

ويطلق بعض المستشرقين على هذين الفريقين تسمية " المدأحين " .

وينسخ الفريق الثالث المجال رحيباً أمام الموازنة فيما وراء النصوص . ويجد هذا الاتجاه سنداً له في قول أبي حنيفة المشهور : " علمنا هذا رأي فمن جاءنا بأحسن منه قبلناه " وقوله الآخر " آخذ بكتاب الله إذا وجدت فيه الحكم ، وإلا فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإن لم أجد في كتاب الله ولا سنة رسول الله ، أخذت بقول أصحابه ، آخذ بقول من شئت منهم ، وأدع من شئت ، ولا أخرج من قولهم إلى قول غيرهم . فأمّا إذا انتهى الأمر إلى إبراهيم والشعبي والحسن وابن سيرين وعطاء وسعيد بن المسيّب فإني أجتهد كما اجتهدوا ، فهم رجال ونحن رجال (١) .

كما يجد سنداً له في قول ابن قيم الجوزية رحمه الله : " إن الله سبحانه وتعالى أرسل رسوله ، وأنزل كتبه ، ليقوم الناس بالقسط ، وهو العدل الذي قامت به الأرض والسموات ، فإن ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق ، فثمّ شرع الله ودينه ، والله سبحانه أعلم وأحكم وأعدل أن يخص طريق العدل وإماراته وإعلامه بشيء ، ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة ، وأبين إِمارة ، فلا يجعله منها ، ولا يحكم عند وجودها وقيامها ، بموجبها " كما يجد سنداً له في قول ابن تيمية رحمه الله : " إن الله يقيم الدولة العادلة ، ولو كانت كافرة ، ولا يقيم الدولة الظالمة ، ولو كانت مسلمة " .

-----

= فإن تبدلت المثرات أصبح القانون خطأ في ذاته ، وعيناً على غيره ، وعرضة للتعديل والتغيير باستمرار . ولذا فإن المقارنة بين الشريعة والقانون لا تصح إلا على سبيل التنزل ( محمد زحيلي ، القانون المدني السوري المقارن بالفقه الإسلامي ، العقود المسماة ، دمشق ، ١٩٨٣ ، ص ٥ ) .

(١) كما في انتقال الملكية بالعقد في بيع الشيء المعين بالذات ، والاعتداد بالبائع على التعاقد وإقرار النيابة ( ر : رسالتنا " التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي " في دراسة موازنة بالفقه الغربي " ف ٦١١ حتى ٦١٣ و ص ٥٨٨ حتى ٥٩٥ وكتابنا " الشكل في الفقه الإسلامي دراسة موازنة بالمذونات العربية الرياض ١٩٨٥ والنزعة الجماعية في الفقه الإسلامي ، أثرها في حق الملكية " الجزائر ١٩٨٠ .

والذي يبدو لي أن هذا المسلك المرن هو الأقوم ، إذ يتعين على الباحث في الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون المعاصر أن يبدأ بحثه بدون شروط مسبقة . وعلى نحو موضوعي . وهذا المسلك هو الذي سلكته شخصياً في أبحاثي الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون المعاصر . وقد أبرزت فيها العديد من المواقف التي سجل فيها الفقه الإسلامي تقدماً على القانون المعاصر . (١)

وعلى هذا المسلك جرى أستاذنا المرحوم السنهوري في كتابه مصادر الحق ( ج ١ ، ص ٦ ) حين رسم لنفسه طريقة بحث علمية صحيحة ، موضوعية ، بعيدة عن دمج القانون بالشرعية ، أو إن شئت قلت " حرق المسافات بينهما " إذ يقول " لن يكون همتنا في هذا البحث إخفاء ما بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي من فروق في الصنعة والأسلوب والتصوير ، بل على النقيض من ذلك ستعنى بإبراز هذه الفروق حتى يحتفظ الفقه الإسلامي بطابعه الخاص . ولن نحاول أن نصطنع التقريب ما بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي على أسس موهومة أو خاطئة . فإن الفقه الإسلامي نظام قانوني عظيم ، له صنعة يستقل بها ، ويتميز على سائر النظم القانونية في صياغته . وتقتضي الدقة والأمانة العلمية علينا أن تحتفظ لهذا الفقه الجليل بمقوماته وطابعه . ونحن في هذا أشد حرصاً من بعض الفقهاء المحدثين ، فيما يؤنس فيهم من ميل إلى تقريب الفقه الإسلامي من الفقه الغربي . ولا يعني أن يكون الفقه الإسلامي قريباً من الفقه الغربي . فإن هذا لا يكسب الفقه الإسلامي قوة ، بل لعله يبتعد به عن جانب الجدة والابداع ، وهو جانب للفقه الإسلامي منه حظ عظيم " (٢) .

(١) الخطيب البغدادي تاريخ بغداد ، ج ١٣ ، ص ٣٦٨٨ ، عبد البر الانتقاء ، ص ١٤٣ ، محمد أبو زهرة ، أبو حنيفة ( ص ١٠٦ )

(٢) د . عبد الرازق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي ( ج ١ ، ص ٦ ) .

## نحو تطوير الدراسة المعاصرة للفقہ الإسلامي

للاستاذ الدكتور حسام الدين كامل الهواني \*

### مقدمة :

١ - للفقہ الإسلامي مكان ممتاز بين النظم القانونية العالمية . فهو لا يقل في قوة السبك وحسن الصياغة وسمو المنطق ودقة التحليل عن الفقہ الروماني ولا عن الفقہ الانجليزي وهو فوق ذلك التراث القانوني للشرق العربي ، صاغته عقول أجدادنا وترعرع في بيئتنا العربية وظل دهوراً طويلة القانون الذي نطبقه في معاملتنا ( من المذكرة الإيضاحية لمشروع إنشاء معهد الفقہ الإسلامي المقارن والصادرة من مجلس جامعة الدول العربية في ٢٦ من نوفمبر ١٩٤٦ منشورة في مقال محمد زكي عبدالبر بعنوان أستاذنا السنهوري والشرعة الإسلامية، الفقہ الإسلامي المقارن ، مجلة هيئة قضايا الدولة ١٩٨٩ ص ١٤٨ ) .

وتوضح المذكرة أنه « ولقد كان السلف الصالح من كبار الفقهاء المجتهدين من البقطة والبصر بالأمور إلى الحد الذي جعل الفقہ في أيديهم يتطور حتى يساير الظروف المتطورة . وحتى يجاري تغاير العصور ، ويتمشى مع الحاجات المتجددة حتى شاء الله أن تقف حركة الإجتهد . ولم يكن في وقوف هذه الحركة في العصور الغابرة من بأس . بل لعل الخير في هذا الوقوف بعد أن استكمل الفقہ من المقومات ما جعله صالحاً للتطبيق في عصور لاحقة لم تبعد كثيراً عن العصور التي سبقتها ، ولم تكن الظروف قد لحقها من التغيير ما ينقلب معه الفقہ بعيداً عن زمنه . لذلك كان إقفال باب الإجتهد بنطوي علي حكمة لم يكن من العسير فهمها ، إذ

---

\* أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق جامعة عين شمس .

وضع حداً لتضارب الأقوال وتغاير المذاهب وتشتت الآراء . وكان على الفقه بعد ذلك أن يستكمل حظه من الاستقرار بعد أن استوفى نصيبه من التطور .

ولكن هذه الحالة لم تبعد إلا إلى حين ، إذ لم يلبث الزمن أن دار دورته وتابع السير إلى الأمام . هذا والفقه الإسلامي واقف والعالم يمضي ، جامد والحضارة تتطور . ثم لم تلبث مسافة الخلف أن انفجرت بين الفقه والحاجات المتجددة حتى أصبح من العسير على الأمم العربية في العصر الحاضر أن تستبقي الفقه مادة تستقي منها قوانينها الحديثة . وقد أخذت هذه الأمم تهجر الفقه الإسلامي فعلاً ، واحدة بعد الأخرى ولجأت إلى القوانين الغربية الحية تستقي منها قوانينها حتي تماشى مدنية العصر ولا تتخلف عن ركب الحضارة .

٢ - ويحذر السنهوري من الخلط بين الفقه والدين ، « حيث يظن كثيرون أن الفقه والدين شيء واحد في الإسلام . وهذا الظن يدعو إلى انعام النظر . لاشك في أن الإسلام دين ودولة . والدولة لا بد لها من فقه ولكن فقهاء الشريعة الإسلامية كانوا يدركون إدراكاً تاماً الحد الفاصل بين الفقه وقد وضع لتعامل الناس وتنظيم علاقاتهم ببعضهم البعض ، والدين وهو أمر يتصل بعلاقة الإنسان بربه ، حتى لتراهم يميزون في الشيء أن يكون صحيحاً قضاءً مكروهاً ديانةً » (السنهوري: القانون المدني العربي . مجلة القضاء العراقية ، سنة ١٩٦٢ ص ٢٦ . ولقد نشرت هذه المقالة كذلك في مجموعة مقالات وأبحاث الأستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهوري . عدد خاص من مجلة القانون والاقتصاد التي تصدرها كلية الحقوق جامعة القاهرة سنة ١٩٩٢ ج٢ ص ٤٨٧ إلى ٥١٠) .

ويضيف أن « الفقه الإسلامي هو فقه محض ، لا تقل عراقته في ذلك عن عراقه القانون الروماني . وهو لا يقل عنه في دقة المنطق وفي متانة الصياغة وفي

القابلية للتطور . وهو مثله صالح أن يكون قانوناً عالمياً بل كان بالفعل قانوناً عالمياً يوم امتدت دولة الاسلام من أقاصي البلاد الآسيوية إلى ضفاف المحيط الأطلسي وكما أنبت القانون الروماني عندما أحبيبت دراسته في العصور الوسطى ، القوانين اللاتينية والقوانين الجرمانية الحديثة وهي القوانين التي تعيش أوروبا اليوم في ظلها ، كذلك الفقه الإسلامي إذا أحبيبت دراسته وانفتح فيه باب الاجتهاد فمين أن ينبت قانوناً حديثاً لا يقل في الجدة وفي مسايرة العصر عن القوانين اللاتينية والجرمانية ، ويكون هذا القانون مشتقاً من الفقه الإسلامي اشتقاق هذه القوانين الحديثة من القانون الروماني العتيق » ( عبدالرزاق السنهوري : القانون المدني العربي . مجلة القضاء العراقية سنة ١٩٦٢ ص ٢٥ - ٢٦ ) .

٣ - ويقع على عاتق الفقه المعاصر أمانة التحديث والنهوض بالفقه الاسلامي، ويقع على عاتق الفقه المعاصر أن يحفظ صلة الحاضر بالماضي ، ويجعل من تلك الصلة أساساً يقوم عليه المستقبل . فلا نكون عالة على فقه الغرب ، ولا نترك تراثنا دون تحديث . فالدراسة المقارنة مع الفقه الغربي تطلعننا على مالمدي الغرب من أفكار ونتعرف إلى أي مدى وصل تقدمه . وتقع تلك الأمانة بالدرجة الأولى على عاتق كليات الحقوق حيث تجمع بين الدراسة القانونية والدراسة الشرعية ومن ثم يملك أساتذتها ناصية الثقافة القانونية الغربية ، والثقافة القانونية الإسلامية .

٤ - ونؤكد بادية ذي بدىء أن الثقافة الشرعية لا تتصارع مع الثقافة القانونية الغربية ، « لأن كل منهما حلقة تكمل الأخرى في سلسلة من التطور لا بد من أن يسير إلى غايته » ، فينتهي إلى قانون مستمد من الشريعة الاسلامية . ( السنهوري . القانون المدني العربي ص ١١ ) فالتصارع لا يكون إلا حيث لا يكون الخيار قد تم . وأحسب أنه لا خلاف في أن الخيار الشرعي هو الغاية

المرجوة . وفي خلال فترة التطور يكون البحث من أجل التوصل إلى أفضل الحلول وأنسبها مطابقة للواقع المعاصر .

ويقول السنهوري أن « الغاية من دراسة الفقه الإسلامي » هي أن تنتهي هذه الدراسة بعد عشرات من السنين إلى أن يتجدد شباب هذا الفقه ، وتدب فيه عوامل التطور فيعود كما كان فقهاً صالحاً للتطبيق المباشر ، مسيراً لروح العصر وتكون نهضة الفقه الإسلامي هذه شبيهة بنهضة الفقه الروماني في العصور الوسطى . ونبت الفقه الإسلامي قانوناً مدنياً متطوراً يجاري المدنية الحديثة . وينبثق هذا القانون الحديث من الشريعة الإسلامية كما انبثقت الشرائع اللاتينية والشرائع الجرمانية من الفقه الروماني « ( القانون المدني العربي ص ٢٨ ) .

٥ - ونرى أن دور كليات الحقوق في التطوير والتحديث لا يمكن أن يقوم إلا بانتهاء الانفصال بين تدريس المواد القانونية والمواد الشرعية ، خصوصاً في الدول التي قطعت شوطاً في تقنين الفقه الإسلامي .

فالانفصال يؤدي من جهة إلى التكرار ، ومن جهة أخرى إلى الحيلولة دون المزج والتقارب لأن المقارنة هي المدخل إلى التقارب وحسن الفهم . ومن جهة ثالثة ، لا يؤدي إلى تخريج من يعلم أصول القانون وأصول الشريعة وإنما يضحي الخريج ملماً ببعض الموضوعات التفصيلية والمتناثرة في الثقافتين ، مما لا يؤهله بالقدر الكافي للاسهام في بناء القانون الإسلامي المعاصر والمنشود . ومن جهة رابعة ، لوحظ ضعف إلمام الخريج بكل من الشريعة والقانون ، ذلك على خلاف الهدف المنشود وهو تنشئة جيل علي علم بالاثنتين منهيّاً فترة الانفصال بين دراسة الشريعة والقانون .

فالهدف من إنشاء كليات للشريعة والقانون ، كما اقترح السنهوري ، هو

إيجاد بيئة مختلطة من المتخصصين في كل من الشريعة والقانون . وهذا المزج من شأنه أن يولد نتاجاً فقهياً علمياً متطوراً . ولا يتحقق ذلك إلا بالدراسة المقارنة بين الشريعة والقانون، فلا يجب أن يدرس الفقه الاسلامي غير مقارن بأي شريعة أخرى، ولا أن يدرس القانون غير مقارن بالفقه الإسلامي .

٦ - وفي سبيل رسم أسلوب الدراسة المرجو ، يجب أن نتعرف على المرحلة التي توجد في إطارها التشريعات المعاصرة من حيث مدى تقنينها للفقه الاسلامي .

وفي سبيل الوصول إلى وضع قوانين تشتق رأساً من الشريعة الإسلامية ، يرى الفقه ، أي ذلك لايتأتى إلا باجتياز مرحلتين تسبقان الوصول إلى الهدف المنشود . ( السنهاوري : القانون المدني العربي . مجلة القضاء العراقية ١٩٦٢ ومابعداها ) .

**المرحلة الأولى :** هي استخلاص ماوصلت إليه الثقافة المدنية الغربية في آخر تطوراتها إلى العصر الذي نعيش فيه ، وهذا ماتحقق إلى حد كبير بوضع القانون المدني المصري . ولكن لا بد من متابعة تلك الدراسة لأن تطورات جوهرية طرأت على الحياة وبالتالي على القوانين في خلال الـ ٤٠ سنة الماضية . ويكفي لبيان ذلك أن القانون المدني الفرنسي أدخلت عليه تعديلات تشريعية منذ سنة ١٩٦٥ وحتى الآن تزيد بكثير عما أدخل عليه من تعديلات منذ وضعه في سنة ١٨٠٥ وحتى سنة ١٩٦٥ . وكما لايجب إغفال ماأدخله القضاء من مبادئ في العديد من المناحي والأمور . فلا يصح أن نقف عند ما وصل إليه القانون المدني المصري بل لا بد من متابعة المسيرة .

**المرحلة الثانية :** هي وضع هذه الثقافة الغربية إلى جانب الفقه الاسلامي ، وهذا مابدء في تحقيقه بوضع القانون المدني العراقي .

وأعتقد أن القانون المدني الأردني والقوانين التي نسجت على منواله مازالت تدخل في إطار تلك المرحلة، وإن كانت قد خطت خطوة عن القانون المدني العراقي .

فبالرغم من أن كل من المشرع الأردني والإماراتي قد اتجهت نيته إلى إصدار قانون متكامل مستمد معظم أحكامه من الشريعة الإسلامية ، إلا أنهما مازالا في إطار تلك المرحلة الثانية ، لأن المرحلة الثالثة والمرجوة تتمثل في وجود نهضة علمية قوية لدراسة الفقه الاسلامي في ضوء القوانين الغربية تكون المقدمة للتوصل إلى قانون إسلامي حق .

فالمرحلة الثالثة لاتتمثل في مجرد المزج بين الثقافتين . وإنما تتوافر المرحلة الثالثة من وجود دراسات فقهية متطورة تؤدي إلى وجود نتاج فقهى متكامل يقوم على استيعاب كامل للفقه الاسلامي في ضوء التطور الذي مرت به البشرية منذ قفل باب الاجتهاد بحيث تحتوي في نسيجه الحلول التي ترد في الثقافة الغربية لمواجهة متطلبات التغير وتشكل وفق مبادئه وأسلوبه الفني وصياغته وفي سبيل الوصول إلى هذا الهدف فان كليات الشريعة والقانون مطالبة أكثر من غيرها بوضع أسس تلك الدراسات (١) .

٧ - وأعتقد أن تطوير الدراسة في كليات الحقوق في مجال العلاقة بين الشريعة والقانون يجب أن يتم على عدة محاور يجمعها اتساع آفاق الدراسة وفتح الباب أمام توفير مفاتيح البحث العلمي المقارن .

-----

(١) ويرى بعض الفقه أن القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ قد اقتبست أكثر أحكامه من القوانين اللاتينية الجرمانية مع مراعاة كثير من مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكامها ( عبد السلام الترماني : القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة ص ٦١ الطبعة الثانية . الكويت ١٩٨٢ ) .



والمحور الأول يتمثل في تعبيد الطريق أمام تأهيل الطالب على  
الدراسة والبحث في الفقه الإسلامي وعدم الإكتفاء بتلقيه أحاديثه التي  
موضوعات متفرقة .

والمحور الثاني الاهتمام بالتطبيقات المعاصرة لأحكام الفقه الإسلامي  
قننت أو التي أوجب المشرع تطبيقها .

والمحور الثالث ، ضرورة الاهتمام بالدراسة المقارنة لقوانين البلاد الإسلامية التي  
قننت الشريعة الإسلامية .

والمحور الرابع هو مقارنة الفقه الإسلامي بالقوانين الغربية الحديثة

وندرس بالتفصيل فيما يلي كل محور من هذه المحاور .

### المطلب الأول

التوسع في تدريس مناهج البحث في الفقه الإسلامي

٨ - يقوم التدريس في كليات الحقوق علي تلقين الدارس أحكام الفقه في  
موضوعات معينة كالعقد أو الأحوال الشخصية أو الموارث وهكذا يتعرف الطالب  
على الموضوع بتفصيلاته ، ولكن لا يحظى بنفس القدر من الاهتمام تعريف الدارس  
بمنهج لبحث في الفقه الإسلامي . ونقصد بمنهج البحث أن يتعرف الباحث علي كيفية  
استخراج الأحكام من كتب التراث عامة بحيث يمكنه بعد ذلك أن يبحث بنفسه في  
هذه الكتب ويستخرج حكم ما يعن له من مسائل ، وكذلك كيفية تفسير القواعد .  
فليس كل من يعرف اللغة العربية ويقرأ كتب مراجع الفقه الإسلامي يمكنه ادعاء  
العلم بالفقه أو القدرة على استخراج الأحكام وتأويلها . فلكل نظام قانوني أصوله  
وفنونه .

ومعرفة طريقة البحث في أي نظام قانوني يكون من خلال التعرف على البنيان القانوني له ، ومعرفة أصول الفقه عامة . ونلقي الضوء فيما يلي على مانراه في هاتين النقطتين .

أولاً : ٩ - يجب أن نبدأ بتحديد هياكل أو تقسيمات الفقه الاسلامي بدءاً بمعرفة مايدخل في العبادات ومايعتبر من المعاملات ثم الموضوعات التي تدخل في المعاملات . وهو مايقابل تقسيم القانون وفروعه في الفقه الغربي . فلكل نظام قانوني بنيانه وهيكله ، وهذا لم يدرس تفصيلاً في كليات الحقوق بالنسبة للفقه الإسلامي . والمطلوب هو معرفة تلك التقسيمات أو بنيان القانون الاسلامي على حد تعبير السنهوري باعتبار أن ذلك هو السبيل الأولى أو المبدئي للتعرف على أي نظام قانوني . فمن أهم مايميز النظم القانونية عن بعضها البعض البنيان القانوني لكل نظام . فلكل نظام أفكاره التي بمعاونتها يتم التعبير عن القواعد ، وتقسيماته التي تنتظم في داخلها قواعده، وأسلوبه في كيفية صياغة وتصوير القواعد القانونية . ودراسة أي نظام قانوني تستوجب ضرورة أن يؤخذ في الاعتبار بنيانه من خلال هذه الزوايا الثلاثة السابق بيانها .

ثانياً : ١٠ - كما يجب الاهتمام بالتعريف بمراجع الفقه الاسلامي في المذاهب المختلفة فلا يجب أن نغفل أن الفقه الاسلامي أصبح مصدراً رسمياً للقانون . فطبقاً للمادة الأولى من قانون المعاملات الاماراتي إذا لم يجد القاضي نصاً في القانون حكم بمقتضى الشريعة الاسلامية على أن يراعي تخيير أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل فإذا لم يجد فمن المذاهب المعتمدة الأخرى حسبما تقتضيه المصلحة . ومفاد ذلك أن الذي يطبق هو مذهب من مذاهب الفقه الاسلامي أي أن الفقه يكون ملزماً باعتباره مصدراً رسمياً للقانون .

فهذا يفرض علينا ضرورة التعريف بمصادر كل فقه والمراجع الأساسية المعتمدة في كل مذهب ، وكيفية معرفة أرجح الأقوال في المذهب في المسائل المختلفة ، وتحديد الحجة من فقهاء كل مذهب .

ولما كان نص قانون المعاملات لا يجعل من مذهب واحد مصدراً للقانون بل أنسب الحلول من مذهبين ، فإنه يجب الاهتمام بتدريس قواعد وأصول المقارنة بين مذاهب الفقه الاسلامي . كما يجب بيان ظروف ظهور كل اتجاه حتى يساعد ذلك في استخلاص أنسب الحلول سواء للعصر أو لنصوص القانون .

١١ - ويقع على عاتق الفقه المعاصر من المتخصصين في الشريعة الاسلامية ، عدم الاكتفاء بعرض مذهب فقهي معين ، وإنما يجب عليهم البحث عن الحلول لما يستجد من مشاكل دون التقيّد برأي مذهب بعينه حتى نضع أمام المشرع والباحث أفضل الحلول ملائمة للعصر وأكثرها تحقيقاً للصالح العام . وهذا يستلزم إجراء دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية المختلفة في جزئية معينة وبيان الظروف الاجتماعية المحيطة التي دفعت إلى ظهور رأي معين ، وكذلك الأسباب التي دعت إلى ظهور رأي آخر ومبرراته . ففي مجال المفقود مثلاً نجد أن المذهب الحنفي لا يعتبر المفقود ميتاً إلا بوفاة أقرانه . ويجب بيان ظروف ظهور ذلك الرأي وأسبابه والعمل على الأخذ بالأحوط تفادياً لمشاكل ظهور المفقود حياً ، أما الحنابلة فقد اكتفوا بمدة أربع سنوات للحكم بوفاة المفقود ، وهذا يحتاج لبيان لماذا انقضت المدة إلى هذا الحد وهل هناك اختلاف في الظروف أم في الاعتبارات التي اعتد بها كل مذهب .

١٢ - ولهذا يدعو البعض إلى الاتجاه لدراسة الفقه الاسلامي دراسة تاريخية ، بحث « يتعين على الباحث تتبع القواعد والنظم القانونية الاسلامية في نشأتها

وتطورها في ضوء الظروف الاجتماعية والاقتصادية المحيطة بالمجتمع في كل مرحلة من مراحل التطور سواء قبل ظهور المذاهب الاسلامية الكبرى أم بعدها - وبذلك لا تقتصر - كما يحدث الآن - على دراسة الفقه الاسلامي في ضوء ما انتهى إليه الأمر لدى المذاهب الاسلامية الكبرى . وعلينا أن نعمل ذات المنهج في دراسة أصول الفقه الاسلامي حتى نقف على تاريخ وظروف نشأة كل دليل من الأدلة ودوره في تطور الفقه الاسلامي . ( صوفي أبوطالب : الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي في البلاد العربية ، الماضي والحاضر والمستقبل . مجموعة السنيهوري التي أصدرتها حقوق القاهرة ص ٢١٨ ، ١٩٨٨ ) .

فالخطاب بعدم التقيد بمذهب واحد لا يوجه للمشرع فقط وإنما إلى الفقه كذلك . والدراسة التاريخية والاجتماعية للنظم القانونية الاسلامية تفيد الآن في تحديد وتفسير موقف المشرع المعاصر في بعض المسائل . فالفقه الاسلامي درس وتوسع وطور الشفعة . أما في الوقت الحاضر فهناك من التشريعات التي لم تأخذ بالشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية ، وهناك من ضيق منها جداً ، وهناك من يظل يتوسع فيها وذلك في المجتمعات الزراعية على وجه الخصوص .

والدراسة المقارنة بين مذاهب الفقه الاسلامي تستهدف استخلاص « وجوه النظر المختلفة ، ولتركز هذه الوجوه في تيارات التفكير القانوني ، ثم تبلور في اتجاهات عامة ، وتستكشف من وراء هذا قواعد الصناعة الفقهية الإسلامية ، تمهيداً لمقارنتها بصناعة الفقه الغربي الحديث حتى يتضح ما بينهما من الفروق ووجوه الشبه وحتى نرى أين وقف الفقه الاسلامي لا في قواعده الأساسية ومبادئه بل وفي أحكامه التفصيلية وفي تفرعاته فتمتد يد التطور إلى هذه التفصيلات على أسس تقوم على ذات الفقه الاسلامي وطرق صياغته وأساليب منطقته » ( السنيهوري ، القانون المدني العربي ، ص ٢٧ ) .

ثالثاً : ١٣ - ويجب بعد ذلك الاهتمام بتدريس منهج البحث في كتب التراث وفي مراجع الفقه الاسلامي عامة لمعرفة كيفية استخراج الأحكام ، فذلك يمثل مفاتيح البحث التي تؤدي إلى معرفة الحكم الصحيح . فبعد معرفة المواضع التي يمكن البحث فيها عن المسألة ، ومعرفة المراجع التي يمكن الرجوع إليها يجب معرفة طريقة ومنهج البحث . فيلاحظ أن بعض الباحثين بلجأون الآن إلى الإشارة إلى حلول متفرقة عشر عليها في ثنايا كتب التراث، بالاستناد إلى عبارة أو التقريب بين الأمثلة . وهذا يخالف أصول البحث العلمي الذي يكون بالارتفاع إلى المبادئ ثم النزول إلى ترتيب الحلول التفصيلية التي تتفرع عن تلك المبادئ . فيجب أن يتعلم الدارس من أين يبدأ وإلى أين يتفرع البحث وكيف يصل إلى العمق حتى يصل إلى تخريج الأحكام .

فالخطوات الثلاثة السابقة تمثل المقدمة الضرورية لتحديد الطريق للبدء بالبحث الصحيح والدقيق في الفقه الإسلامي ، وتعتبر الجناح الأول للبحث في الفقه الإسلامي .

١٤ - أما الجناح الثاني وهو دراسة أصول الفقه فقد حظى بقدر وافر من الدراسة والتدريس في كليات الحقوق ، واستعان به القضاء ، وقنن المشرع الإماراتي أهميته وضروره دراسته بالتالي في المادة الثانية من قانون المعاملات التي نصت على الرجوع في فهم النص وتفسيره وتأويله إلى قواعد وأصول الفقه الإسلامي .

ومع هذا فإن دراسة أصول الفقه الإسلامي تحتاج إلى الاستعانة بالتطبيقات المعاصرة لشرحها وإيضاحها لتدريسها بصورة أقرب إلى التفهم من جانب الطالب .

وفي مجال أصول الفقه، فإن مبادئه قد جاءت على أرقى مستوى ممكن ، ولم يتوصل الفكر الغربي إلى بعض ماوصل إليه الفقه الإسلامي إلا في أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين . ففي فرنسا لم تتضح معالم أصول التفسير والفقه إلا على يدي جيني في أواخر القرن التاسع عشر .

ولكن ليس معني ذلك أن الفقه المعاصر ليس لديه مايقدمه في هذا المجال ، بل عليه أن يقوم بالتبسيط والشرح الذي يساعد على إبراز عظمة هذا التراث .

ففي مجال تدريس مايدخل في نطاق أصول الفقه تتوزع الدراسة مابين مادتي المدخل للعلوم القانونية أو أصول القانون ، ومادة أصول الفقه . فالأولى تدرس تفسير القانون ويحرص منه يتولي التدريس على إبراز مبادئ التفسير من خلال نصوص القانون وتطبيقات القضاء ويحجم عادة عن التوسع في الموضوع حتى لايتكرر مايدخل في مقرر أصول الفقه . وعند تدريس مادة أصول الفقه تدرس عادة من خلال ما جاء في تراث الفقه الإسلامي وتقتصر أغلب الأمثلة على تلك التي وردت في كتب التراث ، بل وينفس الأسلوب الفقهي التقليدي . مما يجعل دراسة المادة دقيقة بل وصعبة في بعض الأحيان .

١٥ - ولما كان القضاء المدني والجنائي ، في كل البلاد العربية يطبق يومياً أصول الفقه للتوصل إلي تفسير مايعن له من نصوص، فإن مجموعات القضاء تحتوي على العديد من التطبيقات العملية والمعاصرة لتلك الأصول . ولهذا فإن على الفقه المعاصر أن يهتم بالتوسع في دراسة تلك التطبيقات القضائية . وهذا يقتضي تعاوناً بين أساتذة القانون وعلماء الشريعة في كليات الحقوق للخروج بمراجع معاصرة تحدث تراث الفقه الاسلامي بإبراز التطبيقات القضائية سواء كانت دراسة وصفية أو انتقادية لذلك القضاء . فكلما اقتربت الدراسة والأمثلة من الواقع الذي نعيشه

سهل فهم المبادئ وتأصلت في نفوس طالب اليوم وقاضي الغد . وغنى عن البيان أن التوسع في تدريس مناهج البحث في الفقه وأصوله يمكن الباحث على المدى الطويل من التماس القواعد التي كانت في أذهان الفقهاء والتي كانوا يصدرون عنها في حلولهم وفتاويهم (١) .

وهكذا فإن البداية تكون بتخريج جيل قادر على البحث في الفقه الاسلامي ، لامجرد متلقي لأحكامه .

### المطلب الثاني

#### الاهتمام بالتطبيقات القضائية المعاصرة للفقه الاسلامي

١٦ - لما كانت الشريعة الاسلامية هي قانون الأحوال الشخصية في البلاد العربية ، فإن القضاء يتولى تطبيق أحكام الفقه الاسلامي على مايعرض عليه من منازعات . ولهذا فإن الأحوال الشخصية تمثل المجال الخصب والمحك الأساسي لبيان مدى مرونة قواعد الشريعة الاسلامية بحيث تسمح بالاستجابة لمستجدات العصر وما بذله القضاء في مصر من دور رائد في سبيل تطبيق قواعد الفقه الإسلامي على الوقائع المستجدة ، وقد أعطى الفقه شباباً وحيوية .

ولقد سد القضاء بذلك فجوة قد تطرأ في ذهن القارئ لكتب الفقه التي تدرس لطلاب مادة الأحوال الشخصية . فالملاحظ أن تلك الكتب تعرض بوضوح ودقة

-----

(١) وتجدر الإشارة إلى المحاولة القيمة التي قام بها المستشار محمد بدر المنباوي في مقرر يقوم بتدريسه في المركز القومي للدراسات القضائية في مصر بعنوان : علامات على طريق فهم النصوص التشريعية في ضوء أصول الفقه، مع التركيز على القانون الجنائي . وهو مطبوع على الاستنسل سنة ١٩٨٢ . وخطة الكتاب وأسلوب عرضه يعتبر مثلاً يحتذى للفكرة التي عرضتها في المتن .

ومصادر الموقف الفقهي الاسلامي من مصادره الأصلية بحسب ما جاء في أمهات المراجع . ولهذا غالباً ما تكون الأمثلة التطبيقية لتلك المبادئ من أمثلة عصر وضع تلك المراجع . مثل العهد والآمة وغير ذلك . ومن هنا عادة ما يتساءل القارىء عن كيفية تطبيق تلك الأحكام على المشكلات والمنازعات المعاصرة . ولما كانت وظيفة القضاء هي أعمال حكم القانون على ما يعرض عليه من منازعات فإن الرجوع إلى مبرمومات القضاء يكشف عن كيفية التطبيق المعاصر للمبادئ الشرعية و يبرز سيادة الأحكام ومقدرة القضاء .

ولم يكتفِ القضاء المصري بالتطبيق المعاصر للفقہ الإسلامی ، وإنما اتخذ في بعض الأحيان موقفاً استراضياً من حكم واجب التطبيق يرى أنه لا يخلو من النقد أو من عدم التطبيق . ومن ثم فقد قدم القضاء المصري نموذجاً للمتفهم لأصول الشريعة ، في تطبيقها في الواقع المعاصر . فقد نجح في تطبيق ماورد في كتب الفقه في الواقع المعاصر .

١٧ - ودراسة دور القضاء المصري في تطبيق أصول الشريعة الاسلامية يستهدف إبراز أن هذه الأصول لا تتغير باعتبارها أصولاً ، ولكن كما قال السنهوري ، فإن تطبيقاتها تختلف . أولاً باختلاف الزمن . وثانياً باختلاف الأمم . وعلى ذلك يكون هناك أصول للشريعة الاسلامية لا تتغير ، وتفاصيل الشريعة تتغير بتغير الزمان والمكان ويكون من المعقول مع بقاء الأصول واحدة أن تكون هناك تفاصيل قرارات في قرن معين وفي بلد معين (١) . . وليس معنى ذلك أن نطرح التفاصيل

(١) د . تهموني أن هذا هو المعنى الذي يجب أن يعطى للمذاهب المختلفة في الشريعة الاسلامية كمذهب الامام أبي حنيفة . أي أنه يجب أن يفهم هذا الموقف على أنه مذهب لتطبيق أصول الشريعة في الزمن الذي وجد فيه والآن . من فيه وأنه يعبر عن الشريعة الاسلامية بهذين القيدين ، وهذا لا يستتبع أن هذه التفاصيل يجب أن يتركب لكل إقليم ، بل إن لك من هذين أن يستنبط من التفاصيل ما ينطبق على ظروفه الخاصة .



التي تعب في استنباطها الأئمة في الأزمنة والأقاليم الأخرى بمجهودات تستوجب الاعجاب ، بل يجب ربط الحاضر بالماضي ربطاً لا يقيد الحاضر فيلغه ويوقف تقدمه ، ولا يقطع صلته بالماضي فتتعدم وحدة الشريعة الإسلامية في مجموعها ( من مذكرات السنهوري وأوراقه الشخصية المنشورة سنة ١٩٨٨ . المذكرة رقم ١٦٠ ص ١٤٣ - ١٤٥ وأورد فقرات منها محمد زكي عبد البر في مقالة بعنوان أستاذنا السنهوري والشريعة الإسلامية . معهد الفقه الإسلامي المقارن . مجلة إدارة هيئة قضايا الدولة . يونية ١٩٨٩ ص ١٣٥ في عدد خاص بعنوان الفقيه الامام عبدالرزاق السنهوري ) .

وبالإضافة إلى ما قام به القضاء من تطبيق لأحكام الفقه الإسلامي بما يتلاءم مع العصر ، فإنه قد اتخذ أحياناً موقفاً اعتراضياً من حكم واجب التطبيق يرى أنه لا يخلو من النقد أو عدم الملاءمة .

#### ونعطي أمثلة لذلك كله فيما يلي :

١٨ - ولقد طبقت محكمة النقض مبادئ الشريعة علي الظروف المستجدة في المجتمع المعاصر مما يشبت المرونة التي تحتويها تلك المبادئ ، وبذلك أضافت المحكمة دوراً إيجابياً في بيان مدى تواصل الفقه الإسلامي مع المعطيات التنظيمية للحياة المعاصرة .

ففي مجال التطبيق للضرر ذخرت مجموعات القضاء بتطبيقات بل وإيضاحات ظهر منها كذلك المزج بين الثقافة القانونية والثقافة الإسلامية .

فقد أوضحت المحكمة شروط التطبيق للضرر في اصطلاحات القانون المعاصر . فقد قضت بأن معيار الضرر معيار شخصي لامادي، وتصويره بما يجعل دوام العشرة

مستحيلاً أمر موضوعي متروك لتقدير قاضي الموضوع . والضرر يختلف باختلاف بيئة الزوجين ودرجة ثقافتهما والوسط الاجتماعي الذي ينتميان إليه .

وطبقت فكرة الضرر في صور معاصرة . فاعتبر من قبيل الضرر التشهير بارتكاب الزوجة لجريمة ، كالتسرع باتهامها بارتكاب جريمة الإجهاض مع أن ذلك لم يثبت ( نقض أحوال شخصية ١٩٧٦/١١/٢٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص ١٦٣٦ ) . وقضت كذلك بأنه وإن كان الأصل أن التبليغ من الحقوق المباحة للأفراد لا يمكن أن يرتب مسئولية طالما صدر معبراً عن الواقع حتى ولو كان الانتقام هو ما حفز إلى التبليغ . إلا أن إقامة هذا الحق لا يتنافر مع كونه يجعل دوام العشرة مستحيلاً لاختلاف المجال الذي بدور في فلكه مجرد إقامة الادعاء أو التبليغ ومدى تأثير أيهما على العلاقة بين الزوجين ( نقض أحوال شخصية ١٩٧٨/١١/١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ ص ١٦٧٤ رقم ٣٢٢ ) .

وتتجلى مواجهة أحكام الفقه للوقائع المستجدة فيما قضت به محكمة النقض من أن الضرر يتوافر إذا لم يعثر الزوج على المسكن المناسب بعد مرور أربع سنوات على عقد القران . مما ترتب عليه عدم دخول الزوج بزوجه وعدم استقرارها في حياة زوجية . وتعلل الزوج بعدم العثور على مسكن مناسب طيلة هذه السنين هو أمر لا دخل للزوجة فيه . فمن واجب الزوج توفير المسكن الشرعي . ويكون التراخي عمداً في إتمام الزوجية بسبب من الزوج مما يعد ضرباً من ضروب الهجر ، لأن استطالته تنال من الزوجة وتصيبها بأبلغ الضرر ومن شأنه أن يجعلها كالمعلقة فلا هي ذات بعل ولا مطلقة ( نقض مدني ١٩٧٩/٣/٢١ مجموعة أحكام النقض السنة ٣١ عدد ١ ص ٩٠٦ رقم ١٦٧ ) .

١٩ - ولم يتكف القضاء في مصر بتطبيق الفقه الاسلامي كما جاء في كتب

التراث ، وإنما وقف موقف الباحث عن أنسب الحلول في ذلك الفقه لمقتضيات العصر ، فإن لم تسعفه أصول التفسير فإنه لا يخرج عن مهمته في تطبيق الفقه ولكنه في نفس الوقت يعترض على الحل واجب التطبيق ، بالرغم من تطبيقه له ، ويطالب المشرع بالأخذ بحل أكثر ملاءمة في مذهب آخر من مذاهب الفقه .

ولا يوضح ذلك نضرب مثلاً هاماً بقضاء محكمة النقض في مجال شروط التطبيق بسبب العنة .

فقد نصت المادة التاسعة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ على أن « للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذ وجدت به عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون » . والتفريق للعيوب مأخوذ في القانون المصري ، من مذهب الامام مالك .

أما بالنسبة للعنة فقد قضت محكمة النقض « أن التفريق للعيوب في الرجل قسماً ، قسم كان معمولاً به بمقتضى مذهب الإمام أبي حنيفة وهو التفريق للعيوب التي تتصل بقربان الرجل لأهله وهي عيب التناسل، العنة والجب والخصاء وبق الحكم فيه وفقه » . ولما كانت المادة ١١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ تجيز الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء بقصد تعرف العيوب وما إذا كان متحققاً فيه الأوصاف التي أشارت إليها المادة التاسعة ، إلا أن القانون المذكور قد سكت عن التعرض للإجراء الواجب على القاضي اتباعه للوصول إلى الحكم بالفرقة ، فلم يعين الزمن الطويل الذي لا يمكن بعد فواته البرء من المرض ، أو يبين ما يرتبه على تقارير أهل الخبرة من الأطباء بعد ثبوت وجود العنة من الحكم بالفرقة في الحال أو بعد التأجيل ، مما يوجب الأخذ بأرجح الأقوال من مذهب الحنفية طبقاً للمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . وأردفت المحكمة قولها بأنه لما كان ذلك وكان