جامعة سيدي محمد بن عبد الله
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
فاس

محاضرات في المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية

أعدت لطلبة السنة الأولى حقوق السداسية الأولى (1)

الفوج السادس (6)

من إعداد موحى ولحسن ميموني
كلية الحقوق فاس

السنة الجامعية: 2020/2019

مدخل عام:

إن أول سؤال يمكن أن يطرحه الطالب الجديد في كلية الحقوق بعد أن اختار القانون لاستكمال دراسته الجامعية هو: ماهي أهمية «المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية» بالنسبة لطالب الحقوق؟

للجواب عن هذا السؤال، ننطلق من تحليل مادته اللغوية: وهي تشتمل على «المدخل»، و«الشريعة الإسلامية»

فماذا نقصد بالمدخل؟ وماهي أهمية المدخل وغايته؟ وما هو مضمونه؟

«المدخل هو ما يدخل به إلى العلم، (أو ما يفتتح به علم من العلوم)، أي ما يقوم مقام المقدمات»[1]، وعندما يتعلق الأمر بمقدمات، فإن ذلك يعني حتما أن هناك ما يلي هذه المقدمات، فنحن إذن إزاء سلسلة من حلقات العلم المترابطة التي يؤسس الماضي منها للقادم، ويتبع فيها اللاحق السابق، و يبنى فيها الفرع على الأصل، ولا يكتمل المعنى ويتحقق المراد إلا باستيعاب المقدمات، والتحكم في ما يليها من الحلقات، للاستفادة إفادة قيمة من النهايات.

وعليه، فإننا سنحاول في مادة: «المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية» أن نسير بشكل متدرج منطلقين من المقدمات من أجل أن نصل إلى تفصيل أوسع لبعض الأصول الأساسية التي نرى أنها ضرورية للتحكم في الفروع وبيان أحكامها، والنتائج المترتبة عليها.

والمقدمات، حسب العلامة سيدي الحسن بن مسعود اليوسي، هي التي: «تقدم للطالب أمورا يحتاج إليها قبل المقصود، أو أنها تقدمه بتحصيل ما فيها، أو ما بعدها على أقرانه، أو نحو هذا»[2]. ثم إن المقدمة كما قال أيضا: «هي طائفة من الكلام تتقدم، أو تقدم بين يدي المقصود للانتفاع بها فيه»[3].

وعليه، فإن المقدمة التي جعلناها تمهيدا لمقصودنا، هي التي سنجيب من خلالها على السؤال الآتي: ماهي أهمية المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية بالنسبة لطلبة القانون؟

تكتسي الشريعة الإسلامية، أهمية كبرى، في النسق القانوني المغربي، لما يوجد بينها وبين القانون الوضعي المغربي، من روابط اتصال، ومناطق انفصال، إذ إن هناك جسورا أو منافذ منها نمر بشكل مستمر وتبادلي بين القانون والشريعة، بحيث إنه يمكن أن نعبر دائما من الشريعة إلى القانون، كما يمكن أن نعبر من

1- علال الفاسي، «مدخل في النظرية العامة لدراسة الفقه الإسلامي ومقارنته بالفقه الأجنبي»، إعداد ومراجعة عبد الرحمن بن العربي الحريشي، منشورات مؤسسة علال الفاسي، مطبعة الرسالة، 1985، ص:10.

2- الحسن بن معسود اليوسي، «البدور اللوامع في شرح جمع الجوامع في أصول الفقه»، تقديم وفهرسة وتحقيق حميد حماني اليوسي، الجزء 1، مطبعة دار الفرقان للنشر الحديث، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2002، ص:136.

3- الحسن بن معسود اليوسي، «البدور اللوامع في شرح جمع الجوامع في أصول الفقه»، مرجع سابق، ص:136.

القانون إلى الشريعة. لذلك يمكن أن نختصر أهمية الشريعة الإسلامية، بالنسبة لطلبة القانون، على مستويين، أولهما المستوى القانوني، وثانيهما المستوى المنهجي.

I- أهمية الشريعة الإسلامية على المستوى القانوني.

إن أول مقدمة، يتعين أن ينتبه الطالب إليها هي أن: «مادة المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية»، هي مادة افتتاحية في السنة الأولى، يقصد منها، شد نظره إلى أن هناك معابر ومنافذ، في النسق القانوني المغربي بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، بحيث إن القانون في المغرب يتغذى من الشريعة الإسلامية في مجالات قانونية عدة. ويمكن أن نجسد هذا الانفتاح المتبادل بين الشريعة الإسلامية والقانون في المغرب في المحاور التالية:

1- إن الشريعة الإسلامية مصدر من المصادر المادية الأساسية للتشريع. ونقصد بالمصدر المادي «المرجع الذي ينقل منه المشرع القاعدة القانونية لفظا ومبنا أو مبنا فقط»، ذلك أن المشرع عندما يهم بوضع القواعد القانونية لا ينطلق من فراغ، بل إن الأمر يكون على أحد الأوجه الآتية:

أ- اقتباس القاعدة القانونية، كما هي، من قانون آخر، أو بعد ترجمتها إلى اللغة الوطنية. ومن المعروف أن المشرع المغربي نقل كثيرا من القوانين السارية في البلد من القانون الفرنسي مثل قانون الالتزامات والعقود الذي نقل أساسا من القانون الفرنسي عبر المدونة التونسية للالتزامات والعقود[4]، ومدونة التجارة، ومدونة التأمينات، ومجموعة القانون الجنائي، ومدونة المسطرة الجنائية، وقانون المسطرة المدنية ...

ب- استمداد القاعدة القانونية من قانون آخر مع تعديلها بالزيادة أو الحذف إما لغة ومضمونا أو مضمونا فقط؛

ج- وضع القاعدة القانونية لمعالجة واقع معين، دون الرجوع إلى أي مصدر سواء كان فقهيا أو قانونيا، وطنيا أو دوليا، أي أن المشرع يبدع القاعدة القانونية لمعالجة مشكلة قانونية أو اجتماعية أو اقتصادية معينة، وفق تصور مبتكر، يرى أنه مناسب لذلك.

بيد أنه عندما يتعلق الأمر بالتشريع في مجالات قانونية مرتبطة تاريخيا ودينيا بالشريعة الإسلامية، فإن المشرع لا يضع القواعد القانونية عادة خارج أقوال الفقه الإسلامي، وخاصة منها أقوال الفقه المالكي، لكن بعد بسطها ومقارنتها وترجيح ما ظهر له أنه ملائم منها للواقع المغربي، وجدير بالاعتماد لسد فراغ قانوني، أو معالجة مشكل اجتماعي، أو اقتصادي، أو قانوني. وقد تمت هذه العملية عدة مرات، عن طريق تكوين لجان فقهية

4- محمد شيلح، «القانون المدني: خلاصة المحاضرات الخاصة بالمدخل العام للنظرية العامة للالتزام في ضوء القانون المغربي»، السنة الجامعية 2004/2003، ص:1.

وعلمية مختصة لهذا الغرض[5]. ولا ريب أن تقعيد وتقنين القواعد الفقهية، في مدونات قانونية عصرية، لتنظيم بعض المجالات الاجتماعية، هو الذي يجسد دور الشريعة الإسلامية كمصدر مادي للتشريع في النسق القانوني المغربي.

وقد بات معروفا اليوم أن المشرع المغربي اعتمد على الشريعة الإسلامية كمصدر مادي أساسي في وضع القوانين التالية:

- مدونة الأسرة؛
- مدونة الأوقاف (الأحباس)
- مدونة الحقوق العينية.

هذه المدونات أحكامها مستمدة بشكل رئيسي من الفقه الإسلامي. وإذا كنا سندرس في السداسية الأولى من السنة الأولى حقوق «مادة المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية»، فإن السنة الثانية، تتضمن في السداسية الثالثة مادة أساسية متفرعة عن أحكام الشريعة الإسلامية، وهي «مادة قانون الأسرة»، كما أن برنامج الإجازة يتضمن في السنة الثالثة كذلك مادة أخرى في السداسية الخامسة وهي «مادة القانون العقاري والحقوق العينية»، ومن أنواع الحقوق العينية حق الحبس. وقد نظمه المشرع بمفرده وسطر أحكامه في مدونة الأوقاف، وهي مدونة مأخوذة من الفقه الإسلامي على المذهب المالكي، كما أن أحكام مدونة الحقوق العينية، غير المسطرية أو التنظيمية، مأخوذة من الفقه الإسلامي. ثم إن السداسية السادسة من السنة الثالثة تحتوي على مادة أساسية جدا وهي مادة «قانون المواريث والحقوق المالية» المستمدة كليا من أحكام الشريعة الإسلامية.

2- إن عددا من الأحكام المسطرة في قوانين مغربية أخرى، قد أخذت بعين الاعتبار، أحكام الشريعة الإسلامية، ومن ذلك قانون الالتزامات والعقود، وهو مادة مدرجة في السداسية الثانية، من السنة الأولى حقوق، ونفس الشيء يمكن أن يقال بالنسبة لمدونة التجارة، وقانون التحفيظ العقاري، وغيرها من القوانين المغربية الأخرى.

3- إن الفقه الإسلامي على المذهب المالكي يعد قانونا مكملا للقانون المغربي في عدد من الفروع القانونية، ويكون الفقه الإسلامي المالكي قانونا مكملا للقانون المغربي، عندما يحيل المشرع عليه كمصدر للأحكام

5- تم إحداث لجنة لوضع مدونة لأحكام الفقه الإسلامي بموجب الظهير الشريف رقم 1.57.190 الصادر بتاريخ 22 محرم 19/1377 غشت 1957. وقد جاء في الفصل الأول من هذا الظهير: «تحدث تحت رعاية جنابنا الشريف لجنة مختصة تقوم بوضع مدونة لأحكام الفقه الإسلامي تكون بمثابة قانون موحد يصبح بمقتضى ظهير شريف يصدره جنابنا العالي بالله معمولا به في سائر محاكم مملكتنا المغربية». كما تم إحداث لجنة استشارية خاصة بمراجعة مدونة الأحوال الشخصية بأمر من الملك محمد السادس، وتم تنصيبها في خطاب ملكي بتاريخ 27 أبريل 2001، منشور في مجلة مقدمات، العدد الخاص رقم 2 حول «إصلاح قانون الأسرة حصيلة خمسين سنة من النقاش»، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2002، ص: 265 وما يليها.

القانونية، فيما لم يتم تنظيمه قانونا، كما هو الشأن بالنسبة لمدونة الأسرة[6]، ومدونة الأوقاف[7]، ومدونة الحقوق العينية[8].

4- إن الشريعة الإسلامية هي جوهر النظام العام المغربي. لذلك أوجب المشرع في عدد من التصرفات القانونية، أن تكون غير مخالفة للشريعة الإسلامية، ونص في عدد آخر من الحالات على أن تكون هذه التصرفات غير مخالفة للنظام العام والأخلاق الحميدة. وتعتبر مادة القانون الدولي الخاص، الإطار الأرحب، لمعرفة مكانة الشريعة الإسلامية كجوهر للنظام العام في المغرب، مع ما للنظام العام من دور أساسي في تدبير تطبيق القوانين الأجنبية في البلاد، وكذلك بالنسبة لتنفيذ الأحكام القضائية والعقود الأجنبية بالمغرب.

II-أهمية الشريعة الإسلامية على المستوى المنهجي.

تكتسي مادة «المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية»، على المستوى المنهجي، أهمية كبيرة، وتتجسد هذه الأهمية بالدرجة الأولى في مادة «أصول الفقه»، نظرا لما توفره، من أطر معرفية، وأخرى منهجية، تجعلها مفيدة إلى حد كبير، في تفسير وتأويل القواعد القانونية، خاصة تلك المستمدة من الفقه الإسلامي. ويمكن أن نلخص ذلك في النقط الموالية:

1- إن النصوص القانونية كالنصوص الشرعية يحتاج تطبيقها، أو تنزيلها على أرض الواقع، إلى فهم هذه النصوص (قصد المشرع). ولكن النصوص الشرعية أو النصوص القانونية قد تكون عامة وقد تكون خاصة، كما أنها قد تكون مطلقة وقد تكون مقيدة، ثم إنها قد تكون واضحة وقد تكون غامضة. فالعام يخصص بالخاص عند التعارض، والمطلق يقيد بالمقيد عند التضارب، والغامض يزال غموضه بالواضح إذا كان تشريعهما يرمي إلى تحقيق غاية واحدة، وكل ذلك يتم وفق قواعد التفسير في القانون وهي تماثل في كثير من الأوجه أصول الفقه.

2-إن قواعد رفع التعارض أو التضارب بين النصوص المعتمدة في القانون سواء من قبل القضاء أو من طرف الفقه لا تختلف في كثير من جوانبها عن تلك التي يطبقها الفقهاء. وهكذا إذا وقع التعارض بين النصين يجب الجمع بينهما إن أمكن ذلك، وإن كان التعارض كليا وتعذر الجمع بينهما، يجب البحث عن أسباب

6-المادة (400) من مدونة الأسرة:«كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف».

7-المادة (1) من مدونة الحقوق العينية:«تسري مقتضيات هذا القانون على الملكية العقارية والحقوق العينية ما لم تتعارض مع تشريعات خاصة بالعقار. تطبق مقتضيات الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود في ما لم يرد به نص في هذا القانون. فإن لم يوجد نص يرجع إلى الراجح والمشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي».

8-المادة 169 من مدونة الأوقاف:«كل ما لم يرد فيه نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى أحكام المذهب المالكي فقها واجتهادا بما يراعى فيه تحقيق مصلحة الوقف».

ترجيح أحدهما على الآخر لتقديم الراجح عن المرجوح في العمل، وإن لم يمكن ذلك فيجب البحث عن تاريخ تشريع النصوص المتعارضة لتحديد المتأخر واعتباره ناسخا للأول أو ملغيا له.

3- إن دلالة النصوص على الأحكام مختلفة، منها صريحة ومنها ضمنية، والحكم المأخوذ من النصوص قد يكون منطوقا وقد يكون مفهوما، والمنطوق قد يكون صريحا أو غير صريح. والمفهوم قد يكون موافقا للمنطوق وقد يكون مخالفا له، والتمييز بين هذه المفاهيم ودلالات النصوص ومضامينها يتطلب الإلمام بقواعد التفسير أو بقواعد أصول الفقه.

4- إن معرفة طبيعة عناصر التصرفات القانونية وتمييزها من أحكامها، وتحديد ما يعتبر ركنا وما يعتبر شرطا من تلك العناصر للوقوف على الآثار التي تترتب على تحقق هذا العنصر وتخلف ذاك له أهمية كبيرة بالنسبة للقاضي أو غيره، وذلك لا يمكن استيعابه دون دراسة المنطق القانوني أو علم أصول الفقه.

بعد هذا التمهيد، ننتقل للكلام عن موجبات الشريعة الإسلامية (الفصل الأول)، وذلك قبل أن نعود لتفصيل الحديث عن مركز الشريعة الإسلامية في القانون الوضعي المغربي (الفصل الثاني).

الفصل الأول: موجبات الشريعة الإسلامية.

سوف نخصص هذا الفصل للكلام عن موجبات الشريعة الإسلامية، بحيث نتناول في البداية مفهوم الشريعة الإسلامية ونطاقها (المبحث الأول)، ثم نتفرغ بعد ذلك للكلام عن الأحكام الشرعية وأدلتها (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفهوم الشريعة الإسلامية ونطاقها.

سوف نبدأ بالكلام عن مفهوم الشريعة الإسلامية (المطلب الأول)، ثم ننكب بعد ذلك على الحديث عن نطاق الشريعة الإسلامية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الشريعة الإسلامية.

لضبط مفهوم الشريعة الإسلامية بشكل يرفع عنه اللبس، سوف نتعرض في البداية إلى مفهوم الشريعة الإسلامية في اللغة (الفقرة الأولى)، ثم ننتقل للكلام عن مفهوم الشريعة الإسلامية في الاصطلاح (الفقرة الثانية) ثم نختم هذا المطلب بالحديث عن الشريعة والدين والملة (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: مفهوم الشريعة الإسلامية في اللغة.

الشريعة مفرد (شرائع) وهي في اللغة اسم مشتق من فعل شرع، وقد ورد هذا الفعل في اللغة بمعان متعددة، منها: شرع بمعنى أباح، وشرع بمعنى طلب على وجه الوجوب أو الندب، وشرع بمعنى سن، وشرع بمعنى خاض أو بدأ. نقول شرع في العمل: أخذ فيه، أو بدأ فيه، وخاض في الأمر أي اشتغل به. ونقول شرع به: أخذه إلى الماء ليشرب. وشرع المشرع القانون: أي سنه وجعله واجب التطبيق.

يقول أبو البقاء الحسيني الكفوي: «والشريعة: هي مورد الإبل إلى الماء الجاري، ثم استعير لكل طريقة موضوعة بوضع إلهي ثابت من نبي من الأنبياء»[9]. ويفهم من قوله أن الشريعة مشتقة في الأصل من فعل شرع إذ قال: «يقال: شرع الله الشيء: أي أباحه، وشرعه: أي طلبه وجوبا أو ندبا. والشروع في الشيء: التلبس بجزء من أجزائه. والشرعة ابتداء الطريق»[10].

وقد عرف الأستاذ عبد الكريم زيدان الشريعة في اللغة بقوله: «الشريعة في اللغة المذهب والطريقة المستقيمة، وشرعة الماء أي مورد الماء الذي يقصد للشرب، وشرع أي نهج وأوضح وبين المسالك، وشرع لهم يشرع شرعا أي سن»[11]. ثم إن الأستاذ يوسف القرضاوي لخص المعاني المذكورة بقوله: «واشتقاقها من (شرع

9-أبو البقاء الحسيني الكفوي، «الكليات: معجم في المصطلحات والفروق اللغوية»، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، 1998، ص:524.

10-أبو البقاء الحسيني الكفوي، «الكليات: معجم في المصطلحات والفروق اللغوية»، مرجع سابق، ص:524.

11-عبد الكريم زيدان، «المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية»، دار عمر بن الخطاب للطباعة والنشر والتوزيع، الاسكندرية، 2001، ص:38.

الشيء) بمعنى بينه وأوضحه، أو هو من الشرعة والشريعة، بمعنى الموضع الذي يوصل منه إلى ماء معين لا انقطاع له، ولا يحتاج وارده إلى آلة»[12].

وقدت وردت مادة (ش.ر.ع) فعلا واسما عدة مرات في القرآن الكريم: منها صورة فعل ماض في قوله تعالى: (شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا)[13].

وفي السورة نفسها ذكر القرآن الكريم مادة (شرع) في ذم المشركين، حيث أعطوا لأنفسهم حق التشريع في الدين، ولم يأذن الله لهم به، قال تعالى: (أَمْ لَهُمْ شُرَكَاءُ شَرَعُوا لَهُمْ مِنَ الدِّينِ مَا لَمْ يَأْذَنْ بِهِ اللَّهُ وَلَوْلَا كَلِمَةُ الْفَصْلِ لَقُضِيَ بَيْنَهُمْ وَإِنَّ الظَّالِمِينَ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ)[14].

كما جاء في قوله تعالى في سورة المائدة: (وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيْمِنًا عَلَيْهِ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا)[15].

وإذا كانت الشريعة في اللغة بمعنى الطريقة، فقد جاءت في القرآن الكريم بهذا المعنى، وذلك في قوله تعالى: (ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَى شَرِيعَةٍ مِنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ)[16].

الفقرة الثانية: مفهوم الشريعة الإسلامية في الاصطلاح.

قال الأستاذ عبد الكريم زيدان في التعريف الاصطلاحي للشريعة الإسلامية: «وفي الاصطلاح الشرعي: ما شرع الله لعباده من الدين، أي من الأحكام المختلفة، وسميت هذه الأحكام شريعة لاستقامتها ولشبهها بمورد الماء لأن بها حياة النفوس والعقول كما أن في مورد الماء حياة الأبدان»[17].

أما الأستاذ علال الفاسي رحمه الله فقد عرف الشريعة بقوله: «الشريعة استعملت في القرآن بمعنى الطريقة والهدى ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَى شَرِيعَةٍ مِنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾[18]. فالشريعة هي

12-يوسف القرضاوي، «مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية»، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الاولى، 1993، ص:10/9.

13-سورة الشورى، الآية 13.

14-سورة الشورى، الآية 21.

15-سورة المائدة، الآية 48.

16-سورة الجاثية، الآية 18.

17-عبد الكريم زيدان، «المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية»، مرجع سابق، ص:38.

18-سورة الجاثية الآية 18.

مجموع ما جاء به رسول من عقائد وأحكام. أما استعمالها بمعنى الأحكام الشرعية العملية وحدها فهو متأخر أيضا»[19].

ونورد أخيرا تعريف الأستاذ محمد ابن معجوز رحمه الله للشريعة إذ قال: «وبعبارة أخرى، فإن الشريعة تطلق على جميع الأحكام الواردة في الإسلام من وجوب، وحرمة، وكراهة، وندب، وإباحة. ومن ترغيب وترهيب، وتبشير وإنذار، ولهذا يقول الشاطبي: إن معنى الشريعة أنها تحد للمكلفين حدودا في أفعالهم، وأقوالهم، واعتقاداتهم»[20].

الفقرة الثالثة: الشريعة والدين والملة.

يرى كثير من الفقهاء أن الشريعة ترادف كلمة الدين والملة[21]. وقد وقف صاحب «الكليات» عند معاني الألفاظ الثلاثة: الدين والملة والشريعة وبين معنى كل واحد منها بقوله: «الدين، بالكسر، في اللغة: العادة مطلقا، وهو أوسع مجالا، يطلق على الحق والباطل أيضا. ويشمل أصول الشرائع وفروعها، لأنه عبارة عن وضع إلهي سائق لذوي العقول باختيارهم المحمود إلى الخير بالذات، قلبيا أو قالبيا، كالاعتقاد والعلم والصلاة.

وقد يتجوز فيه فيطلق على الأصول خاصة فيكون بمعنى الملة، وعليه قوله تعالى: ﴿دِينًا قِيَمًا مِلَّةَ إِبْرَاهِيمَ حَنِيفًا وَمَا كَانَ مِنَ الْمُشْرِكِينَ﴾[22]. وقد يتجوز فيه أيضا فيطلق على الفروع خاصة، وعليه ﴿وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ حُنَفَاءَ وَيُقِيمُوا الصَّلَاةَ وَيُؤْتُوا الزَّكَاةَ وَذَلِكَ دِينُ الْقَيِّمَةِ﴾[23] أي: الملة القيمة. يعني فروع الأصول.

والدين منسوب إلى الله تعالى، والملة إلى الرسول، والمذهب إلى المجتهد.

19-علال الفاسي، «مدخل في النظرية العامة لدراسة الفقه الإسلامي ومقارنته بالفقه الأجنبي»، مرجع سابق، ص:15. وقد عرف الأستاذ أحمد اجويد الشريعة بقوله: «الشريعة هي: ما شرعه الله في دينه، فتشمل التوحيد والمعاملات والعبادات فعند اطلاق اسم الشريعة، فيراد بذلك الأحكام المنزلة بالوحي على سيد الوجود صلوات الله وسلامه عليه، فهي إذن تشريع إلهي مقدس لا يجوز مخالفته ولو كان المخالف مجتهدا إذ لا اجتهاد مع مورد النص، فهي مما لا يقبل التبديل والتغيير فأحكامها ثابتة». احمد اجويد، «مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية»، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية الحقوق، فاس، السنة الجامعية 1997/1996، ص:125. وعرفها الأستاذ عبد السلام أحمد فيغو بقوله: «والشريعة هي أحكام الإسلام التي ذكرت في علوم العقائد والأخلاق والفقه فهي مجموعة الأوامر والنواهي والإرشادات والقواعد التي يشرعها الله للأمة على يد رسول منه. ليعملوا بها ويهتدوا بهديها، وهو تشريع إلهي بمصادره وأحكامه. ويخلط كثير من الباحثين بين كلمتي الشريعة والفقه، مع أن الأولى أعم بكثير من الثاني. وهذا العموم يحمل التفاوت بينهما من حيث المدلول والمشتملات والخصائص والأقسام والوظيفة الخاصة لكل منهما». عبد السلام احمد فيغو، «المدخل لدراسة الفقه الإسلامي: التعريف بالفقه الإسلامي»، الجزء 1، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، 2000، ص:14

20-محمد ابن معجوز، «محاضرات في المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية»، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثانية، 1984، ص:3.

21-محمد ابن معجوز، «محاضرات في المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية»، مرجع سابق، ص:4.

22-سورة الأنعام، الآية 161.

23-سورة البينة، الآية 5.

والملة: اسم ما شرعه الله لعباده على لسان نبيه ليتوصلوا به إلى آجل ثوابه. والدين مثلها، لكن الملة تقال باعتبار الدعاء إليه، والدين باعتبار الطاعة والانقياد له. والملة: الطريقة أيضا، ثم نقلت إلى أصول الشرائع، من حيث إن الأنبياء يعلمونها ويسلكونها ويسلكون من أمروا بإرشادهم بالنظر إلى الأصل، وبهذا الاعتبار لا تضاف إلا إلى النبي الذي تستند إليه، ولا تكاد توجد مضافة إلى الله تعالى، ولا إلى آحاد أمة النبي، ولا تستعمل إلا في جملة الشرائع دون آحادها، فلا يقال ملة الله، ولا ملتي، ولا ملة زيد، كما يقال دين الله، وديني، ودين زيد. ولا يقال الصلاة ملة الله.

والشريعة: تضاف إلى الله والنبي والأمة، وهي من حيث إنها يطاع بها تسمى دينا، ومن حيث إنها يجتمع عليها تسمى ملة، وكثيرا ما تستعمل هذه الألفاظ بعضها مكان بعض، ولهذا قيل إنها متحدة بالذات ومتغايرة بالاعتبار، إذ الطريقة المخصوصة الثابتة عن النبي تسمى بالإيمان، من حيث إنه واجب الإذعان، وبالإسلام من حيث إنه واجب التسليم، وبالدين من حيث إنه يجزى به، وبالملة من حيث إنه مما يملى ويكتب ويجتمع عليه، وبالشريعة من حيث إنه يرد على زلال كماله المتعطشون، وبالناموس من حيث إنه أتى به الملك الذي هو الناموس، وهو جبريل عليه السلام»[24].

وفي موضع آخر قال أبو البقاء الحسيني الكفوي: «الشرع كالشريعة كل فعل أو ترك مخصوص من نبي من الأنبياء صريحا أو دلالة فإطلاقه على الأصول الكلية مجاز، وإن كان شائعا، بخلاف الملة فإن إطلاقها على الفروع مجاز، وتطلق على الأصول حقيقة كالإيمان بالله وكتبه وغير ذلك، ولهذا لا تتبدل بالنسخ، ولا يختلف فيها الأنبياء، ولا تطلق على آحاد الأصول»[25].

وقد لخص الأستاذ عبد الكريم زيدان أوجه الارتباط بين الشريعة والدين والملة بقوله: «والشريعة والدين والملة بمعنى واحد، وهو ما شرعه الله لعباده من أحكام، ولكن هذه الأحكام تسمى شريعة باعتبار وضعها وبيانها واستقامتها، وتسمى دينا باعتبار الخضوع لها وعبادة الله بها، وتسمى ملة باعتبار إملائها على الناس»[26].

المطلب الثاني: نطاق الشريعة الإسلامية.

قال الأستاذ علال الفاسي رحمه الله: «وكانت المدونات الفقهية عادة، تشتمل على أقسام سبعة:

القسم الأول: ما يتعلق بعبادة الله من صلاة وصيام وحج وزكاة وغيرها، وهذه تحمل اسم العبادات؛

24-أبو البقاء الحسيني الكفوي، «الكليات: معجم في المصطلحات والفروق اللغوية»، مرجع سابق، ص:444/443.

25-أبو البقاء الحسيني الكوفي، «الكليات: معجم في المصطلحات والفروق اللغوية»، مرجع سابق، ص:524.

26-عبد الكريم زيدان، «المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية»، مرجع سابق، ص:38.

والقسم الثاني: ما يتعلق بشؤون العائلة من زواج وطلاق ونسب ونفقة وامتاع وغيرها، وكانت تسمى بالأنكحة والأيمان، وتسمى اليوم بالأحوال الشخصية. وأغلب المؤلفين القدماء كانوا يدرجونها في المعاملات التي هي القسم الثالث؛

والقسم الثالث: ما يتعلق بأفعال الناس من حيث تعامل بعضهم مع بعض في الحقوق والأموال، وفي مسائل القضاء، وكانت تحمل اسم المعاملات، وتوضع عادة اليوم تحت اسم:الأموال؛

والقسم الرابع: ما يتعلق بعقاب المجرمين وضبط النظام الداخلي بين الناس وكانت تحمل اسم الدماء، وتسمى اليوم بالعقوبات، أو بالجنايات؛

والقسم الخامس: ما يتعلق بالحرب والجهاد، وتسمى السير.

والقسم السادس: ما يتعلق بالمحاسن والمساويء، وبالأخلاق والسلوك ويسمى الآداب. وكان قدماء المؤلفين يضعونه إلى جانب كل ما شذ عن الأبواب الأخرى باسم الجامع، وقد ألف الشيخ خليل المالكي كتابا خاصا بهذا الاسم، أوضح فيه مسائل الآداب؛

والقسم السابع: هو ما يتعلق بنظام الدولة، وبآداب الملك وهي الأحكام السياسية. ويعرف عند الفقهاء: بالأحكام السلطانية»[27].

ولإعطاء فكرة واضحة عن الفقه، لأنه هو الذي ينتظم مختلف الأقسام المذكورة، سوف نتحدث عن الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي (الفقرة الأولى)، ثم عن العلاقة بين علم الفقه وعلم أصول الفقه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي.

إن تحديد العلاقة بين الفقه الإسلامي والشريعة الإسلامية يمر عبر الجواب عن السؤال التالي: هل تختلف الشريعة الإسلامية عن الفقه الإسلامي؟ وإذا كان الجواب بالإيجاب فما هي أوجه الفرق بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي؟

كتب الكثير عن العلاقة بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي[28]. بيد أن مناظرة علمية وفقهية رفيعة جرت بين العلماء المغاربة بمناسبة ندوة لأكاديمية المملكة المغربية حول «فلسفة التشريع الإسلامي»، كشفت بالملموس عن رقي الفكر الفقهي المغربي، وأتاحت لعالم كبير، هو الأستاذ الشيخ محمد المكي الناصري رحمه الله، فرصة لتفصيل الكلام، عن أوجه استعمال مصطلح الشريعة الإسلامية. فقد عقب الأستاذ عباس الجراري على محاضرة الشيخ المكي الناصري بقوله: «ثم إننا حين نتأمل العرض نجده

27-علال الفاسي، «مدخل في النظرية العامة لدراسة الفقه الإسلامي ومقارنته بالفقه الأجنبي»، مرجع سابق، ص:17.

28-عبد السلام احمد فيغو، «المدخل لدراسة الفقه الإسلامي»، مرجع سابق، ص:32.

يستعمل الشريعة سواء مضافة إليها حكماء أو غير مضافة، بمعنى الفقه أو يقصد بها الفقه وأحكامه، أو هو يعتبر الفقه وأحكامه جزءا منها، بدليل حديثه في الصفحة (48) عن كليات الشريعة وجزئياتها مما يدخل في نطاق الأحكام. وربما كان يستحسن تحديد المصطلح والتفريق بين ما هو شريعة وما هو فقه، أو على الأقل توضيحه بالنسبة للفقه. ولعل الفرق بينهما -فيما أظن- كامن في كون الشريعة تمثل الأصول الثابتة والأحكام القطعية الواردة في القرآن الكريم والسنة، وفي كون الفقه يمثل مجموع القوانين التي قامت على الاجتهاد والتفسير والتحليل، مع استيحائها من الشريعة واعتمادها على ما تقدمه من نصوص. وفي اعتقادي أن هذا التفريق أساسي في النظر في شؤون المسلمين، ذلكم أن ما هو شريعة -أي نصوص ثابتة وأحكام قطعية- لا مجال فيه لأي اجتهاد أو مراجعة، في حين أن ما هو فقه فالمجال متسع فيه للاجتهاد والمراجعة، انطلاقا من فهم جديد للشريعة لتناسب كل زمان ومكان. وبهذا التفريق وحده نستطيع أن نوافق صاحب العرض على ما استنتجه من كون الشريعة لا تتعرض للتغيير والتبديل، طالما أنها متفقة مع الفطرة»[29].

وقد عقب الأستاذ محمد المكي الناصري رحمه الله على ملاحظات الأستاذ عباس الجراري بقوله:

«جاء في العرض الرابع من عروض الأساتذة المشاركين تساؤل آخر عن استعمال كلمة الشريعة وكلمة الفقه، كأن خلطا وقع عندي في هذا الاستعمال، والجواب عن هذا التساؤل أمر سهل.

ذلك أن كلمة الشريعة عندما تستعمل في سياق الحديث عن الدين ككل لا شك أنها: تعني مجموع الدين بعقائده وأخلاقه وأحكامه، من كل ما شرعه الله لعباده، وهذا الاستعمال العام هو الذي يمكن الاستشهاد له بقوله تعالى في سورة الجاثية: (ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها) (الآية:18).

وعندما تستعمل في سياق الحديث عن «الأحكام العملية» بالخصوص، لكن بإطلاق، تعني نفس المعنى الذي يراد بكلمة الفقه عند اطلاقها، فتكون مرادفة له، أي شاملة للأحكام الواردة نصوصها عن طريق الوحي وللأحكام الاجتهادية المستنبطة من تلك النصوص عن طريق «استيحاء الوحي»، وبهذا المعنى استعملها القدماء عندما سموا الفقه «علم الشريعة»، واستعملها المحدثون عندما كتبوا عن «النظرية العامة للشريعة»، وهذا الاستعمال الثاني بالنسبة لما قبله استعمال «خاص».

لكن عندما تستعمل كلمة «الشريعة» في سياق الحديث عن الكتاب والسنة وحدهما في مقابلة الاجتهاد بمسالكه المعروفة، ينحصر معناها في الأحكام الثابتة بنص الوحي دون غيره من الطرق، وهذا الاستعمال الثالث أخص من الاستعمال الثاني.

29- عباس الجراري، «ملاحظات بصدد بعض الطروحات المتعلقة بالشريعة»، فلسفة التشريع الإسلامي، مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 1987، ص:95/94.

وواضح أن الموضوع الذي عالجته في العرض الرئيسي لا يشمل الدين بعقائده وأخلاقه وأحكامه على وجه العموم، وإنما يعالج الجانب العملي منه وأحكامه الشرعية، وفي اعتقادي أن «السياق» الذي يرد فيه لفظ «الشريعة» بسوابقه ولواحقه كاف لتحديد المعنى المراد بذلك اللفظ: هل المراد به أحكام «الوحي الإلهي» وحدها؟ أم هي وما انبنى عليها من الأحكام الاجتهادية التي مردها إلى الشرع؟

فقولي في الصفحة الأولى من «التمهيد» الذي قدمت به العرض: «صرح الشريعة الشامخ» مثلا لا يمكن أن يفهم إلا أن المراد به ما يشمل النص والاجتهاد معا، إذ بفضل تعاونهما وتكاثفهما أمكن أن يبنى ذلك الصرح.

وقولي في الصفحة الثانية من «التمهيد» فقد تتبع أولئك الحكماء نصوص الشريعة مثلا لا يصح أن يفهم منه إلا الأحكام العملية الصادرة عن «الوحي» التي هي وحدها «أصل الأصول» بالنسبة لجميع الأحكام الشرعية.

وقولي في الصفحة الثالثة من «التمهيد»: «ذات طابع عام ينطبق على عموم الشريعة ومجموعها» مثلا لا يمكن أن يفهم إلا على أن لفظ «الشريعة» فيه مرادف للفظ «الفقه» بمعناه العام المصطلح عليه في «القوانين الفقهية» أي الأحكام الشرعية العملية المستقاة مباشرة من نصوص الكتاب والسنة، والأحكام الملحقة بها التي انبثقت عن اجتهادات المجتهدين من أئمة الشريعة، وهذه الاستعمالات كلها متعارفة بين العلماء مقبولة عندهم. جاء في كتاب «الكليات» لأبي البقاء الحسيني في تعريف الشريعة بمعناها المرادف للدين ما نصه: «الشريعة لفظ استعير لكل طريقة موضوعة بوضع إلهي ثابت من نبي من الأنبياء»[30]، وفي تعريف الشريعة بمعناها الخاص المرادف للفقه ما نصه: «الشريعة اسم للأحكام الجزئية التي يتهذب بها المكلف معاشا ومعادا، سواء كانت منصوصة من الشارع أو راجعة إليه»[31].

يتضح إذن أن الشريعة الإسلامية، قد تستعمل بمفهوم أعم من مفهوم الفقه، كما أنها قد تستعمل بمفهوم أخص من الفقه، ثم إنها قد تستعمل بمفهوم يرادف الفقه. وهذا التداخل بين مفهوم الشريعة والفقه، هو الذي يخول لنا، أن نقتصر في محاضراتنا في المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، على ما يرتبط بمجال الأحكام الشرعية العملية، أي على الشريعة بمعناها المرادف للفقه، وذلك حتى نتمكن، بعد إنهاء التمهيدات

30- قال أبو البقاء الحسيني الكفوي: «والشريعة: هي مورد الإبل إلى الماء الجاري، ثم استعير لكل طريقة موضوعة بوضع إلهي ثابت من نبي من الأنبياء». أبو البقاء الحسيني الكفوي، «الكليات: معجم في المصطلحات والفروق اللغوية»، مرجع سابق، ص:524.

31- محمد المكي الناصري، «فلسفة التشريع الإسلامي»، مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية، سلسلة الندوات 1. مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 1987، ص: 169/170/171. والتعريف المذكور مأخوذ من كتاب أبو البقاء الحسيني الكوفي، «الكليات: معجم في المصطلحات والفروق اللغوية»، مرجع سابق، ص:524.

الضرورية لفهم المقصود من الأحكام الشرعية العملية، من دراسة واقع بعض هذه الأحكام الشرعية العملية في القانون الوضعي المغربي.

بيد أنه حتى نتمكن من ضبط «الأحكام الشرعية العملية» باعتبار معرفتها هو مبتغى الفقه، يتعين أن نتبين العلاقة بين الفقه وعلم أصول الفقه، لما تتيحه هذه العلاقة من تدقيق لفحوى الفقه من جهة، ولأن الفقه لا يكون فقها إلا إذا خضع في معرفته للأحكام الشرعية العملية للضوابط الأصولية التي حررها علم أصول الفقه من جهة ثانية[32].

الفقرة الثانية: الفقه الإسلامي وعلم أصول الفقه.

تحدث الإمام الغزالي عن أوجه الارتباط بين الفقه وأصول الفقه فقال: «اعلم أنك لا تفهم معنى «أصول الفقه» ما لم تعرف -أولا- معنى الفقه.

والفقه: عبارة عن: العلم والفهم في أصل الوضع. يقال: فلان يفقه الخير والشر، أي يعلمه ويفهمه. ولكن، صار بعرف العلماء، عبارة عن: «العلم بالأحكام الشرعية، الثابتة لأفعال المكلفين خاصة». حتى لا يطلق -بحكم العادة- اسم الفقيه على متكلم، وفلسفي، ونحوي، ومحدث، ومفسر، بل يختص بالعلماء بالأحكام الشرعية الثابتة للأفعال الإنسانية. كالوجوب، والحظر، والإباحة، والندب، والكراهة، وكون العقد صحيحا، وفاسدا، وباطلا، وكون العبادة أداء وقضاء وأمثاله.

ولا يخفى عليك: أن للأفعال أحكاما عقلية، أي، مدركة بالعقل، ككونها أعراضا، وقائمة بالمحل، ومخالفة للجوهر، وكونها أكوانا، حركة وسكونا، وأمثالها، والعارف بذلك يسمى متكلما لا فقيها. وأما أحكامها من حيث إنها واجبة، ومحظورة، ومباحة، ومكروهة، ومندوب إليها، فإنما يتولى الفقيه بيانها. فإذا فهمت هذا فافهم: أن أصـــول

32- لخص الأستاذ محمد أبو زهرة هذه العلاقة بين علم الفقه وعلم أصول الفقه بقوله: «ولقد انتهى تحرير هذا العلم (أصول الفقه) إلى أن موضوعه الحكم الشرعي من حيث بيان حقيقته وخواصه وأنواعه، والحاكم من حيث الأدلة التي قامت أمارات على صدور حكمه، والمحكوم عليه، وأداة الاستنباط وهو الاجتهاد». محمد أبو زهرة، «أصول الفقه»، دار الفكر العربي، ص:9. وقال أبو علي الحسن بن مسعود اليوسي: «قلت نظر الفقه استنباط الأحكام بالفعل وعلى وجه التفصيل. ونظر الأصول معرفة كيفية الاستنباط وعلى وجه الإجمال. فهو للأصول من حيث الكلية، ولذا كان قواعد. والفقه من حيث الجزئية فافترقا». الحسن بن مسعود اليوسي، «البدور اللوامع في شرح جمع الجوامع في أصول الفقه»، مرجع سابق، ص:145.

الفقه عبارة عن: أدلة هذه الأحكام، وعن معرفة وجوه دلالتها على الأحكام، من حيث الجملة، لا من حيث التفصيل»[33]

وحرصا على عدم الإطالة في الكلام على ما بين الفقه وعلم أصول الفقه من اتصال وانفصال، لما يتطلبه ذلك من دراية وجهد، قد لا يكونان سوى، مزايدة علمية غير محمودة العواقب سواء على الإمام الغزالي أو على غيره، نكتفي بالقول إن تعاريف الفقه الاصطلاحية متعددة، غير أنها تظل متقاربة[34]، وقد ذاع منها التعريف الذي اعتمده الإمام السبكي بقوله: «أصول الفقه: دلائل الفقه الإجمالية، وقيل معرفتها. والأصـــولي

33- أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، «المستصفى من علم الأصول: المقدمات المنطقية، الأحكام»، الجزء 1، دراسة وتحقيق حمزة بن زهير حافظ، ص:9/8. وقد فصل الأستاذ محمد أبو زهرة الكلام في معنى كل من الفقه وأصول الفقه فقال: «الفقه لغة هو الفهم العميق النافذ الذي يتعرف غايات الأقوال والأفعال، ومن ذلك قوله تعالى: (أَيْنَمَا تَكُونُوا يُدْرِكْكُمُ الْمَوْتُ وَلَوْ كُنْتُمْ فِي بُرُوجٍ مُشَيَّدَةٍ وَإِنْ تُصِبْهُمْ حَسَنَةٌ يَقُولُوا هَذِهِ مِنْ عِنْدِ اللَّهِ وَإِنْ تُصِبْهُمْ سَيِّئَةٌ يَقُولُوا هَذِهِ مِنْ عِنْدِكَ قُلْ كُلٌّ مِنْ عِنْدِ اللَّهِ فَمَا لِهَؤُلَاءِ الْقَوْمِ لَا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ حَدِيثًا) (سورة النساء، الآية 78). وقوله صلى الله عليه وسلم (ومن يرد الله به خيرا يفقهه في الدين). وقوله تعالى: (وَلَقَدْ ذَرَأْنَا لِجَهَنَّمَ كَثِيرًا مِنَ الْجِنِّ وَالْإِنْسِ لَهُمْ قُلُوبٌ لَا يَفْقَهُونَ بِهَا وَلَهُمْ أَعْيُنٌ لَا يُبْصِرُونَ بِهَا وَلَهُمْ آذَانٌ لَا يَسْمَعُونَ بِهَا أُولَئِكَ كَالْأَنْعَامِ بَلْ هُمْ أَضَلُّ أُولَئِكَ هُمُ الْغَافِلُونَ) (سورة الأعراف، الآية 179)

هذا هو تعريف كلمة الفقه، أما كلمة الأصل فمعناها في اللغة ما يبنى عليه، وإن هذا المعنى اللغوي هو المتسق مع المعنى الاصطلاحي، وذلك لأن علم أصول الفقه عند الأصوليين هو ما يبنى عليه الفقه، ولذا عرفه كمال الدين ابن العمام في التحرير: «بأنه إدراك القواعد التي يتوصل بها إلى استنباط الفقه» ومعنى ذلك أن أصول الفقه هو العلم بالقواعد التي ترسم المناهج لاستنباط الأحكام العملية من أدلتها التفصيلية. فهو القواعد التي تبين طريقة استخراج الأحكام من الأدلة. فمثلا يقرر علم الأصول أن الأمر يقتضي الوجوب، وأن النهي يقتضي التحريم. فإذا أراد الفقيه أن يستخرج حكم الصلاة، أهي واجبة أم غير واجبة تلا قوله تعالى: (وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ). وكذلك الزكاة، وإذا أراد أن يعرف حكم الحج أخذه من قوله صلى الله عليه وسلم (إن الله كتب عليكم الحج فحجوا)، وكذلك إذا أراد أن يعرف حكم الخمر، تلا قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ). فإن طلب الاجتناب نهي عن القرب، ولا يوجد نهي أبلغ من ذلك في الدلالة على التحريم.

وهكذا يتبين أن الفارق بين الفقه وأصوله، هو أن الأصول هي المناهج التي تحد وتبين الطريق الذي يلتزمه الفقيه في استخراج الأحكام من أدلتها، ويرتب الأدلة من حيث قوتها، فيقدم القرآن على السنة، والسنة على القياس وسائر الأدلة التي لا تقوم على النصوص مباشرة، أما الفقه فهو استخراج الأحكام مع التقيد بهذه المناهج». محمد أبو زهرة، «أصول الفقه»، مرجع سابق، ص:8/7.

34- قال ابن خلدون: «الفقه معرفة أحكام الله تعالى في أفعال المكلفين بالوجوب والحظر والندب والكراهة والإباحة وهي متلقاة من الكتاب والسنة وما نصبه الشارع لمعرفتها من الأدلة فإذا استخرجت الأحكام من تلك الأدلة قيل لها فقه». عبد الرحمن بن محمد ابن خلدون، «مقدمة ابن خلدون»، تحقيق محمد عبد الله الدرويش، الجزء2، مكتبة الهداية، دمشق، الطبعة الأولى، 2004، ص:185.

العارف بها، وبطرق استفادتها ومستفيدها. والفقه العلم بالأحكام الشرعية العملية، المكتسب من أدلتها التفصيلية»[35].

وبحكم ما يتميز به هذا التعريف للفقه، من دقة وشمولية، ناهيك عن اعتماده من لدن عدد من المهتمين بأصول الفقه[36]، فإننا سنحاول تفكيكه، لرفع اللبس عن جزئياته، والنفاذ منها بعد ذلك إلى الاشتغال على الأحكام الشرعية العملية، لأن هذه الأحكام، هي المقصد الأساسي لدراستنا، لكونها هي أقرب ما يكون إلى القواعد القانونية في القانون الوضعي.

إن أول وصف يندرج في الحد الأصولي للفقه هو العلم. فالعلم إذن هو جوهر الفقه، ويقصد به المعرفة الشاملة، والدقيقة، والمفصلة بالأحكام الشرعية، والعلم كماهية للفقه لا يتحقق إلا إذا كان الفقيه يعرف حكم كل نازلة أو قضية شرعية على وجه التدقيق والإحكام، ويعرف دليلها على وجه التفصيل، أي أن يكون عالما بالأصول والفروع. أما إذا كان هذا العلم عاما، أو عاميا، أي أنه لا يتعدى ما يعرفه عامة الناس، فإنه

35-تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي، «جمع الجوامع في أصول الفقه»، تعليق عبد المنعم خليل ابراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، 2003، ص: 13. وقد علق الأستاذ وهبة الزحيلي بقوله: «والتعريف المختار للفقه هو تعريف الإمام الشافعي رضي الله عنه: لأنه الأشهر والأظبط عند علماء الأصول وهو: العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية». وهبة الزحيلي: «أصول الفقه الإسلامي»، الجزء 1، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، 1986، ص:19.

وقال الإمام القرافي في تعريف الفقه: «والفقه: هو الفهم، والعلم، والشعر، والطب، لغة. وإنما اختص بعض هذه الألفاظ ببعض العلوم بسبب العرف. والفقه في الاصطلاح: هو العلم بالأحكام الشرعية العملية بالاستدلال.

ويقال: فقه بكسر القاف إذا فهم، وبفتحها: إذا سبق غيره للفهم، وبضمها: إذا صار الفقه له سجية». شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي، «الذخيرة في الفقه»، الجزء 1، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1994، ص:57.

وقال الحجوي الثعالبي: «الفقه في اللغة العلم والفهم قال تعالى لهم قلوب لا يفقهون بها وفي إعلام الموقعين إن الفقه أخص من الفهم لأن الفقه هو فهم مراد المتكلم من كلامه وهو قدر زائد على مجرد فهم ما وضع له اللفظ فالفقه أخص من الفهم لغة. وفي الشرع العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية فلا يقال الفقيه إلا لمجتهد ولغيره مجاز. وقال أبو البقاء في قواعده نقلا عن الإمام الرازي: الفقه معرفة النفس ما لها وما عليها». محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي، «الفكر السامي في الفقه الإسلامي»، الجزء 1، مطبعة إدارة المعارف بالرباط ومطبعة البلدية بفاس، 1345هـ، ص:2.

وقال إمام الحرمين الجويني: «والفقه هو الجزء الثاني، له معنى لغوي وهو الفهم. ومعنى شرعي وهو معرفة الأحكام الشرعية التي طريقها الاجتهاد، كالعلم بأن النية في الوضوء واجبة، وأن الوتر مندوب، وأن النية من الليل شرط في صوم رمضان، وأن الزكاة واجبة في مال الصبي وغير واجبة في الحلي والمباح، وأن القتل بمثقل يوجب القصاص، ونحو ذلك من مسائل الخلاف، بخلاف ما ليس طريقه الاجتهاد، كالعلم بأن الصلوت الخمس واجبة، وأن الزنا محرم، ونحو ذلك من المسائل القطعية فلا يسمى فقها فالمعرفة هنا العلم بمعنى الظن». جلال الدين محمد بن احمد المحلي الشافعي، «شرح الورقات في أصول الفقه لإمام الحرمين الجويني»، تقديم وتحقيق حسام الدين بن موسى عفانه، الطبعة الأولى، 1999، ص:69/68.

وأضاف إمام الحرمين الجويني: «فالفقه العلم بالواجب والمندوب إلى آخر السبعة. أي بأن هذا الفعل واجب وهذا مندوب وهذا مباح وهكذا إلى آخر جزئيات السبعة». جلال الدين محمد بن احمد المحلي الشافعي، «شرح الورقات في أصول الفقه لإمام الحرمين الجويني»، مرجع سابق، ص:70.

36- محمد ابن معجوز، «محاضرات في أصول الفقه»، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1996، ص: 2. وهبة الزحيلي: «أصول الفقه الإسلامي»، الجزء 1، مرجع سابق، ص:18.

لا يدخل في ماهية العلم الفقهي، وبالتالي لا يسمى فقها. ويمكن أن نضرب للعلم بمفهومه الأصولي، على المستوى القانوني، الأمثلة الآتية:

مثال أول: سألت شخصا، وقلت له: ما هو رئيس الدولة في النظام السياسي المغربي؟ فأجابك بأن رئيس الدولة في النظام السياسي المغربي هو الملك، ولم يضف إلى جوابه شيئا. فهل يعتبر ما أجاب به هذا المجيب علما فقهيا دستوريا؟

إن الجواب الذي قدمه المسؤول هو حكم معروف بالطبع، لأن جميع الناس يعرفون أن الملك هو رئيس الدولة في النظام السياسي المغربي.

لكن إن أجاب المسؤول بقوله: طبقا للفصل (42) من الدستور المغربي لسنة 2011 فإن: «الملك رئيس الدولة ...»، وإن الدستور المغربي لسنة 2011 هو أول دستور ينص على أن الملك هو رئيس الدولة، وقد جاء هذا النص في إطار التطور السياسي لنظام الحكم في المغرب الذي انتقل من «نظام ملكية دستورية ديمقراطية واجتماعية» كما كان ينص على ذلك الفصل الأول من الدستور المغربي لسنة 1996، إلى «نظام ملكية دستورية، ديمقراطية برلمانية واجتماعية» طبقا للفصل الأول (1) من الدستور المغربي لسنة 2011.

إن هذا الجواب المفصل، هو الذي يمكن أن ندخله في العلم الفقهي الدستوري بمعناه المستفاد من التعريف الأصولي للفقه. لأنه علل جوابه، وذكر سنده وهو الفصل (42) من الدستور، ثم إنه تحدث عن السياق العام والتاريخي للتنصيص في الدستور عن مركز الملك كرئيس للدولة.

مثال ثان: سألت شخصا، فقلت له إن منتسبا لحيك أو قريتك أو مدينتك أجهز على جاره بالسيف بسبب خلاف بسيط بينهما. فما هو حكمه في القانون؟ فقال لك مجيبا إن القتل جريمة خطيرة، وإن القاتل سيخلد في السجن لا محالة، ولم يضف شيئا إلى جوابه. فهل نعتبر هذا الجواب داخلا في حكم العلم الفقهي الجنائي؟

إن الجواب الذي قدمه هذا المجيب هو جواب عام، إذ يمكن لأي شخص في محله أن يجيبك بنفس الجواب. ولكن لو أنه أجاب بقوله: إن الفصل (392) من مجموعة القانون الجنائي المغربي الصادر بتنفيذه الظهير شريف رقم 1.59.413 بتاريخ 28 جمادى الثانية 26/1382 نونبر 1962، كما وقع تغييره وتتميمه، ينص على أن: «كل من تسبب عمدا في قتل غيره يعد قاتلا، ويعاقب بالسجن المؤبد...». وأضاف في الجواب، إن العقوبة الأصلية المقررة لجريمة القتل العمد، هي السجن المؤبد، ولكن هذه العقوبة قد تتحول من السجن المؤبد إلى الإعدام، إذا اقترنت جريمة القتل بظرف من ظروف التشديد[37]. كما أن العقوبة المعينة للقتل قد تتحول من

37-نصل الفصل (153) من القانون الجنائي على أنه: «يحدد القانون ظروف التشديد المتعلقة بجنايات أو جنح معينة». ومن الأمثلة على ظروف التشديد تلك المنصوص عليها في الفصل (393) من القانون الجنائي بقوله: «القتل العمد مع سبق الإصرار أو الترصد يعاقب عليه بالإعدام». والفصل (396) من القانون الجنائي بقوله: «من قتل عمدا أحد أصوله يعاقب بالإعدام».

السجن المؤبد إلى السجن المحدد، إذا اقترنت الجريمة بعذر من أعذار التحفيف[38]. ثم إن المحكمة يمكنها أن تمتع الجاني بظروف التحفيف[39]، فتخفض العقوبة المحكوم بها عليه. ثم فصل لك الحديث عن ظروف التشديد في جريمة القتل العمد وعن سندها القانوني، ثم فصل لك بعد ذلك الحديث عن أعذار التخفيف في جريمة القتل العمد وعن سندها القانوني، ثم تحدث لك بالتفصيل عن ظروف التخفيف في جريمة القتل العمد، وأثرها على العقوبة الأصلية، وختم قوله بأن المحكمة التي تتولى النظر في القضية، وهي وحدها التي تملك الحق في تحديد العقوبة، بناء على وقائع القضية وتكييفها القانوني، وإنه لا يمكن لأحد أن يعرف العقوبة التي ستطبق على الجاني إلا على وجه التقدير والتقريب فقط. فهل نطلق على جوابه معنى العلم الفقهي الجنائي بالمفهوم الأصولي للفقه؟

نعم، يمكن أن نطلق على كل جواب مفصل ومعلل بما فيه الكفاية، من الناحية القانونية، ومن الناحية الواقعية، اسم العلم الفقهي، فنقول في هذه الحالة إن الجواب المذكور يدخل في نطاق العلم الفقهي الجنائي، بمعناه المستفاد من أصول الفقه.

ويجب التنبيه إلى أن معرفة حكم أو عدد من الأحكام الفرعية، غير كاف، لإطلاق وصف العلم الفقهي، على علم من يعرف هذه الأحكام الجزئية، لأن العلم الفقهي يقتضي الإلمام بالأصول والفروع، وبالتالي فإن معرفة بعض الأحكام الفرعية أو الجزئية، لا يدخل في حد العلم المندرج في التعريف الأصولي للفقه.

وكمثال على ذلك على المستوى القانوني أنك سألت شخصا، وقلت له إن سيدة تريد أن تمارس التجارة، ولكن زوجها يرفض ذلك، وقد قال لها إنه لن يأذن لها بالتقييد في السجل التجارة. فما حكم القانون في ذلك؟

38- نص الفصل (143) من القانون الجنائي على أن: «الأعذار هي حالات محددة في القانون على سبيل الحصر، يترتب عليها، مع ثبوت الجريمة وقيام المسؤولية، أن يتمتع المجرم إما بعدم العقاب، إذا كانت أعذارا معفية، وإما بتخفيض العقوبة، إذا كانت أعذارا مخففة». ومن أمثلة الأعذار المخففة للعقوبة ما نص عليه الفصل (418) من القانون الجنائي بقوله: «يتوفر عذر مخفض للعقوبة في جرائم القتل أو الجرح أو الضرب، إذا ارتكبها أحد الزوجين ضد الزوج الآخر وشريكه عند مفاجأتهما متلبسين بجريمة الخيانة الزوجية». والفصل (419) من القانون الجنائي بقوله: «يتوفر عذر مخفض للعقوبة في جناية الخصاء، إذا ارتكبت فورا نتيجة هتك عرض إنسان بالقوة».

39- نص الفصل (146) من القانون الجنائي على أنه: «إذا تبين للمحكمة الزجرية، بعد انتهاء المرافعة في القضية المطروحة عليها، أن الجزاء المقرر للجريمة في القانون قاس بالنسبة لخطورة الأفعال المرتكبة، أو بالنسبة لدرجة إجرام المتهم، فإنها تستطيع أن تمنحه التمتع بظروف التخفيف، إلا إذا وجد نص قانوني يمنع ذلك. ومنح الظروف المخففة موكول إلى تقدير القاضي، مع التزامه بتعليل قراره في هذا الصدد بوجه خاص، وآثار الظروف المخففة شخصية بحتة، فلا تخفف العقوبة إلا فيما يخص المحكوم عليه الذي منح التمتع بها. ومنح الظروف المخففة ينتج عنه تخفيف العقوبات المطبقة، ضمن الشروط المقررة في الفصول التالية».

فرد المسؤول قائلا: إن القانون التجاري المغربي الصادر بتاريخ 12 غشت 1913 والذي تم إلغاؤه كان ينص على أنه لا يجوز للمرأة المتزوجة أن تكون تاجرة في المغرب بدون رضى زوجها مهما كانت مقتضيات قانونها للأحوال الشخصية بهذا الصدد.

ولقد كانت مقتضيات هذا الفصل تتناقض صراحة مع أحكام الشريعة الإسلامية التي تعطي للمرأة عند اكتمال أهليتها، سواء كانت متزوجة أو غير متزوجة، مطلق الحرية في إدارة أموالها بما فيها ممارسة التجارة بدون قيد أو شرط، لكن الذي كان يطبق هو الفصل السادس (6) من القانون التجاري الملغى باعتباره نصا خاصا[40]. وقد شمل هذا النص المرأة المغربية كذلك بعد صدور قانون توحيد التشريع بتاريخ 31 مايو 1958، وقانون توحيد المحاكم في 26 يناير 1965، لأنه لم يكن يطبق قبل هذا التاريخ سوى على النساء الأجنبيات والفرنسيات.

ولقد لقيت هذه المسألة انتقادا كبيرا من جانب الفقه المغربي، وكذلك انتقادات حادة من لدن الحركات الحقوقية والنسائية، فجاءت مناسبة إعداد وإصدار مدونة التجارة فنصت المادة (17) منها على أنه: «يحق للمرأة المتزوجة أن تمارس التجارة دون أن يتوقف ذلك على إذن من زوجها. كل اتفاق مخالف يعتبر لاغيا».

وعليه، فإن السيدة التي تستفسر لفائدتها يحق لها أن تمارس التجارة، وأن تتقيد في السجل التجاري، ولا يتوقف ذلك على إذن زوجها. فهل يدخل هذا الجواب في باب العلم الفقهي التجاري بمفهومه الأصولي؟

نعم يمكن أن نضع الجواب المذكور في خانة العلم الفقهي التجاري بمفهومه الأصولي، لأنه تحدث عن السياق التاريخي للموضوع، وذكر سند منع المرأة من ممارسة التجارة في القانون التجاري المغربي القديم، وهو الفصل السادس (6)، ثم عرج على كيفية تمديد حكم الفصل المذكور إلى المرأة المغربية، ثم بين السند القانوني لحق المرأة في ممارسة التجارة دون إذن من زوجها وهو المادة (17) من مدونة التجارة التي ألغت القانون التجاري المغربي القديم.

ثم لنقل إنك سألت المسؤول الأول مرة أخرى، وقلت له إن لك صديقا أجنبيا في المغرب، وإنه يريد أن يمارس التجارة فيه، لكن قيل له إنه لا يتوفر على الأهلية لممارسة التجارة في المغرب، لأن قانونه الوطني يحدد سن الأهلية في (20) سنة شمسية كاملة وسنه هو 17 سنة فقط. فماذا تقول؟

فأجابك بأنه لا يعرف حكم هذه النازلة لأنه ليس مختصا في القانون، وإن ما يعرفه فقط هو حكم القانون في مسألة ممارسة المرأة للتجارة، لأن زوجته كانت تريد أن تمارس التجارة، فاعترض على ذلك، فلما سأل محاميا عن حكم القانون في هذه المسألة، أعطاه جوابا قانونيا مفصلا وشافيا، فبقي ذلك الجواب راسخا في

40-فؤاد معلال، «شرح القانون التجاري المغربي الجديد»، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثانية، 2001، ص:94.

ذهنه. فتبين لك إذن أن هذا الشخص، لا يعرف من أحكام القانون التجاري، إلا حكم مسألة واحدة، وهي حق المرأة في ممارسة التجارة دون إذن من زوجها، وبالتالي فإن علمه هذا لا يدخل في خانة العلم الفقهي التجاري بمعناه المستفاد من التعريف الأصولي للفقه.

ونظرا لما ينطوي عليه التعريف الأصولي للعلم الفقهي من صعوبة ومشقة. قال بعض الفقهاء إن المراد من العلم المندرج في حد الفقه ليس هو أن: «يعلم الشخص جميع مسائل العلم، وإنما المقصود العلم بجملة من الأحكام الشرعية والتهيؤ لمعرفة باقي الأحكام»[41].

فإذا فهم معنى العلم المندرج في حد الفقه. قلنا إن بعض الفقهاء قالوا إن العلم: «هو الإدراك الذي يتناول العلم والظن، لأن الأحكام العملية تثبت بالأدلة القطعية كما تثبت بالأدلة الظنية[42]، والأدلة الظنية كلها معتبرة في باب (الأحكام العملية)، وعليه يقول الأصوليون: الفقه من باب الظنون.

فليس المراد من (العلم) الإدراك الجازم على سبيل اليقين والجزم، وإنما يشمل الظن وهو إدراك الحكم من دليله على سبيل الرجحان بأن كان الدليل ظني الدلالة»[43].

أما الأحكام فهي جمع حكم، والحكم في اللغة هو إسناد أمر لآخر إما إثباتا أو نفيا كالحكم بأن القمر طالع أو غير طالع. وفي الاصطلاح عند الأصوليين فهو: «خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاءا أو تخييرا أو وضعا». أما الحكم الشرعي في اصطلاح الفقهاء: «فهو الأثر الذي يقتضيه خطاب الشارع في الفعل، كالوجوب والحرمة والإباحة»[44]. أي أن الفقهاء يميزون بين الحكم ودليله. فيقال: حكم الصلاة الوجوب، ودليله قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾[45]. وقد أشار الأستاذ وهبة الزحيلي إلى هذا الفرق بقوله: «والحكم عند الأصوليين: هو النصوص الشرعية نفسها، وعند الفقهاء هو الأثر الذي تقتضيه النصوص الشرعية. وليس لهذا الخلاف فائدة عملية لوجود التلازم بين الاصطلاحين، إلا أنني أرجح اصطلاح الفقهاء؛ لأنه يفرق بين الحكم الشرعي وبين الدليل الذي يدل عليه من الكتاب أو السنه أو نحوهما. أما اصطلاح الأصوليين فيترتب عليه اعتبار الصيغة حكما ودليلا للحكم، فهي حكم باعتبار ذاتها؛ لأنها كلام الله تعالى قصد به الطلب أو التخيير أو الوضع، وهي أدلة باعتبار أمر آخر، وهو تضمنها للحكم الذي هو الإيجاب أو الإباحة أو غيرها»[46].

41- وهبة الزحيلي، «أصول الفقه الإسلامي»، مرجع سابق، ص:22/21.

42-«والظن تجويز أمرين أحدهما أظهر من الآخر عند المجوز». أما «الشك فهو: تجويز أمرين لا مزية لأحدهما على الآخر عند المجوز، فالتردد في قيام زيد ونفيه على السواء شك، وعدم رجحان الثبوت أو الانتفاء ظن». والجهل: تصور الشيء، أي إدراكه على خلاف ما هو عليه في الواقع». جلال الدين محمد بن احمد المحلي الشافعي، «شرح الورقات في أصول الفقه لإمام الحرمين الجويني»، مرجع سابق، ص:86/85/80.

43-وهبة الزحيلي: «أصول الفقه الإسلامي»، مرجع سابق، ص:20/19.

44-علال الفاسي، «مدخل في النظرية العامة لدراسة الفقه الإسلامي ومقارنته بالفقه الأجنبي»، مرجع سابق، ص:20.

45-سورة الآية البقرة، الآية 43.

46-وهبة الزحيلي، «أصول الفقه الإسلامي»، مرجع سابق، ص:41.

وتقييد الأحكام بالشرعية: يعني أن الفقه إنما يقتصر على الأحكام الشرعية، دون غيرها من الأحكام الأخرى. والأحكام الشرعية هي الأحكام المأخوذة من الشرع. قال الأستاذ علال الفاسي رحمه الله: «والمراد من الأحكام الشرعية، الخطابات المتعلقة بأفعال المكلفين التي تحتاج معرفتها إلى دليل. مثل كون الغاصب ضامنا للمغصوب، إذا هلك. وكون الأمين كالوديع مثلا لا يضمن إلا إذا تعدى أو قصر في الحفظ.

أما الشرعية، فالمقصود بها المستفادة من أمر الشارع إما من جهة اللفظ الصريح أو بالدلالة والاستنباط»[47].

وكذلك يخرج عن نطاق الأحكام الشرعية، الأحكام المأخوذة من دليل غير شرعي.

وعليه، فإن الحكم المأخوذ من قانون أجنبي مثلا، لا يعد حكما شرعيا، متى كان مخالفا لحكم شرعي قطعي، لأن مصدره ليس مصدرا شرعيا[48]. كما أنه غير موافق لحكم شرعي.

وتقييد الأحكام بالعملية للاحتراز عن العلم بالأحكام التالية:

1-الأحكام الحسية: وهي الأحكام التي يتوصل إليها بمختلف الحواس الطبيعية مثل الشمس مشرقة، والنار حارقة، والثلج بارد؛

2-الأحكام العقلية أو العلمية: وهي الأحكام التي تعتمد على البحث، والمعاينة، والتجربة، والاستقراء إلى غير ذلك من أدوات الإنتاج العلمي. ومن نماذج هذه الأحكام:

-الواحد نصف الإثنين، والكل أعظم من الجزء؛

- الاقطاب المغناطيسية المتشابهة تتنافر؛

-تزداد شدة التيار الكهربائي اذا انخفضت مقاومة الموصل؛

-تقل سرعة الجسم المتحرك بسبب عوامل منها الاحتكاك ومقاومة الهواء.

3-الأحكام اللغوية: وهي الأحكام التي تدخل في باب اللغة وعلومها. علما أن الأحكام اللغوية ضرورية لاستنباط، أو فهم، أو تأويل الأحكام الشرعية. لذلك تعمد كثير من الكتب الفقهية إلى إدراج الأحكام اللغوية في تفسير الأحكام الفقهية؛

4-الأحكام الاعتقادية: كالوحدانية ورسالة الرسل وتبليغهم رسائل ربهم، والعلم باليوم الآخر وما يكون فيه، لأن كل هذه الأحكام تدخل في علم الكلام وهو علم مستقل عن الفقه.

ووصف العلم بأنه مكتسب: يعني أن العلم الفقهي هو العلم المستفاد أو المستنبط من الأدلة الشرعية. وقد عبر ابن الحاجب عن ذلك بقوله: «الفقه: العلم بالأحكام الشرعية الفرعية عن أدلتها التفصيلية

47-علال الفاسي، «مدخل في النظرية العامة لدراسة الفقه الإسلامي ومقارنته بالفقه الأجنبي»، مرجع سابق، ص:12.

48-مصادر الأحكام الشرعية، هي فقط القرآن والسنة وما رجع إليهما.

بالاستدلال»[49]. هذا من جهة، ومن جهة أخرى فوصف العلم بالمكتسب احتراز عن علم الله تعالى وعلم ملائكته بالأحكام الشرعية العملية، وكذلك علم رسول الله صلى لله عليه وسلم الحاصل من غير اجتهاد بل بالوحي، وكذلك علم الناس بالأمور الضرورية لكونها من الدين، كوجوب الصلوات وشبهها، فجميع هذه المعلومات ليست بفقه لأنها غير مكتسبة.

ووصف الأدلة بالتفصيلية: يعني أن موضوع علم الفقه، هو معرفة الأدلة التفصيلية لكل قضية من القضايا، فإذا قال مثلا إن حكم السرقة هو قطع اليد ذكر قول الله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾[50]. وإذا قال إن حكم الزنى هو الجلد ذكر قول الله عز وجل: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ﴾[51]. وإذا قرر أن أكل أموال الناس بالباطل حرام استدل بقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾[52]. وإذا ذكر النساء المحرمات للزواج استدل على ذلك بقول الله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا﴾[53].

وإذا قال إن نكاح التحليل حرام استدل على ذلك بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: ﴿لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المحلل والمحلل له﴾[54].

وإذا تكلم عن حكم الخطبة على الخطبة وقال إنها لا تجوز بعد الإجابة أو الركون أو التقارب، إذا كان الخاطب الأول كفئا للخطيبة ولم يكن فاسقا. استدل على ذلك بقول النبي صلى الله عليه وسلم: ﴿لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك...﴾[55].

49-وهبة الزحيلي، «أصول الفقه الإسلامي»، مرجع سابق، ص:22.

50-سورة المائدة، الآية 38.

51-سورة النور، الآية 2.

52-سورة النساء، الآية 29.

53-سورة النساء، الآية 23.

54-مسند أحمد 450/1. وسنن الترمذي: 428/3. ونكاح التحليل هو: «أن يتزوج الرجل امرأة من أجل أن يحللها لزوجها الأول الذي طلقها ثلاثا».

55-صحيح البخاري: 194/3. وصحيح مسلم: 978/2.

وبهذا يتبين أن فحوى «علم الفقه هو بيان الحكم الشرعي في كل جزئية من أعمال الناس بالحل أو التحريم أو الكراهة أو الوجوب، ودليل كل واحد من هذه الأمور»[56].

فإذا وجه السائل سؤالا إلى شخص معين وقال له: ما حكم الصداق: فأجاب المسؤول: اتفق الفقهاء على أن: «الصداق شرط من شروط الصحة، وأنه لا يجوز التواطؤ على تركه لقوله تعالى: ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾[57]، وقوله تعالى: ﴿فَانْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[58]. فإنه يكون في هذا الحالة قد ذكر السند الشرعي لحكم وجوب الصداق من الكتاب العزيز، أي أنه كشف عن الدليل التفصيلي الذي استمد منه الحكم الشرعي للصداق. فيكون جوابه داخلا في معنى العلم الفقهي بالمعنى الأصولي.

أما إذا قال في الجواب: إن الصداق ركن من أركان الزواج، واستدل على ذلك بقول ابن عاصم الغرناطي في تحفته: البيت 333: والمهر والصيغة والزوجان# ثم الولي جملة الأركان[59]. فإن جوابه هذا داخل في خانة التقليد. وقد توافق علماء الأصول على أن علم المقلدين من العلماء والعامة لأئمة المذاهب في هذه الأحكام لا يدخل في عموم الفقه «لأن علم هؤلاء مستفاد من دليل إجمالي وهو أن كل حكم قال به الإمام الذي يقلده، أو أفتى به المفتي هو حكم الله تعالى في حقه»[60].

والنتيجة إذن أن: «الأحكام الشرعية العملية تعني: كل القواعد الشرعية التي تنظم الحياة العملية الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، وتحدد علاقات الناس بعضهم ببعض. وبذلك تخرج من دائرة الفقه دراسة الأحكام الشرعية الاعتقادية، أي المرتبطة بأصول الإيمان لتدخل في نطاق علم الكلام وعلم التوحيد»[61].

أما بالنسبة للحكم الشرعي الذي عرفه جمهور علماء الأصول بأنه هو: «خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع»[62]. فهو القاعدة الشرعية التي نص عليها الشرع في مسألة من المسائل. وبهذا فإن الحكم الشرعي حسب تعريف الأصوليين أقرب ما يكون من مفهوم القاعدة القانونية

56-محمد أبو زهرة، «أصول الفقه»، دار الفكر العربي، ص:7/6

57-سورة النساء، الآية 4.

58-سورة النساء، الآية 25.

59-أبو بكر محمد بن عاصم الأندلسي، «تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام»، تحقيق محمد عبد السلام محمد، دار الآفاق العربية، الطبعة الأولى، 2011، ص:39

60- وهبة الزحيلي، «أصول الفقه الإسلامي»، مرجع سابق، ص:22.

61- عبد الله حارسي، «مفهوم القانون في النظرية القانونية الإسلامية»، مجلة القانون والاقتصاد، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، العدد 19، 2002، ص:34.

62-الإمام محمد بن علي الشوكاني، «إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول»، تحقيق وتعليق أبي حفص سامي بن العربي الأثري، الجزء 1، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، 2000، ص:72/71.

باعتبارها قاعدة عامة تنظم سلوك الناس وتلزمهم بالخضوع لأوامرها ونواهيها[63]. فماذا نقصد بالحكم الشرعي؟ وماهي أنواعه؟

المبحث الثاني: الحكم الشرعي وأدلته

قال الإمام الغزالي رحمه الله: «إذا فهمت أن نظر الأصولي في وجه دلالة الأدلة السمعية على الأحكام الشرعية -لم يخف عليك أن المقصود- معرفة كيفية اقتباس الأحكام من الأدلة.

فوجب النظر في الأحكام وأقسامها

ثم في الأدلة وأقسامها

ثم في كيفية اقتباس الأحكام من الأدلة.

ثم في صفات المقتبس الذي له أن يقتبس الأحكام، فإن الأحكام ثمرات، وكل ثمرة فلها صفة وحقيقة في نفسها، ولها مثمر، ومستثمر، وطريق في الاستثمار.

والثمرة هي الأحكام، أعني الوجوب، والحظر، والندب، والكراهة، والإباحة، والحسن، والقبح، والقضاء، والأداء، والصحة، والفساد، وغيرها.

والمثمر هي الأدلة، وهي ثلاثة: الكتاب، والسنة، والإجماع.

وطرق الاستثمار هي وجوه دلالة الأدلة وهي أربعة: إذ أقوال الشرع إما أن تدل على الشيء بصيغتها، ومنظومها، أو بفحواها ومفهومها، أو باقتضائها وضرورتها. أو بمعقولها ومعناها المستنبط منها.

والمستثمر هو المجتهد، ولا بد من معرفة صفاته، وشروطه وأحكامه.

فإذا: جملة الأصول تدور على أربعة أقطاب:

القطب الأول: في الأحكام. والبداية بها أولى، لأنها الثمرة المطلوبة.

والقطب الثاني: في الأدلة، وهي الكتاب والسنة، والإجماع، وبها التثنية، إذ بعد الفراغ من معرفة الثمرة، لا أهم من معرفة المثمر.

القطب الثالث: في طريق الاستثمار، وهو وجوه دلالة الأدلة وهي أربعة: دلالة بالمنظوم ودلالة بالمفهوم ودلالة بالضرورة والاقتضاء ودلالة بالمعنى المعقول.

القطب الرابع: في المستثمر، وهو المجتهد الذي يحكم بظنه. ويقابله المقلد الذي يلزمه اتباعه. فيجب ذكر شروط المقلد والمجتهد وصفاتهما»[64].

63-عبد الله حارسي، «مفهوم القانون في النظرية القانونية الإسلامية»، مرجع سابق، ص:34.

64-أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، «المستصفى من علم الأصول: المقدمات المنطقية، الأحكام»، مرجع سابق، ص:19/18.

وسوف نعتمد في دراستنا على هذا التسلسل الذي اعتمده الإمام الغزالي، على نكتفي بدراسة الأحكام وأقسامها (المطلب الأول)، ثم الأدلة وبعض أنواعها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الأحكام الشرعية وأقسامها.

بعد أن ننتهي من تحديد مفهوم الحكم الشرعي (الفقرة الأولى) سوف نفصل الحديث عن أقسامه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مفهوم الحكم الشرعي.

قال الإمام السبكي في تعريف الحكم الشرعي: «والحكم خطاب الله تعالى المتعلق بفعل المكلف من حيث إنه مكلف، ومن ثم لا حكم إلا لله»[65]. وقال الأستاذ وهبة الزحيلي: «والحكم في اصطلاح جمهور الأصوليين: هو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع. وهذا تعريف جمهور الأصوليين»[66]. وقال الأستاذ علال الفاسي رحمه الله: «الحكم الشرعي في اصطلاح الأصوليين هو: (خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين طلبا أو تخييرا أو وضعا)»[67].

65-تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي، «جمع الجوامع في أصول الفقه»، مرجع سابق، ص:13.

66-وهبة الزحيلي، «أصول الفقه الإسلامي»، مرجع سابق،ص:38/37.

67-علال الفاسي، «مدخل في النظرية العامة لدراسة الفقه الإسلامي ومقارنته بالفقه الأجنبي»،مرجع سابق، ص:20.

وقال القرافي: «الحكم الشرعي: هو خطاب الله القديم المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير.

فالقديم احترازا من نصوص أدلة الحكم، فإنها خطاب الله وليست حكما وإلا اتحد الدليل والمدلول، وهي محدثة. «والمكلفين»: احترازا من المتعلق بالجماد وغيره. و«الاقتضاء» احترازا من الخبر. وقولنا: «أو التخيير» ليدخل المباح. واختلف في أقسامه، فقيل خمسة: الوجوب، والتحريم، والندب، والكراهة، والإباحة. وقيل أربعة: والمباح ليس من الشرع. وقيل اثنان: التحريم والإباحة، وفسرت بجواز الإقدام الذي يشمل الندب والكراهة والإباحة. وعلى هذا المذهب يتخرج قوله صلى الله عليه وسلم: (أبغض المباح إلى الله الطلاق) فإن البغضة تقتضي رجحان طرف الترك، والرجحان مع التساوي محال. والواجب: ما ذم تاركه شرعا، والمحرم: ما ذم فاعله شرعا، وقيد الشرع احترازا من العرف، والمندوب: ما رجح فعله على تركه شرعا من غير ذم، والمكروه: ما رجح تركه على فعله شرعا من غير ذم، والمباح: ما استوى طرفاه في نظر الشرع. تنبيه: ليس كل واجب يثاب على فعله، ولا كل محرم يثاب على تركه.

أما الأول: فكنفقات الزوجات والأقارب والدواب، ورد المغصوب والودائع والديون والعواري فإنها واجبة، وإذا فعلها الإنسان غافلا عن امتثال أمر الله تعالى فيها، وقعت واجبة مجزئة مبرئة للذمة، ولا ثواب.

وأما الثاني: فلأن المحرمات يخرج الإنسان عن عهدتها بمجرد تركها وإن لم يشعر بها، فضلا عن القصد إليها حتى ينوي امتثال أمر الله تعالى فيها، فلا ثواب حينئذ، نعم: متى اقترن قصد الامتثال في الجميع حصل الثواب». شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي، «الذخيرة في الفقه»، مرجع سابق، ص:66/65.

وقال الإمام الغزالي: «فهو أن الحكم -عندنا- عبارة عن خطاب الشرع إذا تعلق بأفعال المكلفين. فالحرام: هو المقول فيه اتركوه ولا تفعلوه. والواجب: هو المقول فيه افعلوه ولا تتركوه. والمباح: هو المقول فيه إذا شئتم فافعلوه، وإن شئتم فاتركوه. فإن لم يوجد هذا الخطاب من الشارع، فلا حكم؛ فلهذا قلنا: العقل لا يحسن ولا يقبح، ولا يوجب شكر المنعم، ولا حكم للأفعال قبل ورود الشرع». أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، «المستصفى من علم الأصول»، مرجع سابق، ص:177.

وقال الإمام الشوكاني: «فاعلم أن الحكم: هو الخطاب المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع»[68].

نلاحظ إذن أن علماء الأصول يستعملون في تعريف الحكم الشرعي إما لفظ «خطاب الله تعالى»، أو لفظ «خطاب الشارع». أو لا يستعملون هذا الوصف لكنه مقصود عندهم. فماذا يقصدون بالخطاب؟

حدد الأستاذ وهبة الزحيلي معنى الخطاب بقوله: «والمراد من الخطاب هو خطاب الله تعالى مطلقا سواء أكان منسوبا إليه تعالى مباشرة كالكتاب الكريم، أم بالواسطة كالسنة والإجماع والقياس وغيرها من الأدلة الشرعية؛ لأن هذه الأدلة في الواقع راجعة إلى الله تعالى، وهي كلها في الحقيقة معرفات لخطاب الله تعالى وليست مثبتات. فالسنة وإن كانت من الرسول (ص) فهي ثابتة بطريق الوحي الذي لا يقره الله تعالى على باطل، والإجماع لا بد من أن يكون له مستند من الكتاب أو السنة أوغيرهما من الأدلة الشرعية. والقياس ليس مثبتا للحكم، وإنما هو كاشف أو مظهر له، والمثبت في الحقيقة هو دليل حكم الأصل من الكتاب أو السنة أو الإجماع»[69].

أما الأستاذ علال الفاسي رحمه الله فقد كتب قائلا: «والمقصود بالخطاب ما يشمل النص (النص الشرعي وهو إما القرآن الكريم أو السنة النبوية) والقياس والإجماع وغيرها من الأدلة الشرعية. لأن جميع الأدلة ترجع عند التحقيق إلى النصوص، ولما كانت النصوص خطابا، وكانت بقية الأدلة ترجع إليها صح أن تسمى كذلك خطابا»[70]. ثم أضاف: «ولا خلاف بين علماء المسلمين أن مصدر الأحكام الشرعية المتعلقة بجميع أفعال المكلفين هو الله سبحانه، سواء كان ذلك الحكم ظاهرا من النصوص التي أوحى بها إلى رسله، أم استنبطها المجتهدون عن طريق الدلائل والأمارات التي جعلها لذلك. ومعنى هذا أن الحكم في الأصل لله، ولكنه لما استخلف عباده في الأرض وبعث إليهم الرسل بالكتب المبينة لأصول السعادتين أشركهم في بذل الجهد لاكتشاف أحكامه في الكون سواء من آيات الله أو من ملكوته. وهذا ما يجعل مصدر الأحكام شرعيا دستوريا. ولكن استخراجه يقع بطريق النظر والاجتهاد إما في فهم محتويات النص، وإما ابتكار الحكم، طبقا لأصل عام. وإذن فلا مناص من الاعتراف بأن للعقل حظه من النظر في الأحكام الشرعية، وإنما الخلاف بين المذاهب الإسلامية الأولى، في هل يمكن استقلال العقل بمعرفة الحسن والقبيح أم لا. وعدم الاستقلال في ادراك الشيء لا يعني عدم مساهمة الإنسان في الإدراك. وعندي أن الخلاف في هذا كان يجب أن ينقل إلى بحث الحاجة إلى النبوة. ولا شك أن الإنسان كان متوقفا على إرشاد إلهي عن طريق الرسل لينمو ويصل إلى سن الرشد الديني. فلما بلغ السن ختم الله الرسل بمحمد عليه السلام»[71].

ونعتقد أن نسبة كل الأحكام الشرعية بإطلاق إلى الله تعالى فيه من الخطر ما فيه، لأن هذه النسبة هي التي دفعت كثيرا من الناس غير الملمين بمعنى «خطاب الله تعالى بمفهومه الأصولي» إلى التشدد أو التطرف،

68-الإمام محمد بن علي الشوكاني، «إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول»، مرجع سابق، ص:72/71.

69-وهبة الزحيلي، «أصول الفقه الإسلامي»، مرجع سابق، ص:39/38.

70-علال الفاسي، «مدخل في النظرية العامة لدراسة الفقه الإسلامي ومقارنته بالفقه الأجنبي»، مرجع سابق، ص:20.

71-علال الفاسي، «مدخل في النظرية العامة لدراسة الفقه الإسلامي ومقارنته بالفقه الأجنبي»، مرجع سابق، ص:21/20.

معتقدين أن كل حكم استخلصه الفقيه أو المجتهد الذي يتبعونه، أو الذي استخلصوه هم بأنفسهم من الدليل الشرعي، هو حكم الله الذي لا ينبغي لأحد أن يقول بخلافه، وكل من خالف هذا الحكم إنما هو خارج عن الشرع، وهنا يكمن خطر هذا الفهم المنحرف « لخطاب الله تعالى بمفهومه الأصولي»، على الناس، وعلى الأمة. رغم أن عددا من الفقهاء ما فتئوا يؤكدون أن الاختلاف في الأحكام إنما هو رحمة بالأمة من جهة، ويؤكدون من جهة أخرى، أن الفقهاء مهما بلغت مداركهم، وأدلتهم، واجتهاداتهم، لا يمكن لأحد منهم أن يدعي أن ما فهمه أو ما استنتجه هو قطعا حكم الله تعالى في أي مسألة من المسائل. ولذلك فإذا كانت هناك من نقطة ضعف لدى بعض علماء الأصول فيما يتعلق بتعريف الأحكام الشرعية، فإنما هي هذه النقطة، التي يعتبرون فيها أن الحكم الشرعي هو «خطاب الله تعالى» دون تمييز بين الأحكام الشرعية حسب دليلها الشرعي[72].

وعليه، نرى أن الأستاذ علال الفاسي رحمه الله كان مصيبا عندما قال إن الحكم الشرعي هو خطاب الشارع، على أن يفهم الشارع من دليل الحكم، فإن كان هو القرآن الكريم قيل إن الخطاب في القضية الشرعية

72- عقب الشيخ محمد المكي الناصري على عرض الأستاذ محمد ابن معجوز رحمهما الله الذي ألقاه في اللقاء الذي نظمته أكاديمية المملكة المغربية في موضوع «فلسفة التشريع الإسلامي» بقوله: «جاء في العرض الثالث من عروض الأساتذة المشاركين «أن التشريع الإسلامي مرتكز على الوحي في كل التفاصيل والجزئيات»، وأن الفقه الإسلامي بجميع أحكامه وكل جزئياته ليس فقه أشخاص، ولا آراء مجموعة من علماء الفقه أملتها علمهم عقولهم، وتوصلوا إليها بتفكيرهم المجرد، وإنما هي كلها أحكام إلهية، وأن الأحكام التي يستنبطها المجتهد تكتسي نفس القداسة التي للأحكام المذكورة في القرآن والسنة، وأن العمل بها يصبح واجبا، وهذا الموقف أغفل ما هو متعارف عند العلماء في هذا الباب ولم يتقيد به، وللتذكير نجمل المتعارف بينهم في أربع نقاط:

النقطة الأولى: إن هناك تشريعا «منصوصا عليه» هو التشريع المرتكز على «الوحي» والمعصوم من الخطإ، وهذا ما نطلق عليه اسم «الشريعة» بالأخص، وأن هناك تشريعا «اجتهاديا» في عدة جزئيات لا نص فيه من الكتاب والسنة، وهو معرض للخطإ والصواب، لكونه غير معصوم، ومن أجل ذلك لا يرقى إلى درجة التشريع المنصوص عليه، لا سيما وأن اجتهاد المجتهد لا ينطلق دائما من عوامل «موضوعية» صرفة، بل تدخل فيه عدة عوامل واعتبارات شخصية وظرفية لها تأثير مباشر على اجتهاده، علاوة على «أن تعريف القرآن بالأحكام الشرعية أكثره كلي لا جزئي».

النقطة الثانية: إن آيات الأحكام الصريحة لا تتجاوز خمسمائة آية عند أكثر العلماء بل لا تتجاوز عند بعضهم مائتي آية، وإن الأحاديث التي تدور على أصول الأحكام إنما هي نحو خمسمائة حديث، والباقي من الأحاديث إنما هو «فرش لها وتفصيل» على حد قول ابن القيم، كما أن جمهور الأئمة باستثناء «الظاهرية» وحدهم، متفقون على أن النصوص الشرعية محدودة العدد، وأنها لا تكفي وحدها لمواجهة النوازل، بل لا بد من الاجتهاد في نطاقها لاستنباط أحكام النوازل، بمسالك الاجتهاد المعروفة.

فهل كان «الصرح الشامخ» من الفقه الإسلامي ممكن الوجود لو وقع الاقتصار على مضمون آيات الأحكام وأحاديثها المحدودة والمعدودة، ولو لم يكرس «ورثة الأنبياء» من العلماء والفقهاء جهودهم وطاقتهم لتوسيع نطاقه وفتح آفاقه؟

النقطة الثالثة: إن: «القداسة في الإسلام إنما هي لكلام الله ورسوله، وإن «الاتباع» إنما يجب للكتاب والسنة، أما أقوال المجتهدين فليست ملزمة بالمرة، واتباعها ليس واجبا على أي أحد، وإنما هو أمر مباح لمن لم يصل إلى درجة الاجتهاد من المقلدين، وممن نبه إلى هذه الحقيقة ابن القيم وغيره حيث قال: «إن مسائل الاجتهاد غايتها أن تكون سائغة الاتباع لا واجبة الاتباع، من غير أن يلزموا بها أحدا، ولا يقولوا إنها الحق دون ما خالف. هذه طريقة أهل العلم سلفا وخلفا».

النقطة الرابعة: إن الخروج عن نصوص الوحي من الكتاب والسنة الصحيحة يعتبر ميلا عن الشريعة وإلحادا في الدين، بينما الانتقال عن قول أحد المجتهدين إلى قول مجتهد آخر لدليل أقوى، أو لكونه أقرب إلى نصوص الشريعة ومقاصدها، يعتبر موقفا سليما لا غبار عليه». محمد المكي الناصري، «فلسفة التشريع الإسلامي»، مرجع سابق، ص: 164/165/166.

هو خطاب الله تعالى، وإن كان الدليل هو السنة النبوية قيل إن الخطاب هو للرسول صلى الله عليه وسلم، وإن كان الدليل من غير كتاب ولا سنة، نسب إلى مصدره. ونعتقد أن هذا التدقيق هو الذي جعل الإمام الشوكاني يكتفي في تعريف الحكم الشرعي بقوله هو: «الخطاب المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع».

وقد فصل الإمام الشوكاني حده (تعريفه) للحكم الشرعي، وقال إن الخطاب المتعلق بأفعال المكلفين:

«يتناول اقتضاء الوجود، واقتضاء العدم، إما مع الجزم، أو مع جواز الترك، فيدخل في هذا: الواجب، والمحظور، والمندوب، والمكروه.

وأما التخيير فهو الإباحة.

وأما الوضع: فهو السبب، والشرط، والمانع.

فالأحكام التكليفية خمسة؛ لأن الخطاب إما أن يكون جازما، أو لا يكون جازمًا، فإن كان جازما فإما أن يكون طلب الفعل، وهو الإيجاب، أو طلب الترك، وهو التحريم.

وإن كان غير جازم، فالطرفان إما أن يكونا على السوية، وهو الإباحة، أو يترجح جانب الوجوب، وهو الندب، أو يترجح جانب الترك، وهو الكراهة.

فكانت الأحكام ثمانية، خمسة تكليفية وثلاثة وضعية.

وتسمية الخمسة تكليفية تغليب، إذ لا تكليف في الإباحة بل ولا في الندب، والكراهة التنزيهية عند الجمهور.

وسميت الثلاثة وضعية، لأن الشارع وضعها علامات لأحكام تكليفية، وجودًا وانتفاء»[73].

وحسب المستفاد من كلام الإمام الشوكاني، فإن علماء الأصول يقررون أن خطاب الشارع ينقسم إلى قسمين: هما خطاب التكليف وخطاب الوضع[74]. فما هو الفرق بينهما؟

يمكن أن نرصد بعض الفروق بين خطاب التكليف وخطاب الوضع في النقط التالية:

1- «إن خطاب التكليف في اصطلاح العلماء هو الأحكام الخمسة: الوجوب، والتحريم، والندب، والكراهة، والإباحة، مع أن أصل هذه اللفظة أن لا تطلق إلا على التحريم، والوجوب، لأنها مشتقة من الكلفة، والكلفة لم

73-الإمام محمد بن علي الشوكاني، «إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول»، مرجع سابق، ص: 72/71. وقال الأستاذ وهبة الزحيلي: «والاقتضاء: معناه الطلب. وهو ينقسم إلى طلب فعل وطلب ترك. وطلب الفعل إن كان جازما فهو الإيجاب وإلا فهو الندب. وطلب الترك إن كان جازما فهو التحريم، وإلا فهو الكراهية. وهذا القيد للاحتراز عن الحكم المتعلق بفعل المكلف لا على وجه الاقتضاء كقوله تعالى: (وَاللَّهُ خَلَقَكُمْ وَمَا تَعْمَلُونَ). فهو خبر، ومثله قوله سبحانه: (غُلِبَتِ الرُّومُ فِي أَدْنَى الْأَرْضِ وَهُمْ مِنْ بَعْدِ غَلَبِهِمْ سَيَغْلِبُونَ)». «أما التخيير: فهو الإباحة وهو استواء الفعل والترك. وبناء عليه تدخل الأحكام الخمسة في التعريف بقيدي الاقتضاء والتخيير». ثم أضاف: «والمراد بالوضع: هو خطاب الله تعالى المتعلق بجعل الشيء سببا أو شرطا أو مانعا أو صحيحا أو فاسدا أو عزيمة أو رخصة». وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي»، مرجع سابق، ص: 40.

74- قال الأستاذ وهبة الزحيلي في شأن أقسام الحكم الشرعي: «لوحظ في تعريف الحكم أنه ينقسم إلى قسمين: الحكم التكليفي والحكم الوضعي؛ لأن كلام الشارع المتعلق بأفعال المكلفين إما على سبيل الطلب أو التخيير أو على سبيل الوضع. فإن كان متعلقا بفعل المكلف على جهة الطلب أو التخيير، فيسمى الحكم التكليفي، وإن كان متعلقا بها على جهة الوضع، كان حكما وضعيا». وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي»، مرجع سابق، ص: 42.

توجد إلا فيهما، لأجل الحمل على الفعل، أو الترك خوف العقاب، وأما ما عداهما، فالمكلف في سعة، لعدم المؤاخذة، فلا كلفة حينئذ، غير أن جماعة يتوسعون في إطلاق اللفظ على الجميع تغليبا للبعض على البعض، فهذا خطاب التكليف.

أما خطاب الوضع، فهو خطاب بنصب الأسباب، كالزوال، ورؤية الهلال، ونصب الشروط كالحول في الزكاة، والطهارة في الصلاة، ونصب الموانع، كالحيض مانع من الصلاة، والقتل مانع من الميراث»[75].

2- إن خطاب التكليف يشترط فيه: «علم المكلف وقدرته على ذلك الفعل، وكونه من كسبه بخلاف خطاب الوضع؛ لا يشترط ذلك فيه، فلذلك نورث بالإنساب من لا يعلم نسبه، ويطلق بالإضرار والإعسار اللذين هما معجوز عنهما، ويضمن بالإتلاف المغفول عنه من الصبيان والمجانين، فإن معنى خطاب الوضع قول صاحب الشرع: اعلموا أنه متى وجد كذا فقد وجب كذا، أو حرم كذا، أو ندب، أو غير ذلك، هذا في السبب. أو يقول عدم كذا في وجود المانع، أو عند عدم الشرط»[76].

بيد أن خطاب الوضع يشترط فيه كذلك العلم والقدرة استثناء، وقد أجمل الإمام القرافي هذا الاستثناء في قاعدتين هما:

«القاعدة الأولى: الأسباب التي هي أسباب للعقوبات، وهي جنايات، كالقتل الموجب للقصاص، يشترط فيه القدرة، والعلم، والقصد، فلذلك لا قصاص في قتل الخطإ، والزنى أيضا، ولذلك لا يجب الحد على المكره، ولا على من لا يعلم أن الموطوءة أجنبية، بل إذا اعتقد أنها امرأته سقط الحد، لعدم العلم، وكذلك من شرب خمرا يعتقدها خلا، لا حد عليه، لعدم العلم، وكذلك جميع الأسباب التي هي جنايات وأسباب للعقوبات يشترط فيها العلم، والقصد، والقدرة، والسر في استثناء هذه القاعدة من خطاب الوضع، أن رحمة صاحب الشرع تأبى عقوبة من لم يقصد الفساد، ولا سعى فيه بإرادته وقدرته، بل قلبه مشتمل على العفة والطاعة والإنابة، فمثل هذا لا يعاقبه صاحب الشرع رحمة ولطفا[77].

القاعدة الثانية: التي استثنيت من خطاب الوضع، فاشترط فيها العلم والقدرة، قاعدة أسباب انتقال الأملاك، كالبيع، والهبة، والوصية، والصدقة، والوقف، والإجارة، والقراض، والمساقاة، والمغارسة، والجعالة، وغير ذلك مما هو سبب انتقال الأملاك؛ فمن باع وهو لا يعلم أن هذا اللفظ أو هذا التصرف، يوجب انتقال الملك

75-شهاب الدين أبي العباس أحمد بن ادريس المصري المالكي، «الفروق»، الجزء 1، قدم له وحققه وعلق عليه عمر حسن القيام، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، 2003، ص:361.

76-شهاب الدين أبي العباس أحمد بن ادريس المصري المالكي، «الفروق»، مرجع سابق، ص:363/362.

77-علق ابن الشاط على كلام القرافي بقوله: «ليس ذلك باستثناء من خطاب الوضع، ولكنه ازدوج في هذه الأمور خطاب التكليف والوضع، فلحقها اشتراط العقل وما معه من جهة خطاب التكليف لا من جهة خطاب الوضع، فإنه يرتفع التكليف مع عدم تلك الأوصاف، فيرتفع خطاب الوضع المرتب عليه والله أعلم». منقول عن كتاب «الفروق» للقرافي، مرجع سابق، ص: 363 الهامش 2.

لكونه عجميا، أو طارئا على بلاد الإسلام، لا يلزمه بيع، وكذلك جميع ما ذكر معه، وكذلك من أكره على البيع، فباع بغير اختياره وقدرته الناشئة عن داعيته الطبيعية، لا يلزمه البيع، وكذلك جميع ما ذكر معه. وسر استثناء هذه القاعدة من قاعدة خطاب الوضع، قوله عليه السلام: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه»[78]. ولا يحصل الرضا إلا مع الشعور والإرادة والمكنة من التصرف، فلذلك اشترط في هذه القاعدة العلم والإرادة والقدرة»[79].

ويجب التنبيه إلى أن: «خطاب الوضع قد يجتمع مع خطاب التكليف، وقد ينفرد كل واحد منهما بنفسه، أما اجتماعهما فكالزنى، فإنه حرام، ومن هذا الوجه هو خطاب تكليف، وسبب للحد، ومن هذا الوجه هو خطاب وضع، والسرقة من جهة أنها محرمة خطاب تكليف، ومن جهة أنها سبب القطع خطاب وضع، وكذلك بقية الجنايات محرمة، وهي أسباب العقوبات، والبيع مباح، أو مندوب، أو واجب، أو محرم على قدر ما يعرض له في صوره على ما هو مبسوط في كتب الفقه، فمن هذا الوجه هو خطاب تكليف، ومن جهة أنه سبب انتقال الملك في البيع الجائز، أو التقدير في الممنوع هو خطاب وضع، وبقية العقود تتخرج على هذا المنوال[80].

وأما انفراد خطاب الوضع، فكالزوال، ورؤية الهلال، ودوران الحول ونحوها، فإنها من خطاب الوضع، وليس فيها أمر ولا نهي، ولا إذن من حيث هي كذلك، بل إنما وجد الأمر في أثنائها وترتبها فقط.

وأما خطاب التكليف بدون خطاب الوضع، فكأداء الواجبات، واجتناب المحرمات، كإيقاع الصلوات، وترك المنكرات، فهذه من خطاب التكليف، ولم يجعلها صاحب الشرع سببا لفعل آخر نؤمر به، أو ننهى عنه، بل وقف الحال عند أدائها وترتبها على أسبابها، وإن كان صاحب الشرع قد جعلها سببا لبراءة الذمة، وترتيب الثواب، ودرء العقاب، غير أن هذه ليست أفعالا للمكلف، ونحن لا نعني بكون الشيء سببا إلا كونه وضع سببا لفعل من قبل المكلف، فهذا وجه اجتماعهما وافتراقهما»[81].

78-راجع تخريج هذا الحديث وإسناده في كتاب «الفروق» للقرافي، مرجع سابق، ص: 364 الهامش 1.

79-شهاب الدين أبي العباس أحمد بن ادريس المصري المالكي، «الفروق»، مرجع سابق، ص:364/363. وقد عقب ابن الشاط على هذه القاعدة الثانية بقوله :«وهذه القاعدة أيضا ليست بمستثناة من خطاب الوضع، ولكن ازدوج فيها الخطابان. أما خطاب الوضع فظاهر، وأما خطاب التكليف، فمن جهة إباحة تلك التصرفات، لكنها لم تبح تلك التصرفات إلا مع العلم والاختيار والرشد، فإذا وقعت عارية غير مصاحبة لتلك التصرفات المشترطة في إباحة التصرف، لم تترتب عليها مسبباتها من وجوه انتقال الأملاك، والذي يوضح ذلك:أن اشتراط العلم، وما معه في خطاب التكليف مناسب ومطرد، واشتراط ذلك في خطاب الوضع غير مناسب ولا مطرد.

أما مناسبة الاشتراط في خطاب التكليف، فإنه يتعذر حصول المكلف به من المكلف مع عدم تلك الشروط، فلا تقوم عليه الحجة عند ذلك، وأما اطراده فمتفق عليه، وأما عدم مناسبة الاشتراط في الوضع، فإنه ليس معناه إلا أن الشارع ربط الحكم بهذا الأمر، أو بعدمه، وذلك لا يستلزم تعذرا من المكلف من حيث إنه ليس بلازم أن يكون من فعله ولا من كسبه، وأما عدم اطراده فواضح كما في زوال الشمس مثلا، وفي كل سبب ليس من فعل المكلف». منقول عن كتاب «الفروق» للقرافي، مرجع سابق، ص: 365/364 الهامش 2.

80-ما قاله الإمام القرافي هنا هو ما عقب به ابن الشاط على القاعدة الثانية لاستثناء خطاب الوضع من اشتراط العلم والقدرة على التكليف.

81-شهاب الدين أبي العباس أحمد بن ادريس المصري المالكي، «الفروق»، مرجع سابق، ص:366/365

الفقرة الثانية: أقسام الحكم الشرعي.

قال الإمام الشاطبي في شأن أقسام الحكم الشرعي: «والأحكام الشرعية قسمان: أحدهما يرجع إلى خطاب التكليف، والأخر يرجع إلى خطاب الوضع»[82].

وعليه، فإننا سوف نتحدث عن الحكم التكليفي (I)، ثم عن الحكم الوضعي (II).

I- الحكم التكليفي وأقسامه:

بعد أن ننهي الحديث عن مفهوم الحكم التكليفي (1)، سوف نتطرق إلى أقسامه (2).

1- مفهوم الحكم التكليفي:

عرف الأستاذ علال الفاسي رحمه الله الحكم التكليفي بقوله: «والحكم الشرعي قسمان: تكليفي وهو «ما يتعلق بفعل المكلف على جهة الطلب أو التخيير». والطلب إما أمر بالفعل أو أمر بالكف عنه. والتخيير بين فعل الشيء أو الكف عنه. مثال الأمر بالفعل ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بالعقود﴾[83]. ومثال طلب الكف: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾[84].

82-إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي بالشاطبي، «الموافقات في أصول الفقه»، تحقيق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الجزء 1، الطبعة الأولى،1997، ص:169.

ويرى الأستاذ عبد الوهاب خلاف أن تقسيم الأحكام الشرعية إلى أحكام تكليفية وأخرى وضعية ينطبق كذلك على الأحكام القانونية فقال: «وأحكام القوانين الوضعية كالأحكام الشرعية منها ما هو أحكام تكليفية تقتضي تكليف المكلف بفعل أو كفه عنه، ومنها ما هو أحكام وضعية تقتضي جعل شيء سببا لشيء أو شرطا أو مانعا. ونظرة في مواد القانون المدني أو التجاري أو قانون العقوبات أو تحقيق الجنايات ترينا عدة أمثلة من النوعين. وهذه بعض أمثلة القانون المدني في باب الإيجار: المادة 279 «على المستأجر أن يدفع الأجرة في المواعيد المشترطة». حكم تكليفي اقتضى فعلا. المادة 373 «لا يجوز للمؤجر أن يتعرض للمستأجر في انتفاعه بالمؤجر...» حكم تكليفي اقتضى كفا. المادة 364 «يجوز للمستأجر أن يؤجر ما استأجره كله أو بعضه أو يسقط حقه في الإيجار لغيره إلا إذا وجد شرط يخالف ذلك». حكم تكليفي اقتضى تخييرا. ومن اليسير التمثيل لأنواع الحكم الوضعي لأن أكثر النصوص القانونية الوضعية تقتضي وضع أسباب أو شروط لمشروطات أو موانع من آثار». عبد الوهاب خلاف، «علم أصول الفقه وخلاصة التشريع الإسلامي»، مطبعة المدني، القاهرة، ص:101/100.

83- سورة المائدة، الآية 1. ومن نماذج الأحكام التكليفية في القانون المغربي التي تتضمن طلب الفعل يمكن أن نذكر الفصل (230) من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص على أن: «الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاهما معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون». والفصل (231) من نفس القانون الذي ينص على أن: «كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية. وهو لا يلزم بما وقع التصريح به فحسب، بل أيضا بكل ملحقات الالتزام التي يقررها القانون أو العرف أو الإنصاف وفقا لما تقتضيه طبيعته».

84-سورة الإسراء، الآية 32.

ومن نماذج الأحكام التكليفية في القانون المغربي التي تتضمن طلب الكف يمكن أن نذكر الفصل (77) من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص على أن: «كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار، ومن غير أن يسمح له به القانون، فأحدث ضررا ماديا أو معنويا للغير، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر. وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر». والفصل (392) من مجموعة القانون الجنائي ينص على أنه: «كل من تسبب عمدا في قتل غيره يعد قاتلا، ويعاقب بالسجن المؤبد». هذا الحكم يجمع بين خطاب التكليف: وهو تحريم القتل، وخطاب الوضع وهو أن القتل سبب لعقوبة السجن.

ومثال التخيير قوله تعالى: (وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا)[85]. فقد أذن للمحرم في الحج متى حل، أن يصطاد، وأن لا يصطاد»[86].

2-أنواع الحكم التكليفي:

قال الأستاذ علال الفاسي رحمه الله في شأن أنواع الحكم التكليفي: «وينقسم الحكم التكليفي إلى خمسة أقسام:

واجب، ومندوب، ومحرم، ومكروه، ومباح[87].

ذلك أن اقتضاء طلب الفعل إما على جهة الإلزام فيكون أثره الوجوب أو الفرض وما طلب فعله واجب أو مفروض، وإما أن يكون الاقتضاء لا على جهة الإلزام فيكون أثره الندب ويسمى الاستحباب، والفعل مندوب أو مستحب.

وإما طلب الكف عن الفعل، فإن كان اقتضاؤه له، على جهة الإلزام فيكون أثره الحرمة والفعل محرم أو ممنوع. وإن كان اقتضاؤه له على جهة الإلزام فيكون أثره الكراهة، والفعل مكروه. وإذا كان يقتضي تخيير المكلف بين الفعل والترك فيكوك أثره الإباحة والفعل هو المباح»[88].

ولإعطاء فكرة واضحة عن الحكم التكليفي، سنحاول تفصيل الكلام على كل نوع من أنواعه وهي الواجب (أ) والمحرم (ب) والمندوب (ج) والمكروه (ح) والمباح (خ).

أ- الواجب: الإيجاب: هو «الخطاب الدال على طلب الفعل جازما» نحو قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾[89]. أما الواجب فهو: «ما طلب الشارع فعله على وجه الحتم والإلزام»، سواء كان ذلك مستفادا من

85-سورة المائدة، الآية 2.

86-علال الفاسي، «مدخل في النظرية العامة لدراسة الفقه الإسلامي ومقارنته بالفقه الأجنبي»، مرجع سابق، ص:21.

وقد عرف الأستاذ وهبة الزحيلي الحكم التكليفي بقوله: «الحكم التكليفي: هو ما اقتضى طلب فعل من المكلف أو كفه عن فعل أو تخييره بين الفعل والكف عنه. مثال الأول (أقيموا الصلاة)، و(كتب عليكم الصيام).

ومثال الثاني: (ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق)، (حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير). ومثال الثالث: (فلا جناح عليهما فيما افتدت به)، (وإذا ضربتم في الأرض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة)، (وإذا ضربتم في الأرض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة). وإنما سمي هذا النوع تكليفيا؛ لأنه يتضمن التكليف بفعل أو ترك فعل، أو التخيير بينهما. وإطلاق التكليف على المباح هو من باب التغليب». وهبة الزحيلي، «أصول الفقه الإسلامي»، مرجع سابق، ص:42.

87-قال إمام الحرمين كذلك: «والأحكام المرادة فيما ذكر سبعة: الواجب والمندوب والمباح والمحظور والمكروه والصحيح والباطل». فهو إذن لم يميز بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي. جلال الدين محمد بن احمد المحلي الشافعي، «شرح الورقات في أصول الفقه لإمام الحرمين الجويني»، مرجع سابق، ص:70.

88-علال الفاسي، «مدخل في النظرية العامة لدراسة الفقه الإسلامي ومقارنته بالفقه الأجنبي»، مرجع سابق، ص:23.

89-سورة النور، الآية 56.

صيغة الطلب نفسها أم من قرينة خارجية. وتعريف الواجب بخواصه (أي بعوارضه التي تميزه عن غيره، وتظهر بها حقائقه) هو: ما يمدح فاعله ويذم تاركه قصدا[90].

ويستفاد الوجوب إما من صيغة الأمر[91]، مثل قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾[92]. أو من المصدر النائب عن فعله، مثل قوله تعالى: ﴿فَإِذَا لَقِيتُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا فَضَرْبَ الرِّقَابِ﴾[93]. أو من الفعل المضارع المقترن باللام كقوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾[94]. أو من مادة الفعل مثل قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾[95]. أو من أساليب أخرى تستعمل في اللغة العربية للدلالة على الطلب الجازم مثل قوله سبحانه: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا وَمَنْ كَفَرَ فَإِنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ عَنِ الْعَالَمِينَ﴾[96] ونحو ذلك.

أما في القانون فإن المشرع يستعمل عدة صيغ تدل على الحكم التكليفي الوجوبي، منها ما يتعلق بالصيغ اللغوية، ومنها ما يتعلق بالصيغ الجزائية، وفي كثير من الأحيان يستعمل المشرع صيغة لغوية مقترنة بصيغة جزائية، وبذلك يؤكد صفة الوجوب والإلزام في القاعدة القانونية. ويمكن أن نستدل على بعض الصيغ القانونية للحكم التكليفي الوجوبي في القانون المغربي بالنماذج التالية:

1- الصيغة اللغوية الفعلية «يجب»: يستعمل المشرع هذه الصيغة في كثير من النصوص القانونية كما في المادة (13) من مدونة الأسرة التي نصت على أنه: «يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: 1- أهلية الزوج والزوجة؛ 2- عدم الاتفاق على إسقاط الصداق؛ 3- ولي الزواج عند الاقتضاء؛ 4- سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه؛ 5- انتفاء الموانع الشرعية». وقد أكد المشرع حكم الوجوب في المادة (13) من مدونة الأسرة في المادة (57) من مدونة الأسرة التي نصت على أنه: «يكون الزواج باطلا: 1- إذا اختل فيه أحد الأركان المنصوص عليها في المادة 10 أعلاه[97]؛ 2- إذا وجد بين الزوجين أحد موانع الزواج

90- قال إمام الحرمين الجويني: «فالواجب من حيث وصفه بالوجوب ما يثاب على فعله ويعاقب على تركه. ويكفي في صدق العقاب وجوده لواحد من العصاة مع العفو عن غيره. ويجوز أن يرد ويترتب العقاب على تركه كما عبر به غيره فلا ينافي العفو». جلال الدين محمد بن احمد المحلي الشافعي، «شرح الورقات في أصول الفقه لإمام الحرمين الجويني»، مرجع سابق، ص: 71.

91- «الْأَمْرُ هُوَ اللَّفْظُ الْمَوْضُوعُ لِطَلَبِ الْفِعْلِ طَلَبًا جَازِمًا عَلَى سَبِيلِ الِاسْتِعْلَاءِ، نَحْوَ: قُمْ». شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي المالكي، «الذخيرة في الفقه»، مرجع سابق، ص: 60.

92- سورة النور، الآية 56.

93- سورة محمد، الآية 4.

94- سورة الطلاق، الآية 7.

95- سورة البقرة، الآية 183.

96- سورة آل عمران، الآية 97.

97- نصت المادة (10) من مدونة الأسرة على أنه: «ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر، بألفاظ تفيد معنى الزواج لغة أو عرفا. يصح الإيجاب والقبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب، وإلا فبإشارته المفهومة من الطرف الآخر ومن الشاهدين».

المنصوص عليها في المواد 35 إلى 39 أعلاه، 3- إذا انعدم التطابق بين الإيجاب والقبول». وكذلك في المادة (60) من مدونة الأسرة بقوله: «يفسخ الزواج الفاسد قبل البناء ولا صداق فيه إذا لم تتوفر في الصداق شروطه الشرعية، ويصحح بعد البناء بصداق المثل، وتراعي المحكمة في تحديده الوسط الاجتماعي للزوجين».

كما يمكن أن نمثل لهذه الحالة بالمادة (5) من مدونة الأوقاف التي نصت على أنه: «يجب أن يكون الواقف متمتعا بأهلية التبرع، وأن يكون مالكا للمال الموقوف، وله مطلق التصرف فيه، وإلا كان عقد الوقف باطلا»، بحيث نلاحظ في هذه المادة أن المشرع جمع بين صيغة فعل الوجوب «يجب» وصيغة الجزاء المتمثلة في البطلان في عبارة «وإلا كان عقد الوقف باطلا»، ولذلك نقرر أن ما اشترطه المشرع في المادة المذكورة يدخل في حكم الواجب الإلزامي إلزاما مطلقا.

ويمكن أن نستدل أخيرا بصيغة الوجوب المنصوص عليها في المادة (162) من مدونة التجارة والتي جاء فيها: «يجوز لساحب كمبيالة مستحقة عند الاطلاع أو بعد مدة من الاطلاع أن يشترط فائدة على مبلغ الكمبيالة. ويعتبر هذا الشرط غير موجود في أنواع الكمبيالات الأخرى. يجب تعيين سعر الفائدة في الكمبيالة وإلا اعتبر هذا الشرط كأن لم يكن».

2- الصيغة اللغوية الفعلية «يتعين»: وردت هذه الصيغة في عدد من النصوص القانونية منها الفصل (1219) من قانون الإلتزامات والعقود الذي نص على أنه: «يتعين على الراهن أو الغير الحائز، حسب الحالة، الامتناع عن التصرف في الأشياء المرهونة، أو القيام بأي تدبير من شأنه إنقاص قيمتها، دون موافقة الدائن، وذلك تحت طائلة تحمله المسؤولية عن ذلك». وكذلك الفصل (357) من قانون المسطرة المدنية الذي نص على أنه: «يتعين على طالب النقض أمام محكمة النقض أن يؤدي الوجيبة القضائية في نفس الوقت الذي يقدم فيه مقاله تحت طائلة عدم القبول».

3- الصيغة اللغوية الفعلية «ينبغي»: استعملت هذه الصيغة في جملة من النصوص القانونية منها الفصل (985) من قانون الالتزامات والعقود الذي نص على أنه: «ينبغي أن يكون لكل شركة غرض مشروع. وتبطل بقوة القانون كل شركة يكون غرضها مخالفا للأخلاق الحميدة أو للقانون أو للنظام العام».

4- الصيغة اللغوية الفعلية «يلزم»: وردت هذه الصيغة في بعض النصوص القانونية منها الفصل (1099) من قانون الالتزامات والعقود الذي نص على أنه: «يلزم لإجراء الصلح، التمتع بأهلية التفويت بعوض في الأشياء التي يرد الصلح عليها». كما أن هذه الصيغة وردت كذلك في المادة (119) من مدونة الأوقاف التي نصت على أنه: «يعهد إلى ناظر الأوقاف المعقبة بتسيير المال الموقوف، و المحافظة عليه، و رعاية شؤونه، وتحصيل مداخيله وتوزيعها على المستحقين حسب شروط الواقف مع مراعاة أحكام هذه المدونة.

يلزم الناظر بتقديم حساب سنوي عن تسييره للوقف المعقب إلى المستفيدين منه وإلى إدارة الأوقاف، مدعم بالوثائق المثبتة».

وتجدر الأشارة إلى أن ترتيب البطلان على الفعل أو عدم الفعل يكتسي أهمية قصوى في تثبيت صفة الإلزام للقاعدة القانونية، ذلك أن القضاء اعتاد في بعض الأحيان أن يعتبر القاعدة القانونية التي لم يرتب المشرع عن مخالفتها البطلان، قاعدة غير آمرة بصيغة مطلقة، ولذلك لا تكون مخالفتها موجبة للبطلان، مالم يترتب عن ذلك ضرر معين. ويمكن أن نمثل لذلك بالمادة (3) من مدونة الأسرة في علاقتها بالفصل (9) من قانون المسطرة المدنية، فقد جرى عمل المحاكم على تفسيرها وفقا للصيغة التي خلص إليها تقرير أعدته وزارة العدل حول بعض الإشكالات العملية في تطبيق مدونة الأسرة. وقد ورد في هذا التقرير: «تطرح المادة (3)[98] من المدونة إشكالا عند مقارنتها بالفصل (9) من قانون المسطرة المدنية الذي نص على أنه يجب أن تبلغ إلى النيابة العامة القضايا المتعلقة بالأسرة، حيث يطرح التساؤل حول ما إذا كان يكفي التبليغ، أم يتعين الحضور؟

إن مقتضيات المادة (3) من مدونة الأسرة التي نصت على أنه: «تعتبر النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذه المدونة»، والفصل (9) من قانون المسطرة المدنية الذي نص على أنه: «يجب أن تبلغ إلى النيابة العامة الدعاوى الآتية: القضايا المتعلقة بالأسرة»، يوجد بينهما تكامل.

والنيابة العامة باعتبارها طرفا أصليا في القضايا المذكورة فإن حضورها وتتبعها ومناقشتها مفيد في جميع ملفات قضايا الأسرة، إلا أنه إذا تعذر حضورها فيكتفى في هذه الحالة بمستنتجاتها لكون المشرع لم يرتب البطلان عن عدم حضورها في غير الجلسات الجنائية، وهذا ما أشار إليه الدليل العملي لمدونة الأسرة في معرض شرح المادة (3) من المدونة الذي ورد فيه: «جاءت المادة (3) بمقتضى جديد أصبحت معه النيابة العامة طرفا أصليا أي رئيسيا في جميع القضايا، بعد أن لم يكن لها هذا الدور والصفة في مدونة الأحوال الشخصية.

ويتعين على النيابة العامة أن تقدم مستنتجاتها في كل ملف، كلما تعذر حضورها ما دام المشرع لم يرتب بطلانا عن عدم حضورها في غير الجلسات الجنائية، طبقا للمادتين (4)[99] و(7)[100] من ظهير التنظيم القضائي: ص:18»[101].

98- نصت المادة(3) على أنه: «تعتبر النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذه المدونة». ونص الفصل (9) من قانون المسطرة المدنية على أنه: «يجب أن تبلغ إلى النيابة العامة الدعاوى الآتية:

1- القضايا المتعلقة بالنظام العام والدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية والهبات والوصايا لفائدة المؤسسات الخيرية وممتلكات الأحباس والأراضي الجماعية؛

2- القضايا المتعلقة بالأسرة؛

3- القضايا المتعلقة بفاقدي الأهلية وبصفة عامة جميع القضايا التي يكون فيها ممثل قانوني نائبا أو مؤازرا لأحد الأطراف؛

4- القضايا التي تتعلق وتهم الأشخاص المفترضة غيبتهم».

99- نص الفصل (4) من قانون التنظيم القضائي على أنه: «يجب حضور ممثل النيابة العامة في الجلسات الزجرية تحت طائلة بطلان المسطرة والحكم. يعتبر هذا الحضور اختياريا في جميع القضايا الأخرى، عدا في الأحوال المحددة بمقتضى قانون المسطرة المدنية، وخاصة إذا كانت النيابة العامة طرفا رئيسيا وفي جميع الأحوال الأخرى المقررة بمقتضى نص خاص».

100- نص الفصل (7) من قانون التنظيم القضائي على أنه: «تعقد محاكم الاستيناف جلساتها في جميع القضايا وتصدر قراراتها من طرف قضاة ثلاثة وبمساعدة كاتب الضبط تحت طائلة البطلان ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. يعتبر حضور النيابة العامة في الجلسة الجنائية إلزاميا تحت طائلة البطلان. واختياريا في القضايا الأخرى عدا في الأحوال المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية وخاصة إذا كانت النيابة العامة طرفا رئيسيا وفي جميع الأحوال الأخرى المقررة بمقتضى نص خاص».

101- وزارة العدل المغربية، «مجلة قضاء الأسرة»، العدد 1، 2005، ص:30.

5- الصيغة اللغوية الفعلية «يعاقب»: يستفاد الوجوب من بعض النصوص القانونية من صيغة العقاب على عدم الفعل مثل الفصل (431) من مجموعة القانون الجنائي الذي نص على أنه: «من أمسك عمدا عن تقديم مساعدة لشخص في خطر، رغم أنه كان يستطيع أن يقدم تلك المساعدة إما بتدخله الشخصي وإما بطلب الإغاثة، دون تعريض نفسه أو غيره لأي خطر، يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وغرامة من 2.000 إلى 10.000 درهم.

تضاعف العقوبة، إذا كان مرتكب الجريمة زوجا أو خاطبا أو طليقا أو أحد الأصول أو أحد الفروع أو أحد الإخوة أو كافلا أو شخصا له ولاية أو سلطة على الضحية أو مكلفا برعايته، أو إذا كان ضحية الجريمة قاصرا أو في وضعية إعاقة أو معروفة بضعف قواها العقلية، وكذا في حالة العود».

وفي هذا المثال يمكن أن نقول إن المشرع يوجب، في ضوء بعض الظروف، تقديم المساعدة لشخص في خطر، كما يمكن أن نقول إن المشرع يجرم وبالتالي يحرم عدم تقديم مساعدة لشخص في خطر.

والجدير بالذكر أن علماء الحنفية يفرقون: «بين الفرض والواجب، فإن كان ما اقتضى طلب الشرع إلزامه دل عليه دليل قطعي من قرآن وسنة متواترة، فهو الفرض. وإن كان دليله ظنيا فهو الواجب. فالصلاة المأمور بإقامتها بلفظ قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾[102] فريضة. وأما قراءة الفاتحة في الصلاة المطلوبة بقوله صلى الله عليه وسلم ﴿لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب﴾ فهي واجب. لأن الحديث خبر آحاد ودلالته ظنية»[103].

وينقسم الواجب بدوره إلى عدة أقسام منها: الواجب العيني والواجب الكفائي، والواجب التعييني والواجب التخييري، والواجب المؤقت والواجب غير المؤقت. والواجب المؤقت نوعان: ما كان وقته مضيقا، وما كان وقته موسعا. أما الواجب غير المؤقت فهو الذي لا يقيد بزمان معين، كوجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ثم الواجب المحدد والواجب غير المحدد[104].

ب- المحرم: التحريم: «هو الخطاب الدال على طلب الكف عن الفعل طلبا جازما»، نحو قوله تعالى: (وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا)[105]. والحرام: «هو ما طلب الشارع تركه على وجه الحتم والإلزام»[106]. وتعريفه بالخواص أو بالحكم: «هو ما يعاقب على فعله ويثاب على تركه شرعا». ويعرف طلب الترك

102-سورة الآية البقرة، الآية 43.

103-علال الفاسي، «مدخل في النظرية العامة لدراسة الفقه الإسلامي ومقارنته بالفقه الأجنبي»، مرجع سابق، ص:23.

104-محمد ابن معجوز، «محاضرات في أصول الفقه»، مرجع سابق، ص:5 إلى 8.

105-سورة الإسراء، الآية 32.

106-قال إمام الحرمين الجويني عن الحرام: «والمحظور من حيث وصفه بالحظر أي الحرمة ما يثاب على تركه امتثالا ويعاقب على فعله. ويكفي في صدق العقاب وجوده لواحد من العصاة مع العفو عن غيره. ويجوز أن يرد ويترتب العقاب على فعله كما عبر به غيره فلا ينافي العفو». جلال الدين محمد بن احمد المحلي الشافعي، «شرح الورقات في أصول الفقه لإمام الحرمين الجويني»، مرجع سابق، ص:75/74.

على سبيل الحتم إما بمادة الفعل التي تدل على التحريم كلفظ الحرمة مثل قوله تعالى:﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا)[107]، أو نفي الحل نحو قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾[108]، وقوله (ص): ﴿لا يحل مال امريء مسلم إلا بطيب نفسه﴾[109]، أو بصيغة النهي عن الفعل المقترن بما يدل على الحتمية نحو قوله تعالى:(وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا)[110]، وقوله عزوجل:﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ وَلَا تَقْرَبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ﴾[111]. أو بالأمر بالاجتناب مقترنا بما سبق، مثل قوله تعالى﴿فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ﴾[112]، وقوله عزوجل:﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾[113]، أو بترتيب عقوبه على الفعل مثل قوله عزوجل:﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾[114]، وقوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾[115].

ويرى الحنفية أن المحرم لا يطلق إلا على ما ثبت النهي عنه بدليل قطعي، في حين أن ما ثبت النهي عنه بدليل ظني لا يطلق عليه المحرم، وإنما يطلق عليه المكروه كراهة تحريم.وقد أجمل الأستاذ علال الفاسي رحمه الله، رأي الحنفية بشأن المحرم بقوله: والمحرم- يقصد عند الحنفية- هو «ما طلب الشارع الكف عن فعله، فإن دل عليه دليل قطعي من قرآن وسنة متواترة فهو المحرم، كقوله تعالى:﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَا﴾ فالزنا محرم لأنه دلت عليه آية قرآنية، وإن دل عليه دليل ظني فهو المكروه تحريما، أي كراهة تحريم.وذلك كلبس الرجال الحرير وتختمهم بخاتم من ذهب لقوله عليه الصلاة السلام:﴿حرام على رجال أمتي حلال على نسائهم﴾»[116].

107-سورة النساء، الآية23.

108-سورة البقرة، الآية 275.

109-راجع تخريج هذا الحديث وإسناده في كتاب «الفروق» للقرافي، مرجع سابق، ص: 364 الهامش 1.

110-سورة الإسراء، الآية 32.

111-سورة الأنعام، الآية 151.

112-سورة الحج، الآية 30.

113-سورة المائدة، الآية 90.

114-سورة النساء، الآية 10.

115-سورة المائدة، الآية 38.

116-علال الفاسي، «مدخل في النظرية العامة لدراسة الفقه الإسلامي ومقارنته بالفقه الأجنبي»،مرجع سابق، ص:23.

أما في القانون فإن المشرع يستعمل عدة صيغ فعليه أو جزائية تدل على المنع والتحريم، وتجعل القاعدة القانونية تكتسي صبغة الحكم التكليفي التحريمي، ولبيان بعض هذه الصيغ سوف نعرض أمثلة من القانون الجنائي (1) وأخرى من القانون المدني (2).

1-في القانون الجنائي: يعتمد المشرع في القانون الجنائي صيغة العقاب، وكل فعل عاقب عليه المشرع فهو محظور بقوة القانون، ونظرا لكون مجموعة القانون الجنائي، وغيرها من النصوص التجريمية الأخرى، تعاقب على الفعل أو عدم الفعل، فكل نص من القانون الجنائي يصح الاستدلال به على الحكم التكليفي التحريمي، وإن كان يصح الاستدلال ببعض النصوص الجنائية، على الحكم التكليفي الوجوبي[117].

ومن أقوى نصوص القانون الجنائي تجريما وتحريما الفصل (392) من مجموعة القانون الجنائي الذي ينص على أن: «كل من تسبب عمدا في قتل غيره يعد قاتلا، ويعاقب بالسجن المؤبد». والفصل (393) من مجموعة القانون الجنائي الذي ينص على أن: «القتل العمد مع سبق الإصرار أو الترصد يعاقب عليه بالإعدام».

ومن أمثلة الأفعال التي جرمها المشرع وعاقب عليها حديثا، وبالتالي حرمها، يمكن أن نذكر جريمة التحريض على التمييز والكراهية بين الأشخاص التي نص عليها الفصل (5-431) من مجموعة القانون الجنائي بقوله: «يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 5.000 إلى 50.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من قام بالتحريض على التمييز أو على الكراهية بين الأشخاص»[118].

2-المنع في القانون المدني: يستعمل المشرع في القانون المدني، نقصد هنا القانون المدني بمعناه الواسع، عدة صيغ تفيد التحريم أو الحكم التكليفي التحريمي، ومن هذه الصيغ، على سبيل المثال، ما يندرج في «الصيغة اللغوية بالفعل المفيد للمنع»، ومنها ما يندرج في الصيغة اللغوية «نفي الفعل»، ومنها ما يندرج في صيغة «المنع بالجزاء»، ومنها ما يجمع بين عدة صيغ تفيد التحريم. وسنمثل لصيغ المنع أو التحريم في القانون المدني المغربي بالصيغ القانونية الآتية:

أ- الصيغة اللغوية بالفعل المفيد للمنع: استعمل المشرع صيغة الفعل المفيد للمنع في جملة من النصوص القانونية منها صيغة الفعل «يبطل» المستعملة في الفصل (484) من قانون الالتزامات والعقود الذي نص على أنه: «يبطل بين المسلمين بيع الأشياء المعتبرة من النجاسات وفقا لشريعتهم مع استثناء الأشياء التي تجيز هذه الشريعة الاتجار فيها، كالأسمدة الحيوانية المستخدمة في أغراض الفلاحة». وكذلك الفصل (712) من قانون الالتزامات والعقود الذي نص على أنه: «يبطل كل شرط من شأنه أن يحمل المكتري تبعة الحوادث الفجائية، أو يلزمه بدفع الكراء ولو لم ينتفع بالعين لأحد الأسباب المذكورة في الفصلين 709 و710». كما أن

117-مثل الفصل (431) من مجموعة القانون الجنائي الذي يعاقب على عدم تقديم مساعدة لشخص في خطر.

118-القانون رقم 103.13 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.18.19 بتاريخ 5 جمادى الآخرة 1439 (22 فبراير 2018)، الجريدة الرسمية عدد 6655 بتاريخ 23 جمادى الآخرة 1439 (12 مارس 2018) ص:1449.

المشرع اعتمد في نصوص قانونية أخرى صيغة الفعل المفيد للمنع «يمنع» كما في الفصل (4) من قانون المسطرة المدنية الذي نص على أنه: «يمنع على القاضي أن ينظر قضية في طور الاستيناف أو النقض بعد ما سبق له أن نظر فيها أمام محكمة أدنى درجة». وكذلك في المادة (86) من مدونة الأوقاف التي نصت على أنه: «لا يجوز للمكتري تولية الكراء إلا بإذن كتابي من إدارة الأوقاف، كما يمنع الكراء من الباطن مطلقا. وكل تصرف مخالف في الحالتين المذكورتين يقع باطلا ويكون سببا في فسخ عقد الكراء الأصلي».

ب-الصيغة اللغوية نفي الفعل «لا يجوز»: استعمل المشرع صيغة «لا يجوز» في عدد من النصوص القانونية منها، على سبيل المثال، الفصل (1100) من قانون الالتزامات والعقود الذي نص على أنه: «لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام أو بالحقوق الشخصية الأخرى الخارجة عن دائرة التعامل...». وكذلك الفصل (1101) من قانون الالتزامات والعقود الذي نص على أنه: «لا يجوز الصلح بين المسلمين على ما لا يجوز شرعا التعاقد عليه بينهم...». كما يمكن أن نستدل في هذا الصدد بالمادة (16) من مدونة التجارة التي نصت على أنه: «لا يجوز للأجنبي غير البالغ سن الرشد المنصوص عليه في القانون المغربي أن يتجر إلا بإذن من رئيس المحكمة التي ينوي ممارسة التجارة بدائرتها حتى ولو كان قانون جنسيته يقضي بأنه راشد، وبعد تقييد هذا الإذن في السجل التجاري».

ج-الصيغة اللغوية نفي الفعل «لا يسوغ »: اعتمد المشرع صيغة نفي الفعل «لا يسوغ» في عدد من النصوص القانونية مثل الفصل (128) من قانون الإلتزامات والعقود الذي نص على أنه: «لا يسوغ للقاضي أن يمنح أجلا أو أن ينظر إلى ميسرة، ما لم يمنح هذا الحق بمقتضى الاتفاق أو القانون ...» والفصل (136) من قانون الالتزامات والعقود الذي نص على أنه: «لا يسوغ للمدين أن يسترد ما دفعه قبل حلول الأجل، ولو كان جاهلا وجود هذا الأجل».

ح- صيغة المنع بترتيب الجزاء: يكون الفعل محرما أو ممنوعا عندما يرتب المشرع على إتيانه البطلان، أو عندما يجعله قابلا للإبطال. ومن أمثلة ذلك في قانون الإلتزامات والعقود المغربي يمكن أن نذكر الفصل (61) الذي نص على أنه: «يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا أو غير محقق فيما عدا الاستثناءات المقررة بمقتضى القانون.

ومع ذلك لا يجوز التنازل عن تركة إنسان على قيد الحياة، ولا إجراء أي تعامل فيها أو في شيء مما تشتمل عليه ولو حصل برضاه. وكل تصرف مما سبق يقع باطلا بطلانا مطلقا».

ومن النماذج التي يمكن أن تدخل في هذه الحالة كذلك، يمكن أن نذكر المادة (8) من مدونة الأوقاف التي نصت على أن: «وقف النائب الشرعي مال محجوره باطل». فالمشرع جعل وقف النائب الشرعي لأموال محجوره باطل، وهو ما يفيد أن هذا الوقف محرم أو ممنوع. كما أن المادة (14) من مدونة الأوقاف تتضمن المنع بترتيب الجزاء، فقد نصت هذه المادة على أنه: «يعتبر باطلا وقف الشخص على نفسه. وفي حالة الوقف

على الذكور من أولاد الواقف دون الإناث أو العكس، أو على بعض أولاده دون البعض، اعتبر الوقف صحيحا لهم جميعا والشرط باطلا».

وزيادة على الصيغ القانونية المذكورة، يعتمد المشرع بعض الصيغ القانونية الأخرى التي تفيد المنع مثل ما ورد في المادة (250) من مدونة التجارة التي نصت على أن: «الساحب ضامن للوفاء ويعتبر غير موجود كل شرط يقضي بتحلله من هذا الضمان». فمنع المشرع لساحب الكمبيالة من أي فعل قد يعفيه من المسؤولية عن ضمان الكمبيالة يستفاد من عبارة «يعتبر غير موجود». ومن صيغ المنع كذلك ما تضمنته المادة (17) من مدونة التجارة والتي نصت على أنه: « يحق للمرأة المتزوجة أن تمارس التجارة دون أن يتوقف ذلك على إذن من زوجها. كل اتفاق مخالف يعتبر لاغيا»، فقد منع المشرع في هذه المادة أن يقع الاتفاق، سواء في عقد الزواج أو في غيره من العقود الأخرى، على حرمان المرأة من حقها في ممارسة التجارة، وفي حالة وجود هذا الشرط في عقد من العقود، فإن المشرع اعتبره لاغيا، أي أن الشرط يعد كأن لم يكن ولا يعمل به، بينما يبقى العقد صحيحا.

ج- المندوب أو السنة: الندب لغة «هو الدعاء إلى الفعل». والمندوب اصطلاحا هو: «ما طلب الشارع فعله من المكلف طلبا غير محتم»[119]. وأما معناه بخواصه: «فهو ما يحمد فاعله ولا يذم تاركه، أو هو ما يثاب على فعله ولا يعاقب على تركه»[120].

ويعرف الندب إما بصيغة الطلب نفسها بحيث تدل على عدم الإلزام كقول الشارع: «يسن كذا أو يندب كذا» مثل قوله (ص): ﴿من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت، ومن اغتسل فالغسل أفضل﴾، أو بصيغة الأمر مع وجود قرينة تعين المراد بصرف المعنى عن الإلزام إلى غيره، سواء أكان الصارف نصا أم قاعدة شرعية عامة، نحو قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾[121] فإن الأمر للندب، لا للإيجاب، بدليل القرينة الصارفة عن ذلك، وهي الآية نفسها، وهو قوله سبحانه: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ﴾[122] ومعناه أن للدائن أن يثق بمدينه ويأتمنه من غير كتابة الدين عليه. وهذه قرينة منصوصة. ونحو قوله عز وجل ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾[123] فإنه صرف هذا

119- الندب: هو «الخطاب الدال على طلب الفعل طلبا غير جازم» نحو قوله تعالى: (فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا) سورة النور، الآية 33.

120- قال إمام الحرمين الجويني: «والمندوب من حيث وصفه بالندب ما يثاب على فعله ولا يعاقب على تركه». جلال الدين محمد بن احمد المحلي الشافعي، «شرح الورقات في أصول الفقه لإمام الحرمين الجويني»، مرجع سابق، ص:72.

121- سورة البقرة، الآية 282.

122- سورة البقرة، الآية 283.

123- سورة النور، الآية 33.

الأمر عن الوجوب قرينة خارجية، وهي أن المالك حر التصرف في ملكه. وقد يعرف الندب من عدم ترتيب العقوبة على ترك الفعل[124].

أما «المندوب» في القانون، فمن المعروف أن من خصائص القاعدة القانونية، أنها قاعدة عامة ومجردة وملزمة، تهدف: «إلى تنظيم الحياة الاجتماعية والمعاملات بين الناس، وتبدو تبعا لذلك الصفة الإلزامية للقاعدة القانونية ضرورية وحتمية، لكون هذه القاعدة غالبا ما ترد في شكل أمر أو في شكل نهي، وهي ليست على كل حال دعوة أو نصيحة»[125].

وعليه، فإن القاعدة القانونية إما أن تندرج في إطار القواعد القانونية التكليفية الوجوبية، أو أن تدخل في نطاق القواعد القانونية التكليفية التحريمية، ولذلك من الصعب أن نجد فسحة للحديث عن القواعد القانونية التكليفية الندبية في نطاق القانون المغربي، كما هو الشأن بالنسبة لغيره من القوانين المقارنة الأخرى، بيد أن بعض النصوص القانونية المحدودة، يمكن إدراجها في نطاق القواعد القانونية التكليفية الندبية، ومن نماذج هذه النصوص يمكن أن نذكر حكم الصداق الذي تحدثت عنه المادة (28) من مدونة الأسرة بقولها: «كل ما صح التزامه شرعا، صلح أن يكون صداقا، والمطلوب شرعا تخفيف الصداق». فهذه المادة يمكن أن يفهم منها أن المشرع إنما يدعو الناس على وجه الاستحسان والتحبيب إلى تخفيف الصداق. كما يمكن أن ندرج في هذه الأحكام المادة (25) من مدونة الأسرة التي نصت على أنه: «للراشدة أن تعقد زواجها بنفسها، أو تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها»، ومعنى هذا أن المشرع يستحسن من المرأة أن تولي في عقد زواجها أحد أقاربها، كما أن المشرع يستحب أن يكون الأب في المرتبة الأولى بالنظر إلى غيره من الأقارب في ولاية المرأة على الزواج.

ح-المكروه: الكراهة هي: «الخطاب الدال طلب الكف عن الفعل طلبا غير جازم». نحو قوله (ص): ﴿إذا دخل أحدكم المسجد فلا يجلس حتى يركع ركعتين﴾. والمكروه هو «ما طلب الشارع تركه لا على وجه الحتم والإلزام»[126]. وتعريفه بالخواص أو بالحكم: «هو ما يمدح تاركه ولا يذم فاعله أو هو ما يثاب على تركه ولا يعاقب على فعله». وتعرف الكراهة: إما بمادة الفعل الدال عليها، مثل قول الرسول (ص): ﴿إن الله حرم عقوق الأمهات، ووأد البنات، ومنعا وهات[127] وكره لكم ثلاثا: قيل وقال، وكثرة السؤال، وإضاعة المال﴾، ومثل قوله (ص): ﴿أبغض الحلال إلى الله الطلاق﴾، أو بصيغة النهي المقترن بقرينة تدل على أنه للكراهة مثل قوله

124-وهبة الزحيلي، «أصول الفقه الإسلامي»، مرجع سابق، ص:77/76.

125-محمد بقبق، «مدخل عام لدراسة القانون»، مركز النشر الجامعي، تونس، 2002، ص:99.

126-قال إمام الحرمين الجويني: «والمكروه من حيث وصفه بالكراهة، ما يثاب على تركه امتثالا ولا يعاقب على فعله». جلال الدين محمد بن احمد المحلي الشافعي، «شرح الورقات في أصول الفقه لإمام الحرمين الجويني»، مرجع سابق، ص:76.

127-المراد من المنع: منع ما أمر الله أن لا يمنع. والمراد ب (هات): النهي عن طلب ما لا يستحق طلب.

سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَسْأَلُوا عَنْ أَشْيَاءَ إِنْ تُبْدَ لَكُمْ تَسُؤْكُمْ﴾[128] فإنه اقترن بصارف إلى الكراهة وهو قوله عزوجل بعدها ﴿وَإِنْ تَسْأَلُوا عَنْهَا حِينَ يُنَزَّلُ الْقُرْآنُ تُبْدَ لَكُمْ عَفَا اللَّهُ عَنْهَا وَاللَّهُ غَفُورٌ حَلِيمٌ﴾[129].

وقد سبق أن قلنا إن طبيعة القواعد القانونية تتنافى، مبدئيا، مع الندب أو الكراهة، لأن القواعد القانونية تتصف بالإلزام الذي يتكون إما من جزاءات مدنية، أو من جزاءات عقابية، تسهر السلطة العامة على تطبيقها عند الاقتضاء، إما بمبادرة منها في الحالات التي يخول لها القانون ذلك، أو بناء على طلب ممن يعنيه الأمر عندما يتعلق الأمر بحق طلب صاحبه الحماية القانونية (الإدارية أو القضائية) لحقه. غير أنه توجد بعض القواعد القانونية التي يجوز أن توضع في نطاق القواعد القانونية التكليفية التكريهية. وهذا الوصف ينسحب على القواعد القانونية، التي يسنها المشرع لتسطير أحكام قانونية عامة، ثم يعطف عليها باستثناءات يفهم منها أن المشرع قررها على مضض مراعاة لأحوال اجتماعية، أو عادات جارية، يصعب استئصالها دفعة واحدة.

وعليه، فالفعل المكروه لدى المشرع، يمكن أن يطلق على كل فعل مباح على وجه الاستثناء، أي عندما يكتسي الفعل حكم الإباحة لكن على وجه التضييق. ومن ذلك على سبيل المثال:

1-زواج القاصر: أجاز المشرع زواج القاصر استثناء. فبعد أن نص في المادة (19) من مدونة الأسرة على أنه: «تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية ثمان عشرة سنة شمسية». عاد ليقول في المادة (20) من المدونة: «لقاضي الأسرة المكلف بالزواج، أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية المنصوص عليه في المادة 19 أعلاه، بمقرر معلل يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك، بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي والاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي». وأضاف المشرع شرطا آخر لزواج القاصر في المادة (21) من مدونة الأسرة بقوله: «زواج القاصر متوقف على موافقة نائبه الشرعي».

وعليه، يمكن القول، بناء على مقتضيات المواد (19) و(20) و(21) من مدونة الأسرة مجتمعة، إن المشرع المغربي أجاز زواج القاصر، على مضض، وبصفة استثنائية، وبالتالي فإن زواج القاصر مكروه من الناحية القانونية.

2-تعدد الزوجات: بعد أن نص المشرع المغربي في المادة (39) من مدونة الأسرة على أن من موانع الزواج الموقتة: «الزيادة في الزوجات على العدد المسموح به شرعا». أضاف في المادة (40) من نفس المدونة أنه: «يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها». ثم زاد المشرع تضييقا على التعدد في المادة (41) من المدونة بقوله: «لا تأذن المحكمة بالتعدد:

- إذا لم يثبت لها المبرر الموضوعي الاستثنائي؛

128-سورة المائدة، الآية 101.

129-سورة المائدة، الآية 101.

- إذا لم تكن لطالبه الموارد الكافية لإعالة الأسرتين، وضمان جميع الحقوق من نفقة وإسكان ومساواة في جميع أوجه الحياة».

ويفهم من الشروط الجديدة التي سطرها المشرع في مدونة الأسرة، أن التعدد أصبح مكروها من الناحية القانونية، كما أنه أصبح غير مقبول لدى فئات واسعة من المجتمع المغربي.

3- الطلاق: لقد ذكرنا في حكم المكروه أن الرسول (ص) قال: ﴿أبغض الحلال إلى الله الطلاق﴾. وقد ترجم المشرع المغربي هذا الحكم الشرعي في إطار نص قانوني هو المادة (70) من مدونة الأسرة التي نصت على أنه: «لا ينبغي اللجوء إلى حل ميثاق الزوجية بالطلاق أو بالتطليق إلا استثناء، وفي حدود الأخذ بقاعدة أخف الضررين، لما في ذلك من تفكيك الأسرة والإضرار بالأطفال».

ويفهم من كلام المشرع أن الطلاق يجب تفاديه ما أمكن، لما فيه من تفتيت للأسرة، وإضرار بمصالح الأطفال، ويجب أن لا يقع حل ميثاق الزوجية بالطلاق إلا عند الضرورة القصوى، لأن الطلاق مكروه، والمكروه شرعا يستحب دفعه أو رده، وعدم الأخذ به إلا عند الاقتضاء، فالطلاق إذن مكروه شرعا ومكروه قانونا.

خ- المباح: الإباحة هي: «الخطاب الدال على تخيير المكلف بين الفعل والترك». نحو قوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ مَسْكُونَةٍ فِيهَا مَتَاعٌ لَكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ مَا تُبْدُونَ وَمَا تَكْتُمُونَ﴾[130]. والمباح: هو «لغة المعلن والمأذون»، واصطلاحا: «هو ما خير الشارع المكلف بين فعله وتركه، أو هو ما لا يتعلق بفعله مدح ولا ذم»[131].

وتعرف الإباحة إما بمادة الحل أو الإباحة، مثل قوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ﴾[132]، وقوله عز وجل: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ﴾[133]. أو برفع الإثم أو الجناح أو الحرج، مثل قوله سبحانه: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾[134]، وقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ

130- سورة النور، الآية 29.

131- قال إمام الحرمين الجويني: «والمباح من حيث وصفه بالإباحة ما لا يثاب على فعله وتركه، ولا يعاقب على تركه وفعله أي ما لا يتعلق بكل من فعله وتركه ثواب ولا عقاب». جلال الدين محمد بن احمد المحلي الشافعي، «شرح الورقات في أصول الفقه لإمام الحرمين الجويني»، مرجع سابق، ص:72.

132- سورة المائدة، الآية 5.

133- سورة النساء، الآية 24.

134- سورة النحل، الآية 115.

حَلِيمٌ﴾[135]. وقوله سبحانه: ﴿لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرَجٌ وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرَجٌ وَلَا عَلَى الْمَرِيضِ حَرَجٌ وَلَا عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ آبَائِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أُمَّهَاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ إِخْوَانِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخَوَاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَعْمَامِكُمْ أَوْ بُيُوتِ عَمَّاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخْوَالِكُمْ أَوْ بُيُوتِ خَالَاتِكُمْ أَوْ مَا مَلَكْتُمْ مَفَاتِحَهُ أَوْ صَدِيقِكُمْ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَأْكُلُوا جَمِيعًا أَوْ أَشْتَاتًا فَإِذَا دَخَلْتُمْ بُيُوتًا فَسَلِّمُوا عَلَى أَنْفُسِكُمْ تَحِيَّةً مِنْ عِنْدِ اللَّهِ مُبَارَكَةً طَيِّبَةً كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمُ الْآيَاتِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ﴾[136].

وقد تعرف الإباحة بصيغة الأمر مع القرينة الصارفة عن الوجوب إليها كقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تُحِلُّوا شَعَائِرَ اللَّهِ وَلَا الشَّهْرَ الْحَرَامَ وَلَا الْهَدْيَ وَلَا الْقَلَائِدَ وَلَا آمِّينَ الْبَيْتَ الْحَرَامَ يَبْتَغُونَ فَضْلًا مِنْ رَبِّهِمْ وَرِضْوَانًا وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ أَنْ صَدُّوكُمْ عَنِ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ أَنْ تَعْتَدُوا وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ﴾[137]، وقول الله عز وجل: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ وَاذْكُرُوا اللَّهَ كَثِيرًا لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾[138]، وقوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ كُنْتُمْ تَخْتَانُونَ أَنْفُسَكُمْ فَتَابَ عَلَيْكُمْ وَعَفَا عَنْكُمْ فَالْآنَ بَاشِرُوهُنَّ وَابْتَغُوا مَا كَتَبَ اللَّهُ لَكُمْ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾[139]. وتعرف الإباحة كذلك باستصحاب الأصل، إذ الأصل في الأشياء الإباحة[140].

وإذا كانت الإباحة في الأحكام الشرعية هي الترواح بين جواز الفعل وعدم الفعل على قدم المساواة، فإن الإباحة في المجال القانوني، لا يقصد بها سوى حق الاختيار بين أمرين أو أكثر في مسألة قانونية معينة. ويمكن أن نمثل للقواعد القانونية التكليفية على وجه الإباحة بالمادة (25) من مدونة الأسرة التي نصت على أنه: «للراشدة أن تعقد زواجها بنفسها، أو تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها»، والتي ينحصر معناها في أن الراشدة يحق لها أن تدخل معها ولها القانوني للتوقيع معها على عقد الزواج، كما يحق لها أن توقع عقد زواجها منفردة وبدون تدخل من أحد. كما يمكن كذلك أن نذكر من القواعد القانونية التكليفية على وجه الإباحة المادة (27) من مدونة الأسرة التي نصت على أنه: «يحدد الصداق وقت إبرام العقد، وفي حالة السكوت عن تحديده، يعتبر العقد زواج تفويض»، أي أن الزوجين لهما الخيار في أن يحددا مقدار الصداق وقت إبرام العقد، ولهما أن يتركا

135-سورة البقرة، الآية 135.

136-سورة النور، الآية 61.

137-سورة المائدة، الأية 2.

138-سورة الجمعة، الآية 10.

139-سورة البقرة، الآية 187.

140-وهبة الزحيلي، «أصول الفقه الإسلامي»، مرجع سابق،ص:88/87.

ذلك إلى ما بعد الزواج، والمهم هو أن لا يقع الاتفاق بينهما على إسقاط الصداق كما تنص على ذلك المادة (13) من مدونة الأسرة.

وتجب الإشارة إلى أن بعض الأفعال أو التصرفات قد تعتريها من الناحية الشرعية الأحكام التكليفية الخمسة، أي الوجوب، والتحريم، والندب، والكراهية، والإباحة حسب الأحوال، ومعنى هذا أن هذه الأحكام الخمسة لا تجتمع دفعة واحدة في فعل معين، ولكن يمكن أن ينطبق عليه كل واحد منها حسب الأحوال. فالزواج، على سبيل المثال، يعد في نظر أغلب الفقهاء، مع قطع النظر عن أحوال الأزواج، من التصرفات الشرعية والقانونية المندوبة[141]. لكن الزواج مع ذلك، في نظر عدد من الفقهاء، قد تعتريه الأحكام الخمسة، أي أنه قد يكون واجبا أو مندوبا أو حراما أو مكروها أو مباحا[142].

كما أن الفقهاء يختلفون في كثير من الأحيان حول إسناد حكم شرعي إلى فعل معين. ومن ذلك اختلاف الفقهاء حول حكم الخطبة. فبينما يرى أغلب الفقهاء أن الخطبة مستحبة[143]. يرى داود الظاهري أن الخطبة واجبة. وقد لخص ابن قدامة الحنبلي في كتابه المغني هذا الخلاف بقوله: «والخطبة غير واجبة عند أحد من أهل العلم علمناه، إلا داود، فإنه أوجبها»[144]. وفسره ابن رشد القرطبي، أي الخلاف، بقوله: «وأما خطبة

141-شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي المالكي، «الذخيرة في الفقه»، مرجع سابق، ص:190.

142-قال ابن رشد الجد: «فأما النكاح فإنه في الجملة مرغب فيه ومندوب إليه، خلافا لأهل الظاهر في قولهم إنه واجب». أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد القرطبي، «المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات»، الجزء 1، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1988، ص:352.

وقال ابن جزي: «لَا يحل اسْتِبَاحَة فرج إِلَّا بِنِكَاح أَو ملك يَمِين. والنِّكَاح على الْجُمْلَة مَنْدُوب وأوجبه الظَّاهِرِيَّة وعَلى التَّفْصِيل يَنْقَسِم خَمْسَة أَقسَام وَاجِب وَهُوَ لمن قدر عَلَيْهِ بِالْمَالِ وَخَافَ على نَفسه الزِّنَى ومستحب وَهُوَ لمن قدر عَلَيْهِ وَلم يخف على نَفسه الزِّنَى وَحرَام وَهُوَ لمن لم يقدر وَلم يخف ومكروه وَهُوَ لمن لم يخف الزِّنَى وَخَافَ أَن لَا يقوم بحقوقه ومباح وَهُوَ مَا عدا ذَلِك وَأما ملك الْيَمِين فمباح» محمد بن احمد بن جزي الغرناطي المالكي، «القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية»، حققه وعلق عليه ماجد الحموي، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، 2013، ص:326.

143-قال ابن جزي: «فِي الْخطْبَة (بِكَسْر الْخَاء) وَهِي مُسْتَحبَّة». محمد بن احمد بن جزي الغرناطي المالكي، «القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية»، مرجع سابق، ص:327/326.

وقال الإمام القرافي: «الْمُقَدَّمَةُ الثَّانِيَةُ فِي الْجَوَاهِرِ: الْخِطْبَةُ مُسْتَحَبَّةٌ». شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي المالكي، «الذخيرة في الفقه»، مرجع سابق، ص:191.

144-موفق الدين احمد بن محمد بن قدامة الحنبلي، «المغني»، الجزء 9، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، الطبعة الثالثة، 1997، ص:466.

وقال القيرواني: «ومن الواضحة قال مالك: الخطبة في النكاح مستحبة، وهي من الأمر القديم، وما قل منها فهو أفضل». أبو محمد بن أبي زيد النفزي القيرواني المالكي، «النَّوادر والزِّيادات على مَا في المدَوَّنة من غيرها من الأُمهاتِ»، الجزء 4، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، 1999، ص:390.

النكاح المروية عن النبي صلى الله عليه وسلم فقال الجمهور إنها ليست واجبة، وقال داود هي واجبة. وسبب الخلاف هل يحمل فعله في ذلك عليه الصلاة والسلام على الوجوب أو على الندب»[145].

II- الحكم الوضعي:

بعد أن نكمل الكلام عن مفهوم الحكم الوضعي (1)، سوف نتفرغ للكلام عن أنواعه (2)

1- مفهوم الحكم الوضعي:

قال شهاب الدين القرافي: «فيما تتوقف عليه الأحكام، وهو ثلاثة: السبب، والشرط، وانتفاء المانع. فإن الله تعالى شرع الأحكام وشرع لها أسبابا وشروطا وموانع»[146]. وقال الأستاذ علال الفاسي رحمه الله: «والقسم الثاني وضعي، ويعرفونه بأنه: «ما اقتضى وضع شيء سببا لشيء أو شرطا له أو مانعا منه».

فالذي اقتضى وضع شيء سببا له مثل قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾[147]. فقد اقتضى وضع السرقة سببا في القطع. والذي اقتضى وضع شيء شرطا له، مثل قول النبي صلى الله عليه وسلم: ﴿لا نكاح إلا بشاهدين﴾ فقد جعل حضور الشاهدين شرطا لصحة الزواج[148]. والذي اقتضى جعل شيء مانعا من شيء، مثل قوله صلى الله عليه وسلم: ﴿ليس للقاتل ميراث﴾ فقد جعل قتل الوارث لوريثه مانعا من إرثه»[149].

145- أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد القرطبي الحفيد، «بداية المجتهد ونهاية المقتصد»، المجلد 3، شرح وتحقيق وتخريج عبد الله العبادي، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، الطبعة الأولى، 1995، ص:1236.

146- شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي المالكي، «الذخيرة في الفقه»، مرجع سابق، ص:69.

147- سورة المائدة، الآية 38.

148- من نماذج الحكم الوضعي في القانون المغربي الذي جعل فيه المشرع أمرا شرطا لأمر آخر يمكن أن نذكر المادة (32) من مدونة الأسرة التي نصت على أنه: «تستحق الزوجة الصداق كله بالبناء أو الموت قبله»، فيعلم من هذه المادة أن البناء أو الموت شرط لاستحقاق المرأة للصداق كله. ويمكن أن نذكر كذلك المادة (330) من مدونة الأسرة: «يشترط في استحقاق الإرث ما يلي: 1- تحقق موت الموروث حقيقة أو حكما؛ 2- وجود وارثه عند موته حقيقة أو حكما؛ 3- العلم بجهة الإرث». ثم المادة (173) من مدونة الأسرة التي نصت على أنه: «شروط الحاضن: 1- الرشد القانوني لغير الأبوين؛ 2- الاستقامة والأمانة؛ 3- القدرة على تربية المحضون وصيانته ورعايته دينا وصحة وخلقا وعلى مراقبة تمدرسه؛ 4- عدم زواج طالبة الحضانة إلا في الحالات المنصوص عليها في المادتين 174 و175 بعده...»

149- علال الفاسي، «مدخل في النظرية العامة لدراسة الفقه الإسلامي ومقارنته بالفقه الأجنبي»، مرجع سابق، ص:21.

قال الأستاذ وهبة الزحيلي عن الحكم الوضعي: «تعريف الحكم الوضعي: هو ما اقتضى وضع شيء سببا لشيء أو شرطا له أو مانعا منه. مثال السبب قوله تعالى: (فمن شهد منكم الشهر فليصمه) فرؤية الهلال سبب لوجوب الصوم. وقوله سبحانه (أقم الصلاة لدلوك الشمس) فدخول الوقت سبب لإيجاب صلاة الظهر. ومثال الشرط قوله تعالى: (ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا) فالاستطاعة المالية والبدنية شرط لإيجاب الحج. ومثال المانع قوله (ص)(ليس للقاتل ميراث) فقتل الوارث موروثه عدوانا مانع من استحقاق الإرث. وإنما سمي هذا النوع بالحكم الوضعي؛ لأنه يقتضي وضع أمور ترتبط بالأخرى كالأسباب للمسببات أو الشروط للمشروطات». وهبة الزحيلي، «أصول الفقه الإسلامي»، مرجع سابق، ص:43.

2- أنواع الحكم الوضعي:

يكتفي بعض الفقهاء في تعريف الحكم الوضعي وتحديد أنواعه بالسبب والشرط والمانع. بيد أن جمهور الفقهاء يرون أن الحكم الوضعي يشمل إضافة إلى ما ذكر، كل من الصحة والبطلان والفساد، كما يشمل العزائم والرخص[150]. قال أبو اسحاق الشاطبي في كتابه الموافقات: «القسم الثاني من قسمي الأحكام وهو يرجع إلى خطاب الوضع. وهو ينحصر في الأسباب، والشروط، والموانع، والصحة والبطلان، والعزائم والرخص. فهذه خمسة أنواع»[151]. وفي نفس السياق قال الأستاذ وهبة الزحيلي: «الحكم الوضعي: هو خطاب الله تعالى الوارد بجعل الشيء سببا أو شرطا أو مانعا أو صحيحا أو فاسدا أو عزيمة أو رخصة. وهذا التعريف الشامل هو الذي اختاره الآمدي والغزالي والشاطبي حيث إنهم اعتبروا الرخصة والعزيمة من أقسام الحكم الوضعي وليس التكليفي، وتابعهم فيه الخضري»[152]. وفي نفس المعنى قال الأستاذ علال الفاسي: «وينقسم الحكم الوضعي كذلك إلى خمسة أقسام: السبب والشرط والمانع والرخصة أو العزيمة، والصحة أو البطلان»[153].

وعليه، سوف نفصل الحديث عن كل نوع من هذه الأنواع، على أن نبدأ بالسبب (أ) ونتبعه بالشرط (ب) والمانع (ج) و الرخصة والعزيمة(ح) ثم نختم بالصحة والبطلان والفساد (خ).

أ- السبب في الحكم الوضعي:

عرف الإمام القرافي السبب بقوله: «السبب: ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم لذاته»[154]. وعرفه الأستاذ علال الفاسي رحمه الله بقوله: «السبب: هو ما جعله الشارع علامة على مسببه، فيلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم». وقال الأستاذ وهبة الزحيلي: «السبب: معناه لغة الحبل وما يتوصل به إلى

150- قال الأستاذ وهبة الزحيلي عن الرخصة والعزيمة: «للأصوليين مسلكان في اعتبار الرخصة والعزيمة من حيث الحكم، فقال بعضهم، إنهما من الحكم التكليفي، بناء على أنهما يرجعان إلى الاقتضاء والتخيير، فالعزيمة اقتضاء والرخصة تخيير. وقال بعضهم: إنهما من الحكم الوضعي؛ لأن الرخصة في الحقيقة عبارة عن وضع الشارع وصفا من الأوصاف سببا في التخفيف. والعزيمة هي اعتبار مجرى العادات سببا للجري على الأحكام الأصلية الكلية. فهذا المسلك يجعل العزيمة والرخصة من أقسام الفعل. وهو رأي ابن الحاجب والآمدي والشاطبي. والحقيقة أن منهاج كل من الطريقتين صحيح؛ لأن الحكم بفعل المكلف، وتقسيم أحدهما تقسيم للآخر، فالتقسيم بحسب الحكم باعتبار تعلقه بالفعل، والتقسيم بحسب الفعل باعتبار تعلق الحكم التكليفي به. فلا يكون هناك منافاة بين التقسيمين لاختلاف جهة كل منهما فقط. وإني أؤيد المسلك الثاني وأسير عليه؛ لأن الحكم المشروع هو جعل الضرورة مثلا سببا في إباحة المحظور أو طروء العذر سببا في التخفيف بترك الواجب». وهبة الزحيلي، «أصول الفقه الإسلامي»، مرجع سابق، ص:109/108.

151- إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي بالشاطبي، «الموافقات في أصول الفقه»، مرجع سابق، ص:169.

152- علال الفاسي، «مدخل في النظرية العامة لدراسة الفقه الإسلامي ومقارنته بالفقه الأجنبي»، مرجع سابق، ص:24.

153- علال الفاسي، «مدخل في النظرية العامة لدراسة الفقه الإسلامي ومقارنته بالفقه الأجنبي»، مرجع سابق، ص:24.

154- شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي المالكي، «الذخيرة في الفقه»، مرجع سابق، ص:69.

غيره. قال تعالى: ﴿مَنْ كَانَ يَظُنُّ أَنْ لَنْ يَنْصُرَهُ اللَّهُ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ فَلْيَمْدُدْ بِسَبَبٍ إِلَى السَّمَاءِ﴾[155]، وقال سبحانه: (إِنَّا مَكَّنَّا لَهُ فِي الْأَرْضِ وَآتَيْنَاهُ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ سَبَبًا فَأَتْبَعَ سَبَبًا)[156]. وعند الأصوليين: «هو وصف ظاهر منضبط دل الدليل السمعي كونه معرفا لحكم شرعي». فالوصف «يراد به المعنى وهو ما قابل الذات»، والظاهر: «المعلوم غير الخفي». والمنظبط: «هو المحدد الذي لا يختلف باختلاف الأشخاص والأحوال». ويعرف السبب بالخاصة: «بأنه ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم»[157].

ومعنى هذا أن: «السبب: هو ما يلزم من وجوده وجود الحكم ومن عدمه عدم الحكم لذاته، أي أن يكون وجود شيء ما يستلزم وجود حكم، ويستلزم عدمه عدم ذلك الحكم»[158]. مثال ذلك: الجريمة سبب للعقوبة مثل القتل والجرح سبب للقصاص، والزنى سبب للحد، وشرب الخمر والسرقة والقذف أسباب لعقوباتها، والزواج سبب للتوارث وتحريم المصاهرة وحلية الاستمتاع، والذكاة سبب لحلية الانتفاع بالأكل، والسفر سبب في إباحة القصر والفطر، والاضطرار سبب في إباحة الميتة، وخوف العنت سبب في إباحة نكاح الإماء، والسلس سبب في إسقاط وجوب الوضوء لكل صلاة مع وجود الخارج، وزوال الشمس أو غروبها أو طلوع الفجر أسباب في إيجاب تلك الصلوات، وملك النصاب سبب لوجوب الزكاة.

ويرى جمهور الأصوليين أن السبب: هو ما يوجد عنده الحكم لا به، سواء أكان مناسبا للحكم أم لم يكن كذلك. بينما يرى بعض الأصوليين أن السبب مقصور على ما لم يكن مناسبا، أما إذا كان مناسبا للحكم فيسمى علة، فالسفر سبب لجواز الفطر في رمضان، وهو مناسب لتشريع الحكم مناسبة ظاهرة لما فيه من المشقة التي يناسبها ويلائمها الترخيص والتخفيف. والإسكار سبب ظاهر لتحريم الخمر وهو وصف مناسب، لأنه يؤدي إلى ذهاب العقول وضياعها. والقتل العمد سبب مناسب لوجوب القصاص لأنه يكون سببا لحفظ الأنفس وصيانة الدماء، فمثل هذه الأمور تسمى سببا وعلة عند الجمهور.

وأما دلوك الشمس فهو سبب لوجوب الظهر، قال تعالى: ﴿أَقِمِ الصَّلَاةَ لِدُلُوكِ الشَّمْسِ إِلَى غَسَقِ اللَّيْلِ﴾[159]، والعقول لا تدرك مناسبة ظاهرة بين السبب والحكم. ورؤية شهر رمضان سبب لوجوب الصيام، قال تعالى: ﴿شَهْرُ رَمَضَانَ الَّذِي أُنْزِلَ فِيهِ الْقُرْآنُ هُدًى لِلنَّاسِ وَبَيِّنَاتٍ مِنَ الْهُدَى وَالْفُرْقَانِ فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾[160]، وقال (ص): ﴿صوموا لرؤيته وافطروا لرويته﴾، والعقل لا يدرك مناسبة ظاهرة لتشريع الحكم.

155-سورة الحج، الآية 15.

156-سورة الإسراء، الآيتان 85/84.

157-وهبة الزحيلي، «أصول الفقه الإسلامي»، مرجع سابق، ص:94/93.

158-محمد ابن معجوز، «أصول الفقه»، مرجع سابق، ص:13.

159-سورة الإسراء، الآية 78.

160-سورة البقرة، الآية 185.

وأشهر الحج سبب لوجوب الحج على المستطيع: ﴿الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَعْلُومَاتٌ فَمَنْ فَرَضَ فِيهِنَّ الْحَجَّ فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ وَمَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ يَعْلَمْهُ اللَّهُ وَتَزَوَّدُوا فَإِنَّ خَيْرَ الزَّادِ التَّقْوَى وَاتَّقُونِ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ﴾[161]. ونحن لا نعرف مناسبة معلومة ولا حكمة مفهومة غير اعتبار الشارع ويسمى هذا سببا وعلة عند الجمهور، ولا يسمى علة عند البعض، لأن العلة محصورة فيما بينه وبين الحكم مناسبة ظاهرة[162].

إذن فالسبب في نظر جمهور علماء الأصول أعم في مدلوله من العلة، فكل علة سبب وليس كل سبب علة، فمثلا عقد البيع الدال على الرضا ينقل الملكية، فيقال له: علة وسبب، وأما زوال الشمس وسط السماء: فيقال له: سبب، ولا يقال له علة. وعليه، فإن العلة: «هي الوصف الظاهر المنضبط الذي جعل مناطا لحكم يناسبه». أما السبب فينفرد فيما ليس ظاهر المناسبة، كما يشمل أيضا ما فيه مناسبة، وهذا هو الراجح.

وأما في رأي بعض الأصوليين: فإن بين العلة والسبب تباينا، فالسبب يختص فيما ليس بينه وبين الحكم مناسبة. وأما العلة: «فهي الوصف المناسب لتشريع الحكم» فالسفر على هذا الرأي علة لجواز الفطر، ولا يسمى سببا، وزوال الشمس سبب لصلاة الظهر ولا يسمى علة له.

وأما الحكمة: «فهي المصلحة التي يراد بالحكم تحققها، والمفسدة التي يراد به دفعها». والحكمة لا تصلح معرفة للحكم الشرعي في كل حال من الأحوال، لأنها وصف ظاهر غير منضبط، يختلف باختلاف البيئات وأنظار الناس. وأما العلة: «فهي وصف ظاهر منضبط معرف للحكم»[163].

وينقسم السبب من حيث القدرة على فعله إلى قسمين:

الأول: وهو ما كان فعلا للمكلف مقدورا له كالقتل العمد، فإنه سبب لوجوب القصاص من القاتل، وعقد البيع أو الزواج أو الإجارة أو غيرها أسباب لأحكامها. والملاحظ أن آثار السبب لا تتوقف على إرادة المكلف بل هي مقررة بموجب الشرع أو بمقتضى القانون.

والثاني: وهو ما كان أمرا غير مقدور للمكلف وليس من أفعاله، كدخول الوقت لإيجاب الصلاة، والقرابة للإرث، والصغر لثبوت الولاية على الصغير.

أما السبب في القانون، فينبغي التنبيه إلى أن القانون المغربي لم ينظم السبب بمفهومه الأصولي.

161-سورة البقرة، الآية 197.

162-وهبة الزحيلي، «أصول الفقه الإسلامي»، مرجع سابق،ص:93/94/95.

163-وهبة الزحيلي، «أصول الفقه الإسلامي»، مرجع سابق،ص:95/96.

نعم إن المشرع نظم سبب الالتزام في الفصول (2)[164] و(62)[165] و(63)[166] و(64)[167] (65)[168] من قانون الإلتزامات والعقود. كما أنه تحدث عن السبب في عدة فصول قانونية أخرى. بيد أن أحكام السبب التي سطرها المشرع في قانون الالتزامات والعقود تتعلق بسبب الإلتزام[169]، وهي بالتالي لا تدخل في مفهوم السبب بمعناه الأصولي[170]، لأن السبب عند الأصوليين إنما هو سبب الحكم الشرعي الوضعي، وبالتالي فإن مقابله في القانون لا يمكن أن يتجسد إلا في القاعدة القانونية ذاتها، ولا شك أن استخراج الأسباب أو الشروط أو الموانع من القواعد القانونية إنما هو مهمة فقهية وليس مهمة قانونية تشريعية.

وبالرجوع إلى بعض القواعد القانونية، نلاحظ أنها تنطوي على السبب بمفهومه الأصولي، أي أن المشرع جعل فيها أمرا سببا لأمر آخر منها:

1-المادة (187) من مدونة الأسرة التي نصت على أن: «نفقة كل إنسان في ماله، إلا ما استثني بمقتضى القانون.

164- «الأركان اللازمة لصحة الالتزامات الناشئة عن التعبير عن الإرادة هي:1- الأهلية للالتزام؛ 2- تعبير صحيح عن الإرادة يقع على العناصر الأساسية للالتزام؛ 3-شيء محقق يصلح لأن يكون محلا للالتزام؛ 4-سبب مشروع للالتزام».

165-الفصل 62: «الالتزام الذي لا سبب له أو المبني على سبب غير مشروع يعد كأن لم يكن. يكون السبب غير مشروع إذا كان مخالفا للأخلاق الحميدة أو للنظام العام أو للقانون».

166-الفصل 63: «يفترض في كل التزام أن له سببا حقيقيا ومشروعا ولو لم يذكر».

167-الفصل 64: «يفترض أن السبب المذكور هو السبب الحقيقي حتى يثبت العكس».

168-الفصل 65: «إذا ثبت أن السبب المذكور غير حقيقي أو غير مشروع، كان على من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يقيم الدليل عليه».

169- يرى فقهاء القانون أن السبب ينقسم حسب النظرية التقليدية والنظرية الحديثة إلى نوعين:

1-السبب الموضوعي: وهو السبب الذي يتعلق بمصدر الالتزام مباشرة، ولا يختلف في العقود من عقد إلى آخر، ويطلق عليه كذلك اسم الغرض المباشر، وهو سبب التزام الملتزم، مثل قبض الثمن للبائع وتملك المبيع للمشتري. لكن السبب بهذا المعنى قد يلتبس بآثار العقد، لأن نقل الملكية وأداء ثمن الشراء يدخلان في آثار البيع، والحال أن السبب من جملة الأركان التكوينية للعقد لا من آثاره.

2-السبب الشخصي: ويراد به السبب الدافع أو الباعث على التصرف القانوني وهو الغرض الشخصي البعيد غير المباشر الذي حمل المتعاقد على التعاقد. لذلك فإن السبب في هذا المفهوم الجديد، وهو سبب العقد، يتسم بطابع شخصي بحيث يتغير من عقد لآخر في النوع الواحد من العقود تبعا لمقاصد المتعاقدين. وقد عمدت بعض التشريعات، كالتشريع اللبناني، إلى النص صراحة على وجوب التمييز بين سبب الالتزام وسبب العقد، معتبرة سبب الإلتزام «الدافع الذي يحمل عليه مباشرة على وجه لا يتغير»، وسبب العقد «الدافع الشخصي الذي حمل الفريق العاقد على إنشاء العقد».

170- يرى الأستاذ مامون الكزبري رحمه الله: «أن المشرع المغربي أخذ بالنظرية التقليدية للسبب وصاغ أحكامها في المواد من (62) إلى (65) على النمط الذي اعتمده المشرع الفرنسي في المواد (1131) إلى (1133) من القانون المدني الفرنسي». ثم أضاف: «غير أننا نرى وجوب تفسير نصوص قانون الالتزامات والعقود في ضوء النظرية الحديثة التي اعتمدها القضاء الفرنسي بحيث لا تعتبر هذه النصوص قاصرة على السبب في المفهوم الموضوعي، أي على سبب الالتزام الذي لا يتبدل ولا يتغير في النوع الواحد من العقود، بل شاملة أيضا السبب في المفهوم الشخصي، أي الباعث الرئيسي الذي حمل المتعاقد على التعاقد والذي يختلف من عقد إلى آخر في النوع الواحد من العقود تبعا لمقاصد المتعاقد وأغراضه». مأمون الكزبري، «نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي»، الجزء 1، مطابع دار القلم، بيروت، الطبعة الثالثة، 1974، ص:193.

أسباب وجوب النفقة على الغير: الزوجية والقرابة والالتزام».

وكذلك المادة (152) من مدونة الأسرة التي نصت على أن: «أسباب لحوق النسب:

1-الفراش؛

2-الإقرار؛

3-الشبهة».

ثم المادة (329) من مدونة الأسرة التي نصت على أن: «أسباب الإرث كالزوجية والقرابة أسباب شرعية لا تكتسب بالتزام ولا بوصية، فليس لكل من الوارث أو الموروث إسقاط صفة الوارث أو الموروث، ولا التنازل عنه للغير».

ب- الشرط في الحكم الوضعي:

سوف نتحدث عن مفهوم الشرط (1) ثم عن أنواعه (2)

1- مفهوم الشرط:

عرف الإمام القرافي الشرط بقوله: «والشرط: ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده الوجود ولا العدم لذاته»[171]. وعرفه الأستاذ علال الفاسي بقوله: «والشرط هو ما يتوقف وجود الحكم على وجوده، ويلزم من عدمه عدم الحكم.

فالشرط شيء خارج عن ماهية المشروط يلزم من عدمه عدم المشروط ولا يلزم من وجوده وجوده. وذلك كما يقال بالنظر بذاته، والمقصود بالوجود الوجود الشرعي لأنه الذي ينشأ عنه أثره.

فالزوجية شرط لإيقاع الطلاق، يلزم من عدمها عدم وجود الطلاق،ولا يلزم من وجود الزوجية وجود طلاق ولا عدمه بالنظر لذاتها»[172].

وقال الأستاذ وهبة الزحيلي: «الشرط في اللغة: مصدر بمعنى إلزام الشيء والتزامه، وجمعه شروط، وبتحريك الراء معناه: العلامة وجمعه أشراط، قال تعالى: ﴿فَهَلْ يَنْظُرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ أَنْ تَأْتِيَهُمْ بَغْتَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا فَأَنَّى لَهُمْ إِذَا جَاءَتْهُمْ ذِكْرَاهُمْ﴾[173] أي علامات»[174].

171-شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي المالكي، «الذخيرة في الفقه»، مرجع سابق، ص:69.

172-علال الفاسي، «مدخل في النظرية العامة لدراسة الفقه الإسلامي ومقارنته بالفقه الأجنبي»،مرجع سابق، ص:24.

173-سورة محمد، الآية 18.

174-علال الفاسي، «مدخل في النظرية العامة لدراسة الفقه الإسلامي ومقارنته بالفقه الأجنبي»،مرجع سابق، ص:24.

قال الأستاذ وهبة الزحيلي عن الفرق بين الركن والشرط: «الفرق بين الركن والشرط: الركن والشرط كلاهما يتوقف عليهما وجود الشيء، إلا أن الركن: هو ما يتوقف الشيء على وجوده وكان جزءا من حقيقته أو ماهيته، فالركوع ركن في الصلاة لأنه جزء منها، وكذلك القراءة في الصلاة ركن؛ لأنها جزء من حقيقة الصلاة. والإيجاب والقبول في العقد ركنان، لأنهما جزءان من الحقيقة. وأما الشرط فهو ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان خارجا عن حقيقته، فالطهارة شرط في الصلاة وهي خارج عن الحقيقة. وحضور الشاهدين في النكاح، وتعيين العوضين في البيع من الشروط، لأن كلا منهما ليس من أجزاء العقد. ومن هنا كان للعقود والتصرفات أركان وشروط، فإذا اختل ركن أدى إلى بطلان العقد، وإذا اختل شرط أدى إلى الفساد عند الحنفية، لكونه خللا في الوصف أي أمر خارج عنه. وعند الجمهور يعتبر الخلل في الوصف كالخلل في الأصل». وهبة الزحيلي، «أصول الفقه الإسلامي»، مرجع سابق،ص:100.

2-أنواع الشرط:

قال الأستاذ علال الفاسي: «والشرط إما شرعي، وهو ما وقع بحكم الشارع»[175]. ومن أمثلته: الحول شرط في إيجاب الزكاة، والبلوغ شرط في التكليف مطلقا، والقدرة على التسليم شرط في صحة البيع، والرشد شرط في دفع مال اليتيم إليه، وإرسال الرسل شرط في الثواب والعقاب، والنكاح شرط في وقوع الطلاق أو في حل مراجعة المطلقة ثلاثا، والإحصان شرط في رجم الزاني، والطهارة شرط في صحة الصلاة، والنية شرط في صحة العبادات، فإن هذه الأمور وما أشبهها ليست بأسباب، ولكنها شروط معتبرة في صحة تلك المقتضيات.

ثم قال: «وإما جعلي (اتفاقي) وهو ما يشترطه المكلف. ويدخل فيه ما تعارف الناس عليه حتى أصبح شرطا عرفيا. و(الناس على شروطهم إلا شرطا حرم حلال أو أحل حراما) فإنه يبطل العقد. لأن الشرط مكمل للسبب. فإذا تنافى مع حكمه أبطل سببيته»[176].

وقال الأستاذ وهبة الزحيلي: «يلاحظ من تعريف الشرط أنه ينقسم إلى نوعين:

الأول: ما يكون شرطا للحكم، فمثلا إن الحول شرط في وجوب الزكاة فعدمه يستلزم عدم وجوب الزكاة. والقدرة على التسليم شرط في صحة البيع، فعدمها يستلزم عدم صحته.

الثاني: ما يكون شرطا للسبب كالإحصان، فإنه شرط في سببية الزنى، لوجوب الرجم فعدمه يستلزم عدمها، والقتل العمد العدوان بالنسبة لإيجاب القصاص.

ثم إن الشرط ينقسم إلى قسمين: شرط شرعي وشرط جعلي.

فالشرط الشرعي: هو الذي يكون اشتراطه بحكم الشارع، كالشروط التي اشترطها الشارع في العقود والتصرفات والتي اشترطها للعبادات وإقامة الحدود وغير ذلك. ويفضل أن يجمع الشرط الشرعي هلى (شرائط).

والشرط الجعلي: هو الذي يكون اشتراطه بتصرف المكلف وإرادته. ومثاله: الشروط التي يشترطها الزوج مثلا ليقع الطلاق على زوجته، أو شروط الواقف والواهب والموصي، أو الشروط التي يكون فيها منفعة لأحد المتعاقدين كأن يبيع منزلا على أن يسكنه شهرا أو سنة مثلا، فإن تعليق الطلاق أو الوقف شرط، مقتضاه: أنه يتوقف وجود الطلاق أو الوقف على وجود الشرط، ويلزم من عدمه عدمه فصيغة الطلاق سبب يترتب عليه الطلاق، ولكن إذا توفر الشرط[177].

175-علال الفاسي، «مدخل في النظرية العامة لدراسة الفقه الإسلامي ومقارنته بالفقه الأجنبي»، مرجع سابق، ص:24.

176-علال الفاسي، «مدخل في النظرية العامة لدراسة الفقه الإسلامي ومقارنته بالفقه الأجنبي»، مرجع سابق، ص:24.

177-نصت المادة من مدونة الأسرة: «الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه لا يقع».

والشروط الجعلية مقيدة بحدود شرعية معينة، فليس للشخص أن يشترط أي شرط يريده، بل لا بد من أن يكون غير مناف لحكم العقد أو التصرف، وإلا كان شرطا لاغيا مبطلا للعقد؛ لأن الشرط مكمل للسبب، فإذا نافى حكمه أبطل سببيته، والشروط الجعلية أنواع:

1- الشرط المعلق: وهو كل شرط يعلق فيه الإنسان فيه تصرفه على حصول أمر من الأمور. ومقتضاه: أن لا يوجد أثر للعقد إلا إذا وجد الشرط، وهذا ينافي مقتضى العقد، وهو أن حكمه لا يتراخى عنه. كأن يعلق الإنسان تصرفه على حصول أمر بأحد أدوات التعليق، كإن وإذا ومتى، مثل إذا نجحت في الامتحان تصدقت على الفقراء بمبلغ كذا ...ولهذا بطل البيع المعلق على شرط، أو الزواج المعلق على شرط.

2- الشرط المقيد: هو ما يقترن بالعقود والتصرفات من الالتزامات يشترطها الناس بعضهم على بعض، وحكمه، أنه يعدل من آثار العقد الأصلية. مثال ذلك: أن يبيع الشخص لآخر منزلا على أن يسكنه سنة، أو يتزوج رجل امرأة على أن يقيم معها في منزل أبيها، أو بشرط ألا يخرجها من دمشق.

والخلاصة: إن الشرط الجعلي إذا اعتبره الشارع صار كالشرط الشرعي: أي في الحكم على صحة العقد، وإذا لم يعتبره الشارع فلا يعتبر مثله، وعلى هذا فالحكم الشرعي في الشرط: إنما هو قضاء الشارع على الوصف بكونه شرطا، لا نفس الوصف المحكوم عليه.

3- شرط الإضافة: وهو الذي يقصد به تأخير سريان أحكام العقد إلى زمن المستقبل، كالاتفاق على بدء الإجارة من يوم معين. وحكمه أن العقد ينعقد في الحال سببا للحكم في المستقبل، فهو عقد قائم بين المتعاقدين منذ إنشاء الإضافة»[178].

ويستفاد من دراسة القواعد القانونية أن الشرط في القانون، ينقسم بدوره إلى قسمين:

1- الشروط القانونية: وهي الشروط التي نص عليها المشرع بنفسه، أي أن الشروط القانونية هي الشروط التي تحتويها القواعد القانونية بذاتها، بحيث إن القانون هو الذي يجعل صحة أو فساد بعض الأفعال القانونية مرتبط بوجود هذه الشروط أو انعدامها.

ومن امثلة الشروط القانونية في القانونى المغربي:

- المادة (11) من مدونة الاسرة التي نصت على أنه: «يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا:

1- شفويين عند الاستطاعة، وإلا فبالكتابة أو الإشارة المفهومة؛

2- متطابقين وفي مجلس واحد؛

3- باتين غير مقيدين بأجل أو شرط واقف أو فاسخ».

- المادة (238) من مدونة الأسرة التي نصت على أنه: «يشترط لولاية الأم على أولادها

178- وهبة الزحيلي، «أصول الفقه الإسلامي»، مرجع سابق، ص: 100/101/102.

1- أن تكون راشدة؛

2- عدم وجود الأب بسبب وفاة أو غياب أو فقدان للأهلية، أو بغير ذلك».

- المادة (246) من مدونة الأسرة التي نصت على أنه: «يشترط في كل من الوصي والمقدم: أن يكون ذا أهلية كاملة حازما ضابطا أمينا. للمحكمة اعتبار شرط الملاءة في كل منهما».

- المادة (24) من مدونة الأوقاف التي نصت على أنه: «يشترط لصحة الوقف شرطان:

- الإشهاد على الوقف؛

حوز المال الموقوف قبل حصول المانع مع مراعاة أحكام المادة 10 أعلاه.

يقصد بالمانع في مفهوم هذه المدونة موت الواقف أو إفلاسه».

- المادة (31) من مدونة الأوقاف التي نصت على أنه: «يشترط لصحة وقف شخص محل سكناه إفراغه؛ إما بمعاينة البينة لذلك، أو بكل ما يفيد الإفراغ حكما، مع مراعاة شرط الواقف.

غير أنه إذا اشترط الواقف استمراره في استغلال المحل موضوع الوقف إلى حين حلول أجل وفاته، وجب بقوة القانون إبرام عقد كراء بثمن رمزي لهذا المحل لفائدته إلى حين حلول الأجل المذكور، وعندئذ، وجب تسليم المحل إلى إدارة الأوقاف».

- المادة (71) من مدونة الأوقاف التي نصت على أنه: «يشترط لإجراء أي معاوضة عينية للأوقاف العامة أن تكون العين المعاوض بها محفظة وأن تساوي أو تفوق قيمتها التقديرية قيمة العين الموقوفة، وأن تحقق هذه المعاوضة مصلحة ظاهرة للوقف».

- المادة (118) من مدونة الأوقاف التي نصت على أنه: «توضع الأوقاف المعقبة تحت مراقبة إدارة الأوقاف. ويتولى النظر في شؤون كل وقف معقب ناظر خاص به يعين من طرف الواقف، وإلا فمن طرف السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف بعد استشارة الموقوف عليهم.

ويشترط فيه أن يكون مسلما، متمتعا بالأهلية، قادرا على تسيير المال الموقوف والنظر في شؤونه، و ألا تكون قد صدرت في حقه عقوبة من أجل ارتكاب جريمة من الجرائم المتعلقة بالأموال أو المخلة بالأخلاق».

- المادة (147) من مدونة الحقوق العينية التي نصت على أنه: «يشترط لصحة الرهن الحيازي أن يبرم في محرر رسمي وأن يكون لمدة معينة. يجب أن يتضمن العقد معاينة حوز الملك المرهون إذا كان غير محفظ وذلك تحت طائلة البطلان».

- المادة (240) من مدونة الحقوق العينية التي نصت على أنه: «يشترط لصحة حيازة الحائز:

1- أن يكون واضعا يده على الملك؛

2- أن يتصرف فيه تصرف المالك في ملكه؛

3- أن ينسب الملك لنفسه، والناس ينسبونه إليه كذلك؛

4-ألا ينازعه في ذلك منازع؛

5-أن تستمر الحيازة طول المدة المقررة في القانون؛

وفي حالة وفاة الحائز يشترط بالإضافة إلى ذلك عدم العلم بالتفويت».

-المادة (268) من مدونة الحقوق العينية التي نصت على أنه: «يجب أن يبرم عقد المغارسة في محرر رسمي، ويشترط لصحته أن يعين نوع الشجر المراد غرسه ويبين حصة الغارس في الأرض وفي الشجر».

- المادة (275) من مدونة الحقوق العينية التي نصت على أنه: «يشترط لصحة الهبة أن يكون الواهب كامل الأهلية مالكا للعقار الموهوب وقت الهبة».

- المادة (293) من مدونة الحقوق العينية التي نصت على أنه: «يشترط لصحة طلب الشفعة أن يكون طالبها:

-شريكا في الملك المشاع وقت بيع حصة شريكه في العقار أو الحق العيني؛

-أن يكون تاريخ تملكه للجزء المشاع سابقا على تاريخ تملك المشفوع من يده للحصة محل الشفعة؛

-أن يكون حائزا لحصته في الملك المشاع حيازة قانونية أو فعلية؛

-أن يكون المشفوع منه قد تملك الحصة المبيعة بعوض».

- المادة (314) من مدونة الحقوق العينية التي نصت على أنه: «يشترط لإجراء القسمة أن يكون الملك مملوكا على الشياع للشركاء عند إجرائها، وأن يكون قابلا للقسمة، وأن لا تزول المنفعة المقصودة منه بالنسبة لكل جزء من أجزائه بعد القسمة».

2- الشروط الاتفاقية: نظم المشرع المغربي الأحكام العامة للشرط في الباب الأول من القسم الثاني (أوصاف الالتزام) للكتاب الأول (الالتزامات بوجه عام) من قانون الالتزامات والعقود. وقد خصص له الفصول من (107) إلى (126). ويخضع الشرط بالإضافة إلى الفصول المذكورة إلى الأحكام المسطرة في عدد كبير من النصوص القانونية المتناثرة بين ثنايا مختلف المدونات القانونية أو غيرها من النصوص التشريعية الأخرى.

وقد عرف المشرع المغربي الشرط في الفصل (107) من قانون الالتزامات والعقود بقوله: «الشرط تعبير عن الإرادة يعلق على أمر مستقبل وغير محقق الوقوع، إما وجود الالتزام أو زواله»[179]. ويفهم من هذا التعريف أن الشرط ينقسم إلى نوعين:

1- الشرط الذي يعلق عليه وجود الإلتزام ويعرف بالشرط الواقف، وهو الذي يتوقف عليه وجود الالتزام بحيث إذا تحقق الشرط وجد الالتزام، وإذا تخلف الشرط لا تقوم للإلتزام قائمة ولا يخرج للوجود. ومثال ذلك أن يقع البيع بين شخصين، فيشترط المشتري على البائع أن يحضر السلعة المبيعة بمواصفات

179- خصص الأستاذ مامون الكزبري رحمه الله دراسة مفصلة للشرط في كتابه «نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي»، الجزء 2، مطابع دار القلم، بيروت، الطبعة الأولى، 1970م، ص:(19-63).

معينة داخل أجل محدد، فإذا أحضر البائع السلعة في الوقت المذكور وبالمواصفات المتفق عليها انعقد البيع، وإذا لم يتمكن من ذلك عد البيع كأن لم يكن[180].

2- الشرط الذي يعلق عليه زوال الالتزام ويعرف بالشرط الفاسخ، وهو الذي يتوقف عليه زوال الالتزام بحيث إذا تحقق الشرط زال الالتزام واعتبر كأن لم يكن، وإذا تخلف الشرط أصبح الالتزام باتا. مثال ذلك أن يوافق الدائن على تقسيط دينه شرط أن يدفع المدين هذه الأقساط كل قسط بميعاده وإلا استحق الدين بكامله[181].

ويكفي أن نشير في هذه المناسبة إلى أن المشرع المغربي، كان يجعل في أغلب الأحوال بطلان الشرط مبطلا للإلتزام[182]. بيد أن هذا التوجه التشريعي ما فتيء يتراجع لفائدة توجه آخر وهو أن بطلان الشرط لا يترتب عنه بالضرورة بطلان الالتزام[183].

ويجب التنبيه إلى أن الشرط العرفي يقوم مقام الشرط الاتفاقي ولو لم ينص على ذلك الأطراف[184]. فقد نصت المادة (42) من مدونة الأوقاف، على سبيل المثال، على أنه: «إذا تعلق الوقف بأرض، فإنه يشمل الأرض وكل البناءات والمنشآت والأغراس الموجودة فوقها، ما لم يوجد شرط أو عرف يقضي بخلاف ذلك». كما نصت المادة (187) من مدونة التجارة على أنه: «إذا اشترط وفاء الكمبيالة بعملة غير متداولة في بلد الوفاء، جاز

180- مامون الكزبري، «نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي»، الجزء 2، مرجع سابق، ص:33.

181-مامون الكزبري، «نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي»، الجزء 2، مرجع سابق، ص:34.

182-نص الفصل (108) من قانون الالتزامات والعقود على أن: «كل شرط يقوم على شيء مستحيل أو مخالف للأخلاق الحميدة أو للقانون يكون باطلا ويؤدي إلى بطلان الالتزام الذي يعلق عليه. ولا يصير الالتزام صحيحا إذا أصبح الشرط ممكنا فيما بعد». كما نص الفصل (109) على أنه: «كل شرط من شأنه أن يمنع أو يحد من مباشرة الحقوق والرخص الثابتة لكل إنسان كحق الإنسان في أن يتزوج، وحقه في أن يباشر حقوقه المدنية، يكون باطلا ويؤدي إلى بطلان الالتزام الذي يعلق عليه. ولا يطبق هذا الحكم على الحالة التي يمنع فيها أحد الطرفين نفسه من مباشرة حرفة معينة خلال وقت وفي منطقة محددين». كما أن الفصل (110) من قانون الإلتزامات والعقود نص على أنه: «الشرط الذي ينافي طبيعة الفعل القانوني الذي أضيف إليه يكون باطلا ويبطل الالتزام الذي يعلق عليه. ومع ذلك، يجوز تصحيح هذا الالتزام إذا تنازل صراحة عن التمسك بالشرط الطرف الذي وضع لصالحه».

183-نصت المادة (34) من مدونة الأوقاف على أنه: «يجب التقيد بشروط الواقف والوفاء بها إذا كانت مشروعة وقابلة للتنفيذ. فإذا اقترن الوقف بشرط غير مشروع أو استحال تنفيذه، صح الوقف وبطل الشرط مع مراعاة أحكام الفقرة الأولى من المادة 14 أعلاه». ونصت المادة (14) من مدونة الأوقاف على أنه: «يعتبر باطلا وقف الشخص على نفسه. وفي حالة الوقف على الذكور من أولاد الواقف دون الإناث أو العكس، أو على بعض أولاده دون البعض، اعتبر الوقف صحيحا لهم جميعا والشرط باطلا». ثم نصت المادة (47) من مدونة الأسرة على أن: «الشروط كلها ملزمة، إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده وما خالف القواعد الآمرة للقانون فيعتبر باطلا والعقد صحيحا». ونصت المادة (17) من مدونة التجارة على أنه: «يحق للمرأة المتزوجة أن تمارس التجارة دون أن يتوقف ذلك على إذن من زوجها. كل اتفاق مخالف يعتبر لاغيا». كما نصت المادة (165) من مدونة التجارة على أن: «الساحب ضامن للقبول والوفاء. ويجوز له أن يعفي نفسه من ضمان القبول، ويعد لاغيا كل شرط يقضي بإعفائه من ضمان الوفاء».

184-نص الفصل (231) من قانون الالتزامات والعقود على أنه: «كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية. وهو لا يلزم بما وقع التصريح به فحسب، بل أيضا بكل ملحقات الالتزام التي يقررها القانون أو العرف أو الإنصاف وفقا لما تقتضيه طبيعته».

وفاء مبلغها بعملة هذا البلد حسب قيمتها يوم الاستحقاق. وإذا تأخر المدين عن الوفاء كان للحامل خيار المطالبة بمبلغ الكمبيالة حسب سعر عملة البلد، يوم الاستحقاق أو يوم الوفاء. ويتبع عرف بلد الوفاء في تعيين قيمة العملة الأجنبية...». كما نص الفصل (642) من قانون الالتزامات والعقود على أنه: «يلتزم المكري بدفع الضرائب وغيرها من التكاليف المفروضة على العين المكتراة، ما لم يقض العقد أو العرف بخلاف ذلك».

ج- المانع في الحكم الوضعي:

قال الإمام القرافي عن المانع: «المانع: ما يلزم من وجوده العدم ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم لذاته. فالأول احتراز من السبب، والثاني احتراز من الشرط، والثالث احتراز من مقارنة عدمه لوجود السبب. فالمعتبر من المانع وجوده، ومن الشرط عدمه، ومن السبب وجوده وعدمه»[185].

وقال الأستاذ علال الفاسي: «المانع: هو أمر يوجد مع تحقق السبب وتوافر شروطه ويمنع من ترتب المسبب على سببه»[186].

ويمثل الفقهاء للمانع بعدة أمثلة منها: الحيض مانع من الوطء، والطلاق، والطواف بالبيت، ووجوب الصلوات، وأداء الصيام. والجنون مانع من القيام بالعبادات، وإطلاق التصرفات، وما أشبه ذلك.

ومن أمثلة المانع كذلك كون نكاح الأخت مانع من نكاح الأخرى، ونكاح المرأة مانع من نكاح عمتها وخالتها، والكفر مانع من قبول الطاعات، «وقتل الوارث موروثه مانع من استحقاق الإرث، ونحو ذلك»[187]

وقال الأستاذ وهبة الزحيلي: «المانع: هو ما يلزم من وجوده عدم الحكم أو بطلان السبب، وعرفه الآمدي بقوله: «هو كل وصف ظاهر منضبط مستلزم لحكمة مقتضاها بقاء نقيض حكم السبب مع بقاء حكمة السبب». ويلاحظ أن هذا التعريف لمانع الحكم، أما مانع السبب: «فهو كل وصف يخل وجوده بحكمة السبب يقينا». مثال الأول: الأبوة في القصاص مع القتل العمد العدوان، ومثال الثاني: الدين في باب الزكاة مع ملك النصاب، وبعبارة أخرى هو «ما يلزم من وجوده العدم ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم لذاته».

وينقسم المانع كما يلاحظ من التعريف إلى قسمين: مانع للحكم ومانع للسبب.

1- فالمانع للحكم: «هو الأمر الذي يترتب على وجوده عدم ترتيب الحكم على سببه، مع تحقق السبب» كالشبهة المانعة من إقامة الحد، وكالأبوة المانعة من القصاص عند الجمهور إذا وجد سببه وهو القتل العمد العدوان، وكالقتل المانع من الميراث عدوانا عند المالكية، وعند الحنفية والشافعية والحنابلة: القتل مطلقا سواء

185-شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي، «الذخيرة في الفقه»، مرجع سابق، ص:70/69.

186-علال الفاسي، «مدخل في النظرية العامة لدراسة الفقه الإسلامي ومقارنته بالفقه الأجنبي»،مرجع سابق، ص:25/24.

187-وهبة الزحيلي، «أصول الفقه الإسلامي»، مرجع سابق،ص:93.

أكان عمدا أم خطأ مع تحقق سببه وهو القرابة، وكالحيض أو النفاس فإنه مانع من وجوب الصلاة مع تحقق سببه وهو الوقت.

2-والمانع للسبب: هو الأمر الذي يلزم من وجوده عدم تحقق السبب، كالدين فإنه مانع من وجوب الزكاة، لكونه مانعا من تحقق السبب وهو ملك النصاب، لأن ملك النصاب دليل الغنى، ومع الدين لا يتحقق به غنى، فلا يصلح لترتيب الحكم لأن ما يقابل الدين ليس مملوكا للمدين عند الحقيقة، نظرا لتعلق حقوق الدائنين به.ومثله أيضا: حرية المعقود عليه في البيع، فإنها مانعة من تحقق سبب الملك وهو البيع. و«الاختلاف في الدين مانع من ترتب مسبب الزوجية الصحيحة وهو الميراث»[188].وبالتأمل يلاحظ أن هذا المانع يرجع إلى انتفاء شرط من شروط السبب.

والمانع المراد عند الإطلاق هو مانع الحكم.

«وكما أن الفعل في الحكم التكليفي قد تجتمع فيه الأحكام الخمسة أو بعضها، فكذلك قد يكون الشيء سببا وشرطا ومانعا باعتبارات، فالإيمان سبب في الثواب، وشرط في التكليف، ومانع للقصاص من المسلم للكافر عند الجمهور غير الحنفية»[189].

ومن نماذج الحكم الوضعي في القانون المغربي الذي جعل فيه المشرع أمرا مانعا لأمر آخر يمكن أن نذكر:

1- المادة (36) من مدونة الأسرة التي نصت على أن: «المحرمات بالقرابة أصول الرجل وفصوله وفصول أول أصوله وأول فصل من كل أصل وإن علا»، فالقرابة عند درجة معينة مانع من موانع الزواج،

2- المادة (37) من مدونة الأسرة التي نصت على أن: «المحرمات بالمصاهرة، أصول الزوجات بمجرد العقد، وفصولهن بشرط البناء بالأم، وزوجات الآباء وإن علوا، وزوجات الأولاد وإن سفلوا بمجرد العقد».

3- المادة (38) من مدونة الأسرة التي نصت على أنه: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والمصاهرة.

يعد الطفل الرضيع خاصة، دون إخوته وأخواته ولدا للمرضعة وزوجها.

لا يمنع الرضاع من الزواج، إلا إذا حصل داخل الحولين الأولين قبل الفطام»

4-المادة (39) من مدونة الأسرة التي نصت على أن:«موانع الزواج المؤقتة هي:

1 - الجمع بين أختين، أو بين امرأة وعمتها أو خالتها من نسب أو رضاع؛

2 - الزيادة في الزوجات على العدد المسموح به شرعا؛

188-علال الفاسي، «مدخل في النظرية العامة لدراسة الفقه الإسلامي ومقارنته بالفقه الأجنبي»،مرجع سابق، ص:25/24.

189-وهبة الزحيلي، «أصول الفقه الإسلامي»، مرجع سابق، ص:103/102.

3- حدوث الطلاق بين الزوجين ثلاث مرات، إلى أن تنقضي عدة المرأة من زوج آخر دخل بها دخولا يعتد به شرعا؛

زواج المطلقة من آخر يبطل الثلاث السابقة، فإذا عادت إلى مطلقها يملك عليها ثلاثا جديدة؛

4- زواج المسلمة بغير المسلم، والمسلم بغير المسلمة ما لم تكن كتابية؛

5- وجود المرأة في علاقة زواج أو في عدة أو استبراء»

5- المادة (332) من مدونة الأسرة التي نصت على أنه: «لا توارث بين مسلم وغير المسلم، ولا بين من نفى الشرع نسبه».

6- المادة (233) من مدونة الأسرة التي نصت على أن: «من قتل موروثه عمدا، وإن أتى بشبهة لم يرث من ماله، ولا ديته، ولا يحجب وارثا. من قتل موروثه خطأ ورث من المال دون الدية وحجب».

7- المادة (247) من مدونة الأسرة التي نصت على أنه: «لا يجوز أن يكون وصيا أو مقدما:

1- المحكوم عليه في جريمة سرقة أو إساءة ائتمان أو تزوير أو في جريمة من الجرائم المخلة بالأخلاق؛

2- المحكوم عليه بالإفلاس أو في تصفية قضائية؛

3- من كان بينه وبين المحجور نزاع قضائي أو خلاف عائلي يخشى منه على مصلحة المحجور».

ويجب التنبيه إلى أن هذه «الأمور الثلاثة (السبب والشرط والمانع) لا تجتمع للشيء الواحد، فإذا وقع سببا لحكم شرعي، فلا يكون شرطا فيه نفسه ولا مانعا له لما في ذلك من التدافع، وإنما يكون سببا لحكم، وشرطا لآخر، ومانعا لآخر، ولا يصح اجتماعها على الحكم الواحد، ولا اجتماع اثنين منها من جهة واحدة، كما لا يصح ذلك في أحكام خطاب التكليف.

ح- الرخصة والعزيمة في الحكم الوضعي:

بعد أن ننهي الكلام عن الرخصة(1) سنوجز الكلام عن العزيمة (2)

1- الرخصة:

سوف نتطرق لمفهوم الرخصة (أ) ثم نتوقف عند أقسام الرخصة (ب)

أ- مفهوم الرخصة: قال الإمام القرافي: «الرخصة: جواز الإقدام على الفعل مع اشتهار المانع منه شرعا... ثم الرخصة قد تنتهي للوجوب كأكل المضطر للميتة، وقد لا تنتهي كإفطار المسافر، وقد يباح سببها كالسفر، وقد لا يباح كالغصة لشرب الخمر»[190].

وقال الإمام السرخسي: «والرخصة: ما كان بناء على عذر يكون للعباد، وهو ما استبيح للعذر مع بقاء الدليل المحرم، وللتفاوت فيما هو أعذار العباد يتفاوت حكم ما هو رخصة»[191].

190- شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي، «الذخيرة في الفقه»، مرجع سابق، ص:71.

191- أبو بكر السرخسي، «أصول السرخسي»، دار الكتاب العلمية، بيروت، الطبعة الاولى، 1993، ص:117.

وقال الأستاذ علال الفاسي: «والرخصة: هي ما شرع من الأحكام في حالات خاصة مقتضية للتخفيف. ويحدونها: بأنها استباحة المحظور بدليل مع قيام الحظر... فإفطار رمضان للمسافر، وقصر الصلاة، وتصحيح بعض العقود الاستثنائية التي لا تشتمل على سائر الشروط الضرورية لصحة العقد كالسلم، وبيع الوفاء، والاستصناع والإجارة، كلها رخص، شرعت للتخفيف على الناس»[192].

وقال الأستاذ وهبة الزحيلي: «الرخصة: معناها في اللغة التيسير والتسهيل[193]. قال الجوهري: الرخصة في الأمر خلاف التشديد فيه. ومن ذلك رخص السعر إذا سهل وتيسر. وأما الرخصة بفتح الخاء: فهو الشخص الآخذ بها كما قال الآمدي.

وعند الأصوليين: هي الأحكام التي شرعها الله تعالى بناء على أعذار العباد، رعاية لحاجتهم، مع بقاء السبب الموجب للحكم الأصلي. وعرفها الشاطبي بقوله: «هي ما شرع لعذر شاق استثناء من أصل كلي يقتضي المنع، مع الاقتصار على مواضع الحاجة فيه». وعرفها الشافعية بقولهم: «هي الحكم الثابت على خلاف الدليل لعذر». وقيد «على خلاف الدليل» احترازا عما أباحه الله تعالى من الأكل والشرب وغيرهما، فلا يسمى رخصة، لأنه لم يثبت على المنع منه دليل. والعذر: «هو المشقة والحاجة». وأمثلتها: التلفظ بالكفر عند الإكراه. والأكل من الميتة عن الضرورة. فالعذر في الأول هو الإكراه، وفي الثاني هو: ضرورة حفظ النفس، مع بقاء سبب الحكم الأصلي، وهو في الأول: وجود أدلة وجوب الإيمان وحرمة الكفر، وفي الثاني: هو ضرر الميتة. أما إذا لم يبق السبب الموجب للحكم الأصلي كحل ترك المسلم الثبات لعشرة من الكفار بعد أن كان ممنوعا فلا يسمى رخصة؛ لأن الحكم الأصلي هو وجوب الثبات للعشرة قد زال سببه وهو قلة المسلمين، وحين أبيح لهم ترك الثبات لم يكونوا قلة وإنما كانوا كثرة»[194].

ب-أقسام الرخصة:

يرى الإمام الشاطبي أن: «حكم الرخصة الإباحة مطلقا من حيث هي رخصة»[195]. أي أن الرخصة مباحة من غير تفصيل فيما يتوهم في الوجوب أو الندب. وقد حشد لرأيه جملة من الأدلة. وأما وجوب تناول المحرمات في حال الاضطرار، فيرجع في نظره، إلى عزيمة أخرى هي المحافظة على الحياة، كما دل على ذلك قوله

192-علال الفاسي، «مدخل في النظرية العامة لدراسة الفقه الإسلامي ومقارنته بالفقه الأجنبي»، مرجع سابق، ص:25.

193- قال السرخسي: «والرخصة في اللغة عبارة عن: اليسر والسهولة، يقال: رخص السعر إذا تيسرت الاصابة لكثرة وجود الاشكال وقلة الرغائب فيها، وفي عرف اللسان تستعمل الرخصة في الاباحة على طريق التيسير، يقول الرجل لغيره: رخصت لك في كذا، أي أبحته لك تيسيرا عليك، وقد بينا ما هو العزيمة في الفصل المتقدم، فإن النوافل لكونها مشروعة ابتداء عزيمة، ولهذا لا تحتمل التغيير بعذر يكون للعباد حق لا تصير مشروعة». أبو بكر السرخسي، «أصول السرخسي»، مرجع سابق، ص:117.

194-وهبة الزحيلي، «أصول الفقه الإسلامي»، مرجع سابق، ص:111/110.

195-ابراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي المالكي، «الموافقات في أصول الشريعة»، مرجع سابق، ص:474.

تعالى: ﴿وَأَنْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ)[196]، وقوله عز وجل: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾[197].

ويرى بعض الفقهاء أن الأصل في الرخصة أنها مباحة، بيد أنها قد تكون واجبة أو مندوبة أومباحة أو مباحة مع أفضلية الأخذ بالعزيمة ولو مع وجود رخصة.

1- الرخصة واجبة: تكون الرخصة في بعض الحالات واجبة كما في أكل الميتة للمضطر، فإنه واجب لعذر هو حفظ الحياة، ودليله قوله تعالى: (وَأَنْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ)[198].

2- الرخصة مندوبة: تكون الرخصة مندوبة كقصر الصلاة للمسافر إذا قطع مسافة كبيرة، وإنما كان القصر مندوبا في هذه الحالة لقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: (صدقة تصدق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته). ويستدل بعض الفقهاء على أن الرخصة مندوبة بما روي عن النبي (ص) أنه قال: (إن الله تعالى يحب أن تؤتى رخصه، كما يكره أن تؤتى معصيته). وكذلك حديث: (إن الله يحب أن تؤتى رخصه كما يحب أن تؤتى عزائمه)[199].

3- الرخصة مباحة: الإباحة هي الحكم العام للرخصة عند جمهور الفقهاء، وتكتسي الرخصة صفة الإباحة في عدد من العقود كالسلم[200] والإجارة[201] والمساقاة وشبه ذلك من العقود، فإنها رخصة بلا نزاع، لأن السلم والإجارة عقدان على معدوم مجهول، فجوزت للحاجة إليها. وإنما كانت هذه الأنواع رخصة، لأن طريق كل منهما غير متعين لدفع الحاجة، إذ يمكن الاستغناء عنه بطريق آخر، فالسلم مثلا يمكن الاستغناء عنه بالقرض مثلا.

4- الرخصة مباحة مع تفضيل العزيمة: كفطر المسافر الذي لا يتضرر بالصوم، ذلك أن المسافر يرخص له أن يفطر في رمضان إذا كان في سفره تعب ومشقة، فتكون الرخصة هنا مندوبة. بيد أنه متى أحس المسافر بقدرته على الصيام والسفر من غير تعب ولا مشقة، جاز له أن يفطر، وإن صام كان ذلك أفضل لما جاء

196-سورة البقرة، الأية 195.

197-سورة النساء، الآية 29.

198-سورة البقرة، الأية 195.

199-رواه ابن حبان، رقم 354.

200-عرف المشرع المغربي السلم في الفصل (613) من قانون الالتزامات والعقود بقوله: «السَّلَم عقد بمقتضاه يعجل أحد المتعاقدين مبلغا محددا للمتعاقد الآخر الذي يلتزم من جانبه، بتسليم مقدار معين من الأطعمة أو غيرها من الأشياء المنقولة في أجل متفق عليه. ولا يجوز إثبات بيع السَّلَم إلا بالكتابة».

201-نص الفصل 626 من قانون الالتزامات والعقود على أن: «الإجارة نوعان: إجارة الأشياء وهي الكراء، وإجارة الأشخاص أو العمل».

في قوله تعالى:﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ أَيَّامًا مَعْدُودَاتٍ فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ فَمَنْ تَطَوَّعَ خَيْرًا فَهُوَ خَيْرٌ لَهُ وَأَنْ تَصُومُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾[202].

والظاهر أن هذا الوجه الرابع للرخصة، فيه تكلف كبير، والتباس لحكم الرخصة مع حكم العزيمة.

لذلك نكتفي بالقول إن الأصل في الرخصة أنها مباحة. بيد أنها قد تكون واجبة أو مندوبة حسب الأحوال.

وتجدر الإشارة إلى الرخصة عند الحنفية، تنقسم في آخر المطاف، إلى قسمين: مباح وواجب[203].

2- العزيمة:

قال الإمام القرافي «العزيمة: طلب الفعل الذي لم يشتهر فيه مانع شرعي»[204].

وقال الأستاذ علال الفاسي: «وأما العزيمة: فهي ما شرع أصالة من الأحكام من غير مراعاة لحال دون حال ولا مكلف دون غيره»[205].

202-سورة البقرة، الأيتان 183/184.

203-قال الأستاذ وهبة الزحيلي: «أما الحنفية فقد قسموا الرخصة إلى أربعة أنواع:

الأول: إباحة الفعل المحرم عند الضرورة والحاجة، ومثاله التلفظ بالكفر عند الإكراه عليه بالقتل، أو بقطع بعض الأعضاء، مع اطمئنان القلب بالإيمان. ودليله قوله تعالى: (مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ). مثل الإفطار في رمضان عند الإكراه، والجناية على الإحرام، وإتلاف مال غيره عند الإكراه، وحل الأكل من الميتة عند الجوع الشديد، وإباحة شرب الخمر عند الظمإ الشديد. وحكمه الجواز إلا إذا خاف الشخص هلاك نفسه أو ذهاب عضو من أعضائه، فحينئذ يصير العمل بالرخصة واجبا، فإذا لم يعمل بها حتى مات، كان آثما، لتسببه في قتل نفسه، والله تعالى يقول: (وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ). (وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ). ولكنهم قالوا: إن الأخذ بالعزيمة أولى في حال الإكراه على الكفر، ولو قتل كان مأجورا. واستدلوا عليه بما يروى أن مسيلمة الكذاب أخذ اثنين من أصحاب رسول الله (ص) فقال الأول: ما تقول في محمد؟ قال رسول الله. قال فما تقول في؟ قال وأنت أيضا، فخلى سبيله، وقال للآخر ما تقول في محمد؟ قال: رسول الله... قال: فما تقول في؟ قال: أنا أصم لا أسمع، فأعاد عليه ثلاثا، فأعاد جوابه، فقتله. فبلغ ذلك رسول الله (ص) فقال: (أما الأول فأخذ برخصة الله تعالى، وأما الثاني فصدح بالحق فهنيئا له).

الثاني: إباحة ترك الواجب إذا كان فعله مشقة تلحق المكلف كإباحة الفطر في رمضان للمسافر والمريض، قال تعالى: (فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ). فهذا النص يقضي بأن المسافر والمريض لا يجب عليهما الصوم في حال السفر والمرض. ومثله قصر الصلاة الرباعية في السفر لقوله تعالى: (وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ).

الثالث: إباحة العقود والتصرفات التي يحتاج الناس إليها مع مخالفتها للقواعد المقررة. كعقد السلم ونحوه كما بان في مذهب الشافعية، فإن السلم من قبيل المعدوم، وبيع المعدوم باطل، ولكن الشارع أجازه لحاجة الناس إليه، ومثله عقد الاستصناع.

الرابع: رفع الأحكام الشاقة التي كانت مشروعة في الشرائع السابقة والتخفيف فيها عن الأمة الإسلامية، كاشتراط قتل النفس للتوبة من العصيان: (فَاقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ)، وتطهير الثوب بقطع موضع النجاسة، وإيجاب ربع المال في الزكاة، وبطلان الصلاة في غير موضع العبادة المخصوص، ونحو ذلك مما أشار إليه القرآن الكريم جملة. قال الله تعالى: (رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا). (وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَغْلَالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ). وهذا النوع رخصة مجازا إذ لا شبه بينه وبين الرخصة؛ لأن الأصل لم يبق مشروعا فلا عزيمة حتى يطلق عليه أنه رخصة في مقابلتها. إلا أنه لما ترتب على انتفاء هذه التكاليف من شريعتنا اليسر والسهولة في حقنا بالنسبة للأمم السابقة أطلق عليها عند الحنفية اسم الرخصة تجوزا وتوسعا، أما عند غير الحنفية فلا يعتبر هذا من باب الرخصة». وهبة الزحيلي، «أصول الفقه الإسلامي»، مرجع سابق، ص: 111 إلى 114.

204-شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي، «الذخيرة في الفقه»، مرجع سابق، ص: 71.

205-علال الفاسي، «مدخل في النظرية العامة لدراسة الفقه الإسلامي ومقارنته بالفقه الأجنبي»، مرجع سابق، ص: 25.

وقال الإمام السرخسي: «العزيمة: في أحكام الشرع ما هو مشروع منها ابتداء من غير أن يكون متصلا بعارض. سميت عزيمة لأنها من حيث كونها أصلا مشروعا في نهاية من الوكادة والقوة حقا لله تعالى علينا بحكم أنه إلهنا ونحن عبيده، وله الامر يفعل ما يشاء ويحكم ما يريد، وعلينا الإسلام والانقياد»[206].

وقال الأستاذ وهبة الزحيلي: «العزيمة: في اللغة الرقية أو الإرادة المؤكدة[207]، وهي مأخوذة من عقد القلب المؤكد على أمر ما، فهي القصد المؤكد. ومنه عزم على فعل الشيء: إذا أراد فعله وقطع عليه أو جد في الأمر، كما قال الجوهري وصاحب القاموس: قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ عَهِدْنَا إِلَى آدَمَ مِنْ قَبْلُ فَنَسِيَ وَلَمْ نَجِدْ لَهُ عَزْمًا﴾[208]، كما قال الجوهري وصاحب القاموس: قال تعالى: ﴿فَنَسِيَ وَلَمْ نَجِدْ لَهُ عَزْمًا﴾[209] أي قصدا مؤكدا، وقال سبحانه: ﴿وَلَمَنْ صَبَرَ وَغَفَرَ إِنَّ ذَلِكَ لَمِنْ عَزْمِ الْأُمُورِ﴾[210]، ومنه سمي بعض الرسل أولي العزم لتأكد قصدهم في إظهار الحق، وعند الأصوليين: «ما شرع من الأحكام الكلية ابتداء لتكون قانونا عاما لكل المكلفين في جميع الأحوال، كالصلاة والزكاة وسائر الشعائر الإسلامية الكلية».

«والعزيمة تتنوع إلى الأحكام الخمسة: وهي الواجب والمندوب والحرام والمكروه والمباح، إلا أنها لا تطلق عند المحققين إلا إذا كانت هناك رخصة مقابلة لها. أما ما لا رخصة فيه بحال فلا يطلق عليه اسم العزيمة»[211].

وعليه، فإن العزيمة والرخصة في الأحكام الشرعية الوضعية، تقابل القاعدة والاستثناء في القواعد القانونية. فالقاعدة القانونية العامة هي التي يضعها المشرع ويقصد أو يراهن أن يكون سلوك الناس وفعلهم منضبطا لها ومتسقا معها لما يظنه من غاية اجتماعية أو اقتصادية أو أمنية أو إدارية أو قانونية أو قضائية تحققها هذه القاعدة العامة. بيد أن كثيرا من القواعد القانونية العامة لا تخلوا من الاستثناء. ويمكن أن نضرب لذلك الأمثلة الآتية:

1- نص الفصل (392) مجموعة القانون الجنائي على أنه: «كل من تسبب عمدا في قتل غيره يعد قاتلا، ويعاقب بالسجن المؤبد». وهذه القاعدة العامة التي تمنع القتل وتجرمه يتعذر تطبيقها عندما يكون القتل بسبب الدفاع الشرعي طبقا للفصل (124) من نفس القانون والذي نص على أنه: «لا جناية ولا جنحة ولا مخالفة في الأحوال الآتية: 3- إذا كانت الجريمة قد استلزمتها ضرورة حالة للدفاع الشرعي عن نفس الفاعل

206-أبو بكر السرخسي، «أصول السرخسي»، مرجع سابق، ص:117.

207-قال الإمام السرخسي: «والاسمان من حيث اللغة يدلان على ما ذكرنا، لان العزم في اللغة هو: القصد المؤكد، قال الله تعالى: (فَنَسِيَ وَلَمْ نَجِدْ لَهُ عَزْمًا): أي قصدا متأكدا في العصيان، وقال تعالى: (فَاصْبِرْ كَمَا صَبَرَ أُولُو الْعَزْمِ مِنَ الرُّسُلِ) ومنه جعل العزم يمينا، حتى إذا قال القائل: أعزم كان حالفا، لان العباد إنما يؤكدون قصدهم باليمين». أبو بكر السرخسي، «أصول السرخسي»، مرجع سابق، ص:117.

208-سورة طه، الآية 115.

209-سورة طه، الآية 115.

210-سورة الشورى، الآية 43.

211-وهبة الزحيلي، «أصول الفقه الإسلامي»، مرجع سابق، ص:110/109.

أو غيره أو عن ماله أو مال غيره، بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع خطورة الاعتداء». كما نص الفصل (125) من القانون الجنائي كذلك على أنه: «تعتبر الجريمة نتيجة الضرورة الحالة للدفاع الشرعي في الحالتين الآتيتين:

1- القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب ليلا لدفع تسلق أو كسر حاجز أو حائط أو مدخل دار أو منزل مسكون أو ملحقاتهما.

2-الجريمة التي ترتكب دفاعا عن نفس الفاعل أو نفس غيره ضد مرتكب السرقة أو النهب بالقوة».

2- نص الفصل (268) من قانون الالتزامات والعقود على أنه: «لا محل لأي تعويض، إذا أثبت المدين أن عدم الوفاء بالالتزام أو التأخير فيه ناشئ عن سبب لا يمكن أن يعزى إليه، كالقوة القاهرة، أو الحادث الفجائي أو مَطْل الدائن»[212].

3- نصت المادة (17) من مدونة الأسرة على أنه: «يتم عقد الزواج بحضور أطرافه، غير أنه يمكن التوكيل على إبرامه، بإذن من قاضي الأسرة، المكلف بالزواج وفق الشروط الآتية: 1- وجود ظروف خاصة، لا يتأتى معها للموكل أن يقوم بإبرام عقد الزواج بنفسه».

4- نصت المادة (679) من قانون الالتزامات والعقود على أنه: «لا يسأل المكتري عن الهلاك أو التعيب الحاصل:

أولا - من الاستعمال المألوف والعادي للشيء؛

ثانيا - نتيجة حادث فجائي أو قوة قاهرة لا يعزى أي منهما إلى خطئه».

خ-الصحة والبطلان أو الفساد في الحكم الوضعي:

ترتبط الصحة والبطلان أو الفساد (عدم الصحة) بالآثار التي تترتب عن تطبيق الأحكام الشرعية تطبيقا سليما، أو عن عدم تطبيقها بالمرة، أو تطبيقها لكن على وجه غير صحيح. لذلك يمكن القول إن الصحة والبطلان أو الفساد هي الجزاءات التي تضمن عدم العبث أو الاستخفاف بالأحكام الشرعية (أو النصوص القانونية) كما قد يقع إذا كانت هذه الأحكام الشرعية (أو النصوص القانونية) مجردة من الجزاء.

وقد تكلم إمام الحرمين الجويني عن الصحة والبطلان بقوله: «والصحيح من حيث وصفه بالصحة، ما يتعلق به النفوذ ويعتد به، بأن استجمع ما يعتبر فيه شرعا، عقدا كان أو عبادة»[213]. «والباطل من حيث وصفه بالبطلان ما لا يتعلق به النفوذ ولا يعتد به، بأن لم يستجمع ما يعتبر فيه شرعا، عقدا كان أو عبادة»[214].

212-عرف الفصل (269) من قانون الالتزمات والعقود القوة القاهرة بقوله: «القوة القاهرة هي كل أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقعه، كالظواهر الطبيعية (الفيضانات والجفاف، والعواصف والحرائق والجراد) وغارات العدو وفعل السلطة، ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا».

213-جلال الدين محمد بن احمد المحلي الشافعي، «شرح الورقات في أصول الفقه لإمام الحرمين الجويني»، مرجع سابق، ص:77.

214-جلال الدين محمد بن احمد المحلي الشافعي، «شرح الورقات في أصول الفقه لإمام الحرمين الجويني»، مرجع سابق، ص:78.

وقال الأستاذ علال الفاسي عن الصحة والبطلان: «وإذا باشر المكلف ما كلفه الشارع به من أعمال وما شرعه من أسباب وشروط فلا يخلو، إما أن تكون على وفق ما طلب وشرع، بحيث توفرت شرائطها واجتمعت أركانها، وحينئذ يحكم الشرع بصحتها. وإذا كانت على خلاف ما طلب وشرع. بحيث لم تتوفر جميع شرائطها ولا تحققت كل أركانها، فحينئذ يحكم الشرع ببطلانها، والمقصود بالصحة ترتب آثارها عليها، وبالبطلان عدم ترتب آثارها، ولذلك يقولون: المعدوم شرعا كالمعدوم حسا»[215].

أما الأستاذ وهبة الزحيلي فقد ميز بين الصحيح وغير الصحيح فقال: «والصحيح: هو ما استوفى أركانه وشروطه الشرعية. ويظهر معناه في المعاملات بأن يترتب عليها الآثار المقصودة منها، وأثر المعاملة: ما شرعت له، فالبيع شرع لنقل الملكية، فنقل الملكية أثره، والإجارة شرعت لاستيفاء المنفعة لأحد المتعاقدين، واستحقاق الإجر للآخر، فهذا أثرها، فالمراد من صحة العقد: ترتيب أثره عليه وهو ما شرع له، كحل الانتفاع في البيع، والاستمتاع في النكاح»[216]. ثم قال «... فالصحيح: هو ما صدر من افعال المكلف مستوفيا شروطه وأركانه على الكيفية المطلوبة وتترتب عليه آثاره الشرعية»[217].

أما غير الصحيح فقد قال عنه: «وغير الصحيح: هو ما يصدر على غير تلك الصورة، سواء أكان لاختلال ركن من أركانه أم لفقد شرط من شروطه، وسواء أكان عبادة أم عقدا أم تصرفا. وهذا يشمل الباطل والفاسد، وهما سواء في العبادات والمعاملات، فالصلاة الباطلة كالصلاة الفاسدة لا تسقط الواجب ولا تبريء الذمة؛ والبيع الباطل كالبيع الفاسد، لا يؤدي إلى نقل الملك في البدلين ولا يترتب عليه حكم شرعي. وهذه القسمة الثنائية هي رأي جمهور العلماء.

وقال الحنفية: القسمة الثنائية تجري في العبادات، فهي إما صحيحة أو غير صحيحة؛ وأما العقود والتصرفات أي المعاملات المدنية فالقسمة ثلاثية لأن العقد غير الصحيح ينقسم إلى باطل وفاسد»[218].

«فالباطل: هو الذي يكون الخلل فيه في أصل العقد أي في أساسه، بأن كان في الصيغة أو العاقدين أو المعقود عليه. ولا يترتب عليه أثر شرعي كأن يصدر البيع من مجنون أو صبي لا يعقل. وبعبارة أخرى: الباطل: هو ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه كبيع الملاقيح والمضامين[219]. ويراد بأصل العقد: الركن أو (الإيجاب والقبول) والمحل، ومعنى مشروعية الركن: ألا يعرض له خلل، ومعنى مشروعية المحل: أن يكون مالا متقوما. ويراد بوصف العقد: ما كان خارجا عن الركن والمحل كالشرط المخالف لمقتضى العقد، أو كون المحل غير مقدور

215-علال الفاسي، «مدخل في النظرية العامة لدراسة الفقه الإسلامي ومقارنته بالفقه الأجنبي»، مرجع سابق، ص:25.

216-وهبة الزحيلي، «أصول الفقه الإسلامي»، مرجع سابق،ص:103.

217-وهبة الزحيلي، «أصول الفقه الإسلامي»، مرجع سابق،ص:105.

218-وهبة الزحيلي، «أصول الفقه الإسلامي»، مرجع سابق،ص:106/105.

219-الملاقيح: ما في بطون الإناث. والمضامين: ما في بطون الذكور، وقيل العكس.

التسليم، أو الثمنية، فهي صفة تابعة للعقد، وإن كان البيع يتوقف على الثمن أيضا، ولكن الأصل فيه المبيع، لذا ينفسخ البيع بهلاك المبيع دون هلاك الثمن؛ لأن الثمن ليس مقصودا وإنما هو وسيلة للانتفاع من الأعيان»[220].

«وأما الفاسد: فهو ما كان الخلل فيه وصف من أوصاف العقد بأن كان في شرط من شروطه الخارجة عن ماهيته وأركانه، ويترتب عليه بعض الآثار إذا توافرت أركان التصرف وأموره الأساسية. وبعبارة ثانية: الفاسد: هو ما كان أصله مشروعا ولكن امتنع لوصف عارض. فمثلا بيع المجنون أو الصبي غير المميز أو بيع المعدوم باطل. وأما البيع بثمن غير معلوم أو المقترن بشرط فاسد فهو فاسد، وزواج غير المميز أو زواج المحارم باطل، وأما الزواج بغير شهود فهو فاسد. ولا يترتب على الباطل أي أثر، وأما الفاسد فتترتب بعض الآثار عنه، ولهذا يجب المهر والعدة، ويثبت النسب بالدخول في الزواج الفاسد. والبيع الفاسد يفيد الملك الخبيث إذا اتصل به القبض»[221].

وقد أخذ المشرع المغربي في مدونة الأسرة بالتقسيم بين الصحيح وغير الصحيح في أحكام الزواج. بحيث نصت المادة (50) من مدونة الأسرة على الزواج الصحيح بقولها: «إذا توفرت في عقد الزواج أركانه وشروط صحته، وانتفت الموانع، فيعتبر صحيحا وينتج جميع آثاره من الحقوق والواجبات التي رتبتها الشريعة بين الزوجين والأبناء والأقارب، المنصوص عليها في هذه المدونة».

وعليه، فإن الزواج الصحيح هو الزواج الذي استجمع أركان وشروطه بشكل صحيح وسليم، وانتفت فيه موانع الزواج. وقد ذكر المشرع هذه الأركان والشروط مجتمعة في المادة (13) من مدونة الأسرة[222].

أما الزواج غير الصحيح: فقد نصت عليه المادة عليه (56) من مدونة الأسرة يقولها: «الزواج غير الصحيح يكون إما باطلا وإما فاسدا».

فالزواج الباطل: نصت عليه المادة (57) من مدونة الأسرة بقولها: «يكون الزواج باطلا:

1- إذا اختل فيه أحد الأركان المنصوص عليها في المادة 10 أعلاه؛

2- إذا وجد بين الزوجين أحد موانع الزواج المنصوص عليها في المواد 35 إلى 39 أعلاه؛

3- إذا انعدم التطابق بين الإيجاب والقبول».

220-وهبة الزحيلي، «أصول الفقه الإسلامي»، مرجع سابق،ص:106.

221-وهبة الزحيلي، «أصول الفقه الإسلامي»، مرجع سابق،ص:107/106.

222-نصت المادة (13) من مدونة الأسرة على أنه: «يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

1 - أهلية الزوج والزوجة؛

2 - عدم الاتفاق على إسقاط الصداق؛

3 - ولي الزواج عند الاقتضاء؛

4 - سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه؛

5 - انتفاء الموانع الشرعية».

وبمراجعة الأركان المنصوص عليها في المادة (10)[223] من مدونة الأسرة، يظهر أن الزواج يكون باطلا في الحالات التالية:

1- حالة انعدام الايجاب والقبول مطلقا؛

2- حالة انعدم التطابق بين الإيجاب والقبول؛

3- حالة وجود مانع من الموانع الشرعية للزواج؛

وقد حدد المشرع مآل الزواج الباطل بسبب من الأسباب المذكورة قبلة في المادة (58) من مدونة الأسرة بقوله: «تصرح المحكمة ببطلان الزواج تطبيقا لأحكام المادة (57) أعلاه بمجرد اطلاعها عليه، أو بطلب ممن يعنيه الأمر». ثم ذكر آثاره في الفقرة الثانية من المادة (58) من مدونة الأسرة بقوله: ««يترتب على هذا الزواج بعد البناء الصداق والاستبراء، كما يترتب عليه عند حسن النية لحوق النسب وحرمة المصاهرة».

أما الزواج الفاسد: فقد تعرض له المشرع في المادة (59) من مدونة الاسرة التي نصت على أنه: «يكون الزواج فاسدا إذا اختل فيه شرط من شروط صحته طبقا للمادتين (60) و(61) بعده ومنه ما يفسخ قبل البناء ويصحح بعده، ومنه ما يفسخ قبل البناء وبعده».

والظاهر أن مقصود هذه المادة هو أن الزواج يكون فاسدا إذا فقد شرطا من شروط صحته غير الموجبة للبطلان، أي أن الزواج يكون فاسدا عندما يفقد شرطا من غير الشروط التي يترتب عنها البطلان.

وينقسم الزواج الفاسد إلى نوعين: هما الزواج الفاسد لصداقه (أ) والزواج الفاسد لعقده (ب).

أ- الزواج الفاسد لصداقه:

يكون الزواج فاسدا لصداقه إذا لم تتوفر في الصداق شروطه الشرعية. وقد بينت المادة (60) من مدونة الأسرة مآل الزواج الفاسد لصداقه بقولها: «يفسخ الزواج الفاسد قبل البناء ولا صداق فيه إذا لم تتوفر في الصداق شروطه الشرعية، ويصحح بعد البناء بصداق المثل، وتراعي المحكمة في تحديده الوسط الاجتماعي للزوجين».

ب- الزواج الفاسد لعقده: الزواج الفاسد لعقده هو الزواج الذي اختل فيه شرط من شروط العقد الصحيح غير الموجبة للبطلان. وقد نصت المادة (61) من مدونة الأسرة على أن: «الزواج الفاسد لعقده يفسخ قبل البناء وبعده في الحالات التالية:

1- إذا كان الزواج في المرض المخوف لأحد الزوجين، إلا أن يشفى المريض بعد الزواج؛

2- إذا قصد الزوج بالزواج تحليل المبثوتة لمن طلقها ثلاثا؛

223- نصت المادة (10) من مدونة الأسرة على أنه: «ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر، بألفاظ تفيد معنى الزواج لغة أو عرفا. يصح الإيجاب والقبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب، وإلا فبإشارته المفهومة من الطرف الآخر ومن الشاهدين».

3- إذا كان الزواج بدون ولي في حالة وجوبه.

يعتد بالطلاق والتطليق الواقع في الحالات المذكورة أعلاه، قبل صدور الحكم بالفسخ»[224].

أما قانون الالتزامات والعقود، فقد أخذ بالبطلان والإبطال والفسخ.

«فالبطلان (nullité): هو الجزاء الذي يقرره المشرع إما على عدم توفر ركن من أركان العقد (كما لو كان أحد المتعاقدين صغيرا غير مميز)[225]، أو كان محل الالتزام التعاقدي عملا مستحيلا، أو كان الالتزام يفتقر إلى سبب يحمل عليه)[226]، وإما بموجب نص قانوني يقضي في حالة خاصة ولاعتبارات تتعلق بالنظام العام[227]، ببطلان تصرف ما رغم توفر سائر أركان انعقاده»[228].

«أما الإبطال (annulation): فهو الجزاء الذي يرتبه المشرع إما من شروط العقد (كما لو كانت إرادة أحد المتعاقدين غير سليمة لتعيبها بعيب من عيوب الرضى[229]، أو لو كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية)[230]، وإما بموجب نص قانوني[231] يمنح حق الإبطال لأحد المتعاقدين في بعض الحالات»[232].

224-حددت المادة (64) من مدونة الأسرة آثار الزواج الفاسد بقولها: «الزواج الذي يفسخ تطبيقا للمادتين 60 و61 أعلاه، لا ينتج أي أثر قبل البناء، وتترتب عنه بعد البناء آثار العقد الصحيح إلى أن يصدر الحكم بفسخه».

225-نصت المادة (224) من مدونة الأسرة على أن: «تصرفات عديم الأهلية باطلة ولا تنتج أي أثر».

226-نص الفصل (62) من قانون الالتزامات والعقود على أن: «الالتزام الذي لا سبب له أو المبني على سبب غير مشروع يعد كأن لم يكن. يكون السبب غير مشروع إذا كان مخالفا للأخلاق الحميدة أو للنظام العام أو للقانون».

227-نص الفصل (985) من قانون الالتزامات والعقود على أن: «ينبغي أن يكون لكل شركة غرض مشروع. وتبطل بقوة القانون كل شركة يكون غرضها مخالفا للأخلاق الحميدة أو للقانون أو للنظام العام».

228-مامون الكزبري، «نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي»، مرجع سابق، ص:196.

وقد نص الفصل (306) من قانون الإلتزامات والعقود على أن: «الالتزام الباطل بقوة القانون لا يمكن أن ينتج أي أثر، إلا استرداد ما دفع بغير حق تنفيذا له. ويكون الالتزام باطلا بقوة القانون: 1- إذا كان ينقصه أحد الأركان اللازمة لقيامه؛ 2- إذا قرر القانون في حالة خاصة بطلانه».

229-نص الفصل (39) من قانون الالتزامات والعقود على أنه: «يكون قابلا للإبطال الرضى الصادر عن غلط، أو الناتج عن تدليس، أو المنتزع بإكراه».

230-نص الفصل (4) من قانون الالتزامات والعقود على أنه: «إذا تعاقد القاصر وناقص الأهلية بغير إذن الأب أو الوصي أو المقدم فإنهما لا يلزمان بالتعهدات التي يبرمانها، ولهما أن يطلبا إبطالها وفقا للشروط المقررة بمقتضى هذا الظهير. غير أنه يجوز تصحيح الالتزامات الناشئة عن تعهدات القاصر أو ناقص الأهلية، إذا وافق الأب أو الوصي أو المقدم على تصرف القاصر أو ناقص الأهلية. ويجب أن تصدر الموافقة على الشكل الذي يقتضيه القانون».

231-مثل المادة (315) من مدونة الحقوق العينية التي نصت على أنه: «إذا تمت القسمة بالتراضي جاز لكل من الشركاء أن يطلب إبطالها إذا شاب إرادته عيب من عيوب الرضى - الغلط والتدليس والإكراه - أو إذا لحقه غبن لا يقل عن الثلث بين قيمة ما آل إليه بمقتضى القسمة وبين القيمة الحقيقية لحصته في العقار المقسوم، وتكون العبرة في تقديره لقيمته وقت إجراء القسمة، وللمدعى عليه في هذه الحالة الأخيرة طلب الإبقاء على القسمة إذا هو أكمل للمدعي ما نقص من نصيبه عينا أو نقدا. تتقادم هذه الدعوى في جميع الأحوال بمضي سنة من تاريخ إجراء القسمة».

232-مامون الكزبري، «نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي»، مرجع سابق، ص:197/196.

وقد نص الفصل (311) من قانون الالتزامات والعقود على أنه: «يكون لدعوى الإبطال محل في الحالات المنصوص عليها في الفصول 4 و39 و55 و56 من هذا الظهير، وفي الحالات الأخرى التي يحددها القانون، وتتقادم هذه الدعوى بسنة في كل الحالات التي لا يحدد فيها القانون أجلا مخالفا. ولا يكون لهذا التقادم محل إلا بين من كانوا أطرافا في العقد».

والفرق بين البطلان والإبطال هو أن: «العقد الباطل يبقى باطلا، ولا يقبل الإجازة أو الإقرار، لأن البطلان معناه الانعدام، والإنعدام لا يمكن أن ينقلب وجودا بالإجازة أو الإقرار، فضلا عن أن البطلان له مساس بالنظام العام وليس بمقدور الإجازة أو الإقرار هدم اعتبارات النظام العام.

أما العقد القابل للإبطال فيمكن تصحيحة وتطهيره من العيب الذي يشوبه عن طريق الإجازة أو الإقرار.

والإجازة هي الرضى ببقاء العقد واستمراره نهائيا ممن له حق إبطاله، أو بعبارة أخرى هي التنازل عن حق الإبطال من صاحب هذا الحق.

أما إقرار العقد، فهو رضى شخص ثالث بأن تسري عليه أحكام عقده طرفان آخران، وليس ساريا عليه، كما في حالة بيع ملك الغير، إذا أعقب ذلك رضى المالك بهذا البيع»[233].

«ويتميز البطلان والإبطال عن الفسخ (*résolution*) في أن البطلان أو الإبطال يرجع إلى خلل في تكون العقد، بينما الفسخ يفترض فيه أن العقد نشأ سليما مستوفيا أركان انعقاده وشرائط صحته، ثم حصل أن أخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، فلجأ الطرف الآخر إلى طلب فسخ العقد ليتحلل هو أيضا من الالتزام المترتب عليه[234]. لذلك لا يتصور الفسخ إلا في العقود التبادلية، في حين أن البطلان أو الإبطال يمكن أن يصيب العقود التبادلية والعقود غير التبادلية على حد سواء»[235].

وقد سطر المشرع المغربي الأحكام العامة لبطلان العقود في الفصول (306 إلى310) من قانون الالتزامات والعقود كما نظم إبطالها في الفصول (311 إلى 318) من قانون الإلتزامات والعقود[236].

233- مامون الكزبري، «نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي»، مرجع سابق، ص:227/226.

234- مثل المادة (95) من مدونة الأوقاف التي نصت على أنه: «إذا لم يؤد المكتري كراء ثلاثة أشهر داخل أجل ثمانية أيام من تاريخ توصله بإنذار بالأداء، اعتبر في حالة مطل، وترتب عنه الحق في فسخ العقد مع التعويض».

235- مامون الكزبري، «نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي»، مرجع سابق، ص:197.

236- إضافة إلى الكتب العامة المهتمة بالنظرية العامة للإلتزام، هناك دراسة معمقة للأستاذ أحمد شكري السباعي في موضوع: «نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن»، منشورات عكاظ، الطبعة الثانية، 1987. وهذه الدراسة تشمل بطلان العقود وإبطالها.

المطلب الثاني: مصادر الشريعة الإسلامية: الأدلة الشرعية.

قال شهاب الدين أحمد ابن ادريس القرافي إن أدلة المجتهدين بالاستقراء تسعة عشر هي: «الكتاب، والسنة، وإجماع الأمة، وإجماع أهل المدينة، والقياس، وقول الصحابي، والمصلحة المرسلة، والاستصحاب، والبراءة الأصلية، والعوائد، والاستقراء، وسد الذرائع، والاستدلال، والاستحسان، والأخذ بالأخف، والعصمة، وإجماع أهل الكوفة، وإجماع العشرة، وإجماع الخلفاء الأربعة»[237].

وقد لخص الأستاذ علال الفاسي رحمه الله هذه الأدلة بقوله: «لم يختلف أحد من الأئمة في أن الأصل الأصيل للشريعة الإسلامية هو القرآن الكريم، فهو البذرة التي تكون منها الإسلام بما فيه من عقيدة وعمل وجهاد؛ ثم إنهم اتفقوا على أن السنة هي المصدر الثاني للدين وإنها ضرورة لتبيين القرآن؛ وإعطاء الحكم فيما لم ينص عليه فيه. واختلفوا فيما وراء ذلك من الأدلة التي يرجع إليها؛ فأضاف الجمهور من أئمة السنة؛ إلى الكتاب والسنة مصدرين آخرين هما الإجماع والقياس. وأضاف الجمهور جمع من الأئمة الاستحسان والمصالح المرسلة والاستصحاب ومراعاة العرف وسد الذرائع. وقد تتداخل هذه الأصول في بعضها؛ ومردها كلها إلى الأصلين الأولين، إذ لو اجتمعت الأمة كلها مثلا على مخالفة الكتاب والسنة لكان إجماعهم باطلا»[238].

237-شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي، «الذخيرة في الفقه»، مرجع سابق، ص:149.

وقد تحدث ابن رشد الجد عن مصادر التشريع في فصل أطلق عليه اسم:في الطريق إلى معرفة أحكام الشرائع وقال:«فأحكام شرائع الدين تدرك من أربعة وجوه، أحدها كتاب الله عزوجل الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد، والثاني سنة نبيه عليه الصلاة والسلام الذي قرن الله تعالى طاعته بطاعته وأمرنا باتباع سنته فقال عزوجل:(وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ)، وقال تعالى:(مَنْ يُطِعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ)، وقال:(وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا)، وقال:(وَاذْكُرْنَ مَا يُتْلَى فِي بُيُوتِكُنَّ مِنْ آيَاتِ اللَّهِ وَالْحِكْمَةِ). والحكمة السنة. وقال (لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ). والثالث الإجماع الذي دل تعالى على صحته بقوله:(وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَى وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّى وَنُصْلِهِ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرًا)، لأنه عزوجل توعد باتباع غير سبيل المؤمنين فكان ذلك أمرا واجبا باتباع سبيلهم. وقال رسول الله (ص):(لا تجتمع أمتي على ضلالة)، والرابع الاستنباط وهو القياس على هذه الأصول الثلاثة التي هي الكتاب والسنة والأجماع، لأن الله تعالى جعل المستنبط من ذلك علما وأوجب الحكم به فرضا فقال عزوجل:(وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ)، وقال عزوجل (إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ)، أي بما أراك فيه من الاستنباط والقياس، لأن الذي أراه فيه من الاستنباط والقياس هو مما أنزل عليه وأمره بالحكم به حيث يقول:(وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ)»، أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد القرطبي، «المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات»، مرجع سابق، ص:27/26.

238-علال الفاسي، «مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها»، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الخامسة، 1993، ص:84. وقد استهل العلامة الحسن بن مسعود اليوسي مؤلفه «البدور اللوامع في شرح جمع الجوامع في أصول الفقه» بقوله:«الحمد لله الذي أحكم أصول الشريعة بكتابه المبين، وشيد معالمها بسنة نبيه الأمين، وأيد قواعدها بإجماع المؤمنين، وبسط أكنافها بقياس علماء الدين، واستنباط الإئمة الراسخين، واستدلال الأذكاء الناظرين، وترجيح المهرة المحققين، وشرع بفضله للمقلدين القاصرين استفتاء الفحول المجتهدين». ص: 93. وأضاف في ص: 94/93: «ولما كانت الأحكام الشرعية متعددة، وعلى مرور الأزمان متجددة، نبطت فضلا من الله تعالى بعلل يتأتى بها الانضباط ويستنيرها الاستنباط، فقيض الله تعالى زمرة من فضلاء الأئمة، وعصابة من أعلام الأمه، فاستثمروا من استقرائها قواعد جامعة، وكليات نافعة، فسموها أصول الفقه». «البدور اللوامع في شرح جمع الجوامع في أصول الفقه»، مرجع سابق، ص:94/93.

«ويستدل فقهاء الأصول على هذا الترتيب بما رواه البغوي «عن معاذ ابن جبل أن رسول الله (صلّ) لما بعثه إلى اليمن قال: كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟ قال: أقضي بكتاب الله. قال: فإن لم تجد في كتاب الله؟ قال: فبسنة رسول الله. قال: فإن لم تجد في سنة رسول الله؟ قال أجتهد رأيي ولا آلو، (أي لا أقصر في اجتهادي). قال: فضرب رسول الله على صدره وقال: الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي رسول الله». وما رواه البغوي عن ميمون بن مهران قال: «كان أبو بكر إذا ورد عليه الخصوم نظر في كتاب الله، فإن وجد فيه ما يقضي بينهم قضى به، وإن لم يكن في الكتاب وعلم عن رسول الله في ذلك الأمر سنة قضى بها، فإن أعياه أن يجد سنة رسول الله جمع رؤوس الناس وخيارهم فاستشارهم، فإن أجمع رأيهم على أمر قضى به، وكذلك كان يفعل عمر»[239]. وعقب الأستاذ خلاف بقوله: «وأقرهما على هذا كبار الصحابة، ورؤوس المسلمين ولم يعرف بينهم مخالف في هذا الترتيب»[240].

قال الأستاذ وهبة الزحيلي: «مصادر الأحكام الشرعية: هي الأدلة الشرعية التي تستنبط منها الأحكام الشرعية.

والأدلة جمع دليل. والدليل في اللغة: الهادي إلى شيء حسي (مادي) أو معنوي

وفي الاصطلاح هو ما يتوصل بصحيح النظر فيه إلى حكم شرعي عملي»[241].

وقال أبو اسحاق الشاطبي: «الأدلة الشرعية ضربان: أحدهما: ما يرجع إلى النقل المحض. والثاني: ما يرجع إلى الرأي المحض. وهذه القسمة هي بالنسبة إلى أصول الأدلة، وإلا فكل واحد من الضربين مفتقر إلى الآخر؛ لأن الاستدلال بالمنقولات لا بد فيه من النظر، كما أن الرأي لا يعتبر شرعا إلا إذا استند إلى النقل. فأما الضرب الأول فالكتاب والسنة، وأما الثاني فالقياس والاستدلال ويلحق بكل واحد منهما وجوه، إما باتفاق، وإما باختلاف؛ فيلحق بالضرب الأول الإجماع على أي وجه قيل به ومذهب الصحابي، وشرع من قبلنا؛ لأن ذلك كله وما في معناه راجع إلى التعبد بأمر منقول صرف لا نظر فيه لأحد. ويلحق بالضرب الثاني الاستحسان والمصالح المرسلة إن قلنا: إنها راجعة إلى أمر نظري، وقد ترجع إلى الضرب الأول إن شهدنا أنها راجعة إلى العمومات المعنوية، حسبما يتبين في موضعه من هذا الكتاب بحول الله»[242].

ولتقديم فكرة عامة عن الأدلة الشرعية سوف نتحدث في البداية عن الأدلة الأصلية للشريعة الإسلامية (الفقرة الأولى)، ثم نمر للكلام عن بعض الأدلة التبعية (الفقرة الثانية).

239-عبد الوهاب خلاف، «علم أصول الفقه وخلاصة التشريع الإسلامي»، مرجع سابق، ص:25.

240-عبد الوهاب خلاف، «علم أصول الفقه وخلاصة التشريع الإسلامي»، مرجع سابق، ص:25.

241-وهبة الزحيلي، «أصول الفقه الإسلامي»، مرجع سابق،ص:417.

242-ابراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشاطبي المالكي، «الموافقات في أصول الشريعة»، المجلد 3، مرجع سابق، ص:227.

الفقرة الأولى: الأدلة الأصلية للشريعة الإسلامية.

نقصد بالأدلة الأصلية للشريعة الإسلامية القرآن الكريم (I) والسنة النبوية (II).

I- القرآن الكريم:

بعد أن نتحدث عن مفهوم القرآن الكريم (1)، سوف نتحدث عن حجيته (2) ثم عن أحكامه (3).

1- مفهوم القرآن الكريم:

القرآن الكريم أو الكتاب العزيز هو المرجع الأول الذي تنبع منه جميع المصادر الأخرى للتشريع[243]. قال الإمام الشاطبي: «كتاب الله هو أصل الأصول، والغاية التي تنتهي إليها أنظار النظار، ومدارك أهل الاجتهاد، وليس وراءه مرمى»[244].

والقرآن الكريم: هو كتاب الله عز وجل الذي أنزله على رسوله محمد (ص) باللسان العربي وأمره بتبليغ رسالته. وقد عرفه الأستاذ علال الفاسي رحمه الله بقوله: «هو كلام الله المنزل على نبيه صلى الله عليه وسلم المكتوب في المصاحف والمنقول إلينا نقلا متواترا والمتعبد بتلاوته، أنزل على الرسول منجما (متفرقا) بلفظه ومعناه؛ بلسان عربي مبين. وهو أصل الشريعة ودستور المسلمين، وعماد الدين العام للإنسانية كلها.

يحتوي القرآن على 114 سورة و6219 آية»[245].

ويوصف القرآن الكريم بأنه هو دستور الشريعة أو دستور المسلمين، وقد تم استمداد هذا الوصف من طبيعة قواعد الدستور التي تتميز بعموميتها. وفي هذا يقول الأستاذ مصطفى ابراهيم الزلمي: «الدستور لا يتطرق للجزئيات ولا يتضمن الأحكام التفصيلية ولا يتناول كل شيء بالإسم، وإنما يقتصر على أمهات الأحكام وتأسيس الأسس العامة وتقعيد القواعد الكلية، وصنع إطار عام يتحرك عقل المشرع في حدوده بحيث لا يجوز تشريع قانون يتعارض مع قاعدة من قواعده ولا إصدار تعليمات خارجة عن إطاره، كذلك القرآن الكريم اقتصر على الأسس العامة والقواعد الكلية وصنع إطار أخلاقيا وقال لعقل الإنسان تحرك في ضوء متطلبات الحياة في الدنيا الواسعة شريطة أن يكون هذا التحرك ضمن حدود الإطار الأخلاقي»[246].

243- مصطفى ابراهيم الزلمي، «أصول الفقه في نسيجه الجديد» الجزء 1، شركة الخنساء للطباعة المحدودة، بغداد، الطبعة 10، 2002، ص:24.
قال الحسن بن مسعود اليوسي عن القرآن الكريم: «هذا أول مباحث الأدلة الشرعية وهي: الكتاب، والسنة، والإجماع، والقياس، والاستصحاب، ونحوه كما مر التنبيه عليه، وإنما بدأ بالكتاب لأنه الأصل، لأن السنة مبينة للكتاب، ولم تثبت إلا بثبوته، والإجماع فرع عنهما إذ لا ينعقد إلا على ما ثبت بهما من الأحكام، أو قيس عليه، والقياس كذلك يرجع أصله إليهم، وكذا سائر الأدلة لابد من انبنائها عليهما أو افتقارها إليهما». «البدور اللوامع في شرح جمع الجوامع»، مرجع سابق، الجزء 3، ص:9.

244- ابراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشاطبي المالكي، «الموافقات في أصول الشريعة»، المجلد 3، مرجع سابق، ص:230.

245- علال الفاسي، «مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها»، مرجع سابق، ص:86.

246- مصطفى ابراهيم الزلمي، «أصول الفقه في نسيجه الجديد»، مرجع سابق، ص:26/25.

2- حجية القرآن الكريم:

وقد قسم الفقهاء دلالة آيات القرآن إلى دلالة قطعية و دلالة ظنية. بمعنى أن نصوص القرآن من جهة دلالتها على ما تضمنته من الأحكام تنقسم إلى قسمين: نص قطعي الدلالة على حكمه، ونص ظني الدلالة على حكمه.

قال الأستاذ عبد الوهاب خلاف: «فالنص القطعي الدلالة هو ما دل على معنى متعين فهمه منه، ولا يحتمل تأويلا ولا مجال لفهم معنى غيره منه، مثل قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ﴾ فهذا قطعي الدلالة على أن فرض الزوج في هذه الحال النصف لا غير، ومثل قوله تعالى في شأن الزاني والزانية: ﴿فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ﴾. فهذا قطعي الدلالة على أن حد الزنا مائة جلدة لا أكثر ولا أقل، وكذا كل نص دل على فرض في الإرث مقدر أو حد العقوبة معين أو نصاب محدد، وأما النص الظني الدلالة فهو ما دل على معنى ولكن يحتمل أن يؤول ويصرف هذا المعنى ويراد منه غيره مثل قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾[247]. فلفظ القرء في اللغة العربية مشترك بين معنيين يطلق لغة على الطهر ويطلق لغة على الحيض، والنص دل على أن المطلقات يتربصن ثلاثة قروء، فيحتمل أن يراد ثلاثة أطهار ويحتمل أن يراد ثلاثة حيضات فهو ليس قطعي الدلالة على معنى واحد من المعنيين. ولهذا اختلف المجتهدون في أن عدة المطلقة ثلاثة حيضات أو ثلاثة أطهار. ومثل قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ﴾[248]. فلفظ الميته عام والنص يحتمل الدلالة على تحريم كل ميتة، ويحتمل النص أن يخصص التحريم بما عدا ميتة البحر، فالنص الذي فيه لفظ مشترك أو لفظ عام أو لفظ مطلق أو نحو هذا يكون ظني الدلالة، لأنه يدل على معنى يحتمل الدلالة على غيره»[249].

3- أحكام القرآن

قال الأستاذ عبد الوهاب خلاف: «وقد حدد الفقهاء الأحكام التي جاء بها القرآن في ثلاثة أنواع:

الأول: أحكام اعتقادية تتعلق بما يجب على المكلف اعتقاده في الله عز وجل وملائكته وكتبه ورسله واليوم الأخر؛

والثاني: أحكام خلقية، تتعلق بما يجب على المكلف أن يتحلى به من الفضائل وأن يتخلى عنه من الرذائل؛

247- سورة البقرة، الآية 228.

248- سورة المائدة، الآية 3.

249- عبد الوهاب خلاف، «أصول الفقه وخلاصة التشريع»، مرجع سابق، ص:36.

والثالث: أحكام عملية[250]، تتعلق بما يصدر عن المكلف من أقوال وأفعال وعقود وتصرفات. وهذا النوع الثالث هو فقه القرآن، وهو المقصود الوصول إليه بعلم أصول الفقه.

والأحكام العملية في القرآن تنتظم نوعين: أحكام العبادات من صلاة وصوم وزكاة وحج ونذر ويمين ونحوها من العبادات التي يقصد لها تنظيم علاقة الإنسان بربه، وأحكام المعاملات من عقود وتصرفات وعقوبات وجنايات وغيرها مما عدا العبادات، ومما يقصد بها تنظيم علاقات المكلفين بعضهم ببعض، سواء أكانوا أفرادا أم جماعات، فأحكام ما عدا العبادات تسمى في الاصطلاح الشرعي أحكام المعاملات»[251].

وقد خلص الفقهاء بعد استقراء آيات الأحكام في القرآن الكريم إلى أن هذه الأحكام تفصيلية في العبادات وفي الأحوال الشخصية. أما فيما عدا العبادات والأحوال الشخصية من الأحكام الأخرى التي تعرف بأحكام المعاملات، فإن الأحكام الواردة فيها قليلة، ولم يتم التعرض فيه للتفصيلات الجزئية، إلا في حالات معدودة، لأن الأحكام تتطور بتطور البيئات والمصالح، فاقتصر القرآن فيها على القواعد العامة.

ويكفي أن نورد بعض أحكام القرآن الكريم التي نقلت منها بعض النصوص القانونية المتعلقة بمدونة الأسرة من خلال النماذج الآتية:

1-المحرمات بالقرابة أو النسب: المحرمات بالقرابة أو النسب هن النساء التي ذكرهن الله عزوجل في قوله: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ﴾[252]. وقد ترجم المشرع المغربي معنى هذه الآية الكريمة في المادة (36) من مدونة الأسرة التي نصت على أن: «المحرمات بالقرابة أصول الرجل وفصوله وفصول أول أصوله وأول فصل من كل أصل وإن علا»[253].

250-عرف الأستاذ مصطفى ابراهيم الزلمي الأحكام العملية بقوله: «الأحكام العملية وهي الصفات الشرعية لتصرفات الإنسان القولية منها والفعلية، ككونها واجبة أو مستحبة، أو محرمة، أو مكروهة أو مباحة، وكونها سببا لصحة تصرف أو شرطا له أو مانعا منه، أو كون التصرف صحيحا أو باطلا. كل ذلك لغرض تنظيم العلاقات بين أفراد بني الإنسان بصورة منتجة لآثارها ومحققة لأغراض إنشائها»، «أصول الفقه في نسيجه الجديد» مرجع سابق، ص:26.

251-عبد الوهاب خلاف، «أصول الفقه وخلاصة التشريع»، مرجع سابق، ص:34.

252-سورة النساء، الآية 23.

253- قال ابن رشد: قال ابن رشد في مانع النسب: «واتفقوا على أن النساء اللائي يحرمن من قبل النسب السبع المذكورات في القرآن: الأمهات والبنات والأخوات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت، واتفقوا على أن الأم ههنا: اسم لكل أنثى لها عليك ولادة من جهة الأم أو من جهة الأب، والبنت: اسم لكل أنثى لك عليها ولادة من قبل الابن أو من قبل البنت أو مباشرة، وأما الأخت: فهي اسم لكل أنثى شاركتك في أحد أصليك أو مجموعهما أعني الأب أو الأم أو كليهما، والعمة: اسم لكل أنثى هي أخت لأبيك أو لكل ذكر له عليك ولادة؛ وأما الخالة: فهي اسم لأخت أمك أو أخت كل أنثى لها عليك ولادة؛ وبنات الأخ: اسم لكل أنثى لأخيك عليها ولادة من قبل أمها أو من قبل أبيها أو مباشرة؛ وبنات الأخت: اسم لكل أنثى لأختك عليها ولادة مباشرة أو من قبل أمها أو من قبل أبيها. فهؤلاء الأعيان السبع محرمات، ولا خلاف أعلمه في هذه الجملة. والأصل فيها قوله تعالى: (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ) إلى آخر الآية. وأجمعوا على أن النسب الذي يحرم الوطء بنكاح يحرم الوطء بملك اليمين». أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد القرطبي الحفيد، «بداية المجتهد ونهاية المقتصد»، مرجع سابق، ص:1302.

2- المحرمات بالمصاهرة: نصت المادة (37): «المحرمات بالمصاهرة، أصول الزوجات بمجرد العقد، وفصولهن بشرط البناء بالأم، وزوجات الآباء وإن علوا، وزوجات الأولاد وإن سفلوا بمجرد العقد»[254].

- أصول الزوجات: وهن أمهات الزوجات أو النساء بمجرد العقد على البنات. ودليل تحريمهن هو قول الله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾[255].

- فصول الزوجات: وهن بنات الزوجات وإن سفلن بشرط البناء بالأم. ودليل تحريمهن قول الله عز وجل: ﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾[256].

- زوجات الآباء: وإن علوا بمجرد العقد. ودليل تحريمهن قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾[257].

- زوجات الأبناء: وإن سفلوا بمجرد العقد. ودليل تحريمهن قول الله تعالى: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾[258].

3- المحرمات بالرضاع: ذكر الله عز وجل النساء المحرمات من الرضاع في قوله: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ﴾[259]. وروى الإمام علي رضي الله عنه قال: قال رسول الله (ص): ﴿إن الله حرم من الرضاع ما حرم من النسب﴾[260]. وقد جمعت المادة (38) من مدونة الأسرة المحرمات بالرضاع ونصت على أنه: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والمصاهرة.

يعد الطفل الرضيع خاصة، دون إخوته وأخواته ولدا للمرضعة وزوجها.

254- قال ان رشد في مانع المصاهرة: «وأما المحرمات بالمصاهرة فإنهن أربع: زوجات الآباء، والأصل فيه قوله تعالى: (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) الآية، وزوجات الأبناء، والأصل في ذلك أيضا قوله تعالى: (وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم) وأمهات النساء أيضا، والأصل في ذلك قوله تعالى (وأمهات نسائكم). وبنات الزوجات، والأصل فيه قوله تعالى: (وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن) فهؤلاء الأربع اتفق المسلمون على تحريم اثنين منهن بنفس العقد، وهو تحريم زوجات الآباء والأبناء، وواحدة بالدخول وهي ابنة الزوجة. واختلفوا منها في موضعين: أحدهما هل من شرطها أن تكون في حجر الزوج والثانية هل تحرم بالمباشرة للأم للذة أو بالوطء؟ وأما أم الزوجة فإنهم اختلفوا هل تحرم بالوطء أو بالعقد على البنت فقط؟ واختلفوا أيضا من هذا الباب في مسألة رابعة، وهي هل يوجب الزنا من هذا التحريم ما يوجبه النكاح الصحيح أو النكاح بشبهة» أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد القرطبي الحفيد، «بداية المجتهد ونهاية المقتصد»، مرجع سابق، ص: 1303.

255- سورة النساء، الآية 23.

256- سورة النساء، الآية 23.

257- سورة النساء، الآية 22.

258- سورة النساء، الآية 23.

259- سورة النساء، الآية 23.

260- رواه أحمد، والترمذي وصححه.

لا يمنع الرضاع من الزواج، إلا إذا حصل داخل الحولين الأولين قبل الفطام»[261].

4 - حكم الصداق: قال ابن جزي في حكم الصداق: «وَهُوَ شَرط بِإِجْمَاع. وَلَا يجوز التَّرَاضِي على إِسْقَاطه وَلَا اشْتِرَاط سُقُوطه»[262]. وقال ابن رشد: «أما حكمه فإنهم اتفقوا على أنه شرط من شروط الصحة وأنه لا يجوز التواطؤ على تركه لقوله تعالى: ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾[263] وقوله تعالى: ﴿فَانْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[264] »[265]. وقد أوضحت المادة (13) من مدونة الأسرة حكم الصداق بقولها: «يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: 2-عدم الاتفاق على إسقاط الصداق».

5- مانع الطلاق الثلاث: إذا طلق الرجل زوجته للمرة الثالثة، فإنه لا يحل له أن يتزوجها مرة أخرى، إلا إذا تزوجت زوجا آخر ودخل بها دخولا يعتد به شرعا. والدخول الذي يعتد به شرعا هو الدخول الذي يقع فيه الوطء. فإذا طلقها هذا الزوج الثاني، أو مات عنها، وانقضت عدتها. فيجوز لزوجها الأول أن يتزوجها من جديد. ويعتبر وكأنه تزوجها لأول مرة. وقد بين الله تعالى الطلاق الذي يحق فيه للرجل أن يراجع منه زوجته بقوله: (الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ)[266]. ثم قال: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾[267].

وقد ترجم المشرع المغربي هذا الحكم الشرعي في المادة (39) من مدونة الأسرة بقوله: «موانع الزواج المؤقتة هي: 3- حدوث الطلاق بين الزوجين ثلاث مرات، إلى أن تنقضي عدة المرأة من زوج آخر دخل بها دخولا يعتد به شرعا؛

261-قال ابن رشد في مانع الرضاع: «واتفقوا على أن الرضاع بالجملة يحرم منه ما يحرم من النسب: أعني أن المرضعة تنزل منزلة الأم، فتحرم على المرضع هي وكل من يحرم على الابن من قبل أم النسب. واختلفوا من ذلك في مسائل كثيرة، والقواعد منها تسع: إحداها: في مقدار المحرم من اللبن. والثانية: في سن الرضاع. والثالثة: في حال المرضع في ذلك الوقت عند من يشترط للرضاع المحرم وقتا خاصا. والرابعة: هل يعتبر فيه وصوله برضاع والتقام الثدي أو لا يعتبر. والخامسة: هل يعتبر فيه المخالطة أم لا يعتبر. والسادسة: هل يعتبر فيه الوصول من الحلق أو لا يعتبر والسابعة: هل ينزل صاحب اللبن: أعني الزوج من المرضع منزلة الأب، وهو الذي يسمونه لبن الفحل أم ليس ينزل منه بمنزلة أب. والثامنة: الشهادة على الرضاع. والتاسعة: صفة المرضعة». أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد القرطبي الحفيد، «بداية المجتهد ونهاية المقتصد»، مرجع سابق، ص:1309.

262-محمد بن احمد بن جزي الغرناطي المالكي، «القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية»، مرجع سابق، ص:348.

263-سورة النساء، الآية 4.

264-سورة النساء، الآية 25.

265-أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد القرطبي الحفيد، «بداية المجتهد ونهاية المقتصد»، مرجع سابق، ص:1270.

266-سورة البقرة، الآية 229.

267-سورة البقرة، الآية 230.

زواج المطلقة من آخر يبطل الثلاث السابقة، فإذا عادت إلى مطلقها يملك عليها ثلاثا جديدة».

6- أحكام الميراث: أخذت أغلب أحكام الميراث من القرآن الكريم، وخاصة من قول الله تعالى:

﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ آبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعًا فَرِيضَةً مِنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا (11) وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ (12) تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا وَذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ (13)﴾[268].

وقد نظم المشرع أحكام الميراث في الكتاب السادس من مدونة الأسرة ويضم المواد من (321 إلى 395).

II - السنة النبوية:

يجب أن نتكلم عن مفهوم السنة النبوية (1) ثم عن حجيتها (2) وبعد ذلك نتكلم عن أنواعها (3) وعن وظائفها (4).

1- مفهوم السنة النبوية:

قال أبو اسحاق الشاطبي: «يطلق لفظ (السنة) على ما جاء منقولا عن النبي صلى الله عليه وسلم على الخصوص، مما لم ينص عليه الكتاب العزيز، بل إن ما نص عليه من جهته عليه الصلاة والسلام، كان بيانا لما في الكتاب أولا.

ويطلق أيضا في مقابلة البدعة، فيقال: «فلان على سنة» إذا عمل وفق ما عمل عليه النبي صلى الله عليه وسلم، كان ذلك مما نص عليه الكتاب أولا، ويقال: «فلان على بدعة» إذا عمل على خلاف ذلك. وكأن الإطلاق إنما اعتبر فيه عمل صاحب الشريعة، فأطلق عليه لفظ السنة من تلك الجهة، وإن كان العمل بمقتضى الكتاب.

ويطلق أيضا لفظ السنة على ما عمل عليه الصحابة، وجد ذلك في الكتاب أو السنة أو لم يوجد، لكونه اتباعا لسنة ثبتت عندهم لم تنقل إلينا، أو اجتهادا مجتمعا عليه منهم أو من خلفائهم، فإن إجماعهم إجماع، وعمل خلفائهم راجع أيضا إلى حقيقة الإجماع، من جهة حمل الناس عليه حسبما اقتضاه النظر

268-سورة النساء، الآيات 11 إلى 13.

المصلحي عندهم. فيدخل تحت هذا الإطلاق المصالح المرسلة والاستحسان؛ كما فعلوا في حد الخمر، وتضمين الصناع وجمع المصحف، وحمل الناس على القراءة بحرف واحد من الحروف السبعة، وتدوين الدواوين، وما أشبه ذلك. ويدل على هذا الإطلاق قوله عليه الصلاة والسلام: (عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين). وإذا جمع ما تقدم تحصل منه في الإطلاق أربعة أوجه: قوله عليه الصلاة والسلام، وفعله، وإقراره - وكل ذلك إما متلقى بالوحي أو الاجتهاد، بناء على صحة الاجتهاد في حقه- وهذه ثلاثة. والرابع ما جاء عن الصحابة أو الخلفاء. وهو وإن كان ينقسم إلى القول والفعل والإقرار، ولكن عد وجها واحدا، إذ لم يفصل الأمر فيما جاء عن الصحابة تفصيل ما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم»[269].

وبخلاف ما جاء في «الموافقات في أصول الشريعة» للإمام الشاطبي، فإن أغلب علماء الأصول يرون أن السنة تشمل فقط أقوال النبي (ص) وأفعاله وتقريراته دون غيرها، وإن عمل الصحابة يعد بذاته من أدلة التشريع ولكنه مستقل عن السنة النبوية، ونظن أن إخراج أقوال الصحابة غير المروية عن النبي (ص) وأفعالهم وتقريراتهم من السنة النبوية مصادف للصواب.

قال الأستاذ علال الفاسي رحمه الله: «السنة لغة الطريقة المسلوكة.

وتطلق على الشيء المعتاد محمودا كان أو مذموما وعليه الحديث: (من سن سنة حسنة فله أجرها وأجر من عمل بها إلى يوم القيامة. ومن سن سنة سيئة فله وزرها ووزر من عمل بها إلى يوم القيامة). وهي عند الفقهاء ما طلب فعله لا على جهة الواجب أو ما أثيب على فعله ولم يعاقب على تركه.

وعند المحدثين: أفعال النبي صلى الله عليه وسلم وأقواله وتقريراته سواء صدرت عنه باعتباره رسولا أم باعتباره إنسانا.

وعند الأصوليين: ما صدر من النبي صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير من جهة دلالته على أحكام الشريعة»[270].

وقال الأستاذ محمد أبو زهرة: «السنة النبوية: هي أقوال النبي (ص) وأفعاله وتقريراته، فالسنة على ذلك تنقسم إلى ثلاثة أقسام: سنة قولية، وسنة فعلية، وسنة تقريرية، ومثال السنة القولية، وهي أكثر السنة، قوله (ص): ﴿صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته﴾ وقوله (ص): ﴿من نام عن الصلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها﴾.

ومثال السنة الفعلية صلاته (ص) وحجه، وقد قال (ص): ﴿صلوا كما رأيتموني أصلي﴾. وقال (ص): ﴿خذوا عني مناسككم﴾. ومن السنة الفعلية ما كان يفعله صلى الله عليه وسلم في الحروب فإنها تعد مشروعة بسبب فعله لها.

269-أبو اسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشاطبي، «الموافقات في أصول الفقه»، مرجع سابق، المجلد 4، ص:289 إلى 293.

270-علال الفاسي، «مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها»، مرجع سابق، ص:108.

والسنة التقريرية وهي أن يرى النبي فعلا أو يسمع قولا فيقره فقد يقع من أصحابه في حضرته أقوال وأفعال فلا ينكرها فيعد ذلك إقرارا لها، ومن ذلك إقراره لمن تيمم من الصحابة للصلاة إذا لم يجدوا الماء ثم وجدوه بعد الصلاة، وإقراره لعلي في كثير من أقضيته، وإقراره لمن أكلوا حمار الوحش، وهكذا كثير من المسائل التي تقع من الصحابة في حضرته أو غيبته ويقرها، فإن إقرارها بيان شرعيتها»[271].

وقال الأستاذ مصطفى احمد الزرقا: «يطلق لفظ السنة على جاء منقولا عن الرسول (ص) من قول أو فعل أوتقرير. وهي بهذا المعنى مرادفة للفظ الحديث.

وقد تطلق على معنى الواقع العملي في تطبيقات الشريعة في عصر النبوة، أي الحالة التي جرى عليها التعامل الإسلامي في ذلك العصر الأول»[272].

2- حجية السنة:

قال الأستاذ علال الفاسي رحمه الله: «وقد اتفق معظم المسلمين على القول بحجية السنة. وخالف في ذلك بعض الناس إذ عظم عليهم إعطاء السنة نفس المركز الذي أعطي للقرآن. وقد ذكر الشافعي شبههم في كتابه الأم، وتنحصر في:

1- إن القرآن نزل مبينا لكل شيء، وهو عربي مفهوم الدلالة فلا يحتاج إلى بيان غير ما تقتضيه معانيه العربية؛

2- إن رواة الحديث لا يمكن تبرئتهم من أحد الأمور إما الكذب أو الخطأ أو النسيان؛

3- إن رواية (رواية الحديث) السنة لا يمكن أن تقرن بالقرآن الثابت ثبوتا قطعيا فكيف يصح أن تبينه وتصبح قاضية عليه بتخصيص أو تفضيل؛

4- إن القرآن دون في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم. أما السنة فإنها لم تكتب في عهده بل ثبت في الحديث الذي رواه مسلم عن أبي سعيد الخدري: ﴿لا تكتبوا عني، ومن كتب عني غير القرآن فليمحه؛ وحدثوا عني بلا حرج؛ ومن كذب علي متعمدا فليتبوأ مقعده من النار﴾»[273].

وقد بين الأستاذ علال الفاسي رحمه الله رد العلماء على من تردد في حجية السنه بقوله: «وقد رد عليهم الجمهور بوجوه كثيرة منها:

1- إن الله أرسل نبيه مبلغا وقال له: ﴿يَا أَيُّهَا الرَّسُولُ بَلِّغْ مَا أُنْزِلَ إِلَيْكَ مِنْ رَبِّكَ وَإِنْ لَمْ تَفْعَلْ فَمَا بَلَّغْتَ رِسَالَتَهُ وَاللَّهُ يَعْصِمُكَ مِنَ النَّاسِ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الْكَافِرِينَ﴾[274]. وقد بلغ عليه السلام الرسالة بلفظ

271-محمد أبوزهرة، «أصول الفقه»، مرجع سابق، ص:105.

272-مصطفى أحمد الورقا، «المدخل الفقهي العام»، المجلد 1، دارالقلم، دمشق، الطبعة الثانية، 2004، ص:75.

273-علال الفاسي، «مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها»، مرجع سابق، ص:110/108.

274-سورة المائدة، الآية 67.

القرآن، وببيانات منه عليه السلام. وقال له سبحانه: ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ﴾[275]، ومما يشمل التبيين تخصيص العام وتقييد المطلق وتفصيل المجمل.

2- إن الله تعالى فرض على المؤمنين طاعة الرسول مقرونة بطاعة الله فقال: ﴿أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾[276]. وقال تعالى: ﴿مَنْ يُطِعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ وَمَنْ تَوَلَّى فَمَا أَرْسَلْنَاكَ عَلَيْهِمْ حَفِيظًا﴾[277]. وأي دليل على ضرورة اتباع أقواله وأحكامه عليه السلام كهذه الآية: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِينًا﴾[278].

3- فرض القرآن على المسلمين الاستجابة للنبي إذا دعاهم لما يحييهم في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اسْتَجِيبُوا لِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ إِذَا دَعَاكُمْ لِمَا يُحْيِيكُمْ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَحُولُ بَيْنَ الْمَرْءِ وَقَلْبِهِ وَأَنَّهُ إِلَيْهِ تُحْشَرُونَ﴾[279].

4- فرض القرآن طاعة النبي والاستجابة لأحكامه وذم الإعراض عنها: ﴿وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِنْهُمْ مُعْرِضُونَ (48) وَإِنْ يَكُنْ لَهُمُ الْحَقُّ يَأْتُوا إِلَيْهِ مُذْعِنِينَ (49) أَفِي قُلُوبِهِمْ مَرَضٌ أَمِ ارْتَابُوا أَمْ يَخَافُونَ أَنْ يَحِيفَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ وَرَسُولُهُ بَلْ أُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ (50) إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ الْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَنْ يَقُولُوا سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ (51) وَمَنْ يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَخْشَ اللَّهَ وَيَتَّقْهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَائِزُونَ (52)﴾[280].

5- ربط اتباع النبي بمحبة الله وجعله دليلا عليها في قوله تعالى: ﴿قُلْ إِنْ كُنْتُمْ تُحِبُّونَ اللَّهَ فَاتَّبِعُونِي يُحْبِبْكُمُ اللَّهُ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ (31). قُلْ أَطِيعُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَإِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْكَافِرِينَ(32)﴾[281].

وجماع الآيات في ضرورة طاعة الرسول وامتثال ما جاء به قوله تعالى: ﴿وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ﴾[282].

6- إن كثيرا من الأحكام الشرعية وردت مجملة في القرآن الكريم كما سبقت الإشارة إليه ولم نعرف تفصيلها إلا من السنة. فالصلاة أمرنا بها ولكننا لم نعرف صفتها إلا من عمله عليه الصلاة والسلام ومن قوله: ﴿صلوا كما رأيتموني أصلي﴾، وكذلك الصيام وأحكامه والزكاة والحج.

275-سورة النحل، الآية 44.

276-سورة النساء، الآية 59.

277-سورة النساء، الآية 80.

278-سورة الأحزاب، الآية 36.

279-سورة الأنفال، الآية 24.

280-سورة النور، الآيات 52/51/50/49/48.

281-سورة آل عمران، الآيتان 32/31.

282-سورة الحشر، الآية 7.

7- ثم إن الصحابة رضوان الله عليهم التزموا العمل بالسنة وأجمعوا على ذلك في أقوالهم وأفعالهم وكانوا متى ثبت لديهم من عمله عليه السلام أو قوله أو تقريره وقفوا عنده ولم يخالفوه إلى غيره أبدا»[283].

8- إن الأمر بعدم كتابة السنة كان مؤقتا لظروف احتماعية ودينية اقتضت ذلك. ومنها أن الرسول (ص) كان حريصا على كتابة القرآن الكريم وحفظه قبل كل شيء. كما أنه كان يخشى أن يختلط على الصحابة أثناء تلقيهم القرآن وكتابته؛ ما يكتبونه من القرآن مع يكتبونه من السنة. فأراد عليه السلام أن يحتاط لذلك فأمرهم بالاقتصار على حفظ السنة عن طريق الرواية والتحميل، والعناية بكتابة القرآن وحده.

2- أنواع السنة:

قال ابن رشد الجد: «والسنة تنقسم إلى أربعة أقسام:

1- سنة لا يردها إلا كافر يستتاب فإن تاب وإلا قتل، وهي ما نقل بالتواتر فحصل العلم به ضرورة، كتحريم الخمر، وأن الصلوات خمس، وأن رسول الله أمر بالآذان، وأن القبلة هي الكعبة وما شبه ذلك.

2- وسنة لا يردها إلا أهل الزيغ والتعطيل، إذ قد أجمع أهل السنة على تصحيحها وتأويلها، وأحاديث الشفاعة والرؤية وعذاب القبر وما أشبه ذلك.

3- وسنة توجب العلم والعمل وإن خالف فيها مخالفون من أهل السنة، وذلك نحو الأحاديث في المسح على الخفين وأن ما دون المسكر من الأنبذة حرام.

4- وسنة توجب العمل ولا توجب العلم، وهو ما ينقله الثقة عن ثقة، وهو كثير في كل نوع من الشرائع، وهو نحو ما أمر الله به من الحكم بشهادة الشاهدين العدلين وإن كان الكذب والوهم جائزا عليهما فيما شهدا به»[284].

بيد أن أغلب الفقهاء يقسمون السنة إلى قسمين. قال الأستاذ علال الفاسي رحمه الله في أنواع السنة: «والسنة قسمان: متواترة، وأخبار آحاد»[285].

283- علال الفاسي، «مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها»، مرجع سابق، ص: 111/110.

284- أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد القرطبي، «المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات»، مرجع سابق، ص: 33/32.

285- علال الفاسي، «مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها»، مرجع سابق، ص: 112.

قال إمام الحرمين الجويني: «فالخبر ما يدخله الصدق والكذب، لاحتماله لهما من حيث إنه خبر كقولك قام زيد يحتمل أن يكون صدقا وأن يكون كذبا وقد يقطع بصدقه أو كذبه أمر خارجي. الأول كخبر الله تعالى. والثاني كقولك الضدان لا يجتمعان». «شرح الورقات في أصول الفقه لإمام الحرمين الجويني»، مرجع سابق، ص: 191/190.

وقال إمام الحرمين الجويني: «والخبر ينقسم إلى قسمين آحاد ومتواتر». جلال الدين محمد بن احمد المحلي الشافعي، «شرح الورقات في أصول الفقه لإمام الحرمين الجويني»، مرجع سابق، ص: 191.

وقد عرف إمام الحرمين الجويني المتواتر بقوله: «فالمتواتر ما يوجب العلم وهو أن يروي جماعة لا يقع التواطؤ على الكذب عن مثلهم وهكذا إلى أن ينتهي إلى المخبر عنه فيكون في الأصل عن مشاهدة أو سماع لا عن اجتهاد كالإخبار عن مشاهدة مكة أو سماع خبر الله تعالى من النبي بخلاف الإخبار عن مجتهد فيه كإخبار الفلاسفة بقدم العالم»[286].

وعرفه الأستاذ علال الفاسي بقوله: «فالمتواتر ما نقل عن النبي (ص) برواية جماعة يؤمن تواطؤهم على الكذب عن جماعة مثلهم حتى يصلوا إلى الرسول»[287].

أما الآحاد فقد عرفه إمام الحرمين الجويني بقوله: «والآحاد وهو مقابل المتواتر هو الذي يوجب العمل ولا يوجب العلم لاحتمال الخطإ فيه»[288]. «وينقسم إلى قسمين مرسل ومسند»[289]. «فالمسند ما اتصل إسناده بأن صرح برواته كلهم»[290]. «والمرسل ما لم يتصل إسناده بأن أسقط بعض رواته»[291]. «فإن كان من مراسيل غير الصحابة رضي الله عنهم فليس بحجة لاحتمال أن يكون الساقط مجروحا، إلا مراسيل سعيد بن المسيب من التابعين أسقط الصحابي وعزاها للنبي صلى الله عليه وسلم فهي حجة، فإنها فتشت أي فتش عنها فوجدت مسانيدها أي رواها له الصحابي الذي أسقطه عن النبي، وهو في الغالب صهره أبو زوجته أبو هريرة رضي الله عنه.

أما مراسيل الصحابة بأن يروي صحابي عن صحابي عن النبي ثم يسقط الثاني فحجة لأن الصحابة كلهم عدول»[292].

أما الأستاذ علال الفاسي رحمه الله فقد عرف خبر الآحاد بقوله: «وكل ما ليس كذلك - أي ليس متواترا - فهو خبر آحاد»[293].

وقد «اختلف العلماء هل يفيد التواتر العلم القطعي بالضرورة كالمشاهدة بالعيان أو إنما يفيد القطع في الاستدلال والنظر.

وثالث الأقوال أن المتواتر لا يفيد القطع مطلقا، وإنما يفيد طمأنينة فوق التي تفيدها أخبار الآحاد»[294].

286-جلال الدين محمد بن احمد المحلي الشافعي، «شرح الورقات في أصول الفقه لإمام الحرمين الجويني»، مرجع سابق، ص:192/191.

287-علال الفاسي، «مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها»، مرجع سابق، ص:112.

288-جلال الدين محمد بن احمد المحلي الشافعي، «شرح الورقات في أصول الفقه لإمام الحرمين الجويني»، مرجع سابق، ص: 193.

289-جلال الدين محمد بن احمد المحلي الشافعي، «شرح الورقات في أصول الفقه لإمام الحرمين الجويني»، مرجع سابق، ص:193.

290-جلال الدين محمد بن احمد المحلي الشافعي، «شرح الورقات في أصول الفقه لإمام الحرمين الجويني»، مرجع سابق، ص: 194.

291-جلال الدين محمد بن احمد المحلي الشافعي، «شرح الورقات في أصول الفقه لإمام الحرمين الجويني»، مرجع سابق، ص: 194.

292-جلال الدين محمد بن احمد المحلي الشافعي، «شرح الورقات في أصول الفقه لإمام الحرمين الجويني»، مرجع سابق، ص:195 إلى197.

293-علال الفاسي، «مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها»، مرجع سابق، ص:112.

294-علال الفاسي، «مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها»، مرجع سابق، ص:112.

وبعد تدوين السنة النبوية وتدقيقها مراجعتها وتحريرها خلص العلماء إلى أن: «الأحاديث المتواترة نادرة جدا، وقد أفردها العلماء بالتآليف. وممن ألف فيها ابن حجر والسيوطي. ومن المتأخرين محمد بن جعفر الكتاني. وفي بعض ما ذكره من الأحاديث المتواترة مقال»[295].

«ولا نزاع بين الأئمة في صحة الاستدلال بالحديث المتواتر سواء في الاعتقادات أو في الأعمال أو في الفضائل»[296].

«وأما الحديث الصحيح من خبر الآحاد فذهب جمهور الأئمة للعمل به في ما عدا العقائد. ودليلهم في ذلك قول النبي (ص) ﴿نظر الله امرءا سمع مقالتي فوعاها فأداها لمن سمعها فرب مبلغ أوعى من سامع﴾.

وأعظم دليل على حجية العمل بالصحيح أن النبي (ص) كان يرسل عماله ورسله إلى الناس لتبليغهم أوامره ونواهيه ولو لم يكن ذلك كافيا في التبليغ لاحتاج عليه السلام إلى إرسال جمع يستحيل عادة تواطؤهم على الكذب وقد عين النبي عليه السلام عمالا على نواح وعرفت أسماؤهم وأسماء الجهات التي عينوا فيها. ولو كان التواتر شرطا لما صح لأحد أن يعطي لعامل زكاة أو يطيع له أمرا»[297].

«وأما بالنسبة للعقيدة فخبر الآحاد لا يقوى على إثباتها لأنه ظني الثبوت وظني الدلالة ولا يمكن الاعتقاد إلا فيما هو قطعي الثبوت. وأما غير الصحيح من أخبار الآحاد فقد اتفقوا على العمل بها في فضائل الأعمال إذا لم يشتد ضعفها ولم تتعارض مع غيرها من الأخبار الصحيحة»[298].

«وللحديث علم خاص يبين أقسام خبر الآحاد ومراتبها ومذهب كل واحد من المحدثين في الآخذ بها أو طرحها»[299].

«وقد دونت السنة في مجموعات عظيمة اتفق العلماء على اعتماد الموطأ للإمام مالك وعلى الكتب الستة، وهي البخاري ومسلم والترمذي والنسائي وأبو داود وابن ماجة»[300].

«وشروط الصحة في الحديث هي: عدالة الراوي وأن يكون حافظا واعيا ضابطا لما يسمع ويعي. وأن لا يكون في المتن المروي شذوذ يخالف ما في القرآن أو الحديث المتواتر أو الحديث الصحيح مخالفة صريحة لا تقبل الجمع.

وأن يكون السند متصلا أي ليس فيه انقطاع ولا إرسال»[301].

295-علال الفاسي، «مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها»، مرجع سابق، ص:112.

296-علال الفاسي، «مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها»، مرجع سابق، ص:112.

297-علال الفاسي، «مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها»، مرجع سابق، ص:113/112.

298-علال الفاسي، «مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها»، مرجع سابق، ص:113.

299-علال الفاسي، «مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها»، مرجع سابق، ص:113.

300-علال الفاسي، «مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها»، مرجع سابق، ص:113.

301-علال الفاسي، «مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها»، مرجع سابق، ص:113.

4- وظائف السنة: أو مركز السنة من القرآن:

قال الإمام الشاطبي: «السنة راجعة في معناها إلى الكتاب. فهي تفصيل مجمله، وبيان مشكله، وبسط مختصره»[302].

وقال الأستاذ علال الفاسي رحمه الله: «وعلى هذا فوظيفة السنة هي:

1- أن تقرر وتؤكد ما جاء في القرآن الكريم من الأحكام مبشرة بها داعية إلى تنفيذها؛ وهذا كسائر الأحاديث الواردة في الحث على الصلاة والزكاة والحج وترك قتل النفس ومثل ذلك مما ورد الأمر به صراحة في كتاب الله؛

2- أن تبين ما جاء به القرآن من الشرائع بتوضيح المجمل أو تخصيص العام أو تقييد المطلق أو تعيين المراد من النص المحتمل. ومثال ذلك قوله (ص) ﴿صلوا كما رأيتموني أصلي﴾ فهو بيان لشكل الصلاة التي أمر بها القرآن، وكذلك ما ورد في بيان أنواع الزكاة ومناسك الحج؛

3- أن تستقل في تشريع بعض الأحكام التي سكت عنها القرآن ومثال ذلك تحريم الجمع بين المرأة وعمتها والقضاء بالشاهد واليمين؛ وتحريم كل ذي ناب من السباع»[303].

وباعتبار السنة مصدرا للتشريع، فقد أخذت منها بعض الأحكام التي دونت في مدونة الأسرة المغربية، ويمكن أن نستدل على ذلك بالأمثلة الآتية:

1- الخطبة: الخطبة سنة نبوية فعلية[304]. وقد نظم المشرع المغربي أحكامها بمقتضى المواد (5 إلى 9) في مدونة الأسرة.

2- فساد نكاح التحليل: استدل الفقهاء على تحريم نكاح التحليل بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: (لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المحلل والمحلل له)[305]. وقد نص المشرع المغربي في المادة (61) من مدونة الأسرة على أن: «الزواج الفاسد لعقده يفسخ قبل البناء وبعده في الحالات التالية: 2- إذا قصد الزوج بالزواج تحليل المبثوتة لمن طلقها ثلاثا».

302- أبو اسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشاطبي، «الموافقات في أصول الفقه»، مرجع سابق، المجلد 4، مرجع سابق، ص:314.

303- علال الفاسي، «مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها»، مرجع سابق، ص:114/113.

304- قال ابن رشد القرطبي بقوله: «وأما خطبة النكاح المروية عن النبي صلى الله عليه وسلم فقال الجمهور إنها ليست واجبة، وقال داود هي واجبة. وسبب الخلاف هل يحمل فعله في ذلك عليه الصلاة والسلام على الوجوب أو على الندب». أبو الوليد محمد ابن رشد القرطبي الحفيد، «بداية المجتهد ونهاية المقتصد»، مرجع سابق، ص:1236.

305- مسند أحمد 450/1، وسنن الترمذي: 428/3.

الفقرة الثانية: المصادر التبعية للشريعة الإسلامية.

قال الأستاذ علال الفاسي رحمه الله: «إذا لم يكن هناك نص قطعي من كتاب الله ولا ظني من السنة النبوية، فإن الحجة تؤخذ عن طريق الدليل النظري وهو فيما اتفق عليه الجمهور الإجماع والقياس»[306].

وعليه، فإننا سوف ندرس في البداية الإجماع (أولا)، ثم نتناول بعده القياس (ثانيا)، على أن نختم هذه الفقرة بإعطاء نبذة جد مختصرة عن الأدلة الشرعية الأخرى (ثالثا).

أولا- الإجماع:

بعد أن نتكلم عن مفهوم الإجماع (1) سوف نتحدث عن حجيته (2) و تصوره (3) وأنواعه (4) وبعض تطبيقاته (5).

1- مفهوم الإجماع:

قال الأستاذ علال الفاسي: «والإجماع في اللغة العزم والاتفاق، يقال أجمع القوم أمرهم على العمل الصالح إذا عزموا اتفقوا ومنه قوله تعالى: ﴿فَأَجْمِعُوا أَمْرَكُمْ وَشُرَكَاءَكُمْ ثُمَّ لَا يَكُنْ أَمْرُكُمْ عَلَيْكُمْ غُمَّةً ثُمَّ اقْضُوا إِلَيَّ وَلَا تُنْظِرُونِ﴾[307].

وتعريفه في الاصطلاح هو: اتفاق مجتهدي الأمة بعده عليه السلام في عصر من الأعصار على حكم من الأحكام»[308].

وعرف الإمام الشوكاني الإجماع بقوله: «وأما في الاصطلاح: فهو اتفاق مجتهدي أمة محمد، صلى الله عليه وسلم، بعد وفاته في عصر من الأعصار على أمر من الأمور.

والمراد بالاتفاق الاشتراك، إما في الاعتقاد، أو في القول، أو في الفعل.

ويخرج بقوله: «مجتهدي أمة محمد، صلى الله عليه وآله وسلم، اتفاق العوام، فإنه لا عبرة بوفاقهم، ولا بخلافهم.

ويخرج منه، أيضا، اتفاق بعض المجتهدين.

وبالإضافة إلى محمد، صلى الله عليه وآله وسلم، خرج اتفاق الأمم السابقة.

ويخرج بقوله: «بعد وفاته» الإجماع في عصره، صلى الله عليه وعلى آله وسلم، فإنه لا اعتبار به.

ويخرج بقوله: «في عصر من الأعصار» ما يتوهم من أن المراد بالمجتهدين جميع مجتهدي الأمة في جميع الأعصار إلى يوم القيامة. فإن توهم هذا باطل؛ لأنه يؤدي إلى عدم ثبوت الإجماع، إذ لا إجماع يوم القيامة، وبعد يوم القيامة لا حجة للإجماع.

306-علال الفاسي، «مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها»، مرجع سابق، ص:117.

307-سورة يونس، الآية 71.

308-علال الفاسي، «مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها»، مرجع سابق، ص:118.

والمراد بالعصر عصر من كان من أهل الاجتهاد في الوقت الذي حدثت فيه المسألة، فلا يعتبر بمن صار مجتهدا بعد حدوثها، وإن كان المجتهدون فيها أحياء.

وقوله: «على أمر من الأمور» يتناول الشرعيات، والعقليات، والعرفيات، واللغويات.

ومن اشترط في حجية الإجماع انقراض عصر المجتهدين المتفقين على ذلك، زاد في الحد قيد «الانقراض».

ومن اشترط عدم سبق خلاف مستقر، زاد في الحد قيد عدم «كونه مسبوقا بخلاف»

ومن اشترط عدالة المتفقين أو بلوغهم عدد التواتر، زاد في الحد ما يفيد ذلك»[309].

ويبدو أن بعض علماء الأصول بالغوا في تحديد محل الإجماع بقولهم إن معنى «أمر من الأمور» «يتناول الشرعيات، والعقليات، والعرفيات، واللغويات»، لأن العقليات، والعرفيات، واللغويات لا تدخل في باب الأحكام الشرعية، وإن إدخالها في معنى الإجماع بمفهومه الأصولي، قد يؤدي إلى التضييق على الناس في كل مسألة من هذه المسائل.

فالعرفيات، أو الأعراف كما هو معلوم تنشأ من استقرارها وتكرارها في المجتمع وتعود الناس عليها لمدة زمنية معينة، تجلعهم يؤمنون بإجباريتها، إلا أن هذا لا يعني جمود الأعراف وعدم قابلتها للتطور، بيد أن جمودها وإعاقتها للتطور قد ينجر عن ادخالها في نطاق الإجماع بمفهومه الأصولي.

أما العقليات، فإنها تخضع للبحث العلمي الصرف، وهذا البحث تتطور مناهجه وطرقه وأدواته ونتائجه من زمن إلى آخر، كما أنه لا يقتصر على مجتمع دون آخر، وبالتالي فإن ادخاله في باب الإجماع بمفهومه الأصولي، سيفضي لا محالة إلى التحجر الفكري، والتخلف العلمي، نتيجة سد مجال البحث في القضية التي وقع الإجماع عليها، مع أن البحث الدائم والمستمر يلازم العلوم العقلية.

وقد ذكر الإمام القرافي أن إمام الحرمين قال: «في البرهان: لا أثر للإجماع في العقليات، فإن المعتبر فيها الأدلة القاطعة، فإذا انتصبت لم يعارضها شقاق ولم يعضدها وفاق، وإنما يعتبر الإجماع في السمعيات، وإذا أجمعوا على فعل نحو أكلهم الطعام دل إجماعهم على إباحته، كما يدل أكله عليه السلام على الإباحة، ما لم تقم قرينة دالة على الندب أو الوجوب، فهذا تفصيل حسن»[310].

309-الإمام محمد بن علي الشوكاني، «إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول»، مرجع سابق، ص:349/348.

وقال شهاب الدين القرافي الإجماع: «في حقيقته: وهو اتفاق أهل الحل والعقد من هذه الأمة على أمر من الأمور. ونعني بالاتفاق، الاشتراك: إما في القول، أو في الفعل، أو الاعتقاد. وبأهل الحل والعقد: المجتهدين في الأحكام الشرعية. وبأمر من الأمور: الشرعيات والعقليات والعرفيات». شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي، «الذخيرة في الفقه»، مرجع سابق، ص:114.

وعرف الإمام السبكي الإجماع في جمع الجوامع بقوله: «وهو اتفاق مجتهدي الأمة بعد وفاة (محمد) صلى الله عليه وسلم في عصر على أي أمر كان». تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي الشافعي، «جمع الجوامع في أصول الفقه»، مرجع سابق، 2003، ص:76.

310-شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي، «شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول»، دار الفكر، بيروت، ص:253.

وأما اللغويات، فإنها تدخل في باب علم اللغة، ولا ترتبط بالأحكام الشرعية، حتى يقع الإجماع عليها، كما هو الأمر بالنسبة لأفعال المكلفين، التي يجب أن تخضع للأحكام الشرعية.

وقد تنبه الإمام الغزالي رحمه الله إلى ما في توسيع معنى محل الإجماع من مجانبة للصواب فقال: «أما تفهيم لفظ الإجماع فإنما نعني به: اتفاق أمة محمد صلى الله عليه وسلم خاصة على أمر من الأمور الدينية»[311].

ثم إن الشيخ الأرموي الهندي لاحظ بدوره ما في بعض تعاريف الإجماع من قصور فقال: «فالأولى أن يقال في حده: «عبارة عن اتفاق جميع المجتهدين الموجودين في كل عصر من الأعصار من أمه محمد - عليه السلام - على أمر من الأمور». وهذا تنبيه منه إلى أن الإجماع يكون من المجتهدين الموجودين وقت وقوع الفعل المقتضي للإجماع، أما ما يلهم من المجتهدين في عصر آخر، فلا يعتد بخلافهم، بل إن ذلك يكيف في حالة حدوثه بأنه خروج عن الإجماع.

كما أن إمام الحرمين الجويني استدرك بدوره على ما في بعض تعاريف الإجماع من قصور من وجهة نظره فقال: «وأما الإجماع فهو اتفاق علماء أهل العصر على حكم الحادثة (فلا يعتبر وفاق العوام لهم).

ونعني بالعلماء الفقهاء. فلا يعتبر موافقة الأصوليين لهم.

ونعني بالحادثة الحادثة الشرعية، لأنها محل نظر الفقهاء بخلاف اللغوية مثلا، فإنما يجمع فيها علماء اللغة.

وإجماع هذه الأمة حجة دون غيرها لقوله صلى الله عليه وسلم ﴿لا تجتمع أمتي على ضلالة﴾ رواه الترمذي وغيره.

والشرع ورد بعصمة هذه الأمة لهذا الحديث ونحوه.

والإجماع حجة على العصر الثاني ومن بعده وفي أي عصر كان من عصر الصحابة ومن بعدهم.

ولا يشترط في حجيته انقراض العصر، بأن يموت أهله على الصحيح، لسكوت أدلة الحجية عنه.

وقيل يشترط، لجواز أن يطرأ لبعضهم ما يخالف اجتهاده فيرجع عنه.

وأجيب بأنه لا يجوز له الرجوع عنه، لإجماعهم عليه.

فإن قلنا انقراض العصر شرط، فيعتبر في انعقاد الإجماع، قول من ولد في حياتهم وتفقه وصار من أهل الاجتهاد، ولهم على هذا القول أن يرجعوا عن ذلك الحكم الذي أدى اجتهادهم إليه.

والإجماع يصح بقولهم وبفعلهم كأن يقولوا بجواز شيء أو يفعلوه فيدل فعلهم له على جوازه لعصمتهم كما تقدم.

وبقول البعض وفعل البعض وانتشار ذلك القول أو الفعل وسكوت الباقين عنه ويسمى ذلك بالإجماع السكوتي»[312].

311-أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، «المستصفى من علم الأصول: الأدلة»، الجزء 2، دراسة وتحقيق حمزة بن زهير حافظ، ص: 295/294.

312-جلال الدين محمد بن احمد المحلي الشافعي، «شرح الورقات في أصول الفقه لإمام الحرمين الجويني»، مرجع سابق، ص: 181 إلى 187.

2- حجية الإجماع:

حشد علماء الأصول جملة من الأدلة للبرهنة على حجية الإجماع، ولذلك سنحاول اختصار بعض هذه الأدلة في العرائض الآتية:

1- قال الله تعالى في كتابه العزيز: ﴿وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَى وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّى وَنُصْلِهِ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرًا﴾[313]. وقد استنتج بعض العماء من هذه الآية أن ثبوت الوعيد على المخالفة يدل على وجوب المتابعة؛

2- قال تعالى: ﴿كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَوْ آمَنَ أَهْلُ الْكِتَابِ لَكَانَ خَيْرًا لَهُمْ مِنْهُمُ الْمُؤْمِنُونَ وَأَكْثَرُهُمُ الْفَاسِقُونَ﴾[314]. فقد جعل للأمة الإسلامية أنها خير أمة، ولا يصدر عن خير الأمة متى اتفقت إلا الحق فإجماعها حق؛

3- روي عن النبي عليه السلام أنه قال: ﴿لا تجتمع أمتي على الخطإ أو على الضلالة﴾[315]. كما روي عنه عليه السلام أنه قال: ﴿اتبعوا السواد الأعظم فإنه من شذ شذ في النار ويد الله مع الجماعة﴾. ولذلك قال بعض العلماء إن إجماع الأمة حق تجب عدم مخالفته لأن الأمة لا تجتمع على الخطإ.

وقد أكد عدد من علماء الفقه والأصول حجية الإجماع. فقال ابن رشد الجد: «وأما الإجماع في ذلك فمعلوم حصوله وتقرره قبل خلق أهل الظاهر القائلين بنفيه»[316].

وقال ابن تيمية: «قال القاضي: الإجماع حجة مقطوع عليها، يجب المصير إليها وتحرم مخالفته، ولا يجوز أن تجمع الأمة على الخطإ»[317].

وقال الإمام القرافي: «في حكمه وهو عند الكافة حجة. خلافا للنظام والشيعة والخوارج»[318]. أما عند الحنابلة فإن: «الإجماع متصور، وهو حجة قاطعة».

313- سورة، الآية 115.

314- سورة آل عمران، الآية 110.

315- أخرجه ابن ماجة في كتاب الفتن من السنن «بلفظ إن أمتي لا تجتمع على ضلالة».

316- أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد القرطبي، «المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات»، مرجع سابق، ص:36.

317- شهاب الدين أبو العباس أحمد الحراني الدمشقي الحنبلي، «المسودة في أصول الفقه»، تحقيق محي الدين عبد الحميد، مطبعة المدني، القاهرة، ص:316/315.

318- شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي، «الذخيرة في الفقه»، مرجع سابق، ص:114.

3-تصور الإجماع:

قال الأستاذ علال الفاسي رحمه الله عن تصور الإجماع وإمكانية وقوعه: «طعن النظام وبعض الشيعة في إمكان الإجماع. لأن اتفاق جميع المجتهدين على حكم واحد لا يكون معلوما بالضرورة مستحيل في نظرهم. إذ كما لا يمكن أن يتكلم الناس كلهم بكلمة واحدة في وقت واحد؛ لا يمكن اتفاقهم على شيء واحد.

وأيضا فلو سلم إمكان وقوعه في نفسه فلا يسلم إمكان العلم به، لأن معرفة اتفاق المجتهدين وهم منتشرون في مختلف الأصقاع لا يحصل إلا بعد الاتصال بكل واحد منهم وذلك غير متيسر»[319].

وقد توسع الأستاذ علال الفاسي رحمه الله، ونحن نقدره علمه الواسع في الشريعة والقانون، في الدفاع عن إمكانية وقوع الإجماع، وحاول بكل جهد أن يبرز أسباب عدم ممارسة الإجماع بمفهومه الأصولي على أرض الواقع في مختلف أطوار التاريخ الإسلامي، كما أنه طرح حلوله التي يراها معتبرة لتطبيق الإجماع على أرض الواقع، وذلك بهدف تنظيميه وهيكلته وجعله منتظما في إطار مؤسساتي، يجمع بين مختلف مجتهدي الأمة القادرين على الإفتاء في كل القضايا الشرعية المطروحة للنقاش في كل الأماكن والأزمان، كما أنه انتقد بشدة من قال إن الإجماع في الزمن السابق غير قابل للمراجعة أو التصحيح في الزمن اللاحق، بناء على إجماع جديد[320].

والذي نراه بالنظر إلى الممارسة الفقهية التي سادت عبر التاريخ، وما تمخض عنها من سيادة للمذهبية الفقهية لزمن يحسب بالقرون، واختلاف المذاهب الفقهية المتبعة في مختلف الأقطار الإسلامية، هو أن التمسك بالإجماع، بمفهومه الذي كرسه علماء الأصول، ليس سوى مجرد أمنية، تراود باستمرار، من يرى عن غير وعي أن الاختلافات المذهبية والسياسية والإيديولوجية والفقهية والقانونية، تسيء إلى الشريعة الإسلامية، لذلك يعتقد أن الإجماع هو الوسيلة الشرعية المثلى لإعادة توحيد الشريعة الإسلامية في كل أنحاء المعمور، دون أي تقدير موضوعي منه لسنة الاختلاف التي كرستها المذاهب الفقهية ذاتها لمئات السنين من ناحية، ولما أضحت ترمز إليه الحرية الدينية والفكرية والقانونية في النظام الدولي المعاصر من ناحية ثانية، خاصة في الوقت الراهن، الذي أصبح الدفاع فيه عن الحدود السياسية والجغرافية، عقب التجربة المريرة للاستعمار، أقوى وأهم من الدفاع عن أي شيء آخر. ولا يخفى لدى كل من يحرر الأمور بدقة، أن التشبث بالاستقلال في «المذهبية الفقهية»، يعزز الاستقلال السياسي والإيديولوجي للدول. كما أن الاستقلال على مستوى «المذهبية الفقهية»، اندمج في مفهوم السيادة الوطنية، التي تعتبر خطا أحمر لدى الجميع، و كل تطاول على «الاستقلال المذهبي»، هو

319-علال الفاسي، «مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها»، مرجع سابق، ص:119.

320- علال الفاسي، «مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها»، مرجع سابق، ص: 120 إلى 124.

كذلك تطاول على الحدود الجغرافية للدول[321]، واعتداء غير مقبول على سيادتها السياسية والمذهبية والقانونية التي يحميها القانون الدولي.

ولا نقصد أن موانع الإجماع بمفهومه الأصولي سواء منها الذاتية أو الموضوعية، يجب أن تقطع الطريق أمام بناء نظرية عامة للفقه الإسلامي، والتي يمكن أن تتحقق بانفتاح الأنظمة السياسية على بعضها البعض، لتقوية الانفتاح بين المذاهب الفقهية على بعضها البعض كذلك، ولكن الذي نعنيه هو أن تقعيد القواعد المشتركة بين كل أو أغلب المذاهب الفقهية الإسلامية يتعين أن يكون بصيغ متعددة عندما يقتضي الأمر ذلك من جهة، كما أن منهجية الاتفاقيات الدولية الثنائية أو الجماعية، هي الصيغة المناسبة لخلق التقارب بين الأنظمة القانونية المتقاربة من حيث المرجعية الدينية أو المذهبية أو الفقهية من جهة أخرى، علما أن الإنتاج الإرادي للمشترك الفقهي والقانوني، يمكن أن يتقوى، في نظرنا، بترك المجال مفتوحا أمام الاختيارات القانونية لكل دولة في الحدود التي تراها ملائمة لمصلحتها الوطنية، وخصوصياتها الذاتية.

ونعتقد أن هذا المفهوم للتقارب بين المذاهب الفقهية الإسلامية لخلق المشترك القانوني بين الدول الإسلامية، يختلف مادة ومنهاجا عن الإجماع بمفهومه الأصولي، والذي قد يكون في نظر البعض، مجرد مطية شرعية لتوحيد الشريعة، وتطبيقها بصيغة واحدة في كل بقاع الأرض. وهذا أمر غير ممكن، كما أنه غير مقبول، لأنه سيفضي لا محالة إلى التحجير على الفكر الفقهي والقانوني من ناحية، كما أنه سيفضي إلى التضييق على الناس، بدون موجب حق، لكن بمرجعية الشريعة من ناحية ثانية، وهذا التضييق غير المقبول دينا وعرفا سيؤدي في حالة وقوعه إلى الفتنة في المجتمع من ناحية ثالثة.

4-أنواع الإجماع:

قسم علماء الأصول الإجماع باعتبار طريقة التعبير عن الإرادة الموافقة على الحكم المجمع عليه إلى الإجماع الصريح والإجماع السكوتي.

321- علقت الهيئة العلمية للإفتاء بالمجلس العلمي الأعلى في بيان لها على فتوى أحد فقهاء المشرق في شأن المغرب بقولها عن الفتوى: «صار أمرها بيد متنطعين مغرورين أساء بعضهم استخدام العلم في غير ما ينفع الناس واتخذه سلما لاعتلاء كرسي الرئاسة والزعامة العلمية، فأعطى لنفسه الحق في إصدار فتاواه لأهل المغرب ونصب نفسه إماما عليهم، متجاهلا ما للمغرب من مؤسسات علمية وشيوخ أعلام، متخطيا بذلك كل الأعراف والتقاليد التي احتكم إليها العلماء قديما وحديثا». وجاء في البيان كذلك: «أما فتوى من أجاز للمغاربة الاقتراض من البنوك من أجل السكن، فإن هذا المفتي قد تجاوز في فتواه حدود اللياقة وارتكب أخطاء فادحة علمية وأخلاقية، في مقدمتها التطاول على حق علماء المغرب في إفتاء أهل بلدهم، غير ملتزم بأدب الفتوى الذي درج عليه علماء السلف؛ لأنهم اشترطوا على المفتي ألا يفتي إلا إذا كان من أهل البلد الذي يعرف أوضاعه وأحواله ويطلع على دقائق أموره، والحال أن هذا المفتي بعيد عن المغرب جاهل لأحواله وأعرافه وتقاليده .وعلماؤه أدرى به ومؤسساته العلمية أجدر بالإفتاء في نوازل أهله وقضاياهم .كما أنه أساء إلى المغرب وأهله حين قاس بلدهم ببلاد المهجر». هذه المقتطفات نقلت من مقال خديجة عليموسى، «المجلس العلمي الأعلى يحجم عن إصدار فتوى ردا على القرضاوي بعد مرور أربع سنوات عليها: فتوى قروض السكن التي أثارت جدلا بالمغرب»، منشور بجريدة المساء بتاريخ 2010/5/17.

- الإجماع الصريح: هو أن يعبر المجتهدون كلهم عن رأيهم في الحكم تعبيرا صريحا إما بالكلام أو بالفعل الصريح. وتطبيقات هذا النوع من الإجماع قليلة جدا في جميع العصور الإسلامية منذ عهد الخلفاء الراشدين، ولذلك أنكر بعض الأصوليين انعقاد الإجماع في جميع العصور.

ومن أمثلة الإجماع الصريح، التي ذكرها بعض الفقهاء، الاتفاق في عهد الخلفاء الراشدين على جمع القرآن الكريم بعد أن كانت آياته متفرقة، فمنها ما كانت محفوظة في صدور الصحابة ومنها ما كانت مكتوبة على وسائل (حوامل) مختلفة[322].

وحكمه: إذا ثبت الإجماع الصريح يجب العمل بمقتضاه لأنه بمثابة نص قطعي الثبوت والدلالة.

-الإجماع السكوتي: وهو أن يقول بعض المجتهدين حكما ويسكت الباقون عنه بعد العلم به وبعد مضي مدة كافية للتأمل والتفكير شريطة أن لا يكون هناك دليل يدل على أن السكوت معارضة.

وقد اختلف العلماء في حكم الإجماع السكوتي، وقال بعضهم يجب العمل به لأنه حجة وإن لم يعتبر إجماعا، لأنه إذا كان رأي مجتهد واحد من أئمة المذاهب الإسلامية حجة على من يقلده، فإن رأي أكثرية المجتهدين واتفاقهم على حكم واحد يجب أن يعتبر حجة من باب أولى.

وقد تحدث الإمام القرافي عن بعض مسائل الإجماع بقوله: «وإذا اختلف أهل العصر الأول على قولين. فلا يجوز لمن بعدهم إحداث قول ثالث عند الأكثرين، وجوزه أهل الظاهر، وفصل الإمام فخر الدين فقال: إن لزم منه خلاف ما أجمعوا عليه امتنع، وإلا فلا. كما قيل: للجد كل المال، وقيل يقاسم الأخ، فالقول بجعل المال كله للأخ مناقض للأول[323].

وإذا أجمعت الأمة على عدم الفصل بين مسألتين، لا يجوز لمن بعدهم الفصل بينهما[324].

322- مصطفى ابراهيم المازلي «أصول الفقه في نسيجه الجديد»، شركة الخنساء للطباعة، بغداد.الطبعة العاشرة، 2002، ص:70.

323-«مثال التفصيل: اختلف الأمة على قولين: هل الجد يقاسم الإخوة أو يكون المال كله له؟ فالقول الثالث بأن الإخوة يحوزون المال كله خلاف الإجماع، فالقول الثالث: مبطل لما أجمعوا عليه، فيكون باطلا، لأن الحق لا يفوتهم، وهذا قول الإمام فخر الدين وتمثيله». شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي، «شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول»، مرجع سابق، ص:256.

324-«قال الإمام فخر الدين: إن قالوا لا نفصل بين المسألتين لم يجز الفصل، وكذلك إن علم أن طريقة الحكم واحدة في المسألتين، فإن لم يكن كذلك فالحق جواز الفرق، وإلا كان من وافق الشافعي في مسألة لدليل أن يوافقه في الكل، وإنما لم يجز الفصل لأنهم صرحوا بعدمه فيكون عدمه هو الحق، والفصل باطلا فيمتنع، ومثاله: ذوو الأرحام اتفقوا على عدم الفصل بينهم، فمن ورث العمة ورث الخالة بموجب القرابة والرحم، ومن لم يورث العمة لم يورث الخالة لضعف القرابة عن التوريث، فلا يجوز لأحد أن يورث العمة دون الخالة، ولا الخالة دون العمة، فالطريقة واحدة في المسألتين، وإن كان المدرك مختلفا، بأن يقول أحد الفريقين: لا أورث الخالة لأنها تدلي بالأم، ويقول الآخر لا أورث لبعدها من الأب، جاز الفصل بسبب اختلاف المدارك يسوغ ذلك، لأنه إذا قال قائل: أورث العمة لشائبة الإدلاء بالأب ولا أورث الخالة لإدلائها بالأم، ومن جهة الأمومة ضعيفة فهذا قد قال بالتوريث في العمة، وقد قاله بعض الأمة فلم يخرق الإجماع، وقال بعدم التوريث في الخالة. وهو قول بعض الأمة فلم يخرق الإجماع، وكذلك قال: باعتبار ما اعتبره من العلة بعض الأمة، فلم يخرق الإجماع، أما لو كانت الطريقة واحدة كما في التمثيل الاول كان خارقا للإجماع باعتبار المدرك، لأن كل من قال باعتبار أحد المدركين قال باعتباره في الجميع، وانعقد الإجماع على أنه ألغى إحدى العلتين بقيت الأخرى، فالقول بإلغائها في البعض دون اعتبار الآخر خلاف الإجماع». شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي، «شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول»، مرجع سابق، ص:257/256.

ويجوز حصول الاتفاق بعد الاختلاف في العصر الواحد خلافا للصيرفي. وفي العصر الثاني لنا وللشافعية والحنفية قولان مبنيان على أن إجماعهم على الخلاف يقتضي أنه الحق، فيمتنع الاتفاق. أو هو مشروط بعدم الاتفاق وهو الصحيح.

وانقراض العصر ليس شرطا. خلافا لقوم من الفقهاء والمتكلمين لتجدد الولادة في كل يوم فيتعذر الإجماع.

وإذا حكم بعض الأمة وسكت الباقون. فعند الشافعي والإمام فخر الدين أنه ليس بحجة ولا إجماع، وعند الحبائي إجماع وحجة بعد انقراض العصر، وعند أبي هاشم ليس بإجماع، وهو حجة. وعند أبي علي بن أبي هبيرة إن كان القائل حاكما لم يكن إجماعا ولا حجة، وإن كان غيره فهو إجماع وحجة.

فإن قال بعض الصحابة قولا ولم يعرف له مخالف، قال الإمام فخر الدين: إن كان مما تعم به البلوى ولم ينتشر ذلك القول فيهم، فيحتمل أن يكون فيهم مخالف لم يظهر، فيجري مجرى قول البعض وسكوت البعض. وإن كان مما لا تعم به البلوى، فليس بإجماع ولا حجة. وإذا جوزنا الإجماع السكوتي فكثير ممن لم يعتبر انقراض العصر في القولي اعتبره في السكوتي.

والإجماع المروي بالآحاد حجة، خلافا لأكثر الناس، لأن هذه الإجماعات وإن لن تفد القطع فهي تفيد الظن، والظن معتبر في الأحكام كالقياس وخبر الواحد. غير أنا لا نكفر مخالفها. قاله الإمام. قال: وإذا استدل أهل العصر الأول بدليل وذكروا تأويلا، واستدل العصر الثاني بدليل آخر وذكروا تأويلا آخر، فلا يجوز إبطال التأويل القديم، وأما الجديد فإن لزم منه إبطال القديم بطل، وإلا فلا.

وإجماع أهل المدينة عند مالك رحمه الله، فيما طريقه التوقيف حجة، خلافا للجميع.

ومن الناس من اعتبر إجماع أهل الكوفة.

وإجماع العترة عند الإمامية

وإجماع الخلفاء الأربعة حجة عند أبي حازم، ولم يعتد بخلاف زيد في توريث الأرحام.

قال الإمام فخر الدين: وإجماع الصحابة مع مخالفة من أدركهم من التابعين ليس بحجة. خلافا بقوم.

قال: ومخالفة من خالفنا في الأصول إن كفرناهم لم نعتبرهم، ولا يثبت تكفيرهم بإجماعنا، لأنه فرع تكفيرهم، وإن لم نكفرهم اعتبرناهم.

ويعتبر عند أصحاب مالك رحمه الله مخالفة الواحد في إبطال الإجماع، خلافا لقوم.

واختلف في تكفير مخالفه بناء على أنه قطعي وهو الصحيح، لذلك، قدم على الكتاب والسنة، وقيل ظني»[325].

325-شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي، «الذخيرة في الفقه»، مرجع سابق، ص:114/115/116.

5-بعض تطبيقات الإجماع التي ذكرها الفقهاء:

بالرغم مما أبداه بعض العلماء من تعصب للإجماع، إلا أن تطبيقاته العملية جد محدودة، لذلك نرى أن أغلب كتب الأصول تطيل الحديث في الإجماع دون أن تورد في غالب الأحيان مثالا واحدا في شأنه، بل إن بعض الأمثلة التي قيل إنها أحكام بالإجماع يوجد من الأقوال ما يخالفها.وقد وقع بين العلماء شنآن كبيرفي شأن الإجماع، لكن ما أسفرعنه هذا الدليل من أحكام شرعية، ضئيل جدا. وقد جمعنا بشأنه بعض الأمثلة التي أوردها الفقهاء في أماكن متفرقة من كتبهم وهي:

أ-الإجماع المبني على القرآن:

من الأمثلة التي ذكرها الفقهاء للإجماع المبني على القرآن الكريم:

- إجماع الفقهاء على أن بنت الإبن بمثابة البنت عند عدم وجود الإبن والبنت للمتوفى[326]، وإن ابن الإبن بمثابة الإبن عند عدم وجود الإبن والبنت[327] استنادا إلى قوله تعالى:﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ﴾[328].ووجه الاستدلال على ذلك هو: أن لفظ (الولد) يشمل ولد الإبن مجازا وإن نزل بالاشتراك المعنوي. وقد أجمع الفقهاء على الأخذ بهذا المعنى المجازي أو المشترك فأصبحت بذلك دلالة النص عليه قطعية[329].

- «الإجماع على أن لبنت الإبن السدس مع بنت الصلب حيث لا عاصب لهما»[330].

ب-الإجماع المبني على السنة:

من نماذج الإجماع التي ذكرها الفقهاء بناء على السنة النبوية الإجماع عدم ثبوت التوارث عند اختلاف الوارث والموروث في الدين استنادا إلى قول الرسول صلى الله عليه وسلم ﴿لا يتوارث أهل الملتين﴾.وقد تم الإجماع عليه وبذلك أصبح الحديث دليلا قطعيا يجب العمل به رغم أنه حديث آحاد وظني الثبوت[331].

326-نصت المادة (342) من مدونة الأسرة على أن:«أصحاب النصف خمسة:3 - بنت الابن بشرط انفرادها عن ولد الصلب ذكرا كان أو أنثى وعن ولد الابن في درجتها».

327-نصت المادة (349) من مدونة الأسرة على أن:«للعصبة بالنفس جهات مقدم بعضها على بعض في الإرث على الترتيب الآتي:1 -البنوة وتشمل الأبناء وأبناء الإبن وإن سفل».

328-سورة النساء، الآية 11.

329-مصطفى ابراهيم المازلي «أصول الفقه في نسيجه الجديد»، مرجع سابق، ص:68

330-جلال الدين محمد بن احمد المحلي الشافعي، «شرح الورقات في أصول الفقه لإمام الحرمين الجويني»، مرجع سابق، ص:88.

وقد نصت المادة (347) من مدونة الأسرة على أن:«أصحاب السدس:بنت الإبن ولو تعددت بشرط كونها مع بنت صلب واحدة وأن لا يكون معها ابن ابن في درجتها».

331-مصطفى ابراهيم المازلي «أصول الفقه في نسيجه الجديد»، مرجع سابق، ص:68.

وقد نصت المادة (332) من مدونة الأسرة على أنه:«لا توارث بين مسلم وغير المسلم، ولا بين من نفى الشرع نسبه».

ج-الإجماع المبني على القياس:

من جملة الأمثلة التي يقول بها بعض الفقهاء على الإجماع المبني على القياس، يمكن أن نورد النماذج الآتية:

1- إجماع الصحابة على قتال مانعي الزكاة قياسا على تاركي الصلاة بجامع أن كلا منهما من أركان الإسلام، كما قال أبو بكر الصديق رضي الله عنه في حروب الردة:﴿والله لا فرق بين ما جمع الله﴾، قال تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾[332]، فكان سند أبو بكر في وجوب قتال مانعي الزكاة هو قياس الزكاة على الصلاة، وقد تم إجماع فقهاء الصحابة على ذلك[333].

2- وكذلك إجماع فقهاء الصحابة على خلافة أبي بكر كان سنده القياس على تقديم النبي إياه في الصلاة في مرض وفاته، ولذلك قال عمر بن الخطاب:﴿إن النبي قدمه في الصلاة التي هي عماد الدين فارضوه لدنياكم ما رضيه رسول الله لدينكم﴾، وقال الصحابة:﴿رضيه رسول الله لأمر ديننا أفلا نرضاه لأمر دنيانا﴾[334].

3- إجماع فقهاء المذاهب الإسلامية على حرمة شحم الخنزير قياسا على حرمة لحمه الثابتة بقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ﴾[335]. قال ابن رشد القرطبي الحفيد: «وأما المحرمات لعينها، فمنها ما اتفقوا أيضا عليه، ومنها ما اختلفوا فيه. فأما المتفق منها عليه فاتفق المسلمون منها على اثنين: لحم الخنزير، والدم. فأما الخنزير فاتفقوا على تحريم شحمه ولحمه وجلده، واختلفوا في الانتفاع بشعره وفي طهارة جلده مدبوغا وغير مدبوغ»[336].

ح-الإجماع المستند إلى المصلحة:

من نماذج الإجماع المبني على المصلحة التي قال بها بعض الفقهاء إجماع الصحابة السكوتي على قتل الجماعة بواحد، قال تعالى:(وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ)[337].والقصاص يعني المماثلة، فهو جزاء عادل لا بد فيه من المساواة، ولكن قد يحدث أن يشترك إثنان فأكثر في قتل شخص واحد، فإذا أخذنا بظاهر هذا النص القرآني لا يطبق القصاص على هؤلاء المشتركين لعدم تحقيق معادلة النفس، ولكن تم إجماع فقهاء الصحابة على قتل الجماعة بالواحد رعاية لمصلحة حماية أرواح الأبرياء، وذلك لأن المجرم لو علم أنه لا يقتص منه عند مساهمة الغير معه في ارتكاب جريمته لأدى ذلك إلى استعانة كل مجرم بالآخرين عند تنفيذ الجريمة حتى لا يؤخذ منه القصاص[338].

332-سورة الآية البقرة، الآية 43.

333- مصطفى ابراهيم المازلي «أصول الفقه في نسيجه الجديد»، مرجع سابق، ص:69.

334- مصطفى ابراهيم المازلي «أصول الفقه في نسيجه الجديد»، مرجع سابق، ص:69.

335-سورة المائدة، الآية 3.

336- أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد القرطبي الحفيد، «بداية المجتهد ونهاية المقتصد»، المجلد 3، مرجع سابق، ص:1205.

337-سورة المائدة، الآية 45.

338-مصطفى ابراهيم المازلي «أصول الفقه في نسيجه الجديد»، مرجع سابق، ص:70/69.

وقد أورد ابن رشد القرطبي الحفيد في كتابه «بداية المجتهد ونهاية المقتصد» بعض الأمثلة للإجماع بذكره منها:

1- الإجماع على وجوب الصداق بموت الزوج. قال: «وأما وجوبه (أي الصداق) بالموت فلا أعلم فيه دليلا مسموعا إلا انعقاد الإجماع على ذلك»[339].

2- النسب الذي يحرم الوطء يحرم الوطء بملك اليمين: قال: «وأجمعوا على أن النسب الذي يحرم الوطء يحرم الوطء بملك اليمين»[340].

4- جواز نكاح الأربعة: قال: «واتفق المسلمون على جواز نكاح أربعة من النساء معا»[341].

5- الرضاع مقابل أجر: قال: «وأما المطلقة فلا رضاع عليها إلا أن لا يقبل ثدي غيرها فعليها الإرضاع وعلى الزوج أجر الرضاع، هذا إجماع لقوله سبحانه وتعالى، (فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن)»[342].

ثانيا: القياس:

1- مفهوم القياس:

عرف الأستاذ علال الفاسي القياس بقوله: «القياس في اللغة التسوية. يقال لا يقاس بفلان أحد. وعند الأصوليين إلحاق فرع غير منصوص (على حكمه) بأصل منصوص عليه (على حكمه) لمساواته له في علة حكمه»[343].

وعرف ابن رشد الجد القياس بقوله: «فالقياس هو حمل الفرع على الأصل في إثبات الحكم أو إسقاطه لعلة يدل الدليل على أن الحكم إنما ثبت في الأصل أو سقط منه لتلك العلة، وتكون تلك العلة موجودة في الفرع فيقتضي ذلك إلحاقه بالأصل في إثبات الحكم فيه أو إسقاطه منه»[344].

أما ابن رشد الحفيد فقد عرف القياس بقوله: «وأما القياس الشرعي فهو إلحاق الحكم الواجب لشيء ما بالشرع بالشيء المسكوت عنه لشبهه بالشيء الذي أوجب الشرع له ذلك الحكم، أو لعلة جامعة بينهما، ولذلك كان القياس الشرعي صنفين قياس شبه، وقياس علة»[345].

339- ابن رشد، «بداية المجتهد ونهاية المقتصد»، مرجع سابق، ص:1279.

340- ابن رشد، «بداية المجتهد ونهاية المقتصد»، مرجع سابق، ص:1302.

341- ابن رشد، «بداية المجتهد ونهاية المقتصد»، مرجع سابق، ص:1322.

342- ابن رشد، «بداية المجتهد ونهاية المقتصد»، مرجع سابق، ص:1366/1365.

343- علال الفاسي، «مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها»، مرجع سابق، ص:124.

344- أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد القرطبي، «المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات»، مرجع سابق، ص:38.

345- أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد القرطبي الحفيد، «بداية المجتهد ونهاية المقتصد»، مرجع سابق، ص:17.

2- حجية القياس عند الفقهاء:

قال الأستاذ علال الفاسي رحمه الله: «وقد اعتبر كبار المجتهدين القياس كوسيلة عظمى لتوسيع الشريعة ونموها وقدرتها على أن تتناول ما لا يتناهى من القضايا، حتى قال أحمد بن حنبل لا يستغني أحد عن القياس. وقال الحنفي ما كل شيء تسأل عنه نحفظه ولكننا نعرف الشيء بالشيء ونقيس الشئ بالشيء. وقال المزني الفقهاء من عصر رسول الله إلى يومنا استعملوا المقاييس في الفقه في جميع الأحكام في أمر دينهم، قال وأجمعوا أن نظير الحق حق ونظير الباطل باطل. وقال ابن عقيل الحنبلي قد بلغ التواتر المعنوي عن الصحابة باستعمال القياس وهو قطعي.

قالوا: وقد أرشد القرآن العقول لإلحاق الشبيه بالشبيه والنظير بمثله. قال تعالى: ﴿إِنَّ مَثَلَ عِيسَى عِنْدَ اللَّهِ كَمَثَلِ آدَمَ خَلَقَهُ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ قَالَ لَهُ كُنْ فَيَكُونُ﴾[346]. فإذا صح أن يخلق الله آدم من غير أبوين؛ فأحرى أن يخلق عيسى من غير أب.

وقال تعالى: ﴿إِنَّا أَرْسَلْنَا إِلَيْكُمْ رَسُولًا شَاهِدًا عَلَيْكُمْ كَمَا أَرْسَلْنَا إِلَى فِرْعَوْنَ رَسُولًا فَعَصَى فِرْعَوْنُ الرَّسُولَ فَأَخَذْنَاهُ أَخْذًا وَبِيلًا﴾[347]. أي فمن عصى محمدا رسول الله يؤخذ كذلك أخذا وبيلا.

وقال: ﴿كَالَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ كَانُوا أَشَدَّ مِنْكُمْ قُوَّةً وَأَكْثَرَ أَمْوَالًا وَأَوْلَادًا فَاسْتَمْتَعُوا بِخَلَاقِهِمْ فَاسْتَمْتَعْتُمْ بِخَلَاقِكُمْ كَمَا اسْتَمْتَعَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ بِخَلَاقِهِمْ وَخُضْتُمْ كَالَّذِي خَاضُوا أُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْخَاسِرُونَ﴾[348].

وقال تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنَّكَ تَرَى الْأَرْضَ خَاشِعَةً فَإِذَا أَنْزَلْنَا عَلَيْهَا الْمَاءَ اهْتَزَّتْ وَرَبَتْ إِنَّ الَّذِي أَحْيَاهَا لَمُحْيِي الْمَوْتَى إِنَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾[349].

ومن أمثلة القياس في الحديث: (ما وقع لعمر إذ قال لرسول الله عليه صلى الله عليه وسلم: صنعت اليوم يارسول الله أمرا عظيما قبلت وأنا صائم؛ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «أرأيت لو تمضمضت بماء وأنت صائم؛ فقلت لا بأس بذلك. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فصم. فكما أن وضع الماء في الفم هو طريق الشرب لا يفطر كذلك القبلة»[350].

وقد ذهب للعمل بالقياس جمهور أئمة أهل السنة والمعتزلة. وأنكره النظام من المعتزلة. قال أبو القاسم البغدادي: إن النظام فيما أعلم أول من أنكر القول بالقياس.

346-سورة آل عمران، الآية 59.

347-سورة المزمل، الآيتان 16/15.

348-سورة التوبة، الآية 69.

349-سورة فصلت، الآية 39.

350-علال الفاسي، «مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها»، مرجع سابق، ص: 128/127.

وأنكره كذلك الإمامية من الشيعة لأن القياس رأي. والدين لا ينال بالرأي. وأنكر داود بن على الأصبهاني مؤسس مذهب الظاهرية المتوفى سنة 270 القياس الخفي، وأجاز الجلي منه. وهو ما يكون المقيس فيه أولى بالحكم من المقيس عليه، كتحريم ضرب الوالدين بالأحرى من النهي عن التأفف المنصوص عليه في قوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا﴾[351]. وكذلك إذا كان الحكم مساويا كحرمة إتلاف مال اليتيم باللباس قياسا على تحريم الأكل المنصوص عليه في قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾[352]. وهذان هما المعروفان عند علماء الأصول بمفهوم الموافقة.

وأنكر الإمام ابن حزم الذي هو من مجتهدي الظاهرية القياس مطلقا جليا كان أو خفيا. وقال لا يشرع الله شيئا من الأحكام لعلة أصلا. وقد أطال ابن حزم في الاستدلال لمذهبه في كتابه أصول الأحكام.

3-أركان القياس:

حدد علماء الأصول أركان القياس في أربعة أركان وهي:

الأصل: وهو ما يقاس عليه، أي المشبه به الذي هو محل الحكم.

الفرع: وهو المشبه الذي يبحث له عن حكم. وقد حرر الإمام الشوكاني شروط الفرع بقوله: «وأما ما يشترط في الفرع فأمور أربعة:

أحدها: مساواة علته لعلة الأصل.

والثاني: مساواة حكمه لحكم الأصل.

والثالث: أن لا يكون منصوصا عليه.

والرابع: أن لا يكون متقدما على حكم الأصل»[353].

الحكم: وهو الذي ثبت للأصل وألحق بالفرع.

العلة: وهي الوصف الجامع بين الأصل والفرع، ويطلق عليها اسم مناط القياس، أو مناط الحكم. لأن الحكم نيط بها أي ربط بها وجودا وعدما. ومثال ذلك النصوص المتعلقة بتحريم الخمر، مناطها الإسكار وهو علة التحريم فيقاس عليه النبيذ في الحرمة لتحقق مناط النص وهو الإسكار في النبيذ.

وتعتبر العلة أكثر مباحث القياس صعوبة ودقة. قال الإمام الشوكاني: «واعلم أن العلة ركن من أركان القياس -كما نقدم- فلا يصح بدونها؛ لأنها الجامعة بين الأصل والفرع. قال ابن فورك: من الناس من اقتصر على الشبه، ومنع القول بالعلة.

351-سورة الإسراء، الآية 23.

352-سورة النساء، الآية 10

353-الإمام محمد بن علي الشوكاني، «إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول»، مرجع سابق، ص:878.

وقال ابن السمعاني: ذهب بعض القياسيين من الحنفية وغيرهم إلى صحة القياس من غير علة إذا لاح بعض الشبه.والحق ما ذهب إليه الجمهور من أنها معتبرة لا بد منها في كل قياس»[354].

وتعرف العلة لدى علماء الأصول بعدة أسماء ذكرها الإمام الشوكاني كذلك بقوله: «وللعلة أسماء تختلف باختلاف الاصطلاحات: فيقال لها: السبب، والأمارة، والداعي، والمستدعي، والباعث، والحامل، والمناط، والدليل، والمقتضي، والموجب، والمؤثر»[355].

«وقد ذهب المحققون إلى أنه لا بد من دليل على صحتها، لأنها شرعية كالحكم، فكما أنه لا بد من دليل على الحكم، كذلك لا بد من دليل على العلة.

ومنهم من قال: إنها تحتاج إلى دليلين يعلم صحة العلة بوجود الحكم بوجودها، وارتفاعه بارتفاعها»[356].

وفي نفس السياق قال ابن رشد الحفيد: «والعلة الشرعية لا توجب الحكم في الأصل بنفسها وإنما توجبه بجعل صاحب الشرع لها علة. مثال ذلك أن السكر قد كان موجودا في الخمر ولم يدل ذلك على تحريمها حتى جعله صاحب الشرع علة في تحريمها، فليست علة على الحقيقة، و ذلك على تحريمها حتى جعله صاحب الشرع علة في تحريمها، فليست علة على الحقيقة، وإنما أمارة على الحكم وعلامة عليه»[357].

ومعنى هذا أنه لا يكفي وجود ما يجمع بين الأصل والفرع، بل لا بد من دليل يدل على صحة اعتباره وهو النص أو الإجماع أو الاستنباط.

4- بعض تطبيقات القياس:

ذكر الأستاذ علال الفاسي رحمه الله عدة أمثلة للقياس منها:

- النهي عن الإجارة على الإجارة قياسا على النهي عن الخطبة على الخطبة، وعن البيع على البيع: وسند هذا القياس الذي قال به بعض الفقهاء: قوله عليه الصلاة والسلام: ﴿لا يبع أحدكم على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه﴾. فهذا نص صريح في النهي عن البيع على بيع الأخ أو الخطبة على خطبته. فقاس المجتهدون عليهما استيجار الإنسان على استيجار أخيه، لأن علة النهي عن الأولين ما فيهما من الاعتداء على الغير وهو محقق في الاستيجار أيضا.

- قياس الإجارة على البيع في وجوب الترك يوم الجمعة لأداء الصلاة: وسند هذا القياس الذي قال به بعض الفقهاء هو قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ

354-الإمام محمد بن علي الشوكاني، «إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول»، مرجع سابق،ص:870.

355-الإمام محمد بن علي الشوكاني، «إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول»، مرجع سابق،ص:871.

356-الإمام محمد بن علي الشوكاني، «إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول»، مرجع سابق،ص:871.

357- أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد القرطبي، «المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات»، مرجع سابق، ص:40/39.

وَذَرُوا الْبَيْعَ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾[358]. فتلحق الإجارة بالبيع، لأن علة النهي عن البيع هي كونه يشغل عن حضور الجمعة وأداء فرضها مع الجماعة، وهي تتحقق في الإجارة وفي غيرها. بل يمكن أن يقال إنه نهى عن كل عمل يشغل عن أداء الصلاة في وقتها مع الجماعة طبقا لرغبة الشارع.

- قياس التوقيع بالبصمة على التوقيع باليد: إن التوقيع بخط اليد على صك يعتبر حجة، لأنه يدل على صاحبه، وبالتالي يقاس عليه وضع بصمة الإبهام على الورقة لأنها تدل كذلك على صاحبها.

- قياس استعمال الغلاف على العزل أثناء الجماع: لأن العلماء أجازوا العزل في جماع الزوجة إذا رضي الطرفان، وبالتالي يقاس عليه استعمال غلاف رقيق، للحيلولة دون وصول الماء إلى رحم الزوجة، لان العلة واحدة[359].

أما ابن رشد القرطبي الحفيد، فإن كتابه «بداية المجتهد ونهاية المقتصد»، يعج بأمثلة القياس، ولذلك ارتأينا أن نورد بعضا منها:

- استحقاق المرأة للصداق في حالة الوفاة قبل البناء: قال: «وأما المسألة الثانية: وهي إذا مات الزوج قبل تسمية الصداق وقبل الدخول بها، فإن مالكا وأصحابه والأوزاعي قالوا: ليس لها صداق ولها المتعة والميراث. وقال أبو حنيفة: لها صداق المثل والميراث، وبه قال أحمد وداود، وعن الشافعي القولان جميعا، إلا أن المنصور عند أصحابه هو مثل قول مالك. وسبب اختلافهم معارضة القياس للأثر: أما الأثر فهو ما روي عن ابن مسعود أنه سئل عن هذه المسألة فقال: أقول فيها برأيي فإن كان صوابا فمن الله وإن كان خطأ فمني: أرى أن لها صداق امرأة من نسائها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث، فقام معقل بن يسار الأشجعي فقال: أشهد لقضيت فيها بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم في بروع بنت واشق، خرجه أبو داود والنسائي والترمذي وصححه. وأما القياس المعارض لهذا فهو أن الصداق عوض، فلما لم يقبض المعوض لم يجب العوض قياسا على البيع، وقال المزني عن الشاقعي في هذه المسألة: إن ثبت حديث بروع فلا حجة في قول أحد مع السنة. والذي قاله هو الصواب والله أعلم»[360].

2- قياس جواز إجبار الولي غير الأب ولده الصغير على الزواج على جواز ذلك للأب: قال: «وأما: هل يزوج الولي غير الأب الصغير؟ فإن مالكا أجازه للوصي، وأبا حنيفة أجازه للأولياء، إلا أن أبا حنيفة أوجب الخيار له إذا بلغ، ولم يوجب ذلك مالك. وقال الشافعي: ليس لغير الأب إنكاحه. وسبب اختلافهم قياس غير الأب في ذلك على الأب. فمن رأى أن الاجتهاد الموجود فيه الذي جاز للأب به أن يزوج الصغير من ولده لا يوجد في غير الأب لم يجز

358-سورة الجمعة، الآية 9.

359-علال الفاسي، «مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها»، مرجع سابق، ص:126/125/124.

360-أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد القرطبي الحفيد،«بداية المجتهد ونهاية المقتصد»، المجلد 3، مرجع سابق، ص:1291/1290/1289.

ذلك. ومن رأى أنه يوجد فيه أجاز ذلك. ومن فرق بين الصغير في ذلك والصغيرة فلأن الرجل يملك الطلاق إذا بلغ ولا تملكه المرأة، ولذلك جعل أبو حنيفة لهما الخيار إذا بلغا»[361].

وقد اختلف الفقهاء في عدة أحكام حول علة القياس، ومن ذلك ما ذكره ابن رشد القرطبي الحفيد بقوله: «اتفق العلماء على أن للأب أن يزوج ابنته الصغيرة البكر، ولا يلتفت إلى رضاها، ولا تستأذن، لأنها فاقدة الأهلية.

واختلفوا في علة هذا الجواز، فالشافعية جعلوا العلة هي البكارة، ولذلك عدوا هذا الحكم إلى من توجد فيه العلة، فقالوا: إن للأب أن يجبر البكر البالغة على الزواج، لأن العلة موجودة وهي البكارة ومنعوا الحكم فيما لا توجد فيه العلة، فقالوا: إن الصغيرة الثيب ليس لأبيها أن يجبرها على الزواج، بل لا يجوز له أن يزوجها حتى تبلغ. وذلك لفقدان العلة، وهي البكارة.

وذهب الحنفية إلى أن العلة في الصغيرة البكر، هي الصغر، ولذلك عدوا الحكم إلى ما وجدت فيه العلة، وقالوا: إنه يجوز للأب أن يجبر ابنته الصغيرة الثيب على الزواج، وذلك لوجود العلة، وهي الصغر، ومنعوا الحكم فيما لا توجد فيه العلة، فقالوا: إنه ليس للأب إجبار ابنته البالغة البكر على الزواج لأن العلة- وهي الصغر- غير موجودة»[362].

ثالثا: لمحة عن باقي الأدلة:

1- الاستصحاب:

الاستصحاب: «هو بقاء الحكم الذي لم يرد دليل شرعي على منعه إو إلغائه أو تعديله أو نسخه ساريا أو معمولا به».

وقد عرفه الأمام الشوكاني بقوله: «الاستصحاب: أي استصحاب الحال لأمر وجودي، أو عدمي، عقلي، أو شرعي. ومعناه أن ما ثبت في الزمن الماضي فالأصل بقاؤه في الزمن المستقبل، مأخوذ من المصاحبة، وهو بقاء ذلك الأمر ما لم يوجد ما يغيره. فيقال: الحكم الفلاني قد كان في ما مضى، وكل ما كان في ما مضى، ولم يظن عدمه، فهو مظنون البقاء».

وقال الإمام القرافي الاستصحاب: «ومعناه: أن اعتقاد كون الشيء في الماضي أو الحاضر يوجب ظن ثبوته في الحال، أو الاستقبال.

وهذا الظن عند مالك والإمام فخر الدين والمزني وأبي بكر الصيرفي رحمة الله عليهم، حجة، خلافا لجمهور الحنفية والمتكلمين.

361- أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد القرطبي الحفيد، «بداية المجتهد ونهاية المقتصد»، المجلد 3، مرجع سابق، ص: 1247/1246.

362 مصطفى سعيد الخن، «أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء»، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثالثة، 1982، ص: 504.

لنا: أنه قضاء بالطرف الراجح فيصح، كأروش الجنايات، واتباع الشهادات»[363].

وقد أجمل الأستاذ علال الفاسي رحمه الله عليه الكلام عن حجية الاستصحاب فقال: «والاستصحاب في الجملة متفق عليه؛ وإن اختلفوا في بعض صوره. فإذا ثبت دليل حكم شرعي لواقعة وثبت بذلك الدليل نفسه استمرار ذلك الحكم الشرعي، فإن ثبوت هذا الحكم واستمراره ثابتان بالدليل الشرعي ولا يختلف في ذلك واحد. ومثاله:﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا﴾[364]. فقوله أبدا يدل على رد شهادتهم في الماضي وفي الحال والاستقبال. ومنه قوله صلى الله عليه وسلم: ﴿لا تزال طائفة من أمتي ظاهرين على الحق لا يضرهم من خالفهم حتى يأتي أمر الله وهم على ذلك﴾. فوجود هذه الطائفة كان وسيبقى دائما. واستمرارها واجب على المسلمين في كل حين. وكذلك قوله: ﴿الجهاد ماض إلى يوم القيامة﴾. يجعل الجهاد مستمرا لوقوع مستمر الوجوب.

والنظر هو فيما إذا دل دليل على ثبوت حكم في واقعة شرعية؛ ولم يكن في ذلك الدليل ما يدل على استمراره؛ ولم يوجد دليل آخر ينفي ذلك الاستمرار؛ هل يستمر الحكم على ما هو عليه أم لا؟

ذهب مالك والحنابلة وجمهور الشافعية والظاهرية أنه يستمر الحكم الذي ثبت دليله في الماضي ما لم يثبت ما يبدله وهو حجة في النفي والإثبات والأمر الوجودي والعدمي على السواء.

وذهب بعض العلماء ومنهم الحنفية وبعض المتكلمين إلى أن الاستصحاب ليس بحجة لأن الثبوت في الماضي افتقر إلى الدليل فكذلك استصحابه يفتقر إلى الدليل لأنه يمكن أن يكون وأن لا يكون»[365].

وعليه، فإن الاستصحاب عند من يجوزه يرتبط بعدم وجود دليل شرعي ينفي الحكم القائم أو يقرر حكما آخر بديل عنه إما كليا أو جزئيا. بينما يرجع عدم الأخذ بالاستصحاب لدى الحنفية وغيرهم إلى قاعدة عامة عندهم وهي أنه يجب أن يكون لكل حكم شرعي دليل شرعي يبرره أو يبنى عليه الحكم، ولا يكفي الركون إلى عدم وجود دليل شرعي للقول ببقاء حكم من الماضي جاريا في الزمن الحاضر.

2-الاستحسان:

قال الإمام القرافي عن الاستحسان: «قال الباجي: هو القول بأقوى الدليلين. وعلى هذا يكون حجة إجماعا، وليس كذلك. وقيل: هو الحكم بغير دليل، وهذا اتباع للهوى، فيكون حراما إجماعا.

وقال الكرخي: «هو العدول عما حكم به في نظائر مسألة إلى خلافه، لوجه أقوى منه». وهذا يقتضي أن يكون العدول عن العموم إلى الخصوص استحسانا، ومن الناسخ إلى المنسوخ.

363-شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي، «الذخيرة في الفقه»، مرجع سابق، ص:151.

364-سورة النور، الآية 4.

365-علال الفاسي، «مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها»، مرجع سابق، ص:133/132.

وقال أبو الحسين: هو ترك وجه من وجوه الاجتهاد غير شامل شمول الألفاظ لوجه أقوى منه. وهو في حكم الطارىء على الأول، فبالأول خرج العموم، وبالثاني خرج ترك القياس المرجوح للقياس الراجح، لعدم طريانه عليه، وهو حجة عند الحنفية وبعض البصريين منا، وأنكره العراقيون»[366].

فالاستحسان إذن هو العدول عن حكم معمول به بناء على دليل شرعي إلى حكم آخر لثبوت دليل شرعي أقوى من دليل الحكم الأول. والاستحسان بهذا المعنى يدل على جواز تغيير الحكم المعتمد بحكم آخر ثبت عن طريق الدليل أنه أجدر بالاتباع من الحكم الأول.

ورغم أن الاستحسان ارتبط بالفقه الحنفي، إلا أن تطبيقاته تسود، فيما نحسب، في مختلف المذاهب الفقهية السنية المعروفة، ولهذا نجد أن في مذهب واحد قول أول وقول ثان، مما يعني تبديل الحكم الأول بحكم آخر بعد الوقوف على دليل لم يكن موجودا من قبل، أو لم يلتفت إليه رغم وجوده.

ويمكن أن نستدل على تعدد الأقوال في المذهب الواحد، بسبب تغييرها، بالنماذج الآتية:

1-قال ابن رشد الحفيد في شأن جواز حلاقة رأس المولود في اليوم السابع: «واختلف في حلاق رأس المولود يوم السابع، والصدقة بوزن شعره فضة، فقيل هو مستحب، وقيل هو غير مستحب، والقولان عن مالك، والاستحباب أجود، وهو قول ابن حبيب لما رواه مالك في الموطأ ﴿أن فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم حلقت شعر الحسن والحسين وزينب وأم كلثوم، وتصدقت بزنة ذلك فضة﴾»[367].

2-وقال الإمام الشوكاني في جواز نسخ القرآن بالسنة: «وأما نسخ السنة بالقرآن، فذلك جائز عند الجمهور، وبه قال بعض من منع من نسخ القرآن بالسنة.

وللشافعي في ذلك قولان؛ حكاهما القاضي أبو الطيب الطبري، والشيخ أبو إسحاق الشيرازي، وسليم الرازي، وإمام الحرمين، وصححوا جميعا الجواز»[368].

3-وقال ابن رشد الحفيد بخصوص الخطبة: «وأما خطبة النكاح المروية عن النبي صلى الله عليه وسلم فقال الجمهور إنها ليست واجبة، وقال داود هي واجبة. وسبب الخلاف هل يحمل فعله في ذلك عليه الصلاة والسلام على الوجوب أو على الندب: فأما الخطبة على الخطبة، فإن النهي في ذلك ثابت عن النبي عليه الصلاة والسلام. واختلفوا هل يدل ذلك على فساد المنهي عنه أو لا يدل. وإن كان يدل ففي أي حالة يدل؟ فقال داود يفسخ؛ وقال الشافعي وأبو حنيفة لا يفسخ؛ وعن مالك القولان جميعا، وثالث وهو أن يفسخ قبل

366-شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي، «الذخيرة في الفقه»، مرجع سابق، ص:156/155

367-أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد القرطبي الحفيد، «بداية المجتهد ونهاية المقتصد»، المجلد 3،مرجع سابق، ص:1198.

368-الإمام محمد بن علي الشوكاني، «إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول»، الجزء 2، مرجع سابق، ص:815.

الدخول ولا يفسخ بعده؛ وقال ابن القاسم: إنما معنى النهي إذا خطب رجل صالح على خطبة رجل صالح، وأما إن كان الأول غير صالح والثاني صالح جاز»[369].

4-وقال ابن رشد الحفيد في شأن صداق المتوفى عنها: «وأما المسألة الثانية: وهي إذا مات الزوج قبل تسمية الصداق وقبل الدخول بها، فإن مالكا وأصحابه والأوزاعي قالوا: ليس لها صداق ولها المتعة والميراث. وقال أبو حنيفة: لها صداق المثل والميراث، وبه وقال أحمد وداود، وعن الشافعي القولان جميعا، إلا أن المنصور عند أصحابه وهو مثل قول مالك»[370].

إن رواية قولان عن إمام مذهب واحد يدل على تغيير الحكم بحكم آخر لمناسبة اقتضت ذلك، لأنه: «لا يجوز أن يكون للمجتهد في مسألة واحدة قولان متناقضان في وقت واحد بالنسبة إلى شخص واحد، لأن دليلهما إن تعادلا من كل وجه، ولم يمكن الجمع ولا الترجيح، وجب عليه الوقف، وإن أمكن الجمع بينهما، وجب عليه المصير إلى الصورة الجامعة بينهما، وإن ترجح أحدهما على الآخر، تعين عليه الأخذ به. وبهذا تعلم امتناع أن يكون له قولان متناقضان في وقت واحد، باعتبار شخص واحد.

وأما في وقتين فجائز، لجواز تغير الاجتهاد الأول، وظهور ما هو أولى بأن يأخذ به، «ويدع» ما كان قد أخذ به»[371].

3-المصلحة المرسلة:

لقد أفاض الأصوليون في تحديد معنى المصلحة، ويرجع ذلك إلى أن المصلحة تعد من أصول التشريع الإسلامي خصوصا في المذهب المالكي. وقد عرفها الأستاذ عبد الله الداودي رحمه الله بقوله: «المصلحة في الأصل عبارة عن جلب المنفعة للناس أو دفع المضرة عنهم»[372].

ورغم دقة هذا التعريف، فإن تنزيله على أرض الواقع لا يمكن أن يتم دون صعوبة، ذلك أن: «المنافع والمضار هي إضافية نسبية لا يتأتى أن تحظى باتفاق الناس عليها في كل زمان وفي كل الأحوال، فلا مناص من اختلافهم على ما هو منفعة وما هو مضرة لاختلافهم في التقدير من زمن لآخر ومن بيئة لأخرى، وبالتالي فلا مناص من اختلافهم على ماهو مصلحة. سيما و المصالح في حد ذاتها تتجاذبها، بشمولية واطراد جوانب للنفع وأخرى

369-أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد القرطبي الحفيد، «بداية المجتهد ونهاية المقتصد»، المجلد 3، مرجع سابق، ص:1237/1236.

370-أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد القرطبي الحفيد، «بداية المجتهد ونهاية المقتصد»، المجلد 3، مرجع سابق، ص:1289.

371-الإمام محمد بن علي الشوكاني، «إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول»، الجزء 2، مرجع سابق، ص:1075.

372-عبد الله الداودي، «مسيرة التشريع الاجتهادي وحركة الإصلاح»، مجلة الفقه المالكي والتراث القضائي بالمغرب، الأعداد 4/3/2، 1984، ص:79.

للضرر، تتبادل فيما بينها القوة والضعف من أمر لآخر»[373]. وهذا ما دفع الإمام الشاطبي إلى القول: «أن ليس في الدنيا مصلحة محضة ولا مفسدة محضة والمقصود للشارع ما غلب منهما»[374].

وقد تحدث الإمام القرافي عن المصالح المرسلة بقوله: «والمصالح بالإضافة إلى شهادة الشرع لها بالاعتبار على ثلاثة اقسام:

ما شهد الشرع باعتباره، وهو القياس الذي تقدم.

وما شهد الشرع بعدم اعتباره، نحو المنع من زراعة العنب لئلا يعصر منه الخمر.

وما لم يشهد له باعتبار ولا بإلغاء، وهو المصلحة المرسلة، وهي عند مالك رحمه الله حجة»[375].

ولدفع أي تحكم في استعمال مفهوم المصلحة بما يخدم أهواء الناس ورغباتهم، قال الفقهاء إن المصلحة التي يجوز الأخذ بها في إنشاء الأحكام يجب أن: «تكون كلية، قطعية، ضرورية»[376].

إن الخوف من العبث في توظيف المصلحة كمصدر لتكوين الأحكام، هو الذي جعل الفقهاء يحرصون على استلزام توفر عدد من الشروط في المصلحة للأخذ بها. وقد لخص الأستاذ عبد الله الداودي هذه الشروط نقلا عن الإمام الشاطبي في النقط التالية:

1- أن تكون مصلحة حقيقية، بأن يتحقق أن الحكم المبني عليها يجلب نفعا راجحا أو يدفع ضررا راجحا، فإن لم يتحقق هذا وإنما كان مجرد توهم دون موازنة بين النفع والضرر كانت المصلحة وهمية لا حقيقية؛

2- أن تكون مصلحة عامة بأن يكون الحكم المبني عليها يهم الجمهور والعدد الأكبر من الناس بجر المنفعة لهم أو دفع المضرة عنهم، لا أن يقتصر على فرد أو فئة خاصة؛

3- أن تكون المصلحة في خدمة مقاصد الشريعة المعلومة بحيث لا يصادم الحكم المبني عليها أحكام الشريعة ومقرراتها الثابتة في نصوصها وأدلتها، وإلا ألغيت عن الاعتبار[377]

وبحكم أهمية المصلحة في المذهب المالكي ختم الإمام القرافي كلامه عن المصلحة بقوله: «لنا: أن الله تعالى: إنما بعث الرسل لتحصيل مصالح العباد، عملا بالاستقراء، فمهما وجدنا مصلحة غلب على الظن أنها مطلوبة للشرع»[378].

373-عبد الله الداودي،«مسيرة التشريع الاجتهادي وحركة الإصلاح»، مرجع سابق، ص:79.

374-عبد الله الداودي،«مسيرة التشريع الاجتهادي وحركة الإصلاح»، مرجع سابق، ص:79.

375-شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي، «الذخيرة في الفقه»، مرجع سابق، ص:151/150.

376-شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي، «الذخيرة في الفقه»، مرجع سابق، ص:151.

377-عبد الله الداودي، مسيرة التشريع الاجتهادي وحركة الإصلاح، مرجع سابق، ص85/84.

378-شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي، «الذخيرة في الفقه»، مرجع سابق، ص:151.

4-سد الذرائع:

لخص الإمام القرافي الكلام عن الذرائع بقوله: «الذريعة: الوسيلة للشيء، ومعنى ذلك: حسم مادة وسائل الفساد دفعا له، فمتى كان الفعل السالم من المفسدة وسيلة إلى المفسدة منعنا من ذلك الفعل، وهو مذهب مالك رحمة الله عليه»[379].

أما الإمام الشوكاني فقد اختصر الحديث عن الذريعة بقوله:«الذريعة: هي المسألة التي ظاهرها الإباحة، ويتوصل بها إلى فعل المحظور. قال الباجي: ذهب مالك إلى المنع من الذرائع. وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يجوز منعها»[380].

وقد استدل القائلون بسد الذرائع كدليل للأحكام بجملة من النصوص الشرعية مثل قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقُولُوا رَاعِنَا وَقُولُوا انْظُرْنَا وَاسْمَعُوا وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾[381]، وقوله: ﴿وَاسْأَلْهُمْ عَنِ الْقَرْيَةِ الَّتِي كَانَتْ حَاضِرَةَ الْبَحْرِ﴾[382]، وما صح عنه -صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- من قوله: ﴿لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها وباعوها وأكلوا أثمانها﴾. وقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ﴿دع ما يريبك إلى ما لا يريبك﴾. وقوله عليه السلام: ﴿الحلال بين، والحرام بين، وبينهما أمور مشتبهات، والمؤمنون وقافون عند الشبهات﴾. وقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ﴿من حام حول الحمى يوشك أن يواقعه﴾.

وعليه، فإن الذي يميز سد الذريعة عن غيرها من مصادر التشريع الأخرى، هو أن سد الذريعة دليل قد يفضي إلى منع أو تحريم ما هو مباح، وذلك لقطع الباب عن استعماله للوصول إلى ما هو غير مباح إذا كانت فيه مضرة عامة. وقد عرف عن المالكية اعتماد سد الذريعة كمصدر للأحكام الشرعية أكثر من غيرهم، لذلك كتب الإمام الشوكاني: «قال القرطبي: سد الذرائع ذهب إليه مالك وأصحابه، وخالفه أكثر الناس تأصيلا، وعملوا عليه في أكثر فروعهم تفصيلا»[383].

بيد أن الإمام القرافي حرر الكلام في سد الذرائع لدى المالكية وغيرهم بقوله: «يُنْقَلُ عَنْ مَذْهَبِنَا: أَنَّ مِنْ خَوَاصِّهِ اعْتِبَارَ الْعَوَائِدِ، وَالْمَصْلَحَةِ الْمُرْسَلَةَ، وَسَدِّ الذَّرَائِعِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ.

أَمَّا الْعُرْفُ فَمُشْتَرَكٌ بَيْنَ الْمَذَاهِبِ، وَمَنِ اسْتَقْرَأَهَا وَجَدَهُمْ يُصَرِّحُونَ بِذَلِكَ فِيهَا.

379-شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي، «الذخيرة في الفقه مرجع سابق، ص:152

380- الإمام محمد بن علي الشوكاني، «إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول»، الجزء 2، مرجع سابق، ص:1008/1007.

381-سورة البقرة، الآية 104.

382-سورة الأعراف، الآية 163.

383-الإمام محمد بن علي الشوكاني، «إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول»، الجزء 2، مرجع سابق، ص:1008.

وَأَمَّا الْمَصْلَحَةُ الْمُرْسَلَةُ: فَغَيْرُنَا يُصَرِّحُ بِإِنْكَارِهَا، وَلَكِنَّهُمْ عِنْدَ التَّفْرِيعِ تَجِدُهُمْ يُعَلِّلُونَ بِمُطْلَقِ الْمَصْلَحَةِ، وَلَا يُطَالِبُونَ أَنْفُسَهُمْ عِنْدَ الْفَوَارِقِ وَالْجَوَامِعِ بِإِبْدَاءِ الشَّاهِدِ لَهَا بِالِاعْتِبَارِ، بَلْ يَعْتَمِدُونَ عَلَى مُجَرَّدِ الْمُنَاسَبَةِ، وَهَذَا هُوَ الْمَصْلَحَةُ الْمُرْسَلَةُ.

وَأَمَّا الذَّرَائِعُ: فَقَدْ أَجْمَعَتِ الْأُمَّةُ عَلَى أَنَّهَا عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ:

أَحَدُهَا: مُعْتَبَرٌ إِجْمَاعًا، كَحَفْرِ الْآبَارِ فِي طُرُقِ الْمُسْلِمِينَ، وَإِلْقَاءِ السُّمِّ فِي أَطْعِمَتِهِمْ، وَسَبِّ الْأَصْنَامِ عِنْدَ مَنْ يُعْلَمُ مِنْ حَالِهِ أَنَّهُ يَسُبُّ اللَّهَ تَعَالَى حِينَئِذٍ.

وَثَانِيهَا: مُلْغًى إِجْمَاعًا كَزِرَاعَةِ الْعِنَبِ فَإِنَّهُ لَا يُمْنَعُ خَشْيَةَ الْخَمْرِ، وَالشَّرِكَةِ فِي سُكْنَى الْآدَرِ خَشْيَةَ الزِّنَا.

وَثَالِثُهَا: مُخْتَلَفٌ فِيهِ كَبُيُوعِ الْآجَالِ، اعْتَبَرْنَا نَحْنُ الذَّرِيعَةَ فِيهَا، وَخَالَفَنَا غَيْرُنَا.

فَحَاصِلُ الْقَضِيَّةِ: أَنَّا قُلْنَا بِسَدِّ الذَّرَائِعِ أَكْثَرَ مِنْ غَيْرِنَا، لَا أَنَّهَا خَاصَّةٌ بِنَا.

وَاعْلَمْ: أَنَّ الذَّرِيعَةَ كَمَا يَجِبُ سَدُّهَا يَجِبُ فَتْحُهَا، وَيُكْرَهُ، وَيُنْدَبُ، وَيُبَاحُ، فَإِنَّ الذَّرِيعَةَ: هِيَ الْوَسِيلَةُ، فَكَمَا أَنَّ وَسِيلَةَ الْمُحَرَّمِ مُحَرَّمَةٌ، فَوَسِيلَةُ الْوَاجِبِ وَاجِبَةٌ: كالسعي للمجمعة وَالْحَجِّ.

وَمَوَارِدُ الْأَحْكَامِ عَلَى قِسْمَيْنِ:

مَقَاصِدُ: وَهِيَ الْمُتَضَمِّنَةُ لِلْمَصَالِحِ وَالْمَفَاسِدِ فِي أَنْفُسِهَا.

وَوَسَائِلُ: وَهِيَ الطُّرُقُ الْمُفْضِيَةُ، إِلَيْهَا وَحُكْمُهَا حُكْمُ مَا أَفْضَتْ إِلَيْهِ مِنْ تَحْرِيمٍ أَوْ تَحْلِيلٍ، غَيْرَ أَنَّهَا أَخْفَضُ رُتْبَةً مِنَ الْمَقَاصِدِ فِي حُكْمِهَا.

فَالْوَسِيلَةُ إِلَى أَفْضَلِ الْمَقَاصِدِ أَفْضَلُ الْوَسَائِلِ، وَإِلَى أَقْبَحِ الْمَقَاصِدِ أَقْبَحُ الْوَسَائِلِ، وَإِلَى مَا هُوَ مُتَوَسِّطٌ مُتَوَسِّطَةٌ»[384].

5-قول الصحابي:

قال القرافي عن: «وَأَمَّا قَوْلُ الصَّحَابِيِّ: فَهُوَ حجَّة عِنْد مَالك وَالشَّافِعِيّ، فِي قَوْلِهِ الْقَدِيمِ مُطْلَقًا، لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: ﴿أَصْحَابِي كَالنُّجُومِ بِأَيِّهِمُ اقْتَدَيْتُمُ اهْتَدَيْتُمْ﴾.

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: إِنْ خَالَفَ الْقِيَاسَ فَهُوَ حُجَّةٌ وَإِلَّا فَلَا.

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ وَعُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا حُجَّةٌ دُونَ غَيْرِهِمَا.

وَقِيلَ قَوْلُ الْخُلَفَاءِ الْأَرْبَعَةِ حُجَّةٌ إِذَا اتَّفَقُوا»[385].

384-شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي، «الذخيرة في الفقه»، مرجع سابق، ص:153/152.

385-شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي، «الذخيرة في الفقه»، مرجع سابق، ص:150.

قد بين إمام الحرمين الجويني موقف الشافعية من قول الصحابي بقوله: «وقول الواحد من الصحابة ليس بحجة على غيره على القول الجديد وفي القديم حجة لحديث: (أَصْحَابِي كَالنُّجُومِ بِأَيِّهِمُ اقْتَدَيْتُمُ اهْتَدَيْتُمْ)، وأجيب بضعفه»[386].

6- شرع من قبلنا:

وقع الخلاف بين العلماء حول تعبد النبي محمد (ص) قبل بعثته بشرع من الشرائع السماوية السابقة[387]. ومن بين ما ورد في هذا الشأن من أقوال أنه:

-كان متعبدا بشريعة كل من قبله من الأنبياء، إلا ما نسخ منها، واندرس، حكاه صاحب «الملخص»[388].

-وقيل: كان متعبدا بشرع، ولكن لا ندري بشرع من تعبد الله، حكاه ابن القشيري.

-وقيل: لم يكن قبل البعثة متعبدا بشرع. حكاه في «المنخول»[389] عن إجماع المعتزلة.

وما نرمي إليه في هذه المناسبة هو أن نجيب على السؤال التالي: هل يعد شرع من قبلنا مصدرا من مصادر التشريع؟

قال الإمام الشوكاني: «وقد فصل بعضهم تفصيلا حسنا فقال: إنه إذا بلغنا شرع من قبلنا على لسان الرسول، (صلى الله عليه وسلم)، أو لسان من أسلم كعبد الله بن سلام، وكعب الأحبار، ولم يكن منسوخا، ولا مخصوصا، فإنه شرع لنا. وممن ذكر هذا القرطبي.

ولا بد من هذا التفصيل على قول القائلين بالتعبد، لما هو معلوم من وقوع التحريف والتبديل، فإطلاقهم مقيد بهذا القيد، ولا أظن أحدا منهم يأباه»[390].

وقد تحدث ابن رشد الحفيد عن إحدى تطبيقات شرع من قبلنا في الفقه بمناسبة كلامه عن جنس الصداق فقال: «المسألة الثالثة: أما جنسه فكل ما جاز أن يتملك وأن يكون عوضا. واختلفوا من ذلك في مكانين: في النكاح بالإجارة، وفي جعل عتق أمته صداقها. أما النكاح على الإجارة ففي المذهب (يقصد المذهب المالكي) فيه ثلاثة أقوال: قول بالإجازة، وقول بالمنع، وقول بالكراهة: والمشهور عن مالك الكراهة، ولذلك رأى فسخه قبل الدخول، وأجازه من أصحابه أصبغ وسحنون، وهو قول الشافعي، ومنعه ابن القاسم وأبو حنيفة إلا في العبد فإن أبا حنيفة أجازه.

386-جلال الدين محمد بن احمد المحلي الشافعي، «شرح الورقات في أصول الفقه لإمام الحرمين الجويني»، مرجع سابق، ص:188/189.

387-فصل الإمام الشوكاني هذه الأقوال في كتابه: «إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول»، الجزء 2، مرجع سابق، ص:979وما بعدها.

388-يقصد كتاب: «الملخص في أصول الفقه» للقاضي عبد الوهاب المالكي.

389-يقصد كتاب: «المنخول في أصول الفقه» للإمام أبو حامد الغزالي.

390-الإمام محمد بن علي الشوكاني، «إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول»، الجزء 2، مرجع سابق، ص:985.

وسبب اختلافهم سببان: أحدهما: هل شرع من قبلنا لازم لنا حتى يدل الدليل على ارتفاعه أم الأمر بالعكس؟ فمن قال: هو لازم أجازه لقوله تعالى: ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ وَمَا أُرِيدُ أَنْ أَشُقَّ عَلَيْكَ سَتَجِدُنِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ مِنَ الصَّالِحِينَ﴾[391]، ومن قال ليس بلازم قال: لا يجوز النكاح بالإجارة. والسبب الثاني: هل يجوز أن يقاس النكاح في ذلك على الإجارة؟ وذلك أن الإجارة هي مستثناة من بيوع الغرر المجهول، ولذلك خالف فيها الأصم وابن علية، وذلك أن أصل التعامل إنما هو على عين معروفة ثابتة في عين معروفة ثابتة، والإجارة هي عين ثابتة في مقابلتها حركات وأفعال غير ثابتة ولا مقدرة بنفسها. ولذلك اختلف الفقهاء متى تجب الأجرة على المستأجر»[392].

7-العوائد والأعراف:

تعتبر الأعراف والعوائد من مصادر الأحكام الشرعية والقانونية، ويشترط فيها أن تكون غير مخالفة لدليل شرعي، كما يشترط فيها في القانون أن تكون غير مخالفة لنص قانوني آمر أو للنظام العام والأخلاق الحميدة. فقد نص الفصل (475) من قانون الالتزامات والعقود على أنه: «لا يسوغ للعرف والعادة أن يخالفا القانون، إن كان صريحا».

وقد تكلم الإمام القرافي عن العوائد فقال: «والعادة: غلبة معنى من المعاني على الناس، وقد تكون هذه الغلبة في سائر الأقاليم، كالحاجة للغذاء، والتنفس في الهواء. وقد تكون خاصة ببعض البلاد، كالنقود والعيوب. وقد تكون خاصة ببعض الفرق، كالأذان للإسلام، والناقوس للنصارى. فهذه العادة يقضى بها عندنا، لما تقدم في الاستصحاب»[393].

ويجب التنبيه إلى أن العرف الخاص يقدم على العرف العام. وقد نصت المادة (3) من مدونة التجارة على أنه: «ترجح الأعراف والعادات الخاصة والمحلية على الأعراف والعادات العامة».

8-البراءة الأصلية: يقصد بالبراءة الأصلية أن الأصل هو عدم التكليف، لذلك فإن الحكم بالفعل أو الترك يجب أن يكون مبنيا على دليل شرعي. وبناء عليه قال الفقهاء لا حكم إلا بالشرع.

وقد تكلم الإمام القرافي عن البراءة الأصلية بقوله: «وهي استصحاب حكم العقل في عدم الأحكام، خلافا للمعتزلة والأبهري وأبي الفرج منا. وثبوت عدم الحكم في الماضي يوجب ظن عدمه في الحال، فيجب الاعتماد على هذا الظن، بعد الفحص عن رافعه وعدم وجوده عندنا وعند طائفة من الفقهاء»[394].

391-سورة القصص، الآية 27.

392-أبو الوليد محمد بن احمد بن محمد ابن احمد ابن رشد القرطبي الحفيد، «بداية المجتهد ونهاية المقتصد»، المجلد 3، مرجع سابق، ص: 1276/1275.

393-شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي، «الذخيرة في الفقه»، مرجع سابق، ص:151.

394- شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي، «الذخيرة في الفقه»، مرجع سابق، ص:151.

وبما أن البراءة الأصلية هي استصحاب حكم العقل في عدم الأحكام كما قال الإمام القرافي، اكتفى بعض الفقهاء بالقول إن البراءة الأصلية تعد من صور الاستصحاب[395].

9-الاستقراء:

قال الإمام القرافي: «وهو: تتبع الحكم في بعض جزئياته على حالة يغلب على الظن أنه في صورة النزاع على تلك الحالة. كاستقرائنا الفرض في جزئياته، بأنه لا يؤدى على الراحلة، فيغلب على الظن أن الوتر لو كان فرضا لما أدي على الراحلة؛ وهذا الظن حجة عندنا وعند الفقهاء»[396].

والمفهوم من هذا التعريف هو أن الاستقراء يقوم على جمع وتتبع الأدلة من مختلف مصادرها لبناء حكم يكون غير نابع من دليل محدد بالذات، وإنما من ما يفضي إليه الجمع بين الأدلة وتحليل أسانيدها من جهة، ومقاصدها من جهة أخرى.

10-الأخذ بالأخف:

قال الإمام القرافي عن الأخذ بالأخف: «هو عند الشافعي رحمه الله حجة: كما قيل في دية اليهودي إنها مساوية لدية المسلم.

ومنهم من قال: نصف دية المسلم، وهو قولنا، ومنهم من قال: ثلثها، أخذا بالأقل، فأوجب الثلث فقط لأنه مجمع عليه، وما زاد منفي بالبراءة الأصلية»[397].

11-العصمة:

قال القرافي عن العصمة: «وهي: أن العلماء اختلفوا: هل يجوز أن يقول الله تعالى لنبي أو لعالم: أحكم فإنك لا تحكم إلا بالصواب. فقطع بوقوع ذلك موسى بن عمران من العلماء، وقطع جمهور المعتزلة بامتناعه، وتوقف الشافعي في امتناعه وجوازه، ووافقه الإمام فخر الدين-رحمه الله»[398].

12-عمل أهل المدينة:

يعتبر عمل أهل المدينة من أهم أصول المذهب المالكي، ودليلا من أدلته التي بنى عليها الأحكام والقواعد، وفرع الفروع، واستنبط المسائل وخرجها. وقد كان الإمام يعتمد حجيته ويقدمه على القياس، ويحتج به، ويقدمه أيضا على خبر الواحد، لأنه عنده أقوى منه، إذ إن عمل أهل ا لمدينة بمنزلة روايتهم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، ورواية جماعة عن جماعة أولى بالتقديم من رواية فرد عن فرد.

395-علال الفاسي، «مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها»، مرجع سابق، ص:133.

396-شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي، «الذخيرة الفقه»، مرجع سابق، ص:152/151.

397-شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي، «الذخيرة في الفقه»، مرجع سابق، ص:156.

398- شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي، «الذخيرة الفقه»، مرجع سابق، ص:156.

13-إجماع أهل الكوفة:

قال الإمام القرافي عن إجماع أهل الكوفة: «ذهب قوم إلى أنه حجة، لكثرة من وردها من الصحابة-رضي الله عنهم-كما قال مالك في إجماع أهل المدينة»[399].

399-شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي، «الذخيرة الفقه»، مرجع سابق، ص:156.

الفصل الثاني: مركز الشريعة الإسلامية في القانون الوضعي المغربي.

تكتسي دراسة الفقة الإسلامي أهمية علمية وقانونية كبيرة ومتميزة لعدة أسباب منها:

1- إن الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه ومظانه وأصوله وفروعه يعد منظومة قانونية متميزة تتمركز في قلب الأنساق القانونية الكبرى المقارنة التي تتشكل أساسا من العائلة القانونية الرومانية الجرمانية، والعائلة القانونية الانكلوسكسونية، والعائلة القانونية الاشتراكية السوفياتية. ثم إنه يمثل فكرا قانونيا أصيلا ومتفردا، سواء من حيث مصادره المتعددة، أو من حيث مناهجه المتنوعة، أو من حيث أسلوب صياغته للأحكام الشرعية العملية التي تقوم مقام القواعد القانونية في الأنظمة القانونية الوضعية؛

2- إن الفقه الإسلامي تأثرت به العديد من القوانين العربية والإسلامية في صياغة مضامين نصوصها القانونية، وخصوصا قوانين الأسرة، والقوانين المدنيه، بل إن منها ما يعتبر تقنينا لأحكام الفقه الإسلامي (مدونة الأسرة، مدونة الحقوق العينية، مدونة الأوقاف في المغرب) و(قوانين الأسرة والقانون المدني في عدد من الدول الإسلامية الأخرى)، لذلك فإن استيعاب هذه القوانين من ناحية، وتحيينها أو تطويرها من ناحية أخرى، لا يمكن أن يتم بمعزل عن تحيين ومراجعة أصولها الفقهية؛

3- إن الفقه الإسلامي هو الأصل المشترك للنظام القانوني الإسلامي، وبالتالي فهو المنطلق الجامع، والمرجع الموحد، لتوحيد أو التقريب بين قوانين البلدان متى اقتضت الضرورة الحضارية والقانونية والاقتصادية والاجتماعية ذلك، وهو عامل قل نظيره بالنسبة للقوانين المقارنة الأخرى.

4- إن الفقه الأسلامي في المغرب، وخاصة منه الفقه المالكي، مهم سواء من حيث بعده التاريخي، أو من حيث حاضره التشريعي. فمن حيث البعد التاريخي: يمكن القول إن الفقه المالكي ومنذ استقراره كمذهب رسمي بالمغرب، مثل القاعدة التشريعية المحكمة في كافة المجالات الدينية، والمدنية، السياسية، والاجتماعية والاقتصادية، حيث ظل هو المعتمد في الفتوى والقضاء، من خلال الرجوع إلى كتب الفقه المشتهرة، والاجتهاد وفق أصوله وقواعده. بل حتى مع دخول الاستعمار إلى المغرب، ظل الفقه الاسلامي المالكي هو المعتمد ولو بشكل جزئي. وعليه فالفقه المالكي من هذا المنطلق يمثل مرحلة تاريخية مهمة في مسيرة البلاد التشريعية، وبالتالي عاملا مهما في الدراسات التاريخية والاجتماعية والأنتربولوجية لتاريخ المغرب.

أما من حيث حاضره التشريعي: فالفقه المالكي شكل أحد المصادر الأساسية للعديد من النصوص القانونية بالمغرب، سواء كمصدر مادي معتمد في انتاج القاعدة القانونية وتشكيلها (كمدونة الأحوال الشخصية، مدونة الأسرة، ظهير الالتزامات والعقود، مدونة الحقوق العينية...) أو كمصدر رسمي تكميلي للمواد (400) من مدونة الأسرة، و(1) من مدونة الحقوق العينية، و(169) من مدونة الأوقاف.

وللكشف عن بعض لبنات الفقه الإسلامي في البنيان العمراني للنسق القانوني المغربي الوضعي، فإننا سنتحدث عن الفقه الإسلامي كمصدر من مصادر التشريع (المبحث الأول)، وبعد ذلك سوف نتكلم عن الشريعة الإسلامية باعتبارها جوهر النظام العام في المغرب (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الفقه الإسلامي مصدر من مصادر التشريع.

إضافة إلى القيمة الدينية والتاريخية والاجتماعية للشريعة اللإسلامية في المغرب، يعتبر الفقه الإسلامي إما مصدرا ماديا للتشريع (المطلب الأول) أو مصدرا احتياطيا (مكملا) للقانون عندما يشوبه الفراغ أو يكتنفه الغموض (المطلب الثاني)

المطلب الأول: الفقه الإسلامي كمصدر أساسي من مصادر التشريع.

يتمثل حضور الفقه الإسلامي في النسق القانوني المغربي إما في كونه مصدرا ماديا للتشريع من جهة (الفقرة الأولى)، أو في كونه ضابطا من ضوابط التشريع من جهة أخرى (الفقرة الثانية).

الفقرة الأول: الفقه الإسلامي كمصدر مادي للتشريع.

يشكل الفقه الإسلامي المادة الأولية التي صنعت منها كثير من القواعد القانونية المغربية. وللتنبيه فإنني لا أتحدث هنا عن مجرد قواعد قانونية متفرقة أو مشتة بين أحضان مدونات قانونية تنظم مجالات اجتماعية أو اقتصادية مختلفة، بل إن الأمر يتعلق بمدونات قانونية كاملة وضعت أو صيغت جل أحكامها خاصة منها الأحكام غير التنظيمية أو المسطرية من الأحكام الشرعية العملية، أو قل إنها أخذت، حسب تعبير الفقيه المالكي الكبير، محمد ابن جزي الغرناطي من «القوانين الفقهية». وعندما نقول إن هناك مدونات قانونية نهلت بصفة شبه كلية من مادة الفقه الإسلامي المالكي بالدرجة الأولى، فإنما نقصد على وجه التحديد مدونة الأسرة، ومدونة الأوقاف، ثم مدونة الحقوق العينية.

نعم إن مطلب تقعيد الأحكام الفقهية الإسلامية وصياغتها وفق منهجية القواعد القانونية العصرية التي تبنتها الدول الاستعمارية منذ زمن بعيد، كان مطلبا ملحا منذ عهد الاستعمار، لكن مبادرة بعض الدول الإسلامية قبل المغرب إلى وضع مدونات قانونية ذات مرجعية فقهية وفق الصيغ الحديثة للتشريع في مجال الأحوال الشخصية بالأساس، جعل المغرب يسابق الزمن بعد الاستقلال، لتقعيد بعض الأحكام الفقهية التي تتصل ببعض المجالات الاجتماعية خاصة تلك التي بقيت بعيدة عن التقنين الذي باشرته سلطات الحماية الفرنسية بالمغرب في ميادين قانونية أخرى[400]. ولا شك أن منهجية التقنين الجديدة التي أدخلها المشرع في عهد

400- أصدر المشرع في بداية عهد الحماية في منطقة الحماية الفرنسية عددا من النصوص القانونية منها: قانون الالتزامات والعقود (ظهير 12 غشت 2013)- القانون التجاري (ظهير 12 غشت 2013)- قانون التحفيظ العقاري (ظهير 12 غشت 2013)- قانون الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب (ظهير 12 غشت 2013)- قانون بيع ورهن الأصول التجارية (ظهير 31 دجنبر 2014)- القانون الخاص بالتشريع المطبق على العقارات المحفظة (2 يونيو 1915).

الحماية إلى البلاد، وما أفرزته من فوائد عملية سواء على الصعيد القانوني أو على الصعيد القضائي، قد دفعت المشرع إلى أن يلتفت مباشرة بعد الاستقلال إلى أهمية تقعيد الأحكام الفقهية والقضائية في مدونات قانونية عصرية، بهدف تحقيق الوحدة القانونية من ناحية، وتوحيد العمل القضائي وتيسيره من ناحية ثانية، وتجاوز بعض الأحكام الفقهية والعرفية التي لم تعد تتماشى مع متطلبات العصر الحاضر من ناحية ثالثة.

ولتحقيق هذه الأهداف في مرحلة ما بعد الاستقلال تم إحداث لجنة لوضع مدونة لأحكام الفقه الإسلامي بموجب الظهير الشريف رقم 1.57.190 الصادر بتاريخ 22 محرم 19/1377 غشت 1957[401]. وقد تضمن هذا الظهير في ديباجته ما يلي: «وحيث إن مادة الفقه الإسلامي بغزارتها ودقتها وتشعبها يمكن أن يؤدي النظر فيها إلى تأويلات عديدة؛

وحيث إنه أصبح من الضروري الأكيد جمع أحكام الفقه الإسلامي في مدونة تيسر تعليمه وتسهل إجراء العمل به وتطبيق مقتضياته؛

ورعيا لما في ذلك من الفائدة للمتحاكمين والنتيجة الحسنة لضمان سير القضاء، فقد أصدرنا أمرنا الشريف بما يأتي:

الفصل الأول (1): «تحدث تحت رعاية جنابنا الشريف لجنة مختصة تقوم بوضع مدونة لأحكام الفقه الإسلامي تكون بمثابة قانون موحد يصبح بمقتضى ظهير شريف يصدره جنابنا العالي بالله معمولا به في سائر محاكم مملكتنا المغربية».

وقد عبر الملك محمد الخامس رحمه الله عن الأهداف المنتظرة من إحداث اللجنة المذكورة في الخطاب الذي ألقاه في حفل تدشين أعمالها بقوله :«...ولا يخفى أننا أمة عريقة في ميدان الدراسات الفقهية والتشريع نملك من ذلك ثروة تغنينا عن اتخاذ قوانين موضوعة لدول أخرى غير أن كل ما ينقص هذه الثروة هو إظهارها بالمظهر الحقيقي لها بعيدة عما علق بها من تأويلات عقيمة وعادات فاسدة أصبحت بحكم تداولها مع تقادم العهد من مضافات الشريعة الإسلامية ومعدودة منها وقد أخر بعض تلك المضافات تطور البلاد ورقيها فواجبنا إذن هو أن نعود إلى ثروتنا الفقهية ونعمل على إحيائها وذلك بتأليفها في مواد منسقة مضبوطة على شكل - مدونة- وهو عمل جليل سبقتنا إليه بعض البلاد الإسلامية مقدرة فائدته ونفعه وهذا ما نريد أن يضطلع به فقهاؤنا....»[402].

401-منشور بالجريدة الرسمية عدد 2341 بتاريخ 1957/9/6.

402-مجلة القضاء والقانون، العدد 5، يناير 1958، ص:434.

وقد انكبت اللجنة التي أحدثت لتدوين أحكام الفقه الإسلامي في بداية عملها على وضع مدونة للأحوال الشخصية[403]. فشرعت، بدون تأخير، في دراسة مشروع المدونة الذي أعدته وزارة العدل وتمكنت من إتمام مناقشة وإعداد الكتاب الأول المتعلق بالزواج والكتاب الثاني المتعلق بانحلال ميثاقه (الطلاق بمختلف أنواعه) فتم إصدارهما بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.57.343بتاريخ 28 ربيع الثاني 22/1377 نونبر 1957[404].

ثم إن اللجنة واصلت عملها بشكل مسترسل وبدون توقف إلى أن تم إصدار الظهائر الشريفة الآتية:

- الظهير الشريف رقم 1.57.379 الصادر في 25 جمادى الأولى 18/1377 دجنبر 1957 يتضمن الكتاب الثالث المتعلق بالولادة ونتائجها[405]؛

- الظهير الشريف رقم 1.58.019 الصادر في 4 رجب 25/1377 يناير 1958 يتضمن الكتاب الرابع المتعلق بالأهلية والنيابة الشرعية[406]؛

- الظهير الشريف رقم 1.57.073 الصادر في 30 رجب 20/1377 فبراير 1958 يتضمن الكتاب الخامس المتعلق بالوصية[407]؛

- الظهير الشريف رقم 1.57.379 الصادر في 13 رجب 3/1377 أبريل 1958 يتضمن الكتاب السادس المتعلق بالميراث[408].

ومع إصدار هذا الظهير الشريف الأخير المتعلق بالميراث اكتملت مدونة الأحوال الشخصية المغربية.

وقد كان من المفروض أن تواصل اللجنة المعينة عملها لإخراج مدونة للأموال على غرار مدونة الأحوال، لكن عملها توقف لأسباب لم يكشف عنها إلى حد اليوم بشكل كاف. بيد أن ما يهم هو أن المشرع المغربي، عاد مرة أخرى إلى الفقه الإسلامي لتطوير مدونة الأحوال الشخصية. هذه المدونة التي مهدت لبناء الأسرة المغربية الحديثة، كشفت الممارسة العملية بعد ما يقارب نصف قرن من الزمن عن عدم ملائمة عدد من

403-نص الفصل الأول من الظهير الشريف رقم 1.57.343 الصادر بتاريخ 28 ربيع الثاني 22/1377 تونبر 1957 على أنه: «ستنشر سلسلة كتب في موضوع أحكام الأحوال الشخصية، ويتألف من مجموعها مدونة تحمل اسم مدونة الأحوال الشخصية».

404-منشور في الجريدة الرسمية عدد 2354 الصادرة بتاريخ 13 جمادى الأولى 6/1377 دجنبر 1957 ودخل حيز التنفيذ بموجب الفصل (2) منه ابتداء من 1 يناير 1958.

405-منشور بالجريدة الرسمية عدد 2358 بتاريخ 11 جمادى الثانية 3/1377 يناير 1958.

406-منشور بالجريدة الرسمية عدد 2363 بتاريخ 17 رجب 7/1377 فبراير 1958.

407-منشور بالجريدة الرسمية عدد 2367 بتاريخ 16 شعبان 7/1377 مارس 1958.

408-منشور بالجريدة الرسمية عدد 2371 بتاريخ 14 رمضان 4/1377 أبريل 1958.

مقتضياتها للعصر الحاضر[409]، وقد لوحظ بشأنها تكريس كثير من مظان الحيف تجاه المرأة[410]، كما أنها كانت قاصرة عن توفير حماية كافية للأطفال، لذلك اتسع نطاق المناداة بتعديلها وأحيانا بتغييرها تغييرا جذريا ومحوريا، لكن دعوات التعديل أو التغيير اصطدمت بمقاومة حقيقية من عدة أطراف، كانت ترى في المدونة قانونا دينيا وشرعيا غير قابل للمراجعة أو التصحيح. إلا أن الملك الحسن الثاني رحمه الله استجاب لدعوات إصلاح المدونة[411]، وقام بتشكيل لجنة علمية مكونة من بعض رجال الفقه والقانون وتقدمت هذه اللجنة بمقترحات في شكل تعديلات لبعض فصول المدونة وصدر بشأنها الظهير الشريف رقم 1.93.347 بتاريخ 22 ربيع الأول 1414/ 10 شتنبر 1993[412].

بيد أن التعديلات التي شملت المدونة لم تكن كافية لإرضاء الأصوات التي كانت تنادي بإصلاح مدونة الأحوال الشخصية إصلاحا جذريا لتحقيق المساواة بين الرجل والمرأة من جهة، وضمان حماية شاملة وفاعلة لحقوق الأطفال من جهة ثانية. لذلك استمر الجدل المجتمعي بتمظهرات مختلفة حول مدونة الأحوال الشخصية إلى أن تفاقم الصراع بشأنها بعد طرح ما عرف بمشروع الخطة الوطنية لإدماج المرأة في التنمية من طرف كتابة الدولة المكلفة بالرعاية الاجتماعية والأسرة والطفولة[413]، بحيث بلغت درجة التقاطب الايديولوجي والسياسي والاجتماعي والثقافي حول هذه الخطة حدا أصبحت تهدد معه السلم الاجتماعي[414]، وتهدد الأمن القانوني والقضائي، لذلك تدخل الملك محمد السادس وقام بتكوين لجنة عهد إليها بمراجعة مدونة الأحوال الشخصية، وتم تنصيب اللجنة المذكورة بتاريخ 27 أبريل 2001[415]. وقد كانت هذه اللجنة متعددة المشارب والاختصاصات حيث تمت فيها مراعاة الجانب الفقهي والقضائي والعلمي في اختيار أعضائها، كما تمت مراعاة حضور العنصر النسوي فيها.

409-حول بعض النقاشات التي أثيرت حول مدونة الأحوال الشخصية يمكن مراجعة مجلة مقدمات، العدد الخاص رقم 2 حول «إصلاح قانون الأسرة حصيلة خمسين سنة من النقاش»، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2002.

410-محمد الكشبور، «شرح مدونة الأسرة: الزواج»، الجزء 1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2006، ص:6.

411-خطاب الملك الحسن الثاني رحمه الله يوم 29 شتنبر 1992 بمناسبة استقباله لممثلات الحركات النسوية المغربية منشور في مجلة مقدمات، العدد الخاص رقم 2 حول «إصلاح قانون الأسرة حصيلة خمسين سنة من النقاش»، مرجع سابق، ص:259 وما بعدها.

412-منشور في الجريدة الرسمية عدد 4222 بتاريخ 12 ربيع الآخر 29/1414 شتنبر 1993.

413- يمكن مراجعة بعض مضامين مشروع الخطة الوطنية من أجل إدماج المرأة في التنمية في مجلة مقدمات، العدد الخاص رقم 2 حول «إصلاح قانون الأسرة حصيلة خمسين سنة من النقاش»، مرجع سابق، ص:220 وما يليها.

414-محمد الشافعي، «قانون الأسرة المغربي بين الثبات والتطور»، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى، 2004، ص:53 وما بعدها. وكذلك «من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة»، منشورات الزمن، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2004.

415- خطاب تنصيب الملك محمد السادس للجنة الاستشارية الخاصة بمراجعة مدونة الأحوال الشخصية بتاريخ 27 أبريل 2001 منشور في مجلة مقدمات، العدد الخاص رقم 2 حول «إصلاح قانون الأسرة حصيلة خمسين سنة من النقاش»، مرجع سابق، ص:265 وما يليها.

وبعد أن انتهت اللجنة من عملها قدمت المشروع إلى الديوان الملكي الذي تولى الحسم في بعض القضايا الخلافية[416]. وعلى إثر ذلك قدم الملك محمد السادس مشروع مدونة الأسرة بمناسبة افتتاح الدورة البرلمانية الخريفية بتاريخ 10 أكتوبر 2003 استعرض فيه أهم مستجدات مشروع مدونة الأسرة[417]. وأمر أن يعرض هذا المشروع الذي أصبح يحمل رقم 70.03 بحكم ما يتضمنه من التزامات مدنية على البرلمان لمناقشته والتصويت عليه.

وبالفعل صادق مجلس النواب على المشروع بتاريخ 16 يناير 2004 ثم صادق عليه مجلس المستشارين بتاريخ 23 يناير 2004. وبعد ذلك صدر الظهير الشريف رقم 1.04.22 بتاريخ 22 ذي الحجة 3/1424 فبراير 2004 القاضي بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة[418].

ورغم التطور الذي عرفته مدونة الأسرة مقارنة مع مدونة الأحوال الشخصية، إلا أنها بقيت وفيه لمرجعيتها الأساسية، أي للمرجعية الفقهية المالكية. ومما يستدعي الانتباه أن المدونة تتضمن في متونها عدة ايحاءات تدل على أصلها الشرعي، وهكذا فقد نصت المادة (50) من المدونة، على سبيل المثال، على أنه: «إذا توفرت في عقد الزواج أركانه وشروط صحته، وانتفت الموانع، فيعتبر صحيحا وينتج جميع آثاره من الحقوق والواجبات التي رتبتها الشريعة بين الزوجين والأبناء والأقارب، المنصوص عليها في هذه المدونة». ونصت المادة (60) من المدونة على أنه: «يفسخ الزواج الفاسد قبل البناء ولا صداق فيه إذا لم تتوفر في الصداق شروطه الشرعية، ويصحح بعد البناء بصداق المثل، وتراعي المحكمة في تحديده الوسط الاجتماعي للزوجين». كما أن المادة (13) من مدونة الأسرة نصت على أنه: «يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: 5 - انتفاء الموانع الشرعية».

ورغم أهمية النصوص القانونية المذكورة في البرهنة على ارتباط مدونة الأسرة بأصولها الشرعية والفقهية، إلا أن أهميتها تذوب أمام قوة ديباجة المدونة، بحيث إن هذه الديباجة هي التي تترجم بكل يقين علاقة هذه المدونة بالشريعة الإسلامية، ولعل في عبارة الخطاب الملكي التي جاء فيها: «وإذا كانت مدونة 1957 قد وضعت، قبل تأسيس البرلمان، وعدلت سنة 1993، خلال فترة دستورية انتقالية، بظهائر شريفة، فإن نظرنا السديد ارتأى أن يعرض مشروع مدونة الأسرة على البرلمان، لأول مرة، لما يتضمنه من التزامات مدنية، علما بأن مقتضياته الشرعية هي من اختصاص أمير المؤمنين»، ما يغني عن أي زيادة حول تعلق أحكام الأسرة بالأحكام الشرعية.

416-محمد الكشبور، «شرح مدونة الأسرة: الزواج»، مرجع سابق، ص:8.

417-هذه المستجدات كما وردت في الخطاب الملكي بتاريخ 10 أكتوبر 2001 مدرجة في ديباجة مدونة الأسرة.

418 نشر بالجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 5/1424 فبراير 2004.

وعلى عكس مدونة الأسرة التي أثيرت بشأنها مناقشات وتجاذبات مجتمعية حادة، فإن المشرع اشتغل بهدوء تام في تقنين الأحكام الفقهية المرتبطة بالأوقاف. فقد تمكن من إصدار مدونة الأوقاف بموجب الظهير الشريف رقم 1.09.236 بتاريخ 8 ربيع الأول 1431 (23 فبراير 2010)[419]. ويتبين من خلال مراجعة ديباجة هذه المدونة قوة الارتباط بين الوقف والأحكام الفقهية، ومما جاء في الديباجة: «بحكم الإمامة العظمى التي طوق الله بها عنقنا، والأمانة الكبرى التي حملنا إياها، والقائمة على حماية حمى الملة والدين، ورعاية شؤون هذا البلد الأمين؛

واهتداء بنهج أسلافنا الميامين ملوك الدولة العلوية الشريفة، المجبولين على العناية بالأوقاف وحمايتها من كل ترام أو ضياع؛

وتكريسا من جلالتنا الشريفة لروح التجديد والتحديث التي جعلناها من ثوابت سياستنا في تدبير أمور مملكتنا الشريفة؛

ووعيا منا بأهمية الوقف، وبدوره الطلائعي، باعتباره ثروة وطنية وعنصرا فاعلا في التنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد؛

ورغبة منا في تأطيره تأطيرا قانونيا حديثا، يمكنه من مواكبة التحولات الشاملة التي تعرفها بلادنا، ويراعي خصوصيته المستمدة من أحكام الفقه الإسلامي؛

وإيمانا من جلالتنا بأهمية تقنين القواعد الفقهية المتعلقة به، بما يدرأ تعدد الأقوال واختلاف التأويلات بشأنها، ويجمع شتاتها، ويحقق لها الانسجام مع مكونات المنظومة التشريعية المغربية؛

ومواصلة منا لمسيرة تحديث القوانين التي انطلقت في عهد جلالة والدنا المنعم أمير المؤمنين الحسن الثاني طيب الله ثراه، والتي أوليناها فائق عنايتنا وكبير اهتمامنا من خلال الحرص على مواكبتها لأحدث الأنظمة القانونية المعاصرة؛

وفقا لهذا المنهج، قررنا إصدار مدونة للأوقاف تجمع الأحكام الفقهية المتناثرة للوقف، وتحسم التضارب في أموره المختلفة، وتعيد تنظيم أحكامه القانونية شكلا ومضمونا، بما يضمن تقيدها بأحكام الفقه الإسلامي، ويضفي عليها طابعا عصريا متميزا؛

وتأكيدا من جلالتنا على استقلالية الوقف المستمدة من طابعه الإسلامي الخالص، فقد أثرنا من خلال هذه المدونة المحافظة على خصوصيته، وتزويده بوسائل قانونية حديثة تضمن له الحماية الناجعة، وبنظم تدبيرية تيسر حسن استغلاله والاستفادة منه، وبطرق استثمارية تمكنه من المساهمة في مشاريع التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وتعيد له دوره الريادي الذي نهض به عبر تاريخ بلادنا المجيد».

419-منشور في الجريدة رسمية عدد 5847 الصادرة بتاريخ فاتح رجب 1431 (14 يونيو 2010)

وإضافة إلى الديباجة نصت المادة (143) من مدونة الأوقاف بعد تعديلها على أنه: «تتولى إدارة الأوقاف تحضير مشروع الميزانية السنوية الخاصة بالأوقاف العامة، وتنفيذها بعد المصادقة عليها من قبل المجلس الأعلى لمراقبة مالية الأوقاف العامة، مع مراعاة أحكام المادة 134 أعلاه.

علاوة على ذلك، يتعين أن تراعى في إعداد مشروع الميزانية المذكور، تحت طائلة عدم المصادقة، الشروط التالية:

- قاعدة التوازن المالي بين المداخيل والنفقات؛
- إدراج كافة التحملات الإلزامية طبقا للنصوص الجاري بها العمل المتعلقة بالأوقاف العامة؛
- عدم مخالفة الآراء الصادرة عن المجلس العلمي الأعلى والمتعقلة بالأوقاف العامة ذات الصلة بأحكام الشريعة، طبقا لأحكام المادة 158 أدناه».

كما أن المادة (158) من مدونة الأوقاف نصت على أنه: «يتولى المجلس القيام بمراقبة مالية الأوقاف العامة، ودراسة القضايا المتعلقة بها، وإبداء الرأي بشأنها، واقتراح جميع الإجراءات الهادفة إلى ضمان حسن تدبيرها وفق مبادئ الشفافية والحكامة الرشيدة، بما يكفل حماية الأموال الموقوفة وفقا عاما، والحفاظ عليها وتنمية مداخيلها؛ أخذا بعين الاعتبار الأهداف والمباديء المنصوص عليها في الاستراتيجية المشار إليها في المادة 2 المكررة من هذه المدونة.....

غير أن آراء المجلس التي قد تستلزم تأصيلا شرعيا من أجل مطابقتها لأحكام الشريعة ومقاصدها، يتعين أن تحال إلى المجلس العلمي الأعلى للنظر فيها وإصدار رأي شرعي في شأنها يبلغ إلى كل من السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف ورئيس المجلس الأعلى لمراقبة مالية الأوقاف العامة، قصد اعتماده.

وتعتبر هذه الآراء ملزمة لإدارة الأوقاف».

ونعتقد أن هذه النصوص القانونية مع ما سطر في الديباجة، كاف للدلالة على قوة الارتباط بين مدونة الأوقاف والنصوص الشرعية. لذلك نمر قدما لنقل إن المشرع المغربي اشتغل كذلك في هدوء تام وتمكن من تكوين مدونة قانونية جديدة مرتبطة إلى حد كبير بالأحكام الفقهية الإسلامية، ويتعلق الأمر بمدونة الحقوق العينية التي صدرت بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.11.178 بتاريخ 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011) بتنفيذ القانون رقم 39.08. ولعل من أهم محاسن هذه المدونة أنها حسمت النقاش في المادة (1) منها حول تطبيق قانون الالتزامات والعقود، عند الاقتضاء، على الحقوق العينية، كما أنها وحدث المرجع القانوني (المدونة ذاتها) للقانون المطبق على العقارات المحفظة وغير المحفظة، وقطعت دابر عدد من المشاكل القانونية المرتبطة بالقواعد الفقهية، لذلك يمكن القول إن مدونة الحقوق العينية نجحت في تحيين وتطوير الأحكام الفقهية لتتلاءم مع طبيعة العقارات المحفظة، وأكدت قابلية الأحكام الفقهية المذكورة لمسايرة المستجدات القانونية المعاصرة.

وبانتهاء الكلام عن مدونة الحقوق العينية وعلاقتها بالأحكام الفقهية الإسلامية، ننتقل للكلام عن الشريعة الإسلامية كضابط من ضوابط التشريع في النسق القانوني المغربي.

الفقرة الثانية: الشريعة الإسلامية كضابط من ضوابط التشريع.

تعد الشريعة الإسلامية، في كل الميادين القانونية، ضابطا من ضوابط التشريع التي يجب مراعاة أحكامها، واستحضارها أصولها، واعتبار قواعدها عند وضع النصوص القانونية.

ويظهر من دراسة بعض القوانين المغربية، أن أحكام الشريعة الإسلامية حاضرة في عدد من المتون القانونية، سواء تلك التي صدرت في عهد الحماية، أو تلك التي صدرت في عهد الاستقلال. ولذلك سنكتفي في هذه المناسبة، بإيراد نماذج من النصوص القانونية التي وضعت مراعاة لأحكام الشريعة الإسلامية من قانون الالتزامات والعقود لكونه يمثل النموذج الأقوى في القانون المغربي المحتوي على عدد من القواعد القانونية التي أخذت بعين الاعتبار أحكام الشريعة الإسلامية.

نعم لقد كانت سلطات الحماية الفرنسية في تونس تدرك عند بداية عملها لوضع مدونة الإلتزامات والعقود أن الفقهاء قد يقفون لها بالمرصاد عندما يكتشفون أن عددا من الأحكام التي سطرت في هذه المدونة تخالف بشكل ظاهر أحكام الشريعة الإسلامية، لذلك أخذت هذا التحدي بعين الاعتبار. وعندما انتهت اللجنة التي كلفت بمراجعة ومناقشة مشروع المدونة المدنية والتجارية من عملها تم: «عرض هذا الأخير على لجنة إسلامية- حضر أشغالها كل من سانتيانا وبيرج- تتكون من خمسة أساتذة من جامعة الزيتونة وخمسة قضاة من المحكمة العليا الشرعية للنظر في مدى ملاءمة هذا العمل لأحكام الشريعة الإسلامية فاعترفت اللجنة الإسلامية بموافقة المشروع لأحكام الفقه الإسلامي وبعدها أصدر الباي قرارا بنشره تحت اسم المدونة التونسية للالتزامات والعقود (الفصل الأول من القرار) وذلك بتاريخ 15 ديسمبر 1906 ليجري العمل بها ابتداء من فاتح يونيو 1907 بأثر فوري (الفصل 3 من القرار)»[420].

ولما كان قانون الالتزامات والعقود المغربي قد نقل بالدرجة الأولى عن المدونة التونسية للالتزامات والعقود، كما أنه تأثر بالنظر إلى مصدره ببعض أحكام الفقه الإسلامي، إضافة إلى القوانين المدنية الأوربية، كما تؤكد الدراسة المعمقة التي أنجزها أستاذنا محمد شيلح في هذا المجال[421]، لذلك تضمنت بعض نصوصه إشارات مباشرة إلى أحكام الشريعة الإسلامية كما توضح الأمثلة الآتية:

420- محمد شيلح، «أصول قانون الالتزامات والعقود المغربي من زاوية واضعه وموضوعه: محاولة قراءة في ق.ل.ع.م من خلال سيرته»، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 5، 1989، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، ص:64.

421-محمد شيلح، «أصول قانون الالتزامات والعقود المغربي من زاوية واضعه وموضوعه: محاولة قراءة في ق.ل.ع.م من خلال سيرته»، مرجع سابق، ص:70 وما بعدها.

1- «تقع المُقاصة إذا كان كل من الطرفين دائنا للآخر ومدينا له بصفة شخصية. وهي لا تقع بين المسلمين، عندما يكون من شأنها أن تتضمن مخالفة لما تقضي به الشريعة الإسلامية»[422].

2-«يبطل بين المسلمين بيع الأشياء المعتبرة من النجاسات وفقا لشريعتهم مع استثناء الأشياء التي تجيز هذه الشريعة الاتجار فيها، كالأسمدة الحيوانية المستخدمة في أغراض الفلاحة»[423].

3-«بمجرد تمام البيع، يسوغ للمشتري تفويت الشيء المبيع ولو قبل حصول التسليم، ويسوغ للبائع أن يحيل حقه في الثمن ولو قبل الوفاء. وذلك ما لم يتفق العاقدان على خلافه. ولا يعمل بهذا الحكم في بيوع المواد الغذائية المنعقدة بين المسلمين»[424].

4- «إذا كان أحد العوضين أكثر من الآخر قيمة، ساغ تعويض الفرق بنقود أو بغيرها من الأشياء، معجلا أو مؤجلا. ولا يسري هذا الحكم بين المسلمين، إذا كان محل المُعاوضة طعاما»[425].

5-«يكون باطلا كل اتفاق من شأنه أن يحمل المودع عنده تبعة الحادث الفجائي أو القوة القاهرة مع استثناء الحالات المنصوص عليها في الفصلين 782 و783 وحالة الوديعة المأجورة. ولا يعمل بهذا الحكم إلا فيما بين غير المسلمين»[426].

6-«اشتراط الفائدة بين المسلمين باطل ومبطل للعقد الذي يتضمنه سواء جاء صريحا، أو اتخذ شكل هدية أو أي نفع آخر للمقرض أو لأي شخص غيره يتخذ وسيطا له»[427].

7- «تبطل بقوة القانون، بين المسلمين، كل شركة يكون محلها أشياء محرمة بمقتضى الشريعة الإسلامية، وبين جميع الناس، وكل شركة يكون محلها أشياء خارجة عن دائرة التعامل»[428].

8- «يسوغ أن تكون الحصة في رأس المال نقودا أو أشياء أخرى، منقولة كانت أو عقارية أم حقوقا معنوية. كما يسوغ أيضا أن تكون عمل أحد الشركاء أو حتى عملهم جميعا. ولا يسوغ بين المسلمين، أن تكون هذه الحصة مواد غذائية»[429].

9-«لا يجوز الصلح بين المسلمين على ما لا يجوز شرعا التعاقد عليه بينهم. غير أنه يسوغ الصلح على الأموال أو الأشياء، ولو كانت قيمتها غير محققة بالنسبة إلى الطرفين»[430].

422-الفصل 357 من قانون الالتزامات والعقود.

423-الفصل 484 من قانون الالتزامات والعقود.

424-الفصل 492 من قانون الالتزامات والعقود.

425-الفصل 621 من قانون الالتزامات والعقود.

426-الفصل 809 من قانون الالتزامات والعقود.

427-الفصل 870 من قانون الالتزامات والعقود.

428-الفصل 986 من قانون الالتزامات والعقود.

429-الفصل 988 من قانون الالتزامات والعقود.

430-الفصل 1101 من قانون الالتزامات والعقود.

المطلب الثاني: الشريعة الإسلامية كقانون (كمصدر) تكميلي للقانون المغربي.

نصت المادة (400) من مدونة الأسرة على أنه: «كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف»[431].

ونصت المادة (1) من مدونة الحقوق العينية: «تسري مقتضيات هذا القانون على الملكية العقارية والحقوق العينية ما لم تتعارض مع تشريعات خاصة بالعقار.

تطبق مقتضيات الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود في ما لم يرد به نص في هذا القانون. فإن لم يوجد نص يرجع إلى الراجح والمشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي».

ونصت المادة (169) من مدونة الأوقاف «كل ما لم يرد فيه نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى أحكام المذهب المالكي فقها واجتهادا بما يراعى فيه تحقيق مصلحة الوقف».

فماذا نقصد بالراجح والمشهور وما جرى به العمل؟ وكيف نطبق هذه القاعدة القانونية؟

قال الأستاذ عمر الجيدي رحمه الله: «والعمل كما استقر عليه الرأي عند المغاربة هو: (العدول عن القول الراجح أو المشهور في بعض المسائل إلى القول الضعيف فيها، رعيا لمصلحة الأمة وما تقتضيه حالتها الاجتماعية).

أو هو: (حكم القضاة بالقول وتواطؤهم عليه، من غير أن يكون كل ما حكم به قاض جرى به العمل).

أو هو: (اختيار قول ضعيف والحكم أو الافتاء به، وتمالؤ الحكام والمفتين بعد اختياره على العمل به لسبب اقتضى ذلك).

وإيضاح ذلك أن بعض المسائل يكون فيها خلاف بين فقهاء المذهب، فيعمد بعض القضاة إلى الحكم بقول يخالف المشهور لسبب من الأسباب كدرء مفسدة، أو خوف فتنة أو جريان عرف في الأحكام التي مستندها العرف لا غيره، أو تحقيق مصلحة أو نحو ذلك، فيأتي من بعده ويقتدي له، ما دام الموجب الذي لأجله خولف المشهور - في مثل ذلك البلد وذلك الزمان- قائما، وهذا بناء على أصول المذهب المالكي، لأنه إذا كان العمل بالضعيف لدرء مفسدة، فهو على أصل مالك في سد الذرائع، وإذا كان لجلب مصلحة، فهو على أصله في اعتبار المصلحة المرسلة، وكذا الشأن بالنسبة للعرف، لأنه من جملة الأصول التي بني الفقه عليها - كما تقدم- وهو راجع إلى المصلحة المرسلة أيضا فيشترط فيه ما اشترط فيها ما لم يخالف نصا أو يصادم مصلحة أقوى...حتى إذا زال الموجب الذي كان سببا لقيام العمل، عاد الحكم للمشهور.

431- نص الفصل (82) من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة على أن: «كل ما لم يشمله هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح والمشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك». ونفس هذا المقتضى تضمنه الفصل (172) والفصل (216) والفصل (297) من المدونة المذكورة.

وأصل ابتداء العمل بالشاذ وترك المشهور الاستناد لاختيارات شيوخ المذهب المتأخرين وتصحيحهم لبعض الروايات والأقوال الموجبة لذلك.

ومن الموجبات: تبدل العرف، وعروض جلب المصلحة، ودرء المفسدة فيرتبط العمل بالموجب وجودا وعدما، ولأجل ذلك يختلف باختلاف البلدان، بل ويتبدل في البلد الواحد بتجدد الأزمان.

ومستندهم في ذلك، قول عمر بن عبد العزيز: «تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور» فاتحا بذلك باب التطور في الأحكام وصبغها بصبغة المجتمع»[432].

ومن جهته قال الأستاذ عبد السلام العسري: «أما المفهوم الخاص لنظرية الأخذ بما جرى به العمل فهو: أن يحكم أحد القضاة أو يفتي أحد المفتين ممن تثبت عدالته ونزاهته، مع العلم والمعرفة، بقول ضعيف أو مهجور من أقوال علماء المذهب المالكي، وذلك بناء على أسباب وموجبات اجتماعية، واعتبارات خاصة، كاعتبار ظروف القضية وأحوال المتداعين والمستفتين وما يرجع إلى عوائدهم وأعرافهم، ونظرا إلى أن ذلك القول المحكوم به يكون أكثر انطباقا وأشد ملاءمة للمسألة مما عداه، وإن كان غير قوي ولا مشهور، مع ما انضاف إلى ذلك من فائدة رفع الخلاف في المسألة التي جرى بها العمل، والتي يكون فيها قولان أو أقوال متعددة في المذهب، لأن حكم الحاكم يرفع الخلاف على ما هو معروف.

ويأتي القضاة والمفتون بعد ذلك فيأخذون بذلك العمل، مادام الموجب الذي خالف المشهور في مثل تلك البلد وذلك الزمان مستمرا. وهناك فرق بين العمل والعرف. فالعرف هو أن يقوم العوام بعمل ما، المرة بعد المرة من غير استناد لحكم من قول أو فعل»[433].

أما الأستاذ عبد الكريم العلوي المدغري رحمه الله، وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية السابق، فتحدث عن ما جرى به العمل بقوله: «والقاضي إذا نظر في الأحكام فإنه لا بد أن يميز بين ما هو مجمع عليه من الأحكام، وهذا النوع لا يسع القاضي إلا أن يتمسك به ويتبعه، ويعمل وفقه ولا يخالفه، ولا يخرج عنه بحال، وبين المختلف فيه.

المجمع عليه يتبعه ولا يخالفه بحال، والمختلف فيه (وهو كل مسألة تعددت فيها الأقوال، واختلفت)، لا يسع القاضي إلا أن يسير مع الراجح والمشهور، ولا يتركهما إلى القول الضعيف، وإلا أوشك عمله أن يخالف الأمر المذكور في هذا الحديث: ﴿من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد﴾. وهذا ما كان عليه السلف الصالح من قضاة أمتنا إلى اليوم.

432-عمر بن عبد الكريم الجيدي، «العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب»، مطبعة فضالة، المحمدية (المغرب)، 1982، ص: 343/342.

433-عبد السلام العسري، «نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي»، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1996، ص: 8/7.

ولكن القاضي إذا عرضت له قضايا ونوازل ينتج عن الحكم فيها بالمشهور والراجح مفسدة، أو تحدث مضرة أو تضيع مصلحة، أو يأتي الحكم مخالفا لعرف صار في الناس، أو مخالفا لعادة جرت عليها تصرفاتهم. ولا يخرج القاضي من هذا المحظور إلا بالوقوع في المحظور الذي نهينا عليه وهو ترك المشهور والراجح، والقول بالضعيف.

هنا إذا عرضت للقاضي هذه المسألة لا يخلو الأمر إما أن يكون القاضي من أهل الترجيح وأهل العلم والنظر، ومن ذوي الكفاءة التي تؤهله للنظر والاختيار بين الأقوال المتعارضة، وإما أن يكون قاضيا مقلدا لا قدرة له على الترجيح بين الأقوال المتعارضة.

إذا كان من أهل الترجيح ومن لهم الكفاءة على الاختيار بين الأقوال المتعارضة، واختار الخروج من الإشكال الذي وقع فيه أن يعمل بالقول الضعيف، ويترك القول المشهور والراجح، فلا يخلو الأمر؛ إما أن يرفض القضاة متابعته على هذا الحكم، ويبقى حكمه حكما فرديا لا عبرة به، وإما أن يختاروا متابعته على هذا الحكم، فيتواردون على نفس الاجتهاد الذي قام به، وعلى ترك المشهور والراجح، والأخذ بالقول الضعيف، وهنا ينشأ ما يسمى بالعمل، وما جرى به العمل؛ لأن ما جرى به العمل، هو: «أن يحكم القضاة في نازلة من النوازل مقلدين لقول ضعيف مخالفين للمشهور أو الراجح لأمر اقتضاه، مع استقرار القضاء عليه، وعمل القضاة به».

إذن، القاضي عندما يختار القول الضعيف، ويترك المشهور والراجح إذا تبعه القضاة في ذلك، نشأ ما يسمى بالعمل؛ وإذا لم يتبعه القضاة في ذلك لم ينشإ العمل، وبقي الحكم حكما فرديا لا أقل ولا أكثر»[434].

وبخصوص نشأة نظرية ما جرى به العمل في البلاد الأسلامية، قال الأستاذ عمر الجيدي، «ولا يعرف بالضبط التاريخ الذي بدأ فيه هذا العمل، والذي يستنتج من بعض الوقائع التاريخية أن ذلك كان حوالي القرن الرابع الهجري»[435].

أما في المغرب فتفيد بعض المؤلفات الفقهية أن جريان العمل بشهادة اللفيف، وهو من أقوى تطبيقات ما جرى به العمل، كان ما بين القرنين الثامن والعاشر الهجري. ويرى الأستاذ حماد العرقي رحمه الله - بل إنه جزم بقول الأستاذ عمر الجيدي- بأن العمل في المغرب بدأ في القرن 8 الهجري. وفي هذا يقول: «انتبه المغاربة خلال القرن 8 الهجري إلى أصل من الأصول التي بنى عليها الإمام مالك مذهبه، وهو عمل أهل المدينة

434-عبد الكبير العلوي المدغري، «ما جرى به العمل نموذج من تراثنا القضائي»، درس حسني بتاريخ 5 رمضان 26/1416 يناير 1996، ص:26/25.

435- عمر بن عبد الكريم الجيدي، «العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب»، مرجع سابق، ص:344.

فنقلوا الشريعة إلى الحالة الاجتماعية مع الرغبة في وحدة الأحكام والقضاء بقدر الإمكان. وكانوا في باديء الأمر متأثرين بما يجري عليه العمل في الأندلس»[436].

وقد شرح الأستاذ محمد ابن معجوز رحمه الله نشأة وتطور الراجح والمشهور وما جرى به العمل بقوله: «وقد كان القضاء في عصور الاجتهاد الأولى موكولا إلى القاضي. بحيث كان كل قاض يجتهد في استنباط الحكم الذي يطبقه على كل قضية تعرض عليه. أو يختار الرأي الذي يراه أصلح من غيره في فصل النازلة التي يكلف بالفصل فيها.

ثم لما تعددت المذاهب، وكثرت الأقوال، وأصبح لكل مذهب أنصار ومؤيدون. أصبح ولي الأمر يعين للقاضي المذهب الذي يجب عليه أن يحكم به. إما لكونه مذهب أغلبية المتقاضين، أو لأنه مذهب الخليفة ورجال الدولة. وقد يعهد بالقضاء إلى عدد من القضاة، ويكلف كل واحد منهم باتباع مذهب معين في حكمه.

وهكذا أصبح القضاة مقيدين باتباع مذهب معين لا يحيدون عنه إلى غيره عند إصدار أحكامهم. وقد تبين أن في هذا التقييد مصلحة كبيرة، لأنه حد من سلطة القاضي في اختيار الرأي الذي يريد تطبيقة في كل قضية تعرض عليه. وبذلك لم نعد نخاف من أن يحكم القاضي بهواه. أو أن يتحيز لجانب معين تحت ستار الاجتهاد.

إلا أن نوعا من الاجتهادات حدث داخل كل مذهب من المذاهب الإسلامية، فنتج عن ذلك أن تعددت الأقوال في المسألة الواحدة . وتنوعت الآراء حول الحل الذي يفصل كل قضية من القضايا. الشيء الذي لو تركت معه الحرية للقاضي في أن يختار ما يحلو له من بين الأقوال داخل المذهب الذي كلف بالسير عليه، لما أمكن اطمئنان الناس إلى القاضي الذي سيكون حرا في اختيار ما يشاء من الأقوال بصدد إصدار الأحكام، ولأمكن أن تختلف الأحكام في القضايا المتشابهة تبعا لاختلاف اختيار القاضي في كل مرة لقول من الأقوال.

ولهذا كان من اللازم تقييد القاضي -مرة أخرى-وتضييق نطاق اختياره للرأي الذي يجب أن يطبقه على قضاياه من بين الآراء التي قيل بها في المذهب المعين له.

ومن أجل ذلك كله أصبحت الظهائر التي يعين بمقتضاها القضاة في المغرب، تنص على أنه يجب على القاضي أن يتقيد عند إصدار أحكامه بالرأي الراجح، أو المشهور، أو ما جرى به العمل من المذهب المالكي»[437].

وفي دراسته المعمقة: «نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي»، علل الأستاذ عبد السلام العسري أهمية تطبيق نظرية ما جرى به العمل بقوله: «إن المفهوم العام لنظرية الأخذ بما جرى

436- حماد العراقي، «محاضرات في تاريخ التشريع»، ص:132. منقول عن الأستاذ عمر بن عبد الكريم الجيدي، «العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب»، مرجع سابق، ص:351.

437- محمد ابن معجوز، «أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية»، الجزء 1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثانية، 1994، ص:11/10.

به العمل هو أن الفقهاء الذين أخذوا بهذه النظرية كانوا يعيشون واقعهم العملي، بما فيه من مشاكل ونوازل، فيقدمون الحلول العملية الشرعية الملائمة لذلك الواقع على الأحكام النظرية المستمدة من ظواهر الألفاظ، والمذهب المالكي المطبوع بهذا الطابع يقدم الحلول العملية الواقعية التي لها سند شرعي، على ظواهر نصوص الألفاظ لأن نصوص الألفاظ ظنية الدلالة، تحتاج إلى تخصيص وتقييد، وإلى بيان وتأويل، بينما الحلول العملية قطعية الدلالة، لا تقبل التأويل، ولا تفهم إلا على وجهها الصحيح، وقد كان علي بن أبي طالب كرم الله وجهه يحتج على الخوارج بعمل الرسول (ص) وكان يتجنب الاحتجاج بالأقوال التي لم يصحبها عمل»[438].

وذا كانت النصوص الفقهية المارة بنا كافية، في تقديري، لضبط معنى ما جرى به العمل ورفع اللبس عنه، فإن النصوص القانونية التي نتكلم عنها: (المادة 400 من مدونة الأسرة)، و(المادة 1 من مدونة الحقوق العينية)، و(المادة 169 من مدونة الأوقاف) قد تضم كذلك الراجح والمشهور. فماذا نقصد بكل واحد منهما؟

قال الأستاذ عبد السلام العسري: «الراجح: في اللغة القوي، قال في المصباح: رجحت الشيء بالتثقيل فضلته وقويته.

وفي الاصطلاح: فيه أقوال، الصواب منها إنه القول الذي يستند إلى دليل قوي وإن كان عدد القائلين به قليلا. ويختصر هذا في قولهم: الراجح ما قوي دليله.

وقيل ما كثر قائله، وندر إطلاقه على ما يشمل المشهور...

ويوجد في الاصطلاح ما يفيد الراجح كقولهم: الأصح أو الأصوب أو الظاهر أو المفتى به كذا أو العمل على كذا ونحو ذلك»[439].

أما المشهور: «فهو في اللغة: الظاهر، قال في القاموس الشهرة بالضم ظهور الشيء في شنعة أو شهرة.

وفي الاصطلاح: اختلف في تعريفه على أقوال متعددة منها:

أنه ما كثر قائله، وقيل هو ما قوي دليله، وقيل هو قول ابن القاسم في المدونة»[440].

وقال الأستاذ محمد ابن معجوز: «ويراد بالراجح، القول الذي يستند إلى دليل قوي، وإن كان عدد القائلين به قليلا. ويقابله القول الضعيف.

أما المشهور، فقد كان يطلق في القديم على مذهب ابن القاسم. ثم أصبح يراد به ما كثر القائلون به، وإن كان لا يستند إلى دليل قوي. ويقابله القول الشاذ.

وأما ما جرى به العمل، فهو ما يقابل الاصطلاح القانوني المعروف ب (الاجتهاد القضائي) أو (فتاوى الفقهاء) أو (السوابق القضائية).

438-عبد السلام العسري، «نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي»، مرجع سابق، ص:7.

439-عبد السلام العسري، «نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي»، مرجع سابق، ص:38/37.

440-عبد السلام العسري، «نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي»، مرجع سابق، ص:39.

ويعرف ما جرى به العمل بأنه ما حكم به، أو أفتى به، قضاة أو علماء مشهورون بالاطلاع الواسع، والتعمق في المعرفة، مع الذكاء والمهارة في تطبيق النصوص على القضايا، زيادة على النزاهة، ونقاء السريرة.

ذلك أن العلماء كانوا يحكمون أو يفتون في غالب الأحيان بالقول الراجح ثم المشهور في المذهب المالكي، وبما أنهم كانوا يسعون إلى تطبيق المبادىء التي قام عليها نظام الحكم في الإسلام، ومن أهمها، تحقيق العدالة، ودفع المشقة والحرج عن المسلمين، قد هدتهم تجاربهم، وطول ممارستهم للقضاء والفتوى، إلى أن التمسك بالقول الراجح أو المشهور، والحكم بهما في كل القضايا التي تعرض على القضاء، قد يؤدي في بعض الأحيان إلى فوات بعض المصالح، وينتج عنه غير ما يتوخاه الإسلام من تحقيق العدالة، ودفع الحرج والمشقة والجنوح إلى التيسير، ولهذا عدل هؤلاء العلماء في بعض أحكامهم، عن تطبيق القول الراجح أو المشهور، إلى الأخذ بالقول الذي يحقق العدالة، ويجلب التيسير، ولو كان ذلك القول شاذا أو ضعيفا في المذهب»[441].

ويجب التنبيه إلى أن الأخذ بما جرى به العمل، يخضع لعدة شروط، وقد لخصها الأستاذ عمر الجيدي رحمة الله عليه بقوله: «اتفق الفقهاء على أنه لكي يصبح للعمل قوة النفوذ والاعتبار، وتعطاه الصبغة القانونية لا بد فيه من توافر الأركان الآتية:

1- أن يكون العمل المذكور صدر ممن يقتدى به في الأحكام.

2- أن يثبت بشهادة العدول المتثبتين في المسائل الفقهية...

3- أن يكون جاريا على قواعد الشرع وإن كان شاذا»[442].

وفي نفس السياق قال الأستاذ محمد ابن معجوز رحمه الله: «وهكذا تكونت مجموعة من الأحكام والقواعد تستند إلى ما جرى عليه العمل، وتستمد قوتها الملزمة من درج القضاة والعلماء عليها، وإن كانت لا تتمشى مع القول الراجح أو المشهور في المذهب، ولكن لا بد من أن تكون مستندة إلى أصل من أصول الشريعة، وتمت إلى المبادىء الإسلامية بصلة.

هكذا يتبين أنه لا بد من توفر الشروط الأربعة الآتية، ليصبح الحكم بمثابة اجتهاد قضائي يجب الأخذ به، ويلزم القاضي بتطبيقه على القضايا المشابهة للنازلة التي حكم فيه به.وهذه الشروط هي:

1- أن يكون ما وقع الحكم أو الفتوى به مما يمكن اندراجه تحت أصل شرعي عام.

2- أن تكون هناك مصلحة دفعت القضاة المشار إليهم إلى اختيار ذلك الرأي للحكم به.

3- أن تتوفر هذه المصلحة في كل مرة يختار فيها القاضي الحكم بهذا القول الذي اختاره القضاة الأولون.

4- أن يكون الاجتهاد القضائي مطابقا لعرف البلاد التي يراد تطبيقه فيها.

441- محمد ابن معجوز، «أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية»، مرجع سابق، ص:11.

442- عمر بن عبد الكريم الجيدي، «العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب»، مرجع سابق، ص:353.

ذلك أن العمل الجاري في بلدة معينة، قد لا يجري بنفسه في بلدة أخرى. فما جرى عليه عمل قضاة مراكش مثلا في بعض القضايا، قد يختلف عما جرى به العمل في فاس في نفس الوقائع. وذلك تبعا للعرف الذي يختلف من بلد إلى آخر، ولهذا ينبغي أن تكون الأحكام التي تصدر عن القضاء مسايرة للأعراف المحلية.

نعم إن كان العمل جرى بقول من الأقوال لما فيه من المصلحة العامة التي تقتصر على بلاد معينة، أو قطر مخصوص، فإنه يجب أن يسير عليه القضاء، وأن يعمم في جميع الأنحاء، وأن يحكم بمقتضاه كلما كان تطبيقه يحقق تلك المصلحة.

فإذا تحققت هذه الشروط وجب على القاضي أن يسير على ما جرى به العمل، وأن يقدمه على القول الراجح، والمشهور ولو كان القول الذي جرى به العمل شاذا كما قلنا.

وهكذا اختط أولئك القضاة طريقة للحكم تتوخى العدالة، وتساير روح الشريعة الإسلامية ومرامها. وحذا القضاة والمفتون الذين جاؤوا من بعدهم حذو أولئك القضاة الرواد، وساروا على نهجهم، فتكونت على مر الأجيال والقرون، مجموعة من الأحكام والقواعد، جمعت تحت اسم (العمل)»[443].

وهكذا فبعد أن عرفنا معنى كل من الراجح والمشهور وما جرى به العمل، نطرح هذ السؤال: ما هو الترتيب الذي يجب أن يخضع له الراجح والمشهور وما جرى به العمل في العمل القضائي؟

جوابا عن هذا السؤال قال الأستاذ عمر الجيدي رحمه الله: «فجريان العمل بالقول الضعيف وحكم أحد القضاة به أو اثنان -على الخلاف المتقدم- يعطيه قوة. فيقدم على المشهور والراجح»[444]. ثم إن الأستاذ عمر الجيدي أضاف في قول آخر: «وإذا تعارض المشهور مع ما جرى به العمل، فيقدم ما جرى به العمل، بشرط أن يقصر هذا العمل على كل بلدة على حدة، لأن العمل لا يعم كل البلد، بل يتبع الأعراف والأمكنة، فالقاضي إذا تعارض لديه المشهور وما جرى به العمل يقدم ما جرى به عمل بلده، لأن جريان العمل بالضعيف لمقصد من المقاصد يصيرة راجحا.

أما ما جرى به عمل غير بلده فيقدم المشهور حتما، وإن استوت الأقوال في الشهرة قدم ما جرى به العمل مطلقا»[445].

وقال الأستاذ محمد ابن معجوز: «ولا بد من التنبيه إلى أنه يجب تقديم ما جرى به العمل على غيره، وأن الراجح يقدم على المشهور»[446].

443-محمد ابن معجوز، «أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية»، مرجع سابق، ص:12/11.

444-عمر بن عبد الكريم الجيدي، «العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب مرجع سابق، ص:356.

445-عمر بن عبد الكريم الجيدي، «العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب»، مرجع سابق، ص:357.

446-محمد ابن معجوز، «أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصيةمرجع سابق، ص:12.

لكن الأستاذ محمد الكشبور ذهب في ضوء الإحالة على المذهب المالكي في مدونة الأحوال الشخصية إلى أنه: «يبدو من خلال العبارات التي استعملها المشرع أن على قاضي الموضوع أن يبحث عند انعدام النص أو نقصانه أو غموضه، على الراجح أولا، وإذا لم يجد، فعليه بالمشهور، وإذا لم يجد، فلا مناص إذ ذاك من الاعتماد على ما جرى به العمل من فقه الإمام مالك وإلا عرض حكمه للنقض»[447]. ونعتقد أن ما قال به الأستاذ محمد الكشبور يخالف في الجوهر الغاية التي وجد من أجلها «ما جرى به العمل»، لذلك يتعذر الأخذ به. فقد قال الأستاذ عمر الجيدي، بشكل واضح لا لبس فيه، في دراسته المعمقة حول: «العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب»، «ومن أجل ذلك اشترط الفقهاء في العمل لكي يقدم على الراجح والمشهور شروطا لا بد من توافرها فيه وهي:

1- ثبوت جريان العمل بذلك.

2- معرفة محلية جريانه عاما أو خاصا بناحية من النواحي المكانية.

3- معرفة الزمان.

4- معرفة كون من أجرى ذلك العمل من الإئمة المقتدى بهم في الترجيح.

5- معرفة السبب الذي لأجله عدلوا عن المشهور إلى مقابله»[448].

فإذا ثبت أن ما جرى به العمل يقدم في التطبيق على الراجح والمشهور، نقول إن الذي يلفت الانتباه عند قراءة نصوص الإحالة الثلاثة مجتمعة[449]، هو أن المشرع لم يتكلم في المادة (400) من مدونة الأسرة إلا عن المذهب المالكي والاجتهاد فقط. ولا شك أن سكوته عن تضمين هذه المادة «عبارة الراجح والمشهور وما جرى به العمل» من ورائه مرمى، خاصة أن المشرع أضاف إلى «المذهب المالكي» لفظ: «الاجتهاد». وهذه الملاحظة تنطبق كذلك على المادة (169) من مدونة الأوقاف، وإن كان الاختلاف بين المادتين لا تخطئه العين لأن المشرع أضاف إلى «المذهب المالكي» في المادة (169) من مدونة الأوقاف لفظ: «الفقه» قبل لفظ «الاجتهاد» من ناحية، ثم إنه قيد في المادة (400) من مدونة الأسرة ما يجب الأخذ به من المذهب المالكي والاجتهاد بقيد مراعاة «تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف»، بينما قيد في المادة (169) من مدونة الأوقاف ما يجب الأخذ به من المذهب المالكي فقها واجتهادا بقيد مراعاة «تحقيق مصلحة الوقف» من جهة أخرى. ولا يخفى على كل مهتم ما يوجد بين «تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف» «وتحقيق مصلحة الوقف» من اختلاف، فيما نظن، لأن: «تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة

447- محمد الكشبور، «رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية: محاولة للتمييز بين الواقع والقانون»، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2001، ص: 151.

448- عمر بن عبد الكريم الجيدي، «العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب»، مرجع سابق، ص: 360.

449- نؤكد مرة أخرى أننا نتحدث عن المواد (400) من مدونة الأسرة، و(169) من مدونة الأوقاف، و(1) من مدونة الحقوق العينية.

بالمعروف» يترجح فيه المعيار العام الذي يتكون من «مجموعة دلائل أو موشرات» تميل به إلى الموضوعية والحياد. أما «تحقيق مصلحة الوقف» فيترجح فيه المعيار الخاص، الذي يتكون من «مجموعة دلائل أو موشرات» تميل به إلى الانحياز والتفضيل. ولا ضير في ذلك لأن «الحبس»، بحكم أدواره الدينية والاجتماعية والثقافية، استفاد عبر التاريخ من استثناءات فقهية وقانونية، لضمان حمايته من أطماع المتربصين به في كل الأماكن والأزمنة.

أما المادة (1) من مدونة الحقوق العينية، فقد تفردت بالإحالة على قانون الالتزامات والعقود، وهو ما تحاشته مدونة الأسرة، ومدونة الأوقاف، رغم افتقار كل واحدة من المدونتين المذكورتين إلى ذلك[450]. والذي يفسر ذلك، في نظرنا، هو رغبة المشرع في رفع الطابع الاستثنائي على قانون الالتزمات والعقود، الذي لازم أذهان البعض عبر التاريخ من ناحية، وتأكيد الطابع المغربي لقانون الالتزامات والعقود الذي بقي استيعابه مستعصيا على البعض الآخر من ناحية أخرى، وهو ما كان يؤجج أي نقاش حول تطبيق قانون الالتزامات والعقود على الحقوق العينية والعقارات في طور التحفيظ من ناحية ثالثة.

وزيادة على كل ما سبق، فإن الفرق بين المواد: (1) من مدونة الحقوق العينية، و(400) من مدونة الأسرة، و(169) من مدونة الأوقاف يتمظهر في أن المادة (1) من مدونة الحقوق العينية استعملت عبارة: «يرجع إلى الراجح والمشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي»، بينما اكتفت المادة (400) من مدونة الأسرة بعبارة: «يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد»، واختلفت المادة (169) من مدونة الأوقاف عن المادتين السابقتين باعتمادها عبارة: «يرجع فيه إلى أحكام المذهب المالكي فقها واجتهادا».

وعليه، فإن أوجه تطبيق المواد القانونية المذكورة، يتحدد، فيما نحسب، وفق الصيغ الآتية:

1- بالنسبة لمدونة الأسرة: يجب الأخذ بما جرى به العمل أولا، وبالراجح ثانيا، وبالمشهور ثالثا. بيد أنه إذا تبين أن مخالفة هذا الترتيب هو الذي يفضي إلى تطبيق الحكم الذي يراعى فيه: «تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف»، فإنه لا مانع من الخروج عن الترتيب المذكور، على أن يكون الخروج منه معللا؛

2- بالنسبة لمدونة الأوقاف: يجب الأخذ بما جرى به العمل أولا، وبالراجح ثانيا، وبالمشهور ثالثا. بيد أنه إذا تبين أن مخالفة هذا الترتيب هو الذي يفضي إلى تطبيق الحكم الذي يراعى فيه: «تحقيق مصلحة الوقف»، فإنه لا بأس من الخروج من الترتيب المذكور، على أن يكون الخروج منه معللا؛

450- من ذلك، على سبيل المثال، قواعد المسؤولية التقصيرية التي لا يمكن، في اعتقادي، معالجة قواعدها العامة خارج نطاق قانون الالتزامات والعقود.

3- بالنسبة لمدونة الحقوق العينية: يجب الأخذ بما جرى به العمل أولا، وبالراجح ثانيا، وبالمشهور ثالثا. ولا نعتقد أنه يمكن الأخذ بما يخالف هذا الترتيب في الوقت الراهن.

وتجدر الإشارة إلى أن تراكم العمل في المغرب عبر التاريخ أدى إلى تأليف عدة كتب في ما جرى به العمل، ويقصد بكتب العمل: «الكتب التي اهتم أصحابها بجمع القضايا التي أفتى فيها العلماء المشهورون، أو حكم فيها القضاة المحنكون القدامى، واختاروا في فتاويهم وأحكامهم القول الضعيف بدل القول الراجح أو المشهور لما في ذلك من المصلحة التي يحققها القول الضعيف. وقد اتفق العلماء على وجوب اتباع ما جرى به العمل وتقديمه على الراجح أو المشهور كلما كان تطبيقه يحقق نفس المصلحة التي هدف العلماء الأوائل الذين طبقوه.

وقد قسم الفقهاء هذا النوع المسمى بالعمل إلى قسمين:

أ)- العمل المطلق: وهو مجموعة الفتاوي والأحكام التي طبقت في كل من المغرب والأندلس، لأنها لا تستند إلى عرف خاص، ولأنها تحقق مصلحة عامة في جميع أنحاء هذه البلاد.

ب)- العمل الخاص: وهو مجموعة الفتاوي والأحكام التي طبقت في مجتمع خاص وناحية معينة، نظرا للظروف التي توجد في ذلك المجتمع وتلك الناحية والعرف الذي ساد هناك، مما استدعى الخروج عن القول الراجح أو المشهور إلى القول الضعيف وتطبيقه.

ومن أهم كتب العمل:

1- شرح العلامة أبي عبد الله سيدي محمد بن قاسم السجلماسي الرباطي على نظم العمل الفاسي وهو كتاب قيم ومفيد شرح فيه صاحبه نظم العلامة سيدي عبد الرحمن بن عبد القادر الفاسي ما جرى به العمل بفاس في قضايا الأحوال الشخصية والمعاملات والتبرعات ووسائل الإثبات وغيرها مما يحتاج القضاة إلى معرفته ليسيروا عليه ويطبقوه في أحكامهم.

2- شرح العمليات للعلامة سيدي المهدي الوزاني، وقد تولى فيه شرح ونظم العمليات التي للعلامة سيدي عبد الرحمن الفاسي المذكور، وقد ذكر في مقدمة هذا الكتاب أن الذي دفعه إلى إعادة شرح هذا النظم بعد أن قام السجلماسي بشرحه ما رآه من أن بعض الأعراف قد تبدلت، فأراد التنبيه على ذلك لكي لا يطبق القضاة ما كان جرى به العمل في ظل العرف القديم، ولما هو معروف من أن ما جرى به العمل إنما يطبق ما دام العرف يجري عليه.

3-كتاب فتح الجليل الصمد في شرح التكميل والمعتمد. وهو كتاب شرح فيه مؤلفه الفقيه محمد بن أبي القاسم بن محمد بن عبد الجليل الفيلالي نظمه الذي جمع فيه الأحكام التي جرى بها العمل في عموم المغرب، والتي لا تستند إلى عرف خاص»[451].

«ومن أمثلة ما جرى به العمل لدى الغماريين إعطاء المرأة قسمة مساوية للرجل في العمل إذا كانت تقاسمه فيما ينتج بينهما من زرع أو ضرع»[452].

ومن أمثلة ما جرى به العمل كذلك توزيع الفتوحات الواردة على أضرحة الأولياء على أبنائهم في النسب أو لمن أسندت إليه بظهير شريف. وقد أكد المجلس الأعلى (حلت محله حاليا محكمة النقض) ذلك في قرار له جاء فيه: «ونظرا لما تقرر عليه العمل في المغرب منذ آمد من كون الفتوحات الواردة على أضرحة الأولياء هي لأبنائهم في النسب أو لمن أسندت له بظهير شريف»[453].

451-محمد ابن معجوز، «محاضرات في المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية»، مرجع سابق، ص:131/130.

452-حول مزيد من الأمثلة يرجى الرجوع إلى عمر بن عبد الكريم الجيدي، «العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب»، مرجع سابق:380 وما بعدها.

453-قرار شرعي عدد 92 بتاريخ 26 رمضان 17/1388 دجنبر 1968، «مجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية 1965-1989»، منشورات جمعية تنمية البحوث والدرسات القضائية، مطبعة ومكتبة اللأمنية، دار نشر المعرفة، 1990، ص:124.

المبحث الثاني: الشريعة الإسلامية هي جوهر النظام العام والأخلاق الحميدة بالمغرب.

بعد أن نتكلم عن دور الشريعة الإسلامية في ضبط مفهوم النظام العام على مستوى القوانين المغربية محليا (المطلب الأول)، سوف ننتقل للكلام عن دور الشريعة الإسلامية في ضبط مفهوم النظام العام على مستوى القانون الدولي الخاص (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الشريعة الإسلامية كمصدر للنظام العام على المستوى الوطني.

تحيل كثير من النصوص القانونية على النظام العام والأخلاق الحميدة، لذلك يمكن أن نقول بدون تردد، بما أن الشريعة الإسلامية هي جوهر النظام العام والأخلاق الحميدة في المغرب، فإن معرفة مدى مطابقة أو مخالفة أي فعل أو أي تصرف للنظام العام أو الأخلاق الحميدة، يجب الاحتكام في شأنه إلى القواعد القانونية الآمرة، وإلى أحكام الشريعة الإسلامية.

وقبل أن نحاول إعطاء نبذة عن مفهوم النظام العام (الفقرة الأولى)، فإننا سنقوم بجرد بعض النصوص القانونية التي تحيل على النظام العام أو الأخلاق الحميدة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: نماذج من النصوص القانونية التي تحيل على النظام العام والأخلاق الحميدة.

نعلن منذ البداية أننا لا نسعى إلى إجراء جرد دقيق ومفصل للنصوص القانونية التي تحيل على النظام العام أو الأخلاق الحميدة في النسق القانوني المغربي، فكل ما نرمي إليه هو أن نضع الطلبة في صورة مختزلة لحضور الشريعة الإسلامية في قلب النظام العام والأخلاق الحميدة، بهدف تعليل التلاقح المتبادل بين الأحكام الشرعية العملية والقواعد القانونية، الذي نصادف مظانه في عدد غير محسوب من النصوص القانونية. ولذلك نكتفي بإيراد الأمثلة الآتية:

1-«الأركان[454] اللازمة لصحة الالتزامات الناشئة عن التعبير عن الإرادة هي:

1 -الأهلية للالتزام؛

2 -تعبير صحيح عن الإرادة يقع على العناصر الأساسية للالتزام؛

3-شيء محقق يصلح لأن يكون محلا للالتزام؛

454-وردت في النص الفرنسي عبارة «les éléments» «العناصر» بدل الأركان كما جاء في الترجمة العربية؛ فالعناصر تستغرق الأركان وشروط الصحة، أما الأركان فهي أجزاء الماهية التي تختل باختلال بعضها. والملاحظ أن الأهلية من حيث المبدأ ليست ركنا، لأنها لا تعتبر من أجزاء الماهية وإنما من شروط الصحة.

وبذلك يمكن صياغة الفقرة 1 من الفصل 2 أعلاه كالآتي: العناصر اللازمة لصحة الالتزامات الناشئة عن التعبير عن الإرادة هي: ...». هذا التعليق من إنجاز جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية.

4- سبب مشروع للالتزام»[455].

2- «الالتزام الذي لا سبب له أو المبني على سبب غير مشروع يعد كأن لم يكن. يكون السبب غير مشروع إذا كان مخالفا للأخلاق الحميدة أو للنظام العام أو للقانون»[456].

3-«يجوز استرداد ما دفع لسبب مخالف للقانون أو للنظام العام أو للأخلاق الحميدة»[457].

4-«يجب على من يتمسك بالعادة أن يثبت وجودها. ولا يصح التمسك بالعادة إلا إذا كانت عامة أو غالبة، ولم تكن فيها مخالفة للنظام العام ولا للأخلاق الحميدة»[458].

5- «يبطل كل اتفاق يكون موضوعه: أ- تعليم أو أداء أعمال السحر والشعوذة، أو القيام بأعمال مخالفة للقانون، أو للأخلاق الحميدة، أو للنظام العام»[459].

6- «تبطل الوكالة: ب- إذا كان محلها أعمالا مخالفة للنظام العام أو للأخلاق الحميدة أو للقوانين المدنية أو الدينية»[460].

7-«ينبغي أن يكون لكل شركة غرض مشروع. وتبطل بقوة القانون كل شركة يكون غرضها مخالفا للأخلاق الحميدة أو للقانون أو للنظام العام»[461].

8-«لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام أو بالحقوق الشخصية الأخرى الخارجة عن دائرة التعامل ولكن يسوغ الصلح على المنافع المالية التي تترتب على مسألة تتعلق بالحالة الشخصية أو على المنافع التي تنشأ من الجريمة»[462].

9-«لا يجوز أن يكون وصيا أو مقدما: 1- المحكوم عليه في جريمة سرقة أو إساءة ائتمان أو تزوير أو في جريمة من الجرائم المخلة بالأخلاق»[463].

10-«يعتبر كل إخلال بشرط في عقد الزواج ضررا مبررا لطلب التطليق.

455- الفصل (2) من قانون الالتزامات والعقود. وهذا الفصل يتحدث عن محل الالتزام وعن سبب الالتزام. ولا شك أن تحديد مشروعية المحل أو السبب يجب أن يستند إلى القواعد القانونية الآمرة وإلى الأحكام الشرعية العملية.

456- الفصل (62) من قانون الالتزامات والعقود.

457- الفصل (72) من قانون الالتزامات والعقود.

458- الفصل (476) من قانون الالتزامات والعقود.

459- الفصل (729) من قانون الالتزامات والعقود.

460- الفصل (881) من قانون الالتزامات والعقود.

461- الفصل (985) من قانون الالتزامات والعقود.

462- الفصل (1100) من قانون الالتزامات والعقود.

463- المادة (247) من مدونة الأسرة.

يعتبر ضررا مبررا لطلب التطليق، كل تصرف من الزوج أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية»[464].

«رغم كل شرط مخالف، تكون الأحكام التحكيمية قابلة للطعن بالبطلان طبقا للقواعد العادية أمام محكمة الاستئناف التي صدرت في دائرتها.

ويكون تقديم هذا الطعن مقبولا بمجرد صدور الحكم التحكيمي. ولا يتم قبوله إذا لم يقدم داخل أجل 15 يوما من تبليغ الحكم التحكيمي المذيل بالصيغة التنفيذية.

لا يكون الطعن بالبطلان ممكنا إلا في الحالات الآتية:

6- إذا صدر الحكم التحكيمي خلافا لقاعدة من قواعد النظام العام.

تحكم محكمة الاستئناف التي تنظر في الطعن بالبطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في المملكة المغربية أو إذا وجدت موضوع النزاع من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها»[465].

وهكذا فبعد سرد جملة من النصوص القانونية التي توضح بجلاء قوة حضور النظام العام أو الأخلاق الحميدة في تطبيق القانون، نطرح السؤال الآتي: ماذا نقصد بالنظام العام والأخلاق الحميدة؟ وما هي علاقتهما بالشريعة الإسلامية؟

الفقرة الثانية: مفهوم النظام في القانون الداخلي المغربي.

يسلم فقهاء القانون أن فكرة النظام العام والأخلاق الحميدة أو الآداب العامة، تعتبر من الأفكار المرنة التي يصعب تحديدها تحديدا دقيقا يرفع عنها كل لبس أوغموض[466]، لذلك قيل إن: «النظام العام يستمد هيبته من غموضه». وقال الأستاذ سمير تناغو: «وفكرة النظام العام والآداب هي فكرة مرنة من حيث عدم امكان تحديد مضمونها تحديدا جامدا، وكذلك لقابلية هذا المضمون للتغيير بحسب ظروف الزمان والمكان»[467]. ثم قال في موضع آخر: «وهكذا فإن فكرة النظام العام ordre public تبدو ذات طابع فلسفي لا شك فيه، وتتأثر في مضمونها بالنظرية العامة للوجود conception génerale de monde السائدة في مجتمع معين.

464- المادة (99) من مدونة الأسرة.

465- الفصل 327/36 من قانون المسطرة المدنية.

466- قال الأستاذ سمير تناغو: «وفكرة النظام العام والآداب العامة من الأفكار المرنة التي يصعب تحديدها تحديدا دقيقا، وهي تعبر وهي تعبر بصفة عامة عن الأسس الاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية التي يقوم عليها نظام المجتمع، وتعتبر فكرة النظام العام والآداب، من أبرز الأمثلة على الصياغة المرنة للقواعد القانونية». سمير تناغو، «النظرية العامة للقانون»، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974، ص: 91.

467- سمير تناغو، «النظرية العامة للقانون»، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974، ص: 93.

«وكذلك فإن فكرة الآداب bonnes moeurs، وهي تعبر عن الحد الأدنى من العادات الأخلاقية اللازم مراعاتها في المجتمع، يرجع في تحديدها إلى الاتجاهات الأخلاقية الناشئة عن النظرة العامة للوجود السائدة في هذا المجتمع»[468].

ولتقريب هذا الهرم القانوني الفضفاض من الأذهان وتبسيطه، يمكن أن نقول: «إن النظام العام هو الصيغة (نستعمل الصيغة في هذه المناسبة بمفهومها الفقهي) التي تقترن (تجتمع) فيها مختلف الأسس الدينية والاجتماعية والثقافية والأخلاقية والاقتصادية والسياسية والإدارية التي تقوم عليها لحمة المجتمع، وينتظم بها أمره، ويعلو بها شأنه، ويحفظ بها قوامه، ولا يتزعزع بحمايتها نظامه».

وقد وصف الأستاذ سمير تناغو القواعد التي يتكون منها النظام العام بقوله: «والقواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب ليست هي تلك التي يقصد بها تحقيق النظام في المجتمع، أو تحقيق المصلحة العامة، لأن كل قواعد القانون في مجموعها تهدف إلى تحقيق الأغراض السابق ذكرها. أما القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب فهي تلك التي تهدف إلى تحقيق الحد الأدنى الذي لا يمكن الاستغناء عنه من هذه الأهداف»[469].

وفي نفس السياق قال الأستاذ محمد جلال السعيد رحمه الله: «وبصدد الكلام عن القوانين الآمرة، نجد بعض الفقهاء يتكلم عن قواعد من النظام العام. وهذا لا يعني أن هذه القواعد تقوم -وعلى وجه التخصيص- بحماية الأمن العام، وإنما المقصود منها القواعد التي تعكس المباديء العامة أو القيم المقدسة في المجتمع. لهذه الاعتبارات، تفرض القواعد الآمرة فرضا. ولا يجوز للأفراد استبعاد أحكامها مهما كانت الوسيلة»[470].

ونعتقد أن النظام العام بهذا المعنى يرتبط بقوة بأحكام الشريعة الإسلامية. لذلك قال الأستاذ محمد الكشبور: «إن القضاء هو حامي النظام العام. ويدخل في مجال النظام العام طبعا كل ما يمس بمباديء الشريعة الإسلامية التي يؤمن بها المجتمع المغربي ويصطبغ بها نظامه القانوني»[471].

ويجب التنبيه إلى أن تطبيق فكرة النظام العام رغم مرونتها، يعتبر عملا قانونيا، تخضع فيه محاكم الموضوع لرقابة محكمة النقض.

468-سمير تناغو، «النظرية العامة للقانون»، مرجع سابق، ص:93/92.

469-سمير تناغو، «النظرية العامة للقانون»، مرجع سابق، ص:91.

470-محمد جلال السعيد، «مدخل لدراسة القانون»، مكتبة دار الأمان، الرباط، 1993، ص:35.

471-محمد الكشبور، «رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية: محاولة للتمييز بين الواقع والقانون»، مرجع سابق، ص:154.

المطلب الثاني: الشريعة الإسلامية كمصدر للنظام العام المغربي على صعيد القانون الدولي الخاص.

تعرض الأستاذ العياشي المسعودي لأوجه الاختلاف بين النظام العام الداخلي والنظام العام على صعيد القانون الدولي الخاص فقال: «وبالفعل يحدث في بعض الحالات أن يكون القانون الأجنبي المعين من طرف قاعدة الإسناد محتويا على مقتضيات تتعارض مع القيم الدينية والأخلاقية والسياسية التي تسود بلد القاضي. فما العمل؟ هل يقبل تطبيق ذلك القانون؟ الجواب هو أن القاضي في هذه الحالة يمكن أن يرفض تطبيق تلك المقتضيات نظرا لتعارضها مع ما يسمى بالنظام العام.

ولا يدل مصطلح النظام العام في ميدان القانون الدولي الخاص على نفس المعنى الذي يدل عليه في القانون الداخلي.

فعلى الصعيد الداخلي يمكن تقريب النظام العام من الأمن العام أي السلم وانعدام الاضطراب. من جهة أخرى- لكن على الصعيد الداخلي دائما- نقول إن تشريعا أو قاعدة تعتبر من النظام العام إذا كان يحرم على المخاطبين بأحكامها مخالفة مقتضياتها باتفاقات خاصة ويفرض على القاضي تطبيقها مباشرة وفورا حتى وإن لم يتمسك بها الأطراف (قواعد آمرة).

أما على صعيد العلاقات الدولية الخاصة فإن النظام العام هو ذلك الشعور الجماعي الذي يسود مجتمع القاضي حول مسألة دينية أو سياسية أو قانونية معينة بحيث يحدث تطبيق قانون أجنبي مناف لذلك الشعور استنكار ذلك المجتمع الشيء الذي يدفع القاضي إلى رفض تطبيق ذلك القانون رغم كونه هو المختص مبدئيا بحكم المسألة المتنازع في شأنها»[472].

أما الأستاذ محمد ناصر متيوي مشكوري فيقول: «النظام العام هو نظام متعدد الجوانب من خلقية واجتماعية واقتصادية وسياسية مما لا يمكن حصره في دائرة معينة وهو مختلف من حيث المكان ويكون خاصا بكل دولة وهو متغير مع الزمان يقدره القاضي وقت المنازعة المطروحة لديه»[473].

وتجدر الإشارة إلى أن الفقه الفرنسي في المغرب لم يكن يعترف بالنظام العام المغربي لعدة أسباب، لكن هذا الموقف تبدل وصار الفقه المذكور يعترف بإمكانية تدخل النظام العام المغربي لإقصاء القانون الأجنبي المختص بمقتضى قواعد الإسناد. لكن الفقهاء المعنيين كانوا يرون أن: «هذا النظام العام لا يعتمد

472- العياشي المسعودي، «محاضرات في القانون الدولي الخاص»، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، السنة الجامعية 1992/1991، ص:265.

473- محمد ناصر متيوي مشكوري، «محاضرات في القانون الدولي الخاص»، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، السنة الجامعية 2006/2005، ص:119.

على الشريعة الإسلامية وإنما على المباديء المشتركة بين الأنظمة القانونية الأوربية وهو ما أطلقوا عليه اسم النظام العام المغربي الجديد»[474].

غير أن ما كان يروج له الفقه الأجنبي وخاصة منه الفرنسي لم يعد له محل بعد حصول المغرب على استقلاله، واسترجاع سيادته. وقد كان في خطاب الرئيس الأول للمجلس الأعلى السيد أبا حنيني رحمه الله إعلان صريح عن الشروع من قبل القضاء-نتيجة سكوت المشرع-في مراجعة عدد من المفاهيم التي كرسها الفقه والقضاء الفرنسيين في المغرب في مجال القانون الدولي الخاص، لبناء مفاهيم جديدة تتلاءم مع تلك التي تفرضها السيادة الكاملة للدولة المغربية وموسساتها في عهد الاستقلال، وكبح جماح الامتيازات القانونية والقضائية الأجنبية التي لم تكن معروفة ولا معمولا به حتى في دولة الحماية نفسها. حيث قال: «فلم يكن بد من العدول عما رسمته الحماية للقضاء والرأي، تنفيذا لسياسة استعمارية قررتها سلطات الاحتلال. فكان من الواجب على المجلس الأعلى تنبيه المحاكم التي لا زالت منساقة مع ذلك التيار بحكم ظاهر بعض النصوص إلى ما تجب مراعاته من حقوق السيادة المغربية ومتطلبات النظام العام.

ولقد برز هذا الاتجاه بالخصوص في مسألة هامة ترجع إلى تطبيق القوانين الأجنبية في مجال الأحوال الشخصية على الأجانب القاطنين بالمغرب.

إن إعمال هذه القوانين يتعين على المحاكم المغربية بمقتضى الظهير الشريف الصادر بتاريخ 12 غشت 2013 بشأن الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب وبالأخص الفصول 3-4-5-8-9-11 منه لكن المحاكم التي أنشأتها الحماية والتي كانت تسمى بالمحاكم الفرنسية على ما في هذه التسمية من التساهل، جرت في تطبيق تلك القوانين على مناهج غير مألوفة في القانون الدولي الخاص. فأغلب الدول تسير في هذا المضمار على قواعد يتضمنها التشريع أو يؤسسها العمل القضائي لمعالجة المشاكل المتعلقة بالأجانب فيما يخص النكاح والتطليق والأهلية وغير ذلك من مسائل الأحوال الشخصية وكل تلك القواعد يراعى فيها احترام السيادة المحلية ونظامها العام وحرية قضائها واستقلاله.

-من ذلك تطبيق القانون الأجنبي يعدل عنه إذا كان فيه ما يمس بالنظام العام.

ومفهوم النظام العام شيء غير محدود فهو موكول إلى اجتهاد المحاكم المكلفة بحراسته.

-ومنه أن تطبيق القانون الأجنبي مقيد بأحكام الاختصاص الموزعة لنفوذ المحاكم المحلية.

- ومنه التمييز بين مقتضيات القانون الأجنبي لمعرفة ما هو شكلي منها فلا تجب مراعاته، وما هو جوهري فينبغي احترامه. وهذا التمييز، وهو ما يسمى بالوصف في اصطلاح القانون الدولي الخاص، موكول إلى القضاء المحلي يعمل فيه برأيه ويجري فيه على مقتضى قانونه.

474-العياشي المسعودي،«محاضرات في القانون الدولي الخاص»، مرجع سابق، ص:266.

-ومنه أنه إذا كان القانون الأجنبي مختصا وأحال على قانون آخر كأن يحيل على قانون الموطن مثلا وجب العمل بالقانون المحال عليه.

هذه القواعد تدخل كلها في مسألة تنازع القوانين التي تحتاط فيها كل دولة للمحافظة على مقوماتها السياسية والاجتماعية والخلقية، ولا تجيز تسلط القانون الأجنبي إلا بمقدار ما تبيحه تلك المقومات وما تقتضيه المعاهدات الدولية التي تتضمن في غالب الأحيان شرط المعاملة بالمثل...»[475].

ثم ختم الرئيس الأول للمجلس الأعلى رحمه الله بقوله: «وبحصول المغرب على استقلاله وتدوين تشريعه في مجال مسائل الأحوال الشخصية، وبتوحيد قضائه زالت جميع المبررات التي انتحلها الأوربيون لإقصاء التشريع الإسلامي من التدخل ولو عند الضرورة في قضايا الأجانب المتعلقة بالأسرة»[476].

وهكذا نرى بكل وضوح أن الشريعة الإسلامية أصبحت بعد التدخل الجريء للمجلس الأعلى ورئيسه في ذلك الوقت هي المحرار الذي ينبغي أن تقاس عليه القوانين الأجنبية لمعرفة مدى عدم مخالفتها للنظام العام المغربي قبل تطبيقها. وقد أكد الأستاذ العياشي المسعودي ذلك بقوله: «وخلاصة القول أن المحاكم المغربية سوف لن تتردد في المستقبل في استبعاد القوانين الأجنبية التي ستعتبرها منافية لأحكام الشريعة الإسلامية»[477].

وفي نفس السياق قال الأستاذ محمد ناصر متيوي مشكوري: «لذلك أصبح واضحا بأن مقومات النظام العام المغربي مبنية على قواعد الشريعة الإسلامية بحيث إن الشعور العام الجماعي لا يقبل أن تخدش هذه الأسس»[478]. ثم أضاف: «ومن كل ذلك يتضح أن النظام العام الداخلي ذو الأصل الإسلامي أصبح أساس النظام العام الدولي وبهذه الصورة يقف في وجه تطبيق القانون الأجنبي المخالف له»[479].

وتجدر الإشارة إلى أن (430) من قانون المسطرة المدنية أصبح ينص في صيغته الحالية بعد تعديله[480] على أنه: «لا تنفذ في المغرب الأحكام الصادرة من المحاكم الأجنبية إلا بعد تذييلها بالصيغة

475-مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 2، ص:5/4.

476-مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 2، ص:7.

477-العياشي،«محاضرات في القانون الدولي الخاص»، مرجع سابق، ص:268.

478- محمد ناصر متيوي مشكوري، «محاضرات في القانون الدولي الخاص»، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، السنة الجامعية 2006/2005، ص:125.

479- محمد ناصر متيوي مشكوري، «محاضرات في القانون الدولي الخاص»، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، السنة الجامعية 2006/2005، ص:126.

480-تم تغييروتتميم الفصل 430 أعلاه، بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 61.19 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.19.118 بتاريخ 7 ذي الحجة 1440 (9 أغسطس 2019)، الجريدة الرسمية عدد 6807 بتاريخ 24 ذي الحجة 1440 (26 أغسطس 2019)، ص 5897.

التنفيذية من طرف المحكمة الابتدائية لموطن أو محل إقامة المدعى عليه أو لمكان التنفيذ عند عدم وجودهما.

يجب على المحكمة التي يقدم إليها الطلب أن تتأكد من صحة الحكم واختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرته، وأن تتحقق أيضا من عدم مساس أي محتوى من محتوياته بالنظام العام المغربي.

غير أنه بالنسبة للأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية بالطلاق أو بالتطليق أو بالخلع أو بالفسخ، يتم تذييلها بالصيغة التنفيذية من طرف رئيس المحكمة الابتدائية لموطن أو محل إقامة المدعى عليه أو لمكان تنفيذ الحكم أو لمحل إبرام عقد الزواج.

يستدعي رئيس المحكمة، أو من ينوب عنه، المدعى عليه عند الاقتضاء.

يبت رئيس المحكمة، أو من ينوب عنه، في الطلب داخل أجل أسبوع من إيداعه.

الأمر الصادر يمنح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي، في هذه الحالة، يكون غير قابل لأي طعن في الجزء المتعلق بإنهاء العلاقة الزوجية، ما عدا من طرف النيابة العامة.

مع مراعاة أحكام الفقرة السابقة، يكون الأمر قابلا للاستئناف داخل أجل خمسة عشر (15) يوما أمام الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف.

يجب على كتابة الضبط أن توجه مقال الاستئناف، مع المستندات المرفقة، إلى كتابة الضبط بمحكمة الاستئناف داخل أجل ثلاثة أيام من تاريخ إيداع مقال الاستئناف.

يبت الرئيس الأول، أو من ينوب عنه، داخل أجل عشرة أيام من تاريخ توصل كتابة الضبط بالملف.

لا يقبل القرار الصادر الطعن بالتعرض».