

٧٨ / ٣ / ١٨

٩٩ - ٣ - ١ - ١٨



مجلة كلية الحقوق

السنة السابعة
العدد الأول

جمادي الاولي ١٤٠٣ هـ
مارس ١٩٨٣ م





مجلة الحقوق

بِنَقْدِ بِلْحَقِّ عَالِي الْبِاطِلِ فَيَدْمَغُهُ فَإِذَا هُوَ زَاهِقٌ
الأنبياء / ١٨

تصدرها كلية الحقوق بجامعة الكويت

هيئة التحرير

رئيس التحرير

الدكتور عثمان عبد الملك الصالح
الدكتور عبد الوهاب حنوم
الدكتور عبد العزيز سرحان
الدكتور عبد الرسول عبد الرضا
الأستاذ علي الرضوان المحامي

المراسلات باسم رئيس التحرير

مجلة الحقوق - كلية الحقوق
جامعة الكويت - ص.ب ٥٤٧٦ - الكويت

المستشرقون والمصادر المادية في التشريع الإسلامي

الدكتور/عجيل جاسم النشيمي

كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
جامعة الكويت

مقدمة :

يقسم المستشرقون مصادر التشريع الإسلامي إلى قسمين رئيسيين، وقسم فرعى أو إضافي آخر.

القسم الأول : المصادر الأصلية، ويعنون بها، الكتاب والسنة والاجماع والقياس (١). وهي المصادر المسماة عند علماء أصول الفقه المسلمين بالمصادر المتفق عليها.

القسم الثاني : المصادر التابعة أو المكملة: ويعنون بها المصادر غير الأصلية في ذاتها وإنما هي مكملة للمصادر الأصلية الأولى باعتبار أن تلك المصادر ليست شاملة لكل ما يحتاجه المجتمع من أحكام شرعية لقضاياها المستجدة.

فدور المصادر حينئذ هو سد الثغرات التشريعية التي لم تغطيها المصادر التشريعية الرئيسية، وهذه المصادر التابعة هي الاستحسان والمصلحة المرسلة والاستصحاب .

(١) قال Schacht :

The classical theory of Muhammadan law traces the whole of the legal system to four principal sources: the koran, the sunne of the prophet, that is model behaviour. The consensus of the orthodox community, and the method of analogy.

Joseph schacht. The Origins of Muhammadan Jurisprudence P.1. London 1979. University Press, Oxford.

اما القسم الإضافي فهو المصادر المادية: و يعنون بهذه المصادر تلك التي لم يكن للمسلمين دور فيها فهي ليست مصادر أصلية وليست لها صلة بتلك المصادر حتى تعتبر تابعة او مكملة، وانما هي مصادر أضيفت وألحقت بتلك المصادر، بحكم كثرة واتساع الثغرات التشريعية التي لم تستوعبها المصادر الأصلية ولا المكملة واقتضتها ضرورة الحياة وتطورها وكثرة الاحداث والقضايا المستجدة التي تحتاج الى حكم شرعى يلحقها ويحدد او يكيف وضعها الشرعى بشكل واضح لا اختلاف فيه.

ونظرا لعدم وجود هذه الحلول أو الأحكام الشرعية — في نظر المستشرقين — لم يجد المسلمون بدا من استمداد الأحكام من مصادر أجنبية لا تمت الى التشريع الإسلامى بصلة وهذا الاستمداد اما ان يكون راجعا إلى الواقع الاجتماعى الذي توارثه المسلمون وهو العرف والعادات واما انه راجع إلى ممارسات يومية اقتضتها ظروف الاحتكاك اليومي بين الافراد وحكوماتهم استلزمت اجتهادا معيناً لحل تلك القضايا وهذا مايمثله في نظر المستشرقين «أعمال الخلفاء» و «آراء الفقهاء والقضاة».

والنوع الاخير من المصادر هو ذلك الذي استمده المسلمون من الحضارات والثقافات الأخرى او بمعنى أدق من قوانين واحكام الدول المجاورة التي احتك بها المسلمون فتأثروا بما عندهم من قوانين ونظم ادارية، خصوصا في عهد بنى أمية حيث برزت حاجة الدولة للاستمداد من النظم الادارية والقوانين ماتسد به حاجتها وتواكب توسعها، وهذا النوع من المصادر هو مايسميه المستشرقون «المصادر الاجنبية والاعمال الادارية في عهد بنى أمية».

ومن مجموع هذا كله ابتدع المستشرقون مصادر للتشريع الإسلامى سموها المصادر المادية Material Sources وهى:

- ١ — العرف
- ٢ — اعمال الخلفاء
- ٣ — آراء القضاة والفقهاء
- ٤ — القوانين الأجنبية والاعمال الادارية في عهد بنى أمية (٢).

(٢) يقول Pearl: في معرض كلامه عن المصادر:

WIT is self-evident that it is necessary to keep firmly in one's mind the vital distinction between the classical, formulation of the sources of Islamic law on the one hand, and the material sources of the law on the other. A Text book on muslim law.

وسنتعرض لهذه المصادر بمنظور اسلامي لمصادر التشريع، مبينين وموضحين تصور المستشرقين لهذه المصادر، كاشفين عن مواطن الخطأ فيها عارضين وجهة نظر علماء اصول الفقه في كل قضية أو مصدر من تلك المصادر.

العرف

العرف في مفهوم المستشرقين:

يتناول المستشرقون العرف كمصدر من مصادر التشريع الاسلامي، ومفهومهم عنه وعن دوره التشريعي يتلخص في الآتي - اولا : انه مجموعة القوانين والتقاليد المتوارثة وهذه بالنسبة للتشريع الاسلامي تشمل ما كان عليه العرب في الجاهلية، وما كان عليه الحال في عهد النبي صلى الله عليه وسلم وصحابته والتابعين الى ما لحق ذلك من عصور خصوصا عصر بني أمية.

ثانيا : يغفلون التفرقة بين الاعراف الخاطئة والسليمة من وجهة نظر الاسلام.

ثالثا : ان اجزاء كبيرة من الاعراف الجاهلية فرضت نفسها على القرآن الكريم وعلى الخلفاء الراشدين ومن بعدهم.

رابعا : ان العرف أصبح دليلا مستقلا بذاته.

و يقول Pearl

There were three major material sources of the Islamic law First, pre-islamic custom, Second, other legal systems and third, the interpretations of the Qadis by their undoubted exercise of ra'y. These three sources of law provided a diversity in practice which was accepted, at the time, by all of being in consonance with the requirements of Islam.

وقد ذكر اعمال الخلفاء ايضا في معرض هجومه على السنة فقال :

This sunna, in part a theoretical idealism, although it cannot be doubted that it includes actual practice, was continued by Mohammed's Successors - The Four Caliphs, namely Abu Bakr, 'Umar, Uthma and' Ali.

نفس المرجع صفحة ٥

واضاف schachu قانون الاعمال الادارية (الاداري)

The administration of the law.

خامسا : ان العرف كان له دور في سد الثغرات التشريعية في الاسلام. وسوف نستعرض هذه القضايا في كلامهم، ثم نتبعها بالنقاش والتقييم . يزعم Pearl ان القرآن قد اشتمل على كثير من العادات الجاهلية التي اصبحت جزءا من التشريع الاسلامي (٣)، وقد رأينا ذلك عند كلامهم عن القرآن الكريم وهذا يعني ان القرآن — والعياذ بالله — لم يستطع رد كل الاعراف الجاهلية، بل ان بعضها فرض نفسه على القرآن كمصدر للتشريع واصبح جزءا منه وفي مستواه. وفي جميع الاحوال فان العرف عندهم دليل مستقل ويصرح Schacht بابعده من ذلك فيعتبر ان العرف الجاهلي يشكل أغلبية لا توازيها المصادر الاخرى (٤).

وحيثما يتطرق الى الحالة التشريعية بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم يحاول ان يجعل من العرف مصدرا تشريعيًا فرض نفسه بشكل ثابت على الخلفاء والصحابة فيقول «ان الصلة بالقانون العرفي ظلت كما هي دون تغيير، حتى بعد أن تعرض لكثير من المؤثرات الاجنبية نتيجة للفتوح العظيمة في العراق والشام ومصر (٥)».

وحيثما يتكلم عن الحالة التشريعية في عهد بنى أمية يصر على ان العرف كان يسود ارجاء الخلافة بل انه كان ينافس التشريع الاصلى والفعلى المطبق قضاء فيقول «وكان القانون العرفي يسود اقاليم الخلافة المتعددة دون منازع، و يتطور جنبا الى جنب مع النظام الفعلى للقضاء، وذلك لان خلفاء بنى أمية الى عهد عمر بن عبدالعزيز كانوا بوجه عام لا يميلون كثيرا الى تغيير ذلك القانون العرفي وانشاء مقاييس تنهض على أساس ديني (٦)».

(٣) قال Pearl

The Quranic legislation was subsequently interpreted by succeeding generations and which was inclusive of much of the customary law of the Arabs.

A Text book on Muslim law.

(٤) يقول Schacht في معرض كلامه عن القرآن ومصادر التشريع :

Certainly nothing near a majority, of the pre-islamic customary laws of the Arabian communities.

The Origins of Muhammadan jurisprudence.

(٥) (٦) أصول الفقه لشاخذ دائرة المعارف الاسلامية ٥٦، ٥٧.

بل انه يشبه العرف بالارضية العريضة التي قامت عليها الشريعة الاسلامية فيقول «ان القانون العرفي عند العرب في زمن الجاهلية هو كالارض التي كانت تنمو عليها شجرة الشريعة العظيمة (٧)». وأمام هذه النظرة حاول أن يثبت ان العرب في الجاهلية كانت تحكمهم انظمة قانونية متعارف عليها، تأثرت بالمصادر الاجنبية الاخرى، ولم يكن دور الاسلام الا اقرارها على ما هي عليه فيقول «ان المدن ومنها مكة التي كانت مركزا تجاريا ذا صلة باليمن وسورية البيزنطية والعراق الساساني والمدينة التي كانت مركز زراعة النخيل مركزا يضم جالية كبيرة من اليهود، هذه المدن بلا ريب كان لها قانون اكثر نموا - من قوانين البدو - ولم يمكن الا أن يتأثر بالعوامل الخارجية التي ذكرناها، ويمكننا ان ننسب الى الاصل البدوي اشياء منها النظام الاجتماعي واحكام العائلات والمواريث وقانون القصاص - وكل هذا بقى ساريا على أهل المدن أيضا - ويمكننا أن ننسب الى التطور المدني الموافقة على قواعد مفصلة تطبق على العقود، ووضع اشكال معينة للشركات واستعمال وثائق مكتوبة، كل هذا في مكة، ومعاملة بعض العقود الزراعية في المدينة، فكل هذه العناصر لم تبق بمغزل بل اتسع تداخلها بتأثير العلاقات الخارجية التي تساعد على نموها الاشهر الحرم والاسواق الكبرى، حتى ان بلاد العرب كانت في القرن السادس بعد الميلاد محكومة بقانون عرفي متشعب الاطراف (٨)»، و يقول ايضا «ظل القانون العرفي العربي القديم الذي تضمن كثيرا من العناصر الدخيلة من رومية اقليمية وبابلية ويمنية يسير في الاسلام سيره الطبيعي، ودخلت عليه بعض التغييرات لتلائم بينه وبين الظروف الاقليمية للبدو. واهل مكة وهي مدينة تجارية واهل المدينة وهي مركز زراعي وكان هم محمد «صلى الله عليه وسلم» قاصرا على تصحيح بعض المسائل مدفوعا الى ذلك باعتبار دينية وذلك لان الاحكام التي تمس الحياة الاجتماعية تقوم ايضا على اساس ديني، وفي مثل هذه المسائل كانت الحوادث الخارجية هي الدافع الى معالجة اكثرها (٩).

ويقرر Schacht ان العرف اصبح دليلا مستقلا قائما بذاته فيقول «أما القانون العرفي الذي أصبح له صبغة اسلامية تختلف قوة وضعفا، فقد اعتبر ذا اساس قائم بذاته

(٧) المنتقى من دراسات المستشرقين من محاضرة لشاغت ٩٢.

(٨) المرجع السابق ٩٢.

(٩) اصول لفقة لشاغت، دائرة المعارف الاسلامية.

وبخاصة في المسائل التي لا تثير الريب والشكوك من الوجهة الدينية وتعتبر سنة الصالحين أحيانا شاهدا له قيمته كالسنة النبوية (١٠).

بل إنه يصل حد الاسفاف اذ يعتبر العرف حاكما حتى على الكتاب والسنة فالعبرة بالعرف اولا وعلى الكتاب والسنة عدم مخالفته فيقول: «وكان عن المندوب اليه على وجه عام الا تجعل القوانين المأخوذة من الكتاب والسنة متعارضة مع العرف المتبع»، ثم يخفف من عبارته فيقول «وأن يصبغ ذلك العرف الصبغة الشرعية ما أمكن للتخلص من الوقوع في الاثم (١١)» ويريد المستشرقون من هذه المزاعم الوصول الى تثبيت تلك النقاط الخمس التي ذكرناها اولا وسيتبين تهاوى هذه الدعاوى من خلال ما سنذكره من براهين وأدلة لا تقوى هذه الدعاوى على مواجهتها.

الحكم الشرعي والعرفي :

ويحاول Schacht ان يفصل بين الاحكام الشرعية كنظرية وواقع، فيجعل الاحكام الشرعية ضعيفة او مقطوعة الصلة عن الواقع، وذلك لان العرف كاد يستقل بالحكم على الواقع والجوانب العملية في حياة المسلمين فيقول في عبارة مدح يشبه الذم، بل هو ذم «ومن بينات القوة الروحية العظيمة التي استتمعت بها الشريعة انها بلغت حد فرض نفسها على القانون العرفي، وان كان هذا القانون قد بلغ من ناحية أو كاد يبلغ حد احتكار العمل القانوني من الوجهة المادية» (١٢).

ثم يقرر ان المسلمين وخاصة المتأخرين منهم، كانوا يخالفون احكام الشريعة بالاحذ بالاعراف مع علمهم بالمخالفة، متعللين بأن السلف الصالح كانوا على درجة من الالتزامات جعلهم يُغلبون الشريعة على العرف ومن ناحية أخرى فانهم يحتكمون الى مبدأ الضرورة في تعطيل الاحكام الشرعية (١٣) ويقول: متمما كلامه السابق «وهذا باد من ان الناس تحققوا من وجود قانون عرفي يعارض كثيرا من الاحكام الشرعية، وانهم فسروا هذا من الوجهة التاريخية بأن الاجيال المتأخرة لم تبلغ شأن السلف الصالح، ومن الوجهة الاخلاقية بمبدأ الضرورة التي أغنت عن العمل بالاحكام الشرعية» (١٤).

(١٠) المرجع السابق ٦٤.

(١١) المرجع السابق ٩٧.

(١٢) المنتقى من كلام المستشرقين، من محاضرة شاخت ١١٣.

(١٣) (١٤) المنتقى من كلام المستشرقين، من محاضرة شاخت ١١٣.

وهذه مزاعم لا تستند الى دليل، و يكفي في تهاويها وضعفها ان الكاتب نفسه لم يجد مايسندها من دليل الا استناده الى وقائع احوال المتأخرين ليجعل منها دليلا، ومعلوما ان وقائع الاحوال ليست دليلا على الحكم الشرعي كما قرره علماء الاصول، فانظر الى دليله حين يقول متمما كلامه السابق «وعلى هذا النسق الفكري اوجد عالم مصرى معاصر فيما يتعلق بالخلافة التى تناعى تاريخها أصلا عن قواعد الشرع، قواعد ثانوية موجهة الى التطبيق العملى، ولكنها مع ذلك مصنوعة على طراز تلك القواعد الشرعية، فأما ما يتعلق بالفقه فقد رأى أهله أن يوفقوا بينه وبين العرف المستطاع، مما أفضى في التطور المتأخر للمذهب المالكى المغربى خصوصا الى أن يميزوا عدة تصرفات عرفية لم تكن تعرفها الشريعة من قبل أما العمل العرفى فكثيرا ما حاول أصحابه أن يحتفظوا بمظاهر المطابقة للشريعة على الأقل، في حين أن حقائق الامور كانت بعيدة عنها بعدا شاسعا، وهكذا أقاموا في حالة أخذ السارق والسكران عند ارتكاب الجريمة حدود السرقة والشرب رأسا معتقدين أنهم يطبقون الشريعة، ولكن دون أن يعنوا بالاجراءات الدقيقة التى فرضتها الشريعة، وهكذا ذهب بعضهم الى حد ذبح مجرم يستحق الموت وفاقا لهواء ذبح الضحايا» (١٥).

نظام الحسبة والمظالم والحيل :

بل انه ذهب الى أبعد من هذا كله، وارتقى مركبا ضعبا، ما كان ينبغي لعالم ذى مكانة علمية مشهورة ان يرتقيها، فان ذلك يكلفه ويجعل مكانته العلمية دانية مشرفة على السقوط من قمة هذا المرتقى، اذا لم يكن على مستوى هذا الارتقاء وقادرا على اثبات مدعاه، وما هو بقادر.

يقول : «وانظمة المحتسب وناظر المظالم لا يراد بها الا اجتياز الهوة التى تباعدت شقتها بين منطقة الشريعة ومنطقة الحياة القانونية العرفية، لهذا فهي ليست من الشريعة المحضة. ومنذ الزمن القديم كانت حاجة الشريعة محسوسة الى أن يندمج العرف القانونى وأن تتيح لمن يهمهم الامر الوسائل لعقد تصرفات تقتضيها العادة مع مراعاة أحكام الشريعة الالهية التى تجمع بين المخارج البسيطة، والطرق الفقهية الاوربية. فبهذه الحيل يصل المرء من طريق تصرفات شرعية الى نتائج تطابق الحاجات العملية، ولكن لا تسلم بها قواعد الفقه

(١٥) المنتقى من كلام المستشرقين من محاضرة شاخت ١١٣.

رأساً. فهي من جهة الفقه مخارج ومواضع، ومن جهة العرف جهود في جعل العرف مقبولاً
موافقاً للشرع» (١٦).

ونحن نحاكم هذه النصوص الى الاصول العلمية في تقرير الحقائق بناء على
مقدمات معينة وتصور معين تنبنى عليه ثمار البحث وحقائقه، وبالتالي. على صدق هذا
المدعى او كذبه.

ما هو نظام الحسبة ونظام المظالم؟، وهل هما دخيلان على الشريعة الاسلامية؟ ثم
ما هي تلك الهوة التي يراد شغلها عن طريقهما؟ وبعد اجابة ذلك نستطيع الحكم على القضية
او النتيجة الاولى التي قررها وهي حاجة الشريعة لاندماج العرف القانوني بها حتى تسد
فراغاتها التشريعية. ونتطرق بعدئذ الى القضية او النتيجة الثانية، وهي ان الشريعة
الاسلامية الالهية تجيز الحيل الموصوفة بالشرعية التي لا تسلم بها قواعد الفقه.

اما الحسبة: فهي امر بالمعروف اذا ظهر تركه، ونهى عن المنكر اذا ظهر فعله.
وأصلها من قوله تعالى «ولتكن منكم امة يدعون الى الخير، ويأمرون بالمعروف و ينهون عن
المنكر» (١٧) وما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم - انه وقف على طعام به عيب خفى،
فقال للبائع، ألا أظهرت العيب حتى يعرفه الناس؟ ثم خطب فقال «أيها الناس لا غش
بين المسلمين، من غشنا فليس منا».

والحسبة مطلوبة من كل مسلم رأى منكراً وعرف حكم الشرع فيه، واشترط
بعضهم في المحتسب ان يكون مكلفاً مؤمناً عالماً بحكم الشرع عدلاً عاملاً بالمعروف ومنتهاياً
عن المنكر امثالاً لقوله تعالى «يا أيها الذين آمنوا لم تقولون مالا تفعلون كبر مقتاً عند الله أن
تقولوا مالا تفعلون» (١٨).

والحسبة وان جازت من كل مسلم على رأى جمهور الفقهاء الا انها لا تجب على رأى
بعض الفقهاء الا بتفويض من ولى الامر لما فيها من ولاية واحتكام، ولما قد يؤدي اليه من
فوضى، ويمكن الجمع بين الرأيين في جواز الحسبة على كل مسلم اذا كان نصحاً وموعظة

(١٦) المرجع السابق ١١٣.

(١٧) سورة آل عمران آية ١٠٤.

(١٨) سورة الصف آية ٣.

و يكون فيمن عين من قبل الحاكم اذا كان فوق ذلك كأن اقتضى تغييراً باليد وخشيت الفتنة لو قام بالتغيير آحاد الناس، وعلى كل الاحوال يجوز لآحاد الناس ان يرفع الامر الى والى الحسبة ليأمر أحد اعوانه من المحتسبين لتغيير المنكر، او الامر بمعروف «فالحسبة تشبه في الجملة مهمة النيابة العامة في النظم الحالية، ووالى الحسبة بمقام النائب العام، والمحتسبون بمقام وكلاء النيابة، لانهم قائمون على مراعاة الحقوق العامة المتعلقة بالمجتمع، فهناك بعض شبه من ناحية الاختصاص إذ وظيفة كل منهما تختص بالنظر فيما يتعلق بالنظام العام والآداب مما لا ينبغي لاحد مخالفته او الخروج عليه» (١٩).

وقد أخذت الحسبة اطارها الرسمي الحكومي، في عهد عمر بن الخطاب رضى الله عنه وأصبحت نظاماً تدير عليه الدولة الاسلامية.

واما نظام المظالم او ولاية المظالم: فهي نظام ينظر بمقتضاه في شكوى الناس من القضاة والولاة واعوان الحكام بل والحكام أنفسهم، فهي سلطة قضائية اعلى من سلطة القاضي.

وأصلها في الاسلام داخل في ضرورة رد الحقوق الى اهلها وقرار العدل والمساواة بين الناس، «واذا حكمتم بين الناس ان تحكموا بالعدل» (٢٠).

والى فعل النبى صلى الله عليه وسلم في اكثر من موضع. قال الماوردى وقد نظر النبى صلى الله عليه وسلم المظالم في الشرب - مسيل الماء - الذى تنازعه الزبير بن العوام رضى الله عنه ورجل من الانصار، فقال للزبير: «اسق أنت يازبير ثم الانصارى فقال الانصارى انه لابن عمك يارسول الله، فغضب من قوله، وقال يازبير اجره على بطنه حتى يبلغ الماء الى الكعبين».

ولم ينتدب للمظالم من الخلفاء الاربعة أحد لانهم كانوا في العصر الاول مع ظهور الدين عليهم بين من يقوده التناصف الى الحق أو يزرجه الوعظ عن الظلم، وانما كانت المنازعات تجرى بينهم في امور مشتبهة يوضحها حكم القضاء، ثم بعد عهد علي رضى الله عنه

(١٩) القضاء في الاسلام للدكتور محمد سلام مدكور ١٥٤ بتصرف يسير وانظر تفصيل الحسبة وما يتعلق بها في

الاحكام السلطانية ٢٤١ وما بعدها.

(٢٠) سورة النساء آية ٥٨.

تجاهر الناس بالظلم والتغالب ولم يكفهم زواج العظة عن التمانع والتجاذب، فاحتاجوا في ردع المتغلبين وانصاف المغلوبين الى نظر المظالم الذي يمتزج به قوة السلطنة بنصف القضاء.. وكان أول من أفراد للظلمات يوما يتصفح فيه قصص المتظلمين من غير مباشرة للنظر عبد الملك بن مروان - اى عن طريق قاضية - وكان عمر بن عبدالعزيز اول من ندب نفسه للنظر في المظالم فردها وراعى السنن العادلة واعادها» (٢١).

اما اختصاص والى المظالم فعدها الماوردى في الآتى :-

اولا :

تعدي الولاة على الرعية وأخذهم بالعنف في السيرة.

ثانيا :

جور العمال فيما يحبونه من الأموال فيرجع فيه الى القوانين العادلة في دواوين الائمة فيحمل الناس عليها، ويأخذ العمال بها وينظر فيما استزادوه فان رفعوه الى بيت المال امر برده، وان أخذوه لانفسهم استرجعة لاربابه.

ثالثا :

كتاب الدواوين لانهم امناء المسلمين على ثبوت اموالهم فيما يستوفونه له ويوفونه منه، فيتصفح أحوال ما وكل اليهم.

رابعا :

تظلم المرتزقة من نقص ارزاقهم أو تأخرها عنهم واجحاف النظر بهم فيرجع الى ديوانه في فرض العطاء فيجريهم عليه وينظر فيما نقصوه أو منعوه من قبل، فان أخذه ولاة أمورهم استرجعه منهم، وان لم يأخذوه قضاءه من بيت المال.

خامسا :

رد المغصوب، وهو ضربان، احدهما: غصوب سلطانية قد تغلب عليها ولاة الجور كالأملاك المقبوضة عن أربابها، أما لرغبة فيها، وأما لتعد على اهلها، فهذا يأمر برده ان علم به قبل التظلم اليه، وان لم يعلم به فهو موقوف على تظلم أربابه.

وثانيهما : الغصوب التي تغلب عليها ذوو الايدى القوية بالغلبة والقهر.

سادسا :

تظلم أصحاب الوقوف الخاصة والعامة، فينظر فيها ويمضيها على شروطها.

سابعا :

تنفيذ ماوقف القضاة من أحكامهم لضعفهم عن انفاذها، وعجزهم عن المحكوم عليه لتعززه وقوة يده او لعلو قدره وعظم خطره.

(٢١) الاحكام السلطانية للماوردى ٧٧.

بصلة، بل ويعارضها، واحتاجه المسلمون كنظام لما وجدوا انفسهم في حاجة ماسة الى تطبيقه. وكل ذلك لا يمت الى الحقيقة بصلة كما بيناه - وحتى على فرض انه نظام مستورد فان قواعد الاسلام لا تمنع من استجلاب كل امر ادارى من شأنه المساهمة في تنظيم سير القضايا والمهام بما تقتضيه مصلحة المسلمين في كل زمان ومكان.

فالنتيجة التي رتبها وهي ان الشريعة الاسلامية في حاجة الى اندماج العرف القانونى بها حتى تسد فراغاتها التشريعية. نتيجة لا تصح ولا تقوى على مواجهة ما ذكرناه من الاطار العلمى لنظام الحسبة والمظالم، وان الهوة التي يرمى ويجاهد لاثباتها وهمية لاحقيقية.

أما القضية الثانية التي اثارها Schacht وهي ان الشريعة تحيزما يسمى بالحيل الشرعية في قوله «... أحكام الشريعة الالهية التي تجمع بين المخارج البسيطة والطرق الفقهية الأوربية، فهذه الحيل - وشارته هذه - تحمل شموها لنظام الحسبة والمظالم والمخارج - يصل المرء من طريق تصرفات شرعية الى نتائج تطابق الحاجات العملية، ولكن لا تسلم بها قواعد الفقه رأسا، فهي من جهة الفقه مخارج ومواضع، ومن جهة العرف جهود في جعل العرف مقبولا موافقا للشرع، وقد أنشا الحنفية هذا الفن من الفقه - أى الحيل - وتعهده» (٢٣).

ومدار هذه القضية هو مفهوم الحيل، التي اراد الكاتب ان يجعلها طريقا مشروعاً، اضطر اليه المسلمون لتمرير الأعراف المخالفة والتي لا تسلم بها قواعد الفقه الاسلامي.

وهذا المفهوم بهذا الطرح فيه تشويش وقلب للحقائق، فما يبنى عليه يأخذ صفته وحكمه، وهذه الدعوى سنثبتها بتوضيح ما يستلزمها.

فنقول : ان باب الحيل والمراد بها عند فقهاءنا امر يطول بيانه وشرحه ولكننا سنقتصر على ما يفي بتجليته وبيان أقسامه .

يقول ابن قيم الجوزية : «الحيل اقسام ومراتب :

القسم الأول : الطرق الخفية التي يتوصل بها الى ما هو محرم في نفسه، بحيث لا يحل بمثل ذلك السبب بحال، فمتى كان المقصود بها محرماً في نفسه فهي حرام باتفاق المسلمين،

(٢٣) المنتقى من كلام المستشرقين ١١٣، ١١٤.

وذلك كالحيل على أخذ اموال الناس وظلمهم في نفسهم، وسفك دمائهم، وابطال حقوقهم وافساد ذات بينهم، وهى من جنس حيل الشياطين على اغواء بنى آدام بكل طريق.

وتتنوع الحيل المحرمة الى ثلاثة انواع :

الاول : أن تكون الحيلة محرمة و يقصد بها المحرم.

الثاني : ان تكون مباحة في نفسها و يقصد بها المحرم، فيصير حراما تحريم ائوسائل، كالسفر لقطع الطريق، وقتل النفس المعصومة.

وهذان القسمان تكون الحيلة فيهما موضوعة للمقصود الباطل المحرم، ومفضية اليه، كما هى موضوعة للمقصود الصحيح الجائز ومفضية اليه، فان السفر طريق صالح لهذا وهذا.

الثالث : أن تكون الطريق لم توضع للافضاء الى المحرم، وانما وضعت مفضية الى المشروع كالاقرار والبيع والنكاح والهبة ونحو ذلك، فيتخذها المتحيل سلما وطريقا الى الحرام، وهذا معترك الكلام في هذا الباب، وهو الذي قصدنا الكلام فيه بالقصد الاول.

القسم الثاني : أن يقصد بالحيلة أخذ حق اودفع باطل، وهذا القسم يتنوع الى

ثلاثة انواع:

أولها : ان يكون الطريق محرما في نفسه، وان كان المقصود به حقا مثل أن يكون له على رجل حق فيجحده، ولا بينة له، فيقيم صاحبه شاهدى زور يشهدان به.

ثانيها: ان يكون الطريق مشروعة، وما يقضي اليه مشروع، وهذه هى الاسباب التي نصبها الشارع مفضية الى مسيبتها كالبيع والاجارة والمساقاة والمزارعة والوكالة بل الاسباب محل حكم الله ورسوله، ويدخل في هذا القسم التحيل على جلب المنافع وعلى دفع المضار، وقد ألهم الله تعالى ذلك لكل حيوان، فلأنواع الحيوانات من انواع الحيل والمكر ما لا يهتدى اليه بنو آدم.

ثم قال في هذا القسم: وليس كلامنا ولا كلام السلف في ذم الحيل متناولا لهذا القسم، بل العاجز من عجز عنه، والكيس من كان به أفطن وعليه أقدر، ولا سيما في الحرب، فانها خدعة.

ثالثها : أن يحتال على التوصل الى الحق أو على دفع الظلم بطريق مباحة لم توضع موصلة الى ذلك. بل وضعت لغيره، فيتخذها طريقا الى هذا المقصود الصحيح، أو قد يكون قد وضعت له لكن تكون خفية ولا يفتن لها (٢٤).

وبهذه الشمولية لمعنى الحيل في الشريعة الاسلامية نستطيع تقييم ووزن كلام Schacht. فكلامه في نوع واحد من الحيل المجمع على تحريمها والتي لا يمكن ان تكون طريقا للحكم الشرعي السليم، وهو النوع الاول الذي ذكره ابن قيم الجوزية وذكره الاجماع على تحريمه فقال: «كل من له معرفة بالآثار وأصول الفقه ومسائله ثم انصف، لا يشك في تقرير الاجماع على تحريم الحيل وابطائها ومنافاتها للدين» (٢٥). ويقول ايضا عن الحيل المحرمة: فهذه الحيل لا يحل لمسلم ان يفتي بها في دين الله تعالى، ومن استحل الفتوى بهذه فهو الذي كفره الامام احمد وغيره من الائمة، حتى قالوا: ان من افتي بهذه الحيل فقد قلب الاسلام ظهرا لبطن، ونقض عرى الاسلام عروة عروة» (٢٦).

وكلمة الحيل في عبارة Schacht يراد منها الحيلة غير المشروعة التي عناها ابن قيم الجوزية والمجمع على بطلانها وعدم اعتبارها وليس لكلامه محمل او مخرج الا الحمل على هذه الحيلة المحرمة، فقد جعل منها طريقا لاقرار حكم له الصفة الشرعية استنادا الى العرف رغم معارضة مبادئ الفقه والشريعة له، وهذا صريح قوله «فهذه الحيل يصل المرء من طريق تصرفات شرعية الى نتائج تطابق الحاجات العملية، ولكن لا تسلم بها قواعد الفقه رأسا، فهي من جهة الفقه مخارج ومواضع. ومن جهة العرف جهود في جعل العرف مقبولا موافقا للشرع».

فالفقه «قواعده في رأيه تأبى هذه الحيل والمخارج لكن العرف يريد لها فغلب الفقهاء نداء العرف العملي على قواعد الفقه. فاذا اضيف لهذا كلامه السابق في ان العرف يشكل مساحة وحيزا كبيرا فلن يبق حينئذ للفقه شيء يذكر.

(٢٤) اعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ٣/٣٤٠ وما بعدها بتصرف.

(٢٥) اعلام الموقعين ١٨٦ بتصرف يسير.

(٢٦) المرجع السابق ١٨٨.

وحقيقة الامر أن هذا النوع من الحيل لا يمكن ان يمرره الفقه الاسلامى و يصبح
حكما شرعيا او طريقا الى الحكم الشرعى ومفضيا اليه. وانما يقبل الفقه ذاك النوع المسمى
بالحيل الشرعية المقبولة التى ذكرها ابن قيم الجوزية آنفا وعليها جماهير العلماء.

وبهذا يتهافت قوله في الحيل وصلتها بالعرف في سد الثغرات الشرعية المتوهمة
ويتهافت كلامه من باب أولى ان اراد بعبارته ضم نظام الحسبة والمظالم في اعتبارها نوعا
من الحيل التى يراد منها أن تساهم هى ايضا في سد تلك الثغرات فقد تبين بما لا يخفى مجالا
للسك المعنى المراد من الحسبة والمظالم.

ولا يقف Schacht عند هذا الحد، بل انه يبين أخيرا لنا مدى التناقض في
مفهوماته، ففي الوقت الذي يقول فيه «وكانوا — اى الفقهاء — يحاولون في بعض المواضع
جعل العرف أصلا خامسا الى جانب الاصول الاربعة المعترف بها، نجد هذا حتى في القرن
الخامس الهجرى (الحادى عشر الميلادى)» (٢٧). يقول بعد هذا «على ان الفقه لم يعترف
اعترافا عاما مباشرا بالعرف ولم يجعل له حتى ولا مقاما ثانويا، وما نجده من النقاش في
العرف العام والخاص، وصلتهما بالاجماع وصفتهما التشريعية انما هو نقاش نظري، وفي
الحالات التى تشير فيها الشريعة الى العرف او العادة قلما يقصد بتلك الاشارة العادات
الشرعية، ولم يعترف بأن القانون العرفى ملزم حتى في الحالات التى لم ينص الفقه فيها على
حكم ما» (٢٨).

فهذا الكلام منه افصاح عن قلة معرفة بالعرف ودوره في التشريع الاسلامي
ومكانه المحدد له واطارة الذي يدور فيه، ومفهومه عند الفقهاء ومجالات تطبيقه عندهم.

وبعد هذه التجواله اليسيرة مع فكرة المستشرقين و كلامهم وتصورهم للعرف
كمصدر من مصادر التشريع، سننصب لهم الموازين العلمية الدقيقة للعرف في النظر الاصولي
لنرى كيف ومتى يعتبر العرف مصدرا شرعيا، ومتى لا يعتبر كذلك، ومن خلال هذه
الموازين وبها ينبغى ان نضع كلام اولئك المستشرقين حتى تنكشف سوءات تصوراتهم
فنعرف العرف ونبين اقسامه، وهل هو دليل مستقل وغير ذلك مما يحتاجه المقام وفي حدود
ما يحتاجه.

(٢٧) (٢٨) اصول الفقه لشاخر، دائرة المعارف الاسلامية ٩٦.

العرف في مفهوم علماء الاصول :

تعريفه : هو ما اعتاده الناس وألفوه واستمروا عليه في حياتهم (٢٩).

والعرف حينئذ ينقسم الى اقسام عدة. فقد يكون عرفا قوليا أو فعليا، خاصا او عاما، صحيحا أو فاسدا.

العرف القولي : هو ما تعارف عليه الناس في استعمال الفاظ معينة للدلالة على معان خاصة تختلف عن مدلول الالفاظ في أصل الفقه. كاطلاق لفظ «الولد» على الذكر فقط في حين أنه يطلق في اللغة و يراد به الذكر والانثى. واطلاق لفظ اللحم على ما عدا لحم السمك في حين انه يطلق في اللغة و يراد به ما هو اعم من ذلك فيشمل لحم السمك.

العرف الفعلي : و يراد به ما اعتاده الناس وألفوه من الافعال العادية والمعاملات (٣٠).

فالافعال العادية كالأكل والشرب وغيرها بطريقة معينة، وفي المعاملات كالتعارف على ان توصيل الشيء المشتري الى المنزل على البائع، وكتقسيم المهر الى معجل ومؤجل وغير ذلك.

العرف الخاص : وهو العرف الذي يكون خاصا ببلد او طائفة من الناس فيستعملون ألفاظا للدلالة على أمور معينة خاصة ولا يراد بها نفس مرادها في بلد آخر او في طائفة اخرى كاصحاب المهن او الحرفيين، وكذلك قد يتعارفون على أعمال على خلاف ما تعارف عليه آخرون في بلد آخر أو طائفة أخرى.

العرف العام : وهو ما شاع وتعارف عليه غالب أو جميع الناس على اختلاف امكنتهم وأزمنتهم ومستوياتهم كالتعارف على اكرام الضيف وكاستعمال مياه الحمامات قلت كمية الماء او كثرت بأجرة محددة، وكالتعارف على عقود الاستصناع كخياطة ثوب دون تحديد مدته الى غير ذلك.

(٢٩) وعرفه الامام الغزالي بقوله «العرف ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول» المستصفى ١٣٨/٢.

(٣٠) نظرية العرف للدكتور عبدالعزيز الخياط ٢٤ ورسالة نشر العرف لابن عابدين ١١٦/٢.

العرف الصحيح والفاقد :

يشترط في العرف أيا كان نوعه أن يكون صحيحا بمعنى أن لا يكون مخالفا لنص شرعى أو مفوتا لمصلحة أو جالبا لمفسدة. كتعارف الناس على أن ما يقدمه الخاطب من ثياب وطعام ونحوه يعتبر هدية منه غير داخل في مسمى المهر، ويقاس على ذلك كل ما يتعارف عليه الناس وليس في الأدلة الشرعية ما يمنعه.

أما العرف الفاسد فهو كل ما خالف دليلا شرعيا أو كان جالبا لضرر دافعا لمصلحة، كما لو تعارف الناس على تضمين بعض عقودهم الربا. أو كالتعارف على اختلاط الرجال بالنساء في مناسبات الزواج أو غيره.

فهذا وغيره مما نرده الأدلة الشرعية بنصوصها أو بمقتضى قواعدها العامة.

وعلى هذا نستطيع القول ان العوائد اذا كانت موافقة للشرع وروحه فهي عوائد شرعية والا فهي عوائد غير شرعية فكل ما كان شرعيا منها فهو صالح وما كان غير ذلك فهو باطل فاسد وعلى هذا الأساس وبهذا الوضوح قسم الامام الشاطبي العادات وجعلها خاضعة لاقسام الحكم الشرعى فقال: العوائد المستمرة ضربان، (احدهما: العوائد الشرعية التى أقرها الدليل الشرعى أو نفاها، ومعنى ذلك أن يكون الشرع امر بها ايجابا او ندبا او نهى عنها كراهة او تحريما او أذن فيها فعلا وتركها).

والضرب الثانى : هى العوائد الجارية بين الخلق بما ليس في نفيه ولا اثباته دليل شرعى. فأما الضرب الاول فثابت ابدا كسائر الأمور الشرعية كما في الامر بازالة النجاسات وطهارة، والتأهب للمناجاة، وستر العورات، والنهى عن الطواف بالبيت على العرى، وما اشبه ذلك من العوائد الجارية في الناس.

وإذا كان ذلك كذلك فكيف يسوغ للمستشرقين ان يصنفوا العرف او العادة على انها دليل طارىء ليس من اصل التشريع الاسلامى، و يعتبروه حاكما على الأدلة الشرعية بل على القرآن ذاته.

وقد تصور المستشرقون ان العرف مادام متغيرا من زمن الى آخر ومن مكان الى آخر فان ذلك جعل الفقه الاسلامى متطورا او بمعنى آخر متغيرا متضادا. وهذا لوصح فانما هو بناء

على تصورهم للعرف وتأثيره. وهذا في ذات الوقت غير صحيح البتة، فان العرف مادام في اطار الشرع، فالشرع هو الذي يحسنه او يقبحه لا اعراف الناس وظروفهم الزمانية والمكانية او العلمية والثقافية وما اشبه ذلك، ولو كانت راجعة الى اراء وافكار الناس وتصوراتهم لجاز ان يكون المعروف قبيحا في زمن وحسنا في زمن آخر.

ومن هنا فقد صرح الامام الشاطبي منبها الى هذه القاعدة او النظرة بالنسبة للضرب الاول فقال :

العوائد الجارية في الناس - مما كان داخلا في القسم الاول أى باعتبار الشارع له أو نفيه - اما حسنة أو قبيحة، فهي من جملة الامور الداخلة تحت احكام الشرع، فهذه لا تبديل لها وان اختلفت اراء المكلفين فيها، فلا يصح أن ينقلب الحسن قبيحا ولا القبيح حسنا حتى يقال مثلا ان كشف العورة الان ليس بعيب ولا قبيح فلنجزه، او غير ذلك. اذ لو صح مثل هذا لكان نسخا للاحكام المستقرة المستمرة، والنسخ بعد موت النبي صلى الله عليه وسلم باطل، فرفع العوائد الشرعية باطل.

وعلى ذلك فالعوائد الشرعية كالشرع وهو حاكمها ولا دخل للناس في تغيير احكامها فأحكامها ثابتة لا تتغير شأنها شأن الاحكام المستقرة.

اما الضرب او القسم الثانى وهو العوائد غير الشرعية بمعنى التي لم يرد في نفيها أو اثباتها دليل شرعى. والتي يتأتى فيها الكلام ولعلها نقطة الخلط من المستشرقين اما جهلا او عمدا. فان هذه العوائد فيها المتغير والمتبدل من حسن الى قبح وبالعكس في نظر الناس حسب عوائدهم مثل كشف الرأس فانه يختلف باختلاف البقاع، فهو لذوى المرؤات قبيح في بعض البلاد الشرقية وغير قبيح في البلاد الغربية، فهذا النوع يختلف فيه الحكم الشرعى باختلاف البلاد، فقد يكون قادحا في العدالة عند أهل الشرق، غير قادح عند أهل الغرب، ومع ذلك فهو متغير حتى عند أهل الشرق والغرب في ازمنا اخرى (٣١).

(٣١) راجع تفصيلات ذلك في الموافقات في أصول الاحكام للامام الشاطبي ٢٠٩/٢ وما بعدها بتصرفات والعرف عبدالعزيز الحياط ٣٢ وما بعدها.

العرف ليس دليلا مستقلا

صنف المستشرقون العرف كدليل مستقل بذاته غير مرتبط بغيره من الادلة الشرعية في الفقه الاسلامي. أو بمعنى آخر أن العرف يقرر الأحكام، وافقت أدلة الشرع أم لا.

والحق ان العرف ليس كذلك، بل هو راجع الى دليل من ادلة الشرع على اية حال. فقد يكون راجعا إلى الاجماع. كما في عقد الاستصناع، فقد جرى العرف به من غير نكير فيكون اجماعاً. أو يكون راجعا إلى مصلحة مرسله، وهذا حال كثير من الاعراف. فانها محققة لمصالح، ومرجعها إلى تلك المصالح المرسله. وعدم مراعاة العرف في هذه الاحوال فيه من الحرج ما فيه فوق انه تفويت لمصلحة عامة ترجع على المسلمين بالخير.

ويشير الامام السرخسي الى ان العرف ليس دليلا مستقلا بقوله: الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي. و يعلل كونه دليلا فيما لو استند الى مصلحة فيقول: لان في النزوع عن العادة الظاهرة حرجا بينا (٣٢). ويقول الشيخ محمد ابوزهرة مستدلا على ان العرف اصل من اصول الاستنباط لانه في كثير من الاحيان يتفق مع المصلحة، والمصلحة أصل (٣٣)، ولو كان العرف دليلا مستقلا كما يفهم المستشرقون لما جاز تدخل الشارع في اقرار بعضه ورفض البعض الاخر كاقاره للمضاربة والسلم وبيع العرايا - وهو بيع الرطب على رؤوس النخل بمثله من التمر خرصا - وغير ذلك مما هو متعارف عليه قبل الاسلام. وفي نفس الوقت أبطل الاسلام كثيرا من الاعراف التي اعتبرها اعرافا فاسدة، كابطاله للتبني والغائه عادة العرب في عدم توريث النساء وكالطواف بالبيت عرايا وغير ذلك كثير من الاعراف التي أبطلها الاسلام ولما كان العرف راجعا الى دليل من ادلة الشرع فان الائمة الاربعة وغيرهم اعتبروا العرف في تلك الحالة دليلا معتبرا.

ولعل المستشرقون صدروا في رأيهم حول العرف في الاسلام حينما رأوا تفرعات الاصوليين والفقهاء وتوسيعهم لمجال العرف فيما كتبه حول القواعد الاصولية والفقهية الراجعة الى العرف من مثل العادة محكمة.

(٣٢) المبسوط ١٤/١٣.

(٣٣) مالك. للشيخ محمد ابوزهرة ٤٥٤.

واستعمال الناس حجة يجب العمل بها،
والممتنع عادة كالممتنع حقيقة،
ولا ينكر تغير الاحكام بتغير الازمان،
والحقيقة تترك بدلالة العادة،
والعبرة للغالب الشائع لا للنادر،
والمعروف عرفا كالمشروط شرطا.
والعرف بين التجار كالمشروط بينهم،
والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص،
وانما تعتبر العادة اذا اضطردت أو غلبت،
والثابت بالعرف ثابت بدليل شرعى،
والثابت بالعرف كالثابت بالنص (٣٤).

وهذه القواعد وغيرها ليس فيها ما يشير - عند التحقيق - الى كون العرف دليلا
نذيا للدلالة الشرعية، بل من هذه القواعد ما يشير الى خلاف ذلك. ومنها ما هو بيان وضبط
لمفهوم العرف ومنها ما قصد به تأكيد شروط العرف حتى لا يكون عن هوى ورأى .

وهذه القواعد بمجموعها تشكل نظرية العرف في الفقه الاسلامى. ولا يحق علميا
اخذ بعضها دون الآخر فان الحكم حينئذ غير مطابق للحقيقة كما فعل اولئك حتى وجدنا
Schacht يزعم - كما سبق - ان العرف يشكل اغلبية الاحكام الشرعية، ولعل استنتاجه
ذاك بناء على فهمه الخاطيء لقاعدة «لا ينكر تغير الاحكام بتغير الازمان»، ورأى اختلاف
الاحكام بين الائمة دون ان ينكر بعضهم على الآخر، بل رأى للامام الواحد أكثر من رأى
في نفس الحادثة في مكانين مختلفين فظن ان مرجع ذلك كله العرف كدليل وهذا صحيح في
مجمله كما قال الامام القرافى ان الاحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت،

(٣٤) العرف للشيخ عبدالعزيز الخياط ٤٤ والقواعد الفقهية المذكورة في اول مجلة الاحكام العدلية جمعها
الاستاذ عزت عبيد الدعاس في مواضع متفرقة. والاشباه والنظائر للامام السيوطى ٨٩ - ٩٨ وقواعد
الاحكام للعزبن عبدالسلام ١٧٨/٢.

وتبطل معها اذا بطلت.. وعلى هذا القانون تراعى الفتاوى على طول الايام، فمهما تجدد في العرف فاعتبره، وما سقط فاسقطه (٣٥).

وعندما نظن ان العرف دليل مستقل كما تصور Schacht واضرابه فان محصلة ذلك ستكون فعلا احكاما كثيرة مختلفة متباينة. لكن ذلك كله سيتلاشى اذا علمنا أمرين :
الاول : ان العرف مرجعه الى احد الادلة الشرعية المعتبرة، فالاحكام المبنية على العرف ظاهرا هي في حقيقة الامر موزعة على غيره من الادلة الشرعية. وحينئذ فالاختلاف في الاحكام بناء على العوائد يستند لزوما الى دليل شرعى.

الثاني : ان الاعراف منها الصالح والفاسد، فما كان صالحا فمعتبر شرعا وما كان فاسدا فباطل شرعا. والذي يحدد حسنه وقبحه هو الشرع - كما سبق.

فالشرع في جميع الاحوال حاكم على العرف، فمرجع الاحكام الشرع حقيقة وان كان المرجع للعرف ظاهرا.

و بين هذين الامرين بوضوح و يرد بهما على المستشرقين الامام الشاطبى في قوله :
«معنى الاختلاف ان العوائد اذا اختلفت رجعت كل عادة الى أصل شرعى يحكم به عليها» (٣٦). ولا يخفى اخيرا ان نشير الى ان فكرة المستشرقين عن العرف كمصدر للتشريع، وما ذكره من امور وتطورات حول العرف انما هي مقدمات راموا بها الوصول الى نتيجة وضعوها مسبقا وهى ان الفقه الاسلامى بل اصول هذا الفقه انما تكونت من خليط من المصادر مرجعها افكار الناس وتصوراتهم. و يصرح بهذا كبيرهم Goldziher فيقول عن المسلمين «اما في الأمور الدينية الخاصة بالحياة اليومية فقد اكتفوا في ذلك بعبادات قانونية، وأخذوا في الوقائع المتنازل فيها بما يوحى اليهم الذكاء، واستطيع ان اقول بأنهم اخذوا في ذلك بمقتضى ما يريدون» (٣٧).

(٣٥) الفرق للقرافى ١/٧٦.

(٣٦) الموافقات، ٢/٢٨٦.

(٣٧) العقيدة والشريعة جولد تسيهر ٤٨.

وكلامه هذا صحيح بالنسبة للقانون الروماني فان اساسه عادات كانت تجرى في مدينة روما وكذلك القانون الانجليزي فان اساسه عادات السكسون والنورمان الذين فتحوا بلاد انجلترا (٣٨).

اما بالنسبة للشريعة الاسلامية فانها وضعت العرف في اطار الشرع خاضعا ومحكوما به، ولعل ما نصبناه من أدلة وبراهين كاف في هدم ما بناه المستشرقون من آراء ومزاعم من اساسه، حتى يقيموه على ادلة من جديد ولا أدلة.

الخلفاء الراشدون

دور الخلفاء الراشدين في التشريع عند المستشرقين والرد عليهم :

يعطى المستشرقون للخلفاء الأربعة رضوان الله عليهم دورا في بناء الفقه والتشريع الاسلامي، وهذا الدور انطلقا من فكرتهم القديمة أن القرآن ومصادر التشريع عامة تتخللها ثغرات وفراغات تشريعية لا بد من تصحيحها وملء فراغاتها. وقد ظهرت الحاجة لمثل ذلك لما بدأت الحياة الاسلامية تتشعب ومتطلبات المجتمع المسلم تزداد خصوصا بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم.

يقول Goldizher «بناء على الحاجة الضرورية في الحياة العامة بدأ تطور الفقه الاسلامي مباشرة بعد وفاة النبي (صلى الله عليه وسلم)» (٣٩). وكان دور الخلفاء هو حل المشاكل الجديدة بأرائهم أو بتأويل القرآن» (٤٠) أي أن دورهم كان التبديل والتغيير.

كما يقول Schacht :

«وبموت النبي (صلى الله عليه وسلم) انتهى بالطبع التشريع الذي كان يقوم على

(٣٨) الشريعة الاسلامية صالحة لكل زمان ومكان للشيخ محمد الخضر حسين ٣٣ بتصرف نقلا عن العرف للدكتور عبدالعزيز الخياط ٤٣.

(٣٩) و(٤٠) العقيدة والشريعة جولد تسيهر ٤٥.

The Caliphs continued to solve in an adhoc manner the cases which came before them. The solutions were based on interpretations of the Quran from where they drew their source.

The Text book on Muslim law.

التنزيل أو على حجة النبوة، وكان من الطبيعي ان يحاول الخلفاء الأوائل السير بالأمة الإسلامية على سنة منشئها مسترشدين في ذلك برأى كبار صحابة الرسول، وكانت المبادئ التي استرشدوا بها هي ماورد في الكتاب وماضح من أحكام الرسول فيما لم يرد له ذكر في الكتاب، ولما حاولوا بسط هذه المبادئ المحدودة نوعا ما انتهى بهم الأمر الى التوسع في تأويلها توسعا خرج بها عن معناها الأصلي، وربما كان سببا في ظهور أحاديث جديدة.

وفي الوقت نفسه لم يكن الخلفاء محرومين من الجهود التشريعية ومن تغيير أحكام النبي (صلى الله عليه وسلم)، وربما صح تاريخيا ما تقوله الروايات من أن أبا بكر يحنى حذو النبي (صلى الله عليه وسلم) في هذا الأمر، بينما كان عمر أكثر ميلا الى التعديل والتغيير» (٤١). ولما كانت هذه دعوى تحتاج الى تدليل فقد ذكروا أمثلة استندوا عليها لاثبات دور الخلفاء في استحداث أحكام شرعية من عند أنفسهم وباجتهاداتهم دون أن يكون لهم سند من القرآن أو السنة فهي بالتالي آراء واجتهادات قررت أحكاما شرعية وظلت تلك الأحكام معمولا بها على مر العصور المتلاحقة (٤٢).

وأبرز ما ذكره مثالين :

الأول : ما يعرف عند الفقهاء بالمسألة الحمارية أو المشتركة أو الحجرية وهي : أن تتوفى زوجة عن زوج وأم وأخوين لأم وأخ شقيق وأخت شقيقة. فيكون للزوج النصف وللأم السدس والأخوين لأم والأخ الشقيق والأخت الشقيقة الثلث، وكان المفترض أن يأخذ أولاد الأم الثلث وحينئذ لا شيء للأشقاء.

وكان عمر رضى الله عنه يقضى في هذه المسألة للاخوة لأم فقط، ولما قال له أحد الأشقاء يا أمير المؤمنين ألسنا ولد أم واحدة، هب أبانا كان حمارا أو حجرا ملقى في اليم، فان لم ينفع ينبغي الا يضر، فقضى عمر بأن يشترك جميع الأخوة لأم والأشقاء في الثلث، وقال : ذلك على ما قضينا وهذا على ما نقضى اليوم.

و يريد المستشرقون أن يثبتوا ملء الفراغات الشرعية المزعومة بمثل هذه

(٤١) أصول الفقه لشاخي دائرة المعارف الإسلامية ٥٥.

(٤٢) Of. coulson, a History of Islamic Law The Text book on muslim law.

الاجتهادات التي ترجع الى محض الرأي بزعمهم. وهذا عرض مبسّر للقضية، ولذا لزم توضيح عمل عمر وغيره من الصحابة والخلفاء في هذه القضية لنرى أهو عن رأي كما زعموا.

هذه المسألة يرجع الخلاف فيها من عهد الصحابة رضوان الله عليهم قبل خلافة عمر رضي الله عنه واختلف فيها أيضا التابعون من بعدهم.

وقضاء عمر فيها بحكمين مختلفين يوافقهما ماروي عن ابن مسعود أن له روايتين .

نفس التشريك بين الأخوة لأم والأشقاء وهو احدى الروايتين عن زيد رضي الله عنه وذهب مالك والشافعي الى التشريك بين الاخوة جميعا، وذهب أبو حنيفة وأحمد الى عدم التشريك بينهم.

وهذا الخلاف في الترجيح انما بنى على ترجيحات من المجتهدين ولكل حجته المستندة الى مصدر من مصادر التشريع المعتمدة. وهاك الحجج:

فحجة الذين لم يشركوا بين الاخوة قالوا: ان الله أعطى كل ذي حق حقه، وجعل لكل فرض سببا ووصفا ثابتا، ولا يصح اعطاء فرض لمن لا يقوم به سببه، ولا يتحقق فيه وصفه، فجعل الثلث الذي هو فرض للأخوة لأم لهم وللأشقاء، مخالف لما نص عليه القرآن الكريم في قوله تعالى «فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث» فالسبب الذي جعل أساسا للفرض وهو الأخوة من جهة الأم غير متحقق فيمن عداها، ولأنه لأجل اعطائهم كأولاد يجب الغاء اعتباره قرابة الأب، والغاء القرابة الثابتة لا يتفق مع الحقائق الشرعية، ولأن نقلهم من الميراث بالتعصيب الى الميراث بالفرض نقل من الأقوى الى الأضعف، وذلك ليس بمعروف في الشرع، ولذلك لم يكن اشراك الاخوة لأب عند عدم بقاء شيء لهم وأخذ أولاد الأم مع أن قرابتهم أقوى، فيكون مثلهم الأشقاء ولأن الاعطاء يكون بنص ولانص.

وحسب هذا الرأي انه أظهر الروايتين عن ابن مسعود، وان عمر رضي الله عنه أخذ به زمانا وأن احدى الروايتين عن زيد رضي الله عنه.

وحجة الذين شركوا بينهم أن الأشقاء لهم صفتان: احدهما أنهم أولاد الأم، والثانية أنهم أولاد الأب، وبالاختبار الثاني كانوا عصبية، وغلب على الاعتبار الأول لأنه

الأقوى، والأضعف يذهب اعتباره بجوار الأقوى، ولكن لما لم يبق شيء باعتبار التعصيب، صار هو الأضعف عملاً، فغلب عليه الجانب الآخر، لأنه صار الأقوى، ولا يقاس على الأشقاء الأخوة لأب، لأنهم ليس لهم إلا وصف واحد، فإذا لم يعطهم شيئاً فلا سبيل لأن يأخذوا بأى طريق آخر، إذ لا يعدون بحال من الأحوال من أولاد الأم.

قال الشيخ محمد أبو زهرة — ونحن معه إضافة إلى ما سبق — ولا شك أن الرأي الثانى أقوى دليلاً، وهو أشبه بالاستحسان، والأول أشبه بالقياس، إذ أن القياس الظاهر أدى إلى الأخذ بأولاد الأم والأب شيئاً، وهذه نتيجة بلا شك لا تحسن في نظر الناس، وفي المنطق الشرعى، فأعمل القياس الحفى، وهو الوصف المشترك بينهم وبين أولاد الأم، فورثوا بهذا الاعتبار، وليس لأحد أن يجادل في تحقيق هذا الوصف (٤٣).

ومن هذا يبين أن دعوى المستشرقين وزعمهم أن عمر رضى الله عنه يقوم بعملية ترقيع وملء للفراغ التشريعي دعوى باطلة، فإن اجتهاده إنما كان عن دليل سواء اجتهاده الأول أو الثانى، وإن قوله ذلك على ما قضينا وهذا على ما نقضنا إنما استند في الحالين إلى ما أوصله له اجتهاده المبني على الدليل، ولا يعد ذلك نقضاً للاجتهاد الأول وفقاً للقاعدة المتفق عليها عند علماء الفقه والأصول أن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد.

قال السيوطى: وعلته أنه ليس الاجتهاد الثانى بأقوى من الأول، وأنه يؤدي إلى أنه لا يستقر حكم في ذلك مشقة شديدة، فإنه إذا نقض هذا الحكم نقض ذلك النقض، وهلم جرا (٤٤).

وكذلك الذين خالفوا عمر رضى عنه إنما بنوا رأيهم واجتهادهم على دليل.

ومحل النزاع بيننا وبين المستشرقين هو الاجتهاد لا عن دليل، فإذا ثبت أن الاجتهاد هنا عن دليل كما اثبتناه، تداعت دعواهم وغدت زعماً محضاً.

(٤٣) أصول الفقه لأبى زهرة ١٦٤.

(٤٤) الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية للإمام السيوطى ١٠١ مطبعة مصطفى البابى الحلبي

بمصر ١٣٧٨ - ١٩٥٩.

المثال الثاني : المسألة المنبرية، ويدعى أحد المستشرقين انها مسألة قضى فيها الخليفة على بن أبي طالب رضى الله عنه على خلاف توزيع القرآن (٤٥).

وحاصل هذه المسألة ان يتوفى الزوج و يترك زوجة و بنتين وأما وأبا فالزوجة هنا ستأخذ الثمن والأم السدس ومثلها الأب وللبنتين الثلثان وهى مسألة عائلية، أى زادت فيها السهام عن أصل التركة، وتوزيعها معروف مشهور بين علماء الفرائض، ولا نعرف وجه الغرابة والمضادة بينها وبين توزيع القرآن الكريم.

ويؤكد Pearl من خلال هذين المثالين أن الخلفاء يزاولون مهمة ملء الفراغ التشريعي القرآنى (٤٦).

ونحن نؤكد أنه زعم باطل كما أثبتنا، فان مايقوم به الخلفاء انما هو تطبيق لنصوص الشريعة أو تطبيق لروح الشريعة وقواعدها العامة وفق المقاصد الشرعية المتوخاة، وحاشاهم ان يعطلوا نصا أو يجيدوا عنه أو يتحايلوا عليه أو يبتدعوا رأيا غير مستند الى دليل شرعى معتبر.

المثال الثالث : حد شارب الخمر، وهو عقوبة مقررة شرعا الا أنها غير محددة وقد جعلها أبوبكر رضى الله عنه أربعين جلدة. واوصلها عمر وعلي رضى الله عنهما ثمانين جلدة قياسا على حد القذف، وهو ثمانون جلدة، وهذا في نظرهم ملء للفراغ التشريعي الذي استمر حتى عهد بنى أمية.

(٤٥) The second example of this process of decision making is taken from the caliphate of Ali and is known as the Minbariya (or pupil Case). Ali was faced with the problem of the distribution of an estate between a wife, a mother and two daughters. The Qur'anic distribution would have produced a situation where the state was exhausted before all the heirs had been fully satisfied. The two daughters obtained 2/3, the father and mother 1/6 each and the wife 1/8. In solving the difficulty, Ali adopted the principle of proportionate abatement: thus the wife's share was reduced from 1/8 to 1/9 and the shares of the other relations were abated in proportion.

(٤٦) These two decisions exemplify the piecemeal character of the Caliphs judgements. They were content to solve problems as and when they arose. In essence, they were filling in the gaps to the Qur'anic legislation.

The Text book on Muslim law.

صفحة ٦

ولننظر الآن مقالاتهم هذه وحيثياتها لنتمكن من الحكم على نتائجها.

يقول الامام الغزالي «لم يجد الشرع مقدار في الشرع ، بل أتى النبي صلى الله عليه وسلم بشارب، فأمر حتى ضرب بالنعال وأطراف الثياب وحشى عليه التراب، فلما آل الأمر الى أبى بكر قدر ذلك بأربعين ورآه قريباً مما كان يأمر به النبي صلى الله عليه وسلم، وحكم بذلك عمر مدة، ثم توالى عليه الكتب من أطراف البلاد تتابع الناس في الفساد وشرب الخمر واستحقار هذا القدر من الزجر. فجرى ماجرى في معرض الاستصلاح تحقيقاً لزجر الفساق (٤٧).

فحد شرب الخمر ليس مقدراً في الأصل وفعل النبي صلى الله عليه وسلم لا يدل على التقدير المحدد ولذا فقد اجتهد أبو بكر فجعله أربعين تقديراً ومقاربة لفعل النبي صلى الله عليه وسلم. وعمر تابع أباً بكر أولاً، لكن شكاوى الناس والولاء جعله يرفع الحد الى ثمانين، وهذان الحكمان المختلفان من أبى بكر وعمر لا يشيران الى تضارب في رأى حسب الشهوة والهوى، وليست العملية ملء فراغات كما يتصور أولئك.

فأبو بكر استند الى فعل النبي صلى الله عليه وسلم. ولو حدد النبي صلى الله عليه وسلم مقدارا محددًا ماجاز لأبى بكر أن يجاوزه، ففعل النبي صلى الله عليه وسلم. دل على أن الأمر في تقدير الحد متروك لولى الأمر، ولذا ساع للعلماء الاختلاف فيه وتكييفه حسب اجتهادهم فذهب الأئمة مالك وأبو حنيفة وأحمد والاوزاعى والثورى وغيرهم الى أن حده ثمانون واحتجوا بأن ذلك ما أجمع عليه الصحابة في عهد عمر، فقد وافقوه على تحديده بالاجتهاد بثمانين جلدة مراعين علته في ذلك من تتابع الرسائل وكثرة الفساد باستحقار قدر الاربعين، وعدم زجره للعاصين. ورأوا ان ما فعله عمر انما هو اجتهاد انبنى على مصلحة مرسله وذهب الامام الشافعى والظاهرية الى أن حد شرب الخمر أربعون جلدة، لكنهم قالوا ان للإمام ان يزيده حتى يبلغ ثمانين، وهذه الزيادة حينئذ من باب التعزيز، وأيدهم في تقرير الأربعين ماروى عن أنس ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يضرب في الخمر بالنعال والجريد أربعين لكن مجموع ماورد من الأحاديث يدل على عدم التحديد بالأربعين.

(٤٧) شفاء الغليل للامام الغزالي ١٨٩.

وقد يلحق بعض الأصوليين هذه المسألة بالقياس على حد القذف لما قال علي بن أبي طالب رضي الله عنه من شرب سكر، ومن سكر هذى ومن هذى افتري، فأرى عليه إذا حد المفترى، وهو ثمانون جلدة.

وعند التحقيق في هذه المسألة نعسر علينا التوصل الى صحة القياس وتوافر شروطه وأركانها، فالقياس تعديه حكم منصوص عليه الى محل آخر بعلة موجودة في ذلك المحل. فليست نفس العلة متحققة صراحة في الاثنین، فالعلة في القذف الاعتداء على عرض الغير وليس ذلك بعينه في شرب الخمر، لكن شرب الخمر مظنة للوقوع في قذف العرض، فنزل الامام علي رضي الله عنه المظنة منزلة المئنة (المظنون) وذلك سائغ شائع في مقاصد الشرع فما رآه الامام علي مصلحة مرسله مناسبة لتصرفات الشارع تشهد لها النصوص الكثيرة وهذا ما يسمى عند علماء الأصول بـ «الاستدلال المرسل» وعلى أية حال كان الامر فان مالا خلاف فيه أن اختلاف المجتهدين في هذه المسألة انما هو مبنى على دليل الاجتهاد، ولم يقل أحد منهم ان الدين ناقص في هذه المسألة — والعياذ بالله — وهو فراغ ينبغي ملؤه من عندنا وبارائنا المحضه.

وبهذا يبين ان النتيجة التي رتبها المستشرقون نتيجة غير منسجمة والمقدمات التي ذكرناها وأن الفراغ الذي عنوه غير موجود بالصورة التي تخيلوها (٤٨).

ومن ناحية أخرى فان القسم الأكبر من المسائل التي يحملها أو يظنها المستشرقون عملاً ترقيعياً وسداً للفراغات التشريعية من قبل الخلفاء هو في حقيقة الأمر تطبيق للسياسة الشرعية التي يسوس بها الراعي رعيته في قضاياها الاجتماعية والاقتصادية والسياسية ويدخل في ضمن ذلك توهم Goldziher حين قال: «هذه الحروب المتوالية بما كان فيها من الفتوح الجديدة كانت تتطلب وضع قواعد لحقوق المحاربين، وزيادة على هذا، وضع الأنظمة لشعوب البلاد المفتوحة، سواء في ذلك الوضع السياسي لهؤلاء الخاضعين، أو الوضع الاقتصادي لتلك الشعوب. وكان عمر (رضي الله عنه) — على وجه أخص — الخليفة المتحمس الذي أسس الدولة الإسلامية على الحقيقة.

(٤٨) يقول Pearl :

This result was arrived at by analogy with the offence of false accusation of unchastity, (gadhf) where the Qur'an had fixed the penalty at 80 lashes.

The Text book on Muslim law.

وقد ساعدت فتوحه في الشام وفلسطين ومصر في وضع الأحكام الأولى لتلك العلاقات السياسية والاقتصادية (٤٩).

فتصرفات أمير المؤمنين عمر رضوان الله عليه وسائر الخلفاء ليس فيها خروج على نصوص القرآن الكريم أو السنة المطهرة، وإنما هو عمل في ضمن قواعدهما العامة، وغالبها أمور داخلية في جوزة المصالح الشرعية وسياسة الأمة بما يصلحها معاشا ومعادا وكما قرر العلماء قاعدة «تصرف الامام منوط بالمصلحة» (٥٠) فان له أن يصرف أمور المسلمين فيما يعود عليهم بالخير والصلاح، وهذا واجبهم تجاه الأمة قال تعالى في الآية التي سماها العلماء آية الامراء «ان الله يأمركم ان تؤدوا الأمانات الى أهلها، واذا حكمتم بين الناس ان تحكموا بالعدل، ان الله نعمًا يعظكم به ان الله كان سميعا بصيرا، يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم، فان تنازعتم في شيء فردوه الى الله والرسول، ان كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا» (٥١).

آراء القضاة والفقهاء

دور القضاة والفقهاء في التشريع عند المستشرقين والرد عليهم:

رأينا فيما سبق ان المستشرقين اعتبروا من مصادر التشريع الاسلامي المادية Material Sources أعمال القضاة وأراءهم، وهذا مصدر تشريعي خارجي بمعنى انه لا يمت الى المصادر التشريعية الاساسية بصلة، بل هو محض رأى للفقهاء، الذين كان لهم دور رئيس في تطوير الفقه الاسلامي بما ابتدعوه من آراء واجتهادات، خصوصا في عهد بنى امية، كما يزعم Schacht بأن القضاة الامويين المتأخرين حملوا مجال القانون افكارا دينية واخلاقية

(٤٩) العقيدة والشريعة ٤٥.

(٥٠) راجع في تفصيل هذه القاعدة الاشباه والنظائر للسيوطي ١٢١.

(٥١) سورة النساء آية ٥٨، ٥٩ وراجع ما ذكره ابن تيمية على هذه الآية من تفصيل في كتابه «السياسة الشرعية في اصلاح الراعي والرعية» ٤ ط دار الكتب العربية، بيروت.

واخضعوه للقواعد الاسلامية وجعلوه جزءاً من مجموعة الواجبات المفروضة على كل مسلم (٥٢).

وزعم غيره بأن «الامويين مسؤولون عن افعال نظام القاضى، فالقاضى كان يعمل كضابط قضائى يعينه في العادة الحاكم في المنطقة المعنية، وهم بهذه الصفة كانوا يلقون معارضة عدائية من العلماء في الامة، وقد اتخذ العلماء كجماعة، موقف القضاة خاصة بعد ان تم تعيينهم من قبل أنفسهم، أى أنهم كيفوا أنفسهم، ومن المؤكد أن بعض القضاة، وخاصة في العهد المبكر، كان عرضة للتأثر الا أننا نجاني الحقيقة اذا قلنا بأن جميع القضاة كانوا يتصرفون بهذه الاسلوب، فالواقع ان العكس صحيح فأحكام القضاة في القضايا المطروحة عليهم شكلت نفوذاً محلياً قوياً حول مدن معينة، وقد انتقل ذلك عبر القرون بصفته تعبيراً حيويًا عن العملية القانونية الاسلامية، ومن الطبيعي ان تطور القانون في محاكم القضاة قد أظهر غرائب واضحة من منطقة لاخرى في مثل هذه الامبراطورية المترامية الاطراف، وهي الامبراطورية الاموية، وللمرء ان يستنتج ان الامراء كانوا يتدخلون فعلاً من حين لآخر الا أن القضاة بشكل عام ومن حيث القاعدة العامة كانوا احرار في تفسير وتطوير القانون الاسلامى بطريقتهم الخاصة، ويمكن ملاحظة حدوث انقسام في هذه المرحلة المبكرة بين تصرف القضاة في الكوفة بعكس التصرف في المدينة، فمنهج المدينة بشكل عام يمثل التفسير الحرفى للاوامر القرآنية بخلاف منهج الكوفة» (٥٣).

ويصور Schacht الفقهاء والقضاة المسلمين بأنهم كانوا يعملون في المجال التشريعي دون ان تكون لديهم خطة او منهج يهتدون به، بل غايتهم هى عملية التوفيق بين القوانين والاعراف التي كانت موجودة وبين مبادئ الدين فيقول «قامت مبادئ التشريع الاسلامى لأول مرة في المدينة ثم في العراق والشام، وأولئك الرجال الصالحون الذين عملوا بادىء الأمر دون ان تكون لهم خطة مرسومة أو منهج معين، كانت غايتهم تصحيح مادة

Muslim an introduction to Islamic law. Schacht. Oxford 1964.

(٥٢)

The Text book on Muslim law.

The Text book on Muslim law.

(٥٣)

القوانين التي كانت موجودة عند ذلك، والتوفيق بينها وبين مبادئ الدين الاسلامي وسلوكها في نظام خاص (٥٤).

وإذا أردنا جمع كل هذه الدعاوى فيمكن للرد عليها حصرها في ثلاث :
الاولى : أن رأى القاضى مصدر تشريعي من مصادر التشريع.
الثانية : أن للحاكم او الخليفة تأثيرا ودخلا في احكام القاضى.
الثالثة : ان آراء القضاة أدت الى اختلاف الاحكام من قطر الى اخر.

الاولى : رأى القاضى مصدر تشريعي من مصادر التشريع.

يرى المستشرقون أن القاضى بما يصدره من أحكام يمثل برأية مصدرا تشريعا حرا لا يتقيد فيه الا بما يمليه فكره ورأيه، وحرية هذه يستمدتها من وجود فراغات في الفقه والتشريع الاسلامي لا بد من ملئها.

وإذا كان من المعروف ان الحكم على الشئ فرع عن تصوره ومعرفة، فان من الواضح ان المستشرقين لم يتصوروا حقيقة القضاء ومهمة القاضى في الاسلام اذا أحسنا الظن بهم.

فيعرف علماؤنا القضاء بأنه قول ملزم يصدر عن ولاية عامة، او هو الاخبار عن حكم شرعى على سبيل الالزام (٥٥). والذي يقوم بهذه المهمة هو القاضى .

وهذا التعريف يفصح عن مهمة القاضى بشكل دقيق، فمهمته ان ينطق بالحكم الشرعى على القضية امامه، وحكمه هذا يأخذ صفة الالزام، وصفة الالزام هذه استمدتها من الشرع لامن عنده، فلوقضى بخلاف الشرع لم ينفذ حكمه، فموقع القاضى اذا هو موقع الكاشف عن الحكم الشرعى لا المنشئ له، فليست مهمته اصدار احكام جديدة لاعهد للشارع فيها، او بمعنى اصح ليست على وفق مقتضى الشرع. وانما دوره اظهار وبيان حكم الشرع.

(٥٤) اصول الفقه لساخت، دائرة المعارف الاسلامية ٥٧.

(٥٥) القضاء في الاسلام الدكتور محمد سلام المذكور ١١ نشر دار النهضة العربية بمصر.

ولكى يتأهل القاضى لاصدار الحكم الشرعى لابد ان يجوز شروطا تأمن تأثره
بمحض رأيه وهواه ولكى لا يكون قضاؤه مصدرا تشريعيًا وهو حينئذ على خلاف مقتضى
المصادر الشرعية المعتمدة. من أجل ذلك احاط العلماء القاضى بشروط تضمن كل ذلك.

فاشترطوا ان يكون رجلا مسلما عاقلا عادلا معافى في سمعه وبصره ولسانه
واشترطوا فيه ايضا ان يكون عالما بأصول الاحكام الشرعية (٥٦).

قال الماوردى: واصول الاحكام في الشرع اربعة: الأول علمه بكتاب الله عز
وجل على الوجه الذي تصح به معرفة ماتضمنه من احكام ناسخا ومنسوخا ومحكما ومتشابها
وعموما وخصوصا ومجملا ومفسرا.

والثاني: علمه بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم الثابتة من أقواله وأفعاله وطرق
مجيئها في التواتر والاحاد والصحة والفساد، وما كان على سبب او اطلاق.

والثالث: علمه بتأويل السلف فيما اجتمعوا عليه، واختلفوا فيه لاتباع الاجماع
ويجتهد برأيه في الاختلاف.

والرابع: علمه بالقياس الموجب لرد الفروع المسكوت عنها الى الاصول المنطوق
بها، والمجمع عليها حتى يجد طريقا الى العلم بأحكام النوازل وتميز الحق من الباطل، فاذا
احاط علمه بهذه الاصول الاربع في احكام الشريعة صار بها من اهل الاجتهاد في الدين،
وجازبه ان يفتى ويقضى، وجاز له ان يستفتى ويستقضى، وان اخل بها او بشيء منها
خرج من يكون من اهل الاجتهاد، فلم يجوز ان يفتى ولا ان يقضى، وجوز ابو حنيفة تقليد
القضاء من ليس من اهل الاجتهاد (٥٧).

(٥٦) راجع تفصيل الشروط في المرجع السابق ٣٧ وما بعدها والمغنى ١٨٣/٩. وحاشية ابن عابدين ٣٢٩/٤
الطبعة الثانية سنة ١٩٢٥ وحاشية الدسوقي ١٢٩/٤ والبدائع ٣/٧ وادب القاضى للماوردى
٢٧٣/١.

وقال الماوردى في الاحكام السلطانية: ولا يجوز ان يقلد القضاء الا من تكاملت فيه شروطه التى يصح
معها تقليده وينفذ بها حكمه، ٦٥ الطبعة الثانية مطبعة مصطفى البابى الحلبي بمصر ١٣٨٦ هـ،
١٩٦٦ م.

(٥٧) الاحكام السلطانية للماوردى ٦٦.

ومن هذا يتبين أهمية هذا الشرط الاخير الذي يكشف عن اداة القاضى التي يكشف بها عن الحكم الشرعى، وهو العلم والدراية الحاذقة في استنباط الحكم وتقرير القضية للفصل بين الناس فاذا وجد المجتهد فهو المقدم لادارة هذا المنصف، فان لم يوجد جاز لغيره مادام مؤهلا للكشف عن الحكم فلن يصدر في الحكم عن رأيه وانما يعكس الحكم الشرعى بالرجوع الى النصوص الحاكمة من الكتاب والسنة والاجماع والقياس وما اليها مما يرجح من الادلة المختلفة فيها.

فان حكم بخلاف ذلك نقض حكمه ولا عبرة به (٥٨).

وزيادة امان فوق تلك الشروط الزم الفقهاء القاضى بالمشاورة لقوله تعالى «وشاورهم في الامر» (٥٩)، وقوله «وأمرهم شورى بينهم» (٦٠).

قال الماوردى : القاضى مأمور بالمشاورة في احكامه وقضاياه وهى ضربان :

أحدهما : ظاهر جلى قد حصل الاتفاق فيه، وانعقد الاجماع عليه، فلا يحتاج في مثل هذا الى مشاورة.

والضرب الثانى : نوازل حادثة لم يتقدم فيها قول لمتبوع، او ما اختلف فيه العلماء من مسائل الاجتهاد فهو الذي يؤمر بالمشاورة فيها، ليتنبه بمذاكرتهم ومناظرتهم على ما يجوز ان يخفى عليه، حتى يستوضح بهم طريق الاجتهاد فيحكم باجتهاد دون اجتهادهم.

فان لم يشاور، وحكم نفذ حكمه، اذا لم يخالف فيه نصا او اجماعا او قياسا جليا غير محتمل (٦١).

(٥٨) ينقض قضاء القاضى في الاتى:

الاول : ان يكون الحكم مخالفا لنص او اجماع او قياس جلى.
الثانى : اذا كانت صلاحية القاضى للحكم في الدعوى محل خلاف كأن يكون احد طرفى الدعوى اباه او ابنه او زوجته ممن كانت قرابته له اكيدته وبحكم لصالح ذلك القريب، وأن يكون بينه وبين احد طرفى الدعوى خصومه أو عدااء وبحكم عليه فان وقع قضاء في مثل هذا فانه ينقض. راجع للتفصيل القضاء في الاسلام للدكتور محمد سلام مدكور ٦٢ والمغنى ٥٦/٩ وحاشية الدسوقي ١٥٢/٤.

(٥٩) آل عمران : آية ١٥٩.

(٦٠) الشورى آية ٣٨.

(٦١) ادب القاضى للماوردى ٢٦٠/١.

واضافة لذلك كله فقد انشأ المسلمون ما يسمى بولاية المظالم وهى سلطة فوق سلطة القاضى ومن مهامها النظر في شكاوى الناس . وتظلماتهم من القضاء .

فهل يمكن القول والحال هذه ان اراء القضاة واحكامهم غدت مصدرا من مصادر التشريع عند المسلمين، فليراجعوا اسفار الفتاوى في كل المذاهب وعلى مدار العصور فان استطاعوا ان ينتخبوا منها مايسند رأيهم فليفعلوا، ولن يجدوا إلا احكام الشرع يتلوها القضاة وكفى .

الثانية : علاقة الخليفة بالقاضي

يتصور المستشرقون أن علاقة الحاكم او الخليفة بالقاضى علاقة يتدخل فيها تأثير الحاكم، وهذا التصور ينم عن قصور في أحوال القضاة ومايتعلق في تعيينهم وعزلهم وما لهم وما عليهم .

وفيما يلي سنوضح هذه الجزئية كى نؤكد خطأ تصورهم .

تعيين القضاة وعزلهم:

لابد لولاية القضاء من الانابة من الخليفة وهى فرض للفصل بين الناس في خصوماتهم .

وهذه التولية لا تعنى ان القاضى اصبح موظفا خاضعا لاوامر الخليفة، بل ان سلطته بعد التولية تشمل حتى الخليفة نفسه، فاذا كان طرفا في قضية فلا يتردد القاضى في الحكم له او عليه كما قضى شريح بين أمير المؤمنين علي بن ابي طالب رضى الله عنه وخصمه اليهودي . وكما قضى ابو يوسف على أمير المؤمنين هارون الرشيد وخصمه المسيحي . وكان الحكم في القضيتين لصالح خصمى الاميرين فتعيين الخليفة للقاضى فرض عليه بصفته خليفة، ولذا قال علماؤنا: لو خلا بلد من قاض، فقلد اهل البلد على انفسهم قاضيا منهم، كان تقليدهم له باطلا ان كان في العصر امام لافتياتهم عليه فيما هو احق به، بل قالوا فوق ذلك: لم يجر للقاضي حينئذ ان ينظر بينهم ملزما . فان نظر بطلت أحكامه وصار بها مجروحا (٦٢) .

(٦٢) ادب القاضى للماوردى ١/١٣٩ .

فالقاضي والحال هذه يستمد سلطته من منصب الامامة الذي عقدته الامة للامام، ولذلك فان عزل القاضي من قبل الامام لا يجوز الا بمسوغ يقتضى العزل، فان لم يوجد هذا المسوغ فلا يحق له عزله، لان عقده لمصلحة المسلمين، وقد تعلق به حق الامة، فلا يملك عزله مع سداد حاله، ومثله في ذلك مثل الوكالة اذا تعلق بها حق الغير

وكذلك لو مات او خلع السلطان او نائبه الذي ولى القاضي فانه لا ينزل، ولا يحتاج الى تعيين جديد، لانه في الواقع انما يستمد ولايته القضائية من الولاية العامة الحاصلة لولى الامر بتولية الامة له، فهو في الحقيقة وكيل عن الامة ويحكم باسمها، وليس وكيلاً عن السلطان ذاته (٦٣).

وأما عن العلاقة المباشرة بين الامام والقاضي، فان القاضي حر لاسلطة فكرية او مذهبية عليه من الامام، لان القاضي يتحرى ما يراه صواباً وفق اجتهاده سواء وافق رأى الامام او مذهبه او خالفهما ومن هنا فليس للامام ان يقيد القاضي بمذهبه.

فلا يلزم في تقليد القضاء ان يكون مذهب الامام موافقاً لمذهب القاضي، ولا يمنع اختلاف مذهبيهما من التقليد بينهما، فيجوز للشافعي ان يقلد حنفيًا وللحنفي ان يقلد شافعيًا، لان على القاضي ان يحكم بمذهبه لا بمذهب غيره، ويعمل على اجتهاد نفسه لا على اجتهاد غيره.

فان كان شافعيًا فاداة اجتهاده في قضية ان يحكم بمذهب ابي حنيفة جاز (٦٤). ولقد اتفقت كلمة الفقهاء على بطلان تقييد الامام للقاضي بمذهب معين.

يقول ابن قدامة: «فان قلده على هذا الشرط بطل الشرط» (٦٥).

(٦٣) ادب القاضي للماوردي ١٣٨/١ والقضاء في الاسلام للدكتور محمد سلام مدكور ٤٥، والمغنى لابن قدامة ١٠٣/٨.

(٦٤) ادب القاضي للماوردي ١٨٤/١.

(٦٥) المغنى لابن قدامة ١٠٦/٩.

وقال الماوردي: ان شرط المولى في عقد التقليد ان لا يحكم الا بمذهب الشافعي أو بمذهب ابي حنيفة، فهذا على ضربين:

احدهما: ان يكون الشرط عامًا.

الثاني: ان يكون خاصًا.

وبمجموع هذا الذي ذكرنا ارتفعت منزلة القاضي عن ادنى شبهة من تأثير الامام عليه وعلى وظيفته، ولم يقف الامر عند هذا الحد، بل ان القاضي يتنزه في وظيفته من تأثير عموم العلماء أو خصوص من يشاورهم في الامر مادامت الشورى مطلوبة منه في بعض الأحوال.

فليس على أهل الشورى اذا خالفوه في حكمه ان يعارضوه فيه ولا يمنعوه منه اذا كان مسوغا في الاجتهاد، بل ان القاضي اذا لم يصل باجتهاده الى حكم الحادثة، فانه يتنحى و يستخلف في هذه المسألة من يحكم باجتهاده، لانه ملزم بالحكم فلا يجوز ان يلزم مالا يعتقد لزومه.

ومفروض مع هذه المنزلة العاليه انه انما يشاور العالم بالكتاب والسنة والآثار الى جانب أقاويل الناس والقياس ولسان العرب، وبعبارة جامعة كل من يصح له ان يفتى في الشرع يجوز للقاضي ان يشاوره. ومع ذلك لا يعول القاضي على مشاورة الواحد، بل ان يجمع عددا ينكشف بمناظرتهم ما غمض و يتوصل بها الى ما خفى ولا يقلدهم وان كانوا عددا حتى يصل الى علم الحادثة بما يقتضيه الدليل و يوجبه.

== فان كان عاما: فقال لا يحكم في جميع الاحكام الا بمذهب الشافعي او بمذهب ابي حنيفة كان هذا الشرط باطلا سواء كان موافقا لمذهب المولى او مخالفا، لانه قد منعه من الاجتهاد فيما يجب فيه الاجتهاد، واما صحة التقليد وفساده فمعتبر بشرطه.

وان جعله بلفظ الشرط في العقد. فقال على أن تحكم بمذهب ابي حنيفة ان جعله امرا او على ان لا تحكم بمذهب الشافعي، ان جعله نهيا بطل التقليد لفساد الشرط، لانه معقود على شرط فاسد، وقال اهل العراق لا يبطل التقليد وان بطل الشرط كما لو لم يخرج في العقد مخرج الشرط. واما الضرب الثاني: وهو ان يكون الشرط خاصا في حكم بعينه فلا يخلو من ان يكون امرا او نهيا.

فان كان امرا فقال اقد المسلم بالكافر ومن الحر بالعبد كان امره بهذا الشرط فاسدا، فان تجرد عن لفظ الشرط صح التقليد مع فساد الشرط، وان قرنه بلفظ الشرط بطل التقليد لفساد الشرط. وان كان الشرط نهيا فعلى ضربين:

احدهما: وان ينهاه عن الحكم في قتل المسلم بالكافر والحر بالعبد ولا يقضى فيه بوجوب قود ولا باسقاطه، فهذا شرط فاسد وتقليد صحيح. والضرب الثاني: ان لا ينهاه عن الحكم فيه وينهاه عن القضاء بالقصاص فعلى وجهين: احدهما يكون صرفا عن النظر فيه. فيكون التقليد صحيحا فيما عداه، والوجه الثاني ان لا يتقضى الصرف و يصير النهي عنه امرا بضده اى ان يقضى من المسلم بالكافر ومن الحر بالعبد.

فان تجرد عن لفظ الشرط صح التقليد مع فساد الشرط وحكم فيه بما يؤديه اجتهاده اليه من وجوب القود او اسقاطه، وان اقترن بلفظ الشرط بطل التقليد لفساد الشرط. ادب القاضي للماوردي ١٨٧/١ والاحكام السلطانية ٦٨.

الثالثة : اختلاف الاحكام بين الأقطار الاسلامية

حقيقة ان هناك اختلافا في الاحكام بين الاقطار الاسلامية خصوصا بين المدينة والكوفة. الا ان هذا الاختلاف مرجعه الى ظروف الزمان والمكان والدليل الذي يرجع إليه القاضي وقدرة القاضي على ترجيح رأى دون آخر وهذا في قليل من المسائل الشائكة، اما عموم القضايا بين الناس فاطلاق عبارة الاختلاف تنقصها الدقة المطلوبة.

ولقد خفف من تباعد الاحكام واختلافها او تعارضها فصل القضاء عن الولاية، فبعد ان اتسعت رقعة الدولة الاسلامية وكثرت الفتوح في عهد عمر بن الخطاب رضى الله عنه. وكثرت الخصومات احتاج عمر الى فصل القضاء عن الولاية، ففصل بين السلطة التشريعية والتنفيذية فعين على الامصار الاسلامية قضاة وولاة، وتخصص بعض القضاة بانواع محددة من القضايا كالخصومات المالية والمدنية دون الجنائيات التي ظلت بأيدي الولاة (٦٦). اصف الى هذا ان الخلفاء كانوا يتعهدون القضاة بين الفينة والاخرى بالنصيحة والارشاد كرسالة امير المؤمنين عمر بن الخطاب الى ابي موسى الاشعري، وهى رسالة عميقة الدلالة تعكس أهمية القضاء وخطورة مهمة القاضي، وفيها من الارشادات الدقيقة والتوجيهات الحميدة ما لا يستغنى عنه قاض (٦٧).

(٦٦) راجع ادب القاضي للماوردي ٢٦١/١ وما بعدها بتصرف.

(٦٧) جاء في رسالة عمر بن الخطاب الى ابي موسى الاشعري:

«اما بعد فان القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة، فافهم اذا ادلى اليك فانه لا ينفع تكلم بحق لانفاذ له، آس بين الناس في مجلسك وفي وجهك وقضائك حتى لا يطمع شريف في حيفك، ولا يأس ضعيف من عدلك، البينة على المدعى واليمين على من انكر، والصلح جائز بين المسلمين، الا صلحا احل حراما او حرم حلالا، ومن ادعى حقا غائبا او بينة فاضرب له امدا ينتهى اليه، فان بينه اعطيته بحقه، وان اعجزه ذلك استحلت عليه القضية فان ذلك هو ابغ في العذر واجلى للعمر ولا يمنعنك قضاء قضيت فيه اليوم فراجعت فيه رأيك فهديت فيه لرشدك ان تراجع فيه الحق، فان الحق قديم لا يبغله شيء، ومراجعة الحق خير من التماذى في الباطل، والمسلمون عدول بعضهم على بعض الا مجربا عليه شهادة زورا ومجلودا في حد، او ظنينا في ولاء او قرابة، فان الله تعالى تولى من العباد السرائر وستر عليهم الحدود الا بالبينات والايمان، ثم الفهم الفهم فيما ادلى اليك مماورد عليك مما ليس في قرآن ولا سنة، ثم قايس الامور عند ذلك، واعرف الامثال ثم اعمد فيما ترى الى أحبها الى الله وأشبهها بالحق، واياك والغضب والقلق والضجر والتأذى والتنكر عند الخصومة (او الخصوم) فان القضاء في مواطن الحق مما يوجب الله به الاجر، ويحسن به الذكر، فمن خلصت بينته في الحق ولو على نفسه كفاه الله ما بينه وبين

ولعل هذا الاختلاف والتعارض في الاحكام هو الذي دعى الامام عبدالرحمن بن مهدي ان يطلب من الامام الشافعي ليكتب كتابا يقرب من شقة الخلاف وتنافر الاحكام بين القضاة والمجتهدين فدون كتابه «الرسالة» كما سبق ذلك.

وكادت رسالة الشافعي تقضى على ظاهرة التعارض في الاحكام حيث جمعت علماء الامة على قواعد واسس موحدة وكيفية ثابتة لاستنباط الاحكام. وقد تلفتها الامة بالقبول وانزلتها منزلة التطبيق فتقاربت الاحكام ان لم تتطابق، ولم تعد تلك الشكوى مشكلة القضاة بعد ذلك، وماعهد من خلاف بعده، فانما هو في اضيق نطاق خصوصا في القضايا العامة الهامة وبقي الخلاف المذهبي في الفروع لاني الاصول وهذا اختلاف يسير لا يرقى الى درجة الخلاف الذي يجهد المستشرقون انفسهم في تكريسه دون طائل فقد قطع الامام المطلبى الطريق عليهم بكتابه الرسالة، وقد مهد له من قبل امام دار الهجرة بكتابه «الموطأ» فرضى الله عنهم وأرضاهم وجزاهم عن الاسلام والمسلمين خيرا.

المصادر الاجنبية وعهد بنى أمية

دور المصادر الاجنبية وعهد بنى امية في التشريع عند المستشرقين والرد عليه:

يولى كثير المستشرقون للمصادر الاجنبية أهمية بالغة لتثبيت مدعاهم بأن تلك المصادر كان لها تأثير مباشر على الفقه والتشريع الاسلامى، فكانت سببا في تطويره واثرائه اثناء سد فراغات كثيرة وكبيرة فيه، الامر الذى جعل هذه الموارد او المصادر أحد أهم مصادر تطوير التشريع الاسلامى.

يقول Pearl: وقد وجدت تلك القوانين الاجنبية طريقها الى الفقه والتشريع الاسلامى حينما توسعت الدولة الاسلامية خصوصا في عهد بنى امية «ففى المرحلة الثانية اى من عام ٦٦١ ميلادية الى نهاية العهد الاموى في عام ٧٥٠ ميلادية كان العامل الاساسى

الناس، ومن تزين بما ليس في نفسه شأنه الله، فان الله تعالى لا يقبل من العباد الا ما كان خالصا فماظنك بثواب عند الله في عاجل رزقه وخزائن رحمته، والسلام عليكم ورحمة الله»
راجع شرحها مسهبا مفصلا في اعلام الموقعين لابن القيم ٨٥/١ ومابعدها.

في المناطق غير العربية، وعلى الاخص تطور الاتصالات التجارية مع بيزنطة وفارس وهكذا لم يكن بد من تسلل التصورات القانونية في بيزنطة وفارس الى الفلسفة القانونية الاسلامية، ويكفي هنا الاستشهاد بعدد قليل من الامثلة لتحقيق الغرض المطلوب.

فبوسع المرء ان يشير اولا الى تطور وضع اهل الذمة، وهم مواطنون معينون غير مسلمون في الدولة الاسلامية سمح لهم بالاقامة على ترابها مقابل دفع الجزية او الخراج، وقد تبلور الوضع من عقد اسطورى.

ومن المناسب ان نشير الى نظائر ذلك في القانون الرومانى واليهودى، فالادارة الاموية هي التي وضعت تفاصيل العلاقة بين الذمي والمسلم وبينت الاهتمام الاكبر، وهو انها امبراطورية منظمة لها قوانينها الخاصة بالضرائب وقانون للمحاكم وادارة منظمة» (٦٨).

ثم يضيف أولئك القول بأن التطبيق الاسلامى يعترف بوجود غير المسلمين و يسمح لهم بالاحتكام الى تشريعاتهم الخاصة بهم، والقانون الاسلامى يعترف ضمنا بالنسبة لهذا القرار الادارى الرئيسى بمبدأ الجانب الشخصى للقوانين داخل اطار منطقة حكمه، وهكذا تستمر مبادئ العبرانيين القدماء والاغريق والرومان.

كذلك تبنى الأمويون مفتش السوق البيزنطى (الاجور ونوموس) واستوعبوه وكيّفوه وفقا للنظام الاسلامى ومنحوه مسئولية جديدة موسعة، اذ كان مسئولا بصفته المحتسب ليس فقط عن شئون السوق، بل ايضا عن ضمان مستوى الاخلاق الدينية (الحسبة) (٦٩).

(٦٨) و(٦٩)

In the second period, that is from 661 AD until the end of the umayyad Dynasty in 750 AD, the essential factor contributing to the development the law was undoubtedly the extension of Muslim rule to the non-Arab territories, and in particular the growth of trading contacts with Byzantium and persia, Inevitably, Byzantine and persian legal concepts infiltrated into the Muslim legal philosophy. A few well known examples will suffice for present purposes.

First, one can point to the development of the status of the Dhimmi-certain non-Muslim citizens of the Muslim state who were permitted to on Muslim soil in return for the paument of the jizya (the poll tax) and the kharaj (the land tox) 9. the status was evolved from affectional contract (the Dhimma) and it is right to point out the similarities with concepts both in Roman and in Jewish law. The details of the Dhimmi/Muslim relationship were laid down by the Umayyad administration showing the major preoccupation, namely an organised empire with systematic tax laws, law courts and a disciplined administration.

وحتى الفلسفة الارسطية كان لها نصيب في التأثير على الفكر الاسلامي لدى المتدينين يقول Goldziher «فالفلسفة الارسطية قد كشفت للعالم الاسلامي، وأحس عدد كبير من الناس المثقفين بأثرها حتى في افكارهم الدينية (٧٠).

ومن بين تلك التأثيرات الخارجية اخذ القانون الروماني نصيب الاسد. فقد كان اثره مباشرا على الفقه الاسلامي، يقول Goldziher: «ليس غريبا ان تكون هذه التعاليم الفقهية والتفصيلات المستعملة قد تأثرت كذلك بثقافات أجنبية، كما أن المعارف الفقهية الاسلامية تحمل على سبيل المثال آثارا غير منكورة من الفقه الروماني سواء في ذلك من ناحية الطريقة او من ناحية الاحكام الفرعية» (٧١).

ويقول ايضا: هناك نوعان من التأثيرات التي تحدد الاتجاه الذي يسير فيه اي نظام من النظم مهما كان نوعه ولونه، هناك اولا ما في النظام نفسه من قوى داخلية ذاتية تعجل نموه التاريخي، وهناك ثانيا التأثيرات الروحية التي ترد عليه من الخارج، وتضيف اليه ثروة جديدة وتجعله خصبا، كما تعمل على ان يسير في طريق التطور.

ثم يضيف قائلا: حقا، ان فعل التأثيرات الاولى قد أحس به بلا شك في الاسلام وتاريخه، ولكن أثر الضرب الثاني من هذه التأثيرات، اي التأثيرات الروحية التي جاءت من غيره، واستوعبها وتمثلها، هو الذي يميز أهم عصوره في رأى الباحثين.

ويتضح ذلك اذا عرفنا ان نمو الاسلام مصطبغ نوعا بالافكار والآراء الهلينية ونظامه الفقهى الدقيق يشعر بأثر القانون الروماني، ونظامه السياسى، كما تكون في عصر الخلفاء العباسيين، يدل على عمل الافكار والنظريات السياسية الفارسية، وتصوفه ليس الا تمثلا لتيارات الآراء الهندية والافلاطونية الجديدة الفلسفية.

Muslim practice recognises the existence of non-Muslims, and allows them to be governed by their own laws. In this basic administrative decision, Muslim law tacitly accepts the principle of the personality of laws within its own territory. In doing this, the principles of the ancient Hebrews the Greeks and the Romans are continued.

Similarly, the Umayyads adopted the Byzantine market inspector (the Agoronomus), assimilated him to Islamic practice, and granted him a new extended responsibility. As the Muhtasib, he was responsible not only for market affairs but also for safeguarding the standards of religious morality (hisba).

The Text book on Muslim law.

(٧٠) العقيدة والشريعة ٩٩.

(٧١) المرجع السابق ٥٦.

ثم يضيف ذاما في اسلوب مدح فيقول: من الحق ان نقرر ان الاسلام في كل هذه الميادين قد اكد قدرته كذلك على صهر تلك العناصر الاجنبية كلها في بوتقة واحدة، فأصبحت لا تبدو على حقيقتها الا اذا حلت تحليلا عميقا وبحثت بحثاً نقديا دقيقا (٧٢).

وكل هذه المزاعم يراد منها مجتمعة ان تفرز نتيجة واحدة، هي ان المصادر الاجنبية عن طريق الاعمال الادارية الحكومية في عهد بنى امية خاصة، اصبحت تشكل جزء من الفقه والتشريع الاسلامي، وغدت بعد ذلك مصدرا رئيساً من مصادره.

ولسنا هنا في معرض الرد التفصيلي على تلك المزاعم ولو تتبعناها ورددنا عليها وأمثالها تفصيلا لاحتجنا الى تسويد صفحات كثار، و يكفي ما ذكرنا من ردود على ما ذكره Goldziher من مزاعم ومطاعن، فقد تولى كبير المستشرقين وكفاهم مؤنة الكيل الذكي في ابتداع وصياغة التهم على الفقه والتشريع الاسلامي ومهد لهم طريق (٧٣).

ولكن مقامنا يقتضى رفع التشويش عن مصادر التشريع من حيث كونها ادلة شرعية والنظر في حقيقة مقولتهم ان المصادر الاجنبية كانت احد مصادر التشريع الاسلامي، او كان لها دور رئيسي في بلورة وتطوير الفقه الاسلامي.

(٧٢) المرجع السابق ١٠.

Popular and administrative practice of the late Umayyad period was transformed into Islamic law. Thus, for Schacht the beginning of Islamic law proper is dated between 720 and 750 AD- some one hundred years after the prophetic period. Naturally, such a view is heretical for the religious Muslim scholar. His thesis, however, has accepted by modern orientalis as essentially sound. Certainly, the classical formulation of the sources of law was a past-720 AD development; thus the controversy, important as it is, centres around the relevance of the 'material' sources which we have described, on the Islamic law as it existed in 750 Ad. The Text book on Muslim law. صفحة ٧

(٧٣) راجع ما كتبه جولد تسيهر اليهودي «في الحضارة الاسلامية دراسات لكبار المستشرقين» الف بينهما وترجمها عن الالمانية والايطالية عبد الرحمن بدوي. وهي كلها كتابات في نفس المسار، ويخص جولد تسيهر ببحثين خطيرين، الاول: موقف أهل السنة القديما بازاء علوم الاوائل ٢٣-١-١٧٢ والثاني: العناصر الافلاطونية والغنوصية في الحديث ٢١٨-٢٤١.

وله من المؤلفات العديد حول الاسلام منها «الظاهرية مذهبهم وتاريخهم» نشره عام ١٨٨٤ و«دراسات اسلامية» عام ١٨٨٩ وأخطر كتبه «محاضرات في الاسلام» المطبوع بمدينة هيدلبرج سنة ١٩١٠ و«اتجاهات تفسير القرآن عند المسلمين» المطبوع بمدينة ليدن سنة ١٩٢٠ و«العقيدة الشرعية» عدا ابحاثه الكثيرة العالمية.

ومما يجدر ذكره أن نظرة المستشرقين في تأثر الفقه والتشريع الاسلامى بالمصادر الاجنبية المعاصرة له يرجع الى تصورهم القديم في تأثر الاسلام بالمصادر الاجنبية ابتداء خصوصا اليهودية والنصرانية، وهذا بديهي عندهم مادام مؤسس هذا الدين بشر يتصف بكل صفات البشر فلا بد له والحال هذه من الاخذ عن كل ما يمكن الاخذ والاستقاء منه.

يقول Goldziher في معرض كلامه عن التأثيرات الخارجية، هذا الطابع العام يحمله الاسلام مطبوعا على جبهته منذ ولادته، فمحمد (صلى الله عليه وسلم) مؤسسه لم يبشر بجديد من الافكار، كما لم يمدنا ايضا بجديد فيما يتصل بعلاقة الانسان بما هو فوق حسه وشعوره وباللانهاية، لكن هذا وذاك لا ينقصان من القيمة النسبية لطرفته الدينية. فتبشير النبي العربى ليس الا مزيجا منتخبا من معارف وآراء دينية عرفها او استقاها بسبب اتصاله بالعناصر اليهودية والمسيحية وغيرها التي تأثر بها تأثرا عميقا، والتي رأها جديرة بأن توظف عاطفة دينية حقيقية، عند بنى قومه.. لقد تأثر بهذه الافكار تأثرا عميقا وصل الى اعماق نفسه وادركها بايحاء قوته التأثيرات الخارجية، فصارت عقيدة انطوى عليها قلبه كما صار يعتبر هذه التعاليم وحيا الهيا، فأصبح - باخلاص - على يقين بأنه أداة لهذا الوحي (٧٤).

وانطلاقا من هذا الأساس سهل على المستشرقين الحاق التهم متلاحقة لادنى ملابسة، بمناسبة وغير مناسبة، بتعليل وبغير تعليل.

وسنضرب صفحا عن التطويل في اصل الدعوى ومبدئها فتأثر الفقه والتشريع الاسلامى بالقوانين الاجنبية وخاصة القانون الرومانى والزعم حول نتائج هذا التأثير من افراز مفهوم الجزية والخراج والحسبة وغيرها قد رددنا عليها كما كثر عليها الرد من المهتمين بالدراسات القانونية المقارنة بالشريعة وغيرهم وانتهوا الى نتيجة مؤداها ان تلك الدعوى لايسندها دليل، وما يحصل اتفاقا وتطابقا بين مبدئين لايلزم النقل عن بعضهما البعض، خصوصا اذا كان اصل النظرية وتأصيلها يختلف بين النظامين، فالشريعة الاسلامية تختلف في فلسفتها ونظريتها للقضايا وتأصيلها عن القانون الرومانى والقوانين الاخرى، فهى شريعة ربانية وتلك وضعية بشرية وشتان شتان بين الاثنين.

(٧٤) العقيدة والشريعة جولد تسيهر ١١ ومابعدها.

أما ما يدخل في التنظيمات الادارية فلا حرج في الاسلام عليه، فيمكن استقدامه وتطويره او تطويعه لظروف المجتمع ومرحلة نموه، وليس هذا من محل الخلاف، انما الخلاف في استقدام امور داخلية في دائرة المصدر التشريعي والذي ينتج حكما شرعيا ملزما فهذا مالا يمكننا تمريره، كما لا يمكنهم اثابته.

وفي الجملة فان كل ما ذكره مما ذكرنا وكثير مما أغفلنا لا يخرج عن هذين اما أنه أصيل في الشرع الاسلامي وداخل تحت النصوص الشرعية مباشرة، او انه في ضمن القواعد العامة للتشريع والتي مآها النصوص الشرعية، واما أنه امر اداري تنظيمي يدخل في بنية الدولة الادارية لتطویر ادارتها وتحسين خدماتها حسب الظروف والازمنة وهو من المصالح المرضية (٧٥).

الأعمال الادارية وآراء الفقهاء :-

لقد تكلم المستشرقون عن الاعمال الادارية للدولة الاسلامية محاولين جعلها باباً اساسيا لتطوير الفقه الاسلامي خصوصا في عهد بنى أمية فيبرزون الأعمال الادارية الحكومية من جانب وآراء الفقهاء من جانب آخر مظهرين التعارض بينهما من الوجهة الشرعية الممثلة في رأى الفقهاء، والوجهة الادارية الحكومية الممثلة في اعمال الدولة، والذي يثبت فيهما و ينتصر - في تصورهم - هو رأى الحكومة بما استحدثته من اعمال متأثرة بالمصادر الاجنبية رغم معارضة القضاة والعلماء والفقهاء وعموم الناس، و يصورون موقف هؤلاء على أنه موقف سلبي ومبرر بدعوى أن الفقهاء ومن معهم لا يستطيعون معارضة

(٧٥) راجع تفاصيل الردود والتوضيحات، بالنسبة للخراج والجزية والحسبة كتاب الخراج والنظم المالية في الدولة الاسلامية للدكتور محمد ضياء الدين الريس ١٣١ الطبعة الثالثة ١٩٦٩ دار المعارف بمصر وتاريخ الاسلام السياسي للدكتور حسن ابراهيم حسن ١/٤٦٨ - ٤٩٠ الطبعة السابعة ١٩٦٤ السنة المحمدية بمصر والاحكام السلطانية لابي الحسن على بن محمد الماوردي ٢٤٠ الطبعة الثانية ١٣٨٦ - ١٩٦٦ م مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر وكتاب الخراج للقاضي ابي يوسف يعقوب بن ابراهيم ٢٣ وما بعدها الطبعة الثالثة ١٣٨٢ المطبعة السلفية بمصر وانظر في الرد على دعاوى التأثير بالقوانين الاجنبية وخاصة القانون الروماني بحث قيم للاستاذ صليب سامي باشا - احد الوزراء السابقين في مصر - كما ذكره في هامش العقيدة والشريعة لجولد تسيهر ٥٦ وقد نشر في جريدة الاهرام وجلة الشبان المسلمين بعددها المؤرخ ٨ يونية عام ١٩٤٥.

الحكومة او حتى تنبيهها على ما هو باطل من عملها مصادم للشرع لان مهاجمتهم لها مهاجمة للاسلام، والشعب لا يرضى المعارضة ولا يراها لان الحكومة اسلامية (٧٦).

وهذه الفكرة الخاطئة وليدة فكرتهم القديمة وهي كما يزعم Goldziher وغيره من ان ما اراد الله ان يكون فهو كائن او ماشاء الله كان وما لم يشأ لم يكن. فيقول في معرض كلامه على الموقف المتعارض بين الفقهاء ومن معهم والحكام بما احدثوه من الاعمال الحكومية المستحدثة فيقول: على أنه مهما يكن فقد كان — الفقهاء ومن معهم — يرون أن ما أذن به الله ان يكون لا يمكن ان يعترض عليه الانسان، واذا فلا يسع المرء الا ان يضع رجاءه في الله الذي سيحكم يوما ما هذا العالم المليء بالظلم والآثام (٧٧).

وهذا تبرير وتعليل مخالف للتصور الاسلامي الصحيح وليس صحيحا — في جملته — من الناحية التاريخية فكل ما يستند الى نص من الادلة المعتبرة، كانوا يقرون به على الرأس والعينين، وما عارضهما غير خائفين في الله لومه لائم.

وما كان الحكام يومئذ يحملون الناس على ما يضاد الكتاب والسنة، و يعجز المستشرقين التاريخ ان راموا اثبات ذلك، وان كان تعويلهم على الامور الادارية فقد قلنا ان الامور الادارية التي تقوم بها الحكومة في عهد بنى امية تصرف في المباح وفق المصالح المرعية وليس هو من باب الخروج عن سياق الشريعة، وليس فيه ادنى شبهة في تحريم حلال او تحليل حرام. وكل ما ذكره المستشرقون من الاعمال الادارية للحكومات الاسلامية هو من قبيل المباح قطعاً.

يقول الدكتور السباعي منتصرا لبنى أمية :

«يقيم المستشرق Goldziher اساس نظريته على مدى الخلاف الذي زعم انه كان قائما بين الامويين (العلماء الاتقياء)، وقد حرص على ان يصور لنا الامويين جماعة دنيويين ليس لهم هم الا الفتح والاستعمار، وأنهم كانوا في حياتهم العادية جاهليين لا يمتنون الى تعاليم الاسلام وآدابه بصلة، وهذا افتراء على الواقع والتاريخ، ومن المسلم به ان

The legacy of Islam. Schacht and Bosworth.

(٧٦) انظر:

(٧٧) العقيدة والشريعة جولد تسيهر ٨٤.

ما بين ايدينا من نصوص التاريخ التى تمثل لنا العصر الاموى، انما وضعت في العصر العباسى، وقد كان عصرا مشبعا بالعداوة لبنى أمية، فتزيد فيه الرواة والابخاريون ماشاؤوا، ولعبت الشائعات التى اثارها صنائع العباسيين عن الامويين وخلفائهم دورا خطيرا في التاريخ، اذ احتلت مكانتها في الكتب، وغدت حقائق في نظر كثير من الناس، وهى لا تعدو ان تكون اخبارا تناقلتها الألسنة دون تحقيق، وهى من وضع صنائع العباسيين وغلاة الشيعة والروافض، فلا يصح الاعتماد بدون تمحيص على كتب الاخبار والتاريخ فيما يتعلق بالامويين.

هذا شىء، وشىء آخر، انه حتى في هذه الحالة فانا نجد نصوصا كثيرة تكذب مارمى به هذا المستشرق خلفاء بنى أمية من انحراف عن الاسلام وتحد لاحكامه، فابن سعد يروى لنا في طبقاته عن نسك عبدالملك وتقواه قبل الخلافة ماجعل الناس يلقبونه بحمامة المسجد، حتى لقد سئل ابن عمر: رأيت اذا تفانى، اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم من تسأل؟ فأجابهم: سلوا هذا الفتى وشار الى عبدالملك، ولقد كان، عبدالملك حريصا على ارشاد العلماء وطلاب العلم إلى تتبع السنن والآثار، حتى لقد قال للزهري وهو يومئذ حدث شاب: إئت الانصار فانك تجد عندهم علما كثيرا، ولما جاء الناس لمبايعته بالخلافة كان يتلو كتاب الله على مصباح ضئيل، وقل مثل ذلك في الوليد بن عبدالملك، فلقد أنشئت في عصره اكثر المساجد المعروفة اليوم، حتى كان عصره للمسلمين عصرا عمرانيا، وقل مثل ذلك في بقية الخلفاء ماعدا يزيد بن معاوية، فلقد كان على ما يظهر منحرفا بعض الانحراف عن خلق الشريعة في مسلكه الشخصى، ومع ذلك فقد نحله صنائع العباسيين ورواة الشيعة كثيرا من الحوادث التى لم تثبت لدى النقد، ومثل ذلك يقال في الوليد الذي افتروا عليه انه رمى كتاب الله ومزقه، فان مثل هذه الاخبار لا يشك من يطالعها بروح الانصاف انها مدسوسة مكذوبة».

والتاريخ لا يذكر بكثير من الاعجاب فتوحات الامويين، حتى ان رقعة الاسلام في العصر العباسى لم تزد كثيرا عما كانت عليه في العصر الاموي، والفضل في ذلك للامويين حيث كان ابناء خلفائهم على رأس الجيوش الفاتحة الغازية في سبيل اعلاء كلمة الله ونشر شريعته، فلماذا يعاديهم العلماء؟ ولماذا يتهمون هؤلاء بأنهم لم يكونوا يفهمون الاسلام؟ ولم يكونوا على شىء من حبه والتفانى فيه؟

وقصارى القول: ان هذا المستشرق ان عنى بالعلماء الذين وقعت الخصومة بينهم وبين الامويين انهم هم زعماء الخوارج والعلويين، فنعم. ولكن هذا لاعلاقة له بالعلماء الذين دأبوا على نشر السنة وحفظها وتنقيتها، وان اراد بهم امثال عطاء ونافع وسعيد والحسن والزهرى ومكحول وقتادة، فكذب وافتراء يرده التاريخ و ياباه عليه كل الاياء (٧٨).

الفقه الاسلامى والقانون الرومانى :

وليس فى دعاويهم مجتمعة ما يستحق الوقوف عنده سوى زعمهم أن الفقه الاسلامى قد تأثر بالقانون الرومانى، ولعل أقدم — ان لم يكن اول — من قال بهذا

Dominico Gatteschi فى كتابه *Manuale di diritto pubblico oprivateo ottomano*

وقد أشار الى عدد من المماثلات بين قانون جستنيان والشريعة الاسلامية وزعم أن القواعد الرومانية دخلت فى الاسلام بسهولة فى زي الأحاديث الموضوعة التى نسبت الى محمد صلى الله عليه وسلم.

وبعد هذا تعددت وتفاوتت آراء وأقوال المستشرقين حول هذه القضية: منهم من صرح بهذا التأثير بكل صراحة وبلا تحفظ فقالوا، ان الفقه الاسلامى فى الأساس ليس الا القانون الرومانى بتبديل لا يذ كر.

واذا كانت دعوى تأثير الفقه الاسلامى بالقانون الرومانى قد وجدت لها انصارا، الا انه قد تصدى كثيرون لدحض هذه الدعوى وتفنيدها سواء من المسلمين أو من بعض المستشرقين.

وسنؤازر رأينا برأى أحد هؤلاء المستشرقين، وهو الاستاذ Carlo Nallino ليرد على تلك الفكرة مشككا فى صحتها (٧٩)، حيث أثبت أن نظرة المستشرقين لهذه القضية نظرة

(٧٨) السنة ومكانتها فى التشريع ١٩٧.

(٧٩) وقد القى محاضرة قيمة بعنوان نظرات فى علاقات الفقه الاسلامى بالقانون الرومانى الذى انعقد فى روما سنة ١٩٣٣.

راجع المنتقى من دراسات المستشرقين ٤٥/١ جمعها وترجمها د. صلاح الدين المنجد، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر بمصر ١٩٥٥.

قاصرة لأنها لم تتناول القضية بجميع اشكالاتها العلمية والتاريخية. فبعض المختصين من المستشرقين بالعلوم الاسلامية الذين أيدوا فكرة تأثر أو اشتقاق الفقه الاسلامي من القانون الروماني اكتفى بالادعاءات العامة التي هي ثمرة التخمين والاحتمال أكثر مما هي ثمرة البحث العميق، أو انه قنع بالنقاط المعينة المحدودة، أو بحشد المتشابهات التي تدهش أحياناً، ولكن ليس لها قوة الاثبات، فلاشك ان هذه المتشابهات تقدم مواد ذات شأن في المسألة، ولكنها بعيدة جداً عن حلها.

ولقد استند Nallino في موقفه وردة على اولئك المستشرقين القدامى منهم والمحدثين الى عدة أمور أهمها:

أولاً : قبل أي بحث يجب ان نتحقق ماهي حالة النظام القانوني، فماهي حالة النظام العربي او الأنظمة القانونية للعرب، قبل الاسلام.

ان المستشرقين في الأغلب لم يعنوا بهذا الموضوع الاساسي من جهة، ومن جهة أخرى أهمل شأن من يزعمون أن الفقه الاسلامي، كان ميداناً خالياً ملأته بالتدريج القوانين الاجنبية في العصور التي أتت بعد محمد صلى الله عليه وسلم بتأثير الأقاليم الأعجمية التي خضعت بسرعة واعتنقت الاسلام.

ولكن لايشك انه كانت هناك قبل الاسلام أنظمة عربية قانونية في جنوب غرب جزيرة العرب فقد كانت مركز حضارة قديمة ازدهرت قبل تأسيس روما. وهي مدينة سبأ، وكذلك في بلاد الحجاز فقد كانت هناك نظم مالية متطورة انبعثت من معاملات قريش بين مكة والمدينة وبين القوافل التجارية الكبيرة المتصفة بصفة دولية لجلب الميرة وتنظيم الخفارات التي لها صلة بالحج الى الكعبة المشرفة كل عام. ولا تنسى الزراعات وخزانات الماء للرعي وماتبع ذلك من عقود المزارعة المختلفة في واحات المدينة وتبوك واليمامة وغيرها. فيظهر انه لا بد أن تكون أصول قسم كبير من القوانين المالية الاسلامية موجودة لدى العرب قبل مجيء النبي صلى الله عليه وسلم.

وهذا صحيح فان الاسلام حينما جاء وجد العرب يتحاكمون الى نظم مالية واجتماعية معينة فأقر جزءاً من تلك النظم وابطل الجزء الآخر وفق قواعده ونظمه الجديدة. ثم يقرر Nallino رأيه ازاء ذلك فيقول: لاجرم أنه يمكن الظن في تسرب شيء من القانون الروماني بواسطة الاتصالات بفلسطين وسورية، ولكن اذا كان الأمر كذلك فان هذه التسربات

الرومانية تكون قد دخلت في الفقه الاسلامي بواسطة العرب الجاهليين، لا بعد الفتوحات العربية خارج جزيرتهم، ثم يضيف قائلا: على أن هذا كله لا يكون الا ظنا بحتا، فانه لا يوجد لاثباته دليل الى الآن، بل ان هناك أدلة ضده. وانا اکتفي بذكر واحد منها، وهو معروف مشهور، أعني شهادة Theodoreto (من النصف الأول للقرن الخامس الميلادي) الذي يقول انه توجد أقوام في أقصى حدود الامبراطورية الرومانية، رغم أنهم خاضعون لحكم الرومان، فان القانون الروماني لا يطبق عليهم.

و يصرح Theodoreto أن منهم «القبائل الاسماعيلية الكثيرة العدد» و يقصد بالاسماعيلية العربية.

ثانيا: اثر وفاة النبي صلى الله عليه وسلم لم يخضع المسلمون بصولا تههم المقاطعات الكبيرة الآسيوية والافريقية من الدولة الرومانية فقط، بل حملوا أيضا في الوقت نفسه على امبراطورية أخرى، واحتلوا أرضها بتمامها، وهي دولة الساسانيين من الفرس، فمن المعقول نظريا أن نحسب وجود تأثير للقانون الساساني، فقد هيأت الادارة الفارسية بعض المصطلحات الادارية للادارة الاسلامية مثل كلمة «ديوان» والطريقة التي طبقها الخليفة عمر رضي الله عنه على أراضي بابل والعراق صارت أنموذجا للملكية الأراضي في جميع البلدان المفتوحة على ما يرى القانون الاسلامي، فأخذ الفقه بعض المصطلحات من الفارسية مثل «ده يازده، ده دوازده، في معنى المراحبة وكذلك سفتجه» (٨٠) وهي أن تعطي مالا لرجل فيعطيك خطأ يمكنك من استرداد ذلك المال من عميل له في مكان آخر وهو المقابل للحوالة. أما مسائل المساقاة، وهو أمر حيوي لبلاد تعيش بالري، فعرفها العرب الذين كانت الدولة الساسانية، قبل الاسلام قد كونتها بشكل دولة حاضرة على طول حدود بابل، تمنع تسرب البدو.

وأیضا فان في بلاد ما بين النهرين والعراق، في المنطقة التي كان فيها قلب دولة الساسانيين، نشأ وعلم مؤسسا المذهبين السنيين، أبو حنيفة وابن حنبل، وكذلك الشافعي في أول أمره، ونشأ هناك أيضا مؤسسوا المذاهب الشيعية المختلفة، فمن المعقول نظريا أن يكون هناك امكان لتأثير القانون الساساني، غير ان هذا القانون لا نعرف منه الى الآن إلا اليسير

(٨٠) انظر المغنى في حاشية ابن عابدين ٢٩٥/٤.

النزول ولذلك لا يمكننا استنباط اية نتيجة في هذا الباب وليس القانون الروماني بأولى من الساساني، فاذا لم يثبت هذا التأثير للأول فانه لا يثبت للثاني بالأولى، ثم يرد Nallino بكل قوة على أولئك الذين يحتجون بتأثير القانون الروماني على الفقه الاسلامي من جهة الأمثلة المتشابهة والمتطابقة بين الاثنين، وهي ردود تتسم بعمق النظرة وقتها فيقول في:

ثالثا: المماثلات بين أحكام معينة من القانون الروماني من عهد جستنيان، وبين تلك الأحكام في القانون الاسلامي عديدة وافرة، وفي بعض الأحيان مذهبة، ولكن لا حاجة ان نذكر ان من الضلال المماثلة الظاهرية الخارجية التي لا تؤيدها العناصر الداخلية، ولا الوثائق التاريخية اذا اردنا أن نبين علاقة نظام قانون بنظام قانون آخر.

وهذا أمر جوهري يلفت النظر اليه هذا المستشرق الفاحص فان مجرد المماثلة الأولية الظاهرية لا تعني بالحتم المماثلة في الأصل أو المصدر أو الفلسفة أو التصور الذي انبثق منه هذا الظاهر، فتحتاج للتدليل على التأثير حينئذ الى دليل وعلاقة تربط لابين الظاهر فحسب بل بين الظاهر والداخل بين الفعل والمصدر.

ولذا نجد هذا الرجل يجلي هذه القضية الهامة فيبين خطأ أولئك الذين يحتجون لاثبات التأثير بمجرد المماثلة بأنهم قد أهملوا ثلاث نقاط أساسية في هذه المسألة.

أ - انهم أهملوا الاختلافات التي توجد بين مذهب ومذهب، وهي أحيانا ذات أهمية حتى فيما بين مذاهب السنة الأربعة، فاذا كانت هناك مماثلة في بعض المسائل بين رأى مذهب وبين القانون الروماني، فقد لا يكون تشابه بين رأى المذاهب الثانية في بعض المسائل وبين القانون الروماني.

وبسبب هذا ذكر بعض من لم يعرفوا العربية مثل Kohler, Dareste خصائص مذهب واحد من المذاهب كأنها عناصر نموذجية في الفقه الاسلامي.

وهذه اللفته من هذا العالم تعنى ان قسما ليس باليسير من المماثلات ينبغي الا يعول عليه علميا لأن المماثلة حينئذ لا تعنى انه الرأى النهائى للفقه الاسلامي، بل قد يكون رأيا مرجوحا، وقلما تجد مسألة في جزئيات الفقه الاسلامي ليس فيها خلاف الا انه خلاف مرجعه الاجتهاد حسب الدليل المعول عليه.

ب - انهم يصطادون بكل جهد المتشابهات، ويهملون الاشارة الى الاختلافات التي تصير محكا بين قيمة المتشابهات وقدرها.

وهذا عين الصواب فانك لو قارنت بين دساتير وقوانين أمم الارض كلها لوجدت التماثل والتخالف فاذا كان التماثل حجة على التأثير فان التخالف ايضا ينبغي ان يكون حجة معاكسة.

ج - انهم أهملوا الفرق العظيم الذي يوجد بين الغرب القديم وبين العالم الاسلامي في تصور القانون وفي مصادره، فقد توجد أمثلة من الأفكار والمؤسسات التي كانت راسخة ومنتشرة في العالم الذي فتحه العرب، هذا العالم الذي قيل ان حضارة المسلمين مبنية عليه، ومع ذلك فان هذه الأفكار والمؤسسات لم تنجح أن تنفذ في الفقه الاسلامي. وهذه مقوله صادقة ودقيقة، فان الاسلام الفاتح كان يواجه حضارات متعددة المشارب مختلفة المصادر والأسس، ولو لم يكن للاسلام ما يفوق هذه الحضارات في تصوره ومنهجه وأسسها لأصبح مسخا مشينا مرقعا من تلك الانماط المختلفة المتنافرة للحضارة. ولكن شيئا من ذلك لم يكن.

ولقد ضرب الاستاذ Nallino ثلاثة أمثلة تعزز دعواه.

أ - من المعروف أن البيع والشراء عند اليونانيين عقد فعلي Contrat reel ولكن مذاهب الفقه الاسلامي أجمعت على أنه عقد لازم بالقول.

وليس هذا الاختلاف ناتجا عن ان المسلمين رجعوا الى القانون الروماني القديم، ولا عن أنهم فرقوا بين عقد بالفعل وعقد بالقول، بل هذا مبني على آية من القرآن حيث في قوله تعالى «الا أن تكون تجارة عن تراض منكم» (٨١).

ب - لما استولى العرب في مدة قصيرة على أخصب مقاطعات الدولة الرومانية وجدوا فيها الرهن العقاري Hypothèque شائعا شيوعا عظيما، وكان قد دخل في قانون اليهود المنشاوي فسموه «أبوطيقي» ولم تستطع هذه المؤسسة أن تنفذ الى الاسلام الا في زماننا بسبب التشريع الأوربي.

(٨١) سورة النساء آية ٢٩، وهو يرد بهذا على أمثال Schacht الذي زعم أن مبدأ الايجاب والقبول والتراض كان بتأثير القانون البابلي. راجع المنتقى من دراسات المستشرقين ٩٣/١.

جـ - لم تكن اجارات الأراضى للأجبال الطويلة الأمد Emphytiotiques أقل ذيوعا في العالم المفتوح بأيدي المسلمين، ولكن مضت قرون عديدة حتى دخلت في الفقه الاسلامى (على أنها لم تقبلها جميع المذاهب) بسبب الشيوع للأوقاف والاقطاعات الحكومية.

هذه الأمثلة التي ساقها هذا المستشرق وغيرها كثير تشير الى أن للفقه الاسلامى استقلالته في التصور التشريعي وفق مصادره وحده، وتبقى هذه الاستقلالية حاكمة على مايدخل الفقه الاسلامى في اى عصر من العصور وتحت أى تأثير من التأثيرات فان لم يعارض ذلك اسس الاسلام ومصادره فهو داخل في حيازة الفقه الاسلامى اساسا، وان عارضه فهو رد كائنا ما كان.

وأخيرا يتناول دعواهم بأن الفقه الاسلامى عالة على القانون الرومانى كعلم، فقد زعم كثير من المستشرقين انه لا بد ان تكون هناك ترجمات عربية لكتب القانون الرومانى، مثل كتاب «بانديكت الرومانى» من عهد جستنيان، طالعها الفقهاء المسلمون فأخذوا منها الأحكام والأنظمة.

ويرد Nallino على هذا مبينا أن هذا مجرد زعم لم يثبت حتى الآن، بل يرى بطلانه قطعاً من جهة التاريخ، لأن البحوث والدراسات في الآداب الشرقية (من العبرانية والسريانية والقبطية والعربية والحبشية) للعشور على العناصر التي ستفيد لاعادة نصوص القوانين الامبراطورية (الرومانية) التي تغيلها Bonfante، لم تؤد حتى هذا اليوم ١٩٣٢ الا الى نتائج سلبية.

ثم ينبه هذا المستشرق الى بديهية غفل عنها الزاعمون وهى ان المتشابهات الكثيرة التي توجد في تدوين أحكام خاصة في أبواب خاصة هى لابد منها، مهما كان قانون قوم ذا ثقافة كبيرة. بل يروا ان واقع الكتابة والتصنيف الفقهي عند المسلمين يرد فكرة محاكاة القانون الرومانى. فلو وضع المسلمون امامهم كتب القانون الرومانى، لما فكروا أن يبعثوا مسائل المعادن والركاز والعبيد وملكية الاراضي في ابواب شتى لا يظن اهل القانون من الأوروبيين أن يجدوها فيها ابدأ. ولما وضعوا مسائل الربا في باب البيوع، وهكذا كثير من

المسائل التي وضعت في غير الوضع الذي يماثله في القانون الروماني والقوانين الاوربية
عموما.

وبهذا القدر اليسير من الادلة المبتسرة من جملة أدلة وبراهين متضافرة ذكرناها ترد
على ذاك الزعم وتجعل منه فرية لايعول على القائل بها.

فالفقة الاسلامي كان ومايزال مستقلا في مصادره التي تبني عليها الأحكام ولم
يكن للمصادر الأجنبية أدنى تأثير في عودة بعض مصادره فضلا عن كونها احد
مصادره (٨٢).

(٨٢) راجع للتوسع المنتقى من دراسات المستشرقين للدكتور صلاح الدين المنجد فصل نظرات في علاقات
الفقة الاسلامي بالقانون الروماني، للمستشرق الايطالي الاستاذ Nallino ٤٣/١ ومابعدها.

M. Hamidulleh, Influence of Roman law on Muslim law.

ظهر في نشرة حيدرآباد أكاديمي. المجلد السادس ١٩٤٣.

Bosquet, le Mystere de la formation et des origines du Fiqh, (Revue Algérienne
Tunnisienne et Marocaine de la législation et de Jurisprudence, vol. 63-pp 81) alger
1947.

والمدخل في الحقوق الرومانية للدكتور معروف الدواليبي. الفصل الثالث: الحقوق الرومانية وأثرها في
التشريع الاسلامي على رأى المستشرقين . دمشق ١٩٤٨.