



عمادة الدراسات العليا
جامعة القدس

التشريع الإسلامي والقانون الوضعي
- دراسة مقارنة في المصادر -

مقداد هاني حسني ناشف

رسالة ماجستير

القدس - فلسطين

1432 هـ / 2011 م

التشريع الإسلامي والقانون الوضعي
- دراسة مقارنة في المصادر -

إعداد:

مقداد هاني حسني ناشف

بكالوريوس قانون - جامعة النجاح الوطنية - نابلس

إشراف:

د. شفيق عياش - أستاذ الفقه المقارن وعميد كلية الشريعة وأصول الدين سابقا
د. محمد موسى خلف - أستاذ القانون المدني في كلية الحقوق جامعة القدس

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في الدراسات الإسلامية
المعاصرة كلية الدراسات العليا / عمادة الدراسات العليا / جامعة القدس

القدس - فلسطين

1432 هـ / 2011 م



جامعة القدس
عمادة الدراسات العليا
دراسات إسلامية معاصرة

إجازة الرسالة
التشريع الإسلامي والقانون الوضعي
-دراسة مقارنة في المصادر-

اسم الطالب: مقداد هاني حسني ناشف
الرقم الجامعي: 20610050

إشراف:
د. شفيق عياش
د. محمد موسى خلف

نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ: 2011/3/3م، من لجنة المناقشة المدرجة أسماؤهم
وتواقيعهم:

- | | | |
|-----------------|-----------------|----------------------------|
|: التوقيع: | مشرف أول | 1) د. شفيق عياش |
|: التوقيع: | مشرف ثاني | 2) د. محمد موسى خلف |
|: التوقيع: | ممتحناً داخلياً | 3) د. محمد سليم |
|: التوقيع: | ممتحناً خارجياً | 4) د. عبد المنعم ابو قاهوق |

القدس - فلسطين
1432 هـ/ 2010 م

الإهداء

إلى أُمي الغالية

إلى زوجتي وبناتي الثلاثة شفيعه ونهى وزينه

اهدي هذا البحث

إقرار

أقر أنا مقدم الرسالة أنها قدمت لجامعة القدس لنيل درجة الماجستير، وأنها نتيجة أبحاثي الخاصة باستثناء ما تم الإشارة له حيثما ورد، وأن هذه الرسالة أو أي جزء منها لم يقدم لنيل أي درجة عليا لأي جامعة أو معهد.

التوقيع:

مقداد هاني حسني ناشف

التاريخ:

شكر وعرافان

انطلاقاً من قوله صلى الله عليه واله وصحبه وسلم "من لا يشكر الناس لا يشكر الله"⁽¹⁾

أتقدم بالشكر والامتنان إلى الدكتور شفيق عياش، على تفضله وتواضعه بقبول الإشراف على رسالتي، حيث من خلال توجيهاته وإرشاداته استطعت أن أضع بين أيديكم رسالتي بصيغتها النهائية، وأشكره لما زرعه في نفسي من ثقة في البحث العلمي وفي التعامل مع النصوص. فأسأل الله عز وجل أن يجزيه خير الجزاء.

كما وأتقدم بالشكر للدكتور محمد خلف أستاذ القانون في جامعة القدس لما قدمه لي من توجيهات وتكرمه بمراجعة الشق القانوني من رسالتي.

واخص بالشكر الأستاذ الدكتور مصطفى أبو صوي الذي منه تعلمت كيف أتعامل مع النصوص والنوازل بموضوعية وحياد وتجرد.

وشكر خاص من الأعماق إلى جامعة القدس وإدارتها تلك الجامعة التي احتضنتني واعتبرتني من أبنائها وطلبتها.

واخص بالذكر قسم الدراسات الإسلامية بكامل أساتذته ومدرسيه.

⁽¹⁾ الترمذي، محمد بن عيسى، سنن الترمذي، كتاب البر والصلّة، باب ما جاء في شكر لمن أحسن إليك، ص 445 رقم 1954، حكم على أحاديثه وعلق عليه محمد ناصر الدين الألباني. اعتنى به مشهور بن حسن آل سلمان، مكتبة المعارف، ط1، الرياض، السعودية، دون تاريخ، وقال الشيخ الألباني صحيح. سنن ابو داوود ص 872

الملخص

تناولت هذه الرسالة موضوعا مقارنا في غاية الأهمية، حيث يدور موضوع الرسالة حول المقارنة بين مصادر التشريع الإسلامي وبين مصادر القانون الوضعي، أي القانون غير الشرعي وغير الإسلامي، وهو الغالب الشائع المطبق في معظم دول العالم بما فيها -للأسف- الدول العربية. أما مصادر التشريع الإسلامي فهي تلك المصادر المعتمدة لدى علماء اصول الفقه المسلمين، مع الاختلاف بينهم في بعضها. من حيث حجيتها.

أما أهم النتائج التي توصلت إليها في الرسالة هي ضرورة الاحتكام والاعتماد على مصادر التشريع الإسلامي لحل مشكلات البشرية، حيث رب الناس وخالق الناس هو بالضرورة الأعلم بما هو أفضل وأصلح لهم.

ومن أهم توصيات الدراسة إشارة للقائمين على صياغة وتقنين وسن التشريعات في الدول المختلفة، انه قبل سن أي تشريع يلزم بل ويجب الإطلاع والمقارنة مع الشريعة الإسلامية، وفلسفة التشريعات ككل ، حيث فيها الصلاح والهداية والرشاد.

Abstract

The aim of this study is to compare between the sources of the Islamic legislation and the sources of the positive law.

In the introduction, it is explained that positive law is the non- Islamic law which is commonly used in most of the countries in the world today, including unfortunately, Arab and Islamic countries.

The sources of the Islamic legislation are those which are used by the Muslim scholars, especially who are specialized in the philosophy of the Islamic law (Usul Al-Fiqh). Muslim scholars differ to a certain degree on the hierarchy of some of these sources and their strength.

The most important finding is the necessary appealing and relying on the sources of Islamic legislation in order to solve the human problems since Allah SWT, Who created human beings, must know the best for them and for their good.

The most important recommendation is advising those responsible for making the decisions in different countries to consider Islamic legal sources when contemplating new laws. In addition, this study recommends deepening the study of the sources of Islamic Shari`ah and comparing them with the sources of positive law and the philosophy of each.

خطة الدراسة

مقدمه

- 1.1 مقدمة (الإحساس بالمشكلة)
- 1.2 دوافع الدراسة
- 1.3 أهمية الدراسة
- 1.4 أهداف الدراسة
- 1.5 أسئلة الدراسة
- 1.6 حدود الدراسة
- 1.7 منهج الدراسة
- 1.8 الدراسات السابقة

الفصل التمهيدي

- 2.1 مقدمة في نشأة القوانين وتطورها
- 2.2 فترة ما قبل التدوين والكتابة
 - 2.2.1 مرحلة القضاء الخاص أو الانتقام الفردي
 - 2.2.2 مرحلة التقاليد الدينية أو الوحي الإلهي
 - 2.2.3 مرحلة التقاليد العرفية
- 2.3 فترة مدونات العصور القديمة
 - 2.3.1 قانون حمورابي
 - 2.3.2 قانون "مانو"
 - 2.3.3 قانون "بوخوريس"
 - 2.3.4 قانون "دراكون"
 - 2.3.5 قانون "صولون"
 - 2.3.6 قانون الألواح الاثنى عشر
- 2.4 أهم القوانين المعاصرة
 - 2.4.1 الشريعة الإسلامية
 - 2.4.2 القوانين اللاتينية
 - 2.4.3 القوانين الانجلوسكسونية (COMMON LAW)

الفصل الأول: مصادر التشريع الإسلامي

المبحث الأول: في المصادر

المبحث الثاني: القرآن الكريم

المطلب الأول: خصائص القرآن الكريم

المطلب الثاني: أساليب القرآن في مخاطبة الناس في أمور التشريع

المطلب الثالث: أحكام القرآن

المطلب الرابع: إعجاز القرآن الكريم

المبحث الثالث: السنة النبوية المطهرة

المطلب الأول: مكانة السنة من القرآن وعلاقتها به

المطلب الثاني: أنواع السنة

المبحث الرابع: الإجماع

المطلب الأول: في الإجماع وأركانه وشروطه

المطلب الثاني: في أنواع الإجماع

المطلب الثالث: حجية الإجماع وأهميته

المبحث الخامس: القياس

المطلب الأول: في القياس

المطلب الثاني: أركان القياس

المطلب الثالث: أمثلة على اقيسة شرعية

المطلب الرابع: أنواع القياس

المطلب الخامس: حجية القياس

المطلب السادس: أدلة المثبتين والنافين للقياس

المبحث السادس: الاستحسان

المطلب الأول: في الاستحسان وأنواعه

المبحث السابع: المصلحة المرسلة

المطلب الأول: في المصلحة المرسلة

المبحث الثامن: العرف

المطلب الأول: في العرف وأقسامه

المطلب الثاني: شروط واعتبار العرف في الشريعة الإسلامية

المبحث التاسع: مذهب الصحابي

المطلب الأول: في مذهب الصحابي

المبحث العاشر: شرع ما قبلنا
المبحث الحادي عشر: الاستصحاب (آخر مدار الفتوى)
المبحث الثاني عشر: سد الذرائع

الفصل الثاني: مصادر القانون الوضعي أو القاعدة القانونية

المصادر الأصلية
المبحث الأول: التشريع
المطلب الأول: الدستور
المطلب الثاني: القانون
المطلب الثالث: الأنظمة واللوائح
المبحث الثاني: الدين (مصدر اصلي خاص)
المصادر الاحتياطية
المبحث الأول: أحكام الفقه الإسلامي
المبحث الثاني: العرف (مصدر مختلف فيه في القانون الوضعي هل هو مصدر رسمي او احتياطي)
المبحث الثالث: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة
المصادر التفسيرية
المبحث الأول: الفقه
المبحث الثاني: القضاء

الفصل الثالث: اختلاف الأدلة والأصول وأثرها في اختلاف الفروع (في العقود)

المبحث الأول: (في العقود المدنية والمعاملات):
المطلب الأول: العقد لغة واصطلاحا وقانونا
المطلب الثاني: محل العقد
المطلب الثالث: شروط محل العقد أو المعقود عليه
الفرع الأول: أن يكون المحل ممكنا أو موجودا "الإمكانية والوجود"
الفرع الثاني: أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين
الفرع الثالث: أن يكون المحل مشروعاً
المطلب الرابع: النظام العام
المطلب الخامس: الآداب العامة

المطلب السادس: عقد السلم
المطلب السابع: عقد الاستصناع
المطلب الثامن: عقد الإجارة

أهم النتائج والمقارنات

الخاتمة وتشمل أهم النتائج والتوصيات
مسرد الآيات القرآنية الكريمة
مسرد الأحاديث النبوية الشريفة
مسرد المصادر والمراجع
مسرد الموضوعات

المقدمة

1.1 مقدمة (الإحساس بالمشكلة)

1.1 2 دوافع الدراسة

1.1 3 أهمية الدراسة

1.1 4 أهداف الدراسة

1.1 5 أسئلة الدراسة

1.1 6 حدود الدراسة

1.1 7 منهج الدراسة

1.1 8 الدراسات السابقة

الفصل التمهيدي

1.2 1 مقدمة في نشأة القوانين وتطورها

1.2 2 فترة ما قبل التدوين والكتابة

1.2 2 1 مرحلة القضاء الخاص أو الانتقام الفردي

1.2 2 2 مرحلة التقاليد الدينية أو الوحي الإلهي

1.2 2 3 مرحلة التقاليد العرفية

1.2 3 فترة مدونات العصور القديمة

1.2 3 1 قانون حمورابي

1.2 3 2 قانون مانو

1.2 3 3 قانون بوخوريس

1.2 3 4 قانون دراكون

1.2 3 5 قانون صولون

1.2 3 6 قانون الألواح الاثني عشر

1.2 4 أهم الشرائع المعاصرة

1.2 4 1 الشريعة الإسلامية

1.2 4 2 الشريعة الاتينية

1.2 4 3 الشريعة الانجلوسكسونية

1.1 مقدمة (الإحساس بالمشكلة)

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله سيدنا محمد وعلى اله وصحبه أجمعين وبعد، فيقول تعالى في محكم التنزيل: "إِنَّ أَوَّلَ آيَاتٍ نُّوحِيَ وَإِلَىٰ هَذَا عَاقِلٌ أَلَّا يَكُونَ مِنَ الْكَافِرِينَ" (1) ويقول سبحانه أيضاً: "وَمَا يَكْفُرُ أَكْثَرُ النَّاسِ وَلَوْ نَرَاهُمْ إِلَّا عَاقِلِينَ" (2) ويقول تعالى أيضاً: "وَمَا يَكْفُرُ أَكْثَرُ النَّاسِ وَلَوْ نَرَاهُمْ إِلَّا عَاقِلِينَ" (3)، ويقول عز وجل: "وَمَا يَكْفُرُ أَكْثَرُ النَّاسِ وَلَوْ نَرَاهُمْ إِلَّا عَاقِلِينَ" (4).

من خلال النظر والإمعان في هذه الآيات يفهم كل مبصر عاقل أن الاحتكام لشريعة الله فرض شرعي لا يجوز مخالفته وتعديه. وهذا الاحتكام يكون بالرجوع إلى القرآن الكريم مصدر المصادر التشريعية وأولها وأهمها. ويليه السنة النبوية المطهرة فالإجماع والقياس وغيرها من المصادر التبعية من مصادر التشريع الإسلامي.

ولو نظرنا إلى العالم الذي نعيش فيه اليوم من شرقه إلى غربه ومن شماله إلى جنوبه لوجدنا الندرة والقلة القليلة من الدول والأنظمة التي تطبق التشريع الإسلامي وبشكل جزئي. حيث معظم دول العالم والتي يتجاوز عددها بحسب احصاء الأمم المتحدة أكثر من 185 دولة معظمها - أن لم يكن كلها - بما فيها الدول العربية والإسلامية تطبق القانون الوضعي واقصد به ذلك القانون الذي وضعه البشر متجاهلين التشريع الإسلامي وأحكام الشريعة الإسلامية. كما وانوه إلى أن الكثير من الدول العربية والإسلامية تعتبر القرآن الكريم "أحد" مصادر التشريع وتأخذ به للاستئناس والاسترشاد وليس كمصدر رئيس أول، فلا تعتبره أول مصادر التشريع أو المصدر الوحيد للتشريع، بل هنالك "محاكم دينية" منفصلة عن المحاكم النظامية.(5)

فالعالم اليوم إذا يلجأ للقانون الوضعي. ولكن لا زالت هنالك فئة تنادي بتطبيق القانون الشرعي بكل نواحيه الاقتصادية والأسرية والاجتماعية وغيرها. وخاصة في هذا العصر حيث فشل القانون الوضعي

(1) سورة المائدة، آية 44.
 (2) سورة المائدة، آية 45.
 (3) سورة المائدة، آية 47.
 (4) سورة النساء، آية 65.
 (5) انظر مادة 104 من دستور الأردن.

إلى حد كبير بتلبية الضروريات والحاجيات الاجتماعية والاقتصادية وغيرها سواء كان ذلك على مستوى الأفراد أو الدول. بعكس قانون الأحوال الشخصية والذي فيه إجابة لكل مسألة. وقد قمت بهذه الدراسة المقارنة بين مصادر التشريع الإسلامي ومصادر القانون الوضعي وذلك لشعوري بوجود مشكلة أولية وأصيلة تعتبر القاعدة الهامة لعرض أحكام الشريعة الإسلامية ومصادر التشريع الإسلامي مع إمكانية مقارنتها بمصادر التشريع الوضعي. حيث عند معرفة مصادر كل من التشريع الإسلامي والقانون الوضعي، يستطيع أي باحث المقارنة والخروج بالفوائد الجمة وتبني المنهج المفيد للبشرية وللمجتمع.

وقد قمت من خلال هذه الدراسة المقارنة بعد جمع المعلومات عن مصادر التشريع الإسلامي ومصادر القانون الوضعي وتحليلها ومقارنتها ببعضها البعض علما بان الدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون كثيرة وما يميز دراستي هو التركيز على الأصل وهو المصادر أي اساس المقارنات.

وبعد أن أتممت عملية المقارنة بين المصادر، وأبرزت وجهة نظري وموقفي منها قمت بتبيان آثار تطبيق كل من التشريعين على المجتمع المعاصر في مجالات عدة وعصرية. وهنا استطاعت الدراسة إبراز أهمية وضرورة الاعتصام بالتشريع الإسلامي.

ومما شجعني إلى الخوض بهذه الدراسة المقارنة الدقيقة ما وصل إليه العالم اليوم من التخبط وانهيار النظام المالي العالمي المبني على الربا والبيوع الوهمية مما يفسح مجالا اكبر للمعنيين بالإطلاع على التشريع الإسلامي وأحكامه. والخطوة الأولى لمعرفة أي تشريع تكون بالطبع بمعرفة مصادر هذا التشريع. فلا يمكن لغير المسلم المعني والذي يرغب بالإطلاع على أحكام الشريعة الإسلامية القفز مباشرة إلى الحدود والديات وفقه المعاملات والنظام المالي، فلا بد له بداية من الإطلاع على مصادر هذا التشريع ومقارنتها بمصادر تشريعه الوضعي. وهذه إحدى الفوائد القيمة لهذه الدراسة. ونظرا لتشعب موضوع الرسالة إلى شقين، شق قانوني وآخر شرعي، فكان لا بد من أن يشرف على الرسالة، أستاذان متخصصان، الأول من كلية الشريعة وهو الدكتور شفيق عياش أستاذ الفقه المقارن، والثاني من كلية القانون وهو الدكتور محمد خلف وهو أستاذ القانون المدني في جامعة القدس.

وقد قدمت هذه الرسالة لقسم الدراسات العليا في جامعة القدس لاستكمال متطلبات رسالة الماجستير. وتحتوى هذه الرسالة على أربعة فصول أولها فصل تمهيدي ويليه ثلاثة فصول أخرى.

أما الفصل التمهيدي فيقسم إلى شقين: الأول وفيه المقدمة، ودوافع الدراسة، وأهمية البحث، وأهداف البحث، وأسئلة البحث، وحدود البحث، ومنهج البحث، والدراسات السابقة ذات العلاقة. أما الشق الثاني من الفصل التمهيدي ففيه نبذة مختصرة عن نشأة وتطور ومراحل التشريع في النظم القانونية العالمية على مر العصور.

أما الفصل الأول وفيه ذكر وتفصيل لمصادر التشريع الإسلامي من قران وسنة وإجماع وقياس واستحسان ومصلحة مرسله وعرف ومذهب الصحابي وشرع ما قبلنا والاستصحاب وسد الذرائع. وقد قمت من خلال هذا الفصل بدراسة تفصيلية تحليلية لكل مصدر من مصادر التشريع الإسلامي المختلفة، فحيث أمكنني التحليل ووضع المقارنة الموضوعية، بين المصدر في التشريع الإسلامي ونظيره في النظم الوضعية كنت افعل ذلك دون إخلال ودون محاولة لمقارنة ما لا يمكن مقارنته.

أما الفصل الثاني من الرسالة ففيه ذكر وتفصيل لمصادر القانون الوضعي المختلفة، سواء المصادر الأصلية كالدستور والقانون والأنظمة واللوائح والدين، أو المصادر الاحتياطية كأحكام الفقه الإسلامي والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. أو التفسيرية كالفقه والقضاء. وفي هذا الفصل أيضا كان لي الدور واليد في تحليل بعض المصادر وحيثياتها وإقامة المقارنة المباشرة بينها وبين مصادر التشريع الإسلامي حيث أمكن ذلك.

ومما تتميز به هذه الرسالة هو وجود تحليل مقارن بين المصادر وليس سرد لهذه المصادر فحسب.

أما الفصل الثالث والأخير في الرسالة وفيه اثر الاختلاف في تطبيق كل من مصادر التشريع الإسلامي ومصادر القانون الوضعي على حياة الناس العملية، أو كما أسميته اختلاف الأدلة والأصول وأثرها في اختلاف الفروع.

وفي هذا الفصل قمت بأخذ موضوع في غاية الأهمية، وهو دراسة تحليلية في العقود حيث قد قمت بتخصيص النموذج بموضوع "محل العقد بين الشريعة والقانون" واثرت ذلك على حياة الناس في المجتمعات المعاصرة.

فأحد أهم الأسباب والدوافع لاختياري هذا الموضوع ليس تخصصي القانوني ودراساتي الإسلامية فحسب، بل ما وصل إليه العالم المعاصر من تخبط وصعوبة في التعامل مع القضايا القانونية المختلفة.

فهل نجح أم فشل القانون الوضعي في تلبية حاجات ورغبات الناس؟ وهل نجح أم فشل في حل مشكلاتهم الاقتصادية والأسرية وغيرها؟

كما شعرت بضرورة عرض هذه الدراسة المقارنة بين مصادر كل من النظامين وشرحها، كخطوة أولى لكل المعنيين الذين يريدون التعمق والتوسع في دراسة التشريع الإسلامي، حيث قبل التوسع لا بد من فهم الأصول والمصادر والمبادئ الذي يبنى عليها أي نظام .

1. 2 دوافع الدراسة

ومما دفعني أيضاً للكتابة في هذا الموضوع هو شعوري إلى حاجة العالم إلى نظام بديل للقانون الحالي. فالفساد والانحلال الخلقي أصبح في الغرب والشرق ظاهراً وواضحاً حيث فشل القانون الوضعي فشلاً ذريعاً بمحاربتة، كما وفشل بنشر قيم الخير والفضيلة بين الناس والمحافظة على أهم نواة بالمجتمع وهي الأسرة. فنسب الطلاق خيالية، كما وان انتشار الجريمة بالنظم التي تحتكم للقانون الوضعي فاقت الخيال فلا رادع ولا زاجر للمجرمين. وبالتالي فان دراستي المقارنة تعطي ضوءاً اخضراً للباحث الغربي الذي يريد الاستفادة من التشريع الإسلامي لخدمة مجتمعه فهذه غايتنا نحن المسلمين حيث جاء هذا الدين رحمة للبشرية جمعاء وليس حكراً علينا نحن المسلمين.

فتقنين التشريع الإسلامي أصبح واجباً ومتطلباً ضرورياً ويجب القيام بتطبيقه سريعاً وذلك ليكون البديل الإسلامي للقانون الغربي موجوداً ومقنناً. فهو موجود منذ الازل. ولا يكون ذلك إلا بعد رصد ومقارنة مصادر تشريعنا بقانونهم.

كما وان عدم تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في معظم الدول العربية باستثناء قانون الأحوال الشخصية كان دافعا وسببا مباشرا لي للبدء بالكتابة بهذا الموضوع. وذلك لأحث أصحاب القرار أينما كانوا لتطبيق التشريع الإسلامي بقضايا آخر كالجنايات والمعاملات.

ومما دفعني أيضاً للكتابة في هذا المجال هو سقوط النظام المالي العالمي المبني على الربا، فأمریکا رب هذا النظام تفوق مديونيتها ممتلكاتها بكثير. ومن خلال إطلاعي على مجموعة مكنتات لم أجد رسالة مطابقة لرسالتني. كما وان كوني محاميا دارسا للقانون الوضعي وللقانون المقارن كان لدي محفزا قويا للخوض بهذه الدراسة حيث المقارنات إحدى أهم اهتماماتي العلمية وخاصة بين الشريعة والقانون. ولا أنسى أن أذكر سبباً آخر ألا وهو شعوري بخدمة الإسلام عند طرح هذا البحث حيث الإتيان بالبرهان احد الفرائض الواجبة علينا حيث علينا إظهار مصادر تشريعنا.

1. 3 أهمية البحث

أما أهمية البحث فتكمن في إظهار الفروق بين مصادر التشريع الإلهي والبشري حيث من خلال معرفة مصادر التشريع المعتمدة في النظامين نستطيع فهم عمق وفلسفة ومواطن قوة وضعف كل من النظامين. مما يكون لدى الباحث فكرة شاملة للجوء للنظام الأصلح للناس. كما وحاولت من خلال هذه الدراسة إبراز مصادر التشريع الإسلامي كبديل عملي وعادل للتشريع الوضعي كما وبينت الآثار المترتبة على عدم تطبيق القانون الإسلامي الذي وضعه رب البشر لمصلحة البشر. كما وأظهرت أن من أسباب التخبط العالمي في العصر الحديث يكمن في الابتعاد عن تطبيق مصادر التشريع الإسلامي. كما وبينت الواجب الملقى على عاتق الناس أجمعين من حكام ومحكومين ومثقفين بالعمل

على نشر قيم الإسلام السمحاء لمصلحة الإنسان. ولا بد أن اذكر أن لهذه الدراسة أهمية بأنها وضعت المصادر البديلة للقانون الوضعي عملياً وليس نظرياً فأن سأل سائل أو مهتم بالقضايا الإسلامية ما هي مصادر تشريعكم ونظامكم الإسلامي وما الذي يميزه عن النظام القانوني الوضعي أجبناه بكل وضوح كما هو مبين بالرسالة. كما وحاولت ربط أهداف كل من التشريعين بالمصادر. وتجدر الإشارة إلى أن هذه الدراسة ليست الأولى من نوعها في الفقه والقانون المقارن فقد كتب الكثير عن التشريع الإسلامي وعن القانون الوضعي ولكن ما يميز دراستي هو دقة تخصصها والتركيز على مصادر كل من النظامين القانونيين الشرعي والوضعي.

1. 4 أهداف البحث (الدراسة) فمنها:

- أن أبين مدى اتساع مصادر نظام التشريع الإسلامي ومرونتها.
- أن أبين مدى موافقة مصادر التشريع الإسلامي للمجتمع في العصر الذي نعيشه.
- أن أقارن وأظهر الفروق بين مصادر التشريع الإسلامي والقانون الوضعي ومعرفة الفروق الجوهرية بينهما.
- أن أبين المقصود بالتشريع الإسلامي والقانون الوضعي ومرادفاتهما ومعانيهما.
- أن أضيف مبرراً نحو ضرورة تقنين ما أمكن من مصادر التشريع الإسلامي.
- أن أبين ربانية وقدسيتها مصادر التشريع الإسلامي.
- أن أبين أن بتطبيق التشريع الإسلامي سعادة للإنسان ومفتاحاً لحل مشكلاته
- أن أبين الآثار المترتبة على عدم استغلال والاستفادة من مصادر التشريع الإسلامي على الإنسان.
- أن أحدث على تطبيق التشريع الإسلامي بأقطارنا العربية والإسلامية.
- إظهار وإبراز ومعرفة مكانة التشريع الإسلامي ومصادره في حياة المسلم.
- التعرف على ضوابط وحدود كل من النظامين الإسلامي الرباني والوضعي البشري مكانياً وزمانياً.
- أن أبين حتمية الاتصال والارتباط العضوي بين مصادر كل تشريع مع أهدافه ومقاصده.
- أن أبين اثر الاختلاف في الأدلة والمصادر على الفروع والتشريعات في النظامين الإسلامي والوضعي.
- أن أبين اثر التشريعات المقارنة على حياة الإنسان ومدى علاقتها بسعادته.

1. 5 أسئلة البحث (الدراسة)

- ما المقصود بالتشريع الإسلامي وما هي مصادره؟
- ما المقصود بالقانون الوضعي وما هي مصادره؟
- ما هي أوجه الشبه والاختلاف بين مصادر التشريع الرباني والقانون الوضعي.
- ما هي حدود وضوابط كل منهما؟
- ما هو الاختلاف في الأصول والأدلة ومدى أثره على الفروع؟
- ما هي سمات وميزات مصادر كل من التشريع الالهي والوضعي؟
- ما هو أثر تطبيق كل من النظامين على الإنسان في المجتمعات المعاصرة ومدى احترام وجدية كل منهما؟

1. 6 حدود الدراسة:

تقتصر الدراسة على دراسة مقارنة في مصادر النظامين ومعرفة أدلة الأحكام أو مصادر التشريع الإسلامي ومصادر القانون الوضعي وفهمهما لغة واصطلاحاً. ونظرة المحدثين والأصوليين لكل مصدر من مصادر التشريع الإسلامي وكذلك نظرة رجال القانون الوضعي بمصادر القانون الوضعي ومدى جدواها. وذلك من خلال دراسة تفصيلية لكل مصدر من المصادر ومقارنتها. وكذلك دراسة الآثار المترتبة على تطبيق قانون أو ترك آخر على الإنسان وضرورة تطبيق القانون الإسلامي والتمسك به فالدراسة هي دراسة معاصرة حديثة للمقارنة بين مصادر التشريع بين النظام الإلهي والقانون الوضعي. ومعرفة اثر الاختلاف في الأدلة بين النظامين على الفروع والتشريعات وبالتالي على سعادة الإنسان وشقائه.

1. 7 منهج البحث

هو منهج وصفي مقارن حيث قمت بوضع ووصف مشكلة محل البحث وتفكيك عناصرها ومكوناتها وكذلك استقراء ما جاء فيها من حيث قراءة ودراسة كل مصدر من مصادر القانونين الإلهي والوضعي والخروج بالفوائد. وكل ذلك بالاستناد إلى الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة تفسيراً وتخریجاً وشرحاً وكذلك أقوال الفقهاء وكبار رجال القانون بما يخص النظم القانونية الوضعية وهيكلية العلائق فيما بينها واستنباط ما في كتبهم من مصادر أولية وثانوية وغيرها ومقارنتها بمصادر التشريع الإلهي.

ففي الدراسة وصف وشرح لكل مصدر رئيسي كان أو ثانوي من مصادر التشريع الإسلامي والقانون الوضعي ومقارنتها مع بعضها البعض إذا أمكن ذلك. وكذلك التعريف بالمصطلحات القانونية والشرعية واللغوية ذات العلاقة وإسناد كل قول لقائله وتصنيف الأحاديث.

وقد اعتمدت التأصيل والتفريغ ودعم أقواله بآيات وأحاديث عند الحاجة وبأقوال رجال قانون وقرارات محاكم عند الحاجة أيضاً مع التوثيق العلمي السليم حيث في دراستي حيثما وجد الاقتباس وجب التوثيق.

وهناك ترتيب موضوعي لموضوعات الدراسة، فقامت بتقسيم الدراسة لموضوعات بحسب الأهمية والصدارة. وذلك لتحقيق المنفعة والسير بمنهج رجال القانون وعلماء الأصول في ترتيب مصادرهم مع بعض الاختلافات التي ارتأيت ضرورة لها.

1. 8 الدراسات السابقة

فقد كتب الكثير في مصادر التشريع الإسلامي وكذلك الكثير في مصادر القانون الوضعي ولكنني لم اعثر على دراسة مقارنة بين مصادر الشريعة والقانون بين دفتي كتاب أو رسالة واحدة. فقد زرت موقع الرسائل الجامعية بالجامعة الأردنية ولم أجد دراسات مقارنة بين مصادر الشريعة والقانون. علماً بأن هنالك الكثير من الرسائل المقارنة بين الشريعة والقانون إما بشأن مقارنة المصادر بشكل خاص فلم أجد، ولكنني وجدت العديد من الكتب ذات العلاقة والكثير من المعلومات في أمات الكتب. أما بالنسبة لطريقة كتابة الدراسات السابقة - منهجياً - فقامت بترتيبها حسب الأقدمية وبذكر اسم صاحب الرسالة وأسئلة الدراسة وأهدافها وأهم نتائجها من الملخص. وأهم الدراسات التي اعتمد عليها:

- الترتيب بين الأدلة الشرعية في الشريعة الإسلامية ومقارنته بتدرج القواعد القانونية الوضعية في النظم المعاصرة/عبد المنعم جابر أبو قاهوق/كلية الشريعة والقانون/جامعة الأزهر/رسالة دكتوراه في السياسة الشرعية(قانون عام 1975) /دار المصطفى للنشر والطبع.
- وملخص الرسالة أهمية التشريع الإسلامي في حياة الناس، وضرورة الاحتكام إلى القرآن والسنة لتحقيق مصالح العباد، وأجراء مقابلة بين كل من مصادر التشريع الإسلامي والنظام الوضعي.
- نظرية محل العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني والسوداني، د. جمال احمد زيد الكيلاني 1994 رسالة دكتوراه.
- وملخص الرسالة يكمن في ضرورة اعتبار محل العقد، حيث يعتبر محل العقد احد اهم الاركان الاساسية للعقود، وكذلك التعرف على اثر محل العقد على المعاملات والعقود.

- مبدأ المشروعية في الشريعة الإسلامية إعداد علي محمد علي مصلح 1997 الجامعة الأردنية
دكتوراة.
- وملخص الرسالة في ضرورة تحقيق مقاصد التشريع الاسلامي بكل معاملة نقوم بها او نحتكم
اليها،حيث لا بد من حفظ اموال الناس وانفسهم وعقولهم وانسالهم ودينهم.
- الضريبة في الإسلام والتشريع الوضعي دراسة مقارنة السيد يوسف أبو جليل جامعة
القاهرة.رسالة دكتوراه
- وهي دراسة في احكام الضريبة بالنظم الوضعية مقارنة بالفقه الاسلامي،ومدى الزامية
الضرائب، ونقاط التلاقي والاختلاف مع الفقه الاسلامي.
- أحكام العقود السورية في الفقه الإسلامي رسالة ماجستير 2006 عدنان عبد الهادي حسان
الجامعة الاسلامية غزة
- وهي تبحث في العقود السورية والاثار المترتبة عليها،ومدى شرعيتها والاحتكام اليها.
- الوسطية في الفكر الإسلامي رسالة ماجستير اريج ابراهيم سعيد صبري 2004 القدس جامعة
القدس اشرف د.حمزه ديب مصطفى
- دراسة هامة في اظهار للمنهج الوسطي الاسلامي،والاستدلال بادلة من القران والسنة وغيرها
لاثبات ذلك.

الفصل التمهيدي

2. 1 نشأة وتطور الشرائع وأنواعها:

لقد مر القانون بمراحل مختلفة وعديدة، ولقد كان لكل مرحلة ولكل حقبة زمنية الأثر المباشر على تطور ونمو القانون، حيث يعتبر القانون الموجود بين أيدينا اليوم ثمرة ونتاجا تراكميا لآلاف السنين من التطور والتغيير والتبديل في القواعد القانونية، كيف لا وهو من صنع الإنسان، وهذه بالطبع احد الميزات والاختلافات بين التشريع الإسلامي والقانون البشري الوضعي، فالتشريع الإسلامي تشريع رباني المصدر أصوله وقواعده الكلية ثابتة لا تتغير ولا تتبدل بتغير الأزمان والأمكنة، فهو من عند خالق الناس والأعلم بأحوالهم.

وفي هذا المبحث سوف أخرج بإيجاز على أنواع ونشأة وتطور النظم القانونية ابتداء من فترة ما قبل الكتابة والتدوين مروراً بحضارات الشرق والغرب القديمة ووصولاً إلى أهم وابرز النظم القانونية المعاصرة وذلك حتى يتسنى للقارئ الاطلاع على موضوعات ذات علاقة.

2. 2 فترة ما قبل الكتابة والتدوين.

لقد قام علماء تاريخ القانون إلى تقسيم فترة ما قبل الكتابة إلى ثلاث مراحل⁽¹⁾:

2. 2. 1 مرحلة الانتقام الفردي أو القضاء الخاص (Justico Prive)

حيث القوة هي التي تحمي الناس والحقوق، وصاحب القوة يستطيع أن يحمي حقه بينما الضعيف فلا سلطان ولا مكانة له.

وبقي هذا النظام بحسب علماء الجيولوجيا طيلة عصر الجليد والعصر الحجري القديم⁽²⁾.

(1) بيسيوني، عادل، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، إن فترة ما قبل الكتابة والتدوين تقسم إلى عدة أقسام بحسب المقسم وتخصصه، فمثلاً علماء الاقتصاد كانوا يقسمون عصور ما قبل التاريخ إلى عصر الوحشية يليه عصر البربرية وعصر المدنية. أما علماء الجيولوجيا فقسموها إلى عصر الجليد وعصر المعادن وعصر استعمال المعادن، ط1، دار النصر للتوزيع والنشر القاهرة، 1995م ص23-ص25.

(2) المصدر السابق، ص24.

2. 2. 2 مرحلة الوحي الإلهي أو التقاليد الدينية (Inspiration divine)

وقد برز بهذه الفترة دور رجال الدين والكنيسة بنشر تعاليم دينية وتطبيقها، وقابلها مرحلة البربرية والزراعة عند علماء الاقتصاد. فقد كان بهذه الفترة التركيز على القواعد الدينية لتنظيم المعاملات والحكم بين الناس.⁽¹⁾

2. 2. 3 مرحلة التقاليد العرفية (Coutume)

وكانت هذه المرحلة عندما تم الفصل بين الحكم والدين وبين القانون والدين، ويقابلها عصر استعمال المعادن عند الجيولوجيين.⁽²⁾

2. 3 فترة مدونات العصور القديمة

2. 3. 1 مدونة "حمورابي" أو قانون "حمورابي"⁽³⁾ (1686 ق. م - 1728 ق. م)⁽⁴⁾

وهو قانون يحمل اسم واضعه الملك "حمورابي" وهو اشهر ملوك بابل على ضفاف نهر الفرات في العراق. وتعتبر مدونة حمورابي من اشهر مدونات العالم القديم بأسره.⁽⁵⁾ وقد تفوق قانون حمورابي على التشريع الروماني القديم مثل قانون الألواح على الرغم من أن قانون الألواح قد سبقه بخمسة عشر قرناً إلا أنه يفوقه.⁽⁶⁾

(1) بسيوني، عادل، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص25.

(2) المصدر السابق، ص25.

(3) جعفر، علي محمد، نشأة القوانين وتطورها، يجدر بالذكر ان المعلومات التي وصلتنا هي من الحجر الموجود بمتحف اللوفر في باريس والتي تم اكتشافه عن طريق عالم الآثار دي مورجان في حفائر مدينة سوز سنة 1902م. المصدر السابق ص 92. وتتكون مجموعة حمورابي من ثلاثة أجزاء: المقدمة والمجموعة القانونية والخاتمة، اما المقدمة فقد أشارت إلى تكليف الملك حمورابي من قبل الآلهة، لوضع هذا القانون ليعدل يشرق على البلد، وليهلك الفاسد والشريير حتى لا يطغى القوي على الضعيف. أما الجزء الثاني فهو الخاص بالمجموعة القانونية ويشتمل على 282 مادة. أما الجزء الثالث وهو الخاتمة وفيه يعود الملك حمورابي للإشادة بفضائله ويدعو خلفاءه من بعده بالا يبدلوا القانون الذي وضعه، ويدعو الآلهة أن تنزل لعنتها بمن يشوه هذه النصوص أو يبدلها فتحقيق به المصائب والكوارث" ، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع بيروت، 2002، ص25.

(4) بسيوني، عادل، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص91. جعفر، علي محمد، نشأة القوانين وتطورها، ص24.

(5) بسيوني، عادل، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص91. جعفر، علي محمد، نشأة القوانين وتطورها، ص24. أبو الوفا، أحمد، تاريخ النظم القانونية وتطورها، ص37، ط1، الدار الجامعية، بيروت لبنان، 1984.

(6) أبو الوفا، أحمد، تاريخ النظم القانونية وتطورها، ص37.

وهو مكون من 282 مادة مفصلة ومتتابعة بحسب المسألة ، وهو شبيه إلى حد كبير بقوانيننا المعاصرة. ويكاد يخلو من القوانين الدينية. ويهتم القانون بتنظيم الوظائف العامة والقضاء والعقوبات وأحكام معاملات عديدة في الزراعة وغيرها واعتبار النية في التعامل بين العامل ورب العمل.⁽¹⁾ أما الأسباب الرئيسية لوضعه فهي توحيد البلاد وتحقيق وحدتها القانونية، التي كانت في حالة تفكك وصراع حتى حكم وسيطرة حمورابي.

فأراد توحيد قوانينها ، وقد تضمن قانونه بعض التقاليد العرفية السائدة فأبقاها وأمر بتطبيقها بكل البلاد.⁽²⁾

وقد نظم قانون حمورابي مسائل عدة في الأحوال المدنية، حيث اهتمت مدونته بالعقود فتناولت عقد المزارعة والعارية المضمونة برهن (مواد 42-52) وعقدي القرض بفائدة والشركة (مواد 90-107) وعقد الوديعة (مواد 20-126) وعقد العمل (مواد 257-258 وغيرها) وعقد الإيجار (مواد 241-255) وكذلك عقد شراء عبد (مواد 178-282)⁽³⁾

وخلت من الأحكام الدينية باستثناء بعض الامتيازات الممنوحة لبعض طبقات الكهنة.⁽³⁾ واهتم بالجنايات وقد اتسمت أحكامه بالقسوة والشدة فكان لعقوبة الإعدام مكانة كبيرة، وحدد عقوبات لجرائم مثل السرقة وإخفاء الأشياء المسروقة وغيرها.⁽⁴⁾

ولدقة قانونه ورقيه فقد اهتم بالمسئولية القانونية للأفراد، فحدد مسؤولية الطبيب، وحدد المسئولية في قضايا الفعل الضار بالمزروعات ومسئولية حارس الحيوان وغيرها.⁽⁵⁾ واهتم بقضايا الأحوال الشخصية فاهتم بالنساء المتزوجات والأرامل وحقوق الأبناء وأحكام التبني م185-193.⁽⁶⁾

2. 3. 2 قانون " مانو "

"وضع في الهند باللغة السنسكريتية بالقرن 14 ق. م⁽⁷⁾ وأوحى به كما يقال الإله براهما أول ملك مؤله مؤله من سبعة ملوك حكموا العالم وكان يطلق عليهم الهنود اسم مانو، كما كان يطلق فرعون على ملوك مصر القدماء".⁽⁸⁾

- (1) أبو الوفا، أحمد، تاريخ النظم القانونية وتطورها، ص37. جعفر، علي محمد، نشأة القوانين وتطورها، ص25.
- (2) جعفر، علي محمد، نشأة القوانين وتطورها، ص24. عادل، بسيوني، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص94.
- (3) جعفر، علي محمد، نشأة القوانين وتطورها، ص25.
- (4) جعفر، علي محمد، نشأة القوانين وتطورها، ص24. عادل، بسيوني، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص94.
- (5) المصدر السابق نفسه.
- (6) بسيوني، عادل، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص95.
- (7) جعفر، علي محمد، نشأة القوانين وتطورها، الرأي الراجح القرن 13 قبل الميلاد. ص27.
- (8) بسيوني، عادل، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص100. جعفر، علي محمد، نشأة القوانين وتطورها، ص28. أبو الوفا، أحمد، تاريخ النظم القانونية وتطورها، ص38.

وقد سيطر مذهب بوذا على كل مرافق الدولة فمنهم العلماء ورجال القانون والقضاء.⁽¹⁾ وفيه تختلط القواعد الدينية بالأخلاق والقواعد القانونية، وقسم المجتمع إلى فئات وفاوت بين حقوق كل منهما⁽²⁾

وقسم هذا القانون المجتمع إلى فئات: ⁽³⁾

1. طبقة الكهنة البراهمة
2. طبقة المحاربين
3. طبقة الزراع والتجار
4. طبقة العمال
5. طبقة المنبوذين الذي يحرم لمسهم أو إقامة الصلات عليهم.

واهم ما نادى به المصلح بوذا التحرر من الشكليات والاهتمام بالجواهر وإنكار الذات كسبيل للوصول للسعادة والرفي.⁽⁴⁾

أما الهدف الرئيس من وضعه هو إرشاد طبقة البراهمة وهم خاصة الشعب الهندي ولكن سرعان ما شمل المجتمع بأسره.⁽⁵⁾

وقد اشتمل على قواعد للإنسان منذ ولادته وحتى وفاته فيه أحكام للعبادات والمعاملات والاقتصاد ورد التحية وتسمية المولود وفنون الحرب والتجارة، وكفارات الذنوب والجزاء الدنيوي والأخروي.⁽⁶⁾

2. 3. 3 قانون "بوخوريس"

وضعه الملك بوخوريس، مؤسس الأسرة الرابعة والعشرين في مصر سنة 740 ق. م⁽⁷⁾ وقيل ان فترة حكمه ابتدأت عام 718 ق. م وانتهت عام 712 ق. م⁽⁸⁾

-
- 1) بسيوني، عادل، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص100.
 - 2) أبو الوفا، أحمد، تاريخ النظم القانونية وتطورها، فمثلاً أجاز للكهنة بالزواج من أربعة نساء، وللمحاربين بثلاثة نساء، وللزراع والتجار بثنتين، والعامل بواحدة فقط. ص39. جعفر، علي محمد، نشأة القوانين وتطورها، ص 29.
 - 3) أبو الوفا، أحمد، تاريخ النظم القانونية وتطورها، ص39. جعفر، علي محمد، نشأة القوانين وتطورها، ص 29. عادل، بسيوني، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص100.
 - 4) أبو الوفا، أحمد، تاريخ النظم القانونية وتطورها، ص39.
 - 5) جعفر، علي محمد، نشأة القوانين وتطورها، ص28. عادل، بسيوني، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص100.
 - 6) جعفر، علي محمد، نشأة القوانين وتطورها، ص28
 - 7) أبو الوفا، انظر تاريخ النظم القانونية وتطورها، ص 40
 - 8) جعفر، علي محمد، نشأة القوانين وتطورها، ص29

وقد جمع فيه القوانين والتقاليد المصرية التي سبقتها مع تعديلات عليها، ويعتبر بمثابة آخر مرحلة من مراحل تطور القانون المصري القديم.⁽¹⁾

وقد تأثر بقانون حمورابي واخرج الدين من دائرة القانون⁽²⁾

وبقي هذا القانون نافذا فيما بينهم وبين الإغريق طيلة العهد البطلمي⁽³⁾ وفي الشطر الأول من العهد الروماني.⁽⁴⁾

وسماه الإغريق قانون العقود.⁽⁵⁾

ومن أهم خصائصه الإصلاحات بالأحوال الشخصية فقد منح المساواة للمرأة بالرجل وأصبح الزواج بالتعاقد والحرية وسمح للزوجة أيضاً أن تطلق زوجها وان تطلب مبلغاً من المال عند تطليقها.

وأبقى على تعدد الزوجات وحرمة الكهنة منه. ، وسمح بإبقاء الذمة المالية للمرأة مستقلة بعد الزواج، وسمح بميراث جميع الأولاد من تركة أبيهم.

واخذ بالتعاقد بالرضا والكتابة محل الشفاعة. وألغى الإكراه البدني للمدين. وقرر منع المطالبة بأكثر من ضعف الدين مهما طال مدتته.⁽⁶⁾

أما ظروف وضع المدونة كانت رغبة بوخريوس بالحد من نفوذ الإقطاعيين وكهنة امون وتقوية سلطته المركزية، واحتكام الجميع لها.⁽⁷⁾

واهم أحكامه إحلال الزواج المدني بدل الزواج الديني ومساواة المرأة بالرجل وإمكانية المرأة رهن أموال زوجها دون حاجة لاشتراط ذلك وحق الزوجة أن تشتترط أن لا يتزوج غيرها، والاعتراف بالأهلية القانونية للمرأة ومساواة الميراث بين الجنسين.⁽⁸⁾

صدر قانون دراكون في أثينا حوالي 621 ق. م على يد حاكم أثينا بعد انتهاء العهد الملكي.

وقد طالبت العامة والشعب تقنين التقاليد العرفية السائدة والنظم القانونية المتبعة بغية عدم احتكارها بيد الإشراف. وقد نظم القضاء ووضع حداً للتعسف في استعمال السلطة والقضاء.

وقد تميزت هذه المجموعة من القوانين بالقسوة في العقوبة، لدرجة أن أي إجراء شديد القسوة في أوروبا يوصف بأنه دراكونيا. كما وان قانون دراكون خلا من الأحكام الدينية.

(1) أبو الوفا ، انظر تاريخ النظم القانونية وتطورها ، ص40، د. علي جعفر نشأة القوانين وتطورها ، ص29

(2) علي نشأة القوانين وتطورها ، ص 30 ، أبو الوفا انظر تاريخ النظم القانونية وتطورها ، ص 40.

(3) علي جعفر نشأة القوانين وتطورها ، العهد البطلمي نسبة إلى "بطليموس" احد قواد الاسكندر المقدوني، الذي حكم مصر ثم خلفه أبناؤه ملوكا عليها، وكان يسمى كل منهم باسم بطليموس وعددهم ستة عشر ملكا واليهم ينسب العهد البطلمي، ص 30.

(4) أبو الوفا انظر تاريخ النظم القانونية وتطورها ، ص 40.

(5) جعفر، علي نشأة القوانين وتطورها ، ص 30.

(6) جعفر، علي نشأة القوانين وتطورها ، ص31-30.

(7) بيسيوني، عادل، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص98

(8) بيسيوني، عادل، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص 98-99

وقد هدف القانون إلى إشراك العامة في السلطة بجانب الأقلية الأرستقراطية. وكذلك أضعاف سلطة رب البيت بجانب السلطة العامة.⁽¹⁾

واهم أحكامه :

1. فكرة اللجوء للدولة والقضاء لأخذ الحق بدل القوة.
2. إنشاء محكمتين من الإشراف الأولى للجرائم الخطيرة والثانية للجرائم الأقل خطورة.
3. مما يؤخذ عليه خلط الدين بالقانون وتمجيد الآله. . .
4. ومن مأخذه قسوة أحكامه.
5. أبقى على نظام الطبقات.⁽²⁾

2. 3. 5 قانون "صولون"

صدر هذا القانون في اثينا بعد مرور عشرين عاما تقريبا من قانون دراكون اي سنة 594 ق. م. وقد وضعت المدونة بهدف التخفيف من قسوة قانون دراكون وكذلك بعد أن خابت الآمال من نتائج وآثار قانون دراكون على العامة حيث عجز القانون عن إحداث إصلاحات المرجوة فبقيت طبقة الإشراف هي المسيطرة على موارد الحياة في الدولة.⁽³⁾

واهم مميزات هذا القانون انه حدد سعر فائدة الديون وحرم الربا الفاحش، ومكن العامة من تولي القضاء والمناصب الأخرى الرفيعة، وحرر الدائنين من الرق، ومنع الاسترقاق أو التنفيذ على المدين المعسر، واخرج القانون من منظومة الدين إلى منظومة السياسة.⁽⁴⁾

وقد خفف من شدة أحكام قانون دراكون وكان أكثر عدالة من سابقه. كما وانه لم يتعرض للأحكام الدينية، وألغى الطبقات، وقد تحسنت أحوال الفلاحين والتجار والصناع والطبقة الوسطى.⁽⁵⁾

(1) أبو الوفا ، انظر تاريخ النظم القانونية وتطورها ص 35، د. علي جعفر نشأة القوانين وتطورها، ص 40-41

(2) بيسيوني، عادل، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص 105-106

(3) بيسيوني، عادل، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ص106، د. علي جعفر نشأة القوانين وتطورها، ص 41 ، أبو الوفا انظر تاريخ النظم القانونية وتطورها ، ص35.

(4) أبو الوفا، انظر، تاريخ النظم القانونية وتطورها، ص35-36 ، د. علي جعفر، نشأة القوانين وتطورها، ص42 عادل بيسيوني، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص106-107.

(5) جعفر، علي، نشأة القوانين وتطورها، ص43.

2. 3. 6 قانون الألواح الاثني عشر

لقد صدر هذا القانون في روما عام 451 ق.م، ويعتبر بمثابة المرحلة الأولى أو المقدمة للقانون الروماني لاحقاً. وقد وضع بناء على طلب الشعب للحد من سلطة الإشراف وإشراك العامة في شؤون الدولة، أما أسلوبه فكان شعرياً موجزاً، وقد اشتمل على بعض الأحكام الدينية كأحكام الجنازات.⁽¹⁾

وقد وضع القانون لجنة من عشرة أشخاص من الإشراف والشعب وجمع اثني عشر لوحاً. أما أهدافه فكانت ليحقق المساواة بين الإشراف والعامة والحد من احتكار رجال الدين وتفسيرهم الشخصي الخاص للقانون.

ويرجح انه كتب على ألواح من البرونز، وقد التهمها حريق روما 390. وقد اشتمل على قواعد إجرائية وكيفية تقديم الدعاوى الشكلية التي تلزم إجراء ألفاظ خاصة، هذا بالإضافة إلى الأحكام الخاصة بالأسرة والملكية الفردية، وقد قسم الجرائم إلى عامة وخاصة.⁽²⁾

فهو قانون احتوى على جوانب إجرائية شكلية لم تتوفر بالقوانين التي سبقته، واحتوى على أعراف قديمة وأحكامه بعيدة عن الأحكام الدينية وأسلوبه موجز.⁽³⁾

2. 4 أهم القوانين المعاصرة

والتي تقسم إلى ثلاثة أقسام رئيسية وهي:

2. 4. 1 الشريعة الإسلامية:

وهي الشريعة التي انزلت على سيدنا محمد بن عبد الله صلى الله عليه وسلم، وهي بمثابة القانون السماوي للمسلمين والذي يكفر من يجحد به.

(1) أبو الوفا انظر، تاريخ النظم القانونية وتطورها، ص36-37.

(2) بيسيوني، عادل، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص110-111.

(3) بيسيوني، عادل، المرجع السابق، ص112.

نشأة الشريعة الإسلامية:

تختلف نشأة الشريعة الإسلامية عن نشأة وتطور النظم القانونية الوضعية. فالشريعة الإسلامية لم تكن قواعد قليلة ثم كثرت، ولا مبادئ متفرقة ثم تجمعت، ولا نظريات أولية ثم تهدبت، ولم تولد الشريعة الإسلامية طفلة مع الجماعة الإسلامية ثم سايرت تطورها ونمت بنموها، وإنما ولدت شابة مكتملة ونزلت من عند الله شريعة كاملة شاملة جامعة مانعة لا ترى فيها عوجا، ولا تسهد فيها نقصا انزلها الله سبحانه من سمائه على قلب رسوله محمد صلى الله عليه وسلم في فترة قصيرة لا تجاوز المدة اللازمة لنزولها فقد بدأت ببعثة الرسول وانتهت بوفاته أو انتهت يوم قال تعالى في سورة المائدة الآية 30: "اليوم أكملت لكم دينكم واتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً".⁽¹⁾ كما أنها جاءت للبشرية جمعاء وليست لأمة دون أمة، أو وقت دون وقت.⁽²⁾

2. 4. 2 وضعية القوانين اللاتينية:

واصلها في القانون الروماني والذي تبناه القانون الفرنسي، وهذا النظام يعتمد على التشريعات والقواعد القانونية المكتوبة. وهو متبع في فرنسا ولبنان وسوريا وإيطاليا وأسبانيا وغيرها من دول النظام اللاتيني.

2. 4. 3 وضعية القوانين الانجلوسكسونية:

وهي التي تعتمد على العرف القضائي أو السوابق القضائية كأساس لتطورها، فالأحكام القضائية هي الأساس الذي تعتمده المحاكم للفصل في المنازعات بين الناس. مثل الولايات المتحدة الأمريكية وإنجلترا والهند. . . وغيرها.⁽³⁾

(1) عوده، عبد القادر التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، 2/1 مكتبة دار التراث القاهرة ط.1. ج 1 ص 15

(2) التشريع جنائي، ج.1. ص 15-16

(3) بسيوني، عادل، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص 19.

الفصل الأول: مصادر التشريع الإسلامي

وفيه اثني عشر مبحثاً:

- المبحث الأول: في المصادر
- المبحث الثاني: القرآن
- المبحث الثالث: السنة
- المبحث الرابع: الإجماع
- المبحث الخامس: القياس
- المبحث السادس: الاستحسان
- المبحث السابع: المصلحة المرسلّة
- المبحث الثامن: العرف
- المبحث التاسع: مذهب الصحابي
- المبحث العاشر: شرع ما قبلنا
- المبحث الحادي عشر: الاستصحاب (آخر مدار الفتوى)
- المبحث الثاني عشر: سد الذرائع

المبحث الأول: في المصادر

المصدر لغة: من صدر واصدرته فصدر اي رجعت فرجع، والموضع مصدر ومنه مصادر الافعال⁽¹⁾.
المصدر أو الدليل لغة: كل ما فيه دلالة وإرشاد إلى أي أمر من الأمور.⁽²⁾
المصدر أو الدليل باصطلاح الأصوليين: هو ما يمكن التوصل بصحيح النظر فيه إلى حكم شرعي.⁽³⁾

يقصد بمصادر التشريع الإسلامي أصوله التي يقوم عليها وأدلتها التي يستند إليها، فكلمة المصدر لا تعني بالنسبة للقواعد الشرعية الأصل المنشئ لها، لان الله تعالى هو مصدر الأحكام كافة، وإنما يعني طرق استنباطها من الشرع مباشرة أو عن طريق الاجتهاد. ولفظ المصدر بالنسبة للشرعية يرادف مصطلح المصدر الرسمي بالنسبة للقانون، رغم أن الفقهاء استعملوا لفظ الأصل أو الدليل. "ومصدر الشريعة القرآن والسنة وقد أباحت الاجتهاد في ضوء النصوص الواردة في القرآن والسنة واعتبر ما سن في حدود هذه المبادئ من الشريعة، وبذلك يكون الفقه قد استمد أحكامه من الشريعة سواء كان بطريق مباشر أو غير مباشر".⁽⁴⁾

أما ما اقصده عند الحديث عن مصادر التشريع الإسلامي في رسالتي فهو الفهم الأصولي الاصطلاحي الوارد في أمات كتب الأصوليين من القرآن والسنة.
القانون:⁽⁵⁾ يقصد بالقانون اصطلاحاً مجموعة القواعد العامة المجردة التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع والتي تقترن بجزاء توقعه السلطة العامة على من يخالفها.
وقد يستعمل لفظ القانون على القواعد المكتوبة الصادرة عن السلطة التشريعية وهو معنى خاص. كما وقد يستعمل للدلالة على فرع من فروع القانون العام كأن نقول القانون المدني أو التجاري وهكذا.⁽⁶⁾

¹ ابن منظور، لسان العرب 301\7 دار احياء التراث بيروت ط3.

² تقيّه، محمد بن احمد، مصادر التشريع الإسلامي، مؤسسة الكتب الثقافية، ط1 1999 بيروت لبنان، ص15.

³ مصدر سابق، ص 15.

⁴ نشأة القوانين وتطورها، ص 237.

⁵ القانون بالفرنسية Droit وهي مشتقة من اللاتينية Directom أي ما هو مطابق للنظام ويطلق على القانون بالإيطالية diritto وفي الأسبانية Derecho وفي الألمانية Recht وفي الإنجليزية Law وفي الاغريقية Nomos

⁶ مسعد، محيي محمد، اسس الثقافة القانونية واهميتها للانسان في عصر العولمة 2008 المكتب الجامعي الحديث ط1 الاسكندرية ص 31 ، عادل بسيوني، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص 10.

القانون الوضعي

يقصد بالقانون الوضعي، القانون المطبق في بلد معين وفي عصر بذاته، دون اعتبار لمصدر قواعده حتى لو كان مصدرها سماويا، فالقانون الوضعي الأردني الحالي يشمل مجموعة القواعد القانونية المعمول بها الآن في الأردن، ويعد الدين مصدرا اصليا في مسائل الأحوال الشخصية.⁽¹⁾

ترجمة للمصطلح الفرنسي (Droit positif):

الذي يعني مجموعة القواعد القانونية التي تكون "النظام القانوني" الذي يحكم فعلاً حياة جماعة من الناس في مكان معين وزمان معين. بهذا المعنى يقال "القانون المصري الوضعي". فالمقصود بصفة "الوضعية" للقانون هو توافر "الإيجابية" أو "الفعالية" وهي الترجمة الدقيقة للكلمة الفرنسية (Positif) لقواعده بمقتضى ما يصاحبها في التطبيق من إجبار على احترامها وسريانها، تفرضه السلطة العامة في المجتمع.⁽²⁾

أما الدكتور حسن كيره فيقول أن اصطلاح "القانون الوضعي" هو اصطلاح يتحدد بالزمان والمكان على السواء فيقال "القانون الوضعي اللبناني أو المصري أو الفرنسي الحالي" مثلاً، للدلالة على القانون السائد في لبنان أو مصر أو فرنسا في الآونة الحاضرة.

فالمقصود بصفة الوضعية التي تلحق قانون جماعة معينة في وقت معين، هو توافر الصفة الإيجابية للقواعد عن طريق ما يصحبها ويؤيدها في التطبيق من إجبار مادي معين تملكه سلطة عامة في الجماعة. فالإيجابية لكونها فعالة أو مطبقة في الزمان أو المكان المحدد.

لعل اللفظ الفرنسي في هذا الصدد أدق في التعبير من اللفظ العربي، إذ لفظ (Positif) يعني فعال أو ايجابي بالمقابلة للفظ (Ne"gatif) أي سلبي. أما اللفظ العربي "وضعي"، فقد يدعو إلى الظن بأن القانون الوضعي يقصد به القانون الذي يضعه الناس ويصدر عنهم، وهو ما يشيع فهمه في اللغة الجارية التي تجعل القانون الوضعي بهذا المعنى مقابلاً للقانون السماوي الذي يضعه الله. ومثل هذا الظن غير صحيح في الاصطلاح القانوني.

فالمقصود بالقانون الوضعي كما سبق البيان، القانون السائد والمطبق فعلاً، وذلك دون اعتبار لمصدر قواعده. فيعتبر قانوناً وضعياً في جماعة معينة كل ما يطبق فيها من قواعد قانونية ولو كان مصدرها سماويا. وهذا هو ما عليه الحال في الدول العربية حيث يعتبر الاسلام-وهو مصدر سماوي- المصدر

(1) القاضي، سمير، المدخل لدراسة القانون، نابلس ط1 1996 ص 12 - ص 11.

(2) مسعد، محيي محمد، أسس الثقافة القانونية وأهميتها للإنسان في عصر العولمة، 2008 المكتب الجامعي الحديث ط1 الإسكندرية، ص 98 .

الرسمي لأغلب القواعد التي تحكم مسائل الأحوال الشخصية، وبذلك تعتبر هذه القواعد الدينية السماوية جزءاً من القوانين العربية الوضعية الحالية.⁽¹⁾

أما ما اقصده عند الحديث عن القانون الوضعي في رسالتي فهو القانون غير الإلهي وغير المستمد من المصادر الشرعية والمخالف للنصوص الإلهية الإسلامية. المطبق في أي زمان دون اعتبار لمكان تطبيقه، فهو المقابل للقانون السماوي.

المصدر المادي أو الموضوعي للقانون: مجموعة العوامل المختلفة التي يستمد منها القانون مادته وتتمثل في العوامل الطبيعية والاقتصادية والسياسية والجغرافية والدينية، وتلك العوامل ترتبط بتحديد مضمون القانون.⁽²⁾

المصدر الرسمي للقانون: الطريق الذي تأتي منه القاعدة أو المنبع الذي تخرج منه لتصبح ملزمة وقابلة للتطبيق كالتشريع والعرف.⁽³⁾

المصدر التاريخي للقانون: الأصل التاريخي الذي يرجع إليه المشرع عند وضعه القاعدة القانونية، فالشريعة الإسلامية والقانون الفرنسي مصدران تاريخيان للقانون المصري.⁽⁴⁾

مصادر علم الفقه الأصلية: أربعة (الكتاب، والسنة، والإجماع، والقياس).⁽⁵⁾

الفقه اصطلاحاً : العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية⁽⁶⁾

القاعدة القانونية: هي الوحدة أو الخلية التي من مجموعها يتكون القانون.⁽⁷⁾

(1) كيره، حسن، المدخل إلى القانون، ص10-11

(2) اسس الثقافة القانونية وأهميتها للإنسان في عصر العولمة، ص43 .

(3) اسس الثقافة القانونية وأهميتها للإنسان في عصر العولمة، ص43

(4) اسس الثقافة القانونية وأهميتها للإنسان في عصر العولمة، ص43

(5) انظر مادة 1، مجلة الأحكام العدلية ، ج1 ص 16

(6) شرح جمع لجوامع للمحلى 32\1، الفقه الإسلامي وأدلته، 30\1

(7) تاريخ النظم القانونية ، ص 17

المبحث الثاني:

القرآن⁽¹⁾ الكريم (أول مصادر التشريع الإسلامي)

القرآن : التنزيل العزيز ، وإنما قُدِّمَ على ما هو أبسط منه لشرفه يسمى كلام الله الذي أنزله على نبيه محمد صلى الله عليه وسلم كتاباً و قرآناً و فرقاناً و معنى القرآن معنى الجمع ، و سمي قرآناً لأنه يجمع السور فيضمها⁽²⁾.

التعريف الاصطلاحي للقرآن:

يعرف العلماء القرآن الكريم " بأنه كلام الله العربي الموحى به المنزل على الرسول صلى الله عليه وسلم ، المنقول بالتواتر ، المتعبد بتلاوته ، المعجز ، المتحدى به و بأقصر سورة منه"⁽³⁾.

لقد وردت تعاريف كثيرة للقرآن في كتب الأصول، وقد حاول كل باحث أن يضع التعريف الأكثر شمولاً وإحاطة ودقة بما يليق وكتاب الله المعجز .

القرآن الكريم اصل للتشريع الإسلامي وعمدة أحكامه وأسس وقواعده وأدلته"⁽⁴⁾ والأحكام ثلاثة أنواع اعتقادية وخلقية وعملية.⁽⁵⁾ وهو اصل الأصول.⁽⁶⁾

القرآن : التنزيل العزيز ، وإنما قُدِّمَ على ما هو أبسط منه لشرفه يسمى كلام الله الذي أنزله على نبيه محمد صلى الله عليه وسلم كتاباً و قرآناً و فرقاناً و معنى القرآن معنى الجمع ، و سمي قرآناً لأنه يجمع السور فيضمها.

فمن الأصوليين من عرفه"هو كلام الله الذي نزل به الروح الأمين على قلب رسول الله محمد بن عبد الله بألفاظه العربية ومعانيه الحقة، ليكون حجة للرسول على انه رسول الله ودستورا للناس يهتدون بهداه، وقربة يتعبدون بتلاوته، وهو المدون بين دفتي المصحف، المبدوء بسورة الفاتحة، المختوم بسورة الناس، المنقول إلينا بالتواتر كتابية ومشافهة جيلاً عن جيل، محفوظاً من أي تغيير أو تبديل، مصداقاً قول الله فيه في سورة الحجر آية 9 (انا نحن نزلنا الذكر وانا له نحافظون)⁽⁷⁾

ومنهم من عرفه"القرآن هو الكتاب المنزل على رسول الله محمد صلى الله عليه وسلم، المكتوب في المصحف، المنقول إلينا عنه نقلاً متواتراً بلا شبهة"⁽⁸⁾.

(1) لفظ القرآن في اللغة العربية مصدر قرأ، كالغفران مصدر غفر، يقال قرأ قرأه وقرانا، ومنه قوله تعالى"لا تحرك به لسانك لتعجل به"انا علينا جمعه وقرانه*فاذا قرأه فاتبع قرانه"سورة القيامة16-18.

(2) جزء 11 ص 78 باب قرأ.

(3) عناية ، غازي، هدى الفرقان في علوم القرآن ، عالم الكتب ط1-1996م، ص 23.

(4) أبو قاهوق، عبد المنعم، رسالة دكتوراة، ص26.

(5) مصدر سابق، ص 26.

(6) الشاطبي، ابي اسحاق الموافقات في أصول الشريعة4/1 ، بيروت المكتبة العصرية ط1 2002، ج3، ص26.

(7) خلاف ، عبد الوهاب، علم أصول الفقه، القاهرة دار الحديث ط1، ص26.

(8) زيدان، عبد الكريم، الوجيز في أصول الفقه مؤسسة الرسالة ط1996 ص5 بيروت لبنان نقلا عن ص 152، حاشية الازميري

واعرفه بأنه"كلام الله المعجز بلفظه المتعبد بتلاوته والذي نزل على الرسول محمد بن عبد الله، منجما على مدار 23 سنة، والمبتدئ بسورة الفاتحة، والمختوم بسورة الناس، والمحفوظ بوعد من الله، وهو مصدر المصادر التشريعية، ومنبع الأحكام، إعجازه لا ينفذ، وعجائبه لا تنقضي. وهو الكتاب العزيز، الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه تنزيل من رب العالمين"

المطلب الأول: خصائص القرآن الكريم

1. كلام الله عز وجل المنزل على رسوله محمد صلى الله عليه وسلم
2. عربي اللفظ ونزل بلسان العرب
3. منقول بالتواتر
4. حبل الله المتين
5. المصدر الأول للتشريع الإسلامي - مصدر المصادر
6. نزل منجما مبتدأ بليلة القدر مختتما بيوم عرفة.
7. نصوصه قطعية ومنكرها كلها أو بعضها كافر.
8. آياته معجزة والتحدي بها
9. محفوظ من الزيادة والنقصان
10. شامل لجميع نواحي الحياة.⁽¹⁾

1. هو كلام الله المنزل على الرسول محمد صلى الله عليه وسلم. وبالتالي فإن أي كلام أو كتاب نزل على غير محمد بن عبد الله فهو ليس قرانا يتعبد بتلاوته.

2. عربي اللفظ ونزل بلسان العرب. حيث يقول تعالى "﴿لَقَدْ أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْعَرَبِيَّةِ فَاعْرِبْ﴾" (2). وقوله تعالى "﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْعَرَبِيَّةِ فَاعْرِبْ﴾"

=على مرآة الاصول ج1 ص86-87 /والامدي ج1 ص 22 /شرح مرقاة الوصول ج1 ص93-96 /والتوضيح والتلويح ج1 ص36 /والمستضفى للغزالي ج1 ص65.

(1) محمد أبو زهره، انظر أصول الفقه ص75-100 دار الفكر العربي القاهرة مصر 2006.

الوجيز في أصول الفقه د. عبد الكريم زيدان مؤسسة الرسالة 1996 ط5 بيروت لبنان ص- 152 - 160 / علم أصول الفقه عبد الوهاب خلاف 26-39 .

المدخل إلى الفقه الإسلامي د. عبد العزيز خياط ص25-42 1991 ط1 دار الفكر للنشر والتوزيع عمان الاردن

أصول الفقه الشيخ محمد للخضري ص206-212 دار الحديث القاهرة ط1 2003

أصول البزدوي ج1 ص282

(2) سورة الزخرف , آية 3

- (1) " فلفظ القرآن ومعناه ونزوله باللغة العربية، وبالتالي فإن الحديث الشريف لا يعتبر قرانا حيث لفظه من الرسول صلى الله عليه وسلم. منقول بالتواتر. أي أن أول النقل كآخره وأوسطه كطرفيه. 3.
4. حبل الله المتين. فقله تعالى" ﴿لَا يَمَسُّهُ إِلَّا الَّذِينَ حَبِطَ عَلَيْهِمْ الصَّوْمُ الَّذِي كَانُوا يَعْتَدُونَ﴾ (2)، فالإمساك به نجاة والابتعاد عنه هلاك. فلا نجاة ولا فلاح إلا به.
5. المصدر الأول للتشريع الإسلامي. فهو مصدر المصادر ودستور المسلمين، لا يجوز سن التشريعات الفرعية أو استنباط الأحكام الفقهية، أو الاستدلال بنص، إلا إذا كان موافقا للقران الكريم وحكمه. وهو أعلى التشريعات، ورأس النظام القانوني في الدولة الإسلامية. وقد وجدت المصادر التشريعية الأخرى لتنفيذ وتطبيق ما جاء في القرآن الكريم لخدمة الإنسان والارتقاء به للأفضل. فهو أول التشريعات والذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه.
6. نزل منجما مبتدأ في ليلة القدر مختتما بيوم عرفة: لحكمة مفادها حتى يستطيع النبي صلى الله عليه وسلم حفظه وقراءته على أصحابه بتدرج وليثبت فؤاد النبي وصحبه.
7. منكر آياته كافر. حيث لا يجوز لأحد أن ينكر آية أو حرفا من القرآن الكريم فأياته قطعية الثبوت. ومنكرها كافر بإجماع أئمة المسلمين.
8. آياته معجزة. ففيه الإعجاز اللغوي والتشريعي والطبي والفلكي وغيرها من أنواع الإعجاز وأشكاله والتي يعجز البشر عن الإتيان بمثله.
9. محفوظ من الزيادة والنقصان بإذن الله ووعده حيث قال تعالى" ﴿لَا يَمَسُّهُ إِلَّا الَّذِينَ حَبِطَ عَلَيْهِمْ الصَّوْمُ الَّذِي كَانُوا يَعْتَدُونَ﴾ (3).
10. شامل لجميع نواحي الحياة. فالقرآن الكريم يغطي جميع جوانب الحياة البشرية سواء على الصعيد الاقتصادي أو الاجتماعي أو العلمي أو الثقافي أو العسكري أو السياسي وغيرها. فقال تعالى" ﴿لَا يَمَسُّهُ إِلَّا الَّذِينَ حَبِطَ عَلَيْهِمْ الصَّوْمُ الَّذِي كَانُوا يَعْتَدُونَ﴾ (4)، وقال: " ما فرطنا في الكتاب من شيء ﴿قُلْ هُوَ الْقَادِرُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ﴾ (5). فهو نظام شامل يغطي جميع متطلبات الحياة في كل زمان ومكان.

(1) سورة يوسف، آية 2

(2) سورة آل عمران، آية 103

(3) سورة الحجر، آية 9

(4) سورة النحل، آية 89

(5) سورة الانعام، آية 38

المطلب الثاني: أساليب القرآن في مخاطبة الناس في أمور التشريع.⁽¹⁾

لقد تعددت أساليب القرآن الكريم في مخاطبة الناس، وذلك تبعاً للظرف أو الحال أو الموضوع أو اعتباراً للمكان أو الأشخاص. فقد راعى القرآن الكريم الأحوال والظروف والأعراف وحالات الناس، وجاءت التشريعات موافقة ومراعية لجملته من الأمور والتي نعلم قليلها، وكثيرها لا يعلمها إلا الله. ومن هذه الأساليب التي اعتمدها القرآن الكريم:

1. أسلوب الطلب: مثلاً قوله تعالى "

2. أسلوب النهي: مثل "

3. أسلوب التخيير: مثلاً "

4. أسلوب التذكير: مثلاً "

5. أسلوب التوبيخ: مثلاً "

6. أسلوب التأييد: مثلاً "

7. أسلوب التمهيد: مثلاً "

(1) د. عبد العزيز خياط، المدخل إلى الفقه الإسلامي، ص 39-42.
 (2) سورة النساء، آية 58.
 (3) سورة البقرة، آية 183.
 (4) سورة الأنعام، آية 151.
 (5) سورة النساء، آية 19.
 (6) سورة البقرة، آية 197.
 (7) سورة البقرة، آية 173.

المطلب الثالث: أحكام القرآن.(1)

تقسم أحكام القرآن الكريم بحسب كتب الأصول إلى ثلاثة أقسام:

1. أحكام العقيدة أو الاعتقاد: وهي المتعلقة بالإيمان بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر والقدر خيره وشره والغيب. (التوحيد)
2. أحكام الأخلاق وتهذيب النفوس: وهي دائرة تحبيب الفضائل وابتعاد الرذائل.
3. الأحكام العملية: وهي المتعلقة بأعمال المكلفين من عبادات ومعاملات⁽²⁾ وأقوال وأفعال وتصرفات وتنظيم علاقات الأفراد ببعضهم البعض وبعضهم بالله.

المطلب الرابع: إعجاز القرآن.(3)

الاعجاز مصدر أعجز " و معنى الاعجاز الفوت و السبق يقال أعجزني فلان أي فاتني⁴ ."

الاعجاز اصطلاحاً

تعريفه : أمر خارق للعادة مقرون بالتحدي سالم عن المعرصة⁵.

القرآن الكريم هو كتاب الله المعجز، الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه، فهو الذكر الحكيم. وقد تعددت أوجه الإعجاز في القرآن الكريم على اختلاف العصور والأزمنة، فبين دفتيه نجد الإعجاز اللغوي والبلاغي، ونجد الإعجاز التشريعي، ونجد الإعجاز العلمي والطبي والفلكي، ولا ننسى الإعجاز التشريعي والاقتصادي وغيرها من وجوه الإعجاز التي اكتشفها الإنسان من بحر القرآن العظيم.

ومن وجوه إعجازه:

1. بلاغته التي أعجزت العرب سواء في المنظوم أو في المنثور، لغته متينة أعجزت الشعراء وأهل البلاغة.
2. قصصه وأخباره بالوقائع السالفة والتي ثبت فعلا وقوعها في الأزمنة الغابرة بالدليل العلمي.
3. أخباره بالأمم السابقة وأخبارهم دون علم من العرب بها قبل ذلك مثل الأخبار بقصة يوسف عليه السلام وغيرها ممن سلف.

(1) عبد الكريم زيدان الوجيز في أصول الفقه، انظر 155-160 ، وهبه زحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ص 438-448. عبد الوصاب خلاف علم أصول الفقه، ص 35.

(2) في العصر الحديث تنوعت المعاملات وأصبحت أقساما مثل أحوال شخصية/أحكام دستورية/جنائية. . .

(3) أبو زهره ، محمد، أصول الفقه، ص 79-85 عبد الكريم زيدان، الوجيز، ص 153-155 ، عبد الوهاب خلاف 27-35 ، وهبه الزحيلي أصول الفقه الإسلامي 431-437.

(4) جزء 9 ص 58 باب عجز.

(5) العبيدي، خالد فائق، القرآن منهل، دار الكتب العلمي - بيروت ط1 سنة 2007 م.

4. الإعجاز العلمي في القضايا الكونية والتي تتجلى أكثر فأكثر يوماً بعد يوم. فكلما تطور العلم الحديث كلما تجلت الحقائق الكونية الإلهية للخلق.

5. التحدي في المجالات المختلفة للبشر مثل الاتيان بسورة من مثله.

6. شمول أحكامه واتساع عباراته وانسجامها: فقد شمل القرآن الكريم أحكاماً لتنظيم حياة العباد في كل المجالات ما يدل على قوة خارقة منشئة لهذه الأحكام، حيث لا يمكن أن تكون من كلام بشر، كيف تكون كذلك وهي معجزة وشاملة بهذا الشكل.

فالقرآن الكريم أعلى التشريعات في الإسلام وهو دستور المسلمين، ولا يجوز لتشريع أدنى منه أو اجتهاد فقهي أن يخالفه، فكل ما يخالف القرآن باطل، ولو نظرنا إلى القرآن الكريم كمصدر أول ورئيسي من مصادر التشريع الإسلامي لوجدنا فيه من الأحكام التفصيلية ومن الأحكام المجملة والتي تركز على الكليات والأطر العامة لتنظيم الدولة، أما القرآن الكريم فتجده يخوض في تفاصيل مسائل معينة كبعض قضايا الأحوال الشخصية وحتى الحضانة والرضاع، وتجده في مواقع أخرى ينص على قواعد قطعية لتنظيم أمر ما فمثلاً نجد القرآن الكريم في مسألة نظام الحكم والشورى يحكم مجمل هذا

الباب بأيتين اثنتين وهما ﴿قَدْ جَاءَكُمْ مِنَ اللَّهِ نُورٌ وَكِتَابٌ مُبِينٌ﴾ (1) ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ (2) وباقي التنظيم التفصيلي لهذه المسألة

الدستورية تركت لرجال كل مكان وزمان، يتصرفون وفق ما يتلاءم وأحوال عصرهم واحتياجاته. أما في النظم الوضعية فنجد مثلاً الدستور ينظم مسألة نظام الحكم في الدولة فأما رئاسياً أو نيابياً أو نظام الجمعية أو جمهورياً وهكذا، ولا بد من التقييد به، أما بالقرآن العظيم دستور المسلمين نجد انه لا يوجد نظاماً محدداً يمكن الاعتماد عليه على مر العصور بل هي مسألة قابلة للتفكير والتحليل وفق المصلحة، فيمكن أن يكون نظاماً جمهورياً أو ملكياً أو . . . بشرط أن يكون ذلك في إطار القواعد الدستورية وهي الآيات الواردة في القرآن وبشرط آخر وهو أن يكون الاجتهاد الفقهي في إطار القرآن ووفق الضوابط الشرعية المرعية.

1 (سورة الشورى ، اية 38 .

2 (سورة آل عمران ، اية 159 .

فالسنة لغة: الطريقة المعتادة أو السلوك التي يلتزم به المرء. واصطلاحاً: ما صدر عن الرسول من قول - مثل "خذوا عني مناسككم"⁽¹⁾ أو "من أحيا أرضاً ميتة فهي له"⁽²⁾ متفق عليه والسنة في الاصطلاح : "هي أقوال النبي صلى الله عليه وسلم وأفعاله وتقريراته وصفاته"⁽³⁾. وهي عند الأصوليين "كل ما صدر عن الرسول صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير"⁽⁴⁾. السنة في الاصطلاح هي : ما صدر عن النبي صلى الله عليه وسلم غير القرآن من قول ، أو فعل ، أو تقرير مما يخص الأحكام التشريعية⁵. وقد تطلق على ما كان {في الشرع : السنة : العبادات النافلة المنقولة عن النبي صلى الله عليه وسلم ، من الأدلة الشرعية مما ليس بمتلو ، ولا معجز ، ولا داخل في المعجز ، {النبي صلى الله عليه وسلم وهذا النوع هو المقصود بالبحث ها هنا ، وهو قول الرسول صلى الله عليه وسلم و فعله⁶. أو فعل - كطوافه عليه الصلاة والسلام سبعا حول البيت-⁽⁷⁾ أو تقرير - مثل إقراره صلى الله عليه وسلم شركة المضاربة⁽⁸⁾⁽⁹⁾ والسنة في اصطلاح الفقهاء تطلق على ما ليس بواجب كسنة الظهر⁽¹⁰⁾(المندوب) وفي اصطلاح العبادات تعني النافلة⁽¹¹⁾ ويقول د. عبد الكريم زيدان"ولكن المستفاد من كتب فروع الفقه: أنها تطلق عند الفقهاء على ما هو مندوب من العبادات وغيرها، وقد تطلق كلمة" السنة"في كلام بعض الفقهاء على ما يقابل"البدعة"، فيقال: فلان على سنة، إذا عمل وفق عمل النبي صلى الله عليه وسلم، وفلان على بدعة، إذا عمل على خلاف ذلك"⁽¹²⁾.

-
- (1) سنن النسائي، لابي عبد الرحمن احمد بن شعيب بن علي الشهير بالنسائي ت 303 هـ حكم على احاديثه واثاره وعلق عليه العلامة المحدث محمد ناصر الدين الالباني-مكتبة المعارف،الرياض 1 مج ط1 حديث رقم 3062 ص 472
- (2) متفق عليه
- (3) الأحكام للامدي 87/1
- (4) الزحيلي ج 1 ص 450 /حاشية الازميري ج2 ص 196 /الامدي ج1 ص 241
- (5) المهذب ج2/634
- (6) الأصفهاني ، شمس الدين محمود عبد الرحمن ، شرح المنهاج للبيضاوي في علم الأصول ن749 هـ ، قدم له و حققه - الدكتور عبد الكريم بن علي بن محمد الملة ، مكتبة الرشيد - الرياض عدد مجلدات 2 ، 497/2 ط1-سنة 1999م.497
- (7) عبد العزيز الخياط المدخل إلى الفقه الإسلامي ، ص 43.
- (8) الشوكاني ،إرشاد الفحول ، ص 33 .
- (9) انظر وهبه ج1 ص 449-450 /زيدان ص 161 /الخياط ص 43 /أبو زهره أصول الفقه ص 101 /خلاف ص 40.
- (10) مدخل الفقهي الخياط ص 43 نقلا عن إرشاد الفحول للشوكاني 41-33/زيدان ص 161 . انظر الشوكاني ص33/الامدي ج1 ص 241
- (11) مدخل خياط ص 43 نقلا عن التلويح على التوضيح 2/2. /زيدان ص 161
- (12) زيدان ،عبد الكريم ، مرجع سابق ، ص 161

فقد جاءت السنة النبوية الشريفة مفصلة ومؤكدة ومبينة وموضحة ومفسرة للقران الكريم، ومخصصة للعام ومقيدة للمطلق، فلولا السنة وتفصيلاتها لما عرفنا عدد الركعات في الصلاة، ولما زاد اهتمامنا بما أراد الله أن نهتم به فمثلا قوله صلى الله عليه وسلم "استوصوا بالنساء خيرا"⁽²⁾ في توجيه لنا بالاهتمام بالمرأة ووجوب رعايتها وهو مؤكد لقوله تعالى "﴿لَا يَجْرِمَنَّكُمْ شُرَٰكُؤُكُمْ فِي شَيْءٍ مِّمَّا كَفَرْتُمْ إِنَّ الظَّالِمِينَ فِي عَذَابٍ مُّضْتَرِّينَ ﴿١٠١﴾﴾" ⁽³⁾.

ولولا السنة لما عرفنا تحريم لحم الحمر الأهلية أو كل ذي ناب من الطير، أو تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها⁽⁴⁾. ولولا السنة لما وضحت لنا أنصبة ومقادير الزكاة، ولولا السنة لما عرفنا الكثير من أحكام العقوبات وغيرها.

من الأحاديث ذات العلاقة:

قال رسول الله محمد صلى الله عليه وسلم:

- "إلا أني أوتيت القرآن ومثله معه"⁽⁵⁾

- "خذوا عني مناسككم"⁽⁶⁾

- "صلوا كما رأيتموني اصلي"⁽⁷⁾

- "تركتم فيكم أمرين لن تضلوا ما تمسكتم بها كتاب الله وسنتي"⁽⁸⁾

وقد قال الإمام أبو زهره في أصول الفقه "مقام السنة من القرآن الكريم أنها تعاونه في بيان الأحكام الشرعية، وهذه المعاونة تتلخص في أمور ثلاثة:

أولها: أنها تبين مبهمه، وتفصل مجمله، وتخصص عمومه على اختلاف في قوتها في التخصيص، وأنها تبين الناسخ من المنسوخ عند الجمهور الذين يرون جواز نسخ بعض أحكام القرآن.

(1) سورة النور , آية 63

(2) رواه البخاري في باب بدء الخلق

(3) سورة النساء, آية 19

(4) حديث " لا تتكح المرأة على عمتها ولا على خالتها، ولا المرأة على ابنة أخيها أو أختها أنكم أن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم" رواه مسلم حديث رقم 1408 ص 669 والبخاري في صحيحه حديث رقم 5109 ص 1088 والترمذي وغيرهما بروايات متعددة ومختلفة.

(5) د. علي محمد الحجاز، مسند الشاميين من مسند الامام احمد 1\348 مؤسسة الكتب الثقافية ط1 سنة 1990. ومسند الشاميين للامام الحافظابي القاسم سليمان بن احمد بن ايوب الطبراني 360 هـ حقه حمدي عبد المجيد السلفي مؤسسة الرسالة ط1 1996 ج250\2 حديث رقم 1061

(6) سبق تخريجه

(7) رواه البخاري في باب الأذان وباب التمني. وفي تلخيص الحبير في تخريج احاديث الرافي الكبير لابن حجر العسقلاني ت 852\221 حديث رقم 768 دار الكتب العلمية بيروت

(8) الهندي ، علاء الدين علي المتقي , كنز العمال في سنن الاقوال والافعال , تحقيق محمود عمر الدمياطي , دار الكتب العلمية بيروت 2004\2، 100\1 حديث رقم 872

ثانيها: أنها تزيد على فرائض ثبتت أصولها في القرآن بالنص بأن تأتي بأحكام زائدة مكملة لهذه الأصول.

ثالثها: أنها تأتي بحكم ليس في القرآن نص عليه وليس هو زيادة على نص قرآني.⁽¹⁾ فمن خلال الآيات أعلاه نستطيع التيقن بأن السنة النبوية الشريفة هي مصدر رئيس للتشريع الإسلامي، فبالإضافة للأدلة من الكتاب والحديث، هنالك أدلة أخرى تبين أن السنة النبوية مصدر تستنبط منه الأحكام الشرعية مثل الإجماع .

الإجماع:

فقد اجمع المسلمون منذ عهد النبي صلى الله عليه وسلم بضرورة اللجوء والأخذ بالسنة النبوية المطهرة وأحكامها، فلم يفرقوا بين القرآن والسنة حيث مصدرهما واحد.⁽²⁾

المعقول:

يقول د عبد الكريم زيدان "ثبت بالدليل القاطع: أن محمداً صلى الله عليه وسلم رسول الله، ومعنى الرسول: هو المبلغ من الله، ومقتضى الإيمان برسالته: لزوم طاعته، والانقياد لحكمه، وقبول ما يأتي به، وبدون ذلك لا يكون للإيمان به معنى. ولا تتصور طاعة الله والانقياد إلى حكمه، مع المخالفة لرسوله صلى الله عليه وسلم".⁽³⁾

المطلب الثاني: أنواع السنة الشريفة:

تقسم السنة إلى أقسام بحسب المراد من التقسيم:

الفرع الأول: فالسنة في ذاتها أو من حيث ماهيتها تقسم إلى ثلاثة أقسام.⁽⁴⁾
أولاً: سنة قولية:

هي أقواله صلى الله عليه وسلم والتي قالها في المناسبات المختلفة، وقد يطلق عليها "الحديث" وبهذه الحالة تكون اخص من السنة بمعناها العام. وهذا النوع من السنة كثير مثلاً قوله صلى الله عليه

(1) أبو زهره، أصول الفقه، ص 107

(2) انظر عبد الكريم زيدان ص 163

(3) م. س ص 163.

(4) زيدان 164-168 /خلاف ص 40 /ص 450 زحيلي ج 1.

(2) نصب الرأية 74\5 دلائل النبوة ومعرفة اصول صحابة الشريعة لابى بكر احمد بن حسين البيهقي دار الحديث القاهرة ط2007
7\1 26\3 افعال الرسول صلى الله عليه وسلم ودلالاتها على الاحكام د.محمد سليمان الاشقر 273\1 ط1 دار النفائس الاردن
2004 السيوطي عبد الرحمن بن ابي بكر ت 911 هـ الخصائص الكبرى او كفاية الطالب اللبيب في خصائص الحبيب، دار
الكتب الحديثه القاهرة ط 186 هـ 3\1 ، ابو الشامه عبد الرحمن اسماعيل المنقدي ت 665 هـ المحقق من علم الاصول فيما
يتعلق بافعال الرسول صلى الله عليه وسلم

وسلم: "لا ضرر ولا ضرار" أو قوله عن البحر "هو الطهور ماؤه، الحل ميتته" أو قوله "من رأى منكم منكرا فليغيره بيده، فمن لم يستطيع فبلسانه، فمن لم يستطيع فبقلبه، وذلك اضعف الإيمان" أو قوله "العمد قود" (2) وغيرها الكثير.

فهذه السنة تكون مصدرا تشريعا إذا كان المقصود منها تبيان الأحكام الشرعية والتشريعات مثل حكم أكل الحمر الأهلية أو عدم الجمع بين المرأة وخالتها أو عمتها، أما إذا لم يقصد به التشريع فهو ليس مصدرا تشريعا وليس بالضرورة الأخذ به حيث أنها ليست دليلاً يستتبط منه الأحكام ودلالة ذلك القصة المشهورة أن الرسول صلى الله عليه وسلم رأى قوما في المدينة يؤيرون النخل، فأشار عليهم بتركه، ففسد الثمر، فقال لهم: أبروا، انتم اعلم بأمر دنياكم.

ثانيا: سنة فعلية

وهي أفعال الرسول صلى الله عليه وسلم فمنها ما يكون تشريعا ومنها ما لم يكن، فما يكون تشريعا مثل أدائه الصلوات الخمس بأركانها وهيئاتها، أو أدائه مناسك الحج بالصورة المعروفة ومثل قضائه بشاهد واحد.

أما أفعاله الجبلية كالأكل والشرب والمشي فهذه لا تدخل في باب التشريع وان حرص الصحابة على العمل بها. وكذلك ما صدر بحكم خبراته الشخصية كتتظيم الجيش والمعارك كما حدث ببدر يوم أراد إنزال الجيوش فسأل الصحابة أهذا منزل أنزلك الله فيه أم هو الرأي والحرب والمكيدة؟ فقال: بل هو الرأي والحرب والمكيدة فقال الصحابي: ليس هذا بمنزل، وأشار على الرسول صلى الله عليه وسلم بإنزال الجيش في مكان آخر عينه له لأسباب بينها للنبي فاخذ بقوله¹.

وأما أفعال من خواصه مثل الزواج بأكثر من أربعة نساء أو الوصال في الصوم. فالزواج بأكثر من أربع نسوة حق للرسول صلى الله عليه وسلم مباح. وحكم الوصال في الصوم مندوب² والفقهاء يذكرون الوصال في الصوم في قسم المباح ونسبه السيوطي الى الجمهور وبه قال الجويني³.

ثالثا: سنة تقريرية.

وهو سكوت النبي وعدم إنكاره لفعل أو قول صدر في وجوده أو في غيبته وعلمه من قبل الصحابة، والسكوت دليل الإباحة حيث لو أراد النبي صلى الله عليه وسلم لنهي عن ذلك القول أو الفعل، لان الرسول صلى الله عليه وسلم لا يسكت عن منكر. ولكن سكوته أو إظهار استحسانه دليل القبول مثل الصحابييين اللذين كانا في سفر فلم يجدا ماء فتيما فلما وجد الماء احدهما أعاد والآخر لم يعد،

(1) خلاف، 40-41 حديث سنن أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني ت 275 هـ.

(2) الخطيب، محمد عجاج، أصول الحديث، ص 67.

(3) الشوكاني، الإمام محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار من احاديث سيد الاخيار شرح منتقى الاخيار، ت 1255 ضبطه

وصححه محمد سالم هاشم دار الكتب العلمية بيروت ط 1 1995 28611 حديث رقم 365

فالرسول اقر كل من فعلهما فقال للذي لم يعد "أصبت السنة وأجزأتك صلاتك" وقال للذي عاد "لك الأجر مرتين"⁽¹⁾

ومثل سكوته عن غناء جاريتين كانتا تغنيين بغناء حماسي في يوم عيد.⁽²⁾

الفرع الثاني: السنة من حيث ورودها أو روايتها أو باعتبار سندها⁽³⁾.

فتقسم إلى ثلاثة أقسام⁽⁴⁾:

أولاً: الحديث المتواتر

هو ما رواه جمع لا يمكن تواطؤهم على الكذب عن مثلهم من اول السند الى منتهاه، على ان لا يختل هذا الجمع في اي طبقه من طبقات السند⁽⁵⁾.

ثانياً: الحديث المشهور

فالحديث المشهور هو عند الاصوليين ما رواه من الصحابة عدد لا يبلغ حد التواتر، ثم تواتر بعد الصحابة ومن بعدهم⁽⁶⁾

ثالثاً: خبر الاحاد

هو ما رواه الواحد او الاثنان فاكثر، ما لم تتوفر فيه شروط المشهور او التواتر، ولا عبرة للعدد فيه بعد ذلك وهو دون المتواتر والمشهور⁽⁷⁾.

(1) خلاف، 50-51 حديث سنن ابي داوود سليمان بن الاشعث السجستاني ت 275 هـ باب في الذي يجد الماء بعدما يصلي في الوقت، كتاب الطهارة حديث رقم 338 ص 66 مكتبة المعارف الرياض ط2 1 مج.

(2) عماد عامر، صحيح مسلم بشرح النووي، حققه وخرجه وفهرسه عصام الصباطي حازم محمد، دار الحديث القاهرة ط4 2001

(3) المراد بسند السنة سلسلة الرواة الذين نقلوها من الرسول البنا، والمراد بمتن السند: نفس الحديث المروي.

(4) انظر ص 168-176 زيدان/ص 45-49 خلاف/ص 103 أبو زهره أصول الفقه /ص -455 451 زحيلي.

(5) اصول الحديث وعلومه ص302.

(6) الخطيب، محمد عجاج، اصول الحديث وعلومه ومصطلحه، ص 302.

(7) اصول الحديث وعلومه ص302.

المبحث الرابع:

الإجماع

المطلب الأول: في الإجماع وأركانه وشروطه

الإجماع لغة: العزم والتصميم على الأمر أو الاتفاق عليه أو الحزم، يقال اجمع أمره أو رأيه على كذا إذا حكم بوجوده على طريق الحزم والجزم⁽¹⁾ وهو اتفاق الخاصة والعامة على أمر من الأمور⁽²⁾ وهذا الأمر يحتاج إلى التصميم أيضا.⁽³⁾

والإجماع في اصطلاح الأصوليين "هو اتفاق جميع المجتهدين من المسلمين في عصر من العصور بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم على حكم شرعي في واقعة"⁽⁴⁾.

يعتبر الإجماع المصدر الثالث من مصادر التشريع الإسلامي الأصلية، فأمة الإسلام لا تجتمع على ضلالة فقال الرسول صلى الله عليه وسلم "لا تجتمع أمتي على ضلالة"⁽⁵⁾ وقال "ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن"⁽⁶⁾.

وقال الإمام أبو زهره "أن الإجماع هو اتفاق المجتهدين من الأمة الإسلامية في عصر من العصور بعد النبي صلى الله عليه وسلم على حكم شرعي في أمر من الأمور العملية، وقد اجمع علماء المسلمين على اعتبار الإجماع حجة، فالشيعة مثلا يرون الإجماع الذي يكون هو إجماع أئمتهم أو المجتهدين عندهم، والجمهور يعتبر إجماع علماء الجمهور"⁽⁷⁾

(1) الخياط ، مدخل فقهي ، ص 48 نقلا عن ميزان الأصول في نتائج العقول 490

(2) المعجم الوسيط 1/135

(3) الأحكام للامدي 1/101 /التلويح على التوضيح 2/41 /إرشاد الفحول ص 63.

(4) خلاف ، ص 50.

(5) القزويني، سنن ابن ماجه ابي عبد الله محمد بن يزيد ، لا تجتمع امتي على ضلاله، ت 273 هـ ط1 مكتبة المعارف الرياض حديث رقم 3950 ص 651 .

(6) حديث ما رآه المسلمون. نصب الراية تخريج احاديث الهداية للعلامة جمال الدين ابي محمد عبد الله يوسف الزيلعي ت 762 هـ مع الهداية شرح بداية المبتدئ تحقيق احمد شمس الدين دار الكتب العلميه بيروت 133\4

(7) ابو زهره ، اصول الفقه ، ص 182

ففي حالة حدوث واقعة أو نازلة بعد وفاة الرسول واتفق المجتهدين على حكم شرعي لها يكون هذا الاتفاق إجماعاً لا يجوز مخالفته أو إنكاره، ولكي ينعقد الإجماع ويكون مستوفياً لأركانه يجب أن يتوفر التالي:⁽¹⁾

1. يجب أن تكون المسألة محل البحث وقعت بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم فلا يتصور اختلاف في حكم شرعي في حضرة رسول الله صلى الله عليه وسلم.
2. يجب أن يكون في ذلك العصر عدداً من المجتهدين فلا ينعقد الإجماع مثلاً إن كان في ذلك العصر مجتهداً واحداً فقط، بل لا بد من جمع من المجتهدين للبحث والفصل في المسألة محل البحث.
3. لا بد من أن يتفق جميع المجتهدين على حكم الواقعة ولو اختلفت بلدانهم أو أقطارهم. فيجب الاتفاق الكامل من جميع مجتهدي الأمة في الواقعة محل البحث.
4. أن تكون آراء العلماء المجتهدين صريحة أما قولاً أو فعلاً أو قضاءً، وسواء كان الاجتهاد جماعياً أو فردياً بشرط إجماع واتفق الجميع على نفس الحكم.
5. يجب على من يجمعون أن يكونوا من أهل الاجتهاد وأن تتوافر فيهم الشروط المتفق عليها كالإسلام والبلوغ والعدالة والاجتهاد والفتوى، وأن يكونوا من أهل السنة والجماعة وليس من أهل البدع.

أركان الإجماع⁽²⁾

الركن الأول : المجمعون

وهم أمة محمد صلى الله عليه وسلم ، وظاهر هذا يتناول كل مسلم ، لكن لكل ظاهر طرفان واضحان في النفي و الإثبات و أوساط متشابهة ، أما الواضح في الإثبات فهو كل مجتهد مقبول الفتوى فهو أهل الحل و العقد قطعاً ، ولا بد من موافقته على الإجماع ، وأما الواضح في النفي ، فالأطفال و المجانين والأجنّة ، فإنهم وإن كانوا من الأمة فنعلم أنه عليه السلام مت أراد بقوله : " لا تجتمع أمّتي على الخطأ" إلا من يتصور الوفاق و الخلاف في المسألة بعد فهمها فلا يدخل فيه من لا يفهمها ، وبين درجتين العوام المكلفون ، و الفقيه الذي ليس بأصولي ، والأصولي الذي ليس بفقيه ، و المجتهد الفاسق و المبتدع والناشئ من التابعين ، مثلاً : إذا قارب رتبة الاجتهاد في عصر الصحابة .

في نفس الإجماع

(1) مدخل الخياط ص 47-49 / زيدان 179 - 183 / خلاف 50 - 52 /

(2) المرجع السابق .

و نعني به اتفاق فتاوى الأمة في المسألة في لحظة واحدة انقراض عليه العصر أو لم ينقرض ، أفتوا عن الاجتهاد أو عن نص ، مهما كانت الفتوى نطقاً صريحاً ، و تمام النظر في هذا الركن ببيان أن السكوت ليس كالنطق وأن انقراض العصر ليس بشرط ، وأن الإجماع ينعقد عن اجتهاد⁽¹⁾.

المطلب الثاني: في أنواع الإجماع⁽²⁾

وهو نوعان منه القولي ومنه العملي والقولي هو الاتفاق على قول بحكم شرعي معين، والعملي هو الاتفاق على عمل من الأعمال.

والإجماع أيضاً من حيث اعتبار كيفية حصوله نوعان:

1. الإجماع الصريح أو نطقي (قطعي الدلالة): وهو الاتفاق على حكم واحد صراحة.
2. الإجماع السكوتي (ظني الدلالة): وهو أن تعرض مسألة على المجتهدين فيبدون رأيهم الفقهي بها ويعلم باقي المجتهدين فلا ينكرون ولا يعارضون، وبهذا يكون سكوتهم موافقة أو إقراراً لهذا الموقف والحكم الشرعي. وبشرط أن لا يكون سكوتهم خوفاً من احد أو غير ذلك من الموانع التي تحد من الإرادة.⁽³⁾

أنواع الاجماع :

أ- الاجماع الصريح : هو اتفاق المجتهدين على حكم واقعة من الوقائع بأن يبدي كل منهم رأيه صراحة بذلك الحكم.

ب- الاجماع السكوتي :

⁽¹⁾ الغزالي ، أبي حامد محمد بن محمد ، المستصفي من علم الأصول ، ت 505 هـ ، اعتنى به عبد الله محمود محمد عمرو - دار الكتب العلمية - لبنان ط1-2008م.

⁽²⁾ زحيلي، انظر ص 551 ج 1 ، زيدان، ص 183- 184 ، خياط مدخل، ص 49

⁽³⁾ اختلف العلماء بهذا النوع من الإجماع ومدى اعتباره فالشافعية والمالكية قالوا انه ليس بإجماع وليس بحجة، مدعين انه لا يجوز أن ننسب قولاً لساكت. وكذلك ربما كان السكوت لعدم الاجتهاد في الموافقة، أو لأسباب كثيرة أخرى. (أبو زهره ص 188 / زيدان 184 / إرشاد الفحول 75-84

والقول الثاني انه حجة قطعية لا يجوز مخالفتها وهو كالإجماع الصريح وان كان اقل منه قوة وقال بهذا أكثر الحنفية والحنابلة. انظر إرشاد الفحول ص 75-84 / زيدان ص 184

وهو كما يدل عليه اسمه : أن يبدي بعض المجتهدين رأياً في مسألة ، ويطلع عليها ببقية أهل الحل و العقد ، فيسكتون من غير انكار ، يستوي في ذلك الصحابة ، وغيرهم⁽¹⁾.

المطلب الثالث: حجية الإجماع وأهميته

إذا تحققت أركان الإجماع كاملة كان الحكم المتفق عليه بالإجماع حكماً شرعياً وقانوناً واجب الإلتباع، فهو حكم شرعي ثابت قطعي لا مجال لمخالفته.⁽²⁾

وقد استدل الجمهور الذين قالوا: أن الإجماع حجة بدليلين:⁽³⁾

الدليل الأول: أن ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وإن المسلمون لا يجتمعون على ضلالة، وأنه من واجب المسلم أن يتبع ما اتفق عليه المسلمون واجمعوا عليه.

الدليل الثاني: قوله تعالى "قلنا يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وأطيعوا أئمة الدين فقد أخرجناكم من دياركم وأرضكم ليبين لكم آياتنا لكي تتقوا" ⁽⁴⁾ .

والإجماع موجب للحكم قطعاً كالكتاب والسنة وهو قول عامة المسلمين وجمهور العلماء.⁽⁵⁾ أما بالنسبة لأهمية الإجماع باعتباره مصدراً من مصادر التشريع الإسلامي فتكمن في دوره الفعال في مواكبة المستجدات والنوازل، واستنباط الحكم الشرعي من الواقع، وبموافقة جميع المجتهدين، فهو رأي فقهي لا يعقل أن يخالف الصواب، فاحتمال الخطأ فيه يصل إلى صفر، وذلك لاتساع قاعدة الباحثين المجتهدين، وبهذا يكون للإجماع كمصدر من مصادر التشريع الإسلامي الدور الفعال في التقنين بما فيه مصلحة للعباد، كما وتتميز الأحكام التي يجمع عليها المجتهدون بالدقة والعلمية والموضوعية والشمول، وهذا كثيراً ما لا يتوفر بالمجالس النيابية والبرلمانات واللجان المتخصصة في المجالس النيابية والوزارات، ولكي يتم الإجماع نحن بحاجة إلى خيرة المتخصصين في المسألة محل البحث، كما وأنها بحاجة إلى آراء من أقطار مختلفة وغير متجانسة. فالإجماع هو قرار عام وشامل اتخذته متخصصون وتفيدوا بضوابط وإطار عام يتمثل بالمصادر الرئيسية للتشريع الإسلامي ألا وهي القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة.

⁽¹⁾ أبو جيب ، سعدي ، موسوعة الاجماع في الفقه الاسلامي ، ج/33-34 ، ط3-1997م دار الفكر - دمشق ، 3مج

⁽²⁾ خلاف، ص 52

⁽³⁾ أبو زهره ، 186 .

⁽⁴⁾ أبو جيب ، سعدي ، موسوعة الاجماع في الفقه الإسلامي ، ج/33-34 ، ط3-1997م دار الفكر - دمشق 3 مج

⁽⁴⁾ سورة النساء ، آية 115

⁽⁵⁾ المستصفي 1/124 /شرح المحلي على جمع الجوامع 2/168.

كما وللإجماع فضل في توحيد علماء الأمة وأئمتها تحت سقف أو برنامج واحد مما يعود بالفائدة على عموم المسلمين.

شروط المجتهد

- * الشرط الأول : أن يكون عارفاً بكتاب الله تعالى وما يتعلق به.
- * الشرط الثاني : أن يكون عارفاً بسنة رسوله صلى الله عليه وسلم ، فإذا أراد المجتهد الاستدلال بحديث على حكم حادثة ، فإنه لا بد أن يعرف عنه مثل معرفته عن الآية تماماً.
- * الشرط الثالث : أن يكون عالماً بالمجمع عليه، والمختلف فيه.
- واشترط ذلك ؛ لئلا يجتهد في مسألة قد أجمع عليها العلماء على حكمها.
- * الشرط الرابع : أن يكون عالماً بعلم أصول الفقه ؛ حيث يجعله عالماً بأن هناك أدلة منفق عليها كالكتاب ، والسنة ، والإجماع ، والقياس ، وأن هناك أدلة مختلف فيها كالاستصحاب ، والاستحسان وقول الصحابي ، والمصالح المرسلة ، وسد الذرائع ، والعرف ، وشرع من قبلنا ، وأن هناك قواعد أصولية. ويعرف أقسامها ، وشروط كل دليل ، وترتيبها ، وفك التعارض بينها.
- * الشرط الخامس: أن يكون عالماً بالقياس ، حيث إن أكثر من نصف الفقه مبني عليه ، فيعرف أركانه ، وشروط كل ركن ، وقوادحه ، ونحو ذلك مما قلناه في باب القياس ، قال الامام الشافعي : " من لم يعرف القياس فليس بفقير " ، وقال الامام أحمد : " لا يستغني أحد عن القياس " ، وعرف بعضهم الاجتهاد بأنه القياس ، وهذا كله يدل على أهمية القياس.
- * الشرط السادس : أن يكون عالماً باللغة العربية و قواعدها من لغة و نحو ، وبلاغة ، ومعرفة كل ما يتوقف عليه فهم الألفاظ ؛ لأن القرآن و السنة وردا بلغة العرب ، ولا يمكن لأي شخص أن يعرف ما تدل عليه ألفاظهما إلا بمعرفته باللغة العربية.
- * الشرط السابع : معرفة مقاصد الشريعة بأن يفهم المجتهد مقاصد الشارع العامة من تشريع الأحكام ، وأن يكون خبيراً بمصالح الناس ، و أحوالهم ، و أعرافهم ، و عاداتهم.
- * الشرط الثامن : أن يكون عادلاً مجتنباً للمعاصي القادحة في العدالة ، وهذا الشرط يشترط لجواز الاعتماد على فتواه : فمن ليس بعدل فإنه لا تقبل فتواه ، ولا يعمل بها الآخرون⁽¹⁾.

⁽¹⁾المهذب ج5/2322.

المبحث الخامس:

القياس

المطلب الأول: في القياس

القياس في اللغة: من قاس الشيء بغيره وعلى غيره واليه قيسا وقياسا قدره على مثاله، فالقياس التقدير والقياس رد الشيء إلى مثاله، وتقول قست الثوب بالذراع أي قدرته به، لأنه تقدير الشيء بالآخر ليعلم المساواة بينهما، وتقول فلان لا يقاس بفلان أي لا يساويه.⁽¹⁾ يطلق على تقدير شيء بشيء آخر، فيقال: قست الأرض بالمتر أي قدرتها به. ويطلق أيضاً على مقارنة شيء بغيره، لنعرف مقدار كل منهما بالنسبة للآخر.⁽²⁾ القياس في اصطلاح الأصوليين: إلحاق ما لم يرد فيه نص على حكمه بما ورد فيه نص على حكمه في الحكم، لاشتراكهما في علة ذلك الحكم.⁽³⁾ ولو نظرنا إلى تعريفات الأصوليين للقياس لوجدناها تدور حول اصل وفرع ومساواة بينهما لعلّة تجمعهما. مثل قياس المخدرات على الخمر في التحريم لعلّة إذهاب العقل مثلاً. فعندما عرف الشوكاني القياس في إرشاد الفحول ص 198 بأنه: إلحاق فرع بأصل في حكمه، أو مساواة الأصل للفرع في علة الحكم. نجد ه تطرق إلى اصل وحكم الاصل الى فرع والى علة جامعة بينهما.

ولقد لخص المزنّى صاحب الشافعي الفكرة في القياس فقال "الفقهاء من عصر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا استعملوا المقاييس في جميع الأحكام في أمر دينهم، واجمعوا على أن نظير الحق حق، ونظير الباطل باطل، فلا يجوز لأحد إنكار القياس، لأنه تشبيه الأمور والتمثيل عليها".⁽⁴⁾

(1) الخياط، مدخل فقهي، ص 50 نقلا عن المعجم الوسيط 770/2

(2) زيدان -ص/194

(3) انظر تعريف اخرى للقياس في ارشاد الفحول ص 198 والامدي ج3 ص 263 والمستصفي للغزالي ج 2 ص 54 وابو زهره ص 200 وخلاف ص 59 وغيرها.

(4) أبو زهره ، ص 201

المطلب الثاني: أركان القياس

- لو نظرنا للتعريف الاصطلاحي للقياس لوجدناه ذو أربعة أركان⁽¹⁾.
1. الأصل: وهو الأمر الذي ورد نص بحكمه، ويسمى "بالمقيس عليه". أو النص الدال على الحكم (الخمير الثابتة حرمة بالنسبة للنبذ)
 2. حكم الأصل: هو الحكم الشرعي الذي ورد به النص في الأصل والذي يراد أن يتعدى ويكون حكماً للفرع أيضاً. (حرمة الخمر)
 3. الفرع: وهو الأمر الذي لم يرد نص بحكمه، والذي يراد أن يكون له حكم الأصل بطريق القياس ويسمى "بالمقيس". أو ما يراد تسويته بالأصل في الحكم. (كالنبذ في أخذه حكم الخمر في التحريم). أو المحل الذي لم يرد فيه نص أو إجماع.
 4. العلة⁽²⁾: وهو الوصف الموجود في الأصل، والذي من أجله شرع الحكم فيه، وبما ان هذا الوصف موجود في الفرع فيراد تسويته بالأصل في هذا الحكم. فهو الوصف الذي بني عليه حكم الأصل. (مثل الاسكار والذي هو وصف في الخمر بني عليه تحريمه) وتعرف العلة بأنها مناط الحكم.
- العله: هي عند الأصوليين : ما ظهر و انضبط مما جعله الشارع موجبا للحكم ، ومعرفاً له⁽³⁾.
فهي دلالة اللفظ المقيد بالعله على ثبوت نقيض حكمه للسكوت عنه الذي انتفت عنه تلك العلة، كقوله حرمت الخمر لاسكارها فان هذا يدل بمفهومه على ان ما لا اسكار فيه لا يحرم⁽⁴⁾.
- المطلب الثالث: أمثلة على أقيسة شرعية

1. البيع وقت النداء لصلاة الجمعة، فقد ورد نص قرآني ينهي عن البيع وقت الصلاة بقوله تعالى
﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا بَعِثْتُمُ الْمُبْتَاعِينَ فَاذْكُرُونَهُمْ أَن يَدِينُوا بِعَبَثِهِمْ طَرَفًا أُولَئِكَ هُمُ الرَّاغِبُونَ إِلَىٰ الْحُرْمَةِ فَلَا يَبِيعُ فِيهَا﴾⁽⁵⁾.

(1) زيدان 195 / زحيلي ج 1 ص 605 / مدخل فقهي الخياط ص 51 / خلاف ص 67 / ص 208 أبو زهرة.
(2) الحكم الشرعي يبني على العلة لا على الحكمة، فالعلة هي المعرف للحكم وليس الحكمة، وذلك لان الحكم الشرعي يبني على علته لا على حكمه.
(3) المقدسي، رامي بن محمد جبرين سلهب ابو الحسن ، القياس في العبادات و تطبيقاتها في المذهب الشافعي ، دار ابن حزم - بيروت ط1-2010م ، ج 1 ص 26 .
(4) النملة ، عبد الكريم بن علي ، المهذب في علم اصول الفقه المقارن، 1778\4 مكتبة الرشيد الرياض ط3 سنة 2004
(5) سورة الجمعة 9.

ففي هذه الحالة نجد أن علة الحكم هو ما في البيع في هذا الوقت المحدد من احتمال أو تفويت لصلاة الجمعة، ولو استخدمنا القياس لوجدنا نفس الحكم يسري لوجود نفس العلة في الرهن أو النكاح أو غيرها وقت صلاة الجمعة، وذلك لان العلة مشتركة.

2. الخمر، حيث النهي عنه بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْمُونُ الْفٰسِقَةُ إِنَّمَا يَأْتِيهِمْ لِيُفٰسِدُوا أَنفُسَهُمْ وَأَيُّكُمْ عَادِلٌ إِنَّمَا زُجِرَ عَنْ الْخَمْرِ لِئَلَّا تُفٰسِدُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ الْخَمْرَ لَكُنْتُمْ أَصْلًا لَهَا وَتَكُنْ أَصْلًا لِكُلِّ فَٰسِقٍ كَذٰلِكَ يُفٰسِدُونَ أَنفُسَهُمْ وَكُنْتُمْ أَصْلًا لَهَا﴾ (٣١) ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْمُونُ الْفٰسِقَةُ إِنَّمَا يَأْتِيهِمْ لِيُفٰسِدُوا أَنفُسَهُمْ وَأَيُّكُمْ عَادِلٌ إِنَّمَا زُجِرَ عَنْ الْخَمْرِ لِئَلَّا تُفٰسِدُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ الْخَمْرَ لَكُنْتُمْ أَصْلًا لَهَا وَتَكُنْ أَصْلًا لِكُلِّ فَٰسِقٍ كَذٰلِكَ يُفٰسِدُونَ أَنفُسَهُمْ وَكُنْتُمْ أَصْلًا لَهَا﴾ (٣١)

فالخمر حرم لوجود علة الاسكار، فلو أخذنا النبيذ أو المخدرات والتي لم يرد بشأنهما نص، ولكنهما متشابهان في العلة وهي الاسكار، فيقاس على الخمر لاشتراكهما في ذات العلة، وبالتالي يكون له حكم التحريم كالخمر.

3. حديث "لا يرث القاتل"⁽²⁾ وقد تم القياس على قتل الموصى له الموصي ففي هاتين الحالتين قياسا نجد علة الحكم واحدة وهي اتخاذ القتل وسيلة لاستعجال الشيء قبل أوانه، فلم يرد نص خاص بالموصى ولكن قياسا يمكن الاعتماد على حديث "لا يرث القاتل" للقياس على الموصى له، وذلك لاشتراكهما في العلة.

المطلب الرابع: أنواع القياس⁽³⁾

عند دراسة القياس لا بد لنا من فهم العلة في الفرع وفي الأصل حيث نكون أمام ثلاث حالات:

الأولى: إذا كانت العلة في الفرع اضعف منها في الأصل هذا يسمى القياس الأدنى. وهو يكون عندما تتساوى العلة فمثلا بالخمر والنبيذ أو بالخمر والمخدرات ولكن قد تكون على الاسكار في النبيذ مثلا اقل منها في الخمر وهو الأصل.

الثانية: وإذا كانت العلة في الفرع مساوية للعلة في الأصل هذا هو القياس السماوي. وهذه الحالة يكون فيها تساويا بين الأصل والفرع في العلة، فمثلاً أكل أموال اليتامى بالباطل والفرع سرقة أو إحراق أموالهم فالعلة متساوية في الحالتين. وهذا هو القياس المساوي.

(1) سورة المائدة، آية 90

(2) مسند الدارمي المعروف بسنن الدارمي للامام الحافظ ابو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بي بيران الدارمي ت 255 هـ تحقيق حسين سليم الداراني دار ابن حزم الرياض ط 2010 1988\4 حديث رقم 3122

(3) زيدان ص 218

الثالثة: وإذا كانت العلة في الفرع أقوى منها في الأصل وهذا هو قياس الأولى.

وبهذه الحالة يثبت حكم الأصل للفرع بطريق أولى، فمثلا للوالدين يقول تعالى في سورة الاسراء الاية

23: ﴿وَإِذَا كُنَّا لِلْوَالِدَيْنِ وَرَاءَ حُجُّرَتِنَا رَأَيْنَا الْوَالِدَيْنِ يُسَاقَطُونَ﴾ فلا يجوز من باب

أولى ايداءهما أو ضربهما.

المطلب الخامس: حجية القياس

يعتبر القياس دليلا من أدلة الأحكام ومصدرا من مصادر التشريع الإسلامي، وحجة شرعية على رأي

جمهور العلماء،⁽¹⁾ وليس الرد إلى الله ورسوله بقوله تعالى: "﴿وَمَا يَكْفُرُ أَهْلُ الْقُرَىٰ مِنْ دُونِكُمْ لَا يَأْتِيهِمُ الْمَلَايَكَةُ بِالسَّمَاوَاتِ مُصَوِّفَاتٍ﴾" ⁽²⁾

فالقياص واجب علينا وذلك لان الشريعة أمدتنا بمقاصدها العامة والخاصة ويجب علينا الاجتهاد والقياس لاستنباط الحكم.

والقياس واجب علينا وذلك لان الشريعة أمدتنا بمقاصدها العامة والخاصة ويجب علينا الاجتهاد والقياس لاستنباط الحكم.

والقياس في المرتبة الرابعة في الأدلة الشرعية، بحيث يلجأ إليه إذا لم يوجد حكم بنص أو بإجماع وهذا هو إجماع ومذهب جمهور علماء المسلمين.

ومن أدلة القياس:

1. ﴿وَإِذَا كُنَّا لِلْوَالِدَيْنِ وَرَاءَ حُجُّرَتِنَا رَأَيْنَا الْوَالِدَيْنِ يُسَاقَطُونَ﴾

⁽³⁾ ﴿وَمَا يَكْفُرُ أَهْلُ الْقُرَىٰ مِنْ دُونِكُمْ لَا يَأْتِيهِمُ الْمَلَايَكَةُ بِالسَّمَاوَاتِ مُصَوِّفَاتٍ﴾

2. ﴿وَإِذَا كُنَّا لِلْوَالِدَيْنِ وَرَاءَ حُجُّرَتِنَا رَأَيْنَا الْوَالِدَيْنِ يُسَاقَطُونَ﴾

3. ﴿وَإِذَا كُنَّا لِلْوَالِدَيْنِ وَرَاءَ حُجُّرَتِنَا رَأَيْنَا الْوَالِدَيْنِ يُسَاقَطُونَ﴾

﴿وَإِذَا كُنَّا لِلْوَالِدَيْنِ وَرَاءَ حُجُّرَتِنَا رَأَيْنَا الْوَالِدَيْنِ يُسَاقَطُونَ﴾

⁽⁵⁾ ﴿وَإِذَا كُنَّا لِلْوَالِدَيْنِ وَرَاءَ حُجُّرَتِنَا رَأَيْنَا الْوَالِدَيْنِ يُسَاقَطُونَ﴾

(1) ص 220 زيدان / 202 أبو زهره
(2) سورة النساء، اية 59
(3) سورة الحشر، اية 2
(4) سورة النساء، اية 59
(5) سورة النساء، اية 83

وهذا يدل على أن كل دليل من الأصول الثلاثة السنة والإجماع والقياس يرجع إلى القرآن الكريم.

المطلب السادس: أدلة المثبتين والنافين للقياس⁽¹⁾

الفرع الأول: أدلة القائلين بالقياس

استدلوا بالقرآن والسنة وأقوال الصحابة وبالمعقول

المسألة الأولى: فمن أدلتهم من القرآن:

1. قوله تعالى: "﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ ذَاتَ الْفُلُوحِ وَالْمُنْفِرِينَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ﴾" (2)

﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ ذَاتَ الْفُلُوحِ وَالْمُنْفِرِينَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ﴾
﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ ذَاتَ الْفُلُوحِ وَالْمُنْفِرِينَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ﴾
﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ ذَاتَ الْفُلُوحِ وَالْمُنْفِرِينَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ﴾
﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ ذَاتَ الْفُلُوحِ وَالْمُنْفِرِينَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ﴾
﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ ذَاتَ الْفُلُوحِ وَالْمُنْفِرِينَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ﴾
﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ ذَاتَ الْفُلُوحِ وَالْمُنْفِرِينَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ﴾
﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ ذَاتَ الْفُلُوحِ وَالْمُنْفِرِينَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ﴾
﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ ذَاتَ الْفُلُوحِ وَالْمُنْفِرِينَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ﴾
﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ ذَاتَ الْفُلُوحِ وَالْمُنْفِرِينَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ﴾
﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ ذَاتَ الْفُلُوحِ وَالْمُنْفِرِينَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ﴾

وهو القياس وهذا دليلهم بهذه الآية الكريمة.

2. وقوله تعالى "﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ ذَاتَ الْفُلُوحِ وَالْمُنْفِرِينَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ﴾"

﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ ذَاتَ الْفُلُوحِ وَالْمُنْفِرِينَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ﴾
﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ ذَاتَ الْفُلُوحِ وَالْمُنْفِرِينَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ﴾
﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ ذَاتَ الْفُلُوحِ وَالْمُنْفِرِينَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ﴾
﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ ذَاتَ الْفُلُوحِ وَالْمُنْفِرِينَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ﴾
﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ ذَاتَ الْفُلُوحِ وَالْمُنْفِرِينَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ﴾
﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ ذَاتَ الْفُلُوحِ وَالْمُنْفِرِينَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ﴾
﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ ذَاتَ الْفُلُوحِ وَالْمُنْفِرِينَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ﴾
﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ ذَاتَ الْفُلُوحِ وَالْمُنْفِرِينَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ﴾
﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ ذَاتَ الْفُلُوحِ وَالْمُنْفِرِينَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ﴾
﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ ذَاتَ الْفُلُوحِ وَالْمُنْفِرِينَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ﴾

(3) ﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ ذَاتَ الْفُلُوحِ وَالْمُنْفِرِينَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ﴾

في هذه الآية ذكر لحال قوم وفي نفس السياق يقول تعالى "﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ ذَاتَ الْفُلُوحِ وَالْمُنْفِرِينَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ﴾"

﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ ذَاتَ الْفُلُوحِ وَالْمُنْفِرِينَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ وَالْمُزْنَةَ﴾ " أي فقيسوا أنفسكم بهم، واحذروا من فعلتهم

لكي لا يتساوى مصيركم ومصيرهم.

المسألة الثانية: ومن أدلتهم من السنة

(1) خلاف ص 66/60 / 223-220 زيدان/ الزحيلي ج 1 ص 621- 632 /مدخل فقهي خياط 52-56

(2) سورة النساء، اية 59.

(3) سورة الحشر، اية 2

1. في حديث معاذ بن جبل لما أرسله النبي صلى الله عليه وسلم قاضياً إلى اليمن وسأله بم تقض فأجابه معاذ، بكتاب الله ثم بسنة نبيه فان لم أجد فاجتهد، وبهذا الحديث إقرار من قبل رسول الله إلى معاذ بن جبل بان يجتهد إن لم يجد نصاً بالقرآن أو بالسنة النبوية الشريفة.⁽¹⁾
 2. أن رجلاً جاء للرسول صلى الله عليه وسلم فقالت له: يا رسول الله أن أباي أدركه الإسلام وهو شيخ كبير لا يستطيع ركوب الرجل، والحج مكتوب عليه، أفأحج عنه؟ قال: أنت أكبر ولده؟ قال: نعم، قال: "أرأيت لو كان على أبيك دين فقضىته عنه، أكان يجزئ ذلك عنه؟ قال: نعم، قال: فأحج عنه."⁽²⁾
 3. وفي الحديث الصحيح: أن أعرابياً أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: أن امرأتي ولدت غلاماً اسود واني انكرته، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: هل لك من ابل، قال نعم، قال: فما ألوانها؟ قال، حمر، قال: هل فيها من اوراق؟ قال: أن فيها اورقا، قال: فاني ترى ذلك جاءها؟
 4. قال: يا رسول الله، لعل عرقاً نزعته. قال: لعل هذا أيضاً عرقاً نزعته.⁽³⁾
- فهذا حديث فيه دلالة على استعمال النبي صلى الله عليه وسلم للقياس.

المسألة الثالثة: من أدلتهم من أفعال الصحابة

1. مثل قتال الصحابة مانعي الزكاة، حيث كان رسول الله يأخذها، ولأن صلاته سكن لهم، فاستدل الصحابة وأيقنوا ضرورة وحتمية دفع الزكاة قياساً على قوله تعالى "فأحج عنه" قال: نعم، قال: فما ألوانها؟ قال، حمر، قال: هل فيها من اوراق؟ قال: أن فيها اورقا، قال: فاني ترى ذلك جاءها؟

⁽¹⁾ حديث معاذ مسند ابي داوود للامام الحافظ ابي داوود سليمان بن الاشعث السجستاني ت 275 هـ حقه شعيب الارنؤوط ومحمد كاكل الرساله العلميه ط 2009 1 443\5-444 حديث رقم 3592 .

⁽²⁾ نيل الاوطار 303\4 حديث رقم 1787

⁽³⁾ الرجل شك في ولده حديث رقم 491\2 الامام ابي الحسن الحنفي المعروف بالسندي ت 1138 هـ تحقيق الشيخ مأمون شبحار دار المعرفه بيروت ط 2000

أعلام الموقعين ج 1 ص 137

⁽⁴⁾ سورة التويه 103

2. وقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأرضاه لأبي موسى الأشعري "ثم الفهم فيما أدلي إليك مما ورد عليك مما ليس في قرآن ولا سنة، ثم قايِس الأمور عند ذاك واعرف الأمثال، ثم اعمد فيما ترى إلى أحبها إلى الله، وأشبهها بالحق"⁽¹⁾

المسألة الرابعة: من أدلتهم من المعقول

أن الغرض من التشريع هو تحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية الخمسة وهي حفظ النفس والنسل والدين والمال والعقل، ومصالحة العباد، كما وان نوازل وقضايا الناس لا تنتهي، فالقواعد والنصوص محصورة والمسائل لا حصر لها، واستخدام القياس ومقايسة الأمور في الوقائع المماثلة والمشاركة في العلة هو الحق والصواب.

كما واستدلوا بان المنطق السليم والفطرة السليمة تستدعي القياس كيف لا إذا تساوت العلة بين أمرين.

الفرع الثاني: أدلة النافين للقياس

أما بالنسبة لأدلة النافين للقياس فهي:

المسألة الأولى: أدلتهم من القرآن

آية " ﴿لَا يَجْعَلُ اللَّهُ سُنَّةَ بَنِي آدَمَ الْكُلِّ سُنَّةً مَّا سَاءَ مَا يَحْكُمُونَ﴾" ⁽²⁾ والقياس يعارض هذه الآية والتي برأيهم تنهى عن العمل بغير ما جاء في كتاب الله وسنة رسوله.

1. وآية " ﴿لَا يَجْعَلُ اللَّهُ سُنَّةَ بَنِي آدَمَ الْكُلِّ سُنَّةً مَّا سَاءَ مَا يَحْكُمُونَ﴾" ⁽³⁾

2. آية " ﴿لَا يَجْعَلُ اللَّهُ سُنَّةَ بَنِي آدَمَ الْكُلِّ سُنَّةً مَّا سَاءَ مَا يَحْكُمُونَ﴾" ⁽¹⁾ هذا دليل بأن القرآن يغنى عن القياس ولا حاجة لنا به.

(1) زيدان ص 222 نقلا عن اعلام موقعين ج 1 ص 77 وما بعدها.
 معرفة السنن والاثار عن الامام الشافعي للامام ابي بكر احمد بن حسن بن علي البيهقي تحقيق سيد كسروي حسن. دار الكتب العلمية بيروت ط 1 سنة 1991 باب ما على القاضي للخصوم 366/7
 نصب الراية للزيلعي 81/4 نصب الراية في تخريج احاديث الهداية لجمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعي ت 702 هـ دار الحديث ط 1 1995 6 ميغ
 (2) سورة الحجرات ، آية 1
 (3) سورة الاسراء، آية 36

المبحث السادس:

الاستحسان (القياس الخفي)

المطلب الأول: في الاستحسان وأنواعه

تعريف الاستحسان لغة: عد الشيء حسنا، وفي اصطلاح الأصوليين: هو عدول المجتهد عن مقتضى قياس جلي إلى مقتضى قياس خفي، أو عن حكم كلي إلى حكم استثنائي لدليل انقذح في عقله رجح لديه هذا العدول (1).

* في الاصطلاح: اختلف العلماء في تعريفه حسب أمرين:

الأول: باعتبار قوة هذا الدليل و حجتيته.

الثاني: باعتبار وجه هذا الدليل المرّجح به.

أكثر الذين اعتمده حذوه بتعاريف متقاربة تتفق على أنه الأخذ بالدليل الرّاجح في مقابل الدليل المرجوح، فقال الكرخي من علماء الحنفية: هو أن يعدل الإنسان على أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه أقوى يقتضي العدول عن الأول (2).

* في عرف الأصوليين و اصطلاحهم: العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل شرعي (3).

* الاستحسان هو العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص أقوى من الأول، وهذا تعريف الجمهور العلماء.

* الاستحسان هو: ما يستحسنه المجتهد بعقله (4).

أو هو ما يميل إليه الإنسان ويهواه من الصور والمعاني، وإن كان مستقبحا عند غيره، ومنه ما يستحسنه المجتهد بعقله (5).

(1) خلاف، ص 88

(2) الحنبلي، علاء الدين أبي الحسن علي بن سلمان المزداوي، التجبير شرح التحرير في أصول الفقه، ت 885 هـ - دراسة و تحقيق الدكتور أحمد بن محمد السراج، ج 245/8 - مكتبة الرشيد، الرياض ط 1-2000م.

(3) الاستاذ الدكتور هشام قرية، الاستدلال و أثره في الخلاف الفقهي، رسالة دكتوراه، ، ط 1-2005م، دار ابن حزم- بيروت.

(4) د. النملة، عبد الكريم بن علي بن محمد، المهذب في علم أصول الفقه المغاربية، 1994/4-1002 مكتبة الرشيد - الرياض ط 3 سنة 2004م/5مج.

(5) المستصفي للغزالي، 137/1

انواع الاستحسان:

احدهما: ترجيح قياس خفي على قياس جلي بدليل

مثال: الواقف إذا أوقف أرضاً زراعية يدخل حق المسيل والمرور بها بدون ذكرها استحساناً، والقياس أنها لا تدخل إلا إذا نص عليها كالبيع. ووجه الاستحسان لأن المقصود من الوقف انتفاع الموقوف عليهم، فتدخل في الوقف وتحسب كالإجارة. فالقياس الظاهر إلحاق الوقف في هذا البيع لأن ملكيته خرجت من مالكة، أما القياس الخفي إلحاق الوقف بالإجارة لتتحقق المصلحة المرجوة منه.

فهذا مثال فيه يرجح قياس خفي على قياس جلي ، فنلاحظ أن الدليل لا بد أن يتوفر للقيام بالترجيح فهو ليس بالهوى كما يدعى المعارضون للاستحسان، بل هو برأيي منهج ثانٍ للتعامل مع النصوص بغية تحقيق ما هو أوفق بالناس وبهم ارحم. وهذه وسيلة للتعامل مع النوازل كل بحسب معطياتها. **وثانيهما:** استثناء مسألة جزئية من حكم أو اصل كلي أو قاعدة عامة بدليل خاص يقتضي ذلك، حيث يقدم بهذه الحالة الدليل الخاص لاهميته .

مثال: لو نظرنا إلى عقد السلم⁽¹⁾ وعقد الاستصناع⁽²⁾ وعقد المساقاة⁽³⁾ وعقد المزارعة⁽⁴⁾، فهذه كلها عقود تقع على معدوم ورغم أن التشريع الإسلامي قد نهى عن التعاقد على معدوم إلا أن هذه العقود جائزة لحاجة الناس إليها.

فلو نظرنا للسلم لوجدنا بينه وبين الربا شبه ما.

فالحنفية اخذوا بالاستحسان ولكن تعاملوا معه بضوابط الشرع الحنيف. فالاستحسان عند الحنفية ليس كما ظنه البعض استحسان بدون دليل أو بالهوى بل قياس يعارض قياساً آخر ويرجح عليه، فهو الدليل الذي يخالف القياس الظاهر كبيع السلم، وكالإجماع على صحة الاستصناع.

(1) * تعريف عقد السلم : السلم أو السلف : بيع أجل بعاجل أو بيع شيء موصوف في الذمة أي أنه يتقدم فيه رأس المال، و يتأخر المثمن لأجل. وبعبارة أخرى : هو أن يسلم عوضاً حاضراً في عوض موصوف في لبدمة. - المبسوط 124/12- المغني 275/4- الزحلي . وهبة الزحلي الفقه الاسلامي و أدلته 3603/5 - دار الفكر ،دمشق ، ط4 1997

(2) * الاستصناع : طلب العمل من الصانع في شيء مخصوص على وجه مخصوص أو هو عقد مع صانع على عمل شيء معين في الذمة، 3642- حاشية رد المحتار لابن عابدين 221/4- المجلة م 124- الفقه الاسلامي و أدلته 5.

(3) *المساقاة : هي معاقدة دفع الاشجار الى من يعمل فيها على أن الثمرة بينهما ، أو هي عبارة عن عقد على العمل ببعض الخارج(1)الفقه الاسلامي وادلته 4704\6 وهي عند الشافعية : أن يعمل غيره على نخل أو شجر عنب فقط ليتعهده بالسقي و التريية على أن الثمرة لهما(2)البدائع185\6.

(4) *المزارعة : عقد على الزرع ببعض الخارج(1) و عرفها المالكية : بأنها الشركة في الزرع(2) وعرفها الحنابلة : بأنها دفع الأرض الى من يزرعها أو يعمل عليها و الزرع بينهما (3) و الخلاصة : المزارعة عقد استثمار أرض زراعية بين صاحب الارض ، وآخر يعمل في استثمارها على أن يكون المحصول مشتركاً بينهما في الحصص الت يتفقان عليها(4) 1- البدائع 6/175- 2. لشرح الكبير 3/3723- 3. كشاف القناع 3/523- 4. لفقته الاسلامي و أدلته 6/4684.

فهو ليس بالهوى كما اتهمهم معارضوهم مثل الشافعية والأصوليين من المتكلمين فظنوه تشريعاً بلا دليل. ومن هنا يقول الشافعي رحمه الله: من استحسّن فقد شرع⁽¹⁾، فاعتبروا الاستحسان دليلاً فاسداً لا يجوز الأخذ به.

إما لو تمعنا جيداً بوجهة نظر كل من الفريقين لوجدنا أنه لا اختلاف بينهما بل هو اختلاف بالألفاظ. أحدهما جلي ضعيف أثره يسمى قياساً والآخر خفي قوي أثره فيسمى استحساناً أي قياساً مستحسناً، فالترجيح بالأثر لا بالخفاء والظهور.⁽²⁾

قال القفال الشافعي "إن كان المراد بالاستحسان ما دلت الأصول بمعانيها عليه فهو حسن لقيام الحجة به، قال: فهذا لا ننكره ونقر به، وإن كان ما يقع في الوهم من استقباح الشيء واستحسانه من غير حجة دلت عليه من أصل ونظير فهو محظور والقول به سائغ"⁽³⁾

"وإذا علمنا أن معنى الاستحسان⁽⁴⁾ هو العدول عن القياس إلى النص من الكتاب أو السنة، بمعنى أن حكم المسألة عند المجتهد ثبت بدليل من الكتاب أو السنة، ولم يثبت بالقياس، أي ثبت على خلاف القياس جاز لنا أن نقول: أن الاستحسان ليس دليلاً مستقلاً ينزل منزلة الكتاب والسنة والإجماع، وإنما هو -على هذا المعنى- عمل بالنصوص القرآنية التي ترجع في اعتبارها إلى القرآن الكريم."⁽⁵⁾

"فالاستحسان ليس إلا ترك دليل على طريق الاستثناء والترخيص لدليل أقوى منه يعارضه في بعض مقتضياته، قد يكون الإجماع وقد يكون العرف وقد يكون المصلحة المرسلّة، وقد يكون قاعدة رفع الحرج والمشقة الثابتة قطعيتها بنصوص الشريعة. وهو على هذا التعريف يعني العمل بأقوى الدليلين، بل العمل بالأدلة والقواعد الثابتة اعتبارها والعمل بها في القرآن الكريم"⁽⁶⁾

ولهذا قال الشاطبي في الموافقات: من استحسّن لم يرجع إلى مجرد ذوقه وتشهيه، وإنما رجع إلى ما علم من قصد الشارع في الجملة في أمثال تلك الأشياء المعروضة، كالمسائل التي يقتضي فيها القياس أمراً إلا أن ذلك الأمر يؤدي إلى تقويت مصلحة من جهة أو جلب مفسدة كذلك.⁽⁷⁾

في الاصطلاح : اختلف العلماء في تعريفه حسب أمرين :

الأول : باعتبار قوّة هذا الدليل و حجّيته.

الثاني : باعتبار وجه هذا الدليل المرّجح به.

(1) هذه العبارة تناقلنا كتب الأصول وإن لم تكن في كتابه "الرسالة". ص 735 زحيلي ج 2.

(2) الخصري. ص 328

(3) الشوكاني، إرشاد الفحول، ص 212.

(4) خلاف ، ص 88 .

(5) أبو قاهوق ، عبد المنعم، ص 37

(6) أبو قاهوق ، عبد المنعم ص 39

(7) خلاف ، نقلنا عن الموافقات للشاطبي، ص 92

أكثر الذين اعتمده حذوه بتعاريف متقاربة تتفق على أنه الأخذ بالدليل الزاجح في مقابل الدليل المرجوح ، فقال الكرخي من علماء الحنفية: هو أن يعدل الإنسان على أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه أقوى يقتضي العدول عم الأول.⁽¹⁾ الاستحسان هو العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص أقوى من الأول ، وهذا تعريف الجمهور العلماء .⁽²⁾

¹ الحنبلي، علاء الدين أبي الحسن علي بن سلمان المزداوي، التجيير شرح التحرير في أصول الفقه، ت885 هـ - دراسة و تحقيق الدكتور أحمد بن محمد السراج ، ج8/245 - مكتبة الرشيد ، الرياض ط1-2000.

² النملة ، عبد الكريم بن علي بن محمد، المهذب في علم أصول الفقه المغاربية ، 4/1994-1002 مكتبة الرشيد - الرياض ط3سنة 2004م/5مج .

المبحث السابع:

المصلحة المرسلّة⁽¹⁾

المطلب الأول: في المصلحة المرسلّة

سماها المالكية بالمصالح المرسلّة، والغزالي بالاستصلاح، ومتكلموا الأصوليين بالمناسب المرسل الملائم، وبعضهم بالاستدلال المرسل، وإمام الحرمين وابن السمعاني بالاستدلال. لقد انزل الله سبحانه وتعالى القرآن الكريم ليحقق مصالح الناس في دنياهم وآخرتهم، وليجلب لهم النفع، ويرفع عنهم الغبن والظلم.

المصلحة المرسلّة :

المصلحة اصطلاحاً : هي المنفعة التي قصدتها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم ، ونفوسهم ، وعقولهم ، و أموالهم ، و نسلهم ، فكل ما يضمن هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة ، وكل ما يفوت هذه الأصول أو احدها فهو مفسدة ، ودفعها مصلحة.

شروط المصلحة المرسلّة :

أن المصلحة حجة بشروط هي كما يلي :

الشرط الأول : أن تكون المصلحة المرسلّة ضرورية ، وهو : ما يكون من الضروريات الخمس التي يجزم بحصول المنفعة منها.

الشرط الثاني : أن تكون المصلحة كلية عامة حتى تعم الفائدة جميع المسلمين.

الشرط الثالث : أن تلائم تلك المصلحة مقاصد الشرع في الجملة ، فلا تكون غريبة.

الشرط الرابع : أن تكون المصلحة المرسلّة قطعية، أي : يقطع بوجودها ، ولم يختلف في ذلك⁽²⁾.

فالمصالح إما أن تكون مصالح معتبرة من الشارع وهي التي حدد لها الشارع عقوبات والتي جاءت لتحفظ مقاصد الشريعة الخمس. (أي أن تشريع حكم أو عقوبة لمتعدي الحد يحقق مصلحة اجتماعية ودينية عظيمة). مثل الأحكام التي جاءت لتحافظ على مقاصد لشريعة من حفظ للنفس والنسل والدين والمال والعقل.⁽³⁾

أما المصالح المرسلّة فهي التي تقتضيها حاجات الناس وأحوالهم ولم يشرع الشارع أحكاماً لتحقيقها ولا يوجد هنالك دليل على اعتبارها أو إلغائها.

فهذه مصالح اقتضتها الحاجة وكثرة نوازل العامة والتي لا يمكن حصرها.

(1) انظر وهبي الزحيلي ص 754 ج 2

(2) المهذب ج 3/1010.

(3) ص 753/752 وهبه الزحيلي .

وقد قسم العلماء المصلحة إلى ثلاثة أقسام ما شهد الشرع لاعتبارها مثلاً حرمة شحم الخنزير آخذاً مما جاء في تحريم لحمه قياساً. فالأصل موجود ويقاس عليه. والثاني ما شهد الشرع ببطلانها ومثالها فتاوى الملك بان يصوم شهرين متتابعين بدل تحرير رقبة وهذه فتوى باطلة. والقسم الثالث ما لم يشهد له الشرع بالبطلان ولا بالاعتبار نص معين. وإنما سكت عنه، وهذه هي المصلحة المرسلة، مثل جمع الناس على مصحف واحد بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم.⁽¹⁾

فالمصالح المرسلة⁽²⁾ تعتبر من أهم مسالك ودروب التجديد في الفقه الإسلامي، حيث أنها مصلحة والة تتمشى مع متغيرات كل عصر وزمان، وتفتح باب الاجتهاد والتفكير والإبداع لتتمشى أحكام الشريعة الإسلامية مع كل جديد. وما دام مثل هذا المصدر موجوداً من بين مصادر الشريعة الإسلامية يمكننا أن نضمن عدم الجمود بالأحكام الشرعية. بل يكون التشريع الإسلامي فضاء واسعاً في إطار الشرع، ليتمشى مع حاجات الناس ونوازلهم.

والأدلة الشرعية كثيرة بالأخذ بالمصلحة المرسلة وقد اخذ بها أبو بكر عندما حارب مانعي الزكاة، وعمر عندما ألغى سهم المؤلفه قلوبهم من الزكاة ودون الدواوين ووقف تنفيذ حد السرقة في عام المجاعة واتخذ السجون، وعثمان بن عفان رضي الله عنه وأرضاه حيث جمع المسلمين على مصحف واحد، وعلي الذي حرق الغلاة من الشيعة والروافض، والحنفية حجروا على المفتي الماجن والطبيب الجاهل والمالكية أباحوا حبس المتهم وتعزيره توصلوا إلى إقراره والشافعية أوجبوا القصاص من الجماعة إذا قتلوا الواحد.⁽³⁾

فهذه كلها مصالح تقتضيها حياة الأمة الإسلامية لكي تستمر، وكلها مصالح تتمشى وتحقق مقاصد الشريعة الخمس، وكلها مصالح تهدف لتحقيق وتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية لتعم الأرض.

وخلاصة البحث نلاحظ مما تقدم كيف انه في تعدد مصادر الشريعة الإسلامية، وطرق استنباط الأحكام والتعامل مع المستجدات لأثر كبير في حياة المجتمع المسلم، فالعمل بموجب المصلحة المرسلة يكون في كل أمر حتى ولو لم يكن نزل به وحى أو نطق به أو وضعه الرسول صلى الله عليه وسلم، فالعمل بموجب المصلحة يكون لتحقيق كل ما هو خير للأمة وجلب للمنافع ودرء للمفاسد وان لم يكن أصله معتبر بشرط أن يكون في إطار تحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية.

(1) عبد المنعم أبو قاهوق، ص 41-42

(2) لقد قسم الغزالي المصلحة إلى ثلاثة أقسام بحسب اعتبارها/ص 770 ج 2 زحيلي

1. ما شهد الشارع لاعتبارها وهي حجة مثل تحريم المسكرات.

2. ما شهد الشرع ببطلانها: مثل الإفتاء لبعض الملوك بالصيام شهرين بدل اعتاق الرقبة للتشديد عليهم وهذا باطل

3. ما لم يشهد له من الشرع بالبطلان أو الاعتبار نص معين مثل اتخاذ السجون.

(3) خلاف، ص 95.

فالمصلحة المرسلّة "يعتبر إضافة لغيره من المصادر وبالذات الاستصحاب مصدراً يفتح المجال للتعامل مع كل قضية أو مسألة عصرية يمكن أن تستجد، كما وفي تطبيق هذه المصادر في الحياة العملية لهو رد على أولئك الذين يدعون بأن الدين الإسلامي دين رجعي لا يتعامل مع المستجدات ولا يمكن أن يواكب تطورات العصر الحديث. ففي هذا رد على أولئك المضللين.

شروط المصلحة المرسلّة⁽¹⁾ :

أن المصلحة حجّة بشروط هي كما يلي :

الشرط الأول : أن تكون المصلحة المرسلّة ضرورية ، وهو : ما يكون من الضروريات الخمس التي يجزم بحصول المنفعة منها.

الشرط الثاني : أن تكون المصلحة كلية عامة حتى تعم الفائدة جميع المسلمين.

الشرط الثالث : أن تلاءم تلك المصلحة مقاصد الشرع في الجملة ، فلا تكون غريبة.

الشرط الرابع : أن تكون المصلحة المرسلّة قطعية، أي : يقطع بوجودها ، ولم يختلف في ذلك.

أقسام المصالح المرسلّة

تنقسم المصالح باعتبار أهميتها الى ثلاثة أقسام :

القسم الأول :

الضروريات ، وهي التي لا بد منها في قيام مصالح الدين و الدنيا ، وصيانة مقاصد الشريعة ، بحيث اذا فقدت أو فقد بعضها ، فإن الحياة تختل أو تفسد ، و للمحافظة على المصالح الضرورية شرع الله حفظ الدين ، و النفس ، و العقل ، و النسب ، و المال.

فشرع لحفظ الدين : قتل الكافر المضل عن هذا الدين ، وقتل المرتد الداع الى رده ، و عقوبة المبتدع الداعي الى بدعته ، و شرع الجهاد.

وشرع لحفظ النفس : عقوبة القصاص ، و عقوبة الدية ، و وجوب الأكل و الشرب عند الضرورة ولو كان صائماً ، كذلك : شرع اللبس و المسكن ، مما يتوقف عليه بقاء الحياة وصون الأبدان من التلف ، أو أي ضرر.

وشرع لحفظ العقل : عقوبة شرب الخمر ، و وجوب الأكل و الشرب الذين يتوقف عليهما بقاء العقل و سلامته.

وشرع لحفظ الأنساب : عقوبة الزنا ، أحكام الحضانة ، و النفقات.

وشرع لحفظ المال : عقوبة السرقة ، و القواعد المنظمة للمعاملات المختلفة بين الناس لصيانة الحقوق.

¹ (المهذب ج3/1010)

ولا يمكن - بأي حال - تفويت هذه الاصول الخمسة ، فلا بد إذن من مراعاتها ؛ لكون كل واحد منها يعتبر ركناً من الأركان التي لا تقوم الحياة البشرية إلا بها.
القسم الثاني :

الحاجيات ، وهي : المصالح والاعمال و التصرفات التي لا تتوقف عليها الحياة و استمرارها ، بل إذا تركناها لا تختل ولا تفسد الحياة الإنسانية ، فالحياة تتحقق بدون تلك الحاجيات ، ولكن مع الضيق.

فهي أعمال و تصرفات شرعت لحاجة الناس الى التوسعة ، ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج و المشقة.

مثل : التوسع في بعض المعاملات كالسلم ، والمساقاة ، والقصر في السفر ، والرخص المناطة في المرض ، هذه الأمثلة في الأمور العامة.

ومثال ذلك في الأمور الخاصة : تسليط الشارع الأب في تزويج البنت الصغيرة من الكفاء ، فإن هذا لا ضرورة إليه ؛ حيث يمكن استمرار الحياة بدون ذلك ، ولكنه محتاج إليه في اقتناء المصالح لتحصيل الكفاء خوفاً من فواته ؛ لأنه يحصل بحصوله النفع في المستقبل و المال ، ويحصل بفواته بعض الضرر.

القسم الثالث :

التحسينات ، وهي : المصالح و الأعمال و التصرفات التي لا تتوقف الحياة عليها ، و لا تفسد و لا تختل، فالحياة تتحقق بدون تلك التحسينات ، وبدون أي ضيق فيها ، فهي من قبيل التزيين و التجميل والتيسير ، ورعاية أحسن المناهج و أحسن الطرق للحياة ، فتكون من قبيل استكمال ما يليق ، والتزهد عما لا يليق من المدنسات التي تألفها العقول الراجحة.

ومن أمثلة ذلك: المنع من بيع الماء و الكلاً ، والمنع من بيع النجاسات ، والابتعاد عن الإسراف و التقنير ، ومجانبة ما استخبث من الطعام ، وآداب الأكل و الشرب ، هذه أمثله العامة⁽¹⁾.

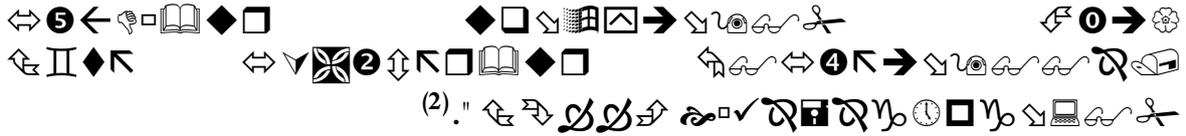
⁽¹⁾ المذهب في علم أصول الفقه ج3 1004/4

المبحث الثامن:

العرف

المطلب الأول: في العرف وأقسامه

أصله من القرآن بدليل.(1)



لحديث عن العرف قررت التطرق لما جاء في شرح مجلة الأحكام العدلية وذلك للمقارنة بين العرف والعادة بين الشريعة والقانون. وذلك من خلال القواعد التالية كما جاءت في المجلة.(3)

1. "العادة محكمة".(4)

2. "استعمال الناس حجة يجب العمل بها".(5)
3. "إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت".(6)
4. "العبرة للغالب الشائع لا للنادر".(7)
5. "المعروف عرفا كالمشروط شرطا".(8)
6. "المعروف بين التجار كالمشروط بينهم".(9)

(1) عبد المنعم أبو قافوق، ص 52

(2) سورة الاعراف، آية 199

(3) مجلة الأحكام العدلية

(4) م 36 مجله الأحكام العدلية

(5) م 37 مجله الأحكام العدلية

(6) م 41 مجله الأحكام العدلية

(7) م 42 مجله الأحكام العدلية

(8) م 43 مجله الأحكام العدلية

(9) م 44 مجله الأحكام العدلية

العادة لغة: مشتقة من العود أي التكرار، وهي الدأب والاستمرار، فكل ما اعتيد حتى صار يفعل من غير جهد، فهو عادة، ومنه قوله تعالى "﴿...﴾" (2).

واصطلاحاً: هو الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية. مثلاً لا تعتبر عادة تحرك الخاتم بتحريك الإصبع لأن العقل يحكم به بسبب وجود التلازم بين العلة والمعلول. (3)
 العادة: الدين يعاد إليه ، معروفة و جمعها عادٌ و عادات و عيد ، الأخيرة عن كراع ، وليس بقوي.

أما صاحب درر الحكام فعرف العادة"هي الأمر الذي يتكرر بالنفوس، ويكون مقبولاً عند ذوي الطباع السليمة بتكراره المرة بعد المرة. (4)

تقسيمات العرف

يقسم العرف لعدة أقسام:

1. فقد يكون بحسب موضوعه: لفظياً (كإطلاق الولد على الذكر) أو عملياً (كقسمة المهر/ أو يوم راحة أسبوعي).
2. وبحسب إقراره: صحيحاً (مهر معجل ومؤجل) أو فاسداً (مأتم موالد)
3. وباعتبار إطراده عاماً (إكرامية خادم مطعم) أو خاصاً (دفع أجره محل شهري)

شرح مواد من المجلة ذات العلاقة:

1. العادة محكمة. يعني أن العادة عامة كانت أو خاصة تجعل حكماً شرعياً. ومعنى محكمة أي هي المرجع عند النزاع لأنها دليل يبنى عليه الحكم وهي مأخوذة من الحديث القائل "ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن". (5) أما إذا ورد نص في القرآن أو السنة فيعمل به لأنه أولى بالإتباع. حيث النص أقوى من العرف والعادة من غير شبهة.
2. استعمال الناس حجة يجب العمل به. فاستعمال الناس غير مخالف للشرع يعد حجة كبيع السلم بسبب حاجة الناس إليه. وهنالك مثال ورد بالمجلة وهو لو أهدى شخص شيئاً كالتفاح مثلاً في صحن

(1) لسان العرب ، جزء 9 ص 459 باب عود.

(2) سورة المجادلة، آية 3/58

(3) ص 830 زحيلي ج 2

(4) جزء 9 ص 459 باب عود.

(5) درر حكام ج 1 خرج حديث، ص 40

يجب رد الصحن لأنه يرد عادة ولو أهدى بلحا أو عنبا في سل لا يرد السل لصاحبه لجريان العادة بعدم رد السل.⁽¹⁾

3. إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت. يعني لا يلزم أن يكون جهاز العرس إلا على العادة الغالبة فلو جهزت عروس بأكثر من العادة الغالبة لا يعتبر ولا يقاس عليه. قلنا أن العادة يجب أن تعتبر وهذه المادة تشترط في العادة لكي تكون معتبرة أن تكون مطردة أي أن لا تتخلف أو غالبية أي أن تخلفت أحيانا فإنها لا تتخلف على الاكثر.⁽²⁾

4 المعروف عرفا كالمشروط شرطاً. وأيضاً الثابت بالعرف كالثابت بدليل شرعي والمعروف عرفا كالمشروط شرطاً والثابت بالعرف كالثابت بالنص والمعروف بالعرف كالمشروط باللفظ.⁽³⁾ مثلاً الأجير إذا استأجر على يد شخص ولم يتفقا على الأجرة وجب الدفع للأجير ثمن المثل.

5. المعروف بين التجار كالمشروط بينهم. وهي نفس سابقتها.

المطلب الثاني: شروط اعتبار العرف بالشرعية الإسلامية:

شروط اعتبار العرف في الشريعة الإسلامية:

1. أن يكون العرف مطرداً أو غالباً.
2. أن يكون العرف قائماً عند إنشاء التصرف المراد تحكيم العرف فيه.
3. إلا يعارض العرف تصريحاً بخلافه حيث لا عبرة للدلالة في مقام التصريح.⁽⁴⁾
4. إلا يكون العرف مخالفاً لنص شرعي أو أصل قطعي في الشريعة وإلا اعتبر فاسداً.⁽⁵⁾

نلاحظ أن مفهوم العرف والعادة يختلف بين الشريعة والقانون ففي حين نرى العرف والعادة وجهان لعملة واحدة في الفهم الشرعي نرى القانون الوضعي يفرق بين العرف والعادة حيث العرف عند رجال القانون هو الاعتياد مع قوة الإلزام بعكس العادة غير الملزمة. وهذا يختلف بين الشريعة والقانون، هذا من جهة وأما من جهة أخرى فنلاحظ أن العرف في التشريع الإسلامي ولكي يعتبر مصدراً تشريعياً

(1) درر حكام، ص 42

(2) درر الحكام ج، 1 ص 45

(3) مجله الأحكام العدلية، ص 46

(4) "م 13 مجله الأحكام العدلية

(5) زحيلي، ص 846-849

لابد أن تتوافر فيه مجموعة من الشروط وأولها موافقته للشرع الإسلامي فلا يكون عرفاً ولا عادة يؤخذ بها شرعاً مثلاً ضرب الثيران بالأسهم كما هو معمول به في أسبانيا، ولا يكون عرفاً اتخاذ الخليفة لأحكام الزوجة في الميراث والحقوق كما هو معمول به ببعض الدول الغربية،⁽¹⁾ أو شرب الخمر في الحفلات أو التسوية بين ميراث الرجل والمرأة. فهذا عرف لا يمكن أن يرتقى بالإسلام ليصبح مصدراً تشريعياً لأنه أصلاً مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية.

فالعرف إذن بأنواعه المختلفة وأقسامه لا يجوز أن يخالف الشريعة الإسلامية، بخلاف العرف بالنظم القانونية الوضعية والواجب الإتياع حتى لو خالف الدين.

فالشريعة الإسلامية فرقت بين العرف والصحيح (تقديم وتأجيل مهر/ عقد استصناع) والعرف الفاسد (مأتم/ ربا) فالعرف الصحيح يعتبر مصدراً تشريعياً ويراعي في التشريع والقضاء، بعكس العرف الفاسد الذي لا يعتبر في الشريعة الإسلامية.

أما بالنسبة للقوانين الوضعية فنلاحظ أن هذه القوانين تجتهد وتشدد أن لا يخالف العرف الدستور أو القانون والنظام العام، ولا علاقة للدين بها، بعكس العرف في الشريعة الإسلامية والتي يجب أن لا يخالف القرآن أو السنة النبوية المطهرة أو الإجماع.

(1) هنالك دول تمنح الخليفة الي استمرت حياتها تحت سقف واحد مع زوجها حكم الزوجة بجميع الحقوق.

المبحث التاسع: مذهب الصحابي⁽¹⁾

المطلب الأول: من هو الصحابي ومذهبه

بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم كان لابد من الاستمرار في تسيير حياة المسلمين والإجابة عن تساؤلاتهم واستفتاءاتهم، حيث لابد للمسيرة الدعوية من الاستمرار رغم عظم المصائب وهو وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم. وقد قام بهذه المهمة الصعبة جمع من الصحابة ذوي العلم والمعرفة، حيث قاموا بتعبئة الفراغ الفقهي بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم.

والبحث في هذا الموضوع يدور حول سؤال واحد وهو هل تعتبر أقوال هؤلاء الصحابة العظام مصدرا تشريعيا لا يجوز مخالفته، ويجب اللجوء إليه قبل القياس مثلا؟ أم هي آراء واجتهادات تناسبت مع ذلك الزمان ولا إلزامية لها اليوم؟

يلاحظ أن الفقهاء يقسمون مثل هذه الأقوال إلى ثلاثة أقسام:

أما القسم الأول والتي لا يجوز مخالفته وهو ما اجمع عليه الصحابة صراحة أو كان مما لا يعرف له مخالف كما في توريث الجدات السدس.⁽²⁾ لأن اتفاقهم على حكم في واقعة مع قرب عهدهم بالرسول، وعلمهم بأسرار التشريع واختلافهم في وقائع كثيرة غيرها دليل على استنادهم إلى دليل قاطع.⁽³⁾

أما القسم الثاني من أقوال الصحابة والتي أيضاً لا يجوز مخالفته فهو فيما لا مجال للرأي أو الاجتهاد فيه لأنه من قبيل الخبر التوقيفي عن صاحب الرسالة عليه صلوات الله وسلامه.⁽⁴⁾ حيث يعتبر قول الصحابي عن النبي بما لا يدرك بالرأي والعقل حجة قاطعة لا يجوز مخالفتها، لأنها تدل على نوع من الإعجاز النبوي ونقله للخبر لأصحابه، كقول أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها وأرضاها "لا يمكث الحمل في بطن أمه أكثر من سنتين قدر ما يتحول ظل المغزل"⁽⁵⁾.

أما القسم الثالث وهو الخلافي وهو قول الصحابي برأيه واجتهاده ومما لم يتفق عليه الصحابة وهذا هو موضع البحث.

(1) الزحيلي، انظر أصول الصحابي عند جمهور الأصوليين: هو من لقي الرسول صلى الله عليه وسلم مؤمنا به، ولازمه زمانا طويلا، وعند جمهور المحدثين: من لقيه مسلما ومات على إسلامه، سواء طالت صحبته أو لم تطل، ص 879 .

(2) الزحيلي ص 879

(3) خلاف ص 107

(4) زحيلي أصول ص 879

(5) نصب الراية 364\3 كتاب الرضاع

فيقول الزحيلي في أصول الفقه ص 881 "ترجع الآراء إلى مذهبين: مذهب يعتبر قول الصحابي حجة وهو مذهب الحنفية والمالكية والحنابلة ، ومذهب لا يعتبره حجة وهو مذهب الشافعية.

آراء العلماء في مذهب الصحابي⁽¹⁾

1. انه ليس بحجة مطلقا وقال بذلك الاشاعرة والمعتزلة والشيعة والراجح عند الشافعية وفي رواية لأحمد واختاره بعض متأخري المالكية والحنفية، وأما ابن حزم فهو منكر للأخذ بفتوى الصحابي بناء على انه لا يجيز تقليد احد لا من الصحابة ولا من غيرهم. وظاهر كلام الشافعي انه لا يرى واحدا معينا منهم حجة ويسوغ مخالفة آرائهم جميعا والاجتهاد في الاستنباط رأي آخر، لأنها مجموعة آراء اجتهادية فردية لغير معصومين وكما جاز للصحابي أن يخالف صحابي فيجوز لمن بعدهما من المجتهدين ان يخالفهما.⁽²⁾

2. انه حجة شرعية مقدمة على القياس، وبه قال أئمة الحنفية ونقل عن مالك والشافعي في قول قديم له واحمد في رواية أخرى له، وهي الراجحة في مذهبه، فهو إذن مذهب جمهور العلماء كما في بعض الكتب الحديثة.

3. انه حجة إذا انضم إليه القياس، فيقدم حينئذ على قول صحابي آخر، وهو ظاهر مذهب الشافعي الجديد.

4. انه حجة إذا خالف القياس لأنه لا تخريج له إلا انه اطلع على خبر فاتبعه، وإلا فإنه يكون قد ترك القياس الأمور به وانقدحت عدالته وهو باطل، وحينئذ فيكون قوله حجة. والظاهر أن قائله من الحنفية.

وأرجح مذهب أبي حنيفة والذي لا يرى رأيا واحدا منهم حجة، فله أن يأخذ برأي من شاء منهم، ولكنه لا يسوغ مخالفة آرائهم جميعا، فهو لا يسوغ في القياس في الواقعة ما دام للصحابة فتوى فيها بل يأخذ فيها بأي قول من أقوالهم، ولذلك تبرير بأن اختلاف الصحابة في الواقعة إلى رأيين انه إجماع بأن لا ثالث لها، والخروج عن أقوالهم خروج عن إجماعهم.⁽³⁾

فلابد من الدوران في فلك مدارس الصحابة عند محاولة فهم بمسألة معينة، وهو ما يجب أن يقدم برأيي على القياس حيث ما القياس إلا وسيلة للوصول إلى الحكم الشرعي السليم، فمن غير الصحيح ترك الأصل الموجود والمتمثل بجملة فتاوى الصحابة بمسألة ما والذهاب للقياس، فالقياس يعمل به إذا ضاقت المسألة ولم يتوفر حل أو جواب لها.

(1) الزحيلي، أصول، ص 880/ 881

(2) خلاف، ص 108

(3) خلاف، ص 108

أما بالنسبة لتبرير صحة مذهب الصحابي فهي كون الصحابي اشرف واطهر قلبا واقرب إلى النبي صلى الله عليه وسلم وإلى الفطرة السليمة ممن تبعه من العلماء فتفضيله وتفضيل رأيه أفضل وأقوم. وقد رجح الزحيلي أن لا يكون مذهب الصحابي بدليل شرعي مستقل فيما هو مقول بالاجتهاد المحض لأنه يحتمل الخطأ ومع ذلك يجب أخذه بعين الاعتبار عند ترجيح اجتهاد على آخر.⁽¹⁾

فلو قمنا بمقارنة مذهب الصحابي جدلا بآراء رجال القانون لوجدنا أن مذهب الصحابي كمصدر من مصادر التشريع الإسلامي -بحسب الراجح من أقوال العلماء- لا يكون دليلا مستقلا وهو ما يوازيه في القانون الوضعي آراء رجال القانون والباحثين حيث يؤخذ بآرائهم للاستئناس والاسترشاد عند إصدار الأحكام، فأراء العلماء آراء تفسيرية غير ملزمة. وهذا إحدى أوجه الشبه في التعامل بين هذين الدليلين أو المصدرين.

أما أوجه الخلاف فهو دقة التصنيف حيث بعكس القانون الوضعي تقسم أقوال الصحابة إلى ما لا اجتهاد فيه وهو واجب الأخذ به، وإلى ما انعقد عليه الإجماع فهو أيضاً لا خلاف بلزوم إتباعه، والشق الخلافية.

فلاحظ بالنظم القانونية الوضعية انه لو اجتمع كل رجال القانون وشارحيه على مسألة ورأي واحد في مسألة قانونية معينة يبقى رأيهم واجتهادهم من وجهة نظر القانون غير ملزم فما هو إلى رأي تفسيري يؤخذ به للاستئناس والاسترشاد مهما علا شأنه ما دام لم يتم تقنينه سواءً بدستور أو قانون أو لائحة، وذلك بعكس الإجماع في مذهب الصحابة.

(1) زحيلي، ص 886

المبحث العاشر:

شرع ما قبلنا

تعريفه : المراد به : ما نقل اليها من أحكام تلك الشرائع التي كانوا مكلفين بها على أنها شرع الله تعالى.¹

يمكن تقسيم شرع ما قبلنا إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأول: وهو ما قصه القرآن الكريم من أحكام شرعت للأمم السابقة والزمننا بها مثل الصيام.

"﴿لَا يَجِدُكَ إِلَّا خَائِبًا مِمَّا كَفَرَ مِن قَبْلُ وَتَلَا آيَاتِنَا فَكَلَّمْنَاكُم بِذَلِكَ لَعْنَةُ اللَّهِ عَلَى الْكَافِرِينَ﴾" (2) وهو بلا خلاف واجب علينا.

وقسم ثاني: وهو الشرع أو الحكم الذي اختصت به أمة أو أمم سابقة ونسخ عندنا في القرآن أو السنة فهو ليس بشرع لنا ولا نأخذ به، مثل إصابة الثوب بالنجاسة فلا يطهر إلا إذا قطع ما أصيب منه، أو أن العاصي لا يكفر ذنبه إلا إذا قتل نفسه كما جاء بشريعة موسى.

والقسم الثالث: وهو مدار بحثنا وهو الخلفي: وهو ما قصه القرآن أو السنة ولم يرد لدينا هل هو ملزم أم لا: مثل " ﴿لَا يَجِدُكَ إِلَّا خَائِبًا مِمَّا كَفَرَ مِن قَبْلُ وَتَلَا آيَاتِنَا فَكَلَّمْنَاكُم بِذَلِكَ لَعْنَةُ اللَّهِ عَلَى الْكَافِرِينَ﴾" (3).

ويقول الخضري انه "اتفق العلماء على الاستدلال بقوله تعالى " ﴿لَا يَجِدُكَ إِلَّا خَائِبًا مِمَّا كَفَرَ مِن قَبْلُ وَتَلَا آيَاتِنَا فَكَلَّمْنَاكُم بِذَلِكَ لَعْنَةُ اللَّهِ عَلَى الْكَافِرِينَ﴾" الآية على وجوب القصاص في ديننا ولو أننا متعبدون به لما صح الاستدلال لقوله صلى الله عليه وسلم "من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها" ثم تلا قوله تعالى: " ﴿لَا يَجِدُكَ إِلَّا خَائِبًا مِمَّا كَفَرَ مِن قَبْلُ وَتَلَا آيَاتِنَا فَكَلَّمْنَاكُم بِذَلِكَ لَعْنَةُ اللَّهِ عَلَى الْكَافِرِينَ﴾" (4)

وهي مقولة لموسى عليه السلام، وسياق الحديث يدل على الاستدلال وإلا لم يكن لتلاوة الآية فائدة". (5)

أما آراء العلماء بالمسألة فهو:

1. انه ليس شرع لنا لان شريعتنا ناسخة لسابقاتها الا إذا ورد عندنا ما يقرره.

(1) المهذب 3\972

(2) سورة البقره، آية 183

(3) سورة المائدة، آية 45

(4) سورة طه، آية 14

(5) الخضري 349 أصول الفقه

2. انه يكون شرعا لنا لان القرآن والسنة لم تتسخه، وقد ورد عندنا، لانه حكم الهي وقد استدل به العلماء.

"ولان قص القرآن علينا حكما شرعيا سابقا ولم ينسخ فهو تشريع لنا ضمنا لأنه حكم الهي بلغه الرسول إلينا ولم يدل دليل على رفعه عنا، ولان القرآن مصدق لما بين يديه من التوراة والانجيل"⁽¹⁾ لذلك نلاحظ أن شرع ما قبلنا هو شرع لنا ما لم ينسخ صراحة. تعريفه : المراد به : ما نقل الينا من أحكام تلك الشرائع التي كانوا مكلفين بها على أنها شرع لله تعالى.⁽²⁾

ويقول الزحيلي: "ليس شرع من قبلنا دليلا مستقلا من أدلة التشريع، وإنما هو مردوده إلى القرآن أو السنة، لأنه لا يعمل به كما عرفنا، إلا إذا قصه الله تعالى أو رسوله عليه الصلاة والسلام من غير إنكار، ولم يرد في شرعنا ما يدل على نسخه، فالحق أن شرع من قبلنا ليس شرعا مستقلا لنا".⁽³⁾

ولو قمنا بمقارنة شرع ما قبلنا وطريقة تعامل الشريعة الإسلامية به ومقارنته بالشرائع السابقة بالنظم القانونية الوضعية وطرق تعامل القانون الوضعي معها ، لوجدنا أن هنالك تشابه ونقاط التقاء ونقاط خلاف، أما نقاط الالتقاء فهي أن القانون الوضعي يتعامل ويشكل مستمر مع تطوير القانون حتى يتخطى المستجدات على مدار السنين فالشرائع السابقة تلغى أن لم تكن ضرورة لها، وكذلك أن صدر تشريع يخالفها، دون ضابط يلزم السلطة التشريعية أو المشرع من التقيد بها. فيتم التعامل معها بحسب حاجة المجتمع لها في كل زمان ومكان فهي غير ملزمة دائما.

أما عندنا بالشريعة الإسلامية فنلاحظ أن شرع ما قبلنا يقسم لعدة أقسام منه الملزم الواجب المخالفة ومنه الملزم الواجب الإتياع في كل زمان ومكان، وعلى الفقهاء والعلماء التعامل مع أحكامه وفق تصنيفه الشرعي فلا يمكن في أي زمان أو مكان مثلا تجاهل "العين بالعين" أو القصاص" كما ولا يمكن قص الثوب لتطهيره حيث نسخ بما لدينا من أحكام الطهارة. فنلاحظ خصوصية التشريع الإسلامي ودقته بالتعامل مع هذا الدليل دون تعميم أو عشوائية أو مصلحة تقديرية.

(1)خلاف ص106

(2) الزحيلي 878 أصول الفقه

(3) المهذب 13 927

المبحث الحادي عشر:

الاستصحاب (آخر مدار الفتوى)

الاستصحاب: استصحاب الرجل اي دعاه الى الصحبة وكل ما لازم شيئاً فقد استصحابه¹. الاستصحاب في اللغة: اعتبار المصاحبة، وفي اصطلاح الأصوليين: وهو الحكم على الشيء بالحال التي كان عليها من قبل، حتى يقوم الدليل على تغير تلك الحال، أو هو جعل الحكم الذي كان ثابتاً في الماضي باقياً في الحال حتى يقوم دليل على تغييره.⁽²⁾

الاستصحاب: "استصحاب الرجل: دعاه الى الصحبة و كل ما لازم شيئاً فقد استصحابه".

وقد جاء في مجلة الأحكام العدلية أن "الاستصحاب هو الحكم بتحقق وثبوت شيء، بناء على تحقق وثبوت ذلك الشيء في وقت من الأوقات والاستصحاب حجة دافعة لا حجة مثبتة وهو على قسمين (استصحاب الماضي بالحال) و (استصحاب الحال بالماضي).⁽³⁾

استصحاب الماضي بالحال: هو الحكم على شيء ببقائه على الحال الذي كان عليه في الزمن السابق ما لم يقد دليل على خلافه ويقال له استصحاب "الماضي بالحال". مثلاً الحكم بحياة المفقود فلا يجوز الحكم بموته ولا قسمة تركته بين الورثة ما لم يثبت موته أو تنقضى أمثاله بوصوله سن التسعين.⁽⁴⁾ فعلماء الحنفية فاعتبروا الاستصحاب حجة للدفع لا للإثبات، فالاستصحاب عندهم لا يثبت ما هو غير ثابت. فمثلاً المفقود تدفع دعوى وفاته بالاستصحاب حيث الأصل انه حي. ولكن لا يمكن الاحتجاج بالاستصحاب لإثبات ميراثه من الغير لان حياته الثابتة بالاستصحاب هي حياة غير حقيقية بل حكمية.

استصحاب الحال بالماضي: هو اعتبار حالة الشيء في الزمن الحاضر أنها حالة ذلك الشيء في الماضي ما لم يثبت خلاف ذلك بدليل. مثال ذلك لو اختلف شخصان على ماء يسيل من دار احدهما إلى دار الآخر في كونه قديماً أو حديثاً وعجز الفريقان كلاهما عن إثبات دعواهما فينظر إلى حال المسيل في الوقت الحاضر فإذا ثبت جريان الماء قبل الخصومة من ذلك المسيل يحكم ببقائه على الحال التي وجد عليها.⁽⁵⁾

ولهذه القاعدة استثناء وهو أن الأمين يصدق بيمينه في براءة ذمته من الأمانة المكلف بحفظها. رغم أن الحال الماضي يدل على وجود الأمانة معه.⁽⁶⁾

⁽¹⁾ جزء 7 ص 287 باب صحب

(2) ص 102 خلاف

(3) المجلة ج 1 ص 20 م 5

(4) ص 21 مجله ج 1 م 5 شرح

(5) ص 21 مجلة

(6) ص 21 مجلة

وهكذا فلو سئل فقيه عن مسألة ما ولم يجد الدليل من القرآن أو السنة أو الاجماع او القياس وغيرها بهذه الحالة يجب عليه اللجوء إلى آخر دليل شرعي وهو الاستصحاب، لذلك قمت بهذه الدراسة بترتيب الاستصحاب آخر الأدلة الشرعية وذلك حيث به يحكم في حالة عدم وجود نص شرعي يحكم الحالة محل البحث.

وعلى هذا الدليل الشرعي "الاستصحاب" بنى العلماء جملة من القواعد والمبادئ الشرعية مثل:

1. الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره.⁽¹⁾ يعني النظر للشيء على أي حال كان فيحكم بدوامه على ذلك الحال ما لم يقد دليل على خلافه، وهذه القاعدة تدعى (الاستصحاب) وقاعدة القديم على قدمه فرع لهذه القاعدة
2. القديم يتزك على قدمه.⁽²⁾ وهذه هي المادة 6 في مجلة الأحكام العدلية والتي أن القديم الموافق للشرع يجب أن يبقى على قدمه، أما القديم المخالف للشرع فيزال مثلا بالوعة بالطريق العام حيث أن الضرر لا يكون قديما.
3. الأصل في الأشياء الإباحة. حيث لا يحرم ولا يمنع إلا بدليل، فلو سئل شخص مجتهد ما حكم أكل لحم الدابة الفلانية، فطالما لا يوجد دليل يحرم أكلها فهي مباحة وحلال أكلها.
4. الأصل في الإنسان البراءة.⁽³⁾ تعني أن الأصل في الإنسان براءة ذمته وعدم انشغالها بحق آخر لأن الإنسان يولد وذمته بريئة وخلال حياته يمكن لذمته أن تكون مشغولة بدين أو غيره، أما الأصل فهو براءة الذمة. ومن يدعي خلاف ذلك عليه البينة.
5. ما ثبت باليقين لا يزول بالشك. فمن عرف فلانة زوجة فلان شهد بالزوجية ما لم يقد له دليل على انتهائها. ومن علم عدم أمر حكم بعدمه حتى يقوم الدليل على وجوده. أما بالنسبة لكون الاستصحاب دليلا فهو دليل حيث فيه استبقاء دلالة هذا الدليل على حكمه، ما لم يثبت العكس. قال الخوارزمي في الكافي "وهو آخر مدار الفتوى".⁽⁴⁾

(1) وهي المادة الخامسة في مجلة الأحكام العدلية ص20 ج1

(2) جاء بشرح المجلة ص20 ج1م6 انه يمكن اعتبارها فرع لقاعدة الأصل بقاء ما كان على ما كان) من شرحها بالمجلة.

(3) م8 مجله.

(4) ص888 الزحيلي.

الفصل الثاني:

مصادر القانون الوضعي أو "القاعدة القانونية"

وفيه سبعة مباحث:

المصادر الأصلية

المبحث الأول: التشريع وأنواعه

المطلب الأول: الدستور

المطلب الثاني: القانون

المطلب الثالث: الأنظمة واللوائح

المبحث الثاني: الدين (مصدر اصلي خاص)

المصادر الاحتياطية

المبحث الأول: أحكام الفقه الإسلامي

المبحث الثاني: العرف

المبحث الثالث: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

المصادر التفسيرية

المبحث الأول: الفقه

المبحث الثاني: القضاء

الفصل الثاني:

مصادر القانون الوضعي أو " القاعدة القانونية"

تختلف مصادر القاعدة القانونية من جماعة إلى أخرى، ومن دولة إلى أخرى. إلا أن العرف والتشريع - على تفاوت بينهما في الأهمية والمرتبة بحسب المكان والزمان - يعتبران كقاعدة عامة مصدرين رسميين تشترك فيهما كل الجماعات قديما وحديثا.⁽¹⁾ أما بالنسبة للمصادر الأخرى أي الثانوية أو التبعية والتفسيرية فإنها تختلف من جماعة إلى أخرى وذلك بحسب أحوال وظروف كل مجتمع وجماعة. حيث من الدول ما تعطي مكانا بارزا للدين كمصدر للقاعدة القانونية ومن الدول من تجد للقضاء مركزا هاما مثل دول النظام الانجلوسكسوني⁽²⁾ وغيرها. فمثلا بينت المادة الثانية من القانون المدني الأردني المصادر الرسمية إذ قررت في الفقرة الأولى منها انه: (1) تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص. ثم أضافت في الفقرات التالية انه: (2) فإذا لم تجد المحكمة نصا في القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنص هذا القانون، فإذا لم توجد فيمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية (3) فإذا لم توجد حكمت بمقتضى العرف، فإذا لم توجد حكمت بمقتضى العدالة. الخ (4) ويستترشد في ذلك كله بما اقره القضاء والفقه على أن لا يتعارض مع ما ذكر".⁽³⁾

فلاحظ من خلال نص المادة أعلاه أن المصادر في القانون الأردني مقسمة على النحو التالي:

1. مصادر القانون الرسمية: وتنقسم إلى طائفتين:
 - أ. التشريع باعتباره المصدر الأصلي العام.
 - ب. والدين باعتباره مصدرا اصليا خاصا بمسائل الأحوال الشخصية.
2. ومصادر احتياطية: وهي أحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية والعرف، وقواعد العدالة.
3. مصادر تفسيرية: وهي القضاء والفقه فهما مجرد مصدران تفسيريان فقط يستترشد بهما القاضي دون إلزام.⁽⁴⁾

(1) كيره ، حسن ، المدخل إلى القانون، ص231

(2) النظام اللاتيني والانجلوسكسوني

(3) المادة الثانية القانون المدني الأردني

(4) بدر ، عوني، ص62

وقد ذكر الدكتور حسن كيره في كتابه المدخل إلى القانون أن هنالك ازدواج في المصدر الأصلي للقانونيين اللبناني والمصري.

"والمصادر الرسمية الأصلية في القانونيين اللبناني والمصري مصدران: مصدر اصلي عام هو التشريع، ومصدر اصلي خاص هو الدين.

وقول"وقد دعا إلى هذا الازدواج في المصدر الأصلي في القانونيين، ما ثبت في البلدين من تقاليد منذ الفتح الإسلامي من اعتبار مسائل الأحوال الشخصية وثيقة الصلة بالدين، وترك غير المسلمين وما يدينون بشأنها بحيث يخضع كل منهم - في مسائل الأحوال الشخصية- لأحكام دينه وملته، ويطرح المنازعات المتعلقة بها أمام مجلس قضاة الديني أو الملي.⁽¹⁾

فلاحظ أن التشريع والدين تعتبر مصادر أصلية في أكثر من دولة عربية كما هو مبين أعلاه ولهذا أثره على المجتمع والعامّة.

وقد ورد ذكر المصادر الرسمية للقانون المصري في المادة الأولى من القانون المدني والتي تنص على أن تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو فحواها. فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.⁽²⁾

(1) ص254 المدخل إلى القانون حسن كيره

(2) ص44/43 أسس الثقافة القانونية

المبحث الأول: التشريع وأنواعه

التشريع هو قيام سلطة عامة مختصة في الدولة بالتعبير عن القاعدة القانونية والتكليف بها في صورة مكتوبة، أو هو قيام هذه السلطة بصياغة القاعدة القانونية صياغة فنية مكتوبة وإعطائها قوة الإلزام في العمل.⁽¹⁾

فالتشريع إذا هو وضع القواعد القانونية أي سنها في صورة مكتوبة بواسطة السلطة المختصة في الدولة وفقا للإجراءات المقررة لذلك.

ويراد بلفظ التشريع أيضاً القواعد القانونية التي تنظم أمراً من الأمور، فيقال تشريع الضرائب، والتشريعات العمالية. . . الخ.⁽²⁾

فالتشريع بمثابة الوسيلة لإصدار القرارات الحاسمة المتعلقة بتنظيم العلاقات والسلوكيات بين الناس بعضهم البعض من جهة وكذلك في علاقاتهم بمجتمعاتهم وبالدولة التي ينتمون إليها من جهة أخرى.⁽³⁾

فنلاحظ أن للتشريع ثلاثة خصائص وهي:

1. أنه يضع قاعدة قانونية. فيعتبر التشريع الرائد والمنشأ الفني للقواعد القانونية، فالتشريع هو الذي يضع القاعدة القانونية الملزمة للسلوك والعامة والمجردة. "ذلك لا يعتبر تشريعاً أو قاعدة تشريعية الأمر الذي يصدر عن سلطة عامة مختصة في الدولة خاصة بشخص معين بذاته أو متعلقاً برابطة أو واقعة معينة بذاتها لان مثل هذا الأمر وان صدر عن سلطة عامة مختصة بإصداره، لا يضع قاعدة عامة مجردة للسلوك، إذ لا يتوجه إلى طائفة غير محدودة من الأفراد يتعين من يدخل فيها بصفته لا بذاته، ولا إلى طائفة غير متناهية من الروابط أو الوقائع يتحدد فيها الدخول بشروط معينة.⁽⁴⁾

2. التشريع يصدر بصورة مكتوبة. تعتبر الكتابة شرطاً أساسياً في التشريع، حيث لابد للقاعدة القانونية من أن تكون مكتوبة وذلك لإزالة الإبهام والغموض. كما وان الكتابة تجعل القاعدة

(1) كيره، حسن، ص 256.

(2) بدر، عوني، ص 63.

(3) أسس الثقافة القانونية، ص 46.

(4) كيره، حسن، ص 257.

القانونية واضحة المعالم جلية أمام العامة مما يسهل التعامل معها. ومما يحقق الاستقرار القانوني والثقة في المعاملات. "فتميز التشريع بثبوته عن طريق الكتابة يفرق من هذه الناحية بينه وبين العرف الذي لا يفرغ بلفظ مكتوب أو وثيقة مسطورة، بل يظل معنى يستخلص من تواتر العمل في الجماعة بسنة معينة مع الاعتقاد في إلزام هذه السنة".⁽¹⁾

3. التشريع يصدر عن سلطة عامة مختصة. أن الذي يضع القاعدة القانونية هي سلطة أو جماعة معينة داخل الدولة تخول للقيام بهذه المهمة بموجب القانون. فلا بد للتشريع من أن يصدر من سلطة عامة مختصة لهذا الغرض، بحيث تكون هذه السلطة على دراية وإلمام بحيثيات التشريع والتعامل مع معطيات الواقع وثوابته ومتغيراته.

أما بالنسبة لمزايا التشريع وعيوبه فهي:

1. من مزايا التشريع أن قواعده محددة وواضحة المعالم، مما يسهل التعامل معها وفهمها، ولهذا الأثر الكبير على استقرار المعاملات.
2. أن التشريع يحقق وحدة القانون في الدولة لان قواعده عامة ومجردة وتسري على جميع الأفراد دون تفریق أو تمييز. كما وأن لوحدة التشريع الأثر المباشر في بناء التوحيد السياسي في الدولة. حيث لا يكتمل وحدة الدولة السياسية إلا ببسط تشريعها على كامل أراضيها.
3. أن السرعة في إصدار التشريعات سبب في تطوير المجتمع وفق المتغيرات والمستجدات.

ومن عيوب التشريع هو وضعه عن طريق سلطة مختصة فلا تتلقى قواعده القبول من قبل الناس فكثيراً ما يخالفوه. ومن عيوبه أيضاً جموده حيث كثيراً ما لا يساير التطور والتغير المجتمعي.⁽²⁾ علماً بأنه في أيامنا تم تجاوز العيب الثاني خاصة، حيث أن التشريع يواكب التطورات والتغير المجتمعي.

(1) مصدر سابق، ص 259

(2) عوني بدر، ص 64

المطلب الأول: الدستور أو التشريع الأساسي

يقصد بالتشريع الأساسي التشريع الذي يضع أساس بناء الدولة، أي يضع نظام الدولة دستور الحكم فيها، فيحدد شكل الحكم في الدولة، وتعدد السلطات العامة فيها،⁽¹⁾ وتوزيع الاختصاصات بينها، وعلاقتها بالأفراد والحقوق والحريات العامة.⁽²⁾ فهو أعلى التشريعات في الدولة ويضم القواعد التي تبين وتحدد عمل واختصاص السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية، وعلاقتها مع بعضها البعض وعلاقتها مع الأفراد، كما ويحدد الدستور حقوق الأفراد السياسية والحريات العامة وضماداتها.⁽³⁾

طرق إصداره:

والتشريع الأساسي أما أن يصدر كمنحة من الملك أو صاحب السلطان في الدولة، وأما عن طريق عقد بين صاحب السلطان والشعب، وأما أن تسنه جمعية تأسيسية منتخبة من قبل الشعب، وأما أن يسنه الشعب مباشرة عن طريق الاستفتاء.⁽⁴⁾

أما أنواع الدساتير

أما أن يكون دستوراً مرناً يكفي لتعديل أحكامه أو إلغائها صدور قانون أو تشريع عادي عن السلطة التشريعية كما هو الشأن في تعديل أو إلغاء القوانين العادية، وأما أن يكون دستور جامد لا يتأتى تعديله أو إلغاؤه عن هذا الطريق بل يجب لذلك إتباع إجراءات وشروط خاصة.⁽⁵⁾

المطلب الثاني: التشريع العادي أو القانون

يقصد به التشريع الذي تسنه السلطة التشريعية في الدولة في حدود اختصاصها المبين في الدستور.⁽⁶⁾ ويطلق على هذا التشريع لفظ القانون بمعناه الخاص أو الضيق بحيث يختلف عن لفظ القانون بمعناه الواسع أو العام. والذي يعني مجموعة قواعد السلوك الملزمة للمجتمع.⁽⁷⁾

(1) حسن كيره ، ص 261، عوني بدر ص 65

(2) حسن كيره، ص 261

(3) عوني، ص 65

(4) حسن كيره ، ص 261

(5) حسن كيره ، ص 263

(6) عوني ص 66 ، حسن كيره ص 264

(7) كيره ص 264 ، عوني ص 66

فالأصل أن الذي يقوم بسن القانون هو السلطة التشريعية في الدولة وان كانت الدساتير تنص عادة على إشراك رئيس الدولة مع السلطة التشريعية في هذه الوظيفة أو مراقبته إياها، أما عن طريق ما تعطيه له من حق اقتراح القوانين، أو من حق التصديق أو الاعتراض على ما تسنه السلطة التشريعية منها.⁽¹⁾

وهناك حالات تحل فيها السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في سن التشريع العادي في أحوال استثنائية:

1. حالة الضرورة. حيث تقوم السلطة التنفيذية بإصدار التشريع العادي ويسمى تشريع الضرورة وذلك بالحالات التي تستدعي السرعة مثلاً في حالة حل المجلس النيابي. أو غياب السلطة التشريعية بشكل مؤقت لسبب أو لآخر، وحدث فراغ تشريعي، حيث يمثل هذه الحالة يستوجب الأمر اتخاذ خطوات معينة لسن تشريع معين. وبالطبع تخضع هذه التشريعات إلى إقرار السلطة التشريعية عند انعقادها، حيث لا بد من عرضها أمام المجلس التشريعي خلال فترة وجيزة وإلا فقدت قانونيتها. أما المدة الزمنية لعرضها على المجلس النيابي فتختلف من دولة لأخرى.
2. حالة التفويض أو تشريع التفويض: وهو تفويض من السلطة التشريعية للسلطة التنفيذية لإصدار قرارات لها قوة القانون في المسائل المحددة في التفويض.⁽²⁾ وتكون بحالات التي ترغب فيها السلطات توفير السرية أو الدقة أو السرعة بمعالجة أمر ما فتلجأ لهذه الحالة. وهذه تكون مع وجود السلطة التشريعية وعدم غيابها فهي تختلف عن تشريع الضرورة كما وتختلف عن تشريع الضرورة بمسألة عرضها أو عدمه على المجلس التشريعي وذلك بحسب الحاجة أو الأمر.
3. واستحدث القانون اللبناني حالة التعجيل:⁽³⁾ هذه الحالة الخطيرة والتي بموجبها يحق للحكومة ان تنتزع التشريع إذا تأخرت السلطة التشريعية في إصداره. وذلك بحجة أن السلطة التشريعية هي التي أوصلت الحكومة لهذا الأمر وبالتالي يقام بهذا الإجراء إلا أن هذا التعليل غير مقنع حيث في هذه المسألة خطورة كبيرة وتعدي على مبدأ فصل السلطات واختصاصاتها الوارد في الدستور

(1)حسن كيره , ص264

(2)حسن كيره, ص270

(3)حسن كيره , ص267

مراحل سن القانون

وهي الخطوات المتخذة منذ أن يفكر أو تولد فكرة القانون إلى أن يصبح قاعدة قانونية نافذة وملزمة، حيث لا بد للقانون أن يمر بمراحل عديدة حتى يخرج بصورته النهائية للمجتمع ويصبح ملزماً وواجب التطبيق.

أما هذه الخطوات فهي أربع:

1. اقتراح القانون
2. إقرار القانون
3. إصدار القانون
4. نشر القانون.⁽¹⁾

1. اقتراح القانون:

أن آلية اقتراح القانون متشابهة في معظم النظم القانونية مع وجود بعض الاختلافات وذلك بحسب الدولة ونظام الحكم فيها وطبيعة وتركيبه المؤسسات.

فمثلاً المادة 91 من الدستور الأردني تنص "يعني اقتراح القانون عرض مشروعه على مجلس الأمة لإبداء الرأي فيه، ويتم ذلك بأن يعرض رئيس الوزراء مشروع القانون على مجلس النواب، الذي يرفعه بدوره إلى مجلس الأعيان".

أما المادة 95 من الدستور الأردني فتتص "أو بأن يقترح عشرة أو أكثر من أعضاء أي من مجلسي الأعيان والنواب القانون، وفي هذه الحالي يحال الاقتراح على اللجنة المختصة في المجلس لإبداء الرأي، فإذا رأى المجلس قبول الاقتراح أحاله إلى الحكومة لوضعه في صيغة مشروع قانون لتقديمه للمجلس في الدورة نفسها أو في الدورة التي تليها. أما إذا رفض المجلس الاقتراح فلا يجوز تقديمه مرة ثانية في الدورة نفسها.

فنلاحظ أن المواد الدستورية في الدستور الأردني والمنظمة لعملية اقتراح القانون تتلاءم وطبيعة وبنية المؤسسات التشريعية في المملكة وهذا بالطبع لا يلتم دولة مثل لبنان مثلاً، ولكن إجمالاً هي نفس الطريقة لمعظم الدول مع مراعاة خصوصية النظام جمهورياً رئاسياً كان أو ملكياً وراثياً. .

(1)عوني بدر، ص 67

2. إقرار القانون:

أما قضية إقرار القانون فتكون عن طريق مناقشة بنوده في المجلس التشريعي، والمرور عليها مادة مادة والتصويت عليها، وهذا أيضاً يختلف من دولة لأخرى شكلاً، أما جوهرها فالمضمون والنتيجة واحدة فمثلاً بالأردن بعد عرض المشروع على مجلس النواب يرفع لمجلس الأعيان أما في فلسطين فتكون المناقشة بالمجلس التشريعي.

وبعد إقرار المجلس المشروع يرفع للمصادقة عليه، فمن الدول من يصادق عليه الملك مثل الأردن ومنها من يصادق عليه الرئيس وهكذا.

3. إصدار القانون:

يقصد بالإصدار أمران: الأول إثبات وجود القانون فهو بمثابة إعلان لميلاد القانون الجديد، أما الثاني فهو أمر رجال السلطة التنفيذية بتنفيذ القانون الجديد باعتباره من تشريعات الدولة فيصبح بذلك واجب النفاذ.⁽¹⁾

4. نشر القانون

النشر هو الوسيلة التي يستطيع الناس من خلالها العلم بالقانون وذلك لينفذ بحقهم ويلزموا به. فلا بد من إبلاغ مضمونه إلى كافة وحمله إلى علمهم وإتاحة الفرصة لهم للعلم به. والدول تقوم بنشر القوانين الجديدة في الجريدة الرسمية الصادرة فيها. وطالما لم ينشر القانون في الجريدة الرسمية لا يعتبر نافذاً بحق المواطنين.

فالنشر في الجريدة الرسمية واجب لنفاذ التشريع في حق المخاطبين بأحكامه، أيّاً كانت درجة التشريع أساسياً أو عادياً أو فرعياً. ولا يغني في الأصل عن النشر في الجريدة الرسمية أية وسيلة أخرى من وسائل الإشهار أو الإذاعة أو الإعلان، رغم أن بعض هذه الوسائل قد يكون أجدى مفعولاً من النشر في الجريدة الرسمية في سبيل حمل التشريع إلى علم المخاطبين بأحكامه.⁽²⁾ أما بالنسبة ليوم نفاذ القانون الجديد فمن القوانين من ينفذ من يوم صدوره في الجريدة الرسمية ومنها من تنفذ بعد مرور مدة زمنية من النشر وذلك بحسب كل قانون وظروفه.

(1)عوني بدر، ص68

(2) حسن كيره، ص279

المطلب الثالث: التشريع الفرعي أو النظام أو اللائحة

يقصد بالتشريع الفرعي التشريع الذي تسنه السلطة التنفيذية بمقتضى الاختصاص المخول لها في الدستور، باعتبار صفتها هذه، لا باعتبارها حالة محل السلطة التشريعية حلولا مؤقتا بمعنى أن اختصاصها بسن التشريع الفرعي اختصاص أصلي يثبت لها ابتداء ومع قيام السلطة التشريعية، فلا يعلق على غياب السلطة التشريعية كما هي الحال في تشريع الضرورة، ولا على تفويض منها كما هي الحال في تشريع التفويض، ولا على تقاعسها كما هي الحال في تشريع التعجيل.⁽¹⁾

وهناك أنواع من اللوائح بحسب القصد منها:⁽²⁾

- اللوائح التنفيذية وهي التي تسنها السلطة التنفيذية لتنفيذ القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية وبالتالي فلا بد لهذه اللوائح أن تتقيد بحدود مهامها فلا تتجاوز هذا الغرض.
- أما اللوائح التنظيمية فهي التي تسنها الحكومة أو السلطة التنفيذية لتنظيم المصالح والمرافق العامة. كإنشاء وزارة أو دائرة وتحديد اختصاصاتها والغائها.
- أما لوائح الضبط أو البوليس أو أنظمة الأمن فهي التي توضع لحفظ الأمن وحماية الأمن العام والصحة العامة. مثل أنظمة المرور ونظام مراقبة الأغذية وغيرها.

تدرج التشريع

يقصد بتدرج التشريع بيان مراتبه، وما يترتب على ذلك من عدم إمكان مخالفة التشريع الأدنى للتشريع الأعلى، ثم إيضاح الحكم إذا حدثت مثل هذه المخالفة.⁽³⁾

وكما ذكرنا سالفاً فإن التشريع بمعناه الواسع يعني ثلاثة حالات أو درجات تتفاوت بالقوة أولها التشريع الأساسي أو الدستور، ويليه التشريع العادي أو القانون وهو أوسط لتشريعات مرتبة والذي يلي الدستور من حيث القوة وثالثها لقانون الفرعي أو اللائحة أو النظام وهو أدنى التشريعات.

فمبدأ التدرج في التشريع يعني عدم جواز مخالفة تشريع أدنى إلى تشريع أعلى منه مرتبة، وإن حدثت مثل هذه المخالفة أو التجاوز عندها يعلو التشريع الأعلى ويغلب.

فيقول أستاذ القانون حسن كيره انه: "إذا تعارض تشريعان من درجة متفاوتة، وجب تغليب التشريع الأعلى وإغفال التشريع الأدنى".⁽¹⁾

(1) كيره حسن ، ص 273

(2) كيره ، ص 273- 276 / عوني بدر ص70

(3) عوني بدر، ص 71

الرقابة القضائية على صحة التشريعات الصادرة:

تكون الحاجة ملحة ويأتي دور الرقابة القضائية في حالة مخالفة تشريع أدنى لتشريع أعلى، فمثلاً إذا خالف القانون قاعدة دستورية، أو خالف النظام قاعدة قانونية. عندها وبهذه الحالة لا بد للرقابة القضائية من التدخل لحل الإشكال. وقد تكون المخالفة من حيث الشكل، كما قد تكون من حيث الموضوع.

فتدرج التشريع إذاً يجب أن يستتبع استمداد كل تشريع قوته وصحته من مطابقته لقواعد التشريع الذي يعلوه وهكذا. بحيث يكون باطلا التشريع الأدنى الذي يصدر على خلاف ما يقضي به التشريع الأعلى.⁽²⁾ وكل ذلك يدعو إلى إقامة رقابة قضائية على صحة التشريع للتأكد من مطابقتها الأدنى منه للأعلى أما من حيث الشكل وأما من حيث الموضوع.⁽³⁾

الرقابة من حيث الشكل:

إذا صدر تشريع من سلطة غير مختصة أو صدر منها وفق إجراءات غير صحيحة فمثلاً إذا طبق فقبل إصداره أو نشره أو قبل فوات الميعاد المحدد لبدء العمل به، عد غير مستوف شكل التشريع فيكون منعداً أو ليس له وجود قانوني، فيحق للمحاكم أن تمتنع عن تطبيقه سواء كان قانوناً أو نظاماً.⁽⁴⁾

فهذه الرقابة تركز على الجانب والوجود الخارجي للقانون وصناعته دون الدخول في الحثيات. فهو تركيز على شكل القانون وكيفية إصداره.

على المحاكم أن تمتنع عن تطبيق قانون لم يحرز الأغلبية العادية عند التصويت عليه في المجلس النيابي، أو لم يحرز الأغلبية الخاصة المطلوبة في شأنه، أو عن تطبيق القانون أو لائحة لم تنشر في الجريدة الرسمية، أو صدرت عن جهة غير مختصة.⁽⁵⁾

مخالفة التشريع الأدنى للتشريع الأعلى من حيث الموضوع:

تكون مثل هذه المخالفة عندما تقوم السلطة المختصة صاحبة الصلاحية بسن القانون بوضع تشريع أدنى يخالف تشريع أعلى من حيث الموضوع سواء كانت مخالفة كلية أو جزئية. الرأي في مثل هذه الرقابة يختلف باختلاف ما إذا كان التشريع فرعياً أو عادياً.

(1) حسن كيره ، ص 285

(2) حسن كيره، ص 284

(3) حسن كيره، ص 285

(4) عوني، ص 71

(5) حسن كيره، ص 285

رقابة قانونية اللوائح ودستوريتها

تملك المحاكم سلطة التحقق من شرعية أو قانونية اللوائح بالثبوت من عدم مخالفتها لأحكام القانون كما وتملك التحقق من دستورية اللوائح بالثبوت من عدم مخالفتها لقواعد الدستور.⁽¹⁾

مشكلة رقابة دستورية القوانين

هذه المشكلة تكون عندما يكون الدستور جامدا أما عندما يكون الدستور مرنا فأصدار قانون يخالف الدستور يعتبر بمثابة تعديل لهذا الدستور.

أما بالنسبة للدول ذات الدساتير الجامدة فالمسألة خلافية فثم اتجاه يرمي إلى منع المحاكم من رقابة دستورية القوانين بحجة احترام مبدأ فصل السلطات. مثل السائد في القضاء الفرنسي.⁽²⁾

وثم اتجاه ثان يرمي إلى تحويل المحاكم حق النظر في دستورية القوانين، باعتبار أن التثبيت من مطابقة القانون لقواعد الدستور استنادا إلى أن رقابة دستورية القوانين إنما هي من طبيعة عمل القضاء الذي يقوم على تطبيق القانون بمعناه العام. ومن أهم الدول المطبقة لذلك الولايات المتحدة الأمريكية.⁽³⁾

التدرج في التشريع الإسلامي

لقد روعي التدرج في التشريع الإسلامي أمران:

الأول: المجتمع الأمي الذي لا يقرأ ولا يكتب بل يحفظ وذلك لحفظ القرآن.

الثاني: أن ما يصلح للدولة بأول تكوينها لا يصلح بعد نموها وتطورها.

والتدرج في التشريع نوعان:⁽⁴⁾

1. أما التدرج الزمني فواضح حيث نزل القرآن مندمجاً بسبب الأحوال والحوادث والمناسبات، وفي ذلك تيسيرا ورفع للحرَج.

2. أما التدرج في أنواع الأحكام. هنالك أحكام تفصيلية روعي تفصيل أحكامها شيئا فشيئا مثل شرب الخمر حيث كانت عادة متأصلة في المجتمع

(1) كيره، حسن، ص 286

(2) المرجع السابق، ص 288-289

(3) المرجع السابق، ص 291

(4) المرجع السابق، ص 65-66

يتحدث د. عبد المنعم أبو قاهوق عن القواعد الفوق دستورية والتي يلجأ ويتقيد المشرع بها في النظم
الوضعية كالمواثيق والإعلانات العالمية للحقوق وغيرها. ويعتقد بأن الميثاق يسمو على القواعد
الدستورية ويرى "أن الميثاق ينزل من الدستور منزلة الأبوّة".⁽¹⁾
وهو الأساس الذي يراعي قبل صياغة القواعد الدستورية في النظم.
واري أن هذا الرأي غير عملي وغير معمول به في الوقت المعاصر حيث بإمكان كل دولة أن تتحفظ
عما تشاء من القواعد "الفوق دستورية" وتأخذ ما يوافق مصالحها فقط، وهذا ما يحدث فعلاً على أرض
الواقع.

(1) أبو قاهوق، عبد المنعم، رسالة دكتوراه، ص 291-281

المبحث الثاني: الدين (المصدر الأصلي الخاص)

يقصد بالدين هو مجموعة القواعد الدينية لكل من أصحاب الديانات السماوية في بلد معين، فالشريعة الإسلامية تعتبر مصدراً بالنسبة للمسلمين، والأحكام الذي وضعها رجال الكنيسة تعتبر مصدراً للمسيحيين حيث لم تشمل الديانة المسيحية إلا القليل من الأحكام المنظمة للقضايا والروابط المختلفة بين الناس.

بالنسبة للشريعة الإسلامية فقد ظلت عامة التطبيق على العلاقات المالية وروابط الأسرة إلى ما بعد منتصف القرن التاسع عشر، حيث بدأ صدور التقنينات العثمانية المنظمة للعلاقات المالية، وكان أهمها مجلة الأحكام العدلية التي جمعت أحكام المعاملات من المذهب الحنفي وصدرت عام 1869، لذا فقد انحصرت الشريعة الإسلامية في مواد الأحوال الشخصية وبعض مسائل أخرى تتعلق بالعقيدة مثل المواريث والوصايا والوقف.⁽¹⁾

يذكر أن مجلة الأحكام العدلية وضعت على يد مجموعة من جهابذة وعلماء الأمة ويتكليف من السلطان العثماني لتغطي احتياجات الناس.

وما يميز المصدر الأصلي العام عن المصدر الأصلي الخاص هو نطاق الولاية لكل منهما فولاية التشريع عامة تمتد في الأصل إلى كل المسائل، وأما ولاية الدين فخاصة لا تمتد إلا إلى مسائل معينة محدودة هي تلك التي تخرج استثناء من ولاية التشريع العامة.⁽²⁾

ويذكر أن مكانة الدين كمصدر أصلي خاص تتكمش وتمتد بحسب النظام القانوني والسياسي في الدولة، ففي حين تجد الدين يتلقى صدارة في الدستور السعودي مثلاً، تجد بالمقابل مكانته تتكمش في الدستور اللبناني. فلتبيعة الدولة والنظام اثر في امتداد أو انكماش الدين كمصدر أصلي خاص.

(1)عوني، بدر ، ص 81.

(2)كبيره ،حسن، ص305.

المصادر الاحتياطية

وحيث أن التشريع لا يمكنه الإحاطة بكل شيء ولا يمكنه مواكبة المستجدات الكثيرة، كما وأنه قد يغفل المشرع عن جزئية أو مسألة معينة عند وضع التشريع. لذلك لا بد من مصادر أخرى يلجأ إليها لاستنباط الحكم أو لإيجاد حل للقضية. ولهذا وجدت المصادر الاحتياطية للتشريع. وقد قام المشرع الأردني بذكر المصادر الاحتياطية على الترتيب التالي(1)المادة الثانية من القانون المدني الأردني

1. أحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية

2. العرف

3. قواعد العدالة

وهذه المصادر المذكورة هي نفسها في معظم القوانين الحديثة، وأحياناً يختلف ترتيبها، فمثلاً المشرع المصري اعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً احتياطياً ثانٍ يلي العرف، وهذا الحال في القانون المصري وحده - دون اللبناني-.

المبحث الأول:

أحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية

لقد نصت الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون المدني الأردني على أنه "إذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية".

فلاحظ أن المشرع الأردني جعل مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكام الفقه الإسلامي مصادر احتياطية إذا عجز التشريع عن القيام بمهامه، ويجدر بالذكر أنه لمجلة الأحكام العدلية العثمانية الأثر الكبير في التقنين المدني الأردني حيث تعتبر مصدراً قديماً لهذا التشريع.

ويراد بمبادئ الشريعة الإسلامية المبادئ العامة أي الأصول الكلية المستخلصة من الكتاب والسنة وهي لا تختلف من مذهب لآخر. أما أحكام الفقه الإسلامي فهي الأحكام التفصيلية المتفرعة عن تلك

الأصول الكلية المدونة بكتب الفقه والتي تختلف فيها الآراء من مذهب إلى مذهب بل وبين فقهاء المذهب الواحد.⁽¹⁾

فلاحظ أن هنالك شروط للأخذ بأحكام الفقه الإسلامي وهو أن تتجانس مع التشريع العام، حيث لا يجوز الأخذ بمذهب يقطع التواصل والتلاؤم بين القانون والحكم الفقهي. كما لا بد من الأخذ بما يتلاءم مع القانون بحيث لا يجوز التقييد بمذهب واحد الأمر الذي يقود للجمود أو التعارض مع القانون المطبق.

والفرق بين الدين كمصدر أصلي خاص وبين أحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية كمصادر احتياطية هو أنها في الحالة الأخيرة تنطبق أحكامها على الجميع من المسلمين وغير مسلمين بصفة عامة، وفي غير نطاق المسائل المعتبرة من الأحوال الشخصية.⁽²⁾

(1)عوني بدر، ص 84/83

(2)عوني بدر، ص 84

المبحث الثاني: العُرف

العُرف هو اعتياد الناس على سلوك معين في مسألة من المسائل، يقوم الشعور لدى الجماعة باعتباره ملزماً وبضرورة تحرك الجماعة لتوقيع الجزاء على من يخالفه، والقاعدة التي تنشأ بهذا الاعتياد تسمى قاعدة عرفية.⁽¹⁾

وقد عرفه القانوني حسن كيره بأنه "هو اطراد التقليد على إتباع سنة معينة في العمل مع الاعتقاد في إلزام هذه السنة كقاعدة قانونية، أو هو تواتر العمل بقاعدة معينة تواترا تمليه العقيدة في ضرورة إتباع هذه القاعدة."⁽²⁾

وهناك من عرف العُرف بأنه: "اطراد الناس على نوع من السلوك زمنا طويلا مع اعتقادهم بأنه ملزم وان مخالفته تستتبع توقيع جزاء مادي جبرا."⁽³⁾

وهناك من عرفه "مصدر ينشئ القاعدة القانونية عن طريق اعتياد الناس على متابعة سلوك معين، واستقرار الإيمان في نفوسهم بأن هذا السلوك صار ملزما. عندئذ تنشأ القاعدة القانونية العرفية."⁽⁴⁾

وعرف العُرف أيضاً "درج الناس على قاعدة معينة وإتباعهم إياها في شئون حياتهم وشعورهم بضرورة احترامها. وقد يستعمل لفظ العُرف للدلالة على معنى آخر غير ما سبق. فقد يراد به ذات القاعدة القانونية التي تنشأ عن العرف. وهكذا فلفظ العُرف معنيان. يفيد الأول منهما المصدر الذي يولد القاعدة القانونية. ويفيد الثاني نفس تلك القاعدة."⁽⁵⁾

والمفروض أن يطلق لفظ العُرف على المصدر وحده. ولكن شاع استخدامه أيضاً للتعبير عن القاعدة العرفية. ويبدو لنا من الأفضل أن يقتصر اصطلاح العُرف على معنى المصدر، وان يستعمل اصطلاح القاعدة العرفية للتعبير عن القاعدة الناشئة عن العرف."⁽⁶⁾

ويعتبر العُرف أقدم المصادر القانونية ظهورا واسبقها. وقد كان له أهمية بالغة في المجتمعات القديمة، فقد ظهر العُرف ونشأ بمجرد ظهور الحاجة إلى النظام الذي تنطوي عليه قواعده. كما وان تطوره يتم أيضاً تلقائيا بمجرد حدوث تغيير في العلاقات الاجتماعية التي يحكمها، إذ تتغير عادات الناس إلى ما يناسب الحاجات الجديدة."⁽⁷⁾

-
- (1) جميل الشرقاوي، دروس في أصول القانون 1984 دار النهضة العربية القاهرة ط2 ص 126
 - (2) حسن كيره، ص 351
 - (3) عوني بدر، ص 84
 - (4) شمس الدين الوكيل، الموجز في المدخل لدراسة القانون، 1965 منشأة المعارف الإسكندرية، ص 178.
 - (5) عبد الفتاح عبد الباقي، ص 177
 - (6) شمس الدين الوكيل، الموجز في المدخل لدراسة القانون، ص 178
 - (7) جميل الشرقاوي، دروس في أصول القانون، ص 126/127

أما في المجتمعات الحديثة فعجز العُرف عن تلبية احتياجات الناس، ولذلك بدأ بالانكماش بمقابل التشريع الذي يعتبر القوة الرئيسية في تنظيم العلاقات بين الناس. فقد تخلى العُرف عن الصدارة وعن قمة الهرم ليتنازل للتشريع الذي بات أساساً لتنظيم العلاقات في المجتمعات الحديثة. وهذا لا يعني أن المجتمعات المدنية الحديثة تنازلت عن العُرف كلياً فلا زال العُرف يشكل مصدراً احتياطياً من مصادر التشريع الوضعي يعاد إليه إذا اقتضت الحاجة.

وان كانت أهمية العُرف قد قلت الآن إلى حد كبير في القانون الداخلي، إلا أن أهميته لا زالت كبيرة في القانون الدولي العام.⁽¹⁾

المطلب الأول: أركان العرف

للعرف ركنان أو عنصران وهما:

أولاً: الركن المادي

ثانياً: الركن المعنوي

أولاً: الركن المادي: هو ركن الاعتياد وهو السلوك المستقر الذي تتبعه الجماعة.⁽²⁾

وهو الاعتياد المستمر طويل الأجل. والركن المادي هو الكيان المادي للعرف وهو يفترض مجموعة متواترة من التصرفات أو الأفعال الايجابية أو السلبية، القادرة على تكوين رابطة متميزة من روابط الحياة الاجتماعية الصالحة في نفس الوقت للاقتران بجزء قانوني.⁽³⁾ ويجب أن تتوافر بالركن المادي وهو الاعتياد مجموعة شروط وهي:⁽⁴⁾

1. أن تكون عادة عامة وليست مقصورة على عدد قليل من الأفراد. وهذا لا يعني أن تكون العادة سائدة بين أفراد كل الدولة بل يكفي أن تغطي فئة معينة كالتجار أو إقليمياً معينا في الدولة.
2. أن تكون العادة قديمة وغالبا ما تكون مجهولة البداية ولكن هذا ليس ضروريا، والمهم أن تمضي مدة زمنية طويلة على إتباعها.⁽⁵⁾
3. يجب أن يكون إتباع العادة قد استقر، بمعنى أن يكون الأخذ بها مطردا فلا يكفي أن يتوفر شرط القدم. بل القدم والتزام الناس بها معا. وكذلك الاستقرار. وهو التكرار المستمر الذي لا ينقطع ولا

(1) عبد الباقي ،عبد الفتاح ، نظرية القانون 1966 مطبعة نهضة مصر بالفيح ط5 القاهرة مصر ، ص178

(2) الشراقوي ، جميل، دروس في أصول القانون، ص127

(3) تناغو ، سمير عبد السيد، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1974، ص 427

(4) الشراقوي ، جميل، دروس في أصول القانون، تناغو 429، ص 128

(5) الشراقوي ، جميل، دروس في أصول القانون، ص 8، ص128

يتخلف بما يؤكد قوته واستقراره. ومن هذا القبيل حقوق الارتفاق القانونية للجوار مثل، كحق المجرى، وحق المسيل، وحق الشرب، وحق المرور.⁽¹⁾

4. يجب أن لا يكون ما يسير عليه الناس من عادة أمراً مخالفاً للنظام العام أو الآداب.⁽²⁾ مثل عادة الثأر حيث لا ينشأ عرف لأن هذا يتعارض مع قاعدة أساسية من القواعد التي يقوم عليه المجتمع وهي حق الدولة في معاقبة المجرمين ومخالفي القانون.

فيجب إذا ليكون العرف مصدراً من مصادر التشريع أن يكون عاماً وقديماً وثابتاً وغير مخالف للنظام العام والآداب.

وشرط عدم مخالفة النظام العام والآداب هو احد الشروط التي لابد من التوسع فيه، فهو شرط مفصلي وفاصل بين مفهوم العرف في الإسلام وبين مفهوم العرف في القوانين الوضعية. ففي حين لا يجوز للعرف في النظم القانونية أن يخالف النظام العام أو الآداب، نجد في الشريعة الإسلامية يجب أن لا يخالف الشرع أولاً، بمعنى إذا اطردها الناس على السير واعتادوا على القيام بتصرف معين وكان هذا التصرف لا يخالف النظام العام والآداب في الدولة، فذلك لا يكفي بالتشريع الإسلامي، حيث لابد لهذا العرف أن يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية وان لا يتعارض معها. فان تعارض عرف مع حكم شرعي يبطل العرف ولا يعمل به.

لذلك نلاحظ أن العرف كمصدر احتياطي من مصادر القانون الوضعي يختلف بمفهومه وجوهره عن العرف كمصدر تبعية أو ثانوي من مصادر التشريع الإسلامي

ويقول د. حسن كيره ص 354: "يرى بعض الفقهاء أن العرف ينبغي أن يكون موافقاً للنظام العام والآداب في الجماعة. وعندنا أن مثل هذا الشرط لا يصدق إلا في حق العرف المحلي والعرف المهني أو الطائفي، حيث قد يتصادم مثل هذا العرف مع ما استقر في الجماعة من قواعد متعلقة بالنظام العام والآداب. أما العرف الشامل، فلا يتأتى القول باشتراط موافقته للنظام العام والآداب في الجماعة. لأنه هو نفسه - باعتباره متكوناً في الجماعة كلها - يسهم إلى حد كبير في تحديد مضمون النظام العام والآداب فيها".⁽³⁾

وهذا القول فيه رد لأولئك الذين يحاولون القول أو يدعون بأن العرف لا يمكن أن يخالف الشرع، فهو إرادة جماعية يمكن أن تنقاد إلى هنا أو هناك، فالضابط لها هو إرادة الشعب وليس إرادة الله.

(1) تناغو ، سمير عبد السيد، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1977، ص427

(2) الشرقاوي ، جميل، دروس في أصول القانون، ص128

(3) كيره ،حسن، ص354

ثانياً: **الركن المعنوي**: وهو شعور الجماعة بضرورة إتباع هذا السلوك ووجوب تدخل الجماعة لمجازاة الخارج عنه.⁽¹⁾ فهو ركن نفسي غير مادي، ويقصد به إحساس الأشخاص الذين يتبعون السلوك المعتاد بأن هذا السلوك ملزم لهم قانوناً. وهو الذي يحول واقعة السلوك المعتاد إلى قاعدة قانونية مؤداها ضرورة إتباع هذا السلوك، وهو الذي يتضمن الأمر أي تحديد ما ينبغي أن يكون طبقاً لما هو كائن وهو السلوك المعتاد.⁽²⁾

ويعتضى الركن المعنوي يصبح العرف قاعدة قانونية ملزمة للأفراد، حيث الركن المادي وحده لا يكفي لإضفاء صفة الإلزام على السلوك بل لابد من ركن معنوي ليكمل الدائرة فيكون الإلزام والجزاء. فالركن المعنوي عمل إرادي صادر عن إرادة الناس ورغبتهم بسلوك معين. وإذا كان الركن المعنوي هو الذي يحول الاعتياد المادي إلى قاعدة قانونية ملزمة، فهو الذي يبين الحد الفاصل والفرق بين العرف والعادة الاجتماعية غير الملزمة.

ويلاحظ أن الشعور بالإلزام عادة من العادات، ينشأ بالتدرج وليس هنالك وقت محدد لذلك، والمهم انه يوم يتحقق لا يكون محل منازعة أو إنكار. فتصبح العادة قاعدة قانونية ملزمة واجبة الأتباع ويعاقب مخالفاً.

أهم آثار الاختلاف في الطبيعة بين العرف والعادة:⁽³⁾

1. من ناحية الإثبات: فالعرف يفترض العلم به أما العادة فعلى المتمسك بها الإثبات.
2. من ناحية التكوين الخاص لكل منهما: فالعرف ملزم وواجب التطبيق ولو جهل الشخص وجوده، بعكس العادة التي يجب أن تكون معلومة لتطبق.
3. من ناحية التعارض بين العرف والتشريع وبين العادة والتشريع ففي حين إذا عارضت العادة التشريع تلغى، نجد انه إذا عارض العرف التشريع يوجد جدل فقهي واسع.
4. في القضاء: القاضي ملزم بتطبيق العرف أما العادة فلتقديره الشخصي.

الفرق بين العرف والعادة الاتفاقية

هو أن العرف يجمع ركنين وهما الاعتياد والإلزام (مادي ومعنوي) في حين تتكون العادة الاتفاقية من الركن المادي فقط دون المعنوي.

وصاحب اصطلاح العادات الاتفاقية هو العلامة جنى وهو يعبر عنها باصطلاح آخر وهو العادات الإرادية للدلالة على أنها تستمد قوتها من إرادة المتعاقدين. ويعبر عنها القانون التقنين الفرنسي أحياناً

(1) الشرقاوي، جميل، دروس في أصول القانون، ص 127

(2) تناغو، سمير عبد السيد، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف بالاسكندرية، 1974 ص 431

(3) تناغو، سمير عبد السيد، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف بالاسكندرية، 1974 ص 437/عوني بدر ص 90

باصطلاح العادات المحلية. ويمكن التعبير عنها كذلك باصطلاح العادات الجارية في المعاملات وهي توجد بصفة خاصة في نطاق العقود وتقوم هذه العادات بتفسير أو تكملة إرادة المتعاقدين.⁽¹⁾ وتفتقر العادات الاتفاقية عن الشروط العادية في الاتفاقات من ناحية أن يسهل في كثير من الأحيان افتراض اتفاق أطراف المعاملات على الأخذ بها، ولا يلزم إثبات الاتفاق عليها اتفاقاً واضحاً كما هي الحال في أي شرط من شروط الاتفاق لا يكون مستنداً إلى "قاعدة اتفاقية". ومن أمثلة العادات الاتفاقية ما يجري عليها تجار الفاكهة من زيادة نسبة معينة على العدد أو الوزن المتفق عليه (المائة برتقاله 110 أو المائة كيلو 105) أو النسبة في المطاعم 10%).⁽²⁾

مزايا العرف وعيوبه:

مزايا العرف:

1. يغطي النقص في التشريع ويكمّله، حيث يعتبر مصدراً احتياطياً يلجأ له عند الحاجة.
2. العرف يعبر عن إرادة الجماعة فهو يتطور من داخل المجتمع وتترسخ عقيدته بصرفهم ويثبت شعورهم بالزاميته بعكس القانون الذي يصدر ويلزم الجماعة مباشرة. فهو تعبير صادق عن إرادة الجماعة.
3. ينشأ ويتطور مع تطور المجتمع.

عيوب العرف

1. أداة بطيئة للتشريع. ومصدر بطيء عاجز عن مواكبة التطور. ولا يستجيب للحاجات المتجددة للجماعة.
2. غموض القواعد العرفية وعدم وضوحها للجميع ويعاقب من يجهلها بعكس العادة التي لا تلزم صاحبها.
3. سبب في تعدد القواعد القانونية في الدولة وعدم الانسجام فيما بينها، إلا أنني أرى أن العرف يعتبر جزء من تلك القواعد وليس منفصلاً عنها.
4. شفوية قواعده قد تؤدي للالتباس وقد تعيق الاستقرار في بعض الأحيان.

العرف والقواعد التشريعية الآمرة والمكملة⁽³⁾

فبالنسبة للقواعد التشريعية الآمرة فلا يجوز أن يخالف العرف قاعدة من قواعد التشريع الآمرة، فالعرف المخالف لقاعدة آمرة لا يمكن أن يتكون وذلك لسبب بسيط هو أن الأعمال التي يتكون منها مثل هذا

(1) سمير عبد السيد تناغور، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف بالاسكندرية، 1974 و 433

(2) جميل الشرقاوي، دروس في أصول القانون، ص 131

(3) عوني بدر، القواعد الآمرة هي القواعد التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالف الحكم الذي تقرره، وكل اتفاق على مخالفة هذا الحكم يعتبر باطلاً ولا يعتد به ولا اثر له. ص 50 نقلاً عن فرج الصده ص 71

العُرف تكون غير مشروعة وبالتالي باطلة. لذلك لا يجوز أن يخالف العُرف التجاري مثلباً قاعدة من قواعد التشريع التجاري الآمرة.⁽¹⁾

أما بالنسبة للقواعد التشريعية المكملّة: فانه إذا كان للأفراد أن يتفقوا على استبعاد هذه القاعدة ووضع قواعد أخرى لتنظيم علاقتها بشكل مخالف. فانه يجوز من باب أولى أن ينشأ عرف مخالف لحكمها.⁽²⁾

فالقاعدة التشريعية نفسها هي التي ترخص للقاعدة العرفية أن تخالفها. وهذا الترخيص هو وحده الذي يسمح للعرف بمخالفة التشريع.⁽³⁾ فالقاعدة العرفية التشريعية المكملّة قد ترخص للقاعدة العرفية مخالفتها. ولكن القاعدة العرفية لا تملك إلغاء القاعدة التشريعية التي تعتبر في مرتبة أعلى منها.⁽⁴⁾

أما القواعد المكملّة ويسميتها البعض القواعد المفسرة أو المقررة على أساس أنها تمثل الإرادة المفترضة للمتعاقدين عند سكوتها عن الأخذ بتنظيم يخالف حكمها. وهي القواعد التي يجوز الاتفاق على مخالفة الحكم الذي تقرره، بحيث يكون هذا الاتفاق - إن وجد - صحيحاً ويترتب عليه استبعاد سريان الحكم المقرر في القاعدة على أطراف الاتفاق. أما إذا سكتوا ولم ينصوا على ما يخالف حكمها فإنها تسري عليهم.⁵

(1) الوكيل، شمس الدين، الموجز في المدخل لدراسة القانون، بتصرف ص 92 / ص 200.

(2) عوني، ص 93.

(3) الوكيل، شمس الدين، الموجز في المدخل لدراسة القانون، ص 197.

(4) الوكيل، شمس الدين، الموجز في المدخل لدراسة القانون، ص 198.

(5) بدر، عوني، ص 52.

المبحث الثالث:

مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

يستمد القاضي قوته من المصادر المتاحة أمامه سواء أكانت مصادر أصلية أو مصادر احتياطية أو مصادر تفسيرية. إلا أن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة تختلف عن غيرها من المصادر الرسمية للقاعدة القانونية فهي لا تمد القاضي بقواعد مجردة وعامة وثابتة، وإنما هي ذات طبيعة خاصة، فقواعد القانون الطبيعي تعتبر مجموعة المبادئ والمثل العليا الثابتة والتي لا تتغير بتغير المكان أو الزمان، فالكذب رذيلة ولو اختلف الزمان والمكان وكذلك السرقة وهكذا. ووجوب إيتاء كل ذي حق حقه وعدم الأضرار بالغير. . . .

أما العدالة فهي ذلك المصطلح الفضفاض الواسع والذي يتكفل بتطبيق قواعد القانون الطبيعي بحسب كل قضية وظروفها وملابساتها. فالعدالة هي التي تتكفل بتطبيق هذه المبادئ في حلول تراعى فيها ظروف كل حالة على حده.⁽¹⁾

فمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة هما مصدران هامين لا يمكن التنازل عنهما في أي جهاز قضائي حيث مهما تطورت عقلية والية الاجتهاد عند المشرع لا يمكن أن تواكب كل القضايا والتفصيلات حيث الكمال متعذر، والقصور أمر طبيعي تفرضه الطبيعة البشرية وطبيعة الأشياء. فلا بد من مرجع ذو إطار واسع يمكن وصفه بالخيمة أو المرجع العام لتحقيق مقاصد القانون والمتمثلة بالفصل بالخصومات، وتحقيق العدالة بين المتقاضين.

ومن ناحية أخرى فثمة قاعدة أساسية تقضي بأنه لا يجوز للقاضي أن يمتنع عن القضاء فيما يعرض عليه من دعاوى بحجة عدم وجود قاعدة قانونية يمكن تطبيقها فان امتنع عد امتناعه نكولا عن أداء العدالة. وهذا النكول جريمة يعاقب عليها القانون.⁽²⁾

ومن ثم فإن إحالة القاضي إلى هذه المبادئ والقواعد إنما يقصد فيها تكليفه بأن يجتهد برأيه للوصول إلى حل يطبقه على المسألة المعروضة أمامه.⁽³⁾

ومن أجل إيجاد توازن بين وجوب الفصل بين المنازعات بين الناس من جهة واحدة وبين قصور القانون عن تغطية جميع مناحي الحياة وجدت مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة حيث يحال إليها للفصل في المنازعات.

(1) الصده، عبد المنعم فرج، أصول القانون ، 1972 دار النهضة العربية للطباعة والنشر ص173

(2) الصده ، عبد المنعم فرج، أصول القانون ، 1972 دار النهضة العربية للطباعة والنشر ص171

(3) الصده، عبد المنعم فرج، أصول القانون ، 1972 دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ص174

يقول الصده أن مبادئ القانون الطبيعي شاملة لمجموعة قليلة من المبادئ التي تمثل الأسس المشتركة بين جميع الأمم وفي مختلف العصور، وشاملا كذلك للقواعد التي يضعها الشارع في ضوء المبادئ مراعيًا فيها ظروف الزمان والمكان.⁽¹⁾ وهذا التعريف غير دقيق حيث الاختلاف بين الأمم حاصل.

فمبادئ القانون الطبيعي تمثل المثل العليا التي لا تتغير بتغير الزمان والمكان بل هي قواسم مشتركة لكل الشعوب والأمم. أو "هي الدستور المثالي للعدل الذي ينبغي أن تقوم على أساسه القوانين الوضعية."⁽²⁾ وقيل في قواعد القانون الطبيعي انه هو القاعدة التي يوصي بها العقل القويم والتي بمقتضاها يتعين الحكم بأن عملا معينًا ظالم أو عادل لكونه مخالفاً أو موافقا للمعقول. أما العدالة فهي التي تتكفل بتطبيق هذه المبادئ في حلول تراعى فيها ظروف كل حالة على حدة.⁽³⁾

وذهب جانب من الفقه لتعريف مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة بأنها: "مجموعة القواعد أو المبادئ التي يستخلصها العقل البشري من طبيعة الروابط الاجتماعية باعتبارها المثل الأعلى الذي يهتدي به المشرع الوضعي حتى يقترب من الكمال".⁽⁴⁾

ورغم مرونة اصطلاح القانون الطبيعي وقواعد العدالة واتفاق الفقه على انه يدعو القاضي إلى الاجتهاد برأيه عند عدم وجود نص تشريعي أو قاعدة عرفية، إلا أن الفقه يجمع مع ذلك على ضرورة وجود ضابط أو معيار يحكم اجتهاد القاضي في هذا الشأن.⁽⁵⁾ بحيث يحكم وفق مبادئ القانون العامة وبانسجام تام معه ومقبول على الجماعة. ويصدر أحكامه عن اعتبارات موضوعية عامة لا عن تفكير ذاتي خاص".⁽⁶⁾

فلو نظرنا إلى شرح رجال القانون إلى مسألة مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة فمن ناحية يحاولون تعميم وتدويل هذه المفاهيم فمعظمهم يتحدث بان هذه المبادئ مشتركة لكل الأمم والشعوب، وهي مبادئ على القاضي أن يلجأ إليها إذا لم يجد نصاً في المصادر الأصلية أو التي تليها.

ولكن من جهة أخرى أرى أن هنالك تناقضا معين بهذا الشرح لهذا المصدر، حيث على القاضي أن يحكم بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ومن جهة أخرى هنالك ضابط عليه فلا يجوز لهذا الحكم أن يتعارض أو لا "ينسجم" مع النظام القانوني بأكمله، فهذا قيد يجعل هذا المصدر الاحتياطي محصورا وغير طليق. فهو محبوس بين جدران النظام القانوني الوضعي. فمثلاً هل يمكن لقاضي

(1) الصده، عبد المنعم فرج، أصول القانون ، 1972 دار النهضة العربية للطباعة والنشر ص172

(2) نعمان ، محمود ، موجز المدخل للقانون النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، 1975 دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ص95

(3) نعمان ، محمود، موجز المدخل للقانون النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، ص97

(4) المهدي ، نزيه محمد الصادق، المدخل لدراسة القانون ج1 نظرية القانون 1995 دار النهضة العربية للنشر والتوزيع القاهرة ، ص 183

(5) المهدي ، نزيه محمد الصادق، المدخل لدراسة القانون ج1 نظرية القانون، ص185

(6) نبيل سعد ،سيد عمران ،محمد مطر، المدخل إلى العلوم القانونية 1992 الدار الجامعية، ص154-155

صهيووني يهودي أن لا يعتبر ملقي الحجر -المدافع عن نفسه- مخالفا للقانون، أو هل يمكن لقاضي شرعي أن يحكم بما يخالف مقاصد التشريع. بالطبع لا. فالإطار العام لا يمكن تجاوزه مطلقا. أما عندنا في الشريعة الإسلامية فتجد أن قواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعية محصورة بما يوافق القرآن والسنة وبالتالي لا يمكن القول بأن قواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعي واحدة في كل الشعوب، وهذا رأيي الشخصي.

فانا لا اسلم بوجود مبادئ قانون طبيعي وقواعد عدالة حرة كما توصف.

وجاء في كتاب د. علي سيد حسن قصة"لقد فطن احد رؤساء لجان وضع القانون المدني الحالي إلى هذه الحقيقة عندما تساءل"عما إذا كان هناك حقا قانون طبيعي، وعما إذا كان هذا القانون ليس سوى مجموعة القواعد الجوهرية التي تقوم على أساسها كافة التشريعات والتي بدونها لا يتهيأ البقاء لأي جماعة، بحيث يعد القانون الطبيعي مندمجا في أسس القانون الوضعي ذاتها، وان القول بغير ذلك مؤداه أن القانون الطبيعي قانون غامض غير محدد المعالم، بل إن فكرة القانون الطبيعي التي سادت في القرن التاسع عشر أصبحت اليوم فكرة عتيقة جوفاء"⁽¹⁾.

ولهذا اقترح استبدال فكرة القانون الطبيعي وقواعد العدالة بفكرة أكثر ايجابية وموضوعية وهي أن يطلب من القاضي في حالة عجزه عن الحكم أن يسترشد بمبادئ القانون ومن أهمها الشريعة ولكن لم تعتمد أقواله.⁽²⁾

فلاحظ أن فكرة الإحالة إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة إن هي إلا دخول مرة أخرى من الباب الخلفي للقانون، حيث لا جديد بهذا التوجه والذي بالحتم يقودنا إلى قواعد القانون العامة.

العدالة بين الشريعة والقانون:

لا غنى للقانون الوضعي عن قواعد العدالة لتحقيق مبتغاه، فالقانون الوضعي الجاف ذو الأحكام واجبة الإلتباع بحاجة إلى قواعد ذات غايات سامية يسعى للوصول إليها وهي العدالة.⁽³⁾ والعدالة عندهم "أنها تتبع من العقل السليم والضمير النقي ومثل أعلى يستهدف خير الإنسانية ويملي حلول منصفة".⁽⁴⁾ فالتشريع بالنظم الوضعية ليس وسيلة حقيقية لتحقيق العدل بل لابد من قواعد أخرى وهي قواعد العدالة والقانون الطبيعي لإتمام الفراغ في التشريعات.

(1) حسن ، علي سيد، المدخل إلى علم القانون، الكتاب الأول نظرية القانون 1989 ادارة المطبوعات والنشر للقوات المسلحة، القاهرة ص191

(2) مصدر سابق، ص191/192

(3)تتاغو ، سمير عبد السيد، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف بالاسكندرية، 1974 ص139-143

(4) مصلح، علي ،رسالة دكتوراه، ص56

أما العدل في الإسلام فهو يدور في فلك الشريعة ومقاصدها، حيث لا بد لأي حكم أن يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية ومقاصده، وان يكون بسبب مشروع. فالأحكام والغايات مترابطة في التشريع الإسلامي، ولا بد للتشريعات أن تحقق مقاصد الشريعة الإسلامية. لذلك نلاحظ أن العدل والعدالة غايات تهدف الأدلة للوصول إليها لتحقيق مصالح الناس.

المبحث الأول:

الفقه

المقصود بالفقه في لغة رجال القانون إما:

الأول: مجموعة الآراء القانونية الصادرة عن العلماء المشتغلين بعلم القانون، أي الفقهاء الواردة في كتبهم وأبحاثهم وفتاويهم.

الثاني: جماعة الفقهاء الذين يشتغلون بشرح القانون في شكل أبحاث ومؤلفات.⁽¹⁾ أو هو "مجموع ما يستنبطه الفقهاء ويستخلصونه من أحكام قانونية".⁽²⁾ وقد كان الفقه سابقا وفي العصور القديمة مصدراً رسمياً للتشريع أما اليوم فلا يعدو كونه مصدراً تفسيرياً ولا قوة إلزامية لأحكامه. ويمكن إجمال دور الفقه في أربعة أمور: تحليل، وتأصيل، ونقد، وتعميم.⁽³⁾

التحليل: هو ما يقوم به رجال القانون بغية تحليل النصوص للكشف عن حقيقة المراد من سننها، كما ويقومون بالدخول في حيثياتها من أجل فهم ما يمكن أن تكون من مشكلات عند تطبيق القاعدة القانونية. فيحللون التشريع تحليلاً عميقاً بحيث يستطيع أن يتلاءم وتنسجم روحه مع النظام القانوني العام. أما التأصيل فيعني فهم وترسيخ الاتجاه العام للقضاء والفكرة العامة من وراء التشريع.

النقد: هو عملية فنية وموضوعية يقوم من خلالها رجال القانون بإبراز مزايا وعيوب التشريع وسلامة صياغتها ودلالاتها.

وأخيراً **التعميم** وهو استخلاص المبادئ العامة من جملة القواعد التفصيلية التي ترد في التشريع أو في أحكام المحاكم. فينتقل من التفصيل إلى التعميم ومن الفروع إلى الأصول فتصبح تلك القواعد العامة والأصول صالحة لأن تستنتج منها قواعد جديدة تحكم الحالات التي تعرض أمام القضاء.⁽⁴⁾

أما بالنسبة للقوة الإلزامية للفقه فنلاحظ انه يؤخذ به للاستئناس والاسترشاد فلا يرقى الفقه للقاعدة التشريعية وقوتها. فما هو إلى شرح وتحليل وتأصيل للنصوص يستعان بها عند الحاجة لملى فراغ أو توضيح وجهة نظر أو تفسير أو تقوية موقف ما. فالיום أصبح دور الفقه قاصراً على تفسير القانون

(1)عوني بدر، ص 99

(2) حسن كيره، ص 239

(3)عوني بدر، ص 99-100

(4)عوني بدر، ص 100

بما يتاح له من التوفر على الدراسة العلمية لأحكامه وقواعده، مما ينير الطريق أمام القضاء فيما يواجه من مهمة تطبيق القانون.⁽¹⁾
أما بالتشريع الإسلامي فالفقه هو علم الفرائض وتقسيم الأنصبة وأحكام البيئات. . . . فكانته تختلف عن القانون.

(1) حسن كيره , ص 240/239

المبحث الثاني:

أحكام القضاء "السوابق القضائية"

القضاء: "هو مجموع الأحكام التي تصدرها المحاكم، أو بمعنى أدق مجموع المبادئ القانونية التي تستخلص من استقرار أحكام المحاكم على إتباعها والحكم بها".⁽¹⁾ أو هي نظام أو جهاز المحاكم في دولة ما، حيث تقسم المحاكم إلى درجات وأنواع.

عند دراسة القضاء كمصدر من مصادر التشريع لابد من التفرقة بين القضاء كمصدر في النظام الإنجليزي أو الانجلوسكسوني، وبين القضاء كمصدر في النظام اللاتيني.

حيث في النظام الإنجليزي يعتبر القضاء مصدرا رسميا في غاية الأهمية من مصادر القانون، حيث تعتمد الدول المتبعة للنظام الانجلوسكسوني مثل بريطانيا ونيوزلاند والهند والولايات المتحدة الأمريكية ما يسمى "بالسوابق القضائية" حيث تلتزم المحاكم الدنيا بقرارات المحاكم الأعلى منها درجة وتكون قرارات الأخيرة ملزمة وعلى القاضي الالتزام بها، فمثلا إذا أصدرت محكمة عليا قرارا أو حكما في قضية ما، وعرضت بعد ذلك نفس القضية أو قضية شبيهة لها في محكمة دنيا عنها وبهذه الحالة تلتزم محكمة الدرجة الأدنى بقرار المحكمة الأعلى منها درجة، حيث تلزمها السابقة القضائية.

أما في دول النظام اللاتيني مثل فرنسا مصر ولبنان والأردن⁽²⁾ فلا تعتبر السوابق القضائية ملزمة للقاضي، وإنما يؤخذ بها للاستئناس والاسترشاد. بحسب السلطة التقديرية لقاضي الموضوع. فهي مجرد مصدر تفسيري لها كآراء رجال القانون. حيث يمثل هذا النظام تقتصر وظيفة القاضي على تطبيق القانون لا صنعه.

فقوة القضاء تختلف باختلاف النظام القضائي الموجود بالدولة ففي حين يعتبر في بعض الدول مصدرا تفسيريا غير ملزم يعتبر بدول أخرى مصدر ملزما وواجب الإتباع.

(1) كيره ، حسن ، ص 241

(2) نصت الفقرة الرابعة من المادة الثانية من القانون المدني الأردني أن القضاء هو مصدر تفسيري كما هو الحال في النظام اللاتيني فللمحاكم أن تستأنس به ويشترط أن لا يتعارض مع باقي المصادر التي تسبقه.

الفصل الثالث:

أثر الاختلاف في تطبيق كل من مصادر التشريع الإسلامي ومصادر القانون الوضعي على حياة الناس العملية أو اختلاف الأدلة والأصول وأثرها في اختلاف الفروع

وفيه مبحث واحد: في فقه المعاملات والقانون المدني

المبحث الأول:

محل العقد بين الشريعة والقانون وأثره على المجتمع المعاصر

المبحث الأول:

محل العقد بين الشريعة والقانون وأثره على المجتمع المعاصر

المطلب الأول: العقد لغة واصطلاحاً وقانوناً:

الفرع الأول: العقد لغة: (1)

الربط والشد والتوثيق والأحكام والقوة، واصل العقد نقيض الحل، يقال: عقدت الحبل عقداً، أي شدته وقوته أو جمعت بين طرفيه، وجعلت أيضاً للدلالة على الربط الحسي أساساً لاستعمالها، وكذلك للربط المعنوي بين طرفين أو كلامين. والعقد الضمان والعهد وجمعه العقود، وهو أؤكد العهود؟، وتعاقد القوم أي تعاقدوا.

الفرع الثاني: العقد اصطلاحاً:

أطلقه الفقهاء على معنيين:

أحدهما المعنى العام: وذلك لكل ما ينتج التزاماً شرعياً بين طرفين كالبيع وغيرها أو التزاماً من طرف واحد مثل الوقف وهو الشائع عند الشافعية والمالكية والحنابلة. (2)
أما المعنى الخاص: فهو كما جاء في البحر الرائق: العقد ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعاً" (3)
أما مجلة الأحكام العدلية ففي المادة 103 "العقد التزام المتعاقدين أمراً وتعهداً به هو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول".

وفي المادة 104 من المجلة "الانعقاد تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في محله". (4)

(1) الفيروز ابادي ، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ضبط وتوثيق يوسف البقاعي بيروت دار الفكر سنة 1995 ص 272 فصل العين باب الدال، والزبيدي محمد مرتضى الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس، ط3 دراسة وتحقيق علي بشري بيروت دار الفكر 1994 115/5 ، وابن منظور، محمد بن مكرم: لسان العرب، بيروت دار صادر 1997 298-296/3

المعجم الوسيط ط2 القاهرة 1972 ص 644 ، الموسوعة الفقهية ج 30 ص 198

(2) خضر ،حسن، عقد المقاوله، رسالة ماجستير ص م

(3) ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، ط1 بيروت دار الكتب العلمية، 1997 439/5

(4) درر الحكام شرح مجلة الأحكام 92-91/1

وقال د. أبو البصل أن العقد هو "ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع".⁽¹⁾ ويقول الدريني: "المقصود الارتباط الاعتباري بين شخصين ويخرج به التصرف القولي الناجم عن إرادة منفردة، الذي ينشأ التزاماً على صاحبه وحده، إذ ليس في ذلك ارتباط بين طرفين كالوقف على وجه البر والنذر والطلاق".⁽²⁾

الفرع الثالث: العقد في القانون

نصت المادة 87 من القانون المدني الأردني "العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من احد المتعاقدين بقبول الآخر، وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر".

وعرف رجال القانون العقد بأنه: "توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه".⁽³⁾

أما القانون المدني الفرنسي فقد عرف العقد بأنه: "العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر أو أكثر بإعطاء أو بعمل أو بالامتناع عن عمل شيء".⁽⁴⁾

فالعقد بإيجاز هو ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع، أي وفق الضوابط كالاتصال في مجلس العقد وغيرهما، كذلك المحل يجب أن يكون مشروعاً وذلك أن كان التعريف شرعياً، ولا أهمية لمحل العقد شرعياً كان أو غير شرعي أن كان التعريف قانونياً وضعياً مجرداً⁽⁵⁾ حيث في النظم القانونية الوضعية الأجنبية ومعظم العربية يكفي توافق الإرادات للتعاقد ولا حاجة لموافقتها لمقاصد التشريع الإسلامي. والحاجة تقتصر على موافقة العقد لقواعد الدستور والقانون والنظام العام في الدولة.

ففي الشريعة لا ينعقد العقد إذا كان محل العقد غير مشروع⁽⁶⁾ وقد أطلق فقهاء الشريعة القدامى العقد على كل تصرف يحدث أثراً كالوصية والوقف والطلاق أما المعاصرين فأطلقوه على الإرادتين.⁽⁷⁾

(1) أبو البصل، عبد الناصر موسى: دراسات في فقه القانون المدني، النظرية العامة للعقد. ط1. عمان: دار النفائس. 1999 م (ص 38-40)

(2) الدريني، فتحي: النظريات الفقهية. ط3، دمشق: منشورات جامعة دمشق 1992 م. ود. البوطي، محمد توفيق: البيوع الشائعة (ص20)

(3) السنهوري، عبد الرزاق احمد، الوسيط في القانون المدني الاردني الجديد 150/1

(4) م1101 القانون المدني الفرنسي

(5) ففي التشريع الإسلامي لا بد للمحل من ان يكون مستوفياً لشروطه وذو سبب مشروع، فلا يجوز اتفاق طرفين على بيع الخمر أو عقد ربوي، بعكس النظم القانونية الوضعية والتي تشترط الإرادة الحرة وعدم الإكراه ولا تبالي بقضية الباعث للتعاقد. فلا بد للباعث وسبب العقد أن يكون مشروعاً وذلك ليحقق مقاصد التشريع الإسلامي والتي جاءت لتحافظ على الأنفس والنسل والدين والمال والعقل.

(6) ابن نجيم، البحر الرائق، 337/5

(7) محمد شريف احمد، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ص 22

فتعريف العقد بالتشريع الإسلامي يتناسب مع طبيعة وموضوعية الفقه الإسلامي واهتمامه بقضية المعقود عليه، بعكس القانون الفرنسي الذي يعتمد على إرادة المتعاقدين ولا يهتم بالجانب الديني للمحل.⁽¹⁾

المطلب الثاني: محل العقد

محل العقد هو: "ما يثبت فيه اثر العقد وحكمه".⁽²⁾

وهو: "ما يقع عليه التعاقد وتظهر فيه أحكام العقد وآثاره، وهو يختلف باختلاف العقود فتارة يكون عينا مالية كما في البيع والهبة والرهن وأخرى يكون عينا غير مالية كما في الزواج فان موضوعه المرأة".⁽³⁾

وقال الإمام أبو زهره أن محل العقد هو لب العقد، إذ هو المشبع لحاجات المتعاقدين، وهو الغاية من العقد، ومقصده البين.⁽⁴⁾

وهو: "محل الالتزام هو الشيء الذي يلتزم المدين القيام به، والمدين يلتزم كما قدمنا أما بنقل حق عيني أو بعمل أو بالامتناع عن عمل".⁽⁵⁾

وهو أي المحل: "ركن في الالتزام كما هو ركن في العقد".⁽⁶⁾

كما أن كل من محل العقد ومحل الالتزام يختلف عن الآخر، فمحل الالتزام هو ما يلتزم به المدين، أما محل العقد أو موضوعه فهو الغرض أو المقصد الذي يراد تحقيقه من وراء العقد. أو الالتزامات التي يولدها.⁽⁷⁾ ويجب أن لا يكون محل العقد مخالفا للنظام العام والآداب العامة.⁽⁸⁾

فالمحل إذاً: "هو المعقود عليه، كالمبيع في البيع، والعين المرهونة في الرهن، فهو يختلف باختلاف طبيعة العقد، فالارتباط المعتبر شرعا يؤثر في المعقود عليه، وينقله من حال إلى حال آخر جديد، فعقد البيع ينقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري وهكذا".⁽⁹⁾

(1) مصدر سابق، ص 21

(2) الزرقا ، المدخل الفقهي العام/1/400 الفقه الإسلامي وادلته 174/4 زيدان المدخل 307

(3) محمد الفقي، فقه المعاملات، ص 143

(4) أبو زهره ، محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، دار الفكر العربي القاهرة مصر، ص 265

(5) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام عبد الرزاق احمد السنهوري 1952 دار النشر للجامعات المصرية القاهرة ، ص 375

(6) سلطان ، أنور ، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي ص 105 ط 2 1998 المكتب القانوني

(7) شريف ، محمد، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ص 92

(8) سلطان، أنور ، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي ص 105-106

(9) حسن خضر، عقد المقاول في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني ، إعداد زياد قراريه 2004 جامعة النجاح الوطنية نابلس رسالة ماجستير

المطلب الثالث: شروط محل العقد أو (المعقود عليه)⁽¹⁾

شروط محل العقد:

1. أن يكون المحل موجودا إذا كان موضوع الالتزام إعطاء شيء أو ممكناً إذا كان موضوعه القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.
2. أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين.
3. أن يكون محل العقد قابلاً للتعامل فيه ومشروعاً.

الفرع الأول: أن يكون المحل موجوداً إذا كان موضوع الالتزام إعطاء شيء أو ممكناً إذا كان موضوعه القيام بعمل أو الامتناع عن عمل

فإذا كان محل الالتزام نقل حق عيني ما فلا بد لهذا الحق العيني أن يكون موجوداً وقت نشوء الالتزام، أو ممكن الوجود لاحقاً. فلو اتفق طرفان على نقل ملكية قارب وقد هلك القارب قبل نشوء الالتزام عنها لا يقوم الالتزام، أما لو وجد القارب عند نشوء الالتزام ثم هلك بعد ذلك فيكون الالتزام قد انعقد ويعتبر محله قائماً وصحيحاً وقت التعاقد. وبهذه الحالة جاز للمتضرر الفسخ.

وهنا تجدر الإشارة انه إذا اتفق طرفان على تعاقد على محل قد يوجد مستقبلاً فلا ضير في ذلك ولكن شرط اتفاقهما على ذلك، فالأصل أن يكون محل الالتزام موجوداً وقت التعاقد، وإلا لم ينشأ الالتزام، أما لو اتفق طرفان على محل عقد ممكن أن يكون موجوداً مستقبلاً فلا مشكلة بذلك. ففي هذه الحالة شرط لقيام الالتزام واعتباره هذا بالقانون الوضعي.⁽²⁾ وبشرط أن يكون المحل ممكن الوجود لان الاتفاق والتعاقد على غير الممكن يعني الاتفاق على أمر يستحيل تحقيقه وهذا ما لا يجوز لان الالتزام بهذه الحالة يقع باطلاً.

وقال الدكتور سلمان مرقس "يشترط في الاستحالة التي تحول دون انعقاد العقد أو تجعله باطلاً أن تكون استحالة مطلقة وقائمة وقت العقد".⁽³⁾

(1) سلطان ، انور ، 106 مصادر الالتزام، ص 92 ، محمد شريف ، الوسيط للسنيهوري ص 375 /غازي دويكات ص 94 /ص 83 عبد القادر الفار مصادر الالتزام مصادر الحق الشخصي في القانون المدني 2001 عمان الاردن ط1 2001 /ص 143 فقه المعاملات دراسة مقارنة.د. محمد علي الفقي دار المريخ للنشر السعودية /264-271 محمد أبو زهره الملكي ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية. /252 د. سليمان مرقس الوافي في شرح القانون المدني 2 في الالتزامات مجلد 1 نظرية العقد والارادة المنفردة ط4 دار الكتب القانونية مصر ومكتبة صادر بيروت لبنان 13/1 1987

(2) اما لو هلك هذا الشيء المستقبلي أو لم يوجد يعتبر العقد كأن لم يكن فصحة العقد معلقة على وجود هذه الشيء بأقانون الوضعي.

(3) مرقس، سليمان، الوافي في شرح القانون المدني 2 في الالتزامات مجلد 1 نظرية العقد والارادة المنفردة ط4 دار الكتب

فيجب أن يكون المحل مقدورا على تسليمه ولكن لا يجوز بيع البعير الشارد ولا الطير في الهواء ولا السمك في الماء لعدم القدرة على تسليم هذه الأشياء للمتعاقد عليها.⁽¹⁾ فلو انعدم المحل لا ينشأ الالتزام ولا ينعقد العقد، وفي نقل الحقوق العينية يجب للمحل أن يكون موجودا أو قابلا ومحتمل للوجود. وقد قسم رجال القانون الاستحالة إلى نسبية وإلى مطلقة وان الاستحالة التي تبطل العقد هي الاستحالة المطلقة أما بالاستحالة النسبية فيجب التعويض.⁽²⁾

أما بالنسبة لعلماء المسلمين:

وقد اتفق على شرط المعقود عليه وهي أن يكون قابلاً لحكم العقد ومقتضاه وان يكون خاليا من كل غرر يفضي إلى الخلاف والتنازع بين الأطراف بسبب خداع أو غيره. وقد اتفق العلماء على هذين الأصلين واختلفوا بطريقة فهمهما وتفصيلهما.

أما بالنسبة للشرط الأول أن يكون محل العقد صالحا لحكم العقد أي يمكن تطبيق استيفاء مقتضى العقد منه، فمثلا لا يمكن انعقاد العقد إذا كان المال غير منقوم، ومن أمثلته عدم صحة النكاح إذا كانت المرأة معتدة ولم تنقض عدتها.

كذلك لا انعقاد إذا كان المحل معدوما وغير مقدر وغير موصوف وغيره، لذلك اعتبر أبو حنيفة انه إذا كان المحل معدوم لا ينعقد العقد.

ولكنهم اقرروا عقد الإجارة مع أن المنفعة غير موجودة وقت التعاقد وقرروا عقد السلم مع أن محل العقد أي المبيع غير موجود وقت التعاقد، وكذلك اقرروا عقد الاستصناع مع أن محل العقد وهو الشيء المصنوع غير موجود وقت التعاقد. ، واعتبروا هذه العقود استحسانية ولا يقاس عليها، أما رجال القانون فيسمون ذلك عقود استحسانية وهذا بحسب أقوال أبو زهره لا يصح حيث لا يكون الاستثناء بهذا الكم الكبير.⁽³⁾

أما المالكية فأجازوا أن يكون المحل معدوما إذا كان العقد تبرعا كالهبة والوقف ولم يجيزوه بالمعاوضات لأنه يؤدي إلى الغرر.

القانونية مصر ومكتبة صادر بيروت لبنان 13/1 1987 ، ص 254

(1) الكاساني: بدائع الصنائع 146/5 ، القرافي، 149/1.

(2) دويكات، غازي، 98 السنهوري الوسيط 384.

(3) محمد أبو زهره 265 ، الملكية ونظرية العقد، 267.

أما ابن تيمية فيجيز بيع المعدوم ويقول انه لا يوجد دليل من القرآن أو السنة أو أفعال الصحابة والذي يمنع بيع المعدوم فالقضية ليس في ذات محل العقد بل الغرر والجهالة والقدرة من عدمها على التسليم، فالعلة ليست في كونه معدوما بل الغرر والجهالة.⁽¹⁾

أما بالنسبة للشرط الآخر الذي يمنع وجود الصلاحية لان يكون محل العقد فهو الغرر، وهو بمجمله الجهالة في معرفة محل العقد، سواء بأوصافه أو بوجوده من عدمه. والجهالة نوعان أما فاحشة لا ينعقد بها العقد أو يسيرة ينعقد بها العقد.⁽²⁾

المسألة الأولى: إذا كان المحل مستقبلاً.

ففي هذه الجزئية نلاحظ الخلاف بين أحكام الشريعة الإسلامية وبين القوانين الوضعية حيث بالشريعة الإسلامية لا يجوز بيع الغير موجود، فبيع المعدوم باطل شرعاً، فقد جاء في مرشد الحيران المادة 173 "بيع المعدوم باطل فلا يجوز بيع الثمر قبل ظهوره ولا بيع الزرع قبل نباته ولا بيع الحمل".⁽³⁾ أما التشريعات العربية كالمصرية والأردنية فقد أجازت مثل هذه البيوع المستقبلية.⁽⁴⁾ وجاء في المادة 1/160 من القانون المدني الأردني والمادة 13 من القانون المدني المصري انه يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً.

لقد وضع المشرع الأردني بعض الاستثناءات بقضية التعامل بالأشياء المستقبلية.⁽⁵⁾ يلاحظ أن علماء المسلمين كانوا ينهاون عن بيع الأشياء المستقبلية لأنه بيع لمعدوم. إلا أنهم استثنوا السلم وقالوا انه لا يصلح بيع الثمر قبل ظهوره ولا الحمل لما في هذه البيوع من المخاطر، غير أن ما تتلاحق أفراده وتبرز تباعا كالفواكه وغيرها فلا ضير من بيعها إذا ظهر أكثرها فيجوز بيع ما سيبرز منها مع ما برز بصفقة تجارية واحدة وقد أشار لذلك المواد 303 و383 و387 من مرشد الحيران.⁽⁶⁾

(1) محمد أبو زهره، 265-269 .

(2) أبو زهره ، ص 269-270

(3) بيع المعدوم بالإسلام باطل ولكن استثنيت عقود كبيع السلم والإجارة "منافع مستقبلية على خلاف القياس" وغيرها مما تقتضيه الضرورة وحاجة الناس.

(4) دويكات ، غازي، ص 96

(5) وهي الوصية والوقف ورهن الأشياء المستقبلية وهبة الاموال المستقبلية. 1/160 مدني اردني 13 مدني مصري

(6) انور سلطان مصادر الالتزام، ص 109

المسألة الثانية: استحالة⁽¹⁾ الوجود

ويجب أن ينظر إلى الاستحالة وقت انعقاد العقد وليس بعد إنشائه، فقد يكون المحل موجودا يوم انعقاد العقد ويصبح مستحيلا بعد ذلك، فالعبرة بالإمكان أو بالاستحالة يوم التعاقد.

وقد نصت المادة 109 من القانون المدني الأردني على بطلان العقد إذا كانت الاستحالة يوم التعاقد "إذا كان المحل مستحيلا في ذاته وقت العقد كان العقد باطلا" فنلاحظ أن الحديث عن الاستحالة يوم العقد وليس بعده. أما ما يحدث من إخلال في الشروط بعد انعقاد العقد فعلاجه في مواد أخرى.

بيع المعدوم:

نرى أن الفقهاء متفقون على عدم جواز بيع المعدوم ومن بعض الأحاديث الذي اعتمدوا عليها:⁽²⁾

1. ما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الغرر وعن بيع الحصة.⁽³⁾

2. ما روى ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الثمار قبل أن تخلق ويبدو صلاحها نهى البائع والمبتاع.⁽⁴⁾

3. ما روى عن حكيم بن حزام قال: أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت: يأتيني الرجل يسألني عن البيع ما ليس عندي، ابتاع له من السوق ثم أبيعته؟ فقال صلى الله عليه وسلم لا تبع ما ليس عندك.⁽⁵⁾

المسألة الثالثة: إذا كان المحل محتمل الوجود.

لقد نصت المادة 160 من القانون المدني الأردني على جواز أن يكون الشيء المستقبل محلاً للمعاوضات المالية إذا انتفى الغرر.

ويقصد بالغرر أي عدم القدرة على تسليم محل الالتزام. وهذا مقتصر على المعاوضات المالية، أما التبرعات فلا يشترط انتفاء الغرر فيها، والسبب واضح حيث لا شيء يخسره المتبرع له نتيجة العقد.

(1) الاستحالة قد تكون مطلقة كالصعود إلى السماء أو تعبئة مياه المحيط بانابيب صغيرة، وقد تكون نسبية أي مستحيلا للمدين دون غيره عندها وجب التعويض. وقد تكون الاستحالة عقلية أو قانونية أو طبيعية وهي استحالة مطلقة أيضا.

(2) الكيلاني، جمال احمد زيد، رسالة دكتوراه نظرية محل العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني الاردني والسوداني 1994 ص133

(3) النووي، صحيح مسلم شرح النووي 156/10 كتاب البيوع باب بطلان بيع الحصة والبيع الذي فيه غرر

(4) العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري كتاب البيوع باب بيع الثمر قبل ان يبدو صلاحها. وانظر النووي صحيح مسلم شرح النووي 177/10 كتاب البيوع باب النهي عن بيع الثمار قبل ان يبدو صلاحها

(5) سنن الترمذي 534/3 كتاب البيوع باب 19 ما جاء في باب كراهية بيع ما ليس عند الإنسان وقال عنه أبو عيسى هذا حديث حسن الناشر دارالفكر للطباعة والنشر والتوزيع تحقيق وتعليق محمد فؤاد عبد الباقي

المسألة الرابعة: الهلاك الجزئي

إذا هلك بعض محل العقد وقت العقد وبقي بعضه، والراجح ان وجود جزء من محل العقد يكفي لانعقاد العقد، فالهلاك الجزئي لا يمنع التعاقد، حيث لا يدور الحديث على محل عقد معدوم بل جزئي. (1) أما بالنسبة للقيمة فالعدالة تتطلب الموازنة بين المصالح وما أخذ الأطراف فلا يجوز أن يحسب الجزء كالكل.

الفرع الثاني: أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين

نصت المادة 161 من القانون المدني:

يشترط في عقود المعاوضات المالية أن يكون المحل معيناً نافياً للجهالة بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص أن كان موجوداً وقت العقد أو ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره أن كان من المقدرات أو بنحو ذلك مما تتنافى به الجهالة الفاحشة. وإذا كان المحل معلوماً للمتعاقدين فلا حاجة إلى وصفه وتعريفه بوجه آخر. فإذا لم يعين المحل على النحو المتقدم كان العقد باطلاً. (2) فيجب أن يكون محل الالتزام واضحاً معلوماً علماً نافياً للجهالة، بحيث لا يتم خداع الطرف الآخر.

وهنا لا بد من التفريق بين الالتزام بإعطاء شيء كأن يلتزم شخص بإعطاء آخر عشر دجاجات فلا يجوز أن تكون هذه الصفقة أو الالتزام مجهولاً جهالة لا يستطيع تقديرها أو تعيينها، أما الجهالة اليسيرة والتي لا غبن فاحش فيها فلا تبطل العقد ومحلّه. والتعيين يكون إما بالإشارة أو بذكر المقدار لمحل العقد أو بالأوصاف المبيّنة له.

والخلاصة أن تحديد الالتزام يكون بحسب طبيعة محل العقد فالأراضي توصف وتسجل حدودها من الأربع جهات أو الأمور المعدودة فيذكر عددها وهكذا. (3) أما النقود فيجب بيان قدر عددها المذكور ونوعها، وذلك لمنع الغبن والخداع وقت التنفيذ للالتزام. (4)

وهذا كله بالمعاوضات أما بالتبرعات فيجوز عدم الوصف الكامل وذلك لعدم وجود تنازع بمثل هذا النوع من العقود.

والخلاصة أن الالتزام بإعطاء شيء يجب بيانه، أما الالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل فيجب أن يكون معيناً ومحدداً وواضحاً بالتفصيل.

(1) مرقس، سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، ص 261

(2) نصت المادة 161 من القانون المدني.

(3) الفار، عبد القادر، مصادر الالتزام، ص 87/86.

(4) تنص المادة 162 من القانون المدني الاردني كيفية الوفاء بالالتزام "اذا كان محله من النقود. لزم بيان قدر عددها المذكور في المتصرف دون ان يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء اي اثر".

أما بالنسبة لتحديد التعيين فقد يكون على سبيل المثال بذكر وصف يقود للتعين فمثلا إذا اشترى شخص من آخر جميع منتجات مصنعه اليومية من الحلوى فهذا أمر وإن لم يكن معينا إلا أنه قابل للتعين ولا يبطل العقد. أو اشترى حلوى لمئة طالب، أما إذا قال له اشتريت منك كمية من الحلوى فهنا الحديث عن محل غير معين وفيه جهالة مما يبطل العقد.

الفرع الثالث: أن يكون محل العقد قابلا للتعامل فيه ومشروعاً

يعتبر مبدأ المشروعية من أهم المبادئ والميزات التي يتميز بها العقد بالفقه الإسلامي عن العقد أو الالتزام في النظم الوضعية غير الإسلامية. حيث بالشريعة الإسلامية لا بد للمال أن يكون متقوماً، ولا بد للعقد ومحلّه أن يكون مشروعاً، أي موافقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، ومحققاً لمقاصد التشريع الإسلامي وملبياً للضرورات أو التحسينات أو حاجيات تباعاً، غير مخالف لحكم شرعي، أو نص، أو سنة، أو إجماع. فالمال المتقوم هو ما يباح ويجوز الانتفاع به للمسلم، أما المال غير المتقوم فهو المال الذي يحرم التعامل به كالخمر ولحم الخنزير⁽¹⁾.

كما ويعتبر محلاً غير مشروع عقد زواج على امرأة متزوجة، حيث في ذلك مخالفة للنظام العام والآداب الشرعية، حيث لا يجوز العقد على متزوجة⁽²⁾.

وهنا فارق كبير بين المال المتقوم شرعاً وبين المال المتقوم بالنظم القانونية الوضعية، فالقوانين الوضعية تعتبر المال غير المتقوم هو المخالف للقانون وللنظام العام والآداب، ولا علاقة للعقيدة به.

وحسب القانون الأردني فالأشياء الخارجة عن التعامل تقسم لقسمين:⁽³⁾

أولاً: أشياء خارجة عن التعامل بطبيعتها: كالشمس والبحر والهواء وهي للجميع وليست قابلة لحكم العقد.

وثانياً: الأشياء الخارجة عن التعامل قانوناً: كالأموال والمرافق العامة والتي هي ملك للجميع.

شروط محل العقد:

1. أن يكون قابلاً لحكم العقد شرعاً. وهذا متفق عليه بين الفقهاء فإذا لم يكن قابلاً له لا يصح أن يرد عليه العقد، ومن ثم يكون العقد باطلاً، فإذا كان وارداً على منفعة أو عمل يشترط أن يكون مما إباحة الشارع.

(1) لقد اختلفت المذاهب الفقهية بشأن التعاقد على المال غير المتقوم كالخمر حيث عند الحنفية والمالكية يحرمان التعاقد والتداول بحق المسلمين فقط، أما الشافعية والحنابلة فأنهم يعتبران المال غير متقوم بحق المسلمين وغيرهم وبالتالي لا يجوز التعاقد عليهم

(2) سلطان، أنور، مصادر الالتزام، ص 121

(3) مصدر سابق، ص 122-123

2. أن يكون محل العقد موجودا عند التعاقد، أو متوقعا وجوده في المستقبل حسبما تقتضيه طبيعة العقد فعقد البيع يرد على العين والإجارة على المنفعة.
3. أن يكون معلوما لطرفي العقد علما ينفي عنه الجهالة المفضية إلى النزاع، والعلم به يتحقق بتعيينه بالإشارة أو بالرؤية عند العقد أو قبله.
4. أن يكون مقدورا على تسلمه وقت التعاقد، وهذا في المعاوضات المالية بالاتفاق. وعلى هذا لا يجوز إجازة المغصوب من غير الغاصب، كما لا يجوز بيعه من غيره، لان مالكة عاجز عن تسليمه، كما ولا يجوز بيع الحيوان الفار... الخ...⁽¹⁾

المسألة الأولى: النظام العام

المفهوم الواسع للنظام العام هو المصلحة العامة، وما يعتبر من النظام العام في دولة لا يعتبر من النظام العام في أخرى، حيث يختلف مفهوم النظام العام من مجتمع لآخر ومن بيئة لأخرى، فمثلا تعدد الزوجات يعتبر في الأردن غير مخالف للنظام العام، أما في فرنسا فهو مخالف للقانون والنظام العام، والطلاق مباحا في الأردن ومخالفا للنظام العام في إيطاليا.

وتعتبر الحريات العامة جزءا من النظام العام، كما ويعتبر الاتفاق المخالف للقوانين المنظمة للدولة مخالفا للنظام العام.⁽²⁾

"فكرة النظام العام فكرة مرنة جدا ترتبط بالمبادئ والفلسفة الاقتصادية والاجتماعية التي يقوم عليها النظام الأعلى للمجتمع، وهذه المبادئ والمثل تعلق على مصلحة الأفراد".⁽³⁾

فموافقة النظام العام تعني الدوران في فلك التشريعات التي وضعتها الدولة كإطار واجب الإلتباع ويعاقب مخالفه. فلا يجوز مثلا الاتفاق على ارتكاب جريمة.

وقيل أن النظام العام: "هو الوضع المادي والمعنوي الطبيعي لمجتمع منظم، فهو ليس قانونا أو مبدأ بل وضع أو حالة وهذا الوضع يكون ماديا فيشمل عناصر المجتمع من أشخاص، وأشياء، وتصرفات ويكون معنويا فيشمل ما هيمن على الجماعة من عقائد راسخة ومبادئ قانونية وأخلاقية واقتصادية".⁽⁴⁾ وهنا تجدر الإشارة إلى الاختلاف بين مفهوم النظام العام في الشريعة الإسلامية عنه في النظم الوضعية، حيث يعتبر من النظام العام في الشريعة الإسلامية كل ما يحقق مقاصد التشريع الإسلامي من حفظ للأنفس والنسل والدين والأموال والعقل.

فكل ما يحقق هذه المصلحة للأمة فهو من النظام العام ويعاقب مخالفه.

(1) الكيلاني، جمال، نظرية محل العقد، ص 95

(2) سلطان، أنور، مصادر الإلتزام، ص 125-126

(3) الفار، عبد القادر، مصادر الإلتزام، ص 89

(4) شريف، محمد، مصادر الإلتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي ط1 مكتبة دار الثقافة للنشر، ص 97.

فالذي يحدد ما هو من النظام العام وما هو خارجه، التشريع الإسلامي بمصادره المختلفة ويتصدرها القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة. فلا يعقل ولا يجوز سن تشريع، أو إلزام مجتمع بقانون أو نظام ما يخالف مقاصد التشريع الإسلامي، فلا يجوز مثلاً أن يكون التعاقد بين المسلمين على الخمر في إطار النظام العام، فهو مطلقاً مخالف للنظام العام حيث فيه إهدار للأنفس والدين والمال والعقل والنسل أيضاً.

المسألة الثانية: الآداب العامة

أي الرأي العام وما يتأثر به من عوامل محيطية كالعادات والتقاليد والأعراف. وفكرة الآداب العامة فكرة نسبية تختلف من زمان إلى زمان ومن مكان إلى مكان، فما يعتبر موافقاً للآداب العامة في بلد قد لا يكون كذلك في بلد أخرى. فخداع الجمهور يعتبر مخالفاً للنظام العام.⁽¹⁾ "فكرة الآداب هي مجموعة من القواعد التي وجد الناس أنفسهم ملزمين بتطبيقها وإتباعها طبقاً لناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية والتي هي وليدة المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس."⁽²⁾

أما من المسائل التي تعتبر مخالفة للآداب العامة بمجتمع وليس كذلك بمجتمع آخر. مثلاً بيوت الدعارة والقمار، حيث تعتبر في بعض الدول غير مخالفة للآداب العامة بل وتعطى التراخيص، وبالمقابل في الإسلام هي مخالفة للآداب العامة ويعاقب منشئها. كما وان إقامة العلاقات الجنسية ما دامت برضى الأطراف لا تعتبر مخالفة للآداب العامة في حين تعتبر دائماً مخالفة للآداب العامة في التشريع الإسلامي ما دام هذه العلاقة غير شرعية.

ويقول الأستاذ السنهوري "ونرى من ذلك أن النظام العام والآداب هما الباب الذي تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية، فتؤثر في القانون وروابطه، وتجعله يتمشى مع التطورات الاجتماعية والاقتصادية والخلقية في الجيل والبيئة. وتتسع دائرة النظام العام والآداب أو تضيق تبعاً لهذه التطورات، وطريقة فهم الناس لنظم عصرهم، وما تواضعوا عليه من آداب، وتبعاً لتقدم العلوم الاجتماعية. كل هذا يترك للقاضي يفسره التفسير الملائم لروح عصره، فالقاضي يكاد إن يكون مشرعاً في هذه الدائرة المرنة، بل هو مشرع يتقيد بآداب عصره ونظم أمته الأساسية ومصالحها العامة. ومما هو جدير بالذكر انه حيث تتسع دائرة النظام العام يضيق سلطان الإرادة، وحيث يضيق سلطان الإرادة يتسع المبدأ."⁽³⁾

(1) أنور سلطان، مصادر الالتزام، ص 127

(2) عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، ص 89

(3) السنهوري، الوسيط ج ص 401 .

ومن خلال المذكور أعلاه نلاحظ أن القانون قد وازن في العقود بين النظام العام من جهة وبين سلطان الإرادة، فقد وضع القواعد الإمرة التي لا يجوز مخالفتها وبالمقابل وضع القواعد المكملة والتي يجوز لأطراف العقد التعاقد على خلافها.

ففعلاً كلما اتسع نطاق النظام العام قل وانحصر مبدأ سلطان الإرادة، وكلما ضاق النظام العام اتسع مبدأ سلطان الإرادة.

ومن خلال المذكور أعلاه نلاحظ أن العقد بمحله لا بد له من أن يدور في فلك النظام العام وفي إطار الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فإذا استوفت هذه الشروط أصبح العقد ومحله جائزاً، أما إذا اختلفت إحدى هذه الشروط فسد أو بطل العقد بحسب ماهيته.

وهنا تجدر المقارنة بين فكرة النظام العام وسلطان الإرادة في العقود بين الشريعة والقانون، فنجد أن الشريعة الإسلامية أخذت المنهج الوسط حيث سمحت للمتعاقدين بإتباع القواعد الأمرة والمكملة، واشترطت أن يكون ذلك في إطار النظام العام والآداب العامة، وأضافت إطار آخر بحيث لا يصح العقد إلا به وهو أن لا يخالف العقد مقاصد التشريع الإسلامي. فهذه خاصية وشرط انفرد فيه التشريع الإسلامي عن النظم الوضعية.

لغة: طلب الصنعة.

وشرعاً فهو طلب العمل منه في شيء خاص على وجه مخصوص.⁽¹⁾

عقد الاستصناع هو عقد بيع يقع على معدوم كالسلم، ولكنه يتميز عن السلم بأن محل العقد عين لا دين. كمن يدفع لحرفي مبلغ من المال لكي يصنع له غرفة نوم. فالبايع هو الصانع والمشتري هو المستصنع -بالكسر- ومحل العقد أو المبيع هو المستصنع - بالفتح-. وما لا يشترط فيه العمل لا يكون استصناعاً حيث عقد الاستصناع من اسمه يدل على العمل.⁽²⁾

وعرفه محمد قدري باشا انه "طلب عمل شيء خاص على وجه مخصوص مادته من الصانع".⁽³⁾ صورته: أن يقول شخص لحداد مثلاً اصنع لي باباً من عندك بثمان كذا ونوع كذا وصفة كذا وقدر كذا فيقول الحداد قبلت. بهذا ينعقد العقد ويسمى عقد استصناع. ويذكر أن المادة 780 من القانون المدني الأردني قد نصت "أن عقد المقاوله هو: عقد يتعهد احد أطرافه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً، أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر".⁽⁴⁾ وعلى هذا الأساس يعتبر الحداد والنجار وغيرهم مقاولاً.⁽⁵⁾

مشروعيته:

الأصل كما بينا انه غير جائز، لأنه يقع على معدوم، ولكنه استثنى من القاعدة وهو جائز استحساناً حيث عمل به الناس وأصبح بمثابة عرف يعمل به. فلو قمنا بالقياس لما جاز الاستصناع لأنه بيع ما ليس عند الإنسان، ولكن إجماع الناس عليه وحاجته للناس جعلته مشروعاً.⁽⁶⁾

حكمه:

(1) حاشية ابن عابدين 223/5 /المصباح المنير 412/1

(2) الكيلاني، نظرية محل العقد، ص 168

(3) محمد قدري باشا، مرشد الحيران، ص 569

(4) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني 582/2 م 780

(5) الكيلاني، رسالة دكتوراه، ص 177

(6) الكيلاني، جمال، نظرية محل العقد، ص 169

ثبوت العين المبيعة للمستصنع وثبوت الثمن للصانع¹.

يرى السنهوري رحمه الله أن الاستصناع كالسلم، حيث يقع محله على بيع المعدوم بصورة مخصوصة لحاجة الناس إليه، ويقع محله على استصناع شيء جرت العادة على استصناعه. ومن عيوب الاستصناع انه غير لازم للأطراف في المرحلة الأولى أي قبل تمام صنعه.⁽²⁾ ولكنه في القانون لازم.

المطلب الثالث: عقد الإجارة

لغة: اسم للاجره وهو ما يستحق على فعل الخير.⁽³⁾

واصطلاحاً: تملك منفعة بعوض.⁽⁴⁾

ففي عقد الإجارة لا يثبت التملك بل المنفعة فقط.

وفي القانون المدني الأردني أن الإجارة: "تمليك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من الشيء المؤجر لمدة معينة لقاء عوض معلوم."⁽⁵⁾

هو أيضاً عقد غير مشروع أساساً، ولكنه جائز استحساناً لرفع الحرج عن الناس، حيث محله يقع على منفعة لم تخلق بعد، فيقوم المستأجر بدفع الثمن وبالمقابل المؤجر بالقبض وبيع المنفعة قبل أن تخلق أصلاً.⁽⁶⁾

أما ركنيه فهما الإيجاب والقبول.⁽⁷⁾

أما أدلة الإجارة من القرآن الكريم فمنها:

1. "﴿لَمَّا مَلَآتِ السَّمَاءُ مِنْ دُونِ الْمَاءِ أَنْ يَنْزِلُ السَّمَاءَ مَاءً فَسُفُوفُ السَّمَاءِ رُجُومٌ مَدِينَةٌ﴾" (8)

2. "﴿لَمَّا مَلَآتِ السَّمَاءُ مِنْ دُونِ الْمَاءِ أَنْ يَنْزِلُ السَّمَاءَ مَاءً فَسُفُوفُ السَّمَاءِ رُجُومٌ مَدِينَةٌ﴾" (9)

⁽¹⁾ الكاساني، بدائع الصنائع، ج5/ص 3.

(2) مصدر سابق، ص173-174

(3) الفيومي، المصباح المنير 6/1 مادة اجر الالف مع الجيم وما يتلثهما

(4) ابن نجيم، البحر الرائق، 7/295

(5) المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني 551/2 م658

(6) د. جمال الكيلاني، ص178

(7) د. جمال الكيلاني، نظرية محل العقد في الفقه الإسلامي، ص 179

(8) سورة القصص، آية 27

(9) سورة القصص، آية 26

3. "عقد الإجماع" هو العقد الذي يبرأه الله تعالى ولا ينكح على خطبته، ولا تتاجشوا، ولا تبيعوا بإلقاء الحجر، ومن استأجر أجيبراً فليعلمه أجره" (2).

ومن السنة" ما روى أبو سعيد الخدري وأبو هريرة رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا يستام الرجل على سوم أخيه، ولا ينكح على خطبته، ولا تتاجشوا، ولا تبيعوا بإلقاء الحجر، ومن استأجر أجيبراً فليعلمه أجره" (2)

الإجماع

حيث كان عقد الإجارة منذ زمن الصحابة رضوان الله عليهم وعقد عليه الإجماع، والقياس فيه متروك. (3)

أما شروطه فهي معرفة المنفعة ومقدار الأجرة وان يكون محل العقد مشروعاً ومباحاً، وان تكون المنفعة مقصودة.

أما القانون المدني الأردني فاشتراط في الإجارة أن يكون بدل الإيجار معلوماً بتعيين نوعه ومقداره أن كان من النقود وبيان نوعه ووصفه أن كان من غيرها ويجوز أن يكون بدل الإيجار عين أو منفعة أو ديناً وما يصلح ليكون ثمناً، وان كان البديل مجهول يفسخ العقد ويدفع المثل. (4)

أهم النتائج في العقود والمقارنات

إن أهم ما توصلت إليه من خلال دراسة العقود وبالأخص محل العقد بين الشريعة والقانون هو ضرورة بل أقول حتمية دوران محل العقد في الفقه الإسلامي في فلك مبدأ المشروعية، حيث لا بد لمحل العقد أن يكون موافقاً لمقاصد التشريع الإسلامي ومحققاً لتلك المقاصد. فالمحافظة على مقاصد التشريع الإسلامي هو الهدف والغاية السامية من أي عقد أو معاملة، وكل ما يخالف مقاصد التشريع الإسلامي يبطل شرعاً، وهذا بالطبع يخالف ما هو معمول به في النظم القانونية الوضعية، حيث لا يجوز أن يخالف محل العقد النظام العام والآداب العامة، وكما هو معلوم لدينا فالآداب العامة والنظام العام أمر نسبي يختلف من مجتمع لآخر، وذلك بعكس المنهج الإسلامي حيث مبدأ المشروعية في الإسلام ثابت لا يتغير بتغير الأزمنة والأمكنة، فلا يمكن أن يصبح يوماً التعاقد على لحم الخنزير أو الخمر جائزاً وذلك لمخالفته لمقاصد التشريع الإسلامي.

(1) سورة الطلاق، آية 6

(1) فتح الباري شرح صحيح البخاري 281/6 كتاب البيوع باب لا يبيع على بيع أخيه

النووي صحيح مسلم بشرح النووي 158/10 كتاب البيوع باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه

(3) د. جمال الكيلاني، ص 183

(4) تقنين مدني أردني انظر المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني 551/2 وما بعدها ص 663-665

من هنا نرى الفرق بين كل من أحكام العقود بين التشريع الإسلامي والقانون الوضعي ، ولهذا بالطبع الأثر الكبير على حياة المجتمعات فبسبب مخالفة أحكام التشريع الإسلامي ومقاصد التشريع، نجد العالم الغربي يتخبط في عقود وهمية قادته ولا زالت تقوده إلى الهاوية ، فمثلا العقود الصورية والوهمية، وبيع المعدوم، وعقود المقامرة والدعارة والتي بدورها زجت بالمجتمع إلى الهاوية. فالتقيد والانضباط بضوابط القانون الإسلامي تقودنا إلى صلاح اقتصادنا ومجتمعاتنا وسائر أمورنا.

الخاتمة

الحمد لله الذي قدر لي أن أحوض في مثل هذه الدراسة المقارنة بين مصادر التشريع الإسلامي ومصادر القانون الوضعي، -على الرغم مما وجدته من مصاعب، خاصة وان دراستي ليست كأى دراسة، بل كان لي جهد مضاعف، أوله البحث والتمحيص في كتب الشريعة الإسلامية، والآخر في البحث في مصادر القانون الوضعي.

والحمد لله الذي خلقني مسلماً أدين بدين الإسلام هذا الدين الكامل المتكامل بعقيدته وشريعته وأخلاقه، فهو دين من سبقنا من الأنبياء والرسل.

ورغم قناعتى التامة بأنه لا مكان ولا منطق بمقارنه القانون الإلهي بالقانون البشري، وكما قال الشهيد عبد القادر عودة في مقدمة كتابه التشريع الجنائي الإسلامي :

بأن القياس يقتضي المساواة بين المقيس بالمقيس عليه، فلا يعقل أن نقيس السماء بالأرض أو القانون الإلهي بالقانون البشري الوضعي، فلا يمكن المقارنة بين البشر وخالق البشر.⁽¹⁾

وهذه فعلا وحقا قناعتى، ولكن لا بد لنا نحن المسلمين من أن نضع بين يدي كل معني بمثل هذه الدراسات المقارنة، لتكون نورا ونبراسا يهتدى بها، خاصة في زمان اشتد في الوبال والعضال، وملك البسيطة أهل الظلم والضلال، زمان طرحت فيه الأحكام الشرعية، وعمل مكانها بالقوانين الوضعية، هذه القوانين والتي تثبت يوما بعد يوم بأنها غير صالحة لصالح البشرية والمحافظة على استقرارهم وحياتهم.

(1) عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي الإسلام، ص 13 ج 1

النتائج:

1. من أهم النتائج التي توصلت إليها الارتباط الوثيق بين مصادر التشريع الإسلامي والمصدر الرباني، حيث لا يكاد يخلو مصدر من أصلة الرباني، ولا يخلو تشريع من قاعدة أخلاقية مميزة. فلو نظرنا إلى التشريعات الوضعية لوجدناها تفرق بين القواعد القانونية والخلقية، فترى لزوماً على الناس تطبيق القواعد القانونية لتحقيق استقرار المجتمع، أما بالنسبة للقواعد الخلقية فلا تعتبرها بمثابة قانون ملزم للناس. لذلك لا تعتبر هذه القواعد الخلقية جزءاً من نطاق القانون الوضعي. فالقانون الوضعي يأخذ بظاهر سلوك الفرد دون داخله بعكس التشريع الإسلامي الذي يمتد بأحكامه ليسمو ويرتقي بالنفس البشرية. فقواعد الأخلاق تهتم بعلاقة الإنسان بأخيه الإنسان وعلاقته بربه وبشخصه، بعكس قواعد القانون التي لا تهتم إلا بعلاقة الناس الظاهرة ببعضهم. فالتشريع الإسلامي مترابط ومتكامل حتى يصل الإنسان إلى مرتبة المسؤولية والتكليف. فالأخلاق غاية شرعية يجب العمل لتحقيقها، كما وان الأحكام الشرعية تقوم إلى الأخلاق وانه لا حكم شرعي إلا مستمد أو مستتب من قواعد أخلاقية.)

2. دقة القاعدة التشريعية في النظام التشريعي الإسلامي حيث لا تكتفي القاعدة القانونية بالعموم والتجرد كسائر القواعد القانونية الوضعية، بل تتميز عليها بكونها أيضاً خاصة وفق الأحوال. لقد اعتبر التشريع الوضعي القاعدة القانونية العامة والمجردة، وهذه صفة العموم تغلب في التشريع الإسلامي حيث "المقارن لعموم القاعدة القانونية والحكم الشرعي وتجردهما، يجد أن هناك اختلافاً في طبيعة عموم الحكم الإسلامي وتجرده، ويجد أن الشريعة مع اعتبارها المعيار الموضوعي في التشريع، إلا انها كذلك تعتبر المعيار الشخصي كذلك حتى يتحقق العدل والعدالة معا". "فعلى سبيل المثال كتب الله سبحانه على عباده صوم رمضان، وهذا حكم عام ومجرد، ولكن حكمته اقتضت استثناء المريض والمسافر من هذا العموم، دفعا للحرج والمشقة وهو كذلك حكم عام ومجرد، ثم جاء بحكم ثالث استثنى كبار السن الذين لا يطيقون الصوم... وهكذا، نجد ان الحالة الواحدة قد شرع الله سبحانه لها غير حكم عام مجرد، حتى يتحقق العدل والعدالة معا.)

3. الشريعة من عند الله خالق البشر والأعلم بأحوالهم، أما القانون الوضعي فهو من خلق البشر. والفرق بينهم كالفرق بين الخالق والمخلوق، فالأول لا يشوبه نقص، أما المخلوق فتكسيه العيوب.

4. جاءت الشريعة الإسلامية للبشرية جمعاء بعكس القانون الوضعي الذي جاء لكل قوم ولكل فئة منفردة. والدليل على ذلك قوة ومتانة قواعد التشريع الإسلامي ومصادرة.

5. أحكام التشريع الإسلامي جامعة شاملة مانعة خالية من كل نقص، كيف لا وهي من عند الله بعكس القانون الوضعي والذي بحاجة لتجديد وتغيير وتبديل كل فترة.
6. تتسم قواعد التشريع الإسلامي بالثبات بعكس القوانين الوضعية والتي لا ثبات فيها. حيث سمتها التأقيت، بعكس قواعد الشريعة الثابتة الدائمة.
7. بنيت الأحكام الشرعية على قواعد إلهية، والتي لا تزال مناسبة إلى يومنا هذا، بل إلى أن تقوم الساعة، بعكس القانون الوضعي والذي دائماً ما يتراجع رجاله عن نظريات ثبت عدم صلاحها.
8. لم يكن التشريع الإسلامي وليداً أو طفلاً ثم تطور ولا رضيعاً فكبير، بل زل كاملاً متكاملًا، بعكس النظم الوضعية والتي تنشأ وتتطور بتطور الأزمنة والأمكنة.
9. القانون الشرعي يتسم بالوسطية بين مصالح الفرد والمجتمع.
10. هنالك ترابط عضوي بين قواعد التشريع الإسلامي وقواعد الأخلاق والقيم، بعكس القوانين الوضعية والتي تفصل إلى حد كبير بين الأخلاق والقانون.
11. بالقانون الوضعي الجماعة هي التي تصنع القانون، أما بالشريعة فالتشريع هو الذي يصنع الجماعة الصالحة المؤمنة.
12. نصوص الشريعة الإسلامية شاملة مبينة لكل شيء، ، بعكس قواعد القانون الوضعي المبتور.
13. يعتبر السمو لقواعد التشريع الإسلامي من أهم سماته فقواعده ومبادئه أسمى من مستوى الجماعة بعكس النظم الوضعية.
14. لا بد للعقد أن يدور في فلك مبدأ المشروعية في الإسلام ليحقق أيضاً مقاصد التشريع الإسلامي وهذا ما نحن بأمس الحاجة إليه اليوم.

التوصيات:

1. أوصي طلبة العلم الشرعي الراغبين بالتوسع أن يقوموا بدراسة فلسفة كل مصدر من مصادر التشريع الإسلامي بشكل معمق، وذلك ليكون حجة وبينة على كل من يحاول أن يشكك بقيمة وعلمية مصادر الفقه الإسلامي، ومدى جدواها.
2. التوسع بدراسة الجوانب المقارنة وتحديد اثر كل مصدر على المجتمع بشكل مباشر.
3. دراسة العلاقة بين مصادر التشريع الإسلامي ومصادر القانون الوضعي واثر كل منهما على المجتمع.
4. أوصي المشتغلين في التشريع في البرلمانات المختلفة سن اكبر عدد ممكن من التشريعات الإسلامية في المجالات المختلفة، حيث التشريع الإسلامي جاء للبشرية جمعاء وليس حكرا على امة دون أخرى. فيجب أن تعم الفائدة لتخدم جميع الناس.
5. أوصي بتدريس مساق منفصل لطلبة كليات الشريعة والقانون والذي يختص بمصادر التشريع الإسلامي ومقاصده ومقارنتها بمصادر التشريع الوضعي وأهدافه، حيث يمثل هذا المساق يكون الطالب على دراية، وعلى أساس متين عند المقارنة بين النظامين.

مسرد المصادر والمراجع

اولاً : القرآن الكريم .

ثانياً : الاحاديث النبوية الشريفة .

1. فتح الباري شرح صحيح البخاري ابن حجر احمد بن علي العسقلاني ، ط2، دار احياء التراث العربي ، بيروت .
2. صحيح مسلم بشرح النووي ، الامام ابي الحسن مسلم بن الحجاج النيسابوري ، ط1، مكتبة الايمان ، مصر .
3. سنن الترمذي للامام ابي عيسى محمد بن عيسى بن عيسى بن سورة الترمذي ، حققه عزت عبيد الدعاس - دار بن كثير ط2007 ، 5 مج.
4. سنن ابي داود الاثعث السجستاني ، ط2 ، مكتبة المعارف ، الرياض .
5. سنن النسائي، ابي عبد الرحمن بن شعيب بن علي النسائي ، ط1 ، مكتبة المعارف ، الرياض.
6. سنن ابن ماجه، ابي عبد الله محمد بن يزيد القزويني الشهير بابن ماجه ، 273 ، مكتبة المعارف ، الرياض .

ثالثاً : الكتب والمراجع

- 1) ابراهيم ، أنيس وزملاؤه ، المعجم الوسيط ، مجمع اللغة العربية ، ط2 ، دار الدعوة .
- 2) ابراهيم، عبد الرحمن، معالم الاقتصاد الاسلامي، دار الجامعات المصرية، الاسكندرية، 1991 ط1.
- 3) ابن القيم ، الجوزية ، اعلام الموقعين عن رب العالمين . تحقيق مشهور حسن سلمان ، دار ابن الجوزي - السعودية ط1 سنة 1423 هـ.
- 4) ابن تيميه ، نظرية العقد ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت لبنان.
- 5) ابن تيميه ، نظرية العقد ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت لبنان ، ط1.
- 6) ابن حجر ، فتح الباري شرح صحيح البخاري، بيروت، دار الكتب العلمية، ط2 1999

- (7) ابن عابدين ، للشيخ علاء الدين بن محمد بن علي، حاشية بن عابدين على رد المحتار على الدر المختار.
- (8) ابن منظور ، ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ، لسان العرب ، ط3 ، دار الفكر .
- (9) ابو الوفاء، احمد، تاريخ النظم القانونية وتطورها، الدار الجامعية، ط1، بيروت لبنان، 1984
- (10) ابو زهرة، الامام محمد ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، دار الفكر العربي مدينة نصر القاهرة
- (11) ابو زهره، محمد ، اصول الفقه ، دار الفكر العربي القاهرة مصر 2006 .
- (12) ابي اسحاق، الموافقات في اصول الشريعة 4\1، بيروت، المكتبة العصرية، ط1، 2002
- (13) احمد ، محمد شريف ، مصادر الالتزام في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، 1999 ط1 امكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع اعمان الاردن
- (14) احمد، تاريخ النظم القانونية وتطورها، بيروت، الدار الجامعية ط1 سنة 1984
- (15) الازميري ، محمد، الحاشية ، مطبعة محمد البوسنوي، سنة 1285هـ، 2مج .
- (16) السرميتي ، عدنان كامل ، حجية الاجماع ، ط1 ، دار المكتبات السعودية ، 2004 .
- (17) الاشقر ، عمر سليمان، المدخل الى الشريعة والفقه الاسلامي مع اسئلة وتمارين للمناقشة، دار النفائس للنشر والتوزيع ، الاردن ، عمان ، ط1 ، 2005 .
- (18) الاصفهاني ، شمس الدين محمود بن عبد الرحمن ، شرح المنهاج للبيضاوي في علم الاصول ، ط1 ، مكتبة الرشيد الرياض ، 1996 .
- (19) الانصاري ، شريف، الموافقات في اصول الشريعة ، 4\1 ط1 المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، لبنان، 2002 .
- (20) الالباني ، محمد ناصر الدين ، حجة بنفسه في العقائد والاحكام ، ط1 ، مكتبة المعارف ، الرياض ، 2005 .
- (21) اوليفيه، روا، تجربة الاسلام السياسي، بيروت، دار الساقى، 1996 ط2.
- (22) بابلي، محمود محمد، الاقتصاد في ضوء الشريعة الاسلامية، بيروت، دار الكتاب اللبناني 1975، ط1.
- (23) بدر، عوني، المدخل لدراسة القانون، نابلس ، ط1 1996.

- (24) البردوي ، فخر الاسلام علاء الدين بن عبد العزيز ،كشف الاسرار على اصول البردوي، ت 73 هـ ، دار الكتب العملية ، بيروت 4 مج سنة 2009 م.
- (25) بسيوني،عادل، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، دار النصر للتوزيع والنشر، القاهرة ط1 1995،
- (26) البوطي ،محمد توفيق رمضان ، البيوع الشائعة واثر ضوابط المبيع على شرعيتها ، ادار الفكر دمشق سوريه ،دار الفكر المعاصر بيروت لبنان 1998\
- (27) الترمذي ، علي بن محمد ،اصول البردوي ، كنز الاصول الى معرفة الاصول، مطبعة جاويد برس - كراتشي 1 مج.
- (28) تقيه ،محمد بن احمد ، مصادر التشريع الاسلامي ، مؤسسة الكتب الثقافية، ط1 ، 1999 بيروت، لبنان .
- (29) تکروري وبدر، عثمان وبدر ، المدخل لدراسة القانون، ج1 ط1، 1996
- (30) تتاغو، سمير عبد السيد ، مصادر الالتزام، 1999\ الاسكندرية ط1 .
- (31) جعفر، علي محمد ، نشأة القوانين وتطورها ، ط1 2002 مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع بيروت
- (32) جلال الدين، الاشباة والنظائر في النحو،بيروت،المكتبة العلمية ط1 ، 1999
- (33) الجمال،محمد عبد المنعم، موسوعة الاقتصاد الاسلامي،القاهرة، ط1، دار الكتب الاسلامية 1980.
- (34) جمعه، علي، الاجماع عن الاصوليين ،منشورات علاء سرخان، دار الرسالة القاهرة، ط1 2002 ، مدينة نصر القاهرة مصر .
- (35) حسني ،عبد المنعم ، موسوعة مصر للتشريع والقضاء، ط2 ، مركز حسني للدراسات القانونية، الجيزه ، 1991.
- (36) حلمي ،محمود، المبادئ الدستورية العامة، ط4، 1975، دار الفكر العربي
- (37) الخالدي ، احمد ، محاضرات مناهج البحث العلمي، نابلس ط1
- (38) الخالدي،محمود،الاقتصاد الاسلامي في مراة الاسلام، دار الجيل، بيروت، ط1،1984.
- (39) الخصري ،الشيخ محمد، اصول الفقه، دار الحديث، القاهرة ط1 2003 .

- (40) الخضري ،محمد، تاريخ التشريع الاسلامي، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، دار الكتب العلمية بيروت لبنان ، ط 2 ، 1994 .
- (41) خلاف ،عبد الوهاب ،علم اصول الفقه، دار الحديث، القاهرة، ط1، 2003.
- (42) الخياط، عبد العزيز ، المدخل الى الفقه الاسلامي دار الفكر للنشر والتوزيع عمان الاردن ، ط1 1991.
- (43) دويكات، غازي ، محاضرات في القانون المدني مصادر الالتزام ،جامعة النجاح الوطنية ، نابلس ، 1997.
- (44) الزحيلي ، وهبه، اصول الفقه الاسلامي 2\1، بيروت، دار الفكر المعاصر، ط2، 1998 .
- (45) زرقا ، احمد محمد ، شرح القواعد فقهية ، ط4 ، دار القلم ، دمشق ، 1996 .
- (46) زهير، محمد ابو النور ، اصول الفقه، ج 1 ، دار البصائر، القاهرة، ط1 ، 2007
- (47) زيدان، عبد الكريم ، نظام القضاء في الشريعة الاسلامية، بيروت، مؤسسة الرسالة ، ط3 1997 .
- (48) زيدان، عبد الكريم ، الوجيز في اصول الفقه، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط1 1998
- (49) السالوس ، علي احمد ، فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر، دراسة في الفقه الاسلامي مقارنا بالقانون مع تهذيب وترتيب وتبويب المغني لابن قدامه وتخريج احاديثه اسلسلة اصدارات المجمع 14 ،مؤسسة الريان بيروت امكتبة دار القران مصرا دار الثقافة قطر امجمع فقهاء الشريعة بامريكا ج 1 ، 2004 ، ط1
- (50) السباعي،مصطفى، السنة ومكانتها في التشريع الاسلامي ،دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة ط3 ، 2006 ، القاهرة مصر .
- (51) السرحان، عدنان ابراهيم ، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية الالتزامات دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005 ، ط1 .
- (52) السرخسي ، ابو بكر محمد بن سهل، المبسوط ، ت 483 هـ ، 30 مج ، دار المعرفة بيروت ، ط ثانية سنة 2005م.
- (53) السرخسي ، ابو بكر محمد بن سهل، أصول السرخسي ، دار الكتب العلمية ، ط 2، 2005م.

- (54) السقا، محمود، اضواء على تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ، 1991 دار النهضة العربية القاهرة ط1.
- (55) سلطان، انور، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي، 1998 ، المكتب القانوني، ط2 .
- (56) سليمان ، عمر ، الشريعة الالهية لا القوانين الجاهلية، عمان، دار النفائس، ط1 سنة 1996
- (57) سليمان ، عمر ، القياس بين مؤيديه ومعارضيه، عمان، دار النفائس، ط1 1999
- (58) السنهوري ، عبد الرزاق ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام، 1952 ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة
- (59) السيوطي ، جلال الدين، الاشباه والنظائر في النحو ، المكتبة العصرية، 4\1 ط1، 1999 شركة ابناء شريف الانصاري بيروت لبنان.
- (60) شابرا، محمد عمر، الاسلام والتحدي الاقتصادي، عمان، 1996 ط1.
- (61) الشاطبي ، الاعتصام .
- (62) الشافعي ، محمد بن ادريس ، الام للشافعي، ت204 هـ ، 10 مج ، دار احياء التراث- بيروت ط1، 2001م.
- (63) الشوكاني، محمد بن علي، ارشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الاصول، دار الكتب العلمية، بيروت.
- (64) صدر، محمد باقر، اقتصادنا، دار الكتاب المصري القاهرة ودار الكتاب اللبناني بيروت، 1977 ط1.
- (65) الصنهاجي ، احمد بن ادريس ، الفروق او انوار البروق في انواء الفروق 4\1، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1998
- (66) عبد العزيز، امير ، معالم الثقافة الاسلامية، 1997 ط6
- (67) عبد الوهاب، علم اصول الفقه، القاهرة، دار الحديث، ط1
- (68) العثيمين، محمد بن صالح، شرح الاصول من علم الاصول، مكتبة الايمان، المنصوره مصر ، ط2، 2006 .
- (69) عجاج ، محمد ، اصول الحديث ، عمان، دار النفائس، ط2، 1998

- (70) علي ، محمد عبد العاطي محمد ، المقاصد الشرعية واثرها في الفقه الاسلامي ، دار الحديث القاهرة، ط1 ، 2007.
- (71) علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الاحكام العدلية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، 2010 .
- (72) العلي، صالح حميد، عناصر الانتاج في الاقتصاد الاسلامي والنظم الاقتصادية المعاصرة دراسة مقارنة، بيروت، اليمامة للطباعة والنشر، ط1 2000.
- (73) عودة ، عبد القادر، الاسلام واوضاعنا القانونية .
- (74) عودة ، عبد القادر، التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي 2\1 ، مكتبة دار التراث، القاهرة ، ط1 .
- (75) غانم، عبد الله، المشكلة الاقتصادية ونظرية الاجور والاسعار في الاسلام، الاسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 1984 ط1.
- (76) غانم، محمد سليمان، قراءات في القران الكريم وجهة نظر اقتصادية، دار الاتحاد للطباعة والنشر، 1997 ط1.
- (77) الغزالي ، ابي حامد محمد الغزالي ، المستصفي ، ط1 ، دار الكتب العلمية ، 2008 .
- (78) الفار ، عبد القادر ، احكام الالتزام اثار الحق في القانون المدني ط3 ، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع عمان الاردن
- (79) الفار، عبد القادر ، مصادر الالتزام "مصادر الحق الشخصي في القانون المدني ، 2001، ط1 مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع والدار العلمية الدولية، عمان ، الاردن
- (80) الفقي، محمد علي عثمان، فقه المعاملات دراسة مقارنة ، دار المريخ للنشر بالرياض المملكة العربية السعودية.
- (81) القرافي ، ابي العباس احمد ، الفروق او انوار البروق في انواع الفروق ، 723 ، 4\1 دار الكتب العلمية ، ط1 ، بيروت ، لبنان ، 1998 .
- (82) القرضاوي، يوسف، دور القيم والاخلاق في الاقتصاد الاسلامي، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1996، ط1.
- (83) القصراوي ، بركات فوزي ، البحث العلمي المناهج والادوات والاجراءات التطبيقية، 2008

- (84) القطان ، مناع ،التشريع والفقہ في الاسلام تاريخا ومنهجاً ،مكتبة وهبه ،القاهرة،ط3، 2001 .
- (85) الكاساني، ابو بكر بن مسعود بن احمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط1 1327 مصر 71 .
- (86) كيره، حسن ، المدخل الى القانون . ط1 1967 دار النهضة العربية للطباعة والنشر بيروت.
- (87) متولي، محمد ، خواطر قرآنية،القاهرة ،اخبار اليوم، ط1 ، 1999 .
- (88) محمد، يوسف كمال، فقه اقتصاد السوق النشاط الخاص،القاهرة،مكتبة الوفاء،1995،ط2.
- (89) مذكور ،محمد سلام،اصول الفقه الاسلامي تاريخه واسسه ومناهج الاصوليين في الاحكام والادلة، ط1 ، 1976، دار النهضة العربية ،القاهرة.
- (90) المراغي ،عبد الله مصطفى ، التشريع الاسلامي لغير المسلمين، مكتبة الاداب بالجماميز المطبعه النموذجيه.
- (91) مرقس ،سليمان ، الوافي في شرح القانون المدني ،ط4 ، 1987 ،مكتبة صادر بيروت لبنان، توزيع دار الكتب المصريه مصر، 13\1 جزء.
- (92) مسعد ، محيي محمد ،اسس الثقافة القانونية واهميتها للانسان في عصر العولمة ، 2008 المكتب الجامعي الحديث ط1 الاسكندرية.
- (93) مصطفى،احمد فريد، التحليل الاقتصادي الجزئي بين الاقتصاد الوضعي والاقتصاد الاسلامي،الاسكندرية، مؤسسة الشباب الجامعية،1991 ط1.
- (94) معوض، عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني7\1، ط6 2002 القاهرة
- (95) النداوي، ادم وهيب ، العقود المسماة في القانون المدني البيع والايجار وقانون المالكين والمستأجرين ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الاردن ط1 1999.
- (96) النداوي، ادم وهيب، شرح القانون المدني العقود المسماة في القانون المدني البيع والايجار المكتبة القانونية،1999، ط1،مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ، الاردن
- (97) النسفي ، عبد الله بن احمد بن محمود المعروف بحافظ الدين، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ت 710 هـ ط دار الكتب العلمية 9 مج سنة 1997م.

- 98) نور الدين، منهج النقد في علم الحديث ، دمشق ، دار الفكر المعاصر ط1 سنة1997.
- 99) نمله ، عبد الكريم علي ، المذهب في علم اصول الفقه ، مكتبة الرشيد ، ط3 ، 2004 .
- 100) وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية ، الموسوعة الفقهية اج30 ، ط1، 1994 مطابع دار الصفوة للنشر والتوزيع، الكويت، ج1 .

رابعاً : الرسائل الجامعية

- 1) اريج ابراهيم سعيد صبري ، الوسطية في الفكر الاسلامي، رسالة ماجستير 2004 القدس فلسطين .
- 2) جمال احمد زيد الكيلاني ، نظرية محل العقد في الفقه الاسلامي والقانون المدني الاردني والسوداني ، رسالة دكتوراه ، 1994 .
- 3) السيد يوسف ابو جليل ، الضريبة في الاسلام والتشريع الوضعي دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة
- 4) عبد المنعم جابر ابو قاهوق، الترتيب بين الادلة الشرعية في الشريعة الاسلامية ومقارنته بتدرج القواعد القانونية الوضعية في النظم المعاصرة، رسالة دكتوراه ، كلية الشريعة والقانون، جامعة الازهر، 1975
- 5) عدنان عبد الهادي حسان ، احكام العقود الصورية في الفقه الاسلامي، رسالة ماجستير ، الجامعة الاسلامية ، غزة .
- 6) علي محمد علي مصلح ، مبدا المشروعية في الشريعة الاسلامية ، رسالة دكتوراه ، الجامعة الاردنية، 1997 .

مسرد الآيات القرآنية الكريمة

الصفحة	السورة ورقم الآيه	الايه
2	المائدة 44	﴿لَا تَجْعَلْ مَقَامَكُمْ كَمَقَامِ آلِ فِرْعَوْنَ﴾
2	المائدة 45	﴿لَا تَجْعَلْ مَقَامَكُمْ كَمَقَامِ آلِ فِرْعَوْنَ﴾
2	المائدة 47	﴿لَا تَجْعَلْ مَقَامَكُمْ كَمَقَامِ آلِ فِرْعَوْنَ﴾
2	النساء 65	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ﴾
24	الزخرف 3	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ﴾
24	يوسف 2	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ﴾
25	ال عمران 103	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ﴾
25	الحجر 9	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ﴾
25	النحل 89	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ﴾
25	الانعام 38	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ﴾
26	النساء 58	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ﴾
26	البقره 183	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ﴾
26	الانعام 151	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ﴾
26	النساء 19	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ﴾
26	البقره 197	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ﴾
26	البقره 173	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ﴾
29	الاحزاب 62	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ﴾

48	59 الانعام	<p> </p>
54	90 النحل	<p> </p>
58	199 الاعراف	<p> </p>
59	46 الأعراف	<p> </p>
59	1 المرسلات	<p> </p>
60	3 المجادلة	<p> </p>
66	183 البقره	<p> </p>
66	45 المائدة	<p> </p>
66	14 سورة طه	<p> </p>
70	108 الانعام	<p> </p>
70	31 النور	<p> </p>
70	44 طه	<p> </p>
115	282 البقره	<p> </p>
117	27 القصص	<p> </p>
117	26 القصص	<p> </p>
117	6 الطلاق	<p> </p>

مسرد الأحاديث النبوية الشريفة

الصفحة	الحديث
ب	من لا يشكر الناس لا يشكر الله
29	من سن سنة حسنة فله اجرها واجر من عمل بها الى يوم القيامة،ومن سن سنة سيئة كان عليه وزرها ووزر من عمل بها الى يوم القيامة

30	من احيا ارضا ميتا فهي له
32	استوصوا بالنساء خيرا
32	الا اني اوتيت القران ومثله معه
32	تركت فيكم امرين لن تضلوا ما تمسكنم بها كتاب الله وسنتي.
32	صلوا كما رايتموني اصلي
32	لا تتكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا المرأة على ابنة اخيها او اختها انكم ان فعلتم ذلك قطعتم ارحامكم.
32	خذوا عني مناسككم
33	لا ضرر ولا ضرار
33	من راي منكم منكرا فليغيره بيده فمن لم يستطع فبلسانه فمن لم يستطع فبقلبه وذلك اضعف الايمان.
33	هو الطهور ماؤه الحل ميتته
33	العمد القود
34	اللذان كانا في سفر فلم يجدا ماء فتيمما فلما وجد الماء احدهما اعاد والاخر لم يعد، فالرسول اقر كل من فعلهما فقال للذي لم يعد "اصبت السنه واجزاتك صلاتك" وقال للذي عاد "لك الاجر مرتين".
34	"بل هو الرأي والحرب والمكيدة فقال الصحابي: ليس هذا بمنزل وأشار على الرسول صلى الله عليه وسلم بانزال الجيش في مكان اخر عينه له لاسباب بينها للنبي فاخذ بقوله"
34	يؤبرون النخل
35	غناء الجارنتين
36	لا تجتمع امتي على ضلالة
36	ما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن
44	لا يرث القاتل
46	حديث معاذ بن جبل لما ارسله النبي صلى الله عليه وسلم قاضيا الى اليمن وسأله بما تقض فاجابه معاذ بكتاب الله ثم بسنة نبيه فان لم اجد فاجتهد.
47	ان اعرابيا اتى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: ان امرأتي ولدت غلاما اسود واني انكرته، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: هل لك من الابل؟ قال نعم، قال: فما الوانها؟ قال، حمر، قال: هل فيها من اورق؟ قال: ان فيها اورقا، قال ان فيها اورقا قال: فاني

	ترة ذلك جاءها؟قال:يا رسول الله لعل عرقا نزعته.قال لعل هذا ايضا عرقا نزعته.
47	ان رجلا من خثعم جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له:يا رسول الله ان ابي ادركه الاسلام وهو شيخ كبير لا يستطيع ركوب الرجل،والحج مكتوب عليه،افاحج عنه؟قال:انت اكبر ولده؟قال:نعم،قال:"أرأيت لو كان على ابيك دين ففضيته عنه،اكان يجزئ ذلك عنه؟قال:نعم،قال:افاحجج عنه.
47	ما روى عن حكيم بن حزام قال: اتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت:"ياتيني الرجل يسألني عن البيع ما ليس عندي،ابتاع له من السوق ثم ابيعه؟ فقال صلى الله عليه وسلم: لا تبع ما ليس عندك.
66	لا يمكث الحمل في بطن امه اكثر من سنتين
109	ما روى ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الثمار قبل ان تخلق ويبدو صلاحها نهى البائع والمبتاع.
109	ما روى ابو هريره رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الغرر وعن بيع الحصاة".
116	ما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال:"قدم الرسول صلى الله عليه وسلم الى المدينة وهم يسلفون في الثمار السنتين والثلاث فقال عليه الصلاة والسلام:من اسلف منكم فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم".

مسرد الموضوعات

الصفحة	الموضوع
	الإهداء
أ	الإقرار
ب	الشكر والعرفان

ج	الملخص بالعربي
د	الملخص بالإنجليزي
و	خطة الدراسة
1	المقدمة
2	1.1 مقدمة (الإحساس بالمشكلة)
6	1.1 2 دوافع الدراسة
6	1.1 3 أهمية الدراسة
7	1.1 4 أهداف الدراسة
8	1.1 5 أسئلة الدراسة
8	1.1 6 حدود الدراسة
8	1.1 7 منهج الدراسة
9	1.1 8 الدراسات السابقة
11	الفصل التمهيدي
11	2.1 مقدمة في نشأة القوانين وتطورها
11	2.2 فترة ما قبل التدوين والكتابة
11	2.2 1 مرحلة القضاء الخاص أو الانتقام الفردي
12	2.2 2 مرحلة التقاليد الدينية أو الوحي الإلهي
12	2.2 3 مرحلة التقاليد العرفية
12	2.2 3 فترة مدونات العصور القديمة
12	2.3 1 قانون حمورابي
13	2.3 2 قانون مانو
14	2.3 3 قانون بوخوريس
15	2.3 4 قانون دراكون
16	2.3 5 قانون صولون
17	2.3 6 قانون الألواح الاثنى عشر
17	2.4 أهم القوانين المعاصرة
17	2.4 1 الشريعة الإسلامية
18	2.4 2 وضعية القوانين اللاتينية
18	2.4 3 وضعية القوانين الانجلوسكسونية

19	الفصل الأول: مصادر التشريع الإسلامي
20	المبحث الأول: في المصادر
23	المبحث الثاني: القرآن الكريم
24	المطلب الأول: خصائص القرآن الكريم
26	المطلب الثاني: أساليب القرآن في مخاطبة الناس في أمور التشريع
26	المطلب الثالث: أحكام القرآن
27	المطلب الرابع: إعجاز القرآن الكريم
29	المبحث الثالث: السنة النبوية المطهرة
31	المطلب الأول: مكانة السنة من القرآن وعلاقتها به ومدى حجيتها
33	المطلب الثاني: أنواع السنة
36	المبحث الرابع: الإجماع
36	المطلب الأول: في الإجماع وأركانه وشروطه
38	المطلب الثاني: في أنواع الإجماع
39	المطلب الثالث: حجية الإجماع وأهميته
42	المبحث الخامس: القياس
42	المطلب الأول: في القياس
43	المطلب الثاني: أركان القياس
43	المطلب الثالث: أمثلة على اقيسة شرعية
44	المطلب الرابع: أنواع القياس
45	المطلب الخامس: حجية القياس
45	المطلب السادس: أدلة المثبتين والنافين للقياس
49	المبحث السادس: الاستحسان
49	المطلب الأول: في الاستحسان وأنواعه
53	المبحث السابع: المصلحة المرسلة
53	المطلب الأول: في المصلحة المرسلة
58	المبحث الثامن: العرف
58	المطلب الأول: في العرف وأقسامه
61	المطلب الثاني: شروط واعتبار العرف في الشريعة الإسلامية
63	المبحث التاسع: مذهب الصحابي

63	المطلب الأول: في مذهب الصحابي
66	المبحث العاشر: شرع ما قبلنا
68	المبحث الحادي عشر: الاستصحاب (آخر مدار الفتوى)
70	المبحث الثاني عشر: سد الذرائع
72	الفصل الثاني: مصادر القانون الوضعي أو القاعدة القانونية
73	المصادر الأصلية
75	المبحث الأول: التشريع وأنواعه
77	المطلب الأول: الدستور
77	المطلب الثاني: القانون
81	المطلب الثالث: الأنظمة واللوائح
85	المبحث الثاني: الدين (المصدر الأصلي خاص)
86	المصادر الاحتياطية
86	المبحث الأول: أحكام الفقه الإسلامي
88	المبحث الثاني: العرف
94	المبحث الثالث: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة
98	المصادر التفسيرية
98	المبحث الأول: الفقه
100	المبحث الثاني: أحكام القضاء
101	الفصل الثالث: اختلاف الأدلة والأصول وأثرها في اختلاف الفروع (في العقود)
102	المبحث الأول: محل العقد بين الشريعة والقانون وأثره على المجتمع المعاصر
102	المطلب الأول: العقد لغةً واصطلاحاً وقانوناً
104	المطلب الثاني: محل العقد
105	المطلب الثالث: شروط محل العقد أو المعقود عليه
105	الفرع الأول: أن يكون المحل ممكناً أو موجوداً (الإمكانية والوجود)
109	الفرع الثاني: أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين
110	الفرع الثالث: أن يكون المحل مشروعاً
111	المسألة الأولى: النظام العام
112	المسألة الثانية: الآداب العامة
114	المبحث الثاني: إبراز العقود

114	المطلب الاول: عقد السلم
116	المطلب الثاني: عقد الاستصناع
117	المطلب الثالث: عقد الإجارة
118	أهم النتائج والمقارنات
120	الخاتمة وتشمل التوصيات والنتائج
124	مسرد المصادر والمراجع
132	مسرد الآيات القرآنية الكريمة
136	مسرد الاحاديث النبوية الشريفة
138	مسرد الموضوعات