

مبادئ الشريعة الإسلامية

مصدر

للقانون المدني

دكتور

رمزى رشاد عبد الرحمن الشيخ

أستاذ القانون المدنى المساعد

كلية الحقوق - جامعة طنطا

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا
 أَنزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَاعْلَمُوا أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِنَّ كَثِيرًا
 مِّنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ﴾

صدق الله العظيم

سورة المائدة الآية ٤٩

مقدمة

١ - مصادر القانون Sources du Droit :

لا مراء أن تحديد مصادر القانون المدني له أهمية كبيرة، ليس فقط لتحديد القواعد القانونية التي يمكن تطبيقها علي وقائع النزاع وترتيبها وبيان أولوياتها، بل لفهم القاعدة القانونية وتفسيرها وإزالة الغموض الذي يحيط بها، وإذا كان بعض الفقه^(١) يفرق بين مصادر القانون وجوهره، ولا يعترف إلا بمدلول واحد للمصدر وهو السبب المنشئ وفقا لمقتضيات مبدأ السببية، فإن معظم الفقه^(٢) يعطي للمصدر معاني متعددة أهمها معنيان: المصادر الرسمية (Les Sources formelles) وهي السلطة التي تعطي القواعد القانونية قوتها الملزمة، فالتشريع مصدر رسمي لأن الدولة اعترفت به مصدرا من مصادر القانون^(٣) والدين مصدر رسمي في حدود اختصاصه أي في مسائل الأحوال الشخصية^(٤)، والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية مصادر رسمية احتياطية لا يلجأ القاضي إليها إلا عند عدم وجود نص في

(١) انظر د/ سمير عبد السيد تناعو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٦، فقرة ٧٨، ص ٢٤٠.

(٢) انظر علي سبيل المثال د/ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، د/ أحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، ١٩٥٠، فقرة ٦٩، ص ٨٠.

(٣) انظر د/ مختار القاضي، أصول القانون، مطبعة لجنة البيان العربي، الطبعة الثانية، ١٩٦٠، ص ١٢٤.

(٤) انظر د/ حسن كيرة، المدخل إلي القانون، منشأة المعارف بالإسكندرية، فقرة ١٢٠، ص ٢١١.

التشريع^(١)، أما القانون الطبيعي وقواعد العدالة فالبعض^(٢) يعترف أنهما من المصادر الاحتياطية التي تلي العرف ومبادئ الشريعة الإسلامية، والبعض^(٣) ينكر اعتبارهما من المصادر بالمعنى الاصطلاحي الدقيق، والمعنى الثاني من المصادر وهو الأصل التاريخي الذي أخذ عنه القانون القائم أحكامه، بالإضافة إلى المصادر المادية أو الموضوعية Sources matérielles، ويوصف هذا المصدر بالمصدر الحقيقي Source réelle أي الذي تستمد منه القاعدة القانونية مضمون الخطاب الذي تتطوي عليه أو موضوعه فتدخل في ذلك العوامل الطبيعية والاقتصادية والجغرافية وغيرها كالبيئة والدين والتقاليد والوراثة^(٤)، والذي يعينني في هذا البحث المصدر المنشئ للقاعدة القانونية وإذا كان التشريع والعرف، قد حظي باهتمام الفقه ودراسته دراسة مستفيضة، ونفس الأمر ينطبق على القانون الطبيعي، بيد أن المصدر الاحتياطي التالي للعرف وهو مبادئ الشريعة الإسلامية لم يحظ بما يستحقه من بحث ودراسة، لا من القانونيين ولا من الشرعيين .

(١) انظر د/ توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية، ص ٦٢ .

(٢) انظر د/ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ١- المدخل للعلوم القانونية، الطبعة السادسة، أسهم في تنقيحها وتزويدها بأحدث الآراء والأحكام، د/ حبيب إبراهيم الخليلي، ١٩٨٧، فقرة ١٥٩، ص ٤٤٩، وانظر د/ مختار القاضي مرجع سابق، ص ١٢٤ .

(٣) انظر د/ حسن كيرة، مرجع سابق، فقرة ١٢٠، ص ٢١١، وانظر د/ سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص ٢٤٥ .

(٤) انظر د/ سليمان مرقس، مرجع سابق، فقرة ٦١، ص ١٥٢ .

٢- سبب اختيار هذا الموضوع وصعوبته:

لا مرأ أن السبب الأساسي في اختيار هذا الموضوع يرجع إلى أهمية معرفة مصادر القانون وأثرها علي معرفة القاعدة القانونية - كما سبق أن أوضحت- وإذا كان التشريع والعرف حظي بالاهتمام الأكبر، فإن مبادئ الشريعة الإسلامية لم تتلحقها من البحث هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن بحث هذا الموضوع يستتبعه أهمية عملية حيث تقدم للقاضي الطريق الذي يجب عليه أن يسلكه إذا انعدم النص التشريعي والعرف كما أوضحت المادة الأولى من القانون المدني^(١)، لذلك فإن هذه الدراسة قد تساعد القاضي في القيام بواجبه واستخراج قاعدة قانونية تحكم واقعة النزاع من مبادئ الشريعة الإسلامية^(٢). أضف إلى ذلك أن القانون المدني قد أخذ من الشريعة الإسلامية بعضاً من أحكامه، ولم يعارضها في معظم الأحكام، وجاءت بعض النصوص فيه معارضة للشريعة، فوجب أن ألقى الضوء عليها لعل المشرع يراجعها، أو يرغب الخاضعين لأحكام القانون استبعاد حكمها إذا كانت من القواعد القانونية المكملة أو المفسرة لإرادة الطرفين وما أكثرها في القانون المدني^(٣).

(١) انظر ما يلي فقرة ٤.

(^٢) V. art.4 du code civil fr. qui dispose que,(Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice)

(^٣) V. art.4 du code civil fr. qui dispose que,(Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice)

أما عن صعوبة الدراسة فترجع إلي أمرين :غموض مصطلح مبادئ الشريعة الإسلامية، وندرة الدراسات في هذا الموضوع، وقد تغلبت علي هذين الأمرين بالرجوع إلي المؤلفات الأصولية والفقهية من مصادرها الأصلية مباشرة دون الرجوع إلي مؤلفات وسيطة وقد ساعدني علي ذلك أمران هما: النهضة الفقهية الحديثة التي قام بها الباحثون والمتخصصون في تحقيق المخطوطات القديمة . والأمر الثاني طبعها، وإتاحتها علي الانترنت .

٣- خطة الدراسة :

قسمت الدراسة في هذا البحث إلي فصلين هما:

الفصل الأول: مفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية.

الفصل الثاني: دور مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون المدني .

الفصل الأول

مفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية

٤- بادئ ذي بدء أشير إلى أن القانون المدني كان أسبق من الدستور في

استخدام مصطلح مبادئ الشريعة الإسلامية، حيث نصت المادة الأولى^(١) منه على

(١) قانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ بإصدار القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد ١٠٨ مكرر (أ) الصادر في ٢٩ يوليو سنة ١٩٤٨.

وانظر المادة الأولى من القانون المدني القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٤م التي تنص على أن: «تسرى النصوص التشريعية على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو بمفهومها».

٢- إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية، فإذا لم يجد، حكم بمقتضى العرف، وإلا فبمقتضى قواعد العدالة». كما تنص المادة الأولى من القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ على أنه: «١- تسرى النصوص التشريعية على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو بمفهومها. ٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي وفقاً لأحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها فإن لم يوجد حكم بمقتضى العرف. تم استبدال هذه الفقرة بموجب القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٩٦ مادة أولى».

كما تنص المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، قانون اتحادي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ بإصدار قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة على أنه: « تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها، ولا مساعٍ للاجتهاد في مورد النص القطعي الدلالة، فإذا لم يجد القاضي نصاً في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية، على أن يراعى تخير أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل، فإذا لم يجد فمن مذهبي الإمام الشافعي والإمام أبي حنيفة حسبما تقتضيه المصلحة. فإذا لم يجد حكم القاضي بمقتضى العرف على ألا يكون متعارضاً مع النظام أو الآداب وإذا كان العرف خاصاً بإمارة معينة فيسرى حكمه على هذه الإمارة».

أن: «١- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها.

٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة».

ثم تبعه المشرع الدستوري في النص في المادة الثانية بعد تعديلها في ١٩٨٠/٥/٢٢ على أن «الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع».

وانظر أيضاً المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية العماني رقم ٢٩/٢٠١٣م، حيث تنص على أنه: «تسري أحكام هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها ومعناها، ولم تنظمها قوانين خاصة، فإذا لم يوجد نص في هذا القانون حكمت المحكمة بمقتضى أحكام الفقه الإسلامي، فإذا لم توجد فبمقتضى المبادئ العامة للشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد بمقتضى العرف».

وانظر أيضاً المادة الأولى من القانون المدني اليمني (نشر في الجريدة الرسمية العدد (١/٧) لسنة ٢٠٠٢م، قرار جمهوري بالقانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م بشأن القانون المدني، حيث تنص على ما يأتي: «يسري هذا القانون المأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية على جميع المعاملات والمسائل التي تتناولها نصوصه لفظاً ومعنى، فإذا لم يوجد نص في هذا القانون يمكن تطبيقه يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ منها هذا القانون، فإذا لم يوجد حكم القاضي بمقتضى العرف الجائز شرعاً، فإذا لم يوجد عرف فبمقتضى مبادئ العدالة الموافقة لأصول الشريعة الإسلامية جملة، ويستأنس برأى من سبق لهم اجتهاد من علماء فقه الشريعة الإسلامية ويشترط في العرف أن يكون ثابتاً ولا يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية والنظام العام والآداب العامة».

من خلال هذين النصين يحق - لنا - أن نتساءل ما المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية وما هو مفهومها، وقد اتضح أن دستور مصر عام ٢٠١٢ قد اشتمل على المادة ٢١٩ التى كانت تنص على «مبادئ الشريعة الإسلامية تشمل أدلتها الكلية وقواعدها الأصولية والفقهية ومصادرها المعتمدة فى مذاهب أهل السنة والجماعة».

لذلك حرى بنا أن نقسم هذا الفصل إلى مبحثين :-

المبحث الأول: المفهوم القضائى والمفهوم الدستورى.

المبحث الثانى: المفهوم الفقهى والمفهوم المختار.

المبحث الأول

المفهوم القضائى والمفهوم الدستورى

٥- أتيح للمحكمة الدستورية كما أتيح لمحكمة النقض أن يدلليا بدلوهما فى مفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية سنعرض مفهومهما ونناقشه، ثم نناقش نص المادة ٢١٩ من دستور سنة ٢٠١٢، بعدما حذفت فى دستور ٢٠١٤، وهل ما ورد فيها يُفسر بوضوح مبادئ الشريعة الإسلامية؟ هذا ما سوف أوضحه على التفصيل الآتى:-

المطلب الأول: المفهوم القضائي.

المطلب الثاني: المفهوم الدستوري.

المطلب الأول

المفهوم القضائي

٦- اهتم القضاء الدستوري بتحديد مفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية، واستقر

فيها على رأى واحد لم يغيره، حتى أصبح رأياً مستقراً، ثم كان لمحكمة النقض أن

بحثت مفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية وناقشتها وتوصلت إلى رأى ولذلك سنعرض

لهما تباعاً على النحو التالى:

الفرع الأول: مفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية فى القضاء الدستوري.

الفرع الثانى: مفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية فى قضاء النقض.

الفرع الأول

مفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية

فى القضاء الدستورى

بحثت المحكمة الدستورية مفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رئيسي للتشريع المصرى (١)، وفصلت المحكمة فى تعريفها لمبادئ الشريعة الإسلامية تفصيلاً كافياً شافياً، حيث قسمت المحكمة الأحكام الشرعية إلى نوعين على النحو التالى:-

(١) حكم دستورى جلسة ٢٦/٣/١٩٩٤، قضية رقم ٢٩ لسنة ١١ق، المحكمة الدستورية العليا «دستورية».

وانظر أيضاً تأكيداً لهذا الحكم، حكم دستورى رقم ٢٩٦ لسنة ٢٥ قضائية، المحكمة الدستورية العليا «دستورية مبادئ الحكم»، حيث جاء فيه أن «قضاء هذه المحكمة جرى على أن النص فى المادة الثانية من الدستور بعد تعديلها بأن «مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع» يدل على أنه لا يجوز لنص تشريعى يصدر فى ظله أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية فى ثبوتها ودلالاتها معاً باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هى التى يمتنع الاجتهاد فيها لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية ثوابتها التى لا تحتل تأويلاً أو تبديلاً، ولا كذلك الأحكام غير القطعية فى ثبوتها وفى دلالتها أو فيهما معاً حيث يتسع باب الاجتهاد فيها لمواجهة تغير الزمان والمكان وتطور الحياة.....».

جلسة الأحد ٩ أبريل سنة ٢٠٠٦م، الموافق ربيع الأول سنة ١٤٢٧هـ.

النوع الأول: الأحكام الشرعية القطعية فى ثبوتها ودلالاتها:

٧- هذه الأحكام - وحدها - هى التى يكون الاجتهاد فيها ممتنعاً، لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التى لا تحتل تأويلاً أو تبديلاً. ومن غير المتصور بالتالى أن يتغير مفهومها تبعاً لتغير الزمان والمكان، إذ هى عصية على التعديل ولا يجوز الخروج عليها أو الالتواء بها عن معناها. وتقتصر ولاية المحكمة الدستورية العليا فى شأنها على مراقبة التقيد بها وتغليبها على كل قاعدة قانونية على خلافها، وإلا اعتبر ذلك تشهياً^(١) وإنكاراً لما علم من الدين بالضرورة.

النوع الثانى: الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدلالاتها أو هما معاً:

٨- أكدت المحكمة أن دائرة الاجتهاد تتحصر فيها ولا تمتد لسواها، وهى بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان لضمان مرونتها وحيويتها، ولمواجهة النوازل على اختلافها تنظيمياً لشئون العباد بما يكفل مصالحهم المعتبرة شرعاً ولا يعطل بالتالى حركتهم فى الحياة.

(١) جاء فى معنى كلمة تشهَى (فعل): تشهَى، يشهَى، تشهياً، فهو مشهٍ، والمفعول متشهى،

تشهى الشئ: اشتهاه ورغب فيه وتطلبه.

انظر فقه المعانى على شبكة الإنترنت:

(www.almaany.com)

بيد أن المحكمة قد وضعت إطاراً عاماً لا يجوز للمشرع أن يخرج عنه في اجتهاده في هذه الأحكام بقولها: «على أن يكون الاجتهاد دوماً واقعاً في إطار الأصول الكلية للشرعية بما لا يجاوزها، ملتزماً ضوابطها الثابتة، متحريراً مناهج الاستدلال على الأحكام العملية والقواعد الضابطة لفروعها، كافلاً صون المقاصد العامة للشرعية بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفس والعقل والعرض والمال(١)».

ثم أجازت المحكمة للمشرع الاجتهاد في المسائل الخلافية بالضوابط التي ذكرناها عالياً بقولها: «ومن ثم ساغ الاجتهاد في المسائل الاختلافية التي لا تجوز أن تكون أحكامها جامدة بما ينقض كمال الشريعة ومرونتها».

(١) انظر تأكيداً لهذا الحكم، حكم حديث، جلسة ٧ مايو سنة ٢٠١٦م، الجريدة الرسمية - العدد ١٩ مكرر (أ) - السنة التاسعة والخمسون، ٩ شعبان ١٤٣٧هـ الموافقة ١٦ مايو سنة ٢٠١٦م، وأيضاً حكم جلسة ٦ يوليو سنة ٢٠٠٨م، الجريدة الرسمية - العدد ٣٠ (مكرر) - السنة الحادية والخمسون ٢٣ رجب سنة ١٤٢٩هـ، الموافق ٢٦ يوليو سنة ٢٠٠٨م، حيث أكدت المحكمة في هذا الحكم ما ذكرته بالمتن بقولها: «وحيث إن النعي بمخالفة النصين المطعون فيهما لمبادئ الشريعة الإسلامية، غير سديد، ذلك أن الأحكام الشرعية التي اعتبرها الدستور المصرى المصدر الرئيسى للتشريع بموجب نص المادة ٢ منه هي تلك القطعية في ثبوتها ودلالاتها، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي لا تحتل اجتهاداً.....».

ثم أردفت المحكمة بقولها: «وليس الاجتهاد إلا جهداً عقلياً يتوخى استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية، وهو بذلك لا يجوز أن يكون تقليداً محضاً للأولين، أو افتراءً على الله كذباً بالتحليل أو التحريم^(١) في غير موضعيهما، أو عزوفاً عن النزول على أحوال الناس والصالح من أعرافهم، وإعمال حكم العقل فيما لا نص فيه توصلاً لتقرير قواعد عملية يقتضيها عدل الله ورحمته بين عباده، مردّه أن هذه القواعد تسعها الشريعة الإسلامية، إذ هي غير منغلقة على نفسها، ولا تضيّ قدسية على أقوال أحد من الفقهاء في شأن من شئونها...». ثم تقرر المحكمة أنه: «لئن جاز القول بأن الاجتهاد في الأحكام الظنية وربطها بمصالح الناس - عن طريق الأدلة الشرعية النقلية منها والعقلية - حق لأهل الاجتهاد، فأولى أن يكون هذا الحق ثابتاً لولى الأمر يستعين عليه - في كل مسألة بخصوصها وبما يناسبها - بأصل النظر في الشئون العامة، إخماداً للثائرة وبما يرفع التنازع والتناحر ويبطل الخصومة، على أن يكون مفهوماً أن اجتهادات السابقين لا يجوز أن تكون مصدراً نهائياً أو مرجعاً وحيداً لاستمداد الأحكام العملية منها، بل يجوز لولى الأمر أن يشرع على خلافها وأن ينظم شئون العباد في بيئة بذاتها مستقل بأوضاعها وظروفها

(١) تشير المحكمة إلى قول الله سبحانه وتعالى في سورة النحل آية ١١٦ ﴿وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكَذِبَ هَذَا حَلَالٌ وَهَذَا حَرَامٌ لِّتَفْتَرُوا عَلَى اللَّهِ الْكُذِبَ إِنَّ الَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ

الخاصة بما يرد الأمر المتنازع عليه إلى الله ورسوله^(١)، مستلهماً في ذلك حقيقة أن المصالح المعتبرة هي تلك التي تكون مناسبة لمقاصد الشريعة^(٢) متلاقية معها، وهي بعد مصالح لا تتناهي جزئياتها أو تنحصر تطبيقاتها، ولكنها تتجدد تبعاً لما يطرأ عليها من تغيير وتطور».

الكذب لا يفلحون» .

(١) تشير المحكمة إلى قول الله تعالى في سورة النساء «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا» (الآية ٥٩).

(٢) معلوم أن الشريعة ترجع إلى حفظ مقاصدها في الخلق، وهذه المقاصد لا تعدو ثلاثة أقسام: أحدها: ضرورة وهي التي لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد وتهاجر وفوت حياة، وفي الآخرة فوت النجاة والنعيم، والرجوع بالخسران المبين.

ومجموع الضرورات خمسة هي: حفظ الدين، والنفس، والنسل، والعقل، والمال.

والثانية: حاجية: ومعناها أنها مفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدى في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب، فإذا لم تراخ دخل على المكلفين - على الجملة الحرج والمشقة، ولكنه لا ينافر مبلغ الفساد العادي المتوقع في المصالح العامة.

والثالثة: تحسينية: ومعناها الأخذ بما يليق من محاسن العادات، وتجنب الأحوال المداست التي تأنفها الراجحات، ويجمع ذلك قسم مكارم الأخلاق.

انظر في تفصيل ذلك إبراهيم بن موسى الحمى الغرناطي المالكي المشهور بأبي إسحاق الشاطبي، في الموافقات في أصول الشريعة، المجلد الأول، دار الحديث، ط ٢٠٠٥، وسوف نقتصر في الإشارة إليه إلى (الموافقات للشاطبي)، ص ٢٦٥.

ثم أرشدت المحكمة المشرع (أو ولى الأمر) عندما يختار بين أمرين أن يختار أيسرهما^(١)، بقولها: «ومن ثم كان حقاً عند الخيار بين أمرين، مراعاة أيسرهما ما لم يكن إثماً، وكان واجباً كذلك ألا يشرع ولى الأمر حكماً يضيق على الناس أو يرهقهم من أمرهم عسراً، وإلا كان مصادماً لقوله تعالى: ﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِّنْ حَرَجٍ﴾^(٢) ولازم ذلك أن الاجتهاد حق لولى الأمر فى الدائرة التى شرع فيها، ليكون كافلاً وحده الشريعة، مُيسراً لقواعدها، بإمدادها دوماً بما يعين على اكتمال نمائها».

هذا هو رأى المحكمة الدستورية فى تعريفها لمبادئ الشريعة الإسلامية، وقبل أن نتكلم عن تقييمنا لهذا الحكم، ونعرض للنقد الذى وجهه البعض^(٣) له، يحسن - بنا - أن نوضح بعض المصطلحات الشرعية التى وردت فى هذا الحكم على النحو التالى:-

(١) عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت: «ما خُيِّرَ رسول الله صلى الله عليه وسلم بين أمرين إلا أخذ أيسرهما، ما لم يكن إثماً، فإن كان إثماً كان أبعد الناس منه، وما انتقم رسول الله صلى الله عليه وسلم لنفسه، إلا أن تنتهك حرمة الله فينتقم لله بها»، متفق عليه، صحيح البخارى، ٣٥٦٠- مسلم ٢٣٢٧.

(٢) انظر أواخر الآية ٦ من سورة المائدة.

(٣) انظر د/ أحمد محمد أحمد حشيش، دور مبادئ الشريعة أمام القضاء، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ٢٠١٥، فقرة ١٤، ص ٢٨.

أولاً: الأحكام الشرعية القطعية فى ثبوتها ودالاتها:

٩- بادئ ذى بدء نقرر أن الأحكام الشرعية الواردة فى القرآن الكريم أو حتى فى السنة النبوية المتواترة^(١) هى أحكام قطعية فى ثبوتها^(٢)، بيد أنها ليست كلها أحكام قطعية فى دالاتها، فمنها ما هو قطعى ومنها ما هو ظنى على النحو التالى:-

١- الأحكام الشرعية قطعية الدلالة:

١٠- هى الأحكام التى تدل عليها النصوص دلالة واضحة حيث تدل على معنى واحد لا يحتمل تأويلاً ولا مجال لفهم معنى غيره منها. مثل قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ

(١) السنة المتواترة هى التى نقلت عن الرسول صلى الله عليه وسلم نقلاً متواتراً أى نقلها جمع من الصحابة يستحيل أن يتفقوا على الكذب ثم نقله عن هذا الجمع جمع مثله وهكذا حتى وصلت إلينا.

وأكثر السنن العملية هى من هذا النوع أى أنها سنن متواترة وأمثلتها كثيرة جداً منها بيانه صلى الله عليه وسلم لكيفية الصلاة فقد قال عليه الصلاة والسلام «صلوا كما رأيتمونى أصلى» فنقلت كل أفعاله وحركاته فى الصلاة نقلاً متواتراً. والمتواتر من السنن القولية عدد محدود من الأحاديث منها قوله عليه الصلاة والسلام «الحلال بين والحرام بين»، ومنها قوله صلى الله عليه وسلم «من كذب على متعمداً فليتبوأ مقعده من النار».

انظر أستاذنا د/ يوسف قاسم، مبادئ الفقه الإسلامى، دار النهضة العربية، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م، ص ١٨٩.

(٢) لا مرأى أن نصوص القرآن الكريم جميعها قطعية من جهة ورودها وثبوتها ونقلها عن الرسول إلينا، أى نجزم ونقطع بأن كل نص نتلوه من نصوص القرآن الكريم، هو نفسه النص الذى أنزله الله على رسوله صلى الله عليه وسلم، وبلغه الرسول المعصوم صلى الله عليه وسلم إلى الأمة من غير تحريف ولا تبديل.

نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ^(١)، فهذا النص قطعى الدلالة على أن فرض الزوج فى هذه الحال النصف لا غير، ومثل قوله تعالى فى شأن الزانى والزانية: ﴿فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ^(٢)﴾، فهذا قطعى الدلالة على أن حد الزنا مائة جلدة لا أكثر ولا أقل، وكذا كل نص دل على فرض فى الإرث مقدر أو حد فى العقوبة معين أو نصاب محدد^(٣)، أو عدد ركعات الصلاة التى بينها الرسول صلى الله عليه وسلم بياناً عملياً.

انظر د/ عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه وخلاصة التشريع الإسلامى، دار الفكر العربى، ١٣٦٥هـ - ١٩٤٦م، ص ٣٥.

(١) أول الآية ١٢ من سورة النساء.

(٢) آية ٢ من سورة النور ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا...﴾.

(٣) انظر د/ عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص ٣٦.

وانظر أيضاً د/ وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامى، دار الفكر، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، الجزء الأول، ص ٤٢١، حيث يذكر سيادته أن «النص القطعى الدلالة هو اللفظ الوارد فى القرآن الذى يتعين فهمه ولا يحتمل إلا معنى واحد»، وانظر أيضاً د/ زكى الدين شعبان، أصول الفقه الإسلامى، منشورات الجامعة الليبية، كلية الحقوق، فقرة ٢٧، ص ٤٧، حيث يقول سيادته أن «القرآن المجيد قطعى الثبوت - بلا ريب - فى ذلك لوصوله إلينا بطريق التواتر المفيد للقطع بصحة المنقول كما قدمنا، إلا أن دلالاته على الأحكام قد تكون قطعية، وقد تكون ظنية، وذلك تبعاً لاحتمال الذى يكون فى ألفاظ الكتاب وعدمه، فإذا كان اللفظ الوارد فيه لا يحتمل إلا معنى واحد كانت دلالاته على الحكم دلالة قطعية...».

وانظر أيضاً فقرة ٤٧، ص ٦٣ من نفس المرجع، حيث يذكر سيادته تحت عنوان موازنة بين الكتاب والسنة من ناحيتى الثبوت والدلالة: أن «السنة ليست كلها قطعية الثبوت كالكتاب، بل

٢ - الأحكام الشرعية ظنية الدلالة:

١١- هي الأحكام التي دلت عليها نصوص ظنية، حيث يدل النص على عدة معانٍ، أو هو ما يدل على معنى، ولكنه يحتمل معاني أخرى، بأن يحتمل التأويل والصرف عن معنى إلى غيره، مثل لفظ القرء في قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾^(١)، فلفظ القرء في اللغة لفظ مشترك بين معنيين: الطهر والحيض، والنص القرآني يحتمل أن يراد منه ثلاثة أطهار، كما قال الشافعي وغيره، ويحتمل أن يراد منه ثلاث حيضات، كما قال الإمام أبو حنيفة ومن معه^(٢). ومنها قول الرسول صلى الله عليه وسلم: «لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب»^(٣)، فإنه يحتمل

منها ما هو قطعي الثبوت أو قريب من ذلك وهو السنة المتواترة والمشهورة عند الحنفية، والمستفيضة عند غيرهم ومنها ما هو ظني الثبوت وهو سنن الآحاد». أما دلالتها على الأحكام فقد تكون قطعية إذا كانت لا تحتمل تأويلاً ومثالها قول الرسول صلى الله عليه وسلم «في كل خمسة من الإبل شاة إلى أربع وعشرين فإذا بلغت خمس وعشرين ففيها بنت مخاض». فإن لفظ خمس وأربع وعشرين، وخمساً وعشرين في هذا الحديث تدل على معانيها دلالة قطعية ولا تحتمل غيرها أصلاً.

(١) سورة البقرة، آية رقم ٢٢٨.

(٢) انظر د/ محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، المدخل - المصادر، الحكم الشرعي، دار الخير للطباعة والنشر، الطبعة الثانية ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م، ص ١٧٠.

(٣) حديث عبادة بن الصامت، أخرجه البخاري في كتاب الأذان (٩٥) باب وجوب القراءة للإمام والمأموم في الصلوات كلها والحديث متفق عليه، انظر محمد فؤاد عبد الباقي، اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان البخاري ومسلم، دار الحديث، القاهرة، حديث رقم ٢٢٢.

أن يكون معناه أن الصلاة لا تكون صحيحة لمن لم يقرأ الفاتحة في صلاته، كما ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء، ويحتمل أن يكون معناه أن الصلاة لا تكون كاملة لمن لم يقرأ الفاتحة في صلاته، كما ذهب إليه علماء الحنفية^(١).

ثانياً: الأصول الكلية للشريعة:

١٢- يحمل هذا المصطلح على وجهين هما:

الوجه الأول: العقائد الإيمانية، إذ هي الأصل الذي لا يقبل عمل المكلف إلا به، وهذا ما أكدته الله سبحانه وتعالى بقوله: **﴿وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ قَبْلِكَ مِنْ رَسُولٍ إِلَّا**

(١) انظر د/ زكى الدين شعبان، مرجع سابق، فقرة ٤٧، ص ٦٤.
وانظر أيضاً أستاذنا د/يوسف قاسم، أصول الأحكام الشرعية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية ١٤١١هـ - ١٩٩١م، ص ١٣١، حيث يذكر سيادته، أن السنة قد تكون دلالتها قطعية: إذا كان النص الوارد يدل على المعنى المقصود منه دلالة حاسمة لا مجال فيها لأدنى احتمال لأى معنى آخر. مثال ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: **«خمس صلوات كتبهن الله فى اليوم والليلة»**. فهذا الحديث يدل دلالة قطعية على عدد الصلوات الخمس المفروضة. وتكون السنة ظنية الدلالة إذا كان النص الوارد يحتمل أكثر من معنى، فقد يرى بعض العلماء تفسير الحديث على أحد معانيه، فى حين يرى البعض الآخر تفسيره على الوجه الآخر. مثال ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: **«لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب»** متفق عليه من البخارى ومسلم.
فهذا الحديث ظنى الدلالة. ذلك أنه يحتمل وجهين عند تفسيره، كما هو ظاهر من مذاهب الأئمة رحمهم الله.

نُوحِي إِلَيْهِ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا أَنَا فَاعْبُدُونِ»^(١)، ويشير العلماء إلى أن العقائد الإيمانية أصول من حيث أنها يبنى عليها قبول الأعمال الصالحة - الفروع - والإثابة عليها مثل قوله تعالى: ﴿قُلْ أَنْفِقُوا طَوْعًا أَوْ كَرْهًا لَنْ يُتَقَبَلَ مِنْكُمْ إِنْكُم كُنْتُمْ قَوْمًا فَاسِقِينَ. وَمَا مِنْهُمْ أَنْ تُقْبَلَ مِنْهُمْ نَفَقَاتُهُمْ إِلَّا أَنَّهُمْ كَفَرُوا بِاللَّهِ وَبِرَسُولِهِ وَلَا يَأْتُونَ الصَّلَاةَ إِلَّا وَهُمْ كُسَالَى وَلَا يُنْفِقُونَ إِلَّا وَهُمْ كَارِهُونَ»^(٢).

الوجه الثانى: المراد بأصول الشريعة أدلتها الكلية ومقاصدها وقواعدها المطردة غالباً التى تبنى عليها الفروع والفتاوى والأحكام الجزئية^(٣).
وهذه الأصول يختص ببيانها علوم ثلاثة هى: أصول الفقه^(٤)، وقواعد الفقه^(٥)، ومقاصد الشريعة^(٦).

(١) الآية ٢٥ من سورة الأنبياء.

(٢) الآيتان (٥٣، ٥٤) من سورة التوبة.

(٣) انظر عرض هذا الموضوع النص على أصول الشريعة :

موقع دار الإفتاء www.dar-alifta.org (بتاريخ ٦/٣/٢٠١٤م).

(٤) انظر أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالى المشهور بحجة الإسلام، المستصطفى من علم الأصول، تقديم وتحقيق أ د/ أحمد زكى حماد، دار الميمان للنشر والتوزيع - السعودية، ص ١٠، حيث يذكر فضيلته: « أنك إذا فهمت أن نظر الأصولى فى وجه دلالة الأدلة السمعية على الأحكام الشرعية، لم يخف عليك أن المقصود معرفة كيفية اقتباس الأحكام من الأدلة. فوجب النظر فى الأحكام وأقسامها ثم فى الأدلة وأقسامها، ثم فى كيفية اقتباس الأحكام من الأدلة، ثم فى صفات المقتبس الذى له أن يقتبس الأحكام». ثم يقول : أن جملة الأصول تدور على أربعة أقطاب: **القطب الأول:** فى الأحكام، والبدء بها أولى، لأنها الثمرة المطلوبة.

- النقد الموجه إلى هذا التعريف :-

١٣- ينتقد البعض^(١) تعريف المحكمة الدستورية لمبادئ الشريعة الإسلامية

على النحو التالي:-

١- أن المحكمة استبدلت أحكام الشريعة بمبادئ الشريعة وكأنه لا فرق بين المصطلحين مع الأخذ في الاعتبار أن القانون المدنى قد استخدم المصطلح الأخير (مبادئ الشريعة الإسلامية) الفقرة الثانية من مادته الأولى^(٢)، بينما استخدم المصطلح

القطب الثانى: فى الأدلة - وحجة الكتاب، والسنة، والإجماع - وبها التثنية إذ بعد الفراغ من معرفة الثمرة لا أهم من معرفة المثمر.

القطب الثالث: فى طريق الاستثمار، وهى وجه دلالة الأدلة وهى أربعة: دلالة بالمنظوم، ودلالة بالمفهوم، ودلالة بالضرورة والاقتضاء، ودلالة بالمعنى المعقول.

القطب الرابع: فى المستثمر، وهو المجتهد الذى يحكم بظنه، ويقابله المقلد الذى يلزمه إتباعه. فيجب ذكر شروط المقلد والمجتهد وصفاتهما».

(١) انظر الشيخ محمد بن صالح العثيمين، القواعد الفقهية، دار البصيرة بالإسكندرية، اعتنى به وخرج أحاديثه، أبو مالك محمد بن حامد بن عبد الوهاب، ١٤٢٢هـ، حيث يشير إلى جملة قواعد فقهية مثل «المشفقة تجلب التيسير - النهى يقتضى الفساد - جميع العقود لا بد أن تكون من مالك».

(٢) انظر الموافقات للشاطبى، مرجع سابق، كتاب المقاصد، ص ٢٦١.

(٣) انظر د/أحمد محمد أحمد حشيش، مرجع سابق، ص ٢٨.

(٤) تنص المادة الأولى فقرة (٢) من القانون المدنى « فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة».

الأول (أحكام الشريعة) فى المادة ٨٧٥/١، والمادة ٩١٥ مدنى^(١) من ذات القانون على نحو يوضح الفرق بين المصطلحين.

ولم يقتصر الأمر على القانون المدنى، بل استخدم دستور (١٩٧١) المصطلحين أحدهما (مبادئ الشريعة) فى المادة الثانية^(٢) والآخر (أحكام الشريعة) فى المادة الحادية عشر من ذات الدستور^(٣).

والسؤال الذى يطرح نفسه هل المحكمة خلطت بين المصطلحين ولم تفرق بينهما

على نحو ما قيل؟

(١) تنص المادة ٨٧٥ فى فقرتها الأولى على أن: - «تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم فى الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسرى فى شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها».

كما تنص المادة ٩١٥ من ذات القانون على أن: - «تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها».

(٢) تنص المادة الثانية من دستور ١٩٧١ على أن «الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسى للتشريع». وفى ٢٢/٥/١٩٨٠، أصبح النص كالتالى: «ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع».

(٣) تنص المادة ١١ من دستور ١٩٧١ على أن «تكفل الدولة التوفيق بين واجبات المرأة نحو الأسرة وعملها فى المجتمع، ومساواتها بالرجل فى ميادين الحياة السياسية والاجتماعية والثقافية والاقتصادية، دون إخلال بأحكام الشريعة الإسلامية». لم يصبح لهذا النص وجود فى الدستور الحالى سنة ٢٠١٤م.

١٤- اعتقد أن المحكمة الدستورية كانت تعي تماماً الفرق بين مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكامها، وهذا ما يتضح جلياً من قولها بأن «الأحكام الشرعية قطعية الثبوت والدلالة تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التي لا تحتمل تأويلًا ولا تبديلاً». من هذا القول يتضح - لنا - أن المحكمة تفرق بين مبادئ الشريعة الإسلامية، وبين أحكامها، حيث اعتبرت المحكمة أن هذه الأحكام هي التطبيق المتفق عليه لمبادئ الشريعة الإسلامية ومن ثم لا يمكن تجاوزها بدعوى الاجتهاد، أما ما عداها فإن الأمر على خلاف ذلك.

٢- عدم دقة مصطلح الأحكام الشرعية قطعية الثبوت وقطعية الدلالة^(١).
اعتمدت المحكمة على هذا المصطلح رغم عدم دقته لأنه اعتمد معيارين اثنين وهما قطعية الثبوت وقطعية الدلالة هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن هذا المصطلح يؤدي إلى تباين الأفهام وتنوع الأحكام من مخاطب إلى آخر وهذا يؤدي إلى الغموض وليس التوضيح لأنه يقوم على معيار شخصي وليس موضوعي.

(١) انظر د/ أحمد محمد أحمد حشيش، مرجع سابق، ص ٣٠ حيث يذكر سيادته: «هذا التصنيف القديم، لم يرق على معيار واحد، إنما قام على معيار مزدوج في نفس الوقت، هو مدى الثبوت ومدى الدلالة معاً. كما أن هذا التصنيف لم يرق على معيار موضوعي، إنما قام على معيار شخصي بحت، هو مدى القطعية أو الظنية في نظر المخاطبين بأحكام الشريعة، وبالتالي تتباين نتائج من مخاطب إلى مخاطب على الأقل».

١٥- الحقيقة أن المحكمة الدستورية أرادت أن تحصر الأحكام الشرعية التي لا يجوز للمشرع مخالفتها في أضيق نطاق ولذا اعتمدت هذا المعيار المزدوج وهذا سيؤدى إلى استبعاد الأحكام الشرعية التي نصت عليها الأحاديث الصحيحة لكنها ليست متواترة^(١) لأنها تفيد الظنية في الثبوت وهذا منتقد من وجهة نظرى وسوف أوضح ذلك بالتفصيل.

الفرع الثانى

مفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية

فى قضاء النقض

١٦- تعرضت محكمة النقض فى أحكام كثيرة لمفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية نذكر منها الطعن رقم ٨٣٦٥ لسنة ٦٤ قضائية^(٢)، حيث جاء فيه أن

(١) يقسم الفقهاء السنة من حيث روايتها إلى ثلاثة أقسام، أولها: المتواترة؛ وثانيها: المشهورة وهو تفيد - عند أبى حنيفة وأصحابه - العلم اليقيني، ولكن دون العلم بالتواتر. والقسم الثالث: خبر الآحاد، ويسميه الشافعى رضى الله عنه، خبر الخاصة، وهو كل خبر يدونه الواحد أو الاثنان أو الأكثر عن الرسول صلى الله عليه وسلم، ولا يتوافر فيه شرط المشهور. وحديث الآحاد يفيد العلم الظنى الراجح، ولا يفيد العلم القطعى». انظر الشيخ محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربى، سنة ١٩٨٥، فقرة ٩٨، ص ١٠٨.

(٢) انظر الطعن رقم ٨٣٦٥ لسنة ٦٤ قضائية، الدوائر المدنية - جلسة ٢٦/٢/سنة ٢٠٠١م، مكتب فنى (سنة ٥٢ - قاعدة ٧٥ - ص ٢٦٦). وقد جاء فيه أن «١- المقرر في قضاء هذه المحكمة أن النص في المادة الثانية من الدستور على أن مبادئ الشريعة الإسلامية تعتبر

«إيراد الدستور لاصطلاح «مبادئ الشريعة الإسلامية» في إطلاقه، يكشف عن أن مقصود المشرع الدستوري هو أن يجمع بهذا الاصطلاح بين مصادر الشريعة

مصدراً رئيسياً للتشريع، ليس نصاً واجب الإعمال بذاته، إنما هو دعوة للشارع كي يتخذ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع فيما يسنه من قوانين». وانظر أيضاً الطعن رقم ٢٠٨٨٩ لسنة ٦٢ قضائية الدوائر الجنائية - جلسة ١٥/٥/١٩٩٦، مكتب فنى (سنة ٤٨ قاعدة ٨٥٥ - ص ٥٦٤)، حيث جاء فيه أنه: «لما كان من المقرر أن ما نص عليه الدستور فى المادة الثانية منه أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع ليس واجب الإعمال بذاته وإنما هو دعوة للشارع كي يتخذ الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً فيما يستنه من قوانين، ومن ثم فإن أحكام تلك الشريعة لا تكون واجبة التطبيق بالتعويل على نص الدستور، المشار إليه، إلا إذا استجاب الشارع لدعوته وأفرغ هذه الأحكام فى نصوص تشريعية محددة ومنضبطة تنقلها إلى مجال العمل والتنفيذ وبالتالي فإنه لا مجال للتحدى بأحكام الشريعة الإسلامية مادام أن السلطة التشريعية لم تفرغ مبادئها فى تشريع وضعى».

وانظر الطعن رقم ٧٨٤٦ لسنة ٥٩ قضائية، جلسة ١٨/١/١٩٩٠، مكتب فنى (سنة ٤١ - قاعدة ٢٧، ص ١٨٢)، الطعن رقم ٨٩٣ لسنة ٥٣ قضائية، جلسة ٢١/١/١٩٨٧، مكتب فنى (سنة ٣٨ - قاعدة ٣٥، ص ١٤٥)، الطعن رقم ٣٣٠٧ لسنة ٥٦ قضائية، جلسة ٢٢/١/١٩٨٦، مكتب فنى (سنة ٣٧ - قاعدة ١٥٢ - ص ٧٩٢)، الطعن رقم ٢٤٩ لسنة ٥٦ قضائية، جلسة ٢٩/٤/١٩٨٦، مكتب فنى (سنة ٣٧ - قاعدة ١٠٣ - ص ٥١٩)، الطعن رقم ٣٤٢٩ لسنة ٥٥ قضائية، جلسة ١٤/١١/١٩٨٥، مكتب فنى (سنة ٣٦ - قاعدة ١٨٥ - ١٠٠٩)، الطعن رقم ٦٣٨٢ لسنة ٥٣ قضائية، جلسة ١٩/٣/١٩٨٥، مكتب فنى (سنة ٣٦ - قاعدة ٧١ - ص ٤١٦)، الطعن رقم ٥٤٨٥ لسنة ٥٢ قضائية، جلسة ١٥/٣/١٩٨٣، مكتب فنى (سنة ٣٤ - قاعدة ٧٢ - ص ٣٥٨)، الطعن رقم ٢١٧ لسنة ٥١ قضائية، جلسة ٤/١١/١٩٨١، مكتب فنى (سنة ٣٢ - قاعدة ١٤١ - ص ٨١٣).

وانظر أيضاً الطعن رقم ١٥٦٨٩ لسنة ٨٠ قضائية، جلسة ١٣/١٠/٢٠١٨، الدوائر المدنية على موقع المحكمة (www.cc.gov.eg)، حيث جاء فيه أن «المقرر - فى قضاء محكمة النقض - أن إلزام المشرع باتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع لا ينصرف إلا إلى التشريعات التى تصدر بعد هذا التاريخ فرض فيها الإلزام، أما التشريعات السابقة على ذلك التاريخ فلا يتأتى نفاذ حكم الإلزام عليها بصورها فعلاً قبله فتكون هذه التشريعات بمنأى عن إعمال هذا القيد».

الإسلامية بدرجات القطعية في ثبوتها ودلالاتها، وبين فقه الشريعة الإسلامية بتنوع مناهجه وثرء اجتهاداته وتباين نتائجه زماناً ومكاناً».

١٧- من خلال رأى محكمة النقض، يتضح - لنا - الآتى:-

١- التزمت محكمة النقض بالتفسير الذى فسرتة المحكمة الدستورية لمبادئ الشريعة الإسلامية حيث أقرت بأن الأحكام الشرعية قطعية الثبوت وقطعية الدلالة هى التى يتمتع معها الاجتهاد ويلزم الأخذ بها.

٢- الأحكام الشرعية ظنية الثبوت أو ظنية الدلالة أو ظنية الثبوت والدلالة معاً هى المجال الخصب للاجتهاد، على نحو يحق للمشرع المصرى أن يأخذ بأى رأى فقهى يحقق المصلحة من حيث الزمان والمكان، وهذا ما عانتة المحكمة عندما أوضحت أن المشرع الدستوري جمع بين مصادر الشريعة الإسلامية بدرجات القطعية فى ثبوتها ودلالاتها وبين فقه الشريعة الإسلامية بتنوع مناهجه وثرء اجتهاداته وتباين نتائجه زماناً ومكاناً.

٣- أن الاعتماد على هذا التفسير هو الذى يؤكد قدرة الشريعة الإسلامية على أن تحكم الوقائع غير المتناهية والأحداث المتجددة دون أن توصم بالجمود أو التخلف، أو عدم القدرة على حكم الوقائع المتجددة.

٤- يعطى هذا التفسير الحق للمشرع المصرى فى تبنى أى حل فقهي يحقق المصلحة للمجتمع ولا يكون هذا النص عائقاً له، طالما ابتعد المشرع عن مخالفة الأحكام الشرعية قطعية الثبوت وقطعية الدلالة، ولا يخفى على الفطنة أن هذه الأحكام قليلة جداً، أما الأحكام الأخرى وهى الأحكام ظنية الثبوت، أو ظنية الدلالة، أو ظنية الثبوت والدلالة معاً هى أحكام لا حصر لها وبالتالي يكون المشرع حراً فى تبنى ما يشاء من الحلول التى تتفق مع مصالح الناس ورغائبهم وفقاً للزمان والمكان.

نقد محكمة النقض المصرية:-

١٨- انتقد البعض^(١) رأى محكمة النقض المصرية فى تحديدها لمفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية، بقوله: «١- إن المحكمة نسبت إلى هذا المشرع قصداً آخر لم يقصده أصلاً، هو قصد الجمع بين الشريعة بمعناها الضيق (المصادر) والفقه، بينما لم يقصد المشرع إلا توحيد الأساس المبدئى للشريعة بمعناه الضيق (المصادر)، والتشريع المصرى».

١٩- ونحن نرى أن ما فعلته محكمة النقض من تفسير لمبادئ الشريعة الإسلامية لم يخرج فى مضمونه عما قرره المحكمة الدستورية، وكل ما فعلته هو

(١) انظر د/ أحمد محمد أحمد حشيش، مرجع سابق، ص ٤٠.

توضيح أن الأحكام الشرعية ظنية الثبوت أو ظنية الدلالة أو ظنية الثبوت والدلالة معاً هي المجال الخصب الذي يستطيع المشرع المصرى - من خلاله - أن ينهل من الفقه الإسلامى ما يوافق تطور الحياة ويحقق مصالح الآنام، ويتفق مع الزمان والمكان وتطور سبل الحياة، دون أن يكون ملتزماً باختيار مذهب فقهى واحد يعتمد عليه فى كل الآراء^(١)، بل يستطيع المشرع أن يختار رأياً مرجوحاً ويترك رأياً راجحاً إذا ظهرت المصلحة فى ذلك، وكان فى تبني هذا الرأى التيسير ورفع الحرج عن المتخاصمين وهى قاعدة من قواعد الفقه الإسلامى.

(١) انظر ما يعضد وجهة نظرنا، المستشار تهانى الجبالى، قصة المادة الثانية من الدستور، مقالة منشورة فى جريدة التحرير ١١/٥/٢٠١١، حيث ذكرت سيادتها ما يلى: ٥- اقترن الإطار الدستورى بمنح المشرع سلطة تقديرية واسعة فى تبني الحل الذى يراه من الحلول التى أوردها الفقه، دون إلزامه بفقه معين، وإنما بانفتاح على كل المذاهب والآراء، وحين يحدد للقاضى مذهب معين فى حال خلو القانون من نص فإنه يأتى فى إطار توحيد القاعدة القانونية المطبقة على كل المتقاضين ترجيحاً لقاعدة المساواة أمام القانون فى إطار المواطنة، واعتبار المصلحة الاجتماعية واحدة دون أن يتصادم مع شريعة أخرى أو يعطلها تجاه المنتمين لها».

ثم تقول تحت رقم: ٦- وقد أقرت المحكمة الدستورية العليا بقضاء مستقر جواز الاجتهاد فى المسائل الاختلافية وإعمال حكم العقل فى ما لا نص فيه، توصلاً لتقرير قواعد عملية يقتضيها عدل الله ورحمته وعدم إضفاء قدسية على أقوال أحد الفقهاء، أو على الفقه كله، باعتباره منتجاً بشرياً يمكن الاختلاف معه ولا قدسية له، وإنما هو ثراء فكرى على تنوعه واختلاف اجتهاداته».

المقالة كاملة موجودة على موقع انترنت (www.masress.com).

٢- زعم هذا الرأي^(١) مخالفة محكمة النقض للقرآن المجيد، حيث حدّد القرآن معنى الشريعة - فيما يعتقد هذا الرأي - فى المصادر فقط وهى القرآن والسنة، والتشريع الوطنى الذى هو عمل البرلمان، أى عمل أولى الأمر القانونى، بمعنى عمل الهيئة التشريعية، مصداقاً لقوله تعالى:- ﴿... أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ...﴾^(٢).

وإذا كان هذا القول صحيحاً، فهو رأى ويجوز العمل به أو طرحه جانباً ونأخذ بالآراء الأخرى التى أخذت بها محكمة النقض، حيث فسر البعض^(٣) هذه الآية فى

(١) انظر د/ أحمد محمد أحمد حشيش، مرجع سابق، ص ٤٠.

(٢) انظر الآية ٥٩ من سورة النساء.

(٣) انظر فى تفسير هذه الآية، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصارى القرطبى، الجامع لأحكام القرآن المجلد الثالث، دار الحديث، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م، ص ٢٢٩، حيث أشار من ضمن الأقوال قوله: وقال جابر بن عبد الله ومجاهد: وأولو الأمر أهل القرآن والعلم، وهو اختيار مالك رحمه الله، ونحوه قول الضحاك قال: يعنى الفقهاء والعلماء فى الدين، وحكى عن مجاهد أنهم أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم خاصة، وحكى عن عكرمة أنها إشارة إلى أبى بكر وعمر رضى الله عنه خاصة.

ثم يشير القرطبى، ص ٢٣٠ أن أصح الأقوال من يرى أن أولى الأمر هم الحكام والعلماء. وانظر أيضاً تفسير ابن كثير، لأبى الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشى الدمشقى، تفسير القرآن العظيم، تحقيق سامى بن محمد السلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م، الجزء الثانى آل عمران - النساء، ص ٣٤٥، حيث جاء فيه: « وقال على بن أبى طلحة، عن ابن عباس: « وأولى الأمر منكم » يعنى: أهل الفقه والدين.

تحديدها لأولى الأمر بالعلماء، وتكون المحكمة قد أخذت بهذا الرأي ولا تثريب عليها في ذلك.

المطلب الثاني

المفهوم الدستوري لمبادئ الشريعة الإسلامية

٢٠- تنص المادة ٢١٩ من دستور مصر ٢٠١٢ على أن: « مبادئ الشريعة الإسلامية تشمل أدلتها الكلية وقواعدها الأصولية والفقهية ومصادرها المعتمدة في فروعها المختلفة ومذاهب أهل السنة والجماعة »^(١).

وكذا قال مجاهد، وعطاء، والحسن البصري، وأبو العالية: « وأولى الأمر منكم » يعني العلماء. والظاهر - والله أعلم - أن الآية عامة في جميع أولى الأمر من الأمراء والعلماء. وانظر أيضاً، أبو القاسم جار الله محمود بن عمر الزمخشري الخوارزمي، تفسير الكشاف عن حقائق التنزيل وعلوم الأقاويل في وجود التأويل، اعتنى به وخرج أحاديثه وعلق عليه، خليل مأمون شيجا، دار المعرفة، بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م، (الزمخشري معتزلي الاعتقاد، متظاهراً باعتزاله، متشدداً بآرائه)، الجزء الخامس، ص ٢٤٢، فقد ذكر أن المقصود «بأولى الأمر» في الآية أمراء الحق لأن أمراء الجور: الله ورسوله بريئان منهم. فلا يُعطفون على الله ورسوله في وجوب الطاعة لهم، وإنما يجمع بين الله ورسوله والأمراء الموافقين لهما في إثبات العدل، واختيار الحق والأمر بهما، والنهي عن أضدادهما، كالخلفاء الراشدين»، ثم يقول: وقيل: هم العلماء الدينون الذين يعلمون الناس الدين ويأمرونهم بالمعروف وينهونهم عن المنكر».

(١) كان هناك لغط كبير واعتراض على هذه المادة، عند وضعها، وبعد إلغائها، انظر على سبيل المثال د/ سعد الدين هلال، لماذا نرفض المادة ٢١٩ من الدستور المعطل؟ جريدة الوطن، السبت ٣١ أغسطس ٢٠١٣ م، حيث يقول فضيلته أن المتأمل في المادة التفسيرية رقم ٢١٩

وبعد صدور دستور ٢٠١٤ أُلغِيَ هذا النص، وتبنى الدستور في ديباجته أن المرجع في تفسير مبادئ الشريعة الإسلامية هو ما تضمنه مجموع أحكام المحكمة الدستورية العليا في هذا الشأن، ولما كان هذا النص لم يأت بجديد في تفسير مبادئ الشريعة الإسلامية، بل اقتصر على تبني رأى المحكمة الدستورية، ويكون إيرادهما في الديباجة لتأكيد التزام المحاكم بهذا التفسير وعدم جواز العدول عنه، لذلك وجب علينا الاختصار على نص المادة ٢١٩ من دستور ٢٠١٢ وقد بدا - لنا - تقسيم هذا المطلب على النحو التالي:-

الفرع الأول: الأدلة الكلية والمصادر المعتبرة في مذاهب أهل السنة والجماعة.

الفرع الثاني: القواعد الأصولية والفقهية.

التي أقام لها البعض الدنيا ولم يقعدوا يراها موصوفة بخمسة أوصاف قبيحة في المنهج العلمي السائد، وهي الظلم والغموض والتناقض والتدليس والعمق. مما يستوجب حذفها واعتبارها كأن لم تكن، بل والاعتذار لأكثر أهل العلم إن كانت هذه المادة مثبتة في دستور مصرى يوما ما».

ثم يقول سيادته أن: «غموض المادة ٢١٩ من الدستور المعطل يوجب المنطق أن يكون التفسير والشرح أوضح وأبين من المطلوب تفسيره.

والعجيب هنا العكس، فمبادئ الشريعة الإسلامية الوارد ذكرها في المادة الثانية تكاد تكون معلومة من الدين بالضرورة، يعرفها العامة. فلا أحد يجهل مبادئ العدل والمساواة والحرية وحفظ الضرورات الخمس من الدين والنفس والعقل والعرض والمال. فإذا لزم الأمر المزيد من التعريف فوجب أن يكون بما هو أيسر وأظهر.....».

وانظر أيضاً على الجانب الآخر المستشار/ ماجد شبيطة ممثل مجلس الدولة بالجمعية التأسيسية لوضع الدستور، حيث كتب في اليوم السابع، يوم الخميس ١٣ ديسمبر ٢٠١٢م أن وجود المادة ٢١٩ من الدستور يحمل رحمة واسعة إذا أراد المشرع تطبيق الحدود، لأن وجود كلمة المصادر في تفسير المادة يخفف من تطبيق الحدود.

الفرع الأول

الأدلة الكلية والمصادر المعتبرة

فى مذاهب أهل السنة والجماعة

إن البحث فى التفسير الدستورى لمبادئ الشريعة الإسلامية يستلزم تحديد وفهم مصطلحات التفسير وسيكون ذلك فى الآتى:

الغصن الأول

الأدلة الكلية

٢١- لا مرأ أن الأدلة الكلية تتكون من كلمتين هما الأدلة والكلية، ولمعرفة وفهم المصطلح سنبحث معنى كل كلمة على حدة حتى نصل إلى المعنى الإجمالى للكلمتين على النحو التالى:

١- **الدليل** : الدليل لغة الأمانة فى الشئ. وهو بيّن الدلالة والدلالة^(١). والدليل هو المرشد جمعه أدلة. وأدلاء^(٢).

(١) انظر أبى الحسن أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، الجزء الثانى، كتاب الدال، ص ٢٥٥.

(٢) انظر مجمع اللغة العربية، الإدارة العامة للمعجمات وإحياء التراث، المعجم الوسيط، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م، باب الدال، ص ٢٩٤.

أما فى اصطلاح الفقهاء فقد انقسم الفقه بشأنه إلى اتجاهين هما:-

الاتجاه الأول: يطلق الدليل على ما أوصل إلى العلم، أما ما أوصل إلى الظن يسمونه أمانة، ولذلك فحدده على أصول الفقهاء: «أنه الذى يمكن أن يتوصل بصحيح النظر فيه إلى مطلوب خبرى».

والقيد الأول احتراز عما لم يتوصل به إلى المطلوب، لعدم النظر فيه، فإنه لا يخرج بذلك عن كونه دليلاً، لما كان التوصل به ممكناً.

والقيد الثانى احتراز عما إذا كان الناظر فى الدليل بنظر فاسد.

والقيد الثالث احتراز عن الحد الموصول إلى العلم التصورى وهو عام للقاطع والظنى^(١).

(١) انظر الإمام العلامة على بن محمد الآمدى، الإحكام فى أصول الأحكام، تعليق عبد الرزاق عفيفى، المكتب الإسلامى، الجزء الأول، ص ٩.

وانظر أيضاً الإمام بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشى (المتوفى ٧٩٤هـ)، تشنيف المسامع بجمع الجوامع لتاج الدين السبكي (المتوفى ٧٧١هـ)، الجزء الأول، دراسة وتحقيق د/ سيد عبد العزيز ود/ عبد الله ربيع، مكتبة قرطبة، ص ٢٠٦، حيث ذكر أن الدليل هو «ما يمكن التوصل بصحيح النظر فيه إلى مطلوب خبرى، قال: «ما يمكنه التوصل» ولم يقل ما يتوصل، للإشارة إلى أن المراد التوصل بالقوة لا بالفعل، لأن الدليل قد لا ينظر فيه ولا يمنع ذلك أن يسمى دليلاً، وخارج بصحيح النظر فاسده، كالتشبيهة، لعلمهم أرادوا بذلك أن التوصل لا يحصل بالدليل، إنما يحصل بالنظر فيه، والمراد بالمطلوب الخبرى التصديقى، أى بالنسبة المستفادة من الخبر».

الاتجاه الثاني: يطلق الدليل على ما أفاد القطع أو الظن مطلقاً: وهذا ما أكدّه

الشيرازي^(١) بقوله: «وأما الدليل: فهو المرشد إلى المطلوب، ولا فرق في ذلك بين ما يقطع به من الأحكام، وبين ما لا يقطع به».

ويقول نجم الدين الطوفي^(٢) أن الفقهاء اختلفوا، فمنهم من سماه دليلاً، سواء أوصل إلى علم أو ظن، ومنهم من خص الدليل بما أوصل إلى علم، وسمى ما أوصل إلى ظن أمانة - بفتح الهمزة - وهى العلامة، ولعله أقرب إلى التحقيق، والخلاف اصطلاحى».

(١) انظر الإمام أبى إسحاق إبراهيم بن على الشيرازي، اللّمع فى أصول الفقه، حققه وقدم له وعلق عليه محى الدين ديب مستو، يوسف على بديوى، دار ابن كثير، دمشق، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م، ص ٣٣، ثم يقول سيادته أن «أكثر المتكلمين: لا يستعمل الدليل إلا فيما يؤدي إلى العلم، فأما فيما يؤدي إلى الظن فلا يقال له: دليل، وإنما يقال له أمانة، وهذا خطأ، لأن العرب لا تفرق فى التسمية بين ما يؤدي إلى العلم أو الظن، فلم يكن لهذا الفرق وجه».

وانظر أيضاً للمؤلف نفسه شرح اللّمع، الجزء الأول، حققه وقدم له ووضع فهارسه عبد المجيد تركي، دار الغرب الإسلامى، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م، فقرة ١٦، ص ١٥٥، حيث جاء فيه «أن الله تعبدنا بالظن فى ما طريقه الظن، كما تعبدنا بالعلم فيما طريقه العلم. فإذا كان الموصل إلى العلم يسمى دليلاً فكذلك الموصل إلى الظن، لأن كل واحد منهما مقصود فى نفسه على حسب حاله».

(٢) انظر نجم الدين أبى الربيع سليمان بن عبد القوى بن عبد الكريم بن سعيد الطوفى، شرح مختصر الروضة، تحقيق د/ عبد الله عبد المحسن التركي، نشر وتوزيع وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، الجزء الثانى، ص ٦٧٣، ٦٧٤.

وانظر أيضاً القاضى أبى بكر محمد بن الطيب الباقلانى، التقريب والإرشاد «الصغير»، قدم له وحققه وعلق عليه د/ عبد الحميد بن على أبو زنيد، الجزء الأول، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م، ص ٢٢٢.

والراجع - لدينا - أن الدليل يطلق على ما يفيد القطع أو الظن^(١).

٢- **الكلى** : كلى لغة (اسم)، اسم منسوب إلى كل عكسه جزئى.

كلى: ما ينسب إلى الكل أو يطلق عليه^(٢)، وقد ورد فى النجم الوهاج فى نظم

المنهاج^(٣) «واللفظ إن دل جزؤه على جزء المعنى فـ «مركب»، وإلا فـ «مفرد». والمفرد

(١) انظر د/ محمد معاذ مصطفى الخن، القطعى والظنى فى الثبوت والدلالة عند الأصوليين، دار الكلم الطيب، الطبعة الأولى ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م، ص ٢٣، حيث أورد أسباب ترجح تعريف الفقهاء بأن الدليل يمكن أن يفيد القطع أو الظن وهى:-

١- حقيقة الدليل فى اللغة المرشد، ويمكن أن يكون الإرشاد بالقطع أو الظن، والعرب لا تفرق بين ما يوجب العلم أو الظن فى إطلاق اسم الدليل.

٢- إن الله سبحانه وتعالى تعبدنا بالعلم والظن»

وانظر أيضاً د/ وهبة الزحيلي، الوجيز فى أصول الفقه، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، إعادة الطبعة الأولى ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩، ص ٢١، حيث ذكر سيادته أن الدليل الشرعى: كل ما يستفاد منه حكم شرعى عملى، سواء بطريق القطع، أى العلم واليقين، أم بطريق الظن، أى غلبة الظن، لذا كان الدليل نوعين:- قطعى الدلالة وظنى الدلالة.

(٢) انظر معجم المعانى الجامع - معجم عربى - عربى.

موقع: (www.almaany.com)

(٣) انظر الحافظ العراقى زين الدين عبد الرحيم بن الحسين (٧٢٥ هـ - ٨٠٦ هـ) ألفية الحافظ العراقى فى أصول الفقه النجم الوهاج فى نظم المنهاج، مكتبة التوعية الإسلامية للتحقيق والنشر والبحث العلمى، الطبعة الأولى، ١٤٣٥ هـ - ٢٠١٤ م، تحقيق الشيخ عبد الله رمضان موسى، ص ١٤٦.

وانظر أيضاً القاضى ناصر الدين عبد الله بن عمر البيضاوى، منهاج الوصول إلى علم الأصول، تحقيق د/ شعبان محمد إسماعيل، دار بن حزم، الطبعة الأولى ١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م، ص ٥١، حيث ورد فى تعريف أصول الفقه: معرفة دلائل الفقه إجمالاً، وكيفية الاستفادة منها، وحال المستفيد.

إما أن لا يستقل بمعناه وهو «الحرف»، أو يستقل وهو «فعل» إن دل بهيئته على أحد الأزمنة الثلاثة، وإلا فـ «اسم»: «كُلِّيُّ» إن اشترك معناه، «متواطئ» إن استوى، و«مُشَكَّكٌ» إن تفاوت، و«جِنْسٌ» إن دَلَّ على ذاتٍ غير معينة (كالفرس)، و«مُشْتَقٌّ» إن دل على ذى صفة مُعَيَّنَةٍ (كالفارس)، و«جُزْئِيٌّ» إن لم يشترك، و«عَلَمٌ» إن استقل، و«مُضْمَرٌ» إن لم يستقل.

ويبدو أن المقصود بالأدلة الكلية فى هذا النص هو الأدلة الإجمالية، والأدلة الإجمالية: هى المصادر التى تستنبط منها الأحكام، كالقرآن، والسنة^(١).

وانظر أيضاً إمام الحرمين أبى المعالى عبد الملك بن عبد الملك بن عبد الله بن يوسف (٤١٩هـ - ٤٧٨هـ)، البرهان فى أصول الفقه، تحقيق د/ عبد العظيم الديب، الطبعة الأولى ١٣٩٩هـ، ص ٨٥، فقرة (٥)، حيث ورد فى تعريف أصول الفقه بأنها: أدلة.

(١) انظر د/ المرتضى بن زيد المحطورى الحسنى، الحكم الشرعى ومتعلقاته، مكتبة بدر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة السادسة ١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م، ص ١٥.

وانظر أيضاً الموافقات للشاطبى، المجلد الثانى، مرجع سابق، ص ٥.

حيث يذكر أن «الشرعية أنبت على قصد المحافظة على المراتب الثلاث من الضروريات والحاجيات والتحسينات، فكانت هذه الوجوه مبثوثة فى أبواب الشريعة وأدلتها، غير مختصة بمحل دون محل، ولا بباب دون باب، ولا بقاعدة دون قاعدة، كان النظر الشرعى منها أيضاً عاماً لا يختص بجزئية دون أخرى، لأنها كليات تقضى على كل جزئى تحتها، وسواء علينا أكان جزئياً إضافياً أم حقيقياً، إذ ليس فوق هذه الكليات كلى تنتهى إليه، بل هى أصول الشريعة».

وتكون الأدلة الكلية مرادفة للمصادر، لكن لماذا جمعت في النص؟ هذا ما سنبينه

في النقطة التالية.

الفصل الثاني

المصادر المعتبرة في مذاهب أهل السنة والجماعة

٢٢- قبل توضيح هذه المصادر لابد أن نقف على المقصود بمصطلح أهل

السنة والجماعة، ثم نبين المصادر المعتبرة لديهم على النحو التالي:-

١- أهل السنة والجماعة:- إن التعرف على هذا المصطلح يستلزم بحث كل لفظ

من ألفاظه على حدة حتى نصل إلى التعريف المجمع لهذه الألفاظ على النحو التالي:-

أ - أهل : جاء في لسان العرب^(١) أن أهل المذهب: من يدين به، وأهل الإسلام:

من يدين به. وأهل الأمر: ولاته. وأهل البيت: سكانه. وأهل الرجل: أخص الناس به.

(١) انظر محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويضي الأفریقی، لسان العرب، دار المعارف، باب الهمزة، ص ١٦٤، وانظر أيضاً مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة، ط سنة ١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م، ٢٦٩ أهل، ص ٨١، فقد جاء فيه أن أهل الرجل: عشيرته وذوو قرياه، ج: أهلون وأهال وأهال، وأهلات، وللمذهب: من يدين له».

ب - السنة: جاء في لسان العرب^(١) أن سنة الله: أحكامه وأمره ونهيه (هذه عن اللحياني). وسنها الله: للناس: بيّنها. وسنَّ الله سنةً أى بيّن طريقاً قوياً.

والسنة اصطلاحاً: قول النبي صلى الله عليه وسلم أو فعله أو تقريره المراد به التشريع، والمقصود بالتقرير أن يقوم أو يفعل بعض الصحابة شيئاً في محضر الرسول صلى الله عليه وسلم فيسكت عنه أو يستحسنه. فيعتبر ذلك موافقة من الرسول صلى الله عليه وسلم على ذلك^(٢).

ج - الجماعة: العدد الكثير من الناس والشجر والنبات والجماعة: طائفة من الناس يجمعها غرض واحد، فعليكم بالجماعة فإنما يأكل الذئب من الغنم القاصية (حديث)^(٣).

(١) لسان العرب، مرجع سابق، ص ١٢٤.

(٢) انظر د/ يوسف قاسم، مبادئ الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ١٨٩.

وانظر أيضاً شيخ الإسلام أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، تحقيق د/ صلاح الدين المنجد، دار الكتاب الجديد، بيروت لبنان ١٣٩٦ هـ - ١٩٧٦ م، الطبعة الأولى، ص ٧٧، حيث يقول أن السنة هي «الشرعة، وهي ما أمر الله به ورسوله صلى الله عليه وسلم» ثم يقول: «ولفظ السنة في كلام السلف يتناول السنة في العبادات وفي الاعتقادات. وإن كان كثير ممن صنف في السنة يقصدون الكلام في الاعتقادات. وهذا كقول ابن مسعود، وأبي بن كعب، وأبو الدرداء، رضى الله عنهم، «اقتصاد في سنة، خير من اجتهد في بدعة».

(٣) انظر معجم المعاني الجامع، معجم عربى - عربى (www.almaany.com).

وأساس هذا الاصطلاح هو أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم نذكر منها:-

١- روى عبد الله بن عمرو قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «ليأتين على أمتي ما أتى على بنى إسرائيل حذو النعل بالنعل، حتى إن كان منهم من أتى أمه علانية لكان في أمتي من يصنع ذلك، وإن بنى إسرائيل تفرقت على ثنتين وسبعين ملة، وتفرق أمتي على ثلاث وسبعين ملة، كلهم في النار إلا ملة واحدة، قالوا ومن هي يا رسول الله؟ قال: «ما أنا عليه وأصحابي»^(١).

لعل هذا الحديث يُبين ويوضح سبب ظهور مصطلح أهل السنة والجماعة، حيث يهدف هذا المصطلح إلى أن أهل السنة والجماعة هم الذين يتبعون منهج وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه.

٢- عن أبي إدريس الخولاني، أنه سمع حذيفة بن اليمان يقول^(٢): كان الناس يسألون رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الخير، وكنت أسأله عن الشرِّ مخافة أن

(١) انظر الإمام الحافظ أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، الجامع الكبير، المجلد الرابع، تحقيق د/ بشار عواد معروف، دار العرب الإسلامى، الطبعة الأولى ١٩٩٦، باب ما جاء في افتراق هذه الأمة، حديث رقم ٢٦٤١، ص ٣٨١.

(٢) توجد أحاديث كثيرة تحت على الجماعة، وقد اكتفيت بما ذكرته في المتن، لأنه حديث متفق عليه، نذكر منها:

أ - عن أبي هريرة رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم، قال: «إن الله يرضى لكم ثلاث، أن تعبدوه ولا تشركوا به شيئاً، وأن تعتصموا بحبل الله جميعاً ولا تفرقوا، ويكره

يُذَرِّكُنِي فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّا كُنَّا فِي جَاهِلِيَّةٍ وَشَرٍّ، فَجَاءَنَا اللَّهُ بِهَذَا الْخَيْرِ، فَهَلْ بَعْدَ هَذَا الْخَيْرِ مِنْ شَرٍّ؟ قَالَ: «نَعَمْ» قُلْتُ وَهَلْ بَعْدَ ذَلِكَ الشَّرِّ مِنْ خَيْرٍ؟ قَالَ «نَعَمْ وَفِيهِ دَخَنٌ» قُلْتُ وَمَا دَخْنُهُ؟ قَالَ: «قَوْمٌ يَهْدُونَ بِغَيْرِ هَدْيٍ، تَعْرِفُ مِنْهُمْ وَتَنْكُرُ» قُلْتُ: فَهَلْ بَعْدَ ذَلِكَ الْخَيْرِ مِنْ شَرٍّ؟ قَالَ: «نَعَمْ، دُعَاةٌ إِلَى أَبْوَابِ جَهَنَّمَ، مَنْ أَجَابَهُمْ إِلَيْهَا قَذَفُوهُ فِيهَا» قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ صِفْهُمْ لَنَا، فَقَالَ: «هُمْ مِنْ جِلْدَتِنَا، وَيَتَكَلَّمُونَ بِالسِّنْتِنَا» قُلْتُ: فَمَا تَأْمُرُنِي إِنْ أَدْرَكَنِي ذَلِكَ؟ قَالَ: «تَلْزِمُ جَمَاعَةَ الْمُسْلِمِينَ وَإِمَامَهُمْ» قُلْتُ: فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ جَمَاعَةٌ وَلَا إِمَامٌ؟ قَالَ: فَاعْتَزِلْ تِلْكَ الْفِرْقَ كُلَّهَا، وَلَوْ أَنْ تَعَصَّ بِأَصْلِ شَجَرَةٍ حَتَّى يُدْرِكَكَ الْمَوْتُ وَأَنْتَ عَلَى ذَلِكَ» متفق عليه^(١).

لَكُمْ قِيلَ وَقَالَ وَإِضَاعَةَ الْمَالِ وَكَثْرَةَ السُّؤَالِ»، رَوَاهُ مُسْلِمٌ حَدِيثٌ رَقْمُ ١٧١٥، كِتَابُ الْأَقْضِيَةِ.

وَمَعْنَى عَدَمِ التَّفْرِقَةِ هُوَ لَزُومُ جَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ.

ب - عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «يَدُ اللَّهِ مَعَ الْجَمَاعَةِ». رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ، الْجَامِعُ الْكَبِيرُ، مَرْجِعٌ سَابِقٌ، حَدِيثٌ ٢١٦٦.

ج - عَنْ ابْنِ عَمْرِو بْنِ عَبْدِ اللَّهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «إِنْ اللَّهُ لَا يَجْمَعُ أُمَّتِي، أَوْ قَالَ أُمَّةَ مُحَمَّدٍ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، عَلَى ضَلَالَةٍ، وَيَدُ اللَّهِ مَعَ الْجَمَاعَةِ، وَمَنْ شَذَّ شَذَّ إِلَى النَّارِ». رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ، مَرْجِعٌ سَابِقٌ، حَدِيثٌ رَقْمُ ٢١٦٧. وَيَذَكِّرُ أَنَّ تَقْسِيرَ الْجَمَاعَةِ عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ هُمْ: أَهْلُ الْفَقْهِ وَالْعِلْمِ وَالْحَدِيثِ.

(١) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ فِي: (٦١) كِتَابِ الْمَنَافِقِ، (٢٥) بَابِ عِلَامَاتِ النَّبُوَّةِ فِي الْإِسْلَامِ. انْظُرِ اللَّوْلُوَّ وَالْمَرْجَانَ فِيمَا اتَّفَقَ عَلَيْهِ الشَّيْخَانِ، مَرْجِعٌ سَابِقٌ، حَدِيثٌ رَقْمُ ١٢١١، (٩٣) بَابِ الْأَمْرِ بِالزُّمِ الْجَمَاعَةِ عِنْدَ ظُهُورِ الْفِتَنِ وَتَحْذِيرِ الدُّعَاةِ إِلَى الْكُفْرِ، ص ٤٠٠. وَانْظُرِ أَيْضاً الْإِمَامَ الْحَافِظَ أَحْمَدَ بْنَ عَلِيٍّ بْنِ حَجَرٍ الْعَسْقَلَانِيَّ، فَتَحَ الْبَارِي بِشَرْحِ صَحِيحِ الْبُخَارِيِّ، دَارُ الْحَدِيثِ، الْقَاهِرَةُ، الْجُزْءُ السَّادِسُ، الْحَدِيثُ رَقْمُ ٣٦٠٦، ص ٦٩٥، كِتَابُ الْمَنَاقِبِ.

ونظراً لورود هذه الأحاديث والتي تحت على اتباع السنة ولزوم جماعة المسلمين فقد انبرى^(١) العلماء لتحديد الفرقة الناجية والتي أطلقوا عليها أهل السنة والجماعة^(٢)، ويكون مفهوم أهل السنة - وفقاً لقول - العلماء ما يلي:-

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية^(٣) أن لفظ «أهل السنة» يراد به من أثبت خلافة الخلفاء الثلاثة، فدخل في ذلك جميع الطوائف إلا الرافضة^(٤)، وقد يراد به أهل الحديث والسنة المحضة، فلا يدخل فيه إلا من أثبت الصفات لله تعالى ويقول: إن القرآن غير مخلوق، وإن الله يُرى في الآخرة، ويثبت القدر، وغير ذلك من الأصول المعروفة عند أهل الحديث».

(١) انبرى: (فعل)، انبرى الخطباء على المنصة، انتصبوا، انبرى للعلم، تفرغ له، وهب نفسه، انبرى لمنافسه: تعرض له يناقسه، وقف في وجهه، انبرى عدد من علماء المسلمين للرد على أعدائه، ولعل هذا المعنى المقصود في المتن.

انظر معجم المعاني الجامع: (www.almaany.com).

(٢) يقول شيخ الإسلام ابن تيمية في منهاج السنة، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص ٦٠١، أن «مذهب أهل السنة والجماعة مذهب قديم (معروف) قبل أن يخلق الله أبا حنيفة ومالكاً والشافعي وأحمد، فإنه مذهب الصحابة الذين تلقوه عن نبيهم، ومن خالف ذلك كان مبتدعاً عند أهل السنة والجماعة، فإنهم متفقون على أن إجماع الصحابة حجة، ومنتازعون في إجماع من بعدهم».

(٣) انظر شيخ الإسلام أبي العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، منهاج السنة النبوية، الجزء الثاني، تحقيق د/ محمد رشاد سالم، الطبعة الأولى ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م، ص ٢٢١.

(٤) الرافضة يزعمون أن ربهم ليس بجسم ولا بصورة ولا يشبه الأشياء، ولا يتحرك ولا يسكن ولا يماس، نفس الموضع، ص ٢١٩.

ونجد البعض^(١) يطلق هذا المصطلح على أصناف ثمانية عدهم كالتالى:-

الصنف الأول: هذا الصنف هو من أحاط علماً بأبواب التوحيد والنبوة، وأحكام

الوعد والوعيد، والثواب والعقاب، وشروط الاجتهاد، والإمامة والزعامة.

الصنف الثانى: أئمة الفقه من فريقى رأى والحديث الذين تبرعوا من القدر

والاعتزال، وأثبتوا رؤية الله تعالى بالأبصار من غير تشبيه ولا تعطيل.

الصنف الثالث: هم الذين أحاطوا علماً بطرق الأخبار والسنة المأثورة عن النبى

صلى الله عليه وسلم، وميزوا بين الصحيح والسقيم منها، وعرفوا أسباب الجرح والتعديل،

ولم يخلطوا علمهم بذلك بشئ من بدع أهل الأهواء الضالة.

الصنف الرابع: قوم أحاطوا علماً بأكثر أبواب الأدب والنحو والتصريف، وجروا

على سمت أصل اللغة^(٢)، ولم يخلطوا علمهم بشرع من بدع القدرية أو الرافضة أو

الخوارج، ومن مال منهم إلى شئ من الأهواء الضالة لم يكن من أهل السنة.

الصنف الخامس: هم الذين أحاطوا علماً بوجوه قراءات القرآن، وبوجوب تفسير

آيات القرآن، وتأويلها على وفق مذاهب أهل السنة، دون تأويلات أهل الأهواء الضالة.

(١) انظر عبد القادر بن طاهر بن محمد البغدادى الاسفرائينى التميمى، الفرق بين الفرق، الناشر

محمد على صبيح وأولاده، ٢٠٠٥م، ص ٣١٣.

(٢) يقول: كالخليل، وأبى عمرو بن العلاء وسيبويه، والفراء، والأخفش، والأصمعى، والمازنى،

وأبو عبيد، وسائر أئمة النحو من الكوفيين والبصريين.

الصنف السادس: الزهاد الصوفية الذين أبصروا فأقصروا، واختبروا فاعتبروا، ورضوا بالمقدور وقنعوا بالميسور^(١).

الصنف السابع: قوم مرابطون فى ثغور المسلمين فى وجوه الكفرة، يجاهدون أعداء المسلمين، ويحمون حمى المسلمين، ويذبون عن حريمهم وديارهم، ويظهرون فى ثغورهم مذاهب أهل السنة والجماعة^(٢).

الصنف الثامن: عامة البلدان التي غلب فيها شعائر أهل السنة دون عامة البقاع التي ظهر فيها شعار أهل الأهواء الضالة.

٢ - مصادر التشريع عند أهل السنة والجماعة:-

٢٣- لا مرأ أن الأحكام الشرعية تُستنبط من أصليْن ثابتين لا منازعة فيهما وهما الكتاب والسنة، ثم الإجماع، والقياس وهو المعنى المستنبط من هذه الأصول الثلاثة.

(١) ثم يقول: وعَلِمُوا أن السمع والبصر والفؤاد كل أولئك مسئول عن الخير والشر، ومحاسب على مثاقيل الذر، فأعدوا خير الإعداد، ليوم المعاد، وجرى كلامهم فى طريقى العبارة والإشارة على سمت أهل الحديث، دون من يشتري لهو الحديث، لا يعملون الخير رياء، ولا يتركونه حياءً، دينهم التوحيد، ونفى التشبيه، ومذهبهم التقويض إلى الله تعالى، والتوكل عليه، والتسليم لأمره، والقناعة بما رزقوا، والإعراض عن الاعتراض عليه: «ذَلِكَ فَضْلُ اللَّهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ ۚ وَاللَّهُ ذُو الْفَضْلِ الْعَظِيمِ» من الآية ٢١ من سورة الحديد الآية ٤ من سورة الجمعة.

(٢) ثم يقول وهم الذين أنزل الله تعالى فيهم: «وَالَّذِينَ جَاهَدُوا فِينَا لَنَهْدِيَنَّهُمْ سُبُلَنَا وَإِنَّ اللَّهَ لَمَعَ الْمُحْسِنِينَ»، آية ٦٩ من سورة العنكبوت، زادهم الله توفيقاً بفضله ومنه.

يقول الإمام الفقيه الأصولي السرخسي^(١) «أن هذه الأصول تنقسم قسمين: قسم موجب للعلم قطعاً، ومجوز غير موجب للعلم، وإنما سميناه مجوزاً لأنه يجب العمل به والأصل أن العمل بغير علم لا يجوز، قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾^(٢) فسميناه مجوزاً باعتبار أنه يجب العمل به وإن لم يكن موجباً للعلم قطعاً»^(٣).

ويقول الآمدي^(٤) «إن الأدلة الشرعية الأصل فيها إنما هو الكتاب، لأنه راجع إلى قول الله تعالى المشرع للأحكام، والسنة مخبرة عن قوله تعالى وحكمه. ومستند الإجماع فراجع إليهما. أما القياس والاستدلال، فحاصله يرجع إلى التمسك بمعقول النص أو الإجماع، فالنص والإجماع أصل، والقياس والاستدلال فرع تابع لهما».

(١) انظر الإمام الفقيه الأصولي النظار أبي بكر أحمد بن أبي سهل السرخسي، المتوفى سنة ٤٩٠هـ، أصول السرخسي، الجزء الأول، حقق أصوله أبو الوفا الأفعاني، رئيس اللجنة العلمية لإحياء المعارف النعمانية، الناشر لجنة إحياء المعارف النعمانية بحيدر آباد الركن بالهند، الجزء الأول، ص ٢٧٩.

(٢) الآية ٣٦ من سورة الإسراء ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا﴾.

(٣) انظر أصول السرخسي، الجزء الأول، مرجع سابق، ص ٢٧٩، حيث يقول: «فأما الموجب للعلم من الحجج الشرعية أنواع أربعة: كتاب الله، وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم المسموع منه والمنقول عنه بالتواتر، والإجماع.

والأصل في كل ذلك لنا السماع من رسول الله صلى الله عليه وسلم فإنه هو الذي أسمعنا ما أوحى إليه من القرآن بقراءته علينا، والمنقول عنه بطريق متواتر بمنزلة المسموع عنه في وقوع العلم به، وكذلك الإجماع فإن إجماع هذه الأمة إنما كان حجة موجبة للعلم بالسماع من رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الله تعالى لا يجمع أمة على الضلالة، والسماع منه موجب للعلم لقيام الدلالة على أن الرسول صلى الله عليه وسلم يكون معصوماً عن الكذب والقول بالباطل. فهذا بيان قولنا إن الأصل في ذلك كله السماع من رسول صلى الله عليه وسلم».

(٤) انظر الأحكام في أصول الأحكام، مرجع سابق، الجزء الأول، ص ١٥٨.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه المصادر الأربعة (الكتاب والسنة والإجماع والقياس) هي المصادر المتفق عليها بين جماهير أهل السنة والجماعة، وإن الاستدلال بها مرتب على هذا الشكل^(١).

الفرع الثاني

القواعد الأصولية والفقهية

٢٤- لا ريب أن دراسة القواعد الأصولية والفقهية تعين المجتهد على استنباط الأحكام، كما تضبط للفقيه أصول المذهب، وتنظم له منشور المسائل في سلك واحد^(٢)، كما أن إلحاق الفروع الفقهية المستجدة بما يناسبها من قواعد أصولية تكشف عن

(١) انظر د/ محمد مصطفى الزحيلي، مرجع سابق، ص ١٣٢، حيث يقول سيادته «إن الدليل على ذلك من القرآن والسنة وعمل الصحابة، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾ النساء آية ٥٩، فالآية تدل على أحكام الله تعالى في الكتاب والسنة وإجماع أهل الحل والعقد، ولحديث معاذ بن جبل في القضاء والحكم، واتفاق المسلمين في عهد أبي بكر وعمر وعثمان وعلى، على الرجوع إلى الكتاب ثم السنة ثم الإجماع ثم القياس، القسم الثاني مصادر مختلف فيها وهي: الاستحسان والاستصحاب والمصالح المرسلة والعرف وشرع من قبلنا ومذهب الصحابي وسد الذرائع». وانظر أيضاً الشيخ محمد أبو زهرة، مرجع سابق، فقرة ٢٧٩، ص ٧٣، حيث يذكر سيادته «أن الأدلة المتفق عليها هي الكتاب والسنة والإجماع، والجمهور على اعتبار القياس دليلاً رابعاً، والأدلة التي هي موضع الخلاف بين الجمهور هي مذهب الصحابي، والاستحسان والمصلحة والذرائع، والعرف والاستصحاب، وشرع من قبلنا».

وانظر أيضاً العلامة الشيخ محمد بن أحمد بن عبد العزيز على الفتوحى الحنبلى المعروف بابن النجار، المتوفى سنة ٩٧٢هـ، شرح الكوكب المنير المسمى مختصر التحرير، أو: المختبر المبتكر شرح المختصر في أصول الفقه، تحقيق د/ محمد الزحيلي، د/ نزيه حماد، من إصدارات وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، المجلد الثاني، ص ٥.

(٢) انظر الإمام الحافظ، عبد الرحمن بن أحمد بن رجب البغدادي الدمشقي الحنبلى (متوفى سنة ٧٩٥هـ)، القواعد الفقهية، علق عليه ووضع حواشيه د/ محمد على البناء، من إصدارات وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، ط ٢٠٠٨م، ص ٧.

أحكامها، وتبين مآخذها وطرق الاستدلال عليها^(١)، لذلك كان حرياً بنا ببيان هذه القواعد، وقد بدا - لنا - تقسيم هذا الفرع إلى غصنين على النحو التالي:-

الغصن الأول

القواعد الأصولية

٢٥- القواعد فى اللغة الأسس^(٢)، مفردها قاعدة:

وقد جاء فى القرآن الكريم ما يفيد هذا المعنى فى قوله تعالى: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ﴾^(٣) وكقوله تعالى: ﴿فَأَتَى اللَّهَ بُنْيَانَهُمْ مِّنَ الْقَوَاعِدِ﴾^(٤)،^(٥).

(١) انظر د/ أيمن حمزة عبد الحميد إبراهيم، القواعد الأصولية وتطبيقاتها الفقهية عند شيخ الإسلام ابن تيمية، دراسة مقارنة، دار اليسر، ط أولى ١٤٣٣ هـ - ٢٠١٢ م، ص ٩.

(٢) انظر محمد بن أبى بكر عبد القادر الرازى، مختار الصحاح، الناشر مكتبة لبنان، ط ٢٠٠٨، ص ٢٢٧، و(قواعد) البيت أساسه.

(٣) سورة البقرة، آية ١٢٧.

(٤) سورة النحل، آية ٢٦.

(٥) الأصول جمع أصل، ومن معانيه: الأصل أسفل الشئ، يقال قعد فى أصل الجبل؛ وأصل الحائط، وقلع أصل الشجر، ثم كثر، حتى قيل أصل كل شئ: ما يستند وجود ذلك الشئ إليه. انظر محمود بن عمر بن محمد بن أحمد الخوارزمى الزمخشري، (جار الله أبو القاسم)، أساس البلاغة، دار الكتب العلمية ١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م، الجزء الأول، مادة أصل، ص ٢٩. ويعرف الأصل اصطلاحاً بأنه: «عبارة عما يبنى عليه غيره ولا يبنى هو على غيره، أو ما يثبت حكمه بنفسه ويبنى عليه غيره وجمعه أصول».

انظر العلامة على بن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، تحقيق ودراسة محمد صديق المنشاوى، دار الفضيلة ص ٣٠.

والقواعد اصطلاحاً هي: الأمور الكلية المنطبقة على الجزئيات ليتعرف أحكامها

منها، وهي عام لأنها جمع معرف باللام^(١).

وعلى ذلك تكون القواعد الأصولية هي القواعد الكلية التي قام عليها علم أصول

الفقه، واندرجت تحتها جزئيات كثيرة^(٢).

كما عرفها البعض^(٣) «بأنها تلك الأسس والخطط والمناهج التي يضعها، المجتهد

نصب عينيه عند البدء والشروع بالاستنباط، يضعها ليشيد عليها صرح مذهبه، ويكون ما

يتوصل إليه ثمرة ونتيجة لها».

(١) انظر شمس الدين أبو الثناء محمود بن عبد الرحمن بن أحمد الأصفهاني (ت ٧٤٩هـ)، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، تحقيق د/محمد مظهر بقا، المملكة العربية السعودية، جامعة أم القرى، مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، مكة المكرمة، المجلد الأول، ص ١٤.

حيث جاء فيه أيضاً « واحترز بها، عن العلم بالأمور الجزئية. وعن العلم ببعض المسائل الأصولية، لأنه وإن كان من الأصول، لكنه ليس نفسه، لأنه بعض الشيء غيره».

وانظر أيضاً بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، البحر المحيط، المجلد الأول، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بدولة الكويت، الطبعة الثانية ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م، ص ٢٥، حيث جاء فيه «الفقهاء يطلقون ذلك (أدلة الفقه على طريق الإجمال، وكيفية الاستدلال به) على القواعد الكلية التي تندرج فيها الجزئيات».

و انظر التعريفات للجرجاني، مرجع سابق، مصطلح رقم ١٣٦٩، ص ١٤٣، حيث عرّف القاعدة بأنها: « قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها».

وانظر أيضاً المفتي السيد محمد عميم الإحسان المجددي التركي، التعريفات الفقهية، منشورات دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ٢٠٠٣م - ١٤٢٤هـ، ص ١٦٩ حيث عرف القاعدة بنفس التعريف السابق.

(٢) انظر د/ صفوان بن عدنان داوودي، قواعد أصول الفقه وتطبيقاتها، دار العاصمة، ص ٢٦. (٣) انظر د/ مصطفى سعيد الخن، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، مزينة ومنقحة، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٢م، ص ١١٧.

ولأهمية القواعد الأصولية فقد أطلق البعض^(١) على أصول الفقه العلم بهذه القواعد، حيث يعرف أصول الفقه بقوله: «العلم بالقواعد التي يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية الفرعية عن أدلتها التفصيلية».

ويستنتج بعض الباحثين^(٢) تعريفاً للقاعدة الأصولية بقوله: «حكم كلي تتبنى عليه الفروع الفقهية، مصوغ صياغة عامة، ومجردة، ومحكمة».

(١) انظر مظفر الدين أحمد بن علي بن الساعاتي، نهاية الوصول إلى علم الأصول، تحقيق د/سعد بن غرير بن مهدي السلمي، جامعة أم القرى، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م، ص ٦.

(٢) انظر د/ الجلال المرنئي، القواعد الأصولية وتطبيقاتها الفقهية عند ابن قدامة في كتاب المغني، المجلد الأول، دار ابن القيم، دار ابن عفان، الطبعة الأولى، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢ م، ص ٣٥، حيث فصل التعريف بقوله: «حكم كلي أخرج منه ما هو جزئي، وتتبنى عليه الفروع الفقهية خرج به القواعد غير الأصولية، «مصوغ صياغة عامة» خرج به ما كان غير مصوغ صياغة عامة، والمصوغ صياغة عامة: فمعناه أن تكون صياغته بألفاظ العموم.

وانتظر أيضاً د/ محمد عثمان شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، دار النفائس للنشر والتوزيع بالأردن، الطبعة الثانية ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م، ص ٢٧، حيث عرف القاعدة الأصولية بأنها: «قضية كلية يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية الفرعية من أدلتها التفصيلية»، ومثالها: الأمر بعد الحظر يفيد الإباحة، والنهي يقتضي الفور والدوام».

وانظر في نقد هذه التعريفات، د/ محمد شريف مصطفى، القواعد الأصولية وطرق استنباط الأحكام منها، مجلة الجامعة الإسلامية، سلسلة الدراسات الإسلامية، المجلد التاسع عشر، العدد الأول، يناير ٢٠١١، ص ٢٧٧ - ص ٣١١، ص ٢٨٢.

ثم عرفها بأنها «قضية أصولية كلية يستند إليها في استنباط الأحكام الشرعية العملية، أو الترجيح بين الأقوال الفقهية المتضادة».

ومن أمثلة القواعد الأصولية: «العام يجرى على عمومه ما لم يرد دليل يخصه»،
«والنهي يقتضى الفساد»، «ولا عبرة بموافقة العامى ولا بمخالفته فى الإجماع».

ومن هذه القواعد أيضاً: « يفهم القرآن والسنة على وفق كلام العرب، »والعقل
وسيلة معتبرة فى فهم كلام الشارع، « ولا مسأغ للاجتهاد فيما ورد فيه نص قطعى الثبوت
والدلالة»^(١)، ولعل هذه القاعدة الأخيرة هى التى أخذت بها المحكمة الدستورية فى
تفسيرها لمبادئ الشريعة الإسلامية التى سبق - لنا - توضيحه.

الفصل الثانى

القواعد الفقهية

٢٦- لا شك أن هناك تقارباً ملحوظاً بين القواعد الأصولية والقواعد الفقهية، حيث
تتقارب ثمرتهما من حيث الوصول إلى أحكام الشرع، وتواردتهما على مقصود واحد هو

وانظر أيضاً د/ أيمن عبد الحميد البدارين، نظرية التقعيد الأصولى، دار ابن حزم، الطبعة
الأولى ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م، ص ٥٩، حيث عرف القواعد الأصولية بأنها: «أحكام كلية
أصولية منطبقة على جميع جزئياتها من الأدلة الإجمالية والموجهات العامة فى ضبط
الاجتهاد الأصولى والفقهى وحال المجتهد».

(١) انظر د/ الجبالى المرىنى، مرجع سابق، ص ٣٥، وانظر د/ فخر الدين بن الزبير بن على
المحسنى، أدلة القواعد الأصولية من السنة النبوية، الدار الأثرية، الطبعة الأولى ١٤٣١هـ -
٢٠١٠م، ص ٢٩.

وانظر د/ أيمن عبد الحميد البدارين، مرجع سابق، ص ٤١٥.

وانظر د/ صفوان بعد عدنان داوودى، مرجع سابق، ص ٣٩.

الفروع الفقهية ومتعلقاتها من أحكام وحوادث، بيد أن البعض^(١) يقرر - وبحق - أن التفريق بينهما أمر تقتضيه الضرورة العلمية^(٢)، ونوجز أهم نقاط الخلاف بينهما في الآتي:-

١- القواعد الأصولية تتعلق بالألفاظ ودلالاتها على الأحكام في غالب أحوالها، أما القواعد الفقهية فتتعلق بالأحكام ذاتها^(٣).

(١) انظر د/ محمد بن عبد الله بن الحاج التمبكيety الهاشمي، القواعد الأصولية عند أبي تيمية وتطبيقاتها في المعاملات التقليدية والاقتصادية المعاصرة، المجلد الأول، مكتبة الرشد، الطبعة الأولى ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م، ص ٢٥٥.

(٢) انظر أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي القرافي، الفروق المسمى بأنوار البروق في أنواء الفروق، وبهامشه تهذيب الفروق، والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، ط الأوقاف السعودية، المجلد الأول، ص ٢، حيث يذكر الفرق في مقدمته بين القواعد الأصولية والقواعد الفقهية بقوله: «فإن الشريعة المعظمة المحمدية زاد الله تعالى منارها شرفاً وعلواً اشتملت على أصول وفروع وأصولها قسمان أحدهما المسمى بأصول الفقه، وهو في غالب أمره ليس فيه إلا قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ العربية خاصة وما يعرض لتلك الألفاظ من النسخ والترجيح ونحو الأمر للوجوب والنهي للتحريم والصيغة الخاصة للعموم، والقسم الثاني: قواعد كلية فقهية جليلة كثيرة العدد عظيمة المدد مشتملة على أسرار الشرع وحكمه لكل قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يحصى». ثم يقول: «وهذه القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف».

(٣) وإن شئت قلت أن القواعد الأصولية متعلقة بالأدلة الشرعية، أما القواعد الفقهية فهي متعلقة بأفعال المكلفين، فمثال القاعدة الأصولية: الأمر يقتضي الوجوب. فهذه قاعدة متعلقة بكل دليل في الشريعة فيه أمر.

٢- يستفيد من القواعد الأصولية المجتهد لأنه يستعملها عند استنباط الأحكام

الشرعية الفرعية من أدلتها، أما القاعدة الفقهية فيستفيد منها الفقيه والمتعلم.

٣- القواعد الأصولية قواعد كلية مطردة، بينما الفقهية أغلبية أكثرية لا كلية

مطردة^(١).

من خلال هذه التفرقة المختصرة نستطيع أن نعرف القاعدة الفقهية بأنها «حكم

أغلبى ينطبق على معظم جزئياته»^(٢).

ومثال القاعدة الفقهية: اليقين لا يزال بالشك: فهذه قاعدة متعلقة بكل فعل من أفعال المكلف تيقنه أو تيقن عدمه شك في العكس.

انظر أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن، المعروف بتقى الدين الحصني (متوفى سنة ٨٢٩هـ)، كتاب القواعد، دراسة وتحقيق د/ عبد الرحمن بن عبد الله الشعلان، شركة الرياض للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م، الجزء الأول، ص ٢٥.

(١) لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع، انظر تقى الدين الحصني، كتاب القواعد، مرجع سابق، الجزء الأول، ص ٢٥.

وانظر الوجيز د/ محمد صدقي بن أحمد بن محمد البورني، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة، الطبعة الرابعة، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م، ص ١٩.

(٢) انظر أحمد بن محمد المنفى الحموي، شرح كتاب الأشباه والنظائر لزين العابدين إبراهيم الشهير بابن نجيم المصري رحمه الله، الجزء الأول، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، هامش ١، ص ٥١. حيث يقول: أن القاعدة عند الفقهاء «حكم أكثرى لا كلى ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منه».

والقواعد الفقهية كثيرة ومتعددة، وقد حظيت باهتمام كثير من الفقهاء^(١)، على

عكس القواعد الأصولية، ونذكر أهم هذه القواعد^(٢) وهى:-

١- الأمور بمقاصدها^(٣).

٢- اليقين لا يزول بالشك^(٤).

٣- المشقة تجلب التيسير^(٥).

٤- العادة محكمة^(٦).

٥- لا ضرر ولا ضرار^(٧).

(١) انظر على سبيل المثال الحافظ عبد الرحمن بن أحمد بن رجب البغدادى ثم الدمشقى الحنبلى، القواعد الفقهية، علق عليه ووضع حواشيه د/ محمد على البناء، من إصدارات - وزارة الأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، ص ٧.

(٢) انظر د/ صالح بن غانم السدلان، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها، دار بلنسية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ، ص ٤١.

(٣) دليل هذه القاعدة قوله صلى الله عليه وسلم «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى».

(٤) قوله سبحانه تعالى: «وَمَا يَتَّبِعْ أَكْثَرُهُمْ إِلَّا ظَنًّا إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا» سورة يونس آية ٣٦.

(٥) من القرآن الكريم قوله سبحانه: «يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ» سورة البقرة آية ١٨٥.

(٦) قوله تعالى: «خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ» سورة الأعراف آية ١٩٩.

(٧) قوله تعالى: «وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا» سورة البقرة الآية ٢٣١.

وبعد استعراضنا لمفردات نص المادة (٢١٩) من دستور ٢٠١٢، نستطيع أن نستخلص أن مفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية، وفقاً لهذه المادة معناه: «أحكام الشريعة الإسلامية المستنبطة من المصادر المعتبرة لدى أهل السنة والجماعة وباستخدام القواعد الأصولية والفقهية»، وكل ما صاحب هذه المادة من غموض، كان بسبب تجنب كلمة أحكام الشريعة، نظراً لحساسية هذه الأحكام لدى بعض القوى السياسية - لاسيما - العلمانية منها.

المبحث الثانى

المفهوم الفقهي

والمفهوم المختار

٢٧- تعرض فقهاء القانون لمبادئ الشريعة الإسلامية فى مؤلفاتهم العامة، عندما يتناولون مصادر القانون، فيبدأون بالتشريع ثم العرف، ثم مبادئ الشريعة الإسلامية^(١)، لذلك سأتناول فى هذا المبحث مفهوم فقهاء القانون لمبادئ الشريعة الإسلامية تحت عنوان: المفهوم الفقهي لمبادئ الشريعة الإسلامية (المطلب الأول)، ثم وجدت

(١) وفقاً للترتيب الوارد فى المادة الأولى من القانون المدنى.

البعض^(١) يجتهد خارج هذا الإطار ويضع مفهوماً مختلفاً ومتميزاً لمبادئ الشريعة الإسلامية، سنعرض له ونناقشه ثم نصل إلى المفهوم المختار لمبادئ الشريعة (المطلب الثاني) على النحو التالي:-

المطلب الأول

المفهوم الفقهي لمبادئ الشريعة الإسلامية

٢٨- بادئ ذي بدء نقرر أن كلمة مبادئ الشريعة لم أطلع عليها في المؤلفات الشرعية^(٢)، ولعل ذلك يثبت ما يؤكد به البعض^(٣) من أن هذا المصطلح هو مصطلح قانوني، يتوحد ويتساوى مع مصطلح مبادئ القانون، ولنا تحفظ على هذا الرأي في شقه الأخير، نعرض له في حينه، فهل فهمنا لمصطلح مبادئ الشريعة وتحديد مفهومه؟ يتوقف على فهمنا لمبادئ القانون وتحديد مفهومها؟

(١) انظر / أحمد محمد أحمد حشيش، مرجع سابق، ص ٥٨.
(٢) انظر د/ طارق عبد الحليم، بين مقاصد الشريعة ومبادئها ... رد على مقال د/ جاسر عودة، موقع (www.Feghioeb.com).
حيث يذكر سيادته أن «مصطلح مبادئ الشريعة الإسلامية» مصطلح محدث لم يأت له ذكر في أي من كتب الأصول أو القواعد الفقهية فيما ورد لنا عن العلماء الأئمة، إنما هو جديد محدث.....».
(٣) انظر / أحمد محمد أحمد حشيش، مرجع سابق، ص ٥٤، حيث يذكر سيادته أن: «الفقه المصري عامة لم يفتن بعد، إلى فجاجة ازدواج اصطلاح «مبادئ» في مصر، ولا إلى ما حدث من توحيد لهذا الاصطلاح تشريعياً فيها، رغم شواهد هذه الوحدة....».
ثم يقول: «فهذه المبادئ وتلك المبادئ، ليستا شيئين مختلفين عن بعضهما في مصر على الأقل، حيث هما شيء واحد، حتى من الوجهة الدستورية».

قبل الإجابة على هذا التساؤل، سنستعرض مفهوم مبادئ القانون لدى فقهاء القانون ونوضحه وسنرى هل هذا التوضيح أزال الغموض المصاحب لمصطلح مبادئ الشريعة الإسلامية؟

أولاً: مفهوم مبادئ القانون:-

٢٩- اختلف الفقه^(١) حول مفهوم المبادئ العامة للقانون (principes généraux du droit)، فالبعض يحددها بأنها القواعد العامة للقانون، بيد أن العمومية لها معنى خاص غير عمومية القاعدة القانونية التي تعنى قابليتها على حالات غير متناهية وغير محددة من الأشخاص والوقائع^(٢)، بل تعنى فى المبدأ العام، قابليته

(١) V. Alain pellet, Recherche sur les principes généraux de droit en droit international, th. Université de droit, D' Economie et de sciences sociales de paris, 1974, p.15.

V. aussi, Pierre Burnet, les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes, RE ADS, October 2006, p. 208.

V. aussi, Pierre de Montalivet, principes généraux du droit, juris classeur Administratif, Dat Février 2007, n°5, p.3.

(٢) انظر د/ سمير عبد السيد تتاغو، مرجع سابق، فقرة ١٢، ص ٣٨، وانظر د/ عبد

الحى حجازى، محاضرات فى المدخل لدراسة العلوم القانونية، مكتبة عبد الله وهبة عابدين مصر، فقرة ٢٧، ص ٣٢.

وانظر د/ محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى سنة ٢٠١٠م، ص ١٧.

وانظر د/ توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص ١٣.

للانطباق على قواعد قانونية أخرى، بحيث تعتبر القواعد المذكورة تطبيقاً للمبدأ العام، فالمبدأ العام هو قاعدة القواعد^(١).

والبعض يرى أن المقصود بالمبادئ العامة تلك التي يقضى بها العقل الإنساني، مثل مبدأ عدم جواز التكليف بمستحيل^(٢)، ومبدأ من يجب عليه الضمان لا يجوز معه الاسترداد، ومبدأ حيث لا مصلحة لا دعوى، ومبدأ الباطل لا أثر له، بيد أنه أخذ على هذا الرأي أنه يطابق بين المبادئ العامة للقانون والقانون الطبيعي، عن طريق التعبير عن القانون الطبيعي تعبيراً لفظياً محدداً في قواعد تبدو معقولة^(٣).

والبعض يرى أن المبادئ العامة هي التي تتفق مع التقاليد القانونية في دولة معينة، لكن يؤخذ على هذا الرأي أن التقاليد القانونية لا تكون لها قيمة إلا بقدر إسهامها في تكوين العقلية القانونية لرجال القانون.

وانظر د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري باشا ود/ أحمد حشمت أبو ستيت، مرجع سابق،
فقرة ١٠، ص ١٣.

(^١) V. Paul Roubier, théorie généraux de droit; Recueil Sirey, 1946, 2éd. 1951, p. 100.

(^٢) ومن تطبيقاته انفساخ العقد لاستحالة التنفيذ.

(^٣) V. George Ripert, les Forcés créatrices du droit, paris, librairie généraux de droit et de jurisprudence, 1955, VII, p.332.

ويعتقد البعض^(١) «أن الرأي الصحيح في تحديد المقصود بالمبادئ العامة للقانون هو الذى يذهب إلى الربط بين هذه المبادئ وبين الفلسفة العامة السائدة في مجتمع معين. فتكون المبادئ العامة للقانون هي الأفكار التى تصدر عن الفكرة العامة للوجود، أو عن التصور العام للكون والحياة في مجتمع معين، والتى تؤدي إلى استنباط مجموعة القواعد القانونية الوضعية التى تنظم سلوك الأشخاص في هذا المجتمع».

من هذا المنطلق تكون مبادئ القانون هي الأفكار والثقافات والآراء التى سيطرت على الناس واقتنعوا بها، فاندفعوا إلى ترجمتها في صورة قواعد قانونية ملزمة.

فهل يمكن أن تكون مبادئ الشريعة هي نفسها مبادئ القانون وفقاً لهذا المفهوم؟

لا أعتقد ذلك، لأن الشريعة الإسلامية مصدرها الوحي الإلهي^(٢)، وأن ما يقوم به الفقهاء من استنباط للأحكام يتقيدون فيه بالكتاب والسنة، وعلى قدر فهم الفقيه لنصوص الكتاب وإحاطته بالسنة على قدر موافقة رأيه وحكمه لهما^(٣).

(١) انظر د/سمير عبد السيد تتأغو، مرجع سابق، فقرة ٧٩، ص ٢٤٦، وقد اعتمدت في الأساس على هذا المرجع في عرض الآراء السابقة.

(٢) انظر د/ عمر سليمان الأشقر، خصائص الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح، الكويت، الطبعة الأولى، سنة ١٩٨٢، ص ٢٢.

(٣) انظر الشيخ/ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، ١٩٩٦، ص ٥، حيث يقول سيادته: «الشريعة الإسلامية تعتمد على الدين، وتقوم على أساسه، وتسير على هديه. وفقهاء المسلمين مهما تنشعب مسالكهم، وتتنوع مشاربهم، وتتخالف مناهجهم، يتجهون جميعاً صوب الدين، وينهلون من عذبه. كل يقول قوله، ويذهب مذهبه، على أنه شرع الله وفهما لدين الله.....». والمقصود بالشريعة الإسلامية - في هذا القول - الفقه الإسلامى.

وعلى ذلك يكون المصطلح استعير من اللغة القانونية، بيد أنه ليس لهما نفس المعنى، وذلك لاختلاف المحل في كل منهما.

ثانياً: مفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية:-

٣٠- تعددت الآراء وتتنوعت في تحديد مفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية، ولنا ملاحظة مهمة جداً في البداية، مفادها اختلاف مصطلح مبادئ الشريعة الإسلامية الواردة في القانون المدني عن مصطلح مبادئ الشريعة الإسلامية الوارد في الدستور من حيث شخص المخاطب، فالنص الوارد في القانون المدني يخاطب القاضي، الذي يلتزم بتطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية على النزاع المعروض عليه إذا لم يجد نص في التشريع أو العرف، بيد أن النص الوارد في الدستور يخاطب المشرع الذي يجب أن يضع نصب عينيه أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع.

نعود إلى عرض الآراء التي قيلت في تحديد مفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية.

٣١- يرى البعض^(١) أن "المشرع لم يضع تعريفاً للفظ «مبادئ»، ولا وضع تعريفاً «لشريعة الإسلامية» مع وجوب ذلك، خاصة إذا ما كان التعبير واللفظ يستعملان في قانون هام كالقانون المدني ثم استعملا بعد ذلك في الدستور". ونحن لا نختلف مع هذا

انظر في معنى الفقه والشريعة والدين، د/يوسف قاسم، مبادئ الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ١٧.

(١) انظر المستشار/ محمد سعيد العشماوى، الشريعة الإسلامية والقانون المصرى، مكتبة مدبولى، الطبعة الأولى ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م. ص ٢٣.

الرأى، بيد أننا نقرر أن التعاريف هى من عمل الفقه والقضاء^(١)، وليس من عمل المشرع، اللهم إلا إذا تعلق الأمر بتعريف يريد المشرع فرضه ومنع الاجتهاد بشأنه، وهذا ما لم يتحقق فى فرضنا.

ثم يقرر أن المشرع قصد من تعبير مبادئ الشريعة الإسلامية، القواعد الكلية المشتركة بين مذاهب الفقه الإسلامى، ويستدل سيادته على قصد المشرع بما ورد فى الأعمال التحضيرية للقانون المدنى «إن كثيراً من النظريات الحديثة كانت معروفة لدى فقهاء المسلمين»^(٢) ومن قوله: «الشريعة الإسلامية قد ظفرت بمكانة بارزة فى فقه

(١) انظر د/ عصام أنور سليم، هيمنة مبادئ الشريعة الإسلامية على القانون المدنى، المكتب الجامعى الحديث، الطبعة الثانية، طبعة مزيده ومنقحة، عام ٢٠١٢، ص ٢٤، حيث يذكر سيادته أن «ما تقضى به مبادئ الشريعة الإسلامية من أصول عامة كلية وأحكام شرعية قطعية الثبوت والدلالة هى المصدر الرئيسى للتشريع لا يجوز أن يوجد مصدر رئيسى آخر سواه، وإن وجدت مصادر أخرى فهى من قبيل المصادر المادية الثانوية التى متى تعارضت مع المصدر الرسمى الرئيسى الذى هو مبادئ الشريعة الإسلامية جُبِّها».

وانظر أيضاً د/ سامى جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٣، ص ١٤٠، حيث يذكر سيادته أن «مبادئ الشريعة الإسلامية تضم مجموع الأحكام الثابتة القطعية التى شرعها الله تعالى فى القرآن والسنة النبوية الصحيحة، ولا تحتل شكاً ولا تأويلاً، وليست بالتالى موضع اجتهاد، ولا محل خلاف، ولا تتغير بتغير الأحوال أو الزمان أو المكان، ولا يسوغ للمسلمين أن يتفرقوا فيها، وهى تمثل فى مجموعها الأصول والعقائد والمبادئ والأنظمة السياسية والاقتصادية والاجتماعية التى شرعها الله لتنظيم بعض جوانب حياة الفرد والمجتمع على الأرض، بيد أن المشرع (الوضعي) غير مَعْنَى الإِ بجانب المعاملات التى تضم جميع فروع القانون المتفق عليها، وهو بهذا الصدد يلتزم بإعمالها التزاماً كاملاً...».

(٢) انظر الأعمال التحضيرية للقانون المدنى، الجزء الأول، ص ١٨٦.

القانون المقارن^(١)، «إن المادة تتكلم عن مبادئ الشريعة الإسلامية، أى كلياتها، وهى ليست محل خلاف بين الفقهاء»^(٢).

ثم يستخلص نتيجة مفادها أن المشرع قد وقع فى الخلط بين الشريعة والفقہ، وأنه كان يعنى - فى الواقع - كليات الفقہ الإسلامى، أو المبادئ المشتركة بين مذاهب الفقہ الإسلامى عندما استعمل فى التعبير عن ذلك «مبادئ الشريعة الإسلامية»^(٣).

٣٢- والحقيقة أن هذا القول يجافى الصواب، ليس فقط لتفرقته بين الشريعة والفقہ الإسلامى تفرقة تجعل الشريعة مصدرها الوحي الإلهى وبالتالي تتمتع بقدسية، والفقہ الإسلامى من عمل البشر وبالتالي يقبل منه ويرد، ولا يتمتع بأى قدسية^(٤)، ولا أيضاً بجعله المبادئ المشتركة بين مذاهب الفقہ والتى لا يمكن أن تنفصل عن أدلة الشريعة وعلى رأسها «الكتاب والسنة» بمنأى عن الشريعة، وكأن الفقهاء يستنبطون الأحكام من

(١) انظر الأعمال التحضيرية للقانون المدنى، مرجع سابق، ذات الموضع.

(٢) انظر المستشار/ محمد سعيد العشماوى، مرجع سابق، ص ٢٣.

وانظر أيضاً د/ على حسين نجيدة، مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع فى مصر، دار النهضة العربية، ١٩٩٠، ص ١٢، حيث يذكر سيادته فى رده على المستشار/ محمد سعيد العشماوى أن «الشريعة الإسلامية تتفوق - كما هو معلوم - على قواعد القوانين الوضعية من حيث المصدر ومن حيث النطاق ومن حيث الغاية ومن حيث الجزاء».

(٣) انظر المستشار/ محمد سعيد العشماوى، مرجع سابق، ص ٢٣.

(٤) هذا القول فى ظاهره الصواب، أما فى باطنه مجافى للصواب، لاسيما إذا كان الفقيه يستند إلى دليل من الكتاب والسنة ليس محل خلاف فيصبح عندئذ حكماً شرعياً.

وحى خيالاتهم، وبناء على أهوائهم وهذا غير صحيح^(١)، بل اتهمه للمشرع المصرى بالوقوع فى الخلط بين الشريعة والفقه وكأن هذه المؤسسة لم تحظ بفكر يضارع فكره.

(١) انظر د/ عبد الكريم زيدان، الوجيز فى أصول الفقه، مؤسسة قرطبة، الطبعة السادسة ١٩٧٦، ص ٧، حيث يذكر أن استنباط الأحكام الشرعية من مصادرها المعتبرة شرعاً، لا يكون عن هوى وكيفما اتفق، بل لابد من مسالك معينة يسلكها المجتهد، وقواعد يسترشد بها، وضوابط يلتزم بمقتضاها، وبهذا يكون اجتهاده مقبولاً، وصوابه إلى الأحكام الصحيحة ممكناً ميسوراً. وانظر أيضاً د/ يوسف قاسم، مبادئ الفقه الإسلامى، مرجع سابق، ص ٢٣، حيث عبّر بعبارة موجزة عن أن الشريعة هى مجموعة أحكام الدين، بينما الفقه فى صدر الإسلام كان يراد به، العلم بجميع أحكام الدين، ثم أصبح يطلق أخيراً «العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية».

وهو بهذا المعنى يكون الفقه جزء من الشريعة الإسلامية.

وانظر نفس المرجع، ص ٣٧، حيث يذكر سيادته «أن من خصائص الفقه الإسلامى مصدره الوحي الإلهى، حيث أن الأحكام الشرعية العملية (الفقه) مأخوذة مباشرة من النص القرآنى، أو من السنة...».

وانظر أيضاً د/ عباس حسنى حسن، الفقه الإسلامى آفاقه وتطوره، الطبعة الثانية ١٤١٤هـ، فقرة ١٥، ص ٣٨، حيث يذكر سيادته أن «الشريعة الإسلامية إنما هى نصوص محدودة عجيبة من عند العليم الخبير فهى على محدوديتها تعطى أحكاماً لا حدود لها والفقه الإسلامى يستمد وجوده من هذه النصوص المحدودة وهو يشتمل على أحكام غير متناهية لا حدود لها».

وانظر أيضاً د/ محمد مصطفى شلبى، المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى وقواعد الملكية والعقود فيه، مطبعة دار التأليف، ١٣٨٢هـ - ١٩٦٢م، ي ٢٠، حيث يذكر سيادته «أن الفقه أخص من الشريعة وليس مساوياً»، ثم يشير سيادته أن بعض الباحثين يرى أن الشريعة مساوياً للفقه، لأنه اختار أنها «الشريعة الإسلامية» اسملاً لأحكام العملية فقط، وأنها أخص من الدين.

ثم يقول: راجع تفسير المنار، ج ٦، ص ٤١٢ وما بعدها.

٣٣- ويرى البعض^(١) «أن الاسم العلمى لمبادئ الشريعة الإسلامية هو مقاصد الشريعة، ومقاصد الشريعة هى الغايات والمصالح والمعانى والعلل والحكم والأسباب، والتي أتت الشريعة لتحقيقها فى دنيا الناس».

فما المقصود بمقاصد الشريعة؟

٣٤- استنبط الفقهاء - من خلال استقراء - أحكام الشريعة من الكتاب والسنة مقاصد أرادها الله سبحانه وتعالى من المكلفين بأحكامه، ومعرفة هذه المقاصد تسهل على المجتهد الوصول إلى الحكم الشرعى الذى يريده الله من العباد^(٢)، و«مقاصد التشريع العامة هى المعانى والحكم الملحوظة للشارع فى جميع أحوال التشريع أو معظمها؛ بحيث لا تختص ملاحظتها بالكون فى نوع خاص من أحكام الشريعة»^(٣).

وقد تم الرجوع إلى هذا التفسير.

انظر محمد رشيد رضا، تفسير المنار، ١٣٦٦ هـ - ١٩٤٧ م، الطبعة الثانية، المجلد السادس، ص ٤١٣، حيث يقول: «وظاهر من قول قتادة أن الشريعة أخص من الدين إن لم تكن مباينة له، وأنها الأحكام العملية التى تختلف باختلاف الرسل وينسخ لاحقها سباقها، وأن الدين هو الأصول الثابتة التى لا تختلف باختلاف الأنبياء».

(١) انظر جاسر عودة، بين الشريعة الإسلامية، أسئلة لمرحلة ما بعد الثورات على موقع الإنترنت (www.jasserauda.net)، ص ١٨.

(٢) انظر الموافقات للشاطبى، مرجع سابق، الجزء الثانى، ص ٢٦٥.

(٣) انظر الشيخ/ محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، دار الكتاب المصرى، القاهرة، دار الكتاب اللبنانى، بيروت، ٢٠١١، ص ٨٢.

وقد ذكر الشاطبي في كتاب الموافقات أن «تكاليف الشريعة ترجع إلى حفظ مقاصدها في الخلق، وهذه المقاصد لا تعدو ثلاثة أقسام: -

أحدها: أن تكون ضرورية: وهي التي لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد وتهارج وفوت حياة، وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين^(١).

ثم يقول: ومجموع الضروريات خمسة هي: «حفظ الدين، والنفس، والنسل، والمال، والعقل»^(٢).

وأما الحاجيات: فمعناها أنها مفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدى في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب، ومثالها الرخص في العبادات،

وانظر أيضاً د/ أحمد الريسوني، مدخل إلى مقاصد الشريعة، دار الكلمة للنشر والتوزيع، الرباط، الطبعة الأولى ١٤٣١ هـ - ٢٠١٠ م، ص ٧، حيث يعرف مقاصد الشريعة بقوله: «هي المعاني والغايات والآثار والنتائج، التي يتعلق بها الخطاب الشرعي، ويريد من المكلفين السعي والوصول إليها».

(١) انظر الموافقات، للشاطبي، مرجع سابق، ص ٢٦٥، حيث يقول: «والحفظ لها يكون بأمرين: أحدهما: ما يقيم أركانها، ويثبت قواعدها. والثاني: ما يدرأ عنها الاختلال الواقع أو المتوقع فيها».

(٢) انظر أيضاً د/ محمود صالح جابر، سد الذرائع للمحافظة على الضروريات الخمس، دار النفائس، الطبعة الأولى ١٤٣٢ هـ - ٢٠١١ م، ص ٢٣ وما بعدها.

وفى المعاملات كالقراض، والمساواة، والسلم^(١)، وإلغاء التتابع فى العقد على المتبوعات.

وأما التحسينات: فمعناها الأخذ بما يليق من محاسن العادات، وتجنب الأحوال المداسات التى تأنفها الراجحات، كالطهارة فى العبادات، وكالمنع من بيع النجاسات، وفضل الماء والكلاء، وسلب العبد منصب الشهادة والإمام، فى المعاملات^(٢).

٣٥- وإذا صحَّ هذا الرأى فى توضيح مبادئ الشريعة وفقاً لما ورد فى الدستور المصرى، فيجوز للمشرع أن يستنبط ويستلهم فى تشريعاته مقاصد الشريعة الإسلامية، فإنه لا يمكن أن تكفى مقاصد الشريعة لإسعاف القاضى فى الحكم فى المسائل المعروضة عليه التى لا يجد فيها نصاً تشريعياً أو عرفاً، بل يجب عليه أن يتجه صوب الأحكام الشرعية.

٣٦- ويرى البعض^(٣) أن المقصود بمبادئ الشريعة أحكامها المتفق عليها بين المذاهب والتى تمثل كليات الشريعة، فها هو العلامة السنهورى المشارك فى وضع

(١) المعنى الاصطلاحي للقراض هو: دفع مال لمن يتجر به مقابل جزء مشاع معلوم من الربح. وبيع السلم هو: عبارة عن بيع شئ غير موجود فى الوقت الحاضر لكنه سيوجد فى المستقبل، ويوصف بمواصفات دقيقة نافية للجهالة والغرر.

وأما المساواة فهى: «عقد على خدمة شجر ونخل وزرع ونحو ذلك بشرائط مخصوصة». انظر محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تعليق وتحقيق وتخريج محمد صبحى حسن حلاق، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، الطبعة الأولى ١٤١٥ هـ - ، ٢٨، كتاب السلم، ص ٣٨٣، ٣٤ كتاب القراض، ص ٤٤٩، ٣٥، كتاب المساواة، ص ٤٦٣.

القانون المدنى يقول: «أن نص المادة الأولى جعل كل من القاضى والفقير مطالباً أن يستكمل أحكام القانون المدنى، فيما لم يرد به نص ولم يقطع فيه عرف، بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامى، ويجب عليه أن يرجع إلى هذه الأحكام قبل أن يرجع إلى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة، بل لعل أحكام الشريعة الإسلامية، وهى أدق تحديداً

(١) انظر الموافقات للشاطبى، مرجع سابق، المجلد الأول، ص ٢٦٥.

(٢) انظر د/ عبد الرزاق أحمد السنهورى، د/أحمد حشمت أبو ستيت، مرجع سابق، فقرة ٩٢، ص ١٠٧، حيث يذكران سيادتهما أن «مؤدى نص المادة الأولى من القانون المدنى أن القاضى إذا لم يجد نصاً تشريعياً يمكن تطبيقه فيما يثور أمامه من منازعات، فإنه يرجع إلى الشريعة الإسلامية، حتى إذا ما وجد فيها حكماً طبقه مباشرة. وبذلك أصبحت الشريعة الإسلامية، وفى دائرة المعاملات، من بين المصادر الرسمية للقانون المصرى».

وانظر أيضاً د/ سليمان مرقس، مرجع سابق، فقرة ١٥٨، ص ٤٤٤.

حيث يقول: «أن هذه الإحالة على مبادئ الشريعة الإسلامية مقصورة على المسائل التى لا يخضع فيها المصريون إلى أحكام أديانهم، وأن هذه الإحالة واردة على المبادئ الكلية للشريعة الإسلامية لا على أحكامها التفصيلية».

وانظر د/ عبد الحى حجازى، مرجع سابق، فقرة ٢٢٢، ص ٢٠٠، حيث يقول: «أما فيما يتعلق بمبادئ الشريعة الإسلامية التى يرجع إليها عند عدم وجود حل فى التشريع أو العرف فهى المبادئ العامة فى الشريعة الإسلامية دون التقيد بمذهب معين، بشرط ألا يؤخذ من هذه المبادئ إلا ما لا يكون متعارضاً مع المبادئ العامة فى التقنين المدنى».

وانظر د/ توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص ١١٠، حيث يقول: «مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطى إنما هى مصدر عام من مصادر القانون تنطبق أحكامه على الجميع من مسلمين وغير مسلمين، وفى غير نطاق المسائل المعتمدة من الأحوال الشخصية».

وانظر أيضاً د/ حسن كيرة، المدخل إلى القانون، القانون، مرجع سابق، ص ٢٧٨، حيث يذكر سيادته «أن المقصود بذلك هو مبادئ الشريعة وأصولها الكلية وحدها التى لا يختلف جوهرها باختلاف المذاهب. دون حلولها التفصيلية أو أحكامها الجزئية التى تتفاوت الآراء بشأنها بتفاوت المذاهب والفقهاء».

وأكثر انضباطاً من مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة هي التي تحل محل هذه المبادئ والقواعد، فتغنيها عنها في كثير من المواطن»^(١).

٣٧- استنبط البعض^(٢) أهم مبادئ الشريعة الإسلامية نوجزها في الآتي:-

(١) انظر د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، تحديث وتنقيح المستشار/ أحمد مدحت المراغي، دار الشروق، ط ٢٠١٠، فقرة ٣/ ص ٤٨. ثم يقول في هامش ١ من نفس الصفحة: «أما جعل الشريعة الإسلامية هي الأساس الأول الذي يبنى عليه تشريعنا المدني، فلا يزال أمنية من أعز الأمنيات التي تختلج في الصدور، وتتطوى عليها الجوانح، ولكن قبل أن تصبح هذه الأمنية حقيقة واقعة، فينبغي أن تقوم نهضة علمية قوية لدراسة الشريعة الإسلامية في ضوء القانون المقارن، ونرجو أن يكون من وراء جعل الفقه الإسلامي مصدراً رسمياً للقانون الجديد ما يعاون على قيام هذه النهضة». وانظر أيضاً د/ مختار القاضي، أصول القانون، مرجع سابق، ص ٢٠٦، حيث ذكر سيادته «أنه مما يؤسف له أن المشرع أشار إلى العرف قبل مبادئ الشريعة الإسلامية، مع أن العرف هو أحد تطبيقات الشريعة الإسلامية، وهي تفر العرف حتى قالوا: المعروف عرفاً كالمشروع شرعاً، فكان أولى بالمشرع ألا يذكر موضوع العرف مادام العرف مصدراً من مصادر الشريعة الإسلامية نفسها». ثم يقول: «أن المذكرة التفسيرية قد أشارت إلى أن مبادئ الشريعة الإسلامية التي يرجع إليها هي القواعد العامة لا التفصيلية». وانظر أيضاً د/ محمد حسام محمود لطفى، المدخل لدراسة القانون في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، الطبعة السادسة مزيعة ومنقحة، القاهرة عام ٢٠٠٨، القسم الأول، نظرية القانون، ص ٢١٠، حيث يذكر سيادته أن «الفقهاء قد خلصوا من هذا كله إلى أن المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية هي الأحكام العامة الكلية الأساسية التي لا تكون محلاً للخلاف بين المذاهب دون التفصيلات المتغيرة بتغير ظروف كل مجتمع وشئونه». انظر د/ أسامة أبو الحسن، المادة الثانية من الدستور المصرى بين قضاء النقض والدستورية العليا، مقال له منشور في مجلة القضاء، س ٣ عدد مايو - يونية سنة ١٩٨٨، حيث يذكر سيادته «أن استخدام مبادئ الشريعة الإسلامية وليس الشريعة الإسلامية يشير - من وجهة نظر سيادته - إلى التفرقة بين الأحكام الثابتة في الشريعة الإسلامية وبين الأحكام الاجتهادية القابلة للتغيير وفقاً لاعتبارات الزمان والمكان، فالقانون يجب أن لا يخالف الأحكام الثابتة التي لا تقبل التغيير، ولكنه يستطيع مخالفة الأحكام الاجتهادية طالما أن الظروف الحالية تقتضى ذلك».

(٢) انظر د/ محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامى تاريخه ومصادره ونظريات العامة، دار الكتاب الحديث، الطبعة الثانية، ١٩٩٦، ص ٢٠، وانظر د/ محمد مصطفى شلبى، المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى وقواعد الملكية، مرجع سابق، ص ٢٤٤، وانظر د/ عبد المنعم

١- مبدأ العقيدة الصحيحة أو مبدأ التوحيد: حيث يقول تعالى فى كتابه العزيز:

﴿قُلْ يَا أَهْلَ الْكِتَابِ تَعَالَوْا إِلَى كَلِمَةٍ سَوَاءٍ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ أَلَّا نَعْبُدَ إِلَّا اللَّهَ وَلَا نُشْرِكَ بِهِ شَيْئًا وَلَا يَتَّخِذَ بَعْضُنَا بَعْضًا أَرْبَابًا مِّنْ دُونِ اللَّهِ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَقُولُوا اشْهَدُوا بِأَنَّا مُسْلِمُونَ﴾^(١).

٢- مبدأ نفى الوساطة بين العباد وخالقهم: ﴿وَإِذَا سَأَلَكَ عِبَادِي عَنِّي فَإِنِّي قَرِيبٌ

أُجِيبُ دَعْوَةَ الدَّاعِ إِذَا دَعَانِ﴾^(٢).

٣- مبدأ الأخوة: ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ﴾^(٣).

٤- مبدأ التكافل الاجتماعى: ﴿وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ. لِلسَّائِلِ

وَالْمَحْرُومِ﴾^(٤).

٥- مبدأ المساواة والعدالة: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِّنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ

شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾^(٥).

فرج الصدة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى فى المعاملات المالية،
الجزء الأول، ١٩٩٥، فقرة ٤٦٥، ص ٦٥.

(١) سورة آل عمران، آية ٦٤.

(٢) سورة البقرة، آية ١٨٦.

(٣) سورة الحجرات، آية ١٠.

(٤) سورة المعارج، آيتين ٢٤، ٢٥.

(٥) سورة الحجرات، آية ١٣.

٦- مبدأ الشورى: «وَأْمُرْهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ»^(١)، «وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ»^(٢).

٧- مبدأ الحرية، سواء حرية الرأي أو حرية العقيدة: «لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ»^(٣)،

وقول الرسول صلى الله عليه وسلم «لا يكن أحدكم إمعة يقول: أنا مع الناس، إن أحسن الناس أحسنت، وإن أسأؤوا أسأت، ولكن وطنوا أنفسكم، إن أحسن الناس أن تحسنوا، وإن أسأؤوا ألا تظلموا»^(٤).

٨- مبدأ التضامن في المسؤولية: حيث تأخذ الشريعة الإسلامية بمبدأ من أسمى

المبادئ تقتضيه الأخوة القائمة بين أفراد الجماعة، وهو مبدأ المسؤولية المشتركة أو التضامنية عما يقع من أحدهم من مخالفات أو تقصيرات تمس حقوق الجماعة وأمنها ونظامها، بحيث يشعر الجميع بمسؤولية بعضهم عن بعض^(٥).

(١) سورة الشورى، آية ٣٨.

(٢) سورة آل عمران، آية ١٥٩.

(٣) سورة البقرة، آية ٢٥٦.

وانظر أيضاً د/ عبد المنعم فرج الصدة، مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في المعاملات، مرجع سابق، فقرة ٤٧، فقرة ٤٨، ص ٦٦، ص ٦٧. حيث يشير إلى مبدأ في الإسلام ألا وهو إنكار الطبقية، حيث لا تعترف الشريعة بنظام الطبقات على أساس الغنى والفقر، وإنما يكون الفضل بالتقوى والعمل الصالح، وتأبى الشريعة أن يكون الناس طبقات على أساس النسب.

(٤) رواه الترمذى في سننه، حديث رقم ٢٠٠٧، من حديث حذيفة، وقال حديث حسن غريب.

(٥) انظر د/ عبد المنعم فرج الصدة، مقارنة بين الشريعة والقانون الوضعي، مرجع سابق، فقرة ٥١، ص ٧١، حيث يذكر أن هذه المسؤولية تتحقق فيما هو مفروض على أفراد الجماعة من واجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. وهو ما يسمى بالدفاع الشرعي العام تمييزاً له عن دفع الصائل باعتباره دفاعاً شرعياً خاصاً. وفيه يقول سبحانه وتعالى: «وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ

٩- مبدأ مداومة استثمار المال لخير المجتمع: ﴿وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ

وَلَا يَنْفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾^(١).

١٠- مبدأ الجمع بين مصالح الدنيا والآخرة: ﴿وَابْتَغِ فِيهَا آتَاكَ اللَّهُ الدَّارَ الْآخِرَةَ

وَلَا تَتَسَنَّصِيكَ مِنَ الدُّنْيَا﴾^(٢).

١١- مبدأ النظر العقلي لتحصيل الإيمان^(٣): ﴿وَقَالُوا لَوْ كُنَّا نَسْمَعُ أَوْ نَعْقِلُ مَا

كُنَّا فِي أَصْحَابِ السَّعِيرِ﴾^(٤).

يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾ سورة آل عمران، آية ١٠٤.

(١) سورة التوبة، آية ٣٤.

وانظر في تفسير هذه الآية، تفسير المنار، الجزء العاشر، مرجع سابق، ص ٤٧٢.

(٢) سورة القصص، الآية ٧٧.

وانظر هذا المبدأ لدى د/ عبد الحميد متولى، الشريعة الإسلامية كمصدر أساسى للدستور، منشأة دار المعارف بالإسكندرية، ص ٥٤.

(٣) انظر الإمام الشيخ/ محمد عبده، الإسلام والنصرانية مع العلم والمدنية، دار الحداثة، الطبعة الثالثة، سنة ١٩٨٨، ص ٦٩، حيث يذكر سيادته أن أول أساس وضع عليه الإسلام هو النظر العقلي. والنظر عنده هو وسيلة الإيمان الصحيح، ثم يتكلم عن الأصل الثانى: تقديم العقل على ظاهر الشرع عند التعارض، والأصل الثالث: البعد عن التكفير، والأصل الرابع: الاعتبار لسنن الله فى الخلق، والأصل الخامس: قلب السلطة الدينية : أي هدم السلطة الدينية مستنداً بقوله تعالى: ﴿فَذَكِّرْ إِنَّمَا أَنْتَ مُذَكِّرٌ. لَسْتَ عَلَيْهِمْ بِمُصَيِّرٍ﴾ سورة الغاشية الآيتين ٢١، ٢٢.

(٤) سورة الملك، آية ١٠.

المطلب الثاني

المفهوم الفقهي المغاير والمفهوم المختار

نستعرض في هذا المطلب مفهوماً للبعض^(١) يختلف عن الآراء السابقة، ثم

نعرض للمفهوم المختار من وجهة نظرنا على النحو التالي:

أولاً: المفهوم الفقهي المغاير:

٣٨- أقر هذا الرأي أن كلمة مبادئ الشريعة الإسلامية هو اصطلاح قانوني لم

تعرفه الشريعة، وإذا كانت هذه حقيقة واقعة، فلا بد أن يكون لهذا المصطلح ما يقابله في

القرآن الكريم انطلاقاً من قول الله سبحانه وتعالى: ﴿مَا فَرَطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ﴾^(٢)،

(١) انظر د/ أحمد محمد أحمد حشيش، مرجع سابق، ص ٨٥.

ولم نستعرض هذا الرأي في المطلب الأول لسببين اثنين هما:

السبب الأول: سبب موضوعي أن هذا الرأي يخالف الآراء السابقة جميعها في توضيح المقصود بمبادئ الشريعة.

السبب الثاني: شكلي، حتى يكون هناك توازن في الحجم بين المطلب الأول والثاني.

(٢) سورة الأنعام، آية ٣٨.

وقد ورد في تفسير ﴿مَا فَرَطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ﴾ قولان: أحدهما أنه اللوح المحفوظ. روى ابن أبي طلحة عن ابن عباس: ما تركنا شيئاً إلا وقد كتبناه في أم الكتاب، وإلى هذا المعنى ذهب قتادة، وابن زيد. والثاني: أنه القرآن. روى عطاء عن ابن عباس: ما تركنا من شيء إلا وقد بيناه لكم. فعلى هذا يكون من العام الذي أريد به الخاص، فيكون بمعنى: ما فرطنا في شيء بكم إليه حاجة إلا وبيناه في الكتاب، إما نصاً، وإما مجملاً، وإما دلالة، كقوله تعالى:

وقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تِبْيَانًا لِّكُلِّ شَيْءٍ﴾^(١)، فما هو هذا المصطلح القرآني الذي يقابل المصطلح القانوني مبادئ الشريعة الإسلامية؟

يجيب هذا الرأي^(٢) عن هذا التساؤل بقوله: لفظ «مبادئ» في القانون المصري يقابله قرآنياً، اصطلاح قرآني خاص، هو اصطلاح «آيات محكمات»، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي أَنْزَلَ عَلَيْكَ الْكِتَابَ مِنْهُ آيَاتٌ مُحْكَمَاتٌ هُنَّ أُمُّ الْكِتَابِ﴾^(٣). ثم يقول: «فالمستفاد تأويلياً من هذا النص، أن من آيات الكتاب ما هن آيات حاكمة له جملة وتفصيلاً، وبالتالي فهي مبادئ له، ومبادئ – إذاً – للقرآن، ومبادئ للشريعة بوجه عام».

﴿وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تِبْيَانًا لِّكُلِّ شَيْءٍ﴾ «النحل، ٨٩». أى لكل شئ تحتاج إليه في أمر الدين. ولعل هذا المعنى الثاني هو ما قصد إليه الكاتب.

انظر الإمام أبي الفرج جمال الدين عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي القرشي البغدادي، زاد المسير في علم التفسير، المكتب الإسلامي، دار ابن حزم، الطبعة الأولى الجديدة، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م، ص ٤٣٦.

(١) سورة النحل، بعض من آية ٨٩.

وقد جاء في تفسير ذلك، قال الزجاج: التبيان: اسمفي معنى البيان. فأما قوله تعالى ﴿لِّكُلِّ شَيْءٍ﴾ فقال: العلماء بالمعاني يعني لكل شئ من أمور الدين، إما بالنص عليه، أو بالإحالة على ما يوجب العلم، مثل بيان رسول الله صلى الله عليه وسلم أو إجماع المسلمين.

انظر زاد المسير، مرجع سابق، ص ٧٩٠.

(٢) انظر د/ أحمد محمد أحمد حشيش، مرجع سابق، فقرة ٤٨، ص ٨٦.

(٣) سورة آل عمران، بعض من آية (٧).

وهذه الآيات المحكمات «هَنَّ أُمُّ الْكِتَابِ»، أى أساسه المبدئى، أى الأساس المبدئى للكتاب، وبالتالي الأساس المبدئى للقرآن، وللشريعة بوجه عام. والأساس المبدئى هو اختصاراً واصطلاحاً «المبادئ»^(١).

فما المقصود بالآيات المحكمات التى هن أم الكتاب؟

٣٩- بادئ ذى بدء نشير إلى أن القرآن الكريم قد نزل كله محكماً، وفى هذا يقول الله تعالى: «الرَّ كِتَابٌ أَحْكَمْتُ آيَاتُهُ....»^(٢) وهو من إحكام النظم وإتقانه أو من الحكمة التى اشتملت آياته عليها، كما أنه قد وصفه ربنا سبحانه وتعالى بالمتشابهة: «اللَّهُ نَزَّلَ أَحْسَنَ الْحَدِيثِ كِتَابًا مُتَشَابِهًا»^(٣) أى يشبه بعضه بعضاً فى هدايته، وبلاغته وسلامته من التناقض والتفاوت والاختلاف، وهذا ما أكد عليه الله سبحانه وتعالى بقوله: «أَفَلَا يَتَذَكَّرُونَ الْقُرْآنَ وَلَوْ كَانَ مِنْ عِنْدِ غَيْرِ اللَّهِ لَوَجَدُوا فِيهِ اخْتِلَافًا كَثِيرًا»^(٤).

(١) انظر د/ أحمد محمد أحمد حشيش، مرجع سابق، فقرة ٤٩، ص ٨٦.
وقد جاء فى معنى «أُمُّ الْكِتَابِ» أصله. قاله ابن عباس، وابن جبير، فكانه قال: هن أصل الكتاب اللواتى يعمل عليهن فى الأحكام ومجمع الحلال والحرام.
انظر الجوزي، فى زاد المسير فى علم التفسير، مرجع سابق، ص ١٧٨.
وانظر أيضاً د/ محمد سليمان عيد الله الأشقر، زُيْدَةُ التفسير بهامش مصحف المدينة، دار الأوقاف والشئون الإسلامية، إدارة الشئون الإسلامية، دولة قطر، ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م، ص ٥٠، حيث قال: «هَنَّ أُمُّ الْكِتَابِ» أى: أصله الذى يعتمد عليه، ويرد ما خالفه إليه.
(٢) سورة هود، بعض من آية (١).
(٣) سورة الزمر، بعض من آية (٢٣).
(٤) سورة النساء، آية (٨٢). وانظر تفسير المنار، مرجع سابق، ص ١٦٣.

٤٠- بيد أن الآية السابعة في سورة آل عمران^(١) تشير إلى معنى خاص للمحكم

والمتشابه فما هو؟

اختلف العلماء في تحديد المقصود بالمحكم والمتشابه على أقوال هي:-

١- المحكمات من آي القرآن ما عرف تأويله وفهم معناه وتفسيره، والمتشابه ما لم يكن لأحد إلى علمه سبيل مما استأثر الله تعالى بعلمه دون خلقه، قال بعضهم وذلك مثل وقت قيام الساعة، وخروج يأجوج ومأجوج والدجال وعيسى، ونحو الحروف المقطعة في أوائل السور.

ويقول القرطبي: هذا أحسن ما قيل في المتشابه^(٢).

٢- المحكمات هي قوله تعالى: ﴿قُلْ تَعَالَوْا أَتْلُ مَا حَرَّمَ رَبُّكُمْ عَلَيْكُمْ أَلَّا تُشْرِكُوا

....﴾^(٣) إلى آخر الآية والآيتين اللتين بعدها والمتشابهات هي التي تشابهت على

(١) ﴿هُوَ الَّذِي أَنْزَلَ عَلَيْكَ الْكِتَابَ مِنْهُ آيَاتٌ مُحْكَمَاتٌ هُنَّ أُمُّ الْكِتَابِ وَأُخَرُ مُتَشَابِهَاتٌ﴾ سورة آل عمران، آية ٧.

(٢) انظر أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، راجعه وضبطه وعلق عليه د/ محمد إبراهيم الحفناوي، وخرج أحاديثه د/ محمود حامد عثمان، دار الحديث، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م، الجزء الثالث، ص ٣٨٦.

(٣) سورة الأنعام، آية ١٥١، ١٥٢، ١٥٣، والتي تنص على الوصايا العشر. وانظر أيضاً تفسير الكشاف، مرجع سابق، ص ١٦١، حث يقول: «محكمات أحكمت عبارتها بأن حفظت من الاحتمال والاشتباه متشابهات مشتبهات محتملات ﴿هُنَّ أُمُّ الْكِتَابِ﴾ أى أصل الكتاب تحمل المتشابهات عليها وترد إليها».

اليهود وهى أسماء حروف الهجاء المذكورة فى أوائل السور وذلك لأنهم أولوها على حساب المجل فطلبوا أن يستخرجوا منها مدة بقاء هذه الأمة فاختلف الأمر عليهم واشتبه^(١).

٣- المحكم هو الناسخ والمتشابه هو المنسوخ، قاله ابن مسعود، وابن عباس، وقتاده، والسدى وآخرين^(٢).

وانظر أيضاً جلال الدين عبد الرحمن السيوطى، الإتقان فى علوم القرآن، تحقيق أحمد بن على، دار الحديث، القاهرة، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م، الجزء الثالث، ص ٥، وقد عرض عدة أقوال فى المحكم والمتشابه لا تختلف عما ذكرناه فى المتن ونكتفى بقوله: «المحكم الفرائض والوعد والوعيد، والمتشابه القصص والأمثال.

وقوله: «أخرج الفريابي عن مجاهد قال: المحكمات ما فيه الحلال والحرام، وما سوى ذلك منه متشابه يصدق بعضه بعضاً».

وانظر أبو جعفر محمد بن جرير الطبرى، جامع البيان عن تأويل أى القرآن والمشهور بتفسير الطبرى، تحقيق د/عبد الله بن عبد المحسن التركى بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات العربية، دار هجر للطباعة والنشر، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، القاهرة، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م، ص ١٨٨، حيث يقول: «وأما المحكمات، فإنهن اللواتى أحكمن بالبيان والتفصيل، وأثبت حجتهم وأدلتهم على ما جعلن أدلة عليه من حلال وحرام، ووعد وعيد وثواب وعقاب وأمر وزجر، وخبر ومثل، وعظة وعبر، وما أشبه ذلك، وأم الكتاب أى أصل الكتاب الذى فيه عماد الدين والفرائض والحدود وسائر ما يحتاجون إليه فى عاجلهم وآجلهم».

(١) انظر تفسير المنار، مرجع سابق، ص ١٦٣، حيث يذكر أن هذا القول مروي عن ابن عباس رضى الله عنهما، وزعم الفخر الرازى أن المراد به أن «المحكم ما لا يختلف فيه الشرائع كالوصايا فى تلك الآيات الثلاثة والمتشابه ما يسمى بالمجمل أو هو ما تكون دلالة اللفظ بالنسبة إليه وإلى غيره على السوية إلا بدليل منفصل. وهذا رأى مستقل يجعل المعنى الخاص عاماً وهو لا يفهم من هذه الرواية».

(٢) انظر زاد المسير فى علم التفسير، مرجع سابق، ص ١٧٧.

٤- المحكم ما كان قائماً بنفسه لا يحتاج إلى استدلال، والمتشابه ما لم يقم بنفسه

واححتاج إلى استدلال^(١).

٥- الآيات المحكمات هي ما أحكم الله فيها بيان حلاله وحرامه، والمتشابه منها

ما أشبه بعضه بعضاً في المعاني وإن اختلفت ألفاظه^(٢).

٦- المحكم من آي الكتاب ما لم يحتمل من التأويل إلا وجهاً واحداً، والمتشابه ما

احتمل من التأويل أوجه^(٣).

٧- المحكم جميع القرآن غير الحروف المقطعة، والمتشابه الحروف المقطعة^(٤).

(١) انظر أبو جعفر أحمد بن محمد بن إسماعيل النحاسي، معاني القرآن الكريم، المحقق محمد على الصابوني، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، الطبعة الأولى ١٤٠٩ هـ، ص ٦٩، حيث قال وأجمع هذه الأقوال هي ما ذكرته في المتن.

(٢) انظر تفسير المنار، مرجع سابق، ص ١٦٤، حيث ينسب هذا القول إلى ابن جرير عن مجاهد وعبارته عنده: محكمات ما فيه من الحلال والحرام وما سوى ذلك فهو متشابه يصرف بعضه بعضاً.

(٣) انظر زاد المسير في علم التفسير، مرجع سابق، ١٧٨، وعزاه إلى ابن الأثير. وانظر أيضاً تفسير المنار، مرجع سابق، ص ١٦٤، حيث يقول «أن هذا الرأي رواه ابن جرير عن محمد بن جعفر ابن الزبير وعبارته عنده هكذا: آيات محكمات هن حجة الرب وعصمة العباد ودفع الخصوم والباطل، ليس لها تصريح ولا تحريف عما وضعت عليه وأخر متشابهة في الصدق لهن تصريح وتحريف وتأويل ابتلى الله فيهن العباد كما ابتلاهم في الحلال والحرام، لا يصرفن إلى الباطل ولا يحرفن عن الحق، ثم يقول: وعبرة ابن جرير في حكايته عنه تجعل المحكم المعنى النص عند الأصوليين والمتشابه ما يقابله».

(٤) انظر زاد المسير في علم التفسير، مرجع سابق، ص ١٧٨.

من خلال هذه التعاريف يتضح أن الآيات المحكمات التى تعبر عن مصطلح مبادئ الشريعة الإسلامية هى الآيات التى تتحدث عن الحلال والحرام والتى لا تحتل تأويلاً ولا تحريفاً، وتكون مبادئ الشريعة الإسلامية وفقاً لهذا الطرح هى أحكام الشريعة التى هى محل اتفاق بين الفقهاء سواء كانت هذه الأحكام منصوص عليها فى القرآن الكريم، أم فى السنة النبوية مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمُ عَنْهُ فَانْتَهُوا﴾^(١). ويكون هذا رأى قد اتفق من حيث لا يحتسب مع التفسير الذى قالت به المحكمة الدستورية، وبحسب لهذا رأى تأصيله لهذا المصطلح قرآنياً، وإضافة أحكام الشريعة ظنية الدلالة إلى مفهوم القضاء الدستوري لمبادئ الشريعة^(٢).

(١) سورة الحشر، بعض من آية (٧).

وانظر تفسير ابن كثير، مرجع سابق، الجزء الثامن الحديث - الناس، ص ٦٧، حيث ذكر فى تفسير قوله تعالى: ﴿وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمُ عَنْهُ فَانْتَهُوا﴾ أى: «مهما أمركم به فافعلوه، ومهما نهاكم عنه فاجتنبوه، فإنه إنما يأمر بخير وإنما ينهى عن شر». ثم يقول: وقد ثبت فى الصحيحين أيضاً عن أبى هريرة، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «إذا أمرتكم بأمر فائتوا منه ما استطعتم، وما نهيتكم عنه فاجتنبوه»، صحيح البخارى برقم ٧٢٨٨، وصحيح مسلم برقم ١٣٣٧.

(٢) انظر نفس رأى أو قريب منه، د/بهاء الدين محمود محمد منصور، فى تفسير المادة الثانية من الدستور المصرى، مجلة الأزهر الصادرة عن مجمع البحوث الإسلامية، عدد جمادى الأولى ١٤٣٤ هـ - أبريل ٢٠١٣م، حيث يذكر أن الآيات المحكمات فى القرآن الكريم ينبع منها المبادئ والأحكام الأساس فى الدين الإسلامى عقيدة وشريعة وعبادات، وأن هذه الآيات المحكمات هى قطعية النص قطعية الدلالة، وهى تستوجب الأخذ بالسنة النبوية المشرفة

ثانياً: المفهوم المختار:

- ٤١- بعد استعراضنا لكل ما قيل فى تحديد مبادئ الشريعة الإسلامية، لنا أن نتساءل، هل مبادئ الشريعة هى أحكام الشريعة أم مقاصد الشريعة؟ وإذا كان الأمر كذلك، فلماذا استخدم المشرع المدنى ومن بعده المشرع الدستورى هذا المصطلح؟
- ٤٢- بادئ ذى بدء نقرر أن المشرع المدنى قد استعمل أحكام الشريعة فى أكثر من نص سنذكرها ثم نوضح الفرق:-

- ١- تنص المادة ٣٢ من القانون المدنى على أن: « يسري في شأن المفقود والغائب الأحكام المقررة في قوانين خاصة، فان لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية».
- وكان قانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ بشأن إصدار المحاكم الحسبية، ينص فى المواد (٥٠ وما بعدها) على من هو الغائب، وكيف يدير أموره ومتى تنتهى الغيبة، إلى غير

المأخوذة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث تبين أنها ليست إلا وحى يوحى من عند الله (سورة النجم الآيات ١-٥) ولذلك أمر الله عباده بالالتزام بالسنة فى الآية المحكمة «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا» (سورة النساء، آية ٥٩).

ذلك من المسائل^(١)، كما كان قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، ينص على أحكام المفقود في المواد (٢١ وما بعدها) من القانون^(٢)، ثم صدر القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢، فنص في المواد (٧٤ وما بعدها) على أحكام الغيبة^(٣).

(١) تنص المادة ٥٠ من قانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٩ على أن: «الغائب هو كل شخص كامل الأهلية لا تعرف حياته أو مماته، أو تكون حياته محققة ولكنه هجر موطنه راضياً أو مرغماً، وحالت ظروف قاهرة دون إدارته شؤون نفسه أو بوكيل عنه مدة أكثر من سنة، وترتب على ذلك أن تعطلت مصالحه أو مصالح غيره».

(٢) تنص المادة ٢١ - مستبدلة بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢، ثم استبدلت الفقرة الثانية بالقانون رقم (٢) لسنة ٢٠٠٦ على أن: «يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنوات من تاريخ فقده. ويعتبر المفقود ميتاً بعد مضي خمسة عشر يوماً على الأقل من تاريخ فقده، في حالة إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت أو كان في طائرة سقطت، وبعد مضي سنة إذا كان من أفراد القوات المسلحة وقد أثناء العمليات الحربية. ويصدر رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع بحسب الأحوال وبعد التحري واستظهار القرائن التي يغلب معها الهلاك قراراً بأسماء المفقودين الذين اعتبروا أمواتاً في حكم الفقرة السابقة ويقوم هذا القرار مقام الحكم بموت المفقود. وفي الأحوال الأخرى يفوض أمر تحديد المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضي. على ألا تقل عن أربع سنوات وذلك بعد التحري عنه بجميع الطرق الممكنة والموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حياً أو ميتاً».

(٣) تنص المادة ٧٤ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أن «تقيم المحكمة وكيلاً عن الغائب كامل الأهلية في الأحوال الآتية: متى كانت قد انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه وترتب على ذلك تعطيل مصالحه. (أولاً) إذا كان مفقوداً لا تعرف حياته أو مماته. (ثانياً) إذا لم يكن له محل إقامة ولا موطن معلوم أو كان له محل إقامة أو موطن معلوم خارج المملكة المصرية. واستحال عليه أن يتولى شؤنه بنفسه أو أن يشرف على من يُنيبه في إدارتها».

٢- تنص المادة ٨٧٥ من القانون المدني على أن : «تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها».

ونجد قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣، ينظم أحكام المواريث، وقد اختيرت أحكامه من المذاهب الإسلامية المختلفة^(١)، ويكون المشرع المدني قد أحال على هذا القانون الذي يستقي نصوصه من أحكام الشريعة الإسلامية.

٣- تنص المادة ٩١٥ من القانون المدني على أن:- «تسري على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها»^(٢).

هذه النصوص الثلاثة التي عُدل فيها المشرع المدني عن مصطلح «مبادئ الشريعة الإسلامية». واستخدم مصطلح أحكام الشريعة الإسلامية علي نحو فسره

(١) انظر الشيخ/ محمد أبو زهرة، التركات والمواريث، دار الفكر العربي، ١٣٨٣هـ - ١٩٦٣م، فقرة ١٥٧، ص ١٧٨ على سبيل المثال لبيان اعتماد القانون على أكثر من رأى في المسألة الواحدة. وانظر أيضاً د/ يوسف قاسم، الحقوق المتعلقة بالتركة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م، فقرة ٢٠، ص ١٩، حيث يذكر سيادته أن قانون المواريث أخذ بمذهب جمهور الفقهاء الذين يتوسعون في مدلول التركة، ولم يأخذ بمذهب الحنفية، وانظر أيضاً فقرة ٤١، ص ٣٢، حيث يوضح سيادته أن قانون المواريث المصري أخذ بالمذهب الحنبلي الذي يقول بتقديم حق المتوفى على حقوق الدائنين أيا كانت هذه الحقوق، وانظر أيضاً فقرة ٨٥، ص ٥٣، حيث يرى سيادته أن قانون المواريث قد أخذ بما قال به فقهاء مذهب الشافعي من أن وقت الوفاة هو وقت استحقاق الإرث، دون تفرقة بين التركة المدينة وغير المدينة.

هذه بعض أمثلة تفيد أن قانون المواريث لم يعول على مذهب واحد، بل أخذ بكل رأى يصلح تطبيقه في هذا الزمان وبحقق اليسر ورفع الحرج.

(٢) انظر الشيخ/ محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، مكتبة الأنجلو المصرية، ١٣٦٩هـ - ١٩٥٠م، فقرة ١٦، ص ١٧، لتعلم أن قانون الوصية أخذ بأراء فقهية مختلفة، فقرة ١٧، ١٨، ١٩، حيث عرض لمسائل في الوصية أخذ القانون فيها برأى الجمهور.

البعض^(١) بأن مبادئ الشريعة لا يمكن أن تكون أحكام الشريعة، حتى ولو كانت الأحكام المتفق عليها، أو وفقاً لمصطلح المحكمة الدستورية الأحكام قطعية الثبوت وقطعية الدلالة معاً^(٢) فهل هذا الكلام صحيح؟

٤٣ - نحن لا نتفق مع هذا الطرح فيما ذهب إليه، ولنا في ذلك أدلة نستند إليها ونعول عليها، وإن كنا نقر بأن استخدام المشرع لمصطلح أحكام الشريعة في هذه النصوص الثلاثة ينم على دقة اصطلاحية بالغة، بيد أننا لا نفسر ذلك بأن هذه التفرقة تحجبنا عن اعتبار مبادئ الشريعة هي الأحكام وذلك للأدلة الآتية:-

أ - هذه النصوص الثلاثة تتكلم عن موضوعات محددة يعرفها المشرع وقت النص عليها وهي (أحكام المفقود والغائب - أحكام المواريث - الوصايا)، ويعرف أن هناك قوانين تنظمها، ويعلم أن هذه القوانين استقت نصوصها من المذاهب الفقهية المختلفة، لذلك كان مناسباً أن يستخدم فيها مصطلح أحكام الشريعة، بعكس النص في المادة الأولى التي تتكلم عن حكم عام، إذا لم يوجد نص تشريعي أو عرف ينظم مسألة من المسائل لجأ القاضى إلى مبادئ الشريعة، وهذا ينم على دقة اصطلاحية بالغة، أنه

(١) انظر د/ أحمد محمد حشيش، مرجع سابق، فقرة ١٤، ص ٢٨، حيث يقول: «كان القانون المدنى الصادر برقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ ومازال يُفرق بدقة اصطلاحية بالغة، بين مبادئ الشريعة تلك «المبادئ» المنصوص عليها صراحة في المادة ١/ف٢ منه، وبين أحكام الشريعة تلك «الأحكام» المنصوص عليها - مثلاً - في المادتين ١/٨٧٥ و ٩١٥ من ذات القانون. إذن التفرقة بين مبادئ الشريعة وأحكام الشريعة، هي تفرقة مقننة ضمناً في القانون المصرى منذ ثلثى قرن، ومستقرة قانوناً.

ثم يقول في فقرة ١٥، ص ٣٢، «ولا يجوز - من باب أولى - الاحتيال القضائى على مفهومها، ولو بالاستعاضة عن مبادئ الشريعة بأحكام الشريعة، بل - حتى - الاستعاضة عنها بفكرة الأحكام القطعية، ثم نسبة هذا الاستبدال إلى قصد المشرع الدستورى الذى لم يقصده أصلاً».

(٢) راجع حكم المحكمة الدستورية، سابق الإشارة إليه.

لم يقل أحكام الشريعة لأن معنى ذلك أن القاضى سيكون أمامه أحكام المذاهب المختلفة التى تختلف من مذهب إلى آخر والتى إذا تبنى القاضى أحد هذه الأحكام قد يتبنى غيره حكماً آخر وهذا يؤدى إلى اضطراب فى التعامل.

ب - يدعم ما ذهبنا إليه - فى النقطة الأولى - ما ورد فى الأعمال التحضيرية للقانون المدنى أن لجنة مراجعة المشروع (وباقتراح من الفقيه الكبير د/السنهورى جعلت نص الفقرة الثانية من المادة الأولى أنه إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه، حكم القاضى بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون، دون تقييد بمذهب معين، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة.

بيد أنه عند نظر هذا النص فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اعترض الأستاذ حلمى عيسى على حكم الإحالة على مبادئ الشريعة الإسلامية دون تقييد بمذهب معين قائلاً أن ذلك يحدث اضطراباً بين الأحكام لاختلاف المذاهب.

وأيده الأستاذ محمد العشماوى فى ذلك وأضاف أنه يقترح الإحالة على مبادئ الشريعة بدون قيد، لأن جوهر مبادئ الشريعة لا خلاف فيه^(١).

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية، ص ١٩٠-١٩٢. وقد أجاب الدكتور/ السنهورى عن هذه المناقشة بقوله: «أن المادة تتكلم عن مبادئ الشريعة أى كلياتها، وهى ليست محل خلاف بين الفقهاء».

ج - ما جاء على لسان الفقيه الكبير أ د/ عبد الرزاق السنهوري أحد المشاركين في وضع القانون المدني، وأحد الذين صاغوا المادة الأولى بقوله: «كل من الفقيه والقاضي أصبح الآن مطالباً أن يستكمل أحكام القانون المدني، فيما لم يرد فيه نص ولم يقطع فيه عرف، بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي»^(١).

فهذه المغايرة في استعمال مصطلحين مختلفين لها ما ما يبررها - كما أوضحت سابقاً - فما المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية؟

٤٤ - لا مرأ أن مصطلح مبادئ الشريعة الإسلامية مصطلحاً مرناً وفضفاضاً، ولا يمكن بحال من الأحوال أن تستوعبه أحكام الشريعة الإسلامية قطعية الثبوت قطعية الدلالة، وهذا ما فطنت إليه المحكمة الدستورية عندما قالت «الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالاتها، تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية، وأصولها الثابتة التي لا تحتل تأويلاً أو تبديلاً، ولا يمكن لنص تشريعي أن يخالفها، حيث إن هذه الأحكام لا تتغير تبعاً لتغير الزمان والمكان، إذ هي عصية على التعديل، ولا يجوز الخروج عليها، أو الالتواء بها عن معناها»^(٢).

(١) انظر د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، مرجع سابق، فقرة ٣، ص ٤٨.

(٢) انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٨ لسنة ١٧ ق، سابق الإشارة إليه.

هذا القول - فى نظرى - معناه أن المحكمة لم تعتبر مبادئ الشريعة هى أحكام الشريعة قطعية الثبوت قطعية الدلالة، بل اعتبرت أن هذه الأحكام هى التطبيق العملى المتفق عليه فى الشريعة الإسلامية لمبادئها الكلية والتي يمتنع معه الاجتهاد، أما ما عداها من الأحكام ظنية الثبوت أو ظنية الدلالة أو ظنية الثبوت والدلالة معاً هى من مبادئ الشريعة الإسلامية أيضاً ولكنها تقبل الاجتهاد، وهذه الأحكام الأخيرة هى التى تجعل الشريعة صالحة لكل زمان ومكان، وهى التى تضمن مرونتها وحيويتها، لأن بالاجتهاد فى هذه الأحكام يتم مواجهة النوازل على اختلافها، ويتم تنظيم شئون العباد بما يكفل مصالحهم المعتمدة شرعاً، ولا يعطل بالتالى حركتهم فى الحياة^(١).

وانظر أيضاً الشيخ/ محمد الخضر حسين، الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان، دار نهضة مصر، تقديم وتحقيق د/محمد عمارة، ١٩٩٩، ص ١٣، حيث يقول سيادته أن «الشريعة الإسلامية لم تنزل أحكامها فى نسق واحد من التفصيل والبيان، بل أرشدت الشريعة على بعضها بدلائل خاصة، وقررت بقيتها فى أصول كلية ليستنبطها الذين أوتوا العلم عند الحاجة إليها».

(١) انظر حكم المحكمة الدستورية العليا، الدعوى رقم ٨ لسنة ١٧ق، سابق الإشارة إليه. وانظر أيضاً ما يؤكد ما قالته المحكمة الدستورية العليا، موسوعة بيان الإسلام، شبهات حول مرونة التشريع الإسلامى وصلاحيته لكل زمان ومكان، الجزء ١٧، إعداد نخبة من كبار العلماء، بدون دار نشر، ط ٢٠١٢م، ص ١٨، حيث جاء فيه أن «الشريعة الإسلامية ريانية تتسم بالكمال والسمو والديمومة، كما أن بها من السمات المزدوجة كالثبات فى مقابل المرونة، والخلود فى مقابل التطور ما يجعلها صالحة لكل زمان ومكان».

ونضرب مثلاً لنؤكد على أن أحكام الشريعة ظنية الدلالة هي أيضاً تدخل تحت مصطلح مبادئ الشريعة، وإن كان يسوغ للمشرع أو لولى الأمر الاجتهاد فيها، ولكن هذا الاجتهاد دوماً واقعاً في إطار الأصول الكلية للشريعة بما لا يجاوزها، ملتزماً ضوابطها الثابتة، متحريراً مناهج الاستدلال على الأحكام العملية والقواعد الضابطة لفروعها، كافلاً صون المقاصد العامة للشريعة بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفس والعقل والعرض والمال^(١)، فمثلاً قول الله سبحانه وتعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾^(٢)، معلوم أن هذا النص القرآني قطعى الثبوت، بيد أنه ظني الدلالة، لأن «قروء» لفظ مشترك، يحمل معنى الحيض، ومعنى الطهر، ومن هذا المنطلق فقد اختلف الصحابة رضوان الله عليهم ومن بعدهم فقهاء المذاهب، في عدة المرأة التي تحيض، وكانت الفرقة في زواج صحيح بعد الدخول حقيقة أو حكماً، بطلاق أو فسخ، أو في زواج فاسد بعد الدخول حقيقة أو وطء بشبهة – إلحاقاً للشبهة بالحقيقة فيما يجب

ثم يقول: «الثبات في الأهداف والغايات، والمرونة في الوسائل والأساليب، الثبات في الأصول والكليات، والمرونة في الفروع والجزئيات، الثبات في القيم الدينية والأخلاقية والمرونة في الشئون الدنيوية والعلمية».

وانظر أيضاً د/ عبد العظيم إبراهيم محمد المطعني، افتراءات المستشرقين على الإسلام، عرض ونقد، مكتبة وهبة، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٢ م، ص ٨٩.

(١) انظر حكم الدستورية في القضية رقم ٢٩ لسنة ١١ ق، سابق الإشارة.

(٢) سورة البقرة، بعض من آية (٢٢٨).

الاحتياط فيه وهو هنا النسب، يجب عليها إن كانت حرة أن تعتد بثلاث حيضات كاملات عند الحنفية والحنابلة، وثلاثة أطهار عند الشافعية والمالكية^(١).

فى هذا المثال يكون فى وسع المشرع أن يأخذ بأى رأى شاء سواء الطهر أو الحيض ولا حرج عليه فى ذلك، بيد أنه لا يمكن له أن يطرح هذين الرأيين ويأخذ مثلاً بـعدة الأشهر فى حق المرأة التى تحيض، لأن فى ذلك خروجاً عن المعايير التى يجب اتباعها عند الاجتهاد، وهذا يؤكد أن الأحكام الظنية أيضاً من مبادئ الشريعة الإسلامية.

الخلاصة: مبادئ الشريعة الإسلامية تعنى أحكام الشريعة سواء قطعية الثبوت والدلالة والتى لا يسوغ فيها الاجتهاد، أو أحكام ظنية الثبوت أو ظنية الدلالة أو ظنية الثبوت والدلالة معاً، لكن يسوغ للمشرع فى الأحكام الأخيرة الاجتهاد للوصول إلى الحكم الشرعى الذى يحقق الصالح العام فى هذا الزمان، ويحقق مصالح العباد، مع وجوب

(١) انظر الأستاذ/ بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق فى الإسلام، بحث تحليلي، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، مزينة ومنقحة، مطبعة دار التأليف، ١٩٦١، ص ٣٠٧. وانظر أيضاً د/ أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة فى الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٨، ص ٢١١. وانظر د/ عبد المجيد محمد مطلوب، الوجيز فى أحكام الأسرة الإسلامية، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م، ص ٣٤٥. وانظر أيضاً العلامة/ أحمد محمد شاكر، نظام الطلاق فى الإسلام، مكتبة السنة، فقرة ١٦٦، ص ٨٧.

الالتزام بمقاصد الشريعة وضوابطها الثابتة ومناهج الاستدلال على الأحكام والقواعد الأصولية والفقهية المعمول بها^(١).

(١) هذا هو تفسير المحكمة الدستورية، الذي أخذ به الدستور المصري بعد التعديل ٢٠١٤، حيث جاء في ديباجة الدستور ما يلي: « نكتب دستوراً يؤكد أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع، وأن المرجع في تفسيرها هو ما تضمنه مجموع أحكام المحكمة الدستورية العليا في ذلك الشأن».

وانظر أيضاً التقرير المقدم إلى مجلس الشعب من لجنة إعداد الدستور عن مقاصد التعديل الدستوري حيث جاء فيه «هذه المادة (مبادئ الشريعة الإسلامية المصر الرئيس للتشريع) تلزم المشرع بالالتجاء إلى أحكام الشريعة الإسلامية للبحث عن بغيته فيها مع إلزامه بعدم الالتجاء إلى غيرها، فإذا لم يجد في الشريعة الإسلامية حكماً صريحاً، فإن وسائل استنباط الأحكام من المصادر الاجتهادية في الشريعة الإسلامية تمكن المشرع من التوصل إلى الأحكام اللازمة التي لا تخالف الأصول والمبادئ العامة في الشريعة».

هذا التقرير مشار إليه لدى د/ على حسين نجيدة، مرجع سابق، ص ١٣٧. وهذا يدعم وجهة نظرنا في أن مبادئ الشريعة الإسلامية لا تقتصر على الأحكام قطعية الثبوت قطعية الدلالة، بل تمتد لغيرها من الأحكام، بيد أن المشرع من حقه الوصول إلى حكم يناسب الزمان والمكان ولا يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية.

وانظر أيضاً مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، الجزء الأول، ص ١١٦-١١٧. حيث جاء فيها «أن الأحكام التي استقت أصلاً من الشريعة الإسلامية يرجع في تفسيرها إلى أحكام الشريعة مع ملاحظة ما جاء في المادة الأولى من المشروع من اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً من مصادر القانون ومن أن للقاضي أن يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية كلما كان هناك محل لذلك».

۹.

الفصل الثانى

دور مبادئ الشريعة الإسلامية

كمصدر للقانون المدنى

٤٥ - اتفق الفقه القانونى^(١) على أن مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رسمى

من مصادر القانون المدنى، يأتى فى المرتبة التالية بعد التشريع والعرف، بيد أن

(١) انظر على سبيل المثال د/ عبد الرزاق أحمد السهنورى، د/ أحمد حشمت أبو ستيت، مرجع سابق، فقرة ٩٢، ص ١٠٧.

حيث يذكر أن «الشريعة الإسلامية مصدر رسمى لكثير من قواعد الأحوال الشخصية، وأنها مصدر تاريخى لما نقل عنها من أحكام، سواء تعلقت بالأحوال الشخصية أو بالمعاملات. لكن القانون المدنى الجديد - وهو مقصور على المعاملات قد استحدث تجديدا خطيرا، بأن جعل الشريعة الإسلامية من بين المصادر الرسمية للقانون المصرى» وانظر د/ عبد الحى حجازى، مرجع سابق، فقرة (٢١٥)، ص ١٩٤، حيث يذكر أن «الشريعة ثالث المصادر التى يرجع إليها للتعرف على القاعدة القانونية» وانظر د/ سليمان مرقس، مرجع سابق، فقرة ١٥٨، ص ٤٤٤، حيث يذكر أن «المشرع المصرى لم يكتف باعتماد الدين مصدراً رسمياً أصلياً للقواعد القانونية فى مسائل الأحوال الشخصية، بل اعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً احتياطياً للقانون فى غير ذلك من المسائل» وانظر د/ توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص ١١٠، حيث يذكر أن مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر احتياطى يلى العرف» وانظر د/ حسن كيرة، مرجع سابق، فقرة ١٦٥، ص ٢٧٧، وانظر د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ٢٠٦، حيث يذكر سيادته أن «فرصة تطبيق الشريعة الإسلامية كمصدر رسمى احتياطى للقانون هى من الندره بمكان نظراً لأن القاضى غالباً ما يجد الحل فى التشريع أو العرف»، وانظر د/ محمد حسام محمود لطفى، مرجع سابق، ص ٢٠٩، وانظر أيضاً د/ مختار القاضى، مرجع سابق، ص ٢٠٦، حيث يذكر أن «المادة الأولى من القانون المدنى

البعض^(١) تنكر لهذه الحقيقة، وتبنى رأياً يقول فيه «تعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية، من المبادئ العامة للقانون، ولكنها لا تعتبر من مصادر القانون كما تنص المادة الثانية من الدستور في صياغة غير دقيقة. ذلك أن مبادئ الشريعة الإسلامية بحسب هذا النص ذاته لا تصبح قاعدة قانونية إلا إذا أخذ بها المشرع نفسه. والمشرع مطالب بحكم هذا النص باستلزام مبادئ الشريعة الإسلامية، ولا تصبح هذه المبادئ قواعد قانونية إلا بعد إصدار المشرع للتشريعات المستوحاة منها، ويكون مصدر القاعدة في هذه الحالة هو التشريع وليس المبدأ العام الذي أوحى به»، وسوف نعود لمناقشة هذا الرأي، وقد بدا - لنا - تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: دور مبادئ الشريعة الإسلامية في حالة وجود نص تشريعي.

المبحث الثاني: دور مبادئ الشريعة الإسلامية في حالة غياب النص التشريعي

والعرف.

جعلت الشريعة مصدراً احتياطياً رسمياً للقانون المدني يأتي بعد العرف وقبل القانون الطبيعي».

(١) انظر د/ سمير تتاعو، مرجع سابق، فقرة ٨٢، ص ٢٦٢.

المبحث الأول

دور مبادئ الشريعة الإسلامية

فى حالة وجود نص تشريعى

٤٦- عندما يوجد نص تشريعى يحكم المسألة المعروضة على القاضى، فإن الأمر لا يخرج عن فروض ثلاثة: أولها: أن تكون مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر التاريخى لهذا النص (المطلب الأول)، والثانى: أن يكون للنص التشريعى مصدر آخر غير مبادئ الشريعة الإسلامية ولكنه لا يتعارض معها، والثالث: أن يكون للنص التشريعى مصدر آخر غير مبادئ الشريعة، ويتعارض مع هذه المبادئ (المطلب الثانى) على النحو التالى:-

المطلب الأول

مبادئ الشريعة الإسلامية

مصدر تاريخى للنص التشريعى

٤٧- لا مراء أن كلمة مصدر لها معان مختلفة، لعل أهمها معنيان هما:-

- ١- الأصل التاريخى الذى أخذ عنه القانون القائم أحكامه. فمثلاً يعتبر القانون الفرنسى المصدر التاريخى لأكثر قواعد القانون المصرى، كما أن القانون الرومانى هو المصدر التاريخى لكثير من أحكام القانون الفرنسى.

٢- وقد يقصد به السلطة التي تعطي القواعد القانونية قوتها الملزمة، وهذا يسمى بالمصدر الرسمي (Source Formelle)، مثل التشريع والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية، والقانون الطبيعي، وقواعد العدالة^(١).

وسوف نركز في هذا المطلب على النصوص التشريعية التي تعود أصلها التاريخي إلى مبادئ الشريعة الإسلامية.

(١) انظر د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، ود/ أحمد حشمت أبو سنيت، أصول القانون، مرجع سابق، فقرة ٦٩، ص ٨٠.

V. aussi, Boris Barraud, les sources du droit de la communication par internet, th., université D'Aix-Marsellie, Faculté de droit et de science politique, 2016, p. 45.

حيث جاء فيها أن:

"Au sens premier, le mot «source» renvoie à l' "eau qui sort de la terre. [à l'] issue naturelle ou artificielle par l'quelle une eau souterraine se déverse à la surface du sol". De manière figurée est visé par ce terme l' "origine, [le] principe de quelque-chose. "une source, note – t – on. C' est un début. un commencement, un point de départ: une source est ce qui est premier. C'est notamment en droit qu'on recourt à la métaphore aquatique de la "source" - puisqu' est en cause une image. Il faudrait, pour s'exprimer le plus justement, toujours entourer le nom "source" de guillemets.

- Accolé au mot "droit", celui de "source" évoque un lieu d'- où jaillit le droit. C'est pourquoi la conception des sources du droit come origines du droit est peut- être la plus intuitive".

١ - النزعة الموضوعية للفقہ الإسلامی :

٤٨ - يمكن تقسيم الشرائع إلى قوانين تتغلب فيها النزعة النفسية أو الشخصية (tendance subjective) وهذه هي الشرائع اللاتينية بوجه عام، وأخرى تتغلب فيها (النزعة المادية أو الموضوعية) (tendance objective) وهذه هي الشرائع الجرمانية. ويختلف هذان النوعان من الشرائع، أحدهما عن الآخر، في نظريته إلى النظم القانونية. فالشرائع ذات النزعة النفسية تغلب في الالتزام عنصره الشخصي دون موضوعه المادي، وتتنظر في العقد إلى الإرادة الباطنة النفسية دون الإرادة الظاهرة المادية، وتضع معايير نفسية تعتبر فيها النية المستترة لا معايير مادية يعتبر فيها العرف وما ألفته الناس في التعامل. بينما تجرى الشرائع ذات النزعة المادية على العكس من ذلك فتغلب في الالتزام موضوعه المادي، وتتنظر في العقد إلى الإرادة الظاهرة، وتضع معايير مادية تقف فيها عند العرف المؤلف^(١)، فهل نزعة الفقہ الإسلامی مادية أم شخصية وفقاً للتقسيم السابق؟

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، الجزء الأول، مطبعة دار الكتاب العربي، ص ٢٠ ثم تقول «والنزعة المادية في القانون دليل على تقدمه، إذ يكشف بهذه النزعة عن شدة حرصه على ثبات المعاملات واستقرارها». وانظر د/ حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، الكتاب الأول في نظرية العقد، مطبعة نوري بالقاهرة، ١٣٦٢هـ - ١٩٤٣م، فقرة ١٤، ١٥، ص ١٩ وما بعدها.

٤٩- يرى البعض^(١) أن للالتزام - فى الفقه الإسلامى - صبغة مادية أدت إلى

إمكان تصور انتقال الالتزام من ناحيته السالبة، بينما هو لا يقبل الانتقال من ناحيته الموجبة، وهذا الانتقال يتم بواسطة ما سموه «الحالة».

وانظر أيضاً د/ عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامى، الكتاب الأول، ١٩٨٤، فقرة ١٠، ص ٢٢، حيث يذكر سيادته «أن المذهب الشخصى فى الالتزام يرى أساسه فى الرابطة التى تجمع بين الدائن والمدين. وهو بذلك يؤدي إلى عدم قيام الالتزام، ما لم يتحدد طرفاه، كما أنه يؤدي إلى استحالة انتقاله من ناحية الدائن ومن ناحية المدين على السواء».

ثم يقول سيادته أنه «إذا تركنا القانون المعاصر جانباً، ويممنا وجهنا نحو الفقه الإسلامى، وجدنا الدين فيه تسوده نزعة مادية ظاهرة. لا تقل عن تلك النزعة المادية التى تسود الالتزام فى القانون الألمانى. فالاعتبار الأساسى فى الدين، عند فقهاء المسلمين هو موضوعه، حتى أنهم رأوا فيه مالا، وإن كان حكماً أما طرفا الدين، وهما الدائن والمدين، فأهميتهما أقل بكثير. وقد أدت النزعة المادية للدين بالفقه الإسلامى إلى أن يجيز انتقال عبء الدين من المدين الأصلي إلى غيره، عن طريقة حوالة الدين. كما أدت به على القول بحلول أخرى كثيرة».

(١) انظر د/ شفيق شحاته، النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية، الجزء الأول، طرفا الالتزام، مطبعة الاعتماد، فقرة ١٠٦، ص ١١٩، حيث يشير سيادته إلى أن أحد علماء القانون قرر، أن الحوالة الإسلامية هى من المرونة، بحيث تؤدي فى نفس الوقت، وظائف عدة، فهى تؤدي وظائف الإحالة، والتنازل عن الحق، والوكالة بالقبض، والوكالة بالقضاء، وفتح الاعتماد.

(انظر هوفلان) Annales de droit commercial سنة ١٩٠١، ص ١ وما بعدها، مشار إليه لدى المرجع السابق.

ويستطرد الرأي السابق في إثبات النزعة المادية للفقهاء الإسلامى بقوله: «ومما يدل على أن الفكرة الإسلامية للالتزام مصطبغة بصبغة مادية بحتة، ما لهذه المادية من الآثار المحسوسة في أكثر من موضوع، وهذه الآثار هي عينها تلك الآثار التي تلاحظ على التشريعات الحديثة التي أخذت بالمذهب المادى، مثل قبوله بحالة الدين، ولا يقدح في ذلك عدم معرفة الفقهاء الإسلامى لحالة الحق^(١)، حيث لا يرجع الحظر إلى أن الالتزام رابطة شخصية، ومن دلائل هذه النزعة أيضاً إمكان تصور تقيد الشخص بإرادته

(١) يقصد بالفقهاء الإسلامى في هذا المقام، الفقهاء الحنفى فقط، فالإمام أبو حنيفة هو الذى اعتبر حوالة الحق لا تصح، لأنه بيع الدين بالدين، وقد ورد النهى عنه، وجواب هذا من قبل الأئمة الثلاثة أن الحاجة قضت باستثناء هذا.

انظر الشيخ أحمد إبراهيم بك، والمستشار/ واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، الالتزامات في الشرع الإسلامى، المكتبة الأزهرية للتراث، الطبعة الأولى، سنة ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م، ص ٢١٩.

وانظر أيضاً د/ شفيق شحاته، محاضرات في القانون المدنى، حوالة الحق في قوانين البلاد العربية، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، مجموعة المحاضرات ألقاها على طلبه قسم الدراسات القانونية، ١٩٥٤، فقرة ٧٨، ص ٦١، حيث أقر سيادته أن الحق باعتباره «مطالبة» أى علاقة ما بين الدائن والمدين، يقبل التحول، بمعنى أن الشخص قد يحل فيه محل شخص آخر، وهذا المعنى لم يرفضه الفقهاء الإسلاميون.

وانظر أيضاً الشيخ/ سيد عبد الله على حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامى، مقارنة بين فقه القانون الفرنسى ومذهب الإمام مالك بن أنس رضى الله عنه، دراسة وتحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، دار السلام، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م، المجلد الثانى، ص ٩٨٩.

المنفردة، أى أن يصبح الشخص ملتزماً قبل تعيين الملتزم له، فشخصه لا يهتم مادامت الذمة قد شغلت.

وأخيراً تستشف هذه المادية من خلال النظريات التى استعرضناها عند الدراسة، مثل نظرية الإرادة الظاهرة، ونظرية الفعل الضار، فقد رأينا أن العبرة ليست بحقيقة الإرادة، ولا بخطأ الفاعل، فهذه وتلك من الأمور الباطنية، والمذهب المادي يتمسك بشكل الإرادة، وبالفعل الظاهر الذى سبب الضرر^(١).

(١) انظر د/شفيق شحاته، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، فقرة ٢٨٢، ٢٨٣، ص ١٩٣، ص ١٩٤.

حيث يقول: «وإذا كان الفقه الإسلامى خلواً من كل شكلية، فإننا قد رأينا أن ذلك لم يحصل، إلا لأن حقوق الغير، أمكن صيانتها من طريق آخر».

وانظر أيضاً الشيخ/ على الخفيف، التصرف الانفرادى والإرادة المنفردة، بحث مقارن، دار الفكر العربى، ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م، ص ٢٦، حيث يقرر أن نظرة الفقه الإسلامى إلى الدين نظرة مادية يتجرد بها من طرفيه فى الجملة ومنه مظاهر هذه المادية.

١- أجازوا الفقهاء وراثته الدين وتملكه بالوراثة والوصاية.

٢- أجاز المالكية والإمامية ما يسمى بلغة القانون حوالة الحق.

٣- أجاز الحنفية والحنابلة وكذلك الشافعية والمالكية على الجملة بيع الدين لمن عليه الدين ومنعه أهل الظاهر.

٤- هبة الدين لغير من عليه الدين جائزة عند المالكية بشروط.

٥- أجازوا حوالة الدين سواء أكانت على اعتبار أنها نقل دين من ذمة إلى أخرى أو بيع دين بدين على خلافهم فى تكييفها.

٦- جوزوا وجود التزام لمن لم يتعين بعد، كما فى الجعالة وإن كان مما يصح العدول عنه قبل الشروع فى العمل.

٥٠- ويؤكد البعض^(١) هذه النزعة المادية للفقهاء الإسلامى فى نظرتهم لعيوب الإرادة والتى تتدرج من النزعة الذاتية إلى النزعة المادية فى القوانين الحديثة، الغلط والتدليس والإكراه، تدرجاً تصاعدياً، فالغلط هو أشد هذه العيوب ذاتية، ثم يليه التدليس الذى يصاحبه طرق احتيالية خارجية، وهذا ما يجعله يتدرج من الذاتية إلى الموضوعية، ثم يلى التدليس الإكراه، فهو رهبة تقوم بالنفس، ولكن مصدر هذه الرهبة فى العادة شيئاً مادياً، فيسير هذا الإكراه بذلك خطوة أبعد من التدليس نحو الموضوعية، والفقهاء الإسلامى يعتقد بهذه العيوب جميعاً، لكن بترتيب عكسى حيث يقدم الإكراه عن سائر عيوب الإرادة بسبب هذه النزعة الموضوعية.

وما ذكر - عالياً - يؤكد فقيها السنهاورى بقوله^(٢): «الفقه الإسلامى - كما نعلم - ذو نزعة موضوعية واضحة. ولذلك استعصى على الغلط - وهو شئ نفسى ذاتى -

(١) انظر د/ عبد الرزاق أحمد السنهاورى، مصادر الحق فى الفقه الإسلامى، دراسة مقارنة بالفقه الغربى، الجزء ١، ٢، ٣، مؤسسة التاريخ العربى، دار إحياء التراث العربى، بيروت، الطبعة الأولى، الجزء الثانى، ص ٧٥، وانظر أيضاً د/ وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى، دراسة مقارنة بالفقه الغربى، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية، ١٩٧٩، فقرة ١٣، ص ١٤.

(٢) انظر د/ عبد الرزاق أحمد السنهاورى، مصادر الحق فى الفقه الإسلامى، مرجع سابق، الجزء الثانى، ص ٧٥.

أن يجد له في الفقه الإسلامي مكاناً موحداً يلم شعثه ويجمع شتاته فانتشرت نظرية الغلط في جوانب متفرقة مبعثرة».

٥١- بيد أن أحد الباحثين الإسلاميين^(١) يذهب إلى أن موقف التشريع الإسلامي اعتدال بين النظرية الذاتية والنظرية الموضوعية، فقد غلبت فيه الصبغة المادية في طبيعة الالتزام، ولم تهمل فيه الفكرة الشخصية، لتبقى ضماناً في وجه المبطلين المماطلين^(٢).

٥٢- من خلال استعراضنا للنزعة المادية أو الموضوعية للفقه الإسلامي اتضح أن القانون المدني قد أقر حوالة الحق في المواد (٣٠٣-٣١٤)، وأقر حوالة الدين في المواد (٣١٥-٣٢٢)، وما ذلك إلا تطبيقاً للنزعة الموضوعية في الالتزام والتي يعترف

(١) انظر د/ مصطفى أحمد الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م، ص ٦٨.

(٢) انظر د/ مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص ٦٥، حيث يذكر سيادته أن «الالتزام في نظر الشريعة الإسلامية هو في ذاته علاقة مادية إما بمال المكلف كما في الدين، وإما بعمله كما في الأجير. ولكن هذا الالتزام ترافقه سلطة شخصية تأييداً لتنفيذه، إذ لولاها لتعذر التنفيذ بمجرد احتفاظ المكلف بماله وامتناعه عن عمله. ولذا شرع في الإسلام الحبس والتضييق على المدين والأجير، وكل من هو مكلف بعمل لمصلحة غيره وجوباً حتى يقوم بما عليه، بيد أن السلطة الشخصية لم يمنحها الإسلام للدائن كما في التشريع الروماني، بل منحها الحاكم وجعلها من صلاحيته موقوفة على طلب الدائن.

بها الفقه الإسلامى والقوانين الجرمانية، كما أن الفقه الإسلامى يأخذ بكل من الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة بالقدر الذى يؤدى إلى استقرار المعاملات بين العباد^(١).

وهذا أيضاً ما سار عليه التقنين المدنى الحالى - رغم تباين الآراء فى ذلك - حيث يذكر الفقيه السنهورى «أن متابعة التقنين الجديد تؤدى إلى القول بأن الأصل هو الإرادة الباطنة، ولكن هذه الإرادة فى بعض الأحوال تبعاً لمقتضيات الاستقرار فى التعامل، تتجسم فى المظهر الذى اتخذ للتعبير عنها، فتصبح هى الإرادة الظاهرة، وتقوم عندئذ على أساس من الثقة المشروعة التى يولدها هذا المظهر فى نفوس المتعاملين»^(٢).

(١) انظر د/ إسماعيل عبد النبى شاهين، النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مصادر الالتزام، ١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م، ص ٦٩، حيث يذكر سيادته أن «الفقه الإسلامى يأخذ بالإرادة الظاهرة إذا قام الدليل القاطع على أن العبارة كانت وراءها إرادة تقصد معانيها، ودليل ذلك قول الله تعالى: «وَلَا تَقُولُوا لِمَنْ أَلْقَى إِلَيْكُمُ السَّلَامَ لَسْتَ مُؤْمِنًا» سورة النساء، آية ٩٤. كما أن الفقه الإسلامى لم يغفل الإرادة الباطنة، وهو يعتبر القصد والنيات فى التصرفات والعقود، ودليل ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم: «إنما الأعمال بالنيات...»، والقاعدة الفقهية التى تقضى بأن «العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى، لا للألفاظ والمباني».

وانظر أيضاً د/ عبد الودود يحيى، حوالة الدين، دراسة مقارنة فى الشريعة الإسلامية والقانون الألمانى والمصرى، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص ١٠١، حيث يذكر سيادته أن «فكرة حوالة الدين التى بدت كثرة فى الفقه الأوروبى لمخالفتها للمبدأ الذى كان سائداً فى ذلك الوقت، قال بها الفقهاء المسلمون قبل ذلك بمئات السنين».

(٢) انظر د/ عبد الرزاق أحمد السنهورى، الوسيط، الجزء الأول، مرجع سابق، ص ٧٦.

٢ - نظرية التعسف في استعمال الحق^(١):

٥٣- جاء في الأعمال التحضيرية^(٢) أن المشروع حرص على أن ينتفع في

صياغة النص بالقواعد التي استقرت في الفقه الإسلامي، ولذلك فقد غاير الصيغة التي

وانظر أيضاً د/ محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٢٨، حيث يقرر أن المشرع المصري قد قطع بإيثار مذهب الإرادة الظاهرة بصورة واضحة.

وانظر أيضاً د/ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، ١٩٨٧، فقرة ٧٧، ص ١٤٨، حيث يذكر سيادته «أن التقنين المدني المصري أخذ بالإرادة الباطنة في الأصل، بيد أنه رغبة منه في المحافظة على استقرار التعامل، وحرصاً على جعل العلاقات القانونية تقوم على أسس ثابتة وعلى بناء أحكامها على ظواهر محسوسة وضوابط مادية، أخذ - بجانب الأصل العام الذي يعول على الإرادة الباطنة - ببعض أحكام كثيرة استمدتها من نظرية الإرادة الظاهرة ليخفف بها من عدم الاستقرار الذي يؤدي إليه الأخذ بنظرية الإرادة الباطنة على إطلاقها».

(^١) V. Pierre- Emmanuel Moyse, L'abus de droit, Mc Gil Law journal- Revue de droit Mc Gill, 2012, p 86,

حيث ذكر أن:

"La théorie de l'abus de droit est une théorie de la législation. Elle a pour objectif d'encadrer l'application des droits prescrits par les lois".

ثم يقول:

"L'abuse a donné son nom à l'une des théories les plus controversées du droit, que l'on ait voulu la parfaire ou la défaire, les discussions à son en – droit continuent à faire respirer notre matière en agitant les esprit s'emploient à l'expliquer".

(^٢) انظر الأعمال التحضيرية، الجزء الأول، مرجع سابق، ص ٢٠٨، ويقصد بالنص (نص المادة الخامسة من القانون المدني).

تبناها التقنين السويسرى^(١)، كما أنه تجنب صيغة التقنين السوفيتى^(٢)، وأعرض عن الصيغة التى اختارها التقنين اللبنانى^(٣)، وهى لا تعدو أن تكون مزاجاً من نصوص التقنين السويسرى والتقنين السوفيتى.

كما تؤكد الأعمال التحضيرية أن الضوابط الثلاثة التى اشتمل عليها نص المادة الخامسة استمدت من الفقه الإسلامى بوجه خاص.

٥٤- ونظرية التعسف فى استعمال الحق نظرية قديمة قال بها الفقهاء الإسلاميون أصحاب المذاهب الجماعية، بل أصحاب المذاهب الفردية على حد سواء، لأن هذه النظرية استنبطت من الكتاب والسنة وهما وحيان من الله تعالى للعباد من رب العباد الذى يعلم من خلق وهو اللطيف الخبير^(٤).

(١) نص التقنين السويسرى على أن «كل شخص يجب عليه أن يباشر حقوقه ويفى بالتزاماته وفقاً لما يقتضى حسن النية وأن التعسف الظاهر فى استعمال حق من الحقوق لا يحميه القانون».

(٢) نص التقنين المدنى السوفيتى فى مادته الأولى، على أن «القانون يتكفل بحماية الحقوق المدنية إلا أن تستعمل على وجه يخالف الغرض الاقتصادى أو الاجتماعى من وجودها».

(٣) تنص المادة ١٢٤ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى الصادر فى ١٩٣٢/٣/٩، على أن «يلزم أيضاً بالتعويض من يضر الغير بتجاوزه، فى أثناء استعمال حقه، حدود حسن النية أو الغرض الذى من أجله منح هذا الحق».

(٤) المذاهب الجماعية المعروفة، الحنفى، والمالكى، والشافعى، والحنبلى، والظاهرى، وغيرها، أما أصحاب المذاهب الفردية والتى اندثرت بوفاة أصحابها، ولم يتبق منها إلا ما نراه ماثوياً من آرائهم واجتهاداتهم فى كتب المذاهب الأخرى، فى مناسبات شتى، كمذهب الإمام الليث بن

ولا يخفى على الفطنة أن التشريع الإسلامى قد ملك القدرة العجيبة على إمداد الحياة مهما تطورت بها الظروف والحضارات، بالحلول والأحكام لكل ما يطرأ من وقائع، وذلك بما يؤصل من أصول تشريعية عامة منصوصة، وأصول معنوية عامة، ثابتة باستقراء جزئيات كثيرة استقراء يفيد القطع واليقين فى التعبير عن إرادة الشارع الحقيقية^(١).

٥٥- وتستند نظرية التعسف فى استعمال الحق فى الفقه الإسلامى إلى نظرية الحق وطبيعته، فالحق فى الشريعة الإسلامية - كما يقول أحد الباحثين^(٢) - مقيد

سعد فقيه مصر المعروف، ومذهب الإمام الأوزاعى فى الشام، ومذهب ابن أبى ليلى والثورى فى العراق.

انظر د/ فتحى الدرينى، نظرية التعسف فى استعمال الحق فى الفقه الإسلامى، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى ١٣٨٧ هـ - ١٩٦٧ م، الطبعة الرابعة، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م، ص ٧.
V. aussi, Milivoié Markovitch, la théorie de l'abus des droits en droit comparé, th. Faculté de droit, université de Lyon, 1936, n° 14, p. 17.
حيث ذكر أن:

"La théorie de l'abus des droits apparait comme une réaction contre a rigidité des régales légales et l'application mécanique des droit. Certains auteurs l'envisagent comme le correctif moral d'une stricte légalité".

(١) انظر د/ فتحى الدرينى، المناهج الأصولية فى الاجتهاد بالرأى فى التشريع الإسلامى، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة ١٤٣٤ هـ - ٢٠١٣ م، ص ١٩١، وانظر أيضاً د/ فتحى الدرينى، نظرية التعسف فى استعمال الحق، مرجع سابق، ص ٩.

(٢) انظر د/ فتحى الدرينى، الحق ومدى سلطان الدولة فى تقييده، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م، ص ١٩٣، وإذا كان لنا تعقيب على هذا التعريف،

وغائى وذو صفة اجتماعيه، لذلك يعرف الحق بأنه «اختصاص يقر به الشرع سلطة على شىء، أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقاً لمصلحة معينة».

وعلى هذا فالمصلحة الخاصة - وهى غاية الحق الفردى - لا تبقى على أصلها من المشروعية إلا إذا اتسقت مع التنظيم التشريعى العام، بأن لم تتناقض مع قواعد الشريعة العامة، وهو جوهر ولب فكرة التعسف، والذى مفاده «أن الفعل يكون مشروعاً بحسب الأصل والظاهر لأنه يستند إلى حق، ولكنه يتناقض إما فى بواعثه أو نتائجه مع ما تقتضى به قواعد الشريعة العامة ومقاصدها أى مع روح الشريعة»^(١).

فقول أن هذا التعريف غير جامع لكل الحقوق المالية القانونية، فلم يشر التعريف إلى الحق الذى يقابله التزام بالامتناع عن عمل (فلا يمكن أن تشمل كلمة أو اقتضاء أداء من آخر)، فهذا ليس أداء بل امتناع عن أداء. وإن كان سيادته قد فصل الأداء وقسمه إلى أداء إيجابى، كالقيام بعمل أو سلبى كالامتناع عن عمل.

وانظر أيضاً الشيخ على الخفيف، الحق والذمة وتأثير الموت فيهما، مرجع سابق، ص ٥٧.

(١) انظر د/ فتحى الدينى، نظرية التعسف فى استعمال الحق، مرجع سابق، ص ٨٧، حيث يقول سيادته «الحق فى الفقه الإسلامى - ذو طبيعة مزدوجة - يراعى الحق الفردى والجماعى وفق مبدأ الموازنة بينهما سعياً إلى تحقيق كليهما، وأن التعسف ينبنى على نظرة الفقه الإسلامى إلى مفهوم الحق، وعليه يمكن تعريف التعسف بأنه (مناقضة قصد الشارع فى تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل)».

وانظر أيضاً لذات المؤلف، الحق ومدى سلطان الدولة فى تقييده، مرجع سابق، ص ١٩٢.

٥٦- ونظرية التعسف فى الفقه الإسلامى تجمع بين المعيار الذاتى أو الشخصى والمعيار المادى^(١). فالمعيار الذاتى أو الشخصى يستدعى النظر فى العوامل النفسية التى حركت إرادة ذى الحق إلى التصرف بحقه، سواء عن طريق قصد الإضرار بالغير أو تحقيق مصالح غير مشروعة.

أما المعيار المادى فهو يعتمد على ضابط التناسب بين ما يجنيه صاحب الحق من نفع، وما يلزم عن ذلك من مفسدة، فتحقيق التوازن بين الحقوق سواء الفردية منها أو العامة من باب أولى هو الذى يجعلنا نصل إلى نظرية التعسف، فإذا كانت المصلحة التى يرمى المنتفع إلى تحقيقها مساوية للمفسدة أو أقل منها، منع الفعل^(٢).

(١) انظر قوانين الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة، القانون المدنى، ١٨٠ مادة، إعداد لجنة تقنين الشريعة الإسلامية بمجلس الشعب المصرى، دار الفؤاد، دار ابن رجب، الطبعة الأولى، ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م، مادة ٣٧، ص ٢٨.

وانظر الشيخ على الخفيف، الملكية فى الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، معناها - أنواعها - عناصرها - خواصها - قيودها، دار الفكر العربى، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م، ص ٩٥، حيث يذكر خمسة معايير للتعسف فى استعمال الحق.

(٢) انظر د/ فتحى الدرينى، نظرية التعسف فى استعمال الحق، مرجع سابق، ص ٢٤٢. «ولا يمكن أن يقال كيف يمتنع الفعل والمصلحة مساوية للمفسدة؟ والإجابة على ذلك بسيطة وهى أن درء المفسد مقدم على جلب المصالح».

٥٧- ولقد أخذ التقنين المدنى المصرى بهذه المعايير وأشارت مجموعة الأعمال

التحضيرية^(١) إلى أن أول هذه المعايير هو معيار استعمال الحق دون أن يقصد من

ذلك سوى الإضرار بالغير، وهذا معيار ذاتى استقر الفقه الإسلامى والفقه الغربى

والقضاء على الأخذ به، بيد أن إثبات تمحض قصد الإضرار بالغير أمرٌ عسيرٌ، فإن

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، الجزء الأول، مرجع سابق، ص ٢٠٩.

وقد أشارت إلى أن التقنين المدنى الألمانى قد أفرد له المادة ٢٢٦ وهى من طليعة النصوص التشريعية التى دعمت أسس نظرية التعسف فى استعمال الحق.

وانظر أيضاً د/ حسن كيرة، المدخل إلى القانون، مرجع سابق، فقرة ٣٩١، ص ٧٠٢.

V. Aussi, Milivoie Markovitch, th. Précitée, n° 105, p. 128.

حيث يذكر أن:

"on pourrait situer dans cette rubrique la majeure partie de la doctrine construite sur la notion de l'abus des droits. Pendant très long temps, on a identifié le concept de l'abus des droits avec l'intention de nuire. En réalité, l'intention de nuire représente pour la théorie de l'abus de droits "Un minimum, une première étape",.

ثم يذكر أن :

"Lorsqu'un patron refuse d'embaucher des ouvriers qui sont inscrits à un syndicat, la jurisprudence considère ce refus de contracter comme abusif, si le patron a été déterminé par le désir de nuire au syndicat, par la haine ou par l'esprit de malveillance".

ثم يذكر أن:

"La jurisprudence a toujours admis que le droit de recourir aux voies légales était exercé d'une manière incorrect et partant, abusive, lorsque le titulaire procédait "par esprit de chicane, de mauvaise foi, dans le but de nuire".

القضاء كثيراً ما جرى على استخلاص هذه النية من انتفاء كل مصلحة من استعمال الحق، أو حتى تفاهة المصلحة التي تعود على صاحب الحق^(١).

وهذا يقودنا إلى المعيار الثانى، فإذا كان هذا المعيار هو معيار ماضى ومستقل عن المعيار الأول فغالباً ما يتخذ هذا المعيار للدلالة على المعيار الأول، ومن ثم قد يتبادر إلى الذهن أن المعيار الثانى يجبُ المعيار الأول ونكون لسنا بحاجة إلى المعيار الأول، وإذا كان هذا القول صحيحاً فى أغلب حالات استعمال الحق، فإن المعيار الأول يكون ضرورياً فى حالة انعدام المصلحة وليست تفاهتها، وهذا الانعدام دليل على قصد الإضرار بالغير.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، الجزء الأول، مرجع سابق، ص ٢٠٩.
 V. asussi, Milivoie Markovitch, th. Précitée n° 27, p. 37.
 حيث تشير هذه الرسالة إلى رسالة الدكتور / محمود فتحى فى التعسف فى استعمال الحق وأنه بفضل هذه الرسالة أصبح عندنا (الفرنسيين) رصيذاً من الدراسات الشرعية عن نظرية التعسف فى استعمال الحق لدى الفقه والقضاء الإسلامى.
 V. Mahmoud Fathy, la doctrine musulmane de l'abus des droits, th. Lyon, 1913, p. 36.

حيث يذكر أن :

"La conception musulmane de l'abuse des droits est très élastique; ce qui a, comme contrepartie nécessaire, une certaine instabilité de formes et une relative indécision de lignes du concept de l'abus des droits se manifeste particulièrement en ce qui concerne la délimitation de sa sphère de action, que l'expérience séculaire de la science musulmane montre destine a rester quelque peu fuyante et mobile".

والمعيار الثالث الذى أخذ به التقنين المدنى هو تحقيق مصلحة غير مشروعة، والمصلحة تكون غير مشروعة ليس فقط إذا كان تحقيقها يخالف حكماً من أحكام القانون، بل يلحقها هذا الوصف أيضاً إذا كان تحقيقها يتعارض مع النظام العام والآداب^(١).

وأخيراً نقول أن التقنينات الوضعية سلكت فى تحديدها للمعايير أحد مسلكين، الأول: يكتفى بوضع مبدأ عام كل العموم يعبر عن المعيار المختار للتسفس دون تعرض لتفصيل ما يندرج تحته من صور متعددة، والثانى: تعدد الصور المختلفة المعبرة عن الأصول المستهدفة دون إبراز المبدأ العام الذى يحكمها.

وإذا كان البعض^(٢) يفضل الأسلوب الأول، فإن لجنة تقنين الشريعة الإسلامية بمجلس الشعب المصرى قد جمعت بين المسلكين^(٣).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، الجزء الأول، مرجع سابق، ص ٢٠٩،

V. asussi, Milivoie Markovitch, th. Précitée n° 109, p. 133, "Dans le système jurisprudentiel, il n'est directement prouvée. Ce quelquefois même cette preuve directe, serait très difficile. Alors, on se contente dans certains cas d'une présomption de la simple conscience de causer un dommage on déduit l'intention de nuire chez l'agent".

(٢) انظر د/ حسن كيرة، المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص ٧٠٤.

وانظر أيضاً لذات المؤلف، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف، بالإسكندرية، ١٩٩٦، ص ١٣٩ وما بعدها.

(٣) انظر قوانين الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، مادة ٣٧، ص ٢٨.

٣- الشفعة (préemption) :

٥٨- الشفعة نظام مأخوذ من الشريعة الإسلامية، لذلك وجب على القاضى أن يرجع إلى الشريعة الإسلامية، لتفسير ما غمض من النصوص القانونية الخاصة بها، وكذلك يجب عليه الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عند عدم وجود نص قانوني^(١)، وسنعود لهذا الكلام الأخير فى المبحث الثانى.

حيث وردت الفقرة ١- يكون استعمال الحق غير مشروع، إذا انحرف به صاحبه عن غرضه الاجتماعى الذى قصد إليه الشارع، وبوجه خاص فى الأحوال الآتية:.....
وقد جاء فى شرح هذه المادة، ص ٣٠، أنه رأى «أن يبدأ النص المقترح بمعيار عام يتضمن جوهر فكرة التعسف حتى يكون المجال رحباً أمام القاضى، فلا يقتصر على ضوابط محددة كما هو حكم النص الحالى، بل تمتد سلطته إلى كل حالة يتوافر فيها التعسف بانحراف الحق بواسطة من يستعمله عن غرضه الاجتماعى».

(١) انظر د/ عبد المنعم البدرأوى، حق الملكية، الملكية بوجه عام وأسباب كسبها، الجهاز المركزى للكتب الجامعية والمدرسية والوسائل التعليمية، ١٩٧٨، فقرة ٢٢٩، ص ٣٣٣، وانظر أيضاً د/ محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، الملكية والحقوق المتفرعة عنها - أسباب كسب الملكية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٣م، ص ٤٩٥، حيث يذكر سيادته أن «الشفعة نظام مأخوذ عن الشريعة الإسلامية، وقد نظمها القانون مستمداً غالبية أحكامها من تلك الشريعة، ويترتب على ذلك أنه ينبغى على القاضى عند تفسيره لتلك الأحكام أو عند وجود نقص فيها أن يرجع إلى فقه الشريعة الإسلامية بوصفها المصدر المادى للشفعة».

وهذا الكلام صحيح، بيد أن عدم وجود نص تشريعى يجب على القاضى الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، حتى ولو لم تكن المصدر التاريخى للنص».

والشفعة في الاصطلاح الشرعى هو: حق تملك العقار المبيع من مشتريه بما

قام عليه من الثمن والمؤن رضى أم أبى^(١).

وهى مقررة استثناءً من الأصل فى عدم جواز تملك المال على الغير إلا

برضاه، وذلك دفعاً لضرر الجوار.

ولم يختلف العلماء فى مشروعية الشفعة إلا ما نقل عن أبى بكر الأصم من

إنكارها^(٢).

(١) انظر الشيخ على الخفيف، الملكية فى الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، مرجع سابق، ص ٢٦٥.

وانظر العلامة فخر الدين عثمان بن على الزيلعى الحنفى، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، وبهامشه حاشية الشيخ شهاب الدين أحمد الشلبى، المطبعة الكبرى الأميرية ببلاق مصر المحمية، الطبعة الأولى، ١٣١٥هـ، الجزء الخامس، ص ٢٣٩، حيث قال رحمه الله فى تعريف الشفعة، هى «تملك البقعة جبراً على المشتري بما قام عليه»، ثم يقول وشرطها أن يكون المحل عقاراً سفلأ كان أو علواً، احتمل القسمة أم لا وأن يكون العقد معاوضة مال بمال وركنها أخذ الشفع من أحد المتعاقدين عند وجود سببها وشرطها، وحكمها جواز الطلب عند تحقق السبب، وصفتها أن الأخذ بها بمنزلة شراء مبتدأ حتى يثبت بها ما يثبت بالشراء نحو الرد بخيار الرؤية والعيب».

(٢) انظر الإمام الحافظ أحمد بن على بن حجر العسقلانى، فتح البارى بشرح صحيح البخارى، دار الحديث، القاهرة، الجزء الرابع، ٣٦، كتاب الشفعة، ص ٥٠١، حيث يذكر تعريف الشفعة بأنها «انتقال حصة شريك إلى شريك كانت انتقلت إلى أجنبى بمثل العوض المسمى». وهذا التعريف فى نظرنا غير شامل حالات الشفعة، فلم يدخل فيها حق الجار فى الشفعة.

ودليل مشروعيتهما ما رواه جابر عن عبد الله رضى الله عنه قال: «قضى النبي صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»^(١).

وما رواه أيضاً جابر بن عبد الله رضى الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من كان له شريك في ربة أو نخل، فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه. فإن رضى أخذ وإن كره ترك»^(٢).

ويرى البعض^(٣) أن الترتيب في الحق في الشفعة، يكون الشريك في نفس المبيع ثم الخليط في حقوق المبيع، ثم الشفيع أى الجار، ولأن الاتصال بالشركة في

(١) انظر فتح البارى، المرجع السابق، الجزء الرابع، حيث رقم ٢٢٥٧، ص ٥٠١.

(٢) انظر الإمام أبو زكريا يحيى الدين بن شرف النوى، شرح صحيح مسلم، مؤسسة قرطبة، الطبعة الثانية، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م، الجزء الحادى عشر، ٢٨ باب الشفعة، ١٣٣ - حديث رقم ١٦٠٨، ص ٦٢، حيث يذكر أنه «أجمع المسلمون على ثبوت الشفعة للشريك في العقار ما لم يقسم، قال العلماء: الحكمة في ثبوت الشفعة إزالة الضرر عن الشريك، وخصت بالعقار لأنه أكثر الأنواع ضرراً، واتفقوا على أنه لا شفعة في الحيوان والنبات والأمتعة وسائر المنقول، قال القاضى وشذ بعض الناس فأثبت الشفعة في العروض، وهى رواية عند عطاء».

(٣) انظر الإمام برهان الدين أبى الحسن على بن أى بكر المرغينانى، الهداية شرح بداية المبتدى، مع شرح العلامة عبد الحى اللكنوى، منشورات إدارة الأوقاف والعلوم الإسلامية باكستان، الطبعة الأولى ١٤١٧ هـ، الجزء السابع، الشفعة - الوهبة، ص ٦، وسند ما ذكر في المتن قول الرسول صلى الله عليه وسلم: «الشريك أحق من الخليط، الخليط أحق من الشفيع» حديث غريب، انظر نصب الراية، مرجع سابق، الجزء الرابع، ص ١٧.

المبيع أقوى لأنه فى كل جزء، وبعده الاتصال فى الحقوق، لأنه شركة فى مرافق الملك، والترجيح يتحقق بقوة السبب، ولأن ضرر القسمة إن لم يصلح علة صلح مرجحاً»^(١).

٥٩- ونجد التقنين المدنى المصرى قد أخذ فى تقريره للشفعة بأحكام الشريعة الإسلامية فى الجملة، ولم يتقيد بمذهب من المذاهب، فقد أخذ فى الترتيب القانونى للشفعاء بالمذهب الحنفى، وفى التقسيم القانونى للشفعة التى نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٩٣٧ بقولها: «وإذا تزامم الشفعاء من طبقة واحدة، فاستحقاق كل منهما للشفعة يكون على قدر نصيبه»، أخذ فيه بالمذهب الشافعى^(٢).

(١) انظر مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، مرجع سابق، مادة ١٠٣، ص ١٧، حيث تنص على أنه «إذا اجتمعت أسباب الشفعة يقدم الأقوى فالأقوى، فيقدم الشريك فى نفس العقار ثم الشريك فى أرض الحائط المشترك، ثم الشريك فى حقوق المبيع الخاصة، ثم الجار الملاصق، وأي ترك الشفعة أو سقط حقه فيها تنتقل الشفعة إلى من يليه فى الرتبة. وانظر أيضاً المادة ١٠٠٩ من مجلة الأحكام العدلية التى تنص على «حق الشفعة: أولاً للمشارك فى نفس المبيع، ثانياً للخليط فى حق المبيع، ثالثاً: للجار الملاصق. وما دام الأول طالباً فليس للآخرين حق الشفعة وما دام الثانى طالباً فليس للثالث حق الشفعة». وانظر الشيخ/ أحمد ابو الفتح، كتاب المعاملات فى الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية، الجزء الأول، مطبعة اليوسفور بشارع عبد العزيز بمصر، الطبعة الأولى، ١٣٣٢هـ - ١٩١٣م، ص ٦٥.

(٢) انظر الشيخ/ أحمد أبو الفتح، مرجع سابق، ص ٦٩.

٦٠- ويرى البعض^(١) أن القانون نص على عدم ثبوت الشفعة فى أنواع من البيوع لم يرد فى الشريعة الغراء نص على استثنائها^(٢)، بيد أن لجنة تقنين الشريعة الإسلامية بمجلس الشعب المصرى قد أبقت على هذا النص تحت رقم (٩٠٨)، بل أضافت إلى محل العبادة المدارس والمستشفيات للتساوى فى علة الحكم وهى تمكين المشتري من أن يخصص المال لهذه الأغراض العامة كلها^(٣).

وانظر أيضاً الهداية شرح بداية المبتدى، مرجع سابق، ص ٩، حيث ذكر أنه إذا اجتمع الشفعاء، فالشفعة بينهم على عدد رؤوسهم، ولا يعتبر اختلاف الأملاك. وقال الشافعى، هى على مقادير الأنصباء، لأن الشفعة من مرافق الملك، ألا يرى أنها لتكميل منفعة، فإن شبه الريح والغلة والولد والثمرة»، وهذا ما أخذ به التقنين المدنى المصرى. وانظر الشيخ على الخفيف، الملكية فى الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢٧٢، حيث يرى أن رأى الأول الذى يرى القسمة على عدد الرؤوس أقوى فى الاستدلال والحجة من رأى الثانى الذى يرى القسمة بقدر نصيب كل واحد، والذى أخذ به التقنين المدنى. انظر الشيخ أحمد أبو الفتوح، المعاملات فى الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مرجع سابق، ص ٧٣.

(١) انظر المادة ٩٣٩ من القانون المدنى: (١) لا يجوز الأخذ بالشفعة :-

أ (إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون.

ب) إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية.

ج (إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة.

٢) ولا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة.

(٢) انظر قوانين الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ص ٩٢٩.

وانظر أيضاً المادة ١١٣ من مرشد الحيران التى تنص على: «لا شفعة فى الوقف، فإذا بيع عقار مجاور لوقف أو كان بعض المبيع ملكاً وبعضه وفقاً وبيع الملك فلا شفعة للوقف».

٦١- ولقد أكدت محكمة النقض المصدر التاريخي لنصوص الشفعة بقولها:

«إذا كان الشارع قد استن أحكام الشفعة استمداداً من مبادئ الشريعة الإسلامية لاعتبارات اجتماعية واقتصادية تقوم عليها مصلحة الجماعة، فجعل البيع سبباً للشفعة، وجعل حق الشفيع فيها متولداً من العقد ذاته بمجرد تمام انعقاد البيع عن العين المشفوعة...»^(١).

(١) انظر جلسة ٢١ من يونية ١٩٩٠، أحكام النقض، المكتب الفني - مدني، الجزء الثاني، السنة ٤١، ص ٣٣٧، الطعن رقم ٥٧٤ لسنة ٥٧ ق. « وكفل قيام هذا الحق دائماً للشفيع في مواجهة البائع والمشتري على السواء، ما لم يتم إنذاره رسمياً أو يسجل عقد البيع ويسقط الشفيع حقه في الشفعة فإذا ما تمسك الأخير بهذا الحق وسلك في سبيله طريق الدعوى التي يرفعها على كل من البائع والمشتري توصلاً إلى ثبوته حتى إذا ما صدر له حكم نهائي بذلك يعتبر سنداً لملكيته للعقار المشفوع فيه فإنه يحل بموجبه محل المشتري في جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن البيع فتخلص له ملكية العقار المشفوع فيه (المبيع) في مقابل الثمن الحقيقي الذي أوجب عليه المشرع إيداعه خزانة المحكمة طبقاً للمادة ٩٤٢ من القانون المدني ضماناً لحق المشتري في استرده الأخير إذا كان قد وافته.

لما كان ذلك، وكان حق الشفعة بهذه المثابة لا يعد تعرضاً موجباً لضمان الاستحقاق، فمن ثم فإن استعمال الشفيع حقه في الشفعة وصدور حكم نهائي بأحقية للعقار المبيع لا يترتب مسؤولية البائع قبل المشتري لتعويضه عما حاق به من ضرر بسبب (استحقاق العقار للشفيع».

٤ - مسئولية عديم التمييز:

٦٢ - لقد تبني التقنين المدني المسؤولية القائمة على الخطأ سواء كان خطأ واجب الإثبات^(١) أو خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس^(٢)، أو خطأ مفترض افتراضاً يقبل إثبات العكس^(٣)، والخطأ يستلزم الإدراك أو التمييز بجانب التعدي، بيد أنه خرج عن هذا الأصل في الفقرة الثانية من المادة (١٦٤ مدني)، عندما نص على أنه «ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيًا في ذلك مركز الخصوم»^(٤).

وتقول مجموعة الأعمال التحضيرية^(٥) عن هذا النص أن مسئولية عديم التمييز لا تكون كاملة، إذ يجوز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم، وهذه صورة من صور المسؤولية المادية أو

(١) تنص المادة ١٦٣ على أن «كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض».

(٢) انظر نصوص المواد ١٧٤، ١٧٦، ١٧٨ مدني.

(٣) انظر نصوص المواد ١٧٣، ١٧٧ مدني.

(٤) تنص المادة ٩١٦ من مجلة الحكام العدلية «أُتلف صبي مال غيره يلزم الضمان من ماله وإن لم يكن له مال ينتظر إلى حال يسر ولا يضمن وليه».

(٥) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص ٣٥١.

الموضوعية، أقرها المذهب الجرمانى، وأخذ بها المشروع الفرنسى الإيطالى، وهى بعد تساير مبادئ الشريعة الإسلامية».

٦٣- هذا هو القدر الذى أخذ به القانون المدنى من الفقه الإسلامى - فيما يتعلق بمسئولية عديم التمييز - فجعلها مسئولية مشروطة ومخففة، مشروطة بعدم وجود ولى، أو وُجد وكان مُعسراً، أو وُجد واستطاع نفى الخطأ عن نفسه، ومخففة بمعنى أن القاضى ينظر فى أحوال المضرور وعديم التمييز فقد يحكم بتعويضه كاملاً، أو نصف تعويض، أو لا يحكم بتعويض مطلقاً^(١).

٦٤- وهذا القدر لا يتفق - تماماً - مع ما يقول به الفقه الإسلامى، فمسئولية عديم التمييز عن الإتلافات مطلقة، وهذا ما ورد فى كتبهم «وإن أتلّفوا - أى

(١) انظر د/ عبد الرزاق أحمد السنهورى، الوسيط، الجزء الأول، مرجع سابق، فقرة ٥٤٠، ص ٧١٤، حيث يذكر سيادته أن «مسئولية عديم التمييز قائمة على تحمل التبعة وليس على أساس الخطأ».

ثم يقول: «أن القاضى يراعى فى تقدير التعويض مركز الخصوم من الغنى والفقر». وانظر د/ محمد لبيب شنب، دروس فى نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٧٦، ١٩٧٧، فقرة ٢٣، ص ٢٥٤، حيث يذكر سيادته أنه «يشترط لمساءلة عديم التمييز - استثناء من القاعدة العامة، ألا يستطيع المضرور أن يحصل على التعويض، ممن يناف به أمر المحافظة على عديم التمييز أى من الشخص المكلف قانوناً رقابته، فمسئولية عديم التمييز مسئولية احتياطية لا يلجأ إليها إلا عند تعذر الحصول على التعويض من شخص آخر، أى كان السبب الذى منع المضرور من الحصول على التعويض».

المحجورون - شيئاً ضمنوا، لأنه لا حرج في أفعال الجوارح لأن اعتبار الفعل لا يتوقف على القصد»^(١).

وورد أيضاً «الصبي المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله فيضمن ما أتلّفه من المال»^(٢).

وجاء أيضاً: «وإن أتلّفا - الصبي والمجنون - شيئاً لزمهما ضمانه»^(٣).

وأيضاً: «إذا أتلّف المحجور شيئاً من مال غيره بحرق أو كسر أو أكل ونحو ذلك يلزمه غرمه في ماله إن كان له مال وإلا اتبع به ديناً في ذمته هذا هو المشهور»^(٤).

(١) انظر القاضي ملا خسرو، الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام وبهامشه حاشية ابن عابدين على الشرنبالي، الجزء الثاني، ص ٢٧٤.

(٢) انظر العلامة زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، منشورات دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م، ص ٢٣٨.

(٣) انظر العلامة أبي محمد بن غانم بن محمد البغدادي، مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، دراسة وتحقيق د/ محمد أحمد سراج، د/ علي جمعه محمد، دار السلام، الطبعة الأولى ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م، ص ٨٧٥.

(٤) انظر العلامة عثمان بن مكي التوزري الزبيدي، توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام، المطبعة التونسية، ط أولى ١٣٣٩ هـ، الجزء الرابع، ص ٧٨.

«وكل ما أتلّفه المحجور ∴ فغرمه من ماله المشهور
إلا لمن طوعا إليه صرفه ∴ وفي سوى مصلحة قد أتلّفه»

وأيضاً: «أن المحجور يضمن ما أفسد»^(١).

وورد أيضاً «والحكم فى الصبى، والمجنون، كالحكم فى السفه، فى وجوب الضمان عليهما فيما أتلّاه من مال غيرهما بغير إذنه أو غصباه، فتألف فى أيديهما»^(٢).

وهذا ما أكدته المادة (٩٦٠ من مجلة الأحكام العدلية) بقولها: «المحجورون الذين ذكروا فى المواد السابقة وإن لم يعتبر تصرفهم القولى كالبيع والشراء إلا أنهم يضمنون حالاً الخسارة والضرر اللذين نشأ من فعلهم - مثلاً: «لو أتلّف الصغير مال

(١) انظر الشيخ محمد بن محمد سالم المجلسي الشنقيطى، لوامع الدرر فى هتك أستار المختصر، تصحيح وتحقيق دار الرضوان، دار الرضوان، المجلد التاسع، ص ٤٥٠، «وقد ذكر أن الضمان بشرطه: إن لم يؤمن عليه أى إنما يضمنه حيث لم يؤمن عليه، وإما إن اتّمن عليه فلا يضمنه».

(٢) انظر أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه، المغنى، على مختصر أبى القاسم عمر بن حسين بن عبد الله بن أحمد الخرقى، مكتبة القاهرة، الجزء الرابع، ص ٣٣٥، حيث يذكر «انقضاء الضمان عنهما فيما حصل فى أيديهما باختيار صاحبه وتسليطه، كالثمن، والمبيع، والقرض، والاستدانة، وأما الوديعة، والعارية فلا ضمان عليهما فيما تلف بتفريطهما، وإن أتلّاه فى ضمانه وجهان».

وانظر أيضاً شمس الدين أبى عبد الله محمد بن عبد الله بن محمد الزركشى، شرح الزركشى على مختصر الخرقى فى الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، منشورات دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢ م، ص ١٣٣، حيث ذكر أن «ابن عقيل اختار وجوب الضمان على السفه، كونه من أهل الضمان».

الغير لزم الضمان ولو كان غير مميز». وقد أشرنا إلى ما نصت عليه أيضاً المادة ٩١٦ من المجلة وأن الولي لا يضمن.

٦٥- هذا هو الحكم في الفقه الإسلامي وهو يختلف عن المنصوص عليه في التقنين المدني الذي يلزم الولي، ويجعل مسئولية عديم التمييز مخففة على نحو ما ذكرت.

ومع ذلك فقد أخذت لجنة تقنين الشريعة الإسلامية بمجلس الشعب بمسئولية الولي، حيث نصت المادة (١٧٠ من قوانين الشريعة الإسلامية) على أنه: «إذا كان من صدر منه الفعل الضار غير مميز، وتعدر الحصول على التعويض من ماله - جاز للقاضي أن يلزم من هو مسئول عنه بمبلغ التعويض»^(١).

٦٦- هذه هي النظريات التي اقتبسها القانون المدني من الفقه الإسلامي، إلى جانب كثير من الأحكام التفصيلية، منها مجلس العقد وإيجار الوقف وإيجار الأراضي الزراعية وهلاك الزرع في العين المؤجرة وفسخ الإيجار بالعدر ووقوع الإبراء من الدين بإرادة منفردة، وتصرفات المريض مرض الموت والغبن وخيار الرؤية وتبعية الهلاك في البيع وغرس الأشجار في العين المؤجرة والأحكام المتعلقة بالعلو والسفل والحائط

(١) انظر قوانين الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ص ١٤٣.

المشترك ومدة التقادم، بالإضافة إلى الأهلية والهبة، والمبدأ القاضى بألا تركة إلا بعد سداد الدين فكلها قد أخذت برمتها من الشريعة الإسلامية^(١).

فالغبن الفاحش فى الفقه الإسلامى يؤدى إلى فسخ العقد إذا كان المغبون غبناً فاحشاً صغيراً، أو كان المال الذى حصل فيه الغبن الفاحش مال وقف^(٢).
ومبدأ لا تركة إلا بعد سداد الديون يصون حقوق دائئى الميت فى غير إفراط على الوارث الذى لا يلتزم بديون التركة إلا فى حدود ما استفاده من التركة، لا على أساس ظالم يجعل الوارث إمتداداً لشخصية مورثه فى مسئوليته المطلقة عن ديونه^(٣).

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية، الجزء الأول، مرجع سابق، ص ٣٠.
وانظر أيضاً د/ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامى وأدلته، مرجع سابق، الجزء الرابع، ص ٢٩٠ وما بعدها.

وانظر د/ فاطمة محمد عبد العليم عبد الوهاب، أثر الدين فى النظم القانونية، دراسة مقارنة بين الإسلام والمسيحية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة فرع بنى سويف، سنة ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م، ص ٢٩١.

(٢) انتظر مرشد الحيران، مرجع سابق، ص ٣٣، المادة ٢٠٦ التى تنص على «الغبن الفاحش لا يفسد العقد ولا يوجب حق فسخه للمغبون إلا إذا كان فيه تغير وإنما يفسد العقد ويجب فسخه بالغبن الفاحش ولو لم يكن فيه تغير إذا كان المغبون غبناً فاحشاً صغيراً، أو كان المال الذى حصل فيه الغبن الفاحش مال وقف».

(٣) انظر د/ عصام أنور سليم، مرجع سابق، ص ١١٣.

المطلب الثانى

مبادئ الشريعة الإسلامية ليست مصدراً

للنص التشريعى

٦٧- إذا كان للنص التشريعى مصدر تاريخى غير مبادئ الشريعة الإسلامية^(١)، فإن الأمر لا يخرج عن فرضين اثنين لا ثالث لهما. الأول: أن يتوافق النص التشريعى مع مبادئ الشريعة الإسلامية (الفرع الأول)، والثانى: أن يتعارض النص التشريعى مع مبادئ الشريعة الإسلامية (الفرع الثانى)، وهذا ما أوضحه على النحو التالى:-

(١) تعددت مصادر القانون المدنى، ولعل أهم هذه المصادر ثلاث هى: (أ) أولها وأهمها نصوص التقنين المدنى القديم، بعد تهذيبها وإضافة إليها أحكام القضاء المصرى طوال السبعين سنة، كان القضاء يعمل فى تفسير هذه النصوص وتطبيقها. (ب) ثانى هذه المصادر هو الفقه الإسلامى، فقد استبقى التقنين الجديد ما أخذ التقنين القديم عن هذا الفقه وأضاف مسائل جديدة إلى ما سبق أخذه. (ج) ثالث هذه المصادر هو التقنيات الحديثة، فقد استحدث القانون الجديد موضوعات أخذها عن هذه التقنيات، واستأنس فى موضوعات أخرى بما تميزت به هذه التقنيات من تقدم فى الصياغة ورقى فى الأسلوب التشريعى، فانتفع إلى مدى بعيد بالتقدم العظيم الذى بلغه فى التقنين المدنى الحديث. انظر د/ عبد الرزاق أحمد السهنورى، الوسيط، المرجع السابق، الجزء الأول، فقرة (٢)، ص ٣٧.

الفرع الأول

النص التشريعي يتوافق مع مبادئ

الشريعة الإسلامية

٦٨- إذا لم تكن مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً للنص التشريعي، ومع ذلك فإن ما يقرره النص من حكم لا يتعارض - في الجملة - مع هذه المبادئ، فلا حرج على المخاطبين بأحكامه من تطبيقه، ولعل المثال الواضح على هذه الفرضية هو ما تقرره المادة ١٤٧/٢ من التقنين المدني بقولها: «ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك».

فقد احتذى القانون المدني مثال التقنين البولونى (المادة ٢٦٩) فيما أورده من أحكام تشريعية^(١)، بيد أن حكمها لا يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية، لأن

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية، الجزء الثانى، مرجع سابق، ص ٢٦٨. حيث جاء فيها أن «القانون المدني المصرى تقدم على التقنين البولونى من ناحيتين:- أ - رسم فى وضوح بين حالة الطوارئ غير المتوقعة وحالة القوة القاهرة من حدود، وفى الحالة الأولى، يصبح تنفيذ الالتزام التعاقدى مرهقاً يجاوز حدود السعة دون أن يكون مستحيلاً، والثانية هى التى يتحقق بها الاستحالة.

نظرية الظروف الطارئة التي قررها النص تستجيب لحاجة ملحة تقتضيها العدالة، ويمكن تخريجها على كثير من النظريات الفقهية التي قال بها الفقهاء المسلمون، وقد بحثنا هذا الموضوع بحثاً مستفيضاً، فلا داعي لبحثه مرة أخرى منعاً للتكرار^(١).

٦٩- ومن النصوص التشريعية التي تتوافق مع مبادئ الشريعة الإسلامية،

نص المادة ١٢٩ التي تقرر الاستغلال^(٢).

فقد اقتفى القانون المدني أثر المشروع الفرنسي الإيطالي، ولم يأخذ بمذهب التقنين الألماني الذي اعتبر ما قام به المتعاقد المستغل من استغلال ضعف المتعاقد معه للحصول على منفعة لا تتناسب مع التزاماته ينطوي على عمل مخالف للآداب، ويكون الجزاء البطلان المطلق لا البطلان النسبي، لم يأخذ القانون بهذا الطرح، بل

ب - قنع في تحديد الحادث غير المتوقع بوضع ضابط للتوجيه، دون أن يورد أمثلة تطبيقية فقهية الصبغة على نحو ما فعل التقنين البولندي».

(١) انظر بحثنا آليات إعادة التوازن العقدي في مرحلة التنفيذ، مجلة روح القوانين، كلية الحقوق، جامعة طنطا، العدد رقم (٨٣)، إصدار يوليو ٢٠١٨.

(٢) تنص المادة ١٢٩ مدني مصري على أنه: «إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد».

سلك مسلك المشروع الفرنسى الإيطالى فى اعتبار الاستغلال عيباً من عيوب الإرادة يستتبع وجوده بطلان العقد بطلاناً نسبياً^(١).

وهذا يتوافق مع مبادئ الشريعة الإسلامية التى تحرم الغش والغرر، وهذا ما نصت عليه المادة ٢٠٦ من مرشد الحيران بقولها: «الغبين الفاحش لا يفسد العقد ولا يوجب حق فسخه للمغبون إلا إذا كان فيه تغير...»^(٢).

وفى ذلك يذكر ابن عابدين فى حاشيته^(٣) «أن بيع المضطر وشراؤه فاسد» وهو أن يضطر الرجل إلى طعام أو شراب أو لباس أو غيرها ولا يبيعها البائع إلا بأكثر من ثمنها بكثير، وكذلك الشراء من المضطر، بأن اضطر إلى بيع شئ من ماله ولم يرض المشتري إلا بشرائه بدون ثمن المثل بغبين فاحش».

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية، مرجع سابق، الجزء الثانى، ص ١٩٠.

(٢) انظر مرشد الحيران، مرجع سابق، ص ٣٣.

وانظر أيضاً المادة ٣٥٦ من مجلة الأحكام العدلية التى تنص على أنه «إذا وجد غبن فاحش فى البيع ولم يوجد تغير، فليس للمغبون أن يفسخ البيع إلا أنه إذا وجد الغبن وحده فى مال اليتيم لا يصح البيع، ومال الوقف وبيت المال حكمه حكم مال اليتيم».

(٣) انظر محمد أمين بن عمر عابدين، رد المحتار على الدر المختار، حاشية ابن عابدين، دار عالم الكتب، الرياض - السعودية، طبعة خاصة ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٣، الجزء السابع، ص ٢٤٧.

وجاء أيضاً «وخيار الغبن يثبت في صورة الوكيل والوصى وفي صورة تغيرير البائع المشتري بأن كان المشتري غيباً لا يعرف فقال البائع اشتره بهذا الثمن فإنه يساويه فاشتره مغتراً بقوله فله خيار الغبن»^(١).

ونستطيع أن نقرر أن الاستغلال في الفقه الإسلامي يقارب كثيراً من الفقه الغربي في أحدث صورة له، وفي آخر مرحلة من مراحل تطوره^(٢).

٧٠- ومن النصوص التشريعية التي تتوافق مع مبادئ الشريعة الإسلامية تلك النصوص التي تتعلق بنظرية السبب كركن من أركان العقد، أو الالتزام عموماً^(٣).

(١) انظر غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم المصري، مرجع سابق، الجزء الثالث، ص ٤٤٢، رقم (٢).

وجاء في فقه المعاني «غبن الرجل» في رأيه: ضَعُف. www.almaany.com

(٢) انظر د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المجلد الأول، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص ١٠٠.

(٣) يفرق التقنين اللبناني بين سبب الالتزام وسبب العقد، فسبب الالتزام هو السبب المعروف في النظرية التقليدية، أما سبب العقد فهو السبب المعروف في النظرية الحديثة. وهذه تفرقة لم يتبناها التقنين المصري، فالنظرية الحديثة - فيها - وحدها كل الغناء.

انظر د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المجلد الثاني، مرجع سابق، الجزء الرابع، ص ٢٢.

تنص المادة ١٣٦ مدني على أنه: «إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلاً».

وقد ورد في - مجموعة الأعمال التحضيرية - أن القانون المدني لم ينهج نهج التقنيات الجرمانية بشأن نظرية السبب، بل اختار على النقيض من ذلك مذهب التقنيات اللاتينية وانتصر معها لهذه النظرية. والواقع أن السبب كما يصوره القضاء الفرنسي والمصري بمعنى الباعث المستحث يدخل في نطاق القانوني المدني عنصراً نفسياً من عناصر الأخلاق يحد من نزعته المادية وهي بعد نزعة يشتد طغيانها في بعض الأحيان^(١).

٧١- والسبب في الفقه الإسلامي يتنازعه عاملان متعارضان: الأول: النزعة المادية أو الموضوعية والتي تأخذ بالإرادة الظاهرة، لا بالإرادة الباطنة ولكن - ذكرنا سابقاً - أن هذا الأمر ليس مطلقاً^(٢). الثاني: الفقه الإسلامي فقه تتغلب فيه العوامل الأدبية والخلقية والدينية، وهذا يستلزم أن يعتد فيه بالباعث الذي تقاس به شرف النوايا

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص ٢٢٥.

(٢) انظر الإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م، ص ١٦٧، فقد جاء تحت سؤال «هل العبرة بصيغ العقود، أو بمعانيها؟». خلاف والترجيح مختلف في الفروع:

فمنها: إذا قال: اشتريت منك ثوباً، صنعتك كذا، بهذه الدراهم، فقال: بعثك، فرجح الشيخان: أنه ينعقد بيعاً، اعتباراً باللفظ، والثاني - ورجحه السبكي، سلماً، اعتباراً بالمعنى. ومنها: إذا وهب بشرط الثواب، فهل يكون بيعاً اعتباراً بالمعنى، أو هبة اعتباراً باللفظ؟ الأصل الأول.

وطهارتها. ولهذا فيجب أن يكون لنظرية السبب، وهى نظرية خلقية فى المقام الأول مكان ملحوظ يضاهى مكانها فى الفقه اللاتينى^(١)، وهذا يؤكد - ما سبق أن ذكرناه - من أن للفقه الإسلامى ذاتية واستقلال عن النظم القانونية الأخرى.

٧٢- وقد اختلفت المذاهب الفقهية فى الاعتداد بالبائع على التعاقد وأثره فى صحة العقد، فها هو الإمام الشافعى يصرح بقوله: « أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحا في الظاهر لم أبطله بتهمة ولا بعادة بين المتبايعين وأجزته بصحة الظاهر وأكره لهما النية إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع، وكما أكره للرجل أن يشتري السيف على أن يقتل به، ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه أنه يقتل به ظلما؛ لأنه قد لا يقتل به، ولا أفسد عليه هذا البيع. وكما أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أنه يعصره خمرا، ولا أفسد البيع إذا باعه إياه، لأنه باعه حلالا، وقد يمكن أن لا يجعله خمرا أبداً. وفى صاحب السيف أن لا يقتل به أحداً أبداً^(٢)».

(١) انظر د/ عبد الرزاق أحمد السنهورى، مصادر الحق فى الفقه الإسلامى، المجلد الثانى، مرجع سابق، الجزء الرابع، ص ٣٦.

(٢) انظر الإمام محمد بن إدريس الشافعى، الأم، تحقيق وتخريج د/ رفعت فوزى عبد المطلب، دار الوفاء بالمنصورة، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م، الجزء الرابع، البيوع، الرهن، التفليس، الحجر، الصلح، الحوالة، الضمان، الشركة، الوكالة، الإقرار، الغصب، ص ١٥٢.

فهذا القول من الإمام الشافعي يفرق فيه بين كراهة الفعل وصحة العقد، فرغم أنه كره هذا البيع الذي باعته غير مشروع؛ إلا أنه لم يجعله سبباً مبطلاً لعقد توافرت فيه كل أركانه، طالما لم تظهر هذه النية في صياغة العقد.

وذكر ابن حزم^(١) أنه «لا يحل بيع شيء ممن يوقن أنه يعصى الله به أو فيه، وهو مفسوخ أبدأً. كبيع كل شيء ينبذ أو يعصر ممن يوقن أنه يعمل خمرًا. وكبيع الدراهم الرديئة ممن يوقن أنه يدلس بها. وكبيع الغلمان ممن يوقن أنه يفسق بهم أو يخصيهم. وكبيع المملوك ممن يوقن أنه يسئ ملكته. أو كبيع السلاح أو الخيل: ممن يوقن أنه يعدو بها على المسلمين. أو كبيع الحرير ممن يوقن أنه يلبسه، وهكذا في كل شيء، لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾^(٢).

والبيوع التي ذكرنا تعاون ظاهر على الإثم والعدوان بلا تطويل، وفسخها تعاون على البر والتقوى. فإن لم يوقن بشيء من ذلك فالبيع صحيح، لأنه لم يعن على إثم، فإن عصى المشتري الله تعالى بعد ذلك فعليه».

(١) انظر الإمام محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، تحقيق د/ عبد الغفار سليمان البنداري، الجزء السابع، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ٢٠٠٣م، ١٤٢٥هـ، مسألة رقم ٩٥٣٤، ص ٥٢٢.

(٢) سورة المائدة، من آية (٢).

فهذا الكلام من ابن حزم فيه اعتداد بالبائع الدافع إلى التعاقد طالما يتقنه
البائع حتى ولو لم يكن مذكوراً في العقد فيجعل البيع باطلاً أو حراماً.

وقد ورد في المغنى لابن قدامة^(١): «وبيع العصير ممن يتخذه خمرًا باطل»
وجملة ذلك؛ أن بيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذه خمرًا محرم. وكرهه الشافعي، وذكر
بعض أصحابه أن البائع إذا اعتقد أنه يعصرها خمرًا، فهو مُحَرَّم، وإنما يكره إذا شك
فيه».

وورد في مختصر الطحاوي^(٢) أن «من كان له عصير فلا بأس عليه ببيعه،
وليس عليه أن يقصد بذلك إلى من يأمنه أن يتخذه خمرًا دون من يخاف ذلك عليه.

(١) انظر موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغنى، تحقيق د/عبد الله
بن عبد المحسن التركي ود/ عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية،
الجزء السادس، مسألة رقم ٧٦٥، ص ٣١٧. حيث يذكر
« وحكى ابن المنذر عن الحسن وعطاء والثوري، أنه لا بأس ببيع التمر ممن يتخذه مسكرًا.
قال الثوري: بع الحلال ممن شئت. واحتج لهم بقول الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ (البقرة
٢٧٥). ولأن البيع تم بأركانه وشروطه. ولنا، قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ
وَالْعُدْوَانِ﴾ (المائدة-٢). وهذا نهى يقتضى التحريم. ثم يقول: «وهذا الحكم في كل ما قصد به
الحرام، كبيع السلاح لأهل الحرب، أو لقطاع الطريق، أو في الفتنة، وبيع الأمة للغناء، أو
إجارتها لذلك، أو إجارة داره لبيع الخمر فيها، أو لتتخذ كنيسة، أو بيت نار، وأشباه ذلك. فهذا
حرام، والعقد باطل، لما قدمنا».

(٢) انظر الأمام أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي، مختصر الطحاوي، عني بتحقيق
أصوله والتعليق عليه أبو الوفا الأفعاني، رئيس اللجنة العلمية للجنة إحياء المعارف العمانية،
لجنة إحياء المعارف العمانية، الهند، ص ٢٨٠.

لأن العَصِير حلال فبيعه حلال كبيع ما سواه من الأشياء الحلال مما ليس على بائعها الكشف عما يفعله المشتري فيها».

٧٣- وخلاصة ما سردناه من هذه النصوص أن هناك اتجاهين في الفقه الإسلامي في الاعتداد بالبائع على التعاقد، **الاتجاه الأول**: وهو مذهب الحنفية والشافعية لا يأخذون بنظرية السبب أو الباعث، ولا تأثير لهذا الباعث على صحة العقد، إلا إذا كان مصرحاً به في صيغة العقد.

الاتجاه الثاني: مذهب المالكية والحنابلة: يعتدون بالبائع على التعاقد والقصد والنية، فيبطلون التصرف المشتمل على باعث غير مشروع بشرط أن يعلم الطرف الآخر بهذا الباعث^(١).

وانظر أيضاً الشيخ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج على متن منهاج الطالبين للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي، دار المعرفة، بيروت - لبنان، ص ٥١، حيث يقول: «وبيع الرطب والعنب» ونحوها كتمر وزبيب (لعاصر الخمر) والنبيذ، أي لمستخدمها لذلك بأن يعلم منه أو يظنه ظناً غالباً. ومثل ذلك بيع الغلمان المُرْد ممن عرف بالفجور بالغلمان وبيع السلاح من باغ وقاطع طريق ونحوهما، وكذا كل تصرف يفضي إلى معصية لما نقله في زوائد الروضة عن الغزالي وأقره. أما إذا شك فيما ذكر أو توهمه فالبيع مكروه.

(١) انظر د/ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص ١٨٧.

ويتوافق هذا الاتجاه الأخير مع القانون الذى يتطلب أن يكون السبب مشروعاً، وإلا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً لتخلف ركن السبب [المشروعية]^(١).

الفرع الثانى

النص التشريعى يتعارض مع مبادئ

الشريعة الإسلامية

٧٤- هناك نصوص تشريعية فى التقنين المدنى تتعارض فيما تقرره من حكم مع مبادئ الشريعة الإسلامية^(٢) وسنقتصر على بيان حرمة الربا وما يتعلق به حتى لا يختل ميزان البحث.

(١) انظر د/ عيد الفتاح عيد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص ٤٤١، حيث يذكر «أن النظرية الحديثة فى السبب لا تقف فى تحديده عند السبب القصدى، بل تدخل فيها الباعث الدافع إلى التعاقد، كلما كان متصلاً بالتعاقد الآخر، بمعنى أن يكون عالماً به». ثم يقول سيادته فى هامش (٥) ص ٤٤٢، «ويلاحظ أن منطق الأمور يقتضى منا ألا نتطلب اتصال الباعث الذى يدفع أحد العاقدين إلى ارتضاء العقد بعلم العاقد الآخر، لكى يدخل فى مضمون السبب، إلا فى الحالة التى ترفع فيها دعوى البطلان من صاحب الباعث نفسه. أما إذا رفعت دعوى البطلان من العاقد الآخر، فلا يوجد له أى مقتضى لأن يكون الباعث الذى دفع غريمه معلوماً لديه عند العقد. فالغاية من تطلب اتصال الباعث الدافع بالعاقد الآخر هو تأمين هذا العاقد نفسه من خطر البطلان، فى الحالة التى يكون جاهلاً بإياه تماماً، اعتباراً بأن استقرار المعاملات يقتضى ذلك. ولكن إذا رفعت دعوى البطلان من العاقد الآخر ضد صاحب الباعث نفسه، فلا معنى أن نتطلب أن يكون الأول عالماً بهذا الباعث عند العقد. فلو أن شخصاً استأجر، مثلاً، داراً ليجعل منها وكراً للدعارة، ثم طلب هو بطلان الإيجار، تأسيساً على عدم مشروعية السبب، فإنه يكون من المنطقى أن نتطلب اتصال ذلك الباعث الخبيث بعلم المؤجر، والعكس غير مطلوب». ونحن نؤيد ذلك.

(٢) انظر المواد (٢٢٦، ٢٢٧، ٢٢٨، ٢٣٣، ٣٤٣، ٤٤٣، ٤٦٩، ٥٤٢، ٧٤٠ مدنى مصرى).

لا شك في حرمة الربا، فهو من المعلوم بالدين بالضرورة، ولقد ورد تحريم الربا

في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، وهذا ما سأبينه:-

أولاً: الربا في القرآن الكريم :

١- يقول الله سبحانه وتعالى: ﴿وَمَا آتَيْتُمْ مِّن رِّبَا لِّيَرْبُوَ فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلَا

يَرْبُو عِنْدَ اللَّهِ وَمَا آتَيْتُمْ مِّن زَكَاةٍ تُرِيدُونَ وَجْهَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْمُضْعِفُونَ﴾ (١).

٢- وقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا تَمْنُن تَسْتَكْثِرُ﴾ (٢).

(١) سورة الروم، آية ٣٩.

ورد في تفسير هذه الآية أن من أعطى عطية يريد أن يرد الناس عليه أكثر مما أهدى لهم، فهذا لا ثواب له عند الله، بهذا فسر ابن عباس، ومجاهد، والضحاك، وقتادة وعكرمة، ومحمد بن كعب، والشعبي. وهذا الصنيع مباح وإن كان لا ثواب فيه إلا أنه قد نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم خاصة، قال الضحاك، واستدل بقوله: ﴿وَلَا تَمْنُن تَسْتَكْثِرُ﴾، أى لا تعط العطاء تريد أكثر منه.

وقال ابن عباس: الربا رباوان، فربا لا يصح، يعنى: ربا البيع، وربا لا بأس به، وهو هدية الرجل يريد فضلها وإضعافها. ثم تلا هذه الآية: ﴿وَمَا آتَيْتُمْ مِّن رِّبَا لِّيَرْبُوَ فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلَا يَرْبُو عِنْدَ اللَّهِ﴾

انظر تفسير ابن كثير، مرجع سابق، المجلد السادس، ص ٣١٨.

(٢) سورة المدثر، آية ٦.

ورد في تفسيرها: قال ابن عباس: لا تعط العطية تلتبس أكثر منها. وكذا قال عكرمة، ومجاهد وعطاء، وطاوس، وأبو الأحوص، وإبراهيم النخعي، والضحاك، وقتادة، والسدي وغيرهم. وقال الحسن البصري: لا تمنن بعملك على ربك تستكثره. انظر تفسير ابن كثير، مرجع سابق، المجلد الثامن، ص ٢٦٤.

٣- وقوله سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾^(١).

٤- قوله سبحانه وتعالى: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَخْبِطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^(٢).

٥- قوله سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ. فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾^(٣).

(١) سورة آل عمران، آية ١٣٠. ورد في تفسير هذه الآية يقول تعالى ناهياً عباده المؤمنين عن تعاطي الربا وأكله أضعافاً مضاعفة، كما كانوا يقولون في الجاهلية - إذا حل أجل الدين: إما أن يقضى وإما أن يربى، فإن قضاؤه والإضافة في المدة وزادته الآخر في القدر، وهكذا كل عام، وربما تضاعف القليل حتى يصير كثير مضاعفاً. وأمر تعالى عباده بالتقوى لعلمهم يفلحون في الأولى والآخرة. انظر تفسير ابن كثير، مرجع سابق، المجلد الثاني، ص ١١٧.

(٢) سورة البقرة، آية ٢٧٥، وتكملتها: ﴿فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾^(٢)

(٣) سورة البقرة، آية ٢٧٨، ٢٧٩. «قال ابن عباس: أكل الربا يبعث يوم القيامة مجنوناً يُخنق. رواه ابن أبي حاتم، قال: وروى عن عوف بن مالك، وسعد بن جبير، والسدي، والربيع بن أنس، ومقاتل بن حيان، نحو ذلك.

انظر تفسير ابن كثير، مرجع سابق، المجلد الأول، ص ٧٠٨.

٧٥- أجمع العلماء من السلف والخلف أن الربا الذي نزل القرآن بتحريمه هو أن يأخذ صاحب الدين لتأخير دينه بعد حلوله عوضاً عيناً أو عرضاً وهو معنى قول العرب إما أن تقضى وإما أن تربي^(١).

ولقد ذكر ابن القيم^(٢) أن «الربا نوعان: جَلِيٌّ، وَخَفِيٌّ، فالجلى حُرِّمَ لما فيه من الضرر العظيم، والخفى حُرِّمَ لأنه ذريعة إلى الجلى فتحریم الأول قصداً، وتحریم

وانظر تفسير المنار، مرجع سابق، ص ١٠٨، حيث يقول: والمعنى أن قياسكم فاسد لأن في البيع من الفائدة ما يقتضى حله وفي الربا من المفسدة ما يقتضى تحريمه. ثم يقول ص ١١٣: قد علم مما تقدم من تفسير الآيات أنها نزلت في وقائع كانت للمرابين من المسلمين قبل التحريم. فأراد بالربا فيها ما كان معروفاً في الجاهلية من ربا النسيئة، أى ما يؤخذ من المال لأجل الانسواء أي التأخير في أجل الدين».

(١) انظر شيخ الإسلام أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م، ص ٣٠٢.

(٢) انظر أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، المعروف بابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار ابن الجوزي، المجلد الثالث، ص ٣٩٧. ثم يقول: «إذا رأى أن المستحق يؤخر مطالبته ويصبر عليه بزيادة يبذلها له تكلف بذلها ليفتدى من أسر المطالبة والحبس ويدافع من وقت إلى وقت، فيشتد ضرره، ويعلوه الدين حتى يستغرق جميع موجوده، فيربوا المال على المحتاج من غير نفع يحصل له، ويزيد مال المرابي من غير نفع يحصل منه لأخيه، فيأكل مال أخيه بالباطل، ويحصل أخوه على غاية الضرر، فمن رحمة أرحم الراحمين وحكمته وإحسانه إلى خلقه أن حرّم الربا، ولعن آكله ومؤكله وكاتبه وشاهديه وآذن من لم يدعه بحربه وحرب رسوله، ولم يجئ مثل هذا الوعيد في كبيرة غيره، ولهذا كان من أكبر الكبائر».

الثانى وسيلة، فأما الجلى فربا النسيئة، وهو الذى كانوا يفعلونه فى الجاهلية، مثل أن يؤخر دينه ويزيده فى المال، وكلما أخره زاد فى المال، حتى تصير المائة عنده آلافاً مؤلفة؛ وفى الغالب لا يفعل ذلك إلا معدم محتاج.....».

٧٦- ولا مرأ - لدينا - أن هذا الربا هو الذى أجازاه القانون المدنى فى أكثر من نص تشريعى^(١)، لذلك يحسن بالمتعاملين والمخاطبين بأحكام هذا القانون عدم تطبيق هذه النصوص، وذلك باشتراطهم - فى العقود - تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية، وهذا يستلزم استبعاد الأحكام غير الآمرة التى تقررها هذه النصوص طالما تخالف مبادئ الشريعة الإسلامية، وبذلك يسلم المتعاملون من حرب الله ورسوله، حتى مع وجود النص التشريعى الذى يجيز الفوائد، طالما وجد اتفاق على استبعاد تطبيقه.

ثانياً: الربا فى السنة النبوية :

١- عن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لا تبيعوا الذهب بالذهب، إلا مثلاً بمثل، ولا تُشِفُّوا بعضَها على بعضٍ، ولا

(١) انظر المواد ٢٢٦، ٢٢٧، ٢٢٨، ٤٤٣، ٤٦٥ مرفوع على سبيل المثال وليس الحصر. وانظر حجة الإسلام أبو بكر أحمد بن على الرازى الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق محمد الصادق قمحاوى، دار إحياء التراث العربى، مؤسسة التاريخ العربى، بيروت - لبنان، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م الجزء الثانى، ص ٩٧٩، حيث يقول: «ربا أهل الجاهلية وهو القرض المشروط فيه الأجل وزيادة مال على المستقرض».

تبيعوا الورق بالورق، إلا مثلاً بمثل، ولا تُشِفُّوا بعضَها على بعضٍ، ولا تتبعوا منها غائباً بناجز» متفق عليه^(١).

٢- قال أبو بكر رضى الله عنه: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا

تبيعوا الذهب بالذهب إلا سواءً بسواءٍ، والفضة بالفضة إلا سواءً بسواءٍ، وبيعوا الذهب بالفضة والفضة بالذهب كيف شئتم^(٢)».

(١) انظر اللؤلؤ والمرجان، مرجع سابق، حديث ١٠٢١، ص ٣١٩. وانظر فتح الباري، مرجع سابق، الجزء الرابع، حديث رقم ٢١٧٧، ص ٤٣٨. وانظر أيضاً صحيح مسلم بشرح النووي، مرجع سابق، ١٤ باب الربا، ٧٥، حديث رقم ١٥٨٤. حيث يقول النووي: «وقد أجمع المسلمون على تحريم الربا في الجملة وإن اختلفوا في ضابطه وتفاريعه. ويقول أن أهل الظاهر يرون أنه لا ربا في غير هذه الستة، بناء على أصلهم في نفى القياس، قال جميع العلماء سواهم. لا يختص بالستة بل يتعدى إلى ما في معناها وهو ما يشاء كما في العلة، واختلفوا في العلة التي هي سبب تحريم الربا في الستة. فقال الشافعي: العلة في الذهب والفضة كونهما جنس الأثمان ولا يتعدى الربا منهما إلى غيرهما من الموزونات، وغيرها لعدم المشاركة. قال: والعلة في الأربعة الباقية، كونها مطعومة فيتعدى بالربا منها إلى كل مطعوم، وأما مالك فقال في الذهب والفضة كقول الشافعي رضى الله عنه، وقال في الأربعة: العلة فيها كونها تدخر للقوت وتصلح له. فعدها إلى الزبيب، لأنه كالتمر، وإلى القطنية، لأنها في معنى البر والشعير. وأما أبو حنيفة فقال العلة في الذهب والفضة الوزن، وفي الأربعة الكيل، فتعدى إلى كل موزون من نحاس وحديد وغيرها، وإلى كل مكيل كالجص والأشنان وغيرها. وقال سعيد بن المسيب وأحمد والشافعي في القديم: العلة في الأربعة كونها مطعومة موزونة، أو مكيلة بشرط الأمرين، فعلى هذا فلا ربا في البطيخ والسفرجل مما لا يكال ولا يوزن، وأجمع العلماء على جواز بيع الربوى بربوى، لا يشاركه في العلة متفاضلاً وموَجَّلاً كبيع الذهب بالحنطة».

(٢) انظر فتح الباري، مرجع سابق، الجزء الرابع، حديث رقم ٢١٧٥، ص ٤٣٦.

٣- عن عبادة بن الصامت قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح إلا سواءً بسواءٍ. عيناً بعين، فمن زاد أو استزاد فقد أربى»^(١).

من هذه الأحاديث يتبين أن ربا الفضل أو ربا البيوع كما يقولون محرم، وأن هذه الأعيان المنصوص عليها يثبت الربا فيها بالنص والإجماع. واختلف أهل العلم فيما سواها^(٢).

(١) انظر صحيح مسلم بشرح النووي، مرجع سابق، حديث رقم ١٥٨٧، كتاب البيوع.

(٢) انظر المغنى لابن قدامة، مرجع سابق، الجزء السادس، ص ٥٢.

حيث يقول: حكى عن طاوس وقتادة أنهما قصرا الربا عليها، وقالوا: لا يجرى في غيرها. وبه قال داود ونفاة العباس، وقالوا ما عداها على أصل الإباحة. واتفق القائلون بالقياس على أن ثبوت الربا فيها بعلّة، وأنه يثبت في كل ما وجدت فيه علته، لأن القياس دليل شرعي، فيجب استخراج علة هذا الحكم، وإثباته في كل موضع وجدت علته فيه. وقول الله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ يقتضى تحريم كل زيادة، إذ الربا في اللغة الزيادة، إلا ما أجمعنا على تخصيصه. ثم اتفق أهل العلم على أن ربا الفضل لا يجرى إلا في الجنس الواحد، إلا سعيد بن جبير، فإنه قال: كل شيئين يتقارب الانتفاع بهما لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً، كالحنطة بالشعير، والتمر بالزبيب، والذرة بالدهن، لأنهما يتقارب نفعهما، فجريا مجرى نوعي جنس واحد.

وانظر/ الشيخ محمد أبو زهرة، بحوث في الربا، دار الفكر العربي، فقرة ١٩، ص ٢٢. وانظر د/ على أحمد السالوسى، الاقتصاد الإسلامى والقضايا الفقهية المعاصرة، دار الثقافة، الدوحة، مؤسسة الريان، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م، ص ١٠٤ وما بعدها، فقد أشار أن كبار علماء المسلمين المشتركين في المؤتمر الثانى لمجمع البحوث الإسلامية بالقاهرة سنة ١٣٨٤ هـ -

٧٧- ولن نستطرد في هذا الموضوع وبكفينا ما أشرنا إليه، بقى لنا أن نذكر أن الربا من الكبائر، بل من أكبر الكبائر، لذلك ورد النهى عنه في الأحاديث النبوية، نكتفى بهذين الحديثين وهما:-

أ - عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «اجتنبوا السبع الموبقات»، قالوا: يا رسول الله، وما هن؟ قال: «الشُّرْكُ بالله، والسَّحَرُ، وقتل النفس التي حَرَّمَ اللهُ إلاَّ بالحقِّ، وأكل الربِّا، وأكل مالِ اليتيم، والتَّوَلَّى يَوْمَ الرَّحْفِ، وَقَذْفُ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ الْغَافِلَاتِ»^(١)؛ متفق عليه.

ب - عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: «لَعَنَ رسولُ الله صلى الله عليه وسلم أَكِلَ الرَّبِّا وَمُوكِلَهُ وَشَاهِدِيهِ وَكَاتِبِيَهُ»، وقال: (هم سواء)^(٢).

١٩٦٥م، أجمعوا على أن: «الفائدة على أنواع القروض كلها ربا محرم، لا فرق في ذلك بين ما يسمى بالقرض الاستهلاكي وما يسمى بالقرض الإنتاجي».

(١) انظر اللؤلؤ والمرجان، مرجع سابق، حديث رقم ٥٦، ص ٢٥. أخرج البخاري في (٥٥) كتاب الوصايا.

(٢) انظر صحيح سلم بشرح النووي، مرجع سابق، ١٩ باب لعن أكل الربا وموكله، ١٠٥، حديث رقم ١٥٩٧.

وانظر المبسوط للسرخسي، مرجع سابق، الجزء الثاني عشر، ص ١٠٩، حيث يذكر أن: «الله تعالى ذكر لأكل الربا خمسا من العقوبات (أحدها) التحبط قال الله تعالى: ﴿لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَخْبِطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ﴾ قيل معناه ينتفخ بطنه يوم القيامة بحيث لا تحمله قدماه وكلما رام القيام يسقط فيكون بمنزلة الذي أصابه مس من الشيطان فيصير

٧٨- ويبدو أن البعض^(١) يخلط بين أمرين هما: الأول: ربا النسئة وهو

الزيادة على أصل الدين في مقابل الزمن، وهو الربا الجلى الذى قال عنه ابن القيم

كما ذكرنا سابقاً وهو ربا الجاهلية وهو المحرم لذاته بنص القرآن الكريم.

كالمصروع. و(الثانى) المحق قال الله تعالى: ﴿يَمْحَقُ اللَّهُ الرَّبَا﴾ والمراد الهلاك والاستئصال وقيل ذهاب البركة والاستمتاع حتى لا ينتفع هو به ولا ولده بعده. و(الثالث) الحرب قال الله تعالى: ﴿فَأَذْنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾ والمعنى من القراءة بالمد اعلّموا الناس أكلة الربا أنكم حرب الله ورسوله بمنزلة قطاع الطريق والقراءة بالقصر اعلّموا أن أكلة الربا حرب الله ورسوله و(الرابع) الكفر قال الله تعالى: ﴿وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرَّبَا إِن كُنْتُمْ مُّؤْمِنِينَ﴾ وقال تعالى: ﴿وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيمٍ﴾ أى كفار باستحلال الربا أثيم فاجر بأكل الربا و(الخامس) الخلود فى النار قال الله تعالى: ﴿وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾، والسنة جاءت بتأييد ما قلنا أن النبى صلى الله عليه وسلم قال: «أكل درهم واحد من الربا أشد من ثلاث وثلاثين زنية يزنيها الرجل».

(١) انظر د/ عبد الرزاق أحمد السنهورى، مصادر الحق فى الفقه الإسلامى، المجلد الأول، مرجع سابق، الجزء الثالث، ص ١٦٨. حيث يذكر سيادته أن «القرض الذى يتضمن فائدة ليس أصيلاً فى العقود الربوية، بل هو يقاس عليها: يجوز أولاً أن يتضمن القرض فائدة غير مشروطة، ويجوز ثانياً أن يستر القرض فائدة، كمن يبيع الشئ غالياً للمستقرض ثم يقرضه بعد ذلك مبلغاً من المال، إذ لا شك فى أن الفرق بين الثمن الغالى والقيمة الحقيقية إنما هو فائدة القرض وأخيراً إذا تضمن القرض زيادة مشروطة ظاهرة - وهذه هى الفائدة بعينها - فإن هذا لا يجوز، ولكن لا لأن الزيادة المشروطة ربا، بل لأنها تشبه الربا، والتحرز عن حقيقة الربا وعن شبهة الربا واجب.

ثم يفرع سيادته عن هذا التخريج وهذا الطرح أنه طالما كانت الفائدة فى القرض لا تعتبر ربا حقيقة، بل يقتصر الأمر على أن فيها شبهة الربا، فلا مناص من القول بأن ربا القرض يلحق بربا النسئة وربا الفضل، ويجمع بين كل هذه الأنواع من الربا أنها جميعاً محرمة، ولكن التحريم فيها تحريم للوسائل لا تحريم للمقاصد، ومن ثم يرتفع التحريم إذا قامت الحاجة».

والثاني: ربا النسئنة في البيوع، والداخل في ربا الفضل والذي تناولته الأحاديث النبوية الشريفة والتي اشترطت القبض والتماثل في الأصناف الستة وغيرها مما يقاس عليها وفقاً لرأى جمهور العلماء ما عدا الظاهرية ومن هنا نحوهما.

ولا أدري على أي أساس فرّق عميد الفقه القانوني السنهوري^(١) بين الفائدة الكبيرة فجعلها محرمة لذاتها، وبين الفائدة البسيطة على القرض فجعلها مُحَرَّمَةً تحريم وسائل مثلها مثل ربا الفضل وربا النسئنة في البيوع الداخل في ربا الفضل، ومن ثمّ تباح إذا دعت إليها الحاجة.

٧٩- ونحن لا نستطيع أن نوافق على هذا الطرح ولا سيما وأن القرآن الكريم والذي نهى عن ربا الجاهلية قال: ﴿وَإِنْ تُبْتِئُمْ فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾^(٢).

ويقول الشيخ محمد أبو زهرة^(٣) «وربا القرآن الكريم هو الربا الذي تسير عليه المصارف، ويتعامل به الناس، فهو حرام لا شك فيه، ويكون حراماً لذاته وليس سداً

(١) انظر المرجع السابق، ص ١٧٠.

وانظر أحكام القرآن للجصاص، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص ١٨٦، حيث يقول: «ومعلوم أن ربا الجاهلية إنما كان قرضاً موجلاً بزيادة مشروطة فكانت الزيادة بدل من الأجل فأبطله الله تعالى وحرمه وقال ﴿وَإِنْ تُبْتِئُمْ فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ﴾ وقال تعالى: ﴿وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا﴾ حضر أن يؤخذ للأجل عوض».

(٢) سورة البقرة، ٢٧٩.

(٣) انظر الشيخ محمد أبو زهرة، بحوث في الربا، مرجع سابق، فقرة ١٩، ص ٢٢.

للزريعة كما يقول أستاذنا، ومن ثم لا تبيحه حاجة، ولا يرتفع اثمه إلا إذا دعت إليه ضرورة، ومن هذا المنطلق فإننا نستطيع أن نقرر أن ما قام به واضعوا التقنين المدني المصري من جهود للحد من الربا كمنعه لتقاضى فوائد على متجمد الفوائد^(١)، ووضعه حداً أقصى لسعر الفائدة^(٢)، وعدم جواز تقاضى الدائن فوائد إذا لم يكن هناك اتفاق بينه وبين المدين، وأن الفوائد لا تسرى إلا من تاريخ المطالبة القضائية^(٣)، كلها جهود مشكورة، بيد أنها غير كافية، لاسيما فى ظل نص المادة الثانية من الدستور والتي تجعل «الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع» والتي تفرض على السلطة التشريعية المنوط بها سن التشريع تنقية هذه القوانين مما هو عالق بها من مخالفات لمبادئ الشريعة الإسلامية وأحكامها، وألا تترك هذه القوانين

وانظر بن عبد البر، الكافي فى فقه أهل المدينة المالكي، مرجع سابق، ص ٣٠٢، حيث يقول: «وأجمع العلماء من السلف والخلف أن الربا الذى نزل القرآن بتحريمه هو أن يأخذ صاحب الدين لتأخير دينه بعد حلوله عوضاً عيناً أو عرضاً، وهو معنى قول العرب إما أن تقضى وإما أن تربي». ثم يقول ص ٣٠٩: «وجائز عند مالك بيع تراب المعادن (الذهب بالفضة والفضة بالذهب بداً بيد، ولا يجوز نسيئة، ويجوز شراء سائر الأشياء نقداً أو إلى أجل ولا يجوز عنده شراء تراب الصياغة بحال من الأحوال».

وانظر أيضاً مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (قدس الله روحه)، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم (رحمه الله) وساعده ابنه محمد (وفقه الله)، طبع بأمر خادم الحرمين الملك فهد بن عبد العزيز آل سعود، ص ٤١٨. حيث يقول: «أصل الربا فى الجاهلية: أن الرجل يكون له على الرجل المال المؤجل، فإذا حل الأجل قال له: (أتقضى) أم تربي؟ فإن وفاه وإلا زاد هذا فى الأجل وزاد هذا فى المال، فيتضاعف المال والأصل واحد. وهذا الربا حرام بإجماع المسلمين. ثم يقول: (إذا حل الدين وكان الغريم مُعسراً: لم يجز بإجماع المسلمين أن يقلب بالقلب لا بمعاملة ولا غيرها، بل يجب إنظاره، وإن كان موسراً كان عليه الوفاء، فلا حاجة إلى القلب لا مع يساره، ولا مع إعساره، ويجب على ولادة الأمور أن يأمروا المدين أن يؤدى رأس المال، ويسقطوا الزيادة الربوية».

(١) انظر المادة ٢٣٢.

(٢) انظر المادة ٢٢٧.

(٣) انظر المادة ٢٢٦ «وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخاً آخر لسريانها».

بلا تعديل حتى تتسجم هذه النصوص السابقة على التعديل الدستوري مع اللاحقة له^(١).

- (١) انظر د/ على حسين نجيدة، مرجع سابق، ص ٧٧.
- وانظر أيضاً قوانين الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ص ١٩٨، حيث استحدثت مادة تحت رقم ٢٣٥ تنص على:
- «١- يقع باطلاً كل اتفاق على تقاضى فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو التأخير فى الوفاء به.
- ٢- وتعتبر فائدة مستترة كل عمولة أو منفعة أياً كان نوعها، اشترطها الدائن، وإذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا نفقة مشروعة».
- وقد جاء أن هذه المادة مستحدثة، أريد بها النص صراحة على تحريم الربا نزولاً على حكم الشريعة الإسلامية، حيث جاء فى الآية الكريمة: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ (البقرة: ٢٧٥). ووصلت الشريعة فى تحريم الربا إلى حد تهديد من يتعامل به بحرب من الله ورسوله، حيث جاء فى الآية الكريمة: ﴿فَأَذْنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾ [البقرة ٢٧٩].
- وكان فى الوسع إغفال هذه المادة اكتفاءً بالحكم العام الذى جاء فى المادة (٣) من المشروع، حيث تنص على أنه: «يعتبر من النظام العام أحكام الشريعة الإسلامية القطعية، ومن ثم يقع باطلاً كل نص أو اتفاق يخالف هذه الأحكام».
- لكن رُئى أن من اللازم التصدى صراحة لهذا الموضوع نظراً لخطورته، فيكون باطلاً كل اتفاق على تقاضى فوائد، سواء كان ذلك فى مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود، أو فى مقابل التأخير فى الوفاء به. وسواء كانت الفائدة ظاهرة أو مستترة، وذلك للحيلولة دون أى تحايل فى هذا الخصوص.
- كما تنص المادة (٢٣٦ من المشروع) على أنه: «إذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود وتأخر المدين فى الوفاء به، جاز للدائن أن يطالب بتعويض الضرر الذى لحقه بسبب هذا التأخير».

المبحث الثانى

دور مبادئ الشريعة الإسلامية

فى حالة انعدام النص التشريعى أو العرف

٨٠- لا مرأ أن مبادئ الشريعة تكون مصدراً رسمياً، يتعين على القاضى اللجوء إليه إذا لم يجد نصاً تشريعياً يحكم المسألة المعروضة عليه، ولم يكن ثمة عرف ينظمها، وإذا كان البعض^(١) يقلل من أهمية هذا المصدر، نظراً لأن القاضى غالباً ما يجد الحل فى التشريع أو العرف.

(١) انظر د/ حسن كيرة، المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص ٢٧٥، حيث يذكر سيادته أن «الالتجاء إلى الشريعة الإسلامية لن يتأتى فى العمل إلا نادراً. ذلك أن التشريع - وهو المصدر الرسمى الأول للقانون المصرى - قد غدا فى العصر الحديث غزير الإنتاج وسريع على السواء، مما لا يدع مجالاً كبيراً إلى العرف وهو المصدر الذى يليه فى الترتيب مع أنه مصدر حى معاصر للجماعة ومتجاوب مع تطورها، وبالتالي من باب أولى لا يكاد يترك فرصة للمصدر الذى يلى العرف فى المرتبة وهو مبادئ الشريعة الإسلامية، وخاصة فى وضعها الراهن الذى ثبت عليه دون تطور منذ قرون عديدة نتيجة إقفال باب الاجتهاد فيها». وانظر د/ محمد حسام محمود لطفى، المدخل لدراسة القانون، مرجع سابق، ص ٢١١، حيث يذكر سيادته أن «المشرع المصرى أحال إلى مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر تال للعرف وليس سابقاً عليه وهذا الأمر أدى إلى القول بأن هذه المبادئ لم ولن تلعب دوراً فى نظرية مصادر القانون المصرى، فالعرف قد استغرق إلى حد كبير العديد من أحكام الشريعة، فأحكام الشريعة دخل فى ضمير الجماعة بحيث أصبح الكثير من أحكامها عرفاً للمصريين بصرف النظر عن ديانتهم».

فإن الآخرين^(١) يعتبرون أن هذا النص يزيد كثيراً في أهمية الشريعة الإسلامية، ويجعل دراستها دراسة علمية في ضوء القانون المقارن أمراً ضرورياً ليس من الناحية النظرية الفقهية فحسب، بل كذلك من الناحية العملية التطبيقية، فكل من الفقيه والقاضى أصبح الآن مطالباً أن يستكمل أحكام القانون المدنى، فيما لم يرد فيه نص ولم يقطع فيه عرف بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامى، قبل الرجوع إلى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة، بل لعل أحكام الشريعة الإسلامية، وهى أدق تحديداً وأكثر انضباطاً من مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة هى التى تحل محل هذه المبادئ والقواعد، فتغنيها عنها فى كثير من المواطن.

وأياً كان أهمية هذا النص^(٢)، وأياً كان وجه الخلاف حوله، فلا بد أن نوضح كيف للقاضى أن يوظف مبادئ الشريعة الإسلامية فى حل النزاع الذى أمامه **(المطلب**

وانظر د/ مختار القاضى، مرجع سابق، ص ٢٠٦، حيث يذكر سيادته: «إنه مما يؤسف له أن المشرع أشار إلى العرف قبل مبادئ الشريعة الإسلامية، مع أن العرف هو أحد تطبيقات الشريعة الإسلامية وهى نظرية العرف حتى قالوا: المعروف عرفاً كالمشروع شرعاً. فكان أولى بالمشرع ألا يذكر موضوع العرف ما دام العرف مصدراً من مصادر الشريعة نفسها».

(١) انظر د/ عبد الرزاق أحمد السنهورى، الوسيط، الجزء الأول، مرجع سابق، ص ٤٨.

(٢) انظر الأعمال التحضيرية للقانون المدنى، مرجع سابق، الجزء الأول، ص ١٨٦، حيث جاء فيها أن «المشروع (المقصود القانون المدنى) فى هذه المادة ما يعرف فى اصطلاح الفقه بمصادر القانون واسترشد فى ذلك بالتقنيات الحديثة وبالتقنين السويسرى بوجه خاص. وليس

الأول)، وما هي الضوابط والقيود التي تقع على القاضي عند تبنيه لحل من مبادئ الشريعة الإسلامية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

كيفية استنباط القاعدة القانونية

وفق مبادئ الشريعة الإسلامية

٨١- إذا لم يجد القاضي نصاً تشريعياً يحكم واقعة النزاع المعروضة عليه؛ فإنه يتجه صوب العرف تطبيقاً لنص المادة الأولى من القانون المدني، بيد أنه يجب عليه أن يتحرى أن لا يكون العرف مخالفاً لمبادئ الشريعة الإسلامية تنفيذاً لنص المادة الثانية من الدستور، فالقاضي في حالة عدم وجود نص تشريعي يجب عليه أن لا يتلمس حكماً في المصادر الأخرى يجافى تلك المبادئ^(١)، فإن لم يجد أو وجد

يقصد من جمع المصادر على هذا النحو إلى مجرد تعددها بل يراد بوجه خاص بيان تدرجها من حيث الأولوية في التطبيق».

(١) انظر د/ علي حسين نجيدة، مرجع سابق، ص ٦٥.

حيث يقول سيادته أن: «ومن المعلوم أن مصادر القانون التي تلي التشريع، هي كما سبق أن رأينا، العرف، ومبادئ الشريعة الإسلامية، ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. وعلى الرغم من أن هذا الترتيب للمصادر يجب أن يعاد النظر فيه، إلا أنه إلى أن يتم ذلك تشريعياً، فإن القاضي يلتزم به، وهو في اتباعه لهذه المصادر، عليه أن يتجنب الأحكام التي تخالف مبادئ الشريعة الإسلامية».

عرفاً يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية يجب عليه أن يتجه صوب التشريع الإسلامي لكي يستخرج حكماً يطبقه على واقعة النزاع ويحقق به العدالة، وينأى بنفسه عن جريمة إنكار العدالة، ولا يخرج الأمر عن فروض ثلاثة:-

الأول: أن تكون واقعة النزاع لها حكم بنص قطعي الثبوت قطعي الدلالة،

والثاني: أن تكون واقعة النزاع لها حكم فقهي يختلف باختلاف الفقهاء (الفرع الأول)،

والثالث: أن لا تكون لواقعة النزاع حكماً فقهيّاً (الفرع الثاني).

وانظر أيضاً د/ أحمد حشيش، دور مبادئ الشريعة أمام القضاء، مرجع سابق، فقرة ١٧١، ص ٢٨٧، حيث يذكر سيادته: « مبادئ الشريعة، ليست قيداً على السلطة التشريعية وحدها، دون السلطة القضائية، وذلك عكس ما يتردد دوماً في أحكام المحكمة الدستورية» ثم يقول سيادته: «ومفاد ما تقدم أن مبادئ الشريعة قيد على السلطة التشريعية عامة في مصر، أى سواء كانت سلطة البرلمان التأسيسي (الجمعية التأسيسية) أو سلطة البرلمان العادى، أو - حتى - سلطة عمل اللوائح التشريعية.

كما هى قيد على السلطة القضائية عامة في مصر، أى سواء كانت سلطة القضاء الدستورى، أو سلطة القضاء العادى، أو سلطة القضاء الإدارى، أو سلطة القضاء العسكرى، أو حتى سلطة الهيئات ذات الاختصاص القضائى».

الفرع الأول

استنباط القاعدة القانونية

من أحكام الشريعة

أولاً: أحكام الشريعة المقررة بنص قطعي الثبوت قطعي الدلالة:-

٨٢- ذكرنا - سابقاً - أن المشرع لا يملك الاجتهاد إذا كان الحكم مقررًا بنص

قطعي الثبوت قطعي الدلالة، وهذا ما استقرت عليه أحكام المحكمة الدستورية، بل ما

استقر عليه الفقهاء^(١) بقولهم: «والصواب ما عليه الأئمة أن مسائل الاجتهاد ما لم

(١) انظر الآمدى، الإحكام فى أصول الأحكام، مرجع سابق، الجزء الرابع، ص ١٦٤، حيث يقول: «وأما ما فيه الاجتهاد: فما كان من الأحكام الشرعية دليله ظنى. فقولنا (من الأحكام الشرعية)، تمييز له عما كان من القضايا العقلية واللغوية وغيرها، وقولنا (دليله ظنى) تمييز له عما كان دليله منها قطعياً كالعبادات الخمس ونحوها فإنها ليس محلاً للاجتهاد فيها». وانظر الإمام محمد بن إدريس الشافعى، الرسالة، تحقيق وشرح أحمد محمد شاكر، مطبعة مصطفى الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة الأولى، ١٤٥٧هـ - ١٩٣٨م، ١٣٢٨، ص ٤٧٨، حيث جاء فيها - «فقلت له: العلم من وجوه: منه إحاطة فى الظاهر والباطن. ومنه حق فى الظاهر، فالإحاطة منه ما كان نص حكيم لله أو سنة لرسول الله نقلها العامة عن العامة. فهذان السيلان اللذان يشهد بهما فيما أُجل أنه حلال، وفيما حُرِّم أنه حرام. وهذا الذى لا يسع أحداً عندنا جهله ولا الشك فيه».

وانظر أيضاً نظام الدين أبى على أحمد بن محمد بن إسحاق الشاشى المتوفى سنة ٣٤٤ هـ، أصول الشاشى، وبهامشه عمدة الحواشى، شرح أصول الشاشى للمولى محمد فيض الحسن الكنكوى، منشورات دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ٢٠٠٣م، ١٤٢٤هـ،

يكن فيها دليل يجب العمل به وجوباً ظاهراً مثل حديث صحيح لا معارض له من جنسه فيسوغ فيها - إذا عدم فيها الدليل الظاهر الذى يجب العمل به الاجتهاد لتعارض الأدلة أو لخفاء الأدلة فيها»^(١).

وإذا كان هذا الإلزام يقع على عاتق المشرع عندما يسن تشريعاً، فكذلك يقع على القاضى - من باب أولى - عندما يريد أن يتبنى قاعدة قانونية وفق مبادئ الشريعة الإسلامية، فهو لا يملك أن يتجاوز الحكم الشرعى الذى يحكم واقعة النزاع إذا كان مقررأ بنص قطعى الثبوت قطعى الدلالة^(٢)، بل يتعين عليه ويتوجب أن يتبنى

ص ١٧١، حيث يقول: « ثم المتواتر: يوجب العلم القطعى، ويكون رده كفراً، والمشهور يوجب علم الطمأنينة ويكون رده بدعة».

ولا خلاف بين الفقهاء فى لزوم العمل بهما وإنما الكلام فى الأحاد، وانظر المادة ١٤ من مجلة الأحكام العدلية، حيث تنص على: «لا مساغ للاجتهاد فى مورد النص».

(١) انظر ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، مرجع سابق، المجلد الخامس، ص ٢٤٣. وانظر المستصفى من علم الأصول للغزالى، مرجع سابق، فقرة ١٣٦٥، ص ٢١٥، حيث يقول فى القسم الثانى «من الأخبار ما يعلم كذبه، وهى أربعة، الثانى: ما يخالف النص القاطع من الكتاب والسنة المتواترة وإجماع الأمة، فإنه ورد مكذباً لله تعالى ولرسوله صلى الله عليه وسلم وللأمة».

(٢) ذكرنا - سابقاً - أن القرآن الكريم كله قطعى الثبوت، وإن منه ما هو ظنى الدلالة ومنه ما هو قطعى الدلالة، وأن السنة النبوية الصحيحة هى أيضاً قطعية الثبوت، وقد تكون قطعية الدلالة وقد تكون ظنية الدلالة.

انظر الإمام أبى محمد على بن أحمد بن سعيد من حزم، الإحكام فى أصول الأحكام، دار الآفاق الجديدة، بيروت، الجزء الأول، ص ١٠٤، حيث يذكر أن «خبر التواتر، وهو ما نقلته

هذا الحكم ويفصل فى النزاع وفقاً له، فإن لم يفعل تعرض حكمه للبطلان ومن ثم للنقض.

ثانياً: أحكام الشريعة المختلف عليها بين المذاهب:-

٨٣- إذا تعلقت القاعدة القانونية التى يريد القاضى أن يستتبطها لكى يطبقها على واقعة النزاع بحكم شرعى مختلف عليه بين المذاهب الفقهية المختلفة، فلا يتقيد بمذهب معين، لا بالمذهب الحنفى، ولا بأرجح الأقوال فيه^(١)، بل يجوز له أن يتبنى أى رأى فقهى من أى مذهب من المذاهب، يراه كفيلاً بتحقيق العدالة فى هذه الواقعة، وتحقيق مصلحة المتخاصمين، والتيسير عليهم، ولا تثريب عليه فى ذلك، ولا يتعرض حكمه للنقض لأنه تبنى رأياً وترك آخر، طالما كان هدفه الأساسى هو أن يحكم بين الناس بالعدل، وأن هذا الرأى هو الذى يحقق العدل والمصلحة فى هذه الواقعة^(٢).

كافة بعد كافة حتى تبلغ به النبى صلى الله عليه وسلم. وهذا خبر لم يختلف مسلمان فى وجوب الأخذ به، وفى أنه حق مقطوع على غيبه».

(١) انظر فى نقد الإحالة فى جانب الأحوال الشخصية والواردة فى المادة ٣/ف ١ من قانون إصدار القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ والتى تقضى بأنه: «تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها. ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص فى تلك القوانين بأرجح الأقوال فى مذهب الإمام أبو حنيفة»، د/أحمد محمد أحمد حشيش، مرجع سابق، فقرة ١٧٥، ص ٢٩٣.

(٢) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى، مرجع سابق، الجزء الأول، ص ١٩١، محضر الجلسة السادسة والأربعين، حيث اعترض معالى حلمى عيسى باشا على حكم الإحالة على مبادئ الشريعة دون التقيد بمذهب معين قائلاً إن ذلك يحدث اضطراباً بين الأحكام لاختلاف المذاهب.

٨٤- وإذا أمكن الوصول إلى حل للنزاع عن طريق تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية أو القواعد الفقهية المتفق عليها، فيستلزم على القاضى تطبيقها ومن ذلك ما قضت به محكمة النقض بقولها^(١): «صدر حكمين متناقضين فى نزاع بذاته وبين الخصوم أنفسهم وإزاء خلو التشريع والعرف من حكم منظم لتلك الحالة فإنه إعمالاً للفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدنى تعين اللجوء لمبادئ الشريعة الإسلامية، ومؤداها إذا سقط الأصل يصار إلى البديل^(٢) ولا حجية مع تناقض، فإذا

وقد أجاب معالى السهنورى باشا أن المادة تتكلم عن مبادئ الشريعة أى كلياتها وهى ليست محل خلاف بين الفقهاء وطلب من اللجنة إبقاء الفقرة على أصلها «بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون تقييد بمذهب معين» لاحتمال أن تتعارض مبادئ الشريعة مع القانون فلا يؤخذ منها فى هذه الحالة إلا ما كان أكثر ملاءمة للقانون. فرد عليه رمزى بك قائلاً إنه لن يحدث هذا التعارض لأن الشريعة لن تطبق إلا حيث لا يوجد نص ولن يطبق منها إلا المبادئ العامة دون الحلول التفصيلية.

وبعد مناقشة وافقت أغلبية اللجنة على حذف عبارة «الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون تقييد بمذهب معين» من الفقرة الثانية لأنها تزيد. وقد جاء فى تقرير اللجنة أن هذه العبارة حذفت، لأن حكمها مفهوم فى حدود فكرة الملاءمة».

(١) انظر الطعن ٢٢٠٤ لسنة ٧٦ ق، جلسة ٢٠٠٧/٩/١٠، مكتب فنى ٥٨، قاعدة ١١٥، ص ٦٧١.

(٢) إذا بطل الأصل صار إلى البديل، ومن الألفاظ الأخرى: بدل الشئ يقوم مقامه، إذا تعذر الأصل يصار إلى البديل، البديل يسد مسد الأصل ويحل محله، لا يجتمع البديل والمبدل منه، الأصل لا يجتمع مع البديل.

ومعناه إذا تعذر إيفاء الأصل بالفوات، أو التفويت فإنه يصار إلى البديل.

تتناقض متساويان تساقطا وتماحيا^(١) ووجب الرجوع للأصل باسترداد محكمة الموضوع لسلطتها في الفصل في النزاع على هدى من الأدلة المطروحة تحقيقاً للعدالة دون تقييد بأى من هذين الحكمين، وعلى ذلك فلا وجه للرأى الذى يعتد بالحكم الأسبق بمقولة أنه الأولى لأنه لم يخالف غيره، ولا للحكم اللاحق لتضمنه نزول المحكوم له عن حقه فى السابق بل الأولى هو إطراحهما والعودة للأصل بأن يتحرى القاضى وجه الحق فى الدعوى على ضوء الأدلة المطروحة».

وتقول محكمة النقض أيضاً فى أحد أحكامها^(٢) «المقرر فى قضاء محكمة النقض أن الشهادة ذات حجية متعدية لأن ما يثبت بها لأحد الخصوم يعد ثابتاً بالنسبة للخصم الآخر وذلك اعتباراً بأن من صدرت منه الشهادة شخص عدل لا

انظر د/ محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها فى المذاهب الأربعة، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثالثة ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م، قاعدة ٨٩، ص ٥١٨.

(١) انظر د/ محمد مصطفى الزحيلي، مرجع سابق، القاعدة ١١٤، ص ٥٩١، حيث يقول: «أن التناقض المقصود فى هذه القاعدة هو تناقض للشاهد فى شهادته المثبتة للدعوى».

وانظر أيضاً عزت عبد الحميد الدعاس، القواعد الفقهية مع الشرح الموجز، دار الترمذى، الطبعة الثالثة، دمشق، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م، فقرة ٧٠، القاعدة السادسة عشر، ص ٨٨.

وانظر أيضاً الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، الطبعة الثانية ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م، القاعدة الثانية والخمسون، إذا بطل الأصل يصار إلى

البدل، ص ٢٨٦، القاعدة التاسعة والسبعون، لا حجة مع التناقض، ص ٤٠٥.

(٢) انظر الطعن رقم ١٤٩٦ لسنة ٦٨ قضائية، دوائر الإيجارات - جلسة ٢١/١/٢٠٠٩م، على

موقع المحكمة (www.cc.gov.eg).

يقصد بها تحقيق مصلحة لأحد أو مضارته ولهذا الأثر للشهادة واعتبارات العدالة فإنه يجب ألا يقوم بالشاهد مانع من موانعها من شأنه أن يدع للميل بشهادته لخصم على آخر سبباً ومن هذا القبيل أن تكون بين الشاهد ومن يشهد عليه خصومة فقد ورد في الحديث الشريف «لا تُقْبَلُ شهادةُ خَصْمٍ ولا ظَنِينٍ ولا ذِي الإْحْنَةِ»^(١) وإذا خلت مواد قانون الإثبات المنظمة لشهادة الشهود بالباب الثالث من نص يعالج أثر وجود خصومة بين الشاهد والمشهود عليه فليس أمام القاضي من سبيل إلا أن يلتجئ إلى مبادئ الشريعة الإسلامية التي تقضى بأن قيام هذه الخصومة يعد مانعاً للشهادة باعتبار هذه المبادئ المصدر الرئيسى للتشريع بنص المادة الثانية من الدستور والمرجع الأصيل للقضاء عند غياب النص وعدم وجود العرف طبقاً لما نصت عليه المادة الأولى من القانون المدنى وينبنى على ذلك أنه إذا ما طعن الخصم على أقوال الشاهد بوجود خصومة بينهما مانعة من الإدلاء بأقواله دون ميل وأقام الدليل على

(١) انظر الإمام مالك بن أنس، الموطأ، دار التقوى، الطبعة الأولى ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م، ٣٦ كتاب الأقضية، ١٣٩٥/٥، يقول حدثني يحيى عن مالك أنه بلغه، أن عمر بن الخطاب قال: لا يجوز شهادة خصم ولا ظنين، حديث موقوف منقطع. وانظر أيضاً محمد بن على الشوكاني، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، دار ابن الجوزى، الطبعة الأولى ١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م، المجلد الرابع، ١٦ باب من لا يجوز الحكم بشهادته، ٣٩١٨/٤٧، ص ٧٣٧، ص ٧٣٨.

ذلك تعين على المحكمة أن تمحص دفاعه وتحققه قبل أن تحكم فى النزاع فإن هى لم تفعل واستندت إلى أقوال هذا الشاهد رغم الطعن بفسادها وقع الحكم باطلاً».

٨٥- من هذا الحكم يتضح أن المحكمة أخذت برأى الإمام الشافعى وطرحت رأى الإمام أبو حنيفة جانباً، وهذا ما يتضح مما جاء فى كتب الفقه^(١)، «القول فى شهادة العدو والخصم»، مسألة: قال الشافعى رضى الله عنه: «ولا على خصم لأن الخصومة موضع عداوة». قال الماوردى: وأما شهادة العدو على عدوه فمردودة لا تقبل. وأجازها أبو حنيفة احتجاجاً بقوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ﴾ [البقرة ٢٨٢] فكان على عمومه. ولأن الدين والعدالة يمتنعان من شهادة الزور».

وهذا الذى اعتنقته المحكمة يؤكد - لنا - بما لا يدع مجالاً لأدنى شك صحة ما توصلنا إليه عندما قررنا أنه إذا كانت الواقعة محل النزاع تحكمها آراء متعددة،

(١) انظر أبو الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردى البصرى، الحاوى الكبير فى فقه مذهب الإمام الشافعى رضى الله عنه وهو شرح مختصر المزنى، تحقيق وتعليق الشيخ على محمد معوض، والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م، الجزء السابع عشر، ص ١٦١.

ثم يكمل دليل أبو حنيفة فى جواز الشهادة، حيث يقول: «ولأن العداوة إن كانت فى الدين لم تمنع من قبول الشهادة، كما تقبل شهادة المسلم على الكافر مع ظهور العداوة. وإن كانت فى الدنيا فهى أسهل من عداوة الدين فكانت أولى أن تقبل. أما أدلة الشافعية فقوله تعالى: ﴿ذَلِكَمُ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا﴾ [البقرة: ٢٨٢] والعداوة من أقرب الريب». ثم يقول: وأما شهادة الخصم على خصمه فتد فى ما هو خصم فيه لرواية القاسم بن محمد عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال: «لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذى الإحنة» ولأن الخصومة تؤول إلى العداوة، والعداوة تمنع من قبول الشهادة».

انظر كيف استخدمت المحكمة هذا الرأى وهذا الحديث وتركت ما عداه.

جاز للقاضى أن يتبنى ما يشاء من الآراء التى يرى أنها تحقق العدالة من وجهة نظره ولا تثريب عليه فى ذلك^(١).

الفرع الثانى

استنباط القاعدة القانونية بالاجتهاد

٨٦- إذا لم تكن لواقعة النزاع حكم فقهى فى المذاهب المختلفة، تعين على القاضى عند اللجوء إلى مبادئ الشريعة الإسلامية أن يجتهد لى يستنبط قاعدة قانونية تحكم واقعة النزاع وفق تلك المبادئ.

وللاجتهاد معنى اصطلاحى شرعى، حيث يرى بعضهم^(٢) أنه: «استفراغ الوسع فى النظر فيما لا يلحقه لوم مع استفراغ الوسع فيه»، ولهذا تسمى مسائل الفروع مسائل الاجتهاد دون مسائل الأصول.

(١) انظر د/ أحمد فراج حسين، أدلة الإثبات فى الفقه الإسلامى، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤م، ص ١١٣، حيث يذكر سيادته «ما روى عن الزهرى قال: مضت السنة فى الإسلام ألا يجوز شهادة خصم ولا ظنين، وتحصل التهمة فى الشاهد بأسباب القرابة والزوجية والعداوة ونحوها من كل ما يؤدي إلى الريبة فى الشاهد، كما تحصل التهمة فى شهادته، إذا كان من شأنها أن تجلب له منفعة، أو تدفع عنه مضرة».

(٢) انظر سراج الدين محمود بن أبى بكر الأزموى (متوفى سنة ٦٨٢هـ)، التحصيل من المحصول، دراسة وتحقيق د/ عبد الحميد على أبو زيد، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م، الجزء الثانى، ص ٢٨١.

وانظر التعريفات للجرجانى، مرجع سابق، مصطلح رقم ٣٤، ٣٥، ص ١٢، حيث يذكر أن الاجتهاد فى اللغة: بذل الوسع، وفى الاصطلاح استفراغ الفقيه الوسع لتحصيل له ظن بحكم شرعى». أو هو: بذل المجهود فى طلب المقصود من جهة الاستدلال.

وإذا كان القاضي مكلفاً باللجوء إلى الشريعة الإسلامية لاستنباط قاعدة قانونية تحكم واقعة النزاع فإنه يتعين عليه عند رجوعه لمبادئ الشريعة الإسلامية أن يراعى مصادرها، ولذا توجب علينا أن نوضح بشئ من الإيجاز هذه المصادر.

مصادر التشريع الإسلامي:-

أولاً: المصادر المتفق عليها:

٨٧- لا مرأ أن التشريع الإسلامي تشريعي إلهي، ولذلك كان المصدر الأساسي هو الوحي الإلهي، سواء كان وحياً باللفظ والمعنى وهو الكتاب العزيز والمجيد والحكيم، أو وحياً بالمعنى فقط دون اللفظ وهو السنة النبوية الشريفة، وفي ذلك يقول الله تعالى: ﴿وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ . إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ﴾^(١)، ثم مصادر أخرى تستند إلى هذين الأصلين على النحو التالي:

وانظر أيضاً محمد بن علي الشوكاني، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق أبي حفص سامي بن العربي الأثري، دار الفضيحة، الجزء الثاني، ص ١٠٢٥. ويذكر ص ١٠٢٦ أن بعض الأصوليين زاد في هذا الحد لفظ «الفقيه»، فقال: بذل الفقيه الوسع، ولا بد من ذلك، فإن بذل غير الفقيه وسعه، لا يسمى اجتهاداً اصطلاحاً. وانظر شرح مختصر الروضة للطوفي، مرجع سابق، الجزء الثالث، ص ٥٧٥، حيث يعرف الاجتهاد بأنه: «بذل الجهد في تعرف الحكم الشرعي، والتام منه: ما انتهى إلى حال العجز عن مزيد الطلب». وانظر د/ مختار القاضي، الرأي في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى ١٣٦٨هـ - ١٩٦٨م، ص ٢٠، حيث يشير إلى أكثر من معني للرأي أحدهما مذموم والآخر محمود، والمحمود هو المرادف للاجتهاد.

(١) سورة النجم، آية ٣، ٤.

١ - القرآن الكريم^(١): هو كلامه المنزل للإعجاز بسورة منه، والمنقول نقلاً

متواتراً^(٢)، والمنزل باللفظ العربى والمبدوء بسورة الفاتحة والمختوم بسورة الناس^(٣).

(١) انظر جمع الجوامع فى أصول الفقه، للسبكي، مرجع سابق، ص ٢١، حيث يذكر أن الكتاب القرآن، والمعنى به هنا اللفظ المنزّل على محمد صلى الله عليه وسلم، للإعجاز بسورة منه المتعبد بتلاوته، ومنه البسملة أول كل سورة غير براءة على الصحيح لا ما نقل آحاداً على الأصح، والسبع متواترة. ولا تجوز القراءة بالشاذ.

وانظر د/ محمد زكريا البرديسى، أصول الفقه، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، ص ١٧٣، وانظر على بن أحمد بن سعيد بن حزم، الإحكام فى أصول الأحكام، مرجع سابق، الجزء الأول، ص ٩٥، حيث يذكر أنه «لما تبيين بالبراهين والمعجزات، أن القرآن هو عهد الله إلينا والذي أُلزِمنا الإقرار به، والعمل بما فيه، وصح بنقل الكافة الذى لا مجال للشك فيه. أن هذا القرآن هو المكتوب فى المصاحف، المشهور فى الآفاق كلها، وجب الانقياد لما فيه. فكان هو الأصل المرجوع إليه لأننا وجدنا فيه ﴿مَا فَرَطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ﴾»، فما فى القرآن من أمر أو نهى فواجب الوقوف عنده».

وانظر د/ مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، الجزء الأول، ص ٧٣، حيث يذكر أن الكتاب، وهو القرآن، فإنه هو الأصل فى التشريع الإسلامى، فقد بينت فيه أسس الشريعة وأوضحت معالمها فى العقائد تفصيلاً، وفى العبادات والحقوق إجمالاً. وهو فى الشريعة الإسلامية كال دستور فى الشرائع الوضعية لدى الآخر». «وأقول أن هذا تشبيه للتقريب فحسب».

(٢) انظر شرح مختصر الروضة، الجزء الثانى، مرجع سابق، ص ٥، حيث يذكر أن البعض فرق بين الكتاب والقرآن. وردُّ بحكاية قول الجن: «إنا سمعنا قرآنًا» «إنا سمعنا كتابًا»، والمسموع واحد. وبالإجماع على اتحاد مسمى اللفظين.

(٣) انظر شرح التلويح على التوضيح، للتفتازانى، مرجع سابق، ص ٤٦. وانظر شرح مختصر الروضة، للطوخى، مرجع سابق، ص ٢١، حيث يعرف القرآن بقوله: «فالقرآن هو الوحي النازل على محمد صلى الله عليه وسلم للبيان والإعجاز».

ويؤخذ من التعريف أن للقرآن الكريم خصائص يتميز بها عن غيره، فهو مُنَزَّل من عند الله تعالى باللفظ والمعنى، وأنه مُنَزَّل باللفظ العربى، وأنه منقول إلينا بالتواتر^(١).

وجاء عن أبى هريرة رضى الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «مَا مِنَ الْأَنْبِيَاءِ مِنْ نَبِيٍّ إِلَّا قَدْ أُعْطِيَ مِنَ الْآيَاتِ مَا مِثْلُهُ آمَنَ عَلَيْهِ الْبَشَرُ، وَإِنَّمَا كَانَ الَّذِي أُوتِيَتْ وَحْيًا أَوْحَى اللَّهُ إِلَيَّ، فَأَرْجُو أَنْ أَكُونَ أَكْثَرَهُمْ تَابِعًا يَوْمَ الْقِيَامَةِ»^(٢). متفق عليه.

وأجمعت الأمة الإسلامية كلها على أن القرآن الكريم هو حجة الله البالغة^(٣). وأنه المصدر الأول لتشريع الأحكام.

وانظر أيضاً كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود الشهير بابن همام الدين الاسكندرى الحنفى (متوفى ٨٦١هـ)، التحرير فى أصول الفقه الجامع بين اصطلاحى الحنفية والشافعية، مرجع سابق، ص ٢٩٧، حيث يقول: «الكتاب القرآن لفظياً، وهو اللفظ العربى المُنَزَّل للتدبر والتذكر المتواتر».

(١) انظر فى توضيح هذه الخصائص، د/ يوسف قاسم، أصول الأحكام الشرعية، مرجع سابق، ص ٣٧.

(٢) البخارى ٤٩٨١ واللفظ له، مسلم ١٥٢، النسائى السنن الكبرى ٧٩٢٣.

وانظر اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان، مرجع سابق، حديث رقم ٩٣، ص ٣٥.

(٣) انظر الشيخ/ محمد أبو زهرة، أصول الفقه، مرجع سابق، فقرة ٨١، ص ٧٦، حيث يذكر فى فقرة ٨٣، ص ٨٠، «إن تواتره جعله قطعى السند».

٨٨- وأما دلالاته على الأحكام فقد تكون دلالة قطعية وهى تلك التى تدل على المعنى المراد منها دلالة حاسمة لا تحتل أى معنى آخر، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾^(١)، فهذا النص يدل دلالة قطعية على فرضية الصلاة وفرضية الزكاة، دون أدنى أى احتمال لمعنى آخر.

أما الدلالة الظنية فهى تلك التى يكون النص فيها محتملاً لأكثر من معنى، مثل قول تعالى: ﴿وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ﴾^(٢)، فهذا النص يدل دلالة قطعية على أن مسح الرأس من فرائض الوضوء، بيد أن الباء فى اللغة تستعمل للتأكيد وللتبويض، فقد اختلف الفقه فى مقدار المسح، لذلك قال بعضهم بوجوب مسح الكل، وقال آخرون يكفى مسح جزء فقط^(٣).

(١) سورة البقرة، آية ١١٠.

(٢) سورة المائدة، آية ٦.

(٣) انظر د/ يوسف قاسم، أصول الأحكام الشرعية، مرجع سابق، ص ٩٤.

وانظر الشيخ أبو زهرة، أصول الفقه، مرجع سابق، فقرة ٩٠، ص ٩٢.

وانظر الشيخ محمد الخضرى بك، أصول الفقه، مرجع سابق، ص ٢٠٩.

وانظر الشيخ عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه وخلاصة التشريع الإسلامى، مرجع سابق، ص ٢٧، حيث يقول سيادته أن: «البرهان على أن القرآن حجة على الناس وأن أحكامه قانون واجب عليهم اتباعه أنه من عند الله وأنه نقل إليهم عن الله بطريق قطعى لا ريب فى صحته، أما البرهان على أنه من عند الله فهو إعجازه للناس أن يأتوا بمثله».

٢- السنة: «وتطلق السنة في الاصطلاح الشرعى على ما صدر عن رسول

الله صلى الله عليه وسلم من الأدلة الشرعية، مما ليس بمتلو ولا هو معجز، ولا داخل في المعجز، ويدخل في ذلك أقوال النبي عليه الصلاة والسلام، وأفعاله، وتقاريره^(١)».

٨٩- وأجمع المسلمون على أن ما صدر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم،

من قول أو فعل أو تقرير وكان مقصود به التشريع والاقتداء، ونقل إلينا بسند صحيح يفيد القطع، أو الظن الراجح بصدقه يكون حجة على المسلمين، ومصدراً تشريعياً يستنبط منه المجتهدون الأحكام الشرعية لأفعال المكلفين^(٢).

٩٠- وتنقسم السنة باعتبار روايتها عن الرسول صلى الله عليه وسلم إلى ثلاثة

أقسام: سنة متواترة ومشهورة، وسنة آحاد^(٣)، والسنة المتواترة قطعية الورود عن

ثم يقول سيادته: ص ٣٦، فالنص قطعى الدلالة هو ما دل على معنى متعين فهمه منه ولا يحتمل تأويلاً ولا مجالاً لفهم معنى غيره منه، مثل قوله تعالى: «وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ» [النساء - ١٢]، فهذا قطعى الدلالة على أن فرض الزوج في هذه الحال النصف لا غير، أما النص الظنى الدلالة مفهوماً دل على معنى ولكن يحتمل أن يؤول ويصرف هذا المعنى ويراد منه معنى غيره مثل قوله تعالى: «وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ» [البقرة - ٢٢٨] فلفظ القرء لفظ مشترك يحتمل الحيض ويحتمل الطهر».

(١) انظر الإحكام في أصول الأحكام للآمدي، مرجع سابق، ص ١٦٩.

(٢) انظر د/ عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، مرجع سابق، ص ٣٨.

(٣) انظر الشيخ أبو زهرة، أصول الفقه، مرجع سابق، ص ٢١٤.

الرسول صلى الله عليه وسلم، أما السنة المشهورة فهي قطعية الورود عن الصحابي أو الصحابة الذين تلقوها عن الرسول صلى الله عليه وسلم لتواتر النقل عنهم، ولكنها ليست قطعية الورود عن الرسول صلى الله عليه وسلم، لأن أول من تلقى عنه ليس جمع التواتر وقد ألحق فقهاء الحنفية هذا القسم (السنة المشهورة) بالسنة المتواترة.

أما سنة الآحاد فظنية الورود عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، لأن سندها لا يفيد القطع، أما من جهة الدلالة على الأحكام فكل هذه الأقسام الثلاثة قد تكون قطعية الدلالة وقد تكون ظنية الدلالة^(١).

«فالتواتر خبر جماعة يفيد العلم بنفسه لا بالقرائن المنفصلة، أو هي ما رواها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم جمع يمتنع عادة أن يتواطأ أفراد على الكذب، والسنة المشهورة: هي ما رواها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم صحابي أو اثنان أو جمع لم يبلغ حد جمع التواتر، ثم رواها عن هذا الراوى أو الرواة جمع من جموع التواتر وسنة الآحاد: هي ما رواها عن الرسول صلى الله عليه وسلم آحاد لم تبلغ جموع التواتر حتى وصلت إلينا بسند طبقاته آحاد لا جموع التواتر».

انظر الشيخ عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، مرجع سابق، ص ٤١.

(١) انظر الشيخ محمد أبو زهرة، أصول الفقه، مرجع سابق، ص ٢٢٠.

وانظر الشيخ عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، مرجع سابق، ص ٤٢.

وانظر د/ يوسف قاسم، أصول الأحكام الشرعية، مرجع سابق، ص ١٠٠ وما بعدها.

حيث يذكر سيادته، ص ١١٥ أن «سنة الآحاد إذا توافرت شروطها، فإنها تفيد الظن الراجح الموجب للعمل وقال بعض العلماء أنها مفيدة للعلم أى اليقين».

٣- الإجماع: هو اتفاق مجتهدي أمة محمد صلى الله عليه وسلم بعد وفاته في

عصر من الأعصار على أمر من الأمور^(١).

وقد اجمع علماء المسلمين على اعتبار الإجماع حجة، وإن كانوا قد اختلفوا

فيمن هم العلماء المجتهدون^(٢).

٤- القياس: «هو إسناد حكم الأصل إلى الفرع للتساوي في علة الحكم».

والقياس حجة شرعية - يجب العمل بها - إذا توافرت شروطها^(٣).

(١) انظر الإمام محمد بن علي الشوكاني، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق أبي حفص سامي ابن العربي الأثري، دار الفضيلة، الطبعة الأولى ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م، الجزء الأول، ص ٣٤٨.

وانظر جمع الجوامع للسبكي، مرجع سابق، ص ٧٦.

وانظر الإحكام في أصول الأحكام للآمدي، مرجع سابق، ص ١٩٥.

(٢) انظر الشيخ محمد أبو زهرة، أصول الفقه، مرجع سابق، فقرة ٢٠٠، ص ١٩٨. حيث يذكر أن «الشيعة يرون الإجماع الذي يكون هو إجماع أئمتهم أو المجتهدين عندهم، والجمهور يعتبر إجماع علماء الجمهور».

وانظر الشيخ/ عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، مرجع سابق، ص ٤٥ وما بعدها.

وانظر الشيخ/ محمد الخضري بك، أصول الفقه، مرجع سابق، ص ٢٧١.

وانظر د/ أبو يوسف قاسم، أصول الأحكام الشرعية، مرجع سابق، ص ١٣٢.

(٣) انظر د/ يوسف قاسم، أصول الأحكام الشرعية، مرجع سابق، ص ١٤٤، وانظر الشيخ محمد أبو زهرة، أصول الفقه، مرجع سابق، فقرة ٢١٧، ص ٢١٨.

وانظر الشيخ عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، مرجع سابق، ص ٥٢.

وانظر الشيخ محمد الخضري بك، أصول الفقه، مرجع سابق، ص ٢٨٨.

وانظر د/ محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٢٥٧، حيث يذكر ص ٢٦٣: «نحن نختار اعتبار المصلحة المرسلّة والاعتماد عليها ما دامت لا تصادم نصاً ولا إجماعاً كما هو مذهب مالك وأحمد».

وانظر الإحكام في أصول الأحكام للآمدي، مرجع سابق، الجزء الثالث، ص ١٩٠.

ثانياً: المصادر المختلف عليها:

٩١- حيث عارض بعض الفقهاء فى جعلها مصدراً مستقلاً، وهذه المصادر هى قول الصحابى، والمصلحة المرسله وهى المصلحة الملائمة لمقاصد الشارع ولكن ليس فيها نص بخصوصها، والاستحسان وهو العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر لوجه يقتضى هذا العدول، وسد الذرائع وهو غلق الأبواب التى تؤدى إلى المفاسد والمُحرّمات، والعرف وهو ما تعارف عليه جمهور الناس ودرجوا عليه سواء فى الأفعال أو فى الأقوال، والاستصحاب وهو عبارة عن إبقاء الحال على ما كان عليه حتى يقوم الدليل على تقييده، وشرع من قبلنا^(١).

حيث يقول: «والمختار فى حد القياس أن يقال أنه عبارة عن الاستواء بين الفرع والأصل فى العلة المستتبطة من حكم الأصل، وإذا عرف معنى القياس، فهو يشتمل على أربعة أركان: الأصل والفرع، وحكم الأصل، والوصف الجامع».

(١) انظر د/ يوسف قاسم، مبادئ الفقه الإسلامى، مرجع سابق، ص ١٩٧.

وانظر د/ محمد زكريا البرديس، أصول الفقه، مرجع سابق، ص ٣٢٥، وانظر ص ٣٣٣، حيث يعرف العرف بأنه ما اعتاده الناس وألفوه وساروا عليه فى أمورهم، فعلاً كان أو قولاً دون أن يعارض كتاباً أو سنة.

وانظر ص ٣٤٣، حيث يقول: شرع من قبلنا هو: الأحكام التى شرعها الله للأمم السابقة وهبط بها الوحي على الأنبياء السابقين، ووقفت شريعة محمد عليه أفضل الصلاة والتسليم منها بالنسبة لمشروعيتها على مواقف ثلاثة:

١- إقرار الشريعة المحمدية على أحكام كانت مفروضة على الأمم السابقة مثل تشريع الصوم. فهذه الشرائع تطبق علينا بلا خلاف من العلماء.

٢- نسخ الشريعة المحمدية لبعض الأحكام التى وردت فى الشرائع السابقة، وهذه لا تطبق بلا خلاف مثل تحريم الغنائم وتحليلها - لنا -.

٣- سرد المصالح الإسلامية بما كان موجوداً من الأحكام فى الشرائع السابقة دون تعرض لإبقاء الأحكام أو إلغائها وهذه الأحكام هى محل الخلاف.

٩٢- هذه هي مصادر التشريع الإسلامي، يستطيع القاضى أن يستخلص منها القاعدة القانونية التى يطبقها على واقعة النزاع، ولا تثريب عليه إذا تبنى أى حلٍ يحقق العدالة - من وجهة نظره - طالما كان استدلاله صحيحاً واستنتاجه وفق المبادئ والضوابط الفقهية والقواعد الأصولية التى أشرنا إليها سابقاً، ويجب عليه أن يختار القاعدة القانونية التى تحقق التيسير على المتخاصمين، لأن التيسير ورفع الحرج من أسس التشريع الإسلامى .

المطلب الثانى

ضوابط استنباط القاعدة القانونية

٩٣- إذا كان يحق للقاضى أن يستنبط قاعدة قانونية من مصادر التشريع الإسلامى، تحكم واقعة النزاع، فإن هذا الحق - شأنه شأن غيره - لابد أن يتقيد بضوابط وقيود معينة، وإذا كانت الشريعة الإسلامية مبناها على مصالح العباد فى المعاش والمعاد، وهى عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الحق، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى

وانظر د/محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامى، مرجع سابق، ص ٢١٥.
وانظر شرح مختصر الروضة للطوفى، مرجع سابق، الجزء الثالث، ص ١٦٧، حيث يذكر أن شرع من قبلنا ما لم يرد نسهه شرع لنا وأحد القولين، اختاره التميمي والحنفية، والثانى: لا، وللشافعية كالقولين».

المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث، فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل^(١)؛ لذلك يجب على القاضى أن يضع نصب عينيه مصالح المتخاصمين فيختار القاعدة القانونية التى تحقق هذه المصالح أو تيسر عليهم، وترفع عنهم العنت والمشقة، فإذا فعل ذلك، فهل يلتزم أن تكون القاعدة القانونية المستتبطة - وفق مبادئ الشريعة الإسلامية - موافقة لمبادئ القانون المدنى أم لا هذا ما أوضحه على النحو التالى:-

الفرع الأول: الشريعة الإسلامية ونظرية المصلحة.

الفرع الثانى: مدى التزام القاضى بمبادئ القانون.

الفرع الأول

الشريعة الإسلامية ونظرية المصلحة

٩٤- يقرر البعض^(٢) وبحق أن الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين، كان

يحكمهم فى آرائهم الاجتهادية عاملان هما:-

الأول: الأخذ بالنصوص القطعية.

(١) انظر ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، مرجع سابق، الجزء الرابع، ص ٣٣٧.

(٢) انظر د/ عبد المنعم النمر، الاجتهاد، الهيئة العامة للكتاب، ١٩٨٧، ص ٨.

الثانى: مراعاة المصلحة العامة للمجتمع^(١) والقواعد الشرعية العامة فى الموضوعات التى جدت، أو كانت قديمة وتغيرت الظروف، حين اجتهداهم لاستخراج أحكام شرعية لها، بحيث يأتى الحكم غير مصادم لنص أو مغل بقاءة شرعية، مع تحقيقه للمصلحة العامة للمجتمع.

٩٥- وإذا كان الأئمة المجتهدون عليهم هذا الالتزام، فإن القاضى يلتزم به من باب أولى، فقد ذكرنا - سابقاً - أن القاضى لا يمكن له أن يتجاوز النص القطعى ثبوتاً ودلالة، كما لا يملك المشرع - أيضاً - أن يتجاوز^(٢) هذا من جانب. ومن جانب آخر يجب على القاضى عندما يريد استنباط قاعدة قانونية أن يراعى المصلحة العامة ومصلحة المتخاصمين، فيختار القاعدة القانونية التى تحقق هاتين

(١) انظر البحر المحيط فى أصول الفقه، للزركشى، مرجع سابق، الجزء الخامس، ص ١٢٣، حيث يقول: «نعلم قطعاً أن الأنبياء صلوات الله عليهم بلغوا الأحكام على وجه يظهر به غاية الظهور مطابقتها لمصالح العباد فى المعاش والمعاد».

ثم يقول: «ذكر الهروى أن رعاية المصالح لم تخص شريعتنا بل كان معهوداً فى الشرائع المتقدمة».

وانظر المستصفى من علم الأصول للغزالى، مرجع سابق، الجزء الثانى، ص ٤٨٢ حيث يذكر «نعنى بالمصلحة: المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم، ونفسهم، وعقلهم، ونسلهم، ومالهم. فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة، فهو مصلحة وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة، ودفعها مصلحة».

(٢) انظر الحكم الدستورى، جلسة ١٩٩٨/٨/١، قضية رقم ٣ لسنة ١٩ قضائية.

المصلحتين^(١). وهذا ما تؤكد به المحكمة الدستورية^(٢) بقولها: «يجوز لولى الأمر أن يشرع على خلاف اجتهادات السابقين، وأن ينظم شئون العباد في بيئة بذاتها تستقل بأوضاعها وظروفها الخاصة بما يرد الأمر المتنازع عليه إلى الله ورسوله، مستلهماً في ذلك حقيقة أن المصالح المعتبرة هي التي تكون مناسبة لمقاصد الشريعة متلاقية معها، وهي بعد مصالح لا تنتهي جزئياتها أو تنحصر تطبيقاتها، ولكنها تتجدد تبعاً لما يطرأ عليها من تغير وتطور».

٩٦- ولا شك ولا ريب أن الاعتداد بالمصالح^(٣) في استنباط القاعدة القانونية الاجتهادية يجعل الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان، لأن النصوص

(١) والمصلحة فيما اصطلح عليه علماء الشريعة الإسلامية يمكن أن تعرف بما يلي: «المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده، من حفظ دينهم، ونفوسهم، وعقولهم، ونسلهم، وأموالهم، طبق ترتيب معين فيما بينها».

انظر د/ محمد سعيد رمضان النوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، وأصل هذا المؤلف رسالة دكتوراه من كلية القانون والشريعة بجامعة الأزهر بتاريخ ١٣٨٥هـ - ١٩٦٥م، ص ٢٣.

(٢) حكم الدستورية العليا سابق الإشارة إليه.

(٣) انظر د/ محمد سعيد البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٤٥، حيث يذكر أن للمصلحة في التشريع الإسلامي خصائص ثلاثة:

١- الزمن الذي يظهر فيه أثر كل من المصلحة والمفسدة ليس محصوراً في الدنيا وحدها بل مكوّن من الدنيا والآخرة.

متناهية والحوادث والقضايا غير متناهية، لذلك وجب الاعتماد على الاجتهاد للوصول إلى قاعدة قانونية تحكم واقعة النزاع - وفق مبادئ الشريعة - وهذا ما يؤكد بعض القانونيين^(١) بقوله:-

«ومعنى أن نأخذ من حيث أخذوا (الفقهاء) أن نرجع في مجال الأحكام الاجتهادية - أى في مجال الأحكام الظنية الثبوت أو الدلالة - إلى الأدلة الشرعية، نستكمل مسيرة علمائنا وفقهائنا الشرعيين الأوائل في الاجتهاد، نتفق معهم ونخالفهم،

٢- قيمة المصلحة الشرعية لا تنحصر فيما تنطوي عليه من لذة مادية، بل هي نابعة من حاجتى كل من الجسم والروح في الإنسان.

٣- مصلحة الدين أساس للمصالح الأخرى ومقدمة عليها، فيجب التضحية بما سواها مما قد يعارضها من المصالح الأخرى إبقاء لها وحفاظاً عليها».

وهذه الخاصية الأخيرة هي التي تقف حجر عثرة أمام الذين يريدون هدم الشريعة بحجة المصالح. أى تحقيق مصالح - فى نظرهم - تخالف أصول الشريعة وهذا لا يجوز». وانظر عادل الشويخ، تعليل الأحكام فى الشريعة الإسلامية، دار بشير للثقافة والعلوم - طنطا، الطبعة الأولى، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م، ص ١٠٧، حيث يذكر أن «التعليل بالمصلحة، قد قال به كل علماء الأمة لتوارد النصوص عليه، وحتى الذين أنكروه، فإنهم قد أنكروا النوع غير المنضبط والخارج عن النصوص».

ثم يقول: لابد من الإشارة إلى أن التحوط لذلك مهم جداً حتى لا يكون الإفتاء بالمصلحة خروجاً عن الشريعة إذ المقصود بالمصلحة الشرعية منها، والمصلحة حيث يوجد الشرع، وليس الشرع حيث توجد المصلحة»، وانظر أيضاً د/ محمد مصطفى شلبى، تعليل الأحكام، دار النهضة العربية، ١٤٠١ هـ ١٩٨١ م، ص ٢٧٨.

(١) انظر د/ عصام أنور سليم، مرجع سابق، ص ١٣٢.

وفقاً لما يحيط بنا من متغيرات معاصرة وفقاً لمبدأ المصلحة^(١) ودوران الحكم الشرعى المبنى على علة مع علته وجوداً وعدمًا، وهما مبدآن شرعيان بطبيعة الحال».

٩٧- وهذا القول - لا يجافى المنطق - بل لا أكون مبالغاً إذا قلت أنه لا

يجافى الشرع، بيد أنه يجافى الواقع، فأكثر القانونيين لا يهتمون بالدراسات الفقهية،

وإذا كان القاضى أحدهم، فكيف يتسنى له أن يصل إلى استنباط قاعدة قانونية - وفق

مبادئ الشريعة الإسلامية، وتخالف الاجتهادات الفقهية السابقة؟

لا مرأ أن هذا الأمر سيؤدى بنا إلى الاستئناس بالقواعد القانونية الأجنبية

بدعوى عدم مخالفتها مبادئ الشريعة الإسلامية، ويكون النص على أن مبادئ

(١) انظر الشيخ محمد أبو زهرة، مالك، حياته وعصره - آراؤه وفقهه، دار الفكر العربى، فقرة ١٩٦، ص ٤٠٠، حيث يذكر سيادته أن: «المصلحة التى جعلت أساساً لهذا الحكم الدينى فى الشرع الإسلامى، هى التى تتفق مع مقاصده، ومقصد الشرع الإسلامى حفظ الأمور الخمسة (النفس، والعقل، والمال، والنسل، والعرض)». ثم يقول ص ٤١١، وخلاصة القول أن الشارع لا يأذن إلا بما هو مصلحة، ولا ينهى إلا عما هو مفسدة. وفى طاقة العقل البشرى أن يدرك أوجه المصلحة فى شئون الدنيا، ويعرفها، فيحصلها بأمر الشارع، وإن لم يرد نص صريح خاص عنها، لأن الأوامر العامة، واستقراء الأحكام، تدل على أن الشريعة تتجه فى كلياتها، وجزئياتها إلى جلب المصلحة، ودفع المفسدة».

لقد عرضنا أقوال الكثير من الفقهاء والباحثين فى المصلحة وضوابطها، وذلك لأن البعض يتخذها ستاراً للانسلاخ بالكلية من أحكام الشريعة وتحكيم أهوائهم وغرائزهم بدعوى المصلحة، وهذا لم يقل به أحد من الفقهاء.

بل على العكس من ذلك أن الشريعة وإنما جاءت لكف المكلفين ومنعهم من الاستجابة لأهوائهم وشهواتهم، والزامهم بالأحكام الشرعية حتى يكونوا عباداً لله تعالى.

انظر د/ أسامة بن محمد بن إبراهيم الشيبان، تغير الاجتهاد، دراسة تأصيلية تطبيقية، دار كنوز اشبيليا، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٣ هـ - ٢٠١٤ م، ص ٤٢٠.

الشرعية الإسلامية مصدر للقانون المدني، هو شكل لإرضاء الشعور العام بأهمية
الشرعية وحاجة المشرعين إليها، بيد أن الواقع غير ذلك^(١).

وفقهاء الشريعة يؤكدون مراراً وتكراراً أن الحوادث والوقائع التي تحكمها الشريعة
الإسلامية تنقسم إلى أربعة أقسام، وهى:-

- ١- الواقعة التي دل على حكمها نص قطعى فى وروده وقطعى فى دلالة، فلا
مساغ للاجتهاد فيها والواجب اتباع حكم النص فيها بعينه^(٢). وهذا ما أكدنا عليه -
نحن - أيضاً سواء بالنسبة للقاضى أو المشرع.

(١) انظر د/ عصام أنور سليم، مرجع سابق، ص ١٣٨، تحت سؤال، «ولكن يحق لنا التساؤل
عما هو السند الشرعى للمجتهد المسلم فى الاستئناس بقوانين أجنبية أو عموماً وضعية
بتشريعاتها وأعرافها وقضائها وفقهها؟ أى ما هو الدليل الشرعى الذى يمكن أن يندرج تحته هذا
الاستئناس؟

ولعل الإجابة على هذا الاستفسار هو فى اعتراف الفقه الإسلامى وتوسعه فى مفهوم العرف
أو العادة.

لكن البعض يذكر أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد أقر أعرافاً كانت موجودة وقت بعثته
وألغى أخرى، ثم يقول: لابد أن يكون الإقرار أو الإلغاء لأمر وراء كونه عرفاً، وليس هذا ما
يصلح أن يكون سبباً لذلك إلا ما فى هذا الأمر المتعارف من مصلحة راجحة، أو مفسدة
غالبية، فأقر ما يحقق لهم المصالح ويدفع عنهم المفساد، ولو لم يكن فيه عرف بخصوصه
لأن به تشريعاً مبتداً، وألغى ما يجلب عليهم الشر ويثير العداوة والبغضاء.

انظر الشيخ/ محمد مصطفى شلبى، الفقه الإسلامى بين المثالية والواقعية، الدار الجامعية،
بيروت، ١٩٨٢، ص ٨٣.

وانظر ص ٨٥ لأمتلة من العرف تعارض بعض النصوص وأقرها رسول الله صلى الله عليه
وسلم «مثل إجازة بيع السلم، مع النهى العام عن بيع ما ليس عند الإنسان» فقد أقرهم عليه
بعد أن نظمهم.

(٢) انظر الشيخ/ محمد محمد المدنى، وسطية الإسلام، دراسة وتقديم وتعليق د/محمد عمارة، دار
البشير للثقافة والعلوم، ١٤٣٧هـ - ٢٠١٦م، ص ١١٩.

وفى ذلك يقول عن الأحكام القطعية: «ليس لأحد أن يجتهد فى ذلك وأمثاله».

٢- الواقعة التي دل على حكمها نص ظني الدلالة، بمعنى أن النص يحتمل الدلالة على حكمها أو أكثر وللعقل مجال لأن يدرك منه أى الحكمين، أو الأحكام، فيها مجال للاجتهاد ولكنه اجتهاد فى حدود فهم المراد من النص وترجيح أحد معانيه أو معانيه.

وهذا أيضاً ما بيناه عندما قلنا أنه لا يجوز للمشرع إلا أن يختار عدة المطلقة التي تحيض بثلاث أطهار أو ثلاثة قروء، دون أن يمكن تجاوزهما.

٣- الواقعة التي ما دل على حكمها نص أصلاً واتفق المجتهدون على حكم فيها فى عصر من العصور لا مجال للاجتهاد فيها.

٤- الواقعة التي ما دل على حكمها نص ولا انعقد على حكمها إجماع هى مجال الاجتهاد بالرأى^(١).

وهذه الواقعة الأخيرة هى التي يمكن أن تكون مجالاً للاجتهاد من قبل القاضى للتوصل إلى قاعدة قانونية تحكم واقعة النزاع، بل يجوز للقاضى أن يتجاوز اجتهاد الآخرين، ويستتبط حكماً يخالف الاجتهادات السابقة، لاسيما إذا كانت هذه الاجتهادات مبنية على العرف أو المصلحة.

(١) انظر الشيخ/ عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامى فيما لا نص فيه، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، الطبعة السادسة، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م، ص ٩ .

وهذا ما يؤكد البعض^(١) بقوله: «الأحكام الاجتهادية المبنية على العرف أو المصلحة، يتغير اجتهاد المجتهد فيها بسبب تغير الأعراف أو اختلاف المصالح ونحو ذلك، فيرجع عن اجتهاده السابق المبنى على اعتبار العرف أو المصلحة، ويُفتى بمقتضى اجتهاد جديد حين يتبدل العرف وتتغير المصلحة، ويكون الاجتهاد السابق غير ملائم للمسائل التي حكم به فيها».

وإذا كان هذا القول يصدق على المجتهد بالنسبة لاجتهاده السابق، فإنه يصدق على غيره من باب أولى أن يتجاوز اجتهاد غيره، حتى ولو كان من فقهاء المذاهب، طالما كان هذا الاجتهاد مرتبطاً بمصلحة أو عرف تبدل وتغير^(٢).

الخلاصة: يحق للقاضي أن يستنبط قاعدة قانونية وفق مبادئ الشريعة الإسلامية، دون أن يكون لاجتهاد السابقين أثر في منعه، طالما كانت من القسم الرابع الذى أشرنا إليه، مع تقيده بالضوابط التى ذكرناها.

(١) انظر د/ أسامة بن محمد بن إبراهيم الشيبانى، تغير الاجتهاد، مرجع سابق، ص ٤٢٣.

(٢) انظر الشيخ/ محمد محمد المدنى، وسطية الإسلام، مرجع سابق، ص ١٢٥، حيث يقول: «ويتبين من هذا أن الإسلام توسط فى تشريعه من حيث رعاية ما يجب الاتفاق عليه، وما يجوز الاختلاف فيه، فلم ينكر حق العقول فى النظر والبحث والتطور وملاحظة اختلاف العرف والأمكنة والأزمنة، وهى دواعى الاجتهاد، كما لم ينكر حق الجماعة فى أن تأتلف على أمور تجمعها، وتكون بها أمة مترابطة متفاهمة على أصولها».

الفرع الثانى

مدى التزام القاضى بمبادئ القانون

٩٨- يردد البعض^(١) أن القاضى ملزم - عند استنباط قاعدة قانونية وفق مبادئ الشريعة الإسلامية - ألا يخالف مبادئ القانون، حتى لا يفقد القانون المدنى تجانسه وانسجامه، وأن رخصة الأخذ بمذاهب الفقه جميعاً، دون تمييز بين مذهب ومذهب تجعل تحقيق هذا التنسيق ميسوراً، فلا يضل الباحث فى تفاصيل الفقه الإسلامى، ولا يختار منها إلا ما يتسق مع المبادئ العامة للتشريع المدنى، فهل هذا القول صحيحاً؟ وما أثره على النص التشريعى؟ هذا ما أوضحه:-

(١) انظر د/ عبد الرزاق أحمد السنهورى، الوسيط، الجزء الأول، ص ٤٩.
وانظر د/ سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص ٤٤٦، حيث يوضح أن «الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية مع أنه يسبق الرجوع إلى القانون الطبيعى وقواعد العدالة، فإنه لا يكون إلا بعد الرجوع إلى القياس بنوعيه المحدود والمبسوط، أى أن مبادئ الشريعة الإسلامية تأتى بعد التشريع والعرف وبعد المبادئ العامة للقانون الوضعى المصرى ولا يتقدم إلا القانون الطبيعى وقواعد العدالة»، وانظر د/ عبد الحى حجازى، مرجع سابق، ص ٢٠٠، حيث يذكر سيادته أن الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية مشروطاً «أن لا يؤخذ من هذه المبادئ إلا ما لا يكون متعارضاً مع المبادئ العامة فى التقنين»، وانظر د/ حسن كيرة، المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص ٢٧٨، حيث يذكر سيادته: «وجوب عدم تعارض مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ بها مع المبادئ العامة الأساسية للقانون المصرى الوضعى الحالى لضمان تجانس أحكامه على اختلاف مصادرها وامتتاع تنافرها».

أولاً: المبادئ العامة للقانون :

٩٩- أشرنا - سابقاً - إلى المقصود بالمبادئ العامة للقانون، ولن نكرر ما ذكرناه، بيد أن هذا المصطلح يستعصى على التحديد، حتى أن الأستاذ «ريبير» نبّه على ضرورة تحاشي تحديده، باعتبار ذلك منزلقاً خطراً، حيث يتعرض كل تحديد إلى الكثير من أوجه النقد المحتملة.

ويعترف الأستاذ «ريبير» بصعوبة المصطلح، حيث يقول: «إذا حدث مخالفة للمبادئ العامة للقانون، فإننا نقرر أنه حدث مخالفة للمبادئ العامة بصيغة الجمع، دون إمكان تحديد المبدأ. الذي تم مخالفته»^(١).

١٠٠- ويفرق البعض^(٢) بين المبادئ العامة للقانون وبين القواعد القانونية بمعناها الفنية، فالمبادئ العامة أفكار جوهرية يمكن استنباطها من الفكرة العامة للوجود السائدة في مجتمع معين، كما يمكن استقراءها من القواعد القانونية الوضعية الموجودة في هذا المجتمع.

(١) V. George Ripert, op. cit., p. 342.

(٢) انظر د/ سمير عبد السيد تتاغو، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، فقرة ٨١، ص ٢٥٣.

وإذا كان القانون الطبيعي كما يقول بلانيول (Planiol): هو مجموعة المبادئ قليلة العدد المبنية على العدالة وسلامة الذوق، والتي يلتزم بها المشرع، والتي بمقتضاها نحكم على عمله فنمتدحه أو نذمه، فالقانون الطبيعي ليس هو القانون ولا نموذج القانون بل هو القاعدة العليا للتشريع، التي إن حاد عنها وخرج عليها فإنه يسن قانوناً ظالماً أو فاسداً.

أو وفقاً لمفهوم الأستاذ جوسران (Josserand) بأن كلمة القانون الطبيعي توحى إلى العقل مثلاً أعلى يراد تحقيقه. وهذا المثل فى رأى البعض مثل ثابت لا يتغير لا فى الزمان ولا فى المكان^(١).

فإن المبادئ العامة للقانون فى الوسط بين القانون الطبيعي وبين القواعد الوضعية، حيث تعبر المبادئ العامة تعبيراً كلياً عن الفكرة العامة للوجود، بينما تعبر القواعد القانونية تعبيراً جزئياً عن هذه الأفكار^(٢).

١٠١- وبذلك نرى أن الغموض كما يحيط بالقانون الطبيعي يحيط أيضاً بمبادئ القانون، وإذا كان الرجوع إليهما (مبادئ القانون - القانون الطبيعي - قواعد

(١) انظر د/ عبد الرزاق أحمد السنهورى، ود/ أحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون، مرجع سابق، ص ٦٠، هامش (١).

(٢) انظر د/ سمير عبد السيد تناعو، مرجع سابق، فقرة ٨١، ص ٢٥٣.

العدالة) لا ترد القاضى إلى ضابط يقينى وإنما هى تلزمه أن يجتهد رأيه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء. وهى تقتضيه فى اجتهاده هذا أن يصدر عن اعتبارات موضوعية عامة لا عن تفكير ذاتى خاص فتحيله إلى مبادئ أو قواعد كلية تنسبها تارة إلى القانون الطبيعى وتارة إلى العدالة وتارة إلى قانون الدولة^(١)، فإن تقييد القاضى عند الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، بمبادئ القانون الغامضة وغير الواضحة باعتراف الفقه هو تقييد لا مبرر له.

ثانياً: أثر هذا الالتزام على مصدرية مبادئ الشريعة:

١٠٢- لا مرأ أن استخدام مصطلح غامض (مبادئ الشريعة) وتقييده بمصطلح غامض أيضاً (مبادئ القانون)، لهو تقويض لهذا المصدر الهام من مصادر القانون.

لذلك أقرر أن القاضى له الحق المطلق فى استنباط القاعدة القانونية التى تحكم واقعة النزاع من مبادئ الشريعة الإسلامية - عند غياب النص التشريعى أو العرف - دون اعتبار لمبادئ القانون طالما كان هدفه تحقيق العدالة والتيسير على المتخاصمين ورفع العنت عنهم.

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية، الجزء الأول، مرجع سابق، ص ١٨٨.

الخاتمة

انتهيت بحمد الله وتوفيقه من بحث مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر للقانون المدنى، ورغم غموض المصطلح ورغم ندرة الدراسات القانونية فى هذا الموضوع إلا أننى استطعت - بعون الله - أن أجلى غموض هذا المصطلح قدر الإمكان، وأن أوضح دور الشريعة الإسلامية أمام القضاء المدنى، ودورها كمصدر مادى لبعض النصوص التشريعية، وما يستتبعه ذلك من اعتبارها مصدراً تفسيرياً أيضاً لهذه النصوص، يلجأ القاضى إليها لى يجلى غموض نص تشريعى هى مصدره المادى، ودورها كمصدر رسمى احتياطى يلى العرف، يلجأ إليه القاضى - عند غياب النص التشريعى والعرف - ورغم تشكيك البعض فى هذا الدور، فقد عرضت تطبيقات قضائية استعانت المحكمة فيها بمبادئ الشريعة الإسلامية لتكملة القانون المدنى، وطبقت قواعد فقهية وأحاديث نبوية واجتهادات فقهية، وإذا كانت الشريعة الإسلامية نظاماً قانونياً يضارع الأنظمة القانونية الحديثة ويتفوق عليها فى كثير من الجوانب، فما أحرانا أن نجعلها المصدر الأساسى للتشريع حقيقة وتطبيقاً، وليس شكلاً ونصوصاً.

وبعد فقد خلصتُ لأهم النتائج والتوصيات على النحو التالى:-

أولاً: النتائج :

- ١- مصطلح مبادئ الشريعة الإسلامية مصطلح قانونى - لم يقل به الشرعيون - بل نَحَتَهُ القانونيون على غرار مبادئ القانون ولم يشترك معه إلا فى الغموض الذى يعترى المصطلحين.
- ٢- التزام المشرع الوطنى والقاضى بعدم تجاوز النصوص الشرعية قطعية الثبوت والدلالة، وما عداها يحق فيها الاجتهاد بضوابطه التى حددناها.
- ٣- يوجد نصوص تشريعية تخالف الشريعة الإسلامية فى مبادئها وكلياتها وقد ذكرناها فى موضعها.
- ٤- معظم النصوص التشريعية وإن لم تكن الشريعة الإسلامية هى مصدرها المادى، فإن ما تقرره من أحكام لا تختلف فى الجملة مع ما يقول به بعض الفقهاء فى المذاهب المختلفة.
- ٥- الشريعة الإسلامية مصدر مادى وتفسيرى لبعض النصوص التشريعية.

ثانياً: التوصيات :

- ١- نهيب بالمشرع المصرى بغرفتيه - النواب والشيوخ - أن يقوم بتنقية نصوص القانون المدنى وإلغاء كل نص يعارض الشريعة الإسلامية، وهذا واجب عليه

بنص المادة الثانية من الدستور المصرى الذى جعل مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع، وقد أشرنا إلى بعض هذه النصوص فى بحثنا.

٢- نهى فى أذن المتعاملين والمخاطبين بأحكام القانون المدنى والذين يريدون تطبيق شرع الله فى معاملاتهم أن يدرجوا فى عقودهم شرطاً يتضمن تقديم مبادئ الشريعة الإسلامية على النصوص غير الآمرة وما أكثرها فى حالة التعارض، فيطبق القاضى هذه المبادئ باعتبارها قانون المتعاقدين.

٣- أوصى فقهاء الشريعة المعاصرين والباحثين بأن يعكفوا على دراسة الفقه الإسلامى، وتقديمه بلغة سهلة وبسيطة حتى يتسنى للمتعاملين التعرف على أحكامه وتطبيقها.

«وَأَخِرُ دَعْوَاهُمْ أَنْ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ»

قائمة بأهم المراجع

أولاً: المراجع العربية:

١ - المراجع الشرعية واللغوية (التراث)

الإتقان فى علوم القرآن، جلال الدين عبد الرحمن السيوطى، تحقيق أحمد بن على،

دار الحديث، القاهرة، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.

أحكام القرآن، أبو بكر أحمد بن على الرازى الجصاص، تحقيق محمد الصادق

قمحاوى، دار إحياء التراث العربى، مؤسسة التاريخ العربى، بيروت -

لبنان، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

الإحكام فى أصول الأحكام، الإمام العلامة على بن محمد الآمدى،، تعليق عبد

الرزاق عفيفى، المكتب الإسلامى.

الإحكام فى أصول الأحكام، الإمام أبى محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم، دار

الآفاق الجديدة، بيروت.

إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، محمد بن على الشوكانى، تحقيق

أبى حفص سامى بن العربى الأثرى، دار الفضيلة.

أساس البلاغة، محمود بن عمر بن محمد بن أحمد الخوارزمي الزمخشري، (جار الله أبو القاسم)، دار الكتب العلمية ١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م.

الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، العلامة زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم، منشورات دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م.

الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، الإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م.

أصول السرخسي، الإمام الفقيه الأصولي النظار أبي بكر أحمد بن أبي سهل السرخسي، المتوفى سنة ٤٩٠ هـ، الجزء الأول، حقق أصوله أبو الوفا الأفغانى، الناشر لجنة إحياء المعارف النعمانية بحيدر آباد الركن بالهند.

أصول الشاشي، نظام الدين أبي علي أحمد بن محمد بن إسحاق الشاشي المتوفى سنة ٣٤٤ هـ، وبهامشه عمدة الحواشي، شرح أصول الشاشي للمولى

محمد فيض الحسن الكنكوهي، منشورات دار الكتب العلمية، بيروت

– لبنان، الطبعة الأولى ٢٠٠٣م، ١٤٢٤هـ.

إعلام الموقعين عن رب العالمين، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، المعروف

بأبن قيم الجوزية، دار ابن الجوزي.

ألفية الحافظ العراقي في أصول الفقه النجم الوهاج في نظم المنهاج، الحافظ العراقي

زين الدين عبد الرحيم بن الحسين (٧٢٥هـ - ٨٠٦هـ)، مكتبة التوعية

الإسلامية للتحقيق والنشر والبحث العلمي، الطبعة الأولى، ١٤٣٥هـ.

الأم، الإمام محمد بن إدريس الشافعي، تحقيق وتخريج د/ رفعت فوزي عبد المطلب،

دار الوفاء بالمنصورة، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.

الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، شيخ الإسلام أحمد بن عبد الحليم بن تيمية،

تحقيق د/ صلاح الدين المنجد، دار الكتاب الجديد، بيروت لبنان

١٣٩٦هـ ١٩٧٦م، الطبعة الأولى.

البحر المحيط، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، المجلد الأول، وزارة

الأوقاف والشئون الإسلامية بدولة الكويت، الطبعة الثانية ١٤١٣هـ -

١٩٩٢م.

بداية المجتهد ونهاية المقتصد، محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، تعليق
وتحقيق وتخريج محمد صبحى حسن حلاق، مكتبة ابن تيمية،
القاهرة، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ.

البرهان فى أصول الفقه، إمام الحرمين أبى المعالى عبد الملك بن عبد الملك بن عبد
الله بن يوسف (٤١٩هـ - ٤٧٨هـ)، تحقيق د/ عبد العظيم الديب،
الطبعة الأولى ١٣٩٩هـ.

بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، شمس الدين أبو الثناء محمود بن عبد
الرحمن بن أحمد الأصفهاني (ت ٧٤٩هـ)، تحقيق د/محمد مظهر
بقا، المملكة العربية السعودية، جامعة أم القرى، مركز البحث العلمى
وإحياء التراث الإسلامى، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، مكة
المكرمة.

تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، وبهامشه حاشية الشيخ شهاب الدين أحمد الشلبى،
فخر الدين عثمان بن على الزيلعى الحنفى، المطبعة الكبرى الأميرية
ببولاق مصر المحمية، الطبعة الأولى، ١٣١٥هـ.

التحصيل من المحصول، سراج الدين محمود بن أبى بكر الأزموى (متوفى سنة ٦٨٢هـ)، دراسة وتحقيق د/ عبد الحميد على أبو زيد، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

تشنيف المسامع بجمع الجوامع لتاج الدين السبكي، الإمام بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشى (المتوفى ٧٩٤هـ)، (المتوفى ٧٧هـ)، الجزء الأول، دراسة وتحقيق د/ سيد عبد العزيز ود/ عبد الله ربيع، مكتبة قرطبة.

التعريفات الفقهية، المفتى السيد محمد عيم الإحسان المجددى التركى، منشورات دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ٢٠٠٣م.

تفسير القرآن العظيم، لأبى الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشى الدمشقى، تحقيق سامى بن محمد السلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.

تفسير الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل فى وجود التأويل، أبو القاسم جار الله محمود بن عمر الزمخشري الخوارزمي، اعتنى به وخرج أحاديثه

وعلق عليه، خليل مأمون شيخا، دار المعرفة، بيروت - لبنان،

الطبعة الثالثة ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م.

التقريب والإرشاد «الصغير»، القاضي أبي بكر محمد بن الطيب الباقلاني، قدم له

وحققه وعلق عليه د/ عبد الحميد بن علي أبو زنيد، الجزء الأول،

مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م.

توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام، العلامة عثمان بن مكي التوزري الزبيدي،

المطبعة التونسية، ط أولى ١٣٣٩ هـ.

جامع البيان عن تأويل أي القرآن والمشهور بتفسير الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير

الطبري، تحقيق د/ عبد الله بن عبد المحسن التركي بالتعاون مع

مركز البحوث والدراسات العربية، دار هجر للطباعة والنشر، الجزء

الخامس، الطبعة الأولى، القاهرة، ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م.

الجامع الكبير، الإمام الحافظ أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، المجلد الرابع،

تحقيق د/ بشار عواد معروف، دار العرب الإسلامي، الطبعة الأولى

الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصارى القرطبي، راجعه
وضبطه وعلق عليه د/ محمد إبراهيم الحفناوى، وخرج أحاديثه
د/محمود حامد عثمان، دار الحديث، ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م.

الحاوى الكبير فى فقه مذهب الإمام الشافعى رضى الله عنه وهو شرح مختصر
المزنى، أبو الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردى البصرى،
تحقيق وتعليق الشيخ على محمد معوض، والشيخ عادل أحمد عبد
الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى
١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م.

الدرر الحكام فى شرح غرر الأحكام وبهامشه حاشية ابن عابدين على الشرنبالى
،القاضى ملا خسرو.

رد المحتار على الدر المختار، حاشية ابن عابدين، محمد أمين بن عمر عابدين،،
دار عالم الكتب، الرياض - السعودية، طبعة خاصة ١٤٢٣ هـ -
٢٠٠٣ م.

الرسالة، الإمام محمد بن إدريس الشافعى، تحقيق وشرح العلامة أحمد محمد شاكر،
مطبعة مصطفى الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة الأولى، ١٤٥٧ هـ -
١٩٣٨ م.

زاد المسير فى علم التفسير، الإمام أبى الفرج جمال الدين عبد الرحمن بن على بن محمد الجوزى القرشى البغدادى، المكتب الإسلامى، دار ابن حزم، الطبعة الأولى الجديدة، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.

شرح الزركشى على مختصر الخرقى فى الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، شمس الدين أبى عبد الله محمد بن عبد الله بن محمد الزركشى، منشورات دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.

شرح الكوكب المنير المسمى مختصر التحرير، أو: المختبر المبتكر شرح المختصر فى أصول الفقه، العلامة السيخ محمد بن أحمد بن عبد العزيز على الفتوحى الحنبلى المعروف بابن النجار، المتوفى سنة ٩٧٢هـ، تحقيق د/ محمد الزحيلى، د/ نزيه حماد، من إصدارات وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية.

شرحُ اللُّمع، للشيرازي نفسه، حققه وقدم له ووضع فهرسه عبد المجيد تركى، دار الغرب الإسلامى، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

شرح صحيح مسلم، الإمام أبو زكريا يحيى الدين بن شرف النوى، مؤسسة قرطبة،
الطبعة الثانية، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.

شرح كتاب الأشباه والنظائر لزين العابدين إبراهيم الشهير بابن نجيم المصرى رحمه
الله، أحمد بن محمد الحنفى الحموى، الجزء الأول، دار الكتب
العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

شرح مختصر الروضة، نجم الدين أبى الربيع سليمان بن عبد القوى بن عبد الكريم بن
سعيد الطوفى، تحقيق د/ عبد الله عبد المحسن التركى، توزيع وزارة
الشئون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية
السعودية.

فتح البارى بشرح صحيح البخارى، الإمام الحافظ أحمد بن على بن حجر العسقلانى
،دار الحديث، القاهرة.

الفرق بين الفرق، عبد القادر بن طاهر بن محمد البغدادى الاسفرائينى التميمى،
الناشر محمد على صبيح وأولاده، ٢٠٠٥م

الفروق المسمى بأنوار البروق فى أنواء الفروق، وبهامشه تهذيب الفروق والقواعد
السنية فى الأسرار الفقهية، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن
الصنهاجى القرافى، ط الأوقاف السعودية.

القاموس المحيط، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادى، دار الحديث، القاهرة،
ط سنة ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م .

الكافى فى فقه أهل المدينة، المالكى، شيخ الإسلام أبو عمر يوسف بن عبد الله بن
محمد بن عبد البر النمري القرطبي، دار الكتب العلمية، بيروت -
لبنان، الطبعة الثالثة، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م.

كتاب القواعد، أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن، المعروف بتقى الدين الحصنى
(متوفى سنة ٨٢٩هـ)، دراسة وتحقيق د/ عبد الرحمن بن عبد الله
الشعلان، شركة الرياض للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ -
١٩٩٧م.

لسان العرب، محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصارى
الرويضى الأفريقى، دار المعارف.

اللُّمَعُ فِي أَصُولِ الْفَقْهِ، الإمام أبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، حققه وقدم له
وعلق عليه محي الدين ديب مستو، يوسف علي بدوي، دار ابن
كثير، دمشق، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م.

لَوَامِعُ الدَّرَرِ فِي هَتَكِ أَسْتَارِ الْمُخْتَصَرِ، محمد بن محمد سالم المجلسي الشنقيطي
، تصحيح وتحقيق دار الرضوان، دار الرضوان.

مَجْمَعُ الضَّمَانَاتِ فِي مَذْهَبِ الْإِمَامِ الْأَعْظَمِ أَبِي حَنِيفَةَ النُّعْمَانِ، العلامة أبي محمد بن
غانم بن محمد البغدادي، دراسة وتحقيق د/ محمد أحمد سراج، د/
علي جمعه محمد، دار السلام، الطبعة الأولى ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م.

مَجْمُوعُ فَتَاوَى شَيْخِ الْإِسْلَامِ ابْنِ تَيْمِيَّةَ (قَدَسَ اللَّهُ رُوحَهُ)، جمع وترتيب عبد الرحمن
بن محمد بن قاسم (رحمه الله) وساعده ابنه محمد (وفقه الله)، طبع
بأمر خادم الحرمين الملك فهد بن عبد العزيز آل سعود.

الْمَحَلَّى بِالْآثَارِ، الإمام محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، تحقيق د/
عبد الغفار سليمان البنداري، الجزء السابع، دار الكتب العلمية،
بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ٢٠٠٣ م، ١٤٢٥ هـ.

مختصر الطحاوي، الإمام أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي، عنى
بتحقيق أصوله والتعليق عليه أبو الوفا الأفغانى، لجنة إحياء المعارف
العمانية، الهند.

المستشفى من علم الأصول، أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالى المشهور
بجبة الإسلام، تقديم وتحقيق أ د/ أحمد زكى حماد، دار الميمان
للنشر والتوزيع - السعودية.

معانى القرآن الكريم، أبو جعفر أحمد بن محمد بن إسماعيل النحاسى، المحقق محمد
على الصابونى، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، الطبعة الأولى
١٤٠٩هـ.

معجم التعريفات، العلامة على بن محمد السيد الشريف الجرجانى، تحقيق ودراسة
محمد صديق المنشاوى، دار الفضيلة

المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، الإدارة العامة للمعجمات وإحياء التراث، الطبعة
الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.

معجم مقاييس اللغة، أبى الحسن أحمد بن فارس بن زكريا، تحقيق وضبط عبد السلام
محمد هارون، دار الفكر.

مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج على متن منهاج الطالبين للإمام أبى زكريا
يحيى بن شرف النووى الشافعى، الشيخ شمس الدين محمد بن
الخطيب الشربيني، دار المعرفة، بيروت - لبنان.

المغنى، موفق الدين أبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه، تحقيق د/عبد
الله بن عبد المحسن التركى ود/ عبد الفتاح محمد الحلوى، دار عالم
الكتب، الرياض، السعودية.

منهاج السنة النبوية، شيخ الإسلام أبى العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن
تيمية، الجزء الثانى، تحقيق د/ محمد رشاد سالم، الطبعة الأولى
١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

منهاج الوصول إلى علم الأصول، القاضى ناصر الدين عبد الله بن عمر البيضاوى،
تحقيق د/ شعبان محمد إسماعيل، دار بن حزم، الطبعة الأولى
١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م.

الموافقات فى أصول الشريعة، إبراهيم بن موسى اللحى الغرناطى المالكى المشهور
بأبى إسحاق الشاطبى المجلد الأول، دار الحديث، ط ٢٠٠٥.

الموطأ، الإمام مالك بن أنس، دار التقوى، الطبعة الأولى ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.

نهاية الوصول إلى علم الأصول، مظفر الدين أحمد بن علي بن الساعاتي، تحقيق د/

سعد بن غرير بن مهدي السلمي، جامعة أم القرى، ١٤٠٥ هـ -

١٩٨٥ م.

الهداية شرح بداية المبتدى، مع شرح العلامة عبد الحى اللكنوى، الإمام برهان الدين

أبى الحسن على بن أبى بكر المرغينانى، منشورات إدارة الأوقاف

والعلوم الإسلامية باكستان، الطبعة الأولى ١٤١٧ هـ.

٢ - المراجع الشرعية المعاصرة :

أحمد إبراهيم بك، والمستشار/ واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، الالتزامات فى الشرع

الإسلامى، المكتبة الأزهرية للتراث، الطبعة الأولى، سنة ١٤٣٤ هـ -

٢٠١٣ م.

أحمد الريسوني، مدخل إلى مقاصد الشريعة، دار الكلمة للنشر والتوزيع، الرباط،

الطبعة الأولى ١٤٣١ هـ - ٢٠١٠ م.

أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، الطبعة الثانية

١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م.

أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة فى الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب،
الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٨.

_____ أدلة الإثبات فى الفقه الإسلامى، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤م.

أحمد محمد شاكر، نظام الطلاق فى الإسلام، مكتبة السنة.

أسامة بن محمد بن إبراهيم الشيبان، تغير الاجتهاد، دراسة تأصيلية تطبيقية، دار
كنوز اشبيليا، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٣ هـ - ٢٠١٤م.

أيمن حمزة عبد الحميد إبراهيم، القواعد الأصولية وتطبيقاتها الفقهية عند شيخ الإسلام
ابن تيمية، دراسة مقارنة، دار اليسر، ط أولى ١٤٣٣ هـ - ٢٠١٢م.

أيمن عبد الحميد البدارين، نظرية التقعيد الأصولى، دار ابن حزم، الطبعة الأولى
١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦م.

بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق فى الإسلام، بحث تحليلى، دراسة
مقارنة، الطبعة الثانية، مزيدة ومنقحة، مطبعة دار التأليف، ١٩٦١.

بهاء الدين محمود محمد منصور، فى تفسير المادة الثانية من الدستور المصرى،
مجلة الأزهر الصادرة عن مجمع البحوث الإسلامية، عدد جمادى

الأولى ١٤٣٤ هـ - أبريل ٢٠١٣م.

الجيلالى المرينى، القواعد الأصولية وتطبيقاتها الفقهية عند ابن قدامه فى كتاب
المغنى، المجلد الأول، دار ابن القيم، دار ابن عفان، الطبعة الأولى،

١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.

زكى الدين شعبان، أصول الفقه الإسلامى، منشورات كلية الحقوق الجامعة الليبية.

صالح بن غانم السدلان، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها، دار بلنسية للنشر
والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ.

صفوان بن عدنان داوودى، قواعد أصول الفقه وتطبيقاتها، دار العاصمة،

عادل الشويخ، تعليل الأحكام فى الشريعة الإسلامية، دار بشير للثقافة والعلوم -
طنطا، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.

عباس حسنى حسن، الفقه الإسلامى آفاقه وتطوره، الطبعة الثانية ١٤١٤هـ .

عبد العظيم إبراهيم محمد المطعنى، افتراءات المستشرقين على الإسلام، عرض ونقد،
مكتبة وهبة، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م.

عبد الكريم زيدان، الوجيز فى أصول الفقه، مؤسسة قرطبة، الطبعة السادسة ١٩٧٦.

عبد المجيد محمد مطلوب، الوجيز فى أحكام الأسرة الإسلامية، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.

عبد المنعم النمر، الاجتهاد، الهيئة العامة للكتاب، ١٩٨٧.

عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه وخلاصة التشريع الإسلامى، دار الفكر العربى، ١٣٦٥هـ - ١٩٤٦م.

_____ مصادر التشريع الإسلامى فيما لا نص فيه، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، الطبعة السادسة، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.

عزت عبد الحميد الدعاس، القواعد الفقهية مع الشرح الموجز، دار الترمذى، الطبعة الثالثة، دمشق، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.

على أحمد السالوسى، الاقتصاد الإسلامى والقضايا الفقهية المعاصرة، دار الثقافة، الدوحة، مؤسسة الريان، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.

على الخفيف، التصرف الانفرادى والإرادة المنفردة، بحث مقارن، دار الفكر العربى، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م.

_____ الملكية فى الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، معناها -

أنواعها - عناصرها - خواصها - قيودها، دار الفكر العربى،

١٤١٦هـ - ١٩٩٦م.

عمر سليمان الأشقر، خصائص الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح، الكويت، الطبعة

الأولى، سنة ١٩٨٢.

فتحى الدرينى، الحق ومدى سلطان الدولة فى تقييده، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة

الثالثة، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

_____ المناهج الأصولية فى الاجتهاد بالرأى فى التشريع الإسلامى، مؤسسة

الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م.

_____ نظرية التعسف فى استعمال الحق فى الفقه الإسلامى، مؤسسة الرسالة،

الطبعة الأولى ١٣٨٧هـ - ١٩٦٧م، الطبعة الرابعة، ١٤٠٨هـ -

١٩٨٨م.

فخر الدين بن الزبير بن على المحسنى، أدلة القواعد الأصولية من السنة النبوية،

الدار الأثرية، الطبعة الأولى ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م.

محمد أبو زهرة، التركات والموارث، دار الفكر العربى، ١٣٨٣هـ - ١٩٦٣م.

- _____ شرح قانون الوصية، مكتبة الأنجلو المصرية، ١٣٦٩هـ - ١٩٥٠م
- _____ أصول الفقه، دار الفكر العربى، سنة ١٩٨٥.
- _____ الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربى،
١٩٩٦.
- _____ بحوث فى الربا، دار الفكر العربى.
- _____ مالك، حياته وعصره - آراؤه وفقهه، دار الفكر العربى.
- محمد الخضر حسين، الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان، دار نهضة
مصر، تقديم وتحقيق د/محمد عمارة، ١٩٩٩.
- محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، دار الكتاب المصرى، القاهرة،
دار الكتاب اللبنانى، بيروت، ٢٠١١.
- محمد بن صالح العثيمين، القواعد الفقهية، دار البصيرة بالإسكندرية، اعتنى به وخرج
أحاديثه، أبو مالك محمد بن حامد بن عبد الوهاب، ١٤٢٢هـ.

محمد بن عبد الله بن الحاج التمبكيّ الهاشمي، القواعد الأصولية عند أبي تيمية
وتطبيقاتها في المعاملات التقليدية والاقتصادية المعاصرة، المجلد
الأول، مكتبة الرشد، الطبعة الأولى ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م.

محمد رشيد رضا، تفسير المنار، ١٣٦٦هـ - ١٩٤٧م، الطبعة الثانية، المجلد
السادس.

محمد زكريا البرديسي، أصول الفقه، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة.

محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي تاريخه ومصادره ونظريات العامة، دار
الكتاب الحديث، الطبعة الثانية، ١٩٩٦.

محمد سليمان عبد الله الأشقر، زبدة التفسير بهامش مصحف المدينة، دار الأوقاف
والشئون الإسلامية، إدارة الشؤون الإسلامية، دولة قطر، ١٤٢٨هـ -
٢٠٠٧م.

محمد شريف مصطفى، القواعد الأصولية وطرق استنباط الأحكام منها، مجلة
الجامعة الإسلامية، سلسلة الدراسات الإسلامية، المجلد التاسع عشر،
العدد الأول، يناير ٢٠١١.

محمد صدقى بن أحمد بن محمد البورنى، الوجيز فى ايضاح قواعد الفقه الكلية،

مؤسسة الرسالة، الطبعة الرابعة، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م.

محمد عبده، الإسلام والنصرانية مع العلم والمدنية، دار الحديث، الطبعة الثالثة، سنة

١٩٨٨.

محمد عثمان شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية فى الشريعة الإسلامية، دار

النفائس للنشر والتوزيع بالأردن، الطبعة الثانية ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.

محمد فؤاد عبد الباقي، اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان البخارى ومسلم، دار

الحديث، القاهرة.

محمد محمد المدنى، وسطية الإسلام، دراسة وتقديم وتعليق د/محمد عمارة، دار

البشير للثقافة والعلوم، ١٤٣٧هـ - ٢٠١٦م.

محمد مصطفى الزحيلى، القواعد الفقهية وتطبيقاتها فى المذاهب الأربعة، دار الفكر،

دمشق، الطبعة الثالثة ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م.

_____ الوجيز فى أصول الفقه الإسلامى، المدخل - المصادر، الحكم

الشرعى، دار الخير للطباعة والنشر، الطبعة الثانية ١٤٢٧هـ -

٢٠٠٦م.

محمد مصطفى شلبى، الفقه الإسلامى بين المثالية والواقعية، الدار الجامعية، بيروت،

١٩٨٢.

_____ المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى وقواعد الملكية والعقود فيه، مطبعة

دار التأليف، ١٣٨٢هـ - ١٩٦٢م.

_____ تعليل الأحكام، دار النهضة العربية، ١٤٠١هـ ١٩٨١م.

محمد معاذ مصطفى الخن، القطعى والظنى فى الثبوت والدلالة عند الأصوليين، دار

الكلم الطيب، الطبعة الأولى ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.

محمود صالح جابر، سد الذرائع للمحافظة على الضروريات الخمس، دار النفائس،

الطبعة الأولى ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م.

المرتضى بن زيد المحطورى الحسنى، الحكم الشرعى ومتعلقاته، مكتبة بدر للطباعة

والنشر والتوزيع، الطبعة السادسة ١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م.

مصطفى أحمد الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة فى الفقه الإسلامى، دار

القلم، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.

مصطفى سعيد الخن، أثر الاختلاف فى القواعد الأصولية فى اختلاف الفقهاء،

مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، مزينة ومنقحة، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٢م.

وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، الطبعة الأولى، ١٤٠٦ هـ -
١٩٨٦ م.

_____ الوجيز في أصول الفقه، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، إعادة
الطبعة الأولى ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩.

يوسف قاسم، أصول الأحكام الشرعية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية ١٤١١ هـ -
١٩٩١ م.

_____ الحقوق المتعلقة بالتركة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية،
١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م.

_____ مبادئ الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م.

٣- المراجع القانونية :

أحمد ابو الفتاح، كتاب المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية، الجزء
الأول، مطبعة البوسفور بشارع عبد العزيز بمصر، الطبعة الأولى،
١٣٣٢ هـ - ١٩١٣ م.

أحمد محمد أحمد حشيش، دور مبادئ الشريعة أمام القضاء، دار النهضة العربية،
الطبعة الثانية، ٢٠١٥.

أسامة أبو الحسن، المادة الثانية من الدستور المصرى بين قضاء النقض والدستورية العليا، مقال له منشور في مجلة القضاء، س ٣ عدد مايو - يونية سنة ١٩٨٨.

إسماعيل عبد النبى شاهين، النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مصادر الالتزام، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م.

توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية.

حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف بالإسكندرية.

_____ الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف، بالإسكندرية، ١٩٩٦.

حلمى بهجت بدوى، أصول الالتزامات، الكتاب الأول فى نظرية العقد، مطبعة نورى بالقاهرة، ١٣٦٢هـ - ١٩٤٣م.

سامى جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٣.

سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ١- المدخل للعلوم القانونية، الطبعة السادسة، أسهم في تنقيحها وتزويدها بأحدث الآراء والأحكام، د/ حبيب إبراهيم الخليلي، ١٩٨٧.

_____ الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، ١٩٨٧.

سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف بالأسكندرية، ١٩٨٦.
سيد عبد الله على حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي، مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن أنس رضى الله عنه، دراسة وتحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، دار السلام، الطبعة الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م.

شفيق شحاته، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية، الجزء الأول، طرفا الالتزام، مطبعة الاعتماد.

_____ محاضرات في القانون المدني، حوالة الحق في قوانين البلاد العربية، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، مجموعة المحاضرات ألقاها على طلبة قسم الدراسات القانونية، ١٩٥٤.

عبد الحميد متولى، الشريعة الإسلامية كمصدر أساسى للدستور، منشأة دار المعارف
بالإسكندرية.

عبد الحى حجازى، محاضرات فى المدخل لدراسة العلوم القانونية، مكتبة عبد الله
وهبة عابدين مصر.

عبد الرزاق أحمد السنهوري، أحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون أو المدخل
لدراسة القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة،
١٩٥٠.

د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدنى، الجزء الأول، تحديث
وتتقيح المستشار/ أحمد مدحت المراعى، دار الشروق، ط ٢٠١٠،
فقرة ٣.

_____ مصادر الحق فى الفقه الإسلامى، دراسة مقارنة بالفقه الغربى،
ع ١، ٣، مؤسسة التاريخ العربى، دار إحياء التراث العربى، بيروت،
الطبعة الأولى .

عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه
الإسلامى، الكتاب الأول، ١٩٨٤.

عبد المنعم البدرأوى، حق الملكية، الملكية بوجه عام وأسباب كسبها، الجهاز المركزى للكتب الجامعية والمدرسية والوسائل التعليمية، ١٩٧٨.

عبد المنعم فرج الصدة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى فى المعاملات المالية، الجزء الأول، ١٩٩٥.

عبد الودود يحيى، حوالة الدين، دراسة مقارنة فى الشريعة الإسلامية والقانون الألمانى والمصرى، دار النهضة العربية، ١٩٩٢.

عصام أنور سليم، هيمنة مبادئ الشريعة الإسلامية على القانون المدنى، المكتب الجامعى الحديث، الطبعة الثانية، طبعة مزيدة ومنقحة، عام ٢٠١٢.

على حسين نجيدة، مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع فى مصر، دار النهضة العربية، ١٩٩٠.

فاطمة محمد عبد العليم عبد الوهاب، أثر الدين فى النظم القانونية، دراسة مقارنة بين الإسلام والمسيحية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة فرع

بنى سويف، سنة ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م.

محمد حسام محمود لطفى، المدخل لدراسة القانون فى ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، الطبعة السادسة مزيدة ومنقحة، القاهرة عام ٢٠٠٨.

محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، الملكية والحقوق المتفرعة عنها -

أسباب كسب الملكية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٣م.

_____ المدخل إلى القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى

سنة ٢٠١٠م.

محمد سعيد العشماوى، الشريعة الإسلامية والقانون المصرى، مكتبة مدبولي، الطبعة

الأولى ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م.

محمد لبيب شنب، دروس فى نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية،

١٩٧٦، ١٩٧٧.

مختار القاضي، أصول القانون، مطبعة لجنة البيان العربي، الطبعة الثانية، ١٩٦٠.

_____ الرأي في الفقه الإسلامى، الطبعة الأولى ١٣٦٨هـ - ١٩٦٨م .

وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى، دراسة مقارنة بالفقه الغربى،

الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية، ١٩٧٩.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية :

Alain pellet, Recherche sur les principes généraux de droit en droit, international, th. Université de droit, D' Economie et de sciences sociales de paris, 1974.

Boris Barraud, les sources du droit de la communication par internet, th., université D'Aix-Marsellie, Faculté de droit et de science polltique, 2016.

Emmanuel MoyseN, L'abus de droit, Mc Gil, law journal- Revue de droit McGill, 2012.

George Ripert, les Forcés créatrices du droit, paris, librairie généraux de droit et de jurisprudence, 1955, VII.

Mahmoud Fathy, la doctrine musulmane de l'abus des droits, th. Lyon, 1913.

Milivoié Markovitch, la théorie de l'abus des droits en droit comparé, th. Faculté de droit, université de Lyon, 1936.

Paul Roubier, théorie généraux de droit; Recueil Sirey, 1946, 2éd. 1951.

Pierre Burnet, les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes, RE ADS, October 2006.

Pierre de Montalivet, principes généraux du droit, juris classeur Administratif, Dat Février 2007.

الفهرس

الصفحة	الموضوع
٥	مقدمة
٩	الفصل الأول مفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية
١١	المبحث الأول: المفهوم القضائي والمفهوم الدستوري
١٢	المطلب الأول: المفهوم القضائي
١٣	الفرع الأول: مفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية في القضاء الدستوري
٢٧	الفرع الثاني: مفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية في قضاء النقض
٣٣	المطلب الثاني: المفهوم الدستوري لمبادئ الشريعة الإسلامية
٣٥	الفرع الأول: الأدلة الكلية والمصادر المعتمدة في مذاهب أهل السنة والجماعة

٣٥	الغصن الأول: الأدلة الكلية
٤٠	الغصن الثانى: المصادر المعتمدة فى مذاهب أهل السنة والجماعة
٤٨	الفرع الثانى: القواعد الأصولية والفقهية
٤٩	الغصن الأول: القواعد الأصولية
٥٢	الغصن الثانى: القواعد الفقهية
٥٦	المبحث الثانى: المفهوم الفقهي والمفهوم المختار
٥٧	المطلب الأول: المفهوم الفقهي لمبادئ الشريعة الإسلامية
٧٣	المطلب الثانى: المفهوم الفقهي المغاير والمفهوم المختار
٩١	الفصل الثانى دور مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون المدنى
٩٣	المبحث الأول: دور مبادئ الشريعة الإسلامية فى حالة وجود نص تشريعى

٩٣	المطلب الأول: مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر تاريخي للنص التشريعي
١٢٢	المطلب الثاني: مبادئ الشريعة الإسلامية ليست مصدراً للنص التشريعي
١٢٣	الفرع الأول: النص التشريعي يتوافق مع مبادئ الشريعة الإسلامية
١٣٢	الفرع الثاني: النص التشريعي يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية
١٤٤	المبحث الثاني: دور مبادئ الشريعة الإسلامية في حالة انعدام النص التشريعي أو العرف
١٤٦	المطلب الأول: كيفية استنباط القاعدة القانونية وفق مبادئ الشريعة الإسلامية
١٤٨	الفرع الأول: استنباط القاعدة القانونية من أحكام الشريعة
١٥٥	الفرع الثاني: استنباط القاعدة القانونية بالاجتهاد

١٦٤	المطلب الثاني: ضوابط استنباط القاعدة القانونية
١٦٥	الفرع الأول: الشريعة الإسلامية ونظرية المصلحة
١٧٣	الفرع الثاني: مدى التزام القاضي بمبادئ القانون
١٧٧	الخاتمة
١٧٨	أولاً: النتائج
١٧٨	ثانياً: التوصيات
١٨٠	قائمة بأهم المراجع
١٨٠	أولاً: المراجع العربية
٢٠٨	ثانياً: المراجع باللغة الفرنسية
٢٠٩	الفهرس