

المقرر في هذا المذهب أنه إذا ادعت الزوجة على زوجها أنه عنين وأنه لم يستطع مباشرته السبب هذا العيب وثبت أنها لازالت بكرًا ، وصادقها الزوج على أنه لم يصل إليها ، فيؤجله القاضي سنة ليبين بمرور الفصول الأربعة المختلفة ما إذا كان عجزه عن مباشرة النساء لعارض يزول أو لعيب مستحكم ، وبدء السنة من يوم الخصومة إلا إذا كان الزوج مريضاً أو به مانع شرعي أو طبيعى ، كالإحرام والمرض ، فتبدأ من حين زوال المانع ، ولا تحسب من هذه السنة أيام غيبتها أو مرضها أو مرضه إن كان مرضاً لا يستطاع معه الوقاع ، فان مضت السنة وعادت الزوجة إلى القاضي مصرة على طلبها لأنه لم يصل إليها طلقت منه . وأوضحت أن مناط تحقق عيب العنة المسوغ للفرقة عند الحنفية ليس بمجرد ثبوت عجز الزوج عن الوصول إلى زوجته بل استمرار هذا العجز طيلة السنة التي يؤجل القاضي الدعوى إليها .

وأعلنت المحكمة في نهاية الحثثيات أنه وإن كانت المحكمة قد انتهت إلى وجوب الاعتداد بفترة الامهال أخذاً بالراجع من مذهب أبي حنيفة ، إلا أنه لا يفوتها الإشارة إلى أن الامهال لا موجب له في خصوص العنة طبقاً للمذهب الامام مالك الأمر الذي يحفز المحكمة إلى الإهابة بالمشروع للمبادرة إلى إصدار تشريع ينص فيه على الأحكام الموضوعية لكل مسألة على حدتها غير متقيد بمذهب معين من مذاهب الشريعة الاسلامية بما فيه تحقيق العدالة وفقاً لمقتضيات التطور .  
( نقض أحوال شخصية ١٩٧٦/٢/١١ مجموعة أحكام النقض ص ٤٣٢ ) .

وبهذا فقد مارست المحكمة ما يمكن تسميته بالتطبيق الانتقادي للمذهب الفقهي واجب الأعمال ، وحيث تنادى المشروع إلى تطبيق مذهب فقهي آخر أكثر ملاءمة للتطور العلمي المعاصر .

وهذا يبرز ضرورة التوسع في دراسة المذاهب الاسلامية المختلفة وعدم التقيد عند التشريع بمذهب معين بل يجب اختيار أكثر الحلول ملاءمة للعصر من مجموع الفقه .

### **المطلب الثالث**

#### **العناية بالدراسة المقارنة لقوانين البلاد التي**

#### **قننت الشريعة الاسلامية**

٢٠ - منذ بداية النصف الثاني من هذا القرن بدأت تتوالي التشريعات التي قننت أجزاء من الفقه الاسلامي . ولقد مضت بالتالي عشرات السنين على تطبيق هذا المبدأ أو ذاك المبدأ، ولهذا لا بد من تدريس تلك التجارب والتطبيقات حتى نستطيع أن نحدد الطريق السليم ، ونستفيد من تلك التجارب ، بل ومن الدراسات الفقهية والتطبيقات القضائية التي واكبت صدور تلك التقنيات . وفي ضوء تلك الدراسة يمكن أن نحدد معالم الطريق واجب الاتباع ، سواء بتعديل ماوضع من نصوص ، أو بتعميق فهمها وتوجيه التفسير وجهة معينة .

**أولاً : ٢١ -** يجب الاهتمام ببيان مدى اتفاق النصوص مع الشريعة الاسلامية، فهناك من النصوص التي تحتاج إلى دراسة شاملة في إطار فلسفة متكاملة ومتعمقة للفقه الاسلامي . فالمادة ٢٨٧ من قانون المعاملات تجيز الاتفاق على أن يتحمل المدين عبء القوة القاهرة . فإذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لايد له فيه . . . . كان غير ملزم بالضمان مالم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك . وعلى العكس من ذلك فقد نصت المادة ٢٢٩ من مشروع

القانون المدني المصري طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية على أنه لا يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة . وجاء في المذكرة الإيضاحية أن هذا المبدأ جاء إعمالاً للآية الكريمة لا يكلف الله نفساً إلا وسعها مما لا يسوغ معه أن يتفق مقدماً على أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة، إذ ليس في وسعه أن يدفع هذه القوة القاهرة . أما القانون الإماراتي فقد أباح الاتفاق على تحمل تبعة القوة القاهرة استناداً إلى أن الأصل حجة العقود والشروط . فأى هذين الاتجاهين يتفق مع الفقه الإسلامي ، لاشك أن الإجابة على ذلك كانت تستتبع قيام دراسة معمقة للموضوع من كافة جوانبه لأننا لسنا بصدد مجرد خلاف فقهي وإنما بصدد آية من القرآن الكريم ( في شرح نص المشروع المصري : عبد المنعم الصدة ، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ص ١٣ دار النهضة العربية ١٩٩٠ ) .

وهناك المادة ١٣١٨ بشأن الحيابة المستندة إلى سبب صحيح أي التملك بالحيابة بمرور الزمن القصير . ففي نفس الموضوع نجد أن القانون المدني الكويتي قد رفض الأخذ بالتملك بالحيابة المستند إلى سبب صحيح بحجة أن السبب الصحيح هو « التصرف القانوني الذي من شأنه ، لو صدر من مالك ، أن ينقل الحق ولكنه لم ينقل الحق فعلاً لأنه صدر من غير مالك . فالأخذ بهذا النظام يفترض بالضرورة الإقرار بأن الحائز ليس مالكاً وهو ما يناقض الفكرة الأساسية التي أخذ بها المشرع الكويتي وهي الحكم للحائز بالملك استناداً إلى دلالة الحيابة أي بعبارة أخرى أن التقادم القصير يقر الغصب مما يخالف الفقه الإسلامي ( المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي ص ٧١٤ ) . وجاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني المصري وفقاً للشريعة الإسلامية ، والذي أخذ بالتقادم قصير المدة، أن الفقه الإسلامي لم يعرض لتلك الصورة ولكن تقصير مدة التقادم فيها يبرره توافر حسن النية والسبب الصحيح لدى الحائز ( التعليق على المادة ٩٥٠ ص ٣١٩ ) .

يدل الخلاف في تلك المسائل الأساسية على أننا مازلنا في مرحلة تعميق دراسة الفقه الإسلامي ومقارنته بالفقه الغربي لاستخلاص فقه إسلامي يصل الحاضر بالماضي .

ثانياً : ٢٢ - وتجدر الإشارة في مجال العناية بمدي اتفاق النصوص القائمة مع الشريعة الإسلامية إلى موقف المحكمة الدستورية العليا في مصر .

تحرص المحكمة الدستورية العليا على أن يكون تقييم مدى دستورية التشريع من خلال اتفاهه أو اختلافه مع أحكام الشريعة الإسلامية . فهي لا تكتفي في العديد من أحكامه بالاستناد إلى مخالفة التشريع لنص أو مبدأ دستوري بل تدعم ذلك بمخالفة الشريعة الإسلامية .

فعندما أصدرت حكمها بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة ٥٥ من قانون المحاماة والتي أعفت المحامي أو ورثته من دفع مقابل للتنازل إلى المؤجر، استندت إلى أن ذلك ينطوي على خروج عن مبادئ الشريعة . فقضت بأن تلك الفقرة تقدم للمحامي أو لورثته « مزية استثنائية تنطوي على إسقاط كامل لحقوق المالك المرتبطة بها ، وتقدم المنفعة المجلوة على المضرة المدفوعة بالمخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية . . . » ، ولا يدخل هذا في نطاق التنظيم التشريعي لحق الملكية ، بل هو عدوان عليها يختار أهون الشرين لدفع أعظمهما ، بل يلحق بالمؤجر وحده الضرر البين منافياً بذلك المقاصد الشرعية التي ينظم ولي الأمر الحقوق في نطاقها . . . » ( المحكمة الدستورية العليا ١٩٩٢/٥/٢٧ . الجريدة الرسمية العدد ٢٤ في ١٩٩٢/٦/١٥ ص ١٢٩٤ ، ١٢٩٥ ) .

ولقد حرصت المحكمة الدستورية العليا على رد المبادئ الدستورية والتي وردت \*

في أسمى التشريعات وهو الدستور، إلى أصولها الشرعية . فالمادة ٣ من الدستور المصري تنص على أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع . فيجب رد النصوص التشريعية إلى مبادئ الشريعة الإسلامية لضمان توافقتها معها ( حكم المحكمة الدستورية العليا في ١٤/٣/١٩٩٢ ) .

فقد أوضحت أن مبدأ حرية الإقامة والتنقل الوارد في المادة ٤٥ من الدستور ، هو حق كفل الله عز وجل أصله بقوله « هو الذي جعل لكم الأرض ذلولاً فامشوا في مناكبها » .

ثالثاً : ٢٣ - ويجب عند دراسة الفقه الإسلامي وتطبيق ماورد به من أحكام أن ينظر إلى كيفية إعمال الحكم في ظل النظام القانوني القائم . فما قد يبدو من حيث الظاهر من سلبيات لتطبيق حكم مستمد من الفقه الإسلامي ، يرجع في الواقع إلى عدم إجراء عملية المزج اللازمة لذلك الحكم مع مجموع القواعد القانونية السارية .

ولإيضاح هذه المسألة نضرب مثلاً بما ورد في المادة ١٣١٧ من قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات ، والتي تنص على أن « من حاز منقولاً أو عقاراً غير مسجل باعتباره ملكاً له أو حاز حقاً عينياً عقارياً على منقول أو حقاً عينياً غير مسجل علي عقار ، واستمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة فلا تسمع عليه عند الانكار دعوى الملك أو دعوى الحق العيني من أحد ليس بذوي عذر شرعي » .

فحماية الحائز تتمثل في عدم سماع دعوى الملك من أحد . فالفقه الإسلامي يعرف فكرة عدم سماع الدعوى حيث يجوز تخصيص القضاء بالزمان والمكان . ونظام عدم سماع الدعوى يؤدي للاعتداد بدور الحيازة في الملكية مع تنقيتها من

الشوائب التي تشوب نظام التقادم المكسب .

ولكن مامعنى عدم سمع الدعوى ؟ « معنى أن الحيابة لاتسمع معها دعوى المنازع في الملكية أنه لايترتب على سماعها أن تكون البينة على من ادعى واليمين علي من أنكر . وهذا لاينافي أنها تسمع منه سماع استيضاح احتمال أن الحائز يقر له بملكيته للشئ المحاز مثلاً » ( التعليق على المادة ٥١٨ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية علي مذهب الامام مالك ) فعدم سماع الدعوى يعني رفض دعوى المنازع .

والواقع أن عدم سماع الدعوى ، أي رفض دعوى المدعى أو المنازع، يصلح تماماً في مجال الحقوق الشخصية . فالمدين يكفيه عدم سماع دعوى الدائن بعد مرور مدة معينة، فعدم سماع الدعوى أو رفض دعوى الدائن يعني عدم الزام المدين بأي أداء .

أما في مجال الحقوق العينية ففي الفقه الاسلامي الحيابة لاتكسب الحق وإنما تعتبر دليلاً وإثباتاً علي الملك . فالحيابة لاتنشئ ملكاً وإنما تدل على الملك . فهل يصلح مجرد عدم سماع الدعوى كدليل يثبت الحق . من الواضح أن عدم سماع دعوى المنازع يؤدي إلى ترك الحائز على وضعه دون مساس به ، ولكن ألا يحتاج الحائز لدليل على ملكه ؟

يرى البعض أن الحكم الذي يصدر بعدم سماع الدعوى يكون حجة لصالح الحائز بأنه صاحب الحق المحاز، إذ أن الحيابة تعتبر حينئذ دليلاً على الملك أو غيره من الحقوق العينية ( التعليق على المادة ٩٤٩ من مشروع قانون المعاملات المالية المصري ص ٣٨٧ ) .

والواقع أن الحكم الذي يصدره يكون بعدم سماع الدعوى ، ولا يرد في المنطوق أن حيازة المدعى عليه تعتبر دليلاً على الملك وإنما يرد في أسباب الحكم إثبات توافر عناصر الحيازة . كما أن الحكم بعدم سماع الدعوى يستلزم أن يكون المدعى عليه هو الحائز ، ولكن لا يتضح ما إذا كان يحق للحائز أن يطلب تثبيت ملكيته والحكم له بها . وبعبارة أخرى فإن عدم سماع الدعوى في مجال الحقوق العينية يقدم حماية سلبية للحائز بعدم سماع دعوى من ينازعه ، ولكنها لا تمكنه من حماية إيجابية بالحكم له بمضمون حقه .

ولقد تنبه المشرع الكويتي لذلك ، وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي « ولم يستخدم المشرع تعبير عدم سماع الدعوى المعروف في فقه الشريعة الإسلامية ، ذلك أن حقيقة المقصود بعدم سماع الدعوى هو رفض دعوى المنازع . . لهذا وتجنباً لما قد يؤدي إليه مصطلح عدم سماع الدعوى من الخلط بينه وبين عدم قبول الدعوى المعروف في فقه المرافعات ، أثر المشرع على أن يحكم للحائز بالحق . ويمتاز هذا الحكم ، على القول بعدم سماع الدعوى ، وهو كما رأينا يعني رفض دعوى المنازع ، من الناحية العملية ، بأنه يؤدي إلى استقرار التعامل في شأن العقار محل الحيازة . وبيان ذلك أن الإكتفاء بعدم سماع دعوى المنازع ، يشير التساؤل : وماذا بعد عدم سماع دعوى المنازع ، أي رفض الدعوى ؟ هل يظل الحائز هكذا دون الحصول على دليل واضح على حقه يمكنه من التعامل في العقار باعتباره صاحب الحق ؟ إذا وقفنا عند هذا الحد فالغالب أن الحائز لن يجد من يتعامل معه باعتباره المالك استناداً إلى دلالة الحيازة على الملك . ولهذا نص القانون على أن يحكم للحائز بالحق ويترتب على ذلك أنه يستطيع بعد ذلك أن يسجل الحكم الذي صدر له فيستقر وضعه باعتباره المالك شأنه في ذلك شأن كل من يستند في ملكيته إلى سند مسجل » ( المذكرة الإيضاحية ص ٧١٣ ، ٧١٤ ) .

فما فعله المشرع الكويتي أنه لم يكتف بعدم سماع الدعوى وإنما وصل بعد ذلك إلى النتيجة التي يستهدفها عدم سماع الدعوى وهو اعتبار الحيازة دليلاً على الملك ومن ثم وجب تمكين الحائز من دليل على حيازته . وهذا لا يخالف إطلاقاً أحكام الشريعة وإنما هو مسابقة لمنطق الأفكار ووضعها بما يلائم ظروف الملكية وأحكام تسجيلها ضبطاً للتعامل العقاري . فيجب وضع الأحكام الشرعية بصورة تتناسق مع قواعد التسجيل وإجراء المزج المناسب بينهما .

رابعاً : ٢٤ - والمحور الرابع الذي يجب الاهتمام به في تلك المرحلة هو رصد كيفية تطبيق بعض المبادئ التي وردت في الفقه الاسلامي وأخذ بها المشرع المعاصر، للتعرف عن مدى نجاح صياغة النصوص، ومدى الحاجة للتطوير أو التعديل بما يتفق مع ظروف الحياة المعاصرة وظروف إعمال النص .

ونقصد بذلك فكرة مباشر الضرر والمتسبب المنصوص عليها في المادة ٨٣، فهذه المسألة معروفة في الفقه الاسلامي ولكن يلاحظ أن من الأهمية بمكان كيف يتم إعمال هذه الفكرة في مجال الحياة المعاصرة فمن هو المباشر أو المتسبب في حوادث السيارات بصورها المختلفة وغير ذلك . فالعديد الآن من البلاد العربية تأخذ بهذه الفكرة ، وتطبقها المحاكم في المجالات المختلفة . فالأمثلة التي وردت على هاتين الفكرتين في الفقه الاسلامي لاتساعد على إيضاح كيفية مهمتها وتطبيقها في عصرنا . ولهذا ففي هذه المرحلة لابد من القيام بالدراسة المقارنة بين البلاد العربية لمعرفة كيفية تطبيق الفكرة وما وضع لها من ضوابط وتفصيل عن طريق القضاء حتي تأخذ ثوبها المعاصر في الصياغة المستقبلية للقانون الاسلامي .

وهذا يستوجب أن تكون هناك مقررات دراسية إما على مستوى الليسانس أو الدكتوراة للدراسة المقارنة حول كيفية تطبيق القضاء في مختلف البلاد التي أخذت



بأفكار مستقاة من الفقه الاسلامي مثل المباشر والمتسبب ، أي يتعلق المقرر بالتطبيق المقارن لأحكام الفقه الاسلامي التي تم تقنينها . ومن المفيد كذلك بحث كيفية إعمال أحكام العقد الموقوف والفاقد والباطل وهل كان تطبيقها واضحاً لاثير صعوبات للتعرف على مدى صحة تخوف التشريعات التي رفضت الأخذ بها مثل القانون المدني الكويتي .

**خامساً : ٢٥ -** ومن المسائل التي تبدو فيها الأهمية القصوى للدراسة المقارنة لكيفية تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية في البلاد الأخرى التعرف على المقصود ببعض الاصطلاحات في مجالات تقترب من تلك التي ورد فيها النص أي توسيع آفاق البحث . فتنبص المادة ٣ من قانون المعاملات الاماراتي على أنه « يعتبر من النظام العام الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية . . . . وذلك بما لا يخالف الأحكام القطعية والمبادئ الأساسية للشريعة الاسلامية .

فقد تعرض الفقه والقضاء في مصر لفكرة النظام العام الإسلامي كقيود على تطبيق الشريعة الخاصة في مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين . ولقد ثار البحث حول المقصود بالنظام العام ، وذهبت المحكمة العليا الشرعية إلى أن « مصر و دينها الرسمي الاسلام بنص الدستور وغالب الأمة من المسلمين لا يمكن أن يتفق مع النظام العام فيها انتهاك حرمة الدين والخروج على قواعده ومخالفة أحكامه الثابتة بدليل قطعي وانعقد الاجماع عليها ولم يخالف منها أحد من أئمة المسلمين ( المحكمة العليا الشرعية ١٩٤٦/٩/٢٣ ) وهذه العبارات هي نفس ألفاظ المادة الثالثة من قانون الإمارات . ولكن في مجال الأحوال الشخصية لغير المسلمين تم العدول عن هذا الإتجاه لأن مايتعلق بالنظام العام بالنسبة للمسلمين لايعتبر من النظام العام بالنسبة لغير المسلمين حرصاً على تركهم ومايدينون به . أما محكمة النقض فقد انتهت إلى أن النظام العام يقوم على أساس مذهب علماني بحث تطبيق

مذهباً عاماً تدين به الجماعة بأسرها ، ولا يجب ربطه بأحد أحكام الشرائع الدينية، وإن كان هذا لا ينفي قيامه أحياناً على سند مما يمت للعقيدة الدينية بسبب، متى أصبحت هذه العقيدة وثيقة الصلة بالنظام القانوني والاجتماعي المستقر في ضمير الجماعة بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد به . ( نقض مدني ١٩٧٩/١/١٧ ) .

كما تعرض القضاء المصري لمسألة النظام العام في مجال مدى جواز تطبيق أحكام الردة في الشريعة الإسلامية ومدى تعارضها مع مبدأ حرية العقيدة . وانتهى القضاء إلى تطبيق أحكام الردة باعتبار أن غالبية القواعد التي تنظم الأحوال الشخصية تحقق مصلحة عامة وتعتبر من النظام العام ومن بينها أحكام الردة عن الإسلام .

وهكذا فإن من الأهمية بمكان عند تطبيق المادة الثالثة من قانون المعاملات التعرف على كيفية تطبيق فكرة النظام العام الإسلامي في البلاد الأخرى . فتلك الدراسة المقارنة تؤدي إلى القاء الضوء على ما يجب أن يكون عليه التطبيق السليم، فالسعيد من يتعظ بغيره .

#### **المطلب الرابع**

#### **مقارنة الفقه الإسلامي بالقوانين الغربية**

٢٦ - بعد التعرف على الفقه الإسلامي سواء في أصوله ومناهج بحثه أو في أحكامه وموضوعاته فإنه يتبقى الاهتمام بمقارنة الفقه الإسلامي بالقوانين الغربية . فالاعتداد بثقافتنا الإسلامية لا يعني بالضرورة نبذ الثقافة الغربية .

وتسهم الدراسة المقارنة بصفة عامة ، في تفهم القانون الوطني بالتعرف على مافيه من ثغرات أو مزايا إذا ما قورن بالقوانين الأخرى . ومن المفيد الإحاطة بالأوضاع القانونية والحلول المختلفة لدى النظم القانونية الأجنبية حتى نستطيع أن نحدد مدى ماوصل إليه علم القانون لدينا ومدى ملاءمته للتطور . بل إن الدراسة المقارنة تسهم في إيضاح بعض الأفكار الكامنة في القانون الوطني . وفي إطار ماوصل إليه الغرب من تقدم علمي وتكنولوجي فقد ظهرت لديه قواعد قانونية لمواجهة تلك التغييرات ، ومن هنا نبدأ البحث فيما إذا كان يمكن أن نتلمس في الأصول الكلية للفقه الاسلامي الحلول المناسبة لتلك المستجدات .

فإذا كان الفقه الاسلامي يكون نظاماً قانونياً مستقلاً ومتميزاً عن غيره من القوانين ، إلا أن ذلك لايعني التجاهل التام لقوانين وتجارب الآخرين .

٢٧ - ومن حيث منهج الدراسة المقارنة ، فهي من حيث المبدأ تتوقف على الموضوع محل البحث . ولكن يمكن القول بأن هناك منهجاً أو طريقة قديمة وهجرت إلى حد كبير ، وهناك طريقة حديثة واجبة الاتباع حالياً .

والمنهج الأول ، يقوم على العرض المنفصل لموقف كل قانون من الموضوع محل البحث بحيث لايجري مقارنة حقيقية بين النظامين .

أما المنهج الثاني فهو يقوم على المزج في العرض بين موقف النظم محل المقارنة بحيث يتم عرض الموضوع بإبراز أوجه الشبه أو النقص في نظام ثم بيان كيف تفادي النظام الآخر تلك العيوب، بحيث تتم الدراسة والمقارنة في نقطة نقطة ، فلا يتم الانتقال لنقطة جديدة إلا ووضح لدي القارىء موقف كل نظام وأوجه الشبه والخلاف بين النظم .

وتتميز الطريقة الثانية بأنها تتفادى التكرار الذي تؤدي إليه بالضرورة أحيانا الطريقة الأولى ، كما أنها تساعد علي استخلاص النتائج مباشرة من الدراسة المقارنة وعدم الاكتفاء بالعرض المنفصل .

ولهذا يفضل اتباع الطريقة الثانية ولا يكون اللجوء إلى الطريقة الأولى إلا عند عرض فكرة أو وسيلة فنية لم يعرفها على الإطلاق النظام الآخر محل المقارنة . .

٢٨ - وإذا كانت هناك مسائل أو أفكار متبلورة وحظيت بقدر كاف من الدراسة من الفقه الاسلامي والباحثين المعاصرين في الفقه الاسلامي ، فانه ينبغي إجراء الدراسة المقارنة بين هذه الأفكار وأفكار الفقه الغربي لتحديد مدى ملاءمة الأخذ بهذه أو بتلك .

وأخص بالذكر مسألة البطلان . فالفقه الاسلامي يأخذ بالتقسيم الثلاثي العقد الموقوف ، والباطل ، والفساد . أما الفقه الغربي المستمد من القانون الروماني فيقسم البطلان إلى مطلق ونسبي .

ولقد أخذت العديد من التشريعات العربية مثل العراق ، والأردن والإمارات ، بفكرة الفقه الاسلامي . وفي نفس الوقت رفضها صراحة المشرع الكويتي . ولهذا فإن الدراسة المقارنة تؤدي إلى استخلاص مايجب أن يكون أو مزج كل من الفكرتين لنخلص بفكر ملائم لكل دولة .

٢٩ - والطريقة المقارنة السائدة الآن هي مقارنة الشريعة بالقانون للتوصل إلى أن الشريعة قد عرفت كل ما جاء به القانون . ولقد حذر السنهوري ، بشاقب بصيرته من ذلك حيث أن « القانون الحديث الذي يشتق من الفقه الاسلامي يجب أن يكون في منطقته وفي صياغته وفي أسلوبه فقهاً إسلامياً خالصاً ، لا مجرد محاكاة

للقوانين الغربية ، فإننا إذا اقتصرنا على تقليد هذه القوانين على اعتبار أن هذه هي الغاية من تطور الفقه الاسلامي لانكون قد صنعنا شيئاً . ويكون الأولى لنا أن نقتبس مباشرة من القوانين الغربية دون حاجة إلى دراسة الفقه الاسلامي . أقول ذلك لأنني لاحظت أن بعض المشتغلين بهذه المسألة يقتصرون على إيراد نصوص من القوانين الغربية ثم يحاولون أن يخرجوا هذه النصوص على أحكام الفقه الاسلامي دون أن يراعوا في ذلك أصول الصناعة في هذا الفقه، ثم ينتهون من هذا البحث السطحي إلى أن نصوص القوانين الغربية هي الشريعة الاسلامية ذاتها، مثل هذا العمل لا يحمل طابع البحث العلمي الصحيح ، وليس من ورائه كسب يذكر لا للفقه الاسلامي ولا للقوانين الغربية . وهو عمل سهل ولكن نفعه ضئيل محدود » .

وبحضرني في هذا المقام النصوص التشريعية التي تأخذ بفكرة الالتزام الطبيعي وتحاول أن تخرجها على فكرة الواجب ديانة . ففكرة الواجب ديانة لا تتطابق مع الالتزام الطبيعي فلكل نظام أصوله وأساليبه الفنية . ولا يشرف الشريعة الاسلامية أن تعرف كافة التفاصيل التي عرفت بها القوانين الغربية المستقاة من القانون الروماني ، ولا ينقص من قدرها إطلاقاً ألا تعرف فكرة من تلك الأفكار . ومن هنا كان من الضروري الحرص على البحث عن الفقه أو القانون الاسلامي الخالص .

فقد سيطر على البحث في مجال المقارنة بين الشريعة والقانون السعي لاثبات أن الفقه الاسلامي قد عرف كل ماعرفه الفقه الغربي . فتكون الدراسة في الفقه الغربي مع تطعيمها من وقت لآخر بما يفيد أن الشريعة الاسلامية قد عرفت ذلك . وفي رأينا فإن تلك الطريقة خاطئة . فليست العبرة بمعرفة أو تطابق بعض التفاصيل . فلا أبالغ إذ أقول أن الحلول التفصيلية تكاد تتطابق في كل النظم القانونية . ولكن العبرة بالأساس والفلسفة والمبادئ العامة والسبل الفنية التي يتم من خلالها التوصل إلى الحل . فليس هناك من شريعة لا تلزم من يسبب ضرراً

للتغير بالتعويض ، ولكن سبيل التوصل إلى ذلك يختلف بحسب الوسائل الفنية والأصول العامة لكل شريعة ، فهناك من يعتبر الأساس هو الخطأ ، وهنا من يعتد بالضرر . فليس من المهم إثبات التطابق في الحلول وإنما يجب إبراز الأصول العامة والسبل الفنية الخاصة بكل نظام .

فهناك البنيان القانوني لكل نظام أو شريعة، وهناك المصادر المختلفة، والسبل الفنية المتميزة . فيجب أن تكون الدراسة من خلال هذه الأمور . ولا ينقص من قدر الشريعة الغراء ألا تعرف حلاً أو فكرة وردت في الفقه الغربي ، ولا يزيد من قدرها معرفة ما عرفه الغرب .

فلا يجب أن تكون دراسة الشريعة من خلال أفكار الثقافة القانونية الغربية، فذلك يؤدي إلى تذويب وطمس كيان الفقه الاسلامي وحصر الدراسة في أن الفقه قد عرف هذا أو ذاك فيما عرفه الغرب . والمفروض أن نسعى إلى إبراز الفقه الاسلامي بأفكاره هو وليس بأفكار غيره . فالمطلوب هو التماس القواعد التي كانت في أذهان الفقهاء والتي كانوا يصدرون عنها في حلولهم .

وكما يقول السنهاوري « فان الواجب أن ندرس الشريعة الاسلامية دراسة علمية دقيقة وفقاً لأصول صناعتها ولا يجوز أن نخرج علي هذه الأصول بدعوي أن التطور يقتضي هذا الخروج . ولا ينبغي أن نخشي من أن دراسة الشريعة الاسلامية على هذا الوجه العلمي الصحيح قد يؤدي إلى أن نكشف قصورها عن أن تتطور وأنها تضيق بما استجد من حاجات المدنية . ذلك أن هناك الإجماع المصدر الخصب وأداة التطور ( السنهاوري . القانون المدني العربي . ص ٢٩ ) .

٣ - ومن مظاهر عدم نبذ الثقافة القانونية الغربية في دراسة الفقه الاسلامي

مانادى به السنهاوري في كيفية دراسة الفقه الاسلامي . حيث أوضح أنه يجب .  
نقتصر من الفقه في أبحاثنا على أبواب المعاملات فهذه هي الدائرة القانونية .  
وإذا أردنا ألا نبقي الشريعة على معناها المصطلح عليه من قديم من أنها تشمل  
العبادات والمعاملات، فلنخلق اصطلاحاً آخر يدل على ماأردنا، ولنسم أبواب الفقه  
الخاصة بالمعاملات « بالقانون الاسلامي » ولندخل ضمن هذا القانون إلى جنب هذا  
الجزء من علم الفقه : علم أصول الفقه وهو يبين لنا مصادر القانون وكيفية استنباط  
الأحكام من تلك المصادر، ولندخل في القانون الاسلامي جزءاً من علم الكلام هو  
المتعلق بمباحث الإمامة فان هذا أساس القانون العام . ولنقسم القانون الاسلامي  
بهذا التحديد تقسيماً حديثاً إلى قانون خاص وقانون عام . وأهمية تقسيم القانون  
الاسلامي هذا التقسيم الحديث : أن ذلك يرتب أبواب هذا القانون ترتيباً أقرب إلى  
المدنية الحديثة، وأكثر انطباقاً على طرق البحث القانونية، بعد أن تخطي علم  
القانون أدواراً غير قليلة في سبيل الترقى . ولايراد بهذا التقسيم أن تندمج  
الشريعة الاسلامية في القانون الحديث ، وأن تفقد استقلالها، وإنما يراد بهذا  
تسهيل المقارنة بين الشيتين ، وفتح باب لترقية طرق البحث في الشريعة الاسلامية  
بحيث تتمشي مع القانون الحديث في تقدمه ( عبدالرزاق السنهاوري . الدين والدولة  
في الاسلام . بحث نشر في مجلة المحاماة الشرعية سنة ١٩٢٩ وأعيد نشره بمجلة  
هيئة قضايا الدولة يونيه ١٩٨٩ ص ١٠٣ وخصوصاً ص ١٠٤ ومابعدها ) .

٣١ - ويقع على عاتق الفقه المعاصر تحديث الفقه الاسلامي من خلال تجارب  
القانون المقارن وعليه الاجتهاد لاستنباط الأحكام التي تلائم العصر من خلال كتابات  
الفقهاء ووفقاً لأصول الصناعة الفقهية الاسلامية .

فقد آثار التقدم العلمي مشكلات قانونية مختلفة . ومن الملفت للنظر أن الفقه  
الاسلامي قد تعرض لبحث مشاكل تقترب إلى حد كبير من تلك التي أثارها التقدم

العلمي . وبطبيعة الحال فإن الفقه الاسلامي قد درسها في إطار الظروف والأوضاع القائمة . ولهذا فإنه عند دراسة هذه المسائل لا يجب الاكتفاء بعرض ماتوصل إليه الأسلاف بل يجب اجراء عملية تحديث ومواءمة للفقه مع الكيفية التي ثارت بها المسائل في الوقت المعاصر .

ففي العصر الحديث بعد أن توصل الطب إلى أن الرضاعة الطبيعية هي أفضل صور التغذية للطفل ظهر ما يسمى ببنوك لبن الأمهات . ويشور البحث عن الإطار القانوني لمثل هذه البنوك والمشكلات المختلفة التي يثيرها وجود هذه البنوك .

ولقد تعرض الفقه الاسلامي لمشكلة مماثلة متعلقة بإجازة الظئر . ووضع الفقه شروطاً لتلك الاجارة ومنها عدم الاضرار بالصغير ابن المرضعة .

وفي مجال تخريج المسائل بحث الفقه الاسلامي مدى جواز بيع لبن آدمية وهو ما يقترب من مشكلة بنوك لبن الأمهات .

ويذهب الإمام الشافعي « إلى جواز بيع لبن بني آدم ويضمن متلفه لأن هذا اللبن طاهر أو مشروب طاهر كلبن النعمان ولأنه غذاء للعالم فيجوز بيعه كسائر الأغذية ولهذا يتبين أنه مال متقوم .... » . أما السرخسي فهو لا يوافق على ذلك ويقول « إن لبن آدمية ليس بمال متقوم .. وبيان الوصف أن المال اسم لما هو مخلوق لإقامة مصالحنا به مما هو غيرنا . فالآدمي خلق مالكاً للمال وبين كونه مالاً وبين كونه مالكاً للمال منافاة » . ويتعمق السرخسي تعمقاً رائعاً في كافة جوانب المشكلة حتى وصل إلى بيان أن الحرمة تثبت باعتباره وهي حرمة الرضاع كما تثبت حرمة المصاهرة، ثم يشير مباشرة ما يعادل في الوقت الحاضر مسألة بنوك لبن الأمهات . فهو لا يسلم بأن لبن الأم يعتبر غذاء كسائر الأغذية، وإنما هو غذاء في تربية الصبيان لأجل الضرورة ... أما ما يحلب القوارير قل ما يحصل به غذاء الصبي



وفي تجويز ذلك فساد لأنه يؤجر به الصبيان فتثبت به حرمة الرضاع بينهم وبين من كان اللبن منها ولا يعلم ( السرخسي . المبسوط . ج ١٥ ، ص ١٢٥ ) .

ففي هذا الفقه ما يكفي للانطلاق في بحث الموضوع فهو يجب أن يكون نقطة البداية وليس النهاية بالإكتفاء بالعرض الوصفي للمسألة من وجهة نظر الفقه الاسلامي . بل يجب دراسة الجوانب العلمية المختلفة والصورة العملية التي تطبق بها بنوك الأمهات ثم تأصيل الأمور في ضوء المبادئ القيمة التي عرض لها الفقه الاسلامي بحيث نخرج بفقه في ثوب جديد مما يثبت مرونة وصلاحيه مبادئ الفقه الاسلامي لمواجهة الصور الحديثة التي تثار بها المشكلات التي عرفها السلف - وبهذا يتحقق التوفيق الأصالة والمعاصرة .

٣٢ - فالفقه الاسلامي يحتوي من الحلول ما يضارع أحدث ما وصل إليه الفقه الغربي الحديث ، كما أنه يقبل التطور في الأمور التي لم يرد فيها حكم قطعي إذ أن الأحكام الإجتهدية تخضع لقاعدة تغير الأحكام بتغير الزمان . ولهذا فانه يقع على عاتق الفقه المعاصر تحديث التراث الفقهي الاسلامي ولا أقول إحياء الفقه الاسلامي . وعلى حد قول السنهوري يجب علينا التماس القواعد التي كانت في أذهان الفقهاء والتي كانوا يصدرن عنها في حلولهم وفتاويهم وصياغة هذه الحلول في نظريات عامة، إذ لا يقوم العلم إلا على أساس من القواعد العامة » فليس المقصود من الدراسة المقارنة أن نخرج الفقه الغربي فنجعلها فقهاً اسلامياً ، ولا أن نخرج الفقه الاسلامي فنجعلها قانوناً غربياً ، بل ولا أن نستبقي الفقه الإسلامي على حاله . فقد ينتهي بنا الدرس إلى شيء من هذا أو إلى كل هذا أو إلى شيء غير هذا ( السنهوري : القانون المدني العربي ص ٣٣ ) .

## الخاتمة

٣٣ - وبناء على ماسبق فاننا نرى أنه يقع على عاتقنا في الجامعات القيام بالمهام الآتية :

أولاً: تعليم كيفية الاطلاع على كتب التراث . فكيف يمكن العثور في هذه الكتب على مسألة معينة، مما يقتضي الاهتمام ببيان أو هيكل الفقه الاسلامي .  
فما هي المراجع الأصلية لكل مذهب فقهي وكيف يمكن معرفة رأي هذا الفقه، وتحديد الراجع من الأقوال والتقسيمات من عبادات ومعاملات ومعيّار التفرقة بينهما ، ثم مضمون المعاملات والتقسيمات المختلفة ومباحثها المتنوعة . فأساس الدراسة هو معرفة طريقة البحث ومنهجه في الفقه الاسلامي .

ثانياً : في المجالات التي صدرت فيها تشريعات مستمدة من الفقه الاسلامي، يجب عدم الاكتفاء بعرض آراء الحجة من الفقه وإنما يجب القيام بدراسة كيفية تطبيق القضاء لتلك الأحكام لاستخلاص جوانب تحديث الفقه في مجال التطبيق .

ثالثاً : القيام بدراسة مقارنة بين التطبيق العملي أي القضاء المقارن في البلاد المختلفة التي قننت الفقه الاسلامي ، مثل المقارنة بين موقف القضاء في تطبيق النصوص المتشابهة في القوانين الأردنية واليمنية والإمارات والعراقي .

رابعاً : اتباع أسلوب الدراسة المقارنة بين المذاهب الفقهية المختلفة واقتراح أفضل الحلول ملائمة للعصر الحديث . فمن المستقر أن تقنين الفقه الاسلامي لا يجب أن يتقيد بمذهب معين .

خامساً : الدراسة المقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانين الغربية ، ويحقق ذلك من جهة معرفة كيف واجه الفقه الغربي متطلبات الحياة المعاصرة، ومن جهة أخرى

يدفعنا للبحث في كنوز الفقه الاسلامي عن الوسائل الفنية المناسبة لمواجهة هذه  
الإحتياجات .

فإذا فعلنا كل ذلك تيسر لنا إلقاء نظرة عميقة محيطية فاحصة على تراث علماء  
المسلمين ، وتفهمنا روحهم التفهم الصحيح ، وبذا يمكن التطور بالفقه الاسلامي على  
نفس الأسس والقواعد التي أورث السير عليها الانسانية أعظم حضارة عرفها  
التاريخ حتى يبلغ مبلغ القوانين الأخرى التي لا يقل عنها سلامة فكرة ، ولا وضوح  
غاية ، ولا حسن صياغة » ( من مذكرة إنشاء معهد الفقه المقارن الاسلامي . مجلة  
هيئة قضايا الدولة . المرجع السابق ص ١٤٩ ) .

## **الجلسة التاسعة**

### **تطوير الدراسة في مجال الأصول وتاريخ التشريع**

**رئيس الجلسة: د. إبراهيم السلقيني**

عميد كلية الدراسات الإسلامية والعربية بدبي .

**المتحدثون: د. خليفة بابكر الحسن**

رئيس قسم الدراسات الأساسية بكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات

**د. محمد أحمد سراج**

رئيس قسم الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

**المعقب: د. حسين يوسف غنאים**

أستاذ القانون التجاري المساعد بكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات .



## تطوير تدريس أصول الفقه الاسلامي

### بما يتلاءم مع الحاجات المعاصرة

للاستاذ الدكتور خليفة بابكر الحسن \*

#### مدخل:

١ - حينما طلب إليّ أن اكتب في موضوع " تطوير أصول الفقه الإسلامي " في إطار ندوة نحو " ثقافة شرعية قانونية موحدة " تداعت إلي ذهني تساؤلات عديدة ومن ثم وجدت نفسي في وضع لن أتمكن معه من المضي في الكتابة ما لم أجب على تلك التساؤلات ؛ لأن طبيعة التطوير المراد تتحدد في إطار الهدف الذي نسعى إليه ، فما الذي نريده بمصطلح ثقافة قانونية موحدة ؟ هل هو الجمع بين أحكام الفقه الإسلامي والقانون في مكان واحد " مطلق الجمع " أم أنه أمر يتجاوز ذلك إلى ما هو أعمق باعتماد أحد المنطقتين ليكون حاكماً لمسار التوحيد ، وإذا كان الأمر كذلك فأبي المنطقتين تكون له الحاكمة منطق الفقه الإسلامي أم القانون ؟

٢ - كل تلك الأسئلة والاحتمالات جالت بخاطري وطافت بذهني ، وبعد تفكير انتهيت إلى استبعاد الجمع المجرد بين طائفة من الأحكام الفقهية والقانونية من دائرة التوحيد المقصود ؛ لأن الجمع بهذه الكيفية لا يعدو أن يكون توحيداً شكلياً لا تتحدد له قسّمات ولا يتمتع بسمات تكسبه الهوية التي تميزه عن غيره كما أنه يفتقد الجذور التي تغذيه وتمنحه خاصية النماء والازدهار .

٣ - وينفس القدر بل وبصورة أشد استبعدت احتمال التوحيد المبني على منطق القانون لتجافي هذا التصور مع طموحات الأمة الإسلامية التي باتت مطالباتها

---

\* أستاذ أصول الفقه ورئيس قسم الدراسات الأساسية بكلية الشريعة والقانون.