

في تاريخ الفقه الاسلامي

ثلاث محاضرات

للدكتور يوسف شخت

الاستاذ بجامعة كوينسكبرج ، والاستاذ بالجامعة المصرية

٣

تكلّمنا في المحاضرتين السابقتين عن مسائل تتعلّق بثلاثة ادوار قديمة من تاريخ الشرع الاسلامي ، وهي العصر الجاهلي — وليسبح لي بادخاله في هذا النطاق الواسع — ، وعصر فقهاء المدينة البعثة ، والعصر الذي تكونت فيه المذاهب الكبرى . فالان ، ونحن مستمرون على السبيل بموجب الترتيب الزمني ، نقضي الى دور تندر مصادره . فمن المعب ان نلاحظ انه لم ييلفنا الا القليل جداً من مؤلفات الزمن بين بدايات المذاهب (التي توجد لها مصادر معاصرة ولو لم تطبع كلها) والزهة المظنية التي بانها علم الفقه في القرن الخامس للهجرة . ونتيجة هذا الدور لا بد ان تكون ذلك التنظيم والتسقي للفقه الذي نشاهد اكل مظهره عند المذاهب الثلاثة في وقت واحد تقريباً — للحنفية على يد القدوري ، وللشافعية على يد النزالي ، وللمالكية على يد سيدي خليل . ويلوح انه ليس مستحيلاً ان نشكّن من اكتشاف وثائق اكثر تبياناً لهذا الدور النامض ، اذا ما وجدنا ان بعض مؤلفات ابي جعفر الطحاوي الفقيه المصري المشهور وبعض الكتب الاخرى التابعة لذلك العصر قد كانت حليفة البقاء . وقبل ان يتحقق هذا الامل علينا ان نقبّس ما وراثتنا من الكتب التي تعالج اختلاف الفقهاء ، وهي كتب هدتنا المصادفة القريبة الى عدد غير قليل منها يرجع الى القرن الرابع الذي نبحت عنه . وهذا مما يبرر بضع ملاحظات على هذا النوع من كتب الفقه على العموم . فقد ذكرنا في محاضرتنا السابقة اول كتاب وضع في هذا الفن وهو كتاب الحجيج لمحمد بن الحسن الشيباني . فهذا الكتاب يشترك مع بضع رسائل

مكروه اشد الكراهة » وهذا ليس صحيحاً لان الشيعاني قد جمع امثال تلك الحيل في باب طويل من كتابه المتقدم ذكره تقرأ فيه كلاماً كهذا : « رأيت رجلاً يريد ان يشتري داراً ويخاف ان ياخذها جزئها بالشفعة فكره ان يمنه من ذلك فيظلمه ذكره ان يعطيه الدار فيدخل عليه ما يُكره هل عندك في ذلك حيلة ؟ قال : نعم الخ » . واليكم مسألة تدل على ان رأياً نُسب خطأ الى ابي حنيفة قد ظفر بان يصبح مسلماً به في المذهب كله ؛ فنقرأ في التناوي المالكية : « فاعلم بان الوقف على قول ابي حنيفة رحمه الله لا يصح مضافاً الى ما بعد الموت الا بطريق الوصية ، هكذا ذكر الحطاف رحمه الله ، ومحفوظنا ان الوقف عند ابي حنيفة رحمه الله صحيح اذا كان مضافاً الى ما بعد الموت او كان موصى به » . ومع ذلك فالخبر الذي ذكره الحطاف هو الصحيح لان هذا يظهر من قول الشيعاني نفسه في كتاب المخارج في الحيل . وقد امكن ايضاً ان تتسرب اخبار ملفقة الى حواشي كتب الشيعاني حتى في زمن قديم جداً . وينبغي لهذا كله ان يتعاشى المرء قبول شهادة كتب احدث عهداً في اقوال الائمة الاقدمين من دون تمحيص . وسبب تلك الاغلاط يرجع قبل كل شيء الى تضاؤل الاهتمام بآراء فقهاء اهلنا السنية بعد التدوين النهائي للاحكام في المذاهب ، ويرجع ايضاً الى الظن الطبيعي ان تلك الاحكام المدونة هي عين الآراء الشخصية لائمة الاقدمين ، ويرجع اخيراً الى استبدال عبارات مثل « في قياس قول ابي حنيفة » بعبارات اخرى مثل « في قول ابي حنيفة » فحجب وهو شيء نراه حتى في الكتب القديمة جداً .

وأخرى المسائل التي سبغت عنها هي مسألة القانون العرفي في بلاد الاسلام . فيينا ان العلاقة بين الاحكام الشرعية والاحكام العرفية — كما رأينا — وجهة مركزية من تطور الفقه نفسه في الادوار الاقدم عهداً فان هذه العلاقة تصبح بعد ذلك عندما استقر الفقه في صورته النهائية مطلباً مستقلاً . ومن بينات القوة الروحية العظيمة التي استتت بها الشريعة انما بلغت حد فرض نفسها على القانون العرفي وان كان هذا القانون قد بلغ من ناحيته او كاد يبلغ حد احتكار العمل القانوني من الوجهة المادية . وهذا باهر من ان الناس تحققوا وجود قانون عرفي

يعارض كثيراً من الاحكام الشرعية ؛ وانهم فسروا هذا من الوجهة التاريخية بان الأجيال المتأخرة لم تبلغ شأن السلف الصالح ، ومن الوجهة الاخلاقية يبدأ الضرورة التي اغت عن العمل بالاحكام الشرعية . وعلى هذا النسق الفكري اوجد عالم معاصر فيما يتعلق بالخلافة التي تنامي تاريخها اصلاً عن قواعد الشرع ، قواعد ثانية موجبة الى التطبيق العملي ولكنها مع ذلك مصنوعة على طراز تلك القواعد الشرعية . فاما ما يتعلق بالفقه فقد رأى اهله ان يوقفوا بينه وبين المرف على قدر المستطاع بما افضى في التطور المتأخر للمذهب المالكي المغربي خصرماً الى ان يميزوا عدة تصرفات عرفية لم تكن تعرفها الشريعة من قبل . اما العمل المغربي فكثيراً ما حاول اصحابه ان يحتفظوا بتظاهر المطابقة للشريعة على الأقل ، في حين ان حقائق الامور كانت بعيدة عنها بعداً شاملاً . وهكذا اقاموا في حالة اخذ السارق والسكران عند ارتكاب الجريمة حدود السرقة والشرب رأساً معتمدين اعتقاداً صيماً انهم يطبقون الشريعة ولكن دون ان يعنوا بالابزآت الدقيقة التي فرضتها الشريعة . وهكذا ذهب بعضهم الى حد ذبح محرم يستحق الموت وفاقاً لقواعد ذبح الضحايا . وأنظمة المعقب وناظر المظالم لا يراد بها الا اجتياز المدة التي تباعدت شقتها بين منطقة الشريعة ومنطقة الحياة القانونية العرفية ، فلهذا ليست من الشريعة المحضة . ومنذ الزمن القديم كانت حاجة الشريعة محسوسة الى ان يندمج فيها المرف القانوني وان تتيح لمن يهمهم الامر الوسائل لقد تصرفات تقتضيها المادة مع مراعاة احكام الشريعة الالهية مراعاة تامة . وهذا هو الفرض من الحيل الشرعية التي تجمع بين المخارج البسيطة والطرف الفقهية الأربية . فبهذه الحيل يصل المرف من طريق تصرفات شرعية الى نتائج تطابق الحاجات العملية ولكن لا تسلم بها قواعد الفقه رأساً ؛ فهي من جهة الفقه مخارج ومواضع ومن جهة المرف جهود في جعل المرف مقبولاً موافقاً للشرع .

وقد انشأ الحنفية هذا الفن من الفقه وتمهدوه ، ونجد ان ابا يوسف ومحمد ابن الحسن الشيباني على رأس سلسلة طويلة من الفقهاء قد القوا في الحيل ؛ وقد انتهى اليها كتاب محمد بن الحسن كاملاً (وهو المسمى بكتاب المخارج في

الحيل الذي ذكرناه مراراً ، ويشتمل على مسائل عديدة نقلها صاحبه من كتاب
 أبي يوسف . اما المذاهب الاخرى فالحيل فيها اقل شأناً منها عند الحنفية ، حتى ان
 الشافعي والبخاري الذي كان نفسه شافعيًا وغيرهما قد حاربوا الحيل حرباً عواناً .
 ولم يمنع هذا ان المتأخرين من الشافعية قد احسوا بالحاجة الى تأليف كتب في
 الحيل على مثال كتب الحنفية وان ينسبوا الى الشافعي نفسه من المخرج العملية
 ما قد ورد في كتاب محمد بن الحسن الشيباني ، وقد افرد الحنبلي الكبير ابن
 قيم الجوزية للحيل مجتاً طويلاً ، ورغم مناهضته للسكر ومنعه للزنا من
 احكام الشريعة وصل في مجته الى اعتبار كثير من تلك المخرج مشروعاً خاصة
 في داوة التصرفات التجارية . واشهر كتاب في هذا الباب هو كتاب الحيل
 والمخارج المنسوب خطأ الى أبي بكر احمد بن عمرو الحنفي . فالواقع ان
 كتابه الحقيقي ليس الا رواية لكتاب المخارج في الحيل للشيباني غني الحنفي
 بان يسبقه منها كل اشارة قد تدل على موثقه الاصيل . والكتاب الذي اشتهر
 به هو تأليف عظيم الشأن لمؤلف مجهول عاش في حوالي سنة اربعماية ، وهو
 مصدر فريد في بابه لمعرفة القانون العربي الذي كان يعمل به في ذلك الزمن في
 العراق (كما نظن) يكشف لنا عن مستواه العالي واصطلاحاته الراقية . وهذا
 القانون العربي يميزه الدور الهام الذي يقوم به الاقرار ، فانه لا يسيل الى الرجوع
 فيه ولجنا يصلح جيداً لأن يكون مبعثاً للنتائج القانونية المقصودة . كما يميزه
 دور المدول الامناء الذين يثق بهم المتعاقدان يقومون بالتوسط بينها في علاقاتها
 التعاقدية ، وكما يميزه ايضاً كثرة استعمال الوثائق المكتوبة . فكل هذه الخصائص
 توجد مجتمعة في كتب « المواضعة » . وهي وثائق يكتبها المتعاقدان وليست لها
 قيمة قانونية مباشرة لكنها تصلح لاثبات حقيقة الامر فيما بين المتعاقدين من
 العلاقات التي لا يكشف عنها بل يسترها عادة عدد من التصرفات والاتراوات
 الموضوعية ، وتحفظ هذه الوثائق — اي كتب المواضعة — مع الوثائق الفقهية
 الحقيقية التي توضح وظيفتها عند عدل امين يثق به المتعاقدان ويعمل هو بتضاها
 فيما بينها ابتناء معاملتهما بالعدل والانصاف ومنع اي منها عن ان يتنفع بتصرف
 هو اقراو منفرد لا فيه ضرر لمصلحة الآخرة واليكهم مثلاً قد يوضح كل هذا

ايضاحاً تاماً: «قلت: رجل له على رجل مال فوكل رجلاً ان يتقاضى هذا المال ويستخرجه على ان له نصفه او ثلثه هل يجوز هذا؟ قال: لا وان وكله على هذا الشرط فاقضى المال كان له اجرة مثله لا يجاوز بها ما جعل له... قلت: فهل في هذا من حيلة؟ قال: نعم الحيلة في ذلك ان يقر الذي باسمه المال لابن هذا الوكيل او لرجل يختاره الوكيل بثالث المال بحيث عرفه له ويوكله بقبضه... ثم يوكر الذي باسمه المال والمقر له بالثالث هذا الوكيل باستيفاء المال واستخلاصه فان خرج المال كان للمقر له الثلث من ذلك... قلت: فان قال صاحب المال ارأيت ان اقررت بثالث المال لمن يريد الوكيل فاذا وقعت الشهادة على ذلك لم يقم هذا الوكيل باستيفاء المال لو احدث حدثاً تبطل به الوكالة فقد صار هذا الرجل شريكاً لي في المال بثالث فما الحيلة؟ قال: يمدلون كتاب الاقوار على يدي من يشقون به ويكتبون مواضعة بينهم تكون على يدي العدل يعمل بما فيها ويحملهم عليها فان خرج هذا المال بتقاضى الوكيل وقيامه كان لهذا الرجل الثلث... وان لم يخرج من المال شيء او لم يقم بذلك او احدث حدثاً يطلب الوكالة به لم يكن للرجل المقر له بثالث المال شيء. ورد العدل منهم الكتب على من يجب ردها عليه ويجكون في المواضعة اسرهم كله يعمل العدل بينهم بذلك».

والمصدر الثاني الرئيسي لمعرفة ائقانون العربي في بلاد الاسلام هو الشروط والوائق . ويوجد الى جانب الدور الهام الذي تؤديه الوائق المكتوبة في باب الحيل كـب كثيرة في الشروط عند الحنفية كما هي موجودة عند المالكية والشافعية . وجدير بالذكر ان اكثر المؤلفين لكتب الحيل من الحنفية القوا ايضاً في الشروط وانهم من جانب آخر قد اشتغلوا غالباً بالوصايا والاوقاف ايضاً بصورة تجعل من الممكن ان يستبين النز في الكتب الحنفية على سرور القرون ميلاً ظاهراً الى البحث عن الموضوعات ذات الاهمية العملية . وتلك الاهمية العملية لكتب الشروط ناتجة عن نفس وجودها . ذلك ان علم الفقه لا يقبل الا الشهادة الشفوية ولا يستلزم وائق مكتوبة ، وذلك المسلم وحده لم يفلح في جعل الشروط في ذلك المركز العظيم الذي هي فيه كتب الفقه . وترجع عادة تحرير التصرفات الى العصر الجامعي ، فقد ظهر ان الوائق في ذلك الزمن لم

تكن محض مذكرات يستعين بها الشهود (كما هي الحال في علم الفقه) بل كانت وثائق مستقلة تنطق بمضمونها لا ريب انها لم تردوج بالشهادة الشفوية الا في مرحلة ثانوية وقد اقر القرآن هذه الحالة في نوع من العقود في الآية التالية : « يا ايها الذين آمنوا اذا بدينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأب كاتب ان يكتب كما علمه الله فليكتب وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبغض منه شيئاً فان كان الذي عليه الحق سفيهاً او ضعيفاً او لا يستطيع ان يمل هو فليملل وليه بالعدل واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء ان تضل احدهما فتذكر احدهما الاخرى ولا يأب الشهداء اذا ما دُعوا ولا تسؤوا ان تكتبوه صغيراً او كبيراً الى اجله ذلكم اقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى الا ترتابوا الا ان يكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح الا تكتبوها واشهدوا اذا بدينتم ولا يضار كاتب ولا شهيد وان تفتلروا فانه فسوق بكم واتقوا الله ويعلمكم الله والله بكل شيء عليم . وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة فان امن بعضكم بعضاً فليؤد الذي اوتمن امانته وليتق الله ربه ولا تكتسبوا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه والله بما تعملون عليم . » وفي آية اخرى ذكر القرآن الوثائق المكتوبة في اعتاق الرقيق على انها شيء معروف : « والذين يبتغون الكتاب مما ملكت ايمانكم فكاوتهم ان علمتم فيهم خيراً . » حتى الاصطلاح الخاص بالاعتاق .

التحاقي في مصطلح الفقه ، وهو الكتابة ، يدل على ان ذلك الاعتاق كان مكتوباً في الغالب على الاقل . والأمر السابق الذكر وهو ان الشروط والوثائق تقوم في تطبيق الشريعة العملي بدور اهم بكثير مما يعينه لها علم الفقه — ذلك الامر لا نفهمه الا ببقاء عادة ثابتة قديمة تقتضي تحرير العقود بالكتابة ؛ ومن الواجب ان تلك المادة الموجودة في القانون العربي العراقي الجاهلي كانت قد تأثرت بنفوذ السمن العراقي ، فان العراق مشهور بالدور الهام الذي قامت به الوثائق المكتوبة في حياته القانونية والادبية منذ زمن قديم جداً . اما الوثائق التي تبينها وتوضحها كتب الشروط وكذلك الوثائق الادبية التي احتفظ بها فهي تتفق

بطبيعة الحال في مضمونها المادي واحكام الشريعة الاسلامية بموجب الظروف
والامكان ، وخصائصها البارزة لا تظهر الا في صيغها التي تغيرت تغيراً كبيراً
على مر القرون لكنها كانت دائماً خاضعة لقواعد فنية صارمة . واليكم خاصة
جديرة بالذكر تشترك فيها كتب الشروط القديمة باجمها : قد تلونا آنفاً آيات
قرآنية تنص ان « الذي عليه الحق » يكتب ويعل ، واما في كتب الشروط
التدنية فالقاعدة الاساسية هي ان يلى الكتاب المدين (او من يقوم مقامه من
المعاقدين) على المدين (او القائم مقامه) وأن يقر هذا بصحة الوثيقة ويشهد
على ذلك الشاهدين .

وثمة مصدر ثالث لدراسة القانون العربي ، وهو التشريع المدني الديني في
بلاد الاسلام . ومن الحق ان الشريعة الاسلامية لا تعترف بتشريع مستقل يقوم
الى جانبها ، وتلك التشريعات المدنية حتى في اوائل العصور الحديثة لم تزعج
اكثر من ان تكون ملحقات بالشريعة في الدائرة التي سحت لها بها ، والواقع
ان تلك التشريعات كثيراً ما جاوزت هذه الحدود . وأشهر مثال لمثل تلك
التشريعات هو ما يسمى بالقانون المجازاتية . فانه بينما كانت اكثرها تتصل
بمسائل ادارية قد ردتها الشريعة الى اختصاص الدولة فان اول قانون من هذه
القوانين وهو قانوننا محمد الفاتح ينظم العقوبات ايضاً ، والاحكام
الشرعية في الواقع لم تنفذ في تلك المنطقة احياناً كثيرة . وتفترض هذه القانوننا
ان القصاص يمكن اجراؤه بخلاف الحدود ، وقد وضعت بدلا منها قانوناً جنائياً
كاملاً يختلف اصلاً عن احكام الشريعة وان كان يذكرها في مواضع عديدة
ويستعير منها بعض القواعد الأساسية . ويمتاز هذا القانون الجنائي بالدور
المهم الذي تؤديه الغرامات المالية المختلفة المبالغ تبماً لثروة المذنب . حتى الزاني
بشرط ان يثبت عليه البينة وفقاً لقواعد الشريعة يعاقب عليه بغرامات مختلفة
القدر على حسب كونه متزوجاً او غير متزوج (وتنهنا ملاحظة التعديل الذي
ادخل بهذا على فكرة الاحسان في الشريعة) والأرقاء لا يدفعون الا نصف
المبلغ المفروض على الأحرار . والسكر ايضاً (وهو يقوم مقام الشرب في
الشريعة) لا يعاقب عليه الا بالتعزير ، وهو يترك في الشريعة لتقدير القاضي ،

واما في هذه القانوننامة فالتعزير دائماً ضربات بعصا مقرونة بغرامة مالية . ويطبّق نفس هذا التدبير على السرقة ولا يقام الحد الا في سرقة الخيل ، ويكون في هذه الحالة إما قطع اليد وإما غرامة باهظة جداً ولا بد من ان هذه الجريمة كانت تعتبر خطيرة بصفة خاصة . وجلي ان هذا القانون الجنائي يراد به ان يحل محل القسم المطابق له من الفقه تماماً لا اكالة فقط ، لكنهم على شكل حال يتحاشون ان يقولوا بهذا ضراحة ويطلقون عبارات من قبيل « السياسة في مقابلة الجنائيات » او « بدل السياسة » على ابدال الحدود بالقرامات المالية . وقد اتخذت هذه القانوننامة انموذجاً للقوانين العثمانية التالية لها التي تعالج نفس الموضوع .

وعلاقة اخرى بين الشريعة الاسلامية والتدبير المدني ، تخالف كل ما تقدم مخالفة تامة ، توجد في الدور الاخير من تاريخ الشرع وهو دور تطوره المعاصر . وحسبنا ان نذكركم بالتعديلات التي ادخلت منذ سنة الف وتسعمائة وعشرين على الاحوال الشخصية في مصر . ولنا زيد ان نبحث الآن تلك الظاهرة المهمة للحياة القانونية المصرية لان الوقت الذي نملكه قد انتهى . وانما نحن ننتهدها هنا كدليل على ان العلم الادري الذي يشغل بتاريخ الفقه الاسلامي لا يتناول الازمان الماضية فقط بل يجهد في استيعاب الحياة الحاضرة ايضاً وان موضوعه الواسع ليس ميتاً جامداً بل لا يزال قوياً متطوراً . فان كنت قد رُفقت الى اطلاعكم على شي . من الروح العملية الحاضرة المهيمنة على دراساتنا هذه فقد حققت بعض الغرض من هذه الأحاديث كل التحقيق .