

**مدخل
إلى دراسة الشريعة الإسلامية
لطلبة كلية القانون**

السنة الأولى

**دكتور عبد الوهاب العاني
٢٠١١-٢٠١٠**

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين وعلى اله وصحبه الغر الميامين وآل
والتابعين الذين ساروا على نهجه ونهلوا من منهله واقتفوا اثاره رضوان الله عليهم أجمعين وبعد:
فهذا مختصر كنت قد اعددتَه لطلبة كلية القانون المرحلة الاولى تساعد طالب القانون على الاطلاع
على طبيعة الشريعة الاسلامية وتعطيه فكرة واضحة جلية عن النظم القانونية التي جاءت بها . سائلا
المولى عزوجل ان ينفع بها .

الفصل الأول المبحث الأول الشريعة وخصائصها

الشريعة : لغة هي المذهب والطريقة المستقيمة ، قال تعالى: " ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها
ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون" وقال تعالى: " لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا" وشرعة الماء أي مورد
الماء الذي يقصد للشرب ، وشرع أي نهج وأوضح وبين المسالك، وشرع لهم يشرع شرعاً أي سن .
في الاصطلاح الشرعي : هي الأحكام التي شرعها الله لعباده، سواء أكان تشريع هذه الأحكام بالقران
أم بسنة النبي (ص) من قول أو فعل أو تقرير. وسميت هذه الأحكام شريعته لاستقامتها ولشبهها بمورد
الماء لأن بها حياة النفوس والعقول كما أن في مورد الماء حياة الأبدان.
والشريعة والدين والملة بمعنى واحد.

والقران يشتمل على أحكام تشريعية في عدة مجالات .

منها ما يتعلق بأمور العبادات ، ومنها ما يتعلق بشؤون الأسرة، ومنها ما يتعلق بالمعاملات المدنية
والتجارية ومنها ما يتعلق بالجرائم والعقوبات من الحدود والقصاص ، ومنها ما يتعلق بالأمور السياسية
والعلاقات الدولية.

والآيات التي تتناول هذه الأمور تعرف عند الدارسين باسم (آيات الأحكام) وقد أفردها العلماء قديما وحديثا بمؤلفات خاصة مثل: " أحكام القرآن " لأبي بكر الرازي الحنفي المعروف بالخصاص، و " أحكام القرآن " لأبي بكر ابن العربي المالكي ، و " أحكام القرآن " للإمام الشافعي . وحديثا مثل " تفسير آيات الأحكام " للشيخ محمد علي السائس.

وقد اختلف العلماء من قديم في عدد الآيات المتعلقة بالأحكام ، وقد اشتهر أنها نحو ٥٠٠ آية ، وقال بعضهم أكثر من ذلك.

خصائص الشريعة الإسلامية:

أولاً: الشريعة الإسلامية من عند الله تعالى. فهي وحيه إلى رسوله محمد (ص) باللفظ والمعنى وهو القرآن أو بالمعنى دون اللفظ وهو السنة، بينما الشرائع الوضعية مصدرها البشر. وترتب على هذا الخلاف جملة نتائج منها:

١- مبادئ الشريعة خالية من معاني الجور والنقص والهوى لأنها من الله وله الكمال المطلق بخلاف القوانين الوضعية التي من صنع البشر. ومثال ذلك مبدأ المساواة بين الناس بغض النظر عن اختلافهم في اللون أو الجنس أو اللغة وجعلت أساس التفاضل بينهم العمل الصالح .

٢- لأحكام الشريعة هيبة واحترام في نفوس المؤمنين بها حكاما أو محكومين لأنها من الله، وفي ذلك أعظم ضمان لحسن تطبيقها من الجميع وعدم الخروج عليها، أما القوانين الوضعية فليس لها مثل سلطانها على النفوس ولا مقدار احترام وهيبة الناس لها فالنفوس تجرأ على مخالفتها كلما استطاعت الإفلات من رقابة القانون وسلطة القضاء. وقيمة القانون تقدر بصلاحيه أولا ، وبمقدار احترام الناس له، ومدى سلطانه على نفوسهم وطاعتهم لأحكامه ثانيا. والمثال على ذلك تحريم الخمر.

ثانياً: الجزء في الشريعة دنيوي وأخروي:

من خصائص القانون اقتترانه بجزاء توقعه الدولة عند الاقتضاء على من يخرج على أحكامه. وقد يكون جنائيا يتمثل بأذى يصيب جسم الإنسان أو يقيد حريته أو يصيب ماله بنقص " الغرامة " وقد يكون الجزاء مدنيا عن طريق جبر المدين على تنفيذ التزامه عينا أو بمقابل التعويض المالي أو يكون ببطلاق الاتفاق المخالف للقانون وعدم ترتب شي من آثاره. والجزاء الذي توقعه الدولة يكون دنيويا يصيب الإنسان في حياته لا في آخرته، بينما الجزاء في الشريعة دنيوي وأخروي وهذا الجزاء يترتب على كل مخالفة لأحكام الشريعة سواء كانت من أعمال القلوب أو من أعمال الجوارح مالية أو جنائية عوقب عليها الإنسان في الدنيا أم لم يعاقب ما لم تقتزن مخالفته بتوبة نصوح وتحلل من حق الغير. " تلك حدود الله ومن يطع الآية ، " إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية ، " والسارق والسارقة الآية ، " ويل لكل همزة لمزة " وغيرها كثير. وترتب على ذلك خضوع المسلم لأحكام الشريعة اختياريا في السر والعلن إما بدافع الاحترام له واستشعار الحياء من الله أو خوفا من عقاب الله الذي ينتظره، " يوم تجد كل نفس ... الآية. " فمن يعمل مثقال ذرة خيرا الآية . مثال ذلك قصة ماعز و الغامدية .

ثالثاً: عموم الشريعة وبقاؤها:

الشريعة عامة لجميع البشر في كل مكان وزمان " قل يا أيها الناس إني رسول الله إليكم جميعا " ، " وما أرسلناك إلا كافة للناس " ، والشريعة باقية لا يلحقها النسخ أو تغيير لأن الناسخ يجب أن يكن بقوة المنسوخ أو أقوى منه، وحيث أن الشريعة خاتمة الشرائع ومحمد (ص) خاتم النبيين، قال تعالى: " ما كان محمدا أبا أحد من رجالكم ... الآية . لذا فإن أحكامها جاءت على نحو يحقق مصالح الناس ويفي بحاجاتهم في كل عصر ومكان .

رابعاً: شمول الشريعة :

تقسم أحكام الشريعة إلى ثلاث مجموعات:

الأولى : الأحكام المتعلقة بالعقيدة كالإيمان بالله واليوم الآخر وهذه هي الأحكام الاعتقادية، ومحل دراستها في علم الكلام أو التوحيد.

الثانية : الأحكام المتعلقة بالأخلاق كوجوب الصدق والأمانة والوفاء بالعهد وحرمة الكذب والخيانة ونقض العهد ، وهذه هي الأحكام الأخلاقية، ومحل دراستها في علم الأخلاق أو التصوف.

الثالثة: الأحكام المتعلقة بأقوال وأفعال الإنسان في علاقاته مع غيره وهذه هي الأحكام العملية، وقد سميت فيما بعد (بالفقه) ومحل دراستها علم الفقه.

وتنقسم هذه الأحكام إلى قسمين :

القسم الأول: العبادات كالصلاة والصوم ، والمقصود بها تنظيم علاقة الفرد بربه.

القسم الثاني: العادات أي المعاملات ، وهي التي يقصد بها تنظيم علاقات الأفراد فيما بينهم ، وهذه تشمل جميع روابط القانون العام والخاص في الاصطلاح الحديث لأن أحكام العادات (المعاملات) تنقسم إلى ما يأتي:

أ- الأحكام المتعلقة بالأسرة من نكاح وطلاق ونفقة ونسب ونحو ذلك وهي ما يسمى في الوقت الحاضر بقانون الأسرة أو الأحوال الشخصية.

ب- الأحكام المتعلقة بعلاقات الأفراد المالية ومعاملاتهم كالبيع والإجارة والرهن والكفالة ونحو ذلك وهي ما يسمى حاليا بقانون المعاملات أو بالقانون المدني . ومن هذه الأحكام ما يتعلق بالشركات والتفليس والأمور التجارية الأخرى التي ينظمها في الوقت الحاضر القانون التجاري.

ت- الأحكام المتعلقة بالقضاء والدعوى والشهادة واليمين وهي تدخل فيما يسمى اليوم بقانون المرافعات.

ث- الأحكام المتعلقة بمعاملة الأجانب غير المسلمين " المستأمنين " في الدولة الإسلامية وتنظم علاقاتهم فيما بينهم أو مع رعايا الدولة الإسلامية ، وهي تدخل فيما يسمى اليوم بالقانون الدولي الخاص.

ج- الأحكام المتعلقة بتنظيم علاقة الدولة الإسلامية بالدول الأخرى في السلم والحرب وهي تدخل فيما يسمى اليوم بالقانون الدولي العام.

ح- الأحكام المتعلقة بنظام الحكم وقواعده ، وحقوق الأفراد في الدولة وعلاقاتهم معها، وهي تدخل فيما يسمى اليوم بالقانون الدستوري.

خ- الأحكام المتعلقة بموارد الدولة الإسلامية ومصارفها، وتنظيم العلاقات المالية بين الأفراد والدولة وبين الأغنياء والفقراء، وهي تدخل في القانون المالي.

د- الأحكام المتعلقة بتحديد علاقة الفرد مع الدولة الإسلامية من جهة الأفعال المنهي عنها) الجرائم ومقدار عقوبة كل جريمة) وهذه تدخل فيما يسمى اليوم بالقانون الجنائي، أو قانون العقوبات. ويلحق بها الإجراءات التي تتبع في تحقيق الجرائم وإنزال العقاب بالمجرمين وهي ما يسمى اليوم بقانون تحقيق الجنايات.

المبحث الثاني

الفقه الإسلامي وبيان خصائصه

الفقه لغة : العلم بالشيء والفهم له، قال الله تعالى: " فمال هؤلاء القوم لا يكادون يفقهون حديثاً " وقوله تعالى على لسان شعيب : " قالوا يا شعيب ما نفقه كثيراً مما تقول " ثم أطلق لفظ الفقه على جميع الأحكام الدينية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية سواء أكانت هذه الأحكام متعلقة بأمر العقيدة أو بالأخلاق أو بالعبادات أو بالمعاملات. وبهذا المعنى جاء تعريف الإمام أبي حنيفة للفقه بقوله: " هو

معرفة النفس ما لها وما عليها " فيشمل التعريف الأحكام الاعتقادية كوجوب الإيمان بالله تعالى، والأحكام الوجدانية " الأخلاقية " كوجوب الصدق والأحكام العملية المتعلقة بالعبادات والمعاملات كوجوب الصيام وإباحة البيع.

ثم طرأ تغير على مفهوم الفقه فصار يطلق على العلم بالأحكام الشرعية الثابتة لأفعال المكلفين خاصة كالوجوب والحظر - أي الحرمة - والإباحة والندب والكراهة وكون العقد صحيحا أو فاسدا أو باطلا وكون العبادة قضاء أو أداء وأمثاله. واشتروا أن يكون العلم بهذه الأحكام عن طريق النظر والاجتهاد في الأدلة الشرعية ولهذا قال بعض العلماء في تعريف الفقه بأنه: " العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية بالاستدلال. وهو التعريف المختار .

والمراد بالأحكام الشرعية الأحكام المنسوبة إلى الشريعة الإسلامية أي المأخوذة منها رأسا أو بالواسطة. والمقصود بالعملية أي الأحكام الشرعية المتعلقة بما يصدر عن المكلف من عبادات ومعاملات ، والمقصود بالمكلف الإنسان البالغ العاقل.

والأدلة التفصيلية هي الأدلة الجزئية التي يتعلق كل دليل منها بمسألة معينة وينص على حكم خاص بها مثل قول الله تعالى : " ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلا " فهذا دليل تفصيلي أي دليل جزئي يتعلق بمسألة معينة وهي الزنا ويدل على حكم خاص بها ، وهذا الحكم هو حرمة الزنا.

وبهذا المعنى الاصطلاحي الجديد لكلمة الفقه خرجت من مفهومه الأحكام الاعتقادية والأخلاقية وصار مدلوله قاصرا على الأحكام العملية أي العبادات والمعاملات . وخرج أيضا من مفهوم الفقه الأحكام التي لا تؤخذ بالاستدلال أي بطرق النظر في الأدلة التفصيلية والبحث والاجتهاد ، فعلم المقلدين بالأحكام لا يسمى فقها لأنه غير مكتسب عن طريق النظر والاستدلال كما لا يسمى صاحبها فقيها.

والأحكام الشرعية العملية التي تثبت لأفعال المكلفين أي تتعلق بأفعالهم التي هي من العبادات والمعاملات هي (الوجوب ، الحرمة ، الندب ، الكراهة ، الإباحة ، الصحة ، البطلان).

ثم طرأ تحول في إطلاق كلمة الفقه فصار يطلق على جميع الأحكام الشرعية العملية الثابتة لأفعال المكلفين سواء كانت تلك الأحكام معروفة من الدين بالضرورة ولا تحتاج إلى نظر واجتهاد كوجوب الصلاة وحرمة الزنا، أم كانت تلك الأحكام مستفادة عن طريق النظر والاجتهاد في الأدلة ، أم كانت تلك الأحكام مستفادة عن طريق التقليد للفقهاء . فالأحكام الشرعية التي تكتسب من جميع هذه الطرق أصبحت تسمى فقها والعارف بها يسمى فقيها سواء أكتسبها عن طريق النظر والاجتهاد أو عن طريق التقليد.

القانون الوضعي :

عرّف علماءنا قديما القانون بأنه " القاعدة الكلية التي تندرج تحتها أحكام جزئية " وإذا ذكرت كلمة " القانون " في مقابل كلمة " الشريعة " أو معها إنما يراد به: " ما وضعه البشر من أحكام لتنظيم شؤون حياتهم وعلاقاتهم بعضهم ببعض أفرادا وجماعات ودولا".

فإذا كانت الشريعة أساسا من وحي الله تعالى، فإن القانون أساسا من وضع الناس ولهذا يطلق عليه " القانون الوضعي".

وقد تطلق كلمة القانون ويراد بها: " مجموعة الأحكام الوضعية في موضوع معين، أو مجال معين مثل قانون العقوبات، أو قانون عقوبة المخدرات منها.

وقد يراد بها: " مجموعة الأحكام الوضعية كلها، التي يرجع إليها الناس إذا اختصموا فيما بينهم.

ومن أقدم القوانين الوضعية التي عرفها البشر: قانون "حمورابي" في بابل . وأشهر المجموعات القانونية القديمة : " القانون الروماني" الذي كان له تأثيره على القوانين الغربية الحديثة ، والذي تأثرت به قوانيننا الوضعية في البلاد الإسلامية في عصر الاستعمار والذي زعم من زعم أن الفقه الإسلامي تأثر به. وهو زعم عار عن الصحة تماما لاختلافهما في النشأة والمصدر والفلسفة والغاية والمنهج.

الفقه الإسلامي وصلته بالشرعية :

تبين فيما سبق بان الشريعة الإسلامية تشتمل على جميع الأحكام الشرعية المتعلقة بالعقيدة أو الأخلاق أو العبادات أو المعاملات. أما الفقه فلا يعني إلا بالأحكام العملية أي أحكام العبادات والمعاملات . ومن ثم فالشرعية أعم وأكثر شمولاً لأنها تشتمل على جميع الأحكام.

والفقه وهو معرفة الأحكام الشرعية العملية، يعتمد على نصوص الشريعة أي على القرآن والسنة النبوية، كما يعتمد على المصادر التي شهدت لها الشريعة بالصحة والاعتبار كمصدر الإجماع والقياس.

والشريعة الإسلامية هي الأحكام المنزلة من الله على نبيه في القرآن والسنة تقوم على الوحي الإلهي لا مجال لرأي الإنسان فيه وتحرم مخالفته، أما الفقه الإسلامي فليس كذلك.

والأحكام الفقهية نوعان:

١ - نوع يضعف فيه جانب الرأي والاجتهاد أو ينعدم كمعرفة الأحكام المعروفة من الدين بالضرورة والتي لا يجهلها أحد كوجوب الصلاة وحرمة الزنا ، أو التي تستفاد من النص الشرعي رأساً بلا أي كلفة أو بحث أو اجتهاد لظهور هذه الأحكام من النصوص الشرعية مثل حرمة نكاح الأمهات التي ورد بها النص الشرعي : " حرمت عليكم أمهاتكم ... " فهذه الأحكام الفقهية تعتبر جزءاً من الشريعة لا تجوز مخالفتها.

٢- نوع غلب عليه جانب الرأي والاجتهاد. وعملت فيه عقول أهل الفقه اجتهادا واستنباطا من أدلة الكتاب والسنة، أو مما لا نص فيه ، عن طريق القياس أو الاستصلاح أو الاستحسان، أو رعاية العرف ، أو الاستصحاب....إلخ. وهذا النوع من الأحكام لا يعتبر جزء من الشريعة الإسلامية بمعناها الاصطلاحي ، أي لا يعتبر من قبيل التشريع الإلهي الذي لا تجوز مخالفته ، وهذا النوع من الأحكام أكثر من النوع الأول لكثرة الوقائع وتجدها. وهو مجال علم الفقه وعمل الفقهاء.

وقد اضطرت أفكار الكاتبين وكلماتهم حول علاقة الشريعة بالفقه، حتى فهم منها أنها التباين المطلق ، فالشريعة شيء والفقه شيء آخر فالشريعة إلهية والفقه وضعي .

وهذا ليس بصحيح فالفقه علم شرعي بلا ريب ، لأنه من العلوم المبنية على الوحي الإلهي . وعمل العقل في استنباط الأحكام ليس مطلقا من كل قيد بل هو مقيد بالأصول الشرعية في الاستدلال.

والشريعة لا توجد منفصلة أو معلقة في الهواء . إنما توجد داخل مجموع الفقه الإسلامي، إلا فيما جدد من أحداث ووقائع، فإن حكم الشريعة فيه ما تستنبطه عقول الفقهاء المعاصرين في ضوء أصول الشريعة ومقاصدها، ثم يضاف بعد ذلك إلى الرصيد الفقهي.

ومن هنا لا يقبل بحال رفض الفقه الإسلامي باعتباره عملا من أعمال العقل البشري غير المعصوم، لأن هذا ينتهي إلى رفض الشريعة ذاتها.

إنما الذي يقبل هنا هو تحديد الفقه وتطويره بعدة أشياء بعضها يتعلق بالشكل مثل الفهرسة والتنظير والتقنين وبعضها يتعلق بالمضمون وأهمها إحياء الاجتهاد سواء أكان اجتهادا " انتقائيا" بترجيح أحد الآراء في فقهنا الموروث بناء على الأدلة والاعتبارات الشرعية.

أم إنشائيا بإبداء الرأي في المسائل الجديدة في ضوء النصوص المحكمة والمقاصد الشرعية المعتمدة دون تعصب لرأي قديم ولا عبودية لفكر جديد.

خصائص الفقه الإسلامي :

الفقه الإسلامي كما ذكرنا قام على أساس الشريعة الإسلامية ، لذا فإن من خصائصه:

- ١ - له صبغة دينية تدعو إلى احترامه وعدم مخالفته.
- ٢ - الجزء فيه دنيوي وآخروي.
- ٣ - الفقه الإسلامي شامل لكن على نحو اقل مما للشريعة.
- ٤ - مرونته وقابليته للبقاء بسبب وفائه بحاجات الناس ومصالحهم الشرعية.

المقارنة بين الشريعة الإسلامية والفقه الاجتهادي:

- ١ - الشريعة مصدر الفقه .
- ٢ - الشريعة خالدة من حيث نصوصها فلا تقبل التبديل والتعديل والإلغاء بخلاف الفقه وذلك في ضوء متطلبات الحياة ومستلزماتها وهذا هو المقصود من قاعدة " لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان " أي الأحكام الاجتهادية.
- ٣ - الشريعة ملزمة عقيدة وعملاً لكل إنسان بخلاف الفقه غير ملزم لا للمجتهد ولا للمقلد ما لم يقض بموجبه القاضي لأنه يحتمل الخطأ والصواب.
- ٤ - الشريعة صائبة في جميع أحكامها لأنها وحي ، والوحي لا يقبل الخطأ بخلاف الفقه الاجتهادي لأنه جاء عن طريق الاجتهاد وكل مجتهد يخطئ ويصيب.

القانون وصلته بالشريعة والفقه الإسلامي

أولاً: أوجه الشبه:

- ١ - كل منهما تهدف إلى مصلحة الإنسان عن طريق تنظيم حياته.
- ٢ - كل منهما ملزمة.

- ٣- كل منهما مقترنة بالجزاء لمن يخالفها.
- ٤- في التفصيلات والجزئيات تلتقيان في تطبيقات كثيرة.
- ٥- كثير من الأحكام القانونية في البلاد غير الإسلامية لا تتعارض مع الشريعة الإسلامية.
- ٦- مصدر القانون في كثير من البلاد العربية والإسلامية هي الشريعة بنسب متفاوتة.
- ٧- تتفق كل من الشريعة والقانون في كثير من جرائم التعزير لأن جريمة التعزير هي كل جريمة ترك استحداث عقوبتها وتحديد لها للسلطة التشريعية الزمنية وهي تقسم إلى ثلاث أنواع:
- أ- كل جريمة حدية حدثت فيها شبه تتحول إلى جريمة تعزيرية خاضعة لقانون العقوبات كالسرقة بين الأصول والفروع أو بين الزوجين وجريمة الزنا إذا لم تثبت بأربعة شهود أو بإقرار الجاني وقناعة القاضي بوقوعها بالبينة .
- ب- كل جريمة نص التشريع الإسلامي على تجريمها لكن لم يحدد لها عقوبة تعد جريمة تعزيرية كجريمة الغصب وخيانة الأمانة والتزوير والرشوة والتجسس وغيرها.
- ت- لولي الأمر بالتعاون مع أهل الشورى تحديد عقوبة لأي فعل يرى أنه يضر بالمصلحة العامة تتلائم مع حجمها وخطورتها.
- ثانياً: أوجه الخلاف بين القاعدة الشرعية والقانونية :
- ١- القاعدة الشرعية مصدرها الوحي ، بينما القاعدة القانونية مصدرها عقل الإنسان واجتهاده.
- ٢- القاعدة الشرعية غير قابلة للتعديل والتبديل والإلغاء بخلاف القاعدة القانونية فإنها قد تلغى وقد تعدل في ضوء تغير المصالح وتطور الحياة ومتطلباتها.

- ٣- عمومية القاعدة الشرعية أوسع من القاعدة القانونية فالأولى تخاطب كافة الناس " تبارك الذي نزل الفرقان على عبده ليكون نذيرا للعالمين " والثانية تخاطب مجموعة محدودة ضمن نطاق محصور فلا تسري أحكامها على غيرهم.
- ٤- الجزء في القاعدة الشرعية ثوبا وعقابا " فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره ، ومن يعمل مثقال ذرة شرا يره " بينما الجزء في القاعدة القانونية لا يكون إلا سلبا فلا يكافأ الإنسان الذي لم يرتكب جريمة في حياته.
- ٥- الجزء في القاعدة الشرعية دنيوي وأخروي بينما الجزء في القاعدة القانونية دنيوي فقط .
- ٦- القاعد القانونية لا تحكم إلا على الظاهر فلا تتناول أعمال القلوب بينما القاعدة الشرعية تحكم على الظاهر والباطن قال تعالى : " وإن تبدوا ما في أنفسكم أو تخفوه يحاسبكم به الله..."
- ٧- القاعدة القانونية مجردة لها استثناءات بحسب الصفة كالأشخاص الذين يتمتعون بحصانة دبلوماسية بينما القاعدة الشرعية لا توجد استثناءات لا بحسب الذات ولا الصفة.
- ٨- استنباط الأحكام الفقهية يتطلب فيمن يتولاه أن تتوفر فيه شروط الاجتهاد بخلاف القانون فالذين يساهمون في إعدادة ليسوا من أهل الاجتهاد.

الفصل الثاني

الحكم الشرعي وأقسامه

الحكم الشرعي يقسم إلى قسمين:

المبحث الأول

الحكم الشرعي التكليفي

هو مدلول خطاب الله^١ المتعلق بتصرفات المكلفين على وجه الإقتضاء^٢ أو التخيير^٣.
المكلف: هو الإنسان الذي يتوافر فيه الشروط الخمسة التالية: (البلوغ والعقل والعلم بما يكلف به والقدرة على ما يكلف به، والاختيار).

وإذا تخلف شرط من هذه الشروط لا يتوجه إليه التكليف لقول الله تعالى: " لا يكلف الله نفسا إلا وسعها " ولقول النبي (ص): " إن الله رفع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ". ولقول النبي (ص): " رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق، وعن الصغير حتى يكبر - أو يحتلم - ".

أنواع الحكم التكليفي: ينقسم إلى خمسة أنواع أربعة منها مندرجة تحت تعبير (الإقتضاء) وخامسها تحت تعبير (التخيير) وهي الإباحة.

١ - الواجب: هو ما طلب الشارع فعله من المكلف على وجه الحتم والإلزام^٤.

حكم الواجب: هو يثاب فاعله ويعاقب تاركه. مثل إقامة الصلاة وإيتاء الزكاة وحج البيت والوفاء بالعقود. ويعرف الواجب من صيغة الطلب " وأقيموا الصلاة " أو من الفعل المضارع المقترن باللام كقوله

^١ خطاب الله تعالى أو كلامه يشمل المباشر منه وهو القرآن، أو بالواسطة وهو السنة والإجماع والقياس وبقيّة الأدلة.

^٢ المراد بالإقتضاء: الطلب، سواء أكان طلب الفعل أم طلب الترك. وطلب الفعل إن كان جازما فهو الإيجاب، وإن كان غير جازم فهو الندب، وطلب الترك إن كان جازما فهو التحريم، وإلا فهو الكراهة.

^٣ المراد بالتخيير: الإباحة، وهو استواء الفعل والترك.

^٤ الواجب والفرض عند جمهور الفقهاء والأصوليين مترادفان. وقال الحنفية: الفرض: ما ثبت بدليل قطعي كأداء الزكاة والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وغيرها. والواجب: ما ثبت بدليل ظني كصدقة الفطر وصلاة الوتر والأضحية وغيرها.

تعالى: " لينفق ذو سعة من سعته " أو من مادة الفعل كقوله تعالى: " كتب عليكم الصيام " وغيرها من الأساليب.

٢- المندوب: هو ما طلب الشارع فعله من المكلف طلباً غير حتمي. ويسمى مستحباً وسنة ونفلاً.
حكم المندوب: هو يثاب فاعله ولا يعاقب تاركه. مثل صيام يومي الاثنين والخميس من كل أسبوع وجميع التطوعات.

ويعرف المندوب إما بصيغة الطلب نفسها التي تدل على عدم الإلزام ، مثل قوله (ص) : " من توضأ يوم الجمعة فيها ونعمت ، ومن اغتسل فإغسل أفضل " أو بصيغة الأمر مع قرينة صارفة من الأمر إلى الندب مثل قوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه " فإنه أمر بكتابة الدين ثم صرف هذا الأمر بقرينة قوله تعالى: " فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي أؤتمن أمانته "

٣- الحرام: هو ما طلب الشارع من المكلف تركه على وجه الحتم والإلزام.

حكم الحرام: ما يثاب على تركه ويعاقب على فعله.

ويعرف الحرام إما بصيغة الترك كلفظ الحرمة أو نفي الحل كقوله تعالى: " وأحل الله البيع وحرم الربا " وقوله تعالى : " لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرها " أو بصيغة النهي عن الفعل المقترن بما يدل على الحتمية كقوله تعالى : " ولا تقربوا الزنا " أو بالأمر بالاجتناب مقترنا بما يدل على الحتمية كقوله تعالى: " فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور " أو بترتيب العقوبة على الفعل كقوله تعالى: " إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً، إنما يأكلون في بطونهم نارا، وسيصلون سعيراً " وقوله تعالى: " والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ".

٤- المكروه: هو ما طلب الشارع من المكلف تركه، لا على وجه الحتم والإلزام ولكن على وجه الأفضلية.

حكم المكروه: أن فاعله لا يستحق العقاب ، لكن قد يستحق اللوم والعتاب.

ويعرف المكروه إما بالصيغة كقول النبي (ص) : " ...وكره لكم ثلاثاً: قيل وقال، وكثرة السؤال ، وإضاعة المال ". وقوله (ص) : " أبغض الحلال إلى الله الطلاق ". أو بصيغة النهي المقترن بقرينة تدل على الكراهة كقوله (ص) : " دع ما يريبك إلى ما لا يريبك " فإنه صرف إلى الكراهة لأن الأمر مشتبه به فلا يوصف بالحل والحرمة.

٥- المباح: هو ما خير الشارع المكلف فيه بين الفعل والترك .

حكم المباح: أنه لا ثواب ولا عتاب على فعله أو تركه.

ويعرف المباح إما بمادة الحل أو الإباحة كقوله تعالى: " اليوم أحل لكم الطيبات " أو برفع الإثم أو الجناح أو الحرج كقوله تعالى: " فإن خفتن ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به " وكقوله تعالى: " ليس على الأعمى حرج ولا على المريض حرج... ". أو بصيغة الأمر مع قرينة صارفة عن الوجوب إلى الإباحة كقوله تعالى: " وإذا حللتهم فاصطادوا " وكقوله تعالى: " فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض " وغيرها.

المبحث الثاني

الحكم الشرعي الوضعي

هو خطاب الله تعالى الوارد يجعل الشيء سبباً أو شرطاً أو مانعاً أو صحيحاً أو فاسداً أو عزيمة أو رخصة.

أنواع الحكم الوضعي:

١- السبب: وصفٌ ظاهر منضبط. أو ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم لذاته. كالقربة سبباً للميراث والقتل العمد سبباً للقصاص .

حكم السبب: إذا وجد ترتب عليه مسببه. فمن سافر ثبت له إباحة الفطر في رمضان ، سواء قصد أم لم يقصد، ومن تزوج وجب عليه المهر ونفقة الزوجة، ومن طلق زوجته ثبت له حق مراجعتها ولو قال : لا رجعة لي؛ لأن المسبب بترتيب الشارع لا من الإنسان.

٢- الشرط: ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته. كالطهارة مثلاً فإنها شرط في صحة الصلاة فيلزم من عدم وجود الطهارة عدم وجود الصلاة الشرعية، ولا يلزم من وجود الطهارة وجود الصلاة، إذ قد يكون الإنسان متطهراً ويمتنع من فعل الصلاة. وحضور الشاهدين شرط في الزواج.

والشرط إما شرعي يكون اشتراطه بحكم الشرع كشرط العقود والعبادات وإقامة الحدود. وإما شرط جعلي يكون اشتراطه بتصرف المكلف وإرادته كشرط الواقف والواهب والموصي، وشروط أحد العاقلين في البيع على الآخر، كأن يبيعه منزلاً على أن يسكنه شهراً أو أكثر.

٣- المانع: هو ما يلزم من وجوده العدم ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم لذاته، كالقتل في الميراث، والحيض في الصلاة، فإن وجد القتل امتنع الميراث، وإن وجد الحيض امتنعت الصلاة وقد ينعدمان ولا

يلزم ميراث ولا صلاة، فهو بعكس الشرط إذ الشرط يتوقف وجود المشروط على وجوده، والمانع ينفي وجوده.

ولكي يتبين لك الفرق بين السبب والشرط والمانع، أنظر في زكاة المال مثلاً تجد سبب وجوبها وجود النصاب ويتوقف ذلك الوجوب على حولان الحول فهو شرط فيه، وإن وجد دين منع وجوبها فهو مانع لذلك الوجوب على القول بأن الدين مانع.

٤- الصحيح: ما استوفى أركان الشيء وشروطه وترتب عليه آثاره الشرعية. كأن تقع الصلاة مثلاً مستوفاة شروطها تامة أركانها مع انتفاء الموانع ولو في اعتقاد الفاعل وكذلك البيع يقع من جائز التصرف على مباح مقدور على تسليمه مملوك في نفس الأمر، فلو باع ما يظن أنه ملك غيره فبان أنه ملكه صح البيع، إذ المعاملات مبناهما على ما في نفس الأمر والعبادات على ما في اعتقاد الفاعل.

٥- الفاسد: ما لا اعتداد به في العبادات كإيقاع الصلاة المفروضة قبل دخول وقتها، ولا نفوذ له في المعاملات كبيع مالا يملك مثلاً.

والباطل: هو الذي يكون الخلل فيه في أصل العقد وأساسه، بأن يكون في الصيغة أو العاقدين أو المعقود عليه، ولا يترتب عليه أثر شرعي، كأن يصدر البيع من مجنون أو صبي (غير مميز) أو يكون بيعاً لمعدوم، أو زواجا بإحدى المحارم. والباطل والفاسد عند الجمهور مترادفان.

أما عند أبو حنيفة فالفاسد هو ما كان الخلل فيه في وصف من أوصاف العقد، أي في شرط من شروطه الخارجة عن ماهيته وأركانه، ويترتب عليه بعض الآثار فتنتقل الملكية بالقبض في البيع الفاسد، ويجب المهر والعدة في الزواج الفاسد، ويثبت فيه النسب بالدخول.

٦- العزيمة: الحكم الثابت بدليل شرعي خال من معارض راجح كتحريم الزنا في المنهيات ووجوب الصلاة في المأمورات.

٧- الرخصة: ما ثبت على خلاف دليل شرعي لمعارض راجح، كتيمم المريض لمرضه مع وجود الماء وأكل الميتة عند الاضطرار.

فالتيمم ثبت على خلاف دليل شرعي وهو قوله تعالى: {يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم} الآية. لمعارض راجح وهو قوله تعالى: {وإن كنتم مرضى أو على سفر} الآية. وكذلك أكل المضطر للميتة على خلاف دليل شرعي هو قوله تعالى: {حرمت عليكم الميتة} وقد أجاز

لدليل راجح عليه وهو قوله تعالى: {فمن اضطر في مخمصة} الآية. فدفعه بأكل الميتة عن نفسه الجوع المفضي إلى الهلاك أرجح بلا شك من مطلق تضرره بجبثها.

الفصل الثالث

مصادر الفقه

قلنا إن الفقه: هو الأحكام الشرعية العملية، أي الأحكام المتعلقة بأفعال المكلفين من عبادات ومعاملات.

والمقصود بمصادر الفقه أدلته التي يستند إليها ويقوم عليها، ومصادر الفقه يرجع كلها إلى وحي الله ، قرأنا كان الوحي أو سنة. لذا فإنه يمكن تقسيم هذه المصادر إلى قسمين هما:

المصادر الأصلية: وهي: القرآن والسنة النبوية. وقد تقدم ذكرهما .

المصادر التبعية: وهي: (الإجماع، القياس، الاستحسان، المصالح المرسلة، سد الذرائع، العرف، مذهب الصحابي، شرع من قبلنا، الاستصحاب).

المبحث الأول

المصادر الأصلية

أولاً: الكتاب (القرآن الكريم)

الكتاب أو القرآن هو: كلام الله المنزل على رسوله محمد (ص) المكتوب في المصاحف المنقول إلينا نقلاً متواتراً بلا شبهة المتعبد بتلاوته.

ثانياً : السنة النبوية :

السنة في اللغة الطريقة المعتادة التي يتكرر العمل بمقتضاها ، قال الله تعالى: " سنة الله في الذين خلوا من قبل ولن تجد لسنة الله تبديلاً"

وفي الاصطلاح الشرعي: ما صدر عن النبي (ص) غير القرآن من قول أو فعل أو تقرير.

أنواع السنة من حيث ماهيتها (متنها) :

القسم الأول: سنة قولية : أقوال النبي (ص) وتسمى بالحديث. مثل قوله عليه السلام " لا ضرر ولا ضرار) ، (من رأى منكم منكراً.....).

القسم الثاني: سنة فعلية وهي ما فعله النبي (ص) مثل قضائه بشاهد واحد ويمين المدعي ومثل أدائه لمناسك الحج.

القسم الثالث: سنة تقريرية وهي سكوت النبي (ص) عن إنكار قول أو فعل فهذا السكوت يدل على جواز الفعل وإباحته لأن النبي (ص) لا يسكت عن باطل ومن ذلك سكوته وعدم إنكاره لعب الغلمان بالحرا ب في المسجد وكذلك سكوته عن جاريتين تغنيان غناء حماسي في يوم العيد.

السنة تشريع وغير تشريع

تنقسم إلى قسمين :

القسم الأول : ما صدر عن النبي (ص) باعتباره نبيا مبلغا عن الله، يعتبر تشريعا للأمة. ويدخل في ذلك السنة بأقسامها الثلاثة (القولية والفعلية والتقريبية).

القسم الثاني: ما صدر عن النبي لا باعتباره نبيا مبلغا عن الله بل باعتباره إنسانا أو بمقتضى خبرته في الشؤون الدنيوية، فلا يعتبر تشريعا للأمة ويقسم إلى أنواع:

١- ما صدر عنه بمقتضى الطبيعة البشرية كالأكل والشرب والقيام وكل ما يدخل في دائرة الأفعال المستحبة لا تعتبر تشريع فيستحب التأسى بمتابعة النبي فيها.

٢- ما صدر بمقتضى خبرته وتجاربه في الأمور الدنيوية مثل تنظيم الجيش وتدير أمور الحرب والتجارة فهذا لا يعتبر تشريعا للأمة ولهذا أمر النبي (ص) الجيش في معركة بدر بأن يغير مكانه بعد أن اخذ بمشورة احد الصحابة.

٣- ما كان خاصا بالنبي (ص) مثل وصاله في الصوم، والتزوج بأكثر من أربع زوجات والتهجد بالليل وقبوله شهادة خزيمة وحده

أنواع الأحكام التي جاءت بها السنة:

النوع الأول: أحكام موافقة لأحكام القرآن ومؤكدة لها مثل حديث " لا يجل مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه " فهو موافق ومؤكد لقوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم " وما جاء في السنة من النهي عن عقوق الوالدين وشهادة الزور وغيرها.

النوع الثاني: أحكام مبينة ومفصلة لحمل القرآن ومن ذلك بيان السنة للصلاة (أركانها وشروطها وسننها) وبيان أعمال الحج ومقادير الزكاة ومقدار المال المسروق الذي تقطع فيه يد السارق.

النوع الثالث: أحكام مقيدة لمطلق الكتاب أو مخصصة لعامه. فمثال الأول قطع يد السارق جاءت مطلقة فقيدتها السنة بالرسخ . ومن الثاني تحريم الميتة جاء عاماً بقوله تعالى: " حرمت عليكم الميتة " فخصصت السنة الميتة بغير ميتة البحر قال عليه السلام " هو الطهور ماؤه الحل ميتته".

النوع الرابع : أحكام جديدة استقلت السنة بذكرها ولم يرد ذكرها بالقرآن وقد ثبت عن النبي (ص) قوله : " إلا وأني أوتيت القرآن ومثله معه " أي السنة في وجوب إتباع أحكامها . ومن ذلك تحريم الحمر الأهلية وتحريم أكل كل ذي ناب من السباع ومخلب من الطير والجمع بين المرأة وعمتها أو المرأة وخالتها وذلك للتنافر الذي يكون بين الضرتين بمقتضى الغريزة الطبيعية. القضاء بيمين المدعى عليه لقوله عليه السلام " لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه " وقوله (ص): " البينة على المدعي واليمين على من أنكر " . وميراث الجدة وغيرها.

المبحث الثاني

المصادر التبعية

أولاً: الإجماع: لغة هو : الاتفاق.

واصطلاحاً: اتفاق المجتهدين من الأمة الإسلامية في عصر من العصور بعد وفاة النبي (ص) على حكم شرعي.

مستند الإجماع:

الإجماع لا بد أن يستند إلى دليل لأن القول في الأمور الشرعية من غير دليل خطأ، والأمة الإسلامية لا تجتمع على خطأ كما جاء في الأحاديث الصحيحة. ومستند الإجماع أي دليله قد يكون نصاً من الكتاب والسنة كما قد يكون قياساً أو عرفاً أو غير ذلك من أنواع الاجتهاد. فالإجماع على تحريم التزوج بينات الأولاد مهما نزلت درجتهم، مستند إلى قوله تعالى: " حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم " وإجماع الصحابة على أن ميراث الجدة السدس مستندة إلى قوله عليه السلام : " أعطوا الجدة السدس ". والإجماع على تحريم شحم الخنزير مستند إلى القياس على تحريم لحمه، وإجماع الصحابة على قتال مانعي الزكاة كان بطريق الاجتهاد .

أنواع الإجماع:

الإجماع نوعان: صريح وسكوتي.

فالصريح: أن يتفق جميع المجتهدين على حكم مسألة بصورة صريحة كأن يبدي كل مجتهد رأيه وتكون الآراء متفقة على حكم المسألة.

والسكوتي: هو أن يبدي بعض المجتهدين رأيه في مسألة ويعلم به الباقيون فيسكتون ولا يصدر عنهم صراحة اعتراف ولا إنكار.

إمكانية وقوع الإجماع:

ادعى البعض أن الإجماع بشروطه المذكورة في التعريف لا يمكن وقوعه لأن المجتهدين متفرقون ولا سبيل إلى معرفتهم ولا معرفة آرائهم. ولهذا لم يقع الإجماع فيما مضى . وقال الأكثرون أن الإجماع ممكن الوقوع وقد وقع فعلاً فيما مضى .

والتفصيل في المسألة. أن الإجماع وقع فيما زمن الخلافة الراشدة. حيث مستقر الصحابة المدينة والرجوع إليهم لمعرفة آرائهم ميسورة. كإجماعهم على قتال مانعي الزكاة، وجمع القران، وإعطاء الجدة السدس في الميراث، وعدم قسمة الأراضي المفتوحة على الفاتحين، وغيرها كثير. أما بعد عصر الخلفاء الراشدين حيث تفرق المجتهدون في الأقطار وكثر عددهم فمن العسير القول بوقوع الإجماع.

أهمية الإجماع في الوقت الحاضر:

الإجماع مصدر فقهي معتبر لمعرفة الأحكام الشرعية في الوقائع الجديدة ، ويمكن الاستفادة منه عن طريق إيجاد مجمع فقهي يضم جميع المجتهدين من جميع الأقطار الإسلامية ، ويكون له مكان معين ويهيئ له جميع ما يلزم لعمله، وتعرض عليه المسائل والوقائع الجديدة لإيجاد حكم لها ثم تنشر هذه الأحكام في نشرات دورية أو كتب للإطلاع عليها والاستفادة منها. فيكون عندها لزوم إتباعه ووجوب العمل بمقتضاه.

ثانياً: القياس

لغة: التقدير والمساواة. واصطلاحاً: إلحاق مسألة لا نص على حكمها بمسألة ورد النص بحكمها في الحكم الذي ورد به النص لتساوي المسألتين في علة الحكم.

أركان القياس:

١- الأصل (المقيس عليه) : وهو الذي ورد بشأنه نص شرعي (النص أو الإجماع).

٢- الفرع (المقيس) : ما لم يرد بشأنه نص شرعي.

٣- العلة : وهي الوصف الجامع بين الأصل والفرع.

٤- الحكم : هو الحكم الثابت للأصل.

والأمثلة على ذلك كثيرة منها:

- قياس الضرب على التأفيف بجامع الإيذاء .
- قياس النبيذ على الخمر بجامع الإسكار.
- قياس الموصى له القاتل للموصي من حرمانه من الوصية بالوارث القاتل لمورثه لعله مشتركة وهي (من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه).

والقياس حجة عند جمهور أهل العلم لأن نصوص الوحي محدودة والحوادث متجددة لا انتهاء لها، وقد استدلوا عليه بقول الله تعالى: فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِيَ الْأَبْصَارِ {الحشر: ٢}، وبقوله تعالى: وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ {النساء: ٨٣}، وهو الأصل الرابع من أصول الاستنباط بعد القرآن والسنة والإجماع

ثالثاً: الاستحسان

لغة : عد الشيء حسناً.

اصطلاحاً: هو استثناء بعض الجزئيات من قاعدتها الكلية رعاية لمصلحة أو ضرورة أو عرف صحيح.

والأمثلة على ذلك :

- القاعدة العامة في قانون الخدمة المدنية أو العسكرية أن الموظف الحكومي أو المكلف بخدمة عامة لا يستحق المرتب التقاعدي إلا أن يكون له خدمة فعلية لا تقل عن خمس عشرة سنة مثلاً. ويستثنى من هذه القاعدة رعاية للمصلحة من استشهد أثناء أداء واجبه وهو يعمل لمصلحة عامة كالجيش الشعبي في النظام السابق والبشمه ركه .

- القاعدة العامة في أهلية الزواج إكمال الثامنة عشرة من العمر لكن جاز شرعاً وقانوناً على أساس الاستحسان والاستثناء من القاعدة العامة زواج من أكمل الخامسة عشر بالنسبة لبنت تتوافر فيها القابلية البدنية بإذن وليها والقاضي كما في حالة تركها الدراسة وعدم وجود معيل متمكن ينفق عليها.

- الأصل العام في الوقف التأييد. ومقتضى هذا الأصل عدم صحة وقف المنقول لأنه غير قابل للتأييد بطبيعته، ولكن استثنى بعض العلماء وقف المنقول إذا جرى به العرف استحساناً كوقف الكتب وغيره.

رابعاً: المصالح المرسلة:

هي المصالح التي لم يشرع الشارع أحكاماً لتحقيقها ولم يقيم دليل معين على اعتبارها أو إلغائها. المقصود بتشريع الأحكام تحقيق المصالح للناس بجلب المنافع لهم ودرء المفاسد عنهم. ومصالح الناس ثلاثة أنواع:

النوع الأول: مصالح معتبرة: اعتبرها الشارع وشرع لها الأحكام لتحقيقها مثل مصلحة حفظ النفس شرع لها القصاص، ومصلحة حفظ المال شرع لها عقوبة قطع يد السارق، ومصلحة حفظ العقل شرع لها عقوبة شرب الخمر.

النوع الثاني: مصالح غير معتبرة: ألغاهما الشارع ولم يعتبرها لأنها تفوت مصلحة أكبر، مثل الاستسلام للعدو لم يعتبره الشارع وإن كان فيه مصلحة حفظ نفوس المحاربين، لكن رعاية هذه المصلحة يفوت مصلحة أعظم وهي حفظ البلاد من استعمار العدو وإهدار كرامة أبنائه، ولهذا شرع القتال وأوجب مدافعة العدو وصدّه.

النوع الثالث: مصالح مرسلة: لم يقم دليل من الشارع على اعتبارها أو إلغائها وهذه هي المصالح المرسلة أي المطلقة عن دليل اعتبارها أو إلغائها. مثل جمع القرآن في مصحف واحد في زمن أبي بكر الصديق (رض) وتدوين الدواوين من قبل الخليفة عمر بن الخطاب (رض)، واتخاذ السجون وتضمين الصنائع ما يهلك بأيديهم من أموال الناس وكمصلحة تنظيم المرور في العصر الحديث لحماية الرواح والأموال.

ومصالح الإنسان من حيث الأهمية تقسم إلى ثلاثة أقسام:

١- مصالح ضرورية للمجتمع بحيث إذا تخلفت فيه مصلحة من المصالح يختل النظام وهي خمسة أنواع: (حماية الدين ، وحماية النفس، وحماية العرض ، وحماية الأموال ، وحماية العقول).

٢- مصالح حاجية وهي تأتي بعد الضرورية من الأهمية كالتقنيات الحديثة التي ظهرت في جميع جوانب الحياة.

٣- مصالح تحسينية: وهي التي تلي المصالح الحاجية بالأهمية كالسفريات السياحية للترفيه، وممارسة الرياضة والاهتمام بنظافة البيئة وغيرها.

خامساً: سد الذرائع :

الذرائع جمع ذريعة وهي لغة الوسيلة، واصطلاحاً: إعطاء الوسيلة حكم غايتها على أساس أن الاعتداء يكون بالنوايا والمقاصد والنتائج.

فإذا كانت الوسائل مفضية إلى الحرام والفساد كانت هذه الوسائل محرمة ووجب سدها ومنعها حسماً لمادة وسائل الفساد، وإن كانت هذه الوسائل تؤدي إلى أمر مطلوب في الشرع كانت هذه الوسائل

مطلوبة أيضاً. فالذرائع تسد وتمنع إذا كانت تفضي إلى الفساد، وتجب وتفتح إذا كانت تفضي إلى المصالح.

وقد وردت هذه القاعدة العامة على لسان النبي (ص) في قوله: "إنما العمال بالنيات"^٥. كما وردت في لقاعدة الشرعية والقانونية (العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني)^٦.

أقسام الذرائع :

تنقسم الذرائع من حيث مقاصدها إلى أربعة أنواع:

١- مشروعية الوسيلة والغاية معا: كمنح الجوائز للطلبة الأوائل لغرض المنافسة في التفوق العلمي فيجب على الدولة فتح هذه الوسيلة.

٢- عدم مشروعية الوسيلة والغاية معا: كصنع أسلحة الدمار الشامل للاعتداء بها على الغير فيجب على الدولة سد هذه الوسيلة.

٣- وسائل غير مشروعة في ذاتها و مشروعة في غاياتها كعقوبة الجاني فهي غير مشروعة في ذاتها لأن فيها إزهاق النفس، لكنها مشروعة في غايتها لما فيها من حماية مصالح المجتمع في أرواحه وأمواله وأمنه .

٤- وسيلة مشروعة في ذاتها غير مشروعة في غاياتها كتقديم شخص هبة إلى امرأة بقصد بناء علاقة غير شرعية لذا أقرت الشريعة والقانون بطلان هذه الهبة.

سادساً: الاستصحاب :

لغة: مأخوذ من المصاحبة أو استمرار الصحبة. واصطلاحاً: الحكم ببقاء الشيء على ما كان عليه في الماضي حتى يقوم الدليل على تغيره. فإذا ثبت أن فلانا زوج فلانة فإنه يحكم بقيام الزوجية بينهما حتى

^٥ من تطبيقاتها: إن ملتقط اللقطة يعتبر آمناً لا ضمان عليه إذا تلفت في يده بدون تعد منه أو تقصير إذا كان قصده من التقاطها حفظها وردها لصاحبها، ويعتبر غاصباً إذا كان التقاطها بقصد تملكها فيضمن هلاكها ولو بدون تعد منه أو تقصير. وكان الكاح يعد سنة من سنن الإسلام ولكن يحرم إذا كان بقصد الإضرار بالزوجة وظلمها.

^٦ مثل الهبة بشرط العوض بيع: فمن قال لآخر وهبتك هذه الفرس بخمسين دينارا فقبل الآخر كان العقد بيعاً وإن كانت الصيغة بلفظ الهبة. ومن قال لآخر أعرتك سيارتي بخمسة دنائير لتسافر بها إلى المحل الفلاني فقبل الآخر، كان العقد إيجاراً لا إعارة ولو أن الإيجاب كان بلفظ الإعارة.

يقوم الدليل على زوالها. وإذا ثبت الملك لإنسان في عين، يستمر له هذا الملك حتى يقوم الدليل على انتقاله إلى غيره.

أقسام الاستصحاب من حيث الأساس : يقسم إلى أربعة أنواع هي:

١- الأصل في الأشياء الإباحة. فكل عقد أو تصرف أو حيوان أو نبات أو طعام لا يعرف حكمه لا في الكتاب ولا في السنة ولا في المصادر الأخرى، فإنه يحكم بجوازه استصحاباً للحكم الأصلي للأشياء وهو الإباحة.

٢- الأصل براءة الذمة : أي إن ذمة الإنسان تعتبر غير مشغولة بشيء حتى يثبت انشغالها به. فمن ادعى على غيره ديناً فعليه الإثبات.

٣- اليقين لا يزول بالشك : فالشيء الثابت وجوده على وجه اليقين لا يحكم بزواله بمجرد الشك. فمن تيقن الوضع ثم شك بانتقاضه حكم ببقائه.

٤- الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره. فمن ثبت حياته لا يحكم بوفاة حتى تثبت الوفاة بالدليل. وعلى هذا الأصل بنيت أحكام المفقود في الفقه.

والاستصحاب آخر ما يلجأ إليه الفقيه لمعرفة الحكم الشرعي إذا لم يجده في مصادر الفقه التي ذكرناها.

سابعاً: العرف :

ما اعتاده الناس وساروا عليه في أمور حياتهم ومعاملاتهم من قول أو فعل أو ترك. ويسمى أيضاً بالعادة.

أنواع العرف:

أولاً: ينقسم العرف من حيث الطبيعة إلى عرف قولي، وعرف عملي.

العرف القولي: مثل تعارف الناس إطلاق الناس كلمة الولد على الذكر دون الأنثى مع أنها في اللغة تطلق على الاثنين ، قال الله تعالى: " يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين".

ومن العرف العملي تعارف الناس البيع بالتعاطي دون استعمال الصيغة اللفظية في البيع.

ثانياً: من حيث النطاق إلى عام وخاص:

العرف العام: الذي لا يختص إقليمًا دون آخر كالأعراف الدولية المعمول بها في جميع الدول مثل عدم تدخل كل دولة في شؤون الأخرى باعتباره مساسًا بسياساتها.

العرف الخاص: هو ما يختص إقليمًا معينًا أو أقاليم محددة كالألبسة الكردية والعربية وكتعارف أهل العراق على تعجيل قسم من المهر وتأجيل الباقي إلى اقرب الأجلين: الموت أو الطلاق.

ثالثاً: من حيث الصحة والفساد إلى عرف صحيح وعرف فاسد:

العرف الصحيح: ما لا يخالف النظام العام أو الآداب العامة. مثل بيع السلع بالأقساط وضمن الشركات لسلامة البضاعة مدة معينة.

العرف الفاسد: ما كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة . مثل تعارف الناس على كثير من المنكرات كالتمتع بالربا وشرب الخمر وتعاطي القمار وغيرها.

العرف المعتبر:

لا خلاف بين الفقهاء في عدم الاعتداد بالعرف الفاسد لأن فيه إتيان للهوى الذي يفسد الشريعة قال الله تعالى: " ولو اتبع الحق أهوائهم لفسدت السموات والأرض ومن فيهن ". أما العرف الصحيح فمعتبر ويعتد به لأن أساسه يرجع إلى رعاية مصالح الناس ورفع الحرج عنهم ، فالإسلام أقر ما كان عند العرب من عادات صحيحة كفرض الدية على العاقلة ، وإقرار بعض المعاملات كالمضاربة والشركة وغيرها. وقد قال النبي (ص) : " ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ". فالعرف حجة شرعية ومصدر فقهي تستقي منه الأحكام .

ثامناً: مذهب الصحابي :

الصحابي: هو من شاهد النبي (ص) وآمن به ولازمه مدة تكفي لإطلاق كلمة الصحابي عليه. مثل الخلفاء الراشدين وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وغيرهم . وبعد وفاة النبي (ص) قام أصحابه الكرام ممن عرفوا بالعلم والفقہ بالإفتاء والقضاء بين الناس . ومن تطبيقات ذلك : قضاء عمر بن الخطاب (رض) في خلافته بإيقاف عقوبة السارق إذا دفعته الحاجة إلى ارتكاب السرقة. وقضاء عثمان بن عفان (رض) في خلافته بميراث زوجة يطلقها زوجها في مرض الموت لأنه يتهم بقصده السيئ لحرماتها من الميراث وغيرها.

تاسعاً: شرع من قبلنا :

هي الأحكام التي شرعها الله تعالى لمن سبقنا من الأمم وأنزلها على أنبيائه ورسله لتبليغها لتلك الأمم. كشريعتي موسى وعيسى عليهما السلام.

الفصل الرابع عهود التشريع الإسلامي

مر التشريع الإسلامي بعهود يمكن حصرها فيما يلي:

المبحث الأول عهد الرسالة

يعد هذا العهد أهم عهود التشريع، لأن الأحكام الشرعية فيه كان مصدرها الوحي بشقيه القرآن والسنة. وينقسم إلى مرحلتين أساسيتين هما:

أ- **المرحلة المكية:** وهي مدة إقامة النبي عليه الصلاة والسلام بمكة، وهي اثنتا عشرة سنة وخمسة أشهر وثلاثة عشر يوماً^٧. وقد اتجه الوحي في هذه المرحلة إلى بيان أصول الدين والدعوة إليها، والأمر بأمهات الفضائل والنهي عن الرذائل، ولم يتعرض إلى الأحكام العملية إلا قليلاً وبشكل كلي غالباً^٨.

ب- **المرحلة المدنية:** وهي مدة إقامة النبي عليه السلام بالمدينة (بعد الهجرة)، وهي تسع سنوات وتسعة أشهر وتسعة أيام. وفي هذه المرحلة أخذ الوحي ينزل بالتشريعات المفصلة التي لا بد منها لتنظيم حياة المسلمين، إذ بدأت الدولة الإسلامية تتكون، وتحتاج إلى ما تقوم به من نظم وتشريعات وقوانين تحدد العلاقات بين أفرادها، وبينها وبين غيرها من الأمم... فقد وضع الإسلام لأول مرة في تاريخ العرب

^٧ الشيخ محمد الحصري بك، تاريخ التشريع الإسلامي، المكتبة التجارية الكبرى، ط: ٩، مصر، ١٩٧٠م، ص: ٩.

^٨ د. عمر سليمان الأشقر، تاريخ الفقه الإسلامي، قصر الكتاب، الجزائر، ص: ٣٦ / د. عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص: ١٠٨ / بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص: ٨٧.

فكرة الدولة، وجعل من الواجب طاعة السلطان، قال تعالى: « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم... »^٩.

وقال الرسول صلى الله عليه وسلم: (من أطاعني فقد أطاع الله، ومن عصاني فقد عصى الله، ومن يطع الأمير فقد أطاعني، ومن يعص الأمير فقد عصاني).

كما قيد الإسلام سلطة الدولة بأن أوجب الشورى في الحكم، فقال تعالى: «...وأمرهم شورى بينهم...»^{١٠}. وقال أيضا: «...وشاورهم في الأمر...»^{١١}.

وجاء في الحديث النبوي الشريف: (السمع والطاعة حق ما لم يؤمر بمعصية، فإن أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة).

كذلك دعا الإسلام إلى الجهاد في سبيل الله وحرّم الغزو الجاهلي، وأباح الحرب الدفاعية لأجل دفع العدوان، وحرّم قتل الأطفال والشيوخ والنساء^{١٢}، كما منع قتل رجال الدين ومنع التمثيل بالعدو... كما وضع أحكام الأسرة من زواج وطلاق وولاية ونفقات ومواريث، كما أقر الإسلام الحريات ووضع الضوابط اللازمة لها...^{١٣}

مصادر التشريع في هذا العهد

ليس للتشريع مصدر في هذا العهد إلا وحي السماء كما صرح القرآن بذلك في آية:

« وما ينطق عن الهوى. إن هو إلا وحي يوحى »^{١٤}. «...ونزلنا عليك الكتاب تبيانا لكل شيء...»^{١٥}.

^٩ سورة النساء: من الآية ٥٩.

^{١٠} سورة الشورى: من الآية ٣٨.

^{١١} سورة آل عمران: من الآية ١٥٩.

^{١٢} قال الرسول . عليه السلام : " لا تقتلوا شيخا فانيا ولا طفلا صغيرا ولا امرأة. "

^{١٣} بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق . بتصرف ، ص: ٨٨ وما بعدها. / راجع أيضا: محمد مصطفى شليبي، مرجع سابق، ص: ٥٥ وما بعدها.

^{١٤} سورة النجم: الآيتان ٣ . ٤.

^{١٥} سورة النحل: من الآية ٨٩.

والرسول صلى الله عليه وسلم كما أمر بتبليغ الوحي في قوله تعالى: « يا أيها الرسول بلغ ما أنزل إليك من ربك فإن لم تفعل فما بلغت رسالته... »^{١٦}.

و أمر ببيانته في قوله تعالى: «... وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل عليهم... »^{١٧}.

طريقة التشريع في هذا العهد

تتمثل الخطة التشريعية في هذا العهد في ثلاث طرق هي:

الأولى: حدوث واقعة :

فمن الأحكام التي نزلت بمناسبة حوادث وقعت قوله تعالى: « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم... »^{١٨}.

فقد نزلت هذه الآية بمناسبة حادثة خلاصتها أن أحد المسلمين عزم على نكاح مشركة وعلق نكاحه على موافقة النبي صلى الله عليه وسلم، فلما أخبره بذلك نزلت هذه الآية.

ومن ذلك أيضا ما روي عن جابر بن عبد الله أنه قال: جاءت امرأة سعد بن الربيع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم بابنتيها فقالت: يا رسول الله هاتان ابنتا سعد ابن الربيع قتل أبوهما معك في أحد شهيدا وإن عمهما أخذ مالهما فلم يدع لهما مالا ولا ينكحان إلا بمال، فقال: (يقضي الله في ذلك). فنزلت آية الميراث، فأرسل الرسول عليه السلام إلى عمهما فقال: (أعط ابنتي سعد الثلثين أمهما الثمن وما بقي فهو لك).

الثانية: ورود سؤال :

ومن الأحكام التي نزلت جوابا عن سؤال قوله تعالى: « يسألونك ماذا أحل لهمن قل أحل لكم الطيبات... »^{١٩} « يسألونك عن الأهلة، قل هي مواقيت للناس والحج... »^{٢٠} « يسألونك ماذا

^{١٦} سورة المائدة: من الآية ٦٧.

^{١٧} سورة النحل: من الآية ٤٤.

^{١٨} سورة البقرة: من الآية ٢٢١.

ينفقون، قل ما أنفقتم من خير فلولالدين والأقربين واليتامى والمساكين وابن السبيل...»^{٢١} ...
ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير...»^{٢٢} «يسألونك عن الشهر الحرام قتال فيه، قل قتال فيه
كبير...»^{٢٣}

« يسألونك عن الخمر والميسر، قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما، ويسألونك
ماذا ينفقون قل العفو...»^{٢٤} « ويسألونك عن الروح، قل الروح من أمر ربي وما أوتيتم من العلم إلا
قليلاً »^{٢٥} . « ويسألونك عن الجبال، فقل ينسفها ربي نسفا »^{٢٦} .

ومن السنة ما روي أن بعض الصحابة سألوا النبي صلى الله عليه وسلم فقالوا له: إنا نركب البحر المالح
وليس معنا من الماء العذب ما يكفي الوضوء أفنتوضأ بماء البحر؟ فقال عليه السلام: (هو الطهور ماؤه
الحل ميتته).

وروى البخاري ومسلم وغيرهما عن عائشة أن هندا قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح،
وليس يعطيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال عليه السلام: (خذي ما يكفيك
بالمعروف).

الثالثة: تشريع أحكام غير مسبقة بواقعة أو سؤال:

ومن تلك الأحكام قوله تعالى: « يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم
إلى المرافق وامسحوا برؤوسكم وأرجلكم إلى الكعبين...»^{٢٧} .

^{١٩} سورة المائدة: من الآية ٤ .

^{٢٠} سورة البقرة: من الآية ١٨٩ .

^{٢١} سورة البقرة: من الآية ٢١٥ .

^{٢٢} سورة البقرة: من الآية ٢٢٠ .

^{٢٣} سورة البقرة: من الآية ٢١٧ .

^{٢٤} سورة البقرة: من الآية ٢١٩ .

^{٢٥} سورة الإسراء: الآية ٨٥ .

^{٢٦} سورة طه: الآية ١٠٥ .

^{٢٧} سورة المائدة: من الآية ٦ .

وقوله: « يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون »^{٢٨}.

إضافة على أحكام أخرى تتعلق بالأسرة وبعض العقوبات ونحو ذلك.

مميزات التشريع في هذا العهد

امتاز التشريع في هذا العهد بمميزات أهمها:

أولاً: التدرج في التشريع والتدرج نوعان:

أ- تدرج زمني: بمعنى أن الأحكام الشرعية لم تشرع جملة واحدة، بل استغرق أمر تشريعها طوال مدة الرسالة، ففي ليلة الإسراء قبل الهجرة بسنة فرضت الصلاة، وفي السنة الأولى من الهجرة شرع الأذان والقتال، كما شرعت أحكام من النكاح كالصداق والوليمة. وفي السنة الثانية شرع الصوم وصلاة العيدين ونحر الأضاحي، والزكاة، وحولت فيها القبلة، وأحلت الغنائم للمجاهدين. وفي السنة الرابعة فرض الحج.

ب- التدرج في تشريع الحكم الواحد: ومثال ذلك ما يلي:

- الصلاة: فقد شرعت في أول الأمر صلاتان: صلاة في الغداة وصلاة في العشي، ثم شرعت خمس صلوات في اليوم واللييلة.

- الزكاة: كانت أول الأمر اختيارية غير محددة الأنصبة والمقادير، ثم بعد ذلك فرضت محددة المقادير، وشرعت مختلفة باختلاف نوع المال.

- تحريم الربا: ففي أول الأمر أوضح الله أن الربا لا نماء فيه ولا بركة، قال تعالى: « وما أتيتم من ربا ليربوا في أموال الناس فلا يربو عند الله... »^{٢٩}.

^{٢٨} سورة البقرة: الآية ١٨٣.

^{٢٩} سورة الروم: من الآية ٣٩.

ثم بعد ذلك بين الله أن الربا ظلم، وأنه حرم على اليهود طيبات كثيرة كانت حلالا لهم بسبب أكلهم الربا وقد نهبوا عنه، قال تعالى: « فبظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات أحلت لهم، وبصدهم عن سبيل الله كثيرا، وأخذهم الربا وقد نهبوا عنه، وأكلهم أموال الناس بالباطل... »^{٣٠}.

ثم نهى الله عن تعاطي الربا في أقبح صورة، وهي الصورة التي كانت شائعة بين الناس، فقال سبحانه: « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافا مضاعفة واتقوا الله لعلكم تفلحون »^{٣١}.

ثم جاء التشريع بتحريم الربا بجميع أنواعه، قال تعالى: « الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس، ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا، وأحل الله البيع وحرم الربا... »^{٣٢}.

- تحريم الخمر: أشار القرآن في البداية إشارة خفية على ذم الخمر، وذلك في قوله تعالى: « ومن ثمرات النخيل والأعناب تتخذون منه سكرًا ورزقًا حسنًا... »^{٣٣}.

ثم أنزل الله قوله الكريم: « يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما... »^{٣٤}، وهذه الآية غيرت نفوس المؤمنين الذين كانوا يظنون أن شرب الخمر فضيلة، وهذا أهم جانب في علاج النفوس، فاعتقد المسلمون بعد ذلك أن تعاطي الخمر ليس فضيلة، وإن المضار التي تحويها الخمر أكثر من المنافع، وامتنع بعض المسلمين عن تعاطيها، واستمر آخرون في تناولها، ثم حرمها الإسلام في بعض الأوقات حتى يعتاد المدمنون تركها جزئيا: « يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى... »^{٣٥}، ثم حرمها تحريما قاطعا: « يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام

^{٣٠} سورة النساء: من الآية ١٦٠.

^{٣١} سورة آل عمران: الآية ٦٧.

^{٣٢} سورة البقرة: من الآية ٢٧٥.

^{٣٣} سورة النحل: من الآية ٦٧.

^{٣٤} سورة البقرة: من الآية ٢١٩.

^{٣٥} سورة النساء: من الآية ٤٣.

رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون، إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون»^{٣٦}.

ثانيا: رفع الحرج

وتتجلى هذه الميزة في كثير من النصوص القرآنية والنبوية، منها قوله تعالى: «...وما جعل لكم في الدين من حرج...»^{٣٧} «... ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم وليتم نعمته عليكم لعلكم تشكرون»^{٣٨} «...يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر...»^{٣٩}. «...يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفا...»^{٤٠}. « لا يكلف الله نفسا إلا وسعها...»^{٤١}

وقوله عليه الصلاة والسلام: (يسروا ولا تعسروا). (بعثت بالملة السمحة الحنيفة البيضاء).

وثبت من سيرته عليه السلام أنه ما خير بين أمرين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثما.

ثالثا: النسخ

ويعرفه الشيخ محمد الخضري بك بقوله: " النسخ في اصطلاح الفقهاء يطلق على معنيين:

الأول: إبطال الحكم المستفاد من نص سابق بنص لاحق، ومثاله ما ورد في حديث: (كنت نهيتكم عن زيارة القبور، ألا فزوروها).

فالنص الأول يطلب الكف عن الزيارة، والنص الثاني يرفع ذلك النهي ويحل محله الإباحة أو الطلب.

الثاني: رفع عموم نص سابق أو تقييد مطلقه، ومثاله: قوله تعالى في سورة البقرة: « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء »، ثم قال في سورة الأحزاب: « إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن

^{٣٦} سورة المائدة: الآيات ٩٠ . ٩١ .

^{٣٧} سورة الحج: من الآية ٧٨ .

^{٣٨} سورة المائدة: الآية ٦ .

^{٣٩} سورة البقرة: من الآية ١٨٥ .

^{٤٠} سورة النساء: الآية ٢٨ .

^{٤١} سورة البقرة: من الآية.

تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها». فإن النص الأول عام يظم المدخول بها وغيرها، والنص الثاني يعطي غير المدخول بها حكما خاصا بها^{٤٢}.

وقد وقع النسخ رعاية لمصالح المكلفين ورفعاً للحرَج عنهم، ومن أمثلة النسخ ما يأتي^{٤٣}:

- قوله تعالى: «كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية...»^{٤٤}، ذهب كثير من العلماء إلى نسخها بآية الميراث، ونص أحمد على ذلك فقال: الوصية للوالدين منسوخة.

- قوله تعالى: «والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً وصية لأزواجهم متاعاً إلى الحول غير إخراج...»^{٤٥} فهذه الآية تحدد مدة العدة بعام، مع وصية الزوج بالإنفاق على الزوجة من الميراث، وعدم إخراجها من بيت الزوجية طوال مدة العدة، ثم جاء الحكم بتحديد العدة بأربعة أشهر وعشرة أيام وذلك في قوله تعالى: «والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً...»^{٤٦}.

- قوله تعالى: «...ولا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى...»^{٤٧}، فهذه الآية تفيد إباحة السكر في غير الصلاة، ثم نسخت بقوله تعالى: «يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر...رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه...»^{٤٨}.

^{٤٢} محمد الحضري بك، مرجع سابق، ص: ٢٠. انظر: التعريفات المختلفة للنسخ، عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص: ١١٣. / محمد وفا، أحكام النسخ في الشريعة الإسلامية، دار الطباعة المحمدية، القاهرة، ١٩٨٤م، ص: ١٠ وما بعدها. / أبو الفتح البغدادي، الوصول على الأصول، تحقيقك د. عبد الحميد علي أبو زنيد، ط: ١، مكتبة المعارف، الرياض، ١٩٨٤، ص: ٧ وما بعدها.

^{٤٣} عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص: ١١٤.

^{٤٤} سورة البقرة: من الآية ١٨٠.

^{٤٥} سورة البقرة: من الآية ٢٤٠.

^{٤٦} سورة البقرة: من الآية ٢٣٤.

^{٤٧} سورة النساء: من الآية ٤٣.

^{٤٨} سورة المائدة: من الآية ٩٠.

المبحث الثاني: عهد الصحابة

يبدأ هذا العهد من تاريخ وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم في السنة الحادية عشرة للهجرة وينتهي في أواخر القرن الأول الهجري، ويمتاز هذا العهد باتساع رقعة الدولة الإسلامية والتي شملت بلاد الشام ومصر والعراق وفارس، ولا يخفى علينا تباين بيئات وحضارات تلك البلاد مما استتبع ظهور مسائل جديدة تتطلب اجتهادات تستجيب لتلك المسائل، ولذلك صدرت فتاوى عديدة عن الصحابة مبنية على الاجتهاد استوعبت كل ما جد من مسائل^{٤٩}.

طريقة التشريع المعتمدة في هذا العهد

إن الصحابة رضوان الله عليهم لم يتوسعوا في وضع فرضيات والإجابة عنها، بل كانوا يكتفون بالإجابة عما ورد إليهم فعلاً، وكانوا في أول عهدهم أي في خلافة أبي بكر وأول خلافة عمر رضي الله عنهما يتولون بسلطتهم التشريعية في ما لا نص فيه في جمعية تشريعية متكونة من رؤوس الصحابة، يدل على ذلك ما رواه البغوي في مصابيح السنة، قال: "كان أبو بكر إذا ورد عليه الخصوم نظر في كتاب الله فإن وجد فيه ما يقضي بينهم قضى به، وإن لم يجد في الكتاب وعلم من رسول الله في ذلك الأمر سنة قضى بها، فإن أعياه خرج فسأل المسلمين وقال: أتاني كذا وكذا، فهل علمتم أن رسول الله قضى في ذلك بقضاء؟ فرمى اجتمع عليه نفر كلهم يذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فيه قضاء، فيقول أبو بكر: الحمد لله الذي جعل فينا من يحفظ عن نبينا، فإن أعياه أن يجد فيه سنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم جمع رؤوس الناس وخيارهم، فإن أجمع رأيهم على أمر قضى به".

وكان عمر يفعل ذلك، فإن أعياه أن يجد في القرآن والسنة نظر هل كان فيه لأبي بكر قضاء، فإن وجد أبا بكر قضى فيه بقضاء قضى به، وإلا دعا رؤوس المسلمين فإذا اجتمعوا على شيء قضى به.

^{٤٩}. راجع مثلاً: د. علي محمود جعفر، تاريخ القوانين والشرائع، ط: ١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٨٢م، ص: ١٧٦.
محمد سلام مذكور، الوجيز للمدخل للفقهاء الإسلاميين، دار النهضة العربية، القاهرة، ص: ٢٠ وما بعدها.

وبعد الفتوحات الإسلامية واتساع رقعة البلاد الإسلامية تفرق الصحابة في الأمصار فراح كل صحابي في موقعه يفتي في ما لا نص فيه، ذلك ما استتبع اختلاف الصحابة في بعض الفتاوى تبعاً لاختلاف ظروف ومصالح كل بلد^{٥٠}.

ويمكن إرجاع الاختلاف الواقع بين الصحابة إلى الأسباب الآتية:

الأول: وجود نصوص في القرآن وفي السنة ظنية الدلالة^{٥١}، مما يفتح المجال للاختلاف في فهم النصوص.
الثاني: عدم تدوين السنة، لذلك قد يصل حديث معين إلى أحد الصحابة دون الآخر، فتكون - بالضرورة - فتوى العالم بالحديث مختلفة مع فتوى غير العالم به.

الثالث: تباين مصالح العباد من بلد إلى آخر، ذلك ما نتج عنه اختلاف الفتاوى.

أشهر المفتين من الصحابة

في المدينة المنورة: الخلفاء الأربعة، أم المؤمنين عائشة، زيد بن ثابت، عبد الله بن عمر بن الخطاب.

في مكة المكرمة: عبد الله بن عباس.

في الكوفة: عبد الله بن مسعود.

في البصرة: أنس بن مالك، أبو موسى الأشعري.

في الشام: معاذ بن جبل، عبادة بن الصامت.

في مصر: عبد الله بن عمرو بن العاص.

^{٥٠} راجع مثلاً: عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص: ٣٩ وما بعدها. محمد سلام مذکور، مرجع سابق، ص: ٢٠ وما بعدها. علي محمد جعفر، مرجع سابق، ص:

١٧٧. محمد الحضري بك، مرجع سابق، ص: ٨٧ وما بعدها. عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص: ١١٩.

^{٥١} ومن حيث الثبوت فالقرآن كله قطعي الثبوت، أما السنة ففيها القطعي والظني.

المبحث الثالث: عهد التدوين والأئمة المجتهدين^{٥٢}

كانت بداية هذا العهد في أوائل القرن الثاني الهجري، وامتد إلى غاية أواسط القرن الرابع الهجري. ويعد هذا العهد عهداً ذهبياً للتشريع الإسلامي، وقد ظهرت حركة التدوين - في هذا العهد - واضحة إذ تم تدوين السنة وفتاوى الصحابة والتابعين وتابعيهم، كما برز الأئمة والفقهاء أصحاب الملكات الفقهية الراسخة.

ويمكن إرجاع أسباب ازدهار التشريع في هذا العهد إلى ما يلي:

أولاً: اهتمام الخلفاء العباسيين بالعلم وأهله، ويتجلى ذلك في تقريب الخلفاء للفقهاء وأهل العلم، فالرشيد - مثلاً - طلب من أبي يوسف وضع قانون إسلامي للأمور المالية، فاستجاب لذلك بتأليف كتابه "الخراج"، ونجد أبا جعفر مهتماً بالفقه وأهله، وقد ورد أنه أراد أن يجعل موطأ الإمام مالك قانوناً لدولته، ولكن مالكا لم يرض بذلك قائلاً: "يا أمير المؤمنين لا تفعل، قد سبقت إليه أقاويل، وسمعوا أحاديث، ورووا روايات، وأخذ كل قوم بما سبق إليهم، فدع الناس وما اختار أهل كل بلد منهم لأنفسهم".

ثانياً: اتساع رقعة البلاد الإسلامية التي تمتد من إسبانيا إلى الصين، وقد استتبع ذلك تباين ظروف تلك البلاد تبعاً لاختلاف الحضارات والثقافات، مما أدى إلى استجابة الفقه لجميع التساؤلات والقضايا، وفي ذلك إثراء للفقه وتطوير له.

ثالثاً: تدوين السنة، وقد كان لتدوين السنة الأثر الفعال في تنشيط الحركة الفقهية في هذا العهد، حيث أن الفقهاء يرجعون إلى السنة للبحث عن ضالتهم دون كبير جهد، مما يسهل استنباط الأحكام التي تستجيب لمستحدثات العصر.

^{٥٢} انظر مثلاً: عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص: ١٤١ وما بعدها. علي محمد جعفر، مرجع سابق، ص: ١٨٦ وما بعدها. محمد الحضري بك، مرجع سابق، ص: ١٢٦ وما بعدها.

رابعاً: حصول المناظرات بين الفقهاء، فذلك من دواعي التعمق في البحث واستقراء الأدلة لإثبات كل فقيه صحة رأيه وقوة وجهة نظره، وذلك يؤدي أخيراً إلى اتساع دائرة الحركة الفقهية.

ويلاحظ في هذا العهد جملة من الملاحظات يمكن تلخيصها فيما يلي:

الأولى: أن الآراء الفقهية دونت، وهكذا أصبح الفقه مسطوراً في بطون الكتب، يجيء الخلف فيرى عمل السلف مدوناً منشوراً بين الناس فيبني عليه من غير عناء في البحث عن الحفاظ والرواة.

الثانية: أن المذاهب تميزت وآراء المجتهدين قد تكونت، فصار لكل إمام مذهب، وله تلاميذ يتلقون عنه طريقته ويقتبسون من تفكيره.

الثالثة: أن الدولة لم تختَر مذهباً من المذاهب تعمل به وتسير على منهاجه، بل يترك الأمر إلى القاضي واجتهاده، فلم يكن هناك قانون ملزم إلا الكتاب والسنة، وفي ما وراء ذلك فللقاضي رأيه واجتهاده وطريقة استنباطه.

الرابعة: كان الاجتهاد في هذا العهد حراً طليقاً لم تغلق أبوابه، ولم يكن ثمة إلا من العامة يقلدون من يستفتونه، أما الفقهاء فكانوا حرة يظللها القرآن الكريم، وتنيرها السنة النبوية، ويهديها المأثور عن الصحابة والتابعين إلى محجة الصواب^{٥٣}.

^{٥٣} محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، ص: ٣٢، ٣٣، ٣٤ بتصرف.

المبحث الرابع: عهد التقليد

بدأ هذا العهد من منتصف القرن الرابع الهجري إلى غاية أواخر القرن الثالث عشر الهجري، وهو عهد فتور همم العلماء عن استنباط الأحكام الشرعية من مصادرها فأصبحوا مقلدين للأئمة السابقين، وتوقفت في النهاية حركة الاجتهاد. ومن أسباب ذلك ما يلي:

أولاً: انقسام الدولة الإسلامية إلى دويلات متناحرة، فانشغل ولاة الأمور بالفتن والحروب، ولم يهتم بالعلم وأهله.

ثانياً: شعور العلماء في هذا العهد بالنقص وعدم الثقة في نفوسهم وتحيبهم من الاجتهاد.

ثالثاً: تعصب العلماء لآثار مدارسهم وأئمتهم، مما دفع بهم على التمسك بتلك الآثار وبذل الجهد من أجل إبراز صحتها ولو بكثير من التعسف.

وقد ظلمت الشريعة حينما شاعت الفتاوى الباطلة ممن ليسوا أهلاً للإفتاء فتم الحكم بسد باب الاجتهاد في أواخر القرن الرابع الهجري.

وإذا كان الطابع المميز لهذا العهد هو التقليد، فقد برز - مع ذلك - علماء كبار نادوا بالاجتهاد المطلق، وخلفوا كنوزاً علمية عظيمة منهم: ابن تيمية، وابن القيم، والشوكاني^{٥٤}.

^{٥٤} عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص: ١٤٦ وما بعدها. / علي محمد جعفر، مرجع سابق، ص: ١٩١ وما بعدها. / عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص: ٩٥ وما بعدها.

المبحث الخامس: عهد النهضة الفقهية الحديثة^{٥٥}

يبدأ هذا العهد من أواخر القرن الثالث عشر الهجري إلى وقتنا الحالي، ومن مظاهر النهضة الفقهية

الحديثة ما يلي:

أولاً: تأليف الكتب بالاعتماد على مختلف المذاهب الفقهية، واعتماد الدراسات المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في المناهج الدراسية والرسائل الجامعية في كثير من الجامعات والكليات.

ثانياً: إنشاء مجمع الفقه الإسلامي^{٥٦}: أنشأته رابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة، ويهتم بدراسة المسائل الجديدة التي تهم المسلمين.

ثالثاً: إنشاء مجمع البحوث الإسلامية، وقد أنشئ في الأزهر الشريف بموجب القانون ١٠٣ لسنة ١٩٦١م، ومن اختصاصاته تقنين الفقه الإسلامي بجميع مذاهبه وإصدار بحوث فقهية متنوعة.

رابعاً: إنجاز مشاريع الموسوعات الفقهية مثل:

١. مشروع موسوعة الفقه الإسلامي بكلية الشريعة في جامعة دمشق.
٢. مشروع المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية بالقاهرة.
٣. مشروع جمعية الدراسات الإسلامية بالقاهرة.
٤. مشروع موسوعة الفقه الإسلامي الذي أعدته وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت.

^{٥٥} مناع القطان، مرجع سابق، ص: ٣٣٦ وما بعدها. / عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص: ١٥٢، ١٥٣، ١٥٤. د. علي محمد جعفر، مرجع سابق، ص: ١٠٣ - ١٠٤. / د. محمد عبد الجواد محمد، بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩١م، ص: ٢٢ وما بعدها.

^{٥٦} ومن دعا إلى إنشاء مجمع فقهي إسلامي الشيخ مصطفى الزرقا، وذلك في مؤتمر رابطة العالم الإسلامي المنعقد في مكة المكرمة عام ١٣٨٤هـ، حيث يقول: (إذا أريد إعادة الحيوية لفقه الشريعة بالاجتهاد الواجب استمراره شرعاً والذي هو السبيل الوحيد لمواجهة المشكلات الزمنية الكثيرة بحلول شرعية حكيمة عميقة البحث متينة الدليل بعيدة عن الشبهات والريب والمطاعن، وتحزم آراء العقول الجامدة والجاحدة على السواء، فالوسيلة الوحيدة هي اللجوء لاجتهاد الجماعة بديلاً من الاجتهاد الفردي.

وطريقة ذلك تأسيس مجمع للفقه يضم أشهر فقهاء العالم الإسلامي ممن جمعوا بين العلم الشرعي والاستنارة الزمنية وصلاح السيرة والتقوى، ويضم إلى هؤلاء علماء مؤتوفين في دينهم من مختلف الاختصاصات الزمنية اللازمة في شؤون الاقتصاد والاجتماع والقانون والطب ونحو ذلك ليكونوا بمثابة خبراء يعتمد الفقهاء رأيهم في الاختصاصات الفنية.) . نقلاً عن: مناع القطان، مرجع سابق، ص: ٣٣٩.

خامسا: عقد ملتقيات لدراسة ومناقشة قضايا متنوعة، مثل ملتقيات الفكر الإسلامي التي تعقد سنويا في الجزائر.^{٥٧}

سادسا: تقنين الفقه الإسلامي، فقد ظهرت الحاجة إلى ضرورة صياغة الفقه الإسلامي في مواد محددة لتسهيل العثور على لحكم المراد، ففي أواخر القرن الثالث عشر الهجري قامت الخلافة العثمانية بتشكيل لجنة من العلماء لتقنين أحكام المعاملات اعتمادا على الفقه الحنفي، وشرعت تلك اللجنة في عملها سنة ١٢٨٥هـ - ١٢٦٩م، وانتهت منه سنة ١٢٩٣هـ - ١٢٧٦م، وسمي ذلك التقنين (مجلة الأحكام العدلية)^{٥٨}، ثم أصدرت الدولة العثمانية (قانون العائلة) سنة ١٣٣٦هـ - ١٩١٧م، ثم صدرت عدة قوانين تقنيننا للفقه الإسلامي، منها ما يلي:

أولا: في مصر

أ- قوانين الأحوال الشخصية:

١. قانون متضمن لبعض مسائل النفقة والعدة والمفقود... رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠م.
٢. قانون متضمن لبعض أحكام الطلاق ودعاوى النسب والمهر والنفقة... رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩م.
٣. قانون الميراث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣م.
٤. قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م.
٥. قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦م.
٦. قانون الولاية على المال رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢م.

ب- واعد المرحوم محمد قدرى باشا مشروعات قوانين منها:

١. كتاب مرشد الخيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية.

^{٥٧} آخر ملتقى هو الملتقى الرابع والعشرون، من ١١ - ١٥ جمادى الأولى ١٤١١هـ الموافق ٢٨ نوفمبر - ٢ ديسمبر ١٩٩٠م. في الجزائر العاصمة، وكان موضوعه: " الاقتصاد الإسلامي وتحقيق التنمية الشاملة."

^{٥٨} عدد موادها ١٨٥١ مادة، وقد صدر الأمر الذي يقضي بالعمل بما بتاريخ ٢٦ شعبان ١٢٩٣هـ.

٢. كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية.
٣. قانون العدل والإنصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف.
- ج- واعد الأزهر الشريف:
١. أربع مجموعات في المعاملات المدنية من فقه المذاهب الأربعة.
٢. مشروع قانون الحدود الشرعية.
- د- كما أعدت اللجان الفنية التي شكلها د. صوفي أبو طالب (رئيس مجلس الشعب المصري الأسبق)
المشروعات التالية:

١. مشروع قانون المعاملات المدنية (١٠٤٤ مادة).
٢. مشروع قانون الإثبات (١٨٢ مادة).
٣. مشروع قانون التقاضي (٥١٢ مادة).
٤. مشروع قانون العقوبات (٦٣٥).
٥. مشروع قانون التجارة (٧٧٦ مادة).
٦. مشروع قانون التجارة البحري (٤٤٣ مادة).

ثانيا: في السودان: صدرت قوانين منها:

١. قانون العقوبات.
٢. قانون الإجراءات الجنائية.
٣. قانون الإجراءات المدنية.
٤. قانون الإثبات.

ثالثاً: في الجمهورية العربية اليمنية: صدرت عدة قوانين منها:

١. القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٩م الخاص بالإثبات الشرعي.
٢. الكتاب الأول والكتاب الثاني من القانون المدني رقم ١٠ لسنة ١٩٧٩م، ورقم ١١ لسنة ١٩٧٩م.
٣. القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٨١م الخاص بالمرافعات.

رابعاً: صدور عدة قوانين في الأحوال الشخصية^{٥٩} منها:

١. قانون حقوق العائلة الأردني رقم ٩٢ لسنة ١٩٥١م.
٢. قانون الأحوال الشخصية السوري رقم ٥٩ لسنة ١٩٥٣م.
٣. مجلة الأحوال الشخصية التونسية الصادرة بتاريخ ١٣ / ٠٨ / ١٩٥٦ م.
٤. مدونة الأحوال الشخصية المغربية الصادرة بتاريخ ٠٦ / ١٢ / ١٩٥٧ م.
٥. قانون الأحوال العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م.
٦. قانون الأسرة الجزائري رقم ١١ - ٨٤ الصادر بتاريخ ٠٩ / ٠٦ / ١٩٨٤م.

^{٥٩} هناك بعض المواد التي تخالف الشريعة الإسلامية، منها: ما نجده في الفصل الثامن من مجلة الأحوال الشخصية التونسية التي تجيز التبني بشروط معينة، وفي الفصل الثامن عشر الذي يمنع من تعدد الزوجات.

الفصل الخامس

دراسة بعض النظم القانونية في الفقه الإسلامي

المبحث الأول

المال وأقسامه

المال ضروري من ضرورات الحياة التي لا غنى للإنسان عنها، وقد ورد ذكره في القرآن الكريم في أكثر من تسعين آية ، وفي السنة النبوية في أحاديث كثيرة وأخبر الله أنه أحد أمرين هما زينة الحياة الدنيا فقال تعالى: " المال والبنون زينة الحياة الدنيا " غير ان الشارع لم يحدد له معنى خاص كما حدد معنى للصلاة والزكاة والربا والنكاح ، بل تركه لما يتعارفه الناس .

تعريف المال: هو كل ما يمكن حيازته والانتفاع به على وجه معتاد . كالدور والسيارات والنقود والثياب أما ضوء الشمس ونور القمر فلا يعد مالا وإن كنا ننتفع به لأنه لا يمكن حيازته.

الحقوق^{٦٠} والمنافع : الأشياء التي ينتفع بها الانسان ثلاثة :

- ١- أعيان : وهي الاشياء المادية التي لها مادة وجرم .
- ٢- منافع : هي الفائدة المقصودة من الأعيان ، كسكنى الدار ، وركوب السيارة ، ولبس الثوب .
- ٣- حقوق : وهي كل مصلحة تثبت للإنسان باعتبار الشارع ، وهي قد تكون متعلقة بمال كحق الشرب والمرور والتعلي ، وقد لا تكون متعلقة بمال كحق الحضانة للأم على الصغير ، وحق الزوج على زوجته مثلاً.

هل تعد الحقوق مالا كحق الشرب وسكنى الدار واستعمال السيارة وغيرها؟

^{٦٠} الحق في اللغة : يراد به الثبوت والوجوب ومنه قوله تعالى: " لقد حق القول على أكثرهم فهم لا يؤمنون " ويطلق ويراد به الأمر الثابت الموجود ومنه قوله تعالى : " . . قد وجدنا ما وعدنا ربنا حقاً، فهل وجدتم ما وعدكم ربكم حقاً ؟ قالوا نعم " . وفي استعمال الفقهاء يراد بالحق: كل مصلحة مختصة بصاحبها بإقرار الشارع واعترافه سواء أكانت تلك المصلحة متعلقة بالمال كحق الملكية وحق النفقة أم متصلة بالنفس كحق الحضانة أم متعلقة بالنظام وشؤون الجماعة كالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، أم متعلقة بالمحافظة على الدين ونشره كالجهاد. أنظر: المدخل للفقه الاسلامي للأستاذ محمد سلام مذكور ، ص ٤١١. والمدخل لدراسة الفقه الاسلامي ، محمد مصطفى شليبي . ص ١٦٥ .

الحقوق المتعلقة بالمال تعتبر مالا عند أغلب الفقهاء ولا تعد مالا عند الحنفية ، أما الحقوق التي لا علاقة لها بالمال كالحضانة لا تعتبر مالا بالاتفاق .

واستدل الأحناف على عدم مالية المنافع بأن المال ما يمكن احرازه حيازته وادخاره لوقت الحاجة ، والمنافع لا تقبل الحيازة والادخار لأنها أعراض تحدث وقت بعد وقت فهي قبل أن تحدث معدومة والمعدوم ليس بمال، وبعد حدوثها لا يمكن احرازها وما لا يمكن احرازه لا يسمى مالا.

واحتج غير الحنفية بأن المال مخلوق لصالح الآدمي ، والمنافع كذلك وبأن الأعيان إنما تصير مالا باعتبار الانتفاع بها. كما وأن الشارع أجاز أن تكون المنافع مهرا ، والمهر لا يكون إلا مالا بدليل قوله تعالى: "وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين".

ثمرة الخلاف تظهر في مسائل منها: إذا استأجر شخص دارا مدة معينة ، ثم مات قبل انتهاء مدة الاجارة ، فعند الحنفية ينتهي العقد بموت المستأجر، لأن المنفعة ليست مالا حتى تورث ، وغير الحنفية يقولون : إن الورثة يحلون محل مورثهم حتى تنتهي مدة الاجارة.

أقسام المال : يقسم باعتبار حماية الشارع له إلى :

أولاً: المال المتقوم : هو ما صار في حيازة الانسان وجاز الانتفاع به شرعا في حالة السعة والاختيار^{٦١} . كالدور والسيارات والنقود والثياب والكتب ونحوها. وما ليس في حيازة الانسان لا يعد مالا متقوما كالطير في السماء والسماك في الماء وكذلك ما كان في حيازة الانسان ولا يباح له الانتفاع به شرعا لا يعد مالا متقوما كالخمر بالنسبة للمسلم ، أما لغير المسلم فيعتبر مالا متقوما لنهينا عن التعرض له .

ثانياً: المال غير المتقوم : هم ما لم يتوافر فيه الأمران : الحيازة وجواز الانتفاع به في حالة السعة والاختيار أو لم يتوافر فيه أحد الأمرين كالخمر في حق المسلم.

^{٦١} المقصود بما الأحوال العادية التي لا ضرورة فيها ولا اضطرار فالخمر يجوز الانتفاع بها في حالة الضرورة كمن أشرف على الهلاك عطشا جاز له شرب الخمر . وكذا يجوز أكل الميتة عند الاضطرار .

ما يترتب على قسمة المال إلى متقوم وغير متقوم :

١ - من أتلّف مال الغير وجب عليه الضمان ، مثلي إن كان مثليا أو قيمة إن كان قيميا لأن الشارع منحه حماية وحرمة.

أما غير المتقوم فلا ضمان عليه كمن أتلّف حيوان في الصحراء غير مملوك أو سمكة في الماء . وكذا لو أتلّف مسلم لمسلم خمرًا فلا ضمان لأن الخمر غير متقوم في حق المسلم ، أما لو أتلّفها لذمي ففيها الضمان لأن الخمر متقومة في حق الذمي .

٢ - المال المتقوم تصح فيه التصرفات من بيع وإجارة ورهن وغير المتقوم لا يصح فيه شيء من ذلك فلو باع مسلم خمرًا لم يصح البيع^{٦٢} لكن لو باعها ذمي إلى ذمي صح البيع لتقومها في حقهما .

أقسام المال من حيث استقراره وعدم تحوله يقسم إلى :

العقار: ما لا يمكن نقله بحال من الأحوال مثل الأرض والابنية والأشجار قبل قطعها.

المنقول : ما يمكن نقله وتحويله من مكان إلى مكان سواء تغيرت هيأته عند النقل أو لم تتغير كالسلع والبضائع والحيوانات والسيارات.

ما يترتب على تقسيم المال إلى عقار ومنقول :

١ - الشفعة تجري في العقار دون المنقول .

٢ - يجوز للوصي على الصغار أن يبيع ما يملكون من منقول حسب ما يراه من وجوه المصلحة ، وليس له أن يبيع عقارهم إلا بمسوغ شرعي كبيعته إيفاء للدين .

٣ - عند بيع أموال المدين وفاء لدينه يبدأ بالمنقول أولاً فإن لم يف ببيع عقاره.

^{٦٢} الخمر في القانون المدني العراقي مال متقوم يصح التصرف فيه وهذا خلاف الحكم المقرر في الفقه الاسلامي .

٤ - بيع العقار في بعض القوانين لا ينعقد مطلقا إلا إذا سجل في الدائرة المختصة بخلاف بيع المنقول لا يشترط فيه الشكلية ما لم يكن مالا نفيسا كالباخرة والطائرة والسيارة .

٥ - الوقف غالبا يكون في العقار لدوامه واستقراره .

أقسام المال بالنظر إلى تماثل أجزائه وآحاده إلى :

المال المثلي : هو ما يوجد له مثل ونظير في الأسواق بلا تفاوت يعتد به في أجزائه، أو هو ما تماثلت آحاده أو أجزاؤه ، بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض دون فرق يعتد به كالحبوب والنقود والأدهان . وهو في العادة إما مكمل كالقمح والشعير ، أو موزون كالمعادن من ذهب وفضة وحديد ، أو مذكوع كالمنسوجات أو معدود كالنقود المتماثلة والبيض والجوز.

المال القيمي : هو ما ليس له نظير مثيل في الأسواق ، كالتحف النادرة ، أو يوجد له نظير لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة ، وسمي قيميا نسبة إلى القيمة التي يتفاوت بها كل فرد منه عن سواه بحيث يتميز كل فرد منها بمزايا لا توجد في غيره حتى أصبح له قيمة خاصة به. أو هو ما تفاوتت أفرادها ، فلا يقوم بعضها مقام بعض بلا فرق كاللدور والأراضي والأشجار وأفراد الحيوان والمفروشات والمخطوطات والحلي ونحوها .

ما يترتب على هذا التقسيم :

١ - الواجب في اتلاف المثليات هو ضمان المثل، لأنه البديل المعادل ، بخلاف القيميات فإنها تضمن بالقيمة ، إذ لا مثل لها ^{٦٣}.

٢ - المال المثلي يصح كونه دينا في الذمة إذا عينت أوصافه فيؤدى بمثله، بخلاف القيمي فإنه لا يثبت دينا في الذمة فأداؤه يكون بعينه .

^{٦٣} الدليل على وجوب الضمان مارواه الترمذي وصححه عن انس قال : أهدت بعض أزواج النبي (ص) إليه طعاما في قصعة فضرت عائشة القصعة بيدها فألقت ما فيها . فقال النبي (ص) : " طعام بطعام وإناء بإناء " .

المبحث الثاني الملك أو الملكية

الملك : اختصاص بالشيء يمكن صاحبه شرعا من الانفراد بالانتفاع به والتصرف فيه عند عدم المانع الشرعي.

فإذا حاز الانسان مالا وكان له الانتفاع به شرعا أصبح هو المالك والمال مملوكا له، وظهرت بينهما علاقة اعتبارية يقرها الشارع ويرتب عليها آثارها، وهذه العلاقة هي الملك والتي من آثارها تمكين المالك دون غيره من الانتفاع بالمملوك والتصرف فيه بأنواع التصرفات. وعلى هذا فالقيم على المجنون والوصي على السفیه والصغير لا يعدان مالکین للمال لمن تحت ولايتهما .

ما يقبل الملك من الأموال وما لا يقبله:

١- نوع لا يقبل التملك ولا التملك مثل الأشياء المخصصة للمنافع العامة كالطرق العامة والأنهار والجسور والمتاحف والحدائق العامة وغيرها. لا تقبل التملك الفردي لمنافاة ذلك لما خصصت له. فإذا ما زالت صفتها المخصصة لها أمكن عند ذلك تملكها ملكية فردية كما لو استغنى عن الطريق العام بإنشاء غيره فالطريق الاول المهجور يقبل عند ذاك التملك .

٢- نوع لا يقبل التملك الا مسوغ شرعي كالأعيان الموقوفة فالوقف لا يصح بيعه إلا إذا تخدم وأصبحت نفقاته أكثر من غلاته مثلا .

٣- نوع يصح تملكه وتملكه وهو ما عدا هذين النوعين.

أنواع الملك :

الملك نوعان : ملك تام ، وملك ناقص .

الملك الناقص : هو ملك العين فقط (أي رقبته) أو ملك منفعتها فقط .

ففي دار مؤجرة لمدة معينة مالك الدار يملك الرقبة العين فقط ، والمستاجر يملك المنفعة وحدها خلال مدة الإيجار. فتكون ملكية كل واحد منهما ناقصة وكذلك بالنسبة للمعير والمستعير خلال مدة الاعارة .

أسباب ملك المنفعة : ملك المنفعة يستفاد بأحد الأسباب الآتية:

١- **الإجارة :** هي تملك المنفعة بعوض ، فالمستاجر يملك منفعة المأجور وله أن يستفيد بالعين المستأجرة بنفسه أو يملكها لغيره بعوض أو بغير عوض .

٢- **الإعارة :** هي تبرع بالمنفعة بدون عوض ، تملك المنفعة للمستعير عن طريق الاعارة .

٣- **الوقف والوصية^{٦٤} :** كلاهما يفيد ملك المنفعة ، فللموقوف عليه أو الموصى له أن يستوفي المنفعة بنفسه وأن يملكها لغيره .

أحكام هذا النوع من الملك :

١- **قبوله التقييد :** فيقيد بالزمان والمكان والصفة ، فلمستعير السيارة أن يقيد المستعير بالانتفاع بها مدة أسبوع فقط أو أن يستعملها للركوب فقط دون نقل الأثاث ، أو أن يستعملها في بغداد فقط أو نهارا ، وللموصي بمنفعة أرضه لشخص أن يقيد الموصى له بزراعتها قمحا فقط أو بعدم تملك منفعتها لغيره .

٢- **عدم جريان الإرث على هذا النوع من الملك ،** فلا ينتقل ملك المنفعة أو حق الانتفاع إلى الغير عن طريق الإرث عند الحنفية لأن الإرث يجري فيما كان يملكه المورث ويبقى بعد وفاته وليست المنافع كذلك فهي تحدث آنا بعد آن فما كان مملوكا منها في حياته يفتى بعد وفاته فما وجد منها بعد وفاته لم يكن مملوكا في حياته فلا يتصور في الميراث^{٦٥} وعند غيرهم تورث لأن المنافع عندهم هي أموال مملوكة للمورث فتورث عنه.

^{٦٤} الوقف هو حبس العين عن تملكها لأحد من العباد وصرف منفعتها إلى من اراد الواقف . والوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت.

^{٦٥} استثنى الاحناف حقوق المرور والشرب والمسيل والتعالي فإنها تورث .

٣- تسليم العين إلى مالك المنفعة ليتم استيفاء المنفعة منها ويجب الحفاظ عليها دون إهمال أو تقصير ولا ضمان عليه إن تلفت بخلاف ما لو حصل إهمال وتقصير في المحافظة عليها فإنه يضمن .

٤- نفقات العين تكون على مالك المنفعة إذا كان الانتفاع على وجه الإعارة والوصية بدون عوض ، أما إذا كان الانتفاع بعوض بالاجارة فإن نفقة العين تكون على مالك العين فنفقة السيارة تكون على مالكة لا على مستأجرها وعلى المستعير لا على المالك في حالة الإعارة .

٥- رد العين إلى مالكة بعد انتهاء حق الانتفاع إلا إذا ترتب على الرد ضرر بالمنتفع فبقى عند المنتفع بأجر المثل لحين زوال الضرر كمن استأجر أرضا للزراعة وانتهى الاجل والزرع لم يحن وقت حصاده تبقى الارض عند المستأجر بأجر المثل حتى يحصد الزرع.

انتهاء حق الانتفاع الشخصي :

ينتهي ملك المنفعة الشخصية بأحد الأمور التالية :

أولاً : بوفاة المنتفع ، وهذا عند الحنفية وعند غيرهم يحل محله ورثته حتى تنتهي مدة الانتفاع.

ثانياً: وفاة مالك العين ، إذا كان مالك المنفعة بطريق الاجارة أو الاعارة أما في الوصية فلا يبدأ ملك المنفعة إلا بعد موت الموصي وقبول الموصى له الوصية أو عدم رده لها ، وفي الوقف لا اثر لموت الواقف على ملك الموقوف عليه المنفعة.

ثالثاً: انتهاء مدة الانتفاع ، سواء كان سبب حق الانتفاع اجارة أو اعارة أو وصية أو وقف كما لو أوصى شخص لآخر بسكنى داره ثلاث سنوات ثم انتهت المدة فليس له الاستمرار في سكنها.

رابعاً: اذا هلكت العين المنتفع بها او تعييت بعيب يتعذر معه الانتفاع بها، كما لو تهدمت الدار المستأجرة وفي الوصية اذا هلك الموصى به بلا تعد او تقصير من الغير انتهى حق الانتفاع . أما إذا كان

الهلاك بتعد أو تقصير فان حق الانتفاع لا ينتهي ، بل يكلف المعتدي بقيمتها ثم يشتري بها عين أخرى
تحل محل العين الهالكة لينتفع بها الموصى له المدة الباقية .

حق الانتفاع العيني :

هو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار اخر دون النظر الى مالكه . وتسمى بحقوق الارتفاق^{٦٦} كحق المرور
وحق المسيل .

انواع حقوق الانتفاع العيني:

اولا: حق الشرب : المقصود حق شرب الانسان والدواب من الماء وللاستغلال المنزلي على وجه العموم
. ويشمل نوعين من الحقوق :

أولاً: سقي الزروع والاشجار وشرب الانسان والحيوان والمياه بالنسبة لهذا الحق تقسم الى ثلاثة اقسام:

١ - مياه المجاري العامة كالانهار العظيمة وما ينشئ منها من مشاريع تشقها الدولة للنفع العام كالترع
والجداول .

فحق الشرب للانسان وحيواناته وكذا سقي المزروعات مباشرة او بواسطة نصب المضخات عليها ولا
يقيّد حق الناس في هذه المياه سوى أن لا يضر بالآخرين بأن ينصب مضخة تسحب أكثر مياه الجداول
فللغير منعه ان فعل ، لأن الناس شركاء في ثلاثة كما جاء في الحديث الشريف ومنها الماء .

٢ - ماء المجاري والعيون والترع والابار التي انشأها صاحب الارض في أرضه ، فرقة المجرى أي مكان الماء
مملوكة لصاحب الارض أما الماء فهو مباح اباحة خاصة تثبت بها حق الشفعة للجميع دون حق الشرب
- سقي اراضيهم ومزارعهم.

^{٦٦} الارتفاق بالشئ لغة الانتفاع به.

وسبب ثبوت حق الشفعة دون حق الشرب هو ان الناس في حاجة دائمة الى ماء يشربون منه هم ودوابهم ويستعملونه في حوائجهم البيئية فلا يحال بينهم وبينه ، فللغير حق فيه دون أن يكون لصاحب العين المملوكة منعه وللممنوع أن يأخذه ولو بالقوة فمانعه باغ ظالم^{٦٧}. أما سقي زروعهم وأرضهم منه فلا حق لهم فيه لأن في ذلك ضررا بليغا على صاحب الجدول او البئر قد يترتب عليه ان لا يجد ما يسقي هو به زرعه.

٣- الماء المحرز في الاواني والصهاريج والحياض فهذا النوع ملك لمن أحرزه لا يثبت للغير حق الشرب والشفعة إلا اذا كان في الانسان حاجة للماء لدفع هلاك العطش فله اخذ كفايته ولو بالقوة على ان يضمن لصاحب الماء قيمته في حال كان الماء فائضا عن حاجة صاحب الماء .

أما اذا لم يكن الماء زائدا عن الحاجة فليس للغير اخذه بالقوة والاكراه لأنه لا يجوز للانسان ان يدفع الهلاك عن نفسه باهلاك غيره.

ثانيا: حق المجرى : وهو حق اجراء الماء في ارض الغير لايصاله الى الارض المراد سقيها. فهو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار اخر باجراء الماء في الاول لسقي العقار الثاني البعيد عن المجرى العام. والمجرى قد يكون ملكا لصاحب الارض التي يخترقها وقد يكون ملكا لصاحب الارض الذي ينتفع به وقد يكون مشتركا بين الاثنين .

فلا يجوز لمن يمر هذا المجرى في ارضه ان يمنع صاحب حق المجرى من امرار الماء فيه واصلاحه وتعميقه وتعهدده بين الحين والحين ، كما ان لصاحب المجرى ان يمنع أي ضرر عن الارض التي يمر فيها، فيقوي جوانب المجرى حتى لا ينز ماؤه او يطفح ويعمق ارض المجرى ويقلل من جريان الماء لدفع الضرر عن الارض التي يمر فيها المجرى.

^{٦٧} يذكر في هذا الباب اثر عن عمر بن الخطاب خلاصته أنه اباح لمن منعهم سقي دوابهم من بئر لهم ان يدافعوا اصحاب البئر وياخذوا حاجتهم من الماء ولو بالقوة . انظر الخراج، لأبي يوسف ص ٥٥ ، والبدائع ، ج ٦ ص ١٨٩ .

ثالثا: حق المسيل : حق صرف الماء الزائد عن الحاجة او غير الصالح بارساله في مجرى على سطح الارض او في انابيب حتى يصل الى مستودعه ومستقره. والفرق بينه وبين المجرى أن المجرى لجلب الماء الصالح لأجل الانتفاع والمسيل لصرف الزائد عن الحاجة سواء كان صالحا كما في مصارف الارض الزراعية ومياه الامطار الساقطة على المنازل أو غير صالحة كما في الماء المستعمل في المنازل . ومصدر هذا الماء قد يكون ارضا زراعية أو دارا أو مقهى أو مصنعا أو أي عقار اخر ، وهذا المجرى الذي تصرف فيه هذه المياه ، قد يكون ملكا للمنتفع به وقد يكون مملوكا للذي يمر المسيل في ارضه. وهذا العقار يبقى ثابتا للعقار المنتفع به وإن غيره صاحبه كأن كان العقار دارا فجعلها بستانا أو مصنعا وليس لمن يمر المسيل في ارضه أن يمانع في ذلك أو يعارضه إلا إذا كان فيه ضرر بليغ لا يمكن تلافيه فله منعه. فننقات اصلاح المجرى الذي تمر فيه هذه المياه على المنتفع به دون غيره لأن كما في حق المجرى لان الغرم بالغنم .

رابعا: حق المرور : حق الانسان في الوصول الى ملكه بالمرور في طريق عام أو طريق خاص. فالمرور في الطريق العام حق ثابت لجميع الناس بشرط عدم الاضرار بالغير. ولمن كان عقاره واقعا في الطريق العام حق اخر وهو حق الارتفاق أي الانتفاع به بفتح الابواب والنوافذ عليه ولا يجوز التضيق على الغير كانشاء بناء او اقامة حاجز أو دكة أو شرفة واطئة أما إذا لم يكن في الاحداث ضرر ولا تعويق للمرور فيه فإنه يجوز بشرط إذن ولي الامر .

أما المرور في الطريق الخاص فهو يثبت لشخص واحد او أكثر وقد يكون الطريق مملوكا لصاحب الارض التي يخترقها أو يكون مملوكا لصاحب حق المرور فيه ولكنه يقع في ملك غيره. وليس لاصحابه سده أو إنشاء باب على منفذه لأن حق العامة تعلق به بالتجائهم إليه عند الإزدحام في الطريق العام.

خامسا: حق التعلي : هو أن يكون لشخص الحق في أن يعلو بناؤه بناء غيره بأن يقيمه عليه فعلا كالشقق في العمارات فكل طابق من العمارة مملوكة لشخص ولما كان حق كل من صاحب العلو والسفل متعلقا بملك الآخر فليس لواحد منهما أن يتصرف في ملكه تصرفا مضرا بصاحبه كأن يهدمه أو يفتح فيه فتحات تسبب له الضعف والخلل فيتعرض للانحيار .

سادسا: حق الجوار: يراد به الجوار الجانبي فلا يحق لصاحب الدار التصرف في ملكه بما يعود بالضرر على جاره لقول النبي (ص) : " لا ضرر ولا ضرار " . ولوردود الحث من الآيات الكريمة والأحاديث النبوية على الوصية بالجار خيرا قال تعالى : " واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئا وبالوالدين احسانا وبذي القربى واليتامى والمساكين والجار ذي القربى والجار الجنب... " وقول النبي (ص) : " ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه " . فلا يجوز لصاحب الدار أن يقيم في داره مصنعا أو طاحونة تضعف البناء أو يفتح شبابيك تنكشف على دار جاره أو يقيم جدارا عاليا يمنع فيها ضوء الشمس فإن فعل ذلك أجبر على تركه وتغييره ومنعه من فعل ذلك وتغييره إن حصل تلف أو ضرر بدار جاره.

وحقوق الارتفاق ليست بمفردها مالا عند الحنفية ، لأنها أمور لا يمكن حوزها وادخارها ، ولذلك قالوا بعدم جواز بيعها وإيجارها وهبتها استقلالاً ، ولكنهم يعتبرونها حقوقا مالية لتعلقها بأعيان مالية ، ومن هنا أجازوا بيعها تبعا للعقار الذي ثبتت لمنفعته .

أما جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة فقد اعتبروها من قبيل الأموال ، وأجازوا - في الجملة - بيعها وهبتها استقلالاً .

ولا خلاف بين الفقهاء في أن هذه الحقوق لا تسقط بموت صاحب الحق ، بل تنتقل إلى ورثته تبعا للعقار الذي ثبتت لمصلحته ، لأنه حقوق مالية ، فيها معنى المال ، وهي متعلقة بأعيان مالية ، ولهذا فلا تأثير للموت عليها ، سواء قيل إنها أموال ذاتها أو حقوق متعلقة بأعيان مالية.

أسباب ثبوت ملكية حقوق الارتفاق :

أولاً: الشركة العامة : فالجميع يشترك بالمنافع العامة كالطرق العامة والأنهار الكبيرة فالدار الواقعة على طريق عام لها حق ارتفاق عليه هو حق المرور فيه اليها، والأرض الزراعية الواقعة على نهر عام لها حق ارتفاق عليه هو حق الشرب واجراء الماء لسقي زرعها .

ثانياً: اشتراطها في عقد المعاوضة : كما لو باع شخص قطعة ارض له لآخر واشترط عليه أن يكون عليها حق مرور أو حق مجرى أو حق مسيل لقطعة اخرى مملوكة له.

ثالثاً: التقادم : بأن يكون لعقار حق ارتفاق على عقار اخر منذ زمن قدسم دون معارضة من احد ودون أن يعرف سبب نشوء هذا الحق فنحكم ببقا هذا الحق رعاية لقدمه، لأن القدم وإن كان بمجرد لا ينشئ حقاً لكنه أمانة على ثبوت الحق .

الملك التام : هو ملك رقبة الشيء ومنفعته معا كمن يسكن في داره المملوكة له.

خصائص الملك التام :

أولاً: غير مقيد بزمن معين ، فهو حق دائم يبقى قائماً ما دام الشيء المملوك قائماً ولا ينتهي إلا بانعدامه أو باخراجه من ملكية صاحبه بسبب ناقل للملكية أو بوفاة مالكة فينتقل للورثة.

ثانياً: حق التصرف والاستغلال والانتفاع به من قبل صاحبه مباشرة أو الانتفاع به بطريق غير مباشرة كالإيجار أو البيع أو الرهن أو الوصية وغيرها من التصرفات.

ثالثاً: لا ضمان على مالك العين المملوكة له إذا تلفت بسببه لأن الضمان يستحقه المالك، والإنسان لا يكون مدينا لنفسه فلا يجب عليه الضمان لأن ايجابه في هذه الحالة عبث والأحكام لا تشرع للعبث . لكن قد يترتب على اتلافه بعض الأحكام كالتعزير إذا كان ما أتلفه ذا روح ، والحجر عليه في تصرفه الضار بماله .

طبيعة حق الملكية : تعترف الشريعة الاسلامية بحق الملكية الفردية وتحترمه وتقرر لحفظه وسائل كثيرة ، فتمنع من التعدي والتجاوز على أموال الغير وتعتبره من الكبائر الموجبة لسخط الله وغضبه ، كما تقرر حرية الشخص في التصرف بماله دون تدخل الغير فيه ، إلا ان هذا الحق ليس مطلقا بل يخضع لقيود وضوابط وضعها الشارع الكريم في سبيل تحقيق الخير والنفع للمالك نفسه من جهة وللجماعة من جهة أخرى فالمالك اشبه ما يكون بالوكيل فيه فيتصرف فيه على النحو الذي يأمره به مالكة الحقيقي الذي هو الله تعالى قال تعالى: " وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه " . كما أن الشريعة كرهت تكديس الأموال بأيدي قليلة وعدم تداولها بين الناس لما يترتب على ذلك من مفساد ومضار لهذا قسم النبي (ص) ما افاء الله عليه من اموال بني النضير على المهاجرين الفقراء دون الأنصار تحقيقا لقول الله تعالى: " ما افاء الله على رسوله من اهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كي لا يكون دولة بين الأغنياء منكم... " . كما ان في تحديد انصبة الورثة تفتيتا للثروة ومنعا من تكديسها بيد واحدة .

ومن مظاهر الحفاظ على المال وحمايته من أن يصرف في الأوجه الضارة وجه القران الكريم إلى الحجر على السفه الذي لا يحسن الحفاظ على ماله ولا يحسن استثماره فقال تعالى: " ولا تؤولوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما.." فينبغي أن يعين عليها قيم ووكيل ليحسن استثمارها بعد ان عجز مالكةا من التصرف فيها على الوجه الشرعي فلو كانت الملكية حقا مطلقا للمالك يتصرف فيه كما يشاء لما وضع الحجر على السفه ومنع من التصرف في ماله.

وقد بينت الشريعة الاسلامية أسباب ثبوت الملك وهي العمل المشروع بصوره العديدة ومنها الصيد واستخراج المعادن من الأرض والتصرفات الناقلة للملكية وما عدا ذلك لا تعترف به الشريعة ولا تعتبره سببا من الاسباب الشرعية لاكتساب الملكية كالسرقة والقمار وابتزاز اموال الناس بالباطل كالظلم والربا

والرشوة والاحتكار وغيرها، ومع احترام الشريعة لملك الانسان إلا انها تبيح نزع الملكية ولو جبرا عن صاحبها تحقيقا للنفع العام أو دفعا للضرر بعد دفع تعويض عادل للمالك. كتوسيع طريق أو نهر أو مسجد وبيع مال المدين وفاء لدينه إذا ماطل بالفداء مع القدرة على الايفاء . واجبار المحتكر على بيع ما عنده بقيمة المثل إذا كان في الناس حاجة.

مما سبق يتضح بأن الشريعة هدفت من وراء ذلك كله تحقيق الخير والنفع للمالك نفسه وللجماعة وإقامة مجتمع فاضل خالي من الحسد والتقاطع وإضرار البعض ببعض الآخر.

أسباب الملك التام

أولاً: الاستيلاء على المال المباح .

ثانياً: العقود الناقلة للملكية كالبيع ونحوه.

ثالثاً: الميراث.

رابعاً : الشفعة .

وهذه الاسباب منها ما يكون اختياري ينشأ باختيار الشخص وارادته وتشمل الاستيلاء على المال المباح والعقود الناقلة للملكية والشفعة اذا طلبها صاحب الحق فيها.

أما الاسباب الجبرية فهي تتحقق بجعل من الشارع لا دخل لارادة الشخص فيها وهي الميراث .

أولاً: الاستيلاء على الاموال المباحة : يقصد به حيازة الشيء المباح ووضع اليد عليه. وهو سبب

فعلي لا سبب قولي ومختص بالاموال المباحة وهي جميع ما خلق الله لعباده من مخلوقات كالحوانات في

الفلاة والاسماك في المياه والطيور في الهواء والاشجار والأرض الموات التي لا يملكها شخص .

فكل هذه المخلوقات يشترك الناس فيها شركة اباحة لا شركة ملك ولا تملك الا بالاحراز ووضع اليد

عليها فلا تنتقل للغير الا بسبب ناقل للملكية .

ثانياً: العقود الناقلة للملكية : وهي كثيرة منها البيع والوصية بالاعيان ونحوه. وهذا النوع من اسباب الملكية يجري في الاموال المتقومة فلا يكون في الاموال المباحة مثلاً ولا فيما لا يجوز الانتفاع به. فالمال المباح لا يباع ولا يوهب لانه ليس بمملوك للبائع ولا للواهب. والخمر لا ترد عليها هذه العقود الناقلة للملكية بين المسلمين أما بين الذميين (أي غير المسلمين) فتنتقل ملكية الخمر من شخص لآخر.

ثالثاً: الميراث : هي خلافة جبرية بحكم الشارع لا دخل فيها لارادة الانسان . فتثبت خلافة الوارث للمورث في المال الموروث فيما يملكه من أموال وحقوق ماله لحظة وفاته فتنتقل تركة الميت إلى ورثته الشرعيين بنسبة سهامهم المقدرة شرعا دون إيجاب أو قبول سواء كانت تركة الميت منقولا أو عقارات. وتكون ملكية الوارث لهذه التركة بعد سداد ما عليه من ديون وبعد تنفيذ وصايا الميت في حدود ثلث التركة وفيما زاد على الثلث إذا أجازته الورثة. فإن لم يكن للميت وارث وضعت التركة في بيت المال ، أما على اعتبار أنها إرث أو على اعتبار أنها مال لا مالك له.

رابعاً: الشفعة : هي حق تملك العقار المبيع من مشتريه ولو جبراً عليه بالثمن الذي اشتراه مع المصاريف.

مثال: لو باع انسان داره إلى غير جاره فإن للجار أن يملك المبيع من مشتريه ولو بدون رضاه بالثمن الذي اشتراه به مضافاً إليه نفقات الشراء كأجور الدلالية ورسوم التسجيل. وقد سمي الفقهاء هذا النوع من التملك بحق الشفعة وصاحبه بالشفيع والعقار الذي بسببه صار شفيعاً بالمشفوع به والعقار المبيع بالمشفوع فيه.

وثبتت مشروعية الشفعة بالسنة النبوية من ذلك قال النبي (ص) : " الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً " وقال أيضاً: " جار الدار أحق بالدار " وغيرها.

الحكمة من تشريع الشفعة : دفع الضرر المتوقع عن الشفيع من المشتري الجديد. وفيها تهيئة الفرصة

لشريك لان يصفو له الملك وينفرد به وينجو من ضيق الشركة بتملكه حصة شريكه.

قد يرد سؤال وهو : أن الاصل في العقود التراضي والشفعة تناقض هذا الاصل لأن الشفيع يأخذ المبيع

جبرا على مشتريه مع أن البيع يجب أن يتم بالتراضي بين الطرفين.

ويجاب عن هذا الاعتراض بأن الشفعة إذا خالفت قاعدة التراضي فقد وافقت قاعدة دفع الضرر عن

الغير قال النبي (ص) : " لا ضرر ولا ضرار " .

ويعترض أيضا : بأن في الشفعة ضررا على المشتري بتفويت ما كان يرجوه من الانتفاع بشراء العقار

المشفوع فكيف يدفع الضرر عن الشفيع باضرار المشتري؟

ويجاب على ذلك: بان دفع الضرر عن الشفيع أولى من تحصيل نفع مرجو للمشتري عملا بقاعدة دفع

المفاسد أولى من جلب المنافع ، فضلا عن أن الشفيع أحق بالمشفوع فيه من المشتري بنص الشارع ومن

كان أحق من غيره في شيء فمصلحته فيه أولى بالرعاية من مصلحة ذلك الغير .

لذا فالشفعة من الأنظمة التي امتازت بها الشريعة الاسلامية وبها اخذ القانون المدني العراقي واستقى

احكامها من مختلف المذاهب الاسلامية في المواد ١١٢٨ - ١١٤٤ وكذلك أخذ القانون المدني المصري .

ولا تثبت الشفعة إلا في العقار وهي الارض وما اتصل بها من بناء أو غراس ، وهو رأي الجمهور وبه

أخذ القانون المدني العراقي والمصري

المبحث الثالث نظرية العقد

العقد لغة: الشد والربط ، تقول عقدت الحبل إذا شددته وربطته .

واصطلاحاً: ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه.

التصرف : هو كل ما يصدر عن شخص بإرادته ويرتب الشارع عليه نتائج حقوقية.

والتصرف نوعان : تصرف فعلي : وهو ما يتم بفعل مادي كالغصب والاتلاف، وتصرف قولي : وهو ما يصدر عن الانسان من قول يرتب الشارع عليه أثراً شرعياً. والتصرف القولي ثلاثة أنواع هي :

الأول: تصرف يتكون من قولين صادرين من طرفين كما في البيع والإجارة وهذا هو العقد.

ثانياً: تصرف يتكون من قول واحد وإرادة واحدة وينشأ به التزام الانسان ، ويتضمن انشاء حق أو إسقاطه أو إنهاءه كالوقف والطلاق والإبراء والتنازل عن حق الشفعة وهذا النوع يسمى بالإرادة المنفردة.

ثالثاً: تصرف ليس فيه ارتباط بين إرادتين أو إرادة واحدة إنما هو قول تترتب عليه أحكام مدنية وجزائية كالدعوى فهي طلب حق أمام القضاء ، وكالإقرار فهو اعتراف بحق ثبت في الماضي ، وكالحلف على نفي دعوى الخصم فهو إخبار تترتب عليه أحكام قضائية مدنية، وكالأقوال التي تكون جريمة تعاقب عليها الشريعة كالقذف .

فالتصرف أعم من العقد فالعقد نوع من أنواع التصرف القولي ، فكل عقد تصرف وليس كل تصرف عقد.

الالتزام : هو كون الانسان مكلفاً على وجه الالتزام بفعل أو ترك تجاه الآخر، كالتزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري ، والتزام المشتري بتأديته الثمن، والتزام الأجير بالعمل المستأجر عليه .

فالعلاقة بين الالتزام والتصرف الذي منه العقد أنه مصدر من مصادر الالتزام أي أن التصرف هو السبب المنشئي للالتزام والالتزام أثر له.

أركان العقد : اركان العقد ثلاثة اجمالاً (الصيغة والعقد والمعقود عليه) ، وتفصيلاً ستة لان الصيغة تشمل الايجاب والقبول ، والعقد عبارة عن طرفي العقد ، والمعقود عليه يراد به العوضان (المبيع والتمن في عقد البيع) .

شروط انعقاد العقد :

١- أن يكون كل من العاقلين أهلاً للعقد والتي تتحقق بالتمييز فغير المميز كالمجنون والصبي يكون عقدهما باطلاً .

٢- مطابقة الايجاب للقبول : سواء كانت الموافقة صريحة كأن يقول شخص لآخر بعثك هذه السيارة بعشرة آلاف دولار فقال الآخر قبلت . أو تكون الموافقة ضمنية كأن تقول امرأة لرجل تزوجتك على عشرة آلاف دولار فقال الرجل قبلت زواجك على خمسة عشر ألف دولار .

٣- اتحاد مجلس القبول والايجاب: حقيقة كما في العقد بين الحاضرين أو حكماً كما في إبرام العقد عن طريق الاتصالات الحديثة .

٤- تعدد العاقد حقيقة أو حكماً كما في شراء الوكيل لنفسه المال الذي وكل بيعه برضاء الموكل ففي هذه الصورة العاقد واحد حقيقة واثنان حكماً .

٥- أن يكون معلوماً : بحيث لا تكون فيه جهالة تفضي للنزاع بين العاقلين بتعيينه بالإشارة أو بالرؤية ، أو ببيان جنسه ونوعه ووصفه . فإذا لم يكن معلوماً أو كانت فيه جهالة فاحشة كأن قال بعثك مالا أو ساعة أو قماش لا ينعقد العقد.

٦- أن يكون محل العقد قابلا للتعامل (متقوما) فلا يصح بيع المخدرات لعدم مشروعيتها ولا بيع السمك في النهر وبيع الطير في السماء لعدم حيازتهما.

٧- أن يكون محل العقد قابلا للتقسيم إذا كان المشتري يريد الحصول على المبيع مستقلا بعيدا عن الشراكة فلا يصح بيع مال لا يقبل القسمة أو يقبلها مع حدوث الضرر لأحد العاقدين أو كليهما كبيع نصف غرفة مشتركة في دار مشتركة.

٨- وجود محل العقد حين العقد : أي أن المعلوم الذي يستحيل وجوده في المستقبل لا يصلح أن يكون محلا للعقد، كما لو تعاقد شخص مع آخر على حصاد زرقه أو نقل اثائه فتبين أن الزرع أو الأثاث قد احترق قبل العقد. ففي هذه الحالة يعتبر العقد باطلا ولا يترتب عليه اثر. ولا يشترط وجود المحل عند التعاقد إذا كان منفعة لأن المنفعة بطبيعتها لا تحدث دفعة واحدة ، بل تحدث شيئا بعد شيء كالأجارة. أما إذا كان محل العقد معدوما وقت التعاقد لكن مقدور على تسليمه ولم يكن فيه غرر فيجوز التعاقد عليه كبيع الثمر قبل بدو صلاحها والإجارة . أما إذا كان محل العقد موجودا وقت التعاقد ولا يقدر على تسليمه لم يصح التعاقد كبيع حيوان شارد لا يقدر على تسليمه وإن كان موجودا وقت العقد، فالعلة إذا الغرر لا كون الشيء موجودا أو معدوما . وما ورد عن النبي (ص) من النهي عن بيع المعلوم كما في حديث : " لا تبع ما ليس عندك " محمول على عدم القدرة على التسليم لا على كونه معدوما .

فإذا تخلف ركن من أركان العقد المذكورة أو شرط من هذه الشروط يكون العقد باطلا.

المبحث الرابع الأهلية وعوارضها

الأهلية : لغة : الصلاحية يقال : فلان أهل لعمل كذا ، أي يصلح للقيام بهذا العمل .

واصطلاحاً : هي صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله صالحاً لأن يثبت له الحقوق، وتثبت عليه الواجبات ، ويصح منه التصرفات.

أقسام الأهلية: العلماء يقسمون الأهلية إلى قسمين:

١. أهلية وجوب.

٢. أهلية أداء.

القسم الأول: أهلية الوجوب: هي صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق والتحمل بالواجبات . أو هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له وثبوتها عليه وهي نوعان:

النوع الأول: أهلية وجوب ناقصة: هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له.

هذه الأهلية تبتدئ في الإنسان من حين يكون جنيناً في بطن أمه حتى يولد حياً، والحقوق التي تثبت له هي: النسب، الميراث، الوصية له، وغلة الوقف.

النوع الثاني: أهلية وجوب كاملة: هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له وثبوتها عليه، وهي تثبت للإنسان من حين ولادته وحتى يموت. وهي ملازمة له طوال حياته ولا يمكن حرمانه منها.

والحقوق التي تثبت له هي: النسب، الميراث، الوصية له... إلخ.

والحقوق التي تثبت عليه هي: الزكاة، عوض الأموال التي يتلفها بعده، وأروش الجنايات.... فيلتزم تجاه الغير المضرور بدفع التعويض. إلخ فهذه تجب في مال الإنسان ولو كان صغيراً لم يبلغ.

القسم الثاني: أهلية الأداء:

وهي صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه على وجه يعتد به شرعا، بحيث إذا أدى عبادة كان أداؤه معتبرا ومسقطا للواجب ، وإذا جنى على غيره أخذ بجنايته مؤاخذاً كاملة وعوقب عليها بدنيا وماليا . وتبتدئ منذ سن التمييز فقبل سن التمييز يعتبر عادما لأهلية الأداء، وهي نوعان:

النوع الأول: أهلية أداء ناقصة: هي صلاحية المرء لصدور بعض الأفعال منه دون بعض ، أو لصدور أفعال يتوقف الاعتداد بها على رأي من هو أكمل عقلا ، وتبدأ من سن التمييز^{٦٨} إلى سن البلوغ فتصرفات المميز تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

١- تصرفات نافعة نفعاً محضاً: مثل قبوله الهدية والهبة ونحو ذلك، فهذه تصح منه بلا خلاف ولا تحتاج إلى إذن من وليه.

٢- تصرفات ضارة ضرراً محضاً: مثل إهدائه، وصدقته، وإعارته، وطلاقه، وكفالاته لغيره... إلخ، فهذه لا تصح منه حتى إن أذن وليه بذلك، لأن الله نھانا أن نقرب مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن، أي بما ينفعهم، قال تعالى (ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن)

٣- تصرفات مترددة بين النفع والضرر: كالبيع والشراء والإيجار والاستئجار... إلخ.

فهذه تختلف فيها العلماء على قولين:

القول الأول: أن تصرفاته صحيحة و تبقى معلقة على إذن وليه، دون تفرقة بين اليسير والكثير، و هذا قول الجمهور.

القول الثاني: أن تصرفاته صحيحة و نافذة في الأشياء اليسيرة وتكون معلقة على إذن وليه في الأشياء الثمينة.

^{٦٨} معنى التمييز أن يصير الشخص بحالة يفرق فيها بين الخير والشر والنفع والضرر ويعرف معاني الألفاظ فيعرف أن البيع يخرج المال عن ملكه ويدخله في ملك غيره والشراء بالعكس.

وهذا القول هو رواية عن الإمام أحمد و هو الراجح، لأن تصرفات الصغير في الأشياء اليسيرة مما جرت به العادة بين الناس، فالغالب أن تمكن الطفل الصغير من شراء الأشياء اليسيرة وكون قيمتها بيده يعتبر دليلا على إذن وليه بذلك.

النوع الثاني: أهلية أداء كاملة: هي صلاحية المرء لأن يعتد بكل ما يصدر منه قولاً وفعلاً بدون توقف على رأي الغير . وهي من سن البلوغ و حتى الموت.

وعلى هذا فإن أساس ثبوت أهلية الوجوب للإنسان هو : التمييز ، وهو ما يتعلق بالعقل والبلوغ .

عوارض الاهلية

للأهلية عوارض إذا وجدت فإنها تنافي الأهلية وتؤثر في أحكامها.. وعوارض الأهلية تقسم إلى قسمين : عوارض سماوية ..وعوارض مكتسبة .

العوارض السماوية مثل : (الجنون ، العته ، النوم والإغماء، المرض).

أولاً: الجنون : آفة تصيب الانسان فتحدث خللاً في قوته المميزة بين النافع والضار والحسن والقبيح والمدركة لعواقب الامور في الحال والمستقبل.

والجنون نوعان : أصلي يبلغ الانسان مجنوناً . وطارئ يبلغ عاقلاً ثم يطرأ عليه الجنون . والجنون بنوعيه لا يؤثر في أهلية الوجوب لأن أساسها الحياة والجنون لا يعدم الحياة ، لكنه يؤثر في أهلية الاداء فيعدمها لأنها تثبت بالعقل والتمييز . فحكم المجنون حكم الصغير غير المميز في تصرفاته وأقواله وأفعاله.

ثانياً : العته : اختلال في العقل يجعل صاحبه قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير .

وهو نوعان : نوع لا يبقى معه إدراك ولا تمييز ، وصاحبه كالمجنون فتعدم أهلية الاداء دون الوجوب . ونوع يبقى معه ادراك وتمييز لكن اقل من تمييز وادراك العقلاء فحكمه كحكم الصبي المميز فتثبت له أهلية أداء ناقصة .

ثالثا: النوم والإغماء : ينافيان أهلية الاداء لانعدام التمييز ، فلا يعتد بشيء من اقواله ، والإغماء فتور طبيعي يعجز به الانسان عن استعمال عقله وسائر قواه. وحكمه حكم المجنون والصبي غير المميز في الالتزامات المدنية والجنائية لفقدان القصد والادراك.

رابعا : المقصود مرض الموت : وهو ما يغلب فيه الهلاك عادة ويتصل به الموت فعلا كمن أشرف على الغرق أو قدم للقصاص أو مصاب بمرض خبيث كالسرطان.

ومرض الموت لا يؤثر في أهلية المريض لكن يؤثر في بعض الاحكام بالنسبة له كحق الدائنين والورثة ولصيانة حقوقهما يثبت الحجر على المريض .

وطلاق المريض مرض الموت لزوجته المدخول بها بدون رضاها طلاقا بائنا يقع عند الجمهور إلا أنها تراث منه ردا لقصده السيئ بحرمانها من الميراث.

العوارض المكتسبة مثل : (السفه ، السكر)

اولا : السفه: لغة الخفة ، واصطلاحا : التصرف في المال على خلاف مقتضى الشرع والعقل مع قيام العقل. فيكون حكمه كحكم تصرفات الصبي المميز فيحجر عليه من قبل القاضي، فلا يسلم المال للصبي إذا بلغ سفيها لقوله تعالى : " ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما " وإنما تدفع لأموال بعد البلوغ إذا أنس منه الرشذ لقوله تعالى: " وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم ".

ثانيا : السكر : هو زوال العقل بتناول الخمر أو اي مسكر بحيث لا يدري السكران بعد إفاخته ما كان قد صدر منه حال سكره. فالسكر يعطل العقل ويعدم التمييز .

السكر بطريق مباح : كأن تناول المسكر مكرها أو عن غير علم بكونه مسكرا أو شرب دواء فاسكره فحكمه حكم المغمى عليه فلا تصح عبارته ولا يترتب عليها اي اثر قانوني .

السكر بطريق محظور : كأن تناول المسكر باختياره وعلمه فالبعض من الفقهاء لا يعتدون بأقواله ولا يترتب عليها اي أثر شرعي فلا يقع طلاقه ولا بيعه ولا شراؤه ولا سائر عقوده وتصرفاته، وذهب الآخرون بالاعتداد بسائر تصرفاته . وأخذ قانون الأحوال الشخصية بعدم وقوع الطلاق من السكران دون تفرقة بين السكر عن طريق مباح او محظور .

المبحث الخامس

الولاية والوكالة

الولاية لغة : هي النصرة وقيام الشخص بأمر غيره .

اصطلاحاً : هي القدرة على إنشاء العقود والتصرفات النافذة في شؤون غيره من غير توقف على أحد.

والولاية نوعان :

١ - ولاية على المال : هي القدرة على إنشاء العقود والتصرفات المتعلقة بالأموال النافذة من غير توقف على إجازة أحد كالولاية على الصغير والمجنون والمعتوه وتثبت للأب أو وصيه والجد أو وصيه والقاضي أو وصيه.

٢ - ولاية على النفس : هي القدرة على إنشاء عقد الزواج نافذا من غير توقف على إجازة أحد. وهي نوعان :

١ - الولاية القاصرة : وهي قدرة الشخص على إنشاء التصرف الصحيح النافذ على نفسه .

٢ - الولاية المتعدية : وهي قدرة الشخص على إنشاء التصرف الصحيح النافذ على غيره.

والولاية المتعدية قسمان :

١ - ولاية إجبار : كولاية الأب في تزويج ابنه أو ابنته الصغيرين أو المعتوهين دون أن يكون لهما حق الرفض أو الاعتراض .

٢ - ولاية اختيار : لا يملك الولي تزويج الغير من دون رضاه ، كتزويج الولي ابنته البالغة العاقلة.

شروط الولي :

- ١ - كمال الأهلية : فلا ولاية للصبي والمجنون والمعتوه وفاقد الوعي لمرض أو شيخوخة لأنه لا ولاية له على نفسه فلا تكون له ولاية على غيره، لقصور إدراكه وعجزه عن تحقيق مصالح نفسه .
- ٢ - اتحاد الدين : أن يتحد دين الولي والمولى عليه ، فلا ولاية لغير المسلم على المسلم ولا للمسلم على غير المسلم .

الوكالة :

- لغة : الحفظ والتفويض والاعتماد . واصطلاحا : إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف مملوك له معلوم قابل للنيابة . كأن يوكل إنسان غيره في بيع داره.
- ركن الوكالة : الإيجاب والقبول . وتقع بالعبارة وما يقوم مقامها كالكتابة والإشارة وبالقول أو بالفعل كأن يقول الشخص لآخر وكلتك في بيع داري فقال قبلت أو يسكت الآخر ثم يباشر التوكيل ، وتقع الوكالة منجزة في الحال ومعلقة على حدوث أمر كأن يقول وكلتك في بيع داري بعد سفري .

شروط الوكالة :

- ١ - أن يكون الموكل مالك التصرف الذي يوكل فيه غيره ، لأن من لا يملك مباشرة التصرف بنفسه لا يملك أن يملكه لغيره فاقد الشيء لا يعطيه .
- ٢ - يشترط في الوكيل أن يكون عاقلا ومميزا ، فلا تصح الوكالة للمجنون والصبي غير المميز لأن عبارة كلا منهما غير معتبرة.
- ٣ - أن يكون الموكل فيه معلوما ، أما الجهالة الفاحشة فلا يصح معها التوكيل فيجوز التوكيل بالخصومة وبالبيع والشراء والزواج والطلاق وغيرها من التصرفات والعقود التي يملك الموكل مباشرتها لنفسه.

٤ - التوكيل يكون في جائز التصرف شرعا فلا يجوز التوكيل في الغصب او القتل لأنها لا تباح للموكل فلا تجوز النيابة فيها .

٥ - أن يكون التوكيل مما يقبل النيابة كالبيع والشراء وغيرها من التصرفات التي لا ينظر فيها إلا لوقوعها وتحصيلها ولا ينظر لشخص فاعلها، أما التصرفات التي ينظر فيها لشخص فاعلها فلا تقبل النيابة والتوكيل فيها كالشهادة لأنها خبرا عما رآه أو سمعه فلا تتحقق من الوكيل وكذلك الأيمان (الحلف) لأنها تتعلق بشخص الخالف .

أقسام الوكالة : تقسم الوكالة إلى خاصة وعامة ، ومطلقة ومقيدة .

١ - الوكالة الخاصة : ما كانت متعلقة بتصرف معين كبيع دار أو شراء سيارة.

٢ - الوكالة العامة: ما كانت غير محصورة بتصرف معين ، كما لو قال شخص لآخر أنت وكيل في كل شيء ، وللفقهاء خلاف في صحة الوكالة العامة فبعضهم أجازها على غطائها .وبعضهم لم يجزها لما فيها من الضرر والخطر وتعرض أموال الموكل للزوال ، ومنهم من أجازها مع استثناء ما فيه ضرر للموكل كالتبرعات وإيقاع الطلاق . وقد اخذ القانون المدني العراقي براي من أجازها بإطلاق .

٣ - الوكالة المقيدة : هي التي يحدد فيها الموكل للوكيل حدود تصرفه كأن يوكله في بيع داره بمبلغ معين فلا يجوز له أن يخالف ما وكل به إلا ان تكون المخالفة فيها مصلحة للموكل كما لو وكله في بيع داره بالف دينار فباعها بالف ومائة . أما لو باعها بأقل مما وكل به فالبيع يكون موقوف على إجازة الموكل .

٤ - الوكالة المطلقة : هي الخالية من كل قيد كما لو قال وكلتك في بيع داري . فله بيعها بما يراه من الثمن مناسبا . وذهب بعض الفقهاء إلى أن ذلك مقيد بالعرف فلا يجوز بيعها بغبن فاحش .

انتهاء الوكالة : تنتهي الوكالة بجملة أمور منها :

١ - مباشرة الموكل العمل الذي وكل به الوكيل قبل مباشرة الوكيل له.

٢- عزل الموكل الوكيل وعلمه بالعزل ، وكذا انسحاب الوكيل من الوكالة وعلم الموكل بالانسحاب .

٣- انتهاء محل الوكالة بقيام الوكيل بتنفيذ ما وكل به أو بهلاك العين الموكل بالتصرف فيها .

٤- خروج الوكيل عن أهليته كما لو جن الوكيل .

٥- خروج الموكل عن أهليته للتصرف الذي وكل به .

الفصل السادس

شرح بعض القواعد الكلية في الفقه الاسلامي

القاعدة في اللغة الأساس، وفي الاصطلاح : حكم كلي ينطبق على جميع جزئياته أو أكثرها لتعرف أحكامها منه. وقد استخرج الفقهاء هذه القواعد بتتبعهم مسائل الفقه وفروعه وإرجاعهم كل مجموعة منها إلى قاعدة عامة يسري حكمها العام على جميع جزئيات هذه المجموعة .

أهمية معرفة القواعد الكلية للفقهاء:

١- تساعد على تكوين الملكة الفقهية للفقهاء.

٢- تعين على معرفة احكام الجزئيات .

٣- توضح التصورات والأفكار القانونية في الفقه الاسلامي .

٤- تساعد في كيفية استنباط الاحكام من نصوصها وايجاد الحلول للقضايا التي لم يرد بها نص صريح.

وقد اعتنى بها العلماء وافردوا لها مؤلفات كالحافظ ابن رجب الحنبلي وكتابه (القواعد) وكتاب الاشباه

والنظائر للامام السيوطي وغيرهم .

القاعدة الأولى : الأمور بمقاصدها

اصل القاعدة الحديث الشريف : " إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى ... " أي أن الأحكام

الشرعية تتكيف حسب قصد الانسان من إجراءاتها .

ومن تطبيقات هذه القاعدة : أن ملتقط اللقطة يعتبر امينا لا ضمان عليه إذا تلفت في يده بدون تعد

منه أو تقصير إذا كان قصده من التقاطها حفظها وردها لصاحبها، ويعتبر غاصبا إذا كان التقاطها

بقصد تملكها فيضمن هلاكها ولو بدون تعد منه أو تقصير .

القاعدة الثانية : العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني

أي ان الحكم في العقود لا يترتب بمجرد الألفاظ بل بالمقاصد والمعاني التي يقصدها العاقدان من الألفاظ

المستخدمة في صيغة العقد .

ومن تطبيقات هذه القاعدة : الهبة بشرط العوض بيع : فمن قال لآخر وهبتك هذه السيارة بألف دينار

فقبل الآخر كان العقد بيعا وإن كانت الصيغة بلفظ الهبة.

القاعدة الثالثة : لا ينسب الى ساكت قول ، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان

فإذا اتلف شخص مال آخر بحضوره وسكت فلا يعتبر ذلك من صاحب المال إذنا باتلاف المال.

والسكوت في معرض الحاجة بيان فمن ترك مالا عند آخر قائلا له هذا المال وديعة عندك وسكت

الآخر انعقدت الوديعة . وسكوت البنت البكر عند استئذانها من قبل وليها في الزواج يعتبر رضا منها

بالزواج.

القاعدة الرابعة : لا مساغ للاجتهاد في معرض النص

أي أن الاجتهاد يكون في المسائل التي لم يرد في الشريعة نص صريح بشأنها، أما إذا ورد نص صريح من

الشريعة فلا يجوز الاجتهاد فيه .

مثل ورود النص في تحريم الربا فلا يجوز الاجتهاد في حله . وورد النص بأن للذكر مثل حظ الأنثيين في الميراث فلا يجوز الاجتهاد بإعطاء الذكر مثل نصيب الأنثى .

القاعدة الخامسة : اليقين لا يزول بالشك

اليقين : حصول الجزم بوقوع الشيء أو عدم وقوعه. وينزل الظن الغالب منزلة اليقين في الحكم. أما الشك : تردد الفعل بين الوقوع وعدمه . فاليقين لا يزول بالشك الطارئ بل يزول بيقين مثله .
مثال : ثبوت الدين بذمة إنسان لا يزول إلا بثبوت إبراء الدائن له أو أدائه من المدين . ومن تملك عينا بسبب شرعي فلا تزول ملكيته إلا بثبوت ما يزيلها.

القاعدة السادسة : الاصل براءة الذمة

الذمة وصف شرعي يصير به الانسان أهلا لما له وعليه من الحقوق . ومعنى القاعدة أن الأصل هو عدم انشغال ذمة الانسان بحق لآخر لأن كل شخص يولد وذمته بريئة من اي حق للغير، وانشغالها يكون بالتصرفات التي يجريها مع الآخرين .
ومن تطبيقاتها : من ادعى على غيره دينا فإن الأصل عدمه إلا إذا أثبت المدعي ذلك. والمتهم بريء حتى تثبت إدانته . ومن هنا جاء القول " الشك يفسر لمصلحة المتهم " وحتى لو حصل خطأ فإن الخطأ في براءة متهم خير من الخطأ في إدانة بريء.

القاعدة السابعة : البينة على من ادعى واليمين على من أنكر

البينة هي كل ما يبين الحق ويظهره ، وقد شاع عند الفقهاء بأنها الشهادة التي تؤيد صدق دعوى المدعي. فالأصل براءة الذمة فعلى المدعي أن يثبت دعواه فإن ظهر صدقه حكم له وإذا عجز عن تقديم البينة وأنكر المدعى عليه الدعوى حلف اليمين وردت الدعوى على المدعي .

القاعدة الثامنة : ما حرم اخذه حرم اعطاؤه

المطلوب شرعا ازالة المفسد والمنكر والمحرمات فلا يجوز إعطاء الرشوة كما لا يجوز أخذها قال النبي (ص)
: " لعن الله الراشي والمرتشي والرائش بينهما" وكذلك الربا لا يجوز التعامل به أخذا وعطاءً قال النبي
(ص): " لعن الله آكل الربا وموكله".

القاعدة التاسعة : لا ضرر ولا ضرار

لا يجوز للانسان أن يضر غيره في نفسه أو ماله لأن الضرر ظلم في جميع الشرائع ، حتى لو نشأ عن
القيام بالافعال المباحة كمن يحفر في داره بئرا ملاصقة لجدار جاره ، وكذلك لا يجوز مقابلة الضرر
بالضرر فمن أتلف مال غيره لا يجوز للغير أن يتلف مال المتلف بل يراجع المحكمة لتعويضه عن الضرر.

القاعدة العاشرة : يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام

الضرر العام يصيب عموم الناس ، والضرر الخاص يصيب فئة قليلة . فيدفع الضرر العام وان استلزم دفعه
وقوع ضرر خاص فيمنع الطبيب الجاهل من مزاوله مهنته وان كان فيه ضرر له ، وهدم البيوت لمنع
سريان الحريق ، ومنع اخراج بعض المواد من البلدة اذا كان في اخراجها ارتفاع الاسعار في البلدة .

القاعدة الحادية عشرة : الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف

يعني أن الضرر يجوز ازالته بضرر أخف منه. فمن خشي على نفسه الهلاك جوعا أن يأخذ من مال غيره
ما يدفع عن نفسه الهلاك ولو جبرا على صاحبه إلا إذا كان صاحب المال محتاجا له كاحتياجه هو له.
وحبس المدين المماطل وغيرها.

القاعدة الثانية عشرة : الضرورات تبيح المحظورات

الضرورة هي العذر الذي يجوز بسببه اجراء الشيء الممنوع وارتكاب المحظور.

ومن تطبيقات القاعدة : أكل الميتة عند الضرورة والنطق بكلمة الكفر عند الإكراه وكشف العورة لاجراء عملية جراحية . مع مراعاة أن تقدر الضرورة بقدرها فيرتكب من المحرم ما تندفع به الضرورة كأكل الميتة يكون بقدر ما يدفع عن نفسه الهلاك لقوله تعالى : " فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم " .

القاعدة الثالثة عشرة : درء المفسد أولى من جلب المنافع

إذا تعارضت مفسدة ومصلحة فإن دفع المفسدة يقدم على جلب المصلحة لأن الشريعة اعتنت بالمنهيات أكثر من اعتنائها بالمأمورات فيمنع الشخص من إجراء عمل ينتج ضررا بالغير أكثر من المنفعة التي يجنيها كما لو تصرف في ملكه تصرفا ينتج ضررا كبيرا بجاره.

القاعدة الرابعة عشرة : العبرة للغالب الشائع لا للنادر

الشائع هو الأمر الذي أصبح معلوما للناس وذاع بينهم. والنادر هو القليل الحدوث . فالمعول عليه في ترتيب الأحكام الشائع لا الامر النادر.

ومن تطبيقات هذه القاعدة : الحكم ببلوغ من له من العمر خمس عشرة سنة لأنه هو العمر الشائع للبلوغ وإن كان البعض لا يبلغ إلا في السابعة عشرة أو الثامنة عشرة إلا انه نادر وقليل. وكذلك الحكم بسبع سنين لمدة حضانة الصبي وتسع سنين لحضانة البنت مبني على الشائع المتعارف من ان الصبي إذا بلغ السابعة من عمره يستغني عمن يعينه في لباسه وأكله .

القاعدة الخامسة عشرة : الغرم بالغرم

أي من ينال نفع شيء يتحمل ضرره . ومن تطبيقات هذه القاعدة: أن الشركاء يتحملون الخسارة بنسبة حصصهم في مال الشركة كما يأخذون الربح بنسبة هذه الحصص. وكذلك أجور تسجيل بيع العقار في الطابو يتحملها المشتري لأنه هو الذي ينتفع بهذا التسجيل فيتحمل نفقاته.

القاعدة السادسة عشرة : الأجر والضمان لا يجتمعان

المراد بضمان الشيء إعطاء مثله إن كان مثليا وقيمته إن كان قيميا. ومعنى القاعدة أن ما يجب فيه ضمان لا تجب فيه أجر ، لأن الضمان معنى التملك ، فالضامن كالمالك ، والمالك لا يدفع أجره عما يملكه فكذا الضامن فمن استأجر شيئا ثم أتلفه بتعد منه أو تقصير ضمن ما أتلفه بالمثل أو بالقيمة ولا أجره عليه.

القاعدة السابعة عشرة : من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه

قامت هذه القاعدة على معاني السياسة الشرعية وسد الذرائع المفضية إلى المفسد . ومعنى القاعدة أن من يتوسل بالوسائل غير المشروعة استعجالا منه للحصول على مقصوده فإنه يحرم من مقصوده جزاء فعله واستعجاله .

ومن تطبيقات هذه القاعدة : حرمان الوارث من الارث إذا قتل مورثه بلا سبب شرعي ، وكذا تورث المرأة من مطلقها المريض مرض الموت ردا لقصده السيء بحرمانها من الميراث.

القاعدة الثامنة عشرة : الحدود تسقط بالشبهات

هذه القاعدة مأخوذة من قول النبي (ص): " ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فليكن الإمام أن يخطيء في العفو خير من أن يخطيء في العقوبة ".
ومن تطبيقات القاعدة : أن جريمة الزنا إذا لم تثبت بأربعة شهداء تسقط العقوبة ، وكذلك تسقط عقوبة قطع يد السارق إذا تمت السرقة بين زوجين لوجود شبهة وهي كون المال مشترك بينهما .

القاعدة التاسعة عشرة : الاجتهاد لا ينقض بمثله

أي ان الاجتهاد السابق لا تنقض أحكامه بالاجتهاد اللاحق سواء كان ذلك من قبل المجتهد نفسه أو من مجتهد آخر ذلك لأن الاجتهاد الثاني مثل الاول في القوة والحجية ولأن ذلك يؤدي إلى تضعيع الأحكام واضطراب المعاملات وعدم استقرار الحقوق ولم ينقل لنا بأن صحابي نقض حكم صحابي آخر.

ويترتب على هذه القاعدة :

- ١- لا يجوز نقض الأحكام الباتة التي يصدرها حاكم من حاكم آخر ، وليس للحاكم أن يتراجع عن حكمه في مسألة إلا إذا تبين خطأه بدليل ثابت.
- ٢- يجوز للحاكم ن يحكم في مسألة ثانية مخالفا لحكمه الأول في المسألة الاولى.
- ٣- ينقض حكم الحاكم المبني على اجتهاده إذا خالف نصا صريحا أو اجماعا أو قياسا لأن كلا من هذه الادلة أقوى من الاجتهاد .

القاعدة العشرون : المعروف عرفا كالمشروط شرطا

أي الامور المعتادة بين الناس والمعروفة بينهم في المعاملات تعتبر كأنها مشروطة عند إجرائها .
ومن تطبيقات القاعدة : إذا باع شخص بضاعة لآخر في غير بلده فإن كان العرف يقضي بأن أجرة نقل البضاعة على المشتري ولم يتفق المتعاقدان حين انشاء العقد على ذلك فيجب العمل بالعرف لأنه بمثابة الشرط فكما ان الشرط المقتن بال عقد يجب الوفاء به إذا لم يتعارض مع مقتضى العقد فكذلك يجب العمل بمقتضى العرف والوفاء بالالتزام .

الفهرست

١٢-١	الفصل الأول
٥-١	المبحث الأول
	الشريعة وخصائصها
١٢-٥	المبحث الثاني
	الفقه الاسلامي وبيان خصائصه
١٧-١٣	الفصل الثاني
	الحكم الشرعي وأقسامه
١٥-١٣	المبحث الأول
	الحكم الشرعي التكليفي
١٧-١٥	المبحث الثاني
	الحكم الشرعي الوضعي
٢٧-١٧	الفصل الثالث
	مصادر الفقه
١٩-١٧	المبحث الأول
	المصادر الأصلية
٢٧-٢٠	المبحث الثاني
	المصادر التبعية
٤٣-٢٧	الفصل الرابع
	عهود التشريع الاسلامي
٣٤-٢٧	المبحث الأول
	عهد الرسالة
٣٦-٣٥	المبحث الثاني
	عهد الصحابة
٣٨-٣٧	المبحث الثالث
	عهد التدوين والأئمة المجتهدين
٣٩	المبحث الرابع
	عهد التقليد

٤٣-٤٠

المبحث الخامس

عهد النهضة الفقهية الحديثة

٧٠-٤٤

الفصل الخامس

دراسة بعض النظم القانونية في الفقه الاسلامي

٤٧-٤٤

المبحث الأول

المال وأقسامه

٥٩-٤٨

المبحث الثاني

الملك أو الملكية

٦٢-٦٠

المبحث الثالث

نظرية العقد

٦٧-٦٣

المبحث الرابع

الأهلية وعوارضها

٧٠-٦٧

المبحث الخامس

الولاية والوكالة

٧٦-٧٠

الفصل السادس

شرح بعض القواعد الكلية في الفقه الإسلامي

﴿وقل رب زدني علما﴾