان أحجار الارض واطاها وماءها وهذه لا يجب فيها شيء للدولة فكذلك ما يشبهها • فيكون المراد ( بالركاز ) في الحديث الكنز والنوع الاول من المعادن دون غيرها • وهذا الخمس ينسب للدولة سواء وجد في أرض مملوكة أو غير مملوكة على رأي أبي يوسف ومحمد ، وعد رأى أبي حنيفة يثبت إذا كان في أرض غير مملوكة فقط ، فإن كان في مملوكة فلا شيء للدولة • أما الباقي فهو لواحد ان كان في أرض غير مملوكة ، ولمالك الأرض ان كان في أرض مملوكة • وان كان المعدن من النوعين الآخرين فكله للواحد أو لمالك الأرض • أما غير الخنفيه من اصحاب الرأي الثالث فلا يرون في المعدن شئاً للدولة وإنما قالوا : يجب فيه الزكاة ان بلغ صابا • وحجتهم ان ( الركاز ) الوارد في الحديث مصروف الى المال المدفون ، أي الكنز ، فليس المقصود به المعدن •

٢٨٦ - أما معادن البحر كاللؤلؤ والمرجان فعند أبي يوسف ومن وافقه ، فيها الخمس لبيت المال والباقي لمن استولى عليه • وحجتهم ان هذه المعادن تأخذ حكم الغنيمة والـ الخمس لبيت المال • وعند أبي حنيفة ومن وافقه لا يجب في هذه المعادن شيء للدولة وإنما هي لواجدتها أي لمن يستولي عليها لان ماء البحار وما فيها مباحة للكافة فمن يستولي على معدنها إنما يستولي على مال مباح فيملكه كله بالاستيلاء ولا يأخذ حكم الغنيمة<sup>(١)</sup> •

٢٨٧ - الكنز وحكمه :

قلنا ان الكنز هو ما دفنه الانسان في باطن الأرض من ذهب وفضة ونحوهما • وهو عند الفقهاء نوعان • كنز اسلامي وكنز جاهلي ، ولكل نوع حكم يخصه على النحو الآتي :

أولاً : الكنز الاسلامي : وهو ما فيه علامة أو دلالة على أنه دفن بعد

---

(١) الخراج لأبي يوسف ص ٧٠ • تاريخ التشريع الاسلامي للاستاذ محمد سلام مذكور ص ٣١٢ •

الاسلام كان تكون عليه كتابات اسلامية ، كآية من قرآن ، أو تاريخ اسلامي ، أو اسم الرسول (ص) ونحو ذلك •

وحكم هذا النوع انه باق على ملك صاحبه فلا يكون مالا مباحا فلا يملك بالاستيلاء عليه ولا يجب للدولة فيه شيء لا الخمس ولا غيره ويكون حكمه بحكم المال الضائع « أي اللقطة » وعلى واجده أن يعرفه<sup>(١)</sup> ، فإن ظهر مالكة دفعه اليه ، وإن لم يظهر صاحبه اختلف الفقهاء ، فعند أبي حنيفة يتصدق به واجده على الفقراء وله أن ينتفع به ان كان فقيرا • وعند الشافعية والحنابلة اذا لم يظهر صاحبه بعد التعريف والانتظار فلواجده أن يملكه ويتنفع به الا أنه اذا ظهر صاحبه وجب عليه أن يرده له ان كان موجودا ويعطيه قيمته ان لم يكن موجودا • وعند المالكية اذا لم يظهر صاحبه فهو لبيت المال ، ان كان الكنز في أرض فتحها المسلمون قهرا ، والا فيكون لواجده<sup>(٢)</sup> •

ثانيا : الكنز الجاهلي : وهو ما فيه علامة أو دلالة على انه دفن قبل الاسلام كما لو وجدت عليه صورة وثن أو اسم حاكم من حكامهم أو عرف ذلك بدليل معقول •

وحكمه ان فيه الخمس لبيت المال أما الباقي فقال البعض انه لواجده سواء أكان في أرض مملوكة أو غير مملوكة • وقال فريق آخر من الفقهاء انما يكون الباقي لواجده اذا وجده في أرض غير مملوكة فان كان قد وجده في أرض مملوكة لغيره فلا شيء له ولا لملك الأرض الحالي ، وانما يكون لأول من ملك الأرض في الاسلام أو لورثته ان وجدوا وعرفوا فان لم يكن واحد من هؤلاء فيكون لبيت المال •

---

(١) وتعريف اللقطة يكون لمدة سنة وقيل أكثر أو أقل من هذا • وانما يجب التعريف في المال غير اليسير أما اليسير فلا يجب فيه التعريف واختلف في مقداره فقليل يترك ذلك للعرف وقيل يحدد بمقدار معين كربع دينار : أنظر المغنى ج ٥ ص ٦٣١ - ٦٣٤ •

(٢) المغنى ج ٥ ص ٦٣٦ وما بعدها • وتاريخ التشريع الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مدكور ص ٣١٣ •

## المطلب الرابع

### أحياء الأرض الموات

٢٨٨ - الأرض الموات التي تملك بالأحياء ، هي الأرض غير المملوكة لأحد ، الخارجة عن العمران ولا يتعلق بها حق أحد ولا ينتفع بها لأي سبب كان . ويترتب على هذا التعريف ما يأتي :

أولاً : الأرض المملوكة لا تكون مواتاً وإن كانت غير منتفع بها بأن تركها صاحبها حتى صارت خربة مهجورة فلا تملك بالأحياء .

ثانياً : الأرض الداخلة في العمران لا تكون مواتاً فلا تملك بالأحياء لأن الشرط أن تكون خارجة عنه .

ثالثاً : الأرض المنتفع بها بأي وجه من وجوه الانتفاع لا تكون مواتاً ، كالأرض التي تعلق بها حق ارتفاق للقرية بأن تكون مستودعاً لقمامة القرية أو مسيلاً لمائها أو محتطباً لها أو مرعى لانعامها أو مناخاً لابلها ونحو ذلك .

رابعاً : أما بعد الأرض عن العمران فهذا شرط عند بعض الفقهاء كأبي يوسف وأحد القولين في المذهب الحنبلي وليس بشرط عند البعض الآخر من الفقهاء كالشافعي وأحدى الروايتين عن أحمد بن حنبل . ووجه الرأي الأول أن الأرض إذا كانت قريبة من العمران كانت في منظر الانتفاع بها لصلاحياتها لهذا الانتفاع فتزول في الحكم منزلة المنتفع بها فعلاً . أما وجه الرأي الثاني فهي أن المعتبر في كون الأرض مواتاً أو غير موات هو الانتفاع الفعلي بها وعدمه ولا تأثير لقربها أو بعدها عن العمران . أما حد البعد على رأي مشرطية فقد اختلفوا فيه وأولى ما قيل فيه تركه للعرف كما هو مذهب الحنابلة والشافعية<sup>(١)</sup> .

٢٨٩ - والأرض الموات كما عرفناها مال مباح يملك بالاستيلاء عليه إلا أن هذا الاستيلاء لا يكون بوضع اليد فقط ، بل بأحياء الأرض كما جاء

(١) الأحكام السلطانية للمارودي ص ١٧١ ، المعنى ج ٥ ص ٥١٧ .

في الحديث الشريف : « من احيا ارضا ميتة فهي له » فعلق التملك بالاحيا  
لانه مظهر الاستيلاء . والاحياء يكون بالقيام بعمل يجعل الارض صالحة  
للاتنفاع بها بالزراعة أو غيرها ، أي أن احياء كل أرض يكون بتهيتها  
للاتنفاع الملائم لها ، وذلك بازالة المانع من تحصيل هذا الانتفاع . كايصال  
الماء الى الارض الرراعيه بحفر الآبار وشق السرى والجداول ونحيف الماء  
وإقامة السدود لمنع طغيان الماء وإصلاح الرية وسميها  
وفلح أحجارها وحرثها وحملها بحال يمكن زرعها ، أو إقامة البناء عليها  
ونحو ذلك من الأعمال التي تجعل الارض منتفعا بها . فلا يشترط عمل  
معين لتحقيق الاحياء ، بل كل ما يعده العرف احيا . ويتحقق به الانتفاع من  
الارض فهو احياء ، وهذا هو الرأي المقبول وعليه بعض الحائلة والشانبة  
ويؤيده الحديث الشريف : « من احيا أرضا مئة فهي له » فالاحياء جاء  
مطلقا غير مقيد بصفة معينة وما لم يحدده الشرع أو يعينه بصاري تنبيهه  
الى العرف (١) .

٢٩٠ - التحجير :

قلنا ان تملك الموات يكون بالاستيلاء عليها ، والاستيلاء لا يكون الا  
باحيائها والاحياء لا يتم الا بفعل من واضع اليد يجعل الارض منتفعا بها .  
وعلى هذا فما يقوم به مريد الاحياء من أعمال تمهيدية ، لا تجعل الارض  
منتفعا بها ، لا يعد احياء كما لو أحاطها بأحجار أو وضع عليها علامات ، فهذه  
الافعال لا تعتبر أحياء وانما تدل فقط على سبق وضع اليد عليها وتنبئ عن  
رغبة واضع اليد في احياؤها . وهذه الافعال التمهيدية للاحياء هي التي يسميها  
الفقهاء ( بالتحجير ) . ولا يترتب على التحجير ملك لصاحبه ، لان الملكية  
تثبت بالاحياء وليس التحجير باحياء وانما تمهيد له ليثبت له حق الاولوية  
بالاحياء فيكون أحق من غيره في احياؤها . وهذا الحق موقوف على ثلاث  
سنوات ، فان أحياها خلال هذه المدة فهي له وإن لم يحييها ، بل أهملها

(١) الاحكام السلطانية للمارودي ص ١٧١ ، المغنى ج ٥ ص ٥٣٨

تزعمها منه الامام وأعطاهما لغيره لانه لا يصح ابقاء الارض معطلة بيد المتحجر  
لا ينتفع بها ولا يدع غيره ينتفع بها . والاصل في امهال المتحجر هذه المدة  
ما روي عن النبي (ص) : « من أحيا أرضا ميتة فهي له وليس لمتحجر  
حق بعد ثلاث سنين » . ويروى هذا الاثر أيضا منسوباً لعمر بن الخطاب  
دون النبي (ص) ولكن يحمل على سماعه منه (١) .

ولكن نتساءل هنا هل يعتبر حق المتحجر في امهاله هذه المدة حقاً مانعاً  
للغير من تملك الارض بالاحياء ، بمعنى أن غيره لو أحياها فعلاً لم يملكها ؟  
رأيان للفقهاء : فذهب رأي الى انه حق أولوية في الاحياء لا يكسب ملكاً  
وتبقى الارض لمن يحييها فعلاً ، سواء أكان المحي هو المتحجر أم غيره ، وعلى  
هذا الرأي الشافعي وبعض الحنابلة والحنفية . وذهب رأي آخر الى أن  
الارض لا تملك بالاحياء من قبل الغير في هذه المدة لان حق المتحجر في  
الارض حق مانع للغير من احيائها وتملكها بهذا السبب . وحجة الرأي  
الأول ان سبب الملكية الاحياء لا التحجير ، فمن قام به ثبت له الملك لانه  
ما دام المتحجر لم يحيها بعد فهي على الاباحة . وحجة الرأي الثاني ما روي  
عن النبي (ص) : « من أحيا أرضاً ميتة في حق غير مسلم فهي له » ، وما روي  
عنه (ص) : « من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو أحق به » (٢) .  
فهذا يدل على أن حق المتحجر في الارض مانع للغير من تملكها بالاحياء  
طيلة المدة المقررة له وهي ثلاث سنوات .

٢٩١ - اذن الامام بالاحياء :

قلنا ان احياء الارض سبب لتملك الارض الموات . ولكن هل يشترط  
فيه اذن الامام (الحكومة) أم لا ؟ ذهب فريق من الفقهاء الى أن اذن الامام  
بالاحياء شرط لتملك الارض . فلو أحياها بدون اذن الامام لم يملكها ،

(١) الاموال لابن سلام ص ٢٩٠ ، والخراج لابي يوسف ص ٦١ ، ٦٥

(٢) المغني ج ٥ ص ٥١٩ ، الاحكام السلطانية للهارودي ص ١٧٢ ،

فتح القدير ج ٨ ص ١٣٩ .

وعلى هذا الرأي أبو حنيفة والجعفرية على ما يذكره الطوسي عنهم • وذهب فريق آخر الى أنه ليس بشرط ، فالموات تصير ملكا لمن يحييها سواء كان الاحياء باذن الامام أو بنير اذنه ، وعلى هذا الرأي الشافعي وأحمد بن حنبل وأبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني • احتج الاولون بأن الاحياء بدون اذن الامام قد يدعو الى الخصام والنزاع فلا بد من الاذن لدفع هذا الفساد • كما احتجوا برواية عن النبي (ص) : « ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه » وانما تطيب نفسه اذا أذن له • واحتج الآخرون بعموم الحديث : « من احيا أرضا ميتة فهي له » وليس فيه شرط الاذن من الامام فلا يصح اشتراطه<sup>(١)</sup> • والظاهر من هذا الخلاف ان اذن الامام ليس بشرط لعدم وروده في الحديث : من أحيا أرضا • الخ ، وهو حديث أصح سندا من الاول • الا أنه اذا كان هناك تنازع أو ضرر فيبدو أن الاذن يلزم في هذه الحالة عملا بحديث : ( وليس لعرق ظالم حق )<sup>(٢)</sup> •

#### ٢٩٢ - حكم الأرض بعد تركها أو تعطيلها :

إذا أحيا شخص أرضا مواتا فتملكها ثم هجرها وعطلها حتى عادت مواتا فهل تزول عنه ملكيتها وتعود مالا مباحا أم تبقى ملكا له ؟  
 يختلف الفقهاء في هذه المسألة • وجملة القول فيها ان الأرض ان كانت لمعين فهي تبقى على ملك صاحبها فلا تملك بالاحياء وهذا قول الحنابلة والشافعي وأبي حنيفة • وقال مالك ، بل تصير مالا مباحا فتملك بالاحياء • احتج الاولون بأن الاحياء لا يجري في الأرض المملوكة وهذه أرض مملوكة ثبت ملكها بسبب مشروع فلا يزول عنها الملك بالتزك والتعطيل كسائر الاملاك الثابتة بالشراء • واحتج الامام مالك بعموم الحديث : « من أحيا أرضا ميتة فهي له » وهذه أرض ميتة حقيقة فيجري فيها الاحياء ، وبأن أصل هذه الأرض مال مباح تملكها صاحبها بالاحياء ليتنفع بها ويتنفع الآخرون باحيائها

(١) المغني ج ٥ ص ٥٤٣ ، المارودي ص ١٧١ ، الخلاف للطوسي ج ٣ ص ٢٢٢ ، الخراج لأبي يوسف ص ٦٤ •  
 (٢) وهذا رأي الامام أبي يوسف الذي ذكره في كتابه الخراج ص ٦٤

فاذا عطّلها عادت الى حالتها الاولى من الاباحة كمن يأخذ ماء من نهر ثم يرده اليه فانه يعود مباحا .

أما اذا كانت الأرض لنير معين أي غير معروف ففي المذهب الحنبلي قولان : الاول انها لا تصير مالا مباحا فلا تملك بالاحياء ، وهذا قول الشافعي أيضا . وعلى هذا فانها تكون لبيت المال ارتا . والقول الثاني في المذهب الحنبلي انها تعود مالا مباحا فتملك بالاحياء تشبيها لها بالموات التي لم يجبر عليها ملك مالك وبأن هذه الأرض لا حق لاحد معين فيها ، وهذا قول الامام مالك وأبي حنيفة (١) .

## مَبَاحُ الثَّانِي

### العقود الناقلة للملكية

٢٩٣ - وهذه العقود كثيرة منها البيع والهبة والوصية بالأعيان وتحو ذلك . وهذا النوع من أسباب الملكية يجري في الاموال المتقومة فلا يكون في الاموال المباحة مثلا ولا فيما لا يجوز الاقتطاع به . فاللأل المباح لا يباع ولا يوهب لانه ليس بمستوك للبائع ولا للواهب . والخمر لا ترد عليها هذه العقود الناقلة للملكية بين المسلمين أما بين الذميين ( أي غير المسلمين ) فان المقد يرد عليها ويظهر أثره فتنتقل ملكية الخمر من مالكةا الى الآخر . وعلى هذا اذا كان المال متقوما صح أن تنتقل ملكيته من شخص لآخر بقصد من هذه العقود بناء على تراضي الطرفين (٢) ، كمن يهب سيارته لآخر ويقبل

---

(١) المغني ج ٥ ص ٥١٣ - ٥١٥ . ويلاحظ هنا ان في زوال ملكية الأرض بتعطيلها بعد تملكها بالاحياء دلالة على ما قلناه في أول هذا المبحث من أن الملكية في الفقه الاسلامي تبدو وكأنها وظيفة يراد بها تحقيق النفع العام ونفع المالك نفسه .

(٢) وهناك حالات ينزع فيها الملك جبّرا عن صاحبه كما في نزاع الملك للمنفعة العامة كتوسيع طريق ، وكما في بيع ملك جبّرا عنه وفاء لدينه .

الموهوب له الهبة أو كمن يتزوج امرأة على هذه السيارة مثلا ، فتمام  
الايجاب والقبول تنتقل ملكية السيارة الى المرأة ، وكما لو تراضى الزوجان  
على الخلع نظير مال معين معلوم فانه يصير ملكا للزوج بتمام عقد الخلع .  
وهكذا . وسيأتي تفصيل القول عن العقود وأنواعها فيما بعد .

## المبحث الثالث

### الميراث

٢٩٤ - الميراث خلافة جبرية يحكم الشارع لا دخل فيها لارادة  
الانسان . وبهذا السبب الشرعي تثبت خلافة الوارث للموارث فيما يملكه  
فيحل محله فيما كان له من أموال وحقوق ماله في لحظه وفاته . فتنتقل  
تركة الميت الى ورثته الشرعيين بنسبة سهامهم المقدرة شرعا دون ايجاب أو  
قبول سواء أكانت تركة الميت منقولا أو عقارات . وتكون ملكية الوارث  
لهذه التركة بعد سداد ما عليها من ديون وبعد تنفيذ وصايا الميت في حدود  
ثلث التركة وفيما زاد على الثلث اذا أجازته الورثة . فان لم يكن للميت وارث  
وضعت التركة في بيت المال ، اما على اعتبار أنها ارث أو على اعتبار أنها مال  
لا مالك له ، على اختلاف بين الفقهاء ليس هنا محل تفصله .

## المبحث الرابع

### الشفعة

٢٩٥ - الشفعة في اصطلاح جمهور الفقهاء هي حق تملك المقنار  
المبيع من منسره ولو جبرا عليه بالثمن الذي اشتراه مع المصاريف<sup>(١)</sup> .  
فلو باع اتمان داره اثر غير حاره فان للحار أن يملك المبيع من

---

(١) وقد عرف القانون المدني العراقي الشفعة بما يفرب من التعريف  
الذي ذكرناه ، أنظر المادة ١١٢٨ .

من مشتريه ولو بدون رضاء بالثمن الذي اشتراه به مضافا اليه مميزات الشراء كاجور الدلاية ورسوم التسجيل • وقد سمي الفقهاء هذا النوع من التملك بحق الشفعة وصاحبه بالشفيع والعقار الذي يسيبه صار سفيما بالمشفوع به والعقار المبيع بالمشفوع فيه •

٢٩٦ - ومشروعية الشفعة ثبتت بالسنة النبوية من ذلك : « فصى رسول الله (ص) بالشفعة في كل ما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » • وفي صحيح مسلم : « فصى رسول الله (ص) بالشفعة في كل شركة لم تقسم : ربعة أو حائط ، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فان شاء أخذ وان شاء ترك ، فاذا باع ولم يؤذن فهو أحق به » • وفي حديث آخر : « الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا » وفي حديث آخر : « جار الدار أحق بالدار » • « الجار أحق بصقبة » (١) •

فهذه الاحاديث وغيرها تدل على مشروعية الشفعة وانها حق مقرر لمن تحقق فيه سبب الشفعة كالشركة والجوار •

اما الغرض من تشريعها أو حكمة تشريعها فهو دفع الضرر المتوقع عن الشفيع من المشتري الجديد • كما ان فيها تهئة الفرصة للشريك لان يصفو له الملك وينفرد به وينجو من ضيق الشركة بتملكه حصة شريكه •

وقد يتعرض على تشريعها باعتراضين : ( الاول ) انها خلاف قاعدة الرضاية في العقود ، وهذه القاعدة قطعية نصت عليها الشريعة • فالاصل في العقود التراضي والشفعة تناقض هذا الاصل ، لان الشفيع يأخذ المبيع جبرا على مشتريه ، مع أن البيع يجب أن يتم برضا الطرفين • ( الثاني ) أن في الشفعة ضررا على المشتري بتفويت ما كان يرجوه من نفع بشرائه العقار المشفوع فيه فكيف يدفع الضرر عن الشفيع باضرار المشتري ؟

(١) انظر تيسير الوصول الى جامع الاصول في حديث الرسول

ج ١ ص ٧٦ •

ومعنى : ربعة أي دار • ومعنى حائط أي بستان • ومعنى الصقبة أي

القرب في الجوار •

ولكن يمكن الرد على الاعتراض الاول بأن الشفعة اذا خالفت قاعدة التراضي في العقود فقد وافقت قاعدة دفع الضرر عن الغير . قال عليه الصلاة والسلام ( لا ضرر ولا ضرار ) . ويرد على الاعتراض الثاني بأن دفع الضرر عن الشفيع اولى من تحصيل نفع مرجو للمشتري عملاً بقاعدة دفع المفسد اولى من جلب المنافع ، فضلاً عن أن الشفيع أحق بالشفوع فيه من المشتري بنص الشارع ومن كان أحق من غيره في شيء فمصلحته فيه اولى بالرعاية من مصلحة ذلك الغير .

وعلى هذا فالشفعة نظام قانوني سليم شرعاً وعقلاً وهو من جملة الانظمة التي امتازت بها الشريعة الاسلامية وهي لا تمتاز الا بالافضل وبما هو خير . وقد اخذ القانون المدني العراقي بنظام الشفعة واستقى احكامه من مختلف المذاهب الاسلامية ، وجاء بأحكام جديدة في جملتها لا يضيق بها الفقه الاسلامي ، بل تتفق مع روحه . وقد أفرد للشفعة المواد من المادة ١١٢٨ - ١١٤٤ . وكذلك أخذ القانون المدني المصري بنظام الشفعة وخصص له المواد من المادة ٩٣٥ - ٩٤٨ . وسنشير الى بعضها في أثناء كلامنا عن أحكام الشفعة .

٢٩٧ - في أي شيء تثبت الشفعة ؟

يفهم من التعريف الذي قدمناه للشفعة انها لا تثبت الا في العقار وعلى هذا رأي جمهور الفقهاء مع بعض التفصيلات والاختلافات اليسيرة فيما بينهم ، وهذا ما أخذ به القانون المدني العراقي وكذا المصري<sup>(١)</sup> . وقال فقهاء الظاهرية تثبت حتى في المنقول . ونذكر فيما يلي كلمة موجزة عن هذين الرأيين :

أولاً : رأي الجمهور : وعندهم لا تثبت الشفعة الا في العقار ، كما قلنا ، وهي الارض وما اتصل بها من بناء أو غراس اذا بيع مع الارض فانه يؤخذ بالشفعة تبعاً للارض . ومثل البناء والغراس في تبعيته للارض ما

(١) انظر المادة ١١٣٣ من القانون المدني العراقي ، والمادة ٩٣٥ من القانون المدني المصري .

يعتبر من لوازم وتوابع العقار عادة كأسلاك الكهرباء وأثاث المأوى وأقفال الأبواب ومفاتيحها ، فهذه الأشياء تدخل في الشفعة تبعاً للعقار . أما الزرع إذا بيع مع الأرض فعلى مذهب أبي حنيفة ومالك تجري فيه الشفعة خلافاً للشافعي والحنابلة والجعفرية<sup>(١)</sup> .

والجمهور مع اتفاقهم على جريان الشفعة في العقار المبيع الذي يقبل القسمة ، اختلفوا في العقار الذي لا يقبل القسمة . فذهب الحنفية والثوري وهو أحد القولين في مذهب مالك وأحمد بن حنبل إلى أن الشفعة تجري فيه خلافاً للشافعي والجعفرية<sup>(٢)</sup> .

احتج الجمهور لرأيهم ، في قصر موضوع الشفعة على العقار ، ببعض الأحاديث التي رأوها دالة على ما ذهبوا إليه . ومنها ما ذكره في مشروعية الشفعة . وأما في اختلافهم في جريان الشفعة فيما لا يقبل القسمة ، فقد احتج كل فريق منهم ببعض الآثار وبالحكمة من تشريع الشفعة . فقد احتج المأخوذون بما روي عن النبي (ص) أنه قال : « لا شفعة في بئر » . وبأن الذي لا ينقسم لا يسبب للشريك ضرراً لأن المشتري لا يستطيع طلب قسمته ولا يضطر الشريك إلى أحداث مرافق خاصة به .

واحتج المجيزون للشفعة فيما لا ينقسم بمعوم قوله عليه الصلاة والسلام : « الشفعة فيما لم يقسم » ، وبأن الضرر هنا أكبر من الضرر فيما ينقسم<sup>(٣)</sup> . وهذا هو الراجح .

ثانياً : مذهب الظاهرية : وعندهم تثبت الشفعة في العقار كما تثبت في المنقول سواء أكان العقار قابلاً للقسمة أم غير قابل لها وسواء أكان المنقول متصلاً بالعقار أم منفصلاً عنه . وسواء بيع مع العقار أو بيع مستقلاً عنه<sup>(٤)</sup> .

(١) الخلاف للطوسني ج ٢ ص ١٨٠ ، المغني ج ٢ ص ٢٨٧ . ويلاحظ هنا أن العقار إذا بيع مع منقول ليس من لوازمه وتوابعه كبيع دار مع سيارة فإن الشفعة تثبت في الدار فقط دون السيارة .

(٢) العقار القابل للقسمة هو ما يمكن الانتفاع بكل قسم منه بعد القسمة الانتفاع الذي كان قبلها والا لم يكن قابلاً للقسمة .

(٣) المغني ج ٢ ص ٢٨٩ وما بعدها .

(٤) المحلى ج ٩ المسألة رقم ١٥٩٤ .

وعن أحمد بن حنبل رواية توافق مذهب الظاهرية وقد نصرها ابن القيم  
بالمقول والمقول • كما ان في مذهب مالك توسعا في موضوع الشفعة فقد  
أجاز الشفعة في السفينة وبعض المنقولات الاخرى كالخضراوات والزروع  
إذا بيعت مستقلة<sup>(١)</sup> •

احتج الظاهرية ببعض الأحاديث مثل الحديث الذي رواه ابن أبي  
ملكية ان الرسول (ص) : « قضى بالشفعة في كل شيء » • كما انهم ردوا  
على الجمهور بأن الشفعة اذا كان مبناها دفع الضرر عن الشفيع فهذه العلة  
موجودة في المنقول كما هي موجودة في العقار ، وموجودة فيما لا ينقسم  
كوجودها فيما ينقسم ، بل هي فيما لا ينقسم أشد ضررا •  
والراجع من القولين قول الظاهرية لان حجبتهم أقوى ونظرهم أسد ،  
أما ما احتج به الجمهور فلا ينهض حجة لما ذهبوا اليه ، فالأحاديث التي  
ذكروها ليست صريحة في الدلالة على المنع من الشفعة في المنقول فيكون  
القول بجريان الشفعة فيه هو الموافق للقياس فضلا عن الأحاديث الدالة  
بعمومها على ان الشفعة تكون في المنقول والعقار على حد سواء •

#### ٢٩٨ - سبب استحقاق الشفعة :

يرى جمهور الفقهاء وهم الشافعية والمالكية والحنابلة والجعفرية  
والظاهرية أن سبب استحقاق الشفعة هو الشركة في ذات العقار المبيع •  
ويزيد الظاهرية على هذا الشركة في المنقول أيضا كما قلنا • ويزيد الجعفرية  
الشركة في حق المرور في الطريق الخاص • وعلى هذا فالذي له حق الشفعة  
هو الشريك في ذات المشفوع فيه والشريك في حق الطريق على رأي  
الجعفرية •

أما الخفية فعندهم الشفعة تثبت اما بالشركة في ذات العقار المبيعة  
حصة شائعة منه ، أو بالشركة في الحقوق الارتفاقية الخاصة بالعقار المبيع ،  
أو بالجوار الملاصق للعقار المبيع • وتكلم فيما يلي عن كل سبب على حدة :

---

(١) المغني ج ٥ ص ٢٨٨ اعلام الموقعين ج ٢ ص ٨٧ ، الشرح الصغير  
للرددير ج ٢ ص ٢٥٢ •

أ - الشفعة بسبب الشركة في ذات العقار : فإذا كان العقار مشتركا بين اثنين فأكثر وباع أحد الشركاء حصته الشائعة فللشركاء الآخرين جميعا حق الشفعة في الحصة المبيعة . فإن كان مشتريها أحد الشركاء اشترك معه فيها الشركاء الآخرون ما عدا البائع ، وإن كان مشتريها اجنبي اشترك فيها جميع الشركاء عدا الشريك البائع .

ب - الشركة في الحقوق الارتفاقية الخاصة بالعقار المبيع : ويقصد بها حق الشرب الخاص وحق الطريق الخاص وحق المسيل الخاص . والشرب الخاص هو ما يحصى عدد الشركاء فيه ، واختلف في هذا العدد ، والراجح أن كونه الشرب خاصا أو غير خاص متروك لرأي القاضي مستهديا بالعرف القائم . أما الطريق الخاص فهو الطريق الذي يكون لأصحابه للمحق في منع غيرهم من المرور فيه سواء أكان نافدا أو غير نافذ . والقول في المسيل الخاص ما قيل في الشرب الخاص .

وعلى هذا فلا تثبت الشفعة بسبب الاشتراك في حق الشرب العام كالشرب من نهر دجلة ، ولا بالاشتراك بحق المرور في طريق عام ، ولا بسبب الاشتراك في مسيل عام .

ج - الشفعة بسبب الجوار : ونعني بالجوار هنا الملاصق للعقار المبيع فيستحق الشفعة كل جار عقاره يلاصق العقار المبيع بأي نوع من أنواع الملاصقة ، أي سواء أكانت الملاصقة بجميع حدود العقار المبيع أو ببعضها أو بجزء من حد منها ، فجميع الملاصقين بأي صفة كانت ملاصقتهم سواء في استحقاق الشفعة ولا امتياز لأحد منهم على الآخر . ومن الجوار الملاصق اتصال العلو بالسفل ، فلصاحب كل منهما حق الشفعة في ملك الآخر .

وعلى هذا فالشفعة عند الحنفية يستحقها : (أ) الشريك في ذات العقار الشائع . (ب) الشريك في حق ارتفاق للعقار المبيع ويسمى الشريك هنا بالخليط . (ج) والجار الملاصق .

٢٩٩ - مراتب الشفعة عند الحنفية :

ليس الشفعة في مرتبة واحدة ، فالشركاء في ذات العقار هم في المرتبة

الاولى ويقدمون على سواهم ، لان العبرة في تقديم شفيح على آخر انه  
هي بقوة السبب ، والشركة أقوى أسباب الشفعة لان الشريك شريك في  
كل ذرة من ذرات العقار . وهم سواء في استحقاق الشفعة وان امتاز بعضهم  
على بعض بسبب آخر من أسباب الشفعة كأن يكون أحدهم خليطا زيادة على  
كونه شريكا ، لان العبرة بقوة السبب لا بتعدد أسباب الشفعة ، فاذا استؤوا  
في السبب القوي استؤوا في استحقاق الشفعة . فان لم يوجد واحد من  
الشركاء فالشفعة للخطاء ويعتبرون في مرتبة واحدة بالنسبة لغيرهم ولكنهم  
على مراتب فيما بينهم ، فيقدم الشريك في الشرب الخاص على الشريك في  
الطريق الخاص ، ويقدم الشريك في الطريق الخاص على الشريك في المسيل  
الخاص ، ولا عبرة بامتياز بعضهم على بعض بسبب آخر كأن يكون أحدهم  
ملاصقا مع كونه خليطا . فاذا لم يوجد واحد من الخطاء فالشفعة للمجاورين  
الملاصقين لا فرق بين جار وآخر و لامتياز لواحد على آخر بطول التلاصق  
أو قصره ولا يكون جواره أفقيا أو رأسيا .

#### ٣٠٠ - نزاحم الشفعة :

اذا كان المستحق للشفعة واحدا وطلبها فهي له وان كان المستحقون  
أكثر من واحد ولم يطلبها الا واحد فهي للطالب دون غيره واذا طلبها أكثر  
من واحد ففي هذه الحالة صورتان .

الصورة الاولى : اذا كانوا من مرتبة واحدة : فعند الحنفية الشفعة لهم  
جميعا ويقسم المشفوع فيه بينهم على عدد رؤوسهم بالسوية بغض النظر عن  
أي اختلاف فيما بينهم كأن يكونوا شركاء وأنصبتهم مختلفة . أو يكونوا  
خطاء في الشرب الخاص وعقاراتهم مختلفة قريبا وبعدا عن المجرى الخاص ،  
أو يكونوا جيرانا وعقاراتهم الملاصقة مختلفة طولا وقصرا ومن جانب واحد  
أو أكثر من جانب واحد .

وعند الشافعية والمالكية والحنابلة اذا طلب الشركاء في ذات العقار  
المشاع الشفعة في الحصة الميعة فان المشفوع فيه يقسم بينهم قسمة تناسيا

بنسبة حصصهم بعضها الى بعض ، ولا يقسم عليهم بالسوية بعدد رؤوسهم كما يقول الحنفية • ويقول الحنفية أخذ القانون المدني العراقي اذ جاء في الفقرة الثانية من المادة (١١٣١) : واذا تراحم الشفعاء من طبقة واحدة فالاستحقاق بالشفعة يكون بينهم على التساوي • أما القانون المدني المصري فقد أخذ برأي الجمهور فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة (٣٩٧) : واذا تراحم الشفعاء من طبقة واحدة فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه •

وأساس الخلاف بين القولين يرجع الى تكييف المسألة ووجهه النظر اليها • فالجمهور يعتبرون الاخذ بالشفعة كغلة المال المشترك وثمرته ، فكما أن الغلة تقسم على الشركاء بنسبة حصصهم في المال المشترك فكذلك ما يستحقونه بالشفعة يكون بنسبة حصصهم في المشفوع به • اما الحنفية فيرون أن سبب الاستحقاق واحد ولا أهمية لاختلافهم في السهام في المشفوع به • وحيث ان السبب واحد في الجميع فالكل في الاستحقاق سواء ، ألا يرى لو أن أحدهم انفرد لاخذ المشفوع فيه كله فاذا اجتمع مع غيره شاركه في المشفوع فيه على وجه التساوي • اما القياس على تقسيم غلة المال المشترك ، كما يقول الجمهور ، فهو قياس مع الفارق لانه لا يصح أن يكون المشفوع فيه - وهو ملك الغير - ثمرة ملك الشفعاء ، لانهم يستحقون تملك المشفوع فيه بحكم الشارع لا بآباره ثمرة من ثمرات ملكهم أو متولدا عنه • والشارع أعطاهم هذا الحق بوصفهم شركاء دفعا للضرر عنهم وهم في هذا الوصف ولزوم دفع الضرر سواء فيقسم بينهم بالسوية • وقول الحنفية هو ما نرجحه • الصورة الثانية : أن يكونوا من مراتب مختلفة : ففي هذه الصورة يحجب أصحاب المرتبة العليا أصحاب المرتبة الدنيا • فلو طلب الشفعة شريك وخليط وجار ملاصق فالشفعة للاول فان أسقط حقه فهي للثاني وان سقط حقه فهي للثالث • ويحتجون بحديث روزه وصح عندهم وهو : « الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفع » والمقصود بالشريك الشريك في ذات العقار ، والخليط الشريك في حق ارتفاق للعقار المشفوع

فيه والشفيع هو الحار • وقال أبو يوسف اذا أسقط الشفعة أصحاب المرتبة العليا فلا يستحقها من بعدهم من أصحاب المراتب الأخرى لان محرد وحوود اصحاب المراتب العليا يحجب أصحاب المراتب الأخرى وان أسقط اصحاب المرتبة العليا حقهم فيها فباسا على مسا<sup>(١)</sup> المراتب • فالاس يحجب الاحوه سوا استحق المر • أو لم يستحق ، ولكن الراجح في المذهب الحنفي وما عليه ظاهر الرواية هو القول الاول لا قول أبي يوسف وهذا ما يرححه ، لان جميع الشفعاء يستحقون الشفعة وقد انعقد فهم سب الاستحقاق واسا لم يستحق المتأخر لو حود المتقدم فاذا زال المانع اسج السب اثره وهو استحقاق الشفع المتأخر الشفعة • وبهذا الرأي أخذ القانون المدني العراقي<sup>(٢)</sup> وهو المفهوم من القانون المدني المصري<sup>(٣)</sup> •

#### ٣٠١ - شروط الشفعة :

استحقاق الشفعة يستلزم توافر شروط معينة فاداءت شرط منها فلا شفعة • وهذه الشروط هي :

أ - أن يكون كل من المشفوع فيه والمشفوع به عقارا •

ب - أن يخرج المشفوع فيه من ملك صاحبه خروجاً باتاً وبمعرض مالي •

ج - بقاء المشفوع به في ملك صاحبه حتى تتم الشفعة •

د - عدم رضا الشفع بالبيع •

#### ٣٠٢ - أولاً : أن يكون المشفوع فيه والمشفوع به عقارا :

وهذا على رأي الجمهور ، أما عند الظاهرية فليس هذا بشرط لان الشفعة تجري عندهم في المنقول كما تجري في العقار •

وقد بينا من قبل المقصود بالعقار وما تجري فيه الشفعة وما يتبعه من منقول فلا نعيده هنا • هذا وان الحنفية الحقوا العلو بالعقار فأثبتوا فيه

(١) انظر المادة ١١٣٦ الفقرة الاولى •

(٢) انظر المادة ٩٤٨ فقد جاء فيها : يسقط الحق في الاخذ بالشفعة لاختنازل الشفع عن حقه في الاخذ بالشفعة ولو قبل البيع •

الشفعة<sup>(١)</sup> لصاحب السفل كما أثبتوا به الشفعة اذا بيع السفل . وذهب محمد بن الحسن الى ثبوت الشفعة لصاحب العلو حتى لو بقي له مجرد حق التخلي بأن تهدم بناؤه<sup>(٢)</sup> .

٣٠٣ - ثانيا : خروج المشفوع فيه من ملك صاحبه بصورة نهائية بعوض مالي :

وعلى هذا فالبيع الفاسد ولو تبعه قبض المشتري للمبيع لا يترتب عليه استحقاق الشفعة لأن الواجب في البيع الفاسد فسخه لا بقاءه الا اذا عمل المشتري فيه ما يتعذر منه رده الى بائنه كأن يزيد فيه زيادة لا يمكن فصلها عنه أو يققه أو يهبه ففي هذه الاحوال يلزم البيع وتصح فيه الشفعة ويملكه الشفيع بالقيمة لا بالثمن<sup>(٣)</sup> . وكذلك لا شفعة في البيع بشرط الخيار للبائع طيلة مدة الخيار فاذا مضت دون فسخ تم البيع وثبتت فيه الشفعة أما لو كان الخيار للمشتري فلا يمنع من حق الشفعة لان الخروج أصبح نهائيا بالنسبة للبائع وهذا ما يتوقف عليه حق الشفعة<sup>(٤)</sup> .

ولابد أن يخرج المشفوع فيه من ملك صاحبه بعوض مالي ، مثليا كان هذا العوض أو قيميا ، كما لو بيع المشفوع فيه بمائة طن من الحنطة أو بألف أو بالدار الفلانية ففي هذه الاحوال تثبت الشفعة للشفيع على أن يدفع المثل كما في الحنطة والدنانير ويدفع القيمة كما في الدار . أما اذا خرج المشفوع فيه من ملك صاحبه بدون عوض أو بعوض غير مالي فقد اختلف الفقهاء ، ونجمل فيما يلي خلاصة أقوالهم :

أ - اذا كان الخروج بلا عوض أصلا كما في الهبة بغير شرط العوض ، وكالوقف والوصية والميراث ففي هذه الاحوال لا شفعة في قول عامة العلماء . ولكن روي عن مالك ان الشفعة تثبت فيها عدا حالة الميراث ، ويملك الشفيع

(١) المبسوط ج ١٤ ص ١٣٢ الفتاوى الهندية ج ٥ ص ١٦٦

(٢) المرجع السابق .

(٣) المبسوط ج ١٤ ص ١٤٩

(٤) الكاساني ج ٥ ص ١٣ ، الزيلعي ج ٥ ص ٢٤٢ ، الشرح الصغير

للدردير ج ٢ ص ٢٥٣ .

الشريعة الإسلامية (م - ١٨)

المشفوع فيه بقيمته وهذا قول ابن أبي ليلى أيضا وهو الفقيه الكوفي المشهور .  
والحجة لهذا الرأي ان الشفعة تثبت لازالة الضرر عن الشفيع والضرر قائم  
في هذه الاحوال فتثبت الشفعة . أما الجمهور فيحتجون بأن الشفيع يملك  
المشفوع فيه بمثل ما تملك به المشتري ان كان ما دفعه مثليا وبقيمته ان كان  
قيما ، والمالك الجديد - كالموهوب له - لم يملك نظير عوض دفعه وانما  
تملك بالمجان فلا سبيل للقول بأن الشفيع يأخذه تبرعا أو بالقيمة أو بالمثل ،  
فضلا عن ان اباحة الشفعة في هذه الحالة تؤدي الى احجام الناس عن فعل  
الخير والمروءة<sup>(١)</sup> . ويقول الجمهور أخذ القانون المدني<sup>(٢)</sup> .

ب - اذا كان الخروج بعوض غير مالي كما لو جعل المشفوع فيه مهرا  
للزوجة أو عوضا في الخلع أو بدلا في صلح عن دم القتل أو بدلا عن منفعة  
كخدمات طيب أو أتعاب محام أو عمل عامل . . . فهل تثبت الشفعة في هذه  
الصور ام لا ؟ ذهب الحنفية وأحمد بن حنبل في ظاهر مذهبه والامام  
الشعبي الى المنع من الشفعة لان الشفيع يملك المشفوع فيه بمثل ما تملك  
به المشتري أو بقيمته ولا سبيل لهذا في هذه الاحوال لان العوض فيها ليس  
بمال فلا مثل له ولا قيمة .

وقال مالك وابن أبي ليلى والشافعي تجب الشفعة . واختلفوا بم يأخذ  
الشفيع ؟ قال الشافعي يملكه بقيمة البدل وهو مهر المثل في حالة جعل  
العقار مهرا للمرأة أو بدلا عن خلعتها ودية القتل في حالة جعل العقار بدل  
الصلح عن دمه وأجر مثل الطيب أو المحامي أو العامل في حالة جعل العقار  
عوضا عن خدمات هؤلاء .

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢١٦ ، والمغني ج ٥ ص ٢٩١ .

(٢) نصت المادة ١١٣٣ من القانون المدني العراقي لا تثبت الشفعة  
الا ببيع العقار المشفوع به مع وجود السبب الموجب لها وقت البيع .  
ونصت المادة ٩٣٥ من القانون المدني المصري . الشفعة رخصة تجبر  
في بيع العقار الحلول محل المشتري .  
ويلاحظ على المادتين ان نصهما يعني ، ان الشفعة مقتصرة على حالة  
البيع فقط .

وقال مالك يلزم الشفيح الاخذ أن يدفع فيه المشفوع فيه مهما بلغت ، أي يدفع قيمة العقار الذي أخرجه صاحبه من ملكه عوضا عن هذه المنافع من مهر أو نحوه • وهذا القول هو الاعدل والارجح لان الشفيح يملك العقار المشفوع فيه بما قام على ملكه الجديد من ثمن ، وما قام عليه من ثمن تارة يكون مالا مثليا فيدفع الشفيح مثله وطورا يكون مالا قيميا فيدفع الشفيح قيمته ، فاذا تعذر هذا كله فالمصير الى تقويم المشفوع فيه ودفع قيمته من قبل الشفيح وهذا هو الاقرب لتحقيق العدالة والمائلة من تقويم بدله •

٣٠٤ - ثالثا : بقاء المشفوع به في ملك الشفيح حتى تتم الشفعة (١) :

أي يشترط أن يكون الشفيح مالكا للمشفوع به من وقت بيع المشفوع فيه حتى يملكه بالشفعة • والحكمة في هذا الشرط هو ان المشفوع به سبب نبوت الشفعة فيجب أن يبقى السبب قائما حتى حصول نتيجته ، فاذا زال السبب قبل حصول النتيجة لم يعد سببا صالحا لتحقيق أثره فلا يحصل الاثر • ويترتب على هذا الشرط ما يأتي :

أ - اذا باع الشفيح عقاره وبكلمة أجمع اذا خرج عن ملكه المشفوع به قبل ان يباع المشفوع فيه فلا شفعة له لعدم ملكيته المشفوع به وقت بيع المشفوع فيه •

ب - اذا طلب الشفيح الشفعة الا أنه قبل أن يملك المشفوع فيه باع المشفوع به ، فلا شفعة له ولا لمشتريه • أما هو فلانه لم يعد مالكا للمشفوع به وأما مشتريه فلانه لم يكن مالكا للمشفوع به وقت بيع المشفوع فيه •

ج - عند الحنفية ، اذا مات الشفيح بعد بيع المشفوع فيه وقبل أن يملكه بالشفعة سقط حقه سواء طلب أخذ المشفوع فيه أو لم يطلبه •

---

(١) وبهذا أخذ القانون المدني العراقي فقد جاء في الفقرة النائية من المادة ١٣٣ : ويشترط في العقار المشفوع به أن يكون ملكا للشفيح وقت بيع العقار المشفوع وأن يبقى مملوكا له وقت الحكم بالشفعة أو التراضي عليها •

وليس لوارثه هذا الحق أيضا بصفة أصلية لانه لم يكن مالكا للمشفوع به وقت البيع كما أنه لا يرث هذا الحق عند الحنفية لان حق الشفعة لا يورث اذ ليس هو بمال وانما هو رغبة للمورث ، والرغبات لا تورث لانها صفات للشخص . وقال غير الحنفية كالشافعي وأحمد بن حنبل ومالك ان حق الشفعة يورث فيحل الوارث محل مورثه في هذا الحق اذا كان المورث طلبه في حياته<sup>(١)</sup> .

د - لا شفعة بالعقار الموقوف لا للناظر عليه ولا للمرتزقة فيه . أما الناظر فانه مشرف عليه ومدير له فليس هو مالك له . وأما المرتزقة فهم المستفيدون من غلة ومنافع الوقف وليسوا ملاكا له<sup>(٢)</sup> .

٣٠٥ - رابعا : عدم رضا الشفيع بالبيع :

وحكمة هذا الشرط واضحة لان الشفعة ما شرعت الا لدفع الضرر عن الشفيع فاذا رضي بيع العقار المشفوع فيه الى الغير كان ذلك منه دليلا على عدم تضرره بهذا البيع فلا معنى لاثبات الشفعة له . ولا يشترط أن يكون هذا الرضا صريحا ، بل يكفي أن يكون دلالة كما لو كان وكلا عن البائع في بيع العقار المشفوع فيه فباعه لمشتريه أو كفله في ثمن العقار المبيع . ولكن يشترط على كل حال أن يكون رضا غير مشوب بغش أو تدليس ، بأن يعلم بحقيقة الثمن ومقدار المبيع وشخص المشتري فاذا خفى عليه شيء من ذلك ورضي فلا يكون رضا مسقطا لحقه في الشفعة . فاذا أخبره مخبر بأن الثمن ألف دينار أو ان المشتري هو فلان أو ان المبيع هو نصف الدار ، فرضي ثم تبين أن الثمن ثمنائة أو ان المشتري ليس من سمي له أو ان المبيع هو كل الدار ، ففي هذه الاحوال يبقى له حق الشفعة ولا يكون رضا أولا مسقطا لها . والحكمة في هذا واضحة لا تحتاج الى تفصيل .

(١) مختصر الطحاوي ص ١٢٣ ، رد المحتار ج ٥ ص ٢٥٨ ، الزيلعي ج ٥ ص ٢٥٧ ، كشف القناع ج ٢ ص ٣٨ .  
(٢) وبهذا أخذ القانون المدني العراقي : أنظر الفقرة (هـ) من المادة ١١٣٤ .

وهناك شروط أخرى جاء بها القانون المدني العراقي وقال بعضها  
بعض الفقهاء<sup>(١)</sup> .

٣٠٦ - طريق الوصول الى الاخذ بالشفعة او اجراءات طلب الشفعة :

حق الشفعة رخصة أعطاها الشارع لمن قام فيه سبب هذا الحق لدفع  
الضرر عن نفسه فان شاء تمسك بهذا الحق وان شاء تركه فالامر متروك  
لتقدير صاحب الحق نفسه . فاذا أراد الانتفاع به واستعماله فعليه أن يسلك  
مسالك معينة تنبئ عن رغبته الأكيدة في التمسك بهذا الحق دفعا لما يتوقعه  
من ضرر محتمل لا يزول الا بأخذ المشفوع فيه بحق الشفعة . فعليه أن  
يتبع اجراءات طلب الشفعة والا سقط حقه فيها . ونذكر فيما يلي بإيجاز  
الاجراءات اللازمة للتمسك بحق الشفعة :

٣٠٧ - أن يطلب أخذ المشفوع فيه كله :

ان على الشفيع أن يطلب جميع المشفوع فيه بنقض الطر عن كونه  
هو الشفيع الوحيد أو ان معه شفعا آخرين في مرتبة أو أدنى منه أو أعلى  
منه وسواء طلب هؤلاء الشفعة معه أو لم يطلبوها . فالشرط الجوهرى اذن  
أن يطلب الشفيع أخذ المشفوع فيه كله فاذا طلب بعضه سقط حقه في الشفعة .  
والحكمة في هذا هو أن الشفيع بطلبه بعض المشفوع فيه يكون قد رضي  
بشركة المشتري الجديد أو بجواره وهذا يدل على ان لا ضرر يلحقه من  
مشاركته أو مجاورته ، وحيث ان الشفعة ما شرعت الا لدفع الضرر وقد  
تبين ان لا ضرر عليه فلا معنى لبقاء الشفعة . وأيضا فان في تجويز طلب  
بعض المشفوع فيه تفريقا للصفقة على المشتري وفي هذا ضرر عليه فلا يجوز .  
ولكن لو كان معه شفعا آخرون فطلب أحدهم الشفعة في مقدار  
نصيبه من المشفوع فيه فهل يسقط حقه في الشفعة أم لا ؟ ذهب الامام أحمد  
ابن حنبل ومحمد بن الحسن الشيباني وبعض أصحاب الشافعي الى السقوط .

(١) فلا شفعة في البيع بالمزايدة العلنية ولا في البيع بين الزوجين  
أو بين الاصول والفروع والحواشي الى الدرجة الرابعة ولا في البيع لما يراد  
جعل محل عبادة : المادة ١١٣٤ .

وقال أبو يوسف ان حقه ثابت لا يسقط الا بمسقط ولم يوجد فيبقى الحق له فان شاء أخذ الكل بالشفعة وان شاء ترك الكل<sup>(١)</sup> . والقول الاول هو الارجح لما قلناه أولا ولان الشفيع بتركه بعض المشفوع فيه قد أسقط حقه في البعض الآخر ، والشفعة حق ثبت بالشرع غير قابل للتجزئة دفعا للضرر عن الشفيع فلا يبقى على وجه التجزئة فيسقط .

ولكن لو كان المبيع متعدد كدارين مستقلتين فعلى الشفيع أن يطلبهما جميعا على رأي أبي حنيفة وصاحبيه . وله أن يأخذ احدهما بحصتها من الثمن المسمى على رأي الامام زفر . احتج أبو حنيفة ان في اباحة الشفعة في احدهما فقط تفريقا للصفقة وفيها الجيد والردى فيتضرر المشتري فلا يجوز . واحتج زفر ان تمايز أفراد المبيع ينفي التضرر لانتفاء الشركة فلا يكون تفريق الصفقة مدعاة للضرر فتجوز<sup>(٢)</sup> .

ويلاحظ هنا ان تنازل الشفيع عن جميع حقه في الشفعة للمشتري أو لشفيع آخر لا يترتب عليه سوى سقوط حقه هو فيكون كل المشفوع فيه لجميع الشفعاء الآخرين .

#### ٣٠٨ - مراحل الطلب :

قلنا ان الطلب يجب أن ينصب على كل المشفوع فيه وبيننا السبب في هذا الشرط . والآن نبين كيف يجب أن يتقدم الشفيع بهذا الطلب حتى يتم له أخذ المشفوع فيه بحق الشفعة . على الشفيع أولا أن يطلب الشفعة فور علمه بالبيع وهذا ما يسمى بطلب الموائبة . ثم يؤكد هذا الطلب وهذا يسمى بطلب التقرير . ثم يقوم برفع الامر الى القضاء ان لم يسلم له المشتري المشفوع فيه رضاء وهذا ما يسمى بطلب الخصومة . وتكلم فيما يلي عن كل مرحلة بكلمة موجزة :

#### ١ - طلب الموائبة :

على الشفيع أن يفصح عن رغبته في المشفوع فيه فور علمه بالبيع بأن

(١) المغني ج ٥ ص ٣٠٣ .

(٢) الكاساني ج ٥ ص ٢٥ المبسوط ج ١٤ ص ١٠٤ .

يقول - في مجلس علمه - ما يدل على رغبته في الشفعة فإذا أخبره مخبر بالبيع وبمقدار الثمن ومقدار المبيع واسم المشتري ثم تشاغل عن هذا الخبر بأمر آخر أو قام من المجلس كان معرضاً عن الشفعة راغباً عنها فيسقط حقه فيها . لأن الشفعة حق ضعيف فتجب المبادرة إليه ، ويروى في هذا الحديث : « الشفعة لمن واثبها ، أي أسرع إلى طلبها »<sup>(١)</sup> . ولكن لو أخبره المخبر بخلاف الواقع بأن سمى له غير المشتري الحقيقي أو ذكر له أكثر من الثمن الحقيقي فلم يطلب الشفعة لا يعد هذا اعراضاً منه ولا يسقط حقه في الشفعة . والقانون المدني العراقي وسع على الشفع قأباح له أن يظهر رغبته في الشفعة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ ابلاغه بالبيع من قبل البائع أو المشتري<sup>(٢)</sup> .

#### ب - طلب التقرير :

ويلزم الشفع بعد أن أظهر رغبته في الشفعة أن يقوم بما يؤكد هذه الرغبة فيعود إلى طلب الشفعة مرة ثانية عند المشتري أو عند البائع إذا كان المبيع لا يزال في يده أو عند العقار المبيع . ويسمى هذا الطلب بطلب التقرير أو بطلب الاشهاد لأن بعض الفقهاء يشترط الاشهاد عليه ، أما الآخرون فيرون الاشهاد مستحسنًا حفظاً لحق الشفع عند انكار المشتري . ويقتضي أن يكون هذا الطلب بعد طلب الموائبة وأن لا يتجاوز به مدة تمكنه منه فإن لم يقم بهذا الاجراء مع القدرة عليه سقط حقه في الشفعة . هذا وإن طلب الموائبة إذا كان عند المشتري أو البائع أو العقار المبيع أغنى ذلك الطلب عن تكراره واعتبر طلب موائبة لأنه أول طلب ، كما اعتبر طلب تقرير لأنه حصل عند أحد هؤلاء الثلاثة : المشتري أو البائع ، أو العقار المبيع<sup>(٣)</sup> .

(١) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ٤٧ .

(٢) المادة ١١٣٨ : على من يريد الاخذ بالشفعة أن يعلن رغبته لكل من البائع والمشتري أو دائرة الطابو خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ انذاره بالبيع انذاراً رسمياً من البائع أو المشتري والا سقط حقه . ويجب أن يتضمن هذا الانذار بيان العقار المبيع بياناً واضحاً وبيان الثمن وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري . الخ .

(٣) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ٤٨ .

فاذا سلم المشتري بحق الشفع في الشفعة وسلمه المبيع فقد تمت الشفعة واذا أبى المشتري وعارض الشفع ولم يسلم له المشفوع فيه ، فعلى الشفع أن يقوم بالخطوة الثالثة وهي طلب الخصومة .  
ج - طلب الخصومة :

وهذا الطلب يقوم به الشفع اذا نازعه المشتري في المشفوع فيه أو نازعه البائع ان كان المبيع في يده . ومعنى هذا الطلب أن يرفع الامر الى القضاء بأن يقيم دعوى الشفعة على المشتري ويدخل البائع في الخصومة اذا كان المبيع لا يزال بيده . أما وقت اقامة هذه الدعوى فمترك الى رأي الشفع علي رأي أبي حنيفة ولا يسقط بالتأخير لان الحق قد استقر وتأخير المطالبة بالحق لا تسقطه . ويرى محمد بن الحسن وزفر وجوب رفع الدعوى خلال شهر من وقت طلب التقرير . وعند أبي يوسف يجب رفع الدعوى بعد طلب التقرير في أول مجلس للقضاء أي في أول فرصة يمكن رفع الدعوى فيها ويمكن للقاضي النظر فيها . وما ذهب اليه محمد وزفر هو الراجح لان في ترك الامر للشفع دون تهيبها بمدة اضراراً للمشتري بلا مبرر . هذا وان القانون المدني العراقي نص في المادة (١١٣٩) : « يجب على الشفع أن يرفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري خلال ثلاثين يوماً من تاريخ اعلان رغبته والا سقط حقه » .

٣٠٩ - ما يجب على الشفع أدائه :

الشفع يملك المشفوع فيه بمثل ما تملكه به المشتري ان كان مثلياً وقيمته ان كان قيمياً . فلا بد اذن من المماثلة والمساواة بين ما دفعه المشتري وبين ما يدفعه الشفع ، لان الشفع يحل محل المشتري في تملك المبيع وفيما دفعه فيه . وهذا الاصل وان كان متفقاً عليه بين الفقهاء الا انه حصل بعض الاختلاف في تطبيقاته . ونذكر من هذه التطبيقات مسألتين :

( الأولى ) الاجل لي الثمن :

اذا تملك المشتري المبيع بثمن مؤجل أو مسقط فهل يستفيد الشفع

من هذا التأجيل أو التقسيط أم لا ؟ ومبنى الاختلاف هو : هل تعتبر المماثلة والمساواة بين ما دفعه المشتري وما يدفعه الشفيع في مقدار الثمن دون وصفه أم بهما معاً؟ قال الحنابلة المساواة والمماثلة تتحققان بمقدار الثمن وبصفته ، والتأجيل أو التقسيط من صفات الثمن فيلحقان به فيستفيد منهما الشفيع فلا يلزم بدفع الثمن حالا . ولكن اذا لم يكن الشفيع مليئاً فعليه أن يقدم ضماناً مليئاً وبهذا لا يخشى على المشتري من تأخير الثمن . ويقول الحنابلة قال مالك ، وهو أحد القولين عن الشافعي : وقال أبو حنيفة ان الشفيع أما أن يأخذ المشفوع فيه في الحال ويدفع الثمن حالا واما أن لا يأخذه حتى يحل موعد اداء الثمن فيطلبه رضاء أو قضاء ويسلم الثمن . فكأن الحنفية رأوا ان المماثلة والمساواة تتحققان بقدر الثمن لا به وبوصفه معاً<sup>(١)</sup> .

والقانون المدني العراقي وكذا المصري نصا على أن الشفيع لا يستفيد من الاجل الممنوح للمشتري الا اذا رضي البائع<sup>(٢)</sup> وهذا ما نميل اليه .  
( الثانية ) : الحط من الثمن والزيادة فيه :

اذا تم البيع ثم حط البائع من الثمن كأن كان الثمن ( ١٠٠٠ ) دينار ثم حط البائع منه مائة دينار أو زاد فيه المشتري مائة فهل يستفيد الشفيع من الحط ويتحمل الزيادة ؟ عند الحنفية ان المشتري يستفيد من الحط فلا يلزم بالالف في مثالنا وانما عليه أن يدفع تسعمائة لان الحط من الثمن يلحق بأصل العقد فيكون العقد كأنه انعقد ابتداء بتسعمائة لا بألف . أما الزيادة فانها لا تسري بحق الشفيع لثلا يضار بها فلا تلزمه وان كانت تلحق بأصل العقد . وقال الحنابلة لا يلزم الشفيع الا الثمن الذي استقر على المشتري بتمام العقد ولزومه ، فلا أثر لتقصي الثمن أو زيادته في حق الشفيع ، لأن الحط ابراء مبتدأ ولا يثبت ذلك في حق الشفيع ، والزيادة هبة يعتبر لو سا

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢١٧ . والمغني ج ٥ ص ٣٢٣ . الخلاف للطوسي ج ٢ ص ١٨٣ .  
(٢) أنظر المادة ١١٤٢ من القانون المدني العراقي ، والمادة ٩٤٥ من القانون المدني المصري .

شروط الهبة ولا يتأثر بها الشفيع • ويقول الحنابلة قال الشافعي  
والجعفرية<sup>(١)</sup> •

٣١٠ - تصرفات المشتري في المشفوع فيه :

وقد يتصرف المشتري في المشفوع فيه بأنواع التصرفات القولية والفعلية  
لانه مالك ومن حق المالك أن يتصرف في ملكه كما يشاء فله أن يستعمله  
ويزيد فيه أو ينقص منه أو يبيعه أو يهبه أو يقفه • ولكن ما حكم هذه  
التصرفات بالنسبة للشفيع اذا تملكه بحق الشفعة ؟ هذا ما نذكره بإيجاز  
فيما يلي :

أولا : اذا تصرف المشتري في المشفوع فيه تصرفا يخرج من ملكه  
كأن يبيعه أو يهبه أو يقفه • فالجمهور من الفقهاء على عدم سريان هذه  
التصرفات في حق الشفيع فتبطل من تاريخ تملكه للمشفوع فيه ، وفي رواية  
عن أحمد بن حنبل ان الشفعة تسقط اذا كان تصرف المشتري بالمشفوع فيه  
بالوقف أو الهبة • هذا وان الفقهاء يشترطون لنقض هذه التصرفات أن  
يكون تملك الشفيع للمشفوع فيه عن طريق القضاء لا بالتراضي بينه وبين  
المشتري •

والقانون المدني العراقي وكذا القانون المدني المصري نصا على ان  
التصرف الناقل للملكية لا يسري بحق الشفيع اذا قام به المشتري بعد قيام  
الشفيع بإبلاغ رغبته في الاخذ بالشفعة<sup>(٢)</sup> •

ثانيا : التصرفات الفعلية التي يترتب عليها زيادة في قيمة العقار ، وهذه  
اما ان تكون متصلة بالعقار ولا يمكن فصلها عنه ، كصبغ الجدران ، وفي  
هذه الحالة على الشفيع أن يدفع للمشتري ما زادته هذه التحسينات في قيمة  
العقار وقت البيع<sup>(٣)</sup> • واما ان تكون الزيادة متصلة بالعقار ولها أمد لقلعها  
كالزراع ، فالمشتري ملزم بدفع أجر المثل للشفيع من تاريخ تملكه الى أوان

(١) الخلاف ج ٢ ص ١٩٠ ، المغني ج ٥ ص ٣٢٢ •

(٢) المادة ١١٤٤ من العراقي ، والمادة ٩٤٧ من المصري •

(٣) الفتاوى الخانية ج ٣ ص ٥٤١ •

تقلعه ، وهذا عند الحنفية • وقال غيرهم كالحنابلة لا أجر عليه • أما ابنه يقيمه المشتري أو الأشجار يفرسها ، فعند أبي حنيفة للشفيع أن ينزح المشتري بقلعها إلا إذا أضر القلع بالأرض فيتملكها بقيمتها متقوضة • وعند الحنابلة ومن وافقهم كالشافعي والليث والاوزاعي ومالك ، الشفيع مخير بين ثلاثة أشياء : ترك الشفعة أو دفع قيمة الفراس والبناء قائما ، أو قلع الأشجار والبناء ويضمن للمشتري ما نقص من قيمتها بالقلع<sup>(١)</sup> • وهذا إذا بنى المشتري أو غرس قبل طلب الشفيع الشفعة أما إذا كان البناء أو الفرس بعد الطلب فإن المستفاد من أقوالهم هو أن المشتري يكون كالغاصب فيؤمر بالقلع أو يتملكه الشفيع بقيمته مقلوعا •

والقانون المدني العراقي أخذ برأي مقبول ، فنص على أن الشفيع ملزم بدفع مقدار ما زاد في قيمة العقار للمشتري إذا كان بناؤه أو غرسه قبل أن يبلغ الشفيع رغبته في الشفعة ، أما إذا كان البناء أو الفرس بعد تبليغه رغبته في الشفعة فإن للشفيع طلب القلع أو تملكه مقلوعا إذا كان القلع يضر بالأرض<sup>(٢)</sup> •

ثالثا : التصرفات الفعلية التي تنقص بها قيمة العقار كأن يهدم المشتري البناء أو يقلع الأشجار ، ففي هذه الحالة يتملك الشفيع المشفوع فيه بحصته من الثمن • وهذا الحكم نفسه فيما لو اتهدم البناء لا بفعل المشتري ولكن قضاء وقدرًا وهذا قول أبي يوسف والثوري وظاهر مذهب أحمد • وعند غيرهم الشفيع مخير في هذه الحالة بين أن يأخذ المشفوع بالثمن المسمى وبين أن يترك الشفعة<sup>(٣)</sup> •

#### ٣١١ - مسقطات الشفعة :

الشفعة حق ضعيف يسقط بأمور كثيرة منها ما قلناه أثناء كلامنا عن أحكام الشفعة وشروطها ، ونجمل الأسباب هنا بما يأتي :

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٢١ ، المغني ج ٥ ص ٣١٧ - ٣١٩ •

(٢) المادة ١١٤٣ •

(٣) المغني ج ٥ ص ٣١٩ •

أولاً : اسقاط الشفع حق في الشفعة صراحة بعد تمام البيع ، أما قبله فلا يكون اسقاطا لانه غير موجود ، والاسقاط يرد على الحق الثابت الموجود لا المعدم . هذا ما يذكره جمهور الفقهاء خلافا للظاهرية<sup>(١)</sup> . والقانون المدني العراقي وكذا المصري نصا على ان التنازل عن حق الشفعة يعد اسقاطا معتبرا ولو قبل البيع . وهذا ما نرجحه ويوافق قول الظاهرية وله سند من الحديث الشريف : « قضى رسول الله (ص) بالشفعة في كل شركة لم تقسم : ربعة أو حائط ، ولا يحل له ان يبيع حتى يؤذن شريكه فان شاء أخذ وان شاء ترك . . . » .

ثانياً : اسقاط حق الشفعة دلالة كما لو صالح الشفع المشتري على التنازل عن حق الشفعة نظير عوض مالي . فهذا يدل على رضا الشفع بالمشتري فيسقط حق الشفعة ولا يستحق الشفع العوض .

ثالثاً : بالتنازل عن حق الشفعة لاحد الشفعاء .

رابعاً : رضا الشفع بالمشتري صراحة أو ضمناً كمساومته للمشتري في المبيع بعد علمه بشرائه من مالكة .

خامساً : عدم القيام باجراءات طلب الشفعة التي ذكرناها أو قيامه بها بعد فوات أوانها .

سادساً : و زال ملك المشفوع به عن ملك الشفع .

سابعاً : موت الشفع قبل تملكه المشفوع فيه ولو بعد طلب الشفعة على رأي الحنفية ومن وافقهم .

ثامناً : طلب بعض المشفوع فيه على النحو الذي بيناه من قبل<sup>(٢)</sup> .

---

(١) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ٥٢ .  
(٢) وقد ذكر القانون المدني العراقي مسقطات الشفعة في ثانياً المواد التي خصصها للشفعة من ذلك الفقرة الاولى المادة (١١٣٩) ومنها عدم ايداعه صندوق المحكمة نصف ثمن المشفوع فيه : ف ٢ من المادة ١١٣٦ ومنها تنازله عن حق الشفعة صراحة أو دلالة : فقرة (د) المادة ١١٣٤ و فقرة (و) من المادة ١١٣٤ .

## الباب الثاني

### نظرية العقد

#### تمهيد

#### ٣١٢ - العقد والتصرف :

العقد في اللغة الشد والربط ، تقول عقدت الحبل اذا شدته ، وعقدت الحبل بذلك اذا ربطته به . والعقدة موضع العقد وهو ما عقد عليه . فالعقد يطلق في اللغة على الجمع بين شيئين أو أكثر وربطهما ، كما يطلق على احكام الشيء وتقويته<sup>(١)</sup> .

وفي اصطلاح الفقهاء « العقد ربط بين كلامين أو ما يقوم مقامهما ينشأ عنه أثره الشرعي »<sup>(٢)</sup> . والمقصود « بالكلامين أو ما يقوم مقامهما » الايجاب والقبول ، ولهذا عرف العقد بأنه « عبارة عن ارتباط الايجاب الصادر من أحد العقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه »<sup>(٣)</sup> . ومعنى هذا أن العقد ينشأ بين طرفين تتجه ارادتهما الى انشاء أثر قانوني . وبهذا يكون العقد في اصطلاح الفقهاء شبيها لمعناه في الاصطلاح القانوني ، اذ يعرفه رجال القانون بقولهم : « العقد توافق ارادتين على أحداث أثر قانوني ، سواء كان هذا الاثر هو انشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انشاؤه »<sup>(٤)</sup> .

#### التصرف :

والتصرف في اصطلاح الفقهاء : كل ما يصدر عن شخص بارادته

---

(١) المختار من صحاح اللغة ص ٣٥٠ ، الجصاص ج ٣ ص ٣٦٠ ، تفسير القرطبي ج ٦ ص ٣٢ .

(٢) الملكية ونظرية العقد للاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ص ١٧١

(٣) مرشد الحيران للاستاذ محمد قدرى باشا ، المادة ١٨٦ ص ٢٧ .

وقد أخذ القانون المدني العراقي بهذا التعريف بالفاظه ، أنظر المادة ٧٣ منه .

(٤) الوسيط للاستاذ الدكتور السنهوري ص ١٣٨ .

ويرتب الشارع عليه نتائج حقوقية<sup>(١)</sup> . وهو نوعان : تصرف فعلي ،  
وتصرف قولي . فالتصرف الفعلي يتم بفعل مادي غير قولي كالنصب  
والإتلاف . والتصرف القولي هو ما يصدر عن الإنسان من قول يرتب  
الشارع عليه أثراً شرعياً<sup>(٢)</sup> . والتصرف القولي ثلاثة أنواع : (الاول)  
تصرف يتكون من قولين صادرين من طرفين ويستلزم توافق ارادتين ، كما  
في البيع والإجارة ونحو ذلك ، وهذا هو العقد . (الثاني) تصرف يتكون من  
قول واحد يصدر من طرف واحد وإرادة واحدة ، وينشأ به التزام الإنسان  
بمجرد ارادته وعبارته ، ويتضمن إنشاء حق أو إنهاء أو إسقاطه كالوقف  
والطلاق والإبراء والتنازل عن حق الشفعة ، وهذا النوع من التصرف  
يسمى بالإرادة المنفردة<sup>(٣)</sup> . (الثالث) تصرف ليس فيه ارتباط بين ارادتين ،  
وليس هو إرادة واحدة تتجه إلى إنشاء حق أو إسقاطه ، وإنما هو قول ترتب  
عليه أحكام مدنية وجزائية ، كالدعوى ، فهي طلب حق أمام القضاء ،  
وكالقرار ، فهو اعتراف بحق ثبت في الماضي ، وليس هو إنشاء لحق ،  
وكالحلف على نفي دعوى الخصم فهو إخبار ترتب عليه أحكام قضائية  
مدنية ، وكالاقوال التي تكون جريمة تعاقب عليها الشريعة كالقذف<sup>(٤)</sup> .

ومن هذا العرض يتبين لنا وجه العلاقة بين التصرف وبين العقد ،  
فالاول أعم من الثاني ، لأن العقد نوع من أنواع التصرف القولي ، وهو  
الذي ينشأ بارتباط ارادتين ويستلزم وجود طرفين . فكل عقد تصرف ،  
وليس كل تصرف عقداً . ومع وضوح هذا المعنى ، فإن الفقهاء سلقون في  
كتاباتهم اسم العقد على ما يتكون بإرادة واحدة كما يطلقونه على ما يتكون  
بإرادتين ، فتراهم يسمون اليمين والنذر والوقف والطلاق عقوداً ، كما

(١) المدخل المتمهي الغام للاستاذ مصطفى أحمد الزرقاء ص ١٩٤ -

١٩٥ .

(٢) الاستاذ محمد أبو زهرة ، المرجع السابق . ص ١٦٥ .

(٣) الاستاذ مصطفى أحمد الزرقاء ، المرجع السابق ، ص ١٤١ .

(٤) المرجع السابق . ص ١٩٥ .

يسمون البيع والرهن والاجارة عقوداً<sup>(١)</sup> .

### ٣١٣ - الالتزام :

الالتزام ، في الاصطلاح الفقهي ، هو كون الانسان مكلفا ، على وجه الالتزام ، بفعل أو ترك تجاه آخر ، كالتزام البائع بتسليم المبيع الى المشتري ، والتزام المشتري بتأديته الثمن ، والتزام الاجير بالعمل المستأجر عليه ، والتزام الوديع بأن لا يتعدى على العين المودعة<sup>(٢)</sup> .

ومن هذا التعريف للالتزام يتبين لنا وجه العلاقة بينه وبين التصرف .  
فالتصرف ، ومنه العقد ، مصدر من مصادر الالتزام ، أي أن التصرف هو السبب المنشئ للالتزام ، والالتزام أثر له .

### ٣١٤ - منهج البحث :

ان تجلية نظرية العقد في الفقه الاسلامي ، تستلزم الكلام عن تكوين العقد ، والعاقبة ، ومحل العقد ، وعيوب العقد ، والخيارات فيه ، وأقسامه ثم انتهائه بالفسخ وغيره ، وهذا ما سنبحثه في هذا الباب في فصول متتابعة .

---

(١) العقود للامام ابن تيمية ص ١٨ ، ٢١ ، ٧٨ ، أحكام القرآن للجصاص ج ٣ ص ٣٦٠ ، ٣٦١ ، اللباب في شرح الكتاب للميداني ج ٣ ص ١٢٨ .  
(٢) الاستاذ مصطفى أحمد الزرقاء ، المرجع السابق ، ص ٢٠١ .

## الفصل الأول

### تكوين العقد

٣١٥ - تمهيد :

قلنا في تعريف العقد انه عبارة عن ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين يقبل الآخر على وجه يظهره أثره في العقود عليه . ومعنى هذا ان العقد لا يوجد الا اذا وجد الايجاب والقبول ، والعقدان ، والمحل اي العقود عليه . وعلى هذا اتفاق الفقهاء ، ولكنهم يختلفون في اعتبار هذه الامور كلها أركان العقد . فغير الحنفية يقولون أنها أركان العقد ، والحنفية يقولون أن أركان العقد هي الايجاب والقبول فقط وأما ماعدا ذلك من المحل والعاقدين فهي لوازم للايجاب والقبول لانه يلزم من وجود الايجاب والقبول وجود موجب وقابل ، ووجودهما مرتبطان يستلزم وجود محل يظهر فيه أثر هذا الارتباط<sup>(١)</sup> . ومهما يكن من شأن هذا الخلاف ، فنحن نستكمل عن هذه الامور تباعا لانها ضرورية ولازمة لتكوين العقد ووجوده في الخارج . ونبدأ بالكلام عن الايجاب والقبول في مبحث أول ثم تكلم عما به يتحقق هذا الايجاب والقبول ، وهو المسمى بصيغة العقد ، في مبحث ثان .

### المبحث الأول

#### الايجاب والقبول

٣١٦ - تمهيد :

الايجاب ما صدر أولا عن أحد العاقدين ، والقبول ما صدر عن العاقد الآخر ، فإذا قال شخص لآخر : بعثك هذا الكتاب بدينارين ، فقال الآخر قبلت ، كان ما قاله الأول هو الايجاب ، وما قاله الآخر هو القبول . فالعقد

(١) الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص ٢٤٠ .

ينعقد ويكون له وجود خارجي بارتباط الايجاب بالقبول • ولكن يشترط لارتباط الايجاب بالقبول ، على نحو معتبر يترتب عليه انعقاد العقد ، جملة شروط نذكرها تباعا :

٣١٧ - أولا : ان يكون كل منهما معبرا عن ارادة معتبرة في انشاء العقد (١) :

الارتباط الذي يتكون به العقد ، هو في الحقيقة ، الارتباط بين ارادتي العاقدين ، وابها يستدل على هاتين الارادتين بالايجاب والقبول ، فكان من البديهي أن يشترط في هذا الايجاب والقبول وضوح الدلالة على ارادة كل من العاقدين المتجهة الى انشاء العقد ، فان كان في هذه الدلالة شك لم ينعقد العقد • ولا يلزم في هذه الدلالة الواضحة أن تكون بطريق الحقيقة ، بل يمكن أن تكون بطريق المجاز أيضا • ويشترط أيضا في الايجاب والقبول صدورهما من شخص مميز يدرك ما يقول وبهذا يكون تعبيره معبرا حقيقه عن ارادته ، فاذا صدرا من مجنون أو نائم أو صبي غير مميز ، كان هذا الايجاب والقبول لغوا لا يترتب عليه شيء ، لانه لا يعبر عن ارادة معتبرة في انشاء العقد ، اذ لا ارادة للمجنون والنائم والصبي غير المميز ومن في حكمهم •

٣١٨ - ثانيا : موافقة القبول للايجاب (٢) :

ويتم توافق الايجاب مع القبول اذا اتحد موضوعهما بأن يراد على معنى واحد بجميع جزئياته ، سواء أكانت هذه الموافقة صريحة أم ضمنية • فلو قال شخص لآخر بعثك هذه السيارة بألف دينار فقال الآخر قبلت • فالموافقة هنا صريحة وكاملة • ولو قالت امرأة لرجل تزوجتك على ألف دينار ، فقال الرجل : قبلت زواجك على ألفي دينار • فالموافقة هنا ضمنية لان قبولها الزواج على ألف قبول ضمني على زواجها على ألفين بطريق أولى ، لان المقصود بتوافق القبول مع الايجاب توافر الرضا بالعقد بين طرفيه ، فاذا

(١) الاستاذ الشيخ على الخفيف ، المرجع السابق ، ص ٥٧ •

(٢) البدائع للكاساني ج ٥ ص ١٣٦ ، فتح القدير ج ٥ ص ٧٧٧

الشريعة الإسلامية (١٩٠٠)

كان الاختلاف لا يضر بالطرف الآخر ، بان كان له فيه خير ، انعقد العقد ولم تضر المخالفة والا فلا ينعقد العقد<sup>(١)</sup> . ولكن لا يكون القابل ، في مثالا ، ملزما الا بالقدر الذي تضمنه الايجاب ولا يلزم بالزيادة الا اذا قبلته الزوجة في نفس مجلس العقد لانه لا يجوز ادخال شيء في ملك انسان جبرا عنه الا الارث .

أما اذا لم يتوافق القبول والايجاب كلا أو جزء لم ينعقد العقد ، كما لو قال شخص لآخر : بعثك هذه السيارة بألف دينار ، فقال الآخر : قبلت بستانك بهذا الثمن . أو قال قبلت شراءها بهذا الثمن مؤجلا . ففي جميع هذه الصور لا ينعقد عقد البيع لمخالفة القبول للايجاب كلا أو جزءا . ولكن اذا لم ينعقد العقد في هذه الاحوال فان القبول يعتبر ايجابا مبتدأ يتم به العقد اذا صدر قبول من الطرف الآخر موافق له<sup>(٢)</sup> .

٣١٩ - ثالثا : علم كل عاقد بما صدر من الآخر :

ويشترط أن يعلم ويفهم كل عاقد ما صدر من الآخر من ايحساب أو قبول ، لان هذا العلم أساس اتصال ارادتهما ، والارادة خفية ، والعبارة ، أو ما يقوم مقامها ، هي الكاشفة عنها والمظهرة لها ، ولذا لزم أن تكون واضحة مفهومة ، فان لم تكن كذلك لعدم سماع الآخر لها أو لعدم فهمه مدلولها لانها بغير لفته مثلا وصدر من الآخر ما يصح أن يكون قبولا فان العقد لا ينعقد<sup>(٣)</sup> .

٣٢٠ - رابعا : اتصال القبول بالايجاب في مجلس العقد :

لا خلاف بين الفقهاء في أن اتصال القبول بالايجاب ضروري لوجود العقد ، ولكنهم اختلفوا في المراد به ، فعند الشافعية : المقصود به صدور القبول فورا عقب الايجاب ، لان الايجاب ينعدم بعد صدوره فاذا صدر القبول لم يصادف ايجابا قائما يتصل به فلا ينعقد العقد . ولكن باعتبار

(١) المدخل للفقه الاسلامي للاستاذ محمد سلام مذكور ص ٤٠٠ .

(٢) كشف القناع ج ٢ ص ٣

(٣) الاستاذ محمد سلام مذكور ، المرجع السابق ، ص ٤٠٢ .

ذلك يسد باب التعاقد ، فاعتبر الايجاب قائما حكما للضرورة ، وحق الضرورة مقضي بالفور فوجب أن يصدر القبول فوراً عقب الايجاب وعند غير الشافعية ، كالحنفية ، ان حق الضرورة لا يقضي بالفورية ، لان من عرض عليه الايجاب بحاجة الى التدبر والتأمل حتى يقبل أو يرفض فالزامه بالفورية تضيق عليه وخرج ، والخرج مرفوع . ولكن من جهة أخرى لا يجوز أن يسمح له أن يتأخر في الرد على الموجب بالقبول أو الرفض لان في هذا ضرراً على الموجب ، والضرر مرفوع اذا لا ضرر ولا ضرار . من أجل هذا ظهرت نظرية مجلس العقد . والفرض منها تحديد المدة التي يمكن أن تفصل القبول عن الايجاب دون ضرر بالموجب ولا بمن عرض عليه الايجاب . فاعتبر الايجاب قائماً ما دام مجلس العقد باقياً فاذا صدر القبول قبل انقضاء المجلس أو اختلافه صادف القبول ايجاباً موجوداً حكماً فيتحقق الاتصال به وينقذ العقد ، واذا صدر القبول بعد انقضاء المجلس لم يلاق ايجاباً قائماً لا حقيقة ولا حكماً فلا يتحقق الاتصال ولا ينقذ العقد<sup>(١)</sup> .

ومجلس العقد هو المكان الذي يوجد فيه المتعاقدان ، ويبدأ من وقت صدور الايجاب ، ويبقى ما دام المتعاقدان منصرفين الى التعاقد ولم يصدر من أحدهما اعراض عنه . فاذا تغير المجلس حقيقة أو حكماً اختلف المجلس ، فاذا صدر بعده قبول كان لغوا لا يتحقق به اتصال القبول بالايجاب فلا ينقذ العقد . وتغير المجلس حقيقة يتحقق بانتقال أحدهما من المكان الذي صدر فيه الايجاب الى مكان آخر . وتغير المجلس حكماً يتحقق بصدور ما يدل على الاعراض عن التعاقد من أحد الطرفين<sup>(٢)</sup> . فالشرط ، اذن ، لتحقيق اتصال القبول بالايجاب ، هو صدور كل منهما في مجلس العقد دون أن

---

(١) البدائع للكاساني ج ٥ ص ١٣٦ ، مصادر الحق للدكتور السنهوري ج ٢ ص ٢ - ٣ .

(٢) رد المختار للفتية المشهور بابن عابدين ج ٤ ص ٢٩ ، والامتياز علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ٦٠ ، ومصادر الحق للسنهوري ج ٢ ص ٢ - ٣ .

يفصل بينهما ما يدل على اعراض من أحد العاقدين على التعاقد ، أي صدور القبول في مجلس العقد قبل تغيره على النحو الذي ذكرناه<sup>(٢)</sup> . ومجلس العقد ، على النحو الذي بيناه ، إنما هو بالنسبة للعاقدين الحاضرين ، أما بالنسبة للمترفين المتباعدين ، إذا أرادا التعاقد بالرسالة أو الكتابة كان يرسل أحدهما إلى الآخر رسولا بالايجاب أو كتابا إليه به ، فإن مجلس العقد ليس هو مكان الإرسال أو الكتابة ، ولكن مجلسه حيث يبلغ الرسول رسالته إلى المرسل إليه أو حيث يقرأ المرسل إليه ذلك الكتاب ، وعلى المرسل إليه أن يرد على الإيجاب في مجلس العقد ، فإذا صدر منه القبول قبل تغير المجلس انعقد العقد والا لم يتعقد على النحو الذي ذكرناه<sup>(٣)</sup> .

### ٣٢١ - خيار الرجوع :

للموجب أن يرجع عن إيجابه قبل قبول الطرف الآخر ، ومعنى ذلك أن الإيجاب غير ملزم وللموجب أن يرجع عن إيجابه قبل صدور القبول ، وهذا ما يسمى بخيار الرجوع . وهو يقابل حق من وجه إليه الإيجاب في أن يقبل هذا الإيجاب إلى حين انقضاء المجلس وهذا ما يسمى بخيار القبول<sup>(٤)</sup> . وخيار الرجوع هو ما عليه جمهور الفقهاء . ويرى أكثر فقهاء المذهب المالكي خلاف ذلك ، فعندهم لا يجوز للموجب أن يرجع عن إيجابه بل يبقى ملتزما به ، فاما أن يقبل الطرف الآخر ف يتم العقد ، واما أن يرفض فيتعلم الإيجاب<sup>(١)</sup> . وعلى هذا التصوير المالكي ، إذا رجع الموجب ثم قبل الطرف الآخر في مجلس العقد انعقد العقد بالرغم من رجوع الموجب . وحجة هذا لرأي أن الموجب بإيجابه التزم أمرا تعلق به حق الطرف الآخر

(٢) وهالك عقود لا يشترط فيها القبول في مجلس العقد وهي :  
الوصية والإيضاء والوكالة : الأستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ٦١ .  
(٣) الأستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ٦٠ - ٦١ ،  
والسنهوري ، المرجع السابق ، ج ٢ ص ٥١ .  
(٤) الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٨ ، والكاساني ج ٥ ص ١٣٨ ، ومصادر  
الحق للسنهوري ج ٢ ص ١ .  
(١) مواهب الجليل للحطاب ج ٤ ص ٢٤٠

ما دام مجلس العقد قائما فلا يجوز له التحلل من التزامه هذا . وحجة الرأي الاول ان في منع الموجب من الرجوع تضييقا عليه وتقييدا لحريته والزامه بما عدل عنه بدون رضاه ، والتراضي أساس صحة العقود<sup>(٢)</sup> . وهذا الرأي هو الراجح .

### ٣٢٢ - خروج الموجب عن أهليته :

إذا صدر الإيجاب ، ثم فقد الموجب أهليته ، كأن جن أو مات قبل قبول الطرف الآخر ، فإن الإيجاب يبطل ولا ينقذ العقد بصور القبول من الطرف الآخر لصدوره بعد انعدام الإيجاب<sup>(٣)</sup> .

### ٣٢٣ - العبارة الواحدة وأثرها في انشاء العقود :

العقد - كما قلنا - ارتباط ارادتين يعبر عنهما الإيجاب والقبول . فهل تستطيع العبارة الواحدة انشاء العقود ؟ أي هل يستطيع الإنسان بإيجابه فقط أن يكون عقدا ؟ قلنا ان الارادة المنفردة ، وهي نوع من التصرف القولي ، قادرة على انشاء التزام ، وهذا الالتزام ، أو هذا النوع من التصرف القولي ، يسميه الفقهاء عقدا كالوقف والابراء من الدين والجمالة<sup>(٤)</sup> . وقد يترتب على العبارة الواحدة عقد بين شخصين إذا كانت هذه العبارة تعبر عن ارادتين ، وذلك إذا صدرت من شخص له صفتان كما لو كان شخص وكيلًا عن رجل وامرأة في تزويج أحدهما الآخر ، فإنه يزوجهما بعبارة واحدة كأن يقول زوجت فلانا بفلاتة . فهذه العبارة تقوم مقام عبارتين ، إذ هي بالنسبة لأحدهما إيجاب ، وبالنسبة للآخر قبول<sup>(٥)</sup> . ولكن جواز انشاء عقد بين شخصين بعبارة واحدة ، أي تعاقد الإنسان مع نفسه ، ليس محل اتفاق بين الفقهاء ، فمنهم من منعه مطلقا كالإمام زفر من الحنفية . ومنهم من أجازة

(٢) الفقه الاسلامي ، للدكتور محمد يوسف موسى ، ص ٣٢٦

(٣) ابن عابدين ، المرجع السابق ، ج ٤ ص ٢٩ ، مغني المحتاج ج ٢ ص ٦ .

(٤) الجمالة ، التزام منفردة ، كمن يلتزم بأجير معين لمن يرد عليه متاعه الضائع .

(٥) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ٦١ - ٦٢ .

في حالة واحدة هي تزويج الجد حفيديه ببعضهما بأن ينوب عن طرفي العقد وهذا مذهب الشافعي . ومنهم من اجازته في عقود النكاح دون عقود المعاوضات المالية عدا بعض المستثنيات القليلة كبيع الاب مال الصغير الذي في ولايته من نفسه ، وهذا مذهب الحنفية . ومنهم من اجازته في عقود المعاوضات المالية وفي النكاح على حد سواء بشرط أن تكون لمن يتولى طرفي العقد صفة تجيز له انشاء العقد لطرفي العقد كما لو كان وكيلًا عنهما ، وهذا مذهب الحنابلة ومن وافقهم<sup>(٢)</sup> .

## المبحث الثاني

### صفة العقد

٣٢٤ - التعريف بصيغة العقد :

صفة العقد هي ما يتحقق به الايجاب والقبول ، فهي صورته في الخارج التي يوجد بوجودها ، ذلك لان الاساس في وجود العقد هو توجه ارادة العاقلين الى انشاءه ، وهذه الارادة أمر خفي مستتر لا سبيل الى معرفته الا بما يدل عليه من لفظ أو ما يقوم مقامه مما يكون الايجاب والقبول ، وهذا الدال على الارادة هو الذي سماه الفقهاء بصيغة العقد<sup>(٣)</sup> . ويشترط لاعتبار هذه الصيغة أن تكون واضحة الدلالة على ارادة المتعاقدين ، ومفهومة لديهم ، من دون شك ولا احتمال لمضى آخر كالعدة والمساومة ، ولا يضر بعد هذا أن تكون لفظاً أو كتابة أو اشارة أو فعلاً لان المنظور اليه في الصيغة كونها كاشفة ومظهرة لارادة المتعاقدين ، وليس المنظور اليه وسائل هذا الاظهار وذاك الكشف .

٣٢٥ - التعبير عن الارادة باللفظ ، او الصيغة اللفظية :

اللفظ هو الاداة الطبيعية للتعبير عن الارادة ، وينعقد به أي عقد بلا

(٢) البدائع للكاساني ج ٢ ص ٢٣١ - ٢٣٢ ، فتح القدير ج ٢ ص ٤٢٨ ، كشاف القناع ج ٢ ص ٢٣٨ - ٢٣٩ ، نهاية المحتاج ج ٢ ص ١٩٢ - ١٩٣  
(٣) الاستاذ محمد سلام مذكور ، تاريخ التشريع الاسلامي ومصادره ص ٤١٠ ، الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص ٢٦١ .

استثناء ، ومن ثم كانت له منزلة عظيمة عند الفقهاء ، فهو أثر عندهم من غيره ، ومقدم على ما سواه من وسائل التعبير عن الإرادة . ولا غرابة في هذا ، فان البشر عرفوا اللفظ - كأداة للتعبير عن ارادتهم - قبل أن يعرفوا وسائل التعبير الأخرى من كتابة ونحوها ، فأجروا به عقودهم قبل أن يجروها بغيره . وفضلا عن ذلك ، فان للفظ مزايا عديدة ، فهو أدل من غيره على شخصية المتكلم وحقيقة ارادته ومجموع نفسه<sup>(١)</sup> . ولا يشترط لانعقاد العقد باللفظ الا أن يكون واضح الدلالة على الإرادة ، ولا يهم بعيد ذلك أن يكون باللغة العربية أم غيرها ما دام العاقدان يفهمانها ، كما لا يهم أن تكون باللغة العامية أو الفصحى ، بهذا الأسلوب أو ذاك ، بهذه الكلمة أو تلك . ولم يختلف الفقهاء في هذا الأصل الا في عقد النكاح ، فعند فريق من الفقهاء ، كالشافعي ، لا ينعقد عقد الزواج الا بلفظي : النكاح والزواج وما اشتق منهما ، وهذا بحق من يحسن اللغة العربية ، أما بالنسبة لمن لا يحسنها فان عقد النكاح ينعقد باللفظ الذي يؤدي هذا المعنى<sup>(٢)</sup> . وحجة هذا الرأي ان عقد النكاح ليس كسائر العقود الأخرى ، لانه عقد عظيم الخطر شرع لاغراض عظيمة ، كتكوين الأسرة وتكثير النسل ، وثما فيه من معنى العبادة لله بتكثير من يعبدونه في العالم<sup>(٣)</sup> . ولكن الحنفية ومن وافقهم لا يذهبون الى هذا الرأي ، فعندهم لا يقتصر انعقاد النكاح بهذين اللفظين فقط ، بل يجوز انعقاده بألفاظ أخرى على معنى الزواج . لا احتمالها هذا المعنى ووجود قرينة تنفي عنها ارادة غير معنى الزواج . وهذا الرأي هو ما نرجحه ، ذلك ان ما استدل به أصحاب الرأي الأول ليس بالدليل الكافي لما ذهبوا اليه ، فالزواج في القرآن الكريم كما ورد بهذين اللفظين ورد أيضا بغيرهما كالهبة ، قال تعالى : « وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي ان

(١) التعبير عن الإرادة ، للدكتور وحيد الدين سوار ص ٢٧٥ .

(٢) الاستاذ محمد سلام مذكور ص ٥٢٥ . الاستاذ محمد

مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص ٦٦٢ .

(٣) الفقه الاسلامي ، للدكتور محمد يوسف موسى ، ص ٣٢٩ .

أراد النبي أن يستكبحها خالصة لك من دون المؤمنين \* وأما قولهم ان الزواج فيه معنى العبادة ، فهذا قول ضعيف ، فان التصديق والاعتناق اظهر في التعدد من الزواج ، ولا خلاف في جوازهما بأي لفظ يظهر ارادة التصديق والاعتناق<sup>(١)</sup> .

٣٢٦ - وأدل الالفاظ على ارادة انشاء العقد صيغة الفعل الماضي مثل بعث ، ورهنت ، لدالاتها القاطعة على تحقق ارادة العاقد ، أو هي كما يقول الأستاذ الدكتور السنهوري : « ان صيغة الماضي هي المظهر الواضح للتعبير عن الارادة في مرحلتها النهائية » ارادة قد جاوزت دور التردد والتفكير والمفاوضة والمساومة الى دور الجزم والقطع والبث والحسم »<sup>(٢)</sup> . أما صيغة المضارع والامر مثل : أبيعك ، وبغني فتصلحان لانعقاد العقد ان اقترن بهما ما يدل على ان المراد هو انشاء العقد في الحال وليس المراد بهما شيئاً آخر كالمساومة والوعد ونحو ذلك . ومثل ذلك أيضا استعمال الجمل الاسمية مثل أنا بائع ، أو استعمال كلمة (نعم) في القبول كقول القائل : بعثك ، فيقول الآخر : نعم . فالمنظور اليه في الصيغة اللفظية وضوح دلالة الالفاظ على ارادة انشاء العقد في الحال وصلاحيها لان تكون ايجابا وقبولا وعدم احتمالها معنى آخر<sup>(٣)</sup> .

### ٣٢٧ - التعبير عن الارادة بغير اللفظ :

وكما ينعقد العقد باللفظ ينعقد بشيئه أيضا بما يدل على ارادة انشاءه . وهذه المظاهر الخارجية غير اللفظ التي تصلح للتعبير عن الارادة ، ومن ثم ينعقد بها العقد ، هي : الكتابة والاشارة ، والافعال ، والسكوت ، وتتكلم عن كل واحدة منها بكلمة موجزة .

(١) الأستاذ محمد سلام مذكور ، المرجع السابق ، ص ٥٢٥ .  
(٢) مصادر الحق في الفقه الاسلامي للدكتور السنيهوري ، ص ١٥٥ .  
(٣) الأستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ٦٢ - ٦٣ . وانظر المادة ٧٧ من القانون المدني العراقي .

### ٣٢٨ - الكتابة :

الكتابة هي الوسيلة الثانية للتعبير عن الإرادة ، فالكتاب كالخطاب ، كما يقول الفقهاء ، فينقذ بها العقد بأية لغة كانت ما دام العاقدان يفهماها ، وسواء أكان الإيجاب والقبول بهما ، أم كان أحدهما كتابه والآخر شفاه ، وسواء أكان ذلك ممن يستطيع النطق أم ممن لا يستطيعه . ولم يستثن الفقهاء ممن أفلأه الأ عقد النكاح ، فلا ينقذ هذا العقد بالكتابة عند حضور الطرفين إلا بعد العجز عن النطق<sup>(١)</sup> . ولكن إذا كان التعاقد في الزواج بين غائب وحاضر صح الإيجاب بالكتابة على أن يكون القبول باللفظ فلا يكفي فيه الكتاب وحدها<sup>(٢)</sup> .

### ٣٢٩ - الإشارة :

ينقذ العقد بإشارة الأخرس المفهومة سواء أكان خرسه أصليا بأن ولد هكذا ، أم كان طارئا ووقع اليأس من كلامه<sup>(٣)</sup> . وإذا كان الأخرس يعرف الكتابة ، فقد قال بعض الفقهاء بعدم اعتبار اشارته لأن الكتابة أدل على التعبير عن إرادته وهو قادر عليها فلا يتحول عنها إلى الإشارة . وقال البعض الآخر تعتبر اشارته ما دامت منهومة اذ هي كالكتابة في الدلالة على الإرادة فلا يمنع منها<sup>(٤)</sup> . أما القادر على النطق ، فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم اعتبار اشارته . وعند بعضهم ، كالمالكية ، تعتبر اشارته لأنها كاللفظ وسيلة صحيحة من وسائل التعبير عن الإرادة<sup>(٥)</sup> .

### ٣٣٠ - الأفعال :

وكما ينقذ العقد بما ذكر من لفظ وكتابة وإشارة ، ينقذ أيضا بفعل

---

(١) الكاساني ، المرجع السابق . ج ٥ ص ١٣٨ . والاستاذ علي الخنفسار ، المرجع السابق . ص ٦٣ .  
(٢) الدر المختار ج ٢ ص ٧٢ . والاستاذ مذكور ، المرجع السابق ، ص ٥٣٧ .

(٣) الكاساني ج ٥ ص ١٣٥ .

(٤) الاسماء والنفائز لأبي نجيم وحاشية الحموي ص ١٨٨ .

(٥) إل . ح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ج ٣ ص ٣ ، مواهب الجبل للخطاب ج ٢ ص ٢٢٩ . انظر المادة ٧٩ من القانون المدني العراقي .

يباشره التعاقدان، أو أحدهما، ما دام ذلك الفعل دالا على إرادة إنشاء العقد، دون أن يلفظا بإيجاب وقبول . ويكون هذا في البيع فيسمى بيع المعاوضة ، كما يكون في الإجارة وغيرها من ضروب المعاملات المالية<sup>(٢)</sup> . ومن الأمثلة على ذلك أن يسلمك صاحب الخبز رغيفا بعد أن تسلمه ثمنه المعروف ، أو تدخل الحمام ثم تدفع أجرته ، أو تركب سيارة النقل وتدفع أجرتها المقررة فالعقد في هذه الأمثلة يتعقد بفعل يباشره التعاقدان دون تلفظ بإيجاب وقبول . وقد اختلف الفقهاء في صلاحية الفعل للتعبير عن الإرادة وانعقاد العقد به ، فمنهم من منع ذلك ، كالشافعية ، ومنهم من أجاز به بحدود ضيقة جدا كما لو جرى به العرف ، كالزيدية ، ومنهم من توسع فيه ، بل وأجاز مطلقا ، كالحنابلة والمالكية<sup>(٣)</sup> . وهذا الرأي الأخير هو ما نرجحه ، فالفصل صالح للتعبير عن الإرادة ، لأن انعقاد العقود يقوم على توافر إرادتي العاقدين على إنشاء العقد ، فكل ما يدل على هذا المعنى دلالة واضحة من قول أو فعل يكفي لانعقاد العقد ، وفي هذا يقول الإمام ابن تيمية : « أنها - أي العقود - تتعقد بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل ، فكل ما عده الناس بيما وإجارة فهو بيع وإجارة وإن اختلف اصطلاح الناس في الألفاظ والأفعال وانعقد العقد عند كل قوم بما يفهمونه من الصيغ والأفعال وليس لذلك حد مستقر لا في شرع ولا في لغة ، بل يتنوع بتنوع اصطلاح الناس كما تنوع لغاتهم . . . ولا يجب على الناس التزام نوع معين من الاصطلاحات في المعاملات ولا يحرم عليهم التعاقد بغير ما يتعاقد به غيرهم إذا كان ما تعاقدوا

(٢) الدكتور محمد يوسف يوسف ، المرجع السابق ، ص ٣٣٢ ، الدكتور وحيد الدين سوار ، المرجع السابق ، ص ٢٣٤ - ٢٣٥ .  
(٣) الدردير والدسوقي ، المرجع السابق ، ج ٣ ص ٣ ، مواهب الجليل للحطاب ج ٤ ص ٢٢٨ ، الروض النضير ج ٣ ص ٢٥٠ - ٢٠٦ ، فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٢٦٧ - ٢٦٨ . ويلاحظ هنا أن الفقهاء متفقون على عدم جواز انعقاد عقد الزواج بالأفعال ولو من جانب واحد لما يجب فيه من الاحتياط لخطره وعظيم أثره ، وتمييزا له عن المخادنة والسفاح .: الاستاذ المذكور ، المرجع السابق ، ص ٥٤٠ ، والاستاذ وحيد الدين سوار ، المرجع السابق ، ص ٢٣٨ .

به دالا على على مقصودهم ... الى أن قال : وقاعدة ان العقود تصح بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل هي التي تدل عليها أصول الشريعة وهي التي تعرفها القلوب وذلك ان الله سبحانه قال : « الا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم » ، فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه ، فتلك الآية في جنس المعاوضات وهذه من جنس التبرعات ولم تشترطا لفظا معينا ولا فعلا معينا يدل على التراضي وعلى طيب النفس ... الى أن قال : وأما السنة والاجماع فمن تتبع ما ورد عن النبي (ص) والصحابة والتابعين من أنواع المبيعات والمؤاجرات والتبرعات فهم ضرورة انهم لم يكونوا يلتزمون الصيغة من الطرفين .. فمن ذلك ان رسول الله (ص) بنى مسجده والمسلمون بنوا المساجد على عهده وبعد موته ولم يؤمر أحد أن يقول وقفت هذا المسجد .. وكان يسأل فيعطى أو يعطى من غير سؤال فيقبض المعطى ويكون الاعطاء هو الايجاب والاخذ هو القبول ... (١) .

### ٣٣١ - السكوت :

الاصل ان التعبير عن الارادة يكون بشيء ايجابي من لفظ أو كتابة أو اشارة أو فعل على النحو الذي يناء ، ولا يكون التعبير بشيء سلبي محض . ولكن السكوت ، في بعض الاحيان ، يكون صالحا للتعبير عن الارادة ، اذا حفت به ظروف وملابسات خاصة ، فينقصد العقد على هذا الاساس بايجاب من أحد طرفي العقد وسكوت من الطرف الآخر . فالسكوت ، في هذه الحالات ، يصلح للتعبير عن ارادة القابل لا الموجب لان الايجاب ، كما يقول الدكتور السنهوري ، لا يمكن أن يستخلص من محض السكوت (١) . وعلى هذا الاساس جاءت القاعدة الفقهية « لا ينسب الى ساكت قول ، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان » . ومن أمثلة اعتبار السكوت قبولا :

(١) الفتاوى للامام ابن تيمية ج ٣ ص ٢٦٧ - ٢٧٤ وانظر أيضا  
اعلاه الموقعين لابن قيم الجوازية ج ١ ص ١٨٩ ، ٢٥٢ .  
(١) مصادر الحق للسنهوري ج ١ ص ١٣٠

سكوت البكر عند استئذائها من قبل وليها في الزواج ، يعتبر قبولا منها .  
وسكوت المتصدق عليه عند اعطائه الصدقة يعتبر قبولا لها . وسكوت  
الموقوف عليه يعتبر قبولا منه للوقف وان كان يرتد برده<sup>(٢)</sup> .

## المبحث الثالث

### الادارة الباطنة والارادة الظاهرة

٣٣٣ - عرفنا مما تقدم ان الارادة هي الاساس في انشاء العقود .  
ولكن لما كانت ارادة الانسان أمرا مستترا باطنيا لم يكن في الامكان الاعتماد  
على هذه الارادة الباطنة ، والتي يسميها الفقهاء بالنية ، في انشاء العقود ، وانما  
كان الاعتماد في ذلك على ما يدل عليها ويظهرها من لفظ أو فعل وهو ما  
سميناه بالايجاب والقبول الذين يكونان صيغة العقد ، وهذه هي الارادة  
الظاهرة ، وعلى أساسها يتكون العقد في الخارج وتترتب عليه آثاره . وانما  
كان التمويل على هذه الارادة الظاهرة في انشاء العقود لانها تعبر عن الارادة  
الباطنة وتكشفها ، ولهذا وجب أن تكون مطابقة لها تماما حتى ينشأ العقد .  
٣٣٣ - ولكن قد يحدث أن يصدر عن الشخص قول ، أو ما يقوم  
مقامه ، ولا يعبر هذا القول عن ارادة صحيحة يعتد بها ، أو لا يطابق هذا  
القول الارادة الباطنة . فهل نعتبر في هذه الحالة القول ، أي العبارة ، أو  
ما يقوم مقامها ، ونحكم بنشوء العقد ، أم نهدر هذه العبارة ونعتد بالارادة  
الباطنة وعلى أساسها نحكم بنشوء العقد أو عدم نشوئه ؟ للجواب على هذا  
السؤال لا بد من بيان الحالات التي يظهر فيها عدم مطابقة العبارات للارادة  
الباطنة ، أو يوجد في احدهما خلل مع بيان حكم كل حالة على حدة :

### ٣٣٤ - الحالة الاولى :

إذا صدرت العبارة من غير قصد الى التلفظ بها ، كما في عبارة النائم  
والمجنون والصبي غير المميز ، ففي هذه الحالة لا عبرة بها ولا ينشأ بها

(٢) الاشباه والنظائر لابن نجيم وحاشية الحموي ص ٧٨ ، ٧٩ .

عقد ، اذ لا ارادة لهؤلاء ، وانما اعتبرت العبارة لكونها دليلا معبرا عما في النفس ، فاذا لم توجد ارادة باطنة لاتكون لها دلالتها فينتفي عملها وتهمل<sup>(١)</sup> .  
أما عبارة السكرن ، فان كان سكره بطريق مباح كما لو شرب المسكر جهلا به أو اضطرارا أو اكراها ، ففي هذه الحالة لا تعتبر عبارته . ولكن اذا كان سكره بتناول المسكر عن علم به فقد اختلف الفقهاء في اعتبار عبارته . فذهب بعضهم الى اعتبارها وانعقاد العقد بها عقوبة له وزجرا . وذهب البعض الآخر الى اهدارها وعدم الاعتداد بها ، لان السكران لا قصد له فلا تكون عبارته معبرة عن ارادة فتهمل وتعتبر لغوا لا قيمة لها . وهذا القول هو الراجح<sup>(٢)</sup> .

#### ٣٣٥ - الحالة الثانية :

اذا صدرت العبارة مع قصد التلفظ بها من غير فهم لمعناها كما لو لقن أعجمي عبارة باللغة العربية تفيد بالايجاب فقال الآخر : قلت . ففي هذه الحالة لا تكون ل عبارة الاعجمي قيمة ولا تعتبر ايجابا اذ ليس وراءها ارادة تعبر عنها ، فلا يعتد بها ولا ينقذ بها عقد ولا تصرف .

#### ٣٣٦ - الحالة الثالثة :

اذا صدرت العبارة مع قصد التلفظ بها وفهم معناها ولكن من غير قصد لانشاء عقد بها وانما لغرض آخر كالحفظ والتعليم ، ففي هذه الحالة تهمل هذه العبارة ولا ينقذ بها أي تصرف .

#### ٣٣٧ - الحالة الرابعة :

صدور العبارة خطأ : أي من غير قصد التلفظ بها ولا ارادة معناها ،

---

(١) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ٦٤ .  
(٢) أنظر أدلة القولين بشيء من التفصيل في : زاد المعاد ج ٢ ص ٢٠٢ - ٢٠٣ ، أعلام الموقعين ج ٤ ص ٤٠ - ٤٢ ، المغني ج ٧ ص ١١٣ - ١١٤ ، المهذب للشيرازي ج ٢ ص ٨٢ ، المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢٠٩ - ٢١١ ، البدائع للكاساني ج ٣ ص ٦٩ ، كشف الاسرار ج ٤ ص ٤٧٤ ، التلويح ج ٢ ص ١٨٥ - ١٨٦ ، مختصر الطحاوي ص ٢٨٠ ، الخلاف للطوسي ج ٢ ص ٤٥٤ ، المختصر النافع ص ٢٤١ .

اذ الخطأ هو وقوع الشيء على غير ارادة من وقع منه . كما لو أراد رجل أن يقول لزوجته أنت عالة فجرى على لسانه على غير قصد منه أمت طالقة<sup>(١)</sup> . في هذه الحالة تهمل العبارة وتعتبر لغوا ، لان اللفظ انما اعتبر لدلالته على قصد المتكلم و ارادته لمعناه وموجبه ، فاذا انتفى هذا القصد كان الكلام لغوا لا قيمة له<sup>(٢)</sup> . ويؤيد هذا الرأي الحديث الشريف : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »<sup>(٣)</sup> .

#### ٣٣٨ - الحالة الخامسة :

صدور العبارة على سبيل الهزل : بمعنى ان الشخص يتكلم بالعبارة قاصدا التلغظ بها من غير ارادة انشاء عقد بها . فالهزل يتكلم بالكلام باختياره وهو عالم بمعناه من غير قصد لموجبه أي من غير ارادة الحكم المترتب عليه<sup>(٤)</sup> . وقد اختلف الفقهاء في صحة عبارة الهازل ، فذهب بعضهم الى صحتها وانقاد العقد بها في التصرفات التي لا يبطلها الهزل وهي النكاح والطلاق والرجعة والعناق ، لورود الحديث فيها ، وهو « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق والرجعة » وفي رواية - والعناق ، وما عدا هذه التصرفات ، من سائر العقود ، فانها تبطل بالهزل . أي لا تنعقد بعبارة الهازل . وذهب البعض الآخر من الفقهاء الى صحة عبارة الهازل وانقاد جميع العقود بها قياسا على صحة عبارته في العقود والتصرفات التي لا يبطلها الهزل . ومن فرق بين النوعين احتج بالحديث الذي ذكرناه واقتصراره على هذه التصرفات فقط ، وبأن في هذه التصرفات المستثناة حقا لله تعالى وما كان كذلك لا يجوز لاحد أن يهزل فيه ، فاذا جاء بالعبارة التي من شأنها افادة انشاء هذه التصرفات ، نشأ التصرف وثبت الحكم وان لم

- 
- (١) الاستاذ أحمد ابراهيم ، المرجع السابق ، ص ٧٨  
(٢) تحفة المحتاج لابن حجر ج ٣ ص ٣٦٦ - ٣٦٨ ، اعلام الموقعين ج ٣ ص ٥٥ و ج ٤ ص ٧٢ ، منهاج الصالحين للمجتهد محسن الحكيم ص ١٨٢ .  
(٣) سبيل السلام للصنعاني ج ٣ ص ٢٣  
(٤) كشف الاسرار ، شرح اصول البزدوى ، ج ٤ ص ١٤٧٧

يقصده كما لو نطق بكلمة الكفر ، لان الانسان لا يجوز له أن يهزل مع ربه ولا بآياته ، وهذا بخلاف التصرفات المالية التي هي محض حق العباد فانها تفسد بالهزل ولا يثبت بها حكم ولا ينقذ بها عقد لعدم قصد الهازل بعبارته انشاء عقد ، ولان الانسان قد يهزل مع غيره فلا يثبت الحكم ولا ينقذ العقد بغير قصده ورضاه<sup>(١)</sup> وهذا القول هو الراجح .

#### ٣٣٩ - الحالة السادسة :

صدور العبارة بالاكراه . والاكراه هو حمل الغير على أمر يمتنع عنه بتهديده بأذى لا يحتمله ويقدر الحامل على ايقاعه ويصير الغير خائفا به<sup>(٢)</sup> . وعبارة المكره - اذا ما توافرت شروط الاكراه - لا قيمة لها عند جمهور الفقهاء لانها لم تصدر عن قصد صحيح واردة سليمة ، وانها صدرت بقصد دفع الاذى عن قائلها . وعند الحنفية تعتبر عبارة المكره وينقذ بها العقد وتترتب عليه آثاره في العقود والتصرفات التي لا يبطلها الهزل وهي النكاح والطلاق والرجعة والعتاق ، أما في غير هذه التصرفات فقد ذهب الاحناف الى عدم اعتبارها صحيحة فلا تترتب عليها آثارها في الحال ولكن اذا أجازها المكره بعد زوال الاكراه تترتب عليها آثارها<sup>(٣)</sup> . وقول الجمهور هو الراجح .

#### ٣٤٠ - الحالة السابعة :

اذا صدرت العبارة وهي تفيد بوضعها انشاء عقد معين ولكن قصد بها القائل انشاء عقد آخر وقامت القرائن على هذا القصد ، ففي هذه الحالة

---

(١) المدونة الكبرى ج ٢ ص ١٦١ ، الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣ ، اعلام الموقعين ج ٣ ص ١٠٩ - ١١١ .  
(٢) كشف الاسرار ج ٤ ص ١٥٠٣ .  
(٣) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ٦٧ - ٦٨ . وانظر تفصيل أدلة القولين في : الام للشافعي ج ٣ ص ٢٠ ، وأعلام الموقعين ج ٣ ص ١٠٨ و ج ٤ ص ٤٣ - ٤٤ ، والكاساني ج ٧ ص ١٨٢ - ١٨٤ ، وراد المعاد ج ٢ ص ٢٠٠ ، المغني ص ١١٨ ، المهذب ج ٢ ص ٨٣ ، الخلاف للطوسي ج ٢ ص ٤٥٣ ، منهاج الصالحين ج ٢ ص ١٨٢ .

تكون العبارة معتبرة وينعقد بها العقد المقصود لأن العبارة في العقود للمعاني لا للالفاظ والمياني • وعلى هذا لو قال شخص لآخر وهبتك فرسي بمائة دينار وقال الآخر قبلت كان العقد بيعا لا هبة •

#### ٣٤١ - الحالة الثامنة :

إذا صدرت العبارة بقصد انشاء العقد الذي تفيد هذه العبارة ولكن بقصد تحقيق غرض مباح شرعا كما لو باع غنبة لمن يعصره حسرا ، أو باع السلاح لقطاع الطرق أو المتمردين العصاة • فمن الفقهاء من غلب جانب الارادة الظاهرة ، أي العبارة ، وقال مانعقاد العقد اذا ما بوافرت أركان العقد وشروطه • ومن الفقهاء من غلب جانب الارادة الباطنة فأبطل العقد لبطان هذه الارادة المتجهة الى تحقيق غرض غير مشروع ولم يستند بالمظهر الخارجي للعقد •

وحجة القائلين بتغليب الارادة الظاهرة أن الاحكام في الدنيا تبنى على ما يظهره الانسان لا على ما يبطنه أي على ظاهر الفاظه وعبارته لا على نيته وباعثه على انشاء العقد ، فنحن يجب أن نحكم بالظاهر والله سواي السرائر ، وفي هذا يقول الامام الشافعي ، وهو يحتج لهذا القول ، « أصل ما أذهب اليه أن كل عقد كان صحيحا في الظاهر لم أبطله بتهمة ولا بعادة من المتبايعين وأجزته بصحة الظاهر ، وأكره لهما النية اذا كانت النية لو ظهرت كانت تفسد البيع » (١) •

وحجة القائلين بتغليب الارادة الباطنة أن النيات في العقود لا يجوز اغفالها ولا اهدارها ، لأن المقاصد معتبرة في العقود والتصرفات كما هي - معتبرة في العادات ، وعلى هذا دل القرآن ، كما في قوله تعالى في النهي عن وصية الضرار : « من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار » فإذا أوصى ضرارا كان ذلك حراما وكان لورثته ابطال هذه الوصية وحرم على الموصي له أخذ

(١) الام للشافعي ج ٣ ص ٦٥ ، وانظر أيضا الام ج ٥ ص ٧١ ، و ج ٦ ص ٢٢ •

الموصى به بدون رضاهم • ومن السنة • انما الاعمل بالنيات وانما لكل امرئ ما نوى • الخ • فهذا الحديث أصل في ابطال الاحتياط والوصول الى المحرمات والاغراض الفاسدة بالعقود والتصرفات التي ظاهرها الحل والصحة • ويؤيد هذا الرأي أيضا ان الالفاظ انما اعتبرت لدلالاتها على المقاصد • فاذا ظهر القصد كان الاعتبار له وتقييد اللفظ به وترتيب الحكم على أساسه • أما اذا لم يظهر القصد وظل الباعث مستترا فان الواجب في هذه الحالة التقييد بالظاهر وحمل الكلام على ما يدل عليه هذا الظاهر<sup>(١)</sup> •

### القول الرابع :

والرابع من القولين هو القول الثاني ، فالعبرة بالارادة الباطنة لا بالارادة الظاهرة اذا ما ظهرت وانكشفت ، وعلى هذا دلت السنة النبوية ، فقد جاء في الحديث الذي رواه الامام البخاري عن أبي حميد الساعدي أنه قال : استعمل رسول الله (ص) رجلا على صدقات بني سليم يدعى ابن اللثية • فلما رجع قال للنبي (ص) : هذا ما جئته من الزكاة وهذا اهدي الي • فقال النبي (ص) ما معناه : فهلا جلست في بيت أبيك وأملك حتى تأتيك هديتك • ثم قام النبي (ص) خطيبا فحمد الله وأثنى عليه ثم قال : أما بعد فاني استعمل الرجل منكم على العمل مما ولاني الله فيأتي فيقول : هذا مالكم وهذا هدية أهديت لي ، أفلا جلس في بيت أبيه وأمه حتى يأتيه هديته • والله لا يأخذ أحد منكم شيئا بغير حقه الا لقي الله يحمله يوم القيامة • الخ<sup>(٢)</sup> • ففي هذا الحديث أكبر الدلالة على اعتبار دلالة الحال على النية المستترة والباعث الخفي ولو لم يدل عليه لفظ في العقد •

---

(١) اغائة اللهفان ج ٢ ص ٢٩٥ ، اقامة الدليل على ابطال التحليل لابن تيمية ص ٢٢ وما بعدها ، أعلام الموقعين ج ٣ ص ٨٤ •  
(٢) صحيح البخاري ج ٩ ص ٢٨ ، وفتح الباري بشرح صحيح البخاري للعسقلاني ج ١٣ ص ١٤٤ •

وقد ترتب على هذا الخلاف بين القولين خلاف في أحكام بعض المسائل ،  
من ذلك : نكاح المريض مرض الموت بقصد الاضرار بالورثة بادخال وارث  
جديد عليهم • فهي لا ترث من زوجها أخذًا بالنية حسب الرأي الثاني ،  
وترث أخذًا بالارادة الظاهرة حسب الرأي الاول • وكذلك بيعوع الآجال  
كمن يبيع سلعة بتمن مؤجل ثم يشتريها من مبتاعها بتمن أقل من الاول  
تقدا ، فهو صحيح اذا أخذنا بالارادة الظاهرة ، وباطل اذا أخذنا بالارادة  
الباطنة • ومثله أيضا نكاح المحلل باطل اذا أخذنا بالنية وصحيح اذا لم  
نأخذ بها<sup>(١)</sup> •

---

(١) أنظر في هذه المسائل ونحوها : شرح الزرقاني على موطأ مالك ،  
وتنوير الحوالك شرح موطأ مالك للسيوطي ج ١ ص ٧ ، والمدونة الكبرى ج ٢  
ص ١٣٣ ، ١٧١ ، و ج ٣ ص ٣٩٩ وما بعدها ، والمحلى ج ٩ ص ٢٩ و ج ١٠  
ص ٢٥ وما بعدها ، والمقدمات لابن رشد ج ٣ ص ١٨١ - ١٨٢ ، وبداية  
المجتهد ج ١ ص ١١٧ - ١١٩ ، والمغني ج ٦ ص ٣٢٦ ، ومكشاف القناع ج ٢  
ص ٥ ، و ج ٣ ص ٥١ ، وابطال التحليل لابن تيمية ص ٤ - ٦ ، وسبل السلام  
ج ٣ ص ٥٢ ، والام ج ٣ ص ٣١ - ٣٢ •

## الفصل الثاني

### محل العقد

٣٤٢ - محل العقد :

هو ما وقع عليه التعاقد ويظهر فيه أثر العقد وأحكامه • وهو يخلف باختلاف العقود ، فقد يكون عينا مالية كما في بيع ساعة أو سيارة في عقد البيع ، وقد يكون منفعة ، كمنفعة الدار المستأجرة في عقد الاجارة • وقد يكون عملا كما لو تعاقد شخص مع طيب على اجراء عملية ، وكما في عمل المزارع والمضارب في عقد المزارعة وعقد المضاربة •

٣٤٣ - شروطه :

يشترط في الشيء ليصلح أن يكون محلا للعقد جملة شروط ، ذكرها الفقهاء ، وكلها ترجع ، في الحقيقة الى قابلية المحل لحكم العقد شرعا ، والى خلود من كل ما يفضي الى نزاع بين طرفي العقد • وهذه الشروط ، على ما ذكرها الفقهاء ، هي :

٣٤٤ - أولا : أن يكون قابلا لحكم العقد شرعا :

ذلك ان لكل عقد أحكاما وآثارا معينة تظهر في العقود عليه ، أي في المحل ، فاذا لم يكن قابلا لها كان العقد باطلا • وعدم قبول المحل لحكم العقد يرجع الى نهى الشارع عنه ، كما في نهيه عن بيع الميتة مطلقا ، وعن التعامل بالخمر والخنزير بالنسبة للمسلمين<sup>(١)</sup> ، وكنهيه عن نكاح المحرمات على وجه التأييد مثل زواج الاخ بأخته والابن بأمه • وقد يرجع الى أن

---

(١) أما بالنسبة لغير المسلمين فان الخمر والخنزير مآل متفهوم يحوز التعامل فيه : كتابنا أحكام الذميين والمستأمنين ص ٥٦٧ •

حكم العقد يتنافى وطبيعة هذا المحل أو لما خصص له ، فالخضراوات التي يتسارع اليها الفساد لا تصلح أن تكون رهنا لأن حكم الرهن ، وهو حبس المرهون لا يمكن استيفاء الدين منه عند عدم الاداء ، لا تقبله هذه الاموال<sup>(١)</sup> ، وكذا الانهار العامة والطرق العامة لا تصلح أن تكون محلا لعقد البيع مثلا لمنافاة حكم هذا العقد لما خصصت له هذه الاموال العامة .

#### ٣٤٥ - ثانيا - وجوده حين العقد :

وهذا الشرط في الحقيقة ليس على اطلاقه ولا هو عند جميع الفقهاء ، اذ أن فيه اختلافا وتفصيلا . وجملة القول فيه ان المدوم الذي يستحيل وجوده في المستقبل لا يصلح أن يكون محلا للعقد ولا خلاف في هذا ، كما لو تعاقد شخص مع آخر على حصاد زرع أو تلقيح نخله أو نقل أثنائه ، فتبين ان الزرع أو النخل أو الاثاث قد احترق قبل العقد<sup>(٢)</sup> ، وفي هذه الحالة يكون العقد باطلا ولا يترتب عليه أثر ، وبهذا أخذ القانون المدني العراقي<sup>(٣)</sup> . ولا يشترط وجود المحل عند التعاقد اذا كان منفعة ، وانما الشرط امكان وجودها في المستقبل<sup>(٤)</sup> . ويعلل الفقهاء عدم اشتراط وجود المنفعة عند العقد بأن المنفعة بطبيعتها لا تحدث دفعة واحدة ، وانما تحدث آنا بعد آن وشيئا بعد شيء ، ولهذا صحت عقود الاجارة والمزارعة والمفارسة ونحو ذلك مع عدم وجود المنفعة محل هذه العقود وقت التعاقد ، ولا خلاف في هذا أيضا بين الفقهاء . ولكن اذا كان محل العقد عينا مالية فقد اختلف الفقهاء في شرط وجودها عند العقد ، فذهب أكثر الفقهاء الى اعتبار هذا الشرط في جميع العقود ، معاوضات كانت أو تبرعات الا ما استثنى كبيع

- (١) الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص ٣٠١ .
- (٢) الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص ٣٠٢ .
- (٣) نصت الفقرة الاولى من المادة ١٢٧ من القانون المدني العراقي على انه « اذا كان محل الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة كأن العقد باطلا » .
- (٤) جاء في المادة ١٢٦ من القانون المدني العراقي : « ويصح أن يكون المحل مالا ، عينا كان أو دينيا أو منفعة .... » .

السلم ، والقاعدة عندهم هي : بيع المذموم لا يجوز • والحجة لهذا الرأي ان للعقد آثارا تظهر في العقود عليه ، ولا يمكن ان تظهر هذه الآثار في معدم لا وجود له • وكذلك لا يصح عندهم بيع ما لا يتيقن وجوده ، أي ما له خطر العدم ، فلا يجوز بيع اللبن في الضرع ، ولا تاج الحيوان قبل الولادة ولا الثمر قبل ظهوره ، لأن محل العقد ، في هذه الحالات ، غير موجودة على وجه اليقين ، بل هو على خطر العدم ، فلا يجوز التعاقد عليه<sup>(١)</sup> • وعند بعض الفقهاء كالمالكية يجوز أن يكون المذموم محلا للعقد بشرط إمكان وجوده في المستقبل ، وهذا في عقود التبرعات كالهبة والوقف ، والعلّة في هذا الجواز عدم إفضائه إلى النزاع • كما أجازوا بيع المخضرات بظهور بعضها كالباذنجان والبطيخ ، وعللوا ذلك بأنها لا تظهر دفعة واحدة وإنما تظهر شيئا بعد شيء فلو لم يجز بيع الكل عند ظهور البعض لوقع الناس في الحرج ، والخرج مرفوع بحكم الشريعة<sup>(٢)</sup> • وعند الحنابلة ، لاسيما شيخ الاسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم ، يجوز أن يكون محل العقد معذوما وقت التعاقد اذا لم يكن فيه غرر أي اذا كان مقدور التسليم ، فالغرر ، أي عدم القدرة على التسليم ، هو المانع من صلاحية الشيء للتعاقد عليه لا كونه معذوما • والشارع نهى عن بيع الغرر ، سواء أكان المبيع موجودا أو معذوما ، فاذا كان المذموم ممكن الوجود عادة في المستقبل ويقدر على تسليمه جاز أن يكون محلا للعقد • واذا كان موجودا وقت العقد ولا يقدر على تسليمه لم يصح التعاقد عليه • وعلى هذا أباح الشارع الاجارة والمساقاة وبيع الثمر قبل بدو صلاحه لعدم الغرر فيه • ولم يجز بيع الحيوان الشارد الذي لا يقدر على تسليمه وان كان موجودا. وقت العقد • فالعلة اذن الغرر لا كون الشيء موجودا أو معذوما • وما ورد عن النبي (ص) من النهي عن بيع المذموم كما في حديث : « لا تبع ما ليس عندك » محمول على عدم القدرة على التسليم

(١) الدكتور محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ، ص ٣٥٧ •

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٣٠ ، والدكتور محمد يوسف موسى ،

المرجع السابق ، ص ٣٥٧ •

لا على كونه معدوما<sup>(١)</sup> . وهذا هو الذي يبدو راجحا . وبه أخذ القانون المدني العراقي<sup>(٢)</sup> .

٣٤٦ - ثالثا أن يكون معلوما :

ويشترط في المحل أن يكون معروفا لدى العاقدین ، بحيث لا تكون فيه جهالة تفضي الى النزاع ، لان الشريعة الاسلامية تحرص على سد منافذ النزاع وأسبابه بين المتعاقدين ، ولهذا اشترطت أن يكون معلوما . ويتحقق العلم بالمحل بتعيينه بالاشارة أو بالرؤية ، أو ببيان جنسه ونوعه ووصفه اذا كان من الاموال المثلية . فاذا لم يكن معلوما لدى العاقدین أو كانت فيه جهالة فاحشة كالجهالة بجنس المحل أو نوعه أو وصفه ، كما لو قال بعتك مالا أو حيوانا أو ساعة أو خنعة أو راديو ونحو ذلك كان المحل مجهولا جهالة فاحشة فلا ينقد العقد . قد أخذ القانون المدني العراقي بهذا الشرط فاشترط أن يكون محل العقد بعينا تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالاشارة اليه أو ببيان الاوصاف المميزة له مع ذكر مقداره ان كان من المقدرات أو بنحو ذلك مما تنفي به الجهالة الفاحشة . فان لم يتعين على هذا الوجه كان العقد باطلا<sup>(٣)</sup> . ولكن لو كانت الجهالة بالمحل يسيرة لا تفضي الى النزاع وجرى العرف بالتسامح فيها لم تؤثر في انعقاد العقد ، كما لو باع مائة برقالة من نوع معين ، أو مائة بيضة دجاجة من النوع الكبير مع تفاوت يسير في أحجامها<sup>(٤)</sup> . وهذا الشرط لا يختلف فيه الفقهاء في عقود المعاوضات كالبيع . ولكنهم يختلفون في اشتراطه في عقود التبرعات . فمنهم

---

(١) القياس لابن تيمية ص ٣ ، واعلام الموقعين ج ١ ص ٣٥٧ وما بعدهما .

(٢) الفقرة ١ من المادة ١٢٩ من القانون المدني العراقي : « يجوز أن يكون محل الالتزام معدوما وقعت التعاقد اذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعيينا نافيا للجهالة والضرر » .

(٣) المادة ١٢٨ من القانون المدني العراقي .

(٤) الاستاذ محمد سلام مذكور ، المرجع السابق ، ص ٤٠٥

من يشترطه فيها كالشافعية ، ومنهم من لم يشترطه فيها كالحنفية والمالكية ، وهذا الرأي هو الراجح ، لان الجهالة في التبرعات لا تقضي الى نزاع عادة لانها تبرع واحسان صرف كما يقول الامام القرافي<sup>(١)</sup> . وعلى هذا الرأي تجوز هبة البعير الشارد والوصية بسهم من المال<sup>(٢)</sup> .

#### ٣٤٧ - رابعا أن يكون مقدورا على تسليمه :

وهذا الشرط معقول ، لان الغرض من التعاقد وصول كل عاقد الى ما يترتب على العقد ، أي تسلم محله ، فيشترط أن يكون هذا المجل مقدورا على تسليمه من قبل الملتزم بالتسليم وقت التعاقد لان الاصل في العقود ترتب آثارها بعد انعقادها . وهذا الشرط لا خلاف فيه بين الفقهاء في عقود المعاوضات . أما في عقود التبرعات ، فبعض الفقهاء كالمالكية لم يشترطه لان المعجز عن التسليم لا يؤدي الى النزاع ولا ضرر فيه على الطرف الآخر . وعلى هذا يجوز هبة البعير الشارد على هذا الرأي ، ولكن لا يجوز ، بالاتفاق ، بيع البعير الشارد ولا بيع الطير في الهواء ولا السمك في الماء ، ولا بيع المال المباح لان الناس فيه سواء ولا اختصاص لاحد قبة قبل احرازه وتملكه لعدم القدرة على تسليم هذه الاشياء التي جرى عليها التعاقد<sup>(٣)</sup> .

---

(١) الفروق للقرافي ج ١ ص ١٤٩ .

(٢) الكاساني ج ٤ ص ١٧٩ .

(٣) الكاساني ج ٥ ص ١٤٦ ، ١٤٧ ، كشف القناع ج ٢ ص ١٥ .

## الفصل الثالث

### العاقـد

٣٤٨ - تمهيد :

العاقـد هو الذي يباشر العقد ويصدر عنه بالإيجاب أو القبول • وليس كل انسان يصلح أن يكون عاقدا ويعتبر ايجابه وقبوله • فمن الناس من لاقية لعبارته ، فلا ينعقد بها عقد ولا يترتب عليها أثر • ومنهم من تعتبر عبارته في بعض العقود والتصرفات دون البعض الآخر ، وبموافقة ارادة أخرى أو بدون هذه الموافقة • ومنهم من تصح عبارته في جميع العقود والتصرفات على وجه الاستقلال أي بدون توقف على موافقة الآخرين • واختلاف الناس في ذلك يرجع الى مدى تمتعهم بالاهلية والولاية ، فمن فقدهما لم يكن لعبارته أي اعتبار ، ومن نقصت فيه احدهما أو كلاهما كان لعبارته اعتبار ناقص ، ومن توافرت فيه على وجه الكمال والتمام اعتبرت عبارته الاعتبار الكامل في جميع العقود والتصرفات • فلا بد ، إذن ، من الكلام عن الاهلية أولا ، ثم عن الولاية ثانيا ، مع بعض ما يتعلق بهما من أبحاث •

## المبحث الأول

### الاهلية

٣٤٩ - الاهلية في اللغة الصلاحية ، يقال فلان أهل لكذا اذا كان صالحا للقيام به • وفي الاصطلاح الفقهي تنقسم الاهلية الى أهلية وجوب وأهلية أداء •

٣٥٠ - أهلية الوجوب :

هي صلاحية الانسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه<sup>(١)</sup> ، أي صلاحيته لان ثبت له الحقوق وتجب عليه الواجبات • وثبت هذه الاهلية

(١) شرح المنار لابن ملك وحاشية الرهاوي ص ٩٣٨

للإنسان بناء على ثبوت الذمة له • والذمة في اللغة العهد ، قال تعالى :  
 « لا يرقبون في مؤمن الا ولا ذمة » وسمي غير المسلمين المقيمين في دار  
 الاسلام على وجه الدوام بناء على عهد بينهم وبين الدولة الاسلامية بأهل  
 الذمة ، أي أهل عهد • والذمة تثبت لكل إنسان حي ، فما من مولود يولد  
 الا وله ذمة وبالتالي تكون له أهلية وجوب<sup>(٢)</sup> • وعلى هذا يمكن القول ان  
 أساس أهلية الوجوب هو حياة الإنسان • وأهلية الوجوب بمعناها الفقهي  
 تعرف عند رجال القانون « بالشخصية القانونية » وهي ثابتة لكل إنسان  
 ويعرفونها بأنها صلاحية الإنسان لان تكون له حقوق وعليه واجبات<sup>(٣)</sup> •  
 وتعريفهم هذا يماثل تعريفها عند الفقهاء •

#### ٣٥١ - أهلية الاداء :

هي صلاحية الإنسان لان يطالب بما له من حق وان يطالب بما عليه  
 من حق الغير ، وأن تعتبر عبارته في انشاء العقود وتترتب عليها آثارها  
 الشرعية<sup>(٤)</sup> • وأساس هذه الاهلية هو العقل والتمييز لا الحياة • ويراد  
 بالتمييز معرفة معاني الالفاظ التي تنشأ بها العقود ، وآثار تلك العقود والغبن  
 فيها من فاحش أو يسير ، ولا اعتداد بشيء من ذلك الا لمن بلغ السابعة من  
 عمره ، أما قبل هذه السن فلا اعتبار لعقله ولا لتمييزه<sup>(٥)</sup> •

#### ٣٥٢ - الاهلية الكاملة والاهلية الناقصة :

كل من أهلية الوجوب والاداء قد تكون ناقصة وقد تكون كاملة نظرا  
 للدوار التي يمر بها الإنسان في حياته من مبدأ تكوينه الى كمال عقله  
 وتمييزه • وهذه الادوار هي دور الجنين ، ودور الانفصال الى التمييز ،

- 
- (١) شرح المنار لابن ملك وحاشية الرهاوي ص ٩٣٨ •  
 (٢) شرح اصول البزدوى ج ٤ ص ٣٥٧ ، وشرح المنار ص ٩٣٨ •  
 (٣) المدخل للقانون الخاص للدكتور عبدالمنعم البدر اوى ص ٥٨ •  
 (٤) شرح مرقاة الاصول ج ٢ ص ٤٣٤ ، واصول الفقه للاستاذ  
 عبد الوهاب خلاف ص ١٥٠ •  
 (٥) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ٨٤ •

ودور التمييز الى البلوغ ، ودور البلوغ مع الرشد • وتكلم فيما يلي عن نوع الاهلية التي تثبت للانسان في كل دور من هذه الادوار •

### ٣٥٣ - الدور الاول - دور الجنين :

الجنين في بطن أمه قد ينظر اليه كجزء من أمه يقر بقرارها وينتقل بانتقالها فنحكم بعدم ثبوت الذمة له وبالتالي تنتفي عنه أهلية الوجوب • وقد ينظر اليه من جهة كونه نفسا مستقلة ومنفردا عن أمه بالحياة ومتهيئا للانفصال عنها وصورته انسانيًا مستقلًا فنحكم له بوجود الذمة وبالتالي تثبت له أهلية الوجوب • وقد لوحظت فيه هاتان الجهتان فلم يثبت له الفقهاء ذمة كاملة كما لم ينفوا عنه الذمة مطلقا وانما أثبتوا له ذمة ناقصة صالحة لاكتساب بعض الحقوق فقط وبذلك تكون للجنين أهلية وجوب ناقصة تجعله صالحا لاكتساب بعض الحقوق وهي التي لا يحتاج في ثبوته الى القبول كاليراث والوصية والاستحقاق في غلة الوقف • أما الحقوق التي تحتاج الى قبول ، كالهبة ، فانها لا تثبت له وأن كانت نفعا محضا ، لانه ليس له عبارة وليس له ولي يقوم مقامه في القبول • ولا يجب عليه أي حق لتقصير أهليته كما قلنا • وهذه الإهلية الناقصة تثبت للجنين بشرط أن يولد حيا • أما أهلية الاداء فلا وجود لها أصلا اذ لا يتصور صدور أي تصرف منه لمجزءه الكامل وقيامها بالعقل والتمييز وهما متفيان عن الجنين •

### ٣٥٤ - الدور الثاني - دور الانفصال الى سن التمييز (١) :

الجنين متى ما انفصل حيا تثبت له ذمة كاملة فتثبت له أهلية وجوب كاملة فتجب له وعليه الحقوق • وكان ينبغي أن تجب عليه الحقوق كلها لكمال أهلية الوجوب فيه • ولكن لما كان وجوب الحق على الانسان ليس

(١) سن التمييز مقدرة عند الفقهاء ببلوغ الصغير السنه السابعة من عمره ، وهذا التقدير لغرض ضبط الاحكام ، وربما كان اساسه ما جاء في الحديث الشريف بشأن أمر الصغار بالصلاة : مروهم لنسبح واضربوهم لعشر ... وقد جعل القانون المدني العراقي وكذا المصري سن التمييز بلوغ السابعة •

مقصودا لذات الوجوب ، لـ المقصود حكمه وهو الاداء ، فكل حق يمكن اداؤه عن الصبي يجب عليه ، وما لا يمكن اداؤه عنه لا يجب عليه<sup>(١)</sup> .  
فحقوق العباد المالية كضمان المتلفات ونفقة الاقارب ونحو ذلك تجب على الصغير لان اداها يحتمل النيابة فيؤديها الولي نيابة عن الصغير . وما كان من حقوق العباد عقوبة كالقصاص لا يجب على الصغير لان العقوبات لا تحتمل النيابة فلا يمكن أن يعاقب الولي نيابة عن الصغير ، فضلا عن أن فعل الصغير لا يوصف بالاجرام فلا يثبت فيه العقاب . أما أهلية الاداء فمعدومة تماما لانعدام ما تقوم به : هو التمييز بالعقل ، فلا يطالب الصغير باداء ما ثبت عليه من حق وانما يطالب وليه بالاداء . ولعدم أهلية الاداء عند الصغير لا ينشأ عن عبارته أي عقد أو التزام ، وهذا ما نص عليه القانون المدني العراقي وكذلك المصري<sup>(٢)</sup> .

#### ٣٥٥ - الدور الثالث - دور التمييز الى البلوغ :

وببدأ هذا الدور ببلوغ الصغير سن السابعة من عمره .  
والمقصود بالتمييز معرفة معاني الالفاظ التي تنشأ بها العقود ، وادراك الغبن فيها ، فان لم يتيسر له ذلك لم يكن مميزا ، كما لا يعد مميزا قبل بلوغه السابعة وان أدرك شيئا من ذلك<sup>(٣)</sup> . وينتهي هذا الدور بالبلوغ ويعرف بالعلامات الطبيعية ان وجدت والا ببلوغ تمام الخامسة عشرة من عمره عند جمهور الفقهاء . وفي هذا الدور ثبت للصغير أهلية أداء ناقصة لتقصان عقله .  
ويترتب على هذه الاهلية صحة تصرفاته النافعة له نفعاً محضاً كقبوله الهبة والوصية . ولا تعتبر تصرفاته الضارة به ضرراً محضاً وهي التي يترتب عليها خروج شيء من ملكه دون مقابل كالهبة والوصية ، وان أجازها الولي ، لان الاجازة اللاحقة تلحق العقود الموقوفة لا العقود الباطلة ، ولان الولي لا يملك ايقاع

(١) شرح التلويح على التوضيح ج ٢ ص ١٦٣

(٢) المادة ٩٦ من القانون المدني العراقي ، والمادة ١١٠ من القانون

المدني المصري .

(٣) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ٨٧ .

مثل هذه التصرفات نيابة عن الصغير فلا يملك اجازتها • وأما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر بطبيعتها ، كالبيع والاجارة ، فانها تنمقد من الصغير باعتبار تمتعه بأصل أهلية الاداء ولكن لا تعتبر نافذة لنقصان هذه الاهلية ، وتنفذ اذا أجازها ولي الصغير ، وتبطل اذا لم يجزها • واذا أذن الولي للصغير المميز بمباشرة أعمال التجارة ، متى ما أنس منه قدرة على ذلك ، كانت تصرفاته معتبرة فيما وقع الاذن فيه ، لان الاذن السابق على التصرف بمنزلة الاجازة اللاحقة له بعد وقوعه ، وهذا ما أخذ به القانون المدني العراقي وكذلك المصري<sup>(١)</sup> •

#### ٣٥٦ - الدور الرابع - البلوغ مع الرشد :

اذا بلغ الانسان عاقلا رشيدا ثبتت له أهلية اداء كاملة ، وصحت منه جميع العقود والتصرفات دون توقف على اجازة أحد • والمقصود بالرشد ، حسن التصرف في المال وتثمينه ، وليس له من معينة فقد يحصل مع البلوغ وقد يتأخر عنه ، وقد يتقدم عليه ولكن لا اعتبار له قبل البلوغ • وهو يعرف بالمعاملة والتجربة •

## لبحث الثاني

### عوارض الاهلية

تمهيد :

٣٥٧ - اذا بلغ الانسان رشيدا كانت أهلية الاداء فيه كاملة كما قلنا ، ولكن قد يعرض له ما يؤثر فيها فتزول معه أو تنقص • وقد يعرض له ما لا يؤثر فيها ولكنه يستتبع الحد من تصرفاته محافظة على ما له من الضياع أو حفظا لحقوق الغير في ماله فتتغير بعض الاحكام بالنسبة لمن عرض له هذا العارض • وهذه العوارض هي التي تسمى بعوارض الاهلية • وهذه

(١) المواد من ٩٨ - ١٠١ من القانون المدني العراقي ، والمواد ٥٤ ، ٥٥ ، ٥٦ ، ١١٢ من القانون المدني المصري •

العوارض تنقسم الى قسمين : عوارض سماوية ، وعوارض مكتسبة .  
والالى تثبت من قبل صاحب الشرع بدون اختيار من الانسان ولهذا  
سببت الى السماء ، لان ما لا اختيار للانسان فيه ينسب الى السماء ، على  
معنى انه خارج عن قدرة الانسان ، مثل الجنون والعتة . أما العوارض  
المكتسبة فهي ما كان للانسان فيها كسب واختيار ، وهي نوعان : الاول ،  
ما يكون من نفس الانسان كالهزل والسكر . والثاني ، ما يكون من غيره  
عليه وهذا هو الاكراه . وستكلم فيما يلي عن بعض العوارض السماوية  
والمكتسبة في مطلبين متتاليين .

## المطلب الأول

### العوارض السماوية

#### أولا - الجنون

٣٥٨ - الجنون هو اختلال العقل على نحو يمنع جريان أفعال الانسان  
وأقواله على ما يقتضيه العقل السوي . وهو نوعان : أصلي وطاري . والأصلي  
هو أن يبلغ الانسان مجنونا . والطاري هو أن يبلغ عاقلا ثم يطرأ عليه  
الجنون . والجنون بنوعيه لا يؤثر في أهلية الوجوب لان أساسها الحياة ،  
والجنون لا يعدم الحياة ، ولكنه يؤثر في أهلية الاداء فيعدها ، لانها تثبت  
بالعقل والتمييز ، والمجنون فاسد العقل عديم المميز . ولهذا كان حكم  
المجنون حكم الصغير غير المميز في تصرفاته وأقواله وأفعاله .

#### ٣٥٩ - الحجر على المجنون :

الجنون من أسباب الحجر . والحجر شرعا هو المنع من التصرفات  
القولية لا الفعلية ، بمعنى عدم انعقادها أو عدم نفاذها ، وفي الجنون المنع  
من انعقادها حتى ولو كانت نافعة للمجنون نفعا محضا كما هو الحكم بالنسبة  
للصغير غير المميز . لان صحة الاقوال والاعتداد بها يكون بالعقل والتمييز ،  
وبدون ذلك لا يمكن اعتبارها حتى ولو أجازها الولي لوقوعها باطلا ، لان

الاجازة اللاحقة لا تلحق التصرفات الباطلة فلا تقلبها صحيحة<sup>(١)</sup> . والمجنون محجور لذاته بمعنى ان الجنون متى طرأ على الانسان كان سببا للحجر عليه دون توقف على حكم من القضاء . وعلى هذا لا عبرة بأقواله من حين جنونه . الا أن المجنون كان يفيق في بعض الاوقات فان تصرفاته في حال افاقته تعتبر في حكم تصرفات العاقل أي صحيحة .

هذا ، وان القانون المدني العراقي في أحكامه التي نص عليها بالنسبة للمجنون لم يخرج عن أحكام الفقه الاسلامي ، فقد نص على ان المجنون في حكم الصغير غير المميز وانه محجور لذاته وان تصرفاته في حال افاقته ، اذا كان جنونه غير مطبق ، كتصرفات العاقل<sup>(٢)</sup> . أما القانون المدني المصري فقد خرج ، في بعض ما نص عليه على أحكام الفقه الاسلامي ، فلم يجعل المجنون محجورا عليه الا بقرار من المحكمة ولم يرفع عنه الحجر الا بقرار من المحكمة أيضا وان تصرفاته قبل تسجيل قرار الحجر صحيحة لابطالة الا اذا كانت حالة الجنون شائعة وقت التعاقد مع المجنون أو كان الطرف الآخر على بينة منها . كما ان تصرفاته بعد تسجيل قرار الحجر تكون باطلة بطلانا مطلقا سواء أوقعت في حال افاقته ، ان كان يفيق في بعض الاحيان ، أم وقعت في حال جنونه ، بل وحتى لو وقعت بعد رشده ما ادم فرار الحجر لم يرفع عنه<sup>(٣)</sup> .

#### ثانيا - العته

٣٦٠ - العته اختلال في العقل يجعل صاحبه قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير<sup>(٤)</sup> . وهو نوعان : (الاول) عنه لا يبقى معه ادراك ولا تمييز ، وصاحبه يكون كالمجنون فتعتمد فيه أهلية الاداء دون الوجوب ويكون في الاحكام كالمجنون . (الثاني) عته يبقى معه ادراك وتميز ولكن ليس كادراك العقلاء وتميزهم . وبهذا النوع من العته يكون الانسان البالغ كالصبي المميز

(١) شرح مرقاة الاصول ج ٢ ص ٤٣٩

(٢) انظر المادتين ٩٤ ، ١٠٨ من القانون المدني العراقي .

(٣) انظر المواد ٤٥ ، ١١٣ ، ١١٤ من القانون المدني المصري .

(٤) شرح الكنز للزيلعي ج ٥ ص ١٨ .

في الاحكام ، فتثبت له أهلية اداء ناقصة ، أما أهلية النجوس فتبقى له كاملة . وعلى هذا لا تجب عليه العبادات ولكن يصح منه اداؤها ولا تثبت في حقه العقوبات ، وتجب عليه حقوق العباد التي يكون المقصود منها المال ويصح فيها الاداء نية كضمان المتلفات . وتكون تصرفاته صحيحة نافذة اذا كانت نافعة له نفعا محضا ، وباطلة ان كانت مضرة له ضررا محضا ، وموقفه على اجازة الولي ان كانت دائرة بين النفع والضرر . هذا وان المتوهم محجور عليه لذاته ، فهو من هذه الجهة كالمجنون .

### ٣٦١ - المعتوه في القانون المدني العراقي والمصري :

لم يشترط القانون المدني العراقي للحجر على المعتوه حكما من المحكمة فقد جعله محجورا لذاته ، وهذا هو المقرر في الفقه الاسلامي . كما انه جعله كالصغير المميز في الاحكام دون تفريق بين معتوه ومعتوه<sup>(١)</sup> ، وهذا خلاف المستفاد من أقوال الفقهاء اذ يجعلون العته نوعين كما ذكرنا . اما القانون المدني المصري فقد جعله كالمجنون دون تفريق بين معتوه ومعتوه وطبق عليه أحكام المجنون من جهة الحجر عليه ولزوم صدور حكم الحجر من المحكمة المختصة ومدى اعتبار تصرفاته قبل صدور الحكم وبعده<sup>(٢)</sup> . واعتبار المعتوه في حكم المجنون مخالف لما هو مقرر في الفقه الاسلامي من أن العته ليس هو كالمجنون دائما ، بل في بعض انواعه كما ذكرنا أولا .

### ثالثا - النوم والاعماء

٣٦٢ - النوم والاعماء يتأنيان أهلية الاداء ، لانعدام التميز في هاتين الحالتين . وعلى هذا لا يعتد بشيء من أقواله مطلقا ، فلو صدر منه ما يصلح بذاته أن يكون ايجابا أو قبولا كان ما صدر منه لغوا لا قيمة له . والاعماء فتور غير طبيعي يعجز به الانسان عن استعمال عقله وسائر قواه<sup>(٣)</sup> .

(١) انظر المادتين ٩٤ ، ١٠٧ من القانون المدني العراقي .

(٢) المواد ٤٥ ، ١١٣ ، ١١٤ من القانون المدني المصري .

(٣) الفقه الاسلامي ، للدكتور محمد يوسف موسى ، ص ٢٣٥ .

#### رابعاً - المرض

٣٦٣ - المقصود بالمرض ، هنا ، مرض الموت ، وهو ما يغلب فيه الهلاك عادة ويتصل به الموت فعلا سواء أوقع بسببه أم بسبب آخر خارجي عنه كقتل أو غرق ونحوهما . ويلحق به جميع الأحوال التي يترقب فيها الموت لأصحابها ولا يفتنون منه في العادة كمن قدم للقصاص ومن أشرف على الغرق<sup>(١)</sup> .

ومرض الموت لا يؤثر في أهلية المريض ، إلا أنه يؤثر في بعض الأحكام بالنسبة له . وموجز القول في ذلك أن حقوق الدائنين والورثة تتعلق ، عادة ، بأموال المدين بعد وفاته ، ولكن لما كان المرض سببا للموت ، فإن تعلق حقوق هؤلاء بمال المدين يثبت من حين حلول المرض أقامه للمرض مقام الموت لأن الحكم يضاف إلى السبب<sup>(٢)</sup> . ولصيانه حق الدائنين والوارث يثبت الحجر على المريض بالقدر الذي يتحقق به صيانة هذا الحق وهو جميع أموال المريض بالنسبة للدائنين إن كان دينه مستغرقا للملكة وبمقدار الدين إن لم يكن مستغرقا لها ، وبمقدار الثلثين . وبمقتضى هذا ، وإداء وصايا المريض بالنسبة للوارث . ويثبت هذا الحجر على المريض من حين حلول المرض فيه لأن علة الحجر مرض مميت ، وإذا اتصل به الموت صار المرض من أوله موصوفا بالاماتة . ولكن لما كان المرض لا يثبت أنه مرض مميت إلا إذا اتصل به الموت لم يكن اثبات الحجر عليه بالشك ، ولهذا لا يظهر أثر الحجر قبل الموت ، فتصح تصرفاته دون أن يكون للدائنين أو الورثة حق الاعتراض عليها في حال حياته ، وإنما لهم هذا الحق بعد وفاته إذا كان التصرف يضر بحقوقهم ، فلمهم عند ذاك نقضها بالقدر الذي يحفظ عليهم هذه الحقوق<sup>(٣)</sup> .

(١) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ٩٢

(٢) شرح المنار ص ٩٦١ - ٩٦٢

(٣) مرقاة الوصول ج ٢ ص ٢٤٦ ، شرح المنار ص ٩٦٢ ، والتلويح على التوضيح ج ٢ ص ١١٧ .

ويلاحظ هنا ، ان تعلق حق الدائن والوارث بمال المريض لا يمنع أن يكون للمريض حق في أمواله ، فله أن ينفق منها على حاجاته ، كنفقات معيشته وعلاجه ونفقة من تلزمه نفقته ، ولا اعتراض عليه من أحد . كما يلاحظ أيضا ان حق الدائن مقدم على حق الوارث ، فاذا سدد الدين ، نفذت وصايا المريض ان كانت تخرج من الثلث ولم تكن لوارث ، فان كانت أكثر من الثلث أو كانت لوارث توقف الزائد على الثلث والوصية للوارث على اجازة الورثة ، وما بقي بعد ذلك يقسم على الورثة بنسبة سهامهم .

#### ٣٦٤ - نكاح المريض :

نكاح المريض صحيح عند الجمهور ويقع به التوارث . ولا يلزم المريض بدفع أكثر من مهر المثل ، اذا كان المهر المسمى يؤثر في حق الدائن أو كان أكثر من ثلث التركة بعد سداد الدين ، وتكون الزيادة على مهر المثل في هذه الاحوال موقوفة على اجازة الدائنين أو الورثة .

وقد اختلف الفقهاء في ارث الزوجة من زوجها في هذا النكاح . فذهب الاوزاعي الى عدم التوارث بين الزوجين بالرغم من صحة النكاح . وذهب الامام مالك الى فساد النكاح وعدم التوارث به<sup>(١)</sup> ، وذهب آخرون كالشافعي ، الى ثبوت التوارث بهذا النكاح<sup>(٢)</sup> وهذا هو الراجح .

#### ٣٦٥ - طلاق المريض :

اذا طلق المريض مرض الموت زوجته المدخول بها طلاقا بائنا بغير رضاها فان الطلاق يقع عند الفقهاء الا أنهم اختلفوا في ميراثها من زوجها . فذهب الجمهور الى انها تراث ردا لقصد الزوج السيء الذي أراد بهذا الطلاق حرمانها من الميراث . وقال الشافعي وأهل الظاهر انها لا تراث لان الطلاق البائن يقطع الميراث ولا عبرة بالقصد الباطن لان الاحكام تبنى على

(١) بل ذهب بعض المالكية الى فساد نكاح الذمية ، ويعلمون ذلك بأن الذمية قد تسلم فترث زوجها فيتضرر الورثة وهذا غلو لا مبرر له .

(٢) الام للشافعي ج ٣ ص ٣١ - ٣٢ ، المغني ج ٦ ص ٣٢٦ .

الشريعة الاسلامية (م - ٢١)

الظاهر والله يتولى السرائر • ومع ان الجمهور قالوا بتوريث المطلقة من زوجها في هذه الحالة الا أنهم اختلفوا في مدى بقاء هذا الحق للزوجة ، فعند الحنفية ترث اذا مات وهي في العدة ، وعند الحنابلة ترث ولو انقضت عدتها ما لم تتزوج ، وعند مالك ترث مطلقا سواء انقضت عدتها أو لم تنقض ، تزوجت أو لم تتزوج • وعند الجعفرية ترثه خلال سنة من طلاقها ما لم تتزوج • أما اذا كان الطلاق البائن قبل الدخول فقد قال الامام مالك انها ترثه ، وعند الحنفية وجمهور الحنابلة لا ترث وهذا هو الظاهر من مذهب الجعفرية على ما ذكره الطوسي في كتابه الخلاف<sup>(١)</sup> • والراجح قول من قال بتوريثها مطلقا<sup>(٢)</sup> •

### ٣٦٦ - طلاق المريض في القانون العراقي والمصري :

نص قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ على ان المطلقة في مرض الموت ترث زوجها • الا أنه جاء بحكم غريب لا نعلم ان أحدا من الفقهاء قال به وهو ان طلاق المريض مرض الموت لا يقع<sup>(٣)</sup> • أما القانون المصري فقد نص على ان الزوجة المطلقة بائنا في مرض الموت تعتبر في حكم الزوجة بالنسبة للميراث من زوجها اذا كان الطلاق بغير رضاها وترث زوجها اذا مات وهي في العدة<sup>(٤)</sup> •

- 
- (١) الخلاف للطوسي ج ٢ ص ٤٥٦ ، ج ٥ ص ٢٣٥ - ٢٣٦ ، الهداية وفتح القدير ج ٣ ص ١٥٠ - ١٥٣ ، المغني ج ٣ ص ٣٢٩ - ٣٣٢ ، القواعد لابن رجب ص ٣٢٠ ، المدونة الكبرى ج ٢ ص ١٣٢ •
- (٢) لان العلة في توريثها هي دفع الضرر عن هذه المطلقة ، وهذا المقصود لا يحصل الا اذا قلنا بتوريثها مطلقا ، في عدة أو بعدها ، تزوجت أو لم تتزوج ، والقول بخلاف ذلك قد يؤدي الى حرمانها من الميراث اذا مات الزوج بعد العدة بعد زواجها ، أو اذا طلقها قبل الدخول •
- (٣) انظر المادة ٣٥ من قانون الاحوال الشخصية العراقي •
- (٤) المادة ١١ من قانون الموارث المصري رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ : تعتبر المطلقة بائنا في مرض الموت في حكم الزوجة اذا لم ترث بالطلاق ومات المطلق في المرض وهي في عدتها •

## المطلب الثاني

### الموارض المكتسبة

#### أولا - السفه

٣٦٧ - السفه في اللغة الخفة ، وفي اصطلاح الفقهاء عبارة عن التصرف في المال على خلاف مقتضى الشرع والعقل مع قيام العقل<sup>(١)</sup> . وعد السفه من الموارض المكتسبة لان السفه يعمل باختياره على خلاف مقتضى العقل<sup>(٢)</sup> . وهو يؤثر في بعض الاحكام ، ويظهر هذا الاثر في عدم تسليم المال الى الصبي اذا بلغ سفها ، وفي الحجر على البالغ العاقل بسبب السفه . فلا بد من الكلام عن هاتين المسألتين وما يتعلق بهما من أحكام .

#### المسألة الاولى

##### في دفع المال لمن بلغ سفها

٣٦٨ - اتفق الفقهاء ماعدا الظاهرية على ان الصبي اذا بلغ سفها لا يدفع اليه ماله ، واحتجوا بقوله تعالى : « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما » وانما يدفع اليه المال بعد البلوغ اذا أنس منه الرشد ، أي اذا عرف ، لقوله تعالى : « وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم » . فابتاء المال يشترط له البلوغ والرشد بنص هذه الآية . وقال الظاهرية ، يدفع المال الى من بلغ عاقلا ، لان الرشد عندهم هو البلوغ مع العقل ، والسفه عندهم هو عدم العقل ، وعلى هذا فمن بلغ عاقلا تحقق فيه الرشد ووجب دفع المال اليه<sup>(٣)</sup> . أما الجمهور ، فلا يرون هذا الرأي ، فالرشد ، عندهم ، الصلاح في العقل والقدرة على حفظ المال وحسن التصرف فيه<sup>(٤)</sup> ، فليس كل عاقل رشيدا وان كان كل رشيد عاقلا .

(١) شرح المنار ص ٩٨٨

(٢) شرح مرآة الاصول ج ٢ ص ٤٥٨

(٣) المحلى ج ٨ ص ٢٨٦ - ٢٨٧ .

(٤) التلويح ج ٢ ص ١٩١ .

وعند الجعفرية ، الرشيد هو البالغ العاقل المصلح لماله والعدل في دينه<sup>(١)</sup> ، فلا يتحقق الرشد بالقدرة على حفظ المال فقط وانما به وبالعدالة في الدين .  
الا أن هذا الرأي ، على ما يبدو ، ليس محل اتفاق عندهم ، فقد ذكر بعض متأخري مجتهديه ان الرشيد هو المصلح لماله دون أن يشترط فيه العدالة في الدين<sup>(٢)</sup> .

٣٩٩ - هل يراد بالرشد حقيقته أو مظنته ؟

اختلف الفقهاء في المراد بالرشد على قولين :

القول الاول : المراد بالرشد حقيقته ، فلا بد من وجوده ومعرفة ، فلا يجوز أن يقام مقامه شيء آخر من بلوغ سن معينة أو غير ذلك . وعلى هذا القول لا يدفع المال للصبي بعد البلوغ حتى يثبت رشده مهما بلغ من السن ، وحتى لو صار شيخا كبيرا . وهذا قول الجمهور من الشافعية والمالكية والحنابلة والجعفرية وأبي يوسف ومحمد صاحب أبي حنيفة<sup>(٣)</sup> .  
والحجة لهذا القول أن دفع المال بعد البلوغ معلق بايناس الرشد ، فما لم يوجد ويثبت لا يجوز دفع المال الى الصبي بمجرد بلوغه ، لان المعلق على الشرط معدوم قبل وجود الشرط . ولان السقف في حكم منع المنال بمنزلة الجنون والعتة ، وهما يمنعان دفع المال الى من بلغ مجنونا أو معتوها ويستمر المنع الى أن يزول عارض الجنون أو العتة ، فكذلك السقف<sup>(٤)</sup> .  
والقول الثاني : قول أبي حنيفة ، وعنده المراد بالرشد حقيقته قبل بلوغ سن الخامسة والعشرين ، ومظنته بعد بلوغ هذه السن . فمن بلغ رشيدا وثبت رشده دفع اليه ماله وان لم يبلغ الخامسة والعشرين . ومن بلغ غير رشيد أو لم يعلم رشده انتظرنا بلوغه الخامسة والعشرين ، وعند ذلك يحكم برشده ويدفع اليه ماله ، سواء علم منه الرشد أم لم يعلم ، لان هذه

(١) الخلاف للطوسي ج ٤ ص ١٢١ .

(٢) منهاج الصالحين للمجتهد السيد محسن الحكيم ج ٢ ص ١١٣ .

(٣) المغني ج ٤ ص ٤٥٧ ، الخلاف للطوسي ج ٢ ص ١٢١ ، السيد

محسن ، المرجع السابق ، ج ٢ ص ١١٣ .

(٤) كشف الاسرار ، شرح اصول البزدوي ، ج ٤ ص ١٤٩٠ .

السن مظنة الرشد ولا ينفك عنها الا نادرا ، والاحكام تنى على الغالب لا على النادر ، كما استدل أبو حنيفة بأدلة ، منها<sup>(١)</sup> :

أ - منع المال عمن بلغ غير رشيد مرده ان السفه قد لا يفارق الانسان في أول أحوال البلوغ ، أما اذا تطاول الزمن بأن بلغ الخامسة والعشرين ، فلا بد أن يستفيد رشدا بطريق التجربة ، لان التجارب تفتح العقول وتبصر الانسان . وبهذا الرشد المستفاد يتحقق شرط دفع المال ، لان الرشد جاء في الآية نكره فيصدق على أدنى رشد .

ب - ان منع المال عن البالغ العاقل غير الرشيد ، أما ان يكون للتأديب ، واما أن يكون على وجه العقوبة على فعل الحرام وهو التذير ، واما أن يكون حكما غير معقول المعنى ثبت بالنص . فاذا كان المنع للتأديب ، فالتأديب انما يحسن اذا كان مرجوا نفعه ، أما اذا انقطع الرجاء بشأن بلغ خمسا وعشرين سنة ولم يؤنس رشده فلا معنى لاستمرار منع ماله عنه اذ لا فائدة من ذلك فيكون عبثا ، والاحكام لا تشرع للعبث . وان كان المنع على وجه العقوبة فالعقوبة تسقط بالشبهة ، والشبهة هنا قائمة لوجود شيء من الرشد للانسان اذا بلغ هذه السن كما قلنا ، فيلزم دفع المال في هذه الحالة لانه اذا سقط المانع عاد الممنوع . وان كان المنع ثبت بالنص غير معقول المعنى سقط أيضا لان الشرط لدفع المال هو حصول رشد ما ، وقد حصل ببلوغ الخامسة والعشرين .

٣٧٠ - القول الراجح :

مع تسليمنا بقوة أدلة أبي حنيفة ، الا ان ظاهر الآية لا يساعده ، لان دفع المال علق بايناس الرشد لا ببلوغ سن معينة ، وحتى لو ساغ اقامة السن مقام الرشد لامكن الاعتراض عليه من جهة تحديده هذه السن بـ (٢٥) سنة وعدم جعلها أكثر أو اقل منها . وعليه فان قول الجمهور هو الذي يترجح عندي .

---

(١) اصول البزدوي وكشف الاسرار ج ٤ ص ١٤٩٠ - ١٤٩١ .

## المسألة الثانية

### الحجر على السفية

٣٧١ - اختلف الفقهاء في جعل السفه سببا للحجر ، سواء آكان أصليا ، بأن يبلغ الانسان سفيا ، أم كان طارئا بأن يبلغ الانسان عاقلا رشيدا ثم يطرأ عليه السفه . ويمكن رد اختلافاتهم الى قولين :

القول الاول : ذهب الجمهور من الشافعية والحنابلة والمالكية والجعفرية ، وهو مذهب أبي يوسف ومحمد صاحب أبي خنيفة ، الى أن السفه سبب الحجر ، فإذا وجد وجب الحجر على السفية<sup>(١)</sup> .

القول الثاني : المنع من الحجر بسبب السفه ، وهذا قول أبي خنيفة ومذهب الظاهرية<sup>(٢)</sup> .

٣٧٢ - الأدلة<sup>(٣)</sup> :

استدل الجمهور على قولهم ان السفية يحجر بجملته أدلة ، منها :

آ - جاء في القرآن الكريم : « فان كان الذي عليه الحق سفيا أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يملّ هو فليملّ وليه بالعدل » . فهذه الآية أفادت ثبوت الولاية على السفية ، وهذا لا يتصور الا بعد الحجر عليه .

ب - طلب الامام علي بن ابي طالب من الخليفة عثمان بن عفان الحجر على عبدالله بن جعفر لتبذيره المال ، ولو لم يكن الحجر على السفية جائزا لما طلبه الامام علي .

ج - الحجر على الصغير ثبت لاحتمال تبذيره ، وهذا المعنى موجود في السفية ، فكان الحجر عليه أولى .

---

(١) المغني ج ٤ ص ٤٥٨ ، كشف الاسرار ج ٤ ص ١٤٩٢ ، الخلاف للطوسي ج ٢ ص ٢٢ .

(٢) أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٤٨٩ ، المحلى ج ٨ ص ٢٧٨ وما بعدها ، التلويح ج ٢ ص ١٩٢ .

(٣) الجصاص ، المرجع السابق ، ج ١ ص ٤٧٨ وما بعدها ، المغني ج ٤ ص ٤٥٨ ، كشف الاسرار ج ٤ ص ١٤٩١ وما بعدها ، الخلاف للطوسي ج ١ ص ١٢٢ - ١٢٣ .

د - السفية لا يحسن التصرف في ماله ، فهو في حاجة الى من يرعاه ويحفظ له ماله ، ولا يتأتى هذا المطلوب الا بالحجر عليه ، كما هو الحكم في الصبي المميز • ولا يقال ان السفية عاص بتبذيره المال فلا يستحق الرعاية ، لاتنا نقول ان المعصية لا تخرج صاحبها عن استحقاق النظر له ورعاية مصلحته ، ألا يرى ان القاتل عمدا لم تخرجه جنايته عن استحقاق النظر له بدليل جواز العفو عنه ، فالسفيه أولى أن تلاحظ مصلحته •

هـ - الحجر على السفيه يدفع الضرر عن الجماعة ، اذ بهذا الحجر يمان ماله فلا يكون عالة على غيره ولا يتحمل بيت المال نفقته ، فيكون هذا الحجر واجبا كما يجب الحجر على المفتي الماجن والطبيب الجاهل دفعا للضرر عن الجماعة •

٣٧٣ - واستدل أبو حنيفة بجملة ادلة ، منها :

آ - ان السفيه مخاطب بالتكاليف الشرعية لان الخطاب بالاهلية وهي البلوغ مع العقل ، والسفه لا يوجب نقصا في عقله ولا تميزه ، فيبقى مخاطبا بحقوق الشرع ونصح تصرفاته القولية كالطلاق والنكاح ، ويحبس في ديون العباد ، ويعاقب على جرائمه ، ويؤاخذ باقراره بارتكاب الجرائم • فلو كان السفه يبقى معتبرا بعد البلوغ في لزوم الحجر عليه لكان الاولى أن يحجر عليه في اقراره بأسباب العقوبات ، لان ضرر النفس أعظم من ضرر المال •

ب - الانسان ببلوغه عاقلا تكمل أهليته وتتم شخصيته ، فالحجر عليه في هذه الحالة اهدار لكرامته وانسانيته ، وهذا لا يجوز • واذا قيل ان الحجر عليه ثبت لمصلحته فالجواب ان ضرر اهدار آدميته والحداقه بالبهائم بالحجر عليه أشد من ضرر اضاعته المال ، والقاعدة الشرعية تقضي بتحمل الضرر الأخف في سبيل دفع الضرر الاشد ، فيكون عدم الحجر عليه من مصلحته •

ج - جاء في الحديث الشريف ان رجلا كان يغبن في البياعات ، فأتى به أهله الى الرسول (ص) طالبن منه الحجر عليه فلم يجبهن الرسول (ص)

الى ما أرادوا ، وانما أمره أن يشترط لنفسه الخيار في البيع ، فلو كان الحجر جائزا لحجر عليه .

د - أما احتجاجهم بآية : « فان كان الذي عليه الحق سفيها » الخ ، فلا حجة لهم فيها ، لان الولي هنا هو ولي الحق لا ولي السفه .  
هـ - واحتجاجهم بطلب الامام علي الحجر على عبدالله بن جعفر لا حجة لهم فيه لكونه محمولا على التجويف لا الالتزام ، أو يحمل على طلب منع المال عنه لعدم بلوغه سن الخامسة عشرة .

و - التبذير معصية ، والمعصية لا تكون سببا للرعاية ، والحجر على السفه من ضروب الرعاية فلا يلزم . والاستدلال بجواز العفو عن القاتل العمد ، مع أن جريمته معصية غليظة والعفو من باب الرعاية والاحسان ، هذا الاستدلال لا ينقض ما قلناه من أن المعصية لا تكون سببا للرعاية لان القاتلين بالحجر يوجبونه على السفه ، والعفو عن القاتل جائز لا واجب .  
ز - قولهم ان الحجر على السفه لدفع الضرر عن الجماعة ، قول مردود ، لان السفه يتصرف في خالص ماله ولا حق لاحد في ماله حتى يمنع من التصرف فيه .

٣٧٤ - القول الراجع :

والراجع هو القول بالحجر على السفه لان ظواهر النصوص تؤيده .  
كما ان في هذا الحجر مصلحة للسفيه بحفظ ماله ودفع الضرر عن الجماعة ، ولا يقال ان تصرفه في ماله ولا حق للجماعة فيه ، لانتنا نقول ان تصرف الانسان في خالص ماله مقيد بعد الأضرار بالخير ، ألا يرى ان من يتصرف في داره تصرفا يضر الجيران يمنع من ذلك فكذا السفه يمنع من التصرف في ماله لئلا يفتى ماله فيصير عالة على الجماعة وعلى بيت المال ، وهذا ضرر يجب دفعه بالحجر عليه .

٣٧٥ - متى يتم الحجر على السفه ؟

ذهب بعض الفقهاء الى أن السفه محجور بنفس السفه من غير حاجة

الى حكم من المحكمة بالحجر عليه • وحجتهم ان السفه علة الحجر فمتى وجدت وجد المعلول أي الحجر ومتى انتفت انتفى الحجر كما هو الحكم في الجنون والصغر •

وذهب البعض الآخر من الفقهاء الى أن السفه لا يحجر عليه الا بقرار من المحكمة • والحجة لهذا القول ان الحجر مبنء مصلحة المحجور ، وهي مترددة بين اثبات الحجر عليه لحفظ ماله وبين ترك الحجر لئلا يهدر قوله ، والترجيح انما يكون للقاضي في الامور المحتملة للوجهين • وأيضا فان السفه ليس شيئا محسوسا وانما يستدل عليه بالغبن في التصرفات ، وقد يكون هذا الغبن احتيالا ولا يثبت الا بقضاء القاضي • وأيضا فان الحجر يختلف فيه بين الفقهاء فلا يثبت الا بقضاء القاضي كالبحر بسبب الدين • واذا ما حجر على السفه بقضاء القاضي ، فان هذا الحجر لا يرفع الا بقضاء القاضي أيضا • والراجع هو القول الثاني ، فلا يحجر على السفه الا بقرار من المحكمة ، وهذا ما أخذ به القانون المدني العراقي كما سنذكره فيما بعد •

٣٧٦ - حكم تصرفات السفينة المحجور :

السفه بعد الحجر عليه كالصغير المميز في التصرفات القابلة للفسخ كالبيع والاجارة ، فتكون موقوفة على من له الولاية عليه اذا كانت مترددة بين النفع والضرر ونافذة اذا كانت نافذة نقما محضا له كقبول الهبة ، وباطلة اذا كانت مضرة به ضررا محضا • ولكن يجوز له استحسانا الوضعية في وجوه البر وان لم يكن من أهل التبرع وكذلك يجوز له الوقف على نفسه ثم على جهة خير وبر • أما تصرفاته التي / قبل الفسخ فصحيحة نافذة كالنكاح والطلاق خلافا للحكم بالنسبة للصغير المميز • ولكن اذا سمي في عقد النكاح أكثر من مهر المثل لم يلزمه الا مهر المثل ولو أذن له القيم بذلك •

٣٧٧ - السفه في القانون المدني العراقي :

أخذ القانون المدني العراقي برأي من قال ان السفه لا يحجر عليه

الا بقرار من المحكمة المختصة ولا يرفع عند الحجر الا بقرار منها<sup>(١)</sup> . فاذا ما تم الحجر كان حكمه حكم الصغير المميز في المعاملات المالية . أما قبل الحجر فحكم تصرفاته حكم تصرفات البالغ العاقل الرشيد الا اذا وقع منه التصرف قبل الحجر بطريق الغش والتواطىء مع الغير<sup>(٢)</sup> ، وهذا استثناء حسن يتفق واصول الشريعة العامة .

والسفيه المحجور وان يكن من أهل التبرع الا أن القانون أجاز له الوصية بثلث ماله<sup>(٣)</sup> وهذا هو المقرر فقها . والحكمة في هذا الجواز واضحة لان الوصية تصرف في التركة مضافا الى ما بعد الموت فلا ضرر منها على السفيه في حياته .

ونكاح السفيه صحيح نافذ قبل الحجر وبعده . لان قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ اشترط لاهلية الزواج العقل والبلوغ ، ولا شك ان السفيه بالغ عاقل ، وهذا هو المقرر فقها . وكذلك يعتبر طلاقه صحيحا نافذا لان المادة (٣٤) من هذا القانون عدت من لا يقع طلاقهم ولم تذكر معهم السفيه ، وهذا هو المقرر فقها .

#### ٣٧٨ - السفيه في القانون المصري :

قرر هذا القانون ان الحجر على السفيه يكون بحكم من المحكمة وكذا رفعه<sup>(٤)</sup> . أما تصرفاته المالية ، فان صدرت منه بعد تسجيل قرار الحجر ، فانها تكون بمنزلة تصرفات الصغير المميز ، فتتخذ ان كانت نافعة نفعا محضا ، وتبطل ان كانت ضارة به ضررا محضا ، وتكون موقوفة على اذن القيم ان كانت مترددة بين النفع والضرر . أما تصرفاته قبل الحجر عليه فانها لا تكون باطلة أو سبلة للإبطال الا اذا وقعت نتيجة استغلال التعاقد مع السفيه او تواطئه مع السفيه الذي يتوقع الحجر عليه ، فان لم يثبت شيء من ذلك

(١) المادة ٩٥ ، والمادة ١٠ الفقرة الثالثة .

(٢) المادة (١٠) الفقرة الاولى .

(٣) المادة (١٠) الفقرة الثانية .

(٤) المادة (٦٥) من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

كانت تصرفاته صحيحة<sup>(١)</sup> .

وقد استثنى القانون المصري وصية السفه ووقفه ، فقرر صحتها متى ما أذنت المحكمة بذلك<sup>(٢)</sup> . كما استثنى القانون أعمال الإدارة اذا أذن له القيم بتسليم أمواله لإدارتها وصدر الاذن بالوجه القانوني<sup>(٣)</sup> ، وفي هذه الحالة تسري عليه الاحكام التي تسري على القاصر المأذون<sup>(٤)</sup> .

### ثانيا - السكر

٣٧٩ - تمهيد :

السكر هو زوال العقل بتناول الخمر أو أي مسكر بحيث لا يدري السكران بعد افاقته ما كان قد صدر منه حال سكره<sup>(٥)</sup> . فالسكر يعطل العقل ويعدم التمييز . وكان ينبغي لذلك أن تنعدم به أهلية الاداء ، ولكن الفقهاء لم يقولوا بذلك في جميع حالات السكر ، بل فرقوا بين السكر بطريق مباح والسكر بطريق محظور .

٣٨٠ - السكر بطريق مباح :

ويكون السكر بطريق مباح اذا تناول الانسان المسكر اضطرارا أو اكراها أو عن غير علم بكونه مسكرا أو شرب دواء فأسكره ونحو ذلك . وحكم السكران في هذه الاحوال حكم المغمى عليه فلا تصح عبارته ولا يترتب عليها أثر قانوني ولا ينقذ بها عقد ولا تصرف ، ولا خلاف في هذا بين الفقهاء .

٣٨١ - السكر بطريق محظور :

ويكون السكر بطريق محظور اذا تناول الانسان المسكر عن علم به

---

(١) المادة (١١٥) من القانون المدني المصري .

(٢) المادة الخامسة من قانون الوصية المصري ، والمادة ١٦٦ ،

الفقرة الاولى ، من القانون المدني المصري .

(٣) المادة ١١٦ ، الفقرة الثانية من القانون المدني المصري .

(٤) المادة ٦٨ من قانون الولاية على المال .

(٥) كشف الاسرار ج ٤ ص ١٤٢٨ .

ورغبة فيه واختيار له • وقد اختلف الفقهاء في مدى اعتبار أقواله وانهقاد العقود والتصرفات بها • ويمكن رد اختلافهم الى القولين التاليين مع مجمل أدلتهم<sup>(١)</sup> •

#### القول الاول :

لا يعتد بشيء من أقواله ولا يترتب عليها أي أثر شرعي ، فلا يقع طلاقه ولا بيعه ولا شراؤه ولا سائر عقوده وتصرفاته • وهذا مذهب الظاهرية والجعفرية وعثمان البتي والليث وهو احدى الروايات عن أحمد بن حنبل التي استقر عليها كما نقل الامام ابن القيم ، وهو اختيار الطحاوي من الحنفية •

#### القول الثاني :

تعتبر أقواله وتترتب عليها آثارها الشرعية فيقع طلاقه وسائر تصرفاته القولية • وهذا مذهب الحنفية والشافعية والمالكية على تفصيل واختلاف في بعض التصرفات • فعند الحنفية • مثلا ، تعتبر أقوال السكران ما عدا الردة والافرار بما يحتمل الرجوع • كالافرار بالزنا •

#### ٢٨٢ - ادلة القول الاول :

آ - السكران لا يعلم ما يقول ، قال تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة واتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون » فالسكران لا يدري ما يقول ، ومن لا يدري ما يقول لا يجوز الزامه بأقواله ولا ترتيب أي أثر عليها فعبارة لنو كمبارة المجنون •  
ب - ان أقل ما يصح به التصرف القصد أو مظهره ، وليس للسكران واحد منهما •

---

(١) زاد المعاد ج ٢ ص ٢٠٢ - ٢٠٣ ، أعلام الموقعين ج ٤ ص ٤٠-٤٢ •  
المغني ص ١١٣ - ١٢٤ ، المهذب للشيرازي ج ٢ ص ٨٢ ، المحلى ج ١ ص ٢٠٩ -  
٢١١ ، الخلاف للطوسي ج ٢ ص ٤٥٤ ، المختصر النافع ص ٢٢١ ، مختصر  
الطحاوي ص ٢٨٠ ، بدائع الصنائع للكاساني ج ٣ ص ٦٩ ، التلويح ج ٢ ص  
١٨٥ - ١٨٦ •

ج - لا فرق بين من سكر بطريق مباح وبين من سكر بطريق محظور ، فالأثنان لا عقل لهما ولا تمييز ، فيجب أن يتساويا في الحكم .  
أما كون سكر الاول بطريق مباح وسكر الثاني بطريق محرم ، فهذا تأثيره في ترتيب العقوبة على السكران . ألا يرى ان من كسرت ساقاه صلى فاعدا ومن كسر ساقيه بنفسه صلى فاعدا أيضا ، مع ان الثاني أجرم بكسر ساقيه دون الاول .

### ٣٨٣ - أدلة القول الثاني :

السكران بطريق محظور هو الذي تسبب بإزالة عقله بتناوله ما هو محرم عليه ، فلا يستحق بمعصيته التخفيف ، فيعتبر عقله قائما تقديرا عقوبة له وزجرا . ولا عجب في ذلك ، فقد يعطى للزائل حقيقة حكم الموحود تقديرا اذا زال بسبب هو معصية لغرض الزجر والردع ، كمن قتل مورثه ، فان المورث يعتبر حيا بالنسبة للقاتل ، عقوبة له ، فلا يرثه . والخلاصة فان الجريمة - كالسكر - لا تصلح سببا للتخفيف عن صاحبها ، بل ان ارتكابها يدل على ان صاحبها قد رضي بجميع النتائج المترتبة على جريمته .

### ٣٩٤ - القول الرابع :

أدلة القائلين بعدم اعتبار أقوال السكران مقبولة وسليمة ، لان اعتبار القول يكون بالقصد ، ولا قصد للسكران لزوال عقله وتمييزه . أما الزامه بأقواله على وجه العقوبة فلا وجه له فلا يصح ، لان العقوبة تقدر من قبل الشارع ولا تقدر بالرأي ، والشارع لم ينص على الزامه بأقواله ، بل بين ان السكران لا يعلم ما يقول ، ومن لا يعلم ما يقول لا يقصد معنى ما يقوله فلا يترتب على قوله أثر ، كالأعجمي اذا تلفظ بلفظ « الطلاق » وهو لا يعرف معناه لا يترتب على لفظه أثر ولا يقع طلاقه . والقياس على قاتل مورثه قياس مع الفارق لان القاتل قصد قتل مورثه ليستعجل ميراثه فموجب بحرمانه ، أما السكران فقد قصد السكر ولم يقصد ايقاع التصرف ، فكيف نقول بوقوعه ؟ وحتى لو جاز اعتبار قوله على وجه العقوبة فكيف نوقع عليه

عقوبة تسري الى غيره كما لو طلق امرأته في حال سكره ؟ فالقول الراجح هو القول الاول ، فلا تعتبر أقوال السكران ولا يترتب عليها أثر .

#### ٣٨٥ - حكم السكران في القوانين الوضعية :

نص قانون الاحوال الشخصية العراقي على عدم وقوع طلاق السكران<sup>(١)</sup> ، ولم يقيد ذلك بكون سكره بطريق مباح أو محظور ، فيجب حمل النص على اطلاقه ، فلا يقع طلاق السكران مطلقا . وكذلك لا يقع نكاح السكران بموجب القانون المذكور . لانه اشترط لاهلية النكاح العقل والبلوغ<sup>(٢)</sup> . والسكران زائل العقل فلا ينقذ بعبارة عقد النكاح . وهكذا سائر تصرفاته القولية لان الشرط في صحتها القصد والاختيار ، والسكران لا قصد له ولا اختيار .

وفي مصر نص القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ في مادته الاولى على عدم وقوع طلاق السكران دون تفريق بين سكر بطريق محظور وسكر بطريق مباح ، وعلى هذا لا يقع طلاق السكران مطلقا .

## مَبْحَثُ الثَّالِثُ

### الولاية

٣٨٦ - الولاية في اللغة مصدر «ولي» ، يقال ولي الشيء اذا ملك أمره وكان له القيام به أو عليه . وفي اصطلاح الفقهاء ، الولاية سلطة شرعية في النفس أو المال يترتب عليها نفاذ التصرف فيهما شرعا<sup>(٣)</sup> . فالعقد ، والتصرف عموما ، لا يكون نافذا الا اذا تحقق في العاقد أمران : أهلية الاداء الكاملة والولاية . اذ بالاهلية ينقذ العقد والتصرف ويكون له وجود في الخارج . وبالولاية ينفذ هذا التصرف ويترتب آثاره .

(١) المادة (٣٥) الفقرة الاولى ، من قانون الاحوال الشخصية العراقي .

(٢) المادة (٧) الفقرة الاولى ، من القانون السابق .

(٣) النيابة عن الغير في التصرف ، لاستاذنا الشيخ علي الخفيف ،

### ٣٨٧ - أنواع الولاية :

والولاية بمعناها الفقهي الاصطلاحي ، قد تثبت للشخص على نفسه وماله ، وهذه الولاية الذاتية أو القاصرة • وقد تثبت للشخص على مال غيره أو نفسه وهذه هي الولاية المتعدية •

#### أولا - الولاية الذاتية :

وهذه تثبت للشخص الكامل الاهلية ، أي للشخص البالغ العاقل الرشيد ، فله الولاية التامة على جميع شؤونه وأمواله وتنقد جميع عقودها وتصرفاته في حق نفسه وماله ، ولا يقيد نفاذ هذه التصرفات الا قيد واحد هو عدم الاضرار بالغير • وعلى هذا اذا خلت تصرفاته من الاضرار بالغير نفذت ولا حق لاحد بالاعتراض عليها • وان كانت مضرة بالغير توقف نفاذها على اجازة هذا المتضرر ، كما في تصرفات المدين الضارة بالدائنين ، فانها موقوفة على اجازتهم ، وكما في بيع الراهن العين المرهونة يكون موقوفاً على اجازة المرتهن اذا لم يؤد الراهن لم ما عليه من دين (١) •

#### ثانيا - الولاية المعتدية :

وهذه الولاية تثبت للشخص على غيره بسبب أمر عارض جعله الشارع علة وسبباً لثبوتها • وهي نوعان : أصلية ، ونياية (٢) •  
أ - الولاية الأصلية : وهي التي تثبت بسبب الابوة كولاية الاب والجد الصحيح ( أبي الاب ) • فهي تثبت لهما بسبب أمر عارض هو ولادة المولى عليه ، أي الصغير ، لهما • فهما يستمدانها من الشارع ابتداء لهذا السبب ، ولا يستمدانها من شخص آخر عن طريق النيابة •

ب - الولاية النياية : وهذه كما هو ظاهر من اسمها ، تثبت عن طريق النيابة ، أي باستمدادها من شخص آخر • كولاية الوصي، والوكيل،

(١) المدخل للفقهاء الاسلامي ، للاستاذ محمد سلام مذكور ، ٤٦٠ •

(٢) الاستاذ علي الخفيف ، مختصر احكام المعاملات الشرعية ،

والامام • فالوصي يستفيد ولايته ممن أقامه • والوكيل يستفيد ولايته من الموكل • والامام يستمد ولايته من عموم المسلمين بيعتهم له •

#### ٣٨٨ - الولاية على النفس والمال :

والولاية المتعدية • قد تكون ولاية على النفس • وقد تكون ولاية على

المال •

#### أولا - الولاية على النفس :

وهذه الولاية • بمعناها العام • تتضمن أنواعا عديدة من القيام على نفس المولى عليه كولاية الحضنة - وهي ولاية ضم الصغير في سن معينة والقيام على شؤونه فيها من تربيته وتأديبه - وولاية ضمه بعد هذه السن الى من له الولاية على النفس لانعام تربيته وتوجيهه • وولاية تزويجه<sup>(١)</sup> •

#### ثانيا - الولاية على المال :

وهذه تخص التصرفات المتعلقة بمال من ثبتت عليه هذه الولاية كالصغير ومن في حكمه كالمجنون والمعتوه • وتكون هذه الولاية لمن ثبتت لهم شرعا كالاب أو وصيه • والجد أو وصيه • والقاضي أو وصيه • وهؤلاء الاولياء يقدم بعضهم على بعض حسب حال المولى عليه<sup>(٢)</sup> • فهي تثبت على الصغير للاب باتفاق الفقهاء • ولكنهم اختلفوا فيمن ثبتت له بعد الاب • فعند الحنفية تكون بعد الاب لو وصيه ثم لوصي وصيه وهكذا • فان لم يكن وصي كانت للجد الصحيح • أبي الاب • وان علا ثم لوصي الجد • ثم لوصي وصيه وهكذا • فان لم يكن جد ولا وصي جد كانت للقاضي أو وصيه الذي يقيمه • وذهب المالكية والحنابلة الى أن الولاية على الصغير تثبت بعد الاب لو وصيه ثم للقاضي أو وصيه • وعند الشافعية تثبت بعد الاب للجد الصحيح

(١) النيابة عن الغير • للاستاذ علي الخفيف • ص ٩

(٢) الكاساني ج ٥ ص ١٥٥ • رد المحتار لابن عابد ج ٢ ص ١٥١ •  
الزيلعي وحاشية الشلبي ج ٥ ص ١٩٦ • المغني ج ٤ ص ٤٧١ • كساف الفاع  
ج ٢ ص ٢٣٣ وما بعدها • منتهى الارادات ج ٢ ص ١٥٤ • شرح منہج الطلاب  
وحاشية البجيرمي ج ٢ ص ٤٣٦ وما بعدها • التبرج الصغير للدردير ج ٢  
ص ١٣٠ - ١٣١ •

ثم بعده للوصي المختار من اب أو من الجد ، ومن تأخر موته منهما ، ثم للقاضي أو وصيه . وعند الجعفرية تكون الولاية على الصغير لكل من الاب والجد كليهما ، فان اختلفا قدم رأي الجد ، ثم لوصي أحدهما ثم للقاضي . أما الولاية على المجنون والمعتوه ، فقد قال الحنفية ، اذا اتصل المجنون أو العته بالصغير فبلغ الصغير مجنوناً أو معتوها استمرت الولاية لمن كان ولياً على الصغير ، والى هذا القول ذهب أيضاً الشافعية والجعفرية والمالكية والحنابلة . أما اذا بلغ رشيداً ثم طرأ عليه المجنون أو العته ، فرأيان عند الجميع ، رأي يجعلها لمن كانت الولاية له على الصغير ، ورأي يجعلها لمن تبينه المحكمة . واختلف الفقهاء أيضاً في السفية وذوي الغفلة ، فذهب الحنفية الى أن الولاية عليهما تثبت للقاضي أو من يقيمه ، سواء اتصل عارض السفه والغفلة بالصغير أو طرأ بعد البلوغ والرشد . وعند الجعفرية تكون الولاية للقاضي اذا لم يتصل السفه والغفلة بالصغير ، فاذا اتصل ، فعندهم قولان أرجحهما انها تكون للقاضي (١) .

#### ٣٨٩ - شروط الولاية المالية على الصغير ومن في حكمه :

يشترط في الولي أن يكون ذا أهلية اداء كاملة ، فلا ولاية للصغير ولا للمجنون على مال الصغير ، لانهما لا يملكان هذه الولاية على أموالهما فلأن لا تثبت لهما على مال الغير أولى ، اذ أن فاقد الشيء - كما يقال - لا يعطيه . ويشترط في الولي أيضاً أن يكون أميناً ، قادراً على ما يدخل ضمن ولايته من التصرفات . كما يشترط اتحاد الدين بين الولي والمولى عليه . فلا ولاية لغير المسلم على المسلم باتفاق الفقهاء . وكذلك لا ولاية

(١) النيابة عن الغير ، المرجع السابق ، ص ٥٣ - ٥٥ . هذا وان القانون المدني العراقي نص بمادته (١٠٢) على ان « ولي الصغير هو أبوه ثم وصي أبيه ثم جده الصحيح ثم وصي الجد ثم المحكمة أو الوصي الذي نصبته المحكمة » . وجاء في المادة ٧٦ من قانون الاحوال الشخصية العراقي : « يشترط في الوصي توفر الاهلية القانونية والشرعية ، ومعنى هذا توافر الشروط التي نص عليها فقهاء الشريعة والتي ذكرنا خلاصتها في أعلاه .

الشريعة الاسلامية (م - ٢٢)

للمسلم على غير المسلم عند جمهور الفقهاء<sup>(١)</sup> خلافا للجعفرية اذ تجوز عندهم هذه الولاية<sup>(٢)</sup> . أما ثبوتها بين غير المسلمين فمجازاة بلا خلاف بين الفقهاء<sup>(٣)</sup> . واذا استوفى الولي هذه الشروط ثم أصبح غير أمين وجب عزله ، وان طرأ عليه العجز لا يعزل ، بل يضم اليه القاضي من يعينه ليكمل نقصه ويحصل مقصود الولاية<sup>(٤)</sup> .

#### ٣٩٠ - تصرفات الولي :

يشترط في تصرفات الولي أن تكون في مصلحة المولى عليه ، أي الصغير ومن في حكمه ، لان هذه الولاية لم تثبت الا رعاية لمصلحة الصغير ومن في حكمه كالمجنون ونحوه ، يدل على ذلك قوله تعالى : « ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن » وعلى هذا الاساس لا يملك الولي انشاء العقود والتصرفات الضارة بالمولى عليه ضررا محضا كالهبة وسائر التبرعات . وله مباشرة التصرفات النافعة كقبول الهبة والوصية والكفالة لمال المولى عليه . أما العقود والتصرفات المتردة بين النفع والضرر ، أي التي تحتمل بطبيعتها النفع والضرر ، كالبيع والشراء والاجارة ، فيجوز للولي مباشرتها برأيه واجتهاده بشرط أن لا يكون فيها غبن فاحش ، فان كان لم تنفذ في حق المولى عليه .

وما ذكرناه هو القاعدة العامة في تصرفات الاولياء . وهناك بعض

---

(١) كشف القناع ج ٢ ص ٢٢٣ ، شرح منتهى الارادات ج ٥ ص ١٥٤ ، منهج الطلاب وحاشية البجيرمي ج ٢ ص ٤٤١ ، الكاساني ج ٥ ص ١٥٣ .

(٢) جاء في كتاب الاحكام الجعفرية في الاحوال الشخصية ، تأليف الشيخ عبد الكريم رضا الحلي ، في المادة ٣٩ ، ص ١١ : « لا ولاية في النكاح ولا في المال لذي على مسلم » . وثبت للمسلم على الذمي .

(٣) كتابنا احكام الذميين والمستأمنين في دار السلام ص ٤٦١ .

(٤) الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص ٣٣٧ . هذا ، وان القانون المدني العراقي أجاز للمحكمة ان تقيّد من ولاية الولي أو تسلبه هذه الولاية اذا عرف عنه سوء التصرف : انظر الفقرة الثانية من المادة ٢٠٣ .

الفروق بين الاولياء من جهة مدى ما يباح لهم اجراؤه من العقود والتصرفات فمن ذلك ان الاب له أن يبيع مال الصغير لنفسه ، كما له أن يشتري للصغير مال نفسه ، بينما لا يجوز هذا لو وصي الاب عند جمهور الفقهاء ، وأجازوه بعضهم بشرط الخيرية ، أي بشرط أن يكون في ذلك نفع ظاهر للمولى عليه بأن يشتري الولي مال الصغير لنفسه بنصف قيمته وأن يبيعه مال نفسه بنصف قيمته<sup>(١)</sup> .

## مبحث الرابع

### الوكالة

٣٩١ - تمهيد :

الوكالة ، نوع من أنواع الولاية كما ذكرنا . وهي في اللغة تطلق على معان منها الحفظ والتفويض والاعتماد . وفي اصطلاح الفقهاء : إقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف مملوك له معلوم قابل للنياحة<sup>(٢)</sup> . كما لو وكل انسان آخر في بيع داره أو فرسه .

٣٩٢ - ركن الوكالة :

ركن الوكالة الايجاب والقبول كما هو الحال في سائر العقود . فتتعدد الوكالة بأية عبارة تصدر من الموكل دالة على الانابة والتوكيل ، أو بما يقوم مقامها من كتابة أو اشارة ، وبقبول من الآخر بالقول ، أو بالفعل كما

(١) أنظر تفصيل ما يباح للاولياء من التصرفات وما يباح : البدائع للكاساني ج ٥ ص ١٣٦ وما بعدها ، وكشاف القناع ج ٢ ص ٢٢٤ وما بعدها ، والاشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٦٣ - ١٦٤ . هذا وان القانون المدني العراقي أشار الى بعض ما يشترط في تصرفات الاولياء وما يباح لهم . ومن ذلك ما جاء في المادة (١٠٣) : « الاب والجد اذا تصرفا في مال الصغير وكان تصرفهما يمثل القيمة أو بيسير الغبن صح العقد ونفذ . أما اذا عرفا بسوء التصرف فللحاكم أن يقيد من ولايتهما أو أن يسلبهما هذه الولاية » . (٢) الاستاذ أحمد ابراهيم ، المرجع السابق ، ص ١٥٨ ، والاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص ٣٠ . وعرفت المادة ٩٢٧ من القانون المدني العراقي الوكالة بقولها : « الوكالة عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم » .

لو قال شخص لآخر وكلتك في كذا وسكت الآخر ثم باشر ما وكله • ولا يشترط لانعقادها اتحاد المجلس ، فلو وكله في غيبته فعلم بما وكله فيه ثم باشره صحت الوكالة ولكن لو ردّ الايجاب ثم باشر ما وكله به كان في عمله فضوليا يتوقف نفاذه على اجازة الموكل •

والوكالة تنعقد منجزة ومعلقة ، ومضافة الى المستقبل • فلو قال وكلتك ببيع داري فقال الآخر قبلت ، انعقدت منجزة • ولو قال وكلتك ببيع داري اذا سافرت الى خارج العراق فقبل الآخر التوكيل ، انعقدت معلقة • ولو قال وكلتك بقبض رواتبي ابتداء من الشهر القادم فقبل الآخر انعقدت مضافة الى المستقبل • وانما جازت الوكالة في جميع هذه الحالات لان في الناس حاجة الى عقدها بجميع هذه الصور<sup>(١)</sup> •

#### ٣٩٣ - شروط الوكالة :

لا بد لانعقاد الوكالة وصحتها من توافر شروط معينة في كل من الموكل والوكيل وما يجري فيه التوكيل • وتكلم فيما يلي عن هذه الشروط بايجاز :

#### اولا - ما يشترط في الموكل :

يشترط في الموكل أن يكون مالكا للتصرف الذي يوكل فيه الغير ، أي أن يكون أهلا لمباشرة التصرف لنفسه • وفي هذا يقول صاحب المغني :  
« كل من صح تصرفه بشيء لنفسه وكان مما تدخله النيابة صح أن يوكل فيه رجلا أو امرأة •• » الى آخر ما قال<sup>(٢)</sup> • وهذا شرط معقول ، لان الوكيل يستمد ولايته من موكله فاذا لم يملك الموكل مباشرة تصرف ما لم يستطيع أن يوكل غيره فيه ، لان الانسان لا يستطيع أن يملك غيره ما لا يملك هو ، وفاقد الشيء لا يعطيه كما يقولون ••• وعلى هذا لا يصح توكيل المجنون والصبي غير المميز مطلقا ولا توكيل صبي مميز بتصرف ضار ضررا

(١) المغني ج ٥ ص ٨٥ ، الكاساني ج ٦ ص ٢١ ، كششاف القناع ج ٢ ص ٢٣٢ •

(٢) المغني ج ٥ ص ٧٩ •

محضاً ولو أذن به الولي ، ويصح توكيله بالتصرف الذي ينفعه بلا توقف على أذن الولي ، وبالتصرف الدائر بين النفع والضرر اذا أجازة الولي ، وبدون هذه الاجازة ان كان الصبي المميز مأذوناً بالتجارة ، وبهذا أخذ القانون المدني العراقي<sup>(١)</sup> . ويصح توكيل السفهه فيما يملك مباشرته من التصرفات .

ثانياً - ما يشترط في الوكيل :

يشترط في الوكيل أن يكون ذا عبارة معتبرة أي عاقلاً مميزاً ولكن لا يشترط فيه البلوغ ولا الرشد ، فيصح توكيل كاملة الاهلية ونافضها ، ولا يختلفان الا في حقوق العقد فهي ترجع الى الموكل اذا كان الوكيل ناقص الاهلية وترجع الى الوكيل نفسه اذا كان كامل الاهلية<sup>(٢)</sup> . ولا يصح أن يكون الوكيل مجنوناً ولا صبياً غير مميز لان عبارة كل منهما غير معتبرة مطلقاً ولا ينقد بها أي تصرف . وذهب فريق من الفقهاء كالشافعية والحنابلة ، الى أن الشرط في الوكيل أن يكون مالكا مباشرة التصرف لنفسه ، لان القاعدة « من لا يملك التصرف في شيء لنفسه لا يصح أن يتوكل فيه »<sup>(٣)</sup> . وعلى هذا لا يصح أن يكون الصبي المميز وكيلًا الا فيما يملك مباشرته لنفسه كقبول الهبة .

ثالثاً - ما يشترط في الموكل فيه :

أ - أن يكون معلوماً للوكيل ، ولا تضر الجهالة اليسيرة فيه اذا كانت الوكالة خاصة ، ولا الجهالة الفاحشة اذا كانت الوكالة عامة كما لو قال لوكيله اشتر لي ما شئت . فاذا سلم محل الوكالة من الجهالة على النحو الذي ذكرناه ، جاز أن ترد الوكالة على جميع العقود والتصرفات ، التي تقبل

(١) الفقرة الاولى من المادة ٩٣٠ من القانون المدني العراقي .

(٢) الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص ٣٤٢ .

وقد أجاز القانون المدني العراقي أن يكون الوكيل صبياً مميزاً ولم يشترط فيه البلوغ ، فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة ٩٣٠ : « ويشترط أن يكون الوكيل عاقلاً مميزاً ولا يشترط أن يكون بالغاً ، فيصبح أن يكون الصبي المميز وكيلًا وان لم يكن مأذوناً » .

(٣) المغني ج ٥ ص ٧٩ - ٨٠

النيابة • فيجوز التوكيل بالخصومة أي بالتقاضي والترافع أمام القضاء ، وبالبيع والشراء والهبة ، والزواج والطلاق وغير ذلك من العقود والتصرفات التي يملك الموكل مباشرتها لنفسه • وهكذا وسع التشريع الاسلامي دائرة الوكالة وما يصح أن يكون فيه التوكيل ، وهذا ما امتازت به الشريعة الاسلامية على القانون الروماني وغيره من القوانين القديمة<sup>(١)</sup> •

ب - أن يكون من التصرفات الجائزة شرعا ، فلا يجوز التوكيل في انتزاع والاعتداء على مال الغير ولا في الجنايات وسائر المحرمات ، لان الافعال المحرمة شرعا لا يجوز ولا تباح للموكل فلا تجوز النيابة فيها ولا تباح للتوكيل •

ج - أن يكون مما يقبل النيابة ، كالبيع والشراء والمساقاة والرهن والارتهان والاعادة والاستعارة ونحو ذلك من العقود والتصرفات التي لا ينظر فيها الا لوقوعها وتحصيلها ولا ينظر الى شخص فاعلها ، أما التصرفات التي ينظر فيها الى شخص فاعلها فلا تقبل النيابة ، لان المقصود منها لا يحصل الا بصدورها من شخص معين ، كالشهادة فهي تتعلق بعين الشاهد لكونها خبرا عما رآه أو سمعه ولا يتحقق هذا المعنى في نائبه وكذلك الأيمان لا يصح التوكيل فيها لعدم قابليتها للنيابة لانها تتعلق بشخص الحالف • ومثلها

---

(١) يقول الاستاذ الدكتور السنهوري في كتابه الوسيط هامش (١) ص ١٨٩ : « اذا كانت النيابة تبدو في القانون الحديث نظاما منطقيا معقولا ، فان الامر لم يكن كذلك في القوانين القديمة • فقد كانت هذه القوانين تستعصي على فكرة النيابة ولم تسلم بها الا تدرجا وفي حدود معينة » • ويقول أيضا في كتابه نظرية العقد هامش (٣) ص ٣٠٨ ، نقلا عن كتاب المدخل للفقه الاسلامي للاستاذ المذكور ص ٦٣٠ ، ما نصه : « ان القانون الروماني وحتى القانون الفرنسي الحديث كلاهما لم يصل الى ما وصل اليه الفقه الاسلامي في عقد الوكيل الذي أجاز الوكالة في كل العقود » • ويقول الدكتور شفيق شحاته في كتابه النظرية العامة للالتزامات في الفقه الاسلامي ص ١٦١ : « ومبدأ النيابة هذا لم يصل اليه التشريع الروماني الا بعد جهاد عنيف وهو قد بقي مجهولا من التشريع الفرنسي القديم • أما الفقه الاسلامي فقد قال بالنيابة التامة ، وبالنيابة التامة - الى حدود بعيدة جدا » •

الايلاء والقسامة واللعان لانها أيمان فلا يصح التوكيل فيها<sup>(١)</sup> .

#### ٣٩٤ - أقسام الوكالة

تنقسم الوكالة الى خاصة وعامة ، ومطلقة ومقيدة .

فالوكالة الخاصة هي ما كانت متعلقة بتصرف معين كبيع دار أو شراء سيارة أو توكيل في دعوى معينة . ولا خلاف في صحة هذه الوكالة .

والوكالة العامة ما كانت غير محصورة بتصرف معين ، كما لو قال شخص لآخر أنت وكيلني في كل شيء أو فيما لي من حقوق وتصرفات ، فيملك الوكيل بهذه الوكالة كل تصرف جائز مملوك للموكل . وفي صحة الوكالة العامة خلاف بين الفقهاء ، فمنهم من أجازها باطلاق . ومنهم من أبطلها لما فيها من الضرر والخطر وتعرض أموال الموكل للزوال بهبتها ، مثلاً ، من قبل الوكيل . ومنهم من أجازها مع استثناء ما فيه ضرر بالموكل كال تبرعات ، وإيقاع الطلاق ، فلا تجوز هذه التصرفات بدون نص صريح عليها<sup>(٢)</sup> . والقانون المدني العراقي أخذ برأي من أجازها باطلاق<sup>(٣)</sup> .

والوكالة المقيدة ، هي التي يحدد فيها الموكل للوكيل حدود تصرفه ويرسم له طريق هذا التصرف ، كما لو قال له وكلتك في بيع داري هذه بكذا مبلغ . فلا يجوز للوكيل ، في هذه الحالة ، أن يخالف ما قيد به الموكل الا اذا كانت المخالفة الى ما فيه خير للموكل ، كما لو قيده بأن يبيع الدار بألف دينار فباعها بألف ومائة دينار . أما لو باع الدار بأقل من ألف فان البيع يكون موقوفاً على اجازة الموكل ، وعند بعضهم كالشافعي يقع باطلاً<sup>(٤)</sup> .

والوكالة المطلقة ، هي الخالية من كل قيد ، كما لو قال وكلتك في

بيع داري . فله أن يبيعها بما يراه من الثمن المناسب ولا يتقيد بثمن معين .

(١) المغني ج ٥ ص ٨١ - ٨٢

(٢) المغني ج ٥ ص ٨٦

(٣) المادة ٩٣١ من القانون المدني العراقي .

(٤) المغني ج ٥ ص ٢٢٠ ، الكاساني ج ٦ ص ٢٧ ، كشاف القناع

ج ٢ ص ٢٣٩ ، مغني المحتاج ج ٢ ص ٢٢٣ .

ولكن ذهب بعض الفقهاء الى أن الوكالة المطلقة تقيد بما يقضي به العرف ، ففي مثالنا هذا لا يجوز للوكيل أن يبيع الدار بغير فاحش أو بما لا يباع به عادة . وذهب أبو حنيفة الى أن التوكيل المطلق يجري على إطلاقه ولا يتقيد بشيء لا يعرف ولا بغيره ، لأن الموكل لو أراد تقييده بشيء لصرح بذلك ، فعدم التصريح دل على تركه الأمر للوكيل يتصرف فيه كما يشاء<sup>(١)</sup> .

#### ٣٩٥ - انابة الوكيل غيره فيما وكل فيه :

يجوز للوكيل أن يوكل غيره فيما وكله الموكل اذا فوض الرأي له في هذا التصرف ، كما لو قال فوضت اليك الأمر ، أو اعمل برأيك كيف شئت . ففي هذه الحالة يجوز أن يباشر الوكيل التصرف بنفسه أو يوكل غيره به . فان وكل كان الوكيل الثاني وكلاء عن الموكل لا عنه . واذا لم يفوض الموكل الرأي للوكيل فلا يجوز له أن يوكل غيره في مباشرته الا بالأذن الصريح من الموكل لأن الموكل انما رضي برأيه لا برأي غيره<sup>(٢)</sup> .

#### ٣٩٦ - تعدد الوكلاء :

يجوز أن يتعدد الوكلاء في تصرف واحد . فان كان توكيلهم في عقد واحد لم يكن لاحدهم مباشرته منفردا ، بل لا بد من مباشرته من قبلهم مجتمعين الا اذا صرح الموكل لهم بذلك عند توكيلهم . ويستثنى من ذلك ما لا يحتاج فيه أخذ الرأي كرد الودائع والمغصوب والمبيع فيما فاسدا ورفض الديون وايفائها . كما يستثنى ما لا يمكن اجتماعهم عليه كالترافع أمام المحكمة . وان كان توكيلهم بعقود متعددة كان لكل منهم الانفراد في مباشرة التصرف دون حاجة لاخذ رأي الآخرين ، فاذا ما باشره انتهت وكالة الباقيين بتمام التصرف<sup>(٣)</sup> .

(١) المغني ج ٥ ص ١٢١ ، الاستاذ محمد شلبي ، المرجع السابق ، ص ٣٤٦ - ٣٤٨ .

(٢) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ١٠٣ . وقد أخذ الشانون المدني العراقي بهذه الاحكام الفقهية ، انظر المادة ٩٣٩ منه .

(٣) الكاساني ج ٦ ص ٣٣ . وقد أخذ القانون المدني العراقي بهذه الاحكام الفقهية ، انظر المادة ٩٣٨ منه .

### ٣٩٧ - حكم العقد وحقوقه ، ولئن ترجع ؟

حكم العقد هو أثره المترتب عليه ، وهو غرض العاقدين من انشائه •  
أما حقوقه فهي ما يترتب عليه لطرفيه من حقوق والتزامات ومطالبات تؤكد حكمه وتقرره وتكمله • فعقد البيع ، مثلا ، حكمه انتقال ملكية المبيع الى المشتري وملكية الثمن الى البائع • وحقوقه الزام البائع بتسليم المبيع الى المشتري ، وحق البائع بمطالبة المشتري بالثمن ، وحق المشتري في الرجوع على البائع بالثمن اذا ظهر مستحق للمبيع ، وحقه في رد المبيع الى البائع اذا ظهر فيه عيب قديم ونحو ذلك من الحقوق التي تثبت لكل عاقد قبل التعاقد الآخر •

أما رجوع حكم العقد وحقوقه الى الموكل أو الوكيل ففيه تفصيل •  
وجملة القول فيه ، على النحو التالي :

اولا - حكم العقد :

اتفق الفقهاء على ان حكم العقد يرجع الى الموكل ، لان الوكيل ينفذ ارادته ، والولاية الاصلية هي للموكل وانما استفاد الوكيل ولايته منه •  
فناسب ذلك كله رجوع حكم العقد الى الموكل ، سواء أضاف الوكيل العقد الى الموكل أم أضافه الى نفسه في عقود المعاوضات • ولكنهم اختلفوا في كيفية ثبوت الحكم للموكل • فالحنفية ومن وافقهم يذهبون الى أن الحكم يثبت أولا للوكيل ثم ينتقل فورا الى الموكل بموجب عقد التوكيل<sup>(١)</sup> • وعند فريق آخر من الفقهاء ، ومنهم الشافعية والحنابلة ، يثبت الحكم للموكل رأسا دون ثبوته للوكيل ثم انتقل الى الموكل ، قال صاحب المغني : « واذا اشترى الوكيل لموكله شيئا باذنه انتقل الملك من البائع الى الموكل ولم يدخل في ملك الوكيل وبهذا قال الشافعي • وقال أبو حنيفة يدخل في ملك الوكيل ثم ينقل الى الموكل ،<sup>(٢)</sup> •

ثانيا - حقوق العقد :

آ - العقود التي يحتاج اضافتها الى الموكل حتى تقع عنه ، كالنكاح

(١) الفقه الاسلامي للاستاذ محمد سلام مذكور ص ٤٨٦

(٢) المغني ج ٥ ص ١٣٠

والخلع ، ترجع حقوقها الى الموكل ، ويكون الوكيل فيها سفيرا ومعبرا محضاً عن الموكل . وعلى هذا لا يطالب بالمهر وكيل الزوج في عقد الزواج ، وإنما يطالب به الزوج نفسه الا اذا كان الوكيل قد ضمن المهر عن الزوج فيطالب به بحكم الضمان لا بحكم الوكالة . وكذلك لا حق لوكيل الزوجة في عقد الزواج في قبض مهرها ، وإنما هذا الحق للزوجة ولها أن توكل من تشاء في قبضه<sup>(١)</sup> .

ب - العقود التي لا يحتاج فيها الى الاضافة الى الموكل ، أي التي تقع عن الموكل سواء أضافها الوكيل الى نفسه أو أضافها الى الموكل ، كالياسات والاشرية والاجارات ، هذه العقود ترجع حقوقها الى الوكيل اذا أضافها لنفسه ولا ترجع الى الموكل . ففي عقد البيع ، مثلاً ، يملك الوكيل دون الموكل الحق في مطالبة المشتري بالثمن ، حتى لو أن الموكل طالبه به فأبى المشتري لم يجبر على التسليم ، ولكن لو أداه اليه برىء منه استحساناً . وإذا استحق المبيع في يد المشتري ، وكان قد دفع الثمن الى الوكيل ، رجع المشتري عليه بالثمن . وكذلك الوكيل بالشراء هو المطالب بالثمن دون الموكل . وهكذا الحكم بالنسبة لعقود المعاوضات الشبيهة بقدر البيع ، كالاجارة والاستجار . أما اذا أضاف هذه العقود الى الموكل فان حقوقها ترجع الى الموكل . ويلاحظ هنا ان رجوع حقوق العقد الى الوكيل في حالة اضافته العقد الى نفسه إنما يكون اذا كان الوكيل غير محجور عليه . فان كان محجوراً ، كالصبي المميز ، فان حقوق العقد ترجع الى الموكل أيضاً لان الوكيل هنا ليس أهلاً لرجوع الحقوق اليه ، لان الوكالة ضمان وكفالة ، والصبي ليس من أهلها<sup>(٢)</sup> . وذهب فريق من الفقهاء ، ومنهم الحنابلة ، الى

(١) أحكام العقود في الشريعة الإسلامية للشيخ علي قراة ص ٥٣ - ٥٤ .

(٢) الكاساني ج ٦ ص ٣٣ . الاستاذ علي قراة ، المرجع السابق ، ص ٥٤ - ٥٥ ، الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ١٠٥ ، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي للاستاذ مذكور ص ٤٨٩ ، الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص ٣٥٢ .

إن حقوق العقد ترجع الى الموكل دون الوكيل ، ففي المغني لابن قدامة :  
• ولا نسلم ان حقوق العقد تتعلق به - أي بالوكيل - وانما تتعلق  
بالموكل،<sup>(١)</sup> .

#### ٣٩٨ - علاقة الوكيل بموكله :

إذا كان التوكيل بأجرة كان ما بين الوكيل والموكل وكالة واجارة  
معا ، فتكون العلاقة بينهما علاقة الاجير بمؤجره ، ويكون الوكيل ملزما  
باتمام ما وكل به ، ولا يجوز له التخلي عنه • ومعنى ذلك ان الوكالة هنا  
تكون ملزمة ولا يجوز فسخها الا اذا كان هناك مسوغ لفسخ عقد الاجارة  
فتفسخ به • وإذا كان التوكيل بغير أجر ، اعتبر الوكيل متفضلا بمعونه  
ومتبرعا بعمله فلا يملك الموكل الزامه بالقيام بما وكل به والمضي فيه ، بل  
للكوكل أن يتخلى عن الوكالة في أي وقت شاء ، كما أن للموكل أن يعزله  
متى أراد • ومعنى ذلك ان الوكالة هنا تكون ملزمة<sup>(٢)</sup> • وإذا خلا عقد  
الوكالة من ذكر الاجرة وحصل نزاع بشأنها حزم العرف بذلك ، فان قضى  
العرف بالاجرة للوكيل استحقها والا لم يستحقها • هذا وان الوكيل أمين  
فلا يضمن للموكل ما يهلك في يده من أمواله الا اذا كان الهلاك بتعد منه  
أو تقصير •

#### ٣٩٩ - انتهاء الوكالة<sup>(٣)</sup> :

تنتهي الوكالة بجملة أمور ، منها :

- أ - مباشرة الموكل ما وكل به وكيله قبل مباشرة الاخير له •
- ب - عزل الموكل وكيله من الوكالة • ولا ينفذ العزل قبل علم الوكيل  
به ، ولهذا تنفذ تصرفاته في حق الموكل قبل علمه بالعزل • وذهب بعض

(١) المغني ج ٥ ص ١٣١

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٥٣ ، الاستاذ علي الخفيف ، المرجع  
السابق ، ص ١٠٦ - ١٠٧ ، الفقه الاسلامي للاستاذ مذكور ص ٤٧٥ ، ٤٩٠  
(٣) الكاساني ج ٦ ص ٣٦ • علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص  
١٠٧ - ١٠٨ ، الدكتور محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ، ص ٣٨٩ -  
٣٩٠ .

- الفقهاء الى ان الوكيل ينزل بعزل الموكل دون حاجة لعلم الوكيل به .
- فاذا تصرف قبل علمه نفذ عليه .
- وكذلك باخراج الوكيل نفسه من الوكالة ، ويشترط في هذا علم الموكل به ،
- ج - انتهاء محل الوكالة ، بقيام الوكيل بتنفيذ ما وكل به ، أو بهلاك العين الموكل بالتصرف فيها .
- د - خروج الوكيل عن أهلية الوكالة كما لو جن ، ولا يشترط علم الموكل بذلك .
- هـ - خروج الموكل عن أهليته للتصرف الذي وكل به ولا يشترط علم الوكيل بذلك .
- ويلاحظ هنا ، ان انتهاء الوكالة بخروج الموكل عن أهليته لمباشرة ما وكل به ، وبعزل الموكل للوكيل ، وباجراج الوكيل نفسه من الوكالة ، يشترط في هذه الحالات لانتهاء الوكالة أن لا يتعلق بالوكالة حق للغير أي لغير الموكل ، فاذا تعلق بها حق لغيره لم ينزل الا برضاه ، حتى يحفظ الحق على صاحبه ، وذلك كالو<sup>١</sup> ، بيع الرهن ايفاء الدين المرتهن .

## المبحث الخامس

### الفضولي

- ٤٠٠ - الفضولي في اللغة من يشتغل بما لا يعنيه ولا يخصه . وفي اصطلاح الفقهاء : من يتصرف في شؤون الغير تصرفاً لا ولاية له في اصداره كمن يبيع ملك غيره من غير اذنه ولا ولاية له عليه .
- ٤٠١ - حكم عقد الفضولي (١) :
- اذا باشر الفضولي عقداً ، أو أي تصرف قولي ، انعقد ما باشره موقوفاً على اجازة صاحب الشأن فيه ، أي من صدر التصرف لاجله ، فان أجازه نفذ وان لم يجزه بطل . والى هذا ذهب فريق من الفقهاء كالحنفية والمالكية .

(١) الكاساني ج ٥ ص ١٤٨ - ١٤٩ ، بداية المجتهد ج ٣ ص ١٥٠ .  
كشف القناع ج ٢ ص ١١ - ١٢ .

وذهب غيرهم ، كالشافعية والحنابلة ، على الراجح عندهم ، ان تصرف الفضولي يقع باطلا فهو في حكم المردوم ، فلا تنفعه اجازة ، لان الاجازة تلحق العقد الموجود لا المردوم •

احتج الاولون بأن العقود وسائر التصرفات شرعت لمصلحة الناس • والفضولي ، غالبا ، يقصد بتصرفه المصلحة لمن تصرف لاجله ، ولهذا الاخير أن يجيزه ان رأي مصلحة في اجازته وله ابطاله اذا لم ير المصلحة فيه • فمقد الفضولي ، اذن ، لا ضرر فيه على صاحب الشأن ، ومن ثم لا مبرر للقول بوقوعه باطلا • كما احتجوا بأن نصوص اباحة التصرفات وصحتها جاءت عامة دون أن تستثني منها عقود الفضولي •

واحتج أصحاب القول الثاني بان تصرفات الفضولي تصرف فيما لا يملك ، وقد نهى الشارع عن تصرف الانسان فيما لا يملك ، فقد جاء في الحديث : « لا تبع ما ليس عندك »<sup>(١)</sup> • وتصرف الفضولي تصرف فيما لا يملكه فلا يجوز • واحتجوا أيضا بأن وجود العقد وجودا شرعيا يتوقف على قيام الاهلية والولاية مما في العاقد ، فاذا فقدهما أو فقد أحدهما لم يوجد العقد • وحيث ان الفضولي لا ولاية له أصلا على انشاء هذه التصرف ، فيكون ، اذن ، باطلا •

#### ٤٠٢ - الراجح من القولين وشروط الاخذ به :

والراجح ما ذهب اليه أصحاب القول الاول لما استدلوا به • ولكن اعتبار عقد الفضولي موقوفا على الاجازة ، على هذا القول الراجح ، مقيد بشرطين ، هما :

الشرط الاول : أن يكون لعقد الفضولي مجيز وقت انشائه • أي يوجد وقت انشائه من له الحق في اجازته • والذي له الحق في اجازته هو من يستطيع اصدار هذا العقد بنفسه ، فان لم يوجد كان العقد باطلا فلا

---

(١) تيسير الوصول الى جامع الاصول من حديث الرسول لابن الديبع الشيباني ج ١ ص ٥٦ - ٥٧ •

تلتحقه الاجازة • فاذا باع الفضولي مالا لعاقل رشيد كان العقد موقوفا • لان المالك ، وهو هنا عاقل رشيد ، يستطيع أن يعقد البيع بنفسه فيملك اجازته اذا صدر من الفضولي • ولكن لو باع فضولي عقارا لصغير بغبن فاحش كان العقد باطلا ولا تنفيه الاجازة لا من الصغير ولا من وليه • لان الصغير محجور عليه ، والولي لا يملك اصدار هذا التصرف المضر بالصغير لما فيه من غبن فاحش ، فلا يملك اجازته ، فيقع باطلا لعدم وجود المجيز وقت انشائه •

الشرط الثاني : ويشترط أن لا يمكن تنفيذ العقد على الفضولي اذا لم يجره صاحب الشأن • فاذا باع الفضولي مال غيره أو أجره كان موقوفا لعدم امكان نفاذه على الفضولي اذا لم يجره المالك • ولكن اذا أمكن تنفيذ العقد على الفضولي اذا لم يجره من عقده له ، فان العقد ينفذ على الفضولي اذا لم يجره ، كما لو اشترى عقارا ولم يصف العقد الى من أجرى العقد لاجله ، فان الشراء في هذه الحالة ينفذ على الفضولي اذا رده من كان العقد لاجله • والسبب في هذا الحكم هو ان الاصل ان الانسان يعقد لنفسه الا اذا قام الدليل على خلاف ذلك ، ولان الفضولي ملتزم بالعقد أمام العاقد الآخر الذي لا يعرف سواه ، فينفذ العقد في حق الفضولي •

#### ٤٠٣ - أثر الاجازة :

أثر الاجازة في عقد الفضولي انها تجعله نافذا من وقت انشائه اذا كان من عقود المعاوضات ، لان آثار هذه العقود لا تتراخى عنها ، بل تثبت من حين وجودها ، فيكون ، اذن ، نفاذها من حين تمام انشائها • أما العقود التي تقبل التعليق ، كالكفالة والحوالة والوكالة والطلاق ، اذا باشرها الفضولي فانها تعتبر نافذة من وقت اجازتها لا من وقت صدورها • لان صدور هذه العقود من الفضولي يجعلها معلقة في المعنى على اجازة المجيز ، وحيث ان العقد المعلق لا ينفذ الا اذا تحقق الشرط ، فكذا الحكم هنا ، فلا تنفذ هذه العقود الا من وقت الاجازة •

هذا وأن الاجازة اللاحقة التي تجعل عقد الفضولي نافذا ، تجعل أيضا الفضولي نفسه وكيلا عن المجيز لا من وقت الاجازة وانما من قبل انشاء العقد الذي قام به ، ولهذا يقول الفقهاء : الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة . أي كان المجيز باجازه قد وكل الفضولي بما قام به قبل مباشرته العقد . ويترتب على هذه القاعدة ان أحكام الوكالة تثبت في حق الفضولي والمجيز ، وان آثار العقد وأحكامه ، بهذه الاجازة ، تثبت من وقت نفاذ العقد .

#### ٤٠٤ - شروط صحة الاجازة (١) :

يشترط لصحة الاجازة واعتبارها جملة شروط ، وهي :  
أ - أن تصدر الاجازة ممن له الحق في اصدارها ، وهو من له الولاية على انشاء عقد الفضولي ابتداء ، فان صدرت الاجازة من غير هذا لم يكن لها اعتبار . وعلى ذلك اذا باع الفضولي مال الصغير وكان له وصي فأجاز القاضي البيع لم ينفذ لعدم صحة هذه الاجازة اذ ليس للقاضي ولاية انشاء العقد مع وجود الوصي ، فلا يملك اجازته اذا صدر من الفضولي .  
ب - أن تصدر الاجازة حال حياة الفضولي ، وهذا اذا كان الفضولي يصير بالاجازة وكيلا لا سفيرا ، وهو يكون وكيلا في عقود المعاوضات التي ترجع حقوقها اليه عندما يضيفها الى نفسه كالبيع والاجارة . وانما اشترط هذا الشرط لان مباشرة الفضولي هذه العقود تقتضيه عند اجازتها أن يقوم على حقوقها وتنفيذها بعد مباشرته هذه العقود فاستلزم ذلك كله أن تكون الاجازة حال حياته . أما العقود الاخرى التي يعتبر فيها الفضولي سفيرا بعد الاجازة ، ومعبرا محضا عن المجيز فلا يشترط صدور الاجازة حيال حياة الفضولي ، بل تصح بعد وفاته ، لان مهمته تنتهي بانتهاء عبارته ، كما لو زوج الفضولي امرأة ثم مات فللمرأة أن تجيز هذا العقد بعد وفاته .  
ج - أن تصدر الاجازة في حياة العاقد الآخر الذي نعاقد مع الفضولي حتى يظهر أثر نفاذها في حقه فيطالب بما صار عليه من حق ، ويطلب بما

---

(١) الكاساني ج ٥ ص ١٤٩ ، فتح القدير ج ٥ ص ٣١١ ، الاساذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ١١١ .

صار له من حق •

د - أن تصدر حال بقاء محل العقد ، حتى يظهر أثر العقد فيه • وعلى هذا لا تصح اجازة عقد البيع بعد هلاك المبيع ، لان أثر العقد لا يظهر في معدوم فلا تصح الاجازة •

#### ٤٠٥ - فسخ العقد قبل الاجازة :

عقد الفضولي موقوف على اجازة من عقد له ، كما قلنا • فمن البديهي أن يكون لصاحب الشأن فيه الحق في ابطاله بعدم اجازته • وكذلك يثبت هذا الحق للفضولي في عقود المعاوضات التي ترجع حقوقها اليه حتى يتخلص من هذه الحقوق لو أجاز صاحب الشأن هذه العقود • وأخيرا فان لمن تعاقد مع الفضولي حق فسخ العقد أيضا ولو بعد قبوله ما دام صاحب الشأن لم يجز العقد بعد • وانما كان للعاقد الآخر هذا الحق لان العقد لم يتم ولان من حق هذا العاقد أن يدفع عن نفسه ما عسى أن يلحقه من أضرار بسبب تعاقد مع من لا ولاية له على انشاء العقد<sup>(١)</sup> •

---

(١) الكاساني ج ٥ ص ١٥١

## الفصل الرابع

### عيوب العقد

٤٠٦ - تمهيد :

قلنا ، فيما سبق ، ان العقد ، في حقيقته ، تلاقي ارادتي العاقدين واتفاقهما على انشاء عقد معين • وهذا الاتفاق يتضمن رغبة العاقدين فيه ورضاءهما به • ولكن قد يكون في ارادة العاقد خلل يجعلها معيبة غير صالحة لتكوين عقد سليم ، فينشأ العقد معيبا لا تترتب عليه الآثار المقررة له شرعا لو كان قد نشأ صحيحا • وهذه العيوب التي قد تلحق الارادة وتلابس انشاء العقد ، ترجع ، في غالب صورها ، الى الغلط ، والغبن والتغريم ، والاكراه • وتتكلم عن كل واحد منها في مبحث على حدة •

### المبحث الأول

#### الغلط

٤٠٧ - الغلط ، كعيب من عيوب الارادة ، حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع<sup>(١)</sup> • والذي نريده بالغلط هنا هو ما كان متعلقا بمحل العقد • والغلط في محل العقد أما أن يكون في جنسه واما أن يكون في وصفه • فمن الاول أن يشتري ياقوتا فاذا هو زجاج ، أو يشتري ثوبا على انه من صوف فاذا هو من قطن • ومن الثاني أن يشتري قاقوتا على أنه أحمر فاذا هو أصفر ، أو يشتري البقرة على انها حلوب فاذا هي غير حلوب ، أو يشتري قطنا على انه مصري المنشأ فاذا هو ياباني •

٤٠٨ - الغلط الباطني والظاهري :

والغلط بنوعيه ، أي ما كان متعلقا بالجنس أو بالوصف ، قد يكون

(١) مصادر الحق للسنيهوري ج ٢ ص ١٠٤

الشرعة الاسلامية (م - ٢٣)

باطنيا ، وقد يكون ظاهريا • فالغلط الباطني ما كان قائما في تصور العاقد واعتقاده ، أي أن يتوهم العاقد محل العقد على غير ماهيته أو على غير صفته ، ولا يوجد في صيغة العقد ما يدل على توهمه هذا • كمن يشتري خاتما من النحاس معروضا أمامه يعتقد من الذهب ، ولا يذكر في صيغة العقد ما يدل على اعتقاده • أو يشتري بقرة يعتقد أنها كثيرة الدر والحليب ، دون أن يذكر في صيغة العقد ما يدل على اعتقاده •

أما الغلط الظاهري ، فهو توهم يقوم في النفس ويرد في صيغة العقد ما يدل على ذلك • كمن يقول لآخر اشترت منك هذا الماس بكذا فيقول الآخر قبلت ، ثم يظهر انه زجاج •

#### ٤٠٩ - اثر الغلط في العقد :

ولا خلاف بين الفقهاء في أن الغلط الباطني لا يؤثر في انعقاد العقد وصحته ، لان العبرة في العقود بالعبارة أو ما يقوم مقامها دون النوايا المستترة الخفية التي لا يدل عليها دليل •

أما الغلط الظاهري ، فان كان في الجنس أبطل العقد • وان كان في الوصف جعل العقد موقوفا قابلا للفسخ ممن قام فيه الغلط • وقد ذكر الفقهاء قاعدة في الغلط في المحل ، فقالوا : اذا سماه العاقد وأشار الى غيره ، كانت العبرة بالمسمى دون ما أشار اليه اذا اختلف الجنس ، وبطل العقد في هذه الحالة ، كمن قال لآخر اشترت منك هذا الخاتم من ذهب - وأشار اليه - فاذا هو من نحاس لم ينعقد العقد هنا • وان اتحد الجنس بين ما سماه وأشار اليه واختلف الوصف ، كانت العبرة بالشار اليه وانعقد العقد عليه موقوفا على اجازة العاقد الغلط • وبهذه القاعدة أخذ القانون المدني العراقي<sup>(١)</sup> •

وانما كان الغلط في الجنس مبطلا للعقد ، لان الغلط فيه يعدم المحل ، والعقد لا يوجد بدون محله ، والمحل هنا معدوم ، فلا ينعقد العقد • وحتى اذا اتحد الجنس ولكن التفاوت بين حقيقة العقود عليه وما أراده العاقد كان

---

(١) المادة ١١٧ من القانون المدني العراقي •

تفاوتا فاحشا ، فان الغلط هنا يعتبر بحكم الغلط في جنس المحل فيبطل العقد ، كما لو اشترى دارا من آجر فاذا بها من لبن ، أو اشترى ثوبا على انه من صوف فاذا هو من قطن<sup>(١)</sup> .

وانما كان حكم الغلط في الوصف هو ما ذكرنا ، وهو انعقاد العقد مع امكان فسخه ، لان أصل المحل موجود ، وهذا يكفي لانعقاد العقد ، ولكن لقوات الوصف المرغوب فيه يكون العقد موقوفا على الاجازة ، قابلا للفسخ . وحكم الغلط في الوصف يجري في العقود القابلة للفسخ كالبيع ونحوه ، أما ما لا يقبل الفسخ كالنكاح ، فالعقد لازم ولا يجوز فيه الفسخ عند جمهور الفقهاء ، خلافا للحنابلة الذين أجروا هذا الحكم في جميع العقود حتى في النكاح ، فاذا تزوج شخص امرأة على انها بكر أو متطهرة فظهرت ثيبا أو جاهلة كان له ، في هذه الحالة ، فسخ العقد .

## المبحث الثاني

### الفبن والتفريسر

٤١٠ - الفبن :

الفبن لغة النقص . ويريد الفقهاء به ان أحد البدلين في عقود خاصة غير متكافئة مع الآخر في العقد عند التعاقد . فلو باع شخص ما قيمته مائة بخمسين ، أو بمائتين ، كان البائع في الحالة الاولى هو المغبون ، وكان المشتري في الحالة الثانية هو المغبون .

٤١١ - انواع الفبن :

والفبن يسير وفاحش . فاليسير ما يدخل تحت تقويم المقومين أي تقدير أهل الخبرة . فلو باع شخص بقرة بخمسين دينارا فقومها بعض أهل الخبرة بأربعين ، وقومها البعض الآخر بخمسين ، كان الفبن يسيرا ، لان النقص في الثمن أمر محتمل غير ثابت . والفبن الفاحش ما لا يدخل تحت تقويم المقومين ، كما لو باع البقرة ، في مثالنا السابق ، بسبعين كان الفبن فاحشا ، لان الثمن الذي بيعت به البقرة لم يتناوله تقويم أهل

(١) مصادر الحق للدكتور السنهوري ج ٢ ص ١١٤ .

الخبرة ولا بعضهم • وهناك آراء في تفسير المراد بالغبن اليسير والفاحش •  
ف عند بعضهم اليسير ما كان نصف العشر أو أقل فإن كان أكثر فهو فاحش •  
وقال غير هؤلاء الغبن الفاحش ليس سواء في جميع الاحوال فهو ما كان  
نصف العشر أو أكثر في العروض<sup>(١)</sup> ، والعشر أو أكثر في الحيوان ،  
والخمس أو أكثر في العقار<sup>(٢)</sup> • وبهذا الرأي أخذت مجلة الاحكام العدلية ،  
القانون المدني العراقي القديم<sup>(٣)</sup> •

#### ٤١٢ - التفسير :

التفسير في اللغة الخداع ، والمفرور من وقع عليه الخداع • وعند  
الفقهاء يراد بالتفسير استعمال الطرق الاحتمالية لحمل الشخص على التعاقد  
ظنا منه أن العقد في مصلحته ، مع ان الواقع خلاف ذلك • ويسمى التفسير  
في بعض أنواعه ، على الأقل ، بالتدليس •  
التفسير قد يكون فعليا وقد يكون قوليا •

#### ٤١٣ - أنواع التفسير :

فالتفسير الفعلي يتحقق بما يقوم به أحد العاقدین من أعمال بقصد  
تضليل العاقد الآخر وإيهامه في حقيقة العقود عليه لحمله على التعاقد • مثل  
صبغ الثوب القديم ليظهر كأنه جديد ، أو تصرية ضرع البقرة لتظهر كأنها  
كثيرة الدر واللبن فيقدم المشتري على شرائها •

والتفسير القولي ، يكون بالقول من العاقد أو غيره ، اذا كان من شأنه  
أن يضر العاقد الآخر ويحمله على التعاقد • ومن أمثله ما يسمى في الفقه  
الاسلامي : بيع الامانة ، وهو يقوم بجميع أنواعه على أساس الثمن الذي  
يدعي البائع انه اشترى به المبيع الذي يريد أن يشتريه المشتري • فلا يذكر

(١) العروض هنا الاموال المنقولة عدا الحيوان : شرح المجلة للاستاذ  
علي حيدر ج ١ ص ١٠٢ ، ١١٣ •

(٢) الكاساني ج ٦ ص ٣٠

(٣) المادة ١٦٥ من المجلة : « الغبن الفاحش غبن على قدر نصف  
العشر في العروض ، والعشر في الحيوانات ، والخمس في العقار أو زيادة » •  
والقانون المدني العراقي ذكر الغبن اليسير والفاحش ولم يحددهما : أنظر  
المواد ١٢١ - ١٢٥ منه •

البائع الثمن الحقيقي وأوصافه من تأجيل أو تعجيل أو تقسيط ، فيكون كتمان هذه الامور من البائع عن المشتري تغريرا منه بالمشتري وخيانة له وخداعاً<sup>(١)</sup> . ومن أمثله أيضا قول البائع ، مع الحلف أو بدونه ، للمشتري ان غيره دفع في المبيع أكثر مما يدفعه وانه مع هذا يؤثره بالبيع بهذا الثمن الأقل . وقد يصدر التغرير القولي من الغير أي من غير المتعاقدين مع علم أحدهما به أو بتواطؤ مع الغار ، فينخدع به المتعاقد الآخر ، كما في بيع النجش<sup>(٢)</sup> .

#### ٤١٤ - أثر الغبن والتغريير في العقد :

ليس أثر الغبن والتغريير في العقد واحداً ، كما أن هذا الاثر ليس محل اتفاق بين الفقهاء ، بل فيه تفصيل وشي من الاختلاف . فلا بد من ذكر الحالات المختلفة التي يكون في بعضها غبن فقط ، أو تغريير فقط ، أو يجتمع في بعضهما الآخر الامران ، مع بيان حكم كل حالة .

#### ٤١٥ - أولا أثر الغبن وحده :

إذا كان الغبن يسيراً فلا أثر له في العقد . بمعنى أن العقد معه ينعقد صحيحاً ، لان الغبن اليسير كثير الوقوع ولا يمكن التحرز منه ، والناس عادة يتسامحون به . ويستثنى من ذلك بيع المدين بدين مستغرق إذا كان محجوزاً عليه بسبب هذا الدين ، فان بيعه بغيره يسير يكون موقوفاً على اجازة الدائنين إلا إذا رفع الغبن من قبل المشتري . وكذلك بيع المريض مرض الموت إذا كان مديناً بدين مستغرق ، فحكمه كما سبق ، ولكن لا يظهر توقف بيعه إلا إذا مات في مرضه ليتحقق ان المرض مرض الموت<sup>(٣)</sup> . وهذا الحكم في الحالين رعاية لحق الدائنين .

(١) وبيع الامانة انواع فان كان الشراء بزيادة معلومة على الثمن الاصلي فهو بيع المراهبة . وان كان بنقصان بقدر معلوم عن الثمن الاصلي فهو بيع الوضيعة . وان كان بنفس الثمن الاصلي فهو بيع التولية .  
(٢) انظر ص ٣٦ من هذه المذكرات في تعريف بيع النجش .  
(٣) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ١١٩ .

أما الغبن الفاحش وحده ، فقد اختلف الفقهاء في تأثيره في العقد • فمنهم من جعله مؤثرا في العقد ، فالعقد ينقذ معه ، ولكن يحق لمن أصابه الغبن أن يفسخه ، لأن هذا الغبن ضرر بالمغبون ، والضرر يزال ، وزواله يكون بتمكين المغبون من فسخه • ومنهم من لم يجعل له تأثيرا في العقد ، فالعقد معه ينقذ صحيحا غير قابل للفسخ ، لأن عقود المعاوضات ، التي يقع فيها الغبن عقود لازمة في الأصل ، وإعطاء المغبون حق فسخها يزلزل لزومها ويمنع استقرار المعاملات ، وحماية العاقد من الغبن تكون بأخذه الحذر واحتياطه لنفسه لا بإعطائه حق الفسخ بحجة الغبن ، فإذا لم يتبصر ويأخذ بالحيلة والحذر ووقع في الغبن فهو المسؤول عن تقصيره ويتحمل نتيجة هذا التقصير • ولكن يستثنى من ذلك الغبن الفاحش في العقود التي ترد على أموال المحجور عليهم لصغر أو سفه أو جنون ، أو ترد هذه العقود على أموال بيت المال أو الوقف ، فإن الغبن ، في هذه الأحوال ، يبطل العقود الصادرة في هذه الأموال ممن له الولاية عليها • ووجه هذا الاستثناء أن تصرفات من له الولاية على هذه الأموال منوط بالمصلحة ، أي بمصلحة المولى عليهم ، فإيقاعها مع الغبن الفاحش ضرر بهم قطعيا ، والضرر يزال ، وإزالته تكون بطلان هذه التصرفات ، لأن الأولياء على من ذكرنا لا يملكون هذه التصرفات <sup>(١)</sup> ، وبهذا الرأي الثاني واستثنائه أخذ القانون المدني العراقي <sup>(٢)</sup> •

#### ٤١٦ - ثانيا - أثر التفرير وحده :

إذا كان التفرير وحده ، وفيه تضليل وإيهام للعاقد بوجود صفة معينة مرغوب فيها في العقد لولاها لما أقدم على التعاقد ، كان للمفرور في هذه

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم وشرح الحموي ج ٢ ص ١٥٩ ، شرح الكنز للزيلعي ج ٤ ص ٧٩ ، المدخل للفقهاء الاسلاميين للاستاذ محمد سلام مذكور ص ٦٤٨ - ٦٤٩ ، الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ١٢٠ •

(٢) المادة ١٢٤ من القانون المدني العراقي ، وقد نصت في فقرتها الثانية على انه اذا كان الغبن فاحشا وكان المغبون محجورا أو كان المال الذي حصل فيه الغبن مال الدولة أو الوقف فإن العقد يكون باطلا •

الحالة حق فسخ العقد • ويشترط ثبوت حق الفسخ للمغرور ، أن لا يكون الوصف الفائت مما يدرك بالعيان والمشاهدة ، لانه ان كان كذلك انتفى التفرير عن العاقد ، فينتفي حق الفسخ له<sup>(١)</sup> • ويؤيد هذا الرأي حديث التصرية<sup>(٢)</sup> •

#### ٤١٧ - ثانياً - أثر الغبن والتفرير مجتمعين :

إذا اجتمع الغبن والتفرير في العقد ، بان كان الغبن بأحد المتعاقدين فاحشاً وهو نتيجة تفرير العاقد الآخر أو من يعمل له كالدلال ، أو بتواضيء هذا العاقد مع الغير كما في بيع النجش ، فللمغبون الحق في فسخ العقد دفعا للضرر عنه ، وردا للقصد السيء عند العاقد الآخر<sup>(٣)</sup> • وبهذا الرأي أخذ القانون المدني العراقي<sup>(٤)</sup> • والغبن اليسير إذا اقترن به تفرير لا يكون سبباً لفسخ العقد • الا أن بعض الفقهاء يطلق القول بالغبن المقترن معه تفرير ويجعله موجبا للفسخ إذا اختاره المغبون المغرور<sup>(٥)</sup> •

- 
- (١) الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص ٣٩٧-٣٩٨  
(٢) حديث التصرية الذي رواه البخاري وغيره ، : « لا تصروا الابل والغنم ، ومن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ان شاء أمسك وان شاء ردها وصاعاً من تمر » : تيسير الوصول ج ١ ص ٦٢ •  
(٣) المادة ٥٤٥ من مرشد الحيران لقديري باشا ، وهي مأخوذة من الفقه الحنفي ، نصت على الآتي : « لا رد بغبن فاحش في البيع الا اذا غر أحد المتبايعين الآخر أو غره الدلال » • كشاف القناع ج ٢ ص ٥٦ ، الاشباه والنظائر لابن نجيم ج ٢ ص ١٥٩ الزيلعي ج ٤ ص ٧٩ ، الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ١٢٠ •  
(٤) المادة ١٢١ ، ف ١ من القانون المدني العراقي : « اذا غر أحد المتعاقدين بالآخر وتحقق ان في العقد غبناً فاحشاً كان العقد موقوفاً على اجازة العاقد المغبون ٠٠٠ » • والمادة ١٢٢ منه : « اذا صدر التفرير من غير المتعاقدين فلا يتوقف العقد الا اذا ثبت للعاقد المغبون ان العاقد الآخر كان يعلم أو كان من السهل عليه أن يعلم بهذا التفرير وقت ابرام العقد » •  
(٥) جاء في نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للرملي ج ٤ ص ٧٣-٧٤ : « وحبس ماء القناة وماء الرحي المرسل كل منهما عند البيع أو الاجارة حتى يتوهم المشتري أو المستأجر كثرته فيزيد في عوضه • ومثلها جميع المعاضات ٠٠٠ يثبت الخيار بجامع التدليس أو التفرير ٠٠٠ » • من كتاب مصادر الحق للدكتور السنهوري ج ٢ ص ١٦٢ •

## لمبحث الثالث

### الاكراه

#### ٤١٨ - تعريفه وشروطه:

الاكراه هو حمل الغير ، بنير حق ، على أمر يمتنع عنه بتخويف يقدر الحامل - أي المكره - على ايقاعه ويصير الغير خائفاً به<sup>(١)</sup> .

ويشترط لتحقيق الاكراه أن يكون الحامل ، (ي المكره ، قادراً على ايقاع ما هدد به ، فإن كان المكره غير قادر على ايقاع ما هدد به ، وكان المكره عالماً بعدم قدرته ، كان تهديده لغوا لا قيمة له ، ولا يتحقق الاكراه .

ويشترط كذلك أن يكون المكره ، أي من وقع عليه الاكراه ، خائفاً من هذا التهديد ، بأن يعتقد أن المكره سيوقع ما هدد به عاجلاً يقيناً أو على غلبة الظن ، وأن يفعل المكره ما أكره عليه تحت تأثير هذا الخوف . ويشترط كذلك أن يكون المكره به ، أي ما هدد به ضرراً يلحق النفس باتلافها أو باتلاف عضو من المكره أو بما دون ذلك كالحبس والضرب . أما التهديد باتلاف المال ، اذا لم يكن يسيراً ، فهو تهديد معتبر يتحقق به الاكراه عند فقهاء الشافعية والجعفرية والحنابلة وبعض فقهاء الحنفية . والتهديد بالحق الاذى بمن يهيم المكره أمره يعتبر اكراهاً عند فقهاء الجعفرية ، وهو كذلك اكراه عند الحنفية اذا وقع على الزوج أو قريب ذي رحم محرم ، أو اذا وقع على الولد عند الحنابلة<sup>(٢)</sup> .

(١) كشف الاسرار ج ٤ ص ١٥٠٢ . وعرفه القانون المدني العراقي ، في الفقرة الاولى من المادة ١١٢ ، : « الاكراه هو اجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه » .

(٢) كشف القناع ج ٤ ص ٤ ، المغني ج ٧ ص ١٢٠ ، منهاج الصالحين للمجتهد السيد محسن الحكيم ج ٢ ص ١٤ ، المهذب ج ٢ ص ٨٣ ، البحر الرائق ج ٨ ص ٨٢ ، حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١١٠ ، كشف الاسرار ج ٤ ص ١٥٠٣ . وجاء في الفقرة ٣ ، م ١١٢ من القانون المدني العراقي : « والتهديد بايقاع ضرر بالوالدين أو الزوج أو ذي محرم والتهديد بخطر يחדش الشرف يعتبر اكراهاً ، ويكون ملجئاً أو غير ملجئ بحسب الاحوال » .

## ٤١٩ - أنواع الاكراه :

الاكراه نوعان : ملجئ أو تام • وغير ملجئ أو ناقص<sup>(١)</sup> •  
فالاكراه الملجئ يكون بالتهديد باتلاف النفس أو عضو ، لان حرمة أعضاء الانسان كحرمة النفس تبعاً لها ، والتهديد باتلاف جميع المال ، أو بقتل من يهم الانسان أمره على رأي من جعل هذا التهديد اكراها<sup>(٢)</sup> •  
وسمي هذا النوع من الاكراه بالاكراه الملجئ لانه يضطر المكره على مباشرة الفعل خوفاً من فوات النفس أو العضو أو المال • وهو يفسد الاختيار ويعدم الرضا عند الخفية ، وعند غيرهم يعدم الرضا والاختيار لانهما متلازمان • فاذا فات أحدهما فات الآخر • ووجهة الخفية ان الاختيار هو القصد الى فعل مقدور عليه متردد بين الوجود والعدم بترجيح أحدهما على الآخر • وبتعبير آخر هو القصد الى فعل شيء أو تركه بترجيح من الفاعل ، وهذا المعنى لا يزول بالاكراه • فالمكره يوقع الفعل بقصده اليه واختياره له • فهو يختار أهو الشرين ، أي ايقاع ما أوقعه على وقوع ما هدد به • ولكن لما كان هذا الاختيار بني على اختيار المكره واكراهه كان اختياره فاسداً • أما انعدام الرضا بالاكراه ، فلأن الرضا هو الرغبة في الشيء والارتياح له ، وهذا المعنى لا يوجد مع الاكراه •

أما الاكراه غير الملجئ ، فيكون بالضرب والجس ونحو ذلك • أي يكون بالتهديد بما دون اتلاف النفس أو العضو أو المال وهو يختلف باختلاف الأشخاص<sup>(٣)</sup> • وهو يعدم الرضا ولكنه لا يفسد الاختيار لعدم الاضطرار

(١) وبعض الفقهاء يذكرون ما به يتحقق الاكراه كالقتل والضرب ، دون أن يقسموه الى اكراه ملجئ وغير ملجئ : المغني ج ٧ ص ١٢٠ ، المهذب للشيرازي ص ٨٣ •

(٢) جاء في الفقرة ٢ ، م ١١٢ من القانون المدني العراقي : « ويكون الاكراه ملجئاً اذا كان تهديداً بخطر جسيم محقق كاتلاف نفس أو عضو أو ضرب مبرح أو ايداء شديد أو اتلاف خطير في المال • ويكون غير ملجئ اذا كان تهديداً بما هو دون ذلك كالجس والضرب على حسب أحوال الناس • وهذه الفقرة مأخوذة من الفقه الاسلامي ، كما هو مذكور في الصلب •

(٣) في المادة ١١٤ من القانون المدني العراقي : « يختلف الاكراه =

على مباشرة ما أكره عليه لتمكنه من الصبر على ما هدد به بخلاف الاكراه الملجيء .

#### ٤٢٠ - أثر الاكراه في عقود المكره وتصرفاته :

عند الحنفية لا تعتبر اقرارات المكره ، لان اعتبار الاقرار انما كان لترجح جانب الصدق فيه ، وبالاكراه يترجح جانب الكذب فلا يعتبر . أما تصرفاته القولية التي لا تحمل الفسخ ولا تبطل بالهزل كالنكاح والطلاق والرجعة ، فهذه التصرفات تقع صحيحة نافذة لا أثر للاكراه فيها . وحجتهم في ذلك ان هذه التصرفات يترتب عليها أثرها بمجرد صدورها عن الشخص باختياره ، لان الشارع اعتبر التلفظ بها قائما مقام ارادة معناها وحكمها بدليل وقوعها من الهازل مع انه لم يقصد حكمها ولم يرد معناها ، فالمكره أولى لانه قصد ايقاعها واختار حكمها ، وان كان اختياره فاسدا اذا كان الاكراه ملجئا<sup>(١)</sup> . أما اذا كانت تصرفات المكره القولية انشاءات تحتل الفسخ ولا تصح مع الهزل كالبيع ونحوه ، فان أثر الاكراه فيها الفساد ، فتقع فاسدة لا باطلة . وحجتهم ان الاكراه يعدم الرضا لا الاختيار ، والرضا شرط للصحة لا للانعقاد ، فتقع هذه التصرفات منعقدة الا انها فاسدة<sup>(٢)</sup> .

٤٢١ - وعند غير الحنفية ، كالجعفرية والشافعية والحنابلة ، لا يترتب على قول المكره حكم ، فأقواله كلها مهددة ، فلا يقع طلاقه ولا بيعه ولا

= باختلاف احوال الاشخاص وسنهم وضعفهم ومناصبهم ومراكزهم الاجتماعية ودرجة تأثيرهم وتأملهم من الحبس والضرب كثرة وقلة وشدة وضعف .  
وهذه المادة تتكلم عن الاكراه غير الملجيء ، ولها أساسها في الفقه الاسلامي .  
(١) ولكن فساد الاختيار يقتضي فساد العقد ما دام الاحناف يفرقون بين الرضا والاختيار ، ويقولون بفساد الاخير في الاكراه الملجيء ، ولكنهم لم يصرحوا بهذا ، انظر الكاساني ج ٧ ص ١٨٢ وما بعدها .  
(٢) ويقولون ان الفساد يرتفع اذا أجازته المكره بعد زوال اكراهه . ولكن يرى زفر ، من أئمة الفقه الحنفي ان العقد هنا موقوف لا فاسد ، لان الذي تلحقه الاجازة هو الموقوف لا الفاسد . وقول زفر قوى على مقتضى الفقه الحنفي ، انظر شرح الكنز للزيلعي ج ٥ ص ١٨٢ وما بعدها . ويقول زفر أخذ القانون المدني العراقي ، فقد جاء في المادة ١١٥ : « من أكره اكراهه معتبرا بأحد نوعي الاكراه على ابرام عقد لا ينفذ عقده » .

شراؤه ولا أي تصرف قولني آخر • وحجتهم من وجوه كثيرة ، منها<sup>(١)</sup> :  
آ - ان الله تعالى أسقط عن المكروه حكم الكفر اذا نطق بكلمة الكفر ،  
جاء في القرآن الكريم : « الا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان » • وأحكام  
الكفر أعظم من أحكام البيع والشراء ونحوهما ، لان الكفر يترتب عليه فراق  
الزوجة ، وازهاق الروح ، فاذا سقط الاعظم سقط الاصغر •

ب - جاء الحديث عن النبي (ص) : « ان الله وضع عن أمتي الخطأ  
والنسيان وما استكروها عليه » • وفي حديث آخر : « لا طلاق في اغلاق » ،  
وفسر الاغلاق بالاكراه • وعن الامام علي بن ابي طالب : لا طلاق لمكروه •  
ومثل هذا روي عن فقهاء الصحابة • وكل هذا يدل على عدم اعتبار عقود  
وتصرفات المكروه •

ج - القصد لما وضع له التصرف شرط لجوازه ، ولهذا لا يصح تصرف  
الصبي والمجنون • وهذا الشرط يفوت بالاكراه ، لان المكروه لا يقصد  
بالتصرف ما وضع له ، وانما يقصد دفع الضرر عن نفسه •  
د - المكروه يأتي باللفظ دفعا للاذى عن نفسه غير قاصد لمعناه ، ولا  
مريد حكمه ، فيلزم أن يعتبر قوله لغوا بمنزلة كلام المجنون والناثم ومن  
لا قصد له •

٤٢٢ - ويرد الجنبية على هذه الادلة بأن الاكراه لا يعمل في  
الاعتقادات ، ولهذا عفي عن المكروه اذا نطق بكلمة الكفر • ويقولون في  
حديث : « عفي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكروها عليه » ان المراد به الاكراه  
على الكفر ، لان القوم آنذاك كانوا حديثي عهد بالاسلام ، وكان الاكراه على  
الكفر يقع من المشركين • وحتى لو كان المراد بالاكراه في هذا الحديث  
الاكراه على غير الكفر فلا نسلم ان العقود وسائر التصرفات القولية مستكروه  
عليها ، لان الاكراه لا يؤثر في الاقوال كما لا يؤثر في الاعتقادات ، لان

(١) . كتاب الخلاف للطوسي ج ٢ ص ٤٥٣ ، ومنهاج الصالحين  
للمجتهد السيد محسن الحكيم ج ٢ ص ١٨٢ - ١٨٣ ، الام للشياعي ج ٣ ،  
ص ٢٠ ، اعلام الموقعين ج ٣ ص ١٠٨ و ج ٤ ص ٤٣ - ٤٤ ، وزاد المعاد ج ٢  
ص ٢٠٠ ، الكاساني ج ٧ ص ١٨٢ - ١٤٨ ، المغني ج ٧ ص ١١٨ •

أحدا لا يستطيع أن يستعمل لسان غيره فكان المتكلم مختارا فيما يتكلم به ، فلا يكون مستكرها عليه ، فلا يتناوله الحديث • أما ان القصد الى ما وضع له التصرف شرط جوازه ، فهذا مردود بطلاق الهازل فانه يقع مع انه غير قاصد ما وضع له التصرف • وحتى لو كان هذا شرطا فهو موجود في الاكراه ، فالمكره قاصد دفع الهلاك عن نفسه ، ولا يندفع هذا الهلاك الا بالقصد الى ما وضع له التصرف ، فكان قاصدا اليه ضرورة • أما الآثار المروية بعدم وقوع طلاق المكره فانها تعارض بآثار أخرى نصت على وقوع طلاقه ، فلا تكون آثارهم أولى بالقبول من آثارنا وأحاديثنا •

#### ٤٢٣ - القول الراجح :

القول الذي نختاره هو ما ذهب اليه الجمهور فلا يقع أي عقد أو تصرف قولي من المكره سواء أكان يحتمل الفسخ أو لا يحتمله • فجميع عقود وتصرفات المكره باطلة • وما ذكر الحنفية لا ينهض حجة لما ذهبوا اليه • وما ذكروه من أدلة وردود ، قابل للرد والمناقشة • ويكفي هنا ذكر بعض ما يرد به على الحنفية ، فنقول : احتجاجهم بوقوع طلاق الهازل ونكاحه لا يفيد • لان الهازل يأتي بالسبب مختارا علما بمعنىا وبما يترتب عليه • أما المكره فانه يأتي به مكرها قاصدا دفع الاذى عن نفسه ، فهو بمنزلة من يحكي قول غيره ، فأين هذا من ذاك وكيف يتساويان في الحكم ؟ والنص جاء بوقوع طلاق الهازل فأين النص بوقوعه من المكره ؟ ثم ان اعتبار التراضي في البيع يوجب اعتباره في النكاح ونحوه بطريق أولى ، لان شأن الفروج أعظم من شأن المال • لان الله تعالى اذا حرم أخذ مال الفير الا بالتراضي فالفروج أولى أن لا تستحل الا بالتراضي الشرعي المعتبر ، ولهذا نهى الولي أن يزوج المرأة التي تحت ولايته الا برضاها<sup>(١)</sup> • وقولهم ان الاكراه لا يعمل في الاقوال ، مردود بأن النص القرآني لم يربط أثرا على كلمة الكفر بقولها المكره ، وهذا دليل اعتبار الاكراه في الاقوال •

(١) نظرية العقد لابن تيمية ص ١٥٥ •

## الفصل الخامس

### أقسام العقد

٤٢٤ - تمهيد :

ينقسم العقد الى تقسيمات مختلفة لاعتبارات مختلفة ، فهناك تقسيم باعتبار وصفه وآخر باعتبار وقت اتصال حكمه بصيغته ، وثالث باعتبار نوع آثاره التي تكون عنه . فتقسيمات العقد ، اذن ، تقوم على أساس الجهة التي تنظر منها اليه . وستتكمّل فيما يلي ، في أبحاث متتالية ، عن كل تقسم من هذه التقاسيم .

### المبحث الأول

العقد باعتبار وصفه

٤٢٥ - تمهيد :

يوصف العقد بالحل والحرم ، أو بالوجوب والندب والكراهة ، بناء على طلب الشارع له أو إباحته أو نهيه عنه ، وعلى أساس نية العاقد وقصده . والوصف من هذه الاوصاف الذي يلحق العقد يسميه الفقهاء «بحكم العقد» . فحكم العقد ، يعني فيما يعنيه ، ما يلحق العقد من هذه الاوصاف ، وعلى هذا الاساس يقولون ، مثلاً ، حكم البيع الإباحة ، أي أنه مباح . وحكم الربا الحرمة ، أي أنه محرم . وحكم الزواج - في حق من خاف على نفسه الوقوع في الزنا - الوجوب ، أي أنه واجب في حقه . . . . وهكذا . وقد يطلق الفقهاء عبارة « حكم العقد » ويريدون بها ما يكون للعقد من وصف يرجع الى ما للعقد من وجود معين تترتب عليه آثاره أو لا تترتب أو من قوة ملزمة لعاقديه أو غير ملزمة . فيقولون حكم هذا العقد انه باطل لا تترتب عليه آثاره ، وحكم هذا العقد صحيح تترتب عليه آثاره . وحكم عقد الوكالة انه غير لازم ، وحكم عقد الإجارة انه لازم وحكم عقد

الفضولي انه موفوف على اجازة من له الشأن فيه ، فان أجازته نفذ ، وان لم يجزه بطل . . وهكذا<sup>(١)</sup> . وهذا المعنى الاخير لحكم العقد ، هو ما نريده في هذا البحث ، وعلى أساسه ينقسم العقد الى عدة تقسيمات على أساس الوصف الذي يلحق به على النحو الذي ذكرناه آنفا . وسنذكر هذه التقسيمات تباعا مع شرح موجز لها .

#### ٤٢٦ - ولا - الصحيح وغير الصحيح :

العقد الصحيح هو ما كان سببا صالحا لترتب آثاره الشرعية عليه . وهو العقد المنعقد الذي لا خلل في ركنه لصدوره من أهله ، وكان محله قابلا لحكمه ، وسلمت أوصافه من الخلل ، ولم يقترب به شرط من الشروط الفاسدة . ويعبر عنه الفقهاء بأنه العقد المشروع بذاته - أي بأصله - ووصفه . وهذا العقد تترتب عليه آثاره المقررة له شرعا<sup>(٢)</sup> .

٤٢٧ - وغير الصحيح ، هو الذي لم تتوافر فيه شروطه وأركانه . وهو عند الحنفية ينقسم الى قسمين : باطل وفاسد . فالباطل ، عندهم ، ما كان مختلا ، والخلل فيه راجع الى ركنه ، كأن تكون صيغة العقد معيبة غير سليمة لا اعتبار لها ، كما لو كان القبول غير مطابق للايجاب ، أو كان المحل غير قابل لحكم العقد كما في بيع ما ليس بمال أصلا . والعقد الباطل هو والمعدوم سواء لانه غير منعقد أصلا ، وغير مشروع أصلا ، ولهذا يصبرون عنه بأنه العقد غير المشروع لا بذاته ولا بوصفه . ولا تترتب عليه آثاره الشرعية ، لان هذه الآثار تترتب على ماله وجود شرعي معتبر ، والعقد الباطل ليس له هذا الوجود وان كان له وجود حسي في الخارج ، ولكن لا أثر لهذا الوجود فهو بحكم المعدوم .

والفاسد ، عند الحنفية ، ما كان مختلا ، والخلل فيه راجع الى وصف من أوصافه اللازمة له . فهو عقد منعقد لسلامة ركنه - وهو الايجاب والقبول - من أي خلل ، والمحل قابل لحكم العقد ، وهذا القدر من السلامة

(١) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ١١٢

(٢) الاستاذ علي قراغة ، المرجع السابق ، ص ٧٧ .

يكفي لانعقاد العقد • ولكن الخلط طرأ على بعض أوصافه الخارجية فأفسده  
كما لو اقترن العقد بشرط فاسد ، أو كان الثمن مؤجلا الى أجل مجهول  
يؤدي الى النزاع ، أو كان المبيع غير معين ، أو ان عقد النكاح خلا من  
الشهود ، ونحو ذلك • ويعبر الفقهاء عن العقد الفاسد بأنه ما كان مشروعا  
بأصله لا بوصفه •

والعقد الفاسد لا تترتب عليه الآثار الشرعية المقررة له لو كان صحيحا  
ويلزم فسخه من قبل عاقيه لانه ليس محل رعاية الشارع • ولكن قد  
تترتب عليه ، أحيانا ، بعض الآثار اذا قام العاقد بتنفيذه ، كما لو قبض  
المشتري المبيع بالبائع الفاسد باذن البائع ، فانه بهذا القبض يملكه • وكما في  
النكاح الفاسد اذا حصل فيه دخول فانه يجب فيه مهر المثل ، وتجب العدة  
على الزوجة عند التفريق بينهما ، ويثبت فيه النسب رعاية لحق الطفل<sup>(١)</sup> •  
وواضح من هذه الامثلة ان العقد الفاسد لم يترتب عليه لذاته أثر شرعي ،  
وانما تترتب عليه بعض الآثار نظرا لتنفيذه ، فكأن هذا التنفيذ محل رعاية  
الشارع للشبهة القائمة بسبب العقد الفاسد •

#### ٤٢٨ - الصحيح وغير الصحيح عند الجمهور :

وجمهور الفقهاء ، غير الحنفية ، يقسمون العقد قسمة ثنائية لا ثلاثية ،  
فالعقد ، عندهم ، صحيح ، وغير صحيح • فالصحيح ما كان مستجمعا لشروط  
الصحة والانعقاد ، أي ما كانت أركانه وشروطه وأوصافه سليمة لا خلل  
فيها على نحو تترتب عليه آثاره المقررة له شرعا • وغير الصحيح ما ليس  
كذلك ، فهو ، عندهم ، نوع واحد هو الباطل أو الفاسد • فهما اسمان  
لمسمى واحد هو العقد غير الصحيح • فغير الصحيح ما كان فيه خلل ، سواء  
أكان هذا الخلل في صيغته ، أو في العاقلين ، أو في محله ، أو في أوصافه  
اللازمة له كجهالة الثمن أو المحل أو تاريخ أداء الثمن • ومع اتفاق الجمهور  
على ما قلناه ، الا أنهم اختلفوا في حكم العقد الذي يرجع الخلل فيه الى

(١) الكاساني ج ٥ ص ٢٩٩ وما بعدها ، شرح الكنز للزيلعي ج ٤

وصف غير لازم للعقد أي في أمر مجاور له ، كما في النهي عن البيع وقت النداء لصلاة الجمعة ، أو النهي عن التجش في البيع ، فأكثرهم قالوا بصحة العقد في هذه الحالة مع الكراهة ، وقلة منهم قالوا بالبطلان<sup>(١)</sup> .

#### ٤٢٩ - ثانيا - النافذ والموقوف :

قلنا ان العقد الصحيح ما يصلح أن يكون سببا لترتب الآثار الشرعية عليه . وهذه الآثار قد تظهر في الحال عند تمام انعقاد العقد دون توقف على اجازة أحد ، وهذا هو العقد النافذ . وقد يتوقف ظهور هذه الآثار على اجازة الغير وهذا هو العقد الموقوف .

آ - العقد النافذ : هو العقد الصحيح الصادر من كامل الاهلية والولاية كما لو عقد البالغ العاقل الرشيد عقدا لنفسه أو لغيره بالنيابة عن هذا الغير وكان ما عقده في حدود نيابته . وحكم هذا العقد ترتب آثاره عليه دون توقف على اجازة أحد .

ب - العقد الموقوف : هو العقد الصادر من شخص يتمتع بالاهلية ولكن لا يملك ولاية اصدار هذا العقد وانشائه ، كما في تصرفات الفضولي والصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر . فان تصرفات الفضولي موقوفة على اجازة من له الشأن فيها ، وتصرفات الصبي المميز موقوفة على اجازة وليه ، فاذا حصلت هذه الاجازة نفذ العقد والا بطل .

#### ٤٣٠ - ثالثا - اللازم وغير اللازم :

والعقد النافذ ، ينقسم الى لازم ، وغير لازم :

آ - فالعقد اللازم ، هو الذي لا يملك أحد العاقلين فسخه دون رضا العقد الآخر كالبيع والاجارة . ويلاحظ هنا ان امكان فسخ العقد اللازم باتفاق العاقلين انما يكون في العقود القابلة للفسخ ، أما التي لا تقبل الفسخ

---

(١) كشف القناع ج ٢ ص ٥ وما بعدها ، الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ٦٠ ، مقدمات ابن رشد ج ٢ ص ٢١٣ وما بعدها . ويلاحظ هنا ، ان القانون المدني العراقي أخذ بالقسمة الثنائية ، فقد ذكر العقد الباطل ، ومتى يكون باطلا ، ولم يذكر الفاسد ، أنظر المواد ١٣٧ - ١٤٠ .

بطبيعتها فانها تبقى لازمة ولا يمكن فسخها حتى ولو أراد العاقدان ذلك ، كالخلع - وهو الطلاق على مال - وكمقد الزواج فانه بعد انعقاده لا يمكن فسخه من قبل أحد الطرفين ولا يفسخ باتفاقهما • ولا يعترض على قولنا هذا بما للزوج من حق الطلاق ، فان الطلاق انهاء لعقد الزواج وليس فسخا له ، لان الفسخ رفع للمقد من أساسه واعتباره كأن لم يكن وارجاع الطرفين الى حالتها قبل انعقاده فلا يبقى من آثار العقد المفسوخ شيء ، وليس الطلاق هكذا ، فانه ينهي دوام المقد ولكن لا يرفع ما وقع من آثاره كلزوم المهر ووجوب النفقة •

ب - والعقد غير اللازم ، أو العقد الجائز ، كما يسميه بعض الفقهاء ، هو العقد الذي بطبيعته يمكن فسخه من قبل أحد العاقدين ، فهو غير لازم في حقهما ، فلكل منهما فسخه على وجه الانفراد والاستقلال متى شاء ، كمقد الوديعة والعارية • وقد يكون العقد لازما لاحد العاقدين غير لازم للعاقد الآخر ، فيستطيع هذا فسخه بينما لا يستطيع الاول ذلك • مثل عقد الرهن والكفالة • فالرهن بعد تمامه لازم بالنسبة للمدين لا يجوز فسخه ، بينما هو غير لازم بالنسبة للمرتهن فله أن يفسخه متى شاء • والكفالة عقد لازم بالنسبة للكفيل ، غير لازم بالنسبة للمكفول له ، فله فسخ عقد الكفالة بدون رضا الكفيل •

## لبحث الثاني

**العقد باعتبار اتصال حكمه بصيغته**

**أي باعتبار اتصال آثاره بصيغته**

٤٣١ - نريد بحكم العقد هنا ما للعقد من آثار شرعية تترتب عليه ، كما نوقل حكم البيع ثبوت ملكية المبيع للمشتري ، وملكية الثمن للبائع • وحكم الحوالة نقل الدين من ذمة المدين المحيل الى ذمة المحال عليه •

الشريعة الإسلامية (م - ٢٤)

وحكم عقد النكاح افادته ملك المتعة لكل من الزوجين بالآخر ، وهكذا . .  
والعقود له - سواء في اتصال آثارها بها . فمنها ما يترتب عليها آثارها  
فور انعقادها ، وهذه هي العقود المنجزة . ومنها ما يترتب عليها آثارها في  
زمن لاحق على انعقادها وهذه هي العقود المضافة الى المستقبل . ومنها ما  
لا يترتب عليها آثارها مطلقا لأنها علق على شرط وقد لا يوجد هذا الشرط  
وهذه هي العقود المعلقة على شرط .

#### ٤٣٢ - أولا - العقود المنجزة :

العقد المنجز ، هو ما تكفي صيغته لانعقاده وتترتب آثاره عليه في الحال .  
وهذا في العقود التي لا يحتاج في تمامها الى قبض العقود عليه كما في البيع  
ونحوه . فالبيع بمجرد صدور صيغته المعتبرة من العاقلين يتم العقد وتترتب  
آثاره عليه في الحال ، فيملك المشتري البيع ، ويملك البائع الثمن . أما في  
العقود التي تحتاج في تمامها الى قبض العقود عليه كالهبة ، ونحوها من  
عقود التبرعات ، فلا تكفي الصيغة لانتمام العقد وتترتب آثاره عليه في الحال ،  
بل لابد فيه من قبض العقود عليه حتى يتم وتترتب آثاره عليه . والعقد هنا  
قبل القبض صحيح ، ولكنه غير تام . وهناك عقود لاتصح ، بدون قبض ، كما  
في السلم والصرف ، فلا بد لصحة السلم من قبض الثمن ولا بد في  
الصرف من قبض البدلين في مجلس العقد ، وبدون هذا القبض لا يصح  
العقد<sup>(١)</sup> .

والاصل في العقود أن تكون منجزة ، الا ما كان منها بطبيعته لا نفلا  
التعجيل ، كمقد الوصية وعقد الانشاء . فالوصية ، وهي تملك مضاف الى  
ما بعد الموت<sup>(٢)</sup> ، بطبيعتها لا يظهر أثرها الا بعد وفاة الموصي . وكذلك

(١) الاسناد محمد سلام مذكور ، المرجع السابق . ص ٦١١

برادكتور محمد يوسف موسى ، المرجع السابق . ص ٤٤٣ .

(٢) الدر المختار ج ٥ ص ٥٦٨ . وعرف الوصية قانون الوصية  
المصري رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بمادته الاولى . الوصية تصرف في الميراث  
مضاف الى ما بعد الموت .

الايضاء ، وهو إقامة الموصي غيره وصيا على أولاده بعد وفاته •

#### ٤٣٣ - ثانيا - العقود المضافة الى المستقبل :

العقد المضاف الى المستقبل هو الذي تدل صيغته على انشائه من حين صدور هذه الصيغة ولكن آثاره لا ترتب عليه الا في زمن مستقبل عينه العاقدان في العقد • كما لو قال شخص لآخر • أجرتك هذه الدار بمشرين دينارا في الشهر ابتداء من الشهر القادم<sup>(١)</sup> •

#### ٤٣٤ - والعقود من ناحية قبولها الاضافة وعدم قبولها تنقسم الى ما يأتي :

أ - عقود بطبيعتها لا تنقسم الا مضافة للمستقبل وهي الوصية والايضاء<sup>(٢)</sup> •

ب - عقود لا تقبل الاضافة وهي ، على ما اورد ، عقود التمليكات ، أي العقود التي تفيد تملك الأعيان ، كالبيع والصلح على مال والهبة والشركة والقسمة ، والابراء من الدين ، وكذلك عقد النكاح • والسبب في عدم قبولها الاضافة ، ان هذه العقود جعلها الشارع أسبابا مفضية الى آثارها في الحال ، فتأخير هذه الآثار لا يتفق وأصل وضعها الشرعي •

ج - عقود تقبل الاضافة<sup>(٣)</sup> • فيصح ايقاعها منجزة كما يصح ايقاعها مضافة الى المستقبل • وهذه العقود أنواع : ( منها ) الاجارة والمزارعة والعارية ونحو ذلك • وانما جازت الاضافة في هذه العقود لانها ترد على تملك المنفعة وهي توجد آنا بعد آن ، فاضافتها لا تنافي أصل وضعها • ( ومنها ) الكفالة والحوالة ، وانما جازت الاضافة هنا لانه قد لا يطالب

(١) الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص ٣٨١-٣٨٢

(٢) مذكرة في الالتزامات في الشرع الاسلامي للنسخ أحمد ابراهيم رحمه الله عليه ص ١٨٠ •

(٣) المبسوط ج ١٥ ص ٧٤ وما بعدها ، فتح القسدير ج ٧ ص ١٤٧ وما بعدها ، الشيخ أحمد ابراهيم ، المرجع السابق ، ص ١٨٠ - ١٨١ • الدكتور محمد يوسف موسى ص ٤٤٥-٤٤٦ ، الاسناد محمد سلام مذكور ، المرجع السابق ، ص ٦١٣ - ٦١٥ •

الكفيل ولا المحال عليه بالدين الا بعد زمن ، ففيهما معنى الاضافة ، فلا يتنافيان مع الاضافة الى الزمن المستقبل • ( ومنها ) الاسقاطات ، وهي التصرفات المتضمنة اسقاط ما يملكه الشخص ، كالطلاق والعق والوقف • فله أن يؤخر هذا الاسقاط الى زمن مستقبل ، كما له أن يوقعه حالا • ( ومنها ) الاطلاقات ، وهي تصرفات فيها اطلاق وتمكين لشخص من تصرف كان ممنوعا منه ، كالوكالة والاذن للصبي في التجارة • وانما جازت اضافة هذه التصرفات الى المستقبل ، لانها بطبيعتها لا تفيد أحكامها وآثارها كاملة حال صدورها ، بل تحدث شيئا فشيئا فلا تتنافى مع الاضافة •

#### ٤٣٥ - العقود المعلقة (١) :

العقد المعلق بالشرط هو الذي علق وجوده على وجود شيء آخر • أي أن وجود العقد ربط بوجود أمر في المستقبل ، فاذا وجد وجد العقد وأن لم يوجد لم يوجد العقد • كما لو قال شخص لآخر ان سافرت الى خارج العراق فأنت وكيل في بيع دائري ، فقال الآخر قيات • فالعقد المعلق لا وجود له قبل وجود الشرط المعلق به • ويشترط لصحة التعليق أن يكون المعلق عليه معدوما وقت التعاقد الا انه ممكن الوجود في المستقبل ، فاذا كان موجودا وقت التعاقد ، أو كان مستحيل الوقوع في المستقبل ، فإن العقد في الحالة الاولى يكون منجزا ، لان التعليق صوري فقط ، وفي الحالة الثانية يكون العقد باطلا • مثال الحالة الاولى أن تقول لشخص أنا كفيل لك عن فلان اذا كان مدينا لك ، وتبين أنه كان مدينا فعلا • أو تقول لابنك بعد الامتحان ان نجحت في الامتحان فقد وهبت لك هذه الساعة ، ويتبين أنه كان ناجحا فيه • ومثال الحالة الثانية ، أن تقول لآخر وهبتك هذه الساعة اذا دخل

---

(١) الشيخ أحمد ابراهيم ، المرجع السابق ، ص ١٧٧ - ١٨٠ ، الفروق للقرافي ج ٤ ص ٢٧٦ ، الدكتور محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ص ٤٤٨ - ٤٥٠ ، الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص ٣٨٤ وما بعدها •

الجميل في سم الغياط ، أو اذا شربت ما دجلة ، أو اذا أحييت والدك الميت . ففي هذه الصور علق العقد على أمر مستحيل الوقوع فيكون العقد باطلا أي لا ينقد أصلا .

٤٢٦ - والعقود من ناحية قابليتها للتعليق وعدمه ، تنقسم الى ما يأتي :

أ - عقود لا تقبل التعليق : وهي على ما قالوه ، عقود التمليكات التي ترد على الاعيان أو المنافع ، بموض أو بدونه ، كالبيع والاجارة والهبة والقرض والاعارة ونحو ذلك . وانما لم يجرز التعليق في هذه العقود ، لان الشأن في المعلق عليه أنه يوجد وقد لا يوجد ، مما يجعل هذه العقود مترددة بين الوجود والعدم ، فتكون كأنها قمار . وأيضا فان عقود التمليكات يجب أن تكون جازمة حتى يتحقق عيها الرضا الذي هو أساس انعقاد العقد وترتب آثاره ، فاذا لم تكن هذه العقود جازمة بأن علقت على شرط ، فان الرضا قد يزول حين تحقق الشرط ، فينقذ العقد دون رضا ، وهذا لا يجوز . وعلى هذا لا يصح أن يقال بهتك هذه الدار اذا اشتريت دار جاري . أما عدم جواز تعليق النكاح على شرط ، فأمره واضح ، لان عقد النكاح لخطورته ولضرورة سلامة ابتائهم ووضوح الامر ابتداء كل هذا يقضي بتجيزه وعدم تعليقه او اضافته . وعلى هذا لا يصح أن يقال تزوجتك اذا رضي أهلي أو اذا قدم والدي من السفر .

هذا ، وهناك رأي يجيز تعليق عقود التمليكات على شرط ، سواء أكانت بموض أو بغير عوض ، لان الحاجة قد تدعو الى مثل هذا التعليق<sup>(١)</sup> . وهذا الرأي له وجهته ، وتأييده بعض الآثار المروية عن النبي (ص) ومنها تعليق الهبة على الشرط<sup>(٢)</sup> .

ب - عقود تقبل التعليق بكل شرط ، كالوكالة ، والوصية والايضاء ، والاسقاطات كالطلاق والاعتاق . وسبب جواز التعليق في هذه العقود ، ان

(١) اعلام الموقعين ، للإمام ابن القيم ، ج ٣ ص ٢٨٨ .

(٢) نيل الاوطار للشوكاني ، ج ٦ ص ١٠٠ .

هذا التعليق في بعض هذه العقود لا يترتب عليه ضرر بأحد المتعاقدين ، ولأن بعضها ، كالطلاق ، اسقاط لما يملكه الشخص بمحض إرادته ، فصح تعليقه على أمر مستقبل ، كما لو قال شخص لزوجته إن سرت فأن طالق ، فإن الطلاق يقع إذا وقع الشرط بأن سرت المرأة<sup>(١)</sup> . والوكالة لا تفيد آثارها وقت صدورهما ، بل تحدث هذه الآثار حين مباشرة الوكالة آناً بعد أن . والوصية والايضاء ، لا يترتب عليهما أثر إلا بعد وفاة الموصي ، فهما معلقان على شرط الوفاة ، فصح تعليقهما على شيء آخر غير وفاة الموصي ، ولا ضرر في ذلك على أحد المتعاقدين .

ج — عقود وسط بين النوعين السابقين ، فهي تقبل التعليق ولكن بشرط أن يكون المعلق عليه شرطاً مناسباً أي ملائماً للعقد . ومن هذه العقود الكفالة والحوالة . والشرط الملائم هو ما كان مناسباً لمقتضى العقد حسب الشرع أو العرف ، بأن يكون بين الشرط وما علق عليه مناسبة تقتضي هذا التعليق<sup>(٢)</sup> . فيصح أن تقول للمشتري : إن استحق المبيع فأنا كفيلاً بشئ . ويصح أن تقول لآخر : إن أقرضت فلاناً فأنا كفيلاً بهذا الدين . وأما إذا كان الشرط غير ملائم فلا يصح التعليق ، كما لو قال شخص لآخر : إذا أمطرت السماء فأنا كفيلاً بما لك من دين في ذمة فلان . أو إذا نجحت في الامتحان فقد تكفلت بما لك من دين على فلان . أو قولك : إذا نجح ابني في الامتحان فقد احطك بالدين الذي لك علي علي فلان . فال تعليق في هذه العقود مفسد للعقد لأنه لا يظهر فيه قصد سليم فهو كالهزل ، فلا يصح العقد به<sup>(٣)</sup> .

(١) وذهب بعض الفقهاء ، ومنهم الامام ابن تيمية ، الى أن تعليق الطلاق على شرط ووقوعه إذا تحقق الشرط ، إنما يكون إذا كان قصد المتكلم إيقاع انطلاق إذا وقع الشرط ، أما إذا لم يقصد وقوعه بوقوع الشرط ، وإنما قصد حمل الزوجة على عمل شيء أو الامتناع عن شيء ، فلا يقع الطلاق إذا تحقق الشرط : فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٣ وما بعدها .

(٢) الأستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص ٣٨٨ .

(٣) الدكتور محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ، ص ٤٥١ .

## مَبْحَثُ الثَّالِثِ

### اقسام العقد باعتبار نوع آثاره

٤٣٧ - لكل عقد أو تصرف آثار معينة تترتب عليه ، هي غرض العاقد من انشائه لهذا العقد أو ذلك . فمقد البيع يفيد ملكية المبيع للمشتري ، وملكية الثمن للبائع . وهذا هو الغرض الذي يقصده العاقدان من عقد البيع . وعلى هذا الأساس تتنوع العقود الى مجموعات ، أي على أساس الغرض منها . وقد يكون للعقد الواحد أكثر من غرض واحد فيندرج تحت أكثر من مجموعة .

٤٣٨ - ونذكر فيما يلي هذه المجموعات وما يندرج تحت كل مجموعة من عقود وتصرفات :

أولاً - عقود التمليكات : وهي التي يكون الغرض منها تمليك العين أو المنفعة ، بعوض ، أو بغير عوض . فالتى بعوض هي عقود المعاوضات . والتي بغير عوض هي عقود التبرعات . فمن الأولى البيع والسلم والاجارة ، والمضاربة ، والمزارعة ، والمسافة . فكل عقد من هذه العقود فيه مبادلة ومعاوضة من الجانبين ، أي من طرفي العقد . ومن الثانية ، أي عقود التبرعات ، الهبة ، والاعارة ، والوصية والصدقة . وليس فيها معنى المعاوضة والمبادلة ، وإنما فيها تبرع ومعونة من جانب واحد أي من أحد العاقدين الى الآخر .

ثانياً الاسقاطات : وهي التي يراد بها اسقاط ما للانسان من حق ، فإذا كان الاسقاط بلا بدل فهي الاسقاطات المحضة ، وإن كانت بعوض فهي اسقاطات فيها معنى المعاوضة . فمن النوع الاول الطلاق المجرد عن المال ، والاعتاق ، والعفو عن القصاص بلا بدل ، والتنازل عن حق الشفعة ، وإبراء الدائن مدينه من الدين . ومن الثاني الطلاق على مال تدفعه الزوجة نظير طلاقها ، وهو المسمى بالخلع . والعفو عن القصاص على مال يدفعه الجاني .

ثالثا - عقود التفويض والاطلاق : وهي التي تتضمن تفويض الغير واطلاق يده في التصرف بعمل كان ممنوعا عليه قبل هذا التفويض والاطلاق • كمقد الوكالة والايضاء والاذن للصغير المميز بمباشرة بعض أعمال التجارة •

رابعا - التقييدات : وهي تصرفات يراد بها منع شخص من تصرف كان مباحا له من قبل ، مثل عزل الوكيل أو ناظر الوقف ، وعزل القضاة والاصياء ، والحجر على المأذون له بالتجارة •

خامسا - عقود التوثيق أو التأمينات : وهي التي يكون الغرض منها تأمين الدائن على دينه قبل مدينه • ومن هذه العقود الكفالة ، والحوالة ، والرهن<sup>(١)</sup> •

سادسا - عقود الشركات : وهي التي يكون الغرض منها الاشتراك في العمل والربح • ومنها المضاربة والمزارعة والمساقاة •

سابعا - عقود الحفظ : وهي التي يقصد بها حفظ المال ، كمقد الوديعة ، فإن المودع يضع ماله عند المودع لديه لغرض حفظ ماله •

---

(١) الكفالة ، عقد يفيد ضم ذمة الى ذمة في المطالبة • والحوالة عقد يفيد نقل الدين من ذمة الاصيل « المدين » الى ذمة المحال عليه • والرهن ، جعل الشيء مجبوسا عند الدائن حتى يمكنه استيفاء دينه منه عند عدم ادائه من قبل المدين في حينه • ويسمى هذا الشيء بالرهن أو المزهون • ويسمى صاحبه ، وهو المدين ، بالراهن • ويسمى الدائن ، الذي وضع عنده الرهن ، بالمرتهن •

## الفصل السادس

### الخيارات

٤٣٩ - تمهيد :

الخيارات جمع مفردها خيار ، وهو طلب خير الامرين أو الامور .  
وعند الفقهاء يراد بالخيار أن يكون للمتعاقد الحق في امضاء العقد أو فسخه .  
والحكمة في وجود الخيارات في العقود اللازمة - مع ان الاصل لزوم مقتضاها بالنسبة للعاقدين - هي التأكد من رضا العاقدين في انشاء العقد وامضائه ، ولان الحاجة ورعاية مصلحة طرفي العقد تدعوان الى هذه الخيارات . فالانسان قد يشتري ، مثلا ، سلعة ، ويخفي عليه ما فيها من عيب عند التعاقد ، ثم يطلع عليه فيما بعد ، فمن العدل أن يعطى هذا المشتري الخيار في فسخ العقد أو ابقائه . وهذه الخيارات منها ما ورد النص الشرعي بها ، فهي ثابتة بحكم التشريع حتى ولم يشترطها أحد المتعاقدين كخيار الرؤية وخيار العيب . ومنها خيارات لا تثبت بدون اشتراطها في العقد كخيار الشرط وخيار التمين . وستكلم في ابحاث متالية عن أهم هذه الخيارات .

### لِبَيْحِشِ الْأَوَّلِ

#### خيار الشرط

٤٤٠ - تعريفه :

وهو أن يكون لأحد العاقدين أو لكليهما أو لغيرهما الحق في امضاء العقد أو فسخه في مدة معلومة اذا شرط ذلك في العقد<sup>(١)</sup> . ويثبت الخيار للعاقدين بأن يشترطه لنفسه أو يشترطه العاقد الآخر له ، كما لو قال البائع للمشتري بعتك هذه الفرس ولك الخيار ثلاثة أيام . فسبب ثبوت هذا الخيار اشتراطه في العقد من قبل أحد العاقدين ولذا سمي بخيار الشرط ،

(١) الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ص ٤٠١ .

أي الخيار الذي سببه الشرط<sup>(١)</sup> .

٤٤١ - مدته :-

ومدة هذا الخيار ثلاثة أيام أو أقل . وهذا عند فريق من الفقهاء كالشافعية وأبي حنيفة . وعند الحنابلة والجعفرية يجوز أن يكون الخيار لأكثر من ثلاثة أيام ما دامت المدة معلومة ، سواء أكانت قصيرة أو طويلة . وعند المالكية يشترط هذا الخيار بالشرط أو بمقتضى العرف بدون اشتراط وفي البيع تختلف مدته باختلاف نوع المبيع<sup>(٢)</sup> . ووجهة القائلين بتحديد المدة بثلاثة أيام أن الحديث ورد بهذه المدة فيقتصر عليها لأن خيار الشرط يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم فيقتصر على أقصى ما ورد به النص وهو ثلاثة أيام . ووجهة المجيزين لأكثر من ثلاثة أيام أن هذا الخيار شرع لمصلحة مشرطة وهو أدري بما يكفيه من مدة ، ولا ضرر في اطالتها ما دامت معلومة . أما تحديدها في الحديث بثلاثة أيام فلا يعني عدم جوازها بأكثر من هذه المدة ، والرأي الأول أرجح<sup>(٣)</sup> . وإذا كانت المدة مجهولة ، صح العقد والنفي الشرط عند فريق من الفقهاء كالحنابلة<sup>(٤)</sup> . وعند فريق آخر يفسد العقد وهذا مقتضى مذهب الحنفية لأن مجهولية المدة شرط فاسد والشروط الفاسدة تفسد العقد عندهم .

٤٤٢ - العقود التي يجري فيها خيار الشرط :

يجوز اشتراط خيار الشرط في العقود اللازمة القابلة للفسخ كالبيع والاجارة . ولا يجوز في المقسود اللازمة التي لا تقبل الفسخ كالزواج والخلع ، وكذا في الايقاعات كالطلاق والعق<sup>(٥)</sup> . ولا يجري كذلك في

(١) الأستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ١٢١ .

(٢) الباب في شرح الكتاب للميداني ج ١ ص ٢١٥ - ٢١٦ ، مغني المحتاج ج ١٤ ، كشف القناع ج ٢ ص ١٧ ، مواهب الجليل ج ٤ ص ٤١٠ - ٤١١ ، شرح الصغير للدردير ج ٢ ص ٥٢ ، ٥٣ ، منهاج الصالحين ، الطبعة السابعة للمجتهد السيد محسن الحكيم ج ٢ ص ٢٢ .

(٣) أنظر نيل الاوطار للشوكاني ج ٥ ص ١٨٤ .

(٤) المغني ج ٣ ص ٥٨٩ .

(٥) المجتهد السيد محسن الحكيم ، المرجع السابق ، ص ٢٢ .

العقود غير اللازمة والوديعة والعارية • ويشترط هذا الخيار لأحد العاقدين أو لغيرهما ، ولهذا الغير أن يباشر هذا الخيار كما لمن اشترط له أن يباشر الخيار بنفسه وأيهما باشر حقه في الخيار نفذ وبطل حق الثاني فيه •

#### ٤٤٣ - أثر الخيار في العقد :

لا خلاف في أن الخيار يجعل العقد غير لازم بالنسبة لمن له الخيار ، فله أن يَمْضِيه أو يَفْسخه • ولا يشترط في الامضاء أو الفسخ لفظ مخصوص بل يجوز بكل لفظ يدل على ارادة امضاء العقد أو فسخه • وكذلك يجوز أن يكون ذلك بالفعل الدال على رغبة العاقد في ابقاء العقد أو الغائه • وإذا مضت المدة دون أن يبين من له الخيار رأيه فإن العقد يكون لازما في حق الطرفين •

وإذا كان الخيار في عقود المعاوضات فإن يمنع خروج الموضع من ملك من له الخيار ، فإذا كان الخيار للبائع لم يخرج المبيع من ملكه ولكن الثمن يخرج من ملك المشتري • وإذا كان الخيار للمشتري لم يخرج الثمن من ملكه ولكن ذلك لا يمنع خروج المبيع من ملك بائعه ، فإذا أمضى العقد من له الخيار فيه ، كالمشتري ، مثلا ، ظهر عنه ذاك ان المبيع دخل في ملكه من وقت صدور العقد ، وان فسخه ظهر انه عاد الى البائع<sup>(١)</sup> •

#### ٤٤٤ - انتهاء خيار الشرط :

ينتهي خيار الشرط بجملة أمور<sup>(٢)</sup> ، منها :

- أولا : امضاء العقد أو فسخه في مدة الخيار •
- ثانيا : مضي مدة الخيار جبرا امضا أو فسخ •
- ثالثا : تعيب محل العقد أو هلاكه بيد العاقد الآخر إذا كان الخيار له • لان فسخ العقد يقتضي رد محل العقد الى صاحبه • ومع تعيبه أو هلاكه

(١) الشيخ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ١٢٤ - ١٢٥ •

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٨٤ ، السيد محسن الحكيم ، المرجع السابق ، ص ٢٣ ، ٢٤ ، الاستاذ علي الخفيف ص ١٢٥ - ١٢٦ ، الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص ٤٠٩ •

يتمتع الرد ، فيلزم العقد وينتهي حكم الخيار •  
 رابعا : موت من له الخيار • وهذا عند فريق من الفقهاء ، كالحنفية  
 والحنابلة • لان خيار الشرط رغبة ومشية من اختاره ، والرغبات وسائر  
 الصفات الشخصية لا تورث • وذهب غيرهم كالجعفرية والشافعية والمالكية  
 الى وراثته شرط الخيار ، وحجتهم انه حق متعلق بالمال ، فيورث كما تورث  
 سائر الاموال ، وبهذا جاء الحديث الشريف : « من ترك مالا أو حقا  
 فلورثته » •

## لِبَحْثِ الثَّانِي

### خيار التعين

٤٤٥ - يرد هذا الخيار في عقود المعاوضات التي تفيد تملك الاعيان  
 كالبيع والهبة بشرط العوض<sup>(١)</sup> • ومعناه أن يكون لاحد المتعاقدين حق  
 تعيين أحد الشيئين أو الثلاثة الي ذكرت في العقد مع ثمن كل منها ، ليكون  
 هذا المعين هو محل العقد • كما لو قال شخص لآخر بعثك أحد هذين  
 الثوبين بثمانه - ويعين البائع ثمن كل ثوب - على أن تعين ما تريد شراءه في  
 مدة يومين ، فيقول الآخر قبلت • فيثبت بهذا الخيار للمشتري اختيار أحد  
 الثوبين وجعله محلا للعقد بالثمن المعين له •

٤٤٦ - وجواز هذا الخيار ليس محل اتفاق الفقهاء ، فالأكثر لم  
 يجزوه لجهالة المحل ، والاقولون أجازوه ومنهم أبو حنيفة وصاحبه أبو  
 يوسف ومحمد<sup>(٢)</sup> • والظاهر ان قول المجيزين أرجح من قول المانعين ،  
 لان في الناس حاجة الى مثل هذا الخيار ، وليس فيه ضرر على أحد المتعاقدين  
 ولا تؤدي جهالة المحل قبل التعيين الى أي نزاع لتعين ثمن كل واحد من  
 الاشياء التي يجري فيها خيار التعين • ويجوز اشتراط هذا الخيار للمشتري

(١) الاستاذ شلبي ص ٤٣١ •  
 (٢) الكاساني ج ٥ ص ٢٦ وما بعدها ، شرح الكنز للزيلعي ج ٤ ص  
 ٢٦ وما بعدها - شرح المجلة لعلي حيدر ج ١ ص ٢٦٣ •

بلا خلاف بين القائلين به ، ويجوز اشتراطه للبائع أيضا على رأي بعضهم ، ولكن أكثرهم يمنعه . ويشترط أن يكون مع هذا الخيار خيار الشرط أيضا ، وهذا على رأي بعضهم القائلين بخيار التعيين ، وليس هذا بشرط على رأي البعض الآخر منهم .

#### ٤٤٧ - شروط صحة خيار التعيين (١) :

أ - أن يكون الخيار بين شيئين أو ثلاثة أشياء لا أكثر ، لان الحاجة تدفع بذلك .

ب - أن تكون هذه الأشياء متفاوتة فيما بينها ، والتفاوت يثبت في الاموال القيمية . وكذلك في الاموال المثلية اذا اختلف الجنس .

ج - أن تكون أثمان الأشياء التي يجري فيها خيار التعيين معينة ، أي يذكر ثمن كل واحد من هذه الأشياء ، فان لم تعين أثمانها فسد العقد .

د - أن تكون مدة الخيار معلومة ، وهي عند أبي حنيفة لا تزيد عن ثلاثة أيام ، وعند صاحبيه يجوز أن تكون أكثر من ذلك ما دامت معينة واتفق عليها الطرفان (٢) .

#### ٤٤٨ - مسقطات خيار التعيين :

يسقط خيار التعيين بالاختيار ، بأن يقوم المشتري بتعين الشيء الذي يريد صراحة كأن يقول رضيت بهذا الشيء ، أو دلالة كما لو تصرف في أحد الأشياء تصرفا يدل على رضاه به ، كما لو كان المخير فيه ثلاث قطع من القماش فدفعت واحدة منها الى خياط ليخيطها بدلة له . وكذلك يسقط هذا الخيار بهلاك أحد الأشياء بعد قبضها من قبل المشتري ، فيتعين الهالك محلا للعقد بتمنه المحدد له . وكذلك اذا تعيب أحد الأشياء بعيب يمنع رده فانه يتعين محلا للعقد أيضا .

(١) الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، ص ٤٢٨ - ٤٢٩ .

(٢) وهذا ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية ، فقد جاء في المادة ٣١٧ : « يلزم في خيار التعيين تعيين المدة » فلم تقيد هذه المادة المدة بثلاثة أيام .

#### ٤٤٩ - وراثه خيار التعيين :

اذا مات من له هذا الخيار قبل التعيين ، فام مقامه وارثه في هذا الخيار لانه خيار يورث ، ولان ملك المورث ثبت في واحد غير معين فعلى الوارث تعيينه ودفع ثمنه من التركة<sup>(١)</sup> .

### المبحث الثالث خيار الرؤية

#### ٤٥٠ - تعريفه :

هو حق يثبت بسقضاءه لاحد العاقدين أن يفسخ العقد أو يمضيه عند رؤية محل العقد اذا لم يكن قد رآه وقت التعاقد أو قبله بوقت لا يتغير فيه<sup>(٢)</sup> . فاذا اشترت فرسا لم ترها كان لك الخيار عند رؤيتها بين فسخ العقد وامضائه . فسبب ثبوت هذا الخيار هو عدم رؤية العاقد محل العقد عند التعاقد أو قبله بوقت قصير لا يتغير فيه محل العقد عادة . وثبوت هذا الحق بسبب عدم الرؤية يبقى قائما ولو وصف محل العقد من قبل العاقد الآخر ، لان الوصف مهما كان دقيقا فلن يبلغ مبلغ العلم به عن طريق رؤيته ، ولهذا شرع هذا الخيار عند الرؤية حتى يتحقق بها العلم الكافي بسحل العقد فاذا أمضاه العاقد كان عن رضا كامل .

#### ٤٥١ - معنى الرؤية وما تتحقق به :

المراد بالرؤية ، هنا ، ادراك محل العقد والعلم به والوقوف على حاله . ويتم ذلك باحدى حواس الانسان ، وكل شيء يدرك بما يناسبه ، فالمسك يعرفه باشم ، والمأكول بالذوق ، والقماش بالبصر واللمس ، والمزمار ونحوه مما يستعمل للجيشوش بالسمع ، والحيوان بالبصر والجس وهكذا<sup>(٣)</sup> . ولا يشترط رؤية جميع المحل اذا كانت رؤية البعض تؤدي

(١) جاء في المادة ٣١٩ من المجلة ، القانون المدني العراقي القديم .  
• خيار التعيين ينتقل الى الوارث . . . . .

(٢) الاستاذ محمد مصطفى شلبي ص ٤١٩ .

(٣) شرح المجلة للاستاذ علي حيدر ج ١ ص ٢٦٨ .

الى معرفه الكل ويكون هذا في الاموال التي لا تفاوت بين اقسامها وأجزائها •  
وعلاوة عدم التفاوت أن يكون من المعتاد بيع ذلك المال اكفاء برؤية مودجه  
كما في بيع المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة والقماش المصنوع من  
مادة واحدة في معمل واحد<sup>(١)</sup> •

#### ٤٥٢ - العقود التي يثبت فيها خيار الرؤية :

يثبت خيار الرؤية للمتملك في كل عقد يكون فيه محل العقد معيناً  
بالعين ، أي مشخصاً ، ويكون قابلاً للفسخ • وعلى هذا الاساس يثبت في  
العقود التالية<sup>(٢)</sup> •

أولاً - في البيع اذا كان المبيع عيناً مشخصه فيبت خيار الرؤية  
للمشتري • وكذلك يثبت للبائع اذا كان الثمن عيناً مشخصه ، كما لو بيع  
سيارة بفرس ، فالخيار للبائع والمشتري •

ثانياً - في الاجارة ، كما لو استأجرت عيناً لم نرها ، فالخيار لك عند  
رؤيتها بين امضاء الاجارة وبين فسخها ، وكذلك يثبت للمؤجر هذا  
الخيار اذا كانت الاجرة عيناً مشخصه ، كما لو استأجرت داراً لمدة سنة  
فلير حيوان معين •

ثالثاً - قسمة الاعيان القيمية ، فاذا قسمت بين أصحابها ولم ير أحد  
الشركاء نصيبه كان له الخيار اذا رآه •

رابعاً - الصلح عن دعوى المال على عين معينة لم يرها المصالح ، فاذا  
رأها كان له الخيار ، لان هذا الصلح بمعنى البيع ، اذ يعتبر معاوضة بين  
الحق المدعى به والبدل المصالح عليه •

ويظهر من هذه العقود التي يثبت فيها خيار الرؤية ، ان هذا الخيار  
للمتملك ، وذهب بعضهم الى ثبوته للمملك أيضاً • والراجع هو الاول •

---

(١) نصت المادة ٣٢٤ من المجلة على ان : « الاشياء التي تباع على  
مفتضى انموذجها تكفي رؤية الانموذج منها فقط » •  
(٢) الاستاذ علي حيدر ، المرجع السابق ، ج ١ ص ٢٦٩ . الاستاذ  
علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ١٢٨ •

#### ٤٥٣ - ما يشترط لثبوت خيار الرؤية :

يشترط لثبوت خيار الرؤية جملة شروط هي<sup>(١)</sup> :

أولاً - عدم رؤية العاقد محل العقد عند التعاقد أو قبله .

ثانياً - أن يكون محل العقد عيناً معينة ، أي مشخصة ، كالدار التي في الجهة الفلانية في الموقع الفلاني وذات الحدود المعلومة في خايرطتها وسند تسجيلها ، سواء أذكرت أوصاف المحل في العقد أم لم تذكر . لان ذكر الاوصاف مهما كان دقيقاً لا يحقق العلم بالمحل المستفاد من الرؤية الحقيقية له . أما ما يثبت دينا موصوفاً في الذمة ، كما في المبيع في عقد السلم ، فلا يثبت فيه خيار الرؤية ، لان تحقيق الرضا بالمحل يكون بتحقيق الوصف . فإذا تحقق الوصف تحقق الرضا ولزم العقد ولم يكن هناك مقتضى لخيار الرؤية ، بخلاف العين المعينة ، فان الاوصاف ، كما قلنا ، لا تكفي لتمام العلم بالمحل .

ثالثاً - أن يكون العقد مما يقبل الفسخ ، ليمكن فسخه . فإذا كان مما لا يقبل الفسخ ، كالزواج والخلع ، فلا يثبت خيار الرؤية فيما يجب به من مال وان كان عيناً مشخصة ، كما لو زوج شخص امرأة على دار لم ترها ، أو خالعه على دار لم يرها ، لم يكن لأحدهما الخيار عند رؤية الدار .

رابعاً - رؤية العاقد لمحل العقد ، فلا خيار له قبلها .

#### ٤٥٤ - وقت ثبوت الخيار ومدته :

خيار الرؤية يثبت عند رؤية محل العقد فلا يثبت قبل هذه الرؤية . وثبوته يكون بحكم الشرع بدون حاجة الى اشتراطه في العقد ، بل يثبت وان شرط في العقد نفيه . فإذا اشترى شخص عيناً لم يرها على ان لا يكون له خيار رؤية كان شرطه لغواً ويثبت له الخيار عند رؤيتها . ومدة الخيار تبدأ من رؤية المحل وتستمر الى أن يصدر ممن له هذا الخيار ما يدل

(١) الكاساني ج ٥ ص ٢٩٢ - ٢٩٣ ، شرح المجلة للاستاذ علي حيدر ج ١ ص ٢٦٩ ، الاستاذ علي الخفيف ص ١٢٧ ، الاستاذ محمد مصطفى شلبي ص ٤٢١ - ٤٢٢ .

على رضاه بالمحل أو فسخ العقد • كما ينتهي بحصول ما يسقطه • فليس له ، اذن ، مدة معينة ينتهي بانتهائها ، وبهذا الرأي الراجح في الفقه الحنفي أخذت مجلة الاحكام العدلية • وذهب بعض الاحناف الى أنه موفت ، وينتهي هذا الوقت بمضي أي زمن بعد الرؤية يتمكن فيه من له الخيار من الفسخ ثم لا يعمل ، فاذا مضى هذا الزمن ولم يفسخ سقط الخيار ، وهذا مذهب الجعفرية أيضا<sup>(١)</sup> •

#### ٤٥٥ - أثره في العقد :

ثبوت خيار الرؤية لاحد العاقدين لا يمنع تفاعل العقد ، فهو نافذ بالرغم من هذا الخيار ، ولكنه يمنع لزومه بالنسبة الى من ثبت له هذا الخيار ، فهو بالنسبة له عقد غير لازم ، وانما يلزم اذا أمضاه بعد رؤية المحل بأن يصدر منه ما يدل على رضاه بالمحل بالقول أو بالفعل كأن يقول رضيت أو أمضيت العقد ، أو بالفعل كأن يقبض المعقود عليه بعد رؤيته • أما رضاه ، قبل الرؤية ، بامضاء العقد فلا يجعل العقد لازما له ولا مسقطا لخيار الرؤية وحتى لو قال تنازلات عن حق خيار الرؤية ، لان التنازل عنه اسقاط له قبل وجوده ، ولا يصح اسقاط الحق قبل وجوده • وكذلك لو اشترط في العقد فيه بأن قال : قبلت المبيع بثمنه على أن لا يكون لي خيار الرؤية ، لم يلزمه ذلك وكان له خيار الرؤية ، لان هذا الشرط تغيير لما شرعه الاسلام ، وما شرعه الاسلام لا يملك الانسان تغييره • وعلى هذا يبقى للمتملك خيار الرؤية في جميع هذه الاحوال ، فله بعد الرؤية امضاء العقد أو فسخه • ولا يفهم من هذا ان من له الخيار لا يستطيع فسخ العقد قبل رؤية المحل ، فان حق الفسخ ثابت له قبل الرؤية ولكن لا على أساس خيار الرؤية وانما على أساس ان العقد غير لازم له •

وكما له بعد الرؤية امضاء العقد فان له أيضا فسخه ، كأن يقول

---

(١) شرح المجلة للاستاذ علي حيدر ج ١ ص ٢٦٩ ، منهاج الصالحين للمجتهد السيد محسن الحكيم ج ٢ ص ٢٩ ، الاستاذ علي الخفيف ص ١٢٧ •

الشريعة الاسلامية (م - ٢٥)

فسخت العقد أو رفضته • والفسخ لا يتوقف على رضا الطرف الآخر ولا على قضاء القاضي وإنما يتوقف على علم الطرف الآخر دفعا للضرر عنه إذ ربما يعتمد على ما أجراه من عقد منه فلا يطلب لسلمته مشترى آخر<sup>(١)</sup> •

#### ٤٥٦ - مسقطات خيار الرؤية :

يسقط خيار الرؤية بواحد مما يأتي :

أ - الرضا بالعقد صراحة أو دلالة ممن له الخيار • فإذا قال رضيت بالعقد ، كان هذا القول إسقاطاً صراحة • وإذا قبض المعقود عليه بعد رؤيته كان هذا القبض إسقاطاً دلالة ، كما قلت من قبل وكذلك إذا طلب الاخذ بالشفعة بسببه ، يعتبر هذا الطلب رضا دلالة بالمحل بعد رؤيته •

ب - تصرف الممتلك بالمحل كبيعه ورهنه واجارته وهبته مع التسليم أو بدونه ، وانتفاعه به ، وعرضه اياه للبيع •

ج - تعيب المحل في يد ممتلكه فانه لا يجوز في هذه الحالة رده لصاحبه وقد سلمه سليماً ، لانه لا يجوز دفع الضرر عن الممتلك باضرار المالك •

د - تعذر رد المحل كاملاً الى صاحبه لهلاك بعضه أو تعيب هذا البعض أو لتصرفه في هذا البعض والسبب واضح ، لان خيار الرؤية لا يتجزأ فاما أن يقبل الكل أو يزد الكل ، فإذا تعذر رد الكل سقط الخيار ولزم العقد<sup>(٢)</sup> •

هـ - ويسقط هذا الخيار بترك المبادرة الى الفسخ بعد الرؤية ، وهذا عند الجعفرية<sup>(٣)</sup> •

ز - موت من له الخيار قبل أن يختار الفسخ أو الامضاء ، فإذا توفي سقط الخيار ولزم العقد ، ولم ينتقل الخيار الى الورثة ، لان خيار الرؤية

(١) الاستاذ شلبي ، المرجع السابق ، ص ٤٢٤ - ٤٢٥ •

(٢) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ١٣٠ - ١٣١ ،  
الاستاذ مذكور ، المرجع السابق ، ص ٦٩٠ - ٦٩١ •

(٣) منهاج الصالحين للمجتهد السيد محسن الحكيم ج ٢ ص ٢٩ •

كخيار الشرط ، إرادة ومشية ، والوارث لا يرث مورثه في رغبته وإرادته<sup>(١)</sup> . وعند الجعفرية يورث خيار الرؤية ، فلا يسقط بوفاة من له هذا الخيار ، بل ينتقل الى ورثته<sup>(٢)</sup> . ويقول الجعفرية قال الشافعي<sup>(٣)</sup> .

## المبحث الرابع

### خيار العيب

٤٥٧ - تعريفه ، والعقود التي يثبت فيها :

هو ما يكن للمتملك من حق في فسخ العقد أو امضائه بسبب عيب يجده فيما تملك<sup>(٤)</sup> . وإضافة الخيار الى العيب من إضافة المسبب الى السبب أي الخيار الذي يثبت بسبب العيب . وهذا الخيار يثبت إذا كان المعقود عليه معينا بشخصه كما في خيار الرؤية ، فإذا كان معينا بأوصافه كما في المبيع في السلم فلا يثبت فيه خيار العيب ، لأن تحققه يكون بتحقيق أوصافه فإذا لم تتحقق لم يكن محلا للعقد<sup>(٥)</sup> . وعلى ذلك يثبت في العقود التي يثبت فيها خيار الرؤية وهي البيع والإجارة والقسمة وبديل الصلح ، على النحو الذي بيانه في مبحث خيار الرؤية .

٤٥٨ - العيب الذي يثبت فيه الخيار :

العيب في المعقود عليه الذي يوجب الخيار هو الذي يوجب نقصا في ثمنه عند التجار وأرباب الخبرة فيه ، أو الذي تقتضي الخلقة السليمة أن يكون المعقود عليه خاليا منه ، أو الذي يفوت الغرض المقصود منه ، وكان ذلك يوجب نقصانا في قيمته<sup>(٦)</sup> . بحيث لو علم المشتري ونجوه بهذا العيب

(١) شرح المجلة للاستاذ علي حيدر ج ١ ص ٢٧١ .

(٢) الدكتور محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ، ص ٤٧٩ .

(٣) منهاج الصالحين للمجتهد السيد محسن الحكيم ج ٢ ص ٣٢ .

(٤ ، ٥) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ١٣١ ،

١٣٢ - ١٣٣ .

(٦) شرح المجلة للاستاذ علي حيدر ج ١ ص ٢٩٠ . وجاء في المادة

٣٣٨ من المجلة : « العيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة » وأنظر الكاساني ج ٥ ص ٢٧٤ ، وكشاف القناع ج ٢ ص ٥٨ ، ومنهاج الصالحين للمجتهد السيد محسن الحكيم ج ٢ ص ٣٠ .

لما أقدم على تملكه بالثمن الذي رضى به • وعلى هذا فالكسر في الاناء ، والعمى والمرج في الحيوان ، والنقص في الكتاب ، كل هذا وأمثاله يعتبر عيبا في العقود عليه يثبت به الخيار •

#### ٤٥٩ - سبب خيار العيب :

وسبب هذا الخيار ، هو العيب كما هو ظاهر من اسمه ، وانما كان العيب سببا للخيار لان سلامة العقود عليه من العيوب أمر مقصود للعاقدة ، ووصف مرغوب فيه عادة وعرفا ، حتى يحصل للمتملك الانتفاع بالعقد عليه على الوجه الكامل التام ، فكأن سلامة المحل من العيوب قد شرطت في العقد ، فاذا فات هذا الشرط انعدم رضا العاقدة ولحقه الضرر ، فكان في اعطائه هذا الخيار دفع للضرر عنه ومنع لالزامه بشيء لم يرض به ، ولهذا شرع هذا الخيار • ولا يحتاج لثبوته اشتراطه في العقد ، لانه يثبت بحكم الشرع ، فلا يحتاج الى اشتراطه<sup>(١)</sup> •

#### ٤٦٠ - شروط ثبوت خيار العيب (٢) :

أولا - حدوث العيب في محل العقد - كالبيع في عقد البيع - قبل أن يتسلمه المشتري ، سواء حدث العيب قبل العقد أو بعده ولكن قبل التسليم • فاذا حدث العيب بعد قبض المبيع من قبل المشتري فلا يثبت له الخيار ، لان المبيع وصل اليه سالما وهذا مقتضى العقد •

ثانيا - ألا يعلم المشتري بالعيب حين العقد ، وألا يرضى به بعد علمه به ، وألا يزول هذا العيب قبل ان يستعمل صاحب الخيار حقه في فسخ العقد • وعلى هذا اذا جرى العقد وكان المشتري عالما بما في المحل من عيب ، أو كان جاهلا به ثم علم به بعد العقد فرضي به ، أو اذا زال قبل ان يبادر الى طلب الفسخ ، ففي هذه الحالات لا يبقى له خيار في الفسخ ، لان سبب

(١) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ١٣٢ •  
(٢) شرح المجلة ، المرجع السابق ، ج ١ ص ٢٨٥ - ٢٨٦ ، الدكتور محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ، ص ٤٨١ ، الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ١٣٢ •

الخيار وجود العيب وعدم رضاه به ، فإذا زال السبب زال المسبب •  
ثالثا - ألا يكون المملك - كالبائع في عقد البيع - قد اشترط براءته  
من العيوب • فان اشترط ذلك ورضي المملك ، ثم ظهر عيب في المعقود عليه  
لم يترتب عليه خيار •

#### ٤٦١ - أثره في العقد (١) :

وجود العيب في المعقود عليه لا يؤثر في ترتب أحكام العقد ، وإنما  
يظهر أثره في لزوم العقد فيمنعه بالنسبة الى من ثبت له هذا الخيار ، اذ  
لهذا الاخير الحق في امضاء العقد او فسخه ما دام الفسخ ممكنا لان العقد  
بالنسبة له غير لازم بسبب خيار العيب • فإذا أراد الفسخ فله هذا دون  
وقف على رضا العاقد الآخر ما دام الفسخ في حضرته ، ولكن اذا لم يكن  
هذا العاقد حاضرا عند الفسخ اشترط علمه بالفسخ • واذا كان الفسخ بعد  
القبض فلا بد من رضا العاقد الآخر ، أو قضاء القاضي عند ابائه • والسبب  
في اشتراط رضاه في هذه الحالة ، هو تأكد العقد بالقبض ولانه يمكن أن  
ينازعه في وجود العيب فيتحتم الفصل والحكم بالفسخ من قبل القضاء • هذا  
وان الفسخ بالتراضي يعتبر فسخا بالنسبة للعاقدين ويبيعا بالنسبة للغير فيثبت  
فيه حق الشفعة • أما الفسخ بقضاء القاضي ، أو الفسخ قبل القبض ، فانه  
فسخ بالنسبة للعاقدين وغيرهما ، فلا يثبت فيه حق الشفعة •

هذا ، ويلاحظ هنا ان المملك ، المشتري مثلا ، لا يستطيع امساك  
المعقود عليه والاحتفاظ به والزام البائع بتقيص الثمن بسبب العيب ، الا اذا  
رضي البائع بذلك فيكون ذلك خطأ لجزء من الثمن • ويعللون ذلك بأن  
العيب نقص في أوصاف المبيع ، والاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لانها  
تابعة فلا يلزم البائع بنقص الثمن اذا فات شيء منها • ولانه لو ألزم بذلك  
لكان فيه ضرر على البائع باخراج ملكه بشئ لم يرضه والضرر لا يجوز ،

---

(١) شرح المجلة للاستاذ علي حيدر ج ١ ص ٢٨٣ ، الاستاذ مذكور ،  
المرجع السابق ، ص ٦٩٨ ، الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ،  
ص ١٣٣ ، الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص ٤١٥ •

وان كان فيه ازالة ضرر عن المشتري لان الضرر لا يزول بمثله • ولهذا  
كان الحكم اما فسخ العقد ورد الميع الى صاحبه واسترداد الثمن منه ، واما  
امضاء العقد على حاله الا اذا تراضيا على الحط من الثمن •

#### ٤٦٢ - سقوط خيار العيب (١) :

أولا - يسقط خيار العيب برضا من يثبت له هذا الخيار ، صراحة  
كان هذا الرضا أو دلالة ، فيصير العقد لازما ولا يمكن فسخه الا بتراضيهما •  
والرضا الصريح يتم بأي لفظ يدل عليه كقوله رضيت وأجزت • والرضا  
دلالة مثل تصرفه به بالبيع والهبة مع التسليم • وكذلك يسقط بالاسقاط  
الصريح أو بما هو في حكم الصريح • وكذا ببراء الممتلك للممتلك من العيب  
لان الابراء اسقاط وهو يملك الاسقاط لان خيار العيب حقه فله أن يستمر  
فيه أو يسقطه •

ثانيا - اذا تعيب المعقود عليه بعيب جديد في يد من له الخيار ، سواء  
أكان هذا العيب نقصا في ذاته ، أو نقصا في قيمته • وكذلك هلاكه ، أو اذا  
تغير تغيرا تاما كما لو كان قمحا فطحنه أو دقيقا فمعجنه •

ثالثا - زيادة المعقود عليه في يد من له الخيار زيادة متصلة غير مولدة  
منه كصنغ الثوب ، أو زيادة منفصلة متولدة منه كالولد واللبن والصوف  
من الحيوان ، والتمر من الشجر ، اذا ما حصلت هذه الزيادة بعد القبض •  
وانما امتنع الرد وفسخ العقد في الصورة الاولى لان الزيادة لا يمكن فصلها  
عن المعقود عليه ، وفي الفسخ يراد رد محل العقد فقط وهذا لا يمكن  
فيمتنع الفسخ • وفي الصورة الثانية ان كان رد المعقود عليه ، عند فسخ  
العقد ، مع الزيادة ، كانت هذه الزيادة بدون عوض وهذا لا يجوز • وان  
أبقاها الممتلك له كانت بدون عوض أيضا وهذا لا يجوز •

(١) منهاج الصالحين للمجتهد السيد محسن الحكيم ج ٢ ص ٣٠ ،  
الاستاذ المذكور ، المرجع السابق ، ص ٦٩٩ - ٧٠٠ ، الاستاذ محمد مصطفى  
شليبي ، المرجع السابق ، ص ٤١٥ - ٤١٧ •

#### ٤٦٣ - الرجوع بنقصان العيب (١) :

إذا امتنع فسخ العقد ورد المقود عليه ، بسقوط خيار العيب ، فإن الممتلك في بعض الحالات يستحق الرجوع على المملك بنقصان العيب .  
فيكون له هذا الرجوع إذا هلك المقود عليه ، أو تعيب بغير فعله سواء كان بعد علمه بالعيب أو قبله . وكذلك إذا تعيب بفعله كما لو كان فمأشاً فقطعه ليخيطه ثوباً . أو استهلكه كما لو كان طعاماً فأكله ، بشرط أن لا يكون التعيب والاستهلاك بعد علمه بالعيب ، فإن كان عالماً بالعيب ثم عيبه أو استهلكه فلا حق له برجوع النقصان . وكذلك يرجع بالنقصان في حالة الزيادة المانعة من الفسخ ورد المقود عليه ، على النحو الذي بيناه .  
ولا يكون للممتلك الرجوع بالنقصان إذا تصرف في المقود عليه بما يخرج منه ملكه ولا عند رضاه بالعيب .

وتقدير نقصان العيب يكون بتقويم المقود عليه سليماً من العيب وقت العقد ومعيماً وقته ثم يؤخذ الفرق بين القيمتين وينسب إلى قيمته سليماً ، وبقدر هذه النسبة ينقص الثمن ، وبه يرجع على المملك . فلو قوم المقود عليه بـ ١٠٠٠ دينار ومعيماً بـ ٨٠٠ دينار فالفرق ٢٠٠ دينار ، ونسبة هذا الفرق إلى الألف تساوي  $\frac{1}{5}$  ، فإذا كان المقود عليه بـ ٦٠٠ دينار رجع على المملك بخمسة الـ ٦٠٠ أي بـ ١٢٠ ديناراً .

#### ٤٦٤ - وراثه خيار العيب :

وخيار العيب يورث ، فإذا مات من له هذا الخيار قبل أن يختار فسخ العقد أو امضاه قام وارثه مقامه في ذلك ، ولا خلاف في هذا بين الفقهاء ، إلا أن الحنفية يقولون إن هذا الحق يثبت للوارث ابتداءً ، وغيرهم يقولون يثبت للوارث بحكم الوراثة لأنه حق مالي ، ولا يترتب على هذا الخلاف نتيجة عملية (٢) .

---

(٢١) منهاج الصالحين للمجتهد السيد محسن الحكيم ج ٢ ص ٣٢ ،  
الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ١٣٦ .

## الفصل السابع

### مدى سلطان الارادة

#### في انشاء العقود والشروط

٤٦٥ - تمهيد :

عرفنا مما تقدم ان العقود وسائر التصرفات القولية تنشأ بإرادة العاقدين فإذا ما تم العقد ترتيب عليه آثاره الشرعية . ولكن ثبوت هذه الآثار يكون بحكم الشارع ، أي أن الإرادة هي التي تنشيء العقد ، ثم ان الشارع هو الذي يرتب على كل عقد آثارا معينة . ولهذا يقول الفقهاء : ان العقود أسباب جعلية شرعية . أي ان الشارع هو الذي جعل العقود أسبابا مفضية الى آثارها ، ولولا هذا الجعل من الشارع لما كانت هذه العقود أسبابا لآثارها . وفي هذا المعنى يقول الامام ابن تيمية : « ان الاحكام الثابتة بأفعالنا ، كالملك الثابت بالبيع ، وملك البضع الثابت بالنكاح ، نحن أحدثنا أسباب تلك الاحكام ، والشارع أثبت الحكم لثبوت سببه منا ، لم تثبته ابتداء » (١) . وهذا المعنى لا يختلف فيه الفقهاء من حيث الجملة ، ولكنهم يختلفون فيما وراء ذلك . يختلفون في مدى حرية الانسان في انشاء العقود والشروط المتصلة بها . ذلك ان الشارع نص على بعض العقود ، وجعلها أسبابا مفضية لآثارها كما قلنا ، فهل يعتبر هذا التنصيص على بعض العقود مانعا من انشاء غيرها من العقود ؟ ثم ان آثار العقود عينها وحددها الشارع بالنسبة لكل عقد ، والشروط من شأنها أن تزيد أو تنقص من هذه الآثار لمصلحة هذا العاقد أو ذاك (٢) ، فهل يملك العاقد تعديل هذه الآثار بما يشترطه من شروط ؟ ، أم لا يستطيع هذا باعتبار أن تحديد الشارع لهذه الآثار يعني

(١) فتاوى ابن تيمية ، ج ٣ ص ٣٣٥ .

(٢) مثل ان يبيع الانسان سيارة لآخر ويشترط عليه أن يستعملها لمدة أسبوع .

وجوب ترتيها وعدم امكان تغييرها أو تعديلها بإرادة الانسان ؟ هذا ما اختلف فيه الفقهاء ، فمنهم المقيدون الذين يريدون النص الصريح على اباحة العقد أو الشرط ليقولوا بالجواز ، ومنهم الموسعون الذين لا يشترطون النص الصريح على الاباحة ، بل يكتفون بعدم وجود النص على تحريم العقد أو الشرط ليقولوا بالجواز ، ومنهم المتوسطون الذين بين هؤلاء وأولئك . ونعرض فيما يلي هذه الآراء بشيء من الإيجاز .

#### ٤٦٦ - أولا - رأي المضيقيين :

وهؤلاء يقيدون إرادة الانسان ويغلونها ويضيقون عليها المجال في باب العقود والشروط . لان الأصل الذي أصلوه هو : تحريم كل عقد أو شرط الا ما ورد الشرع باجازه . وهؤلاء فقهاء المذهب الظاهري ، « فلم يصححوا عقدا ولا شرطا الا ما ثبت جوازه بنص أو اجماع ، واذا لم يثبت جوازه أبطلوه »<sup>(١)</sup> . فأرادة الانسان ، على هذا الرأي ، لا تنشئ من العقود والشروط الا ما نص الشارع على اباحته ، أما ما وراء ذلك فهي لا تملك انشاءه ، وان فعلته كان باطلا .

#### ٤٦٧ - أدلة هذا الرأي :

استدل أهل الظاهر بجملة أدلة ، منها :

أ - انشاء العقود والشروط التي لم يشرعها الاسلام تكون من باب التعدي لحدود الله والزيادة في دينه ، وهذا لا يجوز لان الله يقول : « ومن يتمد حدود الله فأولئك هم الظالمون » وقال : « اليوم أكملت لكم دينكم »<sup>(٢)</sup> .  
ب - دلت السنة على المنع من انشاء أي عقد أو شرط لم يرد الشرع بجوازه ، من ذلك الحديث : « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد » .  
ومن يعقد عقدا أو شرطا لم يرد به النص الشرعي يكون خارجا عن أمر الشرع فيكون باطلا<sup>(٣)</sup> . وفي حديث آخر : « ما بال اناس يشترطون

(١) فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٣٢٣ .

(٢) فتاوى ابن تيمية ج ٢ ص ٣٢٦ .

(٣) الاحكام في أصول الاحكام ج ٥ ص ٣٢ .

شروطا ليست في كتاب الله تعالى ، من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فليس له وان اشترط مائة شرط ، شرط الله تعالى أحق وأوثق ،<sup>(١)</sup> . فهذا الحديث صريح في تأييد ما ذهبنا اليه ، فكل شرط لم يرد به نص في الكتاب أو في السنة أو في اجماع - لدلالة الكتاب والسنة على حجية الاجماع فهو شرط باطل لا يجوز اشتراطه ، وتقصر عنه ارادة الانسان<sup>(٢)</sup> .

٤٦٨ - ثانيا : رأي الموسعين :

وأصحاب هذا الرأي فريق من الخابلة وعلى رأسهم الامام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم . وهؤلاء يطلقون ارادة الانسان في العقود والشروط ويعطونه حرية واسعة في هذا الباب ، ولا يقيّدونه ولا يضيقون عليه المجال كما يفعل أهل الظاهر . ذلك ، ان الاصل ، عند الموسعين ، في العقود والشروط الصحة والجواز ، فلا يحرم ويبطل منها الا ما دل على تحريمه وابطاله نص في الكتاب أو في السنة أو اجماع صحيح أو قياس معتبر<sup>(٣)</sup> . هؤلاء يختلفون مع أصحاب الرأي الاول اختلافا أساسيا ، فلا يشترطون النص على اباحة العقد أو الشرط كما يشترط المضيقون ، وانما يشترطون فقط ان لا يوجد نص بتحريم هذا العقد أو الشرط ، فان لم يوجد مثل هذا النص المحرم كان للانسان مطلق الحرية في انشاء ما يريد من عقود أو شروط . وعلى هذا الاساس لا يجوز الشرط على ان الولاء لغير المعتق لمخالفة هذا الشرط للحديث الصحيح الذي جاء فيه : الولاء لمن اعتق<sup>(٤)</sup> . ولا يجوز الجمع بين صفتين في عقد واحد كاجراء عقد القرض بشرط أن يشتري المقرض من المقرض هذا الشيء<sup>(٥)</sup> . ولا يجوز البيع بشرط التسليف<sup>(٦)</sup> ونحو ذلك مما ورد النص بالنهاي عنه . وما عدا هذا يجوز

(١) تيسير الوصول ج ١ ص ٦٥ .

(٢) فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٣٢٥ .

(٣) فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٣٢٩ وما بعدها ، ونظرية العقد لابن تيمية ص ١٥ - ١٦ .

(٤) تيسير الوصول ج ١ ص ٦٥ .

(٥) كشاف القناع ج ٣ ص ٦٤ .

(٦) جاء في تيسير الوصول الى جامع الاصول من حديث الرسول ج ١ =

للمعاقد اشتراطه ، كأن تشترط المرأة على زوجها في عقد النكاح أن لا يخرجها من بلدها أو أن لا يتزوج عليها • فإذا أخل بالشرط كان لها أن تفسخ عقد النكاح • وكذا يجوز للبائع أن يشترط انتفاعه بالمبيع مدة معينة كسكنى الدار المبيعة لمدة سنة •

وهذا الرأي - رأي الموسعين - هو الأرجح للدلة التي ساقوها لتأييد رأيهم ، والتي نذكر أهمها في الفقرة التالية •  
٤٦٩ - أدلة رأي الموسعين

أ - قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ، وأوفوا بالعهد ان العهد كان مسؤولا ، « وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها » • فقد أمر الله تعالى بالوفاء بالعقود وهذا عام ، وكذلك أمرنا بالوفاء بعهد الله وبالعهد وقد دخل في ذلك ما عقده المرء على نفسه وان لم يكن الله قد أمر بنفس ذلك المعهود عليه قبل العهد كالنذر والبيع ، انما أمر بالوفاء به • والسنة نهت عن الغدر وعدم الوفاء بالعهد ، من ذلك الحديث الذي عدد خصال المنافق ومنها : اذا عاهد غدر • وفي الحديث : « أحق الشروط أن توفوا به ما استحلتم به الفروج » ، فدل هذا الحديث عن استحقاق الشروط الوفاء وان شروط النكاح أحق بالوفاء من غيرها • وفي حديث آخر : « ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة : رجل أعطى بي ثم غدر ، ورجل باع حرا ثم أكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعطه أجره » • فهذا الحديث فيه ذم للغادر ، فيدخل في مضمونه كل من شرط شرطا ولم يف به • ومن هذا كله يتضح ان الكتاب والسنة يأمران بالوفاء بالمعهود والشروط والمواثيق والعقود وينهيان عن نقضها وعدم الوفاء بها • فلو كان الاصل في العقود والشروط الحظر والحرمة الا ما أباحه الشارع ، لم يجز أن يأمر بالوفاء بها مطلقا ويذم من نقضها وغدر بها مطلقا وهذا واضح ،

= ص ٦٣ : « وعن مالك رحمه الله ، انه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وسلف • أخرجه مالك ، وقال : وتفسير ذلك ان يقول الرجل للرجل آخذ سلعتك بكذا وكذا على أن تسلفني كذا وكذا ، فان عقدا بيعهما على هذا فهو غير جائز ، •

(٢) فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٣٢٩ وما بعدها •

فكما أن قتل النفس لما كان الأصل فيه التحريم الا ما أباحه الشارع أو أوجبه لم يجز أن يأمر بقتل النفوس ويحمل علي القدر المباح ، بخلاف ما كان جنسه واجبا فإنه يأمر به مطلقا وان كان منه ما لا يجوز لتخلف بعض شروطه ، كالصلاة مثلا يؤمر بها مطلقا وان كان ينهى عنها اذا كانت بغير طهارة • وكذا الصدق يؤمر به وان كان يحرم أحيانا لما منع فيجب السكوت أو التعريض • وعلى هذا اذا جاء الكتاب والسنة بالامر بالوفاء بالعقود والشروط كان معنى ذلك ان الأصل صحة العقود والشروط •

ب - وفي الحديث عن النبي (ص) : « الصلح جائز بين المسلمين الا ضلحا حرم حلالا أو أحل حراما ، والمسلمون على شروطهم الا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما » (١) • فالمشترط ليس له أن يبيح ما حرمه الله ولا يحرم ما أباحه الله ولا يسقط ما أوجبه الله ، وانما له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجبا بدون الشرط • فالغرض من الشرط وجوب ما لم يكن واجبا ولا حراما • ولا يعني هذا أن المقصود من الشرط ابطال حكم الشرع ومناقضته لان عدم الإيجاب ليس نفيًا للإيجاب حتى يكون المشترط مناقضا للشرع •

ج - والحديث الذي فيه : « من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل • • النخ » • فهذا البطلان انما يكون اذا خالف ذلك الشرط كتاب الله وشرطه بأن يكون المشروط مما حرمه الله تعالى ، واما اذا لم يكن المشروط مما حرمه الله فلم يخالف كتاب الله وشرطه حتى يقال كتاب الله أحق وشرط الله أوثق • فيكون ، اذن ، معنى الحديث : من اشترط أمرا ليس في حكم الله أو في كتابه بواسطة أو بغير واسطة فهو باطل لانه لا بد أن يكون المشروط مما يباح فعله بدون الشرط حتى يصح اشتراطه ويجب بالشرط •

---

(١) هذا الحديث ضعيف ، ولكنه روي من طرق متعددة يقوى بعضها بعضا ، أنظر نيل الاوطار للشوكانى ج ٥ ص ٢٥٥ • ويمكن الاستلال أيضا بالحديث الذي جاء فيه ان النبي (ص) اشترى من جابر جملا ، واستثنى حملانه الى المدينة اي الحمل عليه الى المدينة : نيل الاوطار ج ٥ ص ١٧٨ •

المشروط مما يباح فعله بدون الشرط حتى يصح اشتراطه ويجب بالشرط •  
أوجب الوفاء بالشرط عموماً ، ووجوب الوفاء بها يقتضي أن تكون مباحة  
إلا إذا قام الدليل الخاص على تحريم شرط معين • فيكون اشتراطه ما لم  
يحرمه الشارع بخصوصه مباحاً بعموم الكتاب فيكون هذا الشرط في كتاب  
الله بهذا الاعتبار ، فلا يكون اشتراطه مخالفاً للكتاب •

د - العقود والشروط من الأفعال المعادية ، والأصل فيها عدم التحريم  
حتى يدل دليل على التحريم ، وإذا لم تكن حراماً كانت مباحة •

هـ - ليس في الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود والشروط إلا  
ما ثبت بعينه ، بل في الشرع ما يدل على عكس هذا كما بينا •

و - العقود في المعاملات من العادات يفعلها المسلم وغير المسلم ، فليست  
هي من العبادات التي تحتاج إلى شرع خاص بها •

ز - الأصل في العقود التراضي ، قال تعالى : « إلا أن تكون تجارة  
عن تراض منكم » فلم يشترط في التجارة إلا التراضي وذلك يقتضي أن  
التراضي هو المبيع للتجارة • فإذا كان الأمر كذلك ، فإذا تراضى المتعاقدان  
ثبت حل ما تراضيا عليه إلا أن يتضمن ما حرمه الله ورسوله كالتجارة في  
الخمير ونحو ذلك •

#### ٤٧٠ - ثالثاً - رأي المتوسطين :

وهؤلاء يتوسطون بين الرأي الأول والثاني ، فلا يشترطون لإباحة  
العقد والشرط ورود نص خاص بالإباحة كما اشترط أصحاب الرأي  
الأول ، ولا يجعلون الأصل في العقود والشروط الإباحة كما ذهب أصحاب  
الرأي الثاني ، بل يميلون إلى أن الأصل فيها التحريم واستثنوا بعضها  
ولكنهم توسعوا في الاستثناء<sup>(١)</sup> • ومن أصحاب هذا الرأي الحنفية ، ولهم  
في الشرط وما يصح منها وما يبطل تقسيم مضبوط نرى من الخير ذكره  
اجمالياً • فالشرط عندهم إما أن يكون صحيحاً أو فاسداً أو باطلاً<sup>(٢)</sup> ، وفيما  
يلي تعريف بكل نوع •

(١) محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص ٢٩٥ •

(٢) الدكتور محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ، ص ٤٢ •

وما بعدها •

### ثانيا - الشرط ، الصحيح :

وهو ما كان موافقا لمقتضى العقد كما لو شرط البائع على المشتري أن يسلمه الثمن قبل أن يسلمه المبيع . أو كان الشرط مؤكداً لمقتضى العقد كاشتراط البائع أن يقيم المشتري كفيلاً بالثمن عند تأجيله . أو كان الشرط مأذوناً به من قبل الشرع وهو ما ورد به نص خاص ، كشرط الخيار ، واشتراط خيار الرؤية . أو كان الشرط مما جرى به العرف مثل اشتراط المشتري على البائع تعهد إصلاح ما اشتراه مدة معينة إذا جرى العرف بذلك كما لو اشترى ساعة أو سيارة وكان العرف يقضي باعتبار هذا الشرط<sup>(١)</sup> .

### ثانيا - الشرط الفاسد :

هو ما لم يكن واحداً من أنواع الشرط الصحيح التي مر ذكرها ، وكان فيه منفعة لأحد المتعاقدين كمن يبيع داره ويشترط على المشتري سكنها مدة سنة . وهذا الشرط الفاسد يفسد عقود المعاوضات المالية كالبيع والاجارة ، ويكون لغوا في العقود الأخرى كال تبرعات والتوقيعات والزواج فلا يفسدها . والعلة في هذا التفريق أن المعاوضات يقصد بها التعادل بين الطرفين ولهذا يشترط كل منهما ما يراه من الشروط محققاً لهذا المقصود ، فإذا فات الشرط اختل التعادل المقصود فيفوت الرضا بالعقد ، والرضا أساس صحة العقد فيفسد . أما في العقود الأخرى فليس فيها معاوضة مالية تستلزم التعادل حتى نخشى فوات هذا التعادل إذا ألغينا الشرط وصححنا العقد .

### ثالثا - الشرط الباطل :

هو ما ليس فيه من أوصاف الشرط الصحيح ، وليس فيه منفعة لأحد المتعاقدين ، كمن يبيع داره ويشترط على المشتري أن لا يسكنها ، أو يبيع أرضه ويشترط على المشتري أن لا يزرعها . وحكم هذا الشرط أنه لغو فيسقط وحده ويبقى العقد صحيحاً .

(١) واعتبار الاحناف العرف دليلاً شرعياً ما لم يكن مخالفاً لنص الشارع ، وتصحيح الشروط بناء على ذلك جعلهم يوسعون كثيراً على العاقد فيما يشترطه من شروط وما يعقده من عقود .

## الباب الثالث

### في الجرائم والعقوبات

٤٧١ - تمهيد :

القانون الجنائي هو القانون الذي يبين الجرائم المعاقب عليها وقدر هذه العقوبة . فهو يحدد علاقة الفرد بالدولة من ناحية الافعال المنهي عنها والتي اذا ارتكبتها الفرد اعتبر خارجا عن المجتمع مستحقا العقاب<sup>(١)</sup> . وهذا القانون يعتبر من فروع القانون العام<sup>(٢)</sup> . وفي الشريعة الاسلامية احكام خاصة بالجرائم والعقوبات تكون ما يمكن تسميته بالقانون الجنائي الاسلامي فهو اذن ، في الاصطلاح القانوني من فروع القانون العام لا الخاص . ولا ينتقض قولنا هذا بان عقوبة القصاص في الشريعة الاسلامية جملة في القتل العمد من حق اولياء المجنى عليه ، مما يدل على ان القانون الجنائي الاسلامي من فروع القانون الخاص . لا يقال هذا ، لان القصاص وان كان من حق الفرد الا ان فيه حق الله ، أي حق المجتمع ، ولهذا نص بعض الفقهاء على ان اولياء المقتول اذا عفوا عن القاتل وتنازلوا عن حقهم في القصاص ، فان الدولة لها أن تعاقبه بالحبس ونحوه<sup>(٣)</sup> . وهذا مما يدل على ان الاحكام الجنائية في الشرع الاسلامي تنظم علاقة الافراد بالدولة من جهة الافعال المنهي عنها والعقوبات المقدرة لها . وهذا لا يمنع من أن يكون حق الفرد - في بعض الجرائم - هو الغالب ، وفي البعض الآخر حق الله - أي حق المجتمع - هو الغالب ، وللدولة في الحالتين أن تعاقب الجاني .

٤٧٢ - تعريف الجريمة :

لم يرد في قانون العقوبات البغدادي تعريف للجريمة ، وانما اكتفى

(١) اصول القانون للدكتور السنهوري والدكتور حشمت أبي

ستيت ص ١٨٦ - ١٨٧ .

(٢) شرح قانون العقوبات البغدادي - القسم العام - للدكتور

مصطفى كامل ص ٤ - ٥ ، واصول القانون للسنهوري ص ١٨٧ .

(٣) تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي ج ٢ ص ٢٥٩ .

بيان أنواع الجرائم • والواقع ان معظم القوانين الجنائية الحديثة ، كالقانون المصري ، لم تعرف الجريمة ، ولكن بعض القانونيين يعرف الجريمة بأنها « كل فعل أو امتناع عن فعل صادر من شخص ويقرر له القانون عقابا جنائيا »<sup>(١)</sup> .

وتعريف علماء الشريعة الاسلامية للجريمة يتلافى مع تعريف القانون لها • فالجريمة ، عند فقهاء الشريعة ، هي « محظورات سرعة زجر الله عنها بحد أو تعزير »<sup>(٢)</sup> • والمقصود بالمحظورات الامور المسوعة ، ويشترط فيها أن تكون ممنوعة من قبل الشريعة الاسلامية ، فان لم تكن محظورة من قبل الشرع الاسلامي لا تكون جرائم • كما أن المحظورات الشرعية يجب أن يكون لها عقاب في الشريعة الاسلامية حتى تعتبر جرائم شرعية • وعلى هذا يمكن ان يقال في تعريف الجريمة شرعا : بانها فعل أو ترك نصت الشريعة الاسلامية على تحريمه والعقاب عليه<sup>(٣)</sup> .

#### ٤٧٣ - أساس اعتبار الفعل جريمة :

وأساس اعتبار الفعل أو الترك جريمة في الشريعة الاسلامية يرجع الى ما في هذا الفعل أو الترك من ضرر بالمجتمع يتمثل بسوء سلامته وأمنه واستقراره ونظامه وعقيدته ، وضرر بالافراد يتمثل بالاعتداء على مصالح الافراد التي تحرص الشريعة على ايجادها والحفاظة عليها • وهذا المصالح هي المتعلقة بالدين والنفس والعقل والنسل والعرض والمال • وجميع الجرائم الشرعية بلا استثناء فيها اعتداء على مصالح الافراد، واضرار للمجتمع • والقوانين الوضعية وان اتفقت مع الشريعة ، من حيث الجملة ، على ان أساس اعتبار الفعل جريمة هو ما في هذا الفعل من اضرار بمصالح الافراد والمجتمع ، الا انها تختلف مع الشريعة في نطاق هذا الاساس ومدى اتساعه والافكار التي وراء هذا الاساس • فالشريعة ، مثلا ، تهتم بالدين والاخلاق

(١) الدكتور مصطفى كامل ، المرجع السابق ، ص ٣٥ - ٣٦ .

(٢) المارودي ص ١٢٧ .

(٣) التشريع الجنائي الاسلامي للمرحوم عبدالقادر عودة ج ١

والعرض ، وحيطة العقل مما يفسده • وعلى هذا الاساس ، كان فيها عقوبة الردة على جريمة الارتداد عن الدين ، وعقوبة الزنا ، وعقوبة شرب الخمر ، ولا وجود لمثل هذه العقوبات في القوانين الجنائية الوضعية<sup>(١)</sup> • وعلى هذا اذا وجدنا اختلافات بين الشريعة والقوانين الوضعية فيما يعتبر من الافعال جريمة أولا يعتبر فانما مرده الى مدى اعتبار هذا الفعل ضارا بمصالح الافراد والمجتمع والى تقدير هذه المصالح وتقييمها في ضوء الافكار والقيم في كل من الشريعة والقوانين الوضعية •

#### ٤٧٤ - اساس تشريع العقاب والفرص منه :

تحرص الشريعة الاسلامية على حمل الناس على طاعة أوامرها ونواهيها طاعة اختيارية تبعت من أعماق النفس • وتعتمد الشريعة في تحقيق هذه الطاعة الاختيارية على ايقاظ الشعور الديني في النفوس واثارة معاني الايمان في القلوب وتذكير الانسان باليوم الآخر • يوم تجد كل نفس ما عملت من خير محضرا وما عملت من سوء تود لو أن بينها وبينه أمدا بعيدا ، ، وبيان ما في أوامرها ونواهيها من خير ومصلحة للناس في العاجل والآجل ••• ولكن هذا كله لا يكفي لحمل الناس جميعا على طاعة أوامرها ونواهيها ، لانهم ليسوا سواء في يقظة الضمير الديني وعمق الايمان واستحضار اليوم الآخر •• كما ان من الناس ناسا تغلب عليهم نوازع الشر والهوى والشهوة والأثرة وجر المنافع ولو على حساب الاضرار بالآخرين •• ومن أجل هذا كله كان من اللازم اقتران المحظورات الشرعية بعقوبات دنيوية من شأنها ان تخيف من يريد الشر وترهب من تسول له نفسه ارتكاب الجرائم فتردعه عن اقترافها وتمنعه من الاقتراب منها • فالعقوبة ، كرادع عن الجريمة ، تجد سندها في غريزة الخوف عند الانسان وفيما جبل عليه من حرص على كف الاذى عن نفسه • وعلى هذا اذا رأى الانسان في الجريمة

---

(١) أما عقوبة الزنا في القوانين الوضعية ، ومنها قانون العقوبات البغدادي ، فهي مقصورة على حالة معينة سنذكرها فيما بعد •  
الشريعة الاسلامية (م-٢٦)

نفعاً له وهم بارتكابها فإن شبح العقاب المرعب يردعه عنها ترجيحاً لدفع أذى العقاب على ما يتصوره من منفعة له في الاجرام ... وحتى اذا طوعت له نفسه ارتكاب الجريمة فإن ايقاع العقاب عليه يمنعه من العود اليها ، كما يزجر الآخرين عن ارتكابها لئلا يصيبهم ما أصابه ... ولهذا يقول بعض الفقهاء في عقوبات الحدود : « انها موانع قبل الفعل ، زواجر بعده » (١) ، أي ان العقوبات تمنع - عادة - من ارتكاب الجريمة ، وايقاعها بعد ارتكابها يمنع من العود اليها . فإذا ما انفكت النفوس عن الجرائم حفظت مصالح الافراد المتعلقة بالدين والنفس والعقل والنسل والعرض والمال ، وحفظت مصالح المجتمع وأمن الاختلال ونعم بالهدوء وبلاستقرار . وهذا هو الغرض الاول من تشريع العقاب ، وعلى أساسه جاءت العقوبة بقدر الجريمة « وجزاء سيئة سيئة مثلها » وعلى نحو تكفي للردع والزجر .

والغرض الثاني للعقوبات الشرعية اصلاح المجرم نفسه وتقويم اعوجاجه ، وقد أشار بعض الفقهاء الى هذا الغرض . فالامام الماوردي يقول ، وهو يتكلم عن عقوبات التعزير ، : « انه - أي التعزير - يوافق الحدود من وجه وهو انه تأديب واستصلاح وزجر يختلف بحسب اختلاف الذنب » (٢) . فالعقوبات الشرعية ، اذن ، تهدف ، أيضاً ، الى علاج المجرم واصلاحه . فهي من هذه الناحية من قبيل الرحمة بهم والاحسان اليهم . وفي هذا يقول ابن تيمية : « العقوبات الشرعية انما شرعت رحمة من الله تعالى بعباده ، فهي صادرة عن رحمة الله بالخلق واردة الاحسان اليهم . ولهذا ينبغي لمن يعاقب الناس على ذنوبهم أن يقصد بذلك الاحسان اليهم والرحمة بهم كما يقصد الوالد تأديب ولده ، وكما يقصد الطبيب معالجة مريضه » (٣) . ومن الواضح أن الطبيب يعالج مريضه بالدواء الذي يشفيه لا بالدواء الذي يشتهيه ... واذا كن البعض يرى في بعض العقوبات الشرعية قسوة وشدة ،

(١) فتح القدير ج ٤ ص ١١٤ .

(٢) الاحكام السلطانية ص ٢١٤ .

(٣) الاختيارات لابن تيمية ص ١٧١ .

فهذا لا يمنع من صلاح هذه العقوبات وقبولها ، كما لا يمنع من قبول الدواء الشافي كونه مرا مؤلماً . . . . . وحيث ان من أغراض العقوبة الشرعية اصلاح المجرم حسب الامكان ، فقد جاءت مبرأة من معاني الانتقام . . ومن مظاهر هذه البراءة منع الشريعة من المثلة عند الاقتصاص من القاتل . فقد جاء في الحديث الصحيح أن النبي ( ص ) نهى عن المثلة<sup>(١)</sup> . وحصر المسؤولية الجنائية بالجاني وحده دون غيره من قريب أو صديق ، قال تعالى : « ولا تزر وازرة وزر أخرى » .

ويخلص لنا مما تقدم ان العقوبة قامت على أساس ما في النفس من غريزة الخوف مما يؤدي ، ولغرض رعاية مصالح الافراد والمجتمع واصلاح المجرم جهد الامكان . وبناء على ذلك جعلت الشريعة العقوبة بقدر الجريمة ، وكافية للردع والزجر ، وخالية من معاني الظلم والانتقام . والعقوبات في القوانين الوضعية لا تبلغ مبلغ العقوبات الشرعية في حمايتها مصالح الافراد والمجتمع واصلاح الجاني ، ولا مدى قدرتها على الردع والزجر ، والواقع خير شاهد على ما نقول ، فالجرائم في ظل العقوبات الوضعية في ازدياد ، والمجرمون يكثرون ولا ينقصون .

#### ٤٧٥ - أنواع الجرائم :

الجرائم على اختلاف أنواعها يجمعها جامع واحد هو انها محظورات شرعية معاقب عليها . وقد قسمها الفقهاء الى ثلاثة أقسام بالنظر الى نوع عقوبتها . وهذه الاقسام هي : جرائم الحدود ، وجرائم القصاص والديات ، وجرائم التعزير<sup>(٢)</sup> .

#### ٤٧٦ - أولا - جرائم الحدود :

وهي الزنا ، والقذف ، وشرب الخمر ، والسرقه ، والحراة ، أي

(١) تيسير الوصول الى جامع الاصول ، لابن الديبع الشيباني

ج ٤ ص ٧٦ .

(٢) وقانون العقوبات البغدادي قسم الجرائم الى ثلاثة أقسام : جنایات ، وجنح ، ومخالفات . وحدد كل قسم على أساس نوع العقوبة ومقدارها ، أنظر المواد من ٦ - ٨ من هذا القانون . وكذلك فصل قانون العقوبات المصري ، أنظر المواد من ١٠ - ١٢ من هذا القانون .

قطع الطريق ، والردة<sup>(١)</sup> .

والحد في اللغة المنع ، ومنه سمي البواب حداً لمنعه الناس من الدخول . وفي الاصطلاح الشرعي عقوبة مقدرة وجبت حقاً لله تعالى<sup>(٢)</sup> . ومعنى انها مقدرة أي ان الشارع هو الذي قدرها فلم يترك لغيره تحديدها . ومعنى انها وجبت حقاً لله تعالى ، أي أن هذه العقوبة وجبت لمصالح عموم الناس ولدفع الضرر والفساد عنهم . فكل جريمة يرجع ضررها وفسادها الى العامة ومنفعة عقوبتها تعود اليهم ، فان العقاب المقرر لها يكون حقاً لله تعالى تأكيداً لدفع الفساد والضرر عنهم وتحقيقاً للنفع لهم ، ولإعلام المخاطبين بلزوم إقامة هذه العقوبة وعدم التفريط بها وضرورة رعايتها لأن ما يضاف الى الله باعتباره حقاً له يستلزم هذه الرعاية والعناية . وبهذا المعنى لكلمة الحد لا يعتبر القصاص حداً لانه حق المبدل لا حق الله ، وكذلك لا يسمى التعزير حداً لعدم تقديره من قبل الشرع ابتداء<sup>(٣)</sup> . الا أن بعض الفقهاء يفسر معنى الحد بأنه العقوبة المقدرة من قبل الشارع بنقض النظر عن كونها وجبت حقاً لله أو للمبدل . وعلى هذا التفسير يسمى القصاص حداً أيضاً<sup>(٤)</sup> .

وتكلم فيما يلي عن جرائم الحدود بايجاز للتعريف بها وبمعقوباتها :

٤٧٧ - آ - الزنا :

وهي جريمة قبيحة من جرائم الاعتداء على الاعراض ، وقد ورد النص الصريح بتحريمها ، فقد جاء في القرآن الكريم : « ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة وساء سبيلاً »<sup>(٥)</sup> . وعرفها الفقهاء بأنها : « كل وطء وقع على

(١) التشريع الجنائي الاسلامي للمرحوم عبدالقادر عودة ج ١ ص ٧٩

وانظر البدائع للكاساني ج ٧ ص ٣٣ ، وحاشية ابن عابدين ج ٢ ص ١٩٣ .

(٢) الكاساني ج ٧ ص ٣٣ ، وحاشية ابن عابدين ج ٢ ص ١٩٣ .

(٣) السياسة الشرعية لابن تيمية ص ٦٦ ، والكاساني ج ٧ ص ٥٦ .

(٤) المارودي ، ص ٢١٣ - ٢١٥ ، الاحكام السلطانية لابي يعلى

الحنبلي ص ٢٤٤ - ٢٤٧ ، فتح القدير ج ٤ ص ١١٣ .

(٥) سورة الاسراء ، الآية ٣٢ .

غير نكاح ولا شبهة نكاح ولا ملك يمين»<sup>(١)</sup> . عقوبة هذه الجريمة الجلد ، والاصل فيه قوله تعالى: « الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منها مائة جلدة ... »<sup>(٢)</sup> . ولا خلاف بين الفقهاء في وجوب هذه العقوبة على الزاني اذا لم يكن محصنا<sup>(٣)</sup> . أما اذا كان محصنا فعقوبته الرجم حتى الموت ، وقد ثبتت هذه العقوبة بالسنة النبوية<sup>(٤)</sup> . وقانون العقوبات المصري ، لم يعتبر كل وطء محرم زنا يعاقب عليه ، وانما اعتبره زنا اذا حصل من أحد الزوجين ، ولا يعاقب عليه الا اذا حرك الدعوى الجنائية الزوج الآخر . أما فيما عدا هذه الحالة فلا يعتبره زنا وانما يعتبره وقاعا أو هتك عرض . ولا يعاقب على الوقاع أو هتك العرض اذا وقع بالتراضي ، وانما يعاقب عليه اذا وقع باكره أو اذا كان رضا المفعول به معيا بأن كان دون الثامنة عشرة . من عمره<sup>(٥)</sup> ، وقانون العقوبات البغدادي سلك مسلك القانون المصري<sup>(٦)</sup> .

وأساس الاختلاف بين الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية ، ومنها القانونين المصري والعراقي ، هو أن هذه القوانين تعتبر الزنا من المسائل الشخصية التي لا تمس مصلحة الجماعة ، فما دامت هذه الجريمة قد نمت بالتراضي فإن القانون لا يهتم بها ولا يعتبرها جريمة الا اذا كان أحد طرفي الجريمة زوجا فانه يعاقب على هذه الجريمة في هذه الحالة لحق الزوج الآخر وبشرط تحريك الدعوى من قبله . أما الشريعة الاسلامية فانها تعتبر الزنا بجميع أنواعه من الجرائم المضرة بمصلحة الجماعة لانها اعتداء على كيان الأسرة التي هي أساس المجتمع ، ولهذا اعتبرت العقاب فيها لحق الله ،

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٦٢ ، وانظر تعريفات أخرى للزنا في البدائع للكاساني ج ٧ ص ٣٣ ، وللمارودي ص ٢١٥ .

(٢) سورة النور ، الآية ٢

(٣) المبسوط ج ٩ ص ٣٦ ، المغني ج ٨ ص ١٦٦ - ١٦٧ .

(٤) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٦٣ ، البحر الزخار ج ٥ ص ١٤٠ - ١٤١ .

(٥) المواد ٢٦٧ - ٢٧٩ من قانون العقوبات المصري . وانظر

التشريع الجنائي الاسلامي للمرحوم عبدالقادر عودة ج ٢ ص ٣٤٦ .

(٦) المواد ٢٣٢ - ٢٤٠ من قانون العقوبات البغدادي .

أي لحق المجتمع • ومسلكت الشريعة أقوم وأسد ، فليس من المقبول اعتبار جريمة الزنا من المسالك الشخصية التي لا علاقة لها بالمجتمع ، لأنها تؤثر في كيان الأسرة وتهزها هزا عنيفا وتفكك روابطها وتلوث النسل وتعتدي على الاعراض • وعلى أساس نظرة الشريعة لهذه الجريمة جاءت العقوبة مؤثرة كافية للردع والزجر •

#### ٤٧٨ - ب - القذف :

القذف شرعا الرمي بالزنا ، أي نسبة الشخص الى الزنا بشروط معينة<sup>(١)</sup> • وهو محرم بنص القرآن ويوجب الحد وهو ثمانون جلدة اذا ما توافرت شروط الجريمة ، قال تعالى : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون »<sup>(٢)</sup> • ولاوجود لهذه العقوبة في قانون العقوبات البغدادي ولا في قانون العقوبات المصري ، وانما فيهما النص على جريمة القذف وهي أوسع مدلولاً من جريمة القذف في الشريعة ، إذ أنها تشمل على أسناد أمور لو كانت صادقة لأوجبت عقاب من أسندت اليه ، ويشترط أن تتم بطرق معينة ، وعقوبتها تكون بالحبس<sup>(٣)</sup> •

#### ٤٧٩ - ج - شرب الخمر :

وهي جريمة في نظر الشريعة الاسلامية لافسادها للعقل ، وما يترتب على ذلك من ضياع المال وارتكاب الجرائم • وقد حرمت الشريعة الاسلامية الخمر ففي القرآن الكريم : يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون • وفي السنة النبوية : « كل مسكر خمر ، وكل خمر حرام » • وعقوبة هذه

(١) الدر المختار ج ٣ ص ٢٣٠ ، الكاساني ج ٢ ص ٤٠ ، المغني ج ٨ ص ٢٧٥ •

(٢) سورة النور الآية ٤

(٣) المادة ٣٠٦ من قانون العقوبات المصري ، والمادة ٢٥٢ من قانون العقوبات البغدادي •

الجريمة ثبت بالسنة وهي جلد الشارب أربعين جلدة ، ويجوز الزيادة عليها الى الثمانين باعتبار أن هذه الزيادة تعزير يجوز للامام فعله<sup>(١)</sup> .  
٤٨٠ - د - السرقة :

السرقة في الاصطلاح الشرعي أخذ مال الغير ظلما من غير تأويل ولا شبهة<sup>(٢)</sup> . وهي محرمة بالنص وعقوبتها قطع اليد اذا توافرت شروط الجريمة . قال تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم »<sup>(٣)</sup> .  
وقد نص كل من قانون العقوبات البغدادي والمصري على جريمة السرقة<sup>(٤)</sup> وجعل العقوبة الاشغال الشاقة المؤبدة أو الموقنة أو الحبس ، حسب الاحوال وظروف الجريمة وتعدد الجناة وانفرادهم<sup>(٥)</sup> .  
٤٨١ - ه - قطع الطريق :

وهذه الجريمة من الجرائم الخطيرة لما فيها من المجاهرة بالاجرام وترويع الناس وأخذ أموالهم بالقوة والقهر ، وما يترتب على ذلك كله من اخلال خطير بأمن الدولة<sup>(٦)</sup> . وقد عرف الفقهاء هذه الجريمة بأنها الخروج على المأنة لاختد المال مجاهرة بالقوة والقهر على وجه يمتنع الناس عن المرور وينقطع الطريق ، سواء أكان مرتكب هذه الجريمة فردا أو أكثر ، بسلاح أو بغيره ، وسموا مرتكب هذه الجريمة بالمحارب<sup>(٧)</sup> . وقد نص القرآن الكريم على تحريم هذه الجريمة وبين عقوبتها . قال تعالى : « انما جزاء

(١) المغني ج ١٠ ص ٣٢٩ ، وفتح القدير ج ٤ ص ١٨٥ .

(٢) العناية على الهداية ج ٤ ص ٢١٩ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٧٢ ،  
الروض النضير ج ٤ ص ٢٢٨ .

(٣) سورة المائدة ج ٦ ، الآية ٣٨ .

(٤) المادة ٣١١٠ من قانون العقوبات المصري ، والمادة ٢٥٨ من قانون  
العقوبات البغدادي .

(٥) المواد ٣٢٥ - ٣٢٧ ، ٣٣٦ - ٣٤٣ من قانون العقوبات المصري  
والمواد ٢٧٠ - ٢٧٤ ، ٢٧٧ - ٢٧٩ من قانون العقوبات البغدادي .

(٦) تقابل هذه الجريمة ، الجريمة المنصوص عليها في المادة ٢٦٠  
من قانون العقوبات البغدادي ، والمادة ٣١٥ من قانون العقوبات المصري .

(٧) شرح الخرخشي ج ٨ ص ١٠٤ ، الكاساني ج ٧ ص ٩١ - ٩٢ .

الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم» (١) . وعقوبة قاطع الطريق أن يقتل أو يصلب إذا قتل وأخذ المال . ويقتل بلا صلب إذا قتل ولم يأخذ مالا . وتقطع يده ورجله من خلاف إذا أخذ المال ولم يقتل . وينفى من الأرض إذا أخاف السيل فقط فلم يقتل ولم يأخذ مالا (٢) . والمراد بالنفي حبس الجاني في غيره بلده (٣) .

#### ٤٨٢ - و - الردة :

المرتد في اللغة الراجع مطلقا ، وفي الشرع الراجع عن دين الاسلام (٤) . والردة قد تكون باللفظ بأن يجري المسلم على لسانه كلمة الكفر باختياره (٥) . وتكون الردة أيضا بالأفعال كأن يأتي المسلم فعلا يدل على استخفافه بالدين كالصلاة بلا وضوء عمدا ، والقراءة القرآن الكريم في قدر عمدا (٦) . وحكم المرتد اماله ثلاثة أيام وعرض الاسلام عليه لعله يرجع عن رده ، فان أبى قتل (٧) . فمقوبة المرتد قتله إذا أصر على الردة ، وقد روي عن النبي (ص) أنه قال : « من بدل دينه فاقتلوه » ، وعليه اجماع الصحابة (٨) . وهذه العقوبة لا نظير لها في القوانين العقابية

(١) سورة المائدة ، الآيتان ٣٣ ، ٣٤ .

(٢) السياسة الشرعية لابن تيمية ص ٨٢ - ٨٣ ، المغني ج ٨ ص ٢٨٨ ، الكاساني ج ٧ ص ٩٣ ، فتح القدير ج ٧ ص ٢٦٨ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٨٠ ، شرح الخرشي ج ٨ ص ١٠٥ - ١٠٦ .

(٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٨٠ ، السياسة الشرعية لابن تيمية ص ٨٣ .

(٤) حاشية ابن عابدين ، رد المحتار ، ج ٣ ص ٣٩٦ .

(٥) الفتاوى الهندية ج ٢ ص ٢٥٣ ، المغني ج ٨ ص ١٢٣ .

(٦) رد المحتار ج ٣ ص ٣٩٢ ، شرح الازهار ج ٤ ص ٥٧٦ - ٥٧٧ ، شرح النيل ج ١٠ ص ٤٢٥ .

(٧) المغني ج ٨ ص ١٢٣ - ١٢٥ ، انفتاوى الهندية ج ٢ ص ٢٥٧ .

(٨) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٨٣ ، الجصاص ج ٢ ص ٢٨٦ ، نيل الاوطار ج ٧ ص ٩٨ - ١٠٠ ، التعزيز للدكتور عبدالعزيز عامر ص ١٧ .

الوضعية ، وقد بينا حكمتها وسبب هذه العقوبة باعتبارها اخلايا بالتزام المسلم واستخفافه بنظام الدولة التي اتخذت الاسلام أساسا لكيانها ونظامها<sup>(١)</sup> .

#### ٤٨٣ - ثانيا - جرائم القصاص والديات :

وهذه هي جرائم الاعتداء على النفس بازهاقها أي جرائم القتل ، أو على ما دون النفس كالجروح وقطع الاطراف . ويسمى الفقهاء هذه الجرائم بالجنايات على النفس أو على ما دون النفس<sup>(٢)</sup> . وعقوبة هذه الجرائم اما القصاص ، واما الدية .

آ - القصاص : ويجب في القتل العمد لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى »<sup>(٣)</sup> . ولقول النبي (ص) : القصاص قود<sup>(٤)</sup> . ويجب القصاص أيضا في الجرائم على ما دون النفس اذا توافرت شروطه ومنها أن تكون هذه الجرائم عمدية ويمكن إجراء القصاص . وانما يمكن إجراء القصاص اذا تحققت الماثلة بين محل الجريمة وبين ما يقابلها في الجاني المراد الاقتصار منه في هذه المحل ، مع امكان استيفاء هذا المثل<sup>(٥)</sup> . وثبت القصاص فيما دون النفس بالكتاب والسنة<sup>(٦)</sup> .

ب - الدية : اسم للمال الذي هو بدل النفس<sup>(٧)</sup> ، أي التعويض المالي الذي يجب دفعه الى أهل المقتول . أما التعويض الواجب دفعه الى المجني عليه في جرائم الاعتداء على ما دون النفس كالجرح فان هذا التعويض يسمى « الارش »<sup>(٨)</sup> . وقد يطلق اسم الدية على الارش أيضا فيقتال دية اليد

(١) أنظر ص ٥٢ من هذه المذكرات .

(٢) الكاساني ج ٧ ص ٢٣٣ .

(٣) سورة البقرة ، الآية ١٧٨ .

(٤) سنن أبي داود ج ٦ ص ٣٣٤ ، وسنن النسائي ج ٨ ص ٤٠ ، وسنن ابن ماجه ج ٢ ص ١٤٠ .

(٥) الكاساني ج ٧ ص ٢٩٧ ، الدر المختار ج ٥ ص ٤٨٥ .

(٦) تفسير القرطبي ج ٦ ص ١٩١ وما بعدها ، المغني ج ٧ ص ٧٠٢ .

وما بعدها .

(٧) الدر المختار ورد المختار ج ٥ ص ٥٠٤ .

(٨) اللباب شرح الكتاب للميداني ج ٢ ص ٤٤ .

كذا ، وبهذا الاطلاق عرف بعض الفقهاء الدية بأنها المال الواجب بالجناية على نفس أو طرف ، أي على ما دون النفس<sup>(١)</sup> . هذا ، والدية في باب القتل أي دية النفس مقدرة في الشريعة الاسلامية ، ويختلف مقدارها باختلاف نوع المال . فهي اذا كان القتل حرا مسلما - من الابل مائة ومن الذهب ألف دينار ، ومن الفضة عشرة آلاف درهم ، ومن البقر مائتا بقرة ، ومن الغنم ألفا شاة<sup>(٢)</sup> . وأما الارش فمنه ما قدرته الشريعة وهو الارش المقدر ، كما في قطع اليد اذ أن ارشها هو نصف الدية في النفس ، وفي كسر السن قدر الارش بنصف عشر الدية . أما الارش غير المقدر فيكون في بعض الجرائم على ما دون النفس ويقدره القاضي حسب قاعدة معينة<sup>(٣)</sup> .

٤٨٤ - والذي عليه العمل في العراق الآن في جرائم القتل العمد ، اعدام الجاني في بعض الحالات ، فقد نص قانون العقوبات البغدادي على عقوبة الاعدام في جرائم القتل العمد مع سبق الاصرار ، وفي القتل العمد بدون سبق اصرار في حالات معينة<sup>(٤)</sup> . أما الديات فقد استعاض عنها بنظام التعويض . والتعويض بمعنى الخاص هو ما يقابل الضرر مقدرا بالنقود . وقد نص القانون المدني العراقي على الزام القاتل أو الجارح بالتعويض عما أحدثه من ضرر للآخرين بسبب جريمته . كما نص أيضا على من يستحق التعويض وشروطه وما تلاحظه المحكمة عند تقديرها هذا التعويض<sup>(٥)</sup> . وما قلناه عن المطبق في العراق بالنسبة لجرائم الاعتداء على النفس وعلى ما دون النفس والعقوبات المقررة لها ونظام التعويض المأخوذ به ، يقال أيضا

- 
- (١) حاشية سعدي جلبي على الهداية والعناية ج ٨ ص ٣٠٠ .  
(٢) الكاساني ج ٧ ص ٢٥٤ ، الدر المختار ورد المختار ج ٥ ص ٥٠٤ - ٥٠٥ ويراجع أيضا المحلى ج ١٠ ص ٧٥٩ ، وسفينة النجاة ج ٢ ص ١٠١ الروض النصير ج ٤ ص ٢٤٨ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٤٤ .  
(٣) المغني ج ٨ ص ٥٧ - ٥٨ ، شرح الحزشي ج ٨ ص ٣٤ ، المختصر النافع ص ٣٢٥ .  
(٤) المواد ٢١٢ ، ٢١٣ ، ٢١٤ ، من قانون العقوبات البغدادي .  
(٥) المواد ٢٠٢ ، ٢٠٣ ، ٢٠٥ ، ٢٠٧ ، ٢٠٩ ، من القانون المدني العراقي .

عما هو مطبق في الجمهورية العربية المتحدة<sup>(١)</sup> .

#### ٤٨٥ - ثالثا - جرائم التعزير :

التعزير ، لغة التأديب . وشرعا تأديب على أفعال نهت الشريعة عنها ولم تشرع لها عقابا محددا<sup>(٢)</sup> . فجرائم التعزير ، اذن ، محظورات شرعية ليس لها عقوبة مقدرة من قبل الشارع ، مثل الخلوة بالمرأة الاجنبية ، وأكل الربا والقذف بغير الزنا ، والشتم والسباب ، والتطفيف في الكيل والميزان ونحو ذلك<sup>(٣)</sup> .

والامام ، هو الذي يقدر عقوبة التعزير ، ولهذا قال الفقهاء ان من الفروق بين الحد والتعزير ان الحد مقدر والتعزير مفوض الى رأي الامام<sup>(٤)</sup> . والامام ، أو نائبه ، كالقاضي ، في تقديره عقوبة التعزير لا يصدر عن هوى وانما يلاحظ جسامة الجريمة وظروفها ومقدار ضررها وحال الجاني من كونه من ذوي المروآت ولم يرتكب من قبل جريمة ، أو كونه من ذوي السوابق والاجرام . كما يلاحظ ما به يتم ردع وانزجار الجاني وعدم عوده الى مثل فعله في المستقبل<sup>(٥)</sup> . ونظما التعزير في العقوبات مما انفردت به الشريعة الاسلامية . وهناك اتجاه في الوقت الحاضر عند بعض كبار علماء القانون الجنائي الى ترك تحديد العقوبة ، نوعا ومقدارا ، الى اجتهاد القاضي وتقديره حتى تكون العقوبة محققة للغرض من تشريعها<sup>(٦)</sup> .

---

(١) المادتان ٢٣٠ ، ٢٣٤ ، من قانون العقوبات المصري ، والسواد ١٧٠ ، ١٧١ ، ٢٢٢ ، من القانون المدني المصري .

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي ج ٢ ص ٢٥٨ ، والمبايردي ص ٢٢٧ ، أبو يعلى الحنبلي ص ٢٦٣ .

(٣) السياسة الشرعية لابن تيمية ص ١١٩ - ١٢٠ ، رد المحتار ج ٣ ص ٢٥١ .

(٤) رد المحتار ج ٣ ص ٢٤٥ .

(٥) السياسة الشرعية لابن تيمية ص ١٢٠ ، تبصرة الحكام لابن

(٦) التشريع الجنائي الاسلامي للرحوم عبدالقادر عودة ج ١ ص ١٥٩ .

#### ٤٨٦ - سريان القانون الجنائي الاسلامي من حيث المكان :

المبدأ المأخوذ به في القوانين الجنائية الحديثة هو مبدأ اقليمية القانون الجنائي . وهذا المبدأ له شقان : الاول ان القانون الجنائي في دولة ما يطبق في اقليمها فقط فيحكم كل ما يقع على اقليمها من جرائم أيا كانت جنسية مرتكبيها . والشق الثاني لهذا المبدأ هو أن القانون الجنائي لا يمتد الى خارج اقليم الدولة ، فلا سلطان له على ما يقع هناك من جرائم . ولكن ترد على هذا المبدأ بشقيه استثناءات تعطل تطبيقه داخل الاقليم أو تعد من سلطانه الى خارج هذا الاقليم<sup>(١)</sup> . وقد أخذ كل من القانون الجنائي العراقي والمصري بهذا المبدأ<sup>(٢)</sup> .

٤٨٧ - والقانون الجنائي الاسلامي في أصله قانون عالمي لانه جزء من الشريعة الاسلامية ، وهي بطبيعتها شريعة عالمية لا اقليمية تطبق على الناس كافة في جميع بقاع الارض ، وهم مخاطبون بأحكامها . ولكن لعدم ولاية وسلطان دار الاسلام - الدولة الاسلامية - على ما سوى اقليمها فقد تعذر تطبيقها في خارج اقليمها . وعلى هذا فالشريعة الاسلامية - ومنها القانون الجنائي - من حيث الناحية النظرية العلمية شريعة عالمية ومن حيث الوقائع والضرورات العملية شريعة اقليمية . وفي هذا يقول الامام أبو يوسف : « ولان الاصل في الشرائع هو العموم في حق الناس كافة الا أنه تعذر تنفيذها في دار الحرب لعدم الولاية وأمكن في دار الاسلام فلزم التنفيذ فيها »<sup>(٣)</sup> . فالقانون الجنائي الاسلامي ، اذن ، قانون اقليمي من حيث الوقائع

---

(١) شرح قانون العقوبات العراقي - القسم العام - للدكتور مصطفى كامل ص ٩٥ - ٩٦ ، وشرح قانون العقوبات المصري - القسم العام - للدكتور محمود محمود مصطفى ص ٥٨ .

(٢) الفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون العقوبات البغدادي : « تسري أحكام هذا القانون على كل من يرتكب في العراق أية جريمة تدخل ضمن نطاق أحكامه » ، وانظر المادة الاولى من قانون العقوبات المصري رقم ٨ لسنة ١٩٥٧ .

(٣) الكاساني ص ٣١١ .

فينطبق علي جميع الجرائم التي تقع في دار الاسلام بغض النظر عن جنسية مرتكبيها أو دياتهم ، وهذه هي القاعدة العامة<sup>(١)</sup> . الا أن في بعض جزئياتها اختلافا قليلا بين الفقهاء بالنسبة للذميين ، واختلافا أكثر بالنسبة الى المستأمنين<sup>(٢)</sup> . وقد استثنى جمهور الفقهاء غير المسلم من عقوبة شرب الخمر رعاية لعقيدته في حلها<sup>(٣)</sup> . وذهب الفقهاء الآخرون الى غير ما ذهب اليه الجمهور في هذه المسألة ، فعند الظاهرية تجب عقوبة شرب الخمر على شاربيها مسلما كان أو غير مسلم<sup>(٤)</sup> . وعند الجعفرية يعاقب غير المسلم بالعقوبة المقررة اذا تظاهر بشرب الخمر<sup>(٥)</sup> . وعند الزيدية يحد شارب الخمر اذا سكر لتحريم السكر عليهم<sup>(٦)</sup> وهذا القول هو الراجح لان الخمر مفسدة للعقول ، وفي الانجيل ما يدل على تحريم السكر فقد جاء فيه : « أما تعلمون ان الظالمين لا يرثون ملكوت الله ... ولا السكيرون »<sup>(٧)</sup> .

#### ٤٨٨ - سريان القانون الجنائي الاسلامي خارج دار الاسلام :

ذهب جمهور الفقهاء الى سريان القانون الجنائي الاسلامي خارج دار الاسلام بالنسبة لرعاية الدولة الاسلامية ، فاذا زنى أحدهم هناك ثم رجع الى

- 
- (١) شرح السير الكبير ج ١ ص ٢٠٧ ، و ج ٤ ص ١٠٨ ، المبسوط ج ٣ ص ١٢١ ، الام للشافعي ج ٦ ص ٤٠ ، المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٤٢٥ ، الخلاف للطوسي ج ٣ ص ٢٤٢ ، اختلاف الفقهاء للطبري ص ٥٤ ، البحر الزخار ج ٥ ص ١٤٨ ، انتشريع الجنائي الاسلامي تلمرحوم عبيد القادر عودة ج ١ ص ٢٨٥ .
- (٢) كتابنا أحكام الذميين والمستأمنين ص ٢٢٥ وما بعدها .
- (٣) شرح الخرخشي ج ٨ ص ١٠٨ ، كشف القناع ج ٤ ص ٥٥ ، مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٨٧ .
- (٤) المحلى ج ١١ ص ٣٧٢ .
- (٥) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ج ٢ ، الفصل الرابع ، كتاب الحدود ، سفينة النجاة ج ٢ ص ٧٢ .
- (٦) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٦١ .
- (٧) انجيل يوحنا ، الاصحاح السادس ، مطبعة الاباء الدومنيكين في الموصل ، سنة ١٨٩٩ ، الطبعة الثانية ، ص ٤٧٤ .

دار الاسلام فأقر بزناه أمام القاضي المسلم أقام عليه الحد • وانحجنا لما ذهب اليه الجمهور ، ان المسلم باسلامه التزم أحكام الاسلام فلا يفارقه هذا الالتزام ايما كان وأنى ذهب ، وان الذمي التزم بعقد الذمة أحكام الاسلام فلا يفارقه هذا الالتزام أيضا الا اذا نقض العهد • وانه اذا تعذر تنفيذ العقوبة على المسلم والذمي في خارج الدولة الاسلامية فان التنفيذ مسكن في دار الاسلام اذا رجعا اليها<sup>(١)</sup> • هذا ، وان قانون العقوبات البغدادي نص على سريان أحكامه الى خارج العراق ، فتطبق على العراقيين اذا ارتكبوا جرائم ضد سلامة الدولة العراقية وعملتها أو طوابعها أو سنداتھا المالية<sup>(٢)</sup> • كما نص على حالات أخرى يطبق فيها هذا القانون على العراقيين اذا ارتكبوا جريمة خارج العراق<sup>(٣)</sup> • وكذلك نص قانون العقوبات المصري على بعض الحالات التي يطبق فيها القانون المصري على رعايا الجمهورية العربية المتحدة في الخارج اذا ارتكبوا بعض الجرائم التي نص عليها هذا القانون<sup>(٤)</sup> •

#### ٤٨٩ - الخاتمة :

وبهذا أنتهي من الابحاث التي رأيت من المفيد تقديمها في هذا المدخل اني طلبتنا الاعزاء ، والله أسأل أن يوفقني واياهم الى خدمة شريعته والدعوة الى الاخذ بأحكامها ، والحمد لله أولا وآخرا وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين •

---

(١) فتح القدير ج ٤ ص ١٥٢ ، المغنى ص ٢١٩ ، المهذب ج ٢ ص ٢٥٨ ، المدونة الكبرى ج ٤ ص ٣٨٤ ، المحلى لاسن حزم ج ١٠ ص ٣٦٠ ، البحر الزخار ج ٥ ص ٤٩ ، التشريع الجنائي الاسلامي للمرحوم عبد القادر عودة ج ١ ص ٢٩٧ •

(٢) الفقرة (ب) من المادة الثانية من قانون العقوبات البغدادي •

(٣) الفقرة (د) من المادة الثانية من قانون العقوبات البغدادي •

(٤) المادة الثانية من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٥٧ وتعديلاته ، والمادة الثالثة منه •

# الفهرست

الصفحة

## المقدمة

- ٩ - ٤ الاجتماع الانساني ضروري للبشر فقرة (١) أنواع الشرائع (٢) تبرير انزال الشرائع السماوية (٣) الشريعة الاسلامية خاتمة الشرائع السماوية (٤) ماضي الشريعة الاسلامية وحاضرها (٥) المستقبل للشريعة الاسمية (٦) الاقبال على دراسة الشريعة (٧) الطريقة النافعة لدراسة الشريعة (٨) منهج البحث (٩) .

## القسم الاول

### في التعريف بالشريعة الاسلامية وخصائصها

١٣ - ١٠٥

والفقه الاسلامي وتاريخه ومدارسه ومصادره

## الباب الاول

### في التعريف بالشريعة والفقه

تمهيد ومنهج البحث (١٠) .

## الفصل الاول

١٤ - ٣٧

العرب قبل الاسلام  
حالتهم الاجتماعية والقانونية

تمهيد (١١) .

## المبحث الاول

### حالة العرب الاجتماعية

- ١٦ - ٢٤ حياة البداوة (١٢) حياة الحضرة (١٣) أساس نظامهم الاجتماعي (١٤) العصبية القبلية ونتائجها (١٥) القتال بين القبائل (١٦) اكبار شأن الرجل واستصغار شأن المرأة (١٧) الصفات الجميلة عند العرب (١٨) أثر الاسلام في حالتهم الاجتماعية (١٩) ما ترتب على هدم العصبية القبلية (٢٠) ابطال الاسلام عادة الغزو والنهب (٢١) انكار الاسلام وأد البنات (٢٢) ما أقره الاسلام من عادات الجاهلية (٢٣) الخلاصة (٢٤) .

## المبحث الثاني

### الحالة القانونية عند العرب

٢٥ - ٣٧

تمهيد (٢٥) اولا - في قانون الاسرة - النكاح وبعض ما يتعلق به (٢٦) نكاح الشغار (٢٧) نكاح المقت (٢٨) الجمع بين الاختين (٢٩) المحرمات من النساء في النكاح (٣٠) المهر (٣١) ثانيا - فرق النكاح (٣٢) الطلاق

## الصفحة

(٣٣) تنظيم الشريعة للطلاق (٢٤) الخلع (٣٥) الايلاء (٣٦) الظهار (٣٧)  
آثار الفرقة (٣٨) ثالثا - الوصية والميراث - الوصية (٣٩) الميراث (٤٠)  
ثانيا - في المعاملات - عقد الشركة ، المضاربة ، السلم ، القرض والربا ،  
الرهن ، أنواع البيوع (٤١) القصاص والديات (٤٢) في البيئات  
- القسامة (٤٣) اليمين في الدعاوى (٤٤) .

## الفصل الثاني

٦١ - ٣٨

### الشريعة الاسلامية

#### تعريفها وبيان خصائصها

الشريعة في اللغة والاصطلاح (٤٥) خصائص الشريعة (٤٦) أولا -  
الشريعة من عند الله (٤٧) ما يترتب على كون الشريعة من عند الله (٤٨) .  
(٤٩) ثانيا - الجزء في الشريعة دنيوي وآخرى (٥٠) مدى الاتفاق  
والاختلاف بين الشريعة والقوانين الوضعية في مسألة الجزء (٥١) الجزء  
الآخرى (٥٢) ثالثا - عموم الشريعة وبقاؤها (٥٣) ما يستلزمه عموم  
الشريعة (٥٤) ابتناء الشريعة على جلب المصالح ودرء المفاسد (٥٤)  
مكرر ( مبادئ الشريعة وطبيعة أحكامها (٥٥) النوع الاول -  
أحكام العقيدة (٥٦) أحكام الاخلاق (٥٧) الأحكام التفصيلية (٥٨) النوع  
الثاني من الأحكام (٥٩) مصادر الأحكام (٦٠) رابعا - شمول الشريعة  
(٦١) الأحكام العملية (٦٢) خصائص الشمول (٦٣) الجانب الدبني  
في المعاملات (٦٤) .

## الفصل الثالث

٦٩ - ٦٢

### تعريف الفقه الاسلامي

#### وبيان خصائصه

الفقه في اللغة (٦٥) الفقه في الاصلاح الشرعي (٦٦) تغير مفهوم الفقه  
الاصطلاحي (٦٧) ما آل اليه مفهوم الفقه في الاصطلاح (٦٨) علاقه الفقه  
بالشريعة (٦٩) خصائص الفقه الاسلامي (٧٠) مرونة الفقه وقابليته  
للبقاء (٧١) العرف وأهميته (٧٢) الاجماع وأهميته (٧٣) .

## الفصل الرابع

٨٩ - ٧٠

### علاقة الشريعة الاسلامية بالشرائع السابقة

تمهيد (٧٤)

#### المبحث الاول

٧٣ - ٧٠

### علاقة الشريعة الاسلامية بالشرائع السماوية

تعدد الشرائع السماوية (٧٥) أوجه العلاقة بين الشريعة وغيرها من  
الشرائع السماوية السابقة (٧٦) .

## المبحث الثاني

## علاقة الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني

تمهيد (٧٧) أدلة القائلين بتأثير الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني  
 (٧٨) مناقشة الدليل الأول ونقضه (٧٩) مناقشة الدليل الثاني ونقضه  
 (٨٠) مناقشة دليلهم الثالث ونقضه (٨١) مناقشة دليلهم الرابع  
 ونقضه (٨٢) مناقشة الدليل الخامس ونقضه (٨٣) الخلاصة (٨٤)

## الفصل الخامس

## شرح بعض القواعد الكلية في الفقه الإسلامي

تمهيد (٨٥) القاعدة الأولى - الأمور بمقاصدها (٨٦) العبرة في العقود  
 للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني (٨٧) الأصل في الكلام الحقيقة (٨٨)  
 أعمال الكلام أولى من أهماله (٨٩) لا ينسب إلى ساكت قول (٩٠) لا مساغ  
 للاجتهاد في معرض النص (٩١) اليقين لا يزول بالشك (٩٢) الأصل  
 براءة الذمة (٩٣) البيئة على من ادعى واليمين على من أنكر (٩٤) ما حرم  
 أخذه حرم إعطاؤه (٩٥) التصرف على الرعية منوط بالمصلحة (٩٦) لا ضرر  
 ولا ضرار (٩٧) الضرر يزال (٩٨) يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر  
 العام (٩٩) الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف (١٠٠) الضرورات تبيح  
 المحظورات (١٠١) الحاجة تنزل منزلة ضرورة عامة أو خاصة (١٠٢)  
 درء المفاسد أولى من جلب المنافع (١٠٣) العادة محكمة (١٠٤) لا ينكر  
 تغير الأحكام بتغير الأزمان (١٠٥) العبرة للغالب الشائع لا للنادر (١٠٦)  
 الغرم بالغنم (١٠٧) جناية العجماء جبار (١٠٨) لا يجوز التصرف في ملك  
 الغير بلا إذنه (١٠٩) الأجر والضمان لا يجتمعان (١١٠) من استعمل  
 الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه (١١١) .

الباب الثاني  
أدوار الفقه

١٠٦ - ١٨١

تمهيد (١١٢) .

## الفصل الأول

## الدور الأول

عصر النبي (ص) أهم العصور (١١٣) التشريع المكّي (١١٤) التشريع  
 المدني (١١٥) طريقة التشريع (١١٦) مميزات التشريع في هذا الدور  
 (١١٧) التدرج في التشريع (١١٨) رفع الحرج (١١٩) النسخ (١٢٠)  
 الاجتهاد في هذا العصر وأثره في التشريع (١٢١) من اجتهادات النبي (ص)  
 في هذا العصر (١٢٢) من اجتهادات الصحابة (١٢٣) الاجتهاد ليس مصدرا  
 للتشريع (١٢٤) لا اختلاف في هذا العصر (١٢٥) التدوين في هذا العصر  
 (١٢٦) .

الشريعة الإسلامية (م - ٢٧)

## الفصل الثاني

### الدور الثاني

- ١١٨ - ١٣١ تمهيد (١٢٧) طريقة الفقهاء في هذا الدور في التعرف على الاحكام (١٢٨) البرهان على صحة طريقتهم في التعرف على الاحكام (١٢٩) المقصود بالرأى (١٣٠) التفاتهم الى تعليل الاحكام ورعاية المصلحة (١٣١) أحكام وردت بها النصوص ولم تطبق ، وتوجيه ذلك (١٣٢) الاحكام المستنبطة على اساس جلب المصلحة ودفع المفسدة (١٣٣) تقديرهم لأرائهم (١٣٤) الانثار من الرى والاقلال منه (١٣٥) الاختلاف في الرأى (١٣٦) أسباب اختلاف الفقهاء في هذا العصر (١٣٧) الاختلاف قليل لا كثير (١٣٨) أكثر فقهاء الصحابة افتاء (١٣٩) التدوين في هذا العصر (١٤٠) .

## الفصل الثالث

### الدور الثالث

- ١٣٢ - ١٤٠ تمهيد (١٤١) اتساع دائرة الفقه وكثرة اختلاف في مسائله (١٤٢) شيوع رواية الحديث ، سببه واثره (١٤٣) ظهور مدرسة أهل الحديث ومدرسة أهل الرأى (١٤٤) أساس الخلاف بين المدرستين (١٤٥) أسباب وجود مدرسة الحديث في المدينة ومدرسة الرأى في الكوفة (١٤٦) رئيس مدرسة أهل الحديث ، ورئيس مدرسة أهل الرأى (١٤٧) التدوين في هذا الدور (١٤٨) .

## الفصل الرابع

### الدور الرابع

- ١٤١ - ١٤٥ تمهيد (١٤٩) ازدهار الفقه وأسبابه (١٥٠) ظهور المذاهب الاسلامية (١٥١) .

## الفصل الخامس

### الدور الخامس

- ١٤٦ - ١٤٩ تمهيد (١٥٢) جنوح الفقهاء الى التقليد (١٥٣) سد باب الاجتهاد (١٥٤) عمل الفقهاء في هذا العصر (١٥٥) .

## الفصل السادس

### الدور السادس

- ١٥٠ - ١٥٤ تمهيد (١٥٦) المتون والشروح والحواشي (١٥٧) كتب الفتاوى (١٥٨) التقنين (١٥٩) ملاحظات على التقنينات (١٦٠) النهضة الفقهية الحديثة (١٦١) .

## الفصل السابع

### التعريف ببعض المجتهدين ومذاهبهم الفقهية

- ١٥٥ - ١٨١ تمهيد (١٦٢) أبو حنيفة (١٦٣) أبو حنيفة زعيم أهل الرأى (١٦٤)

## الصفحة

أبو حنيفة - والتحديث (١٦٥) طريقته في التدريس (١٦٦) اصول  
استنباط أبي حنيفة (١٦٧) تلامذته وتدوين فقهه (١٦٨) مالك ابن  
أنس (١٦٩) اصول مذهبه (١٧٠) تلامذة مالك (١٧١) تدوين فقهه  
ونقنه (١٧٢) الشافعي (١٧٣) فقه الامام الشافعي (١٧٤) اصول  
مذهبه (١٧٥) تدوين الفقه انشافعي ونقله (١٧٦) أحمد بن حنبل  
(١٧٧) اصول فقهه (١٧٨) تدوين مذهبه ونقله (١٧٩) زيد بن علي  
(١٨٠) تدوين الفقه الزيدي ونقله (١٨١) اصول المذهب الزيدي (١٨٢)  
جعفر الصادق (١٨٣) أدلة الفقه الجعفري (١٨٤) نقل الفقه الجعفري  
وانتشاره (١٨٥) المذاهب المندرسة (١٨٦) الاوزاعي (١٨٧) سفيان  
الثوري (١٨٨) الليث ابن سعد (١٨٩) داود انظاهري (١٩٠) ابن جرير  
الطبري (١٩١) .

## الباب الثالث مصادر الفقه

١٨٢ - ٢١٣

تمهيد ، ومنهج البحث (١٩٢) .

### الفصل الاول

١٨٤ - ١٩٥

#### المصادر الاصلية المبحث الاول الكتاب

تعريف الكتاب (١٩٣) خصائص الكتاب (١٩٤) أنواع احكام القرآن  
(١٩٥) بيان القرآن للاحكام (١٩٦-١٩٧) ربط الاحكام بالعقيدة (١٩٨)  
اسلوب القرآن في بيان الاحكام (١٩٩) حكمة تكرار الحكم الواحد  
وبث الاحكام في سور القرآن (٢٠٠) .

#### المبحث الثاني السنة

تعريف السنة (٢٠١) الدليل على حجية السنة (٢٠٢) أنواع السنة  
باعتبار سندها (٢٠٣) أنواع السنة من حيث ماهيتها (٢٠٤) السنة  
تشريع وغير تشريع (٢٠٥) أنواع الاحكام التي جاءت بها السنة (٢٠٦)  
مرتبة السنة في الاحتجاج (٢٠٧) .

### الفصل الثاني

#### المصادر التبعية

المبحث الاول : الاجماع - تعريفه (٢٠٨) مستند الاجماع (٢٠٩) أنواع . ١٩٦ - ٢١٣  
الاجماع (٢١٠) امكان الاجماع وهل وقع فعلا (٢١١) أهمية الاجماع  
في الوقت الحاضر (٢١٢) المبحث الثاني : القياس - تعريفه (٢١٣)

## الصفحة

أمثلة على القياس (٢١٤) حجية القياس (٢١٥) المبحث الثالث :  
الاستحسان - تعريفه (٢١٦) أنواعه ، النوع الاول (٢١٧) النوع الثاني  
(٢١٨) حجية الاستحسان (٢١٩) المبحث الرابع : المصالح المرسله -  
تمهيد (٢٢٠) تعريف المصالح المرسله (٢٢١) حجية المصالح المرسله  
(٢٢٢) المبحث الخامس : سد الذرائع ، معناها وما يمنع من الاعمال  
(٢٢٣ و ٢٢٤) حجية هذا الاصل (٢٢٥) المبحث السادس : العرف -  
تعريفه (٢٢٦) أنواعه (٢٢٧) العرف المعتبر (٢٢٨) تغير الاحكام بتغير  
العرف (٢٢٩) المبحث السابع : مذهب الصحابي - تمهيد (٢٣٠)  
تحرير محل اختلاف العلماء (٢٣١) مدى حجية مذهب الصحابي (٢٣٢)  
المبحث الثامن : شرع من قبلنا - المقصود به (٢٣٣) اختلاف العلماء  
فيه - تحرير محل الاختلاف (٢٣٤) مدى حجتيه (٢٣٥) المبحث التاسع :  
الاستصحاب - تعريفه (٢٣٦) ما بني على الاستصحاب من مبادئ  
وقواعد (٢٣٧) مرتبة الاستصحاب في الاحتجاج به (٢٣٨) .

## القسم الثاني

### الباب الاول

#### نظام الملكية

٢١٦ - ٢٨٤

### الفصل الاول

#### المال وأقسامه

تعريف المال (٢٣٩) ما يترتب على تعريف المال (٢٤٠) الحقوق والمنافع  
(٢٤١) الادلة على مالية المنافع وعدمها ، والراجح من القولين (٢٤٢)  
ما يترتب على الخلاف في مالية المنافع (٢٤٣) تقسيمات المال (٢٤٤)  
المتقوم وغير المتقوم (٢٤٥) ما يترتب على قسمة المال الى متقوم وغير  
متقوم (٢٤٦) العقار والمنقول (٢٤٧) فائدة تقسيم المال الى عقار ومنقول  
(٢٤٨) المثلي والقيمي (٢٤٩) ما يترتب على هذه القسمة (٢٥٠) .

## الفصل الثاني

### الملك او الملكية

تعريف الملك (٢٥١) الملك والمال (٢٥٢) ما يقبل الملك من الاموال وما  
لا يقبله (٢٥٣) انواع الملك (٢٥٤) المبحث الاول : الملك الناقص -  
تمهيد (٢٥٥) ملك العين فقط (٢٥٦) خصائص هذا النوع من الملك  
(٢٥٧) ملك المنفعة أو حق الانتفاع الشخصي (٢٥٨) الفرق بين الملك  
والاباحة (٢٥٩) أسباب ملك المنفعة (٢٦٠) أحكام هذا النوع من الملك  
(٢٦١) انتهاء حق الانتفاع (٢٦٠) أحكام هذا النوع من الملك (٢٦١)

## الصفحة

انتهاء حق الانتفاع الشخصي (٢٦٢) حق الانتفاع العيني - تمهيد  
(٢٦٣) حق الشرب (٢٦٤) حق المجرى (٢٦٥) حق المسيل (٢٦٦) حق  
المروور (٢٦٧) حق التعلّي (٢٦٨) حق الجوار (٢٦٩) أسباب ثبوت ملكية  
حقوق الارتفاق (٢٧٠) الفرق بين حق الارتفاق وحق الانتفاع الشخصي  
(٢٧١) المبحث الثاني : الملك التام - تمهيد (٢٧٢) خصائص الملك  
التام (٢٧٣) طبيعة حق الملكية (٢٧٤) قيود حق الملكية (٢٧٥) .

## الفصل الثالث

### اسباب الملك التام

٢٨٤ - ٢٤٧ . تعداد أسباب الملك التام (٢٧٦) تقسيم هذه الاسباب الى عدة تقسيمات  
(٢٧٧) المبحث الاول : الاستيلاء على الاموال المباحة - المقصود بذلك  
(٢٧٨) الصيد - تعريفه (٢٧٩) حل الصيد وما يحرم منه (٢٨٠)  
الاستيلاء الحقيقي والحكمي في باب الصيد (٢٨١) الكلا والآجام (٢٨٢)  
المعادن والكنوز - تعريفها (٢٨٣) احكام المعدن (٢٨٤) ما يجب في  
المعدن لبيت المال (٢٨٥) معادن البحر (٢٨٦) الكنز وحكمه (٢٨٧)  
احياء الارض الموات (٢٨٨) المقصود بالاحياء (٢٨٩) التحجير (٢٩٠)  
اذن الامام بالاحياء (٢٩١) حكم الارض بعد تركها وتعطيها (٢٩٢)  
المبحث الثاني : العقود الناقلة للملكية - أنواعها (٢٩٣) المبحث  
الثالث : الميراث - تعريفه وبعض احكامه (٢٩٤) المبحث الرابع : الشفعة  
- تعريفها (٢٩٥) حكمة مشروعيتها (٢٩٦) في أي شيء تثبت الشفعة  
(٢٩٧) سبب استحقاق الشفعة (٢٩٨) مراتب الشفعة (٢٩٩) نزاحم  
الشفعة (٣٠٠) شروط الشفعة (٣٠١) الشرط الاول (٣٠٢) الشرط  
الثاني (٣٠٣) الشرط الثالث (٣٠٤) الشرط الرابع (٣٠٥) اجراءات  
طلب الشفعة (٣٠٦) وجوب طلب المشفوع فيه كله (٣٠٧) مراحل  
الطلب (٣٠٨) ما يجب على الشفيع اداؤه (٣٠٩) تصرفات المشتري في  
المشفوع فيه (٣١٠) مستقطات الشفعة (٣١١) .

## الباب الثاني

### نظرية العقد

#### تمهيد

العقد والتصرف (٣١٢) الالتزام (٣١٣) منهج البحث (٣١٤)

## الفصل الاول

### تكوين العقد

٣٠٦ - ٢٨٨ المبحث الاول : الايجاب والقبول - تمهيد وشروط الايجاب والقبول  
(٣١٥ و ٣١٦) الشرط الاول (٣١٧) الشرط الثاني (٣١٨) الشرط

## الصفحة

الثالث (٣١٩) الشرط الرابع (٣٢٠) العبارة الواحدة وأثرها في انشاء العقود (٣٢٣) المبحث الثاني : صيغة العقد - التعريف بصيغة العقد (٣٢٤) التعبير عن الارادة باللفظ (٣٢٥ ، ٣٢٦) التعبير عن الارادة بغير اللفظ (٣٢٧) الكتابة (٣٢٨) الاشارة (٣٢٩) الافعال (٣٣٠) السكوت (٣٣١) المبحث الثالث : الارادة الباطنة والارادة الظاهرة - تعريفهما (٣٣٢) حالات عدم تطابق الارادتين (٣٣٣) الحالة الاولى (٣٣٤) الحالة الثانية (٣٣٥) الحالة الثالثة (٣٣٦) الحالة الرابعة (٣٣٧) الحالة الخامسة (٣٣٨) الحالة السادسة (٣٣٨) الحالة السابعة (٣٤٠) الحالة الثامنة (٣٤١) .

## الفصل الثاني محل العقد

تعريفه (٣٤٢) شروطه (٣٤٣) أن يكون قابلا لحكم العقد شرعا (٣٤٤) وجوده حين العقد (٣٤٥) أن يكون معلوما (٣٤٦) أن يكون مقدورا على تسليمه (٣٤٧) .

## الفصل الثالث العاقبة

تمهيد (٣٤٨) . المبحث الاول : الاهلية - تعريفها (٣٤٩) اهلية الوجوب (٣٥٠) اهلية الاداء (٣٥١) الاهلية الكاملة والاهلية الناقصة (٣٥٢) الدور الاول - دور الجنين (٣٥٣) الدور الثاني - دور الانفصال الى سن التمييز (٣٥٤) الدور الثالث - دور التمييز الى البلوغ (٣٥٥) الدور الرابع - البلوغ مع الرشيد (٣٥٦) المبحث الثاني : عوارض الاهلية - تمهيد (٣٥٧) العوارض السماوية - أولا - الجنون - تعريفه (٣٥٨) الحجر على المجنون (٣٥٩) ثانيا العته - تعريفه (٣٦٠) المعتوه في القانونين العراقي والمصري (٣٦١) ثالثا - النوم والاغماء (٣٦٢) رابعا - مرض الموت (٣٦٣) نكاح المريض (٣٦٤) طلاق المريض (٣٦٥) طلاق المريض في القانون العراقي والمصري (٣٦٦) العوارض المكتسبة : أولا - السفه (٣٦٧) دفع المال الى من بلغ سفيها (٣٦٨) المقصود بالرشيد (٣٦٩) القول الراجع (٣٧٠) الحجر على السفه واختلاف الفقهاء فيه (٣٧١) أدلة الجمهور (٣٧٢) أدلة أبي حنيفة (٣٧٣) القول الراجع (٣٧٤) متى يتم الحجر على السفه (٣٧٥) حكم تصرفات السفه المحجور (٣٧٦) السفه في القانون المدني العراقي (٣٧٧) السفه في القانون المصري (٣٧٨) السكر - تعريفه (٣٧٩) السكر بطريق مباح (٣٨٠) السكر بطريق محظور (٣٨١) مؤاخذه السكران على تصرفاته وأقوال

العقهاء في هذه المسألة وأدلتهم (٣٨٢ ، ٣٨٣) القول الراجع (٣٨٤) حكم السكران في القوانين الوضعية (٣٨٥) . المبحث الثالث : الولاية - تعريفها (٣٨٦) أنواع الولاية (٣٨٧) الولاية على النفس والمال (٣٨٨) شروط الولاية المالية على الصغير ومن في حكمه (٣٨٩) تصرفات الولي (٣٩٠) . المبحث الرابع : الوكالة - تمهيد (٣٩١) ركن الوكالة (٣٩٢) شروط الوكالة (٣٩٣) أقسام الوكالة (٣٩٤) انابة الوكيل غيره (٣٩٥) تعدد الوكلاء (٣٩٦) حكم العقد وحقوقه ولمن ترجع (٣٩٧) علاقة الوكيل بموكله (٣٩٨) انتهاء الوكالة (٣٩٩) . المبحث الخامس : الفضولي - تعريفه (٤٠٠) حكم عقد الفضولي وأقوال الفقهاء فيه (٤٠١) الراجع من القولين وشروط الاخذ به (٤٠٢) أثر الاجازة (٤٠٣) شروط صحة الاجازة (٤٠٤) فسخ العقد قبل الاجازة (٤٠٥) .

## الفصل الرابع

### عيوب العقد

٣٦٤ - ٣٥٣ تمهيد (٤٠٦) . المبحث الاول : الغلط - تعريفه (٤٠٧) الغلط الباطني والظاهري (٤٠٨) أثر الغلط في العقد (٤٠٩) المبحث الثاني : الغبن والتفجير (٤١٢) أنواع التفجير (٤١٣) أثر الغبن والتفجير في العقد (٤١٤) أثر الغبن وحده (٤١٥) أثر التفجير وحده (٤١٦) أثر الغبن والتفجير مجتمعين (٤١٧) . المبحث الثالث : الاكراه - تعريفه وشروطه (٤١٨) أنواع الاكراه (٤١٩) أثر الاكراه في عقود المكره وتصرفاته عند الاحناف (٤٢٠) عند غير الاحناف (٤٢١) رد الاحناف على مخالفيتهم (٤٢٢) القول الراجع (٤٢٣) .

## الفصل الخامس

### اقسام العقد

٣٧٦ - ٣٦٥ تمهيد (٤٢٤) . المبحث الاول : العقد باعتبار وصفه - تمهيد (٤٢٥) الصحيح وغير الصحيح (٤٢٦) أقسام غير الصحيح عند الحنفية (٤٢٧) الصحيح وغير الصحيح عند الجمهور (٤٢٨) النافذ والموقوف (٤٢٩) اللازم وغير اللازم (٤٣٠) . المبحث الثاني : العقد باعتبار اتصال حكمه بصيغته - المقصود بذلك (٤٣١) أولا - العقود المنجزة (٤٣٢) ثانيا - العقود المضافة الى المستقبل (٤٣٣) ما يقبل الاضافة من العقود وما لا يقبلها (٤٣٤) العقود المعلقة (٤٣٥) ما يقبل التعليق وما لا يقبله (٤٣٦) . المبحث الثالث : أقسام العقد باعتبار نوع آثاره (٤٣٧) تقسيم العقود الى مجموعات باعتبار آثارها (٤٣٨) .

## الفصل السادس

### الخيارات

- تمهيد (٤٣٩) . المبحث الاول : خيار الشرط - تعريفه (٤٤٠) مدته (٣٧٧ - ٣٩١)  
 (٤٤١) العقود التي يجري فيها خيار الشرط (٤٤٢) أثر الخيار في العقد  
 (٤٤٣) انتهاء خيار الشرط (٤٤٤) المبحث الثاني : خيار التعيين -  
 معناه (٤٤٥) الاختلاف في جوازه (٤٤٦) شروط صحته (٤٤٧)  
 مسقطاته (٤٤٨) وراثته (٤٤٩) . المبحث الثالث : خيار الرؤية -  
 تعريفه (٤٥٠) معنى الرؤية وما تتحقق به (٤٥١) العقود التي يثبت فيها  
 خيار الرؤية (٤٥٢) ما يشترط لثبوته (٤٥٣) وقت ثبوته ومدته (٤٥٤)  
 أثره في العقد (٤٥٥) مسقطاته (٤٥٦) . المبحث الرابع : خيار العيب -  
 تعريفه (٤٥٧) العيب الذي يثبت فيه الخيار (٤٥٨) سبب خيار العيب  
 (٤٥٩) شروط ثبوته (٤٦٠) أثره في العقد (٤٦١) سقوطه (٤٦٢)  
 الرجوع بنقصان العيب (٤٦٣) وراثته (٤٦٤) .

## الفصل السابع

### مدى سلطان الارادة في انشاء العقود والشروط

- تمهيد - اختلاف الفقهاء في مدى سلطان الارادة (٤٦٥) أولا - رأي  
 المضيقين (٤٦٦) أدلة هذا الرأي (٤٦٧) ثانيا - رأي الموسعين (٤٦٨)  
 أدلة رأي الموسعين (٤٦٩) ثالثا - رأي المتوسطين وأنواع الشروط  
 عندهم (٤٧٠) .

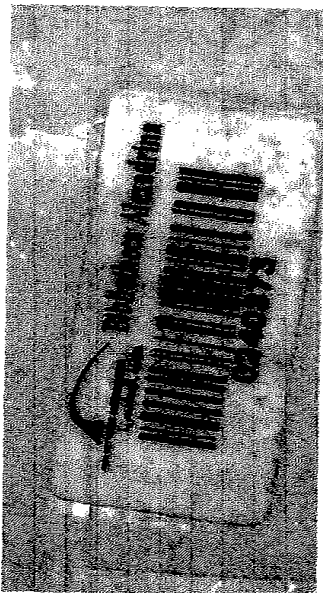
## الباب الثالث

### الجرائم والعقوبات

- تمهيد - القانون الجنائي الاسلامي من فروع القانون العام (٤٧١)  
 تعريف الجريمة (٤٧٢) أساس اعتبار الفعل جريمة (٣٧٣) أساس  
 تشريع العقاب والغرض منه (٤٧٤) أنواع الجرائم (٤٧٥) أولا - جرائم  
 الحدود (٤٧٦) آ - الزنا (٤٧٧) ب - القذف (٤٧٨) ج - شرب الخمر  
 (٤٧٩) د - السرقة (٤٨٠) هـ - قطع الطريق (٤٨١) و - الردة (٤٨٢)  
 ثانيا - جرائم القصاص والديات (٤٨٣) ما عليه العمل الآن في جرائم  
 القصاص (٤٨٤) ثالثا - جرائم التعزير (٤٨٥) سريان القانون الجنائي  
 الاسلامي من حيث المكان (٤٨٦) انقانون الجنائي الاسلامي في أصله  
 قانون عالمي (٤٨٧) سريان القانون الجنائي الاسلامي خارج دار الاسلام  
 (٤٨٨) الخاتمة (٤٨٩) .



دار عمريين الخطاب  
للنشر والتوزيع  
ش. عبده الخالعه الطولى - بولطى  
أمام جامع الهداية : ٩٦٤٢٤١  
بالاسكندرية



To: [www.al-mostafa.com](http://www.al-mostafa.com)