

## المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام علي أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وعلي آله وصحبه أجمعين .

أما بعد .

تجئ هذه الخطة لموضوع هذا البحث بصورة تتفق مع هو صادر من عمادة الدراسات العليا من موجّهات عامة لعرض خطط البحوث وذلك وفقاً للآتي :-

### 1. تعريف بالعنوان :-

إن الفكرة الأساسية لهذا العنوان مبنية علي أن الباحث سيقوم بدراسة الشريعة الإسلامية كنظام قانوني مقابل لعلم القانون .

فإذا كان من البديهي في علم القانون أنه قد عرف التمييز بين القواعد القانونية والقواعد الاجتماعية الأخرى فإن الشريعة الإسلامية التي مصدرها القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة لها معايير وخصائص تميزها بموجبها القواعد الشرعية سواء أكانت دينية محضة تحكم العبادات ، أو قانونية خالصة تحكم نظم المعاملات ، وعليه قصد الباحث بهذا العنوان ان يكون هناك تمييز واضح وجلي بين القواعد القانونية التي تحكم المعاملات أو الأحكام الدنيوية كما يسميها الفقهاء ، والقواعد الدينية التي تحكم العبادات أو الأحكام الأخروية من جهة أخرى ، بحيث يتسني للدارس والباحث والقاضي أن يلتصم هذه التفرقة بين هاتين القاعدتين علي غرار التفرقة التي عرفها علم القانون.

### 2. أهمية البحث :-

تكمن أهمية البحث في عدة نواح منها :-

أ. تمييز القاعدة القانونية العملية عن القاعدة الدينية وخصائصها مقارنة بخصائص القواعد القانونية الوضعية .

ب. بعد أن أصبح الفقه والقانون يتقاسمان عقل الطالب وقاعات الدسورجل القانون ومنصات المحاكم ، فإنه من الواجب أن يعرف معرفة حقيقية الدور الذي قام به الفقه الإسلامي في تطوير النظم القانونية العالمية .

ج. تنمية روح الإنتاج العقلي ، والبحث والإبتكار ، والقدرة علي ربط الأفكار بنظائرها ، وتكوين الشخصية العلمية القادرة علي التفكير المنظم ، والنقد الموضوعي ، والتعبير عن الفكر الذاتي وافكار الآخرين بإسلوب علمي دقيق وصحيح.

د. تطوير البحث العلمي في مجال القانون بإضافة أو إعادة تفسير أو بتصحيح مفاهيم قانونية بلغة سليمة معبرة عن وجهة نظر علمية مقنعة.

هـ. إعمال الفكر القانوني الإسلامي تمهيداً للنهضة والصحة الإسلامية التي يعيشها عالمنا اليوم مع استصحاب النظريات الفكرية لعلمائنا التي ترمي لتحقيق رغبة الشعوب بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية.

و. الإسهام في دراسة التشريع الإسلامي لمعرفة حكم الشرع فيما يحدث من وقائع وأحداث لم يكن لها نظير في الوقت السابق ، خاصة بعد مطالبة بعض البرلمانات الغربية بتطبيق التشريع الإسلامي علي الأزمات والمشكلات الإقتصادية والإجتماعية التي تواجه تلك المجتمعات.

ز. إثراء الفقه القانوني المقارن وإصلاح الأنظمة القانونية بالمبادئ القانونية الإسلامية.

## 2. أهداف البحث :-

يهدف البحث من خلال تناوله هذا الموضوع إلي الآتي :-

أ. التعريف بالقواعد القانونية في إطار النظم الوضعية والفقه الإسلامي .

- ب. تقديم الأدلة التي توضح أوجه الإختلاف بين القاعدة القانونية ، والقاعدة الدينية، في الفقه الإسلامي والنظم القانونية المقارنة.
- ج. بيان مصادر القاعدة القانونية في الفقه الإسلامي والنظم الوضعية .
- د. تأكيد مدي استقلال القاعدة القانونية عن القواعد الدينية في الفقه الإسلامي.
- هـ. إبراز التكامل بين القواعد القانونية والدينية والأخلاقية في الفقه الإسلامي.
- و. إظهار مدي اهتمام النظم القانونية بالقواعد الدينية والأخلاقية وأثر ذلك علي الأفراد والمجتمعات.

### 3. مشكلة البحث :-

تتمثل مشكلة البحث في كالاتي:-

أولاً:- إن فقهاء الإسلام يفرقون بين الأحكام الشرعية الأخروية اي الدينية وما يترتب عليها من النوايا في مجال صلة الإنسان بربه وأحكام الدنيا أي القضائية المبنية علي الظاهر وتدخل في مجال صلة الانسان بالمجتمع.

وترتب علي هذا أنه قد يوجد تصرف معين ذو اثرين متعارضين ، الحل في نظر الديانة والحرمة في نظر القضاء أو العكس ، والمثال علي ذلك إذا زل اللسان في الطلاق فيؤدي إلي وجود حكمين أحدهما يطبق أمام القضاء ، والآخر يطبق ديانة أي من حيث صلة الانسان بربه ، فالأول حكم دنيوي والآخر حكم أخروي عليه فإن القاعدة القانونية هي التي تطبق أمام القضاء وتؤدي الي حرمة طء المرأة وا إذا وطئها تطبق عليه العقوبة.

أما الحكم الديني أي القاعدة الدينية فإنها تؤدي الي حل وطء المرأة وا إذا وطئها لا يعتبر مرتكباً وإنما يعاقب عليه في الآخرة فالسؤال ما هو المعيار الأساس أوالدليل علي التفرقة بين القاعدتين؟ وهل الشريعة الإسلامية كنظام قانوني لا تعرف التفرقة بين القاعدة الدينية من جهة والقاعدة القانونية بالمعني الفني الحديث ؟

ثانياً : - أيضاً في عصر ظهور الإسلام أصبح الإنسان ناضجاً من الناحية الذهنية ليستقبل آخر رسالة من الله سبحانه وتعالى ، وهي بمثابة قاعدة وأساس قانوني وأخلاقي وديني دائم ، هل هذا الأساس لا يسمح له أن يطور دون أن يضل ؟

ثالثاً :- إن للشريعة الإسلامية كنظام قانوني لها خصائص ومميزات مرتبطة بالمنهج التشريعي في القرآن، وهناك عدد ضئيل من النصوص التي تختص بالأحكام الفقهية الأمر الذي أدى الي القول بأن التشريع الإسلامي لا يعرف التطور و إيجاد الحلول القانونية لما يستجد من قضايا فما مدي صحة ذلك؟

#### 4. منهج البحث :-

أ. في هذه الدراسة سيكون منهج البحث بإذن الله المنهج العلمي الحديث وهو المنهج التاريخي الموضوعي الإجتماعي المقارن وذلك للوصول إلي جانب من جوانب الحقيقة العلمية لموضوع البحث علي إعتبار أنه أنسب المناهج في هذه الدراسة وفي بحوث القانون خاصة مع مراعاة الآتي :-

(1) نقصد به ذلك المنهج الذي يعطى أهمية كبرى لنشأة النظام القانوني وتطوره في العصور المختلفة وتفاعله مع البيئة التي طبق فيها ، سواء كانت بيئة إجتماعية أم إقتصادية أم سياسية .

فإن يعطى الباحث فرصة لتقييم هذا النظام عن طريق بحث الآثار الإجتماعية والاقتصادية والسياسية التي ترتبت على تطبيقه ، وبالتالي تقدير مدى إستجابته لتلك الحاجات التي دعت الي إنشائه وتقدير مدى تحقيق الأهداف المنشودة من تطبيقه .

(2) المنهج الموضوعي .

ذلك المنهج الذي يدرس الظاهرة القانونية بإعتبارها واقعة إجتماعية أولاً وقبل كل شئ ، وبالتالي يجرّد هذه الدراسة من رغبات الباحث وإعتقاداته الشخصية وميوله وأهوائه الذاتية ، وبالتالي يكون تقييمه للنظام القانوني الذي هو أساس هذه الظاهرة ، تقييماً محايداً .

(3) المنهج الإجتماعي .

ذلك المنهج الذى تعطى أهمية كبرى للقضاء وكيفية تطبيقه للنصوص . وبالتالي يمكن تقدير مدى العدالة تانة يحققها هذا النظام القانونى والدراسة الجيدة لأحكام هذا القضاء .

(4) يقتضى أن ندرس للنظام القانونى على ضوء دراسة الأنظمة المماثلة فى نظام آخر أو أكثر لدراسة الزواج فى الشريعة الإسلامية مقارنة بالزواج فى القانون الجرماني .

ب. كما أنه يجب مراعاة الضوابط الآتية :

- (1) ضبط الآيات القرآنية بالشكل حسب الرسم فى المصحف مع عزوها إلى سورها .
- (2) تخريج الأحاديث النبوية من مظانها .
- (3) ترجمة الأعلام الذين يرد ذكرهم فى البحث لأول مرة .
- (4) التوثيق للمعلومات بما يتفق مع مناهج البحث العلمى .
- (5) عمل الفهارس المطلوبة فى بحوث القانون

#### 5. حدود البحث :-

تقتضى الدراسة العلمية وجود نطاق جغرافى محدد حول هذه الدراسة فسوف يتم تناوله فى بعض دول العالم الإسلامى من هذه الناحية ومن ناحية أخرى الإشارة إلى دول القانون المقارن ، أما الأساس القانونى لهذا الدراسة فهى الشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلامى مقارنة بفقهاء القانون .

#### 6. وسائل وأدوات البحث :-

سوف يعتمد الباحث فى تناوله لموضوع هذا البحث بعد الله تعالى على أمهات كتب الفقه الإسلامى القديمة والحديثة ، وكذلك المراجع القانونية عامة ، وكتب التفسير والحديث وأصول الفقه وكذلك الوسائل العلمية والدوريات ومواقع الأنترنت والمكتبة الشاملة الألكترونية وأي مراجع ومصادر يمكن الاستفادة منها فى هذه الدراسة .

7. أسئلة البحث:-

من أبرز الأسئلة التي سيسعى البحث للإجابة عليها:-

- أ. ما المقصود بالقاعدة القانونية في الفقه الإسلامي والنظم الوضعية ؟
- ب. هل يميز الفقه الإسلامي بين القاعدة القانونية والقواعد الدينية وما أوجه وأدلة ومعايير هذا التمييز والتفرقة ؟
- ج. ما هي مصادر القواعد القانونية في الفقه الإسلامي والنظم القانونية الوضعية؟
- د. الي أي مدى يمكن القول باستقلال القاعدة القانونية عن القاعدة الدينية ؟
- هـ. ماهي التطبيقات العملية للقواعد القانونية علي الأحكام القضائية ؟

8. فروض البحث :-

تتمثل فروض هذه الدراسة فيما يلي :-

- أ. الفقه الإسلامي يشتمل علي قواعد قانونية و دينية .
- ب. القاعدة القانونية في الفقه الاسلامي مستقلة مستمدة من الدين ؟
- ج. القواعد القانونية والدينية في الفقه الاسلامي قواعد متداخلة ومكملة لبعضها البعض.
- د. النظم القانونية الوضعية لاتهتم بالقواعد الدينية كما في الفقه الإسلامي .
- هـ. مصادر القاعدة القانونية في الفقه الإسلامي تختلف عن ما هو معروف في النظم القانونية الوضعية.
- و. القاعدة القانونية في الفقه الإسلامي في الأصل مستمدة من الدين مما يمكن إعتبارها قواعد لها صفة دينية .

ز . اختلاف طبيعة وخصائص القاعدة القانونية عن القاعدة الدينية في الفقه الإسلامي والنظم القانونية الوضعية .

## 9. مصطلحات البحث :-

تكون المصطلحات التالية المعاني الموضحة امامها متي ذكرت في صفحات البحث مالم يدل السياق علي غير ذلك .

أ . الفقه يقصد به الفقه الإسلامي .

ب . الشريعة يقصد بها الشريعة الاسلامية .

ج . النظم الوضعية يقصد بها النظم القانونية الوضعية .

د . القواعد الاخرى يقصد بها القواعد الدينية والقواعد الاخلاقية .

هـ . النظام القانوني هو مجموعة القواعد والمبادئ القانونية الملزمة أحكامها قضائياً والتي تطبق علي مختلف النظم سواءاً كانت اجتماعية او اقتصادية أو سياسية .

و . القواعد القانونية هي مجموعة القواعد العامة المجردة التي تحكم سلوك الأفراد في الجماعة والتي يتعين الخضوع لها ولو با لقوة إذا لزم الامر .

## 10. الدراسات السابقة :-

حسب علم الباحث المتواضع وبعد البحث والتتقيب لم يجد بحثاً علمياً تعرض لموضوع هذا البحث من قبل سوي الآتي :-

**أولاً:-** النظرية العامة للفقه الإسلامي وخصائصه الذاتية المتميزه (1) ، حيث تكلم عن إستقلال القاعدة القانونية والقاعدة الدينية والأخلاقية في جزئية من نظريته وأنه عرف الفقه الإسلامي والشريعة الإسلامية ، وأبرز مميزتها وخصائصها ، ووصل لحقائق علمية في غاية الأهمية منها :-

( 1 ) د. عفيفي عجلان ، النظرية العامة للفقه الإسلامي وخصائصه الذاتية المتميزة ، دار النهضة المصرية ، ط 1 ، 1989م ، ص 1 .

1. أنه بدون وجود الله سبحانه وتعالى فلا يمكن وجود قانون طبيعي وقانون وضعي .
  2. إن الشريعة كظاهرة قانونية اجتماعية وواقعة تاريخية مرتبطة وجوداً وعمداً بالدعوة الإسلامية ، فهي لم تكن الا نسخة لديناميكية الدعوة الاسلامية وتجسيدا قانونياً لقيمتها الذاتية .
  3. الشريعة كنظام قانوني مرتبطة بنصوص القرآن والسنة ، وهي بدورها تمثل ذات الدعوة الاسلامية .
  4. القاعدة القانونية تتميز عن القادة الدينية والأخلاقية اذ أن لكل منهما خصائصها .
  5. إن الشريعة الاسلامية كنظام قانوني مستقلة في تطويرها ، لأنها تحمل في طياتها ديناميكية هذا التطور التي تجعلها قابلة لمواجهة كل ما يستجد من حوادث وأقضية ، والتي تمثلت في سياستها التشريعية محددة الأهداف ، ومحددة المصادر ، متميزة بقوة خارقه ، عليها أن تبذل وهي تسعى لتحقيق أهدافها مستعملة مصادرها الخاصة بها .
- وهذه النظرية منهل للباحثين ودائرة معارف ، حيث إنها أثرت الفقه القانوني ، وهي مرجع قانوني مهم لكل طالب علم وباحث جاد ، أسهمت كثيراً في خدمة الحقيقة العلمية وإبراز فضل الفقه الإسلامي .
- فالنظرية حددت موجهاً عامة لموضوع البحث ، والذي يحتاج للتفصيل والإيضاح حتي نصل لنتائج مرضية.
- ثانياً : نظرية الحكم الشرعي والقاعدة القانونية (الأساس والخصائص) (1).
- قدم الرسالة بخطة متضمنة لفصل تمهيدي وبابين اثنين وخاتمة تناول فيها الحكم الشرعي وتعريف القاعدة القانونية ثم المقارنة بينهما .
- لما الباب الأول بعنوان أساس الحكم الشرعي وأساس القاعدة القانونية ومقارنتهما واخيراً تكلم عن خصائص الحكم الشرعي وخصائص القاعدة القانونية والمقارنة بين تلك الخصائص .
- لهذا البحث إشراقات وإضافات قيمة أجدني متفقاً معه في تقرير كثير من المبادئ والخصائص القانونية إلا أن إختلافي معه يتمثل في منهج البحث وتغيير بعض المفاهيم القانونية التي هي أساس هذا البحث .

---

(1) حسن سالم مقبل أحمد ، دراسة مقارنة بحث مقدم من المدرس المساعد للحصول على درجة الدكتوراة في الحقوق بتاريخ 1996م .

ثالثاً : قاعدة الأمور بمقاصدها وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون المدني دراسة مقارنة (1).

تناولت القاعدة والقاعدة المتفرعة عنها ثم تعريفها لغة واصطلاحاً ، ثم ذكر بعض المسائل الفقهية كتطبيق لتلك القاعدة ، والتطبيقات القانونية في القانون المدني مقارنة بالفقه الإسلامي مع التعليق علي بعض الأحكام الفقهية . هذه الدراسة مميزة واتفق مع المؤلف في التحليل إلا أن موضوع رسالته محدود للغاية بل محصور في قاعدة فقهية بعينها وعليه فإن موضوع البحث بالتفرقة ومعايير التمييز بين القاعدة القانونية والقاعدة الدينية أوسع وأشمل ويتجه نحو النظرية العلمية .

رابعاً :- المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية الجزء الأول نظرية القاعدة القانونية والقاعدة الشرعية (2).

تقدم بدراسة جمع بين الدراستين القانونية والشرعية لتقريب الفهم لطلبة الدراسات القانونية فاتجة في البحث بعرض مسألة علمي أصول القانون وأصول الفقه والمقارنه بينهما ، ومن ثم ركز علي القانون العراقي وأفرد لهذا الدراسة ثلاثة أجزاء . هذه الدراسة المستفيضة للاستاذ دلت علي سعة علمه والمعرفة الدقيقة بدقائق الأمور وسيستفيد الباحث منها كثيراً رغم الإختلاف معه في الفكرة الجوهرية التي يسعى الباحث من خلالها لإبراز الخصائص والمعايير المميزة للقواعد من داخل النظام القانوني الإسلامي وليس من خارجه .

أيضاً هنالك إتجاه مناقض للنظريات أعلاه تبناه المستشار القانوني محمد نعيم العشماوي في كتابه الشريعة الإسلامية والقانون المصري (3) يدعي بأنه لا يفرق الفقهاء بين الفقه الإسلامي والشريعة الإسلامية .

وأخيراً إطلعت علي بعض المقالات المنشورة بالدوريات العلمية تنفي وجود نظام قانوني للشريعة الإسلامية (4).

(1) اشرف أحمد فهمي ، رسالة جامعية مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس لنيل الدكتوراة بتاريخ 2010م.

(2) د. عبد الباقي أكرى ، المدخل لدراسة القانون الشرعية الإسلامية الجزء الأول نظرية القاعدة القانونية والقاعدة الشرعية ، نشرة جامعة بغداد 1972م .

(3) محمد نعيم العشماوي ، الطبعة الأولى ، مكتبة مدبولي الصغير 1996.

(4) أحمد عثمان ، العلمانية والدين السياسي ونقد الفكر الديني الحوار المتمدن العدد 2080 بتاريخ 2007/10/26م .

## 11. المقابلات :

أ. تم مقابلة بعض الشخصيات العلمية والأكاديمية والفكرية وقد طرح الباحث الفكرة الأساسية لهذا البحث وقد كانت لهذه المقابلات الأثر الفعال فى قبول الفكرة والتشجيع عليها وكانت لهؤلاء العلماء الفضل والإضافات الحقيقية لهذا البحث وهم :

1. فضيلة الأستاذ البروفسير خليفة بابكر الحسن .
2. الدكتور Wellers Poren .
3. الأستاذ والمحامى الدكتور عادل عبد الغنى.
4. الأستاذ والمحامى الدكتور عمر علي.
5. الدكتور البروفسير بدرين مسعود
5. البروفسير كامل إدريس .
6. عقيد الدكتور عبد الجبار محمد عبد الله.
7. عقيد الدكتور محمد محي الدين .
8. البروفسير عميد معاذ الشيخ .
9. الدكتور فتح الرحمن محمد أحمد العمرانى ، بنك السودان .
10. الدكتور المرحوم حسن الترابى .
11. الدكتورة أم كلثوم يوسف إسماعيل .
12. البروفسير إياد فوزى حمدان ، عميد الدراسات والبحوث الإسلامية .
14. لواء الدكتور مصطفى إبراهيم عبود مدير القضاء العسكرى السابق .
15. الدكتور عبد الرحمن شرفى نائب مدير القضاء الأسبق .
16. البروفسير الحاج آدم حسن الطاهر عضو المحكمة الدستورية .
17. البروفسير إسماعيل محمد حنفى عميد كلية الشريعة الدراسات الإسلامية .
18. د. تاج السر عبد المطلب .
19. البروفسير عبد الله الزبير رئيس مجمع الفقه الإسلامى .
20. البروفسير داؤود الزبير .

ب. لقد تم نصحى الباحث وتوجيهه بالجد والإجتهد والصبر على هذا البحث الفلسفى القانونى الشرعى العميق كما وصفه البعض .

## 12. السمنارات .

أ. سمنار بجامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا / معهد البحوث والدراسات الإسلامية

ب. سمنار لضباط ومستشارى القضاء العسكرى / بقاعة رئاسة برج الأركان المشتركة.

ج. سمنار لطلبة الماجستيرترجمة عامة باللغة الإنجليزية بجامعة بحرى .

## 13. الأوراق .

أ. مجلة العلوم والتقانة فى العلوم والبحوث الإسلامية محكمة بمعهد محكمة داخلية

ب. مجلة جامعة بحرى للآداب والعلوم الإنسانية .

14. **هيكل البحث** : تم تقسيم هذه الدراسة علي النحو التالي :-

### الباب الأول

خلفية تاريخية للنظام القانوني الإسلامي

#### الفصل الأول

الشريعة الإسلامية كواقعة تاريخية

المبحث الأول : الوقائع التاريخية والاجتماعية المرتبطة بالشريعة الإسلامية .

المبحث الثاني : خلفية تاريخية للقانون المقارن .

#### الفصل الثاني

الشريعة الإسلامية كنظام قانوني وخصائصها المميزة

المبحث الأول: خصائص المنهج التشريعي القرآني .

المبحث الثاني : خصائص القانون المقارن.

### الباب الثاني

إستقلال الحقيقة القانونية عن الحقيقة الدينية في نظم القانونية

#### الفصل الأول

الفرق بين القاعدة القانونية والقاعدة الدينية في الفقه المقارن .

المبحث الأول : تعريق القواعد وأنواعها .

المبحث الثاني : الفرق بين قواعد القانون والقواعد الإجتماعية الأخرى .

### الفصل الثاني

التفرقة بين الحقيقة القانونية والحقيقة الدينية داخل النظام القانوني الإسلامي

المبحث الأول : الأدلة الدالة علي الفرق بين القاعدة القانونية والقاعدة الدينية من داخل النظام الإسلامي .

المبحث الثاني : مدى إحاطة نصوص القرآن والسنة بالأحكام الشرعية .

### الباب الثالث

الوضعية القانونية في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن

#### الفصل الأول

أساس القاعدة القانونية في الشريعة الإسلامية ووجودها المتلاحق

المبحث الأول : الفن القانوني لديناميكية الشريعة الإسلامية في القانون المقارن .  
المبحث الثاني : الأساس القانوني للقاعدة الشرعية ( القانونية ) ومنهجها التشريعي التطبيقي .

#### الفصل الثاني

إعتبرات حكم عمل المكلف

المبحث الأول: عوامل ظهور الوضعية القانونية في القانون المقارن وأساسها القانوني .  
المبحث الثاني: المدارس الوضعية المرتبطة بالتشريع .

### الباب الرابع

علاقة مقاصد الشريعة الإسلامية بالقاعدة القانونية والدينية

#### الفصل الأول

مفهوم المقاصد وعلاقتها بالحكم الشرعي

المبحث الأول : مفهوم المقاصد الشرعية .

المبحث الثاني : علاقة المقاصد الشرعية بالحكم الشرعي

## الفصل الثاني

### آثار مقاصد الشريعة الإسلامية على الحكم الشرعي

المبحث الأول : أصول العبادات راجعة إلي حفظ الدين.

المبحث الثاني : العادات راجعة إلي حفظ النسل والعقل والمال

خاتمة البحث :

أ. النتائج:

ب. التوصيات:

## الباب الأول

### خلفية تاريخية للنظام القانوني

### الإسلامي والقانون المقارن وخصائصهما

#### مقدمة

نقطة البداية في العلم تكمن في إرادة الإنسان في أن يستعمل عقله من أجل أن يفهم ما حوله من الطبيعة والظواهر الإجتماعية التي تحيط به من كل جانب وأن يسيطر عليها . فما مدى هذا الفهم والإمكانات التي يتيحها لنا الواقع لبحثه ومعرفته .

حدد الباحث منهج البحث كوسيلة للبحث ومعرفة للحقائق وتطبيقه على ظاهرة الشريعة الإسلامية باعتبارها واقعة إجتماعية تاريخية مسنودة بالوحى ومعرفة نشأتها وتفسير تطورها على مر العصور والأجيال وهذا المنهج بالضرورة يقتضي الملاحظة الدقيقة لهذه الواقعة ومعرفة الصلات المتبادلة بين الوقائع التي تنظمها الشريعة الإسلامية في إطار علمي نظري مبني على التفكير فيها لإستخلاص القوانين والمبادئ العامة التي تحكم هذه الوقائع وصلاتها ببعضها بحيث يأخذ ذلك كل وصف أو شكل نظرية معينة تفسر وجود هذه الوقائع والصلات التي تربطها ببعضها هذا من جانب .

من جانب آخر أن القانون المقارن يتمثل في علم القانون نفسه كوجه مقابل للعلم الشريعة الإسلامية ، فيما أن القانون يحقق النظام الإجتماعي ، بمعنى كل مجتمع لا بد أن يحتاج الى قواعد تنظم العلاقات التي تنشأ بين أفرادها ، عليه أن البحث يقتضى تناول هذين الموضوعين كل على حدة في إطار مقارن تطبيقاً للمنهج البحث العلمي كما يلي :

الفصل الأول : الخلفية التاريخية للشريعة الإسلامية والقانون المقارن .

الفصل الثانى : الشريعة كنظام قانونى وخصائصها المميزة عن الخصائص المميزة للشريعة

الإسلامية

## الفصل الأول

### الخلفية التاريخية للشريعة الإسلامية والقانون المقارن

#### تمهيد

هنالك وقائع تاريخية واجتماعية معينة مثل ظهور الدعوة الإسلامية في مكة في أوائل القرن السابع الميلادي والرسول ﷺ الداعي لهذه الدعوة ونشأة المجتمع الإسلامي في المدينة وظهور بعض القواعد القانونية التي تضمنتها نصوص القرآن الكريم والسنة المطهرة ، التي يحكم بعض الأنظمة القانونية التي تنظم العلاقات بين أفراد المجتمع الإسلامي ، كما أن نقل هذه الدعوة وهذه القواعد القانونية أي التراث من جيل الى جيل يعتبر واقعة إجتماعية متميزة فما هي الصلات التي تربط بين هذه الوقائع وماهي القوانين التي تحكم هذه الصلات ؟ لذلك علينا بحث هذه الوقائع كل على حدة ثم ندُجيب على تلك الأسئلة في مبحث كما أن هنالك أنظمة قانونية توجد في العالم مقابلة لهذه الشريعة الإسلامية كالأنظمة الغربية سواء كانت لاتينية أو أنجلوساكسونية أو جرمانية أو إشتراكية كان لها تأثيرها في أوساطها الإجتماعية عبر العصور ، وهذه يقتضى أن نبحث في مبحث مستقل وعليه تناول هذا الفصل مبحثين :

المبحث الأول : الوقائع التاريخية والاجتماعية

المبحث الثاني : خلفية تاريخية للقانون المقارن

## المبحث الأول

### الوقائع التاريخية والاجتماعية

### المرتبطة بالشرعية الإسلامية

إن الشريعة الإسلامية كظاهرة إجتماعية وواقعة تاريخية إرتبطت إرتباطاً كلياً، وجوداً وعدمياً بشخصية الرسول ﷺ والدعوة الإسلامية ، ووجود المجتمع الإسلامي . كما أُبينها في النقاط التالية :

ولاً إرتباط الشريعة الإسلامية بشخصية محمد بن عبد الله رسولاً وقاضياً وإماماً . أنه بتاريخ 06 أغسطس سنة 610 ميلادية أول يوم نزل فيه الوحي على سيدنا محمد بن عبد الله ﷺ عندما كان في غار حراء . في هذا اليوم كان مجتمع الجزيرة العربية فوضوياً من حيث العقيدة المتعلقة بعبادة الأصنام ، ومن حيث علاقات القبائل الإجتماعية التي كانت يسيطر عليها الغزو والغارات والسطو والنهب والإستيلاء على مال الغير .

هنالك أحداث تاريخية في حياته قبل البعثة ونزول الوحي دونتها كتب السيرة يهمنها منها أنه عند التاسع من عمره خرج مع عمه أبي طالب الى الشام ودار حديث مع أبي طالب والراهب بحيرا فأشار عليه أن يرجع بابن أخيه خوفاً عليه من عدو يترصده وأخبره أن له شأنًا فرجع به الى مكة . كما لخمس عشر سنة من عمره حضر سيدنا محمد بن عبد الله ﷺ حرب الفجار وكان يجهز النبال لعمومته .

أيضاً عندما تداعت قريش لحلف الفضول وهو تحالف بني هاشم وبني عبد المطلب وبني أسد بن عبد العزى وبنو زهرة بن كلاب على نصرة المظلوم ورد مظلمته إليه فإن الرسول ﷺ شهد هذا التحالف من دار عبد الله بن جدعان التيمي .

وخمس وعشرين سنة من مولده تزوج خديجة بنت خويلد الأسدية وكانت سيدة محترمة وذات يسار وعزيزة في قومها ولخمس وثلاثين سنة من مولده كان محكماً بين قبائل قريش لوضع الحجر الأسود في مكانه بالكعبة المشرفة (1).

(1) د. عفيفي عجلان ، النظرية العامة للفقهِ الإسلامي وخصائصه الذاتية المتميزة ، دار النهضة المصرية ، ط 1 ، 1989م ، ص 68.

أما حياته الإجتماعية فان جميع المؤرخين قد إتفقوا أن سيدنا محمد بن عبد الله كان في قومه قبل البعثة والرسالة ذو خلق طيب وصادق الحديث والأمانة حتى سموه الأمين . وكان لا يشرب الخمر ولا يأكل مما ذبح على النصب ولا يحضر أعياد الأوثان أو إحتفالاتها نافرأ من عبادتها .

كانت عبادته في غار حراء مجرد تفكر وتدبر في الكون وأنه أمي والأمية لم يكن على دين ملة سابقة ولم يكن يعلم في أمر الخالق سبحانه كما أشار تعالى في ذلك (وَكَذَلِكَ أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ رُوحًا مِنْ أَمْرِنَا مَا كُنْتَ تَدْرِي مَا الْكِتَابُ وَلَا الْإِيمَانُ وَلَكِنْ جَعَلْنَاهُ نُورًا نَهْدِي بِهِ مَنْ نَشَاءُ مِنْ عِبَادِنَا وَإِنَّكَ لَتَهْدِي إِلَى صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ)<sup>(1)</sup> وفي سورة الضحى (وَوَجَدَكَ ضَالًّا فَهَدَى)<sup>(2)</sup> كانت النبوة للرسول الكريم في

يوم الإثنين لسبع عشرة خلت من رمضان للسنة الحادية والأربعين من ميلاده وعمره وقتئذ بالضبط أربعين سنة قمرية وستة أشهر وثمانية أيام يوافق 39 سنة شمسية وثلاثة أشهر وثمانية أيام في يوم 06 أغسطس سنة 610 ميلادية بغار حراء وهذا الحدث لم يكن إلا رحمة للبشرية جمعاء<sup>(3)</sup>.

قبل أن نتعرض لمعنى الوحي وصوره ، فإن المتتبع كل الديانات السماوية يجد أن الأنبياء والمرسلين قد إختارهم الله بحكمته ليقولوا للناس هذا طريق الله وصراطه المستقيم فاعبدوه ولا تشركوا به شيئاً وأطيعوه فيما أمر به ونهى عنه لتتالوا الفوز والسعادة في الدنيا والآخرة<sup>(4)</sup> قالى تعالى : (إِنَّا أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ كَمَا أَوْحَيْنَا إِلَى نُوحٍ وَالنَّبِيِّينَ مِنْ بَعْدِهِ وَأَوْحَيْنَا إِلَى إِبْرَاهِيمَ وَإِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ وَالْأَسْبَاطِ وَعِيسَى وَأَيُّوبَ وَيُوسُفَ وَهَارُونَ وَسُلَيْمَانَ وَإِنَّا دَاوُدَ مَرْبُورًا)<sup>(5)</sup> .

فالوحي لغة بمعنى إعلام مع خفاء وسرعة ، أما عن تحديد كنهه وحقيقته لا يستطيع العلم تحديده ولكن ما قاله الأنبياء صلوات الله عليهم في هذا الخصوص لتقريب ذلك الى العقل

(1) سورة الشورى ، الآية 51 .

(2) سورة الضحى ، الآية 7 .

(3) د. عفيفي عجلان ، النظرية العامة للفقهاء الإسلامى وخصائصه الذاتية المتميزة ، دار النهضة

المصرية ، ط 1 ، 1989م ، ص 66.

(4) الإمام محمد عبده ، أسلم تغيير الحيرة التى تنتاب أهل الإخلاص فيما يرجونه للناس من خلاص .

(5) سورة النساء الآية 162.

الإنساني فنجدهم أن إعلام الله لهم اتخذ صور ومراتب ودرجات مختلفة للوحي والنتيجة واحدة هي العلم القطعي بأن هذا الأمر من عند الله .

فمن صور الوحي الرؤيا الصالحة كما وردت في الكتب السابقة والقرآن الكريم ولقد قال ﷺ (رؤيا الأنبياء حق ونحن معاشر الأنبياء تنام أعيننا ولا تنام قلوبنا) .

**المرتبة الثانية للوحي:** الإلهام والإلقاء في الروح من غير وساطة وهو يقظان (نزلَ به الروح الأمينُ عَلَى قَلْبِكَ لَتَكُونَ مِنَ الْمُنذِرِينَ) (1) .

**المرتبة الثالثة** أن يُرسل الله سبحانه وتعالى مَلَكَ إلى الرسول (ص) ويخبره ويحدثه (إِنَّهُ لَقَوْلُ رَسُولٍ كَرِيمٍ ، ذِي قُوَّةٍ عِنْدَ ذِي الْعَرْشِ مَكِينٍ ، مُطَاعٍ ثَمَّ أَمِينٍ) (2) .

**المرتبة الرابعة :** أن يسمع كلام الله سبحانه وتعالى مباشرة كما كلم موسى عليه الصلاة والسلام ( وَهَلْ أَتَاكَ حَدِيثُ مُوسَى ، إِذْ رَأَى نَارًا فَقَالَ لِأَهْلِهِ امْكُثُوا إِنِّي آنَسْتُ نَارًا لَعَلِّي آتِيكُمُ مِنْهَا بِخَبَرٍ أَوْ بَشِيرٍ أَوْ جَدُوعًا ، فَلَمَّا أَتَاهَا نُودِيَ يَا مُوسَى ، إِنِّي أَنَا رَبُّكَ فَاخْلَعْ نَعْلَيْكَ إِنَّكَ بِالْوَادِ الْمُقَدَّسِ طُوًى ، وَأَنَا أَخْبَرْتُكَ فَاسْتَمِعْ لِمَا يُوحَى ) (3) .

وقد روى ابن هشام عن كيفية بدء الوحي بما أخبر به الرسول ﷺ عن نفسه حيث قال : (فجاءني جبريل ، انا نائم بنمط من ديباج فيه كتاب) فقال اقرأ : قلت ما اقرأ ، قال : فغطتني به حتى ظننت أنه الموت ثم أرسلني فقال اقرأ : قلت ما اقرأ قال فغطني به حتى ظننت أنه الموت ثم أرسلني فقال اقرأ : فقلت ما اقرأ ، ما أقول ذلك إلا إفتداء منه أن يعود لي بمثل ما صنع بي

(1) سورة الشعراء ، الايات 192 ، 193 .  
(2) سورة التكويد ، الايات 18 ، 19 ، 20 .  
(3) سورة طه ، الايات 9 ، 10 ، 11 ، 12 .

فقال: ( اقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ \* خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ عَلَقٍ \* اقْرَأْ وَرَبُّكَ الْأَكْرَمُ \* الَّذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ \* عَلَّمَ الْإِنْسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ ) (1).

فقال فقراؤها ثم إنتهى فانصرف عني وهببت من نومي فكأنما كتبت في قلبي كتاباً فخرجت حتى إذا كنت في الجبل سمعت صوتاً من السماء يقول يا محمد أنت رسول الله وأنا جبريل قال : فرفعت رأسي الى السماء أنظر فإذا جبريل في صورة رجل صافي قدميه من أفق السماء قال : فوقفت أنظر إليه فما أتقدم أمامي وما أرجع ورائي ، ثم إنصرف عني وأنصرفت راجعاً الى أهلي (2) .

فإن يكف محمد بن عبد الله في الأربعين من عمره لم يكن يرى من الرسل وتلك الفترة . تحديد رسالات الأنبياء والمرسلين وبنى الإسلام محمد ﷺ ليأخذ في تاريخ البشرية في هذا السياق ، ومع الكوكبة المختار من الأفراد الذين إصطفاهم الله وشرفهم بإبلاغ كلمته للناس وإبلاغه لهذه الرسالة للعالم فهي نقطة تحول وحاسمة في مجرى التاريخ من قبله ليعفوا بأنك لهذه الرسالة وإبلاغها للعالم فهي نقطة تحول حاسمة في مجرى التاريخ البشري رمزت الى إكمال البناء الذي تعاقب على تشييده أنبياء الله السابقين كما قال عليه الصلاة والسلام : (إن مثلي ومثل الأنبياء من قبلي ، كمثل رجل بنى بيتاً فأحسنه وأجمله ، إلا موضع لبنة من زاوية ، فجعل الناس يطوفون به ويعجبون له ، ويقولون هلا وضعت هذه اللبنة ، فأنا اللبنة وأنا خاتم الأنبياء ) (3) .

ثانياً : الدعوة الإسلامية .

لم يبقى للرسول ﷺ بعد أن كُلف بالرسالة الخاتمة إلا أن يتحمل أعباء هذا الحمل الذي

(1) سورة العلق ، الآيات 1، 2 ، 3 ، 4 ، 5.

(2) د. عفيفي عجلان ، النظرية العامة للفقهِ الإسلامي وخصائصه الذاتية المتميزة ، ط 1989م.

(3) د. محمد الهاشمي الحامدي ، كتاب القرية العالمية ، الطبعة الأولى مركز الولاية الفكرية ، 2006م ص 33 .

لا يتحملة إلا أهل العزم والقوة من الرسل بعون وتوفيق من الله سبحانه وتعالى . الحق ما شهد له الأعداء (1) .

الباحث الصادق يلتمس سرعة إنتشار هذه الدعوة بطريقة لم تشهد البشرية دعوة من قبلها كهذه والسر في ذلك هو شخصية الداعي العظيمة ، ومبادئ هذه الدعوة التي نادى بها ، وآثارها على الإنسانية قاطبة (2) . فالسيرة النبوية حافلة وملينة بصفات الرسول ﷺ الداعية كيف بلغ هذه الرسالة وأدى هذه الأمانة ولكن يهمننا في هذا المقام بيان مضمون هذه الدعوة الإسلامية وعناصرها التي إشتملت عليها ، فهي ثورة حقيقية كبيرة في تاريخ الفكر الإنساني حيث تضمنت الآتي :

1. العنصر الأول : إصلاح العقيدة . فهو التوحيد في أسمى صورته رفض الأوثان والأصنام فلم يكن بين الإنسان وربه أي وساطة ولم تكن هنالك ثمة آلهة أخرى إنما إلهكم رب العالمين .

فما معنى التوحيد ومضمونه وماهي الأدلة الدامغة التي تؤكد صدق ذلك وكيف دعا الرسول الكريم الى عبادة الواحد الأحد ؟ .

فإنه سبحانه وتعالى واحد ليس هنالك آلهة لخير وآلهة للشر ولا للجمال أو للرياح ولا إله للقوة أو الحرب ، فالإله واحد لا يشاركه في الوجدانية آخر ، الأدلة من الكتاب قوله تعالى : (فَاعْلَمْ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَاسْتَغْفِرْ لِذَنبِكَ وَلِلْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ مُتَقَلَّبَكُمْ وَمَثْوَاكُمْ) (3) .

وقوله (إِنَّ هَذَا لَهُوَ الْقَصَصُ الْحَقُّ وَمَا مِنْ إِلَهٍ إِلَّا اللَّهُ وَإِنَّ اللَّهَ لَهُ الْعِزَّةُ الْحَكِيمُ) (4)

(1) د. محمد يوسف ، الإسلام دعوة عالمية ، ، ص 222 ، فقرة 114ط1 ، دار النهضة العربية ، 2006 م .

(2) المرجع السابق ، ص 225 ، فقرة 117 .

(3) سورة محمد ، الآية (19) .

(4) سورة آل عمران ، الآية (62)

وقال تعالى : ( وَقَالَ اللَّهُ لَا تَتَّخِذُوا إِلَهَيْنِ إِلَّا هُوَ إِلَهُ وَاحِدٌ فَإِذَا كَفَرْتُمْ فَاعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ) (2) .

كل ما في الوجود خاضع لله ولأمره ( الله مافي السموات والأرض ) .

ثم الرسول الكريم فسر مظاهر هذا الكون بعلم الله سبحانه وتعالى وآياته التي كانت لها دلالتين دلالة نقلية لمن يؤمن ويصدق الرسول ﷺ وبما جاء به ودلالة أخرى عقلية لمن له عقل وفطرة سليمة يدرك بها الأشياء .

ثم ذكر الرسول الكريم صفات الله سبحانه وتعالى وأسمائه ولم تكن دعوة الرسول للتوحيد إلا إمتداداً طبيعياً لدعوة أخوانه من المرسلين السابقين وتأكيداً وتصديقاً لهم .

فالعقيدة الإسلامية صدرت من ذات النبع الكريم الذي صدرت منه عقيدة إبراهيم وموسى وعيسى وبقية الرُّسل الكرام عليهم الصلاة والسلام جميعاً ، والحكمة الإلهية التي أختارت التوقيت المناسب لظهور الرُّسل والأنبياء في أقوامهم ، هي ذات الحكمة التي أختارت أن تكون دعوة الإسلام تكملة وتتويجاً لما سبقها من دعوات (3) وماكنت بدعاً من الرسل وأن محمداً بن عبد الله يكون خاتم الأنبياء والمرسلين .

أصول الأديان السماوية كلها واحدة ، تدعو جميعها الى توحيد الله وعدم الشرك به ، فالدين لا يجب بحال من الأحوال أن يكون مصدراً للحروب وسفك الدماء بل هو وسيلة إرتباط بين الأفراد ورحمة ومودة بينهم وتعاون على الخير وصالح البشرية جمعاء ، ( وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ قَبْلِكَ مِنْ رَسُولٍ إِلَّا نُوحِي إِلَيْهِ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا أَنَا فَاعْبُدُونِ ) (4) .

2. **العنصر الثاني : تهذيب الأخلاق** . الخلق هو الملكة النفسية التي يصدر الفعل عن

صاحبها من غير مقاومة كالشجاعة والجبن والسخاء والبخل.

(1) سورة النحل ، الآية 51 .

(2) سورة النساء ، الآية 36 .

(3) د. محمد الهاشمي العامري ، كتاب القرية العالمية ، ص 28 .

(4) سورة يوسف ، الآية 109 .

اتجهت الدعوة الإسلامية الى تكوين نفس الفرد بهدف إصلاح ملكاته النفسية حتى ينصلح سلوكه الإجتماعي المعبر عن تكوينه الفكري والعقائدي وتمثلت هذه الدعوة بالإصلاح عبر وسيلتين هما :

أولاً : إصلاح الفرد في غرائزه وملكاته النفسية الشخصية الخاصة به بحيث تكون صفاته وخصائصه الذاتية التي لا يشترك معه فيها غيره .

ثانياً : بما أنه فرد يعيش في جماعة وعشيرة ومجتمع أصلحته ليعيش في هذا المجتمع .

إذن الأخلاق الإسلامية فردية وجماعية ، لذلك عالج القرآن الكريم هذه الملكات والخصال النفسية الذميمة وحاربها كالأنانية وحب الذات والتسلط والسيطرة على الغير والكبرياء والغرور وفي نفس الوقت شجع الملكات الحميدة كالكرم والسخاء ، والوفاء بالعهد ، والحلم والصبر وحب الآخرين والعدل والعفو والعفة والصدق ..... الخ .

فقوله تعالى : (وَالْعَصْرِ ، إِنَّ الْإِنْسَانَ لَفِي خُسْرٍ ، إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَتَوَّصُوا بِالحَقِّ وَتَوَّصُوا بِالصَّبْرِ)<sup>(1)</sup> . وقوله تعالى : (وَلَا تَسْتَوِي الْحَسَنَةُ وَلَا السَّيِّئَةُ ادْفَعْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ فَإِذَا الَّذِي بَيْنَكَ وَبَيْنَهُ عَدَاوَةٌ كَأَنَّهُ وَلِيٌّ حَمِيمٌ)<sup>(2)</sup> .

فالإسلام حارب الضغينة وعدم الحلم وعدم الترييبث وسماه بالجهل لأنه ضد هذا الحلم . فالجهل هو السفه والغضب والأنفة فهذه مدعاة لسوء الأخلاق وفي الحديث أن رسول الله ﷺ قال لأبي ذر وقد عير رجلاً بأمه (أنتك أمروء فيك جاهلية) يعني روح الجاهلية التي كانت ضد الحلم الذي يقابل معنى هدوء النفس والتواضع والإعتداد بالعمل الصالح ونزعة الإسلام .

(1) سورة العصر .

(2) سورة فصلت ، الآية 34 .

فإنه سبحانه وتعالى مدح أصحاب اللحم بقوله : (وَعِبَادُ الرَّحْمَنِ الَّذِينَ يَمْشُونَ عَلَى الْأَرْضِ هَوْنًا وَإِذَا خَاطَبَهُمُ الْجَاهِلُونَ قَالُوا سَلَامًا) (1) ، أي يمشون على الأرض باللحم لا يجهلون على من جهل عليهم وهذه صفة في غاية التحضر .

أما الآيات التي تؤكد وتربي وتنشي فمنها الكثير ، قال تعالى : (خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَنْتَ عَنِ الْأَعْزَابِ لَدِينٌ) (2) ، وقوله تعالى : (وَلَا تَسْتَوِي الْحَسَنَةُ وَلَا السَّيِّئَةُ ادْفَعْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ فَإِذَا الَّذِي بَيْنَكَ وَبَيْنَهُ عَدَاوَةٌ كَأَنَّهُ وَلِيٌّ حَمِيمٌ) (3) ، وقوله : (وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ) (4) .

هذا هو خلق المسلم وينبغي أن يكون سلوكه هكذا بل هي صفات المؤمن والمحسن سواء كان في أي مجتمع يعيش فيه وأن السنة الطاهرة أيضاً أعطت المسلم جواز مرور أينما كان فقال الرسول ﷺ : (أتق الله حيث ما كنت واتبع السيئة الحسنة تمحها وخالق الناس بخلق حسن) (5) .

3. **العنصر الثالث : تشريع العبادات** . إن تشريع العبادات جزء من هذه الدعوة الإسلامية فله دور إجتماعي في غاية الأهمية وهذه العبادات تخدم العنصرين السابقين لتقوية علاقة الفرد بربه وعقيدته وتهذيب سلوكه وتصرفاته بحيث يكون إنساناً صالحاً في مجتمعه الذي يحي فيه .

فكرة العبادة في الإسلام فكرة مجردة غير مجسدة بزمان أو مكان لله سبحانه وتعالى فهو سبحانه (هُوَ الْأَوَّلُ وَالْآخِرُ وَالظَّاهِرُ وَالْبَاطِنُ وَهُوَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ) (6) فليس له شبيه وليس كمثلته شئ، ففي هذه العبودية مظاهر ، فإن العبادات التي تعتبر أركاناً للإسلام لها دور إجتماعي

(1) سورة الفرقان ، الآية 63 .  
(2) سورة الأعراف ، الآية 199 .  
(3) سورة فصلت ، الآية 34 .  
(4) سورة الشورى ، الآية 40 .  
(5) أخرجه الترمذى فى بعض النسخ حسن صحيح من حديث معاذ بن جبل رضى الله عنه وقد رجح الدار قطنى أنه مرسل لأنه مختلف على إسناده وخرجه الحاكم أيضاً وإذا كان من رواية ميمون بن فهيد مرسل .  
(6) سورة الحديد ، الآية 3 .

لتطهير النفس وفائدة في هذه الحياة الدنيا أما الآخرة فهي رحمة من الله سبحانه وتعالى يفرح بها المؤمن بدخوله الجنة .

فمثلاً الصلاة أنها تنتهي عن الفحشاء والمنكر والبغي في المجتمع وما يلازمها من وضوء وطهارة له أثر أيضاً نفسي ومادي في نظافة أعضاء جسم الإنسان من التلوث .

أما الصوم فهو تربية وصبر وإشعار بجوع الآخرين وكما أن الزكاة وأوجه مصارفها للفقراء والمساكين وغيرها كفالة وتصدق وقضاء لحوائجهم .

وأخيراً الحج مؤتمر إسلامي جامع للشئون الإجتماعية السياسية والاقتصادية وفيه منافع للناس .

نلاحظ أن فكرة العبادة تتسع وتحيط بكل ما يفعله الإنسان في حياته ما دام يتقرب بذلك لوجه الله تعالى ويقصد أوجه الخير لنفسه وللآخرين حتى أنه يثاب على النية إذا صدق ولم يوفق على العمل فإن فكرة الخير والإصلاح فكرة شمولية في الإسلام تقوم عليها دعائم وأركان هذه العبادات .

فالنتيجة المنطقية لهذا التوسع لفكرة العبادة وشموليتها ترتب على ذلك إزدواج القاعدة الدينية والقانونية وليست وحدة القاعدة الدينية والقانونية لأنهما منفصلان تماماً ، قد يجتمعان وقد ينفصلان كل منهما تتميز عن الأخرى . هذه ملاحظة أساسية قررها أستاذي دكتور عفيفي عجلان وهي الفكرة الجوهرية التي يركز عليها موضوع البحث والتي يسعى الباحث من خلال البحث والسرد الى إثباتها بتقديم الأدلة الدامغة التي تؤكد صحة ما ذهبنا إليه بحيث يتسنى للباحث وخاصة رجال القانون والفقهاء أن يلتمس هذه التفرقة والتمييز ومجالات عمل كل قاعدة حسب ما يقتضيه السياق والإختصاص والعمل بموجبها ، فإن عمل أي ابن آدم محكوم عليه من الناحية الدينية حسب منظور الإسلام أما حرام أو حلال أو مكروه أو مندوب أو واجب ، وأن

هنالك إما ثواباً أو عقاباً أخروي يترتب على هذا التكليف الديني، وأن على الإنسان أن يحترم هذا التكليف والعمل لينال الثواب أو يخالفه فيستحق العقاب الأخروي (1).

إذن أن القاعدة الدينية شاملة تحكم كل الأعمال من منطوق فكرة العبادة وفكرة العقاب والثواب الأخروي ، أما القاعدة القانونية فعليها الجزاء الدنيوي أمام القضاء إذا شكل هذا العمل فعلاً محرماً ترتب عليه ذلك .

4. العنصر الرابع : الإيمان باليوم الآخر . هو يوم الحساب ويوم الفصل ، فعلى المؤمن بالإسلام أن يؤمن بأن هنالك حياة أخرى بعد هذه الحياة الدنيا ، يوم القيامة هو الجزاء فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره ومن يعمل مثقال ذرة شراً يره .

هذه العقيدة السمحة تعمل على تشجيع قيم الفضيلة والخير من أجل خدمة الإنسان في هذه الدنيا آملاً أن يتقبل الله سبحانه وتعالى هذا العمل ويدخله برحمته فسيح جناته .

وأختم بأن هذه الدعوة الإسلامية دعوة شاملة متضامنة العناصر يشد بعضها البعض لا تتجزأ ، فهي نظام متناسق مترابط الجوانب ، تمثل نسق بديع متجانس لا إنقسام بينها تمثل وحدة متكاملة متماسكة يقوم عليها كل النظام الإسلامي بغرض تحقيق أهدافها الأساسية وإبراز قيمها المثالية (إِنَّ هَذَا الْقُرْآنَ يَهْدِي لِلَّتِي هِيَ أَقْوَمُ وَيُبَشِّرُ الْمُؤْمِنِينَ الَّذِينَ يَعْمَلُونَ الصَّالِحَاتِ أَنَّ لَهُمْ أَجْرًا كَبِيرًا) (2)

ثالثاً : المجتمع الإسلامي .

الملاحظة التاريخية أن هذه الدعوة الإسلامية الجديدة في مكة لم تفلح في إقامة مجتمعها ، وذلك لعدم إستجابة الغالبية العظمى من أهل مكة لهذه الدعوة ، وقد لاقى الرسول الكريم وأصحابه الذين آمنوا معه أذى كثيراً فاضطر أصحابه للهجرة للحبشة والمدينة المنورة وللحاق بأخوانهم الأنصار أثر مبايعة وترتيب بين الرسول الكريم وأهل يثرب من الأوس والخزرج ، هذه التطورات لها أثر كبير في مستقبل الدعوة الإسلامية حيث إنقلب الصراع الفكري بين الإسلام

(1) د. عفيفي عجلان ، النظرية العامة للفقهاء الإسلامى وخصائصه الذاتية المتميزة ، دار النهضة المصرية ، ط 1 ، 1989م ، ص 157.

(2) سورة الإسراء ، الآية 8.

والوثنية الى تأمر وقتل وتصفيات ، فأمر الرسول ﷺ بالهجرة وفي صحبته صديقه الحنون أبوبكر الصديق في يوم الإثنين الثامن من ربيع الأول الموافق 20 سبتمبر 622م وكان عمره ثلاثاً وخمسين سنة أي بعد ثلاثة عشر عاماً من البعثة .

ولكن قبيل التحدث عن المجتمع الإسلامي بالمدينة لابد من الوقوف على بعض الإجراءات التي سبقت هجرة الرسول الى المدينة ، والتي تتمثل في عقد إتفاقيتين ومبايعتين مع الأنصار وذلك لبيان إرتباط عناصر الدعوة الإسلامية ببعضها البعض وترتيب آثارها وتحقيق أهدافها من خلال هذا الإرتباط .

لجئ موسم الحج في العام الحادي والعشرين من البعثة والنبى ﷺ مع أصحابه ثابتون على نهج الإيمان ، صامدون في وجه حملة الظلم والقمع التي يتعرضون لها ، يدعون للتوحيد والصلاة والزكاة ومكارم الأخلاق ومبادئ الحرية والمساواة والعدالة وكانت الكعبة مزدحمة بالأصنام ، إضافة إلى الأصنام المنتشرة في مواقع أخرى .

جاءت القبائل من مختلف أنحاء الجزيرة العربية للحج بمكة تقدم ذبائحها ، فاقبل النبي ﷺ على هذه الوفود الزائرة يخبرها برسالة الإسلام ويدعوها لسماع ما عنده من قرآن ونصرة المؤمنين ودعوة الإيمان والعمل الصالح

ونصرة المظلومين وحترام المرأة والكف عن أكل أموال اليتامى وإستغلال الفقراء وكانوا يردون عليه بأنهم وجدوا آبائهم على مذهب في العقيدة والحياة ولن يفعلوا بتغييره مهما كان .

التقى النبي ﷺ مع وفد يثرب وعرض عليهم دعوته في مكة وهم من الخزرج ويشكلون مع الأوس أهم قبيلتين عربيتين في يثرب . فحاورهم فقد قبلوا أن يسمعوا وناقشوه وعرض عليهم حقيقة الإسلام في ثنايا هذه الآيات (قُلْ تَعَالَوْا أَتْلُ مَا حَرَّمَ رَبِّيَ عَلَيْكُمْ أَن تَشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا

وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ وَلَا تَقْرَبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذَلِكَ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ<sup>(1)</sup> .

فهذه نماذج عن الدعوة للإسلام في عصر الرسول ﷺ وفي أي عصر حتى يوم القيامة ، كلمات تبدد الظلمات والأوهام وتقدم الجواب لكل أسئلة محيرة تجول بخاطر الإنسان ويبحر فيها الفلاسفة من خلق هذا الكون ؟ ما سر السعادة ؟ هل توجد حياة بعد الموت ؟ .

هذا الوفد الخزرجي قد علم عن مزايا عقيدة التوحيد من خلال تواجدهم بجيرانهم اليهود بيثرب في تلك الفترة ، وعندما عرفهم النبي بهذا الإسلام ربطوا بين ما عرفوا عن رسالته وما سمعوه من علماء يهود منطقتهم عن إقتراب موعد بعثة نبي آخر الزمان وبناء على هذه الحثيات كلها صدقوا النبي وآمنوا به وقبلوا دعوته ودخلوا في دين الإسلام . أخبروا النبي ﷺ بأنهم تركوا قومهم في عداوة شديدة ولكنهم سيدعوهم الى الإسلام وهؤلاء هم تيم الله، وأسعد بن زرارة ، وعوف ابن الحارث ، ورافع ابن مالك ، وعامر بن الأزرق، وخطبة بن عامر ، وعقبة بن عامر ، وجابر بن عبد الله . ولمائة تدعى عفراء بنت عبيد . فحملوا دينهم الى أهلهم في يثرب فانتشر الخبر فيها<sup>(2)</sup> . وعندما جاء موسم الحج التالي إلتقى الرسول ﷺ بعدد إثني عشر شخصاً من المدينة بالعقبة . وهنا تمت المبايعة للرسول (ببايعونني على أن لا تشركوا بالله شيئاً) ولا تسرقوا ، ولا تزنوا ، ولا تقتلوا أولادكم ولا تأتوا ببهتان تفترونه بين أيديكم وأرجلكم ، ولا تعصوا في معروف ، فمن يوفي منكم فاجره على الله ، ومن أصاب من ذلك شيئاً فعوقب في الدنيا فهو كفارة له ، ومن أصاب من ذلك شيئاً فستره الله ، فأمره إلى الله ، إن شاء عاقبه وإن شاء عفا عنه) .

نتوقف عند هذه البيعة ونتدبر بعض مفردات ومفاهيم معانيها حيث أنها إشارات صريحة على التوحيد وعدم الشرك بالله سبحانه وتعالى ، ثم ذكرت بعض المحظورات المتمثلة في جرائم محدد منها الزنا وقتل النفس ، وبعض القيم الصديق وعدم البهتان والأمر بالمعروف والطاعة ومع

(1) سورة الأنعام ، الآية 150.

(2) د. محمد الهاشمي الحامدي ، كتاب القرية العالمية ، دار السلام ، ط1 ص 102 ، 2006م .

ذلك هنالك إشارة الى أن هنالك عقاب دنيوي يمكن أن يوقع على من يرتكب تلك المخالفات فاذا عوقب كانت له كفارة ، فإن ستره الله فالأمر إليه إن شاء عاقبه في الآخرة أو غفر له .

في هذه المبايعة دلالات واضحة للقاعدتين الدينية والقانونية وإن لم تتضح الإجراءات التي يمكن أن تبين أعمالها ، ولكن المهم في الأمر أن المتلقي لهذه الدعوة تكونت لديه الفكرة الأساسية لمضمون الدعوة بصورة موجزة وجامعة للمعنى . هذه هي البيعة الأولى في الإسلام تدل عباراتها الواضحة على إصلاح الفرد وصلاح المجتمع ، تنهي من يلتزم بها عن الشرك بالله وعن السرقة والكذب والقذف . بيعة تؤسس للمجتمع الأمن والأخلاق الكريمة . ورسالة واضحة لمعالم الإسلام خارج مكة المكرمة والى غيرها . أنظر الى التعهد أن المسلمين الملتزمين بها سيطيعون أوامر النبي ﷺ في المعروف ، ويؤمن كل مسلم أن النبي لا يصدر عنه أمر إلا وهو جوهر المعروف ، وهذه البيعة سنة يتقوى بها المسلمون وحجة لأنصار الدين في أي زمان ومكان . هذه البيعة الصغرى وعاد الوفد الى يثرب وقد كان معهم مبعوث النبي وأحد أصحابه الأخياري هو مصعب بن عمير ، مهمته أن يقرئهم القرآن ويعلمهم الإسلام ويفقههم في الدين . فعمل مصعب رضوان الله عليه بجهومة عظيمة وصدق وإخلاص جذب الناس بأخلاقه العالية وبتواضعه الجم . وقد تأثرت القبائل المتناحرة في يثرب بهذا الدين الجديد من خلال دعوة سيدنا مصعب خاصة زعماء يثرب سعد بن معاذ وأسيد بن حضير فقد أبديا معارضة لهذا الدين والتوجه الجديد حيث أقبل أسيد في نبرة غاضبة يخاطب مصعب ابن عمير وأسعد بن زرارة ويهددهما بالقتل قائلاً : ( ما جاء بكما إلينا تسفهان ضعفاءنا ؟ إعتزلانا إن كانت لكما بأنفسكما حاجة . فقال له مصعب : أوتجلس فتسمع فإن رضيت أمر قبلته ، وإن كرهته كف عنك ما تكره . قال أنصفت ثم ركز حريته وجلس إليهما ، فكلمه مصعب بالإسلام وقرأ عليه القرآن ، فقالا فيما يذكر عنهما . والله لعرفنا في وجهه الإسلام قبل أن يتكلم في إشرافه وتسهله (1) . ثم قال : ما أحسن هذا الكلام وأجمله ، كيف تصيغون إذا أردتم أن تدخلوا في هذا الدين ؟ قالوا له : تغتسل فتطهر وتطهر ثوبك ، ثم تصلي . فقام وأغتسل وطهر ثوبه وتشهد الحق ثم قام فركع

(1) د. محمد الهاشمي الحامدي ، المرجع السابق ، ص 104 .

ركعتين. ثم قال لهما : إن ورائي رجلاً إن أتبعكما لم يتخلف عنه أحد من قومه وسأرسله إليكما الآن ، سعد بن معاذ ، ثم أخذ حربته وانصرف الى سعد وقومه وهم جلوس في ناديهم) ، ثم هكذا إنتشر الإسلام بين أبناء يثرب إنتشاراً واسعاً في قلوب أهلها بإنتشار القرآن الكريم . حقق مصعب بن عمير نجاحاً منقطع النظير في مهمته التي كلفه بها رسول الله ﷺ وأعانه عليها أسعد بن زرارة وآخرون .

عندما جاء العام الثاني عشر من عمر الدعوة الإسلامية ، فعاد مصعب ابن عمير الى النبي ومعه وفد كبير من المسلمين وحدد معهم موعداً بعيداً عن أعين أعدائه من المشركين ، وكانوا ثلاثة وسبعين رجلاً وإمرأتين ، هما نسيبة بنت كعب وتدعى أم عمار ، وأسما بنت عمرو وتدعى أم منيع . وحضر عم النبي العباس بن عبد المطلب هذا اللقاء ليلاً وقد خاطب الوفد قائلاً : (إن محمد منا قد علمتم وقد منعه من قومنا ممن هو على مثل رأينا فيه . فهو في عز من قومه ومنعه من بلده ، وأنه قد أبى إلا الإنحياز إليكم ، والحق بكم ، فإن كنتم ترون أنكم وافون له بما دعوتموه إليه ، ومانعوه ممن خالفه ، فأنتم وما تحملتم من ذلك وإن كنتم ترون أنكم مسلموه وخاذلوه بعد الخروج به إليكم فمن الآن فدعوه، فإنه في عز ومنعة من قومه وبلده) .

إذن هنالك نية واضحة بأن الرسول ﷺ يرغب في الهجرة الى المدينة من خلال حديث عمه العباس ولكن الوفد يريدون أن يسمعوا من الرسول ﷺ فحدثهم عن دعوة الإسلام ومبادئها ، وحثهم على التمسك بها ، وقرأ عليهم من القرآن الكريم ، وأوضح لهم أن البيعة التي يطلبها تشمل إلتزامهم بأن يحموه مما يحموه مما يحمون منه نساءهم وأبناءهم . والنبي يعرف أن طغاة مكة سيدخلون معه في حرب وستستهدف أهل يثرب والمسلمين كافة فما رد هؤلاء فقال وفد يثرب في موقف تاريخي خالد : (إنا نأخذ على مصيبة الأموال وقتل الأشراف ، فما لنا يارسول الله إن نحن وفينا؟ قال : الجنة. قالوا: أبسط يدك، فبسط يده فبايعوه).

هذه هي البيعة الثانية مضمون الدعوة يتكرر ثم الحماية والدفاع عنها وعن النبي ﷺ وأصحابه حتى ولو أدى ذلك الى قتل زعمائهم ونهب أموالهم والنتيجة موعدهم الجنة بإذن الله. ثم أكد

الرسول لهم أنهم منه وهو منهم ، زمنه زمنهم وحرية حريرتهم . طلب الرسول منهم أن يختاروا إثني عشر نقيباً كمجلس لأهل يثرب ونواة تأسيسه وترتيبه لما يستجد من تطورات (1).

نزلت آيات القتال والهجرة (أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَأَنَّ اللَّهَ عَلَىٰ بَصِيرَةٍ لِّقَدِيرٍ) (2). بهذه الآيات بدأ فصل جديد في تاريخ الدعوة الإسلامية ومن ثم جاء التطور الحاسم بتوجيه النبي ﷺ لأصحابه بعد البيعة الثانية بالهجرة الى يثرب مبنياً لهم أن الله تعالى جعل لهم أخواناً وداراً يأمنون بها .

في فترة قليلة ، إكتملت هجرة الأغلبية الساحقة من المسلمين فإن عقيدة الإسلام جعلت من أهل المدينة والمهاجرين أمة واحدة متماسكة حتى لحق بهم الرسول الكريم وصحبه أبوبكر الصديق في منتصف يوم الإثنين ، الثاني عشر من ربيع الأول في العام الأول للهجرة الموافق لعام 623 للميلاد في لقاء مهيب وتاريخي لم يسبق له مثيل واستتارت وأنارت المدينة بنور رسول الله ﷺ وجاء الحق وبدأ عهد جديد للدعوة الإسلامية .

فما أن وصل الرسول ﷺ الى المدينة حتى إكتملت عناصر الدولة الإسلامية بمفهومنا السياسي من شعب وإقليم وسلطة . فالإقليم هو المدينة وما حولها ، أما الشعب فالأنصار والمهاجرين واليهود ، وأما السلطة فتنتمل في الرسول ﷺ كان هو المشرع والقاضي والإمام فيجمع بين السلطات الثلاث التشريعية والقضائية والسلطة التنفيذية بما فيها السلطة السياسية .

الأساس الفكري لهذا المجتمع هو الدعوة الإسلامية فالرسول ﷺ هو المبلغ عن ربه سبحانه وتعالى سواء كان في شئون الحياة الدنيا أم فيما يتعلق بالحياة الآخرة . وهكذا فهي دعوة شاملة لكل نواحي الحياة دون تفرقة بين ما هو يتعلق بالآخرة فقط أو الدنيا فقط . فكانت الدعوة الإسلامية عقيدة وشريعة ونظاماً إجتماعياً شاملاً ، وعليه إهتمت الدولة بالأمر السياسي والقانونية والإجتماعية إهتمامها بمسائل العبادات . فالإسلام دين ودولة . وهناك خطبتين

(1) د. محمد الهاشمي الحامدي ، المرجع السابق ، ص 109.

(2) سورة الحج ، الآية 39.

ألقاهما الرسول ﷺ في تلك الفترة الأولى من هجرته في صلاة الجمعة لمعرفة القيم التي حرص عليها النبي ﷺ على ترسيخها في نفوس سكان المدينة ثم تتابع قراراته الدستورية وعهوده ومواثيقه وتأسيسه لدولة الإسلام الأولى .

**الخطبة الأولى :** أيها الناس فقدموا لأنفسكم ، تعلمون والله ليصعقن أحدكم ، ثم ليرعن غنمه ليس لها راعٍ ، ثم ليقولن له ربه وليس له ترجمان ولا حاجب يحجبه دونه ألم يأتك رسولي فبلغك ؟ وآتيتك مالاً وأفضلت عليك ؟ فما قدمت لنفسك ؟ فلينظرن يميناً وشمالاً لا يرى شيئاً . ثم لينظرن قدامه فلا يرى غير جهنم . فمن إستطاع أن يقي وجهه من النار ولو بشق تمرة فليفعل . ومن لم يجد فبكلمة طيبة ، فإن بها تجزى الحسنة عشر أمثالها الى سبعمائة ضعف . والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته (1)، هذه الخطبة دعوة للعطاء والإنفاق والعمل لليوم الآخر .

**الخطبة الثانية :** تكشف المزيد من روح الإسلام ومكانة الحب فيه كرابطة جميلة بين الإنسان وخالقه فقال الرسول ﷺ : (إن أحسن الحديث كتاب الله تبارك وتعالى، قد أفلح من زينه الله في قلبه ، وأدخله الإسلام بعد الكفر ، وأختاره على ما سواه من أحاديث الناس ، إنه أحسن الحديث وأبلغه ، أحبوا ما أحب الله ، أحبوا الله من كل قلوبكم ولا تملوا كلامه وذكره ، ولا تقس عنه قلوبكم ، لأنه من كل ما يخلق الله يختار ويصطفي ، وقد سمي الله خيرته من الأعمال ومصطفاه من العباد ، والصالح من الحديث ، ومن كل ما أوتي الناس الحلال والحرام ، فاعبدوا الله ولا تشركوا به شيئاً وأتقوه حق تقاته ، وأصدقوا الله صالح ما تقولون بأفواهكم ، وتحابوا بروح الله بينكم ، إن الله يغضب أن ينكس عهده ، والسلام عليكم) .

بنى الرسول أول مسجد في قباء في قلب المدينة ثم إعتاد دستور دولته ، وتأسيس قاعدة واضحة للتكافل والتضامن الإجتماعي بين المسلمين .

فيما يلي بنود هذا العهد أو الدستور أو الميثاق أو النظام الأساسي بعد تحديد إطار الدستور العام . أخى الرسول ﷺ بين المهاجرين والأنصار إخاءً في الله سبحانه وتعالى وفي هذا توحيد

(1) د. محمد الهاشمي الحامدي ، كتاب القرية العالمية ، دار السلام ، ص 123 .

للجبهة الإسلامية الداخلية . وهذه هي حقيقة العقيدة الصحيحة في نفوس المؤمنين وتأثيرها القوي وكل مؤمن صادق يحس ويذوق طعم هذه الأخوة في الله فأحوك مهما بعدت عنه في هذه البسيطة أحب إليك من شقيقك إلا إذا كان هذا الأخير مؤمن وصادقاً ووفياً .

هذا الإخاء لم يأتى نموذج يشابهه وقد كان الصحابة الكرام أهل التقوى وأهل الخير كله .

إن الإصلاح العقيدي والفكري يسبق الإصلاح الإجتماعي و السياسي هكذا كانت وظيفة الرسول ﷺ في هذا المجتمع الجديد تمثل في الرسالة والإفتاء ، والقضاء والإمامة حيث أن السلطة التشريعية في الرسالة والإفتاء والسلطة القضائية في القضاء وأخيراً السلطة التنفيذية والسياسية في الإمامة أتناوله على قدر بسيط من التفصيل .

#### أ. الرسالة والإفتاء .

الرسالة يقصد بها بتبليغه الأحكام عن الله سبحانه وتعالى بصفته رسولاً . أما الإفتاء إخباره عن الله بما يجده من الأدلة ومن حكمه تعالى ، فهو مٌ بلغ وناقل عن الله سبحانه مثل إبلاغ الصلاة والصيام وإقامة المناسك وغيرها ، وحكم القواعد هنا شرع يتقرر على الناس الى يوم الدين ، فيجب إتباع كل حكم مما بلغه الرسول ﷺ عن ربه عند قيام سببه من غير إعتبار حكم حاكم .

هنا يقول ابن القيم (فكانت فتاويه ﷺ جوامع الأحكام ومشتملة على فصل الخطاب وهي في وجوب إتباعها وتحكيمها والتحاكم إليها ثانياً الكتاب وليس لأحد من المسلمين العدول عنها ما وجد إليها سبيلاً وقد أمر الله عباده بالرد إليها فإن تنازعتم في شئ فردوه للرسول ﷺ .

كان التشريع عن طريق الرسالة أم الإفتاء أكثر مناسبة حوادث حدثت فنزلت الآيات منجمة بحسب الحادثة كما في ظلم اليتيم وزواج العضل وآيات الميراث .

المهم في الأمر هنا أن التشريع هنا للأحكام عاماً بمعنى لم يكن تشريعاً للحادثة التي نزل بخصوصها ، وإنما هو قانون معتبر يجب الحكم به في مثيلات ذلك فالعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب . فالقاعدة التشريعية التي يستتبط في هذا الخصوص قاعدة عامة تستعمل في ما يجد من الوقائع ، وغذا كان كثيراً من أحكام القرآن كانت تتناول المشاكل الفردية ، فإنها

أصبحت بعد ذلك قانوناً عاماً واجب التطبيق وبهذا عبر الفقهاء بأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص التسبب .

## ب. القضاء والحكم .

الآيات القرآنية التي توجب الرجوع للمسلمين في قضاياهم الى أحكام الإسلام كثيرة منها : ( الَّذِينَ آمَنُوا بِمَا نُزِّلَ إِلَيْكَ وَمَا أَنْزَلْنَا مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَنْ يَسْحَكُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ وَيُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُضِلَّهُمْ ضَلَالًا بَعِيدًا)<sup>(1)</sup> .

وقال تعالى: ( أَفْحُكُمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ)<sup>(2)</sup> . هناك

ملاحظة مهمة أن القواعد القانونية التي تستخلص من قضاء الرسول ﷺ ، وأحكامه تختلف عن القواعد القانونية التي تستنتج من تصرفاته بصفته رسولاً ومفتياً لأن هذه الأخيرة تبليغ محض عن الله سبحانه وتعالى واتباع صرف ، فهي قواعد تشريعية بالمعنى الفني ملزمة يجب إحترامها وتنفيذها الى يوم الدين .

أما القواعد القضائية فهي إنشاء وإلزام من قبله ﷺ بحسب ما نتج من الأسباب والحجاج ولذلك قال ﷺ ( لأنكم تختصمون الي ، ولعل بعضكم أن يكون الحن بحجته من بعض فمن قضيت له بشئ من حق أخيه ، فلا يأخذه ، إنما أقتطع له قطعة من نار)<sup>(3)</sup> ، فالقضاء ينبع عن الحجج والأدلة ومنشئ للأحكام .

## ج. الإمامة .

هذه الوظيفة متعلقة بالسياسة العامة وضبط المصالح والقيام بالشئون العامة والسياسية وهذه وظيفة تمييز الإسلام عن غيره من الديانات حيث أن الإسلام هنا دين ودولة ، فبجانب وظيفة الرسالة والفتيا توجد وظيفة الإمامة وحكم ما يصدر عن الرسول هنا لا يجوز لأحد أن يقوم به إلا بإذن من الإمام .

(1) سورة النساء ، الآية 59 .

(2) سورة المائدة ، الآية 49 .

فلا بد من معرفة تمييز الآثار التي تترتب على تصرفات الرسول مما يدخل في أي وظيفة من الوظائف الثلاث . وقد كان للفقهاء أحكام مختلفة حسب فهم النص أو الوظيفة كما في أحياء الأرض الموات ، فأبو حنيفة يرى أنه لا يجوز أن يحي أرضاً ميتة بدون إذن الإمام لأن فيها تمليكاً فأشبهه بالأقطاع وهو موقوف على إذن الإمام .

أما مالك والشافعي يقول قول ﷺ (من أحيأ أرضاً مواتاً فهي له) صدر عنه بإعتباره رسولاً ومفتياً فلا يتوقف على إذن الإمام لأنه فتياً وإخبار بالإباحة كالإحتكار أي الإستيلاء هنا مشروع .

إذن أن تحديد مصدر القاعدة الشرعية حسب الوظيفة من الأهمية بمكان لأنه ينعكس على حكم وطبيعة هذه القاعدة فهنا نحن أمام فصل بين السلطات الثلاث كما واضح ومفهوم في العصر المعاصر ، فالآثار القانونية التي تترتب حسب طبيعة كل سلطة وإختلاف طبيعة القواعد التي تصدر عنها ، على ضوء ذلك فإن مجتمع المدينة أفرز تنظيم سياسي مبني على مفاهيم متغيرة تماماً عما حوله من تنظيمات قبلية وجاهلية هذا التنظيم له فلسفة ونظام مبني على فكر إسلامي أفرز قيماً إجتماعية تقتضي نظام قانوني يتفق مع الأساس الفكري لهذه الدعوة وإنعكاساً لها من الناحية القانونية وهذا ما ينقلنا الى العنصر الرابع من عناصر القانون التاريخي المرتبط بشخصية الرسول الكريم ودعوته الإسلامية والتي سنتناولها في المبحث الثاني حيث أن الأنظمة القانونية بالمعنى الضيق تشكل هذه الظاهرة القانونية أو النظام القانوني الإسلامي .

رابعاً : الشرعية الإسلامية والأنظمة القانونية المرتبطة بها.

عندما تحققت الشروط الموضوعية لخلق القاعدة القانونية في المدينة فكانت سبباً لنشأة ظاهرة الشرعية الإسلامية في المجتمع الإسلامي ، حيث أنه تبنى الفكر الإسلامي وأثر على أفراده الذين آمنوا به وهؤلاء الأفراد شكلوا جماعة بل أمة تبحث عن تنظيم وسلطة واستقرت بإقليم يثرب ، فعليه أن النظام القانوني الإسلامي وجد بغرض الإستجابة لحاجات هذه الأمة الإسلامية وإنعكاساً للقيم الروحية والإجتماعية التي نشأت عليها ، فإن القاعدة القانونية لم تكن إلا أداة

لتحقيق هذا الإصلاح الإجتماعي وفرض إحترام وإستمرار هذه القيم وسط هذا المجتمع الإسلامي<sup>(1)</sup> .

فهكذا نشأت الشريعة الإسلامية وأرتبطت بوجود ونمو هذا المجتمع وتحقيقاً لمبادئ الدعوة الإسلامية .

سنعرض هنا لبعض الأنظمة القانونية وهل أحكامها ذات إرتباط بقيم الدعوة الإسلامية التي نشأ تحتها هذا المجتمع المدني الجديد وكيف إتفقت أو إختلفت مع الأنظمة في العهد الجاهلي؟  
أولاً : الأحوال الشخصية .

نتعرض لأحكام نظام الأسرة والميراث إذ أن التصور القرآني للأسرة المسلمة عالجه النصوص الشرعية وفصلت فيه أكثر مما فصلت في أي نظام قانوني آخر بل أكثر من تفاصيل أحكام العبادات التي هي أحكام توقيفية . وما ذلك إلا للأهمية الكبرى التي أولاها المشرع الإسلامي لهذه الأسرة كنواة أساسية للمجتمع . وليحفظ بقاء ذلك أحاط هذا التنظيم القانوني بقواعد دينية لا يتجرأ أحد أي من كان على الخروج عليها وعقب على هذه القواعد القانونية الله سبحانه وتعالى وأسندها له بأنها حدوده لا يستطيع أي إنسان أن يتعداها خاصة من رضي بالله رباً وبالإسلام ديناً ومحمد (ص) نبياً ورسولاً في قوله تعالى : (الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِنْ سَكَتُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَحَ بِإِحْسَانٍ وَكَأَنَّكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْنَاهُمْ شَيْئاً إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْدُوها وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ)<sup>(2)</sup> . وقال تعالى : (تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا ذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ)<sup>(3)</sup>

(1) د. عفيفي عجلان ، النظرية العامة للفقهاء الإسلامي ، ص 112 .

(2) سورة البقرة ، الآية 228 .

(3) سورة النساء ، الآية 12 .

كما أن التنظيم القرآني للأسر لم يعترف إلا بالأسرة الشرعية التي تقوم على أساس رباط الدم فلم يعترف بالأسرة بالتبني أو الطبيعية وغيرها بل أبطل كل زواج الجاهلية وصوره سواء كان زواج مقت ، أو متعة أو أخدان ، أو شغار إلا إذا بطل شرط المبادلة. فلم يبق إلا الزواج الفردي ولكنه وفقاً للرؤية الإسلامية القائمة على العقد الصحيح طبقاً للقاعدة العامة في العقود الرضائية وبشروط وأركان محددة وواضحة حتى يتسنى للعقد أن يرتب آثاره القانونية التي تتمثل في حقوق وواجبات كل من الزوجين ، أن المرأة التي كرمت بهذا العقد وقررت لها حقوق لم تلقاها في عصور الجاهلية ، وهذه بعض الآيات القرآنية التي تنظم هذه العقود هنالك بعض الآيات (وأثوا

النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِغْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا) (1) (وَالْمُطَلَّقاتِ يَسْرِيضْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ) (2). (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ) (3) (وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ) (4).

هذه روح الشريعة الإسلامية في تنظيم الأسرة من بدايتها الى نهايتها حررت المرأة وكرمتها كزوجة واحترمتها كمطلقة بل الأكثر من ذلك أن تنظيم علاقة الزوجية تعدى الى تنظيم حقوق آخرين مرتبط بهم كالأولاد وحقوق الوالدين والأقارب والأولاد . بل ذهبت لحق أخذ القسمة لأولي القربى واليتامى والمساكين في التركة وهذا ما يقودنا الى نظام الإرث حيث هدمت الشريعة الإسلامية قاعدة الجاهلية التي تحرم النساء والأطفال من الميراث وأعطى المرأة نصيبها قال تعالى (لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرًا نَصِيبًا مَفْرُوضًا) (5) .

ثانياً : نظام المعاملات والملكية .

(1) سورة النساء الآية 3 .

(2) سورة البقرة ، الآية 228.

(3) سورة النساء ، الآية 23.

(4) سورة النساء ، الآية 22.

(5) سورة النساء ، الآية 7.

كان الغزو والإغارة والسبي سبباً مشروعاً لكسب المال في العصر الجاهلي ، وكذلك الغزو والمقامرة وأنواع البيوع ، بيع الحصاة ، وبيع المنابذة والملامسة والربا وكلها أنظمة معمول بها في العصر السابق للإسلام والبعض منها في العصر الحديث كالربا في البنوك والمعاملات التجارية .

حرمت النصوص الشرعية هذه المعاملات وقررت مبدأ عاملاً لم يصل الى علم القانون إلا في القرن العشرين وهو مبدأ الرضائية فقال تعالى : ( يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ

بِالْبَاطِلِ إِنْ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ مَرَحِيمًا )<sup>(1)</sup> .

فالمال الباطل هو أخذ المال من غير جهد مبذول أو من غير عوض أو بغير طيب نفس ورضا ، فهكذا أعطت النصوص الشرعية قيمة للعمل ووسيلة للحصول على مال الآخرين ، وحرمت الإثراء بغير سبب الذي لامقابل أو مكافئ له .

نهت النصوص الشرعية عن الربا بعدما ما شجعت وتحدثت على إعطاء النفقات والصدقات واتبعت ذلك النهي عن الربا وجاءت آيات سورة البقرة معبرة عن هذا التحريم والتشبيه القبيح لآكل الربا ، وقررت النصوص قيماً إجتماعية في غاية سمو والتحضر وذات قدر في حياة المسلم في نظرته الى المعسر كما جعلت له مصرفاً من أموال الزكاة تدفع عند عجزه عن سداد دينه حفظاً لحق ملكية الدائن واحتراماً لكرامة المدين وحفظاً لماء وجهه ، أيضاً حاربت النصوص الشرعية الرشوة وقررت إلزامية العقود والوفاء بالعقود والعهود وآداء الأمانة ونظمت إجراءات إثبات العهود وتوثيقها في أطول آية في القرآن .

عرفت الشريعة الملكية الفردية وأحترمتها وحددت أسبابها المشروعة كالعقود والإرث والوصية ، كما اعترفت بالملكية الجماعية المشتركة بين أفراد المجتمع (الناس شركاء في ثلاث الماء والكأ والنار) ، والملاحظة أن هذه المعاملات والملكية جاءت بها نصوص كلية وعامة مقررمة مبادئ عامة وتركت الجزئيات للتطور الإجتماعي والإقتصادي خلاف الوضع في تنظيم الأسرة والميراث فنصوصها جاءت تفصيلية ثابتة في كثير منها لا يتغير بتغيير زمان أو مكان .

(1) سورة النساء ، الآية 29.

ثالثاً : نظام العقوبات .

يختلف عن ما جاء في العصر الجاهلي وقد قررت الدعوة الإسلامية قيماً متفقة مع مجتمعها وأرست مبادئ في غاية الأهمية جاءت بها النصوص القرآنية والسنة النبوية بها ليهتدي بها الأتباع وفي نفس الوقت لها آثار ومصالح متعلقة بالإنسانية جمعاء فهي ما تميزت بها عن غيرها من الشرائع . فإذا كان مبدأ الثأر في الجاهلية يعكس قيم ذلك المجتمع وما ترتب على ذلك من حروب حامية فإن مجتمع ما بعد الإسلام تميز بعنصرين أساسيين لازمين لخلق القاعدة القانونية خاصة الجنائية<sup>(1)</sup> هما :

**الأول** : ظهور المشرع الإسلامي ودوره في خلق النصوص القانونية .

**الثاني** : هذا المجتمع المدني المنظم الخاضع لسلطة الرسول الكريم .

هذان العنصران أديا الى نشأة قواعد قانونية لتحكم سلوك الخاضعين لأمرتها ضد أي ظاهرة إجرامية تشكل خرق للنظام داخل هذا المجتمع الجديد لذلك نجد أن هذه النصوص القانونية قررت تلك المبادئ التي سنقفل فيما يلي بعضها على النحو التالي :

**المبدأ الأول** : الأَفس والأموال والأعراض معصومة على أساس هذا المبدأ قول الرسول ﷺ (كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه) ، إضافة الى النصوص القرآنية التي حرمت القتل إلا بحق والإعتداء على المال كالسرقة ، والأعراض كالزنا والقذف .

**المبدأ الثاني** : لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص من المشرع الإسلامي ، بمعنى أن الفعل يُحرم ويحدد له عقوبة من قبل المشرع وهو مبدأ عرفه علم القانون قريباً ، إذاً الأصل في الأشياء الإباحة ولكن التجريم والعقاب لبعض الجرائم محدد مثل القتل والسرقة والزنا ... الخ .

**المبدأ الثالث** : تطبيق القاعدة الجنائية من حيث الزمان والمكان ، وهو يثير مبدأ المساواة أمام القانون وفي العصر الحديث نجد إعفاء لبعض الأفراد الذين يكتسبون حصانات لها إمتيازات

(1) د. عفيفي عجلان ، النظرية العامة لفقهاء الإسلامى وخصائصه الذاتية المتميزة ، دار النهضة المصرية ، ط 1 ، 1989م ، ص 131 .

قانونية تمنح لمراكز إجتماعية وأسرية أو قانونية بهدف حمايتهم كالحصانات البرلمانية والدبلوماسية والقضائية.

فالقاعدة العامة في الإسلام الناس أمام القانون سواء حكماً أو محكومين . وأساسها الشرعي في قوله تعالى : ( يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ )<sup>(1)</sup> . فالتصور الإسلامي للإنسانية القائمة على الإشتراك في وحدة الفكر والعقيدة .

إذن المعيار للتفاضل هو التقوى ومردّه الى الله في الآخرة ، أما في الدنيا فليست هنالك تفرقة بين بني البشر .

**المبدأ الرابع :** مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية سواء بالنسبة للجاني أم المجنى عليه هذا المبدأ يعني فردية العقاب أي تفريد العقوبة لمفهومها القضائي . كما معروف أن نظام الثأر أو الإنتقام الشخصي في المجتمع الجاهلي لم يميز بين الجاني وأفراد أسرته أو عشيرته أو قبيلته فقد يصل العقاب لكل هؤلاء ، سواء كان فعل الجاني متعمداً أم غير متعمد .

لكن النظام العقابي الإسلامي قرر منذ البداية أن شخص الجاني هو وحده المسئول عما جناه وكسبت يده سواء كان متعمداً أو غير متعمد . فمبدأ المسؤولية الفردية في قوله تعالى : ( وَمَنْ

يَكْسِبْ إِثْمًا فَإِنَّمَا يَكْسِبُهُ عَلَىٰ نَفْسِهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا )<sup>(2)</sup> . وقوله : ( قُلْ أَغْنَىٰ اللَّهُ أَغْنَىٰ رَبًّا وَهُوَ رَبُّ كُلِّ شَيْءٍ وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّكُمْ مَرْجِعُكُمْ فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ )<sup>(3)</sup> .

(1) سورة الحجرات ، الآية 13 .

(2) سورة الحجرات ، الآية 13 .

(3) سورة الزمر ، الآية 7 .

بالنسبة للمجني عليه ، وقد بحثت هذه المسؤولية الشخصية في تفاصيل أمهات كتب الفقه بدراسة مفعمة محللة لكل جوانب هذه الشخصية الجنائية أى الخاصة بشخص الجانى وقواه العقلية ، ويتمتع القاضي بسلطة واسعة في تطبيق العقوبة خاصة في جرائم التعازير .

الإستثناء لهذا المبدأ أى مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية في أمرين هما :

**الإستثناء الأول :** تحمل العاقلة الدية في القتل الخطأ وهذا الإستثناء ليس له مصدر في القرآن وإنما أساسه القانوني فكرة التضامن الإجتماعي لضمان حقوق المجني عليه وورثته وهي مسؤولية موضوعية وعلته هي عدم الحفظ والتقصير من جهة العائلة والمبلغ زهيد كما يتحمل بين المال هذا المبلغ إذا كانت عائلة أو عاقلة الجاني فقيرة .

**الإستثناء الثاني :** نظام القسامة ، وهو نظام قانوني ليس مصدره القرآن الغرض منه تحديد شخص القاتل إذا دفع الدية وهذا الموضوع قد تناولته في بحث تكميلي لدرجة الماجستير حيث ذكرت الإجراءات التي تتخذ في حالة وجود قتيل لا يعرف قاتله ووصلت الى نتائج مهمة .

أيضاً هنالك أنظمة قانونية كثيرة لكن قبل أن أختتم هذا المبحث أود أن أبين أن علاقة مجتمع المدنية الإسلامي الجديد قد كانت له علاقة بغيره من المجتمعات أي أعني علاقة المسلمين بالغير ، وهذه العلاقة نظمها الأحكام نلخصها في مبادئ ثلاثة ترتبط بالإنسان كإنسان بصرف النظر عن جنسه ولونه ودينه وإقليمه وطبقته وغيرها من المظاهر الإجتماعية كالآتي :

المبدأ الأول : مبدأ الوحدة الإنسانية .

قال تعالى : ( يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ )<sup>(1)</sup> .

هذا نص صريح محكم يعزز مبدأ الأخوة بين بني البشر أصلهم واحد ولا فرق بينهم في لون أو جنس كما قال الرسول ﷺ : (كلكم لأدم وآدم من تراب ) والمطلوب منهم جميعاً التعارف فيما

(1) سورة الحجرات ، الآية 13 .

بينهم ، والمعيار للتفاضل هو التقوى أي مدى الإلتزام بحدود الله ونواهيه والفضائل والقيم التي شرعها لعباده جميعاً .

فاختلاف الدين ليس إلا عارضاً لا يسوغ إعتداء بعضهم على بعض بل يجب أن تسود الرحمة.

المبدأ الثاني : مبدأ الكرامة الإنسانية .

قال تعالى : (وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَمُرَرُّوْنَاهُمْ مِنْ الطِّيبَاتِ وَقَضَلْنَاَهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا فَضِيلًا) (1) .

هذه الكرامة متعلقة بحقوق الإنسان في أي مكان وأي زمان سواء كان في حالة حرب أو سلم لقد نهى الإسلام عن التمثيل بالقتلى ولو كان العدو يمثل بقتلى المسلمين وأوصى بإكرام الأسير (ويطعمون الطعام على حبه مسكيناً وتيتماً وأسيراً) (2) .

المبدأ الثالث : مبدأ العدالة بين الإنسان .

قررت النصوص الشرعية تطبيق العدل على كل إنسان سواء كان عدواً أم صديقاً قال تعالى :

(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَا نُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ) (3) .

ولكن كيف حال المخالفين للمسلم والمغايرين له بل من هم الذين نتوقع دخولهم في علاقات مع المجتمع المسلم ؟ ، لا يخرجون عن الفروض الآتية :

أولاً : المعاهد والذمي الذي يعيش في المجتمع المسلم . بحكمه عقد مواطنة فله للمسلم وعليه ما على المسلم من حقوق وواجبات متبادلة ومنظمة ومتناسقة كل حق يقابله واجب ولكنهم جميعهم رعايا الدولة المسلمة .

ثانياً : المعاهدون الذين يعيشون خارج المجتمع الإسلامي . يجب على المسلمين الإلتزام

والوفاء بهذا العهد ما لم ينكث المعاهد قال تعالى : (وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا إِنَّ اللَّهَ يُعَلِّمُ مَا تُغْلَبُونَ) (4) ، وقوله : (وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ

(1) سورة الإسراء ، الآية 70 .

(2) سورة الإنسان ، الآية 8 .

(3) سورة المائدة ، الآية 8 .

(4) سورة النحل ، الآية 91 .

إِلَّا بِالتِّي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا<sup>(1)</sup>. وقوله : (وَأَمَّا تَحَافُنٌ مِنْ قَوْمٍ خِيَانَةٌ فَانذِرْ لَهُمْ عَلَى سَوَاءٍ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْخَائِنِينَ)<sup>(2)</sup> . فالعهد قائم ما لم تظهر الخيانة .

ثالثاً : المستأمنون . هم الذين يمرون تجاراً أو غيرهم بالبلاد الإسلامية فلم يحق الأمان وحمائيتهم حتى يبلغوا مأمنهم .

رابعاً : المحاربون . المحارب لا عهد ولا رباط له مع المسلمين تشملهم مبادئ الإنسانية والكرامة والعدل وهذا المحارب إما أن يكون في حالة سلم أو حرب فإن جنح للسلم فليسالم وإلا فالحرب ولها مشروعية وشروط في الإسلام وهذا الموضوع جد خطير خاصة في ظل العصر الحديث ونظرتة للعالم الإسلامي اليوم ومفهوم الجهاد والإرهاب فكيف عالج الإسلام هذا الوضع من خلال النصوص الشرعية والأسباب الداعية لذلك والسلوك الواجب إتباعه .

أما الأسباب التي يمكن استخلاصها من النصوص فهي<sup>(3)</sup> :

1. الدفاع عن النفس عند التعدي عليها .
2. الدفاع عن الدعوة الإسلامية إذا اعترض سبيلها بإحدى هذه الصور الثلاث :
  - أ. فتنة من آمن بإيذائه وتعذيب المسلمين للرجوع عن دينهم .
  - ب. بصد من أراد الدخول في الإسلام .
  - ج. منع الداعي من أن يبلغ دعوته أي حرية مرور الأفكار والآراء .

علماً بأن فرض القتال الدفاع في آخر العصر المكي قبل الهجرة فنزل قوله تعالى : (أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَاتِلُونَ بِأَنَّهُمْ ظَلَمُوا وَإِنَّ اللَّهَ عَلَىٰ نَصْرِهِمْ لَقَدِيرٌ ، الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ بِغَيْرِ حَقٍّ إِلَّا أَنْ يَقُولُوا رَبُّنَا اللَّهُ

(1) سورة الإسراء ، الآية 34 .

(2) سورة الأنفال ، الآية 58 .

(3) النظرية العامة للعقد الإسلامي وخصائصه .

وَلَوْ أَنَّ دَفْعَ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَهَدَمَتْ صَوَامِعُ وَبِيَعٌ وَصَلَوَاتٌ وَمَسَاجِدٌ يُذَكَّرُ فِيهَا اسْمُ اللَّهِ كَثِيرًا  
وَلْيَنْصُرَنَّ اللَّهُ مَن يَنْصُرُهُ إِنَّ اللَّهَ لَقَوِيٌّ عَزِيزٌ، الَّذِينَ إِن مَكَّنَّاهُمْ فِي الْأَرْضِ أَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ وَأَمَرُوا  
بِالْمَعْرُوفِ وَنَهَوْا عَنِ الْمُنْكَرِ وَلِلَّهِ عَاقِبَةُ الْأُمُورِ (1) .

إِذَا ً تتلخص أحكام القتال في تحديد الحرب المشروعة في الإسلام وهي :

1. الإذن في القتال .
2. سبب القتال الظلم والإضطهاد وإخراج المسلمين من ديارهم .
3. تنبيه المسلمين بما يجب أن يفعلوا في حالة النصر إقامة الصلاة تربية فردية وإيتاء الزكاة تربية إجتماعية والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والإصلاح والتقويم في حدود المعروف والحفاظ على المجتمع .

وأخيراً قررت آيات أخرى المبدأ العام في قوله تعالى : (الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَاتُ  
قِصَاصٌ فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ) (2) .

فمجئ الإسلام كان فاصلاً بين عهدين ما قبل الإسلام تسود الفوضى والتقاليد وبعد الإسلام النظام والقانون الشامل مرتبط بالعقيدة وسلطة عاملة على إنفاذ القانون .

(1) سورة الحج ، الآيات 39 - 41 .

(2) سورة البقرة الآية 149.

## المبحث الثاني

### خلفية تاريخية للقانون المقارن

القانون المقارن هو العلم الذي يتناول بالدراسة المقارنة نظامين قانونيين أو أكثر بصدد موضوع أو مشكلة معينة بهدف إستخلاص أوجه التشابه والإختلاف بينهما ، أو بقصد إبراز المفاهيم والأفكار وأساليب الصياغة القانونية ، والوقوف على العوامل والمؤثرات التي جعلت لكل شريعة طابعها المميز وسماتها الخاصة (1) .

يوجد في العالم الشريعة اللاتينية ، والشريعة الأنجلو سكسونية ، والشريعة الجرمانية ، والشريعة الإسلامية ، وقوانين آسيا والشرق الأقصى ، والشرائع الأخرى ، هذا التقييم القائم على الأسس الفنية وهي الإشتراك في الأصول والمبادئ والصياغة القانونية ، بعيداً عن التقسيمات القائمة على أساس الحضارة أو الجنس أو الدين .

فلا يخفى علينا ظاهرة تفاعل هذه النظم القانونية المعاصرة نتيجة العولمة والترابط التقني والتواصل والنشاط التجاري وتبادل المعلومات والمعاملات والمفاهيم والمصطلحات والأفكار القانونية ، وكان لذلك تأثيره الواضح على الأبحاث والدراسات ومشاريع القوانين المستلهمة من بعضها البعض ، وتقارب الفتوى وأساليب الصياغة والتركيبات القانونية (2) .

ونحن بصدد دراسة الشريعة الإسلامية كنظام قانوني لابد أن تتم هذه المقارنة داخل هذه النظم القانونية المختلفة بحيث اختار أحدها وهي خاصة الشريعة اللاتينية متمثلة في القانون الروماني لأنه مصدر رئيسي لكثير من قوانين الغرب ، كما أنه مصدر تاريخي لبعض قوانين الدول العربية المعاصرة هذا من جانب ومن جانب آخر فإن هنالك كثير من البحوث العلمية تشير الى أن بعض الأنظمة القانونية المتعلقة بالشريعة الإسلامية ما هي إلا أنظمة القانون الروماني فما مدى صحة ذلك ؟ ولما كان فهم القاعدة القانونية على النحو الصحيح وتطبيقها على وجهها

(1) د. محمد حسين منصور ، القانون المقارن ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ، 2010م.

(2) المرجع السابق ، ص 192.

الصحيح لا يتم إلا إذا رجعنا الى جذورها التاريخية ومصدر نشأتها ومراحل تطورها الى أن وصلت الى وضعها الأخير الواجب التطبيق لذا يلزم دراسة أي نظام قانوني أو عدد من النظم القانونية على هذا النحو حتى يتسنى لنا الكشف عن روح القانون .

لقد درج الفقهاء على تقديم تاريخ النظم القانونية والإجتماعية عبر الحضارات القانونية القديمة في الشرق والغرب .

سأنتقل في هذا المقام الى بعض الحضارات القانونية القديمة عند اليهود والإغريق والرومان توطئة للمقارنة بينها وبين الشريعة الإسلامية على النحو الآتي:

أولاً : شريعة اليهود .

شريعة اليهود هي إحدى الشرائع الدينية القديمة ذات الأهمية العلمية التي تهتم الباحثون في النظم القانونية القديمة بدراستها ، اليهودية دين سماوي جاء به نبي الله موسى عليه السلام ، وقد حددت تعاليم هذه الديانة في التوراة ، وتمثل التوراة الأسفار الخمسة الأولى من الكتاب المقدس أي العهد القديم وهي سفر التكوين والخروج وللايين والعدد وأخيراً سفر التثنية فالأربعة الأولى تحدثت عن تاريخ بني إسرائيل من حيث النشأة والخروج أما السفر الأخير فقد إشتمل على أحكام دينية بجانب أحكام جنائية وسياسية ومدنية لتنظيم حياة اليهود (1) .

لقد كان لأخبار اليهود كتب تحدثت عن أعرافهم وتقاليدهم عندما تناولوا شرح سفر التثنية ككتاب المنشأ للتنايين ثم جاء الأموريون أي المفسرون للمنشأ بالشرح والتعليق وقد سجلت هذه الشروح في كتاب الجيمارة أو الجمرأة وهي تكملة أضافها علماء يهود في فلسطين ، فأهم كتبهم هي التوراة الكتاب المقدس ثم المنشأ ، والجيمارة العراقية ، والجيمارة الفلسطينية ، وقد أطلق إسم التلمود على الجيمارين ويعني كتاب العلم .

ويميز الشراح بين تلمود بابل وهو المنشأ وجيمارة العراق وتلمود أورشليم ويقصد به المنشأ وجيمارة فلسطين .

(1) د. محمد علي الصانوري ، النظم القانونية القديمة لدى اليهود والإغريق ، رقم الإيداع 96/2179 ، ص 15 .

إن شريعة اليهود شريعة سامية أي من الشرائع الشرقية القديمة في مصر وبابل وآشور فهي جميعها من أسرة قانونية واحدة .

إن المجتمع اليهودي قد تطور تاريخياً من طور البداوة الى القبلية الى الدولة ، وأن شريعته قد تأثرت بهذا التطور ، أما إرتباط التوراة بالكتاب المقدس الذي يتعبد به المسيحيون ، حيث أن التوراة يمثل العهد القديم ، بينما الأناجيل العهد الجديد فالعهدان القديم والجديد يشكلان الكتاب المقدس .

قد تأثرت القوانين الأوروبية في العصر الوسيط بالشريعة اليهودية مثلاً نظام العشور التي تؤدي الى رجال الدين ، وصدقات الأديرة ، وتحريم الربا ، والأخذ بنفس موانع الزواج ، إضافة لمراسيم تنويج الملوك .

أيضاً تأثر الفقه الإسلامي بالشريعة اليهودية وتعتبر مصدر من مصادره في التشريع مالم يرد ناسخ كما رأينا من قبل .

ثانياً : مصادر شريعة اليهود تقتصر على التوراة والتلمود والكتب الفقهية

**المصدر الأول: التوراة** . مصدر تشريعي لليهود وهي كلمة تعني التشريع وهي تشمل الأسفار

الخمسة ، إضافة الى أسفار الأناشيد وأسفار الأنبياء . وأحكامها القانونية قليلة ، كما أقرت

بعض الأعراف السابقة على نزول الوحي، وتحتوي النصوص القانونية في التوراة على الوصايا

العشر والميثاق وكتاب الشريعة والتقنين الكهنوتي .

1. **الوصايا العشر** : هي الوصايا الموحاة الى سيدنا موسى عليه السلام ، وقد وردت في

سفر الخروج وسفر التثنية في صياغتين مختلفتين كما يلي :

أ. صياغة سفر الخروج (1).

ب. صياغة سفر التثنية (2).

(1) المرجع السابق ، ص 50 .

(2) المرجع السابق ، ص 51 .

وفى الصياغين نقف على هذه الوصايا وهى أكرم أباك وأمك لكى تطول ايامك على الأرض  
التي يعطيك الرب الهك .

. لا تقتل

. لا تزني .

. لا تسرق

. لتشهد على قريبك شهادة زور

. لا تشته بين قريبك

. لا تشته امرأة قريبك ولا عبده ولأمنه ولانوره ولا حماره ولا شئياً مما لقريبك

2. الميثاق (أو تقنين العهد) : هو التقنين الذي وضعه يوشع بن نون عندما خرج بنو

إسرائيل من مصر الى أرض كنعان . وقد تضمن هذا التقنين مبادئ قانونية هامة ،

إضافة الى أحكام دينية وأخلاقية ، كالعقوبات والتعويض عن الأضرار المادية وعقوبة

سرقة الحيوانات وأحكام الزواج والرق .

3. كتاب الشريعة : صدر هذا الكتاب في عهد الملك هوشع ملك يهوذا في عام 621 قبل

الميلاد وعثر عليه في هيكل المعبد ، حفظت نصوص هذا التقنين في سفر التثنية ،

وذكر بأنه يتضمن تعديلاً على نظام الأسرة .

المصدر الثاني: التلمود . يقال أن الفقيه اليهودي يهوذا هاناسي في نهاية القرن الثاني دعا الى

أن الله قد أنزل شريعة مكتوبة على موسى عليه السلام وهى التوراة وأخرى محفوظة في الصدور

وهي المنشأ أي الشريعة الثانية .

وفي عام 2000 قبل الميلاد إتجه الفقهاء الى شرح التوراة ، وإستخلاص القواعد القانونية

وصياغتها صياغة موجزة وأطلق عليها الهكلة أو الهلكوت وتعني خط السير الواجب الإلتباع.

عندما هُدم معبد تيتوس عام 70 ميلادية وتشرد اليهود في العالم جمع يهوذا هاناسي المنشأ

ليحفظ بها السنة ، ثم ظهرت المدارس الفقهية وأصدرت الحمارة أي تكملة لسد نقص التوراة

وكونت المنشأ أي التلمود وظهر تلمود بابل وتلمود أورشليم .

**المصدر الثالث: الكتابات الفقهية .** هي عديدة تشرح التوراة والتلمود ، إما شروح مبتدأ ، إما تجميع لشروح متناثرة .

إعتنى أحبار اليهود في القرون الوسطى ببعث التراث اليهودي الفقهي ، وأصدروا مجموعة صخرة النجاة لمؤلفها إيعازر بن ناتان في القرن الثاني عشر ميلادي وكُتِبَ أخرى ككتاب المنشآتورة أو اليد القوية لموسى بن ميمون وكتاب يعقوب بن آثر الصفوف الأربعة ، وكتاب المائدة المصفوفة ليوסף كارو ، وقد أدت هذه الكتب الى جمود الفقه واغلاق باب الاجتهاد .

**خصائص شريعة اليهود .** تتميز شريعة اليهود بعدد من الخصائص أهمها :

**الخاصية الأولى .** الشريعة اليهودية شريعة خاصة باليهود وحدهم :

إن اليهود يقولون شريعتهم شريعة خاصة بهم وحدهم وأن الله قد إختصهم بها من دون الناس، فعاشوا متعلقين على أعرافهم وعاداتهم غير مشاركين سائر الناس في أنظمتهم الإجتماعية وهم شعب مختار وهذه الشريعة لا تقبل الغرباء.

**الخاصية الثانية .** إن الشريعة اليهودية تجمع بين الدين والأخلاق والقانون :

هذه الخاصية تشترك فيها جميع الشرائع السماوية حيث أنها لاتفصل السلوك الإنساني عن مجالات الدين والأخلاق والقانون .

إعتبر أن الدين يتعلق بعلاقة الفرد بربه ، وقواعد الأخلاق هي مجموعة من المبادئ والمثل العليا ليتطى بها الفرد ، والقانون هو مجموعة قواعد تحكم سلوك الأفراد داخل المجتمع يتعرض لمن يخالفها للجزاء توقعه السلطة العامة ومن وجهة نظر هذه الديانة أن مخالفة القاعدة القانونية مخالفة وا ثم في نفس الوقت يستوجب جزاءً دنيوي وآخر ديني يوقع في الآخرة .

## الخاصية الثالثة . جمود شريعة اليهود :

إن اليهود قد حكموا على شريعتهم بالجمود عندما أرادوا أن يحافظوا على تقاليدهم وأعرافهم الخاصة وألا يسمحوا للآخرين بالإختلاط معهم وهذه قطيعة بين الماضي والحاضر المتجدد ، مقتضى للتعديل أو التبديل ومن أمثلة ذلك :

### 1. قاعدة الإستخلاف على الأرمال :

مقتضاها أن يتزوج الأخ أرملة أخيه وأن يسمى ابنه البكر منها بإسم أخيه الميت لثلا يحو إسمه من إسرائيل ، وتحديد مهر الزوجة بعدد من السنين يقضيها الرجل الراغب في الزواج منها في خدمة أسرتها .

### 2. قاعدة إسترقاق المدين .

إذ يسترق الدائن مدينه المعسر لمدة معينة تتعادل مع قيمة الدين ثم يتحرر من رقبة الرق ربما لمدة ست سنوات ، أو أن يقدم المدين إبنته للدائن لإسترقاقها لمدة ست سنوات حتى تُحرر .

### 3. مبدأ سريان العقاب على الإنسان والحيوان .

إذ تسبب أحدهما في قتل إنسان ، فقتل الحيوان وأحياناً صاحبه إذا كان الحيوان معروفاً بأنه خطير ولم يمنعه .

### 4. حرمان المرأة من الأهلية القانونية .

وضع عرف في الشرائع البدائية ، إذا حُرمت المرأة من القدرة على إبرام التصرفات القانونية بإعتبارها قاصرة أو عديمة الأهلية وجعلت الأهلية القانونية للرجل ، فالشريعة اليهودية جعلت أموال الزوجة ملكاً لزوجها ليس لها حق التصرف فيها ، بل لزوجها التصرف في هذه الأموال حيث وكيف شاء .

## الخاصية الرابعة . مبدأ الإستعلاء :

1. تتسم الشريعة اليهودية بالتفرقة العنصرية من حيث تفرق بين اليهود وغير اليهود ، فهم أي اليهود يعتبر شعب الله المختار يعلو على سائر الشعوب التي هي أدنى منهم مرتبة ومنزلة ، فهذا شعارهم جزء من عقيدتهم الدينية مستندين الى بعض آيات التوراة منها (لا تفرقكم الأرض التي أنا آت بكم إليها لتسكنوا فيها ، ولا تسلكون في رسوم الشعوب الذين أنا طاردهم من أمامكم ، لأنهم قد فعلوا كل هذه فكرتهم وقلت لكم تراثون أنتم أرضهم وأنا أعطيتكم إياها لتراثوها أرضاً تفيض لبناً وعسلاً ، أنا الرب إلهكم الذي ميزكم من الشعوب ، فيتميزون بين البهائم الطاهرة والنجسة وبين الطيور النجسة والطاهرة ، فلا تدنسوا نفوسكم بالبهائم والطيور ولا بكل ما يدر على الأرض مما ميزته لكم ليكون نجساً ، وتكونون لي قديسين لأنني قدوس ، أنا الرب قد ميزتكم من الشعوب لتكونوا لي ) (1) .

للسجد لي حيوان الصحراء الذئب وبنات النعام لأنني جعلت في البرية ماء أنهاراً في القفر لأسقي شعبي مختاري) (2) .

وبناءً على هذه النصوص إعتبر اليهود أنفسهم شعب الله المختار ، وقد رد القرآن الكريم على هذه المزاعم بقوله تعالى : (وَقَالَتِ الْيَهُودُ وَالنَّصَارَىٰ مَحْنُ أَبْنَاءِ اللَّهِ وَأَحِبَّاؤُهُ قُلْ فَلِمَ يُعَذِّبُكُمْ بِذُنُوبِكُمْ بَلْ أَنْتُمْ بَشَرٌ مِّمَّنْ خَلَقَ يَغْفِرُ لِمَن يَشَاءُ وَيُعَذِّبُ مَن يَشَاءُ وَلِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا بَيْنَهُمَا وَإِلَيْهِ الْمَصِيرُ) (3) .

(1) سفر لاويين ، الإصحاح 20 ، الآيات 22 . 26 ، الآية الأخرى ص (68) .

(2) أشعياء ، الإصحاح 43 ، آية (20) .

(3) سورة المائدة ، الآية (18) .

2. ترتب على هذا التمييز أن اليهود نظروا على الشعوب غير اليهودية نظرة إستعلاء ، فاستبعدوهم وذلك بأنهم مطرودون من رحمة الله وأنهم لا يحبهم الله ، فزعم اليهود أن الله قد فضل أبناء سام وبافت ابني نوح على سائر الخلق ولعن أبناء حام .
3. زعم اليهود أن النعم والمزايا إنحصرت في نسل يعقوب (إسرائيل) وحده.
4. أما الآثار القانونية التي ترتبت على مبدأ الإستعلاء لليهود على غيرهم فهي :

أ. أن الحماية القانونية لا تثبت إلا لمن يكون يهودياً ، أما غير اليهودي فلا يتمتع بحماية القانون ، فلا يجوز لليهود أن يقرض اليهودي بربا ولكن بغرض الربا لغير اليهودي (لا تقرض أخاك بربا فضة أو ربا طعام أو بربا شئ مما يقرض للأجنبي تقرض الربا ولكن لأخيك لا تقرض بربا لكي يباركك الرب إلهم في كل ما تمتد إليه يدك في الأرض التي أنت داخل إليها لتملكها)<sup>(1)</sup> .

ب. لا يجوز لغير اليهودي أن يطالب بشيئه المسروق إذا سرقه يهودي ، بل السرقة جريمة إذا سرق اليهودي من أخيه اليهودي.

ج. أما اليهود من أجل تحقيق غايتهم تبرر وسيلتهم ، فزعموا أن الإستيلاء على أرض كنعان أرض الميعاد يبرر أي وسيلة يلجأون إليها في سبيل هذا الهدف ، بل أن مزاعم اليهود قد جاءت إفتراءً على أنبياء الله بقولهم عليهم بتحليل ما حرم الله .

د. لقد ميزت شريعة اليهود بين ثلاث فئات من الأفراد في ظل هذه الشريعة وتكفل لهم الحماية القانونية ، فلهم القدرة على إكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات ، إلا إذا وجد سبب يحول دون هذه القدرة كالصغر والجنون والعنه والفئة الثانية هم الأجانب وهم غير اليهود الذين لا يعتنقون الديانة اليهودية ، وليس من نسل بني إسرائيل ، فلا تنطبق عليهم هذه الشريعة ولا يتمتعون بحمايتها ، ولا يعترف لهم

(1) سفر تثنية ، الإصحاح 33 ، الآيات 19 . 20.

بالشخصية القانونية والطائفة الأخيرة هم الرقيق ، فكان الرقيق أقل في المجتمع اليهودي وذكرت التوراة بني إسرائيل أيام عبوديتهم في مصر ولعل ذلك هو ما جعلهم أقل رحمة بالرقيق ، فالرقيق أما نتيجة حرب استرق وغالباً يكون من الأجانب أو بحكم القانون الذي كان يسمح بأن يحكم على اليهودي بالرق في حالات معينة ، فيصير رقيقاً بعد كان حراً ويجب أن يحرر في السنة السابعة من الرق أما الأجنبي فلا يتمتع بهذا الحق .

أما ما يتعلق بالأحوال الشخصية في الشريعة اليهودية فالأصل في نظام الزواج التعدد والمساواة بين الزواج ، ويرى بعض الشراح أن عقد الزواج اليهودي عقد إرادي مدني وذهب بعضهم الى أن الزواج اليهودي كان يتم مصحوباً بإجراءات ذات طابع عائلي وبعضها له طابع ديني إضافة الى الجانب القانوني المتمثل في التعبير عن الإرادة وعرف العقد المهر الذي يدفع لوالد العروس وعرفت الشريعة اليهودية نظام الخلافة على الأرمال .

الزواج يرتب آثاراً قانونية للزوجين متميزة ، فالزوجة لا تتمتع بأهلية أداء إلا محدودة ، فهي لا تستطيع أن تبرم التصرفات القانونية إلا بإذن زوجها .

أما الطلاق مقرر لرجل ويتقيد حق الرجل في الطلاق بقيدين :

**الأول :** في حالة إذا ما كان الرجل قد تزوج المرأة بعد أن إغتصبها ، فلا يجوز له أن يطلقها أبداً .

**الثاني :** إذا ما ادعى الرجل بعد الزواج ، أن زوجته لم تكن بكرًا ، فإذا ثبتت صحة هذا الزعم ، حكم على المرأة بالموت رجماً ، أما إذا تبين أن الزوج كاذب فإنه يُحرم من حق طلاقها طوال حياته (1) .

يجوز للزوج مراجعة زوجته إذا لم تتزوج ولكنها إذا تزوجت فلا يمكن أن يرجعها إذا طلقت بل تُحرم عليه الى الأبد وكذلك حتى إذا مات زوجها الثاني فإنها محرمة على زوجها الأول.

(1) د. محمد علي الصانوري ،النظم القانونية القديمة لدى اليهود والإغريق ،رقم الإيداع 96/2179 ، ص 138.

أما في الإرث والوصية ميزت بين الورثة سواء كانوا ذكوراً أو إناث وبين الأبناء الشرعيين وغير الشرعيين ، وبين الإبن الأكبر وسائر إخوته .

فالذكور يرثون دون أن ترث الإناث إلا في حالة عدم الذكور ، فالإبن الأكبر يرث نصيب إثنين من إخوته .

أما الأبناء غير الشرعيين فهم محرومون ، أما الزوجة لم يرد حكم واضح بشأنها ويرى بعض الشراح أنها ترث في حالة عدم وجود الأولاد .

أما الوارث هو استمرار لشخصية الموروث في حقوقه وكذلك ديونه ولو تجاوزت التركة ، أما الوصية تجوز لغير الوارث في حالة عدم وجود ولد وهي تصرف حال حياة الموصي وليس مضافاً الى ما بعد الموت

عرف اليهود الصور المختلفة للملكية من جماعية وفردية وملكية أسرة ، ولقد إصطبغت الملكية لديهم بوجه عام بصبغة دينية .

ففي العصر القبلي كانت الملكية عند اليهود لدى شيخ القبيلة فكل ما يحصل عليه أفراد القبيلة من ناتج عملهم تؤول ملكيته لشيخ القبيلة وحده لأنه مسئول عن تأمين حاجات قبيلته ، ولما عرفت القبائل الزراعة ظهرت الملكية الجماعية، لتقوم كل أسرة بزراعة الأرض واستغلالها فالأرض مملوكة ملكية جماعية للأسرة وفيما بعد إنبثغت ملكية الفردية ، فالقاعدة في الشريعة اليهودية أن الأرض غير قابلة للتصرف فيها لأنها ملك لله فنص التوراة (لأن لي الأرض وأنتم غرباء ونزلاء عندي)<sup>(1)</sup> .

وفي أواخر فترة الأسر البابلي ، وضع النبي حزقيال نظاماً جديداً للملكية ألزم به اليهود حتى يحافظوا على التراث الديني اليهودي وذلك بأن الأرض لله ، وأن أربعة أخماس الأرض يمنحها الله لخدامه من رجال الدين من قبيلة لاوي بن يعقوب وهم الكهنة ، والخمس يوزع على باقي قبائل بني إسرائيل ، فالخمس القابل للتعامل فيه مع مراعاة سنة السبتية وسنة الغفران وسنة

(1) سفر اللاويين ، الإصحاح 25 ، آية (22).

اليوبيل، فحيث يحرم التعامل في الأرض الزراعية في السنة السبعية فتكون هذه السنة عطلة للأرض وكذلك بعد خمسين سنة تكون سنة اليوبيل وهي سنة للغفران العام ويعتق الرقيق اليهود وبعض المدنيين وتعود الأرض المباعة لبائعها ومالكها الأصلي ، بمعنى تلغى كل التصرفات القانونية وتعود ملكيتها لأصحابها أي أن الملكية تفسر مؤقتة تنتهي بحلول سنة اليوبيل وتبقى الأرض بوراً دون أن تُزرع ، أما فيما يتعلق بالالتزامات بدأت بدائية كتحريم إقراض اليهودي الربا لأخيه اليهودي ، وفيما قررت الشريعة الوفاء بالالتزامات قبل غروب الشمس اليوم للعامل وقررت المسؤولية عن الفعل الضار وعرفت الشريعة اليهودية القوة القاهرة والسبب الأجنبي لتقرير عدم المسؤولية .

وفي الختام نجد بعض الزعماء والمفكرين اليهود قد تأثروا بالمفهوم الغربي للدولة ويرى أن توابك دولة إسرائيل هذا التطور بحيث تأسس كدولة عصرية .

وأما إذا نظرنا الى الإتجاهات الفكرية في إسرائيل من زاوية العلاقة بين الدين والدولة تتميز بأربعة وجهات نظر :

**الأولى :** أن دولة إسرائيل دولة محايدة تجاه الدين وتجاه تطبيق الشريعة .

**الثانية :** أن الحكم على علمانية الدولة أو ديانتها يتوقف على نظرة المراقب من حيث كونه علمانياً أو دينياً .

والنظرة الثالثة تقرير أن الدولة لا دينية .

أما الوجهة الأخيرة الى إعتبار دولة إسرائيل دولة دينية تماماً ، وهذه النظرة الرابعة التي تجسدها الأحزاب الدينية التي تصر على إطفاء الطابع الديني على مؤسسات الدولة<sup>(1)</sup> .

ثانياً : نشأة النظم القانونية الإغريقية القديمة وتطورها .

إن للإغريق حضارة عريقة في مجال التنظيم الإجتماعي والسياسي فضلاً عن مجال الفكر

( 1 ) د. محمد علي الصانوري ، النظم القانونية القديمة لدى اليهود والإغريق ، رقم الإيداع 96/2179 ، ص 141 .

الذي حقق إنتشاراً واسعاً في أرجاء العالم ، فمارس أكبر تأثير له على المجتمع الروماني القديم ثم على المجتمعات الأوربية كلها إضافة الى الشرق الأوسط وتفاعل أيضاً مع حضارة وفكر المسلمين .

فقد خلق اليونانيون القدماء إنتاجاً عظيماً في فلسفة القانون والسياسة ، كما شمل كل الإتجاهات الفكرية .

فمن بين الفلاسفة الإغريق إنفرد كل من أفلاطون وأرسطو بالتأثير الكبير والمباشر على أغلب مفكري القانون الذين جاءوا من بعده حتى العصر الحديث .

والجدير بالذكر قد ظهر إهتمام الإغريق بالعدالة وبالقانون في وقت مبكر يعود الى عصر الأساطير أي قبل ظهور الكتابات الفلسفية فسجل الشعراء والأدباء هذا الإهتمام في كتاباتهم المختلفة ، على سبيل المثال نجد أن هوميروس قد تعنى في شعره بالعدالة وبالقوانين التي يوصي بها زيوس الى الملوك المختلفين فتكون مصدراً لكل ما هو عادل وحارس للسلطة وللنظام ، وأخذت فكرة العدالة تتطور في مدارسهم الفلسفية بالتدرج كما يلي :

1. ففي القرن السابع قبل الميلاد ظهرت المدرسة الأيونية أو المالطية ، ويقوم فكرها على النظر في الظواهر المختلفة (المادية والمعنوية) لتحديد مصدرها ثم الوصول الى غايتها النهائية .

2. في القرن السادس قبل الميلاد أسس فيثاغورس (572 . 497 ق م) مدرسته وقال إن الأشياء لا تعرف إلا بأوصافها ومن بينها العدد بإعتباره صفة جوهرية والواحد هو أصل الأشياء وصفاً .

3. في القرن الخامس قبل الميلاد كانت المدرسة الإيلية المكملة لمدرسة فيثاغورس ، فاعتبرت أن الواحد هو الوجود كله وأن الوجود هو الله الواحد الذي لا يتعدد والذي لا يطرأ عليه تغيير أو تبديل . وقد صور أكرزيفوفان نظام الكون ثم جاء من بعده بارمفيد (540 . 2 ق م) أعطى تصويراً لنظام الكون أكثر وضوحاً من تصوير أكرزيفوفان ،

فقال بأن أصل الكون واحد غير قابل للتعدد وهو ثابت لا يقبل التغيير أو التبديل، أما الأشياء التي نراها في هذا الكون نفسه فهي في حالة تحول مستمرة، لأنها تولد ثم تموت ، أو توجد ثم تزول ، والشئ الواحد في لحظة معينة لا يكون هو نفسه في اللحظة السابقة أو اللحظة التالية عليها بسبب هذه الحالة المستمرة من التحول والسيرورة .

لكن هذا التحول الدائم في الظواهر وفي الأشياء يكمن فيها قانون ثابت هو قانون (الوجود) هو القانون الذي لا يقع في متناول الحواس وإنما يدركه الإنسان بالعقل<sup>(1)</sup>.

ثم جاء هيرقليطس (535 . 475 ق م) وهاجم تلك المدرسة والإنسان في نظره جزء من هذا الكون ودور الإنسان البحث بعقله المجرد عن قوانين السيرورة التي تحكمه مستعيناً في ذلك بحواسه وعندما يتكلم هيرقليطس عن القانون والسياسة فإنه يرى . تمشياً مع نظريته . أن مبدأ الضرورة الذي يحكم العالم يجب أن يصاحبه نظام آخر يحكم المجتمع، والإنسان هو الذي يضع قواعد هذا النظام الإجتماعي ، ولذلك فإن النظامين الكوني والإجتماعي لا بد وأن يتعارضا لأن نظام الكون الطبيعي (المتمثل في مبدأ السيرورة) من صنع الله فثابت ومطرّد أما ما يصنعه الله دائماً حقاً أو عادلاً وما بصفة الإستاذ لكن كذلك لكي يكتسب القانون الإنساني قوته يجب أن يكون مستنداً الى القانون الإلهي ، لذلك فهو يجب أن يكون محاكياً لقانون الطبيعة الذي وضعه الله<sup>(1)</sup>.

4. ثم جاء السوفسطائيون وهم لا يمثلون مدرسة فلسفية معينة وإنما هو مجرد معلمون للسياسة والبلاغة ... الخ ، فمنهجهم الجدل والخطابة وأنكروا فكرة العدل المطلق فهو مجرد عدل نسبي وبأنه ما يخلو للأقوى ، وبالتالي فإن القانون هو إرادة القوي ، فزعزوا عقائد اليونانيين وأفسدوا عقولهم ، فتصدى لهم سقراط (470 . 399 ق م) وجه إهتمامه لمعرفة الإنسانية التي تحتاج في نظره الى قدر كبير من الإهتمام والتركيز وجعل شعاره في الحياة (أعرف نفسك) ووضع سقراط الأساس للعلم والأخلاق .

(1) د. محمد علي الصانوري ،النظم القانونية القديمة لدى اليهود والإغريق ،رقم الإيداع 96/2179 ، ص 170.

وعرف القانون ورأي أن القواعد التي تحكم علاقات الأفراد ببعضهم البعض ترجع كلها الى أصل واحد هو فكرة (العدل) وهذه يقضي بها العقل إذ يملئ على الناس أن يلتزموا العدل في معاملاتهم ، فالإنسان يلتزم العدل ولو لم يفرضه القانون ولكن المواطن الصالح يطيع القانون لأنه يفترض أن ذلك الأخير عادل وأن لم يكن القانون عادلاً فعلى الفرد أن يطيعه أيضاً كي يرسي مبدأ آخر هو مبدأ إحترام القوانين ، وقد خلف سقراط تلاميذه الذين ساروا على نفس نهجه فازدهرت على أيديهم الفلسفة اليونانية وهم أنتستين وأرسطيب وديوجين وأفلاطون وأرسطو ، وسنتناول هنا تلاميذه أفلاطون وأرسطو لما لهما من دور في مجال فلسفة القانون .

حيث عرف أفلاطون القانون بأنه مجموعة القواعد التي تهدف الى تحقيق العدل ، ومهمة رجل القانون عنده هي البحث عن ما هو حق أو ما هو عدل ومهمته أيضاً هي البحث عن أفضل الحلول وأكثرها إتفاقاً مع هذه الطبيعة الأصلية في الإنسان ، أي مع ما هو عدل وليس مجرد تطبيق النصوص أو القواعد القانونية التي وضعتها إرادة ما ، لأن القواعد الوضعية أو الموضوعية قد تكون ظالمة .

ثم يقدم أفلاطون تعريفاً للعدالة من خلال محاورات عديدة ثم يصل الى تقرير أن العدالة هي (في أن يؤدي كل فرد في الدولة الوظيفة التي هيأته لها الطبيعة و إلتزامه الفضيلة المناسبة لطبقته وعلى العكس يكون الظلم والشر حين يتعدى أحد الأفراد أو الطبقات على غيره) .

فالعدالة عنده في النفس الإنسانية هي إنسجام قوى النفس المتعددة وقيام كل منها بوظيفتها الخاصة بها ، مثال الشهوة فضيلتها العفة التي تمنعها من تجاوز حدود الإعتدال .

فيرى أفلاطون أن توازن الفرد وتوازن المجتمع أمران لا ينفصلان ، فبهما معاً تتحقق العدالة ، ويؤكد أن هدف القانون في نهاية الأمر هو تحقيق الفضيلة وليس فقط تنظيم علاقات الحرب والسلام ولا حتى تحقيق الرفاهية بالنسبة للأفراد .

وكما ينظم القانون المواريث والملكية والعفو .... الخ ، فإنه يهتم أيضاً بالتقوى ويحسن الآداب (أو الأخلاق) وبالتعليم بل أن التعليم هو أول وظائف القانون ، ودور رجل القانون يتضمن تحقيق هذه الوظيفة أن القانون عند أفلاطون مفهوم أوسع مما يدرس الآن في فقه القانون الحديث (1)

إن مصادر القانون عند أفلاطون ليست المصادر الرسمية وخلافها بل هي مشاكل فلسفة القانون الرئيسية وهي مشكلة المنهج القانوني . (2) .

فكان منهج أفلاطون في الوصول الى معرفة ما هو حق أو عدل أو معرفة القانون نفسه هو الملاحظة الطبيعية أو العالم الخارجي وإستخلاص القواعد المنظمة له وتعميق النظر في هذه القواعد من أجل الوصول الى نظرية عامة للقانون ، ومن يقوم بهذه المهمة هو وحده الفيلسوف كما يصوره أفلاطون في جمهوريته المثالية ، وهو وحده المشرع لأنه هو وحده القادر على إدراك عالم المجردات وإدراك ما هو حق أو عدل .

يعطي أفلاطون للعدل معنى دينياً ، إذ يرى أن الفيلسوف محب للعالم الفكري ، وينتمي للعالم الحق وهو عالم عاش فيه الإنسان بالروح حياة سابقة على تلك الحياة التي نحيها على الأرض وهي تلك الحياة الحقيقية ، وهي لا تزال باقية في ذاكرة الإنسانية (3) .

وتتضمن نظرية أفلاطون في المثل ثلاث مستويات من المعرفة وهي:

**المستوى الأول:** الأشياء المدركة بالحواس وهي ليس حقيقية وإنما صورة عابرة .

(1) د. محمد علي الصانوري ،النظم القانونية القديمة لدى اليهود والإغريق ،رقم الإيداع 96/2179 ، ص 172 .

(2) المرجع السابق ، ص 184 .

(3) المرجع السابق ، ص 187 .

**المستوى الثاني :** الصورة الذهنية أو المفاهيم التي يمكن أن تكونها عن الأشياء ، هي صور يكونها العقل ، أيضاً غير حقيقية لإختلافها حسب أذهان الناس .

**المستوى الثالث :** الحقيقة الموضوعية خارج ذهن الإنسان وهي المعنى الحقيقي للصورة الذهنية للمستوى الثاني وهو مقياس الأشياء الثابت والدائم لا يختلف باختلاف المعقول بل هو عالم المثل ، تتحدد فيه المعاني أو المثل العليا للحق والخير والجمال .

فلكي تكون الصورة الذهنية صادقة لا بد من أن تكون مطابقة تماماً للمثل الأعلى الموجود في العالم الخارجي الممثل للجمال والخير ذاته

فالفيلسوف وحده قادر على أن يدرك عالم المثل ولمعرفته للعدل أو الحق ينقل صورة هذا المثل الى سائر الأفراد ، وأن يضمنها تشريعاته ونظمه ، ومهمته ليست بالسهل ، ويضرب أفلاطون مثله بذلك بتسمية الكشف <sup>(1)</sup> ، بتشبيه الكهف يتخيل إفلاطون مجموعة من الأفراد قد سجنوا منذ الصغر داخل كهف لم يخرجوا منه أبداً ، فهم يقيمون فى هذا الكهف وهم مقيدون وظهورهم متجهة الى مدخله ووجوههم الى حائطه ، وتنعكس على هذا الحائط خيالات الأفراد والأشياء التي يمكن أن تمر من أمام الكهف ، فهم لا يستطيعون إلا رؤية هذه الخيالات ولذلك فإنهم يتوهمونها حقيقة ، فإن تمكن أحدهم من الخروج من الكهف وعرف حقيقة هذا الأمر ثم عاد لأصحابه داخل الكهف وحاول أن يفهمهم هذه الحقيقة ، فإنه سيقابل بالنهر والإستهزاء وسيرفض سكان الكهف تلك الحقيقة التي يقدمها لهم ، وقد أبلغ وأوجز رسول الإسلام الكريم فى وصفه عن حقيقة هذه الدنيا عندما قال نيام إذا ما ماتوا إنتهوا ، فقد أعطى جوامع الكلم وهذا القول الفيلسوف إفلاطون رغم تصوره وتشبيهه إلا أن التصور النبوي وإن كان حقاً إلا أنه كان أقرب الى التصور الذهنى للمتلقى من التصوير الخيالي لإفلاطون .

(1) المرجع السابق ، ص189.

فالفيلسوف وحده الذي يرتفع من مستوى المحسوس الى مستوى المعقول ثم الى مستوى المثل .

وتطبيق القانون المثالي صعب وفقاً للمثل الأعلى للحق والعدل ، لذلك نجد أفلاطون يسلم مؤقتاً بسريان التشريعات الوضعية الموجودة المطبقة في المجتمع الحالي ، رغم أنها لا توافق المثل الأعلى ، بل يمكن أن توقع ظلاماً ، ومع ذلك فهي مراجع الإحترام لأنها ضرورية لإنتظام الحياة وتحقيق الإستقرار فيها ، وهذا التصور الإفلاطوني نجد أن فقهاء الإسلام قد توصلوا إليه بل ربطوا تحقق التشريعات بالمقاصد الشرعية كما سنرى لاحقاً .

إن فلسفة أفلاطون اختلفت عن أنصار القانون الطبيعي في النتيجة التي هي الكشف عن قواعد القانون الطبيعي ، بينما ذهب أفلاطون بأن هنالك عالم موضوعي آخر له وجوده الخارجي المتجاوز للطبيعة أو للواقع الإجتماعي موضوع الملاحظة ، الفيلسوف وحده الذي يدرك عالم المثل ، وينبغي أن نصبغ أفكارنا ومفاهيمنا عن القانون والحق على غرار ذلك المثل الأعلى .

أما تلميذه أرسطو (384 . 323 ق م) الذي صار معلماً للأسكندر الذي كانت له أبحاث عن الميتافيزيقا وعلم النفس والمنطق ، قد خالف أستاذه في أفكاره في مجال القانون . فأستاذه يقدم تعريفاً واسعاً للقانون يضم الأخلاق والتعليم ، نجد ارسطو قد عرف القانون تعريفاً ضيقاً بعيداً عن عالم المثل والفكر المجرد الى عالم التجربة العملية أو المحسوسة على النحو التالي :

أولاً : ملاحظة الكلمات المستخدمة في مجال القانون باعتبارها إنعكاس للتجربة الحسية أو المعاشة.

ثانياً : تجديد معانيها ومجال إستخدامها على الوجه المنصوص بكلمة العدل الذي أعتبره فضيلة في معناه الواسع لتحقيقه النفع العام أما في معناه الضيق فهو إعطاء كل ذي حق حقه .

ثالثاً : تحديد مجال تطبيق فكرة العدالة .

رابعاً : تعريف القانون من خلال علاقته بفكرة العدالة .

العدل عند أرسطو بمعناه الخاص والضيق يقتضي توزيع عادل للأشياء المادية والمعنوية بين أفراد المجتمع الواحد بإعتدال أو وسطية وهي قيمة موجودة في الواقع .

ثم تميز بين العدالة التوزيعية التي يقوم بها السلطة العامة وهي مساواة حسابية في الأنصبة التي بموجبها تتحد الذمم المالية للأفراد أي مراكزهم القانونية .

أما العدالة التبادلية أو التصحيحية عندما يدخل الأفراد مع بعضهم البعض في المعاملات ويترتب عليها إنتقال الأشياء والأموال من ذمة الى ذمة أخرى ، فإعادة التوازن بين الذمم تمثله تلك العدالة ، فأخذ الشيء يقابله قيمة ، ولهذا يمكن المحافظة على التوازن بين الأنصبة التي سبق أن حققته العدالة التوزيعية .

على غرار هذا التقسيم للعدالة ، ثم التمييز بين القانون العام والقانون الخاص ، فالدولة تتولى تحقيق العدالة التوزيعية موضوع القانون العام، أما القانون الخاص تحققه العدالة التبادلية بين الأفراد ، فيرى أرسطو أن العدل يدخل في التوازن المتحقق داخل المجتمع وبين أفراد ، هذا التوازن هو موضوع القانون ومجال تطبيقه فالقانون هو ما يحقق التوازن بين أفراد المجتمع في علاقاتهم ببعضهم البعض ، مهمة رجل القانون ليس مجرد تطبيق القواعد وإنما الوصول الى حلول عادلة تحقق التوازن بين مراكز الأفراد داخل المجتمع الواحد .

مصدر القانون الوضعي عند أرسطو هو القانون الطبيعي ، فسعى لإستخلاص القاعدة الواجبة التطبيق من الطبيعة بإعتبارها منتجة للقيم . فمن ملاحظته للطبيعة إستخلص

صور كسب الملكية الطبيعية بغرض تحقيق غايتها المتمثلة في إستعمال الأشياء المملوكة لحفظ حياة الإنسان بوسائل معينة كالزراعة والصيد حتى السلب نفسه ، وأيضاً هناك ملكية صناعية أو مصنعة تتجاوز الملكية الطبيعية لحد الإكتفاء ورغبة في النماء ، عن طريق المساومة سواء كانت عن طريق التجارة أو مقابل الأجر للعمل فهي طرق للكسب .

فيقول أرسطو أن منهجه في ملاحظة الطبيعة لن يؤدي الى معرفة سهلة بالحلول القانونية المختلفة ، لأن الملاحظة مطردة لطبيعة ذات تغيير مستمر ، قاعدة الحلول ستكون دائماً حلاً مؤقتة لن تؤدي الى خلق قواعد قانونية ثابتة ، وهنا إتفق مع أستاذه أفلاطون في ضرورة وجود قانون وضعي يضعه ذوي الخبرة والذكاء في المعرفة القانونية ليكون أكثر وضوحاً وتحديداً للحق أو العدل .

ويرى أرسطو أن إسناد القانون الوضعي الى القانون الطبيعي هو أساس القوة الإلتزامية للقانون الوضعي .

ويمكن أن نخلص على أن النظم الإغريقية القديمة قد تطورت عبر حقبة زمنية تمثلت في العصر القديم ، ويميز من بدايات الألفية الثانية وحتى القرن السابع قبل الميلاد . ثم العصر العلمي (الكلاسيكي) ويمتد من القرن السابع حتى القرن الرابع قبل الميلاد ، ثم العصر الهلنستي ويمتد من القرن الرابع حتى القرن الأول قبل الميلاد . من خلال هذه العصور أفرزت ممارسة الديمقراطية مبادئ المساواة والحرية ، وهناك إرتباط بين القانون والدين وظهرت مؤسسات للحكم وأعمال للقضاء والحاكم .

ثالثاً : نشأة القانون الروماني وتطوره .

القانون الروماني يعتبر نتاج حضارة قديمة عاشت طويلاً حتى أفرزت للأجيال قانوناً تعلمت منه شعوب العالم فن الصياغة وتحتوي على تعريفات وتقسيمات وتصويرات للمسائل

القانونية أصبحت بمثابة أجديات وأساسيات لعلم القانون ، بل ساعدت في تكوين الملكة القانونية لدارسي القانون .

ترتبط نشأة القانون الروماني بنشأة مدينة روما ، فارتبط تطوره بتطور هذه المدينة من قرية الى إمبراطورية عظمى ، وقد تطور النظام السياسي فيها من نظام الملكية (من 753 ق . م حتى 509 ق.م) ثم الى جمهورية من (509 ق.م حتى 27 ق.م) وأخيراً الى إمبراطورية عليا من (27 ق.م حتى 284 ميلادية) ثم الى إمبراطورية سفلى من (284 ميلادية حتى 565 ميلادية)<sup>(1)</sup> ، مر القانون الروماني بثلاثة أطوار هي :

**الأول :** القانون القديم منذ نشأة روما عام 753 ق.م وحتى 130 ق.م وهذا هو العصر الملكي والجمهوري .

**الثاني:** القانون الكلاسيكي في العصر العلمي من 130 ق.م الى أواخر العصر الجمهوري .

**الثالث :** القانون الروماني في عهد الإمبراطورية .

### الطور الأول : القانون القديم .

في القرن الثامن قبل الميلاد كانت تسكن إيطاليا مجموعة من القبائل البدائية مختلفة الأجناس والثقافات ، وبإتحاد عدد من العشائرنشأت مدينة روما هذا الإتحاد عرف بإتحاد المرتفعات السبعة ينتمي الى جنسين رئيسيين هما : اللاتينيين والسابانيين . توحدت هذه القبائل على أساس ديني ، تؤمن بوجود عالم غير منظور وراء الطبيعة ، وأن الأرواح الخفية تسيطر على نشاط هذه الطبيعة . وحرصوا على حفظ السلام مع هذا العالم حتى لاتغضب الأرواح الخفية فتدمر الطبيعة ، فاعتقدوا أن للملك ورئيس العشيرة دوراً في تهدئة وإرضاء هذه الأرواح، يقوم بذلك نيابة عن سائر الأفراد . تعرضت روما لغزو قبائل الأتروسكي ، الذين كانت لهم حضارة أكثر تقدماً من

---

(1) د. محمد على العافورى ، التنظيمات القانونية القديمة ، ص 273 .

اللاتينيين والسابانيين بحكم إتصال الأتروسكيين مع الإغريق . فقد إندمجت الأصول العرقية الثلاثة ببعضها البعض أعني السابانيون واللاتينيين والأتروسك .

تأثر القانون في هذه المرحلة بالدين ولعب الكهنة دوراً هاماً في خلق القاعدة القانونية وتطبيقها , واتخذت الإجراءات الشكلية للتصرفات القانونية وفقاً للطقوس الدينية فإن القانون ذا طابع عنصري يقتصر سريانه على المواطن الروماني فقط واعتبر غيره عدو ، وركز هذا القانون القديم على حماية مركز رب الأسرة الذي يتمتع وحده في ظلّه بالأهلية القانونية الكاملة .

يعتبر الدين في هذا العصر مصدراً للقانون ولم يكن هذا الدين عند الرومان يحتوي على فكر معين وإنما مجرد طقوس وممارسات معينة لإرضاء الآلهة، فالله النور المسمى فجو بينو أو إله الحرب مارس ، وإله الخصب والأرض والمياه كيرنيوس .

قام الكهنة وهم رجال الدين بالدور القانوني في هذه المرحلة بتفسير القانون ، وهم الذين يحددون صيغ الدعاوى بل حددوا أيام للتقاضي . الى جانب نشاطهم التعبوي .

فالتصرف القانوني يتم من خلال طقوس محددة بألفاظ معينة لا يجوز أبداً الخطأ فيها، هذه الألفاظ أو الطقوس هي التي تحدث الأثر القانوني المطلوب وليست إرادة المتصرف .

فالأحوال الشخصية المتمثلة في بعض التصرفات القانونية كالزواج والسبي والوصية تأخذ شكلاً دينياً صرفاً لا يتم إلا في أمكنة يحددها الكهنة .

هنا إعترف القانون الروماني القديم فقط لرب الأسرة وحده بالشخصية القانونية وبأهلية التصرف وسلطته الكاملة على جميع أفراد أسرته من زوجات وأولاد وموالي ورقيق , أما أوضاعهم الإجتماعية تميزت بأن الأفراد ينقسمون الى طبقتين هما طبقة الأشراف وهم أفراد العشائر التي تكونت منها مدينة روما وينحدرون من جد مشترك ويدينون بعبادة جدهم الأعلى للعبادة الآلهة وعلى رأس هذه العشيرة رئيساً أو شيخاً له مجلس يعاونونه

في إتخاذ القرارات وفصل القضايا بين أفراده ، فالعشيرة وحدة إقتصادية ، ونجد أفراد آخرين يعيشون مع العشيرة كالموالي بموجب عهد بينهم وشيخ العشيرة ، أما الرقيق نظام أدخله الأتروسك وعلاقته بشيخ العشيرة بحكم أنه أسير حرب يستطيع أن يحرر نفسه بالعتق العلني بإجراءات معينة حال الحياة أو بموجب وصية، فالرقيق المعتوق لا يصبح حراً في المدينة ، لأن صفة الحرية في المدينة تندمج مع صفة المواطنة <sup>(1)</sup> . بل يظل الرقيق أجنبياً داخل مدينة روما .

الطبقة العامة . فهم طبقة بدون حقوق سياسية داخل روما ، فلا يتولون أي منصب عام ، ولا يشاركون في المجالس الشعبية ، ولكن لهم حقوق أخرى كحق ممارسة التجارة ، وبعض التصرفات القانونية لإقامة الدعاوى ، ولم يحق لهم الزواج من طبقة الأشراف ولا يشاركونهم في العبادة الخاصة بالمدينة ، فلم آلهة خاصة بهم .

العلاقة بين الطبقتين لم تكن هادئة وقامت ثورة 494 ق.م فنالت طبقة العامة بعض الحقوق السياسية ، بإشتراكهم في المجالس العامة ، والتشريعية وحق تولي المناصب العامة والدينية ، ولهم الحق في الزواج من الأشراف ولذلك أصبحوا مواطنين رومانيين الى أن خرج قانون الألواح الإثني عشر فأصبح الكافة خاضعين لقانون واحد وزالت كل تفرقة بين أشراف وعامة في القرن الثالث قبل الميلاد .

في هذه المرحلة التاريخية عرفت روما نظامين من الحكم ، الحكم الملكي وذا طابع شخصي وطابع ديني و الملك هو الذي يقود الجيوش في الحرب ويوزع الغنائم ويتولى القضاء العسكري ، ولم يكن له إختصاص تشريعي وله مجلس شيوخ ومجالس شعبية لمشاركته في الإختصاص السياسي .

ثم تحولت روما الى النظام الجمهوري ، ويرجح بعض الشراح بأنه كان نتيجة ثورة العامة على الأشراف . تعددت المؤسسات في العصر الجمهوري التي تمارس السلطة

(1) د. محمد على العافورى ، التنظيمات القانونية القديمة ، ص 287.

السياسية . فبدلاً عن الملك وجد الحكام وهم متعددون ، وبجانب مجلس الشيوخ ،  
ومجالس شعبية متعددة .

فالحكام شملوا القنصلان والمحققون والرقيبان المحصبان والمحتسبان ، والبريتوران ونقباء  
العامة .

تمثلت مصادر القانون القديم في العرف . التشريع . الفقه . قانون الشعوب . القانون  
البريتوري (1).

وتوضح هذه المصادر بالتفصيل الآتي :

1. **العرف** . هو المصدر الرئيسي للقاعدة القانونية واستمر كذلك لفترة طويلة جداً حتى بعد  
ظهور التشريع في عصر الجمهورية وما بعدها . لم تكن القواعد العرفية مكتوبة ، ولا مألوفة في  
العصر الملكي ، ولذلك فإن القانون لم يكن منشوراً وأقتصر العلم به على فئة الكهنة ورجال  
الدين ، يرأسهم الملك ، فتولوا الحفاظ على القانون وعلى سرّيته وقاموا هم أنفسهم بتطبيقه ،  
وكان ذلك من الأسباب التي دفعت العامة في العصر الجمهوري الى المطالبة بكتابة القانون  
ونشره .

2. **التشريع** . ظهر في عصر الجمهورية ، فلم تظهر لدى الرومان الحاجة الى التشريع إلا  
فيما يتعلق ببعض الشؤون العامة في تنظيم الشرع الروماني القديم على تنظيم مسائل ذات طابع  
سياسي .

أهم التشريعات التي صدرت في مرحلة القانون القديم هو الألواح الإثني عشر سنة 450 ق.م،  
وظل سارياً حتى عصر الإمبراطور جستينان . وسنتناولها لاحقاً .

---

(1) المرجع السابق ، ص 309.

هنالك نوعان من التشريع ، تشريع صادر بموجب إقتراح وهو يتم التصويت عليها داخل المجالس ، وتشريع صادر بموجب منحه وهو التشريع الذي يصدره أحد الحكام أو القواد العسكريين الذين فوضهم مجلس الشيوخ أو الشعب .

يتكون التشريع من مقدمة ونص موضوع التصويت والجزاء .

### قانون الألواح الإثني عشر .

يعتقد أغلب الشراح على أن نصوص هذا القانون قد حفظت في أعمال وكتابات القدماء الذين تناولوه بالشرح أو التعليق كالأعمال الأدبية لشيثرون (Ciceron) وأولواجيل (Aulugelle) والشروح الفقهية لسيكنوس البيوسي (Seklus) ولابيو (Labea) وجابوس (Caius) <sup>(1)</sup> .

صدر قانون الألواح الإثني عشر لتحقيق أهداف معينة سعى إليها العامة بكل جهودهم كمبدأ علانية القانون فلا يظل حكراً للكهنة ، وتحقيق المساواة بين العامة والأشراف في الحقوق العامة والواجبات ، وتوضيح وتفسير ما كان غامضاً من قواعد عرفية . فشملت الألواح الثلاثة الأولى على إجراءات الدعاوى المختلفة ، واشتمل اللوحان الرابع والخامس على حقوق الإنتفاع والملكية ، أما الألواح من الثامن حتى الثاني عشر فقد نظمت العقوبات .

### 3. الفقه .

يطلق على مجمل آراء وأفكار علماء القانون (الفقهاء) فالفقه لا ينشئ القاعدة القانونية إنما يوضحها ويفسرهما ويبين أساسها الفكري وبعدها الإجتماعي .

ساهم الفقه في تطوير القواعد العرفية ومواءمتها مع الظروف والحاجات الجديدة خاصة فالقانون القديم ومن أبرز تأثيراته جعل سلطة الزوجية إختيارية من العرف القديم تدخل بموجب عقد الزواج تحت سلطة زوجها إذا كان متمتعاً بصفة رب الأسرة حيث أنه وحده يتمتع بالشخصية القانونية أو تدخل تحت سلطة رب الأسرة الذي ينتمي إليها زوجها إذا لم يكن متمتعاً بصفة رب

(1) د. محمد على العافورى ، التنظيمات القانونية القديمة ، ص 315.

الأسرة ، فاصبح للزوجة بفضل الفقه حق إختيار الدخول تحت سلطة رب أسرة الزوج أو أن تبقى خاضعة لسلطة رب أسرتها هي (1).

أيضاً إرساء مبدأ حرية الإيضاء ، وكانت القاعدة أن من ليس له ولد هو وحده القادر على الوصية ، فأباح الفقه حتى لمن له أولاد حرية الإيضاء على أن ينص في وصيته على نصيب أولاده في التركة أو على ما إذا كان يريد حرمانهم أو حرمان أحدهم منها .

أيضاً خلق الفقه صور جديدة للعقود ، كعقود القرض الذي يتم بغير طريق الإشتراط والعقد الكتابي الذي يتم بقيد الدين في سجل الدائن .

#### 4. قانون الشعوب (2).

كانت القاعدة لدى الرومان أن قانون المدينة لا ينطبق إلا على الرومان دون غيرهم ، وذلك لإرتباط القانون بدين سكان المدينة ، أما غيرهم فلا يمارسون نفس العبادة فلا يتمتعون بحماية نفس القانون ، أضف الى أن الأجانب يعتبرون أعداء لا حماية قانونية لهم . بإستثناء بعض الأجانب الداخلين في معاهدة مع روما أو في علاقتهم بالموالاة لأحد الرومان فلهم حماية مؤقتة .

بإتساع مدينة روما ودخول الأجانب والتعاملات التجارية فقد دخلوا في علاقات ومعاملات مع الرومان ، فظهرت الحاجة الى إيجاد نوع من القضاء والفصل في منازعاتهم فيما بين الأجانب والرومان أو بعضهم البعض ، فأنشأ الرومان وظيفة بريطور الأجانب سنة 242 ق.م للفصل في المنازعات .

لم يكن للبريتور نصوص قانونية معينة يستطيع تطبيقها ، فلا يطبق قانون المدينة على الأجنبي ، ويمثل أمامه متقاضان متعددي الجنسية ، لذلك إجتهد بريطور الأجانب في البحث عن قواعد للعدالة للقضاء بين الخصوم ، مستمداً هذه القواعد من الأعراف والتقاليد التجارية عند

(1) المرجع السابق ، ص 324.

(2) المرجع السابق ، ص 326.

المجتمعات المجاورة ، والعناصر المشتركة في نظم البلاد المختلفة ، ومن مجموع هذه القواعد التي أوجدها بريطور الأجانب نشأ قانون الشعوب ، فاتسم هذا القانون بالبساطة والوضوح لتحرره من الشكليات مما ساعد على تطور القانون الروماني بوجه عام . وتغلب على قانون المدينة الشكلي ، كما أندمجت قواعد قانون الشعوب في القانون المدني عندما زالت شكليته ، وأصبح يطبق على سائر الرومان كما في عصر الإمبراطورية إشتهل قانون الشعوب على أحكام جديدة لطرق كسب الملكية بالتسليم والإضافة والإستيلاء ، وبعض الحقوق العينية كالحكر والرهن غير الحيازي ، ومبدأ الغرم بالغرم والظروف المشددة في العقاب في حالة العدوان والسرقة بالإكراه وكذلك عرف العقود الرضائية.

#### 5. القانون البريتوري .

هنالك بريطوران ، الأول هو بريطور المدينة ، وهو يختص بتطبيق القانون ونظر الدعاوى التي تُعرض أمامه . وهو أحد حكام المدينة يصدر أوامره التي يلتزم بها الأفراد . أما الثاني فهو بريطور الأجانب كما هو في قانون الشعوب .

بريطور المدينة له سلطة سيادية ، وله منشور دائم كمصدر للقاعدة القانونية في العهد القديم ، وله وسائل يتدخل بها شخصياً لسير العدالة منها الأوامر والتعهدات البريتورية ، والتمكين من الحيازة ورد الشيء الى أصله وأخيراً منشور البريتور (1) .

ويمكن أن نلخص خصائص القانون القديم بأنه قضاء خاص ذو طابع شكلي وعدم وجود نظرية للقانون وذلك لأن القانون في هذه المرحلة لا يزال في مرحلة النشأة فضلاً عن المجتمع الروماني قد كان بسيطاً لم تنقد فيه العلاقات الإجتماعية بشكل يدعو الى ضرورة تنظيم هذه العلاقات ووضع أسس ثابتة لها ، كما أن الميل الطبيعي لدى الرومان الى العمل وليس النظر ، فاتجه قانونهم الى وضع حلول لنزاع دوره وضع نظرية مجردة ومع ذلك فإن هذه الحلول قد

(1) المرجع السابق ، ص 330.

تطورت لاحقاً بني عليها صرح القانون الروماني الذي إستخرجت منه أغلب النظم القانونية الحديثة .

### الطور الثاني : العصر العلمي .

يعتبر هذا عصر ، عصر نضوج القانون الروماني ، ففيه نشأت نظرية القانون وفيه بلغ القانون أوج تقدمه .

لقد قوى شأن روما واشتد نفوذها الى الأقاليم المحيطة بها داخل إيطاليا ثم تجاوزها الى الدول المجاورة حتى تكونت إمبراطورية رومانية شاسعة شملت أغلب بقاع روما والجزء المتاخم لأسيا حتى الخليج العربي وكل شمال أفريقيا . هذا التوسع مكن روما من زيادة مواردها وبربطها بفكر وثقافة الأقاليم المفتوحة خاصة الحضارة الإغريقية وفلسفتها ، وانعكس ذلك على حضارة وفكر الرومان وعلى أنظمتها السياسية والقانونية . درس فقهاء القانون الروماني المنطق والبلاغة والسياسة وعلم النفس وعلم ما وراء الطبيعة على يد الفلاسفة الإغريق ومن أبرز مظاهر تأثير القانون الروماني بالفلسفة اليونانية القديمة (1):

1. التمييز بين القانون العام والقانون الخاص .

2. التمييز بين القانون المدني وقانون الشعوب والقانون الطبيعي .

كما تعددت الإصلاحات الإجتماعية والسياسية التي شملت الأوضاع الإجتماعية طوائف المدينة سواء كان مجلس الشيوخ أو الفرسان أو طبقة الفقراء . وقد تمكن القيصر من السيطرة على مقاليد الحكم في الدولة الرومانية ، وبعد مقتله تردت روما الى حالة من الفوضى ، وتكونت لجنة ثلاثية من ورثته عام 43 ق.م وهم أوكتافيوس وأنطونيوس وليبد لإعادة النظام الجمهوري وكانت للجنة سلطات واسعة في التشريع والقضاء والسلطات العسكرية والإدارية ولكن إختلفوا ، وقتلوا ولم يبقى إلا أوكتافيوس حاكماً على الدولة ، ولقب اسمه أغسطس أي المقدس

(1) المرجع السابق ، ص 342.

وسلب الهيئات السياسية سلطاتها وانتهى النظام الجمهوري وأصبح إمبراطوراً حتى 284 ميلادية

مر عصر الإمبراطورية بمرحلتين الإمبراطورية العليا والإمبراطورية السفلى يبدأ بحكم الإمبراطور دقلديانوس وينتهي بحكم الإمبراطور جستنيان ( إمبراطور الشرف ) سنة 565 ميلادية ويتسم نظام الحكم بخصيصتين أساسيتين مشتركتين :

**الأولى :** فقدان الهيئات السياسية القائمة والمجالس الشعبية ومجلس الشيوخ والحكام لسلطاتهم الفعلية وتحولها الى مجرد مراكز شرفية .

**الثانية :** تركيز السلطات الفعلية في يد الإمبراطور ، فكان هو الكاهن الأعظم وقاضي القضاة، والقائد العسكري وحارس سلطات القنصل في كل أرجاء الدول ، وإختصاص الرقيب على الأخلاف ومراجعة قوائم رجال السياسة والقضاة (1) .

لم تكن جهود الرومان في الممارسة العملية وحل القضايا ، ولكنهم قد تمكنوا من أن يبتدعوا شيئاً كان مجهولاً في كافة النظم القديمة حتى عند الإغريق أنفسهم وهو الأدب القانوني .

إنفردت روما بوضع طبقة من الفقهاء في خدمة القضاء ، حيث كانوا يقدمون إستشاراتهم للقضاة ، فضلاً عن كتبهم ومؤلفاتهم ذات الأنواع المختلفة في القانون كالإستشارات والأسئلة وتجميعات مختلفة عالجت القانون المدني في مجموعة تم الملخصات التي جمعت شروح منشورات البريتور أو النصوص المختلفة (2) . وبدعمها الفقه الذي أصبح المصدر التالي لها في الأهمية .

يقصد بالداستير الإمبراطورية الوسائل التي كان يعبر لها الإمبراطور عن إرادة ويضع قواعد قانونية وهي أربعة أشكال ، المنشورات ، والقرارات أو الأحكام ، والتوجيهات أو الفتاوى ، وأخيراً التعليمات .

(1) المرجع السابق ، ص 354.

(2) المرجع السابق ، ص 359.

أما الفقه بإعتباره المصدر الثاني في العصر العلمي ، عصر إزدهار الفقه ، فقد ساهم في نشأة نظرية القانون ، فالفقيه قد أصبح رجل العصر ، كان رائد الحركة القانونية لأنه مؤسس المنطق القانوني المبني على الإستنتاج والرأي ، وهو يسهل إجراءات التقاضي ، بل يسهم في إستتباط الأصول العامة التي تتفرع عنها أحكام القانون ، وكل ذلك كان في عهد الإمبراطورية العليا ، أما في عهد الإمبراطورية السفلى ، عندما تولى الإمبراطور دقلديانوس السلطة 284 ميلادية وينتهي بوفاة الإمبراطور جيسستيان سنة 565 وهو عصر أفول القانون الروماني ففيه بدأت الإمبراطورية في الإنحلال فانقسمت الى إمبراطورية شرقية عاصمتها القسطنطينية وإمبراطورية غربية عاصمتها روما .

كما دخلت الديانة المسيحية الى الأمبراطورية نهاية القرن الرابع الميلادي وأثرت على أحكام القانون الروماني ومن ذلك (1):

1. إهلاء الطابع الأخلاقي على القواعد القانونية وإعطائها بعداً إنسانياً .
  2. إدخال نظم وأحكام قانونية جديدة لم يعرفها القانون الروماني لموانع الزواج، والإعتراف ببنوة الأبن الطبيعي، وإدخال نظام القضاء الكنسي.
- إعترى الفقه الركود الى حين صدور مجموعات جستيان عندما تولى حكم الإمبراطورية الشرقية 527 . 565م وقد أولى العمل العلمي إهتماماً كبيراً ، بجمع التراث القانوني الروماني في مجموعات إعطاها الصفة الرسمية .، شملت الدساتير السابقة ، وكذلك سائر القواعد القانونية التي نشأت عن المصادر الأخرى ، وأطلق على هذه المجموعات مجموعات القانون المدني وهي أربعة ، مجموعة الدساتير ، مجموعة النظم ، الموسوعة وأخيراً مجموعة الدساتير الجديدة .

هذه المجموعات خاتمة التطوير بالنسبة للقانون الروماني ، فقد إنقسمت الإمبراطورية فى عهد جستيان الى إمبراطورية غربية تخضع لحكم القبائل الجرمانية وإمبراطورية شرقية (البيزنطية

(1) المرجع السابق ، ص 377.

والأغريقية) ، حلت فيها اللغة اليونانية محل اللغة اللاتينية ، ولذلك لم يكن هنالك مجالاً لتطور القانون الروماني .

الجدير بالذكر أن القانون الروماني في الغرب لم يكن هو نفس القانون الروماني كما جمعه جسيبيان ، وإنما هو المدون في مجموعة تيو دوز ومجموعة الملك الأريك الثاني ملك القوط الغربيين في جنوب فرنسا .

ثم ظهرت حركة البعث العلمي للقانون الروماني شملت أغلب بلاد أوروبا ، وبدأت بحركة الشرح على المثون ، تمخضت عنها مدرستين التاريخية والوضعية في القانون الروماني (1).

---

(1) المرجع السابق ، ص 385.

## الفصل الثاني

### الشريعة الإسلامية كنظام قانوني وخصائصها المميزة

#### مقدمة

أن هذا الفصل يمثل العمود الفقري لموضوع البحث حيث تم بحث الشريعة الإسلامية في الفصل السابق بأنها واقعة تاريخية وظاهرة إجتماعية من ناحية فاعليتها وأسبابها وآثارها ، بإعتبارها كانت نتاج عوامل وظروف إجتماعية وقد كان لها تأثيرها في البنيان الإجتماعي والإقتصادي والسياسي للدولة الإسلامية الأولى بالمدينة المنورة وقد رأينا مدى الإرتباط الوثيق الكلي وجوداً وعدمياً بين شخصية الرسول ﷺ وبالذعوة الإسلامية والمجتمع الإسلامي وظاهرة الشريعة الإسلامية التي كانت أداة لتحقيق القيم التي جاءت بها الدعوة الإسلامية وإستجابة للحاجات الإجتماعية والإقتصادية والسياسية والتنظيمية فإن الدعوة الإسلامية حقيقة كما ذكر أستاذنا دكتور عفيفي هي العامل الوحيد الديناميكي الذي وفرق ما بين مجتمع ما قبل الإسلام عن مجتمع ما بعد الإسلام ، وذلك بما جاءت به هذه الدعوة من فكر ومفاهيم ونظم وقيم وتنظيم كما أوضحناه من خلال بحث مضمونها وعناصرها .

أما بحث الشريعة الإسلامية كنظام قانوني يقتضي معرفة هذا النظام القانوني بالمفهوم المعاصر المرتبط بقواعد القانون المقارن التي تحتاج الى تنسيق وتنظيم وتقسيمات مختلفة كالقانون العام والخاص وما يندرج تحتها من فروع ، وكذلك الإستعانة بالطوائف القانونية التي تتمثل في التصرف القانوني والواقعة القانونية والعقود المسماة ، وتقسيم الجرائم ولا شك أن ذلك يؤدي الى تيسير عملية البحث من خلال تحليل النظم القانونية المتفرقة وبيان طبيعتها .

وعليه وعلى ضوء هذا سأبحث الشريعة الإسلامية ، ومن ثم نعرض الى القانون المقارن وماهيته والنظم القانونية المقابلة لهذه الشريعة الإسلامية التي هي موضع المقارنة الحقيقية مع بيان مفاهيمها وخصائصها بحيث تكون هذه الدراسة تمهيداً للباب الثاني الذي يتناول المقارنة بين

علم القانون وفقاً لتصور الشرائع السابقة وهل الشريعة الإسلامية تعرف هذه المفاهيم وكيف تعالج نظمها القانونية ، وهذا ما يدعونا الى بحث هذا الفصل في مبحثين .

المبحث الأول : خصائص المنهج التشريعي فى القرآن .

المبحث الثانى : خصائص القانون المقارن .

## المبحث الأول

### خصائص المنهج التشريعي في القرآن

#### تمهيد

موقف القرآن الكريم من الحضارة الإنسانية تمثل في ثلاث نقاط أساسية :

أولاً : أن التاريخ في نظر القرآن مركب تركيباً شمولياً فهو يقتصر في وحدة الإنسانية واستمرار تاريخها الإجتماعي في قوله تعالى : ( يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ مَرْقِبًا )<sup>(1)</sup> .

وقوله تعالى : ( يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ )<sup>(2)</sup> .

فالإسلام هدم فكرة الجنسية القائمة على فكرة الإشتراك في الجنس ليقوم بدلاً منها فكرة الجنسية القائمة في التصور الفكري للحياة . فمعيار التفرقة بين أفرادها وهو التقوى لا غير . فمفهوم التقدم في الإسلام هو إصلاح نفوس الناس وإخلاصهم وتقربهم من الله وليس التقدم في مظاهر المدنية . لذا الغاية الحقيقية في الإسلام هي الحياة الآخرة الجنة ورضوان الله . وللتدريج على هذه الغاية كانت تشريع العبادات .

ثانياً : أن تاريخ الإنسانية تاريخ متطور ، وهو تطور مستمر لأن التطور لا يغير الإستعدادات الطبيعية ، فالإنسان هو الإنسان من حيث التكوين البيولوجي ، فالتطور يكون من الفكر الإنساني نفسه ، فإرسال الرسل عليهم الصلاة والسلام الذين سبقوا ظهور الإسلام ، من

(1) سورة النساء ، الآية 1 .

(2) سورة الحجرات ، الآية 13 .

وجهة نظر القرآن الكريم يتفق مع مراحل معينة من التطور الذهني والفكري في حياة الإنسان فكل رسالة تتطابق مع المستوى الذهني في عصرها (1).

فعندما أصبح الإنسان ناضجاً من الناحية الذهنية يستقبل آخر الرسالات ، فكانت رسالة الإسلام العظيمة بحيث تكون بمثابة قاعدة وأساس قانوني وأخلاقي وديني دائم . ولهذا يمكن للإنسان أن يستمر في تطوره دون أن يضل على هدى هذه الرسالة الشاملة الكاملة الى الناس أجمعين .

قال تعالى : (أَيُّومَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمِي وَمَرْضَيْتُ لَكُمْ الْإِسْلَامَ دِينًا) فالإسلام يتطابق مع المرحلة الأخيرة العالمية لهذا التطور لذلك كانت للإسلام عوامل ثابتة لا تتغير بتغيير الزمان والمكان وأخرى قابلة للتطور حسب الظروف والأحوال (2) .

**ثالثاً** : أن فكرة الدين في القرآن مرتبطة بالعلم والفكر والذكاء لحسن تقدم الإنسان وتطوره ، فلا تعارض بينهم . فالآيات القرآنية التي تعبر عن هذا كثيرة منها قوله تعالى : (إِن فِي خَلْقِ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَاخْتِلَافِ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ لآيَاتٍ لِّأُولِي الْأَبْصَارِ) (3) .

وقد ذكر أحد الفلاسفة الأهمية التي أعطت للعلم في القرآن (فإذا كان تاريخ ما قبل الإسلام كما قدمه القرآن تاريخاً للأنبياء فإن تاريخ ما بعد الإسلام تاريخ علماء) (4) .

هذا التصور الفلسفي للتاريخ في الإسلام ترتبت عليه آثار في غاية الأهمية على النظام القانوني في الإسلام إنعكست هذه النظرة على المنظام القانوني للقرآن وهذا ما يدعو لبحث الشريعة الإسلامية في هذا المبحث كنظام قانوني له خصائصه ومميزاته .

(1) إختيار الرسل ، ص 8.

(2) الإسلام دعوة عالمية ، ص 8 ، 9 .

(3) سورة آل عمران ، الآية 190 .

(4) العالمية ، ص 32 ، 33 .

## خصائص المنهج التشريعي والقرآني

كما ذكرت فإن نظرة الإسلام الى الحضارة الإنسانية وللعالم ككل على ضوء فكرة الوحدة الإنسانية واستمرارها وتطور الفكر الإنساني ثم إرتباط الدين الإسلامي بالعلم والفكر أثرت هذه العوامل على المنهج التشريعي في القرآن فكانت له هذه الخصائص المتفقة مع تلك النظرة كما يلي (1) :

**أولاً** : الصفة العالمية للنصوص القانونية .

**ثانياً** : المنهج التجريبي والعملي .

**ثالثاً** : قلة النصوص التشريعية الخاصة بالأنظمة القانونية بالمعنى الضيق

**رابعاً** : فن الصياغة القانونية في النصوص التشريعية .

**خامساً** : توجيه السياسة التشريعية .

**سادساً** : شرع ما قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ .

**أولاً** : الصفة العالمية للنصوص القانونية في القرآن .

هنالك أدلة من القرآن الكريم والأحاديث النبوية على بيان أن النصوص الشرعية عالمية ليست محصورة في جزيرة العرب أو آسيا بل للعالم أجمع .

أما نزول شريعة الإسلام ، مقارنة ما قبلها من الشرائع فهي شريعة كاملة التكوين محكمة البناء ، مسايرة لجميع الأزمنة ، متناسقة ، متجددة ، وافية بحاجات ومصالح جميع الناس (2) نزل بها كتاب عالمي ، على رسول أمي ، فيقول رب العالمين في وصف القرآن الكريم : (بَارِكِ الَّذِي نَزَّلَ الْفُرْقَانَ عَلَى عَبْدِهِ لِيَكُونَ لِلْعَالَمِينَ نَذِيرًا) (3) . ووضح رب العزة سبحانه وتعالى

(1) د. عفيفي عجلان ، النظرية العامة للفقہ الإسلامی وخصائصه الذاتية المتميزة ، دار النهضة المصرية ، ط 1 ، 1989م ، ص 186.

(2) د. محمد يوسف حنفى ، الإسلام دعوة عالمية ، ص 80.

(3) سورة الفرقان ، الآية 1.

عالمية القرآن الكريم ، وبيّن سمة العموم والشمول فيه ، فقال : (إِنَّ هُوَ إِلَّا ذِكْرٌ لِلْعَالَمِينَ)<sup>(1)</sup> وقد أمر الله الناس جميعاً ، بإتباع القرآن ، لأنه أحسن ما أنزل إليهم من ربهم ، فقال : (وَاتَّبِعُوا أَحْسَنَ مَا أُنزِلَ إِلَيْكُمْ مِنْ رَبِّكُمْ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَأْتِيَكُمُ الْعَذَابُ مُبْتَغًّى وَأَنْتُمْ لَا تَشْعُرُونَ )<sup>(2)</sup> .

ويقول تعالى في وصف الرسول ﷺ ودعوته العامة الخالدة : (مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِنْ رِجَالِكُمْ وَلَكِنْ رَسُولَ اللَّهِ وَخَاتَمَ النَّبِيِّينَ)<sup>(3)</sup> ، ويقول أيضاً : (وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا كَفَّةً لِلنَّاسِ بَشِيرًا وَنَذِيرًا وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ)<sup>(4)</sup> (لَا رَحْمَةَ لِلْعَالَمِينَ )<sup>(5)</sup> .

فالتشريع الإسلامي عالمي عام ، لم تقف أحكامه ومبادئه عند إقليم معين ، أو زمان محدد ، وإنما خاطب الإنسانية كلها على إختلاف أجناسها ، ولغاتها ، وأقاليمها ، ووضع نظاماً محكماً ودقيقاً يكفل مصالح الأفراد والجماعات ، ويعطي الحوادث المتجددة ، ما يناسبها من أحكام ، فيها من المرونة والحيوية، ما يجعلها قادرة على مواجهة كل مشاكل الحياة المتطورة.

ومن الآيات الدالة على عالمية النصوص قوله تعالى : (قُلْ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنِّي رَسُولُ اللَّهِ إِلَيْكُمْ جَمِيعًا الَّذِي لَهُ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ يُحْيِي وَيُمِيتُ فَأَمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ النَّبِيِّ الْأُمِّيِّ الَّذِي يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَكَلِمَاتِهِ وَاتَّبِعُوهُ لَعَلَّكُمْ تَهْتَدُونَ)<sup>(6)</sup> .

أي أن الرسول لجميع البشر من كل جنس ولون وفي كل وقت وزمن إني رسول الله إليكم جميعاً .

(1) سورة التكوير ، الآية 27.

(2) سورة الزمر ، الآية 55 .

(3) سورة الأحزاب ، الآية 40 .

(4) سورة سبأ ، الآية 28.

(5) سورة الأنبياء ، الآية 107.

(6) سورة الأعراف ، الآية 158.

وقوله تعالى : (الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَمَرْضَيْتُ لَكُمْ الْإِسْلَامَ دِينًا) فهذا بيان كافٍ لعموم البشر .

كما أن الناظر للشريعة الإسلامية يجدها تعتمد على طبيعة الإنسان في جميع أحكامها وتشريعاتها ، ما يخص الإنسان في معاشه ومعاده ، وكل ذلك من أجله لترقيته ، والأخذ بيده ، وتحفظ عليه خصائصه الإنسانية ، وتمييزها ، ووثبثها ، وترسم له المنهج السليم . فكل أحكام العبادات ، والمعاملات ، والأخلاق واردة في القرآن بأسلوب يعم جميع الناس ، فليس فيها صفة طائفية أو إقليمية . ولكن لما كان الناس لا يؤمنون بالرسالة جميعاً فكانت إقليمية بحسب موقع الدول التي آمنت بها .

أن هنالك أدلة عملية وفعالية في كتب رسول الله التي أرسلها الى الملوك والرؤساء يدعوهم جميعاً الى الإسلام فالحديث الذي رواه أبوهريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : (أن مثلى ومثل الأنبياء من قبلي ، كمثل رجل بنى بيتاً ، فأحسنه وأجمله ، إلا موضع لبنة من زاوية ، فجعل الناس يطوفون به ، ويعجبون له ، ويقولون هلا وضعت هذه اللبنة ، فأنا اللبنة ، وأنا خاتم النبيين ) (1) .

أيضاً روي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ (أعطيت خمسا لم يعطهن أحد من الأنبياء قبلي ، نصرت بالرعب مسيرة شهر ، وجعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً ، فأیما رجل من أمتي أدركته الصلاة فليصل ، وأحلت لي الغنائم ، ولم تحل لأحد قبلي ، وأعطيت ثلاثاً ، وكان النبي يُبعث الى قومه خاصة وبعثت الى الناس عامة) ، وجاءت بروايات مختلفة (وبعثت الى كل أحمر وأسود) ، (وبعثت الى الخلق كافة) (2)

أما الأدلة الفعلية الدالة على العالمية الدعوات التي وجهها النبي (ص) الى ملوك وأمراء البلاد المجاورة فعلى سبيل المثال للبعثة الداخلية بعث الرسول (ص) عمرو بن العاص الى جيفرو

(1) صحيح البخارى ، ص400.

(2) كتاب اليتيم رقم الحديث ، المرجع ص 335 ، 403 .

وعبد أبنى الجندى ، ملكى عمان . وقد جاء فى كتابه الیهما قوله (ص) (فأنى رسول الله الى الناس كافة ، لأنذر من كان حياً ويحق القول على الكافرين) ، فكان ردهما عليه ﷺ رداً حسناً وأسلما<sup>(1)</sup> . أما البعثة الخارجىة فارسىة فرسل الرسول ﷺ الذى حملوا كتبه (ص) الى كبار الملوك منها بعث النبى ﷺ دحىة بن خلىفة الكلبى الى هرقل قىصر الروم ىحمل إلیه كتاباً من النبى ﷺ هذا نصه :

بسم الله الرحمن الرحمن

من ملىم رسول الله الهه مر قلا عظمى الروم

سلام على من إىبع الهدى

أما بعد : (فأنى أءعوك بداعىة الإسلام أسلم تسلم ىؤىتك الله أءرك مرىتىن ، فان تولىت فعلىك إىم الأرىسىن)<sup>(2)</sup> .

أخلص عما عبر به الرسول ﷺ والقول والفعل وا إبراء لءمته وتبلىغه للرسالة تبلىغاً رسمياً عاماً فى خطبته الجامعة فى حجة الوداع ، وقال فى النهایة (اللهم هل بلغت ، أءاب الناس من كل صوب ، نعم ، قال ، الله فاشهد).

بما أن هذه الدعوة الإسلامىة تحمل فى طىاتها كل النصوص القانونىة القرآنىة التى تتجه الى كل إنسان فى أى مكان وفى أى زمان من خلال تلك الأسانىد والأءلة سابقة الذكر ىهمنى من الناحىة القانونىة أن نبءث من هم الأشخاص الذىن تطبق علیهم هذه النصوص من جانب ومن جانب آءر المءى الزمانى والمكانى لهذه النصوص فى الواقع والتطبیق فى النقاط التالىة :

1. تطبیق النصوص القانونىة على الأشخاص . تطبق على الأفراد الذىن ىمثلون المجتمع الإسلامى ومن ىقیمون فى دار الإسلام لا فرق بىن رىس ومروؤس ولا بىن غنى وفقىر

(1) د. محمد ىوسف حفىنى ، الإسلام دعوة عالمىة ، 158.

(2) المرجع السابق ، ص161.

ولا بين مسلم وذمي . فالكل أمام القانون سواء فمبدأ المواطنة هو شرعية تطبيق هذه النصوص على أفرادها .

2. تطبيق النصوص القانونية من حيث الزمان . الأصل في القاعدة المدنية تطبيق فورياً

حتى ولو كانت تمس عقوداً عقدت قبل صدورها ، بمعنى رجعية القاعدة المدنية ، أما القاعدة الجنائية لا تطبق بأثر رجعي مثال زواج المقت ، جاءت النصوص القرآنية بتحريم هذا الزواج بعد أن كان جائزاً في العصر الجاهلي ، قال تعالى : (وَلَا تَكْفُرُوا مَا كَفَّ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا) (1) ، إذن لهذا النكاح شقين إحداهما جنائي وهو تجريم نكاح زوجة الأب ، فلم يطبق حكم النص بأثر رجعي بل لا يُطبق إلا على الوقائع التي حدثت بعد العلم به أي بعد نزول النهي .

أما الشق المدني الآخر هو بطلان عقد نكاح زوجة الأب الذي كان قائماً ويتم التفريق بين الأزواج الذين سبق وأن تزوجوا بزيجات آبائهم ، حيث أصبحت محرمة .

مثال آخر تحريم نكاح الأمهات والبنات وغيرهن من المحارم بعد نزول آية المحرمات ، فالحكم منح الزيجات التي عقدن عليهن قبل نزول آية التحريم ، ولا تطبق القاعدة الجنائية ومع ذلك هنالك إستثناءان بالنسبة لعدم تطبيق القاعدة الجنائية بأثر رجعي هما (2):

الأول: تطبق القاعدة الجنائية على الجرائم الخطرة التي تمس الأمن العام والنظام العام كجريمة الحراية أي قطع الطريق وجرائم القذف .

الثاني: إذا كان تطبيق القاعدة الجنائية الإسلامية في صالح المتهم بعد ارتكاب الجريمة وقبل صدور الحكم وقبل التنفيذ .

(1) سورة النساء ، الآية 22.

(2) د. عفيفي عجلان ، النظرية العامة للفقهاء الإسلامى وخصائصه الذاتية المتميزة ، دار النهضة المصرية ، ط1 ، 1989م ، ص 190.

3. تطبيق النصوص القانونية من حيث المكان . رغم عالمية النصوص ولكن لا تطبق الشريعة الإسلامية إلا على الأقاليم والبلاد المسلمة التي دخلها الإسلام ، إذن الظروف والضرورة جعلت منها شريعة إقليمية لذلك قسم فقهاء الإسلام البلاد الى دار إسلام ودار حرب فالأولى هي التي دخلها الإسلام وسكانها مسلمون الذين آمنوا بالدين الإسلامي ، وذيون غير المسلمين الذين يلتزمون بأحكام الإسلام وبقانون إقامة دائمة في دار الإسلام ولهم حرية معتقداتهم سواء كانوا مسيحيين أو يهود أو مجوس أو غير دينيين . فهؤلاء بجميع طوائفهم معصومي الدم والمال والعرض ، فالعصمة في الشريعة بسببين الأيمان والأمان بمعنى الإيمان بالإسلام والأمان هنا العهد أو عقد الذمة ، والذي يجب ملاحظته لا يلزم هنا الذمي بكل أحكام الإسلام ، وإنما يلزم فقط بما لا يتعارض مع معتقده الديني ، فيؤخذ بأحكام الإسلام في ضمان النفس والمال والعرض وتقام عليهم الحدود فيما يعتقدون تحريمه كالسرقة أو شرب الخمر (1) ، أما الثانية أي دار الحرب هي البلاد غير الإسلامية وليس بينها وبين دار الإسلام عهد أو ميثاق وإلا نفذ العهد ووجب الوفاء به ، هؤلاء الحربيون غير معصومين الدم والأموال وليس لهم أن يدخلوا دار الإسلام بدون عهد أو ملأن وإلا قتلوا وصودرت أموالهم، كما يجوز أسرهم والعفو عنهم ، ونفس هذه الأحكام إذا دخل المسلم دار الحرب فماله ودمه وعرضه مباح للحربيين إلا إذا استأمن أو استأذن .

ثانياً : المنهج التجريبي والعملية .

بموجبه نشأ لتأبي حاجات المجتمع وفقاً للسياسة الشرعية التي يتبعها المشرع عند تحديد الأهداف والأغراض .

لقد سلك الفقهاء الإسلام مسلكاً علمياً بناءً على فن قانوني محدد وذلك بربط القاعدة الشرعية بالمصلحة وجوداً وعندما لتحقيق تلك الأهداف . وذلك بتعليل النصوص التي تستنبط منها القواعد القانونية .

(1) المرجع السابق ، ص192.

أوضح التشريع القرآني أن هذه القاعدة الشرعية المستتبطة مرتبطة بالمصلحة العامة للناس وأن الغرض الوحيد من التشريع خير الإنسانية سواء تحقيق مصلحة عامة معينة أو منع شر معين قال تعالى (إن الله يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر) واستخلصوا مبادئ منها :

1. حيث توجد المصلحة فذلك شرع الله .
2. يجب إبطال القاعدة القانونية إذا ظهر تغيير سبب وجودها أو تحقيقها غير ممكن مثل وقف سهم المؤلفة قلوبهم .
3. إذا كان هنالك عملاً مباحاً ثم صار ضاراً يصبح غير شرعي لتفادي الضرر. ومبدأ سد الذرائع تطبيقاً لهذه القاعدة , كما حقق الإمام الشاطبي في موافقاته أن تكاليف الشريعة ترجع إلى حفظ مقاصدها في الخلق كما سنرى.

بينت النصوص القرآنية أن الأصل في الأشياء الإباحة وحصرت المحرمات بخلاف المباحات فهي طلق.

دور القانون إذن أن يساعد الناس على إيجاد الحلول السهلة دون أن يعقد الحياة الاجتماعية ومن هنا كان المبدأ الأصولي أن القوانين لا تجب أن يكون وطأها ثقيلاً على الناس (ربنا لا تحملنا ما لا طاقة لنا به ) لذلك لا يكلف المكلف إلا بما يطيق.

إن المشرع الإسلامي في بحث دائم عن العدالة سواء كانت في معناها العام (العدل) أو معناها الخاص البديل والعيوض في المسائل المدنية وفي هذا يقول ابن تيمية (عندما يحرم المشرع معاملة من المعاملات فإنه لا يقصد ويهدف إلا غرض واحد وهو تحقيق العدل ومنع الظلم حتى ولو كان ضئيلاً, ومن هنا كان تحريم أكل أموال الناس بالباطل والربا والميسر وبيع الجاهلية .

في هذا النطاق قام الفقهاء بالبحث والاجتهاد وفق فن قانوني في صناعة القاعدة القانونية لحل المسائل والأقضية المتجددة والمستحدثة التي تستجيب لحاجات الناس في كل زمان ومكان .

هناك أدلة من القرآن الكريم والأحاديث النبوية على بيان أن النصوص الشرعية عالمية ليست محصورة في جزيرة العرب أو آسيا بل للعالم أجمع له نصيب فيها .

### ثالثاً: قلة النصوص الخاصة بالأنظمة القانونية بالمعنى الضيق

الأنظمة القانونية كالزواج والميراث والمعاملات والجنايات... الخ ، فإن النصوص القانونية الخاصة بهذه الأنظمة قليلة العدد وقد قدرت بحوالى خمسين الى خمسمائة آية من جملة آيات القرآن التى عددها 6342 آية وحوالى ألف أو ثلاثة آلاف حديث من بين الثمانية آلاف حديث فى صحيح البخارى .مع ملاحظة أن جزءاً كبيراً من الأحاديث يكرر تلكم الأحكام التى وردت بالقرآن أو يشرحها.وقد عبر الفقيه الإمام الشاطبى عن هذه الملاحظة بقوله (إن القرآن تكلم عن هذه الأحكام وهذه النظم القانونية من حيث المبدأ وإن السنة تحدثت عنها من حيث التطبيق).

إن إختلاف العلماء فى توسيع أو تضيق آيات الأحكام مرده فهم مدلولاتها لان بعضها تناولت الأخلاق كجزء من الأحكام الفقهية الشرعية.

ترتب على ذلك ميزات أبرزها (1):

1. هذه النصوص القانونية الخاصة بالأحكام الفقهية شيدت هذا البناء الضخم للنظام القانونى الإسلامى.

2. الجهد العظيم لفقهاء الإسلام فى إثراء الفقه الإسلامى واستنباط أحكامه من هذه الآيات والأحاديث القليلة.وما ذلك إلا بسبب عالمية النصوص.

3. تشجيع وتسهيل التطور القانونى بسبب حرية الفقهاء بأخذ مصالح العصر سواء كانت إقتصادية أو سياسية أم إجتماعية. وكما قال استاذى دكتور عفيفى (إن هذا العدد الضئيل

---

( 1 ) د. عفيفى عجلان ، النظرية العامة للفقه الإسلامى وخصائصه الذاتية المتميزة ، دار النهضة المصرية ، ط1 ، 1989م ، ص 194.

من النصوص يعطى قدرة على حرية التحرك وإمكانية التطور، والاستجابة بسهولة لحاجات المجتمع بعيدا عن استبداد الحرف الميت وسلطة النصوص (1).

#### رابعاً: فن الصياغة القانونية فى النصوص التشريعية

تتميز الصياغة القانونية فى نصوص النصوص التشريعية فى القرآن أو فى السنة الشريفة بخاصيتين (2):

##### الأولى : خاصة العموم .

تتنزل الأحكام الشرعية بمناسبة وقائع أو حوادث معينة إلا أن هذه النصوص صيغت فى الفاظ عامة بمعنى لها قيمة القواعد العامة الصحيحة التى تطبق على كل الحالات المشابهة وعلى التى تحدث فى المستقبل وتواجه كل الاحتياجات والضرورات التى يمكن أن تأخذ أحكامها .

وبهذا يصبح كل نص قانونى فى القرآن والسنة له قيمة الفرض قابل لينتج عدداً غير محدود من القضايا لإثبات غيرها. وبالتالي يمكن إستنباط الأحكام الجزئية التفصيلية من تلك الأصول والمبادئ الكلية كما يظهر جليا فى القياس. ولهذه الخاصية إستثناء لا تطبق فى الحالات التى تفيد صيغتها بأنها قاصرة عليها لا يتعدى حكمها على غيرها. وقد أطلق الأصوليون على هذه الخاصية أن العبرة بعموم النص وليس بخصوص السبب.

##### الثانية : خاصة تنظيم ما من شأنه الدوام.

الغالب فى النصوص التشريعية جاءت مجملة وذلك بأن تترك التفاصيل لحاجات المجتمع حسب ظروف وأحوال الزمان والمكان ، وفى هذا إطلاق يد المشرع بحرية التشريع الملائم للمستقبل. ومع ذلك إذا كان التشريع متعلق بتنظيم خاص بطبيعة الإنسان أو طبيعة الكون فإن الأمر يقتضى أن يكون تنظيمه دائما حتى لا يكون عرضة للتغيير والتبديل، وهذا ما حدث فعلا لأحكام نظام الأسرة والإرث بخلاف ما حدث للنظام المعاملات التى تحكمها القواعد العامة

(1) المرجع السابق ، ص 195.

(2) المرجع السابق ، ص 366.

الكلية الصالحة لكل زمان ومكان كقوله تعالى (احل الله البيع وحرم الربا) (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) (ولكم في القصاص حياة).

لذلك قال فقهاء الإسلام أن الله خلق الإنسان والكون فهو يعلم بطبيعتها أكثر من أي كائن من كان، فلا يمكن أن نفكر أنه شرع قاعدة قانونية ضد هذه الطبيعة. أنظر في قوله سبحانه (وَأَنْ

أَقِمُّوْا وَجْهَكُمْ لِلدِّينِ حَنِيفًا وَلَا تَكُونُوا مِنَ الْمُشْرِكِينَ ) (1)

#### خامساً: توجيه السياسة التشريعية

حدد المنهج التشريعي في القرآن الأغراض والأهداف الأساسية التي يجب على المشرع أن يسعى لتحقيقها ، وأن ينشئ قواعد قانونية جديدة استجابة للحاجات الإجتماعية في مختلف العصور، و لايشك أحد في أهمية السياسة الشرعية لا في حياة الأمة المسلمة حيث إنها مارست السياسة منذ عهد النبي ﷺ بصفته قائداً وحاكماً ورئيساً للدولة الإسلامية في المدينة المنورة، وتمثل ذلك في تطبيقه ﷺ للحدود فكان يتحقق من فاعل الجريمة، ولا يعاقب إلا بتهمة وعند ظهور الدليل والبيئة.

تكمن أهمية العمل بالسياسة الشرعية لمسايرة التطورات الاجتماعية والوفاء بمتطلبات الحياة المتجددة، وذلك من خلال إستنباط الأحكام لما يستجد من الأحداث والوقائع في حياة الأمة وخاصة التي لا نجد لها نصاً شرعياً أو إجماعاً فنقيسه عليه بما يحقق مصلحة المجتمع وينفق في الوقت ذاته مع قواعد الشريعة الإسلامية دون الرجوع إلى القوانين والسياسات الوضعية التي تخالف القواعد الشرعية في كثير من الأمور (2) .

ونستطيع القول إن كل حكم قام على نص شرعي أو استند إليه في تحقيق المصلحة للأمة أو استهدف أي مقصد من المقاصد الشرعية المذكورة فإنني اعتبر سياسة شرعية ، وذلك لأن النصوص الشرعية قواعد محكمة لا تقبل التغيير ولا تختلف باختلاف الناس والأماكن

(1) سورة يونس ، الآية 105.

(2) المدخل الى السياسة الشرعية ، ص 67.

والعصور؛ ولأن تحقيق هذه المقاصد الشرعية تكمن فيها مصلحة الناس جميعاً ولذلك أنزلت الشريعة الإسلامية<sup>(1)</sup> ، كما أن السياسة الشرعية بأحكامها يجب أن تكون منبثقة من الأحكام التي تلقاها النبي محمد ﷺ عن ربه بحكم كونه نبياً مرسلًا إلى الناس قال تعالى: ( وَمَا يُطِيقُ عَنِ الْهَوَىٰ \* إِنَّ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ ) (2) .

وقد أعطى الشارع الحكيم إمام المسلمين مرونة في اتخاذ القرار المناسب في رعاية شئون المسلمين وفق روح الشريعة ومقاصدها العامة، مع الاستهداء بمعايير سد الذرائع والاستحسان ومراعاة فقه الأولويات والمرونة بين المقاصد والموائمة بين الواقع والمبادئ بقدر الإمكان وإشراك أهل الخبرة والاختصاص في سن القوانين، وبناءً على ذلك فإن الأحكام السياسية بما تحمله من صبغة دينية ومعايير شرعية تعتبر أحكاماً دينية ملزمة، لا يجوز لأحد مخالفتها، ولا مانع من توجيه النقد البناء والنصيحة للحكام إذا بدا في هذه الأحكام خطأ أو انحراف<sup>(3)</sup> ، قال تعالى: ( يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ ) (4).

سادسا : شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد نص ناسخ .

كما أوضحنا من قبل بأن نظرة القرآن لتاريخ الإنسان تاريخا واحدا ومتطور وإن إرسال الرسل صلوات الله عليهم يتفق مع التطور الذهني والفكري في حياة الإنسان.

النصوص التي تعرضت لشرع من قبلنا لم يخرج الأمر من الآتى :

إما أن تفرضها على المسلمين كما فرضتها الرسالات السماوية السابقة كفريضة الصوم . (يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون ) .

أو تتسخها وتبطل أعمالها وتثبت حكما جديدا على المسلمين كقوله تعالى (قل لا أجد فيما أوحى إلي محرما على طعام ) .

(1) عبد العال عطوه ، المدخل الى السياسة ، مرجع سابق ، ص 72 .

(2) سورة النجم ، الآيات 3 ، 4 .

(3) السياسة الشرعية في تصرفات الرسول المالية والاقتصادية، ص21.

(4) سورة النساء ، الآية 59.

أو أن تذكرها دون أن تتعرض لها بأمر أو نهى كقوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والإذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص).  
.

هنالك قسم لم يرد ذكره في القرآن الكريم فاستبعده بعض الفقهاء وقد دل عليه التواتر وتوسع في بيانه الإمام أبو حامد الغزالي وقد رجحه بعدم اعتباره دليلا أصلا من أصول أحكام الشريعة .

وإذا صح ما قرره شيخ أستاذي الإمام أبو زهرة في كتابه في أصول الفقه من أنه بالاستقراء للنصوص والآيات والأحاديث لا يوجد نص فيه حكاية عن السابقين إلا كان فيه ما يدل على الخصوصية وبالتالي فليس حكما شرعيا لنا كما في قوله تعالى (وعلى الذين هادوا حرمنا كل) أو ما يدل على العموم بمعنى بقاء حكمه عاما لكل زمان مثل آية القصاص أي حجته العمومية . مع ذلك أن الأنبياء والرسل جميعهم يشتركون في أصول الدين وهو التوحيد .

النتيجة الموضوعية التي لاحظناها أن الأنظمة القانونية بالمعنى الضيق التي تتكون منها الشريعة الإسلامية ارتبطت بنصوص القرآن والسنة الشريفة التي تمثل ذات الدعوة الإسلامية وهما الأصلان والمصدران للشريعة.

## المبحث الثاني

### خصائص القانون المقارن

#### تمهيد

يثير القانون المقارن الكثير من الجدل بصدد كل ما يتعلق به سواء في التعريف أو الغاية أو الأسلوب والمنهج . ولعل يرجع ذلك الى الحدائة النسبية لذلك العلم من جهة وتطوره من جهة أخرى وارتباطه بكافة النظم والقوانين العالمية القديمة والمعاصرة من جهة ثالثة ، وهي في ذاتها وطبيعتها متفاوتة ومتطورة .

تعددت المصطلحات للقانون المقارن ، وقد حاول البعض إستخدام مصطلحات بديلة مثل (الطريقة المقارنة) ومقارنة القوانين والتشريع المقارن والقضاء المقارن . وهذه المصطلحات ذات طابع وصفي جزئي ، تقتصر على زاوية معينة سواء كانت طريقة أو أسلوب وهو معيار شكلي ، أو جانب معين كالتشريع أو القضاء فهو قاصر ومحدود ، وذلك يتنافى مع الطابع الشمولي للفكر المقارن ومعالجته لكافة جوانب وأبعاد النظم القانونية . لذا ظل مصطلح القانون المقارن هو المستعمل والدارج في أغلب الكتابات والدراسات والمسميات<sup>(1)</sup>.

طبقاً لمفهوم المدرسة الوضعية والواقعية الذي ساد منذ نهاية القرن التاسع عشر. القانون هو مجموعة القواعد التي تفرضها السلطة المختصة في مكان ونظام معين وتقترن بجزء يطبق بالفعل عند مخالفتها ، بغض النظر عن المضمون ، فالمعيار شكلي (وضع القواعد عن طريق السلطة المختصة) ، ومادي (التطبيق العملي في مكان معين) ، هنا نكون بصدد قانون بالمعنى الدقيق جدير بالدراسة والمقارنة فإذا كان القانون من وضع السلطة نتيجة تشابه الظروف والعوامل الإقتصادية والإجتماعية والسياسية ، فإن القوانين تتعدد بتعدد السلطات ، وتختلف فيما بينها والتشابه يوجد في صورة تشريع ، ومن ثم فإن المقارنة تقتصر على التشريعات ، لأن القانون يوجد في التشريع الصادر من السلطة المختصة الوطنية وهذه الوجهة

(1) د.محمد حسن منصور ، القانون المقارن دار الجامعة الجديدة ، رقم الإيداع 2010 / 24509 ، ص 12 .

تجعل المقارنة ذات طابع سطحي وشكلي قاصر على منطوق النص ، لذا كان من الضروري ، في العصر الحديث ، تجاوز ذلك المفهوم والإطلاق الى الجوهر والفلسفة التي يقوم عليها القانون والتفاعل بين القوانين والنظم<sup>(1)</sup>.

إن الجاذبية المعاصرة للأبحاث المقارنة تكاد تهيمن على كل الدراسات القانونية عبر العالم . فأصبحت حجر الأساس في البحث العلمي وشرط لإضفاء الكمال عليه .

إن الدراسة المقارنة هي الرافد المغذي لكل الإحتياجات الإنسانية ، والمنهل الذي تستمد منه الإجابة عن أي تساؤل مطروح بحاجة الى البحث والتحري ، في ظل تنامي العلاقات الدولية والتأثير المتبادل بين المجتمعات .

المشرع عندما يضع القاعدة القانونية تتنازعه عدة إتجاهات وحلول ينبغي أن يوازن بينها لإختيار الأنسب والأصلح ، ويتم ذلك تحت تأثير عوامل وأفكار مختلفة سياسية واقتصادية واجتماعية ودينية وهذا ما يسمى بفن إعداد التشريع، ولا يقتصر الأمر على فن تجديد مضمون القانون بل فن صياغته أيضاً ، حيث ينبغي إختيار العبارات والمصطلحات الدقيقة الواضحة ، ويمتد الفن القانوني أيضاً على الصعيد القضائي في تفسير وتطبيق القانون . وكذلك فن إستنباط الأحكام على ضوء الحكمة من النص وتحقيق الصالح العام ، والبحث عن موافاة النصوص مع وقائع الحياة المتغيرة<sup>(2)</sup> لذا نجد أن هنالك مبادرات عديدة حول كيفية إصدار القانون والإجراءات المتبعة في ذلك بدايته كمشروع قانون الى أن يتم إصدار شهادة صياغته ورفعها للجهات المختصة لإجازته وإصداره<sup>(3)</sup>.

إن قواعد القانون المتفرقة تحتاج الى تنسيق وتنظيم لإقامة نظام قانوني متكامل. ويتم ذلك من خلال إجراء التقسيمات المختلفة كالقانون العام والقانون الخاص وما يندرج تحتها من فروع .

(1) د. عفيفي عجلان ، النظرية العامة للفقہ الإسلامی وخصائصه الذاتية المتميزة ، دار النهضة المصرية ، ط 1 ، 1989م ، ص 68.

(2) المرجع السابق ، ص 16.

(3) د. محمد حسين منصور ، نظرية القانون مفهوم وفلسفة وجوهر القانون طبيعة وخصائص القاعدة القانونية ، دار الجامعة الجديدة ، سنة 2009م، ص 2 .

ويتم الإستعانة بالطوائف القانونية التي تضم التصرف القانوني والواقعة القانونية والعقود المسماة ، وتقسيم الجرائم الى جنائية وجنحة ومخالفة . وكل ذلك بسبب عملية الدراسة والبحث من خلال التحليل .

أولاً : تحليل النظم القانونية المتفرقة وبيان طبيعتها (1).

إن ضرورة دراسة مناهج البحث القانوني يساعد على فهم القواعد القانونية وحسن صياغتها ودقة تفسيرها وكمال تطبيقها وإعمال أحكامها وذلك لأنه لاغني للباحث في العلوم القانونية عن الإطلاع على مناهج البحث في العلوم القانونية ، وأن كانت على مستوى المكتبة العربية نادرة (2).

رغم أن الباحث قد حدد منهج البحث كما جاء في المقدمة ولكن يمكن إجمال مفاهيم البحث القانوني وفقاً للقانون المقارن في طائفتين رئيسيتين هما المذهب الشكلي والمذهب الإجتماعي .

#### 1. المذهب الشكلي .

يدرس ويبحث الظاهرة القانونية من خلال النظر إليها كوحدة ذات كيان مستقل قائم بذاته والإكتفاء بتفسير النصوص على طريقة الشرح على المتن والتي سيتم بيانها في الباب الثاني عندما نتناول خصائص القاعدة القانونية في القانون ، فيشتمل المذهب الشكلي على المناهج التالية :

##### أ. المنهج المنطقي .

قائم على الإستقراء والإستدلال . بحيث يتم إستخلاص الحقائق الكلية والمبادئ العامة من دراسة الجزئيات . على عكس الإستنباط الذي ينتقل من القاعدة العامة الى الحالات الفردية الخاصة ، وذلك بالقياس ، بتعميم الدُكم العام على الحالات المشابهة . كل ذلك في مجال تحليل الظاهرة القانونية ودراسة النظم الوصفية والفكر القانوني .

(1) المرجع السابق ، ص 17 .

(2) د. مسعد عبد الرحمن زيدان ، مناهج البحث العلمي في العلوم القانونية ، دار الكتب ، مصر ، 2007م ، ص 6 .

## ب. التحليل اللغوي .

بيان مدلول المصطلحات والكلمات ذات الدلالة القانونية مثل العقد ، الملكية والشخصية القانونية والحق فمعنى اللفظ أو المصطلح يعتمد على طريقة إستعماله .

## ج. الإسلوب الجدلي .

المحاورة من خلال إستعراض الآراء المتعلقة بالظاهرة القانونية ومناقشتها وتمحيصها والمفاضلة فيما بينها ، للوصول الى الحقيقة .

## 2. المنهج الإجتماعي .

تتباين الأنظمة القانونية بتباين المجتمعات ، وتتفاعل معها . ولا يمكن النظر الى القانون كظاهرة شكلية مجردة عن مضمونها والظروف الواقعية للحياة المحيطة بها . بل يتعين التعرف على مضمون القانون وتقييم جوهره كظاهرة إجتماعية من خلال الظروف المادية المصاحبة لظهور القواعد القانونية والعوامل المتداخلة في بلورة هذه القواعد .

لذلك يتعين الإستعانة بالمنهج العلمي في البحث القانوني والربط بين القانون وعلوم الإجتماع والإقتصاد والدين والسياسة ، وتتبع الجذور التاريخية للأنظمة القانونية لدراسة نشأتها ومراحل تطورها (1). وهو يقوم في نفس الوقت على الأسلوب المقارن إلقاء نظرة شمولية على القانون كحقيقة إنسانية وتقسيم القوانين المقارنة الى مجموعات متجانسة ، والإستفادة من تجارب الآخرين وإثراء الفكر القانوني .

إذن طبيعة القانون المقارن بأنه علم متكامل يبحث عن حقائق معينة لغايات محددة من خلال أصول وطرق فنية متنوعة ، بل أنه نظام قانوني معترف به في كافة الأوساط القانونية المعاصرة ، فضلاً عن أنه يضم قواعد قانونية تطبق أمام القضاء ويفسرها الفقه .

(1) المرجع السابق ، ص 21.

ويمكن تعريف القانون المقارن بأنه هو العلم الذي يتناول بالدراسة المقارنة نظامين قانونيين أو أكثر بصدد موضوع أو مشكلة معينة بهدف إستخلاص أوجه التشابه والإختلاف بينهما ، أو بقصد إبراز المفاهيم والأفكار وأساليب الصياغة القانونية ، والوقوف على العوامل والمؤثرات التي جعلت لكل شريعة طابعها المميز وسماتها الخاصة<sup>(1)</sup>.

حيث تشمل المقارنة النصوص القانونية والتطبيقات القضائية والأعمال الفقهية.

لأي قانون فلسفة لتحديد أصوله الثابتة ورسم غايته . فلسفة القانون تهدف الى بيان أسسه العامة وأهدافه والمبادئ والأفكار المؤثرة فيه . ومن هنا يتضح لنا أن المقارنة الحقيقية للأنظمة القانونية هي مقارنة للفلسفات التي تقوم عليها هذه الأنظمة . كما لا يخفى أهمية الدور الذي تقوم به فلسفة القانون بالنسبة للباحثين من جهة والنشاط التشريعي من جهة أخرى. فهي تساعد على إيجادالربط والتكامل بين أجزاء القانون وفروعه وإيضاح الغموض للقانون الوضعي من خلال النظرة الشمولية لأسس القانون وأهدافه الكلية . كما أنها تؤثر مباشرة على الأعمال التشريعية المتكاملة مثل إعداد التقنينات وهذا ما يدعونا للبحث عن طبيعة الصياغة التشريعية وخصائصها في علم القانون ونحن بصدد مقارنته بالشريعة الإسلامية .

ما من شك في أن الصياغة فن خاص يحتاج الى خبرة خاصة بل أن الصياغة القانونية علم له أصوله وأسلوبه ومعاييره ، أو ينبغي أن تكون. أما الأصول ، فمنها ما يحكم بناء القانون، وتنظيمه ، وترتيب مواده ، وكتابة عنوانه ومواد الإصدار والتعريفات . ومنها ما يحكم أسلوب الكتابة كإستخدام الألفاظ ، وبناء القاعدة القانونية ، وبناء الجملة ووضع العبارات المفيدة للمعنى في مكانها الصحيح وإستخدام أسلوب التعديل الأمثل .

أما المعايير ، فيتبعها الصائغ ، أو يجب عليه إتباعها لكي يكون النص التشريعي سليماً ، ومنها الشمولية وسهولة الفهم وسهولة الإستخدم ، وتحقيق اليقين ، والإيجاز وعدم تعارض القانون مع التشريعات الأعلى مرتبة .

إذن إن مشروع القانون عندما تكتمل دورته حتى يصير تشريعاً تقاس جودته وفق المعايير الثلاثة الآتية :

(<sup>1</sup>) المرجع السابق ، ص 28.

## 1. الشمولية .

تعني إشمال مشروع القانون على كل العناصر اللازمة لتنفيذه بما يحقق الهدف منه . مثال إشماله على الأحكام التي تخاطب كل المعنيين بموضوعه ، والجهاز المنوط به تنفيذه والجزاءات في حالة مخالفة أحكامه . ويرتبط بمعيار الشمولية ، معيار وحدة الموضوع ، بمعنى أن يتناول كل جزء مستقل بذاته في مشروع القانون موضوعاً واحداً رئيساً وموضوعات فرعية تتبعه<sup>(1)</sup> .

## 2. سهولة الفهم .

ينبغي أن يكون من السهل فهم العلاقات المنطقية التي تربط نصوصه بعضها ببعض ، مع مراعاة أصول تقسيم مشروع القانون وتصنيف أحكامه وترتيبها

## 3. سهولة الإستخدام .

بمعنى يستطيع مستخدموه أن يتعرفوا على قواعده بأقل جهد ممكن .

أما مهمة الصائغ تتحصر في :

1. ضبط النص والتأكد من عدم وجود ألفاظ مثيرة للإلتباس .
2. تحديد بناء التشريع المقترح .
3. صياغة مشروع القانون بحيث لا تكون لغة التشريع وبنائه معقداً ، وأن تخدم الصياغة جوهر التشريع وأن تكون الصياغة متمشية مع العرف السائد .

وأخيراً معايير الصياغة التشريعية تشمل على :

1. المعايير الخاصة بإعداد التشريع ما يلي :
  - أ. ضرورة إستيفاء المتطلبات البرلمانية والمتطلبات السابقة لمرحلة العرض على البرلمان .

(1) محمود محمد على صبره ، الإتجاهات الحديثة في إعداد وصياغة مشروع القوانين ، رقم الإيداع ، 10727 / 2009م

- ب. مراعاة الجدول الزمني للتشريعات الصادرة من الحكومة.
- ج. سهولة فهم أعضاء البرلمان لمشروع القانون .
- د. ضرورة بناء مشروع القانون بطريقة تسمح بمناقشة النقاط الرئيسية المتعلقة بالسياسات بترتيب منطقي .

هـ. إختيار لغة تقلل من إعتراضات المشاركين في العملية التشريعية على المشروع .

و. عامل الإيجاز .

2. أما معايير تطبيق مشروع القانون فتشتمل على ما يلي :

- أ. ضرورة أن يحقق نص المشروع نوايا الحكومة من إصداره (الفعالية القانونية) .
- ب. توضيح النص بحيث لا يفسر بأكثر من تفسير (اليقين) .
- ج. التأكد من سهولة فهم مستخدمي التشريع للقانون وهم (محامون . قضاة . موظفين عموميين . مستشارون) .

د. التأكد من إنسجام القانون مع باقي التشريعات .

ثانياً : تطبيق طبيعة التشريع وخصائصه

1. يمكن التحدث عن التشريع ، تعريفه ، هدفه ، مصادره ، أنواعه، مراحلها ، فإذا كانت غالبية مشروعات القوانين تنشأ داخل الوزارات الحكومية ، وتقدم بها للبرلمان أو السلطة التشريعية لإجازتها أو بمعنى آخر إكمال الدورة التشريعية للقانون وحتى يصبح التشريع وخصائصه وأهدافه ثم مراحلها على ضوء القانون المقارن وذلك إستكمالاً لخصائص القانون المقارن مع تقديم بعض الأمثلة في الشرائع المختلفة .

## 1. تعريف التشريع .

يقصد بالتشريع مجموعة القواعد القانونية العامة المجردة التي تصدر من السلطة التشريعية أو إحدى سلطات الدولة لتنظيم أمر من الأمور ، ويعد لفظ (التشريع) لفظاً عاماً ينطبق على ما يتم سنه من تشريعات مهما كان شكلها (قانون . تقنين ، أمر ، قرار .... الخ) .

ولكن لأجل هذا البحث نقصد بالتشريع القوانين البرلمانية العادية التي تصدر من السلطة التشريعية ، ومن هنا تخرج دراسة الدستور واللوائح والقرارات ، والمراسيم التشريعية التي تصدرها السلطة التنفيذية رغم التشابه الكبير في سمات صياغتها مثلما إلتبسناها في مشاريع القوانين .

من الناحية القانونية نقصد بالتشريع كل أمر مجرد عام ومكتوب يصدر عن السلطة التشريعية على أن يتضمن العناصر الآتية :

أ. **توجيه السلوك** . فمن منظور المدرسة الحديثة للصياغة التشريعية ، يتمثل الهدف الأساسي من التشريع تغيير سلوكيات معينة تسبب مشكلات للمجتمع ، فلذا فالتشريع يوجه هذا السلوك الى جهة معينة ، في شكل إلزام باتباع أو حظر ذلك السلوك المعين ، وذلك بتنظيم أوضاع من شأنها تحدث التغيير المطلوب .

ب. **العمومية** . عمومية القاعدة التشريعية ألا تكون موجهة الى شخص معين بالذات ، أو واقعة محددة ، فالعبرة لعموم الصفة ، بحيث تنطبق القاعدة على كل شخص تجتمع فيه الشروط والأوضاع والقيود التي تشترطها .

ج. **التجرد** . بمعنى أن تكون القاعدة التشريعية معينة على مبادئ عامة وليس واقعة بعينها أو شخص بعينه أي أن تكون القاعدة مبنية على فرض معين ، فإذا تحقق الغرض ، إنطبقت القاعدة .

وتضمن صفة التجرد خاصتي التأكد واليقين . إذ يتيح تجرد القاعدة التشريعية لكل فرد في المجتمع أن يعرف مقدماً الشروط القانونية التي تنطبق على مركز قانوني معين .

د. أن يكون التشريع في صورة مكتوبة بمعنى إتصافه بالوضوح والثبات.

هـ. أن يصدر التشريع عن سلطة عامة مختصة مخولة حق التشريع .

6. **الإلزام** . تتصف القاعدة التشريعية بطابع الإلزام .

2. الهدف من التشريع .

تلجأ الحكومات الى التشريع لتحويل السياسات التي تريد إنتهاجها الى قوانين نافذة . فيهدف التشريع الى إيجاد وضع لم يكن موجوداً من قبل ، ولا يمكن عمله إلا عن طريق القانون النافذ .

وكان (سير جرافيل رام) الذي عمل رئيساً لمكتب الصائغين البرلمانيين في إنجلترا ، مغرماً بأن يقول (أن مشروع القانون يتم تشكيله بمطرفة الوزارة على سندان الصائغ وبينما تكون للوزارة

الكلمة الأخيرة في المسائل المتعلقة بالشكل أو بالقانون رغم أن كل طرف يخرق مجال الطرف الآخر<sup>(1)</sup>.

إن التشريع والحكم هما جناحان مكملان لبعضهما البعض فمهما كانت ضالة الدور الذي يلعبه التشريع في تحديد السياسات التي تتبناها الحكومة فإنه لا يزال يشكل جانباً هاماً من عملية الحكم في عصرنا الحالي .

إذن فإن مصدر التشريع هو البرلمان أو السلطة التشريعية في الدول .

### 3. أنواع التشريع .

ينقسم التشريع الى أنواع ثلاثة رئيسية حسب درجة أهميتها والجهة التي تصدرها وهي : الدستور ، التشريع العادي والتشريع الفردي (اللوائح) وكل قسم له أنواع ولكن كما ذكرنا من قبل سنركز على التشريع العادي لأنه متعلق بموضوع البحث والدراسة .

#### أ. التشريع العادي .

ينقسم التشريع العادي الى نوعين رئيسيين . أولاً القوانين البرلمانية وتشمل القوانين العادية ، الأكواد ، القوانين الموحدة ، القوانين المنقحة . وثانياً القرارات (المراسيمية بقوانين) . والى التفصيل الآتي :

#### (1) القوانين البرلمانية (Acts of Parliament) .

هي القوانين العادية : ويقصد بلفظ القانون في مجال الدراسة القانونية في معناه الإصطلاحي معنيان :

الأول : عام يطلق على مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم سلوك الأفراد وعلاقاتهم داخل المجتمع .

الثاني : خاص ويختلف باختلاف المقصود منه فقد يعني مجموعة القوانين المطبقة في بلد معين كالقانون المصري . أو يقصد به مجموعة القواعد التي تنظم علاقة معينة من العلاقات كقانون العمل أو القانون التجاري .

(1) د.محمد حسن منصور ، القانون المقارن ، ص 14 - 15 .

ففي اللغة الإنجليزية ينبغي التعريف بين ثلاثة مصطلحات (1) فيما يتعلق بإسم القانون التشريعي وهي :

(أ) مصطلح Law .

ويقصد به في معناه العام ، مجموعة الأحكام المقننة التي تضعها وتصدرها السلطة التشريعية في البلاد ووجوب مراعاتها ، ويكون لها أثر ملزم للمواطنين يعاقب من يخالفها أمثلتها القانون الموضوعي Substantiave Law ، القانون الإجرائي Adjective Ploccedural ، القانون المحلي Local law .

كما يستخدم لفظ Law الى قانون أي دولة على حدا (2) فنقول Egyptain law, American Isamic, law law, وهذا ما تقتضيه الدراسة المقارنة .

(ب) مصطلح Act .

يقصد بلفظ Act القانون الصادر عن السلطة التشريعية لتنظيم مجال نشاط ما كقانون بيع البضائع Sale of good ، قانون الإسكان Hausine Act ، وقانون العلاقة بين المالك والمستأجر Land and Tenant Law .

(ج) مصطلح Statute .

يعني مصطلح Statute قانون ويقصد به التشريع البرلماني الذي تضعه السلطة التشريعية المختصة سواء على المستوى الفيدرالي أو مستوى الولايات أو المدن أو المقاطعات وتستخدم هذه الكلمة لتمييز القوانين المكتوبة التي تصدر بطريق التشريع عن القوانين أي القواعد القانونية التي تقررها المحاكم وفقاً للقانون العام Commen Law في النظام الأنجلو أمريكي والتي توصف عادة بأنها غير مكتوبة .

(2) الأكواد (مدونات القوانين) Codes .

يقصد بلفظ مدونة قوانين أو تقنين أو كود . تجميع القواعد القانونية الخاصة بأحد فروع القانون بعد ترتيبها وتبويبها في مدونة واحدة تقوم بها السلطة التشريعية في الدولة بإصدارها في شكل قانون كالتقنين المدني والتقنين الجنائي .

(1) المرجع السابق ، ص 18.

(2) المرجع السابق ، ص 19.

لاحظ أن لكل كلمة منها لفظ عام بينما لكنه Code Act مصطلح خاص .  
يمكن أن مقيّز بين التكويد Codification هو إظهار كل القواعد التي تتناول موضوعاً معيناً ،  
والتقنين ينظم الحقوق والواجبات في المعاملات أو جعل قواعد قانونية مستقرة كالتقنين المدني  
أما التوحيد Consolidation تلجأ إليه الدول في حالة كثرة القوانين التي تنظم مجالاً معيناً  
كمجال الصحة العامة.

### (3) القوانين الموحدة Consolidation Acts .

في حالات معينة ، يصدر قانون لتنظيم مجال معين ، بحيث تدمج من جديد كل المبادئ  
القضائية والنصوص التشريعية المعمول بها ، في قانون تشريعي واحد ويتم توحيد النصوص  
التشريعية الصادرة في موضوع معين عن طريق إعادة سنّها في شكل قانون تشريعي موحد  
Consolidation Statute أو أكثر .

أمثلة التشريعات الموحدة التي صدرت في بريطانيا كتوحيد تشريعات الإسكان وتشريعات  
الشركات لسنة 1985م .

### (4) القوانين المنقحة Statute Law Revision Acts .

في حالات معينة ، يصدر قانون لتنظيم مجال معين ، بحيث تدمج من جديد كل المبادئ  
القضائية والنصوص التشريعية المعمول بها ، في قانون تشريعي واحد . ويتم توحيد النصوص  
التشريعية الصادرة في موضوع معين عن طريق إعادة سنّها في شكل قانون تشريعي موحد  
Consolidating statute أو أكثر<sup>(1)</sup> من هذا الإستطراد بغرض تسليط الضوء على  
المفاهيم والمصطلحات القانونية والإستفادة منها في النظام القانوني والإسلامي ونحن بصدد  
دراسة الشريعة الإسلامية كنظام قانوني حتى يتسنى لنا إبراز ذات المفاهيم والأفكار القانونية  
في النظام القانوني الإسلامي على هدى الفقه الإسلامي رغم إختلاف بعض المسميات المرتبط  
بفلسفة كل نظام ومع ذلك تلاقي هذه الأنظمة القانونية في الفكر القانوني الذي يهتم بتنظيم  
السلوك المحدد والنشاط المعين للإنسان في مجتمعه المحيط به من كل جانب .

(1) د. محمود محمد علي صبير ، الإتجاهات الحديثة في إعداد . ص 22.

## الباب الثاني

### إستقلال الحقيقة القانونية عن الحقيقة الدينية فى النظم القانونية

#### التمهيد

المتأمل للواقع القانونى فى العالم الإسلامى والعربى لابد أن يلاحظ أن إزدواج منابع الثقافة أصبح ظاهرة عامة فيه لا تقلت منه دولة مهما كانت توجهاتها .

وبقدر ما يؤدى هذا الإزدواج إلى تباين المفاهيم المتداولة والشك فى مصداقية الكثير منها ، يفتح الطريق أمام تمحيص هذه المفاهيم ، وصولاً إلى بناء نظرية عامة موحدة للقانون تستمد أصولها من تراثنا الشرعى والفقهى الشامخ وتتسع فى الوقت نفسه لمعطيات الحياة القانونية المعاصرة . وهذا التمحيص لابد أن يكون وليد تأمل واع لمعطيات كل من الثقافتين معاً ، فالتاريخ يعلمنا أن تقدم العلم والفكر هو دائماً وأبداً وليد إلتقاء الحضارات والثقافات المتباينة (1)

من العوامل التى تسهم فى تكوين القاعدة القانونية إسهاماً فعالاً هى الحقائق وبصورة عامة . والحقائق الموضوعية على وجه الخصوص ، ولكن ما هو تعريف الحقيقة وما هى الحقائق الموضوعية ؟ الحقيقة هى من المفاهيم التى يصعب على الباحث تعريفها ، نظراً لما يدور حولها من الإختلاف فى وجهات النظر .

يقول الإمام السبكى أن الحقيقة هى لفظ مستعمل فيما وضع له إبتداءً وهى بوزن فعيلة منبثقة من الحق ومعناه لغة الثبوت (2)

ويعرف الجرجانى الحقيقة بأنها أسم لما أريد به ما وضع له أو هى الشئ الثابت قطعاً وبقيناً ، وحقيقة الشئ عنده هى ما به الشئ هو له ويقصد أن حقيقة الشئ تعرف من خلال الاسم الذى وضع له أما قوله حقيقة الشئ ما به هو هو فيقصد به عناصر الشئ أو ماهيه .

(1) د.خالد محمد أحمد محمد القانون بين فقه المعاملات الإسلامى وعلم القانون الحديث ، دار النهضة العربية ، ط 2007م ، ص 1 .

(2) الإستاذ إسماعيل ناصف حسين ، العدالة وأثرها فى القاعدة القانونية ، القانون المدنى نموذجاً ، دار الكتب السودانية ، دار شتاه للنشر والبرمجيات لسنة 2011م . ص 148 .

أما الحقيقة الموضوعية هي ما إتفق أو يتفق عليه الكل والذي لا يحتمل الكذب وقد أورده الفقيه الفرنسي جيني (1) الحقائق لمكونات القاعدة القانونية .

منها الحقائق الطبيعية وهي حقائق سابقة في الوجود على القاعدة القانونية وهي حقائق تتكون من ظروف الواقع المحيطة بالناس في الجماعة وأيضاً الحقائق العقلية وهي ما يستخلصه العقل كقواعد قانونية من طبيعة الإنسان والبيئة التي تكشف منهاحياته ، والحقائق الذهنية هي الحقائق التي مصدرها الدين التي لها مساهمة فعالة في تكوين القاعدة القانونية وموضوعية هذه الحقائق تظهر في أن جميع العقول السليمة تتفق عليها ريثما أنها لا تحتمل الكذب بمعنى لا تحتمل إثبات مناقضتها وليس الكذب في ذاته . وهناك أيضاً الحقائق الإعتبارية أو الوضعية وهي التي يمكن إثبات تصنيفها وهذه الحقائق ليس بمقدورها أن تحدد وحدها مضمون القانون وإنما يمكن وصفها بأنها عناصر غير ثابتة ومستقرة في القاعدة ، ولو لم توجد هذه الحقائق ( الإعتبارية) لما تغيرت القاعدة القانونية ، لأن الحقائق الموضوعية هي حقائق ثابتة وجازمة (2) والمبنى على الثابت ثابت وعليه يعود العقل لحقائق الوصفية أنها لم تدع أن تصبح القواعد القانونية جامدة .

إذن كما أسلفت أن الحقائق الموضوعية وحدها ليست بمقدورها أن تحدد مضمون القانون ، وكذلك الحقائق الإعتبارية ، وإنما بإتحداهما يتكون القانون .

إن الباحث يستند على البرهان العقلي على ضوء منهج البحث التاريخي الموضوعي والاجتماعي المقارن وعلى هدى ذلك فإن الباب الثاني يمثل جوهر الفكرة الأساسية التي بنيت عليها النظرية التي تسعى لإثبات حقائق علمية مجردة بحيث تبرز إستقلال القواعد القانونية عن القواعد الإجتماعية الأخرى بما فيها القواعد الدينية في النظم القانونية الوضعية التي يتخذها الباحث كمقدمة لهذا الباب بالفصل الأول توطئة للفصل الثاني الذي يبحث حقيقة إستقلال القاعدة القانونية عن القاعدة الدينية داخل النظام القانوني الإسلامي وعليه يتناول هذا الباب فصلين .

**الفصل الأول :** الفرق بين القاعدة القانونية والقاعدة الدينية في الفقه المقارن .

**الفصل الثاني :** الفرق بين القاعدة الدينية والقاعدة القانونية داخل النظام القانوني الإسلامي .

(1) كتاب التعريفات للرجاني في كتابه التعريف ، ص 4 ، أصول القانون ،

(2) أصول القانون ، ص 2 .

## الفصل الأول

### الفرق بين القاعدة القانونية والقاعدة الدينية في الفقه المقارن

#### تمهيد

إن الإنسان كائن إجتماعى بطبعه ، خلق ليعيش فى جماعة فالمجتمع ضرورى للإنسان، بحيث تنشأ روابط وعلاقات بين أفراده ، ولا بد من وجود نظام يحكم هذه الروابط.

القانون شأنه شأن العلوم الأخرى ، له مصطلحاته الفنية الخاصة به ، وله مقومات وأسس يرتكز عليها ، فمن الضرورى الإحاطة بتلك المصطلحات والإلمام بتلك المقومات والأسس .

القانون بمعناه العام هو مجموعة القواعد التى تحكم سلوك الأفراد فى المجتمع ، والتى تتكفل السلطة العامة بضمان إحترامها بتوقيع الجزاء على من يخالفها .

إذن القاعدة القانونية هى مفردة القانون وجزئيته ولها خصائص تميزها عما تختلط بها من قواعد إجتماعية سواء كانت دينية أو أخلاقية ، من خلال وجود الإنسان فى جماعة ودخوله فى روابط متعددة أسرية وسياسية .

أيضاً يسعى الإنسان لإشباع حاجاته وشهوته فيدخل فى منافسة مع الآخرين تعيق المجتمع وتمدنه وحضارته فلا بد من ضبط إجتماعى لهذه العلاقات يتمثل فى العوامل ذات التأثير الفعال فى الأفراد والجماعات كالضمير والمثل العليا والتربية والتنقيف ، بالإضافة إلى الدين والعادات والتقاليد والقانون للمحافظة على النظام ومراعاة القيم والأسس المتعارف عليها ، الموضوعة لتحقيق مصالح الأفراد والجماعة .

لاشك أن القانون يتضمن قواعد عامة تلزم الأفراد للحرص على تحقيق التوازن بين حرياتهم ومصالحهم المتعارفة ، ليحل النظام والإستقرار محل الفوضى والعدوان .

إن بلوغ التقدم والإزدهار لا يتم لمجتمع يعتمد على القانون وحده فى تحقيق النظام والأمن ، فلا بد من قواعد تساعد فى إنضباط سلوك الأفراد كالدين والأخلاق والمجاملات وهى تشترك

مع القانون فى نفس الدور وفى جانب كبير من المضمون ، وتسعى لتحقيق أهداف المجتمع الأساسية من نظام وعدالة وتقدم .

عليه ويتضمن هذا الفصل مبحثين على النحو التالى.

**المبحث الأول :** تعريف القواعد القانونية وخصائصها .

**المبحث الثانى :** الفرق بين القواعد القانونية والقواعد الإجتماعية الأخرى .

## المبحث الأول

### تعريف القواعد القانونية وأنواعها

إن القواعد القانونية ليست وحدها التي تنظم الحياة في المجتمع من خلال ضبط السلوك ، بل هنالك قواعد أخرى سابقة في الوجود ، تنظم هذا السلوك ، وتعد بالتالي ذات طبيعة تقويمية، وتتمثل في العادات والمجاملات ، و الأخلاق والدين .

نبدأ بالقواعد القانونية أولاً ثم نبين خصائصها ثم الفرق بينها وبين القواعد الاجتماعية الأخرى .

**تعريف القواعد القانونية .** هنالك عدة تعريفات للقاعدة القانونية منها:

1. هي قاعدة عامة مجردة ، ملزمة تنظم وتحكم العلاقات الإجتماعية بمختلف صورها ، سواء بين السلطات العامة بعضها البعض ، أو بين تلك السلطات والأفراد ، أو بين الأفراد بعضهم البعض (1) وهي تفرق عن القواعد الأدبية أو الأخلاقية ، في أنها أي القاعدة القانونية لها جزاء يحميها تطبقه السلطة العامة على كل من يخالف أحكامها .  
تندرج القواعد القانونية من حيث المرتبة من الدستور في القمة حتى التشريعات الفرعية اللوائح في المرتبة الأخيرة .

2. القاعدة لغة تعنى الأساس ومن قوله تعالى (وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ) (2).

أما القاعدة عند الفقهاء والأصوليين ، فلها أكثر من تعريف منها ( حكم كلى فقهي ينطبق على جزئيات كثيرة في أكثر من باب ، أو هي قضايا كلية يندرج تحتها جزئيات ، أو هي حكم شرعى في قضية أغلبية يتعرف بينها أحكام ما دخل تحتها (3) .  
عرف الأصوليون القاعدة القانونية بتعريفات قد تختلف في ألفاظها ولكنها تتفق في مضمونها، فمنها هي صور كلية تنطبق كل واحدة منها على جزئياتها التي تحتها (( أو ((حكم كلى ينطبق على جميع جزئياته لتعرف أحكامها منه )) (4).

كل هذه التعريفات تدور حول مضمون واحد وذلك بأنها وصف كلى ينطبق على أوصاف جزئية .

(1) د/ محمد حسين منصور ، نظرية القانون مفهوم وفلسفة وجوهر القانون طبيعة وخصائص القاعدة القانونية ، دار الجامعة الجديدة ، سنة 2009م

(2) سورة البقرة ، الآية رقم 127 .

(3) د/ مصطفى العوجى ، القاعدة القانونية فى القانون المدنى ، ط2010 ، منشور الحلبي الحقوقية .

(4) د/ محمد سعيد ، المدخل لدراسة القانون ، القاعدة القانونية .

أما تعريف الجرجاني للقاعدة القانونية بأنها قضية كلية منطبقة على جزئياتها . هذه هي القاعدة الأصولية ، أما القاعدة الفقهية فهي قضية كلية تنطبق على أكثر من جزئياتها . أما القاعدة القانونية التي نحن بصددنا أيضاً عرفت بتعريفات مختلفة منها (( مجموعة من المبادئ تنظم وضعاً قانونياً معيناً يتناول حقاً أو ممارسة لحق بصورة تضمن حسن وسلامة إستعمال هذا الحق )) أيضاً أنها قاعدة سلوك تفرضها السلطة أو الدولة على الأفراد في المجتمع هذا التعريف ومعه التعريف يتعين على الوضعيين الذين يعتقدون أن القانون ، هو القانون الوضعي فحسب ، أى القانون هو ما يصدر عن الشرع ولاشئ غير ذلك . تعريف آخر للقاعدة القانونية (هي الوحدة القانونية التي تضع حلاً لعلاقة قانونية معينة أو لجانب من هذه العلاقة ) (1) .

وبهذا المعنى عرف البعض الحكم القانوني بأنه ( الحل الواجب الإلتباع في مسألة من المسائل) فهو وحدة قانونية تضع حلاً لعلاقة قانونية معينة أو لجانب من هذه العلاقة والجدير بالذكر أن أى حكم قانوني لا يستند إلا على قاعدة أو قواعد قانونية . وعليه يجب أن نميز بين الحكم القانوني ، وهو الحل الواجب الإلتباع في مسألة من المسائل ، والقاعدة القانونية التي هي وحدة قانونية تضع حلاً لعلاقة معينة أو لجانب من هذه العلاقة .

تتكون القاعدة القانونية من عنصرين هما الفرض والحكم ، فالأول هو العنصر النظري للقاعدة القانونية ، أما الحكم فعنصرها العملي كما سأبحث ذلك لاحقاً ، فبإجتماع العنصرين تتكون القاعدة القانونية ، ولا تترجم هذه القاعدة فى الواقع إلا من خلال وجود الواقعة القانونية التي يمر بها عنصر الفرض للقاعدة الى عنصر الحكم ، بمعنى آخر إن الفرض سابق الواقعة القانونية ، أما الحكم فإنه يعقبها .

حتى تحظى القاعدة القانونية بالقبول يجب أن تضع حلاً عادلاً والعدالة هي غاية لقانون الثلاثية ، فيجب أن يتواءم القانون الطمأنينة القانونية ثم العدالة ثم الرقى الإجتماعى . تختلف القاعدة القانونية عن المبدأ القانوني ، فالأخير هو فكرة عامة تصلح أن تكون أساساً لمجموعة من الحلول القانونية كمبدأ العقد شريعة المتعاقدين إذن المبدأ القانوني هو الأساس الذى تستند إليه الحلول التى تتضمنها مجموعة من القواعد القانونية ، فالقاعدة القانونية قد تكون التطبيق العملي للمبدأ القانوني . (2)

(1) كمال عبد الله ، الدين والحياة ، ص 13 .

(2) المرجع السابق ، ص 15 .

بما أن القانون هو تنظيم يفترض وضع قواعد عامة تحدد المبادئ التي تقوم عليها العلاقات، وربما أن الغاية من القانون هي تأمين حسن إنتظام الأفراد فى المجتمع والعدالة فى تعاملهم والسلامة فى سلوكهم فإن معالم القاعدة القانونية ترسم ضمن هذا الإطار الإنسانى والإجتماعى.

وعليه عرّف البعض القاعدة القانونية بأنها مجموعة من المبادئ<sup>(1)</sup> التي تنظم وضعاً قانونياً معيناً يتناول حقاً أو ممارسة لحق بصورة تضمن حسن وسلامة ممارسة هذا الحق وهى تتصف بالموضوعية والعمومية فتضع المبدأ القانونى بصورة مجردة ليصبح منطلقاً لحل المسائل القانونية التي تثار ضمن نطاقه . فالقاعدة توطد الإستقرار فى التعامل بين الناس وتوفر الحماية لهذه الحقوق . وبالتالي رغم من صيغتها المجردة والموضوعية فتنبع من صميم الحياة الإنسانية والاجتماعية وتهدف الى صيانة هذه الحياة من خلال تحقيق العدالة فى التعامل والتصرف .

من هذه التعريفات السابقة تبرز ميزات القاعدة القانونية بإعتبارها قاعدة إنسانية ، إجتماعية ، أخلاقية ، سلوكية ، مثالية وإقتصادية . ومن هذه الزاوية يمكن تحديد معالم ابعاد القاعدة القانونية ومن جانب آخر بعبارة أخرى خصائص هذه القاعدة .

نبذة عن نشأة القاعدة القانونية  
تعزى دراسة نشأة القاعدة القانونية إلى مادة فلسفة القانون إذ تبحث عن العوامل التي عملت أو ساهمت بصورة مباشرة أو غير مباشرة فى تكوين مضمونها ، وإنبعثت نظريات حاول الباحث إلقاء الضوء على كيفية تكوين مضمون القاعدة القانونية<sup>(2)</sup> فتنحصر الخصائص المميزة للقاعدة القانونية فى الآتى :

أولاً : قاعدة سلوك إجتماعى .

ثانياً : تتسم بالعمومية والتجريد .

ثالثاً تكون مصحوبة بجزاء مادية .

أولاً : قاعدة سلوك إجتماعى .

تنظم القاعدة القانونية السلوك الخارجى للإنسان فى الجماعة بمعنى تنصب على الاهتمام بعمل الإنسان الظاهر ، ولا تهتم بالإعتماد على النية والمشاعر والأحاسيس الداخلية إلا إذا كان وراءه

(1) مبادئ القانون الأصول العامة للقاعدة القانونية والحق والإلتزام د/ همام محمد محمود زهران ود/ مصطفى أبو عمرو منشورات الحلبي الحقوقية ن سنة 2010م .

(2) المرجع السابق ، ص 44 .

تصرف خارجى ترتب عليه فعلٌ مَّه القانون وهذا ما يميّز القانون عن الأخلاق والدين حيث يعتدان بالنوايا والمقاصد .

فالقاعدة القانونية لا توجد إلا فى جماعة بإعتبارها أساس (1) نظام الحياة فيها لكن السؤال هل تحكم القاعدة القانونية كل أنواع السلوك البشرى ؟ الإجابة تقود إلى معرفة النشاط الإنسانى سواء كان فردياً أو جماعياً ، دينياً أو دنيوياً ، فله صورتان .

1. صورة ظاهرة تتمثل فى سلوك معين ، إيجابى أو سلبى نحو الغير .
2. صورة باطنة أو غير ظاهرة تتمثل فى الأحاسيس والنوايا والأفكار ، والقانون لا يعتد إلا بالسلوك ذو الطابع الخارجى أو الظاهر .

لاريب فى أن إعتداد القانون بالسلوك الظاهر دون الباطن يحقق الاستقرار فى المجتمع ، لأنه يبنى حكمه على أمر ومعلومة يسهل للغير معرفتها والتأكد منها والإطمئنان إليها وهو ما لا يتوافر فى المشاعر والنوايا وبواعث الأعمال ، ومن هنا يؤسس القانون تنظيمه للسلوك البشرى على أساس أن الظاهر فى أغلب الأحيان حقيقى أو صادق بقصد تحقيق هذا الإطمئنان والاستقرار .

والجدير بالملاحظة أن القاعدة القانونية قاعدة تقويمية لسلوك الأفراد ، فلا تكتفى بتنظيم هذا السلوك على ما هو عليه ، بل تحاول تقويمه وتهذيبه بما يتفق مع غايات ومثل عليا تستهدفها ، لذلك سميت قواعد القانون بأنها قواعد تقويمية وليس تقريرية ، فهى تلتقى مع قواعد الدين والأخلاق فى هذا التقويم رغم إختلاف الأهداف والغايات لكل قاعدة على حدة عكس القواعد التقريرية فى العلوم الطبيعية فلا تفعل أكثر من تسجيل الواقع على ما هو عليه ، دون أن تحاول إحداث أى تغيير فيه أو تأثير عليه فهى قواعد ثابتة ومضطرة دائماً (2) .

ولما كان مسعى القاعدة القانونية نحو ما يجب أن يكون ولا تكتفى بتسجيل الواقع فإنها تصاغ وفقاً لما تنشده من قيم ومثل عليا ، ثم توجيهه إلى المخاطبين بها فى صورة أمر بأن يواجهوا سلوكهم وفقاً لمقتضاها ولا تعرضوا للجزاء ، وهذا يعنى أنه يجب مسايرة السلوك البشرى للقانون وليس العكس .

(1) د. محمود عبد الرحمن ، أصول القانون ، ص 20 .

(2) المرجع السابق ، ص 21 .

عندما يفرض القانون على الأفراد السلوك الواجب فإن ذلك يحمل معنى الإلزام والخضوع له ،  
أى أنه يتضمن تكليفاً بالسلوك الواجب .

عليه فإن القاعدة القانونية قد تتضمن حكماً تكليفاً ، وقد تضمن حكماً وصفاً ، وقد تضمن  
الحكمين معاً ، إلا أن ذلك قاصر على الحالات التى تتعلق بفعل الإنسان ، فالسرقة محل لحكم  
تكليفي هو النهى فى ذات الوقت محل لحكم وصفي من حيث كونها سبباً للعقاب .

**ثانياً :** القاعدة القانونية عامة ومجردة يقصد بالعمومية أن القاعدة القانونية لاتخاطب شخصاً  
معيناً بذاته بل هى توجه إلى الأفراد بصفاتهم ، وهى لاتواجه فرداً معيناً بالذات بل هى ، تحدد  
الشروط اللازمة توافرها لتطبيقها (1) فالعموم يلحق القاعدة عند تطبيقها ، فصفة العمومية تعتبر  
نتيجة منطقية وحتمية لصفة التجريد ، فهى لصدورها مجردة من الأشخاص والوقائع تعم على  
الناس كلهم ، فتسرى على جميع من يخضع منهم لحكمها ولاتختص بفرد معين بذاته ، أو  
واقعة محددة بعينها (2).

أما التجريد فيعنى أنه نشوء القاعدة القانونية لاتكون مرتبطة بشخص معين أو واقعة بذاتها ، بل  
تطبق على جميع الأشخاص والوقائع التى تتوافر فيهم شروط وصفات معينة فالقاعدة القانونية  
عامة من حيث تطبيقها ومجردة من حيث نشوئها أى لاتنشأ لحالة معينة بالذات بل لكل  
الحالات إليها يكون فى الحال فقط بل يستمر ليطبق على كل الوقائع التى تطرأ فى المستقبل .

إذن التجريد يعنى أن القاعدة تتعلق منذ إنشائها بمركز أو وضع معين لايرتبط بشخص أو  
واقعة محددة فالمشرع يكتفى بإنشاء مراكز مجردة يقيمها على الوضع الغالب فى الحياة العملية

تتضمن القاعدة القانونية عنصرين أولهما الفرض *hypo these* والثانى الحكم *Disposition*  
 . فالفرض هو توافر حالة بشروط معينة ، أما الحكم فهو الأثر الذى يترتب عليها . والمشرع  
عند وضعه القاعدة القانونية يواجه فروضاً معينة ويضع لها أحكاماً دون نظر إلى حالة أو  
شخص بالذات ، وهذا ما يعبر عنه التجريد ، أما العمومية فتكون عند تطبيق القاعدة القانونية  
فى العمل حيث يسرى حكمها على كل من يتوافر الفرض فى شأنه (3).

(1) د.محمد حسن منصور ، نظرية القانون ، ص 77 .

(2) د. محمود عبد الرحمن ، أصول القانون دراسة مقارنة ، ص 23 .

(3) د. خالد حسن أحمد ، القانون بين الفقه والمعاملات .

أما الحكم الذى يتناول واقعة معينة أو يواجه شخصاً محدداً فإنه لايعتبر قاعدة قانونية بل حكماً فردياً مخصصاً كصدور قرار بترقية موظف معين أو قرار بنزع أرض معينة للمنفعة العامة فهذا القرار أو ذلك الحكم يطبق على حالة معينة دون غيرها وينتهى بمجرد تطبيقه ، ولا يكون صالحاً للتطبيق فى المستقبل على موظف آخر أو ملكية أخرى . فهى قرارات وأحكام فردية وليست عامة ، مخصصة وليست مجردة ، لذلك فهى تستنفذ غرضها بمجرد تطبيقها لأول مرة ، فالقواعد القانونية تتسم بالعمومية والتجريد ، لايستنفذ الغرض منها لمجرد تطبيقها لأول مرة بل تظل قائمة التطبيق بعد ذلك على عدد غير محصور من الأشخاص الذين يخاطبون بحكمها وعلى كل الوقائع التى تستجمع الشروط الواردة فيها .

لهذا تعرف القاعدة القانونية فى الإصطلاح القانونى بأنها العلاقة المضطربة بين ظاهرتين هما الفرض والحكم ، فهى تعنى الإستمرار والتكرار وعلى نحو لا يستغرقها التطبيق المنفرد، بل هى معدة لتواجه حالات غير متناهية .

يكن أساس صفة العمومية والتجريد فى القاعدة القانونية فى مبدأ سيادة القانون والمساواة أمام أحكامه وتقتضى عمومية قواعده وتجريدها أى تطبيقها على الجميع دون تفرقة أو تمييز ، أى أنه يوجه التكليف الى الأفراد بمعيار موضوعى لاشخصى (1) .

إن صفة العمومية والتجريد تجد أساسها أيضاً لتحقيق العدل ، فالعدل يتطلب المساواة فى معاملة المخاطبين بأحكام القانون دون تفرقة بينهم ، وصفة العمومية والتجريد التى تتصف بها القاعدة القانونية تجعلها محققة للعدل دون العدالة ، فالعدل يقوم على المساواة المجردة الجامدة بين المواطنين دون الاعتداد بالظروف الخاصة بكل منهم ، أما العدالة فتقوم على تحقيق المساواة الواقعية التى تأخذ فى الحسبان الظروف الخاصة بكل حالة على حدة .(2)

ترتبط صفة العموم والتجريد لذلك بإعتبارات عملية مرجعها إستحالة صدور قرارات خاصة تواجه كل حالة على حدة وتطبق على كل فرد بذاته ، لذا فإن المشرع يضع القواعد القانونية ذات طبيعة عامة ومجردة لتطبق على كل الأفراد والحالات دون تفرقة (3).

لاشك فى أن تجريد القاعدة القانونية وعموميتها يؤديان إلى تحقيق الأمن والاستقرار فى المجتمع ، لما يترتب عليها من تطبيق القانون تطبيقاً عادلاً متساوياً على جميع الأفراد دون

(1) د. محمد حسن منصور ، نظرية القانون ، ص 79 .

(2) المرجع السابق ، ص 80 .

(3) د.محمود عبد الرحمن د.محمد حسين منصور ، المدخل إلى القانون أصول القانون ، ص 25 /20 .

النظر الى ذواتهم ، فالأفراد عندما يلاحظون أن الجميع أمام القانون سواء يشعرون بعدالة القانون ولايحاولون الخروج عليه ، وهذا يؤدي الى كفالة الإستقرار والنظام فى الجماعة (1).

الفقه الدستورى يضع القواعد القانونية على أساس الوضع الغالب فى الحياة العملية ، ولايأخذ فى إعتباره الحالات الفردية الشاذة المتولدة عن إختلاف الأفراد فى ظروفهم الواقعية. لا أفقدت القاعدة القانونية صفتى التجريد والعموم اللتين تعدان جوهره فكرة العدل ، لذا قيل ، ويحق أن صفة التجريد فى القواعد القانونية تجعل العدل القانونى يقنع بالمساواة الشكلية التى قد لا تتطابق مع الظروف الواقعية فى بعض الأحيان ، وأن العدالة القانونية تكون أحياناً عدالة نسبية (2).

تحدد نطاق عمومية القاعدة القانونية من خلال تعميم سريانها من حيث الأشخاص ومن حيث الزمان والمكان .

من حيث الأشخاص تنطبق القاعدة القانونية على كل من تتوافر فى شأنه شروط تطبيقها أى يتوافر فى حقه الفرض المجرد مناط تطبيق الحكم ، أى من يحمل الصفة التى تحدها .

فمثلاً قانون السلطة القضائية يسرى على طائفة معينة من الأشخاص هم رجال القضاء ، وهو لايسرى عليهم بذواتهم أو بأسمائهم بل ينطبق على كل من تتوافر فيه صفة معينة حالياً أو مستقبلاً .

فالعبارة ليست بعدد من يتوجه إليهم خطاب القاعدة القانونية، وإنما بصفتهم ، فالقاعدة القانونية التى تنظم مركز رئيس الدولة تتوجه إلى شخص واحد رغم ذلك تظل عامة مجردة لأنها لاتتوجه الى شخص معين بإسمه أو بذاته وإنما تتوجه الى صفته .

أما من حيث الزمان فإن صفتى العمومية والتجريد التى تتصف القاعدة القانونية بهما تؤديان الى إكتساب القاعدة صفة الدوام فهى لاتستنفذ بمجرد تطبيقها على شخص معين أو واقعة محددة بل تستمر لتطبق على كل الفروض المماثلة فى المستقبل الجدير بالذكر أن هذا لا يعنى أن تظل القاعدة الى الأبد إذا تغيرت الظروف الموجبة لتغيير القاعدة حتى يستنى ملائمة ومسايرة الظروف المستجدة .

(1) د. محمود عبد الرحمن محمد ، أصول القانون ، ص 25 .

(2) المرجع السابق ، ص 25 .

أما العمومية من حيث المكان ، فالدولة كوحدة سياسية تتمتع بالسيادة على إقليمها من خلال سلطة عليا تسيطر على مقاليد الأمور فيها بصياغة نظام قانونى متكامل تخضع له حكماً ومحكومين بالطاعة وهو ما يعبر عنه بمبدأ أقليمية القواعد إلا أن هذا المبدأ عليه الإستثناءات الآتية :

1. تطبق القواعد الوطنية أحياناً خارج حدود إقليم الدولة كقانون الأحوال الشخصية على الوطنيين الموجودين فى الدول الأجنبية .
2. يعتبر العرف من المصادر الرسمية للقانون يطبق أحياناً على بعض الحالات مما يؤدى إلى إختلاف القانون المطبق فى أجزاء الدولة الواحدة بسبب إختلاف العرف بإختلاف المناطق .
3. يمكن أن يمتد نطاق القانون الى خارج إقليم الدولة ليطبق على مجموعة من الدول ، كما فى حالات المعاهدات الدولية .(1)

نخلص الى أن القاعدة القانونية تتصف بإستقرارها وإستمرارها طالما أن المشرع لم يعدلها أو يلغيها . فالإستقرار والإستمرار يؤمنان إنتظام العلاقات القانونية وثبات الأسس التى يقوم عليها التعامل بين الأفراد . وهذا ما يفرض طبعاً على المشرع عند صياغته للقاعدة القانونية أن يستوعب كافة آثارها الحاضرة والمستقبلية بحيث تأتى بمنتهى التوافق والفاعلية مع متطلبات الأوضاع التى تنظم وترعى فلا يضطر لإدخال التعديلات المتلاحقة عليها أو لإلغائها كلما ظهرت جوانب نقض فيها .(2)

### ثالثاً : تكون مصحوبة بجزء مادي ( إلزامية القاعدة )

القاعدة القانونية هى أداء توجيه عام بواسطة السلطة ، ففكرة الالتزام لها علاقة بالجزاء ويتضح ذلك من الصفة التكليفية للقاعدة القانونية فهى تختلف عن قواعد الظواهر الطبيعية ، فقواعد القانون دائماً وأبداً تكليفية وذلك بوضع المبادئ التى يجب على الأفراد إتباعها ، ولكنه لايتوجه بهذه القواعد على سبيل النصح والترغيب والوصايا وليس مجرد إلزاماً أدبياً بحيث أنها توجه خطابها على سبيل المناشدة أو الندب ، بل على سبيل الطلب الجازم بالأمر أو النهى أو تقرير الحق الذى يسبغ عليه حمايته . بمعنى أن هذا الفرض يفرض على سبيل الأمر والتكليف ،

(1) المرجع السابق ، ص 22.

(2) مصطفى العوض ، القاعدة القانونية فى القانون المدنى ، ص 156 .

فالوظيفة المعيارية للقاعدة القانونية تقتضى بذاتها الإلزام أى وجوب إتباع مبادئ السلوك فالقاعدة القانونية تصور أن القانون يتوجه دائماً الى إرادات الأفراد ، ويبغى تقيداً بقواعد القانون تقرر المراكز أو ترسم العلاقات القانونية ، أما فيما يتعلق بالجزاء فهناك رأى أول يرى أن عنصر الجزاء عنصراً من عناصر القاعدة القانونية ، وركناً من أركانها الأساسية فبدون الجزاء تفقد القاعدة صفة الإلزام ، وتهدى الى مرتبة قواعد المجاملات والقواعد الخلقية ، لأنها تصبح مجرد نصيحة أو توجيه يكون للأفراد إتباعها أو عدم إتباعها وفى هذا زعزعة الثقة فى المعاملات وإنهيار النظام والاستقرار فى المجتمع (1) .

أما الرأى الثانى يقرر أن الجزاء ليس عنصراً مكوناً للقاعدة القانونية بل هو عنصر خارجى متعلق بمدى نفاذها ، فالقاعدة القانونية لا يشترط لقيامها أن تقترب فعلاً بجزاء ، إذ العنصر الجوهري فيها هو عنصر الإلزام ، أى الأمر أو التكليف ، أما الجزاء فهو خارجاً عنها وأن كان شرطاً لوجودها .

فى هذا الرأى تدرج قواعد القانون فى طائفة فرعية من قواعد الأخلاق ، وبالتحديد فى طائفة الأوامر .

فالجزاء لا يلحق بالقاعدة القانونية ذاتها وإنما يلحق بالأفراد الذين يأتون سلوكاً مخالفاً لما تضعه من أنماط لسلطة أو يتعلق بسلوكهم المستقبلى ، فيوقع عليهم إن أتوا هذا السلوك المخالف . وهذا يؤكد المعنى السابق أى إستكمال قاعدة السلطة لكيانها القانونى دون نظر الى الجزاء القانونى المقرر على مخالفتها فالقاعدة القانونية ملزمة لمجرد كونها قاعد قانونية وليس لوجود جزاء على من يخالفها .

وإن الرأى الأول هو الرأى التقليدى ، وقد أخذ به الكثيرون حيث يرون إن الجزاء يؤدى إلى إحترام القانون من خلال قيامه بوظيفتين الأولى علاجية والأخرى وقائية ، فالنسبة للدور العلاجى يتمثل فى توقيع العقاب على من يخالف القانون على نحو يؤدى الى إزالة المخالفة أو محو آثارها ، كما أن حالة إبطال العقد المخالف للقانون أو إلزام المخطئ بتعويض المتضرر عن الضرر ، أما الدور الوقئى فيتمثل فى زجر الأفراد وحملهم على إحترام القانون خوفاً من توقيع الجزاء عليهم عند المخالفة (2) أيضاً يذهب هذا الرأى إلى أن إلزامية القاعدة القانونية

(1) د . خالد محمد ، القانون من فقه المعاملات وعلم القانون ، ص 54 .

(2) د . محمد حسن منصور ، المدخل الى القانون القاعدة القانونية، ص 24 .

نتيجة الجزاء الذى يجعلها واجبة الاتباع ويجبر الناس على إحترامها، والجزاء فى الدول الحديثة منظم بالسلطة العامة ولايجوز لأى شخص أن ينتقم لنفسه ممن أساء إليه ويلجأ للسلطة العامة تبعاً للإجراءات المقررة ، على أنه ماتزال فى القانون الحديث حالات إستثنائية تفرضها الضرورة أو تدعو إليها إعتبارات العدالة القانونية ، كما هو الشأن فى حالة الدفاع الشرعى والحق فى الحبس أو الدفع بعدم التنفيذ .

يرى الباحث الأخذ بالرأى المختلط الذى يجمع بين الرأيين من حيث أن الرأى الأول ضرورة فى الأخذ بوجود السلطة فى الدولة الحديثة من خلال آليات إنفاذ القانون هذا من جانب ومن جانب آخر الأخذ بالرأى الثانى حيث أن عدالة القانون ، وواقعيته أى ملائمته للظروف الاقتصادية والاجتماعية للبيئة ، وتوافقه مع قيم الجماعة وديانته من شأنه أن يجد صدقاً طيباً لدى المواطنين ، وذلك معيار النجاح التشريعى أى مدى توفيق المشرع فى صياغة القواعد القانونية التى تعكس واقع الأفراد ويتجاوب معه . أما إن كان تطبيق القانون لا يتم إلا من خلال القهر والالزام فإن ذلك دليل على عدم قناعة الأفراد به لعدم ملائمتهم لظروف المجتمع واحتياجاته وبالتالي فشله .<sup>(1)</sup>

ويأخذ الجزاء صوراً مختلفة بإختلاف طبيعة العلاقة محل التنظيم ، كما يتدرج فى شدته بحسب القيمة الإجتماعية محل الحماية ، وبحسب جسامة الإعتداء عليها وكيفية ، بما يكفل له الفاعلية والتناسب مع جنس المخالفة . قد يجتمع الجزاء الجنائى مع الجزاء المدنى أو الإدارى إذا كان القيمة الإجتماعية محل الحماية على درجة عالية من الأهمية بحيث يحتاج الأمر تدعيماً لحمايتها إلى إحاطتها فضلاً عن الجزاء المدنى أو الإدارى بعقوبة جنائية<sup>(2)</sup>

يرى البعض أن جزاء بما له من أثر فورى وحده لا يكفل الطاعة الواجبة لقواعد القانون . لأن القانون يجب أن يكون تعبيراً حقيقياً عن الإرادة العامة ، بمعنى أن يصبح إنعكاساً لما يطمح إليه المجتمع ، ولا يخرج عن قيمه وأخلاقياته التى كوّنت فى ضميره عبر القرون وإلا فقد شرعيته ، فالقانون يجب أن يتوافق مع القيم الأخلاقية التى تتكون فى ضمير كل شعب بطريق التراكم التاريخى ، ومن ثم فإن تلك القيم الأخلاقية هى التى تبرر وجوده .

كذلك فإن وسائل الضبط الإجتماعى الأخرى كالدين والأخلاق والتربية والتعليم ، تقف إلى جانب القانون . بل تعد أهم بكثير من حيث الفاعلية إذا ما قورنت بالقانون الذى يعتمد على

(1) المرجع السابق ، ص 26 .

(2) مبادئ القانون الأصول العامة للقاعدة القانونية والحق ، ص 13 .

الجزاء الدنيوى وحده كوسيلة لضمان فاعلية أوامره ونواهيه .ومن هنا يبدو تفوق الشرائع ذات الصلة الدينى بصفة عامة . (1)

يتفق الباحث مع هذا الرأي وأن التفرقة بين القاعدة القانونية والأخلاقية والدينية فى النظام القانون الإسلامى تؤكد مدى صحة هذا القول وسيوضح ذلك فى المباحث التالية حيث أن القواعد الثلاثة مكملة لبعضها البعض .

---

(1) د.محمد خالد محمد أحمد ، القانون بين المعاملات الإسلامى وعلى القانون الحديث ، ، ص 68.

## المبحث الثانى

### التفرقة بين قواعد القانون والقواعد الإجتماعية الأخرى

إن المجتمع لايعتمد على القاعدة القانونية وحدها فى حكم ما ينشأ بين أفرادها من علاقات وروابط ، بل يعتمد ايضاً على مجموعة أخرى من قواعد السلوك الإجتماعى ، فقواعد الدين، وقواعد الأخلاق وقواعد المجاملات ، هى أيضاً قواعد سلوك إجتماعى تفرض على إعداد المجتمع إطاراً يجب أن تدور فى نطاقه أفعالهم وتصرفاتهم ، ورغم ما يجمع بين هذه القواعد من سمات إلا أنها تتميز عن القواعد القانونية من جوانب أخرى ، ومن ثم يجب عدم الخلط بينها .<sup>(1)</sup>

أولاً : قواعد القانون والدين .

1. نطاق الدين أوسع من نطاق القانون . تتميز أحكام الدين بإشتمالها على أربعة أنواع من الأحكام :

**النوع الأول :** أحكام عقائدية أى تتعلق بالعقيدة وهى كانت فى أول نشأتها فطرية ، ثم تطورت إلى روحية وعقلية والأخيران نوعان متمازجان يصعب التفريق بينهما وتحديد مجال كل منهما ، فالدين وثيق الصلة بالحياة ، ولقد مرت العقيدة الدينية بأطوار مختلفة فى تاريخ الإنسان ترعرعت ونمت ونضجت ومن أجل ذلك تلقى دراسة موجزة عن أطوارها الأولى .

لقد شعر الإنسان منذ نشأته بالحاجة إلى العقيدة الدينية لأسباب كثيرة منها نظرتة إلى الكون الشاسع الضخم ووجد العقيدة ملجأً يحتمى به من عاديات الدهر وظلمات المجهول بالإيمان بما هو فوق الطبيعة والحياة . فما هو خارق لنواميس الطبيعة والحياة ومحاولة لتفسير ما تعذر عليه فهمه من حوادث وظواهر فكان الدين فى فجر التاريخ عبارة عن معتقدات تعبر عن مشاعر الخوف والرجاء التى تصلح النفس البشرية عن الغموض الذى طالما أحاط بالطبيعة واكتنفها فى ظواهرها المختلفة وفى تقلباتها وثوراتها .

فكانت العقيدة الأنيمية أصبح للإنسان بموجبها نوعاً من الوجود الروحى على القوى والظواهر الطبيعية من عواصف وبراكين وشجر وغدير ، جعل منها نوعاً من الآلهة المعبودة ، وربط بينها وبين الخير والشر . فقامت لها الشعائر وقدمت لها القرابين .

(1) د/ خالد محمد أحمد حسن ، القانون من فقه المعاملات الإسلامى وعلم القانون الحديث ، ص 69 .

ثم تطورت الى الطومى وهى إعتقاد بأن الروح المعبودة تحل فى حيوان أو وثن ويتخذ معبوداً للقبيلة أو العشيرة ثم تطورت العقيدة من عبادة الأصنام والحيوان إلى عبادة الكواكب كالشمس والقمر ثم تطورت للعبادة الإنسان عندما صيغت الألوهية على الحول والقواد كما فى مصر الفرعونية وفى فارس وروما وفى اليونان فالإله هو الحاكم (1) ثم إنه يتطور البشرية والفكر البشرى تطور أيضاً مفهوم الدين فقد عنيت الفلسفة والعلوم خاصة عند اليونان باصل الوجود ومبدأ الخليقة ، وأى المادة الأساسية التى يتكون منها الوجود التى نسبت الى الماء والهواء والتراب ، ثم تطورت النظرة المادية الى مثالية تربطها بالروح والعقل والعالم العلوى من بين الفلاسفة فيثاغورس توصل الى عقيدة دينية عن طريق فلسفة وا ارتفعت نظرتة فوق المعتقدات الوثنية السائدة . ليكون أول من يقول للوجود خالق أوله فوق جميع الآلهة ، وا إليه ترجع منشأة الخليقة والعالم ، وهذه أول الخطوات الى التوحيد ، وهنالك من سبقه حيث تطورت بذلك النظرة العقلانية الى الدين . (2) لقد كانت أبعد النظم الفلسفية التى إبتدعها سقراط وا فلاتون وأرسطو طاليس ، ففيها تطورت معلوم الفلسفة خطوات بعيدة وتطور مفهوم الدين .

دون الخوض فى التفاصيل الفلسفية ، فإن ما توصلت إليه الفلسفة فى نظرتها الفكرية التى كان لها الأثر الكبير فى تطور الفكر والروح على الفكر الأخلاقى والنظرة الى الأخلاق ، وأنه لما يميز الأديان السماوية فى هذا المضمار والنظم الأخلاقية التى جاءت بها هذه الأديان، عكس ما كان فى الوثنية .

لعل أول ما يلفت النظر هو تطور مفهوم الفضيلة ، فالفضيلة عند هؤلاء الفلاسفة هى مفهوم مرتبط بالعقل والعلم والمعرفة ، والطريق الى التحلى بالأخلاق وهو السلوك العقلانى .

القيم الأخلاقية عند الفلاسفة هى مبادئ ذات طابع الزامى وليس مجرد عادات أو وسائل وذرائع تؤدى الى المنفعة الوقتية . وعن مفهوم الفضيلة ينتج مفهوم الواجب بكل ما يحمل من إلتزام وا إلتزام فى الحياة العامة والخاصة ، ويرى سقراط أن الحكم للقانون فى كان جائراً وا إلتزامه بتنفيذ الحكم على نفسه وأن أدى به الى الموت خير مثال للفكر والنظم الأخلاقية الذى يبشر به هؤلاء الفلاسفة ومفهوم الواجب الإلتزام به حتى فى أحلك الظروف والنظام الأخلاقى عندهم هو طريق فى الحياة يحدد سلوك الفرد وفق مبادئ وقيم ملزمة . (3)

(1) كمال عبد الله الفاضل المهدي ، الدين والحياة ، ص 4 .

(2) المرجع السابق ، ص 6 .

(3) المرجع السابق ، ص 11 .

وأخيراً بظهور الأديان السماوية إتخذت العقيدة الديقشكلاً جديداً أحدث تغييراً ضخماً فى النظرة الى الحياة والى الدور الذى يلعبه الدين فى تلك الحياة وله فعالية وقوة دافعة فى حياة البشرية وتطورها فالأديان السماوية أولاً رسالات توحيدية تؤكد وحدانية الخالق وأزليته وعلى علمه الكلى وقدرته التى لا يعلو عليها شعباً ولا يشاركه فيها أحد ، ويتحكم فى الكون والخليقة ويرعاها ولا يشاركه شئ فى ذلك (1).

فى واقع الأمر كل الرسالات السماوية دين واحد وإن جاءت على فترات مختلفة ، والدليل على ذلك التشابه أن لم يكن التماثل بينها فى المعتقدات الأساسية فهى جميعها نبعث من وحى من الله سبحانه وتعالى عن طريق الروح القدس وفى هذا المعنى جاء قوله تعالى (قُولُوا آمَنَّا بِاللَّهِ وَمَا أُنزِلَ إِلَيْنَا وَمَا أُنزِلَ إِلَىٰ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ وَالْأَسْبَاطِ وَمَا أُوتِيَ مُوسَىٰ وَعِيسَىٰ وَمَا أُوتِيَ النَّبِيُّونَ مِنْ رَبِّهِمْ لَا نُفَرِّقُ بَيْنَ أَحَدٍ مِنْهُمْ وَنَحْنُ لَهُ مُسْلِمُونَ) (2) لقد كانت بكل هذه المفاهيم والتعاليم السماوية أبلغ الأثر على المجتمعات ، وعلى الذين آمنوا بها وابتغوا أهواها كما كان لها أثر بعيد على المناخ الفكرى السائد بعد ظهورها على الفلاسفة والنظم الفلسفية التى تأثرت بدرجات مختلفة ومتفاوتة بتلك التعاليم . ثم إنه مرت فترات وحقب على الدين المنزل تداخلته مؤثرات تلوثت معها نقاية الدين الأولى .

وهذه الأديان السماوية هى التى إعتمدها فى هذا البحث التى لبعضها مفاهيم وأنواع من الأحكام كالنوع السابق الذكر .

**النوع الثانى :** العبادات هى تتعلق بما يقوم به الإنسان من طاعات لله سبحانه وتعالى وتختلف بحسب ما جاء فى كل شريعة على حدة ، وهى أمور يجب على الفرد أن يقوم بها فى نطاق ما تقرره الشريعة والعلم الذى يختص بها علم الفقه وأصوله .

**النوع الثالث :** أحكام تتعلق بالأخلاق والآداب وما ينبقى أن يتحلى به الفرد من فضائل .

**النوع الرابع الأخير :** الأحكام المتعلقة بالمعاملات والأفراد فى علاقاتهم مع بعضهم البعض ودخولهم فى روابط مما يعرف بصفة المعاملات .

(1) المرجع السابق ، ص 13 .

(2) سورة البقرة ، الآية 136 .

من هنا يبدو الفرق واضحاً بين أحكام الدين وقواعد القانون من حيث نطاق كل منهما وأحكام الدين عامة وشاملة وأما القانون يهتم بالأحكام الدنيوية وهي المعاملات فى التقسيمات السابقة.

## 2. ازدواج الجزاء فى أحكام الدين .

يتمثل الجزاء فى القانون فى وسيلة وحيدة ترتب فقط عند مخالفة القاعدة القانونية وهى العقوبة والتعويض .أما الجزاء فى أحكام الدين فيتمثل فى وسيلتين .

**الأولى :** عقوبة دنيوية بدنية ، كالعقاص والحدود والتعازير والسجن والجلد أو مالية كاضمان والتعويض ، إذا إشتمل الدين على قواعد قانونية .

**الثانية :** أثر إيجابى بترتيب الثواب على طاعة الأحكام الشرعية وأثر سلبى بمخالفة الأحكام الشرعية .

ففى الوقت الذى تتطلق فيه سياسة الجزاء فى القانون الوضعى من نظرة مادية بمعنى ما يرتب القانون من جزاء على المخالفة نجد سياسة الجزاء الدينى تتطلق من نظرة مزدوجة فمن ناحية ينهى الدين على الرذائل والمفاسد ، عن طريق التهديد بإكتساب الإثم والعقاب فى الدنيا والآخرة عند المخالفة وبالترغيب بالمعروف والفضيلة عن طريق الوعد الحسن بالثواب والمكافأة والجنة ونعيمها عند الطاعة والإمتثال من ناحية أخرى . فإن نطاق الدين يبدو الجزاء فيه أكثر إتساعاً من نطاق الجزاءات فى القانون ، وهذه الإزدواجية ظاهرة فى الدين الإسلامى وهذا البحث يسعى لبيان هذه الحقيقة بصورة أوضح وأكمل وهذه النقطة بالتحديد تمثل مربط الفرس فى هذا البحث والمحك الحقيقى لبيان الشريعة الإسلامية كنظام قانونى تسبقه القواعد الدينية والأخلاقية كقواعد تمهيدية يكتسبها الفرد كقواعد سلوكية تضبط تصرفاته بحيث عندما يقدم على أى عمل أو فعل يراعى هذه القواعد التى تقربه إلى الله سبحانه وتعالى لينال الأجر والثواب . ثم تجئ القواعد الشرعية أو القانونية كقواعد ملزمة ويترتب على مخالفتها جزاءات مادية تطبق أمام القضاء ، أو قواعد قانونية تنظم علاقات الأفراد فيما بينهم .

وهنا تلتقى قواعد الشريعة الإسلامية مع قواعد القانون الوضعى من حيث التطبيق فى الزمان والمكان كقواعد وضعية . فالإنسان فى القانون لا يحاسب إلا على فعله الظاهر ، لأن القانون لا يحاسب على القصد بذاته إلا فى حالات محدودة وإن دلت عليها أمارات خارجية . فى حين

أن نطاق الدين يحاسب الشخص على النية والقصد في علاقة الإنسان بربه لأنه يعلم السر وأخفى ويقول الرسول ﷺ (نما الأعمال بالنيات وإنما لكل أمرئ ما نوى) (1) .

لذلك يستطيع أن يفر الشخص من الجزاء الدنيوي كسلامة تصرفه ظاهرياً وأن كان في حقيقة الأمر تصرفه باطلاً ، فإنه لن يكون بمنجى من الحساب الأخرى على ما أبطنه من قصد سيئ ونية خبيثة (2) .

فالملاحظة الجوهرية التي يجب أن تؤخذ في الإعتبار أن الكثير من القواعد الدينية التي تكون أحكامها مثل العقوبات الحدية فإن تطبيق ذلك الجزاء يتطلب تدخل المشرع وإدخال هذه القواعد في نطاق القانون والعمل بها . أي أعمال الجزاء هنا لا يكون بوصفها قاعدة دينية بل بإعتبارها قاعدة قانونية ، وتطبق نفس الفكرة على القواعد الأخرى التي تنظم أحكام المعاملات المدنية إذا تم تقنينها من الفقه الإسلامي ، فإن الشريعة الإسلامية وفقاً لهذه الرؤية نظام قانوني شامل لجميع أقسام القانون العام والخاص بل هنالك قسم ثالث لم يعرفه علم القانون الحديث سيكون بإذن الله بالإضافة الحقيقية لهذا البحث تضمنته الشريعة الإسلامية وهو القانون الأكمل عندما نبحت علاقات القواعد الدينية والأخلاقية والقانونية بمقاصد الشريعة الإسلامية في الباب الأخير .

فبالخلاصة أن التفرقة بين قواعد الدين وقواعد القانون تكون واضحة إذا ظلت قواعد الدين بعيدة عن التطبيق ، أما إذا تباها المشرع وطبق أحكامها من خلال صياغتها في صورة قوانين ، فإنها تكتسب صفة القاعدة القانونية وتصبح لها نفس خصائصها (3) .

**ثانياً : القانون وقواعد العادات والمجاملات :** يقصد بقواعد العادات والمجاملات والتقاليد تلك القواعد التي اعتاد الناس على اتباعها في علاقاتهم في مظهرهم وجلسهم والتي تميزهم عن غيرهم من المجتمعات ، هنالك قواعد تحكم هذه المجاملات وتقتضى حسن التهذيب والتمدن ، مثل السلام والتحية عند اللقاء وتبادل التهاني في السراء والتعازي عند الضراء تتفق قواعد المجاملات مع القواعد القانونية في أنها قواعد عامة وواجبة الإلتباع بل يعدها هؤلاء الأفراد ملزمة لهم بحيث يستتكرون الخروج عنها ، ومن هنا كانت هذه القواعد قواعد إجتماعية يقوم

(1) رواه البخارى ومسلم وهو من رواية عمر بن الخطاب رضى الله عنه .

(2) د. خالد محمد حسن ، القانون بين فقه المعاملات والإسلام ، ص 72 .

(3) د. محمد حسن منصور ، المدخل فى القانون القاعد القانونية ، ص 39 .

على كفاءة إحترامها إستهجان الناس وإستتكارهم (1) غير أن هذه القواعد لايمكن التقاضى بشأنها ، فهى لم تحظ بجزء ماضى توقعه الدولة عند مخالفتها ليكفل لها الإحترام اللازم ، فلا يتعرض من يخالفها بجزء معه السلطة العامة ، فمعيار التفارقة بين القانون والمجاملات يكمن فى أن الجزاءات الأولى تطبقه السلطة العامة فى حين أن الجزاء فى الثانية يقتصر على إستتكار وإستهجان المجتمع .

القانون لايتدخل إلا لتنظيم القيم الإجتماعية والأساسية فى المجتمع بصورة آمرة إما تعلقت بمصالح حيوية ضرورية أوما تقبله بالنظام العام والآداب بشأن حماية قيمة الحياة والمال جنائياً فالمجاملات أقل أهمية فى سلم القيم الإجتماعية فإن التنظيم القانونى لا يتدخل فيها بل يتركها للقواعد الإجتماعية الأخرى ، ومثال أذكر بأن إذاعة هيئة الأخبار البريطانية قد أوردت خبر بشأن إرتداء المسلمات فى فرنسا الوركينى (2) فى السباحة وسعى بعض المواطنين الفرنسيين لإصدار قانون يمنع هذا اللباس فى حين بعض المحامين الفرنسيين قد أعترضوا على هذا المشروع أو الإقتراح بأن من حق المسلمات إرتداء هذا اللباس لأنه حق من حقوق الإنسان . ويرى الباحث أن الملابس عادة وشأن إجتماعى نعم يمكن أن يرتبط بقيمة إجتماعية حسب ثقافة البلد ، فإذا تعلق بأداب العامة يمكن أن تصدر به قانون يمنع ذلك إذا كان ليس خليع حسب ثقافتنا الإسلامية أما البلدان الغربية فإن الخلاعة لاتعتبر متعلقة بالنظام والآداب العامة ، ولكن بالنظرة الى المفاهيم العدائية يتصور هؤلاء أن هذا الزى الإسلامى مرتبط بالإرهاب فى حيث أنه يستخدم لممارسة السباحة كرياضة ليس له علاقة بتلك التهورات ، وإتفق مع الرأى القائل بأنه حق من حقوق الإنسان يشترط أن يستخدم هذا اللبس من أجل الغرض الذى خصص له فى مكان محدد وهو المكان المخصص للسباحة .

فإذا كان التنظيم القانونى يقوم على الإلزام المدعم بالجزاء المادى الذى تفرضه السلطة العامة توفيراً لإحترام القيم الإجتماعية الأساسية ، فإن تنظيم القواعد الإجتماعية الأخرى يعتمد بالدرجة الأولى على الإحترام التلقائى له ، المدعم بالجزاء المجتمعى وهو الإستهجان والمعاملة بالمثل يلاحظ أن الحدود بين التنظيم القانونى والقواعد الإجتماعية الأخرى هى حدود مرنة متغيرة

(1) د. خالد محمد حسن ، القانون بين فقه المعاملات والإسلام ، ص 72 .

(2) أخبار BBC 26 أغسطس 2016م .

بإختلاف المجتمعات ، و الأزمنة ، وبحسب ما يطرأ من تغيير على القيمة الإجتماعية صعوداً وهبوطاً فى سلم القيم الإجتماعية فى المجتمع (1)

ينبغى ملاحظة أن تكون تلك العادات ورسوخها فى عقيدة الناس بسبب تغيير النظرة الى القيم التى تحققها ، والإعتقاد بلزومها لإقامة نظام المجتمع وحفظ كيانه شأنها شأن القواعد القانونية تماماً ، يؤدى الى تحولها الى قواعد قانونية لها لأنها تصبح عرفاً معلوماً ، كما حدث بالنسبة لقواعد معاملة السلك الدبلوماسي التى اصبحت قواعد قانونية، وما بتدخل القانون بالنص عليها فى صورة قواعد قانونية معينة كتخصيص لبعض مقاعد المواصلات العامة للعجزة والمسنين.

### ثالثاً : القانون والأخلاق .

تتشرك قواعد الأخلاق مع القواعد القانونية فى أن كليهما قواعد سلوك تقويمية ، تهدف الى تنظيم العلاقات بين أفراد الجماعة فى المجتمع على نحو يحقق الأمن والاستقرار فهى تتفق مع بعض الأوجه للقانون وتختلف فى أوجه أخرى على النحو التالى :

1. أوجه الصلة بين القانون والأخلاق .

أ. الطبيعة المشتركة للقانون والأخلاق .

القواعد الخلقية كانت ولا زالت هى الملهم الذى يمد المشرع بالمعين الذى لا ينضب فى استخلاص القواعد القانونية ، فمعظم القواعد القانونية فى الواقع قواعد خلقية تسلت الى دائرة القانون ، عندما قرر المشرع أهميتها فى العلاقات الإجتماعية ورفعها الى مرتبة القواعد القانونية ومن أمثلتها قواعد تنهى عن الإعتداء على الأشخاص والأموال والأعراض وكذلك قواعد العهود والمواثيق والوفاء بها .

فى الحقيقة أن التحليل المنطقي يقضى الى أن الأصل مشترك فى الإلتزام القانوني والواجب الأخلاقي . فالناس يمكن أن يتفقوا على أن هنالك أفعالاً شريفة وأخرى مخزية ، ومن ثم وجوب فعل الأولى وضرورة تجنب الأخرى ، ويبدو أن ذلك الشعور المشترك هو مصدر فكر الواجب الإخلاقى وفى ذات الوقت مصدر الإلتزام القانونى .

لإن الواجب الأخلاقى أكثر عرضة وتجريد من الواجب القانونى . إذ تغيير القاعدة القانونية مرحلة متقدمة للقاعدة المعيارية ، فهى أكثر تحديداً وقرباً للواقعة

(1) د. خالد محمد أحمد حسن ، القانون من فقه المعاملات ، ص 74 .

المادية التي ينطبق عليها المبدأ الأخلاقي ، هذا على الأقل هو حكم الأعم أن لم يكن حكم الكل ، فغالبية الواجبات الأخلاقية تتصف بعمومية وتجريد مفرعين وهو يجعلها مثاراً لأكثر من تأويل وتفسير ، بينما القاعدة القانونية من أهم خصائصها أنها تقيم نموذجاً عملياً للواقعة التي يفترض أنها ستكون محلاً لأعمال حكم القاعدة القانونية .<sup>(1)</sup>

فإن إتفاق الواجب الأخلاقي مع الواجب القانوني في المعيارية والموضوعية والعمومية سجلاً لقبول يتطلع عليه رجال القانون كما سنرى لاحقاً بل له آثار تقويمية وتكاملية تميزت به الشريعة الإسلامية عن غيرها من الشرائع الأخرى وأخيراً فإن القانون والأخلاق يتخذان ذات الشكل البنائي الهرمي الذي أشار إليه كلسن فيما يتعلق بالقانون الوضعي إذ تشتمل الأخلاق أيضاً على مجموعة من الأفكار المطلقة تليها مجموعة من المبادئ العامة تأتي أسفل منها ، ثم مجموعة أكبر من القواعد التفصيلية <sup>(2)</sup>.

ب. القانون والأخلاق يتناولان السلوك الظاهري والباطني للإنسان يتكون التصرف الإنساني من عنصرين الأول خارجي وهو المظهر الموضوعي وحقيقياً ينتمي إلى العالم المادي ، والآخر داخلي له طبيعة نفسية مرتبط بالنوايا والقصد والإرادة.

السلوك الإنساني هو موضوع كل من القانون والأخلاق وقواعدها تتعلقان وبهذا السلوك أياً كان ظاهري أو باطني .

الفقه الحديث قد هجر الرأي القائل بعدم الإعتداد بالبواعث والنواحي النفسية والباطنية للقائم بالتصرف ، وعليه فإن القانون الوضعي الحديث أصبح يعتد بتلك البواعث وما يترتب عليها من آثار في غاية الأهمية ، وأصبح لنية المرتكب الجريمة قيمة عالية في القانون الجنائي وللحالة النفسية للشخص عند إقدامه على التصرف أثراً فعالاً قد يؤدي إلى إلغاء كل أثر للتصرف ، كما في حالة الغلط الجوهري في القانون المدني .

فالعامل المشترك هنا بين القواعد القانونية والأخلاقية هو أن كلاهما يعتد بكافة التصرفات الباطنية والظاهرية .

(1) المرجع السابق ، ص 83 .

(2) المرجع السابق ، ص 83 .

## ج. الأخلاق أساس شرعية القانون .

يرى الفقه أن القانون يجب أن يكون تعبيراً حقيقياً عن الإرادة العامة ، بمعنى أن يصبح إنعكاساً لما يطمع إليه المجتمع ، ولا يخرج عن قيمة وأخلاقياته التي تكونت في ضمير الشعب بطريق التراكم التاريخي ومن ثم فإن تلك القيم الأخلاقية هي التي تبرر شرعية القانون وإلزاميته وتجبر السلطة العامة على إستعمال أدوات القهر لإجبار الأفراد للنزول على أحكامه .

هكذا نلمس الصلة الوثيقة بين قواعد القانون ومبادئ الأخلاق ، صحيح أن التطابق بين دائرتي القانون والأخلاق ليس تماماً ولكن مع ذلك فإنه كلما ارتقت الإنسانية كما إقتربت الدائرتان من التطابق نتيجة لتحول المبادئ الخلقية إلى قواعد قانونية (1).

أما الجدير بالملاحظة وإن كانت الأخلاق دائمة التأثير في القانون بغرض تحقيق العدالة ، إلا أن القانون له غاية أكثر واقعية ، فهناك عوامل إضافية غير الأخلاق تدخل في تكوين القانون كالفلسفة السياسية والاجتماعية ، والظروف الاقتصادية وإعتبارات الأمن والاستقرار فإختلاف الغاية يؤدي الى تعاون النطاق والأسلوب بين القانون والأخلاق وهذا ما يدعونا لبحث أوجه الإختلاف بينهما .

## 2. أوجه التفرقة بين قواعد القانون وقواعد الأخلاق :

للفقهاء قد ذهبوا الى التفريق بين الأخلاق والقانون بعدة معايير :

### أ. من حيث الغاية .

غاية القانون نفعية تهدف الى إستقرار النظام في المجتمع وتحقيق العدل والمساواة بين الناس ، أما الأخلاق فغايتها مثالية تأمر بالإرادة بالخير والفضيلة، وتوصي لها بالإبتعاد عن الرذائل وتسمو بالإنسان الى السمو والكمال فالقانون عندما يحرم القتل ويعاقب عليه يقصد حفظ النظام في المجتمع وإستقرار الجماعة، بينما الأخلاق تنظر الى القتل بأنه إنحدار النفس البشرية الى عالم الرذيلة والشر ومن ثم يجب السمو بهذه النفس والإرتقاء بها نحو الكمال .

(1) المرجع السابق ، ص 76 .

رغم أن قواعد الأخلاق أحياناً تكون لها غاية نفعية ، وكذلك تكون للقواعد القانونية غاية مثالية لذا فإن معيار الغاية به بعض الغموض والإبهام للتمييز والتفرقة بين القاعدتين .

## ب. من حيث نطاق .

قد يبسط القانون سلطانه على مسائل لا يكون للأخلاق دخل فيها ، كقواعد الإختصاص القضائي وتنظيم إجراءات التقاضى وقواعد الطعن فى الأحكام ، وقوانين التى ترسى دعائم الحكم فى الدولة ، فهذه الأمور تنظيمية بحتة تحكمها فكرة النفع الإجتماعى .

ومن ناحية أخرى هنالك مسائل تعنى بالأخلاق كالإحسان على الفقراء والمحتاجين ، والصدق فى القول ، النهى عن النفاق والكذب . غير أن القانون يلتقى مع الأخلاق فى الكثير من قواعدهما حينما يتعلق الأمر بقيمة أخلاقية أساسية ، ضرورية أو حاجية ، لاغنى عن وضع تنظيم يحقق ، أو على الأقل لا يتعارض معها . إذن القوانين والأعراف وقواعد الأخلاق وقواعد المجاملات رغم إستقلالها عن بعضها البعض إلا أنه يمكن النظر إليها كمفاهيم متداخلة عند نقطة معينة وتمثل نقطة التداخل هذه الهيكل الأساسى للتنظيم القانونى كالقواعد المنظمة للحياة وحق الملكية ، وإعتبارات الآداب العامة وغيرها ، فكل ذلك سلوك يخضع للتقييم القانونى ليس إلا قواعد وتقنيناً لمبادئ خلقية فى كثير منها .

يتضح أن نطاق القانون يتداخل فى نطاق الأخلاق ويتباعد حيناً آخر ، فهو تارة ينبسط فى القانون عنه فى الأخلاق ، وتارة أخرى يتسع فى الأخلاق عنه فى القانون . وكلما إرتقى وتعمق فيه التيار الدينى كلما إزدادت أهمية القيمة الأخلاقية فيه وعنى التنظيم القانونى بتحقيقها أو على الأقل بعدم معارضتها وبالتالي تتسع الدائرة المشتركة بين القانون والأخلاق ، وهو ما يصبغ على

قواعده المشروعية والإتساق مع الفطرة السليمة ، وبنية المجتمع الثقافية ، ويدعم  
الوعي التلقائي بإحترامه (1)

#### ج. من حيث التحديد .

إن القواعد القانونية أكثر تحديداً وانبساطاً من الأخلاق التي تبلغ من ضمير  
الجماعة وقيمها في موجهاً ومبادئ عامة غير محددة ، ومؤدى ذلك أنها  
لا تقتصر على الإهتمام بالسلوك الخارجى للإنسان ، بل تسعى الى الرقى  
بأحاسيس ونواياها الباطنة وتمييزه ، لذا فهي تهتم بالدرجة الأولى بتحديد واجبات  
الإنسان وما ينبغى أن تلتزم به تحقيقاً للكمال والسمو به .

أما قواعد القانون فتكون محددة ومنضبطة لأنها تصدر في صورة نصوص من  
السلطة المختصة وتعالج السلوك الخارجى للإنسان وماله وما عليه من حقوق  
وواجبات .

#### د. معيار الجزاء .

نظراً للتداخل والتأثير المتبادل بين قواعد القانون وقواعد الأخلاق فالقواعد  
القانونية عنصر الجزاء معياراً للتمييز بينهما ، فالقواعد القانونية في حقيقتها  
قواعد أخلاقية بلغت درجة من الأهمية في نظر المشرع تناولها بالتنظيم ، فزودها  
الجزاء لكي يضمن إحترامها . وقد ترتب على ذلك أن إكتسبت هذه القواعد  
الصفة القانونية دون أن تفقد أساسها الأخلاقى ومن هنا وجد الإزدواج بين قواعد  
كل من القانون والأخلاق ، إلا أن قواعد القانون تميزت بعنصر الجزاء .

(1) د. خالد ، القانون من فقه المعاملات ، ص 79 .

## الفصل الثانى

### التفرقة بين الحقيقة القانونية والحقيقة الدينية داخل النظام القانونى الإسلامى

#### تمهيد

لقد تناولت فى الباب الأول مضمون الدعوة الإسلامية والتي تضمنت العناصر الآتية :

1. إصلاح العقيدة وموضوعه علم الكلام .
2. تهذيب الأخلاق ولقد رأينا دور الأخلاق فى الفصل السابق وعلاقتها بعلم القانون ، وعن تمييزها عن القواعد القانونية .
3. تشريع العبادات يعنى أن مفهوم العبادة فى الإسلام واسع ولقد ترتب على ذلك ازدواج الفقه الإسلامى حيث يوجد فقه العبادات بجانبه فقه المعاملات والأخير هو موضوع البحث وأيضاً نتج عن ذلك ازدواج القاعدة الدينية ، كما مهتُ لهذه الدراسة بالفصل السابق ورأينا كيف تميزت القاعدتين ولكن هنا التمييز من داخل الفقه الإسلامى تمثيلاً مع الرؤية الجوهرية لهذا البحث المتمثلة فى دراسة الشريعة الإسلامية كنظام قانونى مقابل لعلم القانون .
4. الإيمان باليوم الآخر وهذا موضوعه إعتقادى وهو يوم البعث وعليه فإن أستاذى دكتور عفيفى قد صاغ القانون التاريخى على ضوء هذه المعطيات وهى شخصية الرسول ﷺ والدعوة الإسلامية التى نادى بها ودعى الناس كلهم إليها وأخيراً القانون الذى أوجده وكانت أساساً فى تشييده وهذه الحقائق التاريخية بموجبها كان ذلك القانون التاريخى وهو:
  - أ. إذا لم يكن هنالك رسول الله محمد بن عبد الله ﷺ لم تكن هنالك دعوة إسلامية.
  - ب. إذا لم توجد دعوة إسلامية ، فإن المجتمع الإسلامى لم يكن له وجود .
  - ج. إذا لم يوجد المجتمع الإسلامى فإن الشريعة الإسلامية لم يكن لها وجود هذا الارتباط بين هذه الحقائق يقودنا إلى أن إرتباط الأحكام الشرعية ، وبمعنى أدق إرتباط القواعد الشرعية (القانونية) وما يودى إليه من أنظمة قانونية مكونة النظام القانونى الإسلامى مرتبط بنصوص القرآن الكريم والسنة المطهرة . وإن هذه

الأحكام الشرعية كلها وما يدور حولها من نقاش محورها القرآن الكريم والسنة النبوية وقواعد الإستنباط من هذين المصدرين وقد ناقش الفقيه راى القيّم م هذا الإرتباط بصورة علمية وأستشهد بالأمتثلة الدالة على هذه الصلة والإرتباط سآبحتها لاحقاً ، ولكن ما يهمنى أن نصوص القرآن الكريم والسنة الشريفة التى تجسدت فى أشكال خارجية محددة بكل دقة وبجانبيها يوجد تطبيق هذه النصوص من الناحية العملية طبقاً لفن قانونى معين الذى يستنبط من هذه النصوص القواعد القانونية الواجبة التطبيق وهى محل البحث والدراسة ويجب أن تتم داخل النظام القانونى الإسلامى من خلال قواعده ومبادئه وتطبيقاتها وبما أنى بصدد بيان هذه القواعد القانونية وكيف تميزت عن القواعد الدينية والأخلاقية فلا بد من تقديم الأدلة من داخل النظام القانونى الإسلامى نفسه وهذا يدعوني لبحث هذا الفصل فى مبحثين على النحو الآتى :

**المبحث الأول :** الأدلة الدالة على الفرق بين القاعدتين.

**المبحث الثانى :** ما مدى إرتباط النصوص بالأحكام الشرعية.

## المبحث الأول

### الأدلة الدالة على الفرق بين القاعدة القانونية والقاعدة الدينية من داخل النظام الإسلامي

هنالك سبعة أدلة عقلية تبرهن أن الحقيقة الدينية التي صدرت عنها القاعدة الدينية مستقلة عن الحقيقة القانونية مصدر القاعدة القانونية وفقاً للنظام القانوني الإسلامي على النحو الآتي :

الدليل الأول :

طبقاً لنصوص القرآن الكريم فإن الإنسان على وجه العموم دون تفرقة بين جنس أو لون ولا بين مؤمن وكافر ، ولابيين حاكم أو محكوم ، هذا الإنسان بهذا المفهوم هو خليفة الله في الأرض قال تعالى (هُوَ الَّذِي جَعَلَكُمْ خَلَائِفَ فِي الْأَرْضِ فَمَنْ كَفَرَ فَعَلَيْهِ كُفْرُهُ وَلَا يَزِيدُ الْكَافِرِينَ كُفْرُهُمْ إِلَّا مَرًّا وَلَا يَزِيدُ الْكَافِرِينَ كُفْرُهُمْ إِلَّا خَسَارًا) (1) ويقول أيضاً في سورة النحل ( أَمْ يَحِيبُ الْمُنْظَرُ إِذَا دَعَاهُ وَيَكْشِفُ السُّوءَ وَيَجْعَلُكُمْ خُلَفَاءَ الْأَرْضِ إِنَّهُ مَعَ اللَّهِ قَلِيلًا مَا تَذَكَّرُونَ ) (2) (وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً) (3)

يقرر الإمام الشاطبي في موافقاته أن المقاصد الشرعية ضربان المقاصد الأصلية : فهي التي لا حظ فيها للمكلف ، وهي الضروريات المعتبرة في كل ملة ، ولأنها القيام بمصالح عامة مطلقة ، لاتخفى بحال دون حال ، ولا بصورة دون صورة ، ولا بوقت دون وقت وتنقسم الى ضرورية عينية ، وإلى ضرورية كفائية (4)

فأما كونها عينة ، فعلى كل مكلف في نفسه مأمور بحفظ دينه ونفسه وعقله ونسله التقائلاً الى بقاء عوضه في عمارة هذه الدار ، وماله إستعانة على إقامة تلك الأوجه الأربعة .

أما كفائية : فمن حيث كانت منوطة بالغير أن يقوم بها على العموم في جميع المكلفين لتستقيم الأحوال العامة التي لاتقوم الخاصة إلا بها . وهذا القسم مكمل للقسم الأول ولا يقوم العيني إلا بالإكتفائي والأخير لأنه قيام بمصالح العامة بجميع الخلق ، فالمأمور به من تلك الجهة مأمور

(1) سورة فاطر ، الآية 39 .

(2) سورة النحل ، الآية 62 .

(3) سورة البقرة ، الآية 30 .

(4) المرافقات للشاطبي ، ص 305 .

به بما لا يعود عليه من جهته تخصيص فلم يؤمر بخاصة نفسه والإصرار عيناً ، بل بإقامة الوجود ، وحقيقة أنه خليفة الله في عبادته ، على حسن قدرته وما هيئ له من ذلك ، فإن الواحد لا يقدر على إصلاح نفسه والقيام بجميع أهله ، فضلاً عن أن يقوم بقبيلته ، خلائف في إقامة الضروريات العامة ، حتى قام الملك في الأرض .<sup>(1)</sup>

فنخلص إلى أن المطلوب الكفائي معرّى من الحظ شرعاً أن القائمين به في ظاهر الأمر فهو إستجلاب الحظوظ لأنفسهم مما قاموا به .

وأما المقاصد التابعة فهي التي روعي فيها حظ المكلف ، فمن جهتها يحصل له مقتضى ما جعل عليه من نيل الشهوات ، والإستمتاع بالمباحات والدنيا إنما يصلح ويستمر بدواع من قبل الإنسان تحمله على إكتساب ما يحتاج إليه هو وغيره .<sup>(2)</sup>

أرسل للرسول مبينة أن الإستقرار ليس ههنا ، وإنما هذه الدار مزرعة للدار الآخرة ، وأن السعادة الأبدية والشقاوة الأبدية هنالك ، لكنها تكتسب أسبابها هنا بالرجوع الى ما حده الشارع ، أو بالخروج عنه ، فأخذ المكلف في إستعمال الأمور الموصلة الى تلك الأغراض ، ولم يجعل له قدرة على القيام بذلك وحده ، لضعفه ، فطلب منه التعاون مع غيره ، فصار يسعى في نفع نفسه وإستقامة حاله ينفع غيره ، فحصل الإنتفاع للمجموعة بالمجموع ، وإن كان كل أحد إنما يسعى في نفع نفسه ، وجعل الإكتساب لهذه الحظوظ مباحاً لا ممنوعاً ، ولكن على قوانين شرعية هي أبلغ في المصلحة ، وأجرى على الدوام مما يعده العبد مصلحة (وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَتَمُّهُ لَأَتَعْلَمُونَ) وإذا كان الإنسان خليفة الله في أرضه فليس هنالك واسطة بينه وبين الله سبحانه وتعالى فليست هنالك كنيسة ولamuؤسسات دينية تعتبر واسطة بين الله سبحانه وتعالى والإنسان ، ففكرة الواسطة بين الله والإنسان ليس لها وجود في الإسلام .

إن الله عز وجل حينما تعلقت إرادته بإيجاد هذا الكون بما فيه من الموجودات أنواعاً وأجناساً ، إقتضت حكمته الباهرة أن يختار نوعاً من هذه الموجودات وهو الإنسان فيجعله سيد هذا الكون ويجعل سائر مظهره وموجوداته مسخرة له قائمة بخدمته ، وإن يكل إليه عمالاته وأمر تنظيمه

(1) د. محمد سعيد البوطي كبرى اليقينيات الكونية ، دار الفكر المعاصر ، سنة 1997م ، ص 70 .

(2) فضيلة العلامة الشيخ محمد الطاهر بن عاشور ، مقاصد الشريعة الإسلامية ، دار السلام ط 2009م ، ص 36 .

، فذلك هو المعنى بالخلافة فى قوله تعالى (وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً)<sup>(1)</sup> وهو المقصود بالإستعمار فى قوله تعالى (هُوَ أَنْشَأَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا)<sup>(2)</sup>.

جهز الإنسان بمجموعة من الملكات والصفات ، لابد منها لتتكامل لديه والقدرة على إدارة شأن هذا الكون وتعميره واستخدامه حيث فيه صفة العقل وما يتفرغ عنها من العلم والإدراك والقدرة على تحليل الأشياء وسوا أغوارها والوصول الى ما وراءها ، وبث فيه معنى الأنانية ، وما يتفرغ عنها من التزرع الى الأثر والتملك ، وبث فيه أسباب القوة ومقومات التدبير ، وحب السيطرة إتجاهه ، وله عواطف وأشواق و إنفعالات متممة لقيمة تلك الصفات وفوائدها<sup>(3)</sup>.  
النتيجة المنطقية لكون الإنسان خليفة الله فى الأرض أن الإنسان يجب أن يتحمل مسئوليته كاملة على الأرض لأنه أعطى كل الأدوات الضرورية اللازمة للمعرفة بما فيها الرسالات السماوية . وبما فيها من إرادة تجعله حر التصرف ، وعليه أن ينظم حياته ومجتمعه متحملاً مسئولية الحياة الدنيا والآخرة<sup>(4)</sup> وهذا التنظيم لا يتأتى إلا بموجب نظم قانونية تنظم حياته مستمدة من أخلاقه وإعتقاداته ومبادئه وقيمة .

الدليل الثانى:

إن فقهاء الإسلام يفرقون بين القاعدة الشرعية أوالقانونية التى مصدرها الحقيقة القانونية وبين القاعدة الدينية التى مصدرها الحقيقة الدينية وهذا التمييز وتلك التفرقة من حيث طبيعة كل منها كما قررها الإمام الشاطبى حيث قال المطلوب الشرعى ضربان :  
**أحدهما** : ما كان من قبيل العادات الجارية بين الخلق فى إكتساب وسائل المحاولات الدنيوية التى هى طرق الحظوظ العاجلة ، كالعقود على إختلافها ، والتصاديق المالية على تنوعها .  
**الثانى** . ما كان من قبيل العبادات اللازمة وللمكلف من جهة توجيهه الى الواحد المعبود .

(1) سورة البقرة ، الآية 30.

(2) سورة هود ، الآية 61 .

(3) كبرى اليقينات الكونية على وجود الخالق ووللفقه الإسلامى .

(4) أيد خليفة بابكر الحسن وأيد محمد عبد الهادى سراج ، تاريخ التشريع الإسلامى ومصادره ، مطبوعات جامعة الإمارات العربية .

**فأما الأول :** فالنيابة فيه صحيحة ، فيقوم فيها الإنسان عن غيره وينوب عنه فيما لا يختص به منها ، فيجوز أن ينوب منابه في إستجلاب المصالح له ودرء المفسد عنه . فالحكمة التي يطلب بها المكلف في ذلك كله صالحة أن يأتي بها سواء كالبيع والشراء والإجارة والخدمة والقبض وما أشبه ذلك .<sup>(1)</sup> قد يستثنى من ذلك ما لم يكون مشروعاً لحكمة لا تتعدى المكلف عادة أو شرعاً كالأكل والشرب والسكن ومن العادات والنكاح وأحكامه التابعة له من وجوه الإستمتاع التي لاتصح النيابة فيها شرعاً ، فإن هذا لا يتعدى صاحبها الى غيره.

أيضاً العقوبات والأزديجار لأن المقصود الزجر لا يتعدى صاحب النيابة بما يقابل في العصر الحديث تفريد العقوبة وما لم تكن الجناية راجعة الى المال فإن النيابة تصح من حيث الكفالة المالية وغيرها من الضمانات المالية .

فإن كان دائر بين الأمر المالي وغيره فهو مجال نظر وإجتهاد كالحج والكفارات.

فالحج بناء على أن المذهب فيه التعبد ، تجوز النيابة فيه بشروط منها:

1. الموت .

2. العجز البدني .

والكفارة بناء على أنها زجر فتختص ، أو جبر فلاتختص فالحاصل أن حكمة العاديات أن يختص بالمكلف فلا نيابة ولا تجب النيابة .

**أما الثاني :** فالتعبدات الشرعية لا يقوم فيها أحد عن أحد ، ولا يغني فيها عن المكلف غيره ، وعمل العامل لا يجتزئ به غيره ، ولا ينقل بالقصد إليه ، ولا يثبت أن وهب ، ولا يحمل أن تحمل وذلك بحسب النظر الشرعي القطعي نقلاً وتعليلاً .

ثم أقام الإمام الشاطبي على صحة الدعوى ليثبت الفرق بين طبيعة العبادات وطبيعة المعاملات أو كما يسميها العاديات ويقرر الآتى :

((إن المصالح أما دينية أخروية وإما دنيوية، أما الدينية فلا سبيل الى قيام الغير مقامه فيها حسبما تقوم إذ لا ينوب فيها أحد عن أحد)) .

وإنما النظر في الدنيوية التي تصح النيابة فيها ، فإذا فرضنا أنه مكلف بها فقد تعينت عليه ، وإذا تعينت عليه سقطت عن الغير بحكم التعيين فلم يكن غيره مكلفاً بها أصلاً .

(1) د. أبو السعود عبد العزيز موسى ، أصول الأحكام الإسلامية .

ويستدل بهذا على أن كل من كلف بمصالح نفسه فليس على غيره القيام بمصالحه مع الإختيار وهذه الأحكام إنما تترتب على الإختلاف الأساسي من طبيعة القاعدة الدينية والقاعدة الشرعية . يتضح لنا أن الأحكام موضوعة ابتداءً لتنظيم الأحوال سواء كانت عبادة أو معاملة حسب طبيعة القاعدة وإذا كانت عبادة تنطبق عليها أحكام القاعدة الدينية وإذا كانت معاملة إنطبقت عليها القاعدة القانونية .

ولا يجد الباحث توضيح أكثر مما وجدته عند الإمام سعد الدين التفتازانى فى شرح التلويح والتوضيح عندما قرر أن شرعية المعاملات يعنى أن إرادة الله تعالى بقاء العالم الى حين علمه وزمان قدره سبب لشرعية البيع والنكاح ونحو ذلك وتقريره أن الله تعالى قدر لهذا النظام المنوط بنوع الإنسان بقاءه الى قيام الساعة وهو مبنى على حفظ الأشخاص إذ بها بقاء النوع والإنسان لفرط إعتدال مزاجه يفتقر فى البقاء الى أمور صناعية فى الغذاء واللباس والمسكن ونحو ذلك ، وذلك يفتقر الى معاونة ومشاركة بين افراد النوع ، ثم يحتاج للتوالد والتناسل الى أزواج بين الذكور والإناث وقيام بالمصالح ، وكل ذلك يفتقر الى أصول كلية مقدرة من عند الشارع بها يحفظ العدل فى النظام بينهم فى باب المناكحات المتعلقة ببقاء النوع ، والمبايعات ببقاء الشخص ، إذ كل أحد يشتهى ما يلائمه ويغضب على من يزاحمه فيقع الجور ويختل أمر النظام فلهذا السبب شرعت المعاملات (1).

حقيقة هذا الإمام العظيم قدأبان بلغة قانونية رفيعة المستوى النظام القانونى الإسلامى بطريقة تضاهى بل وتفوق ما توصل إليه علم القانون فى العصر الحديث حيث أنه علل وأوضح مشروعية النظام كما وردت بمصطلحات عصره حيث أشار الى أن النظام المنوط بأنواع الإنسان ومايلزمه من بقاء فى دخوله فى علاقات قانونية تهيئ له الإستقرار سواء تعلقت بمعاشه اليومى من غذاء وملبس ومسكن ضرورة التعاون بين أفراد المجتمع . بل الأكثر من ذلك أن هنالك أصول كلية مقدرة من عند الشارع وهذه الأصول تتمثل فى الأنظمة القانونية التى بموجبها تستقر المعاملات ويحفظ الأمن والعدل بالمجتمع .

يوضح الباحث معنى الإختصاصات التى تشير إليها الفقهاء عند الباب الأخير من هذا البحث فقد أثبت أن الحكم ما هو إلا أثر لأفعال العباد ومثال لذلك الملك فى البيع والحل فى النكاح والحرمة فى الطلاق ، وهذه تسمى الإختصاصات الشرعية فسببها الأفعال التى هى آثارها وهى

(1) الإمام سعد الدين مسعود بن عمر التفتازانى ، مشروع التلويح على التوضيح لمتن التنقيح فى أصول الفقه ص 300 .

التصرفات المشروعة كالإيجاب والقبول ، وفي علم القانون تقابل هذه التصرفات القانونية التي بموجبها يحقق الملكية . ثم ذكر الإمام التفتازانى أن الفقه هو العلم بالأحكام الشرعية العملية فهي أما أن تتعلق بأمر الآخرة وهي العبادات ، أو بأمر الدنيا وهي أما أن تتعلق ببقاء الشخص وهي المعاملات أو ببقاء النوع وهي المناكحات ، أو بإعتبار المدنية وهي العقوبات (1) . هذا الشرح قد أوضح لنا مما لا شك فيه أن فقهاء الإسلام العظماء يعرفون التفرقة الجيدة بين القاعدة الدينية المحضة التي تحكم العبادات والقاعدة القانونية التي تحكم المعاملات بل ذهب أفكارهم الى أبعد من ذلك حيث ذكر المناكحات وهي للأحوال الشخصية وذكر المدنية فى إشارة الى جميع أقسام القانون العام والخاص وقد أوضح ذلك بمثال قانون العقوبات سواء كان إجرائي أو موضوعي فإن المدنية بمعناها الواسع تشمل كل أقسام القانون وهذا المصطلح الذى أشار إليه وفقاً للإصطلاحات عصره .

### الدليل الثالث

نظرية الحقوق والواجبات تعتبر أساس للنظام القانونى الإسلامى . فهي تتعلق أساساً بموضوع القاعدة الشرعية ( القانونية ) أى المحكوم به وهو فعل المكلف المحكوم به هو ذات فعل المكلف الذى هو موضوع الطلب أو موضوع الكلف أو موضوع الإباحة فهي إذن أفعال المكلفين التى تعلق بها الحكم التكليفى .

فيما يتعلق بالإيجاب الذى هو خطاب الشارع الطالب للفعل طلباً جازماً يسمى فعل المكلف الذى يقوم به تنفيذ لهذا الخطاب واجباً لتعلق الإيجاب به . مثال قيام المكلف بأداء الصلاة لقوله تعالى (وَأَقِمُوا الصَّلَاةَ) .(2)

ومتعلق النذب الذى هو خطاب الشارع الطالب للفعل طلباً غير جازماً يسمى فعل المكلف الذى يقوم به تنفيذ لهذا الخطاب مندوباً لتعلق النذب به مثال قوله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا كُذِّبْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ) (3) القيام بكتابة الدين هنا يسمى مندوباً يستحب للمكلف القيام به كما يطلق العلماء المجتهدون على فعل المكلف المحكوم فيه ، ويطلقون عليه

(1) د. أبو السعود عبد العزيز موسى ، أصول الأحكام الإسلامية.

(2) سورة البقرة ، الآية 43 .

(3) سورة البقرة ، الآية 282 .

أيضاً المحكوم به وهو تعبير علماء الأحناف والأول يرى البعض أدق بمعنى إذ لم يحكم الشارع به على المكلف بل حكم في الفعل كالوجوب المنع بالإطلاق .

فالمحكوم فيه أو المحكوم به تعبيران يطلقان على فعل المكلف بمعنى لافرق بينهما .

المحكوم فيه هو الركن الثاني من أركان الحكم الشرعي فالركن الأول هو الحاكم .

المحكوم فيه هو ما يكون من أفعال المكلفين الداخلة في حدود قدراتهم ، سواء أكانت هذه الأفعال تكليفاً مجرداً فيما يتعلق بنفسه ، مثل الصلاة والزكاة والصيام ، أم كانت تكليفاً متصل بحكم وضعي كالوضوء كشرط لأداء الصلاة على وجهها الصحيح وكالبيع من حيث أنه سبب لنقل الملكية ، كالقتل من حيث أنه مانع الميراث ، كالزوجة من حيث أنها سبب للميراث وللمحكوم به شروط وأقسام على النحو الآتي :

**أولاً :** أن يعلم المكلف أنه مأمور بالفعل من جهة الله سبحانه وتعالى يشترط في فعل المكلف حيث يتحقق به الإمتثال أو الأجزاء عن قام به أن يكون المكلف عالماً إنه مأمور بأداء هذا الفعل ويقصد بفعله الطاعة والتقرب الى الله ويكون هذا الشرط خاصاً بالأعمال التي تحتاج الى تعيينها بالنية عند أدائها وبذلك مثل العبادات المختلفة كالصلاة والصيام والحج وغير ذلك منها .

أما المعاملات الأخرى المتعلقة بحقوق العباد كرد الأمانات إلى أصحابها وتسليم الشيء المبيع الى المشتري وتسليم الثمن الى البائع وغير ذلك من المعاملات التي تجرى بين البشر ، فلا يلزم في مثل هذه المعاملات تعيينها بالنية ، وإنما المقصود منها قضاء المصالح والحاجيات التي تهتم الناس في حياتهم الدنيوية بما يشبع رغباتهم وشهواتهم فالمراد بعلم المكلف هنا أن تتوفر له مكنة العلم بأحكام الشريعة الإسلامية كأن تكون نشأته أو إقامته في بلد متحضر تنتشر فيه وسائل الإعلام المختلفة بما فيها المساجد ، ولذلك لا يحتج أحد بجهله بالأحكام الشرعية إلا إذا كان ثابتاً بالقطع عدم تبليغ الدعوة الإسلامية إليه كمن يكون مقيماً في مجاهل الغابات أو أعالي الجبال (1) .

**ثانياً :** أن يكون المحكوم به معلوماً للمكلف علماً نافياً للجهالة :

ينبغي أن يكون هذا الفعل معلوماً للمكلف ومميزاً تمييزاً تفصيلاً وليس إجمالياً ، محدد بأركانه وشروطه . فالشارع الحكيم لا يكلف الناس بأفعال مجملة لا يدركون كنهها أو ماهيتها التفصيلية

(1) المحلى لأبي حزم .

فإذا كلف العباد بالصلاة أوقاته وعدد ركعاتها وشروطها وأركانها ولذلك جاءت السنة موضحة ومفصلة لما أجمله القرآن الكريم من أحكام ومبينة لما يحتاج إلى بيان منها .

**ثالثاً :** أن يكون الفعل المكلف معدوماً .

الشارع الحكيم لا يكلف المكلف بفعل إلا إذا كان هذا الفعل معدوماً ليس له وجود ولم يقع قبل ذلك من المكلف . فإذا كان المكلف قد أدى الفعل صحيحاً على الوجه الذى طلبه الشارع الحكيم مستكماً بشروطه وأركانه ، فلا يعقل أن يكلف المكلف بأتيان الفعل مرة أخرى ، وإلا فإن ذلك تحصيلاً لحاصل وهو محال على الله سبحانه وتعالى . ويترتب على ذلك أن يفرغ العبد من أداء ما عليه من التزامات كلف بأدائها طيلة هذا تكليفاً بما لا يطاق ولا يحتمل . ولا يليق هذا من الله سبحانه وتعالى القائل (لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِشْرًا وَلَا نَفْسًا) (1)

**رابعاً :** أن يكون الفعل المحكوم به فى مقدور المكلف وفى إستطاعته لا يكلف الشارع الحكيم العبد بأداء فعل معين إلا إذا كان هذا الفعل داخل فى حدود قدراته وفى إستطاعته وهذا مذهب جمهور العلماء وإيُسَكَّلُوا بِقَوْلِهِ تَعَالَى (لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِشْرًا وَلَا نَفْسًا) (2) (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر) (3).

والرسول الكريم يبين من أعماله التى تدل على أن أحكام الشريعة الإسلامية لاضيق ولا حرج فيها بقول صلى الله عليه وسلم (بعثت بالحنفية السمحاء) وقوله (ص) إن الدين يسر) ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه فسددوا وقاربوا) (4). وما ورد عنه من أنه صلى الله عليه وسلم ما خير بين أمرين إلا إختار أيسرهما ما لم يكن إثماً .

أقسام المحكوم فيه بإعتبار من ينسب إليه يقول صدر الشريعة فى التوضيح (المحكوم به أما حقوق الله أو حقوق العباد أو ما إجتمعا فيه والأول غالب أو ما إجتمعا فيه والثانى غالباً) (5) ويعرف سعد الدين التفنازاني فى التلويح على التوضيح حقوق الله فيقول (المراد بحق الله ما يتعلق به النفع العام من غير إختصاص ، فينسب الى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه وإلا

(1) سورة البقرة ، الآية 286 .

(2) سورة البقرة الآية رقم

(3) قرآن كريم ،

(4) محمد سعيد العشماوى ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية والقانون المصرى المستشار القانونى.

(5) محمد زيد الأبيانى ، شرح الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية ( معزز بإجتهادات المحاكم الشرعية ، ج1

تأليف منشورات الحلبي الحقوقية ، " ، 2006م ، ص 397 .

باعتبار التخليف الكل سواء فى الإضافة الى الله تعالى وله ما فى السموات وما فى الأرض  
وباعتبار الضرر أو الإمتناع هو متعال عن الكل (1) .

ويحدد المراد بحق العبد بقوله ( ومعنى حق العبد ما يتعلق به مصلحة خاصة كحرمة مال  
الغير ) .

عليه قسم علماء الأحناف المحكوم به ( فعل المكلف) باعتبار من ينسب إليه بحسب الإستقراء  
واللتبع إلى أربعة أقسام : هى حق خالص لله سبحانه وتعالى وحق خالص للعباد وحق الله  
غالب ، وحق مشترك بين الله سبحانه وتعالى وبين العباد وحق العباد غالب على التفصيل  
الآتى :

#### أ/ الحقوق الخاصة لله سبحانه وتعالى .:

هى الحقوق التى يتعلق بها النفع العام للناس جميعاً ، فلا يختص بها أحد من الناس  
دون أحد وشرعت هذه الحقوق لحفظ النظام العام فى المجتمع من غير النظر الى مصلحة  
شخص معين . ونسبت لله تعالى لأهميتها القصوى فى نشر الأمن والأمان ويترتب على ذلك  
لأنه لايجوز لأحد أن يعطلها أو يقصر فيها ، أو يتهاون فى إقامتها أو يتنازل عنها ، أو  
يستثنى منها أى فرد . وهذه الحقوق كان إستفاؤها لولى الأمر فى تنفيذ أحكام الله سبحانه على  
عباده وهى ثمانية أقسام كالاتى (2):

#### أولاً : عبادات محضة .

كالصلاة والصوم والزكاة والحج وما يترتب عليها من الإيمان بالله سبحانه وتعالى وملائكته  
وكتبه ورسله واليوم الآخر .

#### ثانياً : عبادات فيها معنى المؤنة :

من صدقة الفطر فهى طهرة للصائم ويشترط فيها النية لأدائها وقتها شهر رمضان وصرافها الى  
من تصرف لهم الزكاة ، ففيها معنى المؤنة لم يشترط لأدائها كمال الأهلية مثل ما يشترط  
لوجوب أداء العبادات الخاصة . فتجب على الصبى والمجنون فى مالهما ، ويؤديها عنهما  
وليهما أو الوصى عنهما من مالهما .

#### ثالثاً : مؤنة فيها معنى العبادة .

(1) د. ابو السعود عبد العزيز موسي ، أصول الأحكام الإسلامية ، ، ص 410 .

(2) الشيخ زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم ، الأشياء والنظائر .

مثل العشر فى الزروع والثمار إذا كانت الأرض تسقى بدون آلة ، ونصف العشر إذا كانت الأرض تسقى بآلة رى والنضح ، وتصرف على الأصناف الواردة ذكرهم فى الآية (إنما الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَامِرِينَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ) (1) معنى المؤنة أن تخرج للزكاة تصرف على تعمير الأرض وصيانتها وحمايتها من الغزاة وتجهيز الجيوش للدفاع عن المعتدين .

#### رابعاً : مؤنة فيها معنى العقوبة .

مثل الخراج ففيه معنى المؤنة باعتبار تعلقه بالأرض (2). بمعنى العقوبة باعتبار الإشتغال بالزراعة سبب الذل لكونها إعراضاً عن الجهاد فى سبيل الله .

#### خامساً : حقوق دائرة بين العبادة والعقوبة .

مثل الكفارات لأن فى أدائها معنى العبادة ، فهى محض العبادة كالصوم وتحرير الرقبة والإطعام . يؤدى المكلف طوعاً من غير أن تستوفى منه كرها ولأن الشارع الحكيم لم يجعل للمكلف إقامة شئ من العقوبات على نفسه . فالحاكم من يتولى تنفيذ العقوبة على المكلف فى الكفارات معنى العقوبة عندما يتسبب المكلف فى فعل ممنوع شرعاً إرتكابه وهو عبادة من حيث أنها تجب بالفتوى وتتأدى بما هو محض للعبادة .

#### سادساً : عقوبات كاملة كالحدود .

هى واجبة بطريق العقوبة ينفذها الحاكم لأنه مأمور بإقامتها وهى حد الزنا فإنه شرع لحفظ الإنسان وحد السرقة لحفظ الأموال وحد شرب الخمر شرع لحفظ العقول وحد قطع الطريق (الحرابة) خالص لله لمحاربة الله سبحانه وتعالى ورسوله وحد القذف مما غلب فيه حق العبد حيث العقوبة كاملة لأنها جنایات كاملة لايشوبها معنى الإباحة عند الباب الأخير نلاحظ علاقة القاعدة الأخلاقية بالقاعدة القانونية .

#### سابعاً : عقوبة ناقصة .

(1) سورة التوبة ، الآية 60 .

(2) د. أبو السعود عبد العزيز موسى ، أصول الأحكام الإسلامية ، ص 412 .

كحرمان القاتل من الميراث وهي عقوبة مالية وقاصرة رغم وجود علة الإستحقاق وهي القرابة لكن بسبب جنايته على مورثه ولما كان الحرمان عقوبة لم يثبت في حق الصبي الذي يقتل مورثه عمداً أو خطأ ، لأن فعله لا يوصف بالحرمة بل أنه مانع من موانع المسؤولية الجنائية وعليه فإن هذه العقوبة الناقصة حق من حقوق الله لأنه لانفع بالمقتول بها وبمعنى أنه حق للمجتمع كما قرره الفقهاء من قبل .

**ثامناً** : حق قائم بنفسه .

وجب لله سبحانه وتعالى من غير أن يتعلق بذمة العبد بشئ يؤديه بطريق الطاعة مثل خمس الغنائم . فإن الجهاد حقه تعالى لأعزاز دينه فكان المصاب به خالص حقه . وأوجب أربعة أخماسه للغانمين .

**ب/ الحقوق الخاصة للعباد .**

هي حقوق التي تتعلق بها مصالح خاصة ، مثل حرمة مال الغير وغيرها من الحقوق .

**ج/ الحقوق المشتركة بين الله وبين العباد وحق الله غالب :**

مثل حد القذف ، فهو مشتمل على الحقين ، فقد شرع لرفع العار عن المقذوف ، ولذلك كان فيه حق العبد وشرع حدّاً زاجراً للناس يعود نفعه الى العباد ، فهو بذلك حق الله سبحانه وتعالى . وحق الله غالب كما في سائر الحدود . ولا يسقط إذا عفا المقذوف عن القاذف (1) .

**د/ الحقوق المشتركة بين الله وبين العباد وحق العباد غالب .**

مثل حق القصاص ، فهو مشتمل على حقين ويسقط بالشبهة كالحدود . وحق العبد غالب يفوض إستيفائه الى ولي القتل وعليه العدول عنه الى الدية أو الصلح أو العفو ، وفي كل مرة نتحدث عن حقوق الله الخالصة ، فإنما نقصد بذلك حق المجتمع كله بدون تفرقة بين أفراده المكونة له حكماً ومحكومين ويطلق ابن الهمام على حق الله إصطلاح حق الشرع (2) .

فالمحكوم به هو الفعل الذي تعلق به خطاب الشارع فلا بد من تحققه حساً أي من وجوده في الواقع بحيث يدرك بالحس أو بالفعل والمراد بالوجود الحسى ما يعم مدركات العقل بطريق التغليب ليدخل فيه مثل تصديق القلب والنية في العبادات ، ثم مع وجود الحس إما أن يكون له وجود شرعى أو لا ، وكل من القسمين إما أن يكون له سبباً لحكم شرعى أو لا ومعنى الوجود

(1) المرجع السابق ، ص 413 .

(2) المرجع السابق ، ص 373 .

الشرعى أن يعتبر الشارع أركاناً وشرائط يحصل من إجتماعها مجموع مسمى باسم خاص يوجد بوجود تلك الأركان والشرائط وينتفى بإنتفائها كالصلاة والبيع .(1)

#### الدليل الرابع

التفرقة بين القاعدة القانونية والقاعدة الدينية من حيث الأحكام وجزاءاتها .  
أن الأحكام وجزاءاتها والتي تنطبق عليها فى الحياة الدنيا تمثلها القاعدة القانونية بينما الأحكام وجزاءاتها التي تنطبق عليها فى الحياة الآخرة تمثلها القاعدة الدينية وهذه التفرقة واضحة تماماً ومقررة من جانب جميع الفقهاء ، فهم يقولون لنا بكل صراحة ووضوح ( أحكام الدنيا غير متعلقة بأحكام الآخرة ) .(2)

إبن نجيم المصرى فى الأشياء والنظائر يقرر القاعدة الأولى (لاثواب إلا بالنية يفسر النية فى الإصطلاح يقصد بها الطاعة والتقرب إلى الله تعالى فى إيجاد فعل وعرفها القاضى البيضاوى بأنها شرعاً الإرادة المتوجهة نحو الفعل إبتغاء لوجه الله تعالى وإمتثالاً لحكمه . وقالوا أن المقصود منها تمييز العبادات من العادات وتمييز العبادات عن بعض ، كالإمساك عن المفطرات قد يكون حمية أوتداوياً ، ودفع المال قد يكون هبة أو لغرض دنيوى .  
لابد من نية العبادة وهو التذلل والخضوع على أبلغ الوجوه ونية الطاعة وهى فعل ما أَرادَه الله منه ، ونية القرية وهى طلب الثواب بالمشقة فى فعلها وبنوى أن فعلها مصلحة له فى دينه بأن يكون أقرب الى ما وجب عقلاً عنده من الفعل وأداء الأمانة ، وأبعد عما حرم عليه من الظلم وكفران النعمة .(3) والنية محلها القلب فى كل موضع ولها أصلان:

**الأصل الأول .:** (4) لا يكفى التلفظ باللسان دونه . فمن لا يقدر أن يحضر قلبه لينوى بقلبه أو بشك فى النية يكفيه التكلم بلسانه ومن فروع هذا الأصل أنه لو اختلف اللسان والقلب ، فالمعتبر ما فى القلب وخرج عن هذا الأصل اليمين ، فلو سبق لسانه إلى لفظ اليمين بلا قصد إنعقدت الكفارة أما فى الطلاق العتاق ، فيقع قضاء لا ديانة ولا يخفى أنه إذا نوي عدم الطلاق قلنا بالوقوع فيه أنه يدين ، وفيها لوقال لها يا مطلقة إن لم يكن لها زوج طلقها قبله ، أو كان لها زوج ولكن مات وقع الطلاق عليها ، وإن كان لها زوج طلقها قبله إن لم ينوى الإخبار طلقت ، ونوى الإخبار صدق ديانة وقضاء على الصحيح ، ولو نوى به الشتم دين فقط.

(1) قاسم عدنان ، التوضيح شرح التنقيح للإمام صدر الشريعة ، ص 325 .

(2) المرجع المحلى ، ج 13 ، ص 315 .

(3) د. عفيفى عجلان ، عادل سعد ، الأشياء والتقارير ، ، ص 52 .

(4) المرجع السابق ، ص 60 .

**الأصل الثاني :** هو أنه لا يشترط مع نية القلب التلفظ في جميع العبادات ، ولذا قال في المجمع : ولا يعتبر باللسان . وهل يستحب التلفظ أو يسن أو يكره ؟ أقوال إختار في الهداية لمن لم تجتمع عزيمته وفتح القدير : لم ينقل عن النبي صلي الله عليه وسلم وأصحابه التلفظ بالنية لا في حديث صحيح ولا ضعيف وزاد ابن أمير حاج أنه لم ينقل عن الأئمة الأربعة وفي المفيد كره بعض مشايخنا النطق باللسان ، وراه الآخرون سنة .  
أما الطلاق والعتاق فلا يقعان بالنية ، بل لابد من اللفظ .  
أما شروط النية :

**الأول :** الإسلام ، لذا لم تصح العبادة من كافر .

**الثاني :** التمييز ، فلا تصح عبادة صبي غير مميز ولا مجنون .

**الثالث :** العلم بالمنوى فمن جهل فرضية الصلاة لم تصح .

**الرابع :** ألا يأتي بمناف بين النية والمنوى ، قالوا إن النية المتقدمة على التحريمة جائزة بشرط ألا يأتي بعدها بمناف ليس منها وعلى هذا تبطل العبادات بالإتداد والعياذ بالله تعالى، وفي أثنائها ، وتبطل صحبة النبي صلي الله عليه وسلم بالردة إذا مات عليها ، فإن أسلم بعدها فإن كان في حياته عليه الصلاة والسلام فلا مانع من عودها .  
فالنية شرط في كل العبادات بإتفاق الأصحاب لا ركن، وإنما وقع الإختلاف بينهم في تكبيرة الإحرام<sup>(1)</sup>.

عليه فإن هذا إنما يستقيم في عبادة يترتب عليها الثواب ، والمنهيات المترتب عليها عقاب . فالصواب تغيير النية يتوجه القلب نحو إيجاد فعل أو تركه مواقف جلب نفع أو دفع ضرر حالاً أو مالاً .

ويذكر ابن نجيم أيضاً ( يدخل في هذه القاعدة قولهم التأسيس خير من التأكيد فإذا دار اللفظ بينهما تعين الحمل على التأسيس ولذلك قال أصحابنا لو قال لزوجته أنت طالق طالق طالق ، طلقت ثلاثة وإن قال أردت بها التأكيد صدق ديانة لا قضاءً وذكره الزيلعي في الكنايات ) .  
وهكذا فإن تمييز الأحكام الى قضائية وأحكام ديانية مما قد يترتب عليه إعطاء حكم العمل الواحد إعتبارين :

(1) إعتباراً قضائياً ينظر الى الصورة المادية للواقع والتصرف القانوني وما يترتب عليه من أثر في الخارج وهي محل القضاء والإلزام .

(1) المرجع السابق ، ص58.

(2) الإعتبار الدينى ينظر الى الباعث على العمل والنية المقترنة به ، وإعتبارهما أساس المآخذة الخلقية ومناطق العقاب والثواب من الله .

النتيجة المترتبة على ذلك إذا كان الإعتبار القضائي هو مناط تعويل القضاء فإن الإعتبار الدينى هو مناط تأويل الإفتاء ، والأمثلة على ذلك زلة اللسان فى حالة الطلاق كما ذكرها ابن نجيم .

ألا أن هذه الازدواجية بالنسبة لحكم الواقعة القانونية ليست هى الأصل بل هى الإستثناء وكثيراً ما يتفق الحكم القضائي مع الحكم الدينى والأخلاقى فى كثير من الأنظمة القانونية وإذا كان هذا الأمر أكثر وضوحاً فى الشريعة الإسلامية فما ذلك إلا أن القاعدة الشرعية الإسلامية جزء من نظام متكامل يعالج كافة نواحي وأنشطة الإنسان حتى تلك التى تتعلق بالسرائر والنوايا وفى أخص الخصوصيات .<sup>(1)</sup>

يقرر الفقهاء أن حديث ( إنما الأعمال بالنيات ) مبنى على أن هنالك مقتضى هذا لفظ الحكم ويجدون أن المراد بالحكم هنا الحكم الأخرى وهو الثواب والعقاب لا الحكم الدنيوى أن أى الصحة والفساد ، وهكذا يقسم الفقهاء الأحكام الشرعية الى حكم أخرى أى ربانى يترتب على النوايا ويدخل فى صلة الإنسان بربه وحكم دنيوى ( قضائى ) يترتب على الظاهر ويدخل فى صلة الإنسان بالمجتمع ولقد ترتب على هذا أنه قد يوجد تصرف معين ذا أثرين متضاربين الحل فى نظر الديانة والحرمة فى نظر القضاء أو العكس وهذا ما يدعونا لبحثه وإيضاحه بالأمثلة الكافية لتأكيد ما ذهبنا إليه فى التفرة : الأمثلة على ذلك عديدة منها :

(1) كالتصرف الذى يدخل فى دائرة التصرفات بالإرادة المنفردة ، إذا شابه غلط فى التعبير كزلة اللسان فى الطلاق مثلاً يؤدى إلى وجود حكمين أحدهما يطبق أمام القضاء والآخر ويطبق من حيث الديانة أى من حيث صلة الإنسان بربه فالأول حكم دينى والثانى حكم أخرى . وبخصوص هذا المثال فالحكم القضائي أى القاعدة الشرعية التى تطبق أمام القضاة تؤدى إلى حرمة المرأة وإذا وطأها تطبق عليه العقوبة .

أما الحكم الدينى أى القاعدة الديني تؤدى إلى حل وطأ المرأة وإذا وطأها لايعتبر مرتكباً إثمياً يعاقب عليه فى الآخرة .

(1) د. عفيفي عجلان ، النظرية العامة للفقہ الإسلامى ص، 379 .

(2) الحكم القضائي الذي يستند إلى شهادة الزور في زواج رجل بإمرأة يؤدي إلى حل وطأ المرأة قضاءً أى في هذه الحياة الدنيا ولا يمكن توقيع عقاب دنيوى إليه لأن عقد الزواج صحيح فى الظاهر . فى حين أن الحكم الدينى الذى يستند إلى قاعدة دينية يحرم وطأ المرأة ديانةً وهو معاقب عليه فى الآخر أمام الله سبحانه وتعالى الذى يعلم خائن الأعين ما تخفى الصدور وهو حكم مبنى على الحقيقة حتى لو كانت باطلة أما الحكم القضائي فهو مبنى على الباطل والله يتولى السرائر وهذا هو الفرق بين القاعدتين

بين القاعدتين وعليه يخلص فى هذا الدليل أنه توجد قاعدتان هما :

**الأولى :** قاعدة شرعية ( قانونية ) تطبق أمام القضاء وهى ملزمة وترتب عليها آثارها فى هذه الحياة الدنيا .

**الثانية :** قاعدة دينية تطبق على العلاقة بين الإنسان وربه وجزاؤها أخرى .

القاعدتان الشرعية والدينية ومفصلتان تماماً من حيث الآثار ومن حيث التطبيق وبخصوص الواقعة القانونية الواحدة .

فعندما يذهب الفقه الغربى وبعض أساتذة الشريعة بالبلدان الإسلامية على أنها شريعة ليست دينية عند الغرب وهو مذهب القانونى وهذا أمر محسوم وقاطع عند فقهاء الإسلام كما رأينا على أن الواقعة القانونية أى عمل الإنسان ( فعل المكلف ) إذا نظرنا إليه من الناحية القانونية فإن له حكماً يخالف ما إذا نظرنا من الناحية الدينية . أما مذهب بعض أساتذة الشريعة الإسلامية فى العصر المعاصر يتمسكون على أن الشريعة الإسلامية شريعة دينية رغم إتفاقنا معهم فى مصدرها الدين إلا أننا نؤيد ما ذهب إليه فقهاء الإسلام فى بيان الحقيقة القانونية عن الحقيقة الدينية لفعل المكلف وهو يتفق مع علم القانون فى التفرقة بين القاعدتين الدينية والقانونية وذلك من أجل الدراسة والتطبيق العمل فى المحاكم القضائية وهذه الرؤية بهذا المفهوم القانونى تساعد كثيراً فى بيان الهيكل القانونى للشريعة الإسلامية كنظام قانونى صالح زماناً ومكاناً .

فالنتيجة المنطقية اللازمة التى تترتب على هذه التفرقة والتمييز بين القاعدتين القانونية والدينية فى سردنا للدليل أعلاه فإن المسئولية الدينية والأخلاقية تختلف عن المسئولية القانونية سواء من حيث الجزاء أو من حيث تطبيق هذا الجزاء أو من حيث زمان تطبيقه على النحو التالى :

1. الجزاء فى المسئولية الدينية ثواب أو عقاب يترتب على النية والذى يوقعه هو الله سبحانه وتعالى أما جنة عرضها السموات والأرض أو جهنم وعذاب يعلمه الله سبحانه وتعالى وهو يطبق فى الحياة الآخرة .

2. أما الجزاء فى المسئولية القانونية أى الشرعية وهو تطبيق الأحكام الشرعية من الصحة والفساد وكل ما يترتب على ذلك فى المعاملات المدنية والتجريم وعدم التجريم وتوقيع الحدود والتعازير وكل ما يترتب على ذلك من الناحية الجنائية أو المدنية والذى يطبقه هو القاضى والوالى فى هذه الحياة الدنيا .

فالأمثلة السابقة هو باب توضيحى وعملى على التفرقة بين القاعدة القانونية ( الشرعية) والقاعدة الدينية وهى تقابل الحكم الدينوى والحكم الأخرى وتميز هذه الأحكام هو المجال الخصب لهذه التفرقة بين القاعدتين وهو ما يسعى إليه الباحث ويقصده بهذه الدراسة .

#### الدليل الخامس

التفرقة بين العبادات والمعاملات من الناحية التشريعية .

أن الحقيقة التاريخية تخبرنا ما أن وصل الرسول ﷺ الى المدينة حتى إكتملت عناصر الدولة الإسلامية من شعب وإقليم ، سلطة ، فالإقليم هو المدينة والشعب هى الطوائف التى يتكون منها مجتمع المدينة ومن حولها ، أما السلطة فتمثل فى الرسول ﷺ كان هو المشرع والقاضى والإمام أى يجمع السلطة التشريعية والسلطة القضائية والسلطة التنفيذية بما فيها السلطة السياسية بإسلوبنا المعاصر ، فدعوة الرسول ﷺ الشاملة نظمت شئون الدنيا والآخرة وهكذا كانت أمور السياسة والقانون والإجتماع لها نفس القيمة والإهتمام ، كما كان للمسائل الدينية من العبادات ، ومن هنا كانت الدعوة الإسلامية ، عقيدة وشريعة ونظاماً إجماعياً شاملاً وعند إستقرائنا لمصدر الدعوة وهو الوحي فإنه قد ركز طوال الفترة المكية على العقيدة والأخلاق والعبادات كأساس بنى عليه النظام الإجتماعى والسياسى ، وأما معاملات الناس فى المدينة المنورة عند إستكمال المجتمع الإسلامى بها .

إن الإصلاح العقيدى والفكرى يسبق الإصلاح الإجتماعى والسياسى فكانت وظيفة الرسول ﷺ فى مجتمعه الجديد بالمدينة قد إنحصرت فى الرسالة والافتاء والقضاء والإمامة والى بيان هذه الوظيفة التى تمخضت عنها التفرقة بين القواعد القانونية والدينية كما يلى :

أ. يقصد بالإفتاء : أخبار الرسول ﷺ عن الله بما يجده من الأدلة من حكمه تعالى فالرسول الكريم مبلغ وناقل عن الله سبحانه وتعالى مثل إبلاغ الصلاة وإقامة المناسك وغيرها

وحكم القواعد التي وصلتنا عن الرسالة والإفتاء أنها شرع يتقرر على الناس الى يوم الدين ، فيجب إتباع كل حكم مما بلغه عند قيام سببه من غير إعتبار حكم حاكم .<sup>(1)</sup> كما يقول ابن القيم ( فكانت فتاوية صلى الله عليه وسلم ) جوامع الأحكام ومشملة على فصل الخطاب وهي في إتباعها وتحكيمها والتحاكم إليها ثانياً الكتاب وليس لأحد من المسلمين العدول عنها ما وجد إليها سبيلاً .

كان التشريع سواء كان عن طريق الرسالة ثم الإفتاء أكثر ما يكون بمناسبة حوادث تحدث فتنزل الآيات منجمة بحسب الحوادث كحكم مال التيم وحكم زواج العضل .

على أن الملاحظة الأساسية لهذا التشريع للأحكام تبعاً لما يحدث من حوادث لم يكن تشريعاً لهذه الحوادث بل هو قانون معتبر يجب الحكم به في المثليات مثل هذه الحوادث ، فالقاعدة التشريعية التي تستنبط في هذا الخصوص قاعدة عامة تستعمل في ما يجد من الوقائع فهي قانون عاماً واجب التطبيق فقد عبر الفقهاء بقولهم العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب .

#### ب. القضاء والحكم .

هنالك آيات بينات توجب رجوع المسلمين في تقاضيهام الى أحكام الإسلام منها .:

قوله تعالى (الْمُرَّةَ إِلَى الَّذِينَ يَنْزِعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا أَنْزَلَ إِلَيْكَ )<sup>(2)</sup>

وقوله تعالى (أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ )<sup>(3)</sup>

فيجب ملاحظة أن القواعد القانونية التي تستخلص من قضاء الرسول صلى الله عليه وسلم وأحكامه تختلف عن القواعد القانونية التي تستنتج من تصرفاته بصفته رسولاً ومفتياً لأن الرسالة والفتيا تبليغ محض عن الله سبحانه وتعالى وإتباع صرف ، فهي قواعد تشريعية بالمعنى الفني ملزمة يجب إحترامها وتنفيذها الى يوم الدين<sup>(4)</sup> .

أما القواعد القضائية فهي قواعد إنشاء وإلزام من قبله الرسول صلى الله عليه وسلم بحسب ما نتج من الأسباب والحجاج ولذلك قال الرسول صلى الله عليه وسلم لأنكم تختصمون الى ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فمن قضيت له بشئ من حق أخيه ، فلا يأخذه ، إنما إقتطع له قطعة من النار )

(1) د. عفيفي عجلان ، النظرية القانونية ، ص 104 .

(2) سورة المائدة ، الآية رقم (50) .

(3) سورة النساء . الآية رقم (60) .

(4) د. عفيفي عجلان ، النظرية القانونية ، ص 105 .

القضاء يتبع الحجج وقوة اللحن ومسرح للمرافعات ، لذلك فهو منشئ مثل إلزام أداء الديون ،  
ونقد الأئتمان والحكم بالقصاص فسخ الزواج .

حكم قواعد القضائية للرسول الكريم (ص) كقاضى لايجوز لأحد أن يطبقها إلا بحكم الحاكم فى  
قضية خاصة وزمن خاص .

ج. الإمامة .

وصف يقتضى القيام بالسياسة العامة ، وضبط معاهد المصالح ، ودرء المفسد ، وقمع الجناه  
، وقتل الطغاة وتوطين العبادة فى البلاد ، وكل ما تقتضيه الشؤون العامة للعبادة وتسهيل أمور  
حياتهم ودفع الأذى والبلاء عنهم .

وهذه الوظيفة التى إختص بها الرسول ﷺ لم تكن لبعض الرسل السابقين رغم إنهم قد إختصوا  
بالرسالة والفتيا حيث لم يكونوا مفوضين بالسياسة العامة ، ولم يطلب منهم النظر فى المصالح  
العامة ، ومن هنا تبين لنا بلغة عصرنا أن الإسلام دين ودولة وذلك أن الرسول الكريم كان  
يجمع الى جانب الرسالة والفتيا القضاء والإمامة . فالأمامة أمر زائداً على القضاء والحكم  
والقضاء قاصر على المرافعة بينما السياسة العامة فهى تشمل مصالح الأمة الإسلامية جمعاء

فالحكم الذى يصدر عن الرسول ﷺ بإعتباره إماماً لايجوز لأحد الأقدام عليه إلا بإذن الإمام .  
هنا مثال للآثار التى تترتب على تصرف الرسول ﷺ بإعتبار إستنادها الى نوع من الوظائف  
الثلاث .

قول الرسول ﷺ من أحياء أرض مواتا فهى له (1) السؤال هل صدر هذا القول عن الرسول  
الكريم بإعتباره إماماً أم بإعتباره رسولاً مفتياً ؟

قال الإمام أبوحنيفة أن هذا القول صدر من الرسول ﷺ بإعتباره إماماً فلا يجوز لأحد أن يحي  
أرضاً ميتة بدون إذن الإمام لأن فيه تملكها فاشبهه بالإقطاع ، وهو موقوف على إذن الإمام  
فذلك الأحياء .

أما قول مالك والشافعى أن هذا القول صدر عن الرسول ﷺ بإعتباره رسولاً ومفتياً ، لأن هذه  
الوظيفة هى الغالبة فى تصرفاته يترتب على ذلك أن أحياء الأرض الموات لايتوقف على إذن

(1) شرع الحديث .

الإمام لأن الفتيا أخبار بالإباحة كالإحطاب والإحتشاش بجامع تحصل الأملاك وبالأسباب الفعلية ، أى بالإستيلاء المشروع (1).

إذن فمن الأهمية بمكان أن تحدد مصدر القاعدة الشرعية وذلك بتحديد الوظيفة التي صدرت عنها لأن هذا ينعكس على حكم وطبيعة هذه القاعدة ، هذا ما توصل إليه العلم الحديث إن الفصل بين السلطات الثلاثة تترتب عليه آثار قانونية معينة مرتبطة بطبيعة كل سلطة واختلف طبيعة القواعد القانونية التي تصدر عن تكلم السلطة . ومن هنا تبين لنا تمييز القاعدة القانونية عن القاعدة الدينية فى الفقه الإسلامى ، فإن الشريعة الإسلامية تتفق مع الأساس الفكرى الإسلامى الذى قامت عليه ومرتبطة به وانعكاساً لهذا الفكر من الناحية القانونية .

قد قرر الإمام الشاطبى فى موافقاته نفس الفكرة أن الأصل فى العبادات التعبد واللتزام النص دون الالتفات الى المعانى وأن الأصل فى العاديات أى المعاملات الالتفات الى المعانى أى التعليل والقياس .

فحكمة التعبد العامة الإنقياد لأوامر الله تعالى ، وأفراده بالخضوع ، والتعظيم لجلاله والتوجه إليه (2) وإنه يجب الوقوف عند المحدود فى العبادات ، إلا أن يتبين بعض أو إجماع معين مراد فى بعض الصور ، ولكن ذلك قليل ، وأخيراً أن وجوه التعبدات فى أزمنة الفترات لم يهتد إليها العقلاء إهتداءهم لوجوه معانى العادات . وهذا ما يدل دلالة واضحة على أن العقل لا يستقل بل ك معانى العبادات ولا يوصفها ، فإفتقرنا إلى الشريعة فى ذلك .

وعليه لم يكن بدُّ من الرجوع فى العبادات الى مجرد ماحده الشارع ولذلك كان الواقف مع مجرد الإلتباع فيه أولى بالصواب ، وأجرى على طريقة السلف الصالح (3).

أما العادات أو المعاملات فإستقرأ وجدنا الشارع قاصداً لمصالح العباد ، والأحكام العادية تدور معه حيث دار ، وأن الأذن دائر معها وإنما دارت ، حسبما بينيه مسالك العلة ، فدل ذلك على أن العادات مما اعتمد الشارع فيها للإلتفاف الى المعانى . كما أن الشارع توسع فى بيان المعانى والحكم فى تشييع العادات ، وإن الالتفاف الى المعانى قد كان معلوماً فى الفترات ، واعتمد عليه هؤلاء حتى جرت بذلك مصالحهم وعلموا بكلياتها على الجملة فأطردت لهم سواء فى ذلك أهل الحكمة الفلسفية وغيرهم ، إلا أنهم قصرُوا فى جملة من التفاصيل ، فجاءت الشريعة لتتم مكارم الأخلاق ، ومن هنا أقرت الشريعة جملة من الأحكام التى جرت فى

(1) د. عفيفي عجلان ، النظرية العامة للفقه الإسلامى ، ص 109 .

(2) الموافقات . ص 381 .

(3) المرجع السابق ، ص 385 .

الجاهلية ، كدية ، والقسامة والإجتماع يوم العروبة وهى يوم الجمعة . للوعظ والتذكير ، والقراض وكسوة الكعبة ، وأشباه ذلك مما كان عند أهل الجاهلية محموداً ، وما كان من محاسن العوائد ومكارم الأخلاق التى تقبلها العقول وهى كثيرة ، وإنما كان عندهم من التعبدات الصحيحة فى الإسلام أمور نادرة مأخوذة عن ملة إبراهيم عليه السلام .<sup>(1)</sup>

أما الفرق بين العبادات والمعاملات من وجهة النظر الديناميكية والاستاتيكية<sup>(2)</sup> كما يقول إستانذاكتور عفيفى فقد قرره بكل وضوح وبكل حسم إبن تيمية فقيه الإسلام العظيم وتلميذه من بعده إبن القيم م على النحو الآتى :

يعلمنا إبن تيمية المبدأ الآتى :

( لا تحرم على الإنسان أى معاملات هو فى حاجة إليها مالم تكن محرمة بالكتاب والسنة ، وبالعكس لا يفرض على الإنسان أى شكل من العبادة التى بها يتقرب إلى الله إذا لم تكن مقررة بالكتاب والسنة ) .

نفس المعنى نجده عند تلميذاه بن القيم م فى أعلام الموقعين حيث يقرر :

( الأصل فى العبادات البطلان حتى يقوم دليل على الأمر ، والأصل فى العقود والمعاملات الصحة حتى يقوم دليل على البطلان والتحريم ) .

والفرق بينهما أن الله سبحانه وتعالى لا يعبد إلا بما شرعه على أسنة رسله ، فإن العبادة حقه على عباده ، وحقه الذى أحقه هو ورضى به وشرعه .

وأما العقود والشروط والمعاملات فهى عفو حتى يجرمها ولهذا نفى الله سبحانه وتعالى على المشركين مخالفة هذين الأصلين وهو تحريم مالم يجرمه ، والتقرب إليه بها لم يشرعه سبحانه ولو سكت عن إباحة ذلك وتحريمه لكان ذلك عفواً لا يجوز تحريمه وإبطاله ، فإن الحلال ما أحله الله والحرام ما حرمه ، وما سكت عنه فهو عفواً فكل شرط وعقد ومعاملة وسكت عنها فإنه لا يجوز القول بتحريمها فإنه سكت عنها رحمة منه من غير نسيان ولا إهمال ، فكيف وقد صرحت النصوص بأنها الإباحة فيما عدا ما حرمه .

ينتج من هذا إن الإستاتيكية أى القواعد الثابتة التى لا تتغير بزمان ولا مكان هى التى تحكم العبادات وإن الديناميكية هى عوامل وقواعد التطور هى التى تحكم المعاملات .

(<sup>1</sup>) المرافعات . ص 387 .

(<sup>2</sup>) د. عفيفى عجلان النظرية العامة للفقهاء الإسلامى ، ص 383 .

ومن القواعد الكلية التي تقر هذه المبادئ (يعبد الله إلا بما شرع ، وإن المعاملات طلق حتى يثبت المنع ، وهكذا ينتج مما سبق إن الحقيقة القانونية مستقلة عن الحقيقة الدينية في النظام القانوني الإسلامي .

## الدليل السادس

يتمثل في الدراسات الإسلامية ما بعد القرن الثامن الهجري التي تناولت الفقه الإسلامي على وجه الخصوص تلك الدراسات التي عرفت الشريعة الإسلامية كمادة تدرس بكليات الشريعة أو بكليات الحقوق والقانون فيمكن تصنيف هذه الدراسات في أربعة اتجاهات على النحو الآتي :

1. **الاتجاه الأول** يعرف الشريعة الإسلامية بأنها العلوم الربانية التي لا يحيط بها البشر وعندما تذكر الشريعة الإسلامية ينصرف الذهن مباشرة إلى الدين عقيدة ودراسة ومنهج ، فالإرتباط بينهما أصيل لا يكاد الذهن يفصل بينهما .

2. **الاتجاه الثاني** . يعتبر الشريعة أو القانون الإسلامي بصفته نظاماً قانونياً ويفرق بين الشريعة كنظام قانوني وبين الدين الإسلامي على أسس علمية ومنطقية من أجل الفهم وأعمال كل حكم شرعي فيما يتعلق باختصاصاته .

3. **الاتجاه الثالث** . كالاتجاه الثاني يعرف التفرقة بين الشريعة الإسلامية كنظام قانوني والنظم الدينية الإسلامية ولكن يرفض أي إستقلال لهذه النظم بحيث تؤخذ جملة واحدة ولا يمكن أعمال أحكامها على شئ يفصل بينهما .

4. **الاتجاه الرابع** ينكر تماماً أي وجود للنظام القانوني الإسلامي ولا يعترف بذلك وإنما بشكك في أي إرتباط للدين الإسلامي بالشريعة الإسلامية أو وجود لقانون إسلامي .

يرى الباحث تقديم امثلة للاتجاهات السابقة ومناقشتها والوصول الى نتيجة ورؤية واضحة من خلال هذه الدراسة .

أولاً : فيما يتعلق بالاتجاه الأول الذي لا يستطيع أن يميز بين الأحكام الشريعة المتعلقة بالفقه الإسلامي ومن الدين الإسلامي على أنه يعرف الشريعة الإسلامية بأنها :

الأحكام التي شرعها الله سبحانه وتعالى لعباده وخاطبهم بها على لسان نبيه محمد ﷺ ليخرجهم من الظلمات الى النور ، وجزاهم عليها لـ خيراً خيراً (1). من خلال السرد السابق لهذه الدراسة وهذا البحث موضوع هذه الرسالة لقد بينّا أن مضمون الدعوة الإسلامية يشمل العناصر الأربعة هي إصلاح العقيدة ، وتهذيب الأخلاق ، وتشريع العبادات والإيمان باليوم الآخر . هذا المضمون للدعوة الإسلامية يوضح بما لا يدع للشك أن الدين الإسلامي ككل عقيدة وشريعة دين ودولة بحيث نجد أن علم الكلام إختص بالعقيدة وتشريع العبادات قد تناول الفقه الإسلامي بصورة واضحة وبين ووضع أحكام العبادات وأحكام المعاملات ، وعليه فإن الخلط بين هذه الأحكام من الناحية العملية غير سليم ونحن بصدد دراسة الشريعة الإسلامية كنظام قانوني فلا بد إذن من معرفة المفاهيم القانونية والمصطلحات القانونية التي تكوّن هذا النظام فمن الضرورة بمكان إيجاد هذا التمييز بغرض إعمال الأحكام الشرعية كل على حده فيما يتعلق بموضوعاته وإختصاصاته ، وعليه فإن هذا الإتجاه ضيق على نفسه موسعاً ولم يستفيد كما إستفاد فقهاء الإسلام ما قبل القرن الثامن الهجري في توسيع دائرة العلوم الشرعية وكانوا أكثر دقة وقد رأينا تمييزهم للقاعدة القانونية أو كما يسمونه القاعدة الشرعية عن القاعدة الدينية بصورة قاطعة حتى المتأخرين منهم كإبن تيمية ابن القيم قد أثروا الفقه الإسلامي كثيراً وتألّفوا في إبراز المفاهيم العلمية التي لم تصل العلوم الإنسانية لبعضها إلا في القرن التاسع عشر أو العشرين الميلادي .

ثانياً : **الإتجاه الثاني** . هو الذي يفرق بين الشريعة الإسلامية كنظام قانوني مصدرها الدين وبين القواعد الدينية والأخلاقية والإجتماعية الأخرى ومن رواد هذا الإتجاه فضيلة العلامة سماحة الأستاذ الإمام محمد الطاهر بن عاشور في كتابه مقاصد الشريعة (2) وقد ذكر (إني قصدت في هذا الكتاب خصوص البحث عن مقاصد الإسلام من التشريع في قوانين المعاملات والآداب التي أرى أنها الجديرة بأن تخص بإسم الشريعة ، والتي هي مظهر من رعاها الإسلام من تعاريف المصالح والمفاسد وتراجيحها ، مما هو مظهر عظمة الشريعة الإسلامية من بقية الشرائع والقوانين والسياسات الإجتماعية لحفظ نظام العالم وإصلاح المجتمع ) وإضاف ( فمصطلحي إذا أطلقت لفظ التشريع أنى أريد به ما هو قانون للأمة . ولا أريد به مطلق الشئ المشروع فالمندوب والمكروه ليسا بمراديين لي) (3).

(1) د. عفيفي عجلان النظرية العامة للفقه الإسلامي ، ص 383

(2) محمد الطاهر عاشور ، مقاصد الشريعة الإسلامية . ص 12.

(3) المرجع السابق ص 10

بل ذهب الى ما قصد الباحث في دراسته حيث قال ( كما أرى أن أحكام العبادات جديرة بأن تسمى بالديانة ، ولها سُرار أخرى تتعلق بسياسة النفس ، ولصلاح الفرد الذى يلتزم منه المجتمع ، لذلك قد أصطلحنا على تسميتها بنظام المجتمع الإسلامى ، وقد خصصتها بتأليف سميته ( أصول النظام الإجتماعى فى الإسلام) .

بل قد أشار الى نضوب منابع النابعة من كلام أئمة الفقه وأصوله فى مباحث الأئمة المتقدمين وهو يقصد العصر السابق لعلوم الشرعية حيث ذكر بأنهم فرضوا جمهرة جدلهم واستدلّاهم وتعليلهم خاصة بمسائل العبادات وبعض مسائل الحلال والحرام فى البيوع وتلك الأبواب غير مجدية للباحث المنقّب عن أسرار التشريع فى أحكام المعاملات ، فإنها وإن صلت للأصولى فمن تمثيل قواعده وللجدلى فى تركيب مناظرته ، والفقيه فى مقدمات الأبواب الأولى من تأليفه حيث يظهر عليه نشاط الإقبال ، وقبل أن تعترضه السامة والملال . فهى لاتصلح لصاحب فقه المعاملات .

ولهذا تجشمت إيجاد أمثلة من المعاملات ، ونحوها مما علق ذهنى واِعترضى فى مطالعاتى وقد أضطر الى الاستعانة بمثل من الديانة والعبادات ، لما فى تلك المثل من إيماء الى مقصد عام للشارع أو الى أفهام أئمة الشريعة فى مراده .(1)

أما إستاذى العلامة دكتور عفيفى هو صاحب القدر المعلى بل يمثل المدرسة الحديثة فى هذا العصر الذى تتلمذت على يديه لمعرفة هذا الفن العظيم والباحث يرى بأنه الإمداد الطبيعى لهذه المدرسة بل المولود الشرعى لهذا الاتجاه .فإن النظرية العامة للفقه الإسلامى وخصائصه الذاتية العتيزة ، قد أبرزت الهيكل القانونى للشريعة الإسلامية فى أبهى صورة بل اسهمت إسهاماً علمياً فى بيان عظمة الفقه الإسلامى عندما قارنته بالنظم القانونية الحديثة فاصبحت الشريعة الإسلامية علماً نعتز به ونفاخر ونتباهى به آخر ما توصل إليه علم القانون الحديث .

يضاً أستاذى الجليل البروفسير خليفة بابكر الحسن وصديقه البروفسير محمد عبد الهادى سراج فى مؤلفهما تاريخ التشريع الإسلامى ومصادره قد قدما نموذج متميز فى تناول الفقه الإسلامى بطريقة معاصرة تتفق مع الفكرة الأساسية التى يبحث عنها الباحث فعندما تناول البروفسير خليفة فى مبحثه الخاص بعصر التطبيق الذهبى والتقليد المحض (2) والذى بدأ من منتصف القرن الثامن الهجرى كما اشترت إليه من قبل فإنه أى أستاذنا أوضح الأنشطة العلمية الحقيقية لعلمائنا بتسلسل تاريخى منطقى التى تعالج بالإفتاء مسائل الناس وقضاياهم اليومية

(1) المرجع السابق ، ص 11 .

(2) المرجع السابق ، ص 177 .

كما ظهرت صور التأليف فى هذا العصر للكتابة فى موضوع واحد من موضوعات الفقه شأن الإتجاهات الحديثة فى البحث العلمى . وهذا ما يتطلبه مبدأ التخصصية كما أشار الى عدم التناقض بين سمتى الحداثة والإستمداد من الفقه الإسلامى فى قوانين الدول كالأمارات ومصر والحرص على الإلتزام بمعيار عدم تناقض الجديد المتبنى لأصول الشريعة الإسلامية وقواعدها العامة . وقد أفادنا البروفسير محمد عبد الهادى عندما قرر أن القانون الإماراتى به مصطلحات أكثر من فقهيه على الرغم من تغليب إستخدام المصطلح القانونى أحياناً لدواعى الموضوع ومجاراة للمألوف بين الناس وإستشهد بلمواد المنظمة لعقد المقابلة م 872 الى م 896 حيث يرى تفضيل إستخدام مصطلح المقابلة على المصطلح الفقهى (1) (الاستصناع) دون أدنى محاولة للمزاوجة بين هذين المصطلحين أو الربط بينهما ، وكانت المذكرة الإيضاحية هى التى تولت هذا الربط والإشارة إليه ولعل تغيير العرف اللغوى وتوخى الوضوح هو المسئول عن تفضيل إستخدام مصطلح المقابلة على مصطلح الإستصناع وعليه يتفق الباحث مع أستاذنا فى الجمع بين الإجتهدات الفقهية وبين المفاهيم القانونية المتطورة ، كخطوة متقدمة فى تقنين أحكام الشريعة الإسلامية فى الجنايات والعقوبات ، وبهذا نسلك طريقنا فى إقامة نظام قانونى إسلامى متميز يتفق مع التطور القانونى الحديث .

أما الدكتور خالد محمد أحمد محمد من أنصار هذا الإتجاه بكل تأكيد فقد أجرى مقارنة فى غاية الروعة بين فقه المعاملات الإسلامى وعلم القانون الحديث فى أطروحته الجذابة والتى أفادت الباحث فى تقرير التفرقة بين القاعدة القانونية والقاعدة الدينية وقد إتخذت منها دليلاً أخيراً لإثبات هذه الحقيقة كما تأتى عند نهاية هذا المبحث .

أخيراً هنالك تقارير متفرقة لبعض المعاصرين وجدتها فى مؤلفاتهم (2) تقرر التفرقة بين القاعدتين بعضهم تناولها فى القواعد الجنائية الإسلامية وبعضهم فى مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية كالأستاذ محمد شيخ أحمد محمد ( محمد حاج) المحاضر بقسم الشريعة والقانون بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية جامعة أفريقيا العالمية فقد أشار الى جانب من التقنيات أن الرسمية وجدت جهود فردية لتقنين أحكام الفقه الإسلامى ، قام بها بعض العلماء المخلصين ، الذين دفعتهم غيرتهم على هذا لفقه الإسلامى ، ليجولوا دون إستيراد القوانين الغربية ، ويبرهنوا على أن فى قرآنا وفقهنا من الكثرة فى المسائل والفروع والمرونة فى الأصول والقواعد ، ما يفى

(1) المرجع السابق ، ص 228.

(2) المرجع السابق ، ص 228 .

بحاجتنا ، ويحررنا من غزو الأفكار والقوانين الأجنبية (1) وقد أورد تعريف الشريعة فى الإصطلاح الخاص ويراد بها الأحكام العملية (الفقه) دون الأحكام الاعتقادية والأخلاقية ، ثم قال إذا ذكر القانون فى مقابل الشريعة أو معها ، فإنما يراد به القانون الوضعى الذى وضعه البشر لتنظيم شئون حياتهم وعلاقاتهم ببعض أفراداً وجماعات ودولاً . أما إذا قننت أحكام الشريعة بأن وضعت فى شكل مواد قانونية ، فيختلف الأمر ، وبصبح هذا القانون قانوناً إسلامياً لأنه مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية وقائم على هويتها ، ويرى أن القاعدة القانونية هى بمثابة الحكم الشرعى عند المسلمين . (2)

أعتقد أن هذا الأستاذ قد إقترب كثيراً من المفاهيم القانونية التى يسعى الباحث من خلالها للتعريف بالشريعة الإسلامية كنظام قانونى إلا أن موضوع الحكم الشرعى رغم إشماله على القاعدة القانونية ولكنه لم تكن القاعدة القانونية هى الحكم الشرعى كمفهومه الأصولى وسيأتى بيان ذلك لاحقاً .

يتفق الباحث مع الإتجاه الثانى وأوضح تعريف يتفق مع الفكر القانونى ما ذهب إليه أستاذنا دكتور عفيفى بأن الشريعة الإسلامية كنظام قانونى هى مجموعة الأحكام العملية المستخلصة من أدلتها التفصيلية بشرط أن تكون ملزمة قضاءً . هذا التعريف يرى الباحث بأنه واضح وبائن فى تمييزه القاعدة الدينية التى تحكم العبادات وبين القاعدة القانونية التى تحكم المعاملات وأن الشرط الذى ذكره أستاذنا الكبير جوهرى وضرورى لتمييز الأحكام القضائية التى تستند على النصوص القانونية الشرعية ، وأن القاعدة الدينية تستند على النصوص الشرعية محل الإفتاء وإن الفقه الإسلامى بشقيه العبادات والمعاملات يتكون من الأحكام العملية المستنبطة من الأدلة الشرعية .

هذا الإتجاه يتفق مع علم القانون فى الفقه الغربى وإن بعض الفقهاء الغربيين الذين تناولوا تعريف الشريعة الإسلامية رغم أن بعضهم قد جانبوا بعض الحقائق التاريخية التى لا تنكر إلا أن الرد عليهم من جانب علماءنا كان موضوعياً وعلمياً دحض تلك الإدعاءات التى لاتمد الى الحقيقة المجردة .

**ثالثاً : الإتجاه الثالث .**

(1) المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، ص 179 .

(2) المدخل للدراسات التشريعية والإسلامية ، ص 179 .

هذا الإتجاه يتفق مع الإتجاه الثانى فى تعريف الشريعة الإسلامية ولكنه يرى عدم دراسة فقه المعاملات الذى يشتمل على القواعد القانونية بمنأى عن فقه العبادات بل أجرى هذا الإتجاه مقارنة بين الشريعة الإسلامية وعلم القانون ويمثل هذا الإتجاه . الدكتور حسن سالم مقبل أحمد وأساس المقارنة الذى تبناه المؤلف كان موضوعى وقد تمت هذه المقارنة من الناحية القانونية البحتة على ضوء النظريات القانونية ثم يقرر أن القرآن هو دستور كامل أرسى دعائم نظام قانونى شامل لا يتصل من قريب أو بعيد بالنظم السابقة عليه ولم يتأثر بها (1) . كما ذكر أن أحكام المعاملات فى الشريعة الإسلامية ذات إعتبارين قضائى ودينى وبناء على ذلك إختلفت الأوضاع والترتيبات الشرعية واختلفت مهمة القضاء عن مهمة الأفتاء ، أى واختلفت وظيفة القاضى عن وظيفة المفتى ، فالقاضى يجرى على الاعتراف القضائى للأعمال والأحكام ولا ينظر الى الاعتراف الدينى ، أما المفتى فيبحث عن الواقع وينظر فى الاعترافين، فإن إختلف إتجاهها افتى الإنسان بالاعتبار الديانى وبين الدكتور أن أحكام الشريعة الإسلامية بسبب المعنى الدينى لها نجد فى أنفس المسلمين حكماً كانوا أو محكومين من الاحترام والقبول والانقياد والطاعة لها ما لا يجده أى تشريع آخر وضعى يصنعه البشر بعضهم لبعض لأنها صادرة من عند الله ومن ثم فلها صفة التدين، وهذه الصفة من حقه أن يحترم ويطاع طاعة إختيارية تنبعث من النفس وتقوم على الإيمان (2).

فالمسلم حين يطيع هذا التشريع وينفذه ويعتقد أنه يتعبد لربه عز وجل ويتقرب به إليه ، وهذا

هو موجب الإيمان ومقتضى الإسلام قال تعالى (فَلَا وَمَرْبِكُمْ لَأَيُّمُنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكُمْ فِيمَا

شَجَرْتَيْنَهُمْ ثُمَّ لَأَيُّجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ) (3)

ثم يؤكد أن الصفة الدينية فى التشريع الإسلامى ميزة كبرى مكنت فيه المثل العليا وأصلت فيه مفاهيم الأخلاق والفضائل وأورثته خصوبة فائقة ومرونة عجيبة فى مواجهة الوقائع المستجدة ، وذلك بإمكان تحويل ما يفيض فيه من ذلك القيم والمثل الى أحكام تشريعية ملزمة تفرغ فى نظام أمر ، مؤيد بسلطان الدولة إذا رق وازع الدين ، ولقد رأينا الإمام اباحنيفة رحمه الله كيف يجيز للمالك أن ينصرف فى ملكه على النحو الذى يشاء ولو أضر بجاره ذهاباً منه الى أن معنى الملك هو الحرية فى التصرف وإن الزيادة فى تقييد حرية المالك يذهب من معنى الملك ،

(1) المرجع السابق ، ص 224.

(2) المرجع السابق ، ص 254 .

(3) سورة النساء . الآية رقم (66) .

غير أنه لم يجر ذلك ديانة وخلقاً ومروءة ، لم يقيد قضاة ملزم لغلبة سلطان الدين على النفوس فى عصره حتى جاء أصحابه أبو يوسف ومحمد فقيدا المالك فى تصرفه فى ملكه بما يمنع الضرر الفاحش عن جاره ديانة وقضاء ملزماً إستثناء من القياس العام ( إستحساناً ) وعللوا ذلك بالمصلحة ، أى العدالة ، لتغيير تصرفات الناس وعدم مراعاتهم لقواعد الأخلاق والديانة ، وبذلك تحول الحكم الديانى الخلقى الى حكم قضائى ملزم لإقتضاء الظروف المستجدة ذلك .

ثم يصل الى النتيجة التى يبتغيها الباحث عند ما قرر الدكتور أن القانون الوضعى لا يتعرض لصلة الإنسان بربه التى تختص بها أصالة أحكام العبادات ، لذا فإن ما يسمى فى الفقه الإسلامى ( المعاملات ) هو الذى يقابل ويرادف معنى القانون بمفهومه المصطلح عليه الآن عند فقهاء القانون الوضعى .

وهذا الجزء الأخير من الأحكام الشرعية . المعاملات ويشمل جميع روابط وأقسام القانون العام والخاص فى الإصطلاح الفقهى القانونى الوضعى الحديث (1)

بل قد تبين بالإستقراء أن الأحكام الشرعية التى فى القرآن فقط والخاصة بالمعاملات تتضمن مصطلح فقهاء القانون فى الوقت الراهن الحاضر بالعلاقات الدولية العامة والخاصة ، فالقانون الدستورى والإدارى والمالى والجزائى والأحوال الشخصية ، والقانون المدنى والتجارى وقانون أصول المحاكمات .

ومن هذا يتضح لنا أن الأحكام الشرعية حسب نظرة الدكتور لا تشترك مع القواعد القانونية إلا فى الأحكام التى تنظم أفعال الإنسان وعلاقاته مع غيره من الناس ومن هذه الناحية يرى فقهاء القانون الوضعى أن الأحكام الشرعية تعد فى هذه الحالة فقط صورة من صور القواعد القانونية . وهنا يرى أن هذا الجزء ليس هو فى ذاته بشئ مستقل حتى يكون من السهل فهمه وتنفيذه مع تجزئته عن كله ، ومن يرغب فى تنفيذ هذا الجزء المقابل للقانون الوضعى . مع تجزئته عن الشريعة ككل لا يكون قد نفذ القانون الإسلامى ولا يكون قد حقق مقصود الشارع الحقيقى الذى يوجب تنفيذ خطته كاملة فى حياة الإنسان الإجتماعية .

ورغم إستشهاد الباحث بفكرة المؤلف وإتفاقه معه فى الكثير إلا أن الباحث يختلف معه فى الجزئية الأخيرة حيث أن إستقلال الشريعة الإسلامية كنظام قانونى تقتضيه ضرورة البحث العلمى والدراسة والمقتضيات العملية لتطبيق الشريعة الإسلامية حيث أن شرائع الإسلام قد أكثرت وفى هذا العصر أن التخصصية أصبحت ديدنه ، كما أن الإسلام مصدر لشتى العلوم

(1) الأستاذ محمد شيخ المدخل للدراسات التشريعية والإسلامية ، ص 318.

ومن بينها علم الشريعة الإسلامية ليس بالمفهوم الواسع وإنما بالمفهوم الخاص المتفق مع الفكر القانوني خاصة إن كليات الشريعة والقانون أو الحقوق أصبحت تخرج رجال قانون لهم ملكات قانونية يسعون من خلالها التواصل مع نظرائهم في العالم في تلقى العلوم القانونية وتبادل الأفكار والآراء القانونية التي تساعد في تقدم الإنسانية بغرض الإستجابة للنظم القانونية التي تسيطر على عالم الإنسان في أى زمان ومكان وهذا من ناحية . ومن الناحية أخرى لم تكن الهمة والإرادة للشعوب الإسلامية بالمستوى الراقى والجاد كأسلافهم المتقدمين حيث كان علماءنا جهابذة في الفكر وموسوعات في شتى ضروب علوم عصرهم .

أيضاً ذهب في هذا الإتجاه المستشار محمد سعيد العشماوى في كتابه الشريعة الإسلامية والقانون المصرى ، فإن الفكرة التي تبناه تركز على دعوى تقنين الشريعة التي تعنى في الواقع تقنين الفقه الإسلامى أو إعادة النظام التاريخي الإسلامى بدعوى الخلط بين الشريعة والفقه ودون تنبه الى أن قواعد الفقه والنظم الإسلامية قد تكونت عبر التاريخ وخلال وقائع محددة ، وأنها لا بد أن تتغير مع الظروف الناشئة والأوضاع الجديدة ، ومن غير إدراك لأن الفقه والنظم هي من عمل الإنسان ونتيجة إجتهدات أو تطبيقات بشر ، وأنها لا تحظى بأى عصمة أو قداسة ولايصح أن تكون حائل دون إجتهد جديد أو حاجباً عن الإبداع والتجديد والإبتكار .

هذا الرأى لولا أن المستشار هاجم الأخوان المسلمين بمصر وتخلل طرحه بعض ردود الفعل للأختلاف الرؤية أو ربما لخصومة السياسية لوجد قبولاً علمياً إذا إتجه برأيه للمنابر العلمية . حقيقة إتفق مع السيد المستشار لعدم دقة التعاريف للمصطلح الشريعة والفقه للبعض وكما ذكرت أن الإتجاه الأول يغلب عليه هذا الخلط لهذه المفاهيم ، وقد تناول السيد المستشار موضوعه بطريقة رائعة استخدم المفاهيم العلمية القانونية السائدة بلغة قانونية بارعة وتحليل قانونى رفيع المستوى ، رغم إختلاف الباحث معه فى بعض المسائل القانونية ، ولكن كثير أتفق معه فى تقر يواته المميّزة وقد أوضح صراحة أنه لم يقصد بكتاباتة أن يوقف تطبيق الشريعة ، أو أن يخاصمهم وإنما يريد أن يحمى الشريعة من التزييف وصيانتها من الإتجار .

كما ذكر أن المشرع المصرى فى تعميل الدستورى قد خلط خطأً شديداً بين الدين والشريعة والفقه ، وهذا ما يسعى الباحث من خلال هذه الطروحة أن يزيل هذا الخلط ويضع المفاهيم عند مقاصدها . كما ذهب المستشار الى أن هنالك فارق كبير بين المبدأ الشرعى والمبدأ الفقهي والقاعدة الشرعية والقاعدة الفقهية وهذا صحيح إذا لم يتبع المنهج العلمى السليم لتوضيح هذه الفروق .

كما أوضح المستشار أن هنالك مشابهاً كثيرة بين النظم القانونية العالمية والقواعد الفقهية الإسلامية وعلى وجه الخصوص مدونة جستنيان ، وعلل ذلك الى أن حركة العقل الإنسانى متشابهة كما أن أفعال الناس وعوائدهم متقاربة ، ومن يصل الى أساس الحركة أو أصول الفعل يصل الى القاعدة التى تحكم كل العقل الإنسانى وكل فعل الناس . يرى الباحث أن هذا الرأى صحيح ، وكما ذكر الباحث بأن الإنسان عندما أصبح ناضجاً فكرياً جاءت الدعوة المحمدية للتخاطب هذا الفكر الرشيد ، ولكن أن بعض المستشرقين ومن دار فى فلكهم يرى أن بعض أحكام الفقه الإسلامى لم تكن إلا أعرافاً رومانية رغم أن السيد المستشار قد أشار الى التداخل بين الحضارات وأرجع المشابهة بين أسس القانون الرومانى وأسس النظم القانونية جميعاً لوحدة الطبيعة الإنسانية (1) وتشابه العلاقات الإجتماعية ، وهذا ما يتفق مع المنهج القانونى للقرآن الكريم وقد أوضحه الباحث فى آثار التصور الفلسفى للتاريخ فى الإسلام على النظام القانونى الإسلامى ومن مظاهر رؤية المستشار القانونى التى تتفق مع الإتجاه الثالث أنه يرى إن الدين والشريعة إنما يعنيان بالإنسان لا بالنظم ، ويعتنيان بالضمير أكثر من إهتمامهما بالقواعد القانونية وعلّة ذلك إن الإصلاح الحقيقى إنما يقوم بالضمير وينهض على الإنسان وإذا صدق الضمير وصلح الإنسان فإن النظم تقوم على خير حال والقانون يطبق خير تطبيق. يرى الباحث أن هذه الرؤية سليمة ولكن إن القواعد الدينية والأخلاقية هى التى تصلح الإنسان فكرياً وإذا سبق الإصلاح الفكرى فإن الإصلاح الإجتماعى يسهل بكل يسر ، وهذا تبين لنا عند إرتباط القاعدة القانونية والدينية بمقاصد الشريعة فى الباب الأخير لكن لابد من الإستفادة من النصوص الشرعية التى تبنى عليها أحكام الشريعة ثم تأخذ من تراثنا الفقهى العظيم المبادئ التى تناسب واقعنا اليوم مع الأخذ فى الاعتبار النظم القانونية المعاصرة التى لا تتعارض مع قيمنا متى ما كانت هنالك مصلحة.

ويتفق السيد المستشار مع الباحث عند الباب الأول عند سؤاله هل كل أحكام القرآن سواء فيما يتعلق بالعبادات أم المعاملات أحكام توقيفية ؟ فلا خلاف أن الأحكام المتعلقة بالعبادات أحكام توقيفية بمعنى يقف عندها الرأى والإجتهد فى أخذها كما هى ، لا يحاول فيها تعديلاً ولا يحاول فيها تبديلاً (2) أما الأحكام الخاصة بالمعاملات فبعضها أحكام أمرة ، لا يجوز الإتفاق على عكسها أو تغييرها إلا بشروط دقيقة ، وبعضها أحكام تنظيمية ، أى أحكام تنظم مسائل أو

(1) الأستاذ محمد شيخ ، المدخل للدراسات التشريعية والإسلامية ، ص 33 .

(2) المرجع السابق ، ص 89 .

موضوعات معينة ، ويجوز الإتفاق على تنظيم آخر أصلح للمجتمع وأوفق لظروفه ، أن أقتضى الحال ، وهذا مذهب الباحث إذ أن العبادات ل لاتعلل فهي تمثل القاعدة الدينية المحض ، أما المعاملات فهي قابلة للتعليل والتسيب فهي قواعد قانونية كذلك محضة .

#### رابعاً : الإتجاه الرابع .

هو الإتجاه الذى ينكر وينفى وجود نظام قانونى للشريعة الإسلامية ويمثله الدكتور أحمد عثمان إطلع عليه الباحث منشور بدورية علمية (1) .يكفى السرد السابق للرد على هذا الإتجاه وبالتالي فإن الإدعاء بأن الشريعة الإسلامية كنظام قانونى شريعة دينية لا تعرف التفرقة بين القاعدة الدينية والأخلاقية من جهة والقاعدة القانونية بالمعنى الفنى الحديث أدعاء غير صحيح مصدره الجهل الفاضح بالشريعة الإسلامية بالإضافة الى سوء النية والتعصب الأعمى والبغض . وليس بيد الباحث دليلاً أكثر وضوحاً وأكد إلا أن يقدم الدليل الأخير .

#### الدليل السابع

أدرك الفقهاء القدامى أو الكلاسيك ضرورة التفريق بين نوعى الفقه فوضعوا ابواباً للعبادات وابواباً للمعاملات ففرقوا بين المسائل الدينية وبين القانون بمعناه الحديث ، ولما كان القاضى فى صدر الإسلام متحداً يفصل فى كل نزاع ولم يكن هنالك إختصاص نوعى أو بمعنى آخر لم تعرف فروع القانون بالمعنى الحديث ، فكان القاضى يتناول كل النواحي التى تنظم المجتمع سواء كانت علاقات دولة بالأفراد أو غيرها .

وعليه فإن أحكام المعاملات بالاستقراء نجدها قد تناولت كل أفرع القانون سواء كان عام أو الخاص وبيان ذلك على النحو الآتى :

أولاً : علاقة أحكام المعاملات بفروع القانون العام :-

القانون العام هو الذى ينظم العلاقات التى تكون فيها الدولة طرفاً بوصفها سلطة صاحبة سيادة ، ويتفرع القانون للفروع التالية .:

1/ القانون الدولى العام :

وهو الذى يتضمن القواعد القانونية التى تنظم علاقة الدول بعضها ببعض الآخر ، وعلاقة الدول بالمنظمات الدولية وعلاقة المنظمات الدولية بعضها ببعض الآخر .

(1) الحوار المتحدث العدد (8) .

أما للفقعة الإسلامى علاقة وطيدة جذور بالقانون الدولى العام ، وهنالك نحو 25 آية من القرآن الكريم تنص على هذه القواعد . وقد عنى فقهاء الإسلام بموضوعات القانون الدولى العام تحت مسمى ( السبر والجهاد والمغازى) سواء فى حالتى السلم أو الحرب . كما نظمت المعاهدات والبرتوكولات والمواثيق الدولية الصلح والتحكم وحقوق الإنسان ، فقد تحدث الفقهاء المسلمون عن تنظيم العلاقات وخاصة تنظيم الحروب كعدم قتل النساء والصبيان . ومن أبرز الكتب الفتاوى للإمام عبد الرحمن الأوزاعى . وكتاب السير الكبير وكذلك السبر الصغير لمحمد بن حسن الشيبانى صاحب الإمام أبو حنيفة .

القانون الدستورى . /2

هو فرع القانون العام الذى يتضمن القواعد القانونية المتعلقة بالتنظيم السياسى والإجتماعى والاقتصادى للدولة ، كما يتضمن القواعد التى تتعلق بحقوق الأفراد السياسية وواجباتهم تجاه الدولة .

تضمنت آيات الأحكام نحو 10 آيات تتعلق بنظم الحكم وأصوله ، وعلاقة الحاكم والمحكوم ، وتقرير حقوق الأفراد والجماعات ، كما تضمن الفقه الإسلامى تنظيمياً للسلطات الثلاثة المعروفة حالياً وقد عرف الولاة وهم أعضاء السلطة التنفيذية فى العصر الحديث وكذلك تحدث الفقه عن أهل الحل والعقد وهم أعضاء السلطة التشريعية ، أما القضاة فى الفقه الإسلامى وتنظيم القضاء معروفاً وهم يمثلون السلطة القضائية الآن .

ومن أبرز المؤلفات فى هذا الشأن الأحكام السلطانية للماوردى ، والسياسة الشرعية فى إصلاح الراعى والرعية لابن تيمية الطرق الحكمية لابن القيم . تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي كذلك.

القانون الإدارى . /3

هو فرع القانون العام الذى يتضمن القواعد القانونية التى تحكم السلطات الإدارية فى الدولة من حيث تكوينها وعلاقتها ببعضها وعلاقتها بالأفراد (1).

بعد إتساع رقعة الدولة الإسلامية فى عصر الخلفاء الراشدين ومن بعدهم أصبحت دولة مترامية الأطراف فظهرت الولايات والولاة ، وكذلك عرفت الدواوين ومنها ديوان المظالم

(1) محمد زين الأبيانى، شرح الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية ، ج-2 ، منشورات الجبلى الحقوقية ، ط1 ، 2006م ، ص13 .

هو يعتبر القضاء الإدارى للدولة ، فقد عرفه الفقهاء المسلمين منذ أمد بعيد وطبقوه ، وكتب الحسبة والآيات المتعلقة بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وغيرها تدخل فى إطار الإصلاح الإدارى والإجتماعى (1).

القانون المالى . /4

يتضمن قواعده القانونية التى تحكم المالية العامة للدولة وبيان أوجه الإيرادات والنفقات وأصول تحضير الميزانيات السنوية وتنفيذها والرقابة على هذا التنفيذ .

عرف الفقه الإسلامى القانون المالى ومدون فى كتب الخراج والزكاة والجزية وبين المال وجوه الأنفاق وترشيده ( كتاب الأموال لأبى عبيد) .

المحرومين والسائلين فى المال وتنظيم الموارد ومصارفها وهناك نحو 10 آيات تنظم هذه القواعد التى تحكم هذه الشؤون .

القانون الجنائي ( الجزائي فى العقوبات ) /5

هو فرع القانون العام الذى تمارس الدولة بمقتضاه سلطتها فى التحريم والعقاب من الناحية الموضوعية والإجرائية تناول فقهاء الإسلام هذا القانون بالشرح ، فوجدت المبادئ العامة للقانون الجزائي فى أصولهم وكتاباتهم ، وكذلك عرفوا القواعد التفصيلية للتحريم والعقاب وصنفوها تحت قسمين ، جرائم الحدود والقصاص ، وقد كثرت مؤلفاتهم بالشرح والتفصيل ، كما تناول القضاء التطبيق الفعلى للقانون الجنائي. وهناك نحو 70 آية تتعلق بما يصدر من المكلف من جرائم وما يستحقه من عقوبة ، وحفظ حياة الناس وأموالهم وأغراضهم وحقوقهم وتحديد علاقة المجنى عليه بالجانى وبالأمة (2).

القوانين البيئية . /6

القانون البيئي هو فرع جديد من فروع القانون العام إلا أن الفقهاء العرب لم يعرفوه حتى الساعة كفرع مستقل من فروع القانون ، بل مترامياً بين فرع القانون المدنى والقانون الجنائي . القانون البيئي يتضمن قواعده القانونية المتعلقة بحماية البيئة وسلامتها وتقرر المسؤولية عن التلوث والأضرار بها .

(1) المرجع السابق ، ص 15 .

(2) د.خالد محمد أحمد ، القانون فى فقه المعاملات ، ص .

ومنذ القرن الثالث الهجرى ، لعل الفقيه أحمد بن سالم المعروف بابن عبد ربه هو أقدم من طرح المفهوم الإصطلاحى للبيئة (1).

تحدث الفقه الإسلامى عن التلوث وأسبابه والمياه الملوثة وأن الأضرار بالبيئة سيؤدى للأمراض والأوبئة .

ثانياً : علاقة أحكام المعاملات بفروع القانون الخاص .

الأفراد والجماعات فيما بينهم أو بينهم وبين الدولة أو أحد فروعها كلما تصرفت كشخص عادى وليس باعتبارها صاحبة سيادة ، ويتفرع القانون الخاص للفروع التالية :

1/ القانون المدنى هو القانون الأم أو الشريعة الأم لمختلف الفروع الأخرى التى نشأت فى كنفه ثم إنبثقت فكونت فروعاً مستقلة عنه .

من موضوعات القانون المدنى ، كأحكام الإلتزام أو الموجبات المدنية ، ونظرية العقد والقواعد المتصلة بالملك والحق والمال .

لقد نظم الفقه الإسلامى مواضيع العقود المختلفة وأحكامها من بيع وإجارة وسلم وقرض وعادية وكفالة وهبة ورهن ووديعة ومزارعة ومسافة .

وقد تحدث الفقهاء المسلمون عن قواعد المسئولية التقصيرية تحت مفهوم الضمان وأسماؤها ضمان العدوان .

تنوعت كتب الفقهاء فى موضوعات القانون المدنى وأن مجلة الأحكام العدلية تعد تقنياً لكثير من قواعد القانون المدنى الإسلامى . وهناك نحو 70 آية فى القرآن الكريم تنظم أعمال القانون المدنى الإسلامى .

2/ قانون أصول المحاكمات ( المرافعات) المدنية هو فرع من القانون الخاص يتضمن قواعد قانونية تحكم أعمال السلطة القضائية ، وتتولى بيان الإجراءات الواجب إتباعها لدى المحاكم وذلك لحماية الحقوق فيما إذا نوزع حولها .

هنالك علاقة واضحة بين أحكام الفقه الإسلامى وقانون أصول المرافعات المدنية ، فالأخير غالبية قواعده الأساسية مقتبسة من الفقه الإسلامى ، ومنها مبدأ التقاضى على درجتين الذى عرف منذ قول سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنه فى قوله ( إن الحق قديم لا يبطله شئ ، ومراجعة الحق خير من التمداد فى الباطل ) ( وصية سيدنا عمر لأبي موسى الأشعري) .

(1) محمد زين الأبينى، شرح الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية، ج2، منشورات الجبلى الحقوقية، ط1، 2006م، ص 175 .

وكذلك مبدأ مجانية القضاء ومبدأ الوجاهية والمجابهة بالأدلة كقول رسول الله صلى الله عليه وسلم ( إذا تقاضى إليك رجلان فلا تقضى للأول حتى نسمع كلام الآخر ، فسوف تدرى كيف تقضى ) .

بجانب المؤلفات عن أحكام القضاء والإثبات ( البيئات ) والدعوى وحجية الأحكام وطرق تعيين القضاء وعزلهم وعضدهم وردهم ، ومن أهم هذه الكتب فى ذلك الشأن تبصرة الحكام فى أصول الأفضية ومناهج الحكام لأينى فرحون ، وآداب القاضى للمارودى ، ومعين الحكام للطربلىسى .

وتوجد نحو 13 آية فى القرآن الكريم تتعلق بالقضاء والشهادة واليمين وتنظيم إجراءات التقاضى .

القانون التجارى . /3

فرع من القانون الخاص يحتوى قواعد قانونية لتنظيم طائفة معينة من الأعمال التجارية والتجار .

تناولت كتب الفقه الإسلامى أحكاماً متعلقة بالشركات والحضارات والمفاوضات كشركة الأبدان وشركة العنان ونظرية الإفلاس . أما نظرية الأوراق التجارية فى العصر الحديث يقابلها فى الفقه الإسلامى القديم مسمى السفتجة .

#### 4/ القانون البحرى .

هو فرع القانون الخاص الذى يتضمن قواعد قانونية متعلقة بالملاحة البحرية على إختلاف أنواعها .

إستمدت هذه القواعد من المبادئ وأحكام الفقه الإسلامى فمثلاً معاهدة بروكسل لعام 1924م قد عرفت بعدم مسؤولية قائد السفينة عن الحادث البحرى وهذا المبدأ قد أقره فقهاء الإسلام فى مجال إعفاء الناقل البحرى من المسؤولية كالقوة القاهرة والحادث المفاجئ .

ونجد هذه الأحكام فى كتب الشرح الكبير للدريوى ، وكتاب منتهى الإرادات للبهوتى الحنبلى ، وكتاب فتح القدير لإبن الهمام .

#### 5/ القانون الدولى الخاص .

هو فرع من فروع القانون الداخلى الذى يتضمن القواعد القانونية المتعلقة بالحياة الخاصة الدولية ، بتحديدته للقواعد القانونية الواجبة التطبيق على الأفراد فى العلاقات المتضمنة عنصراً أجنبياً .

لقد عرف الفقه الإسلامى القواعد التى تحكم الفصل بين المنازعات التى تنشأ بين المسلمين وغيرهم من بين الأديان الأخرى ، وكذلك القانون الذى حكم العلاقات ذات العنصر الأجنبى وتحديدته فى حالات التنازع بين القوانين ، كما عرفوا تنظيمياً دقيقاً بموضوع مركز الأجانب الذى عنى بتبيان الأحكام التى تحدد حقوق لغير المسلمون فى ديار الإسلام<sup>(1)</sup>.

#### 6/ قانون العمل .

هو ذلك فرع القانون الخاص الذى يتضمن قواعد قانونية تنظم العلاقات الفردية والجماعية الناشئة عن قيام العمال بالعمل لحساب أرباب العمل وتحت سلطتهم وإشرافهم مقابل أجر .

شجع الإسلام على العمل وجعله واجب شرعى لقوله تعالى (وَقُلْ اَعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ) (2) وهو وسيلة أساسية لطلب الرزق .

(1) محمد زين الأيائى، شرح الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية ، ج2 ، منشورات الجبلى الحقوقية ، ط1 ، 2006م ، ص 21.

(2) سورة التوبة ، الآية رقم 105.

وقد عالج الفقه الإسلامى موضوعات العمل ، وإبرام عقد العمل وأن يتم برضاء لا سخرة ، وقد وضعت أحكاماً لتنظيم العمل ، ومجلة العدل تضمنت تلك الأحكام .  
قانون الضمان ( التأمين ) الإجتماعى . /7

هو فرع القانون الخاص الذى يرمى لضمان عيش المواطنين فى حد أدنى يليق بالكرامة الإنسانية عن طريق حماية قدرتهم على العمل ، وتأمين بديل يعوضهم عن الدخل المقطوع ، ومساعدتهم على تغطية الأعباء العائلية والنقصان الإستثنائية .

من أعرق النظم القانونية التى عنى بها الفقه الإسلامى هو نظام التكافل الإجتماعى بجعل كل فرد من أفراد المجتمع مسؤولاً عن كفاية الآخر فى حدود معينة رسمها الشارع ولقد أشيع للفقهاء هذا النظام بحثاً وتمحيصاً تبياناً لأهميته ، كما حدد وسائله ، والأشخاص المستفيدين من الضمان الإجتماعى وتعدادهم على وجه الدقة ( من كان عنده فضل ظهر فيعد به على من لا ظهر له)<sup>(1)</sup> .

الجدير بالذكر أن القرآن الكريم والسنة الشريفة تنص على هذه الحكام من حيث المبدأ أما ما كان منها ضرورياً جاءت الآيات مفصلة له خاصة كل ما يتعلق بالإنسان أو الكون بحيث لا تترك للمكلف فى حرج أو مشقة . أما تلك العموميات فقد تناول الفقه الإسلامى بالبحث والإثراء بما جاءت به قريحات الفقهاء من فهم آتاهم الله إياه ولم يتفق العلماء الباحثون فى القرآن على عدد آيات الأحكام نظراً لإختلاف الأحكام وتفاوت جهات الدلالة هذا من ناحية ومن ناحية أخرى ، وربما يسأل سائل عن آيات الأحكام أو بمعنى آخر أن النصوص القانونية المنظمة للمعاملات قليلة وأن الحوادث كثيرة ومسجدة فكيف إحاطة المحدد بغير المتناهى ؟

الإجابة على هذا السؤال يدعونا لبحث المبحث الأخير لهذا الفصل إلا وهو مدى إحاطة الأحكام بالحوادث .

(1) من رواية مالك بن سنان وهو ابى سعيد الخدرى وهو فى صحيح مسلم .

## المبحث الثاني

### مدى إحاطة نصوص القرآن والسنة بالأحكام الشرعية

رأينا مدى الصلة بين النصوص الشرعية والنظام القانوني الإسلامي ، وقد تناول فقهاء الإسلام هذه العلاقة وتم بحثها ولهم موقف عن مدى إحاطة النصوص بالأحكام الشرعية رغم قلتها سواء كانت في القرآن الكريم أو السنة النبوية المطهرة ويستشهد الباحث بآراء ابن القيم بإعتباره من كبار فقهاء الإسلام في القرن الثامن الهجري مع تعليقات إستاذنا الدكتور عفيفي عجلان صاحب المدرسة الفقهية الحديثة في دراسة الشريعة الإسلامية كنظام قانوني ، والباحث تلميذاً لهذا الأستاذ وسيقوم ببعض المداخلات التي تدعم فكرة الأطروحة وعليه سيكون عرض هذا الموضوع في الفقرات الآتية :

أولاً : القاعدة العامة أو النظرة الشمولية أو التصور الفلسفي للموضوع .

ثانياً : عرض الآراء الفقهية لهذا الموضوع .

ثالثاً : النقد التفصيلي لآراء الفرق .

رابعاً : النتائج المترتبة على هذه الدراسة .

أولاً : القاعدة العامة أو النظرة الشمولية أو التصور الفلسفي للموضوع ككل ، لأن القاعدة الشرعية في حقيقتها ليس إلا جزءاً من تصور شمولي كوني لنظام العالم .

هذه النظرة الفلسفية قد عرضها ابن القيم في كتابه أعلام الموقعين على الطريقة الآتية :

أن نصوص الشارع نوعان أخبار وأوامر .

كما أن أخباره لاتخالف الفعل الصحيح بل هي نوعان .:

1. نوع يوافق ويشهد على ما يشهد به جملة أو جملة وتفصيلاً .

2. نوع يعجز عن الإستقلال بإدراك تفصيلية ، وأن أدركه من حيث الجملة فهكذا أوامره

سبحانه وتعالى نوعان :

1. نوع يشهد به القياس والميزان ويعنى هنا العدل .

2. ونوع لا يستقل بالشهادة به ولكنه لا يخالفه فذلك الأوامر ليس فيها ما يخالف القياس

والميزان والصحيح وهذه الجملة إنما تتفصل بعد تمهيد قاعدتين عظيمتين :

## 1. القاعدة التمهيدية الأولى (1).

إن الذكر الأمرى محيط بجميع أفعال المكلفين أمراً ونهياً وإِذناً وعفواً ، كما أن الذكر القدرى محيط بجميعها علماً وكتابةً وقدرًا ) .

أ. فعلمه وكتابه وقدره قد أحصى جميع أفعال عباده الواقعة تحت التكليف وغيرها .  
ب. وأمره ونهيه وإِباحته وعفوه قد أحاط بجميع أفعالهم التكليفية ، فلا يخرج فعل من أفعالهم عن أحد الحكمين أما كونى عينى بمعنى قدرًا وقضاءً أو شرعى أى حكم شرعى .

ج. فقد بين الله سبحانه وتعالى على لسان رسوله بكلامه وكلام رسوله جميع ما أمره به ، وجميع ما نهى عنه وجميع ما أحله وجميع ما عفا عنه .

## 2. القاعدة التمهيدية الثانية :

( ولكن قد يقصر فهم أكثر الناس على فهم مادلت عليه النصوص وعن وجه الدلالة وموقعها ) .

أ. تفاوت الأمة فى مراتب الفهم عن الله ورسوله لا يحصيه إلا الله .  
ب. لو كانت الأفهام متساوية لتساوت أقدام العلماء فى العلم ولما خص سبحانه سيدنا سليمان بفهم الحكومة فى الحرث ، وقد اثنى عليه وعلى داؤد بالعلم والحكم .

وقد قال سيدنا عمر لأبى موسى فى كتابه إليه ، الفهم الفهم فيما أدلى إليك وقال على رضى الله عنه إلا فهماً يؤتنيه الله عبداً فى كتابه وقال ابو سعيد كان أبوبكر أعلمنا برسول الله ﷺ ودعا النبى ﷺ لعبد الله بن عباس أن يفقهه فى الدين ويعلمه التأويل .

ج. الفرق بين الفقه والتأويل أن الفقه هو فهم المعنى المراد والتأويل إدراك الحقيقة التى يؤدى إليها المعنى التى هى أختيه وأصله .

د. ليس كل من فقه فى الدين عرف التأويل فمعرفة التأويل يختص به الراسخون فى العلم ، وليس المراد به تأويل التحريف وتبديل المعنى فإن الراسخين فى العلم يعلمون بطلانه والله يعلم بطلانه .

(1) النظرية القاعدية ، ص 325 .

فالخلاصة أن القاعدة التمهيدية الأولى متعلقة بأنواع الذكر قدرى أى قضاء ،  
وذكر أمرى أى حكم شرعى عينى أن أنواع الأحكام أما قدرية أو أحكام شرعية .  
ثم تناولت القاعدة التمهيدية الثانية الفهم وأوضحت وبينت الفقه بمعناه اللغوى  
وكذلك التأويل .

ثانياً : عرض الآراء .

يعد هذا التصور الفلسفى الشمولى للكون من وجهة النظر الإسلامية . عرضيل القيم موقف  
العلماء المسلمين من مدى إحاطة النصوص بالأحكام الشرعية ، فقال إنقسم الناس فى هذا  
الموضع الى ثلاث فرق :

1. الفرقة الأولى : عدم إحاطة النصوص بالأحكام الشرعية قالت هذه الفرقة (إن النصوص  
لا تحيط بأحكام الحوادث وغلا بعض هؤلاء حتى قال ولا بعشر معشارها، لذلك قالوا  
فالحاجة الى القياس فوق الحاجة الى النصوص ) .  
ويعقب إن القيم على هذا الرأى قائلاً :

( لعمرك الله أن هذا مقدار النصوص فى فهمه وعلمه لا مقدارها فى نفس الأمر ) .

التعليق ( الله يعلم وأتم لا تعلمون) حجة هذا الرأى .

(إن النصوص متناهية ، وحوادث العباد غير متناهية ، وإحاطة المتناهى بغير  
المتناهى ممتنع ) .

يرفض ابن القيم هذه الحجة ويعتبرها حجة فاسدة من وجوه :

1. إن مالا يتناهى أفراده ، لايمتنع أن يجعل أنواعاً ، فيحكم لكل نوع منها بحكم  
واحد ، فتدخل الأفراد التى لا تتناهى تحت ذلك النوع .

2. لايسلم بأن حوادث العباد غير متناهية بل يرى أن أنواع الأفعال ، بل والأعراض كلها  
متناهية .

3. لو قدر عدم تناهيها ، فإن أفعال العباد الموجودة الى يوم القيامة متناهية .

ثم بين أنه من الناحية الفنية يمكن وضع أحكام لما لا تتناهى أفراده . ومثل لذلك أن  
نجعل الأقارب نوعين :

أ. نوعاً مباحاً وهو بنات العم والعمة وبنات الخال والخالة وما سوى ذلك حرام .

ب. كذلك جعل ما ينقض الوضوء محصوراً وما سوى ذلك لا ينقضه .

ج. وكذلك ما يفسد الصوم وما يوجب الغسل ، وما يوجب العدة وما يمنع منه المحرم وأمثال ذلك .

يقدم ابن القَيِّم لنا دليلاً واقعياً على عدم إستحالة إحاطة النصوص بالأحكام الشرعية وإنه من الممكن وضع الضوابط لتحقيق هذه الإحاطة . فيقول إذا كان ارباب المذهب يضبطون مذاهبهم ويحصرونها بجوامع نحيط بما يحل ويحرم عندهم ، ومع قصور بيانهم . فالله ورسوله المبعوث بجوامع الكلم اقدر على ذلك .

الرسول الكريم يأتي بالكلمة الجامعة وهي قاعدة عامة وقضية كلية تجمع أنواعاً وأفراداً وتدل دلالتين طرد ودلالة عكس ويعطينا ابن القيم أمثلة على جوامع الكلم من اقوال الرسول الكريم كما يلي :

1. ( كل مسكر حرام ) .
2. ( كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد ) .
3. ( كل قرض جر نفعاً فهو ربا ) .
4. ( كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ) .
5. ( كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه ) .
6. ( كل أحد أحق بماله من ولده ووالده والناس أجمعين ) .
7. ( كل محدثة بدعة ، وكل بدعة ضلال ) .
8. ( وكل معروف صدقة ) .

أما الأمثلة من القرآن الكريم فكثيرة منها قوله تعالى :

1. ( فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ (7) وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ )<sup>(1)</sup>
2. ( يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْحَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَنْزَالُ مَرْجَسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ )<sup>(2)</sup>

(1) سورة الزلزلة ، الآيات 7 - 8 .

(2) سورة المائدة ، الآية 90 .

فدخل في الخمر كل مسكر جامداً كان أو مانعاً من العنب أو غيره ودخل في الميسر كل أكل مال بالباطل وكل عمل محرم يوقع العداوة والبغضاء ويصد عن ذكر الله وعن الصلاة .

3. (قد فرّض لكم تحلة إيمانكم ) كل يمين منعقدة .

4. (يَسْأَلُونَكَ مَاذَا أَحَلَّ لَهُمْ قُلُوحَلِّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ ) (1) كل طيب من

المطاعم والمشارب والملابس والفروج .

5. (وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ

الظَّالِمِينَ ) (2) (فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى

عَلَيْكُمْ) (3)

مالا يخص أفراده من الجنايات وعقوباتها حتى اللطمة والضربة وغيرها كما فهم الصحابة .

6. (قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّي الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَالْإِثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ

الْحَقِّ وَأَنْ تُشْرِكُوا بِاللَّهِ مَا لَمْ يُنَزِّلْ بِهِ سُلْطَانًا وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا

تَعْلَمُونَ) (4)

هنا تحريم كل فاحشة ظاهرة وكل ظلم وباطنة، كل ظلم وعدوان في مال أو نفس أو عرض وكل شرك بالله وإن دق أو عمل أو أرادة بأن يجعل مع الله غير في اللفظ أو القصد أو الاعتقاد .

7. (وَكَلْهَنٌ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ) (5) جميع الحقوق التي للمرأة وعليها،

وإن مرد ذلك الى ما يتعارفه الناس بينهم ويجعلونه معروفاً لا منكراً .

(1) سورة المائدة ، الآية رقم (4) .

(2) سورة الشورى ، الآية 40 .

(3) سورة البقرة ، الآية 194 .

(4) سورة الأعراف ، الآية 33 .

(5) سورة البقرة ، الآية 228 .

- والخلاصة أن القرآن الكريم والسنة كفيلاً بهذا أتم كفالة (1).
2. الفرقة الثانية. القدرية نفاة القياس هذه الفرقة عارضت تماماً وعلى النقيض من الفرقة الأولى. فرأى هذه الفرقة ( القياس كله باطل محرم في الدين وليس منه ) .
- أ. أنكروا القياس الجلى الظاهر حتى فرقوا بين المتماثلين .
- ب. زعموا أن الشارع لم يشرع شيئاً لحكمة اصلاً .
- ج. نفوا تعليل في خلقه وأمره .
- د. جوزوا بل جزموا بأن يفرق بين المتماثلين ، ويقرن بين المختلفين في القضاء والشرع .
- هـ. جعلوا كل مقدر فهو عدل .
- و. الظلم عندهم هو الممتنع لذاته كالجمع بالنقيضين ويقيّم ابن القيم هذه الفرقة بالطريقة الآتية :
- (1) أصابوا في إثبات القدر وتعلق المشيئة الإلهية بأفعال العباد والإختيارية كما تتعلق بذواتهم وصفاتهم وأصابوا في إثبات تناقض القدرية النفاة .
- (2) ولكن ردوا من الحق ، المعلوم بالعقل والفطرة والشرع وما سلطوا عليهم به خصومهم .
- (3) صاروا ممن رد بدعة ببدعة وقابل الفاسد بالفاسد .
- (4) مكنوا خصومهم بما نفوه من الحق من الرد عليهم وبيان تناقضهم ومخالفتهم للشرع والعقل .
3. الفرقة الثالثة : الإقرار بالقياس ولكن مع نفي الحكمة والتعليل والأسباب .
- هذه الفرقة الثالثة طبقاً لتقسيم ابن القيم ، هم قوم نفوا الحكمة والتعليل والأسباب ، وأقروا بالقياس كأبي الحسن الأشعري وأتباعه ، ومن قال بقوله من الفقهاء أتباع الأئمة قالوا :
- أ. إن علل الشرع إنما مجرد أمارات وعلامات محضة كما قالوه في ترك الأسباب .
- ب. إن الدعاء علامة محضة على حصول المطلوب لا أنه سبب فيه .
- ج. الأعمال الصالحة والقيحة وعلامات محضة ليست سبباً في حصول الخير والشر .

(1) محمد زين الأيباني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ج2، منشورات الجبلى الحقوقية، ط1، 2006م، ص 32 .

د . جميع ما وجدوه من الخلق والأمر مقترناً بعضه ببعض قالوا أحدهما من دليل على الآخر مقارن له إقتراناً عادياً وليس بينهما إرتباط سببية ولا علة ولا حكمة ولا له فيه تاثير بوجه من الوجه .

1. يرى راه القيدّم أن هاتين الفرقتين الثانية والثالثة ، أخلت بالنصوص عن تناولها لجميع أحكام المكلفين .

2. كما يرى أنه ليس عند أكثر الناس غير أقوال هؤلاء الفرق الثلاث مع يترتب على ذلك من وقوع طالب الحق فى حيرة لما فى هذه الأقوال من الفساد والإضطراب والتناقض ، فتارة يتحيز الى فرقة منها له ما لها وعليه ما عليها وتارة يتردد بين هذه الفرق وتميمياً مرة وقيسياً أخرى ، وتارة يلقي الحرب بينهما ويقف فى النظارة .

3. يرى ابن القيمّم أن سبب هذه الحيرة لطالب الحق خفاء الطريقة المثلى والمذهب الوسط الذى هو فى المذاهب كالإسلام فى الأديان ، وما عليه سلف الأمة وأئمتها والفقهاء المعتبرون من إثبات الحكم والأسباب والغايات المحمودة فى خلقه سبحانه وأمره وإثبات لام التعليل وباء السببية فى القضاء والشرع . كما دلت عليه النصوص مع صريح العقل والفترة وإتفق عليه الكتاب والميزان ( العدل ) .

4. ثم يستمر ابن القيمّم فى الربط بين ما ذكره فى قاعدته التمهيدية الأولى وأسماء الذكر الأمرى المحيط بجميعفعأل المكلفين أمراً ونهياً وإذناً ، وما اسماء الذكر الفورى والمحيط بجميعها علماً وكتابةً وقدرأً ويحدد موقف العلماء من الذكر الأمرى نتيجة لموقفهم من الذكر القدرى ، وبذلك النظرة الشمولية وهى تمثل إتجاهاً فلسفياً حديثاً حيث يحاول هذا الإتجاه أن يربط بين القانون كظاهرة إجتماعية وبين الأساس الفلسفى الذى يقوم عليه النظام الإجتماعى كله .

لذلك نراه يقرر هذه النظرة الشمولية ويربط بين الأصل والفرع فيقول ابن القيمّم ( ومن تأمل كلام سلف الأمة وأئمة أهل السنة رآه ينكر قول الطائفتين المنحرفتين عن الوسط ) .

5. ينكر قول المعتزلة المكذبين بالقدر .

6. كذلك قول الجهمية المنكرين للحكم والأسباب والرحمة فلا يرضون لأنفسهم بقول القدرية المجوسية ولا بقول القدرية الجبرية نفاه الحكمة والرحمة والتعليل . وطبقاً لوجهه نظر ابن القيم فإن عامة البدع المحدثه فى اصول الدين من قول هاتين الطائفتين الجهمية والقدرية .
7. الجهمية رؤوس الجبرية وأئمتهم أنكروا حكمة الله ورحمته وأن أقروا بلفظ مجرد فارغ عن حقيقة الحكمة والرحمة .
8. القدرية النفاة أنكروا كمال قدرته ومشيتته . فأولئك اثبتوا نوعاً من الملك بلا حمد وهؤلاء اثبتوا نوعاً من الحمد بلا ملك ، فأنكر أولئك عدم حمده وأنكر هؤلاء عموم ملكه .
9. أثبتت لله الرسل وأتباعهم عموم الملك وعموم الحمد كما أثبتته لنفسه ، فله الكمال والملك ، وكمال الحمد .
10. فيقرر ابن القيم بأنه لا يخرج عين ولا فعل عن قدرته ومشيتته وملكه وله فى كل ذلك حكمة وغاية مطلوبة يستحق عليها الحمد ، وهو فى عموم قدرته ومشيتته وملكه على صراط مستقيم وهو حمده الذى يتصرف فى ملكه به ولأجله .
11. يقول أستاذنا دكتور عفيفى هذا الربط بين الذكر الأمرى والذكر القدرى المفهوم ضمناً يقره ابن القيم صراحة فيقول ( المقصود أنهم كما إنقسموا الى ثلاث فرق فى هذا الأصل إنقسموا فى فرعه وهو القياس الى ثلاث فرق : .
- أ. فرقة أنكرته بالكلية ( القياس ) .
- ب. فرقة قالت به وأنكرت الحكم والتعليل والمناسبات الفرقتان أ ، ب أخلت بالنصوص عن تناولها لجميع أحكام المكلفين وأنها أحالت على القياس . ثم قالت غلائهم أحالت عليه أكثر الأحكام .
- ج. وقال متوسطوهم بل أحالت عليه كثيراً من الأحكام لا سبيل إلى إثباتها إلا به.
12. الصواب وراء ما عليه الفرق الثلاث .
13. رأى ابن القيم أن الصواب وراء ما عليه الفرق الثلاث كما يلى :
- أ. إن النصوص محيطة بأحكام الحوادث ولم يحلنا الله ولا رسوله على رأى ولا قياس بل قد يبين الأحكام كلها والنصوص كافية وافية بها .

- ب. القياس الصحيح حق مطابق للنصوص .
- ج. فهما دليلان للكتاب والميزان . ( يعنى الأصل والفرع ) .
- د. قد تخفى دلالة النص ، أو لا تبلغ العالم فيعدل الى القياس .
- هـ. ثم قد يظهر موافقاً للنص فيكون قياساً صحيحاً . وقد يظهر مخالفاً له فيكون فاسداً .
- و. وفي نفس الأمر لا بد من موافقته أو مخالفته ولكن عند المجتهد قد تخفى موافقته أو مخالفته .

ثالثاً : النقد التفصيلي لآراء هذه الفرق .

كل فرقة من هذه الفرق الثلاث سدوا على أنفسهم طريقاً من طرق الحق فإضطروا الى توسعة طرق أخرى أكبر مما تحمله .

#### 1. نقد نفاه القياس .

بما سدوا على أنفسهم باب التمثيل والتعليل واِعتبار الحكم والمصالح ، وهو من الميزان والقسط الذى أنزله الله ، واِحتاجوا الى توسعة الظاهر واِستصحاب ، فحملوها فوق الحاجة ووسعوهما أكثر مما يسعانه .

حيث فهموا من النص حكماً أثبتوه ، ولم يبالوا بما وراءه وحيث لم يفهموا منه نفوه ، وحملوا الاستصحاب .

أ. مميزات هذا الإِتجاه .

(1) أحسنوا فى إعتنائهم بالنصوص ونصرها والمحافظة عليها وعدم تقديم

غيرها عليها من رأى أو قياس أو تقليد .

(2) أحسنوا فى رد الأقيسة الباطلة وبيانهم تناقض أهلها فى نفس القياس

وتركهم له وأخذهم بقياس وتركهم ما هو أولى منه .

ب. أخطاء هذا الاتجاه .

يكمن أخطاؤهم فى أربعة أوجه :

(1) الخطأ الأول . القياس الصحيح ولا سيما المنصوص على علته التى

يجرى النص عبرها مجرى التنصيص على التعميم باللفظ ومن أمثلة لبيان

العلة المنصوص عليها .

- (أ) لا يتوقف عاقل في أن النبي (ص) لما لُعن عبد الله حماداً على كثرة شربه الخمر قال (ص) لا تلغنه فإنه يحب الله ورسوله . بمنزلة قوله لا تلغونا كل من يحب الله ورسوله .
- (ب) في قول (ص) ( إن الله ورسوله ينهاكم عن لحوم الحمر فإنها رجس بمنزلة قوله ينهاكم عن كل رجس .
- (ج) في قوله في الهر ( ليس بنجس أنها من الطوافين عليكم والطوافات) بمنزلة قوله كل ما هو من الطوافين عليكم والطوافات فإنه ليس بنجس .

(2) **الخطأ الثاني : تقصيرهم في فهم النصوص .**

كم من حكم دل عليه النص ولم يفهموا دلالاته عليه وسبب هذا الخطأ حصرهم الدلالة في ظاهر اللفظ دون إيمائه وتبنيها وإشواته وعرفه عند المخاطبين .

فلم يفهموا من قوله تعالى (لا تقل لهما أفٍ) ضرباً ولا سباً ولا إهانة غير لفظ أف.

لذلك فإنهم قصرُوا في فهم الكتاب كما قصرُوا في إعتبار الميزان (العدل) .

(3) **الخطأ الثالث . تحميل الاستصحاب فوق ما يستحقه وجرمهم بموجبه**

لعدم علمهم بالناقل وليس عدم العلم علماً بالعدم .

المقصود بالاستصحاب هو إستدامة إثبات ما كان ثابتاً أو نفى ما كان منفيّاً وهو ثلاثة أقسام : .

(أ) إستصحاب براءة أصلية .

(ب) إستصحاب الوصف المثبت الشرعى حتى يثبت خلافه .

(ج) إستصحاب حكم الإجماع في محل النزاع .

(4) **الخطأ الرابع . إعتقادهم أن عقود المسلمين وشروط معاملاتهم**

ومعاملاتهم كلها على البطلان حتى يقوم دليل على الصحة ، فإذا لم يقيم عندهم دليل على صحة شرط أو عقد أو معاملة إستصحبوا بطلانه

فأفسدوا بذلك كثيراً من معاملات الناس وعقودهم وشروطهم بلا برهان من الله بناء على هذا الأصل<sup>(1)</sup>.

وجمهور الفقهاء على خلافه وأن الأصل في العقود والشروط الصحة إلا ما أبطله الشارع ، أو نهى عنه . وهذا القول صحيح فإن الحكم ببطلانها حكم بالتحريم والتأثيم ومعلوم أنه لا حرام إلا ما حرمة الله ورسوله ، ولا تأثيم إلا ما اثم الله ورسوله به فاعله . كما أنه لا واجب إلا ما أوجبه الله ولا حرام إلا ما حرمة الله ولا دين إلا ما شرعه .

فالأصل في العبادات البطلان حتى يقدم دليل على الأمر والأصل في العقود والمعاملات الصحة حتى يقوم دليل على البطلان والتحريم والفرق بين العبادات والمعاملات هو : (إن الله سبحانه لا يعبد إلا بما شرعه على السنة رسله فإن العبادة حقه على عباده وحقه الذى أحقه هو ورضى به وشرعه . أما العقود والشروط والمعاملات فهى عفو حتى يحرمها) . فى هذا تقرير واضح لما ذهب إليه الباحث فى التفرقة بين القاعدة الدينية المحضة التى مصدرها العبادات والقاعدة القانونية المحضة التى مصدرها المعاملات .

وطأف ابن القيّم لهذا نص الله سبحانه وتعالى على المشركين مخالفة هذين الأصلين ، وهو تحريم ما لم يحرمه والتقرب إليه بما لم يشرعه .

وهو سبحانه لو سكت عن إباحتك ذلك وتحريمه فكان ذلك غللاً لا يجوز الحكم بتحريمه وإبطاله .

فإن الحلال ما أحله الله والحرام ما حرمه ، وما سكت عنه فهو عفو فكل شرط وعفو ومعاملة، سكت عنها فإنه يجوز القول بتحريمها فإن سكت عنها ، رحمة منه من غير نسيان وإهمال فكيف وقد صرحت النصوص بأنها على الإباحة فيما عدا ما حرمه .

ويستدل ابن القيّم على هذا الاتجاه بالآيات القرآنية والأحاديث النبوية التى توجب الوفاء بالقول وإحترام العهود وعدم خلف الوعد وتحريم الكذب كقوله تعالى:

(أ) (وأوفوا بالعهد) .

(ب) وقال (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) .

(ج) (بلى من أوفى بعهده واتقى فإن الله يحب المتقين)

(د) قال تعالى (إن الله لا يحب الخائنين) .

(1) النظرية القاعدية ، ص 341 .

أما من الأحاديث النبوية الشريفة ذكر ابن القيم الكثير فمنها :

(أ) فى صحيح مسلم من حديث الإعمش (1) عن عبد الله ابن مرة عن مسروق عن عبد الله بن عمر قال قال رسول الله ﷺ أربع من كن فيه كان منافقاً خالصاً ومن كانت فيه خصلة منهن كان فيه خصلة من النفاق حتى يدعها ، إذا حدث كذب ، وإذا عاهد قدر ، وإذا وعد أخلف ، وإذا خاصم فجر ) (2).

(ب) فى الصحيحين من حديث ابن عمر أن النبى ﷺ ( يرفع لكل غادر لواء يوم القيامة بقدر غدرته ، فيقال هذا غدر فلان ابن فلان ) .

(ج) من حديث عقبة ابن عامر أن النبى ﷺ ( إن أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج ) .

(د) وقال ابن دهب وأخبرنى إسماعيل بن عباس عن ابن إسحق أن رسول ﷺ كان يقول ( ولا تعد أخاك عدة وتخلفه فإن ذلك يورث بينك وبينه عداوة ) .

وهنا يقول أستاذنا دكتور عفيفي هكذا يقرر الفقه الإسلامى على لسان فقيهه الكبير ابن القيم مهيداً سلطات الإرادة فى إكمال صور ه وأكمل ضوابطه القانونية وهو مبدأ لم يصل إليه الفقه الحديث إلا فى أواخر القرن التاسع عشر وكان هذا نتيجة لإنتشار الفلسفة الفردية والمذهب الفردى (3) .

2. نقد أصحاب الرأى والقياس الذين يرون عدم إحاطة النصوص بالأحكام الشرعية .

رأينا أن الفرقة الأولى ذهبت الى أن النصوص لا تحيط بأحكام الحوادث بل ذهب غلاتهم الى أنها لم تف بعشر معشارها ، وأن الحاجة الى القياس فوق الحاجة الى النصوص ويرى بل القيم أن ترتب على هذا الإتجاه :

- أ. عدم إعتنائهم بالنصوص .
- ب. توسعتهم فى طرق الرأى والقياس ، وقالوا بقياس الشبه .
- ج. علقوا الأحكام بأوصاف لا يعلم أن الشارع علقها بها .
- د. إستنبطوا عللا لا يعلم أن الشارع شرع الأحكام لأجلها .
- هـ. ثم إضطرهم ذلك الى أن عارضوا بين كثير من النصوص والقياس .

(1) أخرجه البخارى ومسلم ، كتاب الإيمان وأخرجه ابن أبى شيبة فى المصنف ومسلم أبوداود .

(2) الإعمش وهو سليمان بن مهران وليس الأعنبر .

(3) د. عفيفي عجلان ، النظرية العامة للفقه الإسلامى وخصائصه المتميزة ، ط1989م ، ص 343.

و. ثم إضطربوا فتارة يقدمون القياس وتارة يقدمون من النص ، وتارة يفرقون بين النص المشهور وغير المشهور .

ز. وإضطربهم ذلك ايضاً الى أنهم إعتقدوا فى كثير من الأحكام أنها شرعت على خلاف القياس .

أوجه أخطأهم خمسة :

- (1) الخطأ الأول ظنهم قصور النصوص عن بيان جميع الحوادث .
- (2) الخطأ الثانى معارضة كثير من النصوص بالرأى والقياس .
- (3) الخطأ الثالث إعتقادهم فى كثير من أحكام الشريعة أنها على خلاف الميزان والقياس والميزان هو العدل فظنوا أن العدل خلاف ما جاءت به هذه الحكام .
- (4) الخطأ الرابع إعتبارهم عللاً وأوصافاً لم يعلم إعتبار الشارع لهلوا لغائهم عللاً وأوصافاً إعتبرها الشارع .
- (5) الخطأ الخامس تناقضهم فى نفس القياس .

لذلك فقد أوجب إبن القيّم على نفسه أن أثبت .

- (أ) شمول النصوص ، والاكتفاء بها عن الرأى والقياس .
- (ب) سقوط الرأى والإجتهد والقياس وبطلانها مع وجود النص .
- (ج) أن أحكام الشرع كلها على وفق القياس الصحيح وليس فيما جاء به الرسول ﷺ حكم يخالف الميزان والقياس الصحيح .

وعليه يرى أستاذنا دكتور عفيفي أن هذه النصوص الثلاثة أعلاه أهم فصول كتاب إبن القيّم أعلام الموقعين وبها يتبين للعالم المنصف مقدار الشريعة وجلالته وهيمنتها وتبعيتها وفضلها وشرفها على جميع الشرائع وأن رسول الله ﷺ كما هو عام الرسالة الى كل مكلف فرسالته عامة فى كل شئ منه الدين وأصوله وفروعه ودقيقة وجليلة .

فكما لا يخرج أحد عن رسالته فكذلك لا يخرج حكم تحتاج إليه الأمة عنها وعن بيانه له (1).

رابعاً : النتائج المترتبة على مناقشة آراء الفرق ورد إمامنا الجليل إبن القيّم.

(1) د. عفيفي عجلان ، النظرية العامة للفقهاء الإسلامى وخصائصه المتميزة ، ط1989م ، ص 359.

يرى الباحث أنه هنالك إرتباط واضح للأحكام الشرعية بأفعال المكلفين ، وبمعنى آخر وأدق إرتباط القواعد الشرعية ( القانونية) ما تؤدي إليه من أنظمة قانونية بالمعنى الضيق بنصوص القرآن الكريم والسنة المطهرة ويلمسه كل قارئ لكتب الفقه الإسلامى .

إن الأحكام الشرعية كلها وكل ما يثور حولها من نقاش وجدل يدور حول محور اساس هو نصوص القرآن والسنة وقواعد الإستنباط منهما وهذا واضح من الأدلة النقلية التى صاغها فقيهاين القيم وشرحها أستاذنا دكتور عفيفي .

عليه فإن إحاطة النصوص الشرعية لأحكام الحوادث بالسرد السابق وبالتالي عن مدى إستجابتها لحاجات المجتمع المتجددة والمتغيرة والمختلفة بحسب الزمان والمكان تعطينا نتيجتين قد قررهما إستاذنا الفقيه دكتور عفيفي على النحو التالى (1) :

**النتيجة الأولى :** إنه لم يذهب عن قول أو إتجاه أو إدعاء نحو عدم الصلة الوثيقة بين الأحكام الشرعية التى إحتوت عليها الشريعة الإسلامية لأحكام هذه الحوادث المتجددة والمتغيرة والمختلفة وبين النصوص أى نصوص القرآن الكريم والسنة وإنما كما قال إبن القيم م تردد الأمر بين فرق ثلاث إرتبطت آراؤها بمواقفها من الصلة بين الذكر الأمري والذكر القدرى وكانت نظرة شمولية لنظام المجتمع بل والكون فى نظر وفكر وتصور كل هذه الفرق وبإستمرار كانت النصوص الشرعية محورا ولأساساً للأحكام الشرعية فى نظرهم جميعاً رغم إختلاف نظراتهم الى الصلة بين الذكر الأمري الذى تمثله النصوص والذكر القدرى وهو النظرة الفلسفية للقضاء والقدر .

**النتيجة الثانية :** إن القراءة الممتعة لما أورده إبن القيم موأحكام كتمثيل وإثبات لمدى إرتباط أحكام الحوادث وأحكام أفعال الإنسان فى حياته الدنيا بما جاء به نصوص القرآن والسنة من ( الكلمة الجامعة) التى عبر عنها إبن القيم بالتعبير الفنى الدقيق كقاعدة عامة وقضايا كلية تجمع أنواعاً وأفراداً وتدل دلالتين دلالة طرد ودلالة عكس .

هذه القراءة للأمتة التى ذكرها كفيلة بدحض مثل هذه الإدعاءات وهى تبين مدى الصلة الوثيقة والجذرية بين النظم القانونية والأحكام الشرعية التى تحكمها وبين نصوص القرآن والسنة وفى

( 1 ) المرجع السابق ، ص 354.

كلمة وجيزة والتي يسعى الباحث بالتحثيت بها إن الشريعة الإسلامية كنظام قانونى مرتبطة بنصوص الشرعية المتمثلة فى آيات وأحاديث الأحكام كما يعبر عنها فقهاء الإسلام. فهى تعتبر مصدراً للقواعد الشرعية ( القانونية ) .

ومن هنا جاءت فكرة الباحث على أن الشريعة الإسلامية كنظام قانونى مقابل لعلم القانون الحديث وعليه فإن تريس الشريعة الإسلامية كنظام قانونى بهذا التصور يضع الشريعة الإسلامية موضع مشرف يليق بقدرها وشرفها بعيداً عن الدراسة التقليدية التى تخلط المواضيع وتشتت الأفكار وتحول دور تطور الفقه الإسلامى وتقدمه .

## الباب الثالث

### الوضعية القانونية في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن

#### تمهيد

رأينا في الباب السابق مدى تمييز القاعدة القانونية عن القاعدة الدينية، بل والقواعد الاجتماعية الأخرى في القانون المقارن، ثم تبين لنا أن الفقه الإسلامي قد عرف ذات التفرقة والتمييز بين القاعدة القانونية المحضة التي تحكم المعاملات، والقاعدة الدينية التي تحكم العبادات. ثم وجدنا أن الشريعة الإسلامية كنظام قانوني تشتمل على فروع القانون سواء كان عاماً أو خاصاً. وعليه تنتقل موضوع الوضعية القانونية في الشريعة الإسلامية ثم نقارنها بالقانون المقارن وفقاً لمنهج البحث المتبع.

هنالك عدة اتجاهات مختلفة لتعريف الوضعية القانونية نوجزها في الآتي<sup>(1)</sup>:

1. الاتجاه الأول: المنطق الفلسفي عرفت الوضعية القانونية بأنها ما يتأسس على الواقع بالمقابل لما يقوم على المفاهيم القبلية، والفلسفة الوضعية هي مجموعة العلوم التي أسسها أوجس كونت ليفصل بين ما هو وضعي، عما هو لاهوتي، وميتافيزيقي.

2. الاتجاه الثاني: المنطق القانوني لمفهوم الوضعية.

فالوضعية القانونية هي الفلسفة التي لا يعد في نظرها قانوناً إلا القانون الوضعي الذي تصدره الدولة بإعتبار أن هذا هو القانون صحيح ونافذ.

3. الاتجاه الثالث: مفهوم الوضعية كمجموعة من الخصائص تميزه عن غيره من النظم وهي خمس مواصفات أساسية للوضعية القانونية منها:

أ. النظرة الي القاعدة القانونية بإعتبارها أمر صادر من السلطة السياسية ذات السيادة.

ب. الفصل بين القانون والأخلاق.

ج. دراسة القواعد الصادرة من السلطة العليا مثل القوانين وقرارات المحاكم.

د. الأخذ بمبدأ يهدم قابلية الأخلاق للمعرفة العلمية مبدأ نسبية الأخلاق.

(1) د. خالد محمد أحمد، القانون بين فقه المعاملات الإسلامي، ص 309.

هـ. النظر الى النظام القانونى على أنه نظام مغلق تستنبط أحكامه بأساليب أى بأساليب منطقية من قواعد عليا بمعنى آخر إن القابت مع الشرع من أجل هذا فإن المنهج القرآنى وجه السياسة الشرعية عن طريق تحديد أهدافها فوضع قواعد قانونية حتى تستجيب للحاجات الإجتماعية فى مختلف العصور .

فلما إستقر التشريع الإسلامى وتوسع الناس فى أأنع العوائد والمكاسب ، واإتسعت رقعة الإسلام ، وتجددت الحوادث والنوازل أحتاج الناس الى معرفة أحكام دينهم وما جد لهم مما ليس فيه نص كتاب أو سنة ولا إجماع فإنبرى فقهاء الإسلام يتكلمون على كل شئ غير مقطوع بحكمة لا يفرقون بين عبادات وبين معاملات ، فإننتشرت المذاهب الفقهية وتعدد الآراء ، ومعها المدارس الأصولية المعروفة ، ولم يكن يمنع الفقية المجتهد فى تلك الأيام أن يجتهد فى شئ مما يتعلق بأحكام الشريعة فى أمر دين أو دنيا ، إلا أن يجد نصاً ثابتاً قطعى الدلالة على معناه يقيد إباحة أو تحريماً أم حجة ، أو فساد ، أو وجوباً ، أو ندباً أو كراهة ، أو أن يجد إجماعاً لا مريه فيه (1) وأن هؤلاء الفقهاء الجهابزة أجازو لانفسهم أن يجتهدو فى كل باب من أبواب المعاملات وفيه إجتهد مع تنوع الأحكام المترتبة على ذلك ، غير مقصودة على إباحة وتحريم ، وانما كل ما يصلح أن يكون حكماً شرعياً .

بعد ورود الشرع واإكمال الدين و إستقرار الشريعة فما نص عليه بدلالة قطعية وكان مما تقوم به الحجة من حيث الورد و الثبوت ، فهو على ما هو عليه و لا كلام فيه ، سواء كان تحريماً ، أو إباحة ، أو إيجاب ، أو ندبا ، أو كراهة أو تصحيحاً ، أو إبطالاً أو غير ذلك من أحكام الفقه المعروفة عند علماء الشريعة وفقهائها . وأما غير المنصوص عليه فى تلك الدلالة والثبوت ، فهو محل إختلاف أنظار الأصوليين والفقهاء وهو محل الاجتهاد ، وخاصة أن منطق إدعاء الإسلام العالمية او الخلود ولا بد من وجود قواعد تشريعية تحكم الحوادث المستجدة وفقاً للزمان والمكان واإخضاع هذه الديناميكية الى الإستاتيكية بأساليب منطقية من قواعد عليا تعددت الاتجاهات الوضعية فى فلسفة القانون ، ويجمع هذه الفلسفات جميعاً فى إتخاذ اتجاها واقعيأ فى البحث عن اساس القانون .

إذا كان يجمع بين أنصار المنهج الوضعي بعدهم عن المينافرقيا ، فهم يختلفون فيما بينهم من حيث العناصر الواقعية التي يردون أساس القانون اليها . ففريق منهم يعتد بالواقع القانوني

(1) مرجع سابق ، ص 132 .

فيون القانون الوضعي الي إرادة الدولة ، والتشريع هو التعبير الصريح عن الإرادة وهذا مذهب الشكلية مثل الشرح على المنون ومذهب اوستن ومذهب كلست وهارن في القانون وفريق آخر يعتد بالواقع الاجتماعي فيتمسكون اساس القانون في البيئة الاجتماعية ويطلق علي هذا المذهب المذهب الموضوعي.

أما أحكام الشريعة الإسلامية المتنوعة في آيات الأحكام والأحاديث والتي في شرحها الفقه الإسلامي كتعبير بشري يعبر عن فهم النصوص القرآنية والنبوية ، وهي كذلك تعبير عن النظام القانوني المطبق في أرض الإسلام وبين المسلمين ، فإن الوضعية القانونية تتمثل في الصفة الإيجابية التي تلحق قواعد قانون جماعة (1) في وقت معين ، ومن أين تستمد أو تستنبط القاعدة القانونية ؟ ومن أين تكتسب صفة الشرعية التي تجعل إحترامها ينبع من ضمير الفرد والجماعة ذاتياً ؟ وهل لها وجود متلاحق ؟ وسوف نقسم هذا الباب الي فصلين.

الفصل الاول: أساس القاعدة الشرعية في الشريعة الإسلامية ووجودها المتلاحق .

الفصل الثاني : أساس القاعدة القانونية في القانون المقارن.

---

(1) د. خالد محمد أحمد ، القانون بين فقه المعاملات الإسلامي ، ص (367) .

## الفصل الأول

### أساس القاعدة القانونية فى الشريعة الإسلامية ووجودها المتلاحق

#### تمهيد

الحكم الشرعى لابد له من حكم منشئ الأحكام ووضعها ، والحاكم عن جميع المسلمين هو الله سبحانه وتعالى وحده لقوله تعالى ( إن الحكم إلا لله ) ، وليس العقل ، أى أن العقل ليس بحاكم وإنما هو طريق للمعرفة .

فإنه سبحانه وتعالى هو الشارع للأحكام والسؤال هل التشريع لله سبحانه وحده أم أن للعقل البشرى مدخلاً فى التشريع؟

فإنه سبحانه وتعالى هو الحاكم فى جميع الأحكام الشرعية مطلقاً سواء تتعلق بالأصول والعقائد ، أما تتعلق بالفروع والجزئيات ، أو ما تتعلق بالتكليف أو الوضع ، سواء أكان هذا الحكم بطريق النص الذى أوحى الله به الى رسوله صلى الله عليه وسلم ، من كتاب أو سنة أم فيما يتوصل الفقهاء والمجتهدون الى حكمه بواسطة الدلائل والأمارات التى اقامها الله سبحانه لإستنباط أحكامه ، لأن ليس لأحد تشريع فى أية ناحية من نواحي الأحكام المتعلقة بأفعال المكلفين .

ويوضح الإمام الشاطبى أن العقل فى دلالاته على الأحكام ليس مستقلاً بالدلالة ، لأنه ليس بشارع وإنما ينظر من خلال النصوص ويتطلع من وراء الشرع (1) فيقول ( الأدلة العقلية إذا إستعملت فى هذا العلم فأنما تستعمل مركبة على الأدلة السمعية أو معينة فى طريقها أو محققة لمناطقها أو ما أشبه ذلك ، لا مستقلة بالدلالة لأن النظر فيها نظر فى أمر شرعى والعقل ليس بشارع .

فنبحث عن نمو القاعدة الشرعية وعن الشروط التى يخضع لها النمو ووجود القوانين التى تحدد سيرها وحدودها من خلال الوجود المتلاحق لها الذى يمثل الحركة الديناميكية فى الشريعة الإسلامية بحيث تربط هذه الحركة بتعليل النصوص والبحث عن المصلحة والمقصد الشرعى المتربط بالسياسة الشرعية عن طريق أهدافها وصولاً للعدالة الإجتماعية والاستجابة للحاجات

(1) نظر الحكم الشرعى والقاعدة القانونية ، ص 57.

الإجتماعية هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ربط هذه الأحكام بالنصوص الشرعية وأدلتها  
لعمال هذه النصوص فى ماضينا وواقعا ، ومستقلنا وهذا الفصل يمثل الجانب العملى أو  
التطبيقى للتفرقة بين القاعدة القانونية والمحضة والقاعدة الدينية كما تبين من خلال الطرح عليه  
يشمل هذا الفصل مبحثين .

**المبحث الأول :** الفن القانونى لديناميكية الشريعة الإسلامية ووجودها المتلاحق.

**المبحث الثانى :** الأساس الشرعى للقاعدة القانونية ومنهجها التشريعى والتطبيقى .

## المبحث الأول

### الفن القانوني لديناميكية الشريعة الإسلامية ووجودها المتلاحق

الفن القانوني لديناميكية الشريعة الإسلامية ووجودها المتلاحق لقد ذكرت إن الإسلام دين ودولة وإن الإسلام له قواعد قانونية عالمية وخالدة ، منها الثابتة وقد أخضع الأخرى القابلة للنمو والتطور لهذا الثبات وفقاً لمنهج القرآن بتوجيه السياسة الشرعية عن طريق تحديد أهدافها التي يجب على المشرع إتباعها في كل قاعدة قانونية ينشئها في المستقبل حتى يستجيب للحاجات الإجتماعية في مختلف العصور .

ويجمع هذه الأهداف إرتباط القاعدة الشرعية بالمصلحة العامة وجوداً وعدمياً وعليه تناول هذا المبحث في النقاط الآتية :  
أولاً : تعليق النصوص .

الحكم الشرعي هو كلام الله القديم المتعلق بأفعال المكلفين على وجه الإقضاء أو التخيير أو ما يوجب ثبوت الحكم أو إنتقائه ، فما يوجب ثبوت الحكم هو الأسباب وما يوجب إنتقائه هو الشرط بعدمه أو المانع بوجوده ، وعليه فإن الأحكام تتوقف على هذه الثلاثة السبب والشرط وإنتقاء المانع ، فإن الله شرع الأحكام وشرع لها أسبابها وشروطها وموانع ، ورد خطابه على قسمين خطاب تكليف يشترط فيه علم المكلف وقدرته وغير ذلك كالعبادات وهي محل عمل القاعدة الدينية المحضة ، وخطاب وضع وهو محل عمل القاعدة القانونية ولا يشترط في خطاب الوضع شئ من ذلك وهو الخطاب لكثير من الأسباب والشروط والموانع وليس ذلك عاماً فيها<sup>(1)</sup> ، لذلك نوجب الضمان على المجانين والغافلين وبسبب الإلتلاف لكونه من باب الوضع الذي معناه أن الله تبارك وتعالى قال ، إذا وقع هذا في الوجود فأعلموا إني حكمت بكذا ، ومعه ذلك الطلاق بالأضرار والإعسار والتوريت بالإنساق وقد يشترط في السبب العلم كإيجاب الزنا للحد ، والقتل للقصاص وسميت الأحكام الخمسة خطاب تكليف لما فيه من الكلفة والمشقة وذلك إنما يتحقق في الواجب لكلفة في تركه ، أو بمحرم لكلفة في فعله وما عداها لا كلفة في فعله ولا تركه ، لأن الكلفة هي توقع العقوبة الربانية وهي لا توجد في غيرها . فمثلاً نقول الصبي غير مكلف

(1) تنقيح العقول في إختصار المحصول في الأصول ، ص 100 .

فالتكليف يشترط فيه العلم والقدرة كشرط تختص بكل عبادة أما خطاب الوضع المتعلق بالقاعدة القانونية لأنه شئ وضعه الله تعالى في شرائعه لا أنه أمر به عباده ولا أناطه بأفعالهم من حيث هو خطاب وضع ، فلا يشترط العلم ولا القدرة في أكثر خطاب الوضع نحو التوريت بالأسباب ، فإن الإنسان إذا مات له قريب دخلت التركة في ملكه وأن لم يعلم ولا ذلك بقدرته ، وكذلك يطلق بالإسار ، وإن كان الزوج مجنوناً غير عالم وعاجزاً عن النفقة ، وكذلك يجب الضمان بالإتلاف ، وإن لم يعلم المتلف وهو كثير في الشريعة وبعض الأسباب يشترط فيه العلم والقدرة وهو كل ما كان فيه جنابة كالزنا وشرب الخمر ونحوه مما هو سبب للعقوبة ، فإن قواعد الشرع تتقاضى أنه لا يعاقب من لم يقصد المفسدة ولم يشعر بها إذا وقعت بغير كسبه ، ولذلك إشتراط في كل سبب هو جنابة العلم والقدرة (1). الجدير بالملاحظة أن الواقعة القانونية قد رتب الشريعة الإسلامية لها أحكام جابره كما يسمونه الفقهاء مثل الغرامة في حالة الإتلاف ، أما الجنابة فلها عقوبة زاجرة تختلف عن الواقعة القانونية .

ويستثنى من أسباب العقوبات نوع آخر ليس منها وهو أسباب إنتقال الأملاك في المنافع والأعيان والإيضاح فإنه يشترط في هذه الأسباب العلم والرضا لقوله عليه الصلاة والسلام ( لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه ) فكان في إنتقال الأملاك في المنافع والأعيان والإيضاح فيشترط العلم ، لأنه شرط في الرضا (2) ، فلذلك وليس عدم الإشتراط عاماً في خطاب الوضع ، بل هذا هو شأنه حتى يعرض له أمر خارج يوجب له إشتراط ذلك .

وبقى من خطاب الوضع التغير الشرعية وهي إعطاء الموجود حكم المعدوم ، وإعطاء المعدوم حكم الموجود كتقدير الإلتزام في الذمم والأعيان في السلم في ذمة المسلم إليه ، والذمة نفسها هي جملة المقدرات ، فإنها معنى شرعى مقدر في المحل قابل للإلتزام .

إن القول السابق للإمام العلامة شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي قد وضع النقاط على الحروف ، وقد أعطانا صورة شاملة عن إجمالى القاعدة القانونية التي حددها الباحث في الباب السابق وأعمال القاعدة الدينية كل على حسب إختصاصاته ، ولهذا التقرير فإن تحليل الأحكام متربط إرتباط وثيق بالقاعدة القانونية أو الشرعية ، كما أكد ذلك الإمام الشاطبي في موافقاته حيث ذكر أن الأصل في العادات الإلتفاف الى المعانى كما يلي :

أ. الاستقراء ، فإننا وجدنا الشارع قاصداً لمصالح العباد والأحكام العادية تدور معه حيثما دار فترى الشرع الواحد يمنع في حال لا تكون فيه مصلحة ، فإذا كان فيه مصلحة جاز

(1) المرجع السابق ، ص 101 .

(2) المرجع السابق ، ص 101 .

، كالدرهم بالدرهم الى أجل يمتنع في المبايعة ، ويجوز في القرض ، وبيع الرطب ،  
اليابس ، يمتنع حيث يكون مجرد غرر وربما من غير مصلحة ، ويجوز إذا كان فهمناه  
في العادات .

قال تعالى (وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ) (1) وقال (وَكَا  
تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) (2) وقال صلى الله عليه وسلم ( لا ضرر ولا

ضرار ) وقال ( القاتل لا يرث ) والى غير ذلك ، وجميعه يشير بل يصرح باعتبار  
المصالح للعباد ، وأن الاذن دائر أينما دارت ، حسبما بنيته مسالك العلة ، فدل ذلك  
على أن العادات مما إعتد الشارع فيها للإلتفات الى المعانى .

ب. إن الشارع توسع فى بيان العلل والحكم فى تشريع باب العادات ( المعاملات ) ، وأكثر  
ما علل فيها بالمناسب الذى إذا عرض على العقول تقبلته بالقبول ، وقد توسع الإمام  
مالك فى هذا القسم حتى قال بالمصلحة المرسله والاستحسان .

ج. الإلتفات الى المعانى قد كان معلوماً فى الفترات ، وقد إعتد عليه العقلاء ، حتى جرت  
بذلك مصالحهم ، وأعلموا وأعلموا كلياتها على الجملة فاطردت لهم ، سواء فى ذلك أهل  
الفلسفة أو الحكم وغيرهم ، إلا أنهم قصرُوا من التفاصيل ، فجاءت الشريعة لتتم مكارم  
الأخلاق ، فدل على أن المشروعات فى هذا الباب جاءت متممة بحريات التفاصيل فى  
العادات على أصولها المعهودات (3).

عن طريق تعليل النصوص التى تستنبط منها القواعد القانونية أوضح التشريع القرآنى  
أن هذه القاعدة المستنبطة مرتبطة بالمصلحة العامة للناس وأنه الغرض الوحيد منها  
ومن التشريع عموماً هو خير الإنسانية سواء عن طريق مصلحة عامة معينة أو منع  
شر . قال تعالى (وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ) (4) حتى أنهم إستخلصوا  
مبدءاً عاماً يعلن حيث توجد المصلحة والخير فذلك شرع الله ونتيجة لهذا المبدء إستنبطوا  
مبدأين آخرين (5)

(1) سورة البقرة ، الآية 179 .

(2) سورة البقرة ، الآية 188.

(3) د. محمد الاسكندراني عدنان درويش ، الموافقات فى أصول الشريعة ، الإمام الشاطبى ، دار الكتاب العربى ، سنة  
2008م .

(4) سورة آل عمران ، الآية رقم 115 .

(5) د. عفيفي عجلان ، النظرية العامة للفقہ الاسلامي ، ص 397 .

1. إنه يجب إبطال القاعدة القانونية إذا ظهر أن سبب وجودها أى المصلحة العامة التي وجدت لتحقيقها تغيرت ، أو إذا وضح أن تحقيقها غير ممكن بواسطة هذه القاعدة ( إبطال سهم المؤلفه قلوبهم ) .

2. إذا كان هنالك عمل هو فى أصله مباح لأن له فائدة ولكن أصبح هذا العمل مؤدياً الى ضرر ، فهذا العمل يصبح غير شرعى غير مباح حتى نتفادى الضرر . ومبدأ سد الذرائع بإعتباره مصدراً للقاعدة القانونية ليس إلا لتطبيقها لهذه القاعدة ولقد حققه الإمام الشاطبى فى مسالتين :

1. إنه ليس كل مباح يطلب تركه إذا أدى الى مفسدة .

2. ليس كل مباح ينقلب طاعة .

فقد وصل الفقهاء المسلمون الى أن المصالح الاجتماعية هى أساس الأحكام الشرعية ، وفى هذا يقول ابن القيم ( حيثما كانت المصلحة فثم شرع الله ، وعبر الفقهاء على تقديم القواعد للمصلحة العامة على الخاصة فى عدد من القواعد التى تفيد هذا المعنى<sup>(1)</sup> .

وهذا ما صار إليه الأمر فى القانون الإنجليزى لهذه القاعدة , Regard for Public welfare is the highest law .

معنى هذه القاعدة أن القانون يقدم المصلحة العامة على ما سواها من المصالح .

تفرع عن قاعدة رعاية المصالح قاعدة الضرورات تبيح المحظورات وقد جاء التعبير عن هذا المفهوم فى القانون الإنجليزى بقاعدة مشابهة ولفظها Necessity gives a privilege as to private rights . ويقترب معناها من الضرورات تبيح ما هو من قبيل الحقوق الخاصة .

وأيضاً من تطبيقات هذه القاعدة فى الفقه والقانون شرع مبدأ الدفاع عن النفس أو العرض أو المال المعروف فى الفقه الإسلامى بدفع الصائل .

ثانياً : تكاليف الشريعة ترجع الى حفظ مقاصدها فى الخلق :

يقرر الشاطبى أن تكاليف الشريعة ترجع الى حفظ مقاصدها فى الخلق وهذه المقاصد لا تعدو ثلاثة أقسام<sup>(2)</sup>:

(1) د. محمد عبد الهادى ، أحكام التشريع الإسلامى ، ص 287 .

(2) د. عفيفي عجلان ، النظرية العامة للعقد ، ص 399

1. **ضرورية** : فمعناها لا بد منها فى قيام مصالح الدين والدنيا بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على إستقامة ، بل على فساد وتهاجر وفوت حياة وفى الأخرى فوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين وتحفظ بأمرين.

أ. ما تقيم أركانها ويثبت قواعدها وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب الوجود ، وذلك بفعل ما به قيامها وثباتها .

ب. ما يدرأ عنها الاختلال الواقع أو المتوقع فيها ، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب العدم وذلك بترك ما به تنعدم كالجنايات .

ومن أمثلتها أصول العبادات راجعة الى حفظ الدين من جانب الوجود كالإيمان والنطق بالشهادتين والصلاة والزكاة والصيام والحج ما شابه ذلك .

أما العادات راجعة الى حفظ النفس والعقل من جانب الوجود كتبادل المأكولات والمشتروبات وغيرها .

أما المعاملات راجعة الى حفظ النسل والمال من جانب الوجود والى حفظ النفس والعقل ايضاً لكن بواسطة العادات والجنايات ترجع الى حفظ الجميع من العدم.

ويجمع ذلك الكل الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر .

ومثال المعاملات فى المقاصد الضرورية ما كان راجعاً الى مصلحة الإنسان مع غيره كانتقال الأملاك بعوض أو بغير عوض بالعقد على الرقاب أو المنافع أو الإيضاع .

والجنايات ما كان عائداً ما تقدم بالابطال فشرع فيها ما يدرأ ذلك الابطال كالقصاص والديات للنفس والحد للقتل والرجم والجلد للنسل ، والقطع وتضمين قيم الأموال للمال وما أشبه ذلك .

ج. وجموع الضروريات خمسة وهى حفظ الدين ، والنفس ، والعقل والنسل والمال .

## 2. **الحاجيات** :

معناها أنها مفترق إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدى فى الغالب الى الخروج والمشقة ، اللاحقة بفوت المطلوب فإذا لم تراعى دخل على المكلفين على الجملة ، الحرج والمشقة ، ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادى المتوقع فى المصالح العامة وهذه الحاجيات جارية فى العبادات والعادات والمعاملات والجنايات .

### 3. أما التحسينات :

فمعناها الأخذ بما يليق من محاسن العادات وتجنب الأحوال المندسات التي تأنفها العقول الراجحات ويجمع ذلك قسم مكارم الأخلاق .

وهي جارية في العبادات والعادات والمعاملات والجنایات ، ويقرر أيضاً أن المقاصد الضرورية في الشريعة أصل للحاجية والتحسينية ، فلو فرض إختلال الضرورى بإطلاق لإختل الحاجى والتحسين بإختلاله ، ولكن لا يلزم من إحتلال الحاجى والتحسينى إختلال الضرورى بإطلاق .

ويقرر أخيراً أن ليس فى الدنيا محض مصلحة ولا مفسدة والمقصود للشارع ما غلب منهما .

يتضح من هذه التقريرات أن المصلحة ما قررها الشارع وهى أساس القاعدة الشرعية ونلاحظ أن المقصد الشرعى أما دينى أو معاملاتى ( قضائى) .

ويحدد الإمام الغزالى المقصود بالمصلحة فى مقصود الشئ فيقول ( أما المصلحة) فهى عبارة فى الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة ولسنا نعى به ذلك فإن جلب المنفعة ودفع المنفعة مقاصد الخلق وصلاح الخلق فى تحصيل مقاصدهم .

لكننا نعى بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع ومقصود الشرع من الخلق خمسة وهو أن يحفظ عليهم دينهم وأنفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم ، فكل ما يضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة وكل ما يفوت هذه الأصول الخمسة فهو مفسدة ودفعها مصلحة (1).

ويقول الإمام الغزالى إذا أطلقنا المعنى المخيل والمناسب فى كتاب القياس أردنا به هذا الجنس ، أى يعنى المصلحة فى القياس كما سنرى أنه مصدر فى غاية الأهمية لستتباط الأحكام من أدلتها الشرعية .

المصلحة تقابلها المفسدة مأخوذة من الصلاح ، وهو كون الشئ على هيئة بحسب ما يراد ذلك الشئ له ، كالتعلم يكون على هيئة الصالحة للكتابة .

وقد ثبت بالاستقراء والتتبع أن الشرائع لايراد بها إلا تحقيق مصالح العباد فقال تعالى ( وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين ) وأساس الرحمة جلب المنفعة ودفع المضرة .

(1) د. محمد عبد الهادى ، أحكام التشريع الإسلامى ، ص 289

والمصلحة عرفها نجم الدين الطوفى الحنبلى بقوله ( هي السبب المؤدى الى مقصود الشرع عبادة أو عادة . العبادة هي ما يقصده الشارع لحقه ، والعادة ما يقصده الشارع لنفع العباد و انتظام معاشهم وأحوالهم (1) .

وعرفت المصلحة بأنها الوصف المناسب الملائم لتشريع الحكم الذى يترتب على ربط الحكم به جلب نفع أو دفع ضرر .

كما يعبر عنها بالمصالح المرسله يعبر عنه بالمناسب المرسل .

كما يعبر عنه بالاستدلال ، والاستصلاح ، وسماها بعض العلماء بالاستدلال المرسل والمرسله أى المطلقة ومطلقة أى لم تقيد بدليل إعتبار أو دليل إلغاء .

لأن المصالح بالاضافة الى شهادة الشارع لها ثلاثة أقسام :

أ. قسم شهد الشارع لاعتبارها والاعتداد بها .

ب. قسم شهد الشارع لابطالها

ج. قسم لم يشهد الشارع بإعتبارها ولا بابطالها .

وذلك على التفصيل الآتى :

أ. المصالح التى شهد الشارع لاعتبارها والاعتداد بها أما ضرورية أو حاجية أو تحسينيه . وقد سبق التحدث عنها .

ب. المصالح التى لم يشهد الشارع لاعتبارها .:

هى المصالح الملغاة أى التى يجب عدم النظر إليها وعدم الإعتداد أو بها . وذلك مثل مصلحة البنات فى مساوتها مع الذكر فى الميراث . فمثل هذه المصلحة ملغاة من قبل بإعطاء الذكر ضعف الأنثى وذلك للأعباء الملقاة على عاتقه دون الأنثى .

ومن المصالح الملغاة مصلحة المرأة فى تعدد الأزواج مثلها يتمتع الرجل بحق تعدد الزوجات ، مثل هذه المصلحة ملغاة من قبل الشارع الحكيم منعاً لإختلاط الأنساب وفيها معنى الإختصاص كما ذكره العلماء .

ومن أمثلة المصالح الملقاة أيضاً مصلحة الدائن فى الحصول على فائدة ربوية مقابل أقراضه المدين . مثل هذه المصلحة ملقاة من قبل الشارع الحكيم لما فيها من اضرار بالمدين وهو الطرف الضعيف فى هذه العلاقة ، فضلاً عما يؤدى

(1) د.أبو السعود عبد العزيز ، أصول الأحكام الإسلامية ، ص253.

إليه من منع التراحم والتعاطف بين الناس وإعدام المرءة فيما بينهم حيث لا يمد أحدهم يد العون لغيره إلا بمقابل .

ج. أما المصالح التي يشهد الشارع لاعتبارها ولا لإلغائها .

فهي المصالح المرسلة ، أى المطلقة عن قيد الاعتبار وقيد الإلغاء وهذه ستبحث لاحقاً فى كونها مصادر الأحكام الشرعية (1).

نخلص أن محور التشريعات ، وهو مبنى الأحكام قائم فى حقيقته على جلب المصالح للخلق ، ودفع المفساد عنهم فى الدنيا والآخرة ، وهذا مقصد عظيم من مقاصد الشارع (2) ( فكل تكاليف الشريعة ترجع الى حفظ مقاصدها فى الحلف ، وهذه المقاصد لاتعدو الثلاثة الأقسام المذكورة سابقاً أما ضرورية أو جاجية أو تحسينية وهذه هى أصول المقاصد .

ثالثاً : الأصل فى الأشياء الإباحة :

الإباحة هى التخيير بين الفعل والترك على السواء التخيير ، أى تخيير الشارع الحكيم للمكلف بين الفعل والترك ويخرج الإيمان والندب والتحريم والكراهة ، إذ لاتخيير فى شئ منها .

متعلق الإباحة باعتبار فعل المكلف هو المباح .

المباح هو الفعل الذى خيّر الشارع فيه المكلف بين فعله وتركه .

ثبت إباحة الافعال ، أما بنص تشريعى على إباحتها ، وأما بالبراءة الأصلية (3).

فإباحة الافعال بالنص الشرعى قد تكون بنفى الحرج مثل قوله تعالى (لَيْسَ عَلَيْكَ أَعْمَىٰ حَرْجٌ وَلَا

عَلَىٰ الْأَعْرَجِ حَرْجٌ وَلَا عَلَىٰ الْمَرِيضِ حَرْجٌ وَلَا عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ

آبَائِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أُمَّهَاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ إِخْوَانِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخَوَاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَعْمَامِكُمْ أَوْ

بُيُوتِ عَمَّاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ إِخْوَانِكُمْ أَوْ بُيُوتِ خَالَاتِكُمْ) (4) .

وقد تكون بنفى الجناح مثل قوله تعالى (ليس عليكم جناح أن تأكلوا جميعاً أو شتاتاً ) أو قوله

تعالى (وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ) (5).

(1) المرجع السابق ، ص 257 .

(2) د/أحسن لحسانة ، الفقه المقاصدى عند الامام الشاطبى وأثره على أصول الشرع الإسلامى ، ص 16 .

(3) المرجع السابق ، ص 8 .

(4) سورة النور ، الآية 61 .

(5) سورة البقرة ، الآية 135 .

وقد تكون منفي الإثم كما في قوله سبحانه وتعالى ( إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَكُلَّمَا  
 الْخَنِزِيرِ وَمَا أَهْلَ بِهِ لَعْنٌ مِنَ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ  
 رَحِيمٌ ) (1)

وقد تكون إباحة الأفعال بالنص الشرعي واردة لفظ الحل كما في قوله تعالى ( أُحِلَّتْ لَكُمْ  
 بِهَيْمَةَ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ )  
 (2)

كما قد تكون الإباحة للأفعال بالأمر مع وجود قرينة تدل على أن الأمر للإباحة وليس للوجوب  
 ، وذلك كما في محكم التنزيل قوله تعالى (وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا ) (3) فالأمر بالصيد هنا  
 للإباحة وليس للوجوب أو لزوال السبب كما قد تكون إباحة الأفعال من قبل الشارع الحكيم  
 بالإستتكار على من حرّمها وذلك كما قوله عز من قائل (قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ  
 لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّمْقِ ) (4) .

أما إباحة الأفعال بالبراءة الأصلية ، فذلك لأن القاعدة العامة المعروفة لكل الناس أن الأصل  
 في الأشياء الإباحة ، فما لم يرد في الشرع بخصوص فعل من الأفعال نص يفيد الوجوب أو  
 الندب أو الحرمة أو الكراهة ، فهو مباح (5) .

أن المباح إنما يوصف بكونه مباحاً إذا اعتبر فيه حظ المكلف فقط . فإن خرج عن ذلك القصد  
 كان له حكم آخر . والدليل على ذلك إن المباح هو ما خير فيه من جهة الشرع إقدام أو أحجام  
 . فهو اذن من هذا الوجه لا يترتب عليه أمر ضروري في الفعل أو الترك ، ولا حاجي ، ولا  
 تكميلي ، من حيث هو جزئي . فهو راجع الي نيل حظ عاجل خاصة . وكذلك المباح الذي  
 يقال (لا حرج فيه ) (6) أولى أن يكون راجعاً الي الحظ.

(1) سورة البقرة ، الآية 173 .

(2) سورة المائدة ، الآية 1 .

(3) سورة المائدة ، الآية 1 .

(4) سورة الأعراف ، الآية 32 .

(5) أصول الاحكام الإسلامية ص 343 .

(6) المرجع السابق ص 324 .

وأيضاً فالأمر والنهي راجعان الى حفظ ما هو ضرورى أو حاجى ، أو تكميلى ، وكل واحد منهما قد فهم من الشارع قصده إليه . فما خرج عن ذلك فهو مجرد نيل حظ ، وقضاء وطر(1)

نلخص الى أن النصوص القرآنية قد بنيت أن الأصل فى الأشياء الإباحة لكل الناس وأن التحريم ليس إلا إستثناء من هذا الأصل .  
وتطبيقاً لهذا فإن النصوص القرآنية عمدت الى ذكر المحرمان وحصرها وتعدادها بخلاف المباحات فإنها لم نحصرها (2)

#### رابعاً : التشريع فى خدمة الإنسان .

يتضمن الأمر القرآنى قوله تعالى (وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَمَرَسُولَهُ إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ) (3) أعظم تغيير أدخله الإسلام فى البناء الإجتماعى للجزيرة العربية وهو إقامة سلطة سياسية جديدة تملك حق التشريع عادة ما تأتى الصياغة التشريعية بمعناها الفنى فى تطور أى مجتمع بعد تحديد هذا المجتمع ، وقبوله للقيم التى أرتضى الأحتكام إليها . فالصياغة التشريعية ليست أكثر من صوغ هذه القيم المرتضاه فى قواعد محددة من الحقوق والواجبات ، تنظيم الجزاء فى أحوال الخروج عن هذه القيم . ومن ثم فإنه من الطبيعى تماماً أن تسبق الجهود الدينية لنبي الإسلام محمد صلى الله عليه وسلم من حيث إرساءها لقيم السلوك الأساسية للمسلمين دوره فى السياسة والتشريع بالنظر الى عنصرى الزمن والأهمية وبناء على ذلك فإن ما يطلق عليه التشريع القرآنى إنما يتألف من تلك الأوامر العامة المجملة التى أوردها القرآن لتحديد سلوك المجتمع المسلم وأهدافه ، ولا يعدو أن يكون تعبيراً عن أصول الأخلاق الدينية الإسلامية (4).

رغم أن هذه المقدمة قد تناولت الحقائق التاريخية للتشريع الإسلامى والدينى التى أوردها المستشرق كولسون إلا أنه بعد أن أكد أن معظم المفاهيم الأساسية والحيوية التى يقوم عليها أى مجتمع متحضر يعبر عنها القرآن فيما يشبه أن يكون إلزاماً خلقياً . وقد ذكر منها الرحمة بالضعاف فى المجتمع ونفى الغبن فى المعاملات التجارية وعدم الميل والحيف فى تحقيق العدالة ، يعود المؤلف مناقضاً نفسه أن هذه المفاهيم وردت معايير سلوك دون أن تترجم فى بناء قانونى للحقوق والواجبات .

(1) الموافقات الشاطبى تحقيق محمد الإسكندرانى ، ص 84 .

(2) د. عفيفى عجلان ، النظرية العامة للفقهاء الإسلامى ، ص 402 .

(3) سورة الأنفال ، الآية 1

(4) فى تاريخ التشريع الإسلامى ن.ح كولسون ترجمة ص 29 .

يرى الباحث أن هذا المستشرق قد جانب الحق ، فإننا لمسنا أن هنالك نظام قانونى فى الإسلام يستند فى الحقيقة على القواعد الدينية والأخلاقية ، ومع ذلك يتميز هذا النظام القانونى بإستقلاليته الذاتية ، بل له ثوابت وفى نفس الوقت لديه ديناميكية تلبى تطوره المستمر عبر أدواته الفنية وما التشريع إلا إحدى هذه الأدوات وفق ضوابط محددة لإيجاد الحلول القانونية لمستجدات الأمور .

إن مهمة التشريع فى المجتمع الإسلامى هو المظهر البارز لتطوير المجتمع لأنه تلبية مستمرة لهذا التطور كان دائماً محكوم بأصل ثابت ومع أن الفقه الإسلامى كان تلبية مستمرة لبروز الحاجات فى المجتمع وتجدد الإرتباطات ، إلا أن نمو الفقه لم يكن طليقاً ، لأنه كان دائماً مشدوداً الى ذلك الأصل الثابت ، محافظاً على المبادئ الأساسية الأولية التى أراد الله لها الدوام فى المجتمع الإسلامى (1) .

إن الشريعة الإسلامية الثابتة تركز الى عدة خصائص هى التى كفلت لها إنشاء مجتمع قابل للنمو والتجدد ولأن يكون دائماً قادراً على تحقيق مطالب البشرية المتجددة كما أشرنا على خصائص المنهج التشريعى بالباب الأول بهذه الدراسة .

يكون التشريع الإسلامى دائماً فى خدمة الإنسان .

فلا يكلفه مما لا قدرة له عليه ، ولا بما لا فيه مشقه أو حرج . كذلك إقتضت النصوص القرآنية أن يكون الغرض من كل قاعدة شرعية هو تسهيل تعامل الناس بعضهم مع بعض ، وتجنب مضايقاتهم فى حياتهم فدور القانون إذن هو أن يساعد الناس على إيجاد حلول سهلة وعادلة لمشاكلهم وليس تعقيد حياتهم الإجتماعية (يُرِيدُ اللَّهُ لِيُذْهِبَ عَنْكُمُ الرِّيسَ وَيُرِيدُ اللَّهُ لِيُذْهِبَ عَنْكُمُ الرِّيسَ

(2) (لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا) (3)

(وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ) (4)

ومن هنا كان المبدأ الاصولي أن القوانين لا يجب أن تكون وطأها ثقيلاً على الناس . (مرتبنا وكأ

تُحْمَلْنَا مَا لَنَا طَاقَةٌ لَنَا بِهِ) (1).

(1) فكر الإمام سيد قطب ، مقاصد الشريعة الإسلامية ، ص 483 .

(2) سورة البقرة ، الآية 185 .

(3) سورة البقرة ، الآية 286 .

(4) سورة الحج الآية 178 .

وهناك المبدأ الفقهي أن الضرورات تبيح المحظورات . يقرر الإمام الشاطبي في موافقاته أنه ثبت في الأصول ان شرط التكليف القدرة على المكلف به , وذلك كما يلي :

1. فما لا قدرة للمكلف عليه لا يصلح التكليف به شرعاً وإن جاز عقلاً خلافاً للحنفية المعتزلة القائلين بالمنع عقلاً .

2. إن الشارع لم يقصلي التكليف بالشاق والاعنات فيه ، حتى وإن كان ذلك مقدوراً عليه إلا أنه خارج عن المعتاد والدليل على ذلك : .

(أ) الدليل الأول :. النصوص الشرعية منها قوله تعالى

(وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَغْلَالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ) (2)

(مَرَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِن سَبِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا مَرَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِنَا) (3)

(لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا) (4) ( يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفاً ) . ولو كان قاصداً للمشقة لما كان مريداً لليسر ولا لتحقيق ولكان مريداً لخرج والعسر ، وذلك باطل .

(ب) الدليل الثاني : مشروعيته الرخص وهو أمر مقطوع به ومما علم من الدين بالضرورة كرخص قصر الصلاة والسفر والفطر والجمع وتناول المحرمات عند الأضرار .

فإن هذا نمط التشريع يدل قطعاً على مطلق رفع الحرج والمشقة .

(ج) الدليل الثالث : الإجماع على عدم افعنات في التكليف وهو يدل على عدم قصد الشارع إليه ولو كان الشارع قاصداً للمشقة في التكليف لما كان ثمة ترخيص ولا تخفيف . وهو يدل على عدم قصر الشارع إليه ، ولو كان وقعاً لحصل في التشريع التناقض لأنه ثبت أن الشريعة الإسلامية موضوعة على قصد الرفق والتيسير فيكون الجمع بين قصر الإعنات والمشقة وقصد الرفق والتيسير تناقضاً .

(1) سورة البقرة ، الآية 286 .

(2) سورة الأعراف ، الآية 157 .

(3) سورة البقرة ، الآية 286 .

(4) سورة البقرة ، الآية 286 .

3. إن الشارع قد يقصد الى التكليف بما فيه كلفة لا يعد مشقة عادة ومعيار الفرق بين الكلفة والمشقة هو أنه إن كان العمل يؤدي الدوام عليه الى الانقطاع عنه أو عن بعضه والى وقوع خلل فى صاحبه فى نفسه أو ماله أو حال من احواله فالمشقة هنا خارجة عن المعتاد تدخل فى القسم الثانى وأن لم يكن فيها شئ من ذلك فى الغالب ، فلا يعد فى العادة مشقة وأن سميت كلفة . لأن أحوال الإنسان كلها كلفة فى هذه الدار فى أكله وشربه وسائر تصرفاته ، ولكن جعل له قدرة عليها بحيث تكون تلك التصرفات تحت قهره لا أن يكون هو تحت قهر تصرفاته فمقصود الشارع المصالح العائدة على المكلف فى هذا التكليف وهو خير للمكلف عاجلاً أو آجلاً<sup>(1)</sup>.

كما أن عدم المشقة عام فى الأمور والمنهيات وما قد يكون فى الشرع سبباً لأمر شاق على المكلف فإن الشارع لا يقصد من ذلك إدخال المشقة عليه ، وإنما قصد الشارع جلب مصلحة أو درء مفسدة .

كاقصاص والعقوبات الناشئة عن الأعمال الممنوعة فإنها زجراً للفاعل وكف له عن مواجهة مثل ذلك الفعل وعظة لغيره أن يقع فيها .

ويرد الفقهاء أن الجزاء مؤلماً وشاقاً كقطع اليد المتأكلة بواسطة الطبيب أو شرب الدواء المر وهو شاق ولا يقال للطبيب أنه قاصداً إيلا مريض بتلك الأفعال ، فكذلك فإن الله سبحانه وتعالى هو الشارع وهو الطبيب الأعظم ( الله يعلم وأنتم لا تعلمون ) .

4. من المقرر أنه لاجرح فى الشرع عقلاً كما يقرر المعتزلة وشرعاً كما يقرر جمهور العلماء .

لذلك لاجرح فى الدين فلم يجب شئ من الأحكام الشرعية على الصبى العاقل لقصور البدن أو لقصوره وقصور العقل ولا تجب الأحكام على المعتوه لقصور العقل . ولا تجب الأحكام على المعتوه البالغ لقصور عقله .

ونفى الحرج و الاثم فى خطأ المجتهد .

يقرر الشاطبى رفع الحرج من المكلف لوجهين<sup>(2)</sup> .:

أ . خوف الملل وكراهة التكليف لما يؤدي الى إدخال الفساد فى جسمه أو عقله أو ماله أو حاله .

(1) د. محمد عبد الهادى ، أحكام التشريع الإسلامى ، ص 290

(2) د. عفيفي عجلان ، النظرية العامة للفقهاء الإسلامى ، ص 408.

ويقول الشاطبي إن الله وضع هذه الشريعة المباركة حنيفة سمحة سهلة حفظ فيها على الخلق قلوبهم ، حبيها لهم بذلك فلو عملوا على خلاف السماح والسهولة لدخل عليهم فيما كلفوا به ما لا يختص به أعمالهم .

ويستشهد بقوله تعالى (وَاعْلَمُوا أَن فِيكُمْ رَسُولَ اللَّهِ لَوْ يُطِيعُكُمْ فِي كَثِيرٍ مِّنَ الْأَمْرِ لَعَنِتُّمْ) (1)

ب. خوف التقصير عند مزاحمة الوظائف المتعلقة بالعبد المختلفة الأنواع مثل قيامه على أهله وولده الى تكاليف أخرى .

5. التكليف في الشريعة جار على الطريق الوسط الأعدل :

على من يواجه تشريع قاعدة شرعية جديدة أن يراعى أن الشريعة الإسلامية جارية في التكليف بمقتضاها على الطريق الوسط الأعدل ، من غير مشقة على المكلف ولا إنحلال .

فالشريعة في تكليفها تجرى على موازنة تقتضى في جميع المكلفين غاية الاعتدال ، فإن كان التشريع لأجل إنحراف المكلف أو وجود مظنة إنحراف عن الوسط الى أحد الطرفين ، كان التشريع راجعاً الى الوسط الأعدل لكن على وجه يميل فيه الى الجانب الآخر ليحصل الاعتدال فيه فعل الطبيب الرفيق يحمل المريض على ما فيه صلاحه بحسب حالة وعادته وقوة مرضه وضعفه ، حتى إذا إستقلت صحته هياً له طريق في التدبير وسطاً لائقاً به في جميع أحواله (2)

التوسط يعرف بالشرع ، وقد يعرف بالعوائد وما يشهد به معظم العقلاء ، كما في الإسراف والاقتار في النفقات .

سادساً : البحث الدائم عن العدالة .

يقرر الامام سيد قطب الى أن الإسلام يحمل عدالته إبتداءً ، في نصوصه ذاتها وتشريعاته وتوجيهاته (3)

(1) سورة الحجرات ، الآية 7 .

(2) د. عفيفي عجلان ، النظرية العامة للفقه الإسلامى ، ص 409 .

(3) مقاصد الشريعة في فكرة الإمام سيد قطب ، ص 412 .

العدل الذى يتطلبه الإسلام هو العدل المطلق الذى لا يتأثر بالمحبة والشنآن ولا الجاه والمال والحكام وآيات العدل فى القرآن صارمة حازمة حاسمة كقوله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ) (1)

(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاَنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ) (2)

(وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَوَعَدَ اللَّهُ أُولَئِكَ (3)

(وَاسْتَقِيمُوا كَمَا أُمِرْتُمْ وَلَا تَتَّبِعُوا أَهْوَاءَ هُمْ) (4)

(وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ) (5)

وهذا العدل هو سمة الإسلام وعبر كامل تاريخ حكمه .

فالبحت عن العدالة سواء كان معناها العام :

(فإن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها أو كان فى معناها الخاص ، التى تقابل عدالة المقابل أو العوض أو البذل .

وفى هذا الخصوص يقول الإمام ابن تيميه ( عندما يحرم الشرع معاملة من المعاملات فإنه لا يقصد ويهدف إلا غرض واحد هو تحقيق العدل ومنع كل ظلم حتى ولو كان ضئيلاً .

ومن هنا فإن المشرع حرم أكل أموال الناس بالباطل وبالتالي حرم كل إثراء بلاسبب وتطبيقاً لهذا فقد حرمت النصوص القرآنية الربا والميسر ، ومن بين الأنواع المختلفة للربا والميسر حرم الرسول الكريم ﷺ معاملات كثيرة منها :

1. بيع البضائع أو الأشياء الغير موجودة والتى لا يقدر على تسليمها .
2. بيع الحيوانات قبل ولادتها وهى فى بطن أمها .
3. البيع دون تحديد ميعاد التسليم .

(1) سورة النساء ، الآية 135 .

(2) سورة المائدة ، الآية 7 .

(3) سورة الأنعام ، الآية 152 .

(4) سورة الشورى ، الآية 15 .

(5) سورة البقرة ، الآية 188 .

4. بيع المصراة .
5. البيع مع إخفاء العيوب .
6. بيع الملامسة .
7. بيع الحصة .

كل هذه البيوع المحرمة لا يقصد من تحريمها إلا تحقيق البذل بين المتعاملين وعدم إعطاء فرص لظلم أحدها للآخر .

وفي هذا النطاق وفي داخل هذا الكادر قام الفقهاء المسلمون بالبحث والاجتهاد مستعملين ومطبقين العناصر الذاتية للفن القانوني في خلق القاعدة الشرعية التي تعطى حلاً شرعياً للمسائل الفقهية المتجددة وبالتالي تستجيب لحاجات الناس في كل عصر وفي كل مكان (1) . وهذا البحث عن الوجود المتلاحق للقاعدة الشرعية يتمثل في الاجتهاد أو كما يسميه د/ عفيفي عجلان الدينامو أو الموتور في خلق القاعدة الشرعية . وهذا ما يقودنا لبحث النقطة الأخيرة في هذا المبحث ألا وهي الاجتهاد .

---

(1) د. عفيفي عجلان ، النظرية العامة للفقهاء الإسلامى ، ص 411.

## سابعاً : الإجتهد .

1. تعريف الاجتهاد ودليل التكليف به هو بذل كل الجهد الذهنى واستفراغ الوسع الفكرى الى أقصى ما يمكن بقصد إيجاد وتقديم الحلول الشرعية للمسائل والاقضية المتجددة والتي لم تذكر لا فى القرآن ولا فى السنة أو وردت فيها نصوص من القرآن والسنة ولكنها طنية الورود والدلالة أو أحدهما ظنى فقط (1).

ويعرف التفنازنى الاجتهاد كالاتى :

هو فى اللغة الجهد أى المشقة وفى الإصطلاح إستفراغ الفقيه الوسع لتحصيل ظن بحكم شرعى .

وهذا هو المراد بقولهم ، بذل المجهود لنيل المقصود ، أى بذل الفقيه وسعه فى معرفة حكم شرعى قطعى أو فى الظن بحكم غير شرعى .

2. أنواع الإجتهد .:

أ. الإجتهد الجماعى بواسطة العلماء .

ب. الإجتهد الفردى بواسطة القاضى والفقيه.

القاعدة كل مسلم تتحقق فيه شروط الإجتهد عليه أن يبحث عن الحل الشرعى، سواء بالنسبة له ام لغيره , لكل قضية ولكل مسألة ولكل حدث يحدث .

فالإجتهد فرض كفاية وتطبيقاً للنص القرآنى (فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِيَ الْأَبْصَارِ) (2) .

هذا النص . يأمر ذوى الفكر بأن يستخلصوا العبر والدروس مما فرضه الله تعالى من أمثلة ونواميس طبيعية . بالتأمل فى ما خلقه الله وهذا التفكير يؤدى الي أن يتأهل المسلم للإجتهد وبذل الجهد واستفراغ الوسع والطاقة بهدف خلق القاعدة القانونية التي تستجيب لحاجات الناس وأغراضهم فى هذه الحياة الدنيا.

3. أهلية الإجتهد وشروطه تتمثل فى الآتى :-

أ. أن يكون المسلم على علم باللغة العربية وطرق دلالة عباراتها ومفرداتها وفنونها من النحو والصرف وبلاغة وسعة الإطلاع . وعلى علم تام بالقواعد الأصولية اللغوية فى إستفادة المعاني من العبادات والمفردات .

(1) المرجع السابق ، ص 412.

(2) سورة الحشر، الآية (2).

- ب. أن يكون على علم بالقرآن الكريم ومعرفة آيات الاحكام الشرعية , كما قدرها الامام الغزالي خمسمائة آية وطرق إستنباط الأحكام من هذه النصوص الشرعية ومعرفة الناسخ والمنسوخ .
- ج. أن يكون على علم بالسنة وبالأحكام الشرعية التي وردت بها , ومعرفة قواعد مصطلح الحديث من حيث السند والرواية . والصحيح وغير الصحيح والحديث المتواتر وغير المتواتر والمشهور وخبر الآحاد. وحجية الحديث من حيث المتن اي الدلالة أم من حيث السند أي الثبوت .
- د. معرفة وجوه القياس وشروطها وأحكامها وأقسامها ومعرفة العلل التشريعية التي شرع من أجلها الأحكام ومعرفة مسالك العلة .
- هـ. معرفة الاجماع ومواقعه ودليله لئلا يخالفه في إجتهاده .
- و. يضيف الشاطبي شرطاً في غاية الأهمية وهو أنه لا يبلغ درجة الإجتهد إلا من فهم مقاصد الشريعة وتمكن من الإستنباط بناء على فهمه فيها .
- لئى الشريعة مبنية على إعتبار المصالح , وأن المصالح إنما إعتبرت من حيث وضعها الشارع لا من حيث إدراك المكلف لها . فإن وضع الشريعة لا يصح أن يكون تبعاً لما يراه المكلف مصلحة لأنه لا يستتب الأمر مع ذلك بل بحسب ما رسمه الشرع . وهذا هو المقصود بروح الشريعة . ثم يضيف أن الاجتهاد أن يتعلق بالإستنباط بالنصوص فلا بد من إشتراط العلم بالعربية.
- وأن تعلق بالمعاني من المصالح والمفاسد مجردة من إقتضاء النصوص لها او كانت النصوص مسلمة من صاحب الإجتهد فلا يلزم من ذلك العلم بالعربية , وإنما يلزم العلم بمقاصد الشرع من الشريعة جملة وتفصيلاً . وذلك لان المعاني مجردة فالعقلاء مشتركون في فهمها فلا يختص بذلك لسان دون غيره.
- يضيف الباحث أن الملكة القانونية ضرورية في فهم المقاصد المقاصد الشرعية خاصة أن رجال القانون قد إعتنوا كثيراً بمعرفة مقصد المشرع من خلال المذكرات التفسيرية للقانون التي توضح نية وقصد المشرع .

ويقرر أستاذنا دكتور عفيفي أن من فهم مقاصد الشرع من وضع الأحكام وبلغ فيها رتبة العلم بها ، ولو كان فهمه لها عن طريق الترجمة باللسان الأعجمي فلا فرق بينه وبين من فهمها عن طريق اللسان العربي (1) .

أن الاجتهاد القياسي غير محتاج فيه الي مقتضيات الألفاظ إلا فيما يتعلق بالمقيس عليه وهو الأصل ، وقد وُخذ مسلماً ، أو بالعلة المنصوص عليها أو التي أومئ إليها ويؤخذ ذلك مسلماً . وماسواه فراجع الى النظر العقلي كما قرر الإمام الشاطبي أنه (إِذَا بَلَغَ الْإِنْسَانُ مَبْلَغًا فَهَمَّ عَنِ الشَّارِعِ فِيهِ قَصْدُهُ فِي كُلِّ مَسْأَلَةٍ مِنْ مَسَائِلِ الشَّرِيعَةِ وَفِي كُلِّ بَابٍ مِنْ أَبْوَابِهَا ، فَقَدْ حَصَلَ لَهُ وَصْفٌ هُوَ السَّبَبُ فِي تَنْزِيلِهِ مَنْزِلَةَ الْخَلِيفَةِ لِلنَّبِيِّ ﷺ فِي التَّعْلِيمِ وَالْفَتْيَا وَالْحُكْمِ بِمَا أَرَادَهُ اللَّهُ ) (2) .

ز . يقرر التفتازاني إنه لا يشترط علم الكلام لجواز الإستدلال بالأدلة السمعية للجازم بالإسلام تقليداً . كما إنه لا يشترط علم الفقه لأنه نتيجة الاجتهاد وثمرته فلا يتقدمه إلا إن منصب الاجتهاد وفي زمننا انما يحصل بممارسة الفروع فهي طريق إليه وفي هذا الزمان ولم يكن الطريق في زمن الصحابة رضي الله عنهم ذلك .

ح . يقرر الإمام الغزالي في المستصفي أن العدالة شرط لقبول فتوى المجتهد شرط لصحة ولكنها ليست شرطاً لصحة الاجتهاد .

ط . هذه الشروط أعلاه في حق المجتهد المطلق الذي يفتي في جميع الشرع وله القدرة على استنباط الحكم في كل جادته ، والإفتاء في جميع المسائل . ويسمى هذا الإجتهد المطلق ، وهناك إجتهد جزئي وهو القدرة على إستنباط الحكم في بعض المسائل دون بعض كالإستنباط في مسائل البيوع أو الاجارة والرهن دون الإجتهد في العقوبات .

#### 4 . ميدان الإجتهد :-

أ . القاعدة الثابتة أو الاستاتيكية الشرعية لا محال للاجتهد فيها لانها قطيعة الثبوت وقطيعة الدلالة .

(1) د عفيفي عجلان ، النظرية العامة للفقه ص 418

(2) المواعظ ج 4 ص 106 وما بعدها .

لقد رأينا إن القاعدة الشرعية لرتبطت وجوداً وعدمًا بنصوص القرآن والسنة .  
وباعتبارهما مصدرين للقاعدة القانونية (الشرعية) تبين لنا أن النص القرآني  
قطعي الثبوت لأنه نقل إلينا بطريق التواتر الذي يفيد العلم القطعي وهذا لاخلاف  
فيه بين فقهاء الإسلام وأن للسنّة الشرعية مصدرًا للقاعدة الشرعية وأنها تنقسم من  
حيث الثبوت أي من حيث سند ثبوتها الي قسمين متصلّة السند , ومنقطعة ,  
السنة المتصلة السند تنقسم الي ثلاثة أقسام<sup>(1)</sup>.

(1) سنة متواترة وهي قطعية الورد عن الرسول ﷺ وهي توجب علم اليقين  
والإحتجاج بالأحاديث المتواترة في قوة الإحتجاج بالقرآن الكريم من حيث  
الثبوت ، لأنه لاشبهة في إتصاله الرسول ﷺ لا صورة ولا معنى لأنه  
متواتر الأصل أي النقل ، تلقنه الأمة بالقبول .

(2) سنة المشهورة وهي قطعية الورد عن الصحابي أو الصحابة الذين تلقوا  
عن الرسول ﷺ لأن أول من تلقى عنه ليس جمعاً متواتر . وهي تفيد  
حكماً دون اليقين وفوق أصل الظن وأنها تفيد علم طمأنينة .

(3) سنة الأحاد وهي ظنية الورد عن الرسول ، لأن سندها لايفيد القطع .  
وحكمها مختلف فيه

(أ) أنه يوجب العمل دون علم اليقين .

(ب) لا يوجب عملاً ولا علم اليقين .

(ج) يوجبهما جميعاً .

وبالتالي فإن نتيجة هذه الدراسة إن القاعدة الشرعية ( القانونية ) تكون قطعية الثبوت إذا كان  
مصدرها القرآن أو السنة المتواترة وبالتالي فإنها تحقق الشرط الأول شروط القاعدة الثابتة  
الإستاتيكية الشرعية .

أما الشرط الثاني وهو أن تكون دلالة النص الشرعي على القاعدة الشرعية دلالة قطعية . فهذا  
يستلزم دراسة قواعد إستنباط الأحكام من النصوص . وعليه قد رأينا أن أحكام القواعد  
الأستاتيكية قد خرجت من مجال الإجتهد لتصبح قاعدة أزلية أبدية لا تخضع لتغيير في الزمن  
أو المكان . وفي الحالة الثانية أي الظنية تخضع القاعدة الشرعية لقواعد الديناميكية وتصبح  
مجالاً للإجتهد الشرعي ومن يترتب على ذلك من آثار وهذا ما يقودنا الي الفقرة (ب).

(1) د. عفيفي عجلان ، نظرية الفقه ، ص 389 .

(ب) مجال الإجتهد . أما إذا كانت الواقعة التي يراد معرفة حكمها قد ورد فيها نص ظني الورود والدلالة ، أو أحدهما ظني فقط ففيهما مجال للإجتهد ، فعلى المجتهد أن يبحث في الدليل الظني الورود من حيث سنده هل هو متواتر أم مشهور أم خبر آحاد ، هل هو صحيح أو ضعيف .... الخ .

فإذا إطمأن الى ورود النص وبالتالي إعتباره نصاً شرعياً إجتهد في معرفة ما يدل عليه من الأحكام وذلك بتطبيق قواعد الإستنباط الشرعي التي حددها علم أصول الفقه ويقرر الإمام الغزالي هذا الحكم بقوله ( المجتهد فيه كل حكم شرعي ليس فيه دليل فقهي وإحترزنا بالشرعي عن العقليات ومسائل علم الكلام فإن الحق فيها واحد والمصيب واحد والمخطئ آثم وإنما نعنى بالمجتهد فيه ما لا يكون المخطئ فيه آثماً والمثال لذلك ووجوب الصلوات الخمس والزكوات ما اتفقت عليه الأمة من جليات الشرع فيها أدلة قطعية بإثم فيها المخالف فليس ذلك محل الإجتهد ).

والجدير بالذكر أن الباحث من خلال تمييزه للقاعدة الشرعية عن القاعدة الدينية ، فإن الأولى مكان للإجتهد والبحث عن الحكم الشرعي ما لم تكن قاعدة شرعية ثابتة . أما القاعدة الدينية وهذه ليست مجالاً للإجتهد كما قولنا أنها قواعد توفيقية ما يؤدي بنا الى بحث حجية الحكم الاجتهادي .

#### 5. حجية الحكم الاجتهادي .

الحكم الاجتهادي مجرد رأى شرعي وحكم ظني لأنه يستند الى أدلة وأمارات ظنية ، وبالتالي يمكن لأى فقيه آخر أن يخالفه وأن ينازع فيه . وينتج عن ذلك أن هذا الحكم الاجتهادي يلزم أولاً المجتهد نفسه ويلزم من يستفتيه . وإجتهد فقيه لا يمنع فقيهاً آخر من إجتهد لاحق من نفس الحكم . لأن الإجتهد السابق لا يمنع إجتهد لاحق فى نفس المجتهد الأول وفى نفس الواقعة التي سبق فيها الاجتهاد الأول فى عصور متلاحقة وفى أمكنة متعددة .

وهنا يقرر إستاذنا دكتور عفيفى عجلان أمام الجهة الفلسفية بباريس القرارات الآتية: (1)  
أ. من هذا الوضع وبهذه الإمكانيات الواسعة والمتعددة والمتجددة أخذ الفقه الإسلامى مدى غير محدود وتميّز بخصائص معينة .

(1) المرجع السابق ، ص 424 .

ب. أصبح للفقهاء والمشرع الإسلامى إمكانية أن يحدد الوصف القانونى لكل حادثة ولكل عمل فى أى وقت وزمان وفى أى موقع ومكان تحديد لهذا الوصف القانونى وبالتالي خلف القاعدة الشرعية وإلتزام الجماعة الإسلامية على الأخذ بها .

ج. إنطلاقاً من النظرة الفلسفية الشمولية والكونية التى ينتهجها فقهاء الإسلام ، ومن نظرتهم الى أن كل عمل إبن آدم ينظر إليه نظرة دنيوية أى قانونية ونظرة أخروية أى دينية ، وكل النظرتين تترتب عليها آثار خاصة بها . آثار قانونية فى الأولى ودينية فى الثانية يحدد فيها فقهاء الإسلام حكم الاجتهاد .

د. نجدهم من الناحية الدنيوية والقانونية يحددون مدى إلزام الحكم المجتهد فيه المجتهد نفسه ولمن يستفتيه ولغيره من المجتهدين أو المقلدين ، كما راينا من الناحية الأخروية الدينية ويبحثون هل هو مأجور أم لا ؟  
ومن الناحية الفلسفية الكونية يبحثون هل هو مصيب أم مخطئ وهل الحق واحد أم منفرد ؟

ينظر التفتازانى هذه النظرة الشمولية ويربط بها وبين مختلف الآراء ويحقق فى المسألة الإجتهدية على النحو الآتى :

- (1) إما أن لا يكون لله تعالى فيها حكم معين قبل إجتهد المجتهد أو يكون .
  - (2) وحينئذ ( أى حالة ما يكون هنالك حكم معين قبل الاجتهاد) أما أن لا يدل عليه دليل أو يدل .
  - (3) وذلك الدليل أما قطعى أو ظنى .
- فذهب الى كل إحتمال جماعة ، فحصل أربعة مذاهب .

#### (أ) المذهب الأول .

إن لا حكم فى المسألة قبل الإجتهد بل حكم ما أدى إليه رأى المجتهد وإليه ذهب عامة المعتزلة . ثم إختلفوا فذهب بعضهم الى إستواء الحكمين فى الحقيقة وبعضهم الى كون أحدهما أحق .

#### (ب) المذهب الثانى .

إن الحكم معين ولا دليل عليه ، بل العثور عليه بمنزلة العثور على دفين ، فلمن اصاب أجران ولمن أخطأ أجر الكد ، وإليه ذهب طائفة من الفقهاء و المتكلمين .

### (ج) المذهب الثالث .

إن الحكم معين وعليه دليل قطعى والمجتهد مأمور بطلبه وإليه ذهب طائفة من المتكلمين . ثم اختلفوا :  
فى أن المخطئ هل يستحق العقاب أم لا ؟  
وفى حكم القاضى بالخطأ هل ينقض ؟

### (د) المذهب الرابع .

إن الحكم معين وعليه دليل ظنى أن وجده أصاب وإن فقدته أخطأ والمجتهد غير مكلف بإصابته لغموضه وخفائه . فلذا كان المخطئ معذوراً بل مأجوراً ثم اختلف هؤلاء فى المخطئ ، مخطئ ابتداء وإنتهاء معا أو إنتهاء فقط .

وأخيراً يذكر أستاذنا د/عفيى أن هذه هى الصورة الاجتماعية التى توضح كيف أن حكم الاجتهاد الدينى والدينوى مرتبط بالمذاهب الفلسفية المختلفة ، وكيف أن أساس النظرة الدينية والدينوية يختلف فى كل منهما عن الأخرى حتى لو إرتبط كل منهما بالآخر بنظرة فلسفية شمولية واحدة . وهذا المنهج العلمى يتفق مع أحداث ما وصلت إليه فلسفة العلوم .

يرى الباحث أن هذه الفهم العميق للفكر القانونى الإسلامى وهذا التحليل الموضوعى يمثل أساساً متيناً للإجتهد الإسلامى بل خارطة طريق للباحثين والسالكين طريق البحث القانونى فى الشريعة الإسلامية كمصدر لفروع علم القانون الحديث ، بل أن باب الاجتهاد مشرع على مصراعيه للعلماء والباحثين هذا من جانب ، ومن جانب آخر تغلب نظرية التقليد أو المتابعة الكاملة لأحكام مذهب معين يؤدى الى الجمود الأساس للفقهاء والصراع المستعصى فيما يبدو على الحل بين التشريع التقليدى وإحتياجات المجتمع الإسلامى ، والذى بدأ يتطلع الى تنظيم نفسه على أساس من المعايير والقيم الإسلامية ، وعليه فإن النظرة الشمولية والفلسفية التى قامت عليها الشريعة الإسلامية كنظام قانونى تعمل وفق هذه الرؤية المتكاملة وذلك أن المذاهب الإسلامية جميعها تقدم الحلول حسب منهج وفهم كل مذهب فيما يتعلق بالتفسير الفقهى والقانونى ، لدلالة الظنية للحكم الواقعة أو التصرف القانونى وأن ميدان الاجتهاد قد حدد

مجال الاجتهاد ، ولا غرابة أن التواصل بين المذاهب الإسلامية فى توحيد الرؤى فى غاية السهولة فى هذا العصر الحديث وكذلك وجود المجامع الفقهية له الأثر البالغ فى التنسيق لإعمال الإجماع الجماعى والخروج بقرارات تقيّد الأمة الإسلامية للعودة لتراثها الإسلامى وفى نفس الوقت تبادل الأفكار مع الآخرين والاستفادة من خبراتهم وتجاربهم التى لا تتعارض مع قيمنا الإسلامية .

وبهذا تقدم مدرسة البحث العلمى الحديث ، تصوراً للتحقيق الوحده للتطبيق القانونى ، وهو أمر له أهميته بالتوفيق بين إختلافات الرأى مقابل إختلافات الرأى الواسعة التى تضمنتها الكتب الفقهية .

## المبحث الثاني

### الأساس القانوني للقاعدة الشرعية ( القانونية ) ومنهجها التشريعي التطبيقي

#### تمهيد

بحثنا بالمبحث الأول الفن القانوني الذي حدد الإطار العام للوجود المتلاحق للقاعدة الشرعية وذلك عن طريق تحليل النصوص التي نستنبط منها القواعد القانونية، والمرتبطة بالتكليف الشرعي بحفظ مقصود الشارع في الخلق ، ورأينا أن النصوص القرآنية المتعلقة بالإباحة وما التحريم إلا إستثناء من هذا الأصل ، كما وجدنا أن التشريع في خدمة الإنسان وفي حدود قدرته وطاقته ، والغرض من التشريع البحث الدائم عن العدالة ، وأخيراً عرفنا إن الإجتهد بشروطه وأهليته وميدانه وحجبيته ما هو إلا عملية بحث عن الوجود المتلاحق للقاعدة الشرعية. وعليه فإن المشرع وهو في سبيل إنشاء هذه القاعدة الشرعية عليه أن يعمل داخل هذا الإطار الفني وهو خاضع لحركة الحياة أن يحقق الأهداف التي رسمتها السياسة التشريعية الإسلامية ، وبغرض الإستجابة لحاجات المجتمع ، وذلك بإعطاء الوصف القانوني لكل حادثة ولكل عمل يراد أن يحقق في المجتمع الإسلامي .

ويجب ملاحظة أن البحث عن مصادر القاعدة الشرعية المتجددة هي تمثل في حقيقتها العناصر الذاتية التي يلجأ إليها الإجتهد الإسلامي في حركته التشريعية . فهي عناصر ذاتية لديناميكية الشريعة الإسلامية لأنها تحدد طريق خلق القاعدة الشرعية وبترتيب معين لا يستطيع المجتهد تجاوزه . وهذا التحديد للعناصر الذاتية محصور، أولاً في البحث في نصوص القرآن الكريم ، والسنة المطهرة ، ثم الإجماع والقياس وهي مصادر اساسية متفق عليها من جمهور المسلمين وهناك مصادر تبعية كالإستحسان والمصلحة المرسلة والاستصحاب والعرف ومذهب الصاحبى وشرع من قبلنا .

والأساس القانوني للقاعدة الشرعية يتمثل في المصادر أو الأدلة أعلاه ودليل الإستدلال بالأدلة الأربعة ، المتفق عليها من جمهور الفقهاء قوله تعالى ( يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا

الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا (1)

فالأمر بإطاعة الله وإطاعة الرسول ﷺ أمر بإتباع القرآن والسنة والأمر بإطاعة أولي الأمر من المسلمين، وأمر لأتباع ما إتفقت عليه كلمة المجتهدين فى الأحكام الشرعية والأنهم أولو الأمر التشريعى من المسلمين وهذا هو الإجماع ، والأمر برد الوقائع المتنازع فيها الى الله ورسوله أمر بإتباع القياس ، حيث لا نص ولا إجماع لأن القياس فيه رد المتنازع فيه الى الله والى الرسول لأنه الحاق واقعة ، لم يرد نص بحكمها ، بواقعة ورد النص بحكمها فى الحكم ورد به النص تساوى الواقعتين فى علة الحكم . فالآية السابقة تدل على إتباع هذه الأدلة أو الأصول الأربعة .

وعليه يتناول الباحث هذا المبحث فى مسألتين الأولى التعريف بالأدلة الأربعة والثانية التطبيق العملى لهذه الأدلة الأصلية والتابعة لها على المدارس الفقهية كنموذج عملي لأعمال الفكر القانوني الإسلامي . وأعنى بذلك مدرسة أهل الرأى ومدرسة المدينة بالاضافة صاحب النظرية الأصولية وهناك ملاحظة أساسية لابد من الإشارة إليها وهى إن أعمال القاعدة الدينية تبدو واضحة التفرقة عن القاعدة القانونية عند هذه المدارس وعليه نبدأ بالآتى :

أولاً : مصادر النصوص الشرعية للقواعد القانونية .

ثانياً : التطبيق العملى للمدارس الفقهية للنصوص الشرعية .

أولاً : مصادر النصوص الشرعية للقواعد القانونية

لاحظنا أن الأنظمة القانونية بالمعنى الضيق التى كونت مضمون الشريعة الإسلامية كنظام قانونى إرتبطت بالنصوص الشرعية تقصد نصوص القرآن والسنة ، ونحن نبحت هذين المصدرين بإعتبارهم مصدرين للأحكام الشرعية وسأقتصر البحث عن التعريفات والحجية ودلالة الأحكام المتعلقة بموضوع البحث وذلك ان علماء الأصول قد توسوا فى الشرح والبيان الكافيين .

1. المصدر الأول : القرآن الكريم.

(1) سورة النساء ن الآية 59 .

أ. **التعريف:** هو كلام الله عز وجل المنزل على رسول الله ﷺ بواسطة أمين الوحي جبريل عليه السلام ، بلفظه ومعناه لتبليغه للناس كافة ، وذلك بلسان عربي مبين ، المتعبد بتلاوته المتحدي بأقصر سورة منه ، والمبدوء بسورة الفاتحة ، المختوم بسورة الناس ، والمجموع بين دفتي المصاحف المنقول إلينا نقلاً متواتراً جيلاً عن جيل ، من عهد النبي (ص) الي عهدنا هذا . والباقي مصوناً ومحفوظاً الي يوم أن يرث الله الأرض ومن عليها تحقيقاً لوعده عز وجل ومصداقاً<sup>(1)</sup> لقوله في محكم كتابه العزيز (إِنَّا نَحْنُ نُزَكِّيهِمُ الدِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَكَافِرُونَ)<sup>(2)</sup>.

أما تعريف القرآن إصطلاحياً عند بعض الأصوليين هو (الكلام المنزل على رسول الله ﷺ المكتوب في المصاحف المنقول إلينا نقلاً متواتراً ) لاجراج الكتب الكتب السماوية الأخرى المنزلة على الرسل والأنبياء السابقين وخرج بقوله المكتوب في المصاحف ، وسائر الكتب والأحاديث القدسية والأحاديث النبوية . وخرج بقوله المنقول إلينا نقلاً متواتراً القراءات الشاذة التي لم تتواتر كقراءة ابن مسعود رضي الله عنه فأقطعوا أيماهما ، وقراءة أبي بن كعب رضي الله عنه فعدة من أيام أخر متتابعات . كما أن التواتر في تعريف القران الغرض منه إثبات العلم القطعي بما ورد في القران الكريم .

#### ب. حجية القرآن الكريم .

هو المصدر الأول من مصادر الاحكام في الشريعة الاسلامية ، وهو المصدر الأساسي الذي يبدأ المجتهد الباحث عن الحكم في الشريعة الإسلامية بالبحث فيه أولاً فاذا لم يجد فيه اتجه الي السنة الشريفة ، ثم بعد ذلك الي باقي المصادر الأخرى .

القرآن الكريم حجة على الناس في جميع العصور والأزمان والأوطان ، إذ بعث الرسول للناس كافة ، وحجية القرآن تعني الالتزام بما جاء به من أحكام من قبل الناس كافة لا

(1) د. ابو السعود عبد العزيز موسى ، أصول الاحكام الاسلامية ، ص37.

(2) سورة الحجر الاية (9).

يحتاج الى دليل على ذلك , إذا أصبح معلوماً من الدين بالضرورة حجية القرآن الكريم (1).

ولكن كيف نفهم القرآن الكريم ؟

لقد ذكر الإمام الشاطبي في كتابه الموافقات إن معرفة السنة المبينة للكتاب ، وكلام الأئمة السابقين والسلف ، المتقدمين، والدربة في اللسان العربي أمور تعين على فهم القرآن الكريم.

والجدير بالذكر أن معرفة عادات العرب في أقوالها وأفعالها ومجاري أحوالها حالة التنزيل مهمة لمن اراد الخوض في علم القرآن الكريم ، وذلك لمعرفة المعانى والألفاظ والأساليب المعهودة عند العرب . فنزول القرآن على سبعة أحرف كلها شافية وكافية تتصل بالمعنى لأن من معهود العرب الإستغناء ببعض الألفاظ عما يراد منها أو يقاربها ولا يعد ذلك إختلافاً ولا إضطراباً إذا كان المعنى المقصود على إستقامة .

فمن القراءات ( وما يخدعون إلا أنفسهم) وما يخادعون إلا أنفسهم ) ( لنبتوئنهم من الجنة غرفا ) ( لنبتوئنهم من الجنة غرفا) . وهذا لأن جميع ذلك لاتفاوت فيه بحسب فهم ما أريد من الخطاب . وهذا كان عادة العرب (2) .

المهم في كل هذا أن نأخذ في الإعتبار عند دراستنا للقرآن واستنباط الأحكام الشرعية منه البيئة الثقافية والاجتماعية بل والعقيدية مثال ذلك لقد نقل عن أبي يوسف صاحب أبوحنيفة في تفسير قوله ( ربنا لاتؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا) إن ذلك في الشرك لأنهم كانوا حديثي عهد بكفر ، فيريدأحدهم التوحيد ، فيهم فيخطئ بالكفر فعفا لهم عن النطق بالكفر عند الاكراه . قال : فهذا على الشرك ليس على الأيمان في الطلاق والعتاق والبيع والشراء.

وذلك لأن الأيمان بالطلاق والعتاق لم تكن معروفة في زمانهم (3) .

ج. نزول القرآن منجماً والنتائج المترتبة على ذلك .

نزل القرآن الكريم على سيدنا محمد ﷺ منجماً في مدى ثلاث وعشرون سنة هي مدة الرسالة أى من يوم أن يكون تبليغ الرسالة ألى أن صعدت روحه الى الرفيق الأعلى في يوم الأثنين 12 ربيع الأول سنة 11 هجرية .

(1) د. أبو السعود عيد العزيز موسى ، أصول الاحكام الاسلامية ، ص 47.

(2) د. عفيفي عجلان النظرية العامة للفقہ الإسلامي ، ص 224 .

(3) المرجع السابق ، ص 226 .

## (1) معنى نزول القرآن منجماً :

إنه لم يوحى إليه بالقرآن مرة واحدة بل كان الوحي ينزل إليه على دفعات ومرات متقطعة .

وهناك عدة أقاويل عن كيفية هذا النزول بعضهم قال أنه كان ينزل على الرسول الآية والآيات الى خمسة آيات وبعض السور نزلت كاملة وقيل أنه بعد أن نزل به جبريل الى السماء الدنيا نزل به بعد ذلك آية وآيتين وثلاث سورة .  
هذه الأقوال ترجع الى ماورد في الأحاديث من أسباب النزول ، كما ترجع أيضاً الى ما إستنتج من أن آيات الأحكام وعلى الأخص فى المدينة كانت تنزل قدراً قليلاً .

والجدير بالملاحظة أن آيات القرآن يتعلق بعضها ببعض بحيث لا يمكن الفصل بينها وخاصة أن القرآن فى ذاته يعتبر وحدة متصلة لاتقبل الانفكاك وترتيب آياته وسوره ترتيب توقيفى أمر به الرسول ﷺ حيث كان يقول أضعوا آية كذا فى مكان كذا ، ومن الثابت أيضاً أن جبريل عليه السلام قام بعرض القرآن ككل على الرسول عدة مرات طبقاً لترتيبه الحالى .

## (2) حكمة نزول القرآن منجماً .

يرى الإمام الشاطبى أن ذلك تعليم من الله سبحانه لنا ، حيث يعلمنا بذلك التأنى فى الأمور ، والجرى على مجرى التثبيت والأخذ بالاحتياط وهو المعهود فى حقنا (1) .  
وتبين أن الحكمة من نزول نصوص القرآن الكريم منجماً :

(1) تثبيت لفضوآد الرسول من نواح عديدة منها الاتصال الدائم طوال فترة الرسالة بالوحى وإحساسه بإستمرار بأنه مع الله وأن الله معه . ومن جهة أخرى تثبيت لمعانى الأحكام ومعانى القرآن فى النفوس ، وإعانة للناس على فهمها إذا كانت أسباب النزول توضح مقاصد الأحكام فضلاً على إعانتها على فهم القرآن .

(2) ترتيب القرآن وقراءته على الناس على مكث والترتيل سبب أساسياً فى تسهيل حفظ القرآن الكريم فى الصدور وخاصة أن الأمة كانت أمية تعتمد أساساً على الذاكرة أكثر من إعتماؤها على الكتابة .

ج. النتائج المرتبة على نزول القرآن منجماً .

(1) الشاطبى الموافقات ج 3 ، ص 378 .

- (1) وجدت ظاهرة الآيات والسور المكية والآيات المدنية وظاهرة النسخ والمنسوخ.
- (2) إرتباط الوحي بالأحداث العملية والحاجات المصلحية .
- (3) إمكانية التدرج فى الأحكام الشرعية .
- (4) إرتباط اللاحق السابق .

نبحث ذلك بشئ من التفصيل على النحو الآتى :

1. المكى والمدنى من القرآن الكريم :

الفاصل بين القرآن المكى والقرآن المدنى هى هجرة الرسول الكريم لذلك كل ما نزل قبل الهجرة يعد قرآناً مكياً ، وكل ما نزل بعد الهجرة يعد مدنياً .  
إن الهجرة كانت نقطة تحول هامة فى أساس الدعوة الإسلامية بحيث ترتب على ذلك إختلاف الآيات القرآنية التى نزلت بمكة عن الآيات المدنية وذلك من ناحيتين :

(أ) من ناحية الموضوع (ب) من ناحية النظم والأسلوب .

(ب) من ناحية النظم والأسلوب .

كانت الآيات المكية تتعلق بأمر الدعوة الى التوحيد تتجه الى بيان العقيدة الإسلامية من حيث وحدانية المولى عز وجل والإيمان بالرسول وإخوانه المرسلين والملائكة والنبين واليوم الآخر . فالمثال على ذلك سورة الأنعام نزلت مبينة لقواعد العقائد وأصول الدين .

تقسم السورة المكية بحسب موضوعاتها الى الأقسام الآتية :

1/ السورة التى نزلت معارضة للمشركين ورداً على الخصوم

المعاندين للنبي ﷺ مثل سورة الهمزة ، والكوثر والماعون والتكاثر والفيل .

2/ السور التى تتضمن تسليية للرسول عما يناله من إيذاء الكفار له ، كسورة الضحى والإنشراح .

3/ السور التى تركز على التفسيرات الطبيعية عند قيام الساعة والكلام على الجنة والنار وهو قسم أكبر كالواقعة والتكوير .

4/ سور قصص الأنبياء والسابقين كسورة نوح والقمر .

لقد كان أسلوب النظم القرآني المكي يتجلى بقوة فياضة في القول متدفقاً في نظم خطابي يحرك العاطفة ويقرع السمع والفؤاد يقصر آياته مقرناً الوعد بالوعيد ، والترغيب بالترهيب كان يغلب عليه القسم بالله واليوم الآخر وبالبعث وبالقرآن وغير ذلك . وجاء القسم ثلاثين مرة في مكة . ولم يأتى إلا مرة واحد في المدينة في قوله تعالى (نَرَعَمَ الَّذِينَ كَفَرُوا أَنْ لَنْ يُغَيَّرَ قُلُوبَهُمْ وَإِنْ لَنْ يُعَذِّبَهُمُ اللَّهُ بِمَا كَفَرُوا كَمَا عَلَّمُهُمْ ذَلِكَ عَلَى اللَّهِ يَسِيرًا) (1) كما كان يخاطب القرآن القوم وبيأيتها الناس (2)

أما موضوع الوحي بعد الهجرة بالمدينة أو الوحي المدني فقد عالج إحتياجات المجتمع الإسلامي الجديد، فقد إشتتل على أحكام فقهية تعالج تنظيم الدولة الإسلامية الجديدة ، وتنظيم الأسرة والعلاقات بين المسلمين وغيرهم كما بينت أحكام الجهاد والصلح والمسالمة .

لذلك كان النظام القرآني يتسع لتنظيم الموضوعات الجديدة ليمتاز بالهوء والأطناب ، والترسل ومعالجة الأمور بوضع النظم القانونية الكفيلة بتحقيق مصالح الناس في المجتمع الإسلامي الجديد .

أخذت الآيات القرآنية تشكل آيات طوال بدلاً من الآيات القصيرة بمكة ، كما كان يخاطب القوم ( بيأيتها الذين آمنوا) .

بل يمكن تمييز الآيات بالمدينة بمعالجتها للحوادث التاريخية المعلومة والمعينة والمحددة أوقاتها بالإضافة الى الأساليب والمصطلحات التي تعتبر وليدة للبيئة الجديدة وأحداثها . فسورة البقرة هي المثال المعبر للوحي المدني في السنة الثانية من الهجرة قبيل غزوة بدر الكبرى وفي ذلك يقول الإمام الشاطبي ( ثم لما هاجر رسول ﷺ الى المدينة كان أول ما نزل عليه سورة البقرة وهي التي قررت قواعد التقوى المبنية على قواعد سورة الأنعام ، فإنها بينت من أقسام أفعال المكلفين جملتها ، وأن تبين في غيرها تفاصيل لها ، كالعبادات التي هي قواعد الإسلام والعادات من أصل المأكول والمشروب وغيرها ، والمعاملات من البيوع والأنكحة ومادار بها ، والجنايات من أحكام الدهاء وما يليها ،

(1) سورة التغابن ، الآية 6 .

(2) د. عفيفي عجلان ، النظرية العامة للفقهاء الإسلامى ، ص 232 .

وأيضاً فإن حفظ الدين فيها وحفظ النفس والعقل والنسل مضمن فيها ، وما خرج عن المقرر فيها فبحكم التكميل) .

وهنا يقرر إستانذا الفقيه العظيم د/ عفيفي على صحة ما قرره من قبل من أن الإصلاح الفكرى يسبق الإصلاح الإجتماعى .

ايضاً يقرر الباحث على ما ذهب إليه من تمييز القاعدة الدينية التى تحكم العبادات مثلما ذكر امامنا الشاطبي فى تقريراته أعلاه التى قررت قواعد التقوى ، عن القاعدة القانونية التى شكلت النظام القانونى الذى تضمن الأنظمة القانونية بالمعنى الضيق المتمثلة فى عقود البيوع والأنكحة ، والوقائع القانونية للجرائم الجنائية وما تترتب عليها من أحكام الدماء .

2. إرتباط الوحي بالأحداث العملية والحاجات المصلحية .

من النتائج التى تترتب على نزول القرآن منجماً إرتباط الوحي بالأحداث العملية والحاجات المصلحية ، التى ظهرت فى المجتمع الإسلامى الجديد منها:

أ. نزول سورة الأنفال عقب غزوة بدر وبينت تقسيم الغنائم .

ب. نزول سورة النساء بعد غزوة أحد حيث إستشهد عدد كبير من المسلمين فى هذه الغزوة ، وتركوا خلفهم نساء أرامل وأيتام فجاءت هذه السورة بتشريعات تختص الأيأامى واليتامى والميراث والزواج .

ج. جاءت سورة الاحزاب حيث نزلت عقب غزوة الاحزاب المكونة من قريش وعطفان وقريظة.

د. نزول الوحي بالقران جواباً لسؤال (يَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلْ مَا أَنْفَقْتُمْ مِنْ خَيْرٍ

فَلِللَّذِينَ وَاللَّذِينَ وَالْأَقْرَبِينَ وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَأَبْنِ السَّبِيلِ وَمَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ

عَلِيمٌ) (1) او رداً على إستفتاء (يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنَّ

أَمْرًا هَلَكًا لَيْسَ لَهُ وَكْدٌ لَهُ وَأَخْتٌ فَلَهَا نِصْفٌ مِمَّا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَكْدٌ

فَإِنْ كَانَتْ أَثْنَيْنِ فَلَهُمَا الشُّكْلَانِ مِمَّا تَرَكَ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً مَرَجَالًا وَسَاءً

(1) قرآن كريم سورة البقرة الآية (215).

# فَلِدَّكَرٍ مِّثْلُ حَظِّ الْأُنثَىٰ بَيْنَ اللَّهِ لَكُمْ أَنْ تَضِلُّوا وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ (1)

3. من نتائج نزول القرآن منجماً إمكانية التدرج في الاحكام الشرعية .  
كان منهج القرآن الكريم في التشريع منهجاً تجريبياً عملياً كما أشرنا الي ذلك في خصائص المنهج بالباب الأول , إذ أن علاجه للقضايا ما يصطدم بالاصلاح الإجتماعي بعادات تأصلت في نفوس القوم وأصبح من العسير إجبارهم على تركها دفعه واحده ومثال ذلك تحريم الخمر والربا وقد رأينا مدى دقة الفن القانوني في القرآن الكريم ومحاولة الاعتناء بتحقيق النتائج وهو لا يمكن إلا عن طريق الفهم والافتناع .

4. ومن النتائج الهامة المترتبة على نزول القرآن منجماً إرتباط اللاحق بالسابق.  
يوضح الإمام الشاطبي هذه النتيجة بقوله الهدني من السور ينبغي ان يكون منزلاً في الفهم على المكي . وكذلك المكي بعضه مع بعض , على حسب ترتيبه في التنزيل وا لا لم يصح . والدليل على ذلك أن معنى الخطاب المدني في الغالب مبني على المكي , كما أن المتأخر من كل واحد منهما مبني على متقدمه دل على ذلك الاستقراء(2).

ثم بينت بعد ذلك حقيقة هذا الارتباط ومداه (3) فيقول ( ذلك إنما يكون بيان مجمل او تخصيص عموم أو تقييد مطلق أو تفصيل ما لم يفصل أو تكميل ما لم يظهر تكميله . )

ثم يقدم الدليل على ما يقول :فبيّن أن سورة الأنعام التي هي من أوائل السور المكية إعتنت بالأصول والعقائد , ثم جاءت سورة البقرة وهي من أوائل السور المدنية , مفصلة لتلك القواعد مبينة أقسام أفعال المكلفين , كما سبق بيانه . وليلاحظ أيضاً أن غير سورة البقرة من السور المدنية المتأخرة عنها مبني عليها , كما أن غير سورة الانعام من المكي المتأخر عنها مبنياً عليها وإذا تنزلت الي سائر السور بعضها مع بعض في الترتيب وجدتها كذلك حذ القُدّة بالقُدّه , فلا يغيب عن الناظر في الكتاب هذا المعنى , فإنه من أسرار علوم التفسير وعلى حسب المعرفة به تحصل له المعرفة بكلام ربه سبحانه .

(1) قرآن كريم سورة النساء الاية (176).

(2) للإمام الشاطبي .

(3) نظرية الفقه الاسلامي لمصطفى , ص 240.

ويرى الباحث أن الإستقراء الذى شيد عليه الإمام الشاطبي هذه التقريرات والملاحظات الدقيقة يؤكد أن القرآن وحدة كاملة يفسر بعضه بعضاً هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى يعتبر الباحث أن هذا التتبع الحصيف سيكون المفتاح للبحث والكشف عن مدى إرتباط مقاصد الشرعية بالقاعدة الدينية والقانونية التى ستظهر جلياً بالبواب الأخير .

نلخص للذى يهمننا من تعريف القرآن بأنه ما نقل إلينا بين دفتى المصحف على الأحرف السبعة المشهورة نقلاً متواتراً للآتى :

- أ. إن التواتر جزء من الماهية والذى يترتب عليه علمنا القطعى بوجوده .
- ب. إن النظم العربى جزء من مناهية القرآن والذى يترتب عليه أن الأحكام الشرعية تستنبط من هذا النظم العربى وحده .
- ج. إن الإعجاز ليس جزءاً من الماهية لأن كون القرآن معجزاً يدل على صدق الرسول ﷺ .
- د. إن القرآن الكريم قطعى الثبوت ، بمعنى ثبوت النصوص القرآنية ثبوتاً قطعياً .
- هـ. إن دلالة القرآن على الأحكام الشرعية مرتبط بفهم النظم العربى للقرآن .

## 2. المصدر الثانى من النصوص هو السنة المطهرة .

إن السنة النبوية التى هو أقوال وأفعال الرسول ﷺ وتقريراته وهى المصدر الثانى للتشريع لإسلامى بنصوص القرآن وإجماع الأمة .

وهى التى حددت معالم التشريع ، فأوضحت مجمله ، وخصصت عمومه ، وقيدت إطلاقه ، وترجمت أحكام التشريع الى واقع عملى ، وسنة منيعة وسيرة نقية واضحة .

إختلف العلماء فى نطاق عمل السنة من الناحية العملية حيث نجد المذاهب الإسلامية متفاوتة النتائج والآثار فى تطبيق السنة ، ولكل مذهب منهج أو طريق ، والمقصد واحد ، وهو إستنباط الأحكام الشرعية من السنة الصحيحة، التى إستقرت فى الحياة الإسلامية ، ولم تعدل أو تنسخ بطريق علمى ثابت (1).

أ. ما هى السنة :

السنة فى الإصطلاح الشرعى .

(1) قضايا الفقه والفكر المعاصر ج2 أ.د. وهبة الزحيلي ، دار الفكر ، 2008 م .

ما ثبت صدوره عن النبي ﷺ من قول أو فعل أو تقرير، وهي بهذا المعنى تكون دليلاً من الأدلة الشرعية التي تستنبط منها الأحكام ، فكما يكون الحكم ثابتاً بالقرآن الكريم يكون ثابتاً بالسنة لذلك . إذ تأتي السنة الشريفة بعد القرآن الكريم في المرتبة الثانية من ناحية الدلالة على الأحكام الشرعية (1) .

وقد نطلق على ما صدر عن الرسول ﷺ من الأدلة الشرعية مما ليس بمتلو ولا هو معجز ولا داخل في المعجز .

وهذا النوع هو المقصود بهذه الدراسة ويدخل في ذلك أقوال النبي ﷺ وأفعاله وتقاريره .

ب. أنواع السنة .

تنقسم السنة بإعتبار ذاتها الى الأقسام الآتية :

(1) السنة القولية .

هي ما صدر عن الرسول ﷺ من أقوال أو ما يطلق عليه أحاديث الرسول ﷺ مثل قوله ( لا ضرر ولا ضرار) .

(2) السنة الفعلية .

هي أفعال الرسول ﷺ المبنية لتمام أداء التكليف الشرعية مثل وضوءه وصلاته ، وكيفية أداء الفرائض الشرعية .

ويخرج منها أفعاله ﷺ غير المبنية لكيفية أداء التكليف الشرعية مثل قيامه وقعوده وطريقته في إرتداء الملابس وغيرها .

(3) السنة التقريرية :

هي إقراره صلى الله عليه وسلم لأفعال وأقوال صدرت من أصحابه رضوان الله عليهم ، ولو كانت مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية لنهاهم عنها . ومثل أقر رسول ﷺ معا بن جبل رضى الله عنه قوله حيث سأله لما بعته قاضياً على اليمن ، بما تقضى قال لكتاب الله قال ﷺ فإن لم تجد ؟

(1) د. أبو السعود عبد العزيز ، أصول الأحكام الشرعية ص 93 .

قال : بسنة رسول الله . قال ﷺ فإن لم تجد ؟ قال اجتهد رأي ولا آلو .  
 قال معاذ رضى الله عنه فضرب رسول (ص) صدرى وقال : الحمد لله  
 الذى وفق رسول رسول الله لما يرضى الله ورسوله .  
 وهذا الاقرار منه صلى الله عليه وسلم لقول معاذ بن جبل فيما يعرضه  
 عن طريقته فى القضاء واستتباب الأحكام بل هذا التقرير دليل واضح  
 على ترتيب المصادر الشرعية للأحكام .

ج . حجية السنة فى الدلالة على الأحكام :

السنة النبوية الكريمة حجة فى إستتباب الأحكام الشرعية وذلك بقوله عز وجل  
 عن رسول (ص) (وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ (3) إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ) (1) (وَاطِيعُوا اللَّهَ وَاطِيعُوا الرَّسُولَ  
 وَاحْتَدُوا فَإِنْ تَوَلَّيْتُمْ فَأَعْلَمُوا أَنَّكُمْ عَلَىٰ مَرْسُورِنَا الْبَلَاءُ الْمُبِينُ) (2).  
 (قُلْ أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَإِنَّمَا عَلَيْهِ مَا حُمِّلَ وَعَلَيْكُمْ مَا حَمَلْتُمْ وَإِنْ تُطِيعُوهُ تَهْتَدُوا وَمَا  
 عَلَى الرَّسُولِ إِلَّا الْبَلَاغُ الْمُبِينُ) (3) (مَنْ يُطِيعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ وَمَنْ تَوَلَّىٰ فَمَا أَرْسَلْنَاكَ عَلَيْهِمْ حَفِيظًا)  
 (4) (وَمَنْ يُعَصِ اللَّهَ وَمَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُّبِينًا) (5) (فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ  
 أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ) (6) (وَمَا آتَاكُمْ الرَّسُولَ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ  
 شَدِيدُ الْعِقَابِ) (7)

وقال رسول ﷺ (( إني قد تركت فيكم ما أن تمسكتكم به لن تضلوا أبداً كتاب الله وسنتي ))  
 (8)

- 
- (1) سورة النجم ، الآيات 3 ، 4 .  
 (2) سورة المائدة ، الآية 92 .  
 (3) سورة النور ، الآية 54 .  
 (4) سورة النساء ، الآية 80 .  
 (5) سورة الأحزاب ، الآية 36 .  
 (6) سورة النور ، الآية 63 .  
 (7) سورة الحشر ، الآية 7 .  
 (8) حديث سرييف .

إجماع المسلمون من عهد رسول الله ﷺ إلى الآن على الإعتداد بالسنة وإعتبارها مصدراً من مصادر الإلتزام الشرعية يتم الرجوع إليه بعد الرجوع الى القرآن الكريم وعدم وجود الحكم المراد معرفته فيه .

فإن أبوبكر رضى الله عنه إذا لم يحفظ فى الواقعة المعروضة عليه للفصل فيها سنة عن رسول الله ﷺ خرج فسأل المسلمون هل فيكم من يحفظ فى هذا الأمر سنة عن نبينا ؟ وكذلك كان يفعل عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، وغيره ممن تصدى للفتيا والقضاء من الصحابة ، ومن سلك سبيلهم من تابعيهم وتابعى تابعيهم ، بحيث لم يعلم أحداً منهم بعقد به خالف فى أن سنة رسول ﷺ إذا صح نقلها وجب إتباعها والعمل بها (1).

وبعد ذلك إتفق من يعتد بعلمه من العلماء المجتهدين على أن السنة النبوية الكريمة مستقلة بشرائع الأحكام ، وأنها كالقرآن فى تحليل الحلال وتحريم الحرام لثبوت قوله (ص) (( ألا أنى أوتيت القرآن ومثله معه )) ومثال ذلك تحريمه ﷺ الحمر الأهلية ، وكل ذى ناب من السباع . عليه يخلص الباحث بهذا التتبع لحجية السنة على أن ما صدر عن الرسول من قول أو فعل أو تقرير وكان مقصوداً به التشريع والإفتاء ونقل إلينا بسند صحيح يفيد القطع أو الظن الراجح بصدقه يكون حجة على المسلمين ، ومصدراً تشريعياً يستنبط منه المجتهدون الأحكام الشرعية لأفعال المكلفين .

وهذا ما قرره أستاذى دكتور عفيفي بقوله ( إن الأحكام الواردة فى هذه السنن تكون مع الأحكام الواردة فى القرآن الكريم قانون واجب الإلتباع ) (2).

د . أقسام السنة من حيث السند ومدى حجيتها .:

تنقسم السنة بإعتبار روايتها عن الرسول (ص) الى قسمين متصللة السند وغير متصللة السند برسول الله ، والمتصل السند ينقسم الى ثلاثة أقسام متواترة ، وسنة مشهورة وسنة آحاد . وقد قام الباحث من قبل بشرحها وتهمنا أحكامها كمايلي :

(1) حكم التواتر يوجب علم اليقين ، كما يفيد العيان لأن إتفاق الجمع الغير المحصور على شئ مخترع لا ثبوت له فى نفس الأمر مع تباين آرائهم وأخلاقهم وأوطانهم مستحيل عقلاً . بمعنى أن العقل يحكم حكماً قطعياً بأنهم لم يتواطؤوا على الكذب .

(1) د/ عفيفي عجلان ، النظرية العامة للفقهاء الإسلامى ، ص 45 .

(2) المرجع السابق ، ص 106 .

يذهب بعض العلماء الى أن اليقين الحاصل بالتواتر ضرورى بمعنى ما لاتجد النفس الى الانفكاك عنه سبيلا ، فهو لا يحتاج الى نظر وفكر بل يفيد على القلب بمجرد سماعه .

ويذهب البعض الى أن العلم علم نظرى أى أنه يوجب علماً نظرياً يتوقف حصوله على النظر فى المقدمات (1).

وذهب الغزالي الى أنه يوجب علماً ضرورياً بمعنى عدم الحاجة الى الشعور بالوسائط مع حصوله على النظر فى المقدمات أى أن حضور المقدمات فى الذهن لا بد منه ، ولكن لا على سبيل الضرورى . لذلك فإن حصول العلم الضرورى من المتواتر لا يفترق الى تركيب الحجة حتى أنه يحصل لمن لا يعلم ذلك كالصبيان .

ولذلك فإن الإحتجاج بالأحاديث المتواترة فى قوة الإحتجاج بالقرآن الكريم ، لأن المتواتر لا يشبهه فى إتصاله بالرسول لا صورة ولا معنى لأنه متواتر الأصل أى النقل وتلقنه الأمة بالقبول .

## (2) حكم المشهور .:

السنة المشهورة تفيد دون اليقين وفوق اصل الظن فكانت دون التواتر ، وفوق خير الواحد وهى تفيد علم طمأنية . والطمأنينة زيادة توطين وتسكين يحصل للنفس على ما أدركته ، فإن كان المدرك يقينياً ، فاطمئناتها زيادة اليقين وكما له ، كما يحصل للمتقين بوجود مكة بعد ما يشاهدها ، ومثالها ما أشار إليه سيدنا إبراهيم عليه الصلاة والسلام ( حتى تطمئن قلبى) فهو مؤمن صادق الإيمان وعندما جاءته الطيور تمشى تيقن بإحياءها . وهذا ما ذهب البعض من أن اليقين يقبل التفاوت وقوة وضغاً بلا إحتمال للنقيض .

وأن كان المدرك ظناً فاطمئناتها رجحان جانب الظن ، بحيث يكاد يدخل فى حد اليقين وهو المراد حقيقتها (2).

(1) د . عفيفي عجلان ، النظرية العامة للفقه الإسلامى ، ص 46.

(2) د . عفيفي عجلان ، النظرية العامة للفقه الإسلامى ، ص 51.

ولما كانت السنة المشهورة فى إيصالها شبيهة صورة لكونها آحاد الأصل لا معنى لأن الأمة قد تلقنها بالقول . فقد قيل هو فى الأصل خير ولم ينضم إليه فى الاتصال بالنبي ﷺ ما يزيد على الظن ، فيجب أن يكون بمنزلة خير الواحد ولكن رد هذا القول بأن أصحاب النبي (ص) تنزهوا عن وصمة الكذب ، أى الغالب الراجح من حالهم الصدق فيحصل الظن بمجرد اصل النقل عن النبي ، ثم يحصل زيادة رجحان بدخوله فى حد التواتر وتلقته الأمة بالقول فيوجب علم طمأنينة .

فالخبر المشهور هو ما كان من الآحاد فى الأصل، أى فى القرن الأول وهو قرن الصحابة ، ثم ينتشر حتى نقله قوم لا يتوهم تواطهم على الكذب، وهم التابعون فى القرن الثانى الهجرى ، ومن بعدهم ، وهم تابعين التابعين فى القرن الثالث الهجرى . بمعنى صار متواتر فيما بعد .

## (2) حكم خير الواحد :

فهو عدد رواته دون عدد رواية المشهور ودون عدد رواه المتواتر يرى الجمهور الى أن خبر الواحد يوجب العمل دون علم اليقين وكذا دون علم الطمأنينة . وذلك لأنه إنما يفيد الظن لأن الاتصال فيه شبيهة صورة ومعنى ، فصورة لأن الإتصال بالرسول لم يثبت قطعاً ، ومعنى فلأن الأمة ما تلقته بالقبول . أما السند غير المتصل أو الانقطاع هو إنقطاع الحديث عن الرسول (ص) قسمان :

(أ) الإنقطاع الظاهر وهو يخص الإرسال والإسناد .

1/ مرسل الصحابى وحكمه أنه مقبول بالإجماع .

2/ مرسل القرن الثانى .

3/ إرسال العدل فى كل عصر غير القرون الثلاثة (الصحابة) وإتباعهم

وإتباع إتباعهم .

4/ الذى أرسل من وجه وأسند من وجه آخر .

(ب) الإنقطاع الباطن أى أنه غير مرسل وهو قسمان :

1/ إن إنقطاع للنقصان فى الناقل لفوات بعض شرائطه كالعادلة .

2/ إنقطاع معارضته وبالأقوى منه .

أما أحكام هذه المراسيل وشرحها متعلقة بعلم الحديث فلن يسترسل الباحث فيها .  
3. المصدر الثالث الإجماع .

هو المصدر الثالث من مصادر القاعدة الشرعية في الشريعة الإسلامية .  
أ. تعريف الإجماع .

هنالك عدة تعريفات ولكن ما يهمنى تعريف الإمام الأمدى الذى يتفق مع مقصد ومدرسة الباحث .

وعرفه بالآتى ( الإجماع عبارة عن اتفاق جملة أهل الحل والعقد من أمة محمد (ص) فى عصر من الأعصار على حكم واقعة من الوقائع ) (1)  
ويشرح هذا التعريف على أنه يقصد بالاتفاق ليعم الأقوال والأفعال والسكون والتقرير وقوله ( جملة أهل الحل والعقد إحتراز عن اتفاق بعضهم وعن إتفاق العامة . أما من أمة محمد (ص) إحتراز عن إتفاق أهلى الحل والعقد من أرباب الشرائع السابقة ، وفى عصر من الأعصار حتى يندرج فيه إجماع أهل كل عصر والمراد بالعصر زمان ما قل أو كثر وقوله على حكم واقعة ليعم الإثبات والنفى الأحكام العقلية والشرعية .

وقد أضاف صدر الشريعة فى متن التنقيح ، فيقول هو إتفاق المجتهدين من أمه محمد (ص) على حكم شرعى ، وأنه قصر محل الإجماع على الحكم الشرعى الذى يحدده بأنه ما لا يدرك لولا خطاب الشارع . وبالتالي فإن الأحكام الدينية غير الشرعية وكذلك الأحكام العقلية ليست محلاً للإجماع . ويفيد التفتازانى شرط فى غاية الأهمية على الاتفاق بحيث يكون بين المجتهدين بعد وفاة الرسول (ص) لأنه فى حياة الرسول لا يتصور إختلاف فى حكم شرعى لأن الرسول هو المرجع التشريعى الوحيد والاتفاق يقتضى عدداً من المتفقين ، وبالتالي فلا إجماع فى عهد الرسول لأنه المجتهد وحده فى عصره (2) .

ب. أركان الإجماع .

لا ينعقد الإجماع شرعاً إلا بتحقيق هذه الأركان وهى :

(1) وجود عدد من المجتهدين . :

(1) د. عفيفي عجلان ، النظرية العامة للفقه الإسلامى ، ص 437 .

(2) المرجع السابق ، ص 238 .

حتى يتصور وجود إتفاق لأن الإتفاق لا يتصور إلا فى عدة آراء يوافق كل رأي منها آراء الآخرين ، فلا ينعقد الإجماع الشرعي الذى يعتبر مصدراً للقاعدة الشرعية فى حالة عدم وجودهم .

(2) أن يكون الإتفاق بين هؤلاء المجتهدين عاما:

يشمل جميع مجتهدين الإسلام ، فلا يقبل الإتفاق القاصر على فئة أو طائفة أو جهة فليس إجماعاً .

فلا بد من اتفاق جميع مجتهدي العالم الإسلامى فى عهد وقوع الحادثة المراد وصفها القانونى .

(3) أن يكون الإتفاق صريحاً على حكم الواقعة .

سواء كان بالقول كما فى حالة الافتاء أم بالعقل كما فى حالة القضاء ، وسواء كان الاجتهاد فردياً أم جماعياً .

(4) أن يكون هذا الإتفاق إتفاق الجميع لا إتفاق الأغلبية أو الأكثرية مهما قل عدد المخالفين .

فإحتمال الصواب والخطأ فى الإجتماع يتعارض مع الفكرة التى يقوم عليها الإجماع ولا يكون ذلك إلا فى حالة إختلاف المجتهدين .

### ج. حجية الإجماع .

يقرر الإمام الأمدى فى كتابه الأحكام فى أصول الأحكام (1)

( إتفق أكثر المسلمين على أن الإجماع حجة شرعية يجب العمل به على كل مسلم ، خلافاً للشريعة والخوارج والنظام من المعتزلة ).

ويعنى ذلك أنه إذا تحققت كل عناصر الإجماع فى عصر من العصور بعد وفاة

الرسول (ص) كان الحكم الشرعى أو القاعدة الشرعية المجمع عليها (

قانوناً شرعياً واجب إتباعه ولا يجوز مخالفته ، وليس للمجتهدين فى عصرنا أن

يجعلوا هذه الواقعة موضع إجتهاد لأن الحكم الثابت فيها بهذا الإجتهاد حكم

شرعى قطعى لا محال لمخالفته ولا لنسخه ) (2)

ثم يعقب دكتور عفيفى على هذا القول ، أن القاعدة الشرعية القطعية التى

مصدرها الإجماع هى قاعدة إستاتيكية وتخرج تماماً من ميدان الاجتهاد أى

(1) ج1 - ص 286 .

(2) عبد الوهاب فلان أصول الفقه ، ص 4 ، 7 .

ميدان الديناميكية ويبرر ذلك بإسناد هذا الاتجاه وقبوله من جانب فلسفة القانون أو علم الاجماع القانونى . وذلك بأنه يتطابق مع ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن .

يرى الباحث أن الإضافة الحقيقية للإجماع هو تقريره بإضافة القواعد القانونية الثابتة فى التشريع الإسلامى بعد الإجماع ، وبذلك تكون الشريعة الإسلامية قد خُطت خطوات إيجابية ملبية لحاجات المجتمع الإسلامى من جهة وفى نفس الوقت تكون مواكبة للتطور فى النظام القانونى الإسلامى وصلاحه لمقتضيات العصر .

#### د . أدلة العلماء على حجية الاجماع .

(1) الآية الأولى (وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا بَيَّنَّ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصَلِّهِ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرًا) (1)

ووجه الإستدلال بهذه الآية أنه تعالى توعده على متابعة غير سبيل المؤمنين ، ولو لم يكن ذلك محرماً لما توعده عليه ، ولما حسن الجمع بينه وبين المحرم من مشاققة الرسول ﷺ فى القواعد ، كما لا يحسن القواعد على الجمع بين الكفر وأكل الخير المباح .

الآية الثانية قوله تعالى (وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ وَيَكُونَ الرَّسُولُ عَلَيْكُمْ شَهِيدًا) (2)

وصف الأمة بكونهم وسطا والوسط هو العدل ووجه الإستدلال بالآية . أنه عدلهم وجعلهم حجة على الناس فى قبولهم أقوالهم ، كما جعل الرسول (ص) حجة علينا فى قبول قوله علينا .

و لامعنى لكون الإجماع حجة سوى كون أقوالهم حجة على غيرهم .

(1) سورة النساء ، الآية 115 .

(2) سورة البقرة ، الآية 143 .

الآية الثالثة قوله تعالى (كُنتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ  
وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ) (1) .

ومعناها أمرهم بكل معروف ، ونهيهم عن كل منكر لأن الألف واللام إذا دخلت  
على اسم الجنس عمت .

الآية الرابعة قوله تعالى (وَاعْتَصِمُوا بِحَبْلِ اللَّهِ جَمِيعًا وَلَا تَفَرَّقُوا) (2)

ووجه الاستدلال بها أنه تعالى نهى عن التفرق ومخالفة الإجماع تفرق فكان منهيًا  
عنه ، ولا معنى لكون الإجماع حجة سوى النهى عن مخالفته .  
الآية الخامسة :

قوله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ  
تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ  
ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا) (3)

ووجه الاستدلال بها أنه شرط التنازع في وجوب الرد الى الكتاب والسنة . والمشروط  
على العدم ، عند عدم الشرط وذلك يدل على أنه إذا لم يوجد التنازع على الحكم  
كاف عن الكتاب والسنة ولا معنى لكون الاجماع حجة سوى هذا .  
كما أن أولى الأمر هم المجتهدون في الشريعة بخصوص الأحكام .

#### 4. المصدر الرابع القياس .

القياس هو المصدر الرابع من مصادر الأحكام الشرعية المنفق عليها ، يرجع إليه  
المجتهد لإستنباط الحكم الشرعي بواسطته إذا لم يجد هذا الحكم في القرآن الكريم أو  
السنة النبوية أو الإجماع .

القياس من مصادر الأحكام الشرعية والعقلية التي تحتاج الى أعمال العقل للوصول الى  
حكم الشرع بمقتضاه، وذلك بالمقارنة والمماثلة إيجاباً أو نفيًا ، أى تحليلاً أو تحريماً (4).

(1) سورة آل عمران ، الآية 110 .

(2) سورة آل عمران ، الآية 103 .

(3) سورة النساء ، الآية 59 .

(4) د . أبو السعود عبد العزيز موسي ، أصول الأحكام الإسلامية ، ص 168 .

أ. تعريف القياس اصطلاحاً :

عرفه الامام الأمرى بأنه عبارة عن الإستواء بين الفرع والأصل فى العلة المستنبطة من حكم الأصل (1).

ب. حجية القياس :

بمعنى أنه دليلاً يدل على الأحكام الشرعية المختلفة ، إتفق العلماء على حجية أنواع القياس منها :

(1) حجة فى الأمور الدنيوية :

فيجوز للإنسان دائماً إستخدام القياس فيما يتعلق بقضاء مصالحه وحاجاته الدنيوية ولا خلاف فى ذلك .

(2) إتفق العلماء على حجية القياس الصادر من الرسول (ص) لأنه صادر من معصوم من الوقوع فى الخطأ .

(3) إتفق العلماء المجتهدين على أن القياس الجلى حجة يجب العمل به .

وهو ما قطع فيه بنفى الفارق بين الأصل والفرع . وذلك مثل حرمة ضرب الوالدين قياس على حرمة التأفف الثابتة بقوله سبحانه وتعالى

(فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا) (2)

(4) يجب العمل بالقياس إذا كان منصوص العلة فمثلاً تصدق على فلان لفقره .

ج. أدلة العلماء بحجية القياس .

(1) الأدلة من القرآن الكريم قوله تعالى :

(فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِيَ الْأَبْصَارِ) (3)

(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُعَمَّدًا فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ

(1) للأمرى ، الأحكام فى أصول الأحكام -3. ص 9.

(2) سورة الإسراء ، الآية 23.

(3) سورة الحشر ، الآية 2 .

مَسَاكِينٍ أَوْ عَدَلٌ ذَلِكَ صِيَامًا لِيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِ عَفَا اللَّهُ عَمَّا سَلَفَ وَمَنْ عَادَ فَيَنْتَقِمُ اللَّهُ  
مِنْهُ وَاللَّهُ عَزِيزٌ ذُو انتِقَامٍ (1)

(وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَشِيطُونَ مِنْهُمْ وَلَوْ أَنَّ فَضْلَ اللَّهِ  
عَلَيْكُمْ وَمَرْحَمَتُهُ لَاتَّبَعْتُمُ الشَّيْطَانَ إِلَّا قَلِيلًا) (2)

(وَضَرَبَ لَنَا مَثَلًا وَسَيِّ خَلَقَهُ قَالَ مَنْ يُحِبِّي الْعِظَامَ وَهِيَ مَرِيْمٌ) (3)

(أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَاتِلُونَ بِأَنَّهُمْ ظَلَمُوا وَإِنَّ اللَّهَ عَلَىٰ نَصْرِهِمْ لَقَدِيرٌ) (4)

(2) أدلة جمهور العلماء على حجية القياس من السنة المطهرة :

أ/ مما روى عن رسول (ص) أنه بعث معاذ بن جبل الى اليمن (

ب/ قيام الرسول (ص) بإصدار أحكام شرعية بناء على القياس ومن ذلك أن امرأة  
ختمعة جاءت الى رسول (ص) وقالت له أن ابى أدركته فريضة الحج فاحج عنه ؟ فقال  
لها (أرأيت) لو كان على أبيك دين فقضيتيه أكان ينفعه ذلك ؟ قالت نعم . قال ( فدين  
الله أحق بالقضاء ) .

(3) أدلة جمهور العلماء المجتهدين على حجة القياس من الإجماع .

استدلوا على حجية القياس بالاجماع فى عصر الصحابة رضوان الله عليهم فقد وقع  
وتكرر منهم العمل والقول بحجية القياس كالاتى :

أ/ أن ابوبكر رضى الله عنه لما سئل عن الكلاله قال : اقول فيها برأىي فإن كان  
صواباً فمن الله وأن يكن خطأ فمنى ومن الشيطان . الكلاله ما عدا الوالد والولد . والرأى  
هو القياس بالاجماع .

ب/ خطاب سيدنا عمر بن الخطاب الى ابى موسى الشعري رضى الله عنهما عندما  
حكم البصره منها ( فقس الأمور عند ذلك ) .

(1) سورة المائدة ، الآية 95 .

(2) سورة النساء ، الآية 83 .

(3) سورة يس ، الآية 78 .

(4) سورة الحجى ، الآية 39 .

ج/ قاس سيدنا عبد الله بن عباس رضى الله عنهما ، الجد على ابن الابن فى حجب الأخوة من الميراث معه .

د/ قول الإمام على رضى الله عنه فى حد شارب الخمر أنه إذا شرب سكر وإذا سكر هذى ، وإذا هذى أفترى ، فحده حد المفترين ، وفى هذا قياس لحد الشرب على حد القذف .

#### (4) أركان القياس .

هى داخله فى حقيقة دون أن يشرحها الباحث محلها أصول الفقه وهى :

أ/ الركن الأول : المقيس عليه (الأصل) .

ب/ الركن الثانى : المقيس ( الفرع ) .

ج/ الركن الثالث : الوصف الجامع بينهما .

د/ الركن الرابع : حكم المقيس عليه ( حكم الأصل ) .

#### ثانياً : التطبيق العملى للنصوص الشرعية لدى المدارس الفقهية

الأحكام الشرعية فى زمن الرسول (ص) تؤخذ عنه بما يوحى إليه من القرآن الكريم ، والسنة النبوية ، فهو ﷺ المبلغ عن ربه جل وعلا ، وهو المشرع ، والمفسر ، والمفتى ، والقاضى ، والإمام والمعلم لمن إختارهم الله تعالى لتحمل مسؤولية التبليغ بعده ﷺ وهم الصحابة رضوان الله عليهم (1).

فكان من الصحابة القاضى ، والمفتى ، والأعلم بالحلال والحرام ، والأفقه فى الفرائض ، وأعلمهم بمقاصد الشريعة ، بالإضافة الى سلامة الفطرة ونور البصيرة ، وجودة الفهم ، والتمكن من اللغة العربية ، فتحمل الصحابة مسؤولية الدعوة بعد الرسول ﷺ وجدت أمور لم تكن موجودة فى عهد عليه الصلاة والسلام ، فتصدوا لها وأفتوا فيها حسب المنهج الذى علمه لهم الرسول ﷺ من الرجوع الى القرآن الكريم أولاً ، ثم سنة الرسول ثانياً ، ثم الى الاجتهاد وفيما لا نص فيه .

قد إتسعت دائرة التشريع فى عهدهم وطبحت مصادر ه عندهم القرآن الكريم ، والسنة النبوية ، والإجماع ، والقياس ، ولو احقة من المصادر . يعتبر عصر التابعين إمتداداً لعصر الصحابة ، فهم تلاميذهم الذى تخرجوا على ايديهم ، ونهلوا من علمهم الذى تلقوه من رسول ﷺ واتسعت

(1) د. شعبان محمد إسماعيل ، أصول الفقه الإسلامى ، دار السلام ، 2010م ، ط1 ص 33 .

رقعة الأمة الإسلامية ، فاضطلع فقهاء التابعين بما كان يضطلع به فقهاء الصحابة من تشريع ، وإفتاء وقضاء .

كان الحجاز والعراق أهم المراكز العلمية ، بحكم توافر الصحابة فيهما ، خاصة بعد أن رحل الى العراق عبد الله بن مسعود ، وسعد بن أبي وقاص ، وأبي موسى الأشعري ، وغيرهم ، فأخذ أهل كل مصر عن الصحابة الذى أقامت بينهم ، وتفقهوا عليهم ، وتأثروا بهم فأخذت تتكون فى هذا الوقت مدارس فى البلاد المختلفة من فقهاء التابعين ، الذين جمعوا من أبواب الفقه ، وآراء الصحابة وأحاديث الرسول ﷺ فأسمعوه من سلفهم ، وضموا الى ذلك آرائهم الشخصية المستنتجة .

وكانت أهم المدارس :

أ. مدرسة الحجاز أو مدرسة الحديث .

ب. مدرسة العراق ، أو مدرسة الرأى .

فهاتان المدرستان جمعتا كل وسائل الفقه التى ظهرت فى هذا الوقت وبحثوا فيها ، وكما كانت لهم أصول متميزة وواضحة ، فخرجوا عليها ما جدّ من مسائل . وهما تمثلان الحلقة التى تربط بين عصر النبى وأصحابه و عصر المذاهب الفقهية ، فمن مدرسة الحديث تفرع مذهب الإمام مالك ومن سار على نهجه ، ومن مدرسة العراق تفرع مذهب الإمام أبى حنيفة وأتباعه . أما الإمام الشافعى فقد جمع بين المدرستين ، وسار على نهجه تلميذه الإمام أحمد بن حنبل رحمهم الله جميعاً .

عليه سنتعرض على هذه المدارس كل على حده ، ومنهج كل فقيه وتقرير مواقفه التفصيلية من المصادر التشريعية ، وصلاتها بعضها ببعض ، ونظيرته الى نتائج إجهاده وإجتهاد الآخرين واسلوب فهمه للنصوص وكيف يستنبط الأحكام الشرعية منها .

ولكن نبدأ حسب المنهج التاريخي بمدرسة العراق ثم الحجاز ثم الشافعى .:

أ. مدرسة العراق .

كان إمام هذه المدرسة من الصحابة ، عمر بن الخطاب ، وعبد الله بن مسعود ، وعلى بن ابى طالب رضى الله عنهم جميعاً ، وتأثر بهم عدد من التابعين ، ساروا على منوالهم ، وتأثروا بآرائهم وإجتهاداتهم منهم الفقهاء الستة (1) :

1. علقمة بن قيس النخعى (ت 62 هـ) .

(1) د. شعبان محمد إسماعيل ، أصول الفقه الإسلامى ، دار السلام ، 2010م ، ط1 ص 33 .

2. الأسود بن يزيد النخعي (ت 75 هـ) .
3. مسروق بن الأجدع الهمداني (ت 63 هـ) .
4. عبيدة بن عمرو السلماني (ت 72 هـ) .
5. شريح بن الحارث القاضي (ت 82 هـ) .
6. الحارث الأعور .

كان هؤلاء الستة هم أصحاب عبد الله بن مسعود ، الذي تأثر بفقهِ عمر بن الخطاب ، وعن هؤلاء الفقهاء أخذ إبراهيم النخعي ، وعامر بن شراحيل الشعبي .  
لم تكن شهرة هذه المدرسة كمدرسة المدينة ، ولم تظهر آثارها الفقهية وتشتهر آراؤها إلا بعد ذلك ، وبخاصة عند ظهور الإمام أبو حنيفة واصحابه ، عندما ابتدأ يبرز الى الميدان ، ويكافح في سبيل نشر آرائه في عصر بني العباس .  
وعليه الحديث عن منهج الإمام أبوحنيفة واصحابه كما يلي : .  
(1) أبوحنيفة وفقهه .

هو أبو حنيفة النعمان بن ثابت ، الفارسي الأصل المولود سنة 80 هـ والمتوفى سنة 150 هـ ، روى أنه لقي بعض الصحابة وسمع منهم مثل أنس ابن مالك وعبد الله بن الحارث بن حسن الزبيدي ، كما أخذ من علماء عصره وفي مقدمتهم ، أبو جعفر الباقر ، وزيد بن علي ، ونافع مولى بن عمر ، وسفيان الثوري، والأوزاعي ، أما الإمام الذي لازمه أبو حنيفة حتى خرج به هو أبوإسماعيل حماد بن أبي سليمان الأشعري (1).  
أولاً : القرآن الكريم  
(أ) قرارءات أبو حنيفة وأثرها التشريعي .

كان لأبي حنيفة بعض قراءات لها أثر تشريعي واضح في إستنباط بعض الأحكام الفقهية ، وذلك مثل ما يرويه السرخسي : ( أما صوم كفارة اليمين فثلاثة أيام متتابعة عندما ، خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى قال : أنه مطلق في القرآن .

وهي قراءة بن مسعود وعلي بن أبي طالب اللذين نشرهما في العراق بصفة خاصة ، مما تستتبعه هذه القراءة من نتائج تشريعية ، على الأخص بالنسبة لأبي حنيفة وأصحابه خاصة . نوع من إختيارهم من علم الصحابة وأقوالهم حتى

(1) أ.د. محمد بلتاجي ، مناهج التشريع الإسلامي ، في القرن الثاني الهجري ، ، دار السلام ، ط1 ، 2007م

تتعدد فى المسألة الواحدة وهى سمة منهجية لأبى حنيفة فى حين يرى الإمام الغزالى وجمعاً من الفقهاء وقبلهم الإمام الشافعى لا يعتبروا قراءة ابن مسعود حيث يشترطوا التواتر فى كل آية من القرآن الكريم ، فهذه الزيادة لم تتواتر فليس من القرآن . وأبوحنيفة قال : يجب التتابع ، لأنه وأن لم يثبت كونه قرآناً فلا أقل من كونه خيراً ، العمل يجب بخبر الواحد على أية حال ، فإن الفقهاء والأصوليون قد يتفقون أو يختلفون مع أبى حنيفة ومدرسته فى الأخذ بقراءة ابن مسعود بما تحويه من نتائج تشريعية ، لكن مناقشتهم معه فى ذلك تظل فى نطاق الموضوعية العلمية ومتطلباتها فى البحث عن الحقيقة .

(ب) النص القرآنى عند أبى حنيفة بين اللفظ والمعنى .

قال أبو الحسن البزدوي الحنفى أن القرآن هو النظم والمعنى جميعاً فى قول عامة العلماء وهو الصحيح من قول أبى حنيفة عندنا ، إلا أنه لم يجعل النظم ركناً لازماً فى حق جواز الصلاة خاصة (وأصل هذه المسألة كما يقول السرخسى هو أن المصلى (إذا قرأ فى صلاته بالفارسية جاز عند أبى حنيفة رضى الله عنه ويكره وعندهما يعنى أبا يوسف ومحمد بن الحسنو لا يجوز إذا كان بحسن العربية لايجوز إذا كان محسن ، وعند الشافعى ولايجوز القراءة بالفارسية بحال. ولكنه إذا كان لا يحسن العربية وهو أمى يصلى بغير قراءة . وكذلك الخلاف فيما إذا تشهد بالفارسية ، أو خطب الإمام يوم الجمعة بالفارسية (1). رغم أن المؤلف لم يقبل تخريج السرخسى لرأى أبى حنيفة ورأى صاحبه فى قراءة القرآن فى الصلاة بغير العربية و لا يتفق الباحث الى ما ذهب إليه عبد العزيز البخارى كما أورده المؤلف أن اباحنيفة رأى أن يرخص لفرس وهم كثر بالعراق من ذلك عملاً بقاعدة التفسير ورفع الحرج التى هى إحدى مقررات التشريع الإسلامى العامة ، ويرى الباحث أن يأتى بمن علمه الإسلام الى حين تعلم الحد الأدنى من القرآن كقراءة الفاتحة أو ما تيسر من القرآن ، وخاصة عصرنا أن وسائل ووسائط التعليم متعددة ومتوفرة .

(ج) دلالة الخاص والعام فى القرآن عنده .

عند أبى حنيفة كل من اللفظ الخاص واللفظ العام قطعى الدلالة على ما وضع له قبل التخصيص . ومن ثم أى تغيير فى حكم الخاص بنص آخر نسخا له . بشرط أن يكون التغيير فى قوة الخاص والمنسوخ .

(1) المرجع السابق ، ص 209 .

ومن ثم لم يجز نسخ اللفظ الخاص فى قوله تعالى ( أركعوا وأسجدوا ، يخير الواحد الذى ليس فى قوته ، وذلك أن الركوع لفظ خاص وضع للانحناء والميل عن الاستواء وهو قطعى فى هذه الدلالة فيجب العمل به على قطعته دون النظر الى تقييده بما روي من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لإعرابي لم يطمئن فى ركوعه ( قم فصل فإنك لم تصل) وذلك أن هذا القول ورد فى خبر آحاد ، وخبر الآحاد لا ينسخ لفظ القرآن الخاص لأنه ليس فى قوته . لكن مضمون خبر الآحاد هنا يلحق بمضمون الآية الحاق الفرع بالأصل ، بحيث لا يؤدى الى إبطال الأصل ، فيأثم تاركه دون أن تبطل صلاته .

وبهذا لا تبطل صلاة تارك الإطمئنان فى ركوعه عند أبي حنيفة ، لأن الإطمئنان ملحق باصل الركوع الحاق الواجب بالفرض .

أما لفظ العام فهو قطعى الدلالة أيضاً فيما وضع له قبل التخصيص ، فإذا عارضه خبر آحاد خاص بالدلالة لم ينسخ العام به عند أبي حنيفة ، سواء كان قرآناً أو سنة ، بل أن الخاص الذى هو خبر واحد يترك حكمه من أصل العام الذى يظل على عمومته المطلق ويظهر ذلك عندما تناولنا للسنة عند أبي حنيفة .

ثم أن أبا حنيفة كان يرى . أن النص العام يفقد شيئاً من قوته إذا خصص وتصبح دلالاته ظنية ، ومن ثم يمكن تخصيص هذا الباقي بخبر الآحاد أو القياس واحتج على إستحقاق الشفعة بالجوار بقوله صلى الله عليه وسلم ( الجار أحق بصقبه) وهذا عام دخله خصوص ، فإن الجار عن وجود الشريك لا يكون أحق بصقبه .

ثانياً : السنة النبوية عند أبي حنيفة

(أ) السنة المتواترة .

مما لا شك فيه أن أبا حنيفة ، كغيره من جمهور فقهاء المسلمين كان يرى أن أول أقسام السنة هو الحديث المتواتر الذى وصل إليه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بلا شبهة حتى صار بالمسموع منه ، وذلك بأن يرويه فى الطبقات الثلاث الصحابة والتابعون تابعوا التابعين منذ عصر الرسول الكريم . قوم لا يتوهم تواطؤهم على الكذب ، لكثرتهم ، وعدالتهم وتباين أماكنهم .

وذلك مثل كون الصلوات الواجبة خمسة ، وأعداد الركعات فيها ، ومقادير الزكاة المتفق عليها ، من ثم يقول السرخسي ( المذهب عند علمائنا أن الثابت بالمتواتر من الأخبار علم ضروري كالثابت بالمعينة)<sup>(1)</sup>.

ولهذا لم نجد أباحنيفة يخالف شيئاً من سنة الرسول (ص) الثابتة بطريق التواتر .

#### (ب) السنة المشهورة المستفيضة .

كان أبو حنيفة يفرق بين الأحاديث الغير متواتر على أساس شهرتها وإستفاضة روايتها بين العلماء والرواة ويقسمها الى ( أخبار المشهورة المستفيضة ، وأخبار الآحاد التي لم تصل الى درجة من الشهرة والإستفاضة وشيوع الرواية .

يقبل أبوحنيفة المشهور المستفيض كما يقبل المتواتر ومن أمثلة الحديث المشهور المسح على الخفين ، وحديث رجم الزاني المحصن ، ودليل قبول أبو حنيفة المشهور أنه زاد بالأحاديث المشهورة على ما فى القرآن فى قوله تعالى ( يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم الى الصلاة فأغسلوا وجوهكم وأيديكم الى المرافق ) وقوله تعالى ( الزاني زلزانة فأجلدوا كل منهم مائة جلدة)معنى هذا أن أباحنيفة كان يقبل الأحاديث المتواترة والمشهورة دون شروط وكان يزيد بها على ما فى القرآن الكريم وقد أطلق بعض الأصوليون على هذه الزيادة إسم النسخ . أما إذا لم يكن الخبر متواتر أو مشهور بأن كان خبر آحاد لم تستفرض روايته فله موقف آخر .

#### (ج) خبر الآحاد .:

ويرى البروفسير محمد بلتاجي أن تدقيقه فيما يروى عن أبى حنيفة فى خبر الآحاد قد قام بإستخلاص كل ما قاله أصوليو مذهب أبى حنيفة ، مضافاً إليه ما استتبطه الأصوليون الآخرون فى هذا الشأن ، من كل ما ليس الى مذهب أبى حنيفة فى العمل بالأخبار على وجه العموم ، وقد راجع كل ما استخلصه عن فقه أبى حنيفة ومسائله وأقواله ذاتها ، وانتهى الى أن أباحنيفة كان يرى أن خبر الواحد لا يوجب علم اليقين إنما يوجب العمل به شروط متعلقة بنقد الروايات وتوثيقها سواء نقد خارجى متصل بسند الرواية وأحوال الرواة أو نقد داخلى متصل بمضمونها وماتودى إليه على النحو الآتى :

(أ) مقاييس النقد الخارجى لخبر الواحد عند أبى حنيفة :

1/ الإسلام .

(1) أ.د. محمد بلتاجي ، مناهج التشريع الإسلامى ، فى القرن الثانى الهجرى ، ، دار السلام ، ط1 ، 2007م ، ص 221 .

2/ العقل .

3/ الضبط .

4/ العدالة .

يجب أن نلاحظ أن اباحنيفة لا يطبق مقاييسه هذه في طبقة الصحابة من رواية أخبار الآحاد ، بل يطبقها فيمن تلاحظ بعد ذلك ممن روى عنهم ، لأن الصحابة عدول في الرواية عن الرسول (ص) الكريم . كما طعن في رواية زيد بن أبي أي عياش التالي في سند حديث بيع الرطب لسيدنا سعد بن وقاص .

(ب) مقاييس النقد الداخلى لخبر الواحد عند أبي حنيفة .

كان أبو حنيفة يشترط في مضامين أخبار الآحاد التي يقبلها الآتى :

1/ ألا يخالف مضمون خبر الواحد وما تضمنه أحد المصادر السابقة عليه في حجيتها ، يعنى الكتاب والسنة المتواتر والمشهور ، والأصول التشريعية المتفق عليها . وعند التعارض ترجح الأقوي وخبر الواحد أقل هذه المصادر . وأمثلة ذلك أن لبأحنيفة رفض عدداً كبيراً من أخبار الآحاد التي عمل بها غيره كرفضه خبر المصرة وهو ماروي من أن رسول الله صلي الله عليه وسلم قال ( من إشتري مصرة فهي فيها بالخيار ، إن شاء ردها ورد معها صاعاً من تمر ) فمضمون الحديث مخالف لما هو أقوى منه من كتاب وسنة وأصل مجمع عليه أما الكتاب فأية (فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ)<sup>(1)</sup> هي تحتم الضمان بالمثل ، والصاع من التمر ليس بمثل ولا قيمة .

أما السنة فحديث ( الخراج بالضمان ) فلا يكون اللبن مضموناً حيث كانت المصرة تحت ضمان المشتري وأما مخالفته للأصول فإن ( أوجب الرد من غير عيب ولا شرط ، وقدر الخيار بثلاثة أيام وإنما يتقيد بالثلاثة خيار الشرط ، وأوجب الرد بعد ذهاب جزء من المبيع ، وأوجب البديل مع قيام المبدل ، وقدر بالتمر والطعام والمتلفات إنما تضمن بالمثل

(<sup>1</sup>) سورة البقرة ، الآية 194 .

أو القيمة ، وجعل الضمان بالقيمة مع أن اللين مثلى ، ويؤدى الى الريا  
إذا كان ثمن المصرة بالتمر حيث يزيد صاعاً منه ، كما يؤدى الى  
الجمع بين العوض والمعوض وتلك ثمانى مخالفت للأصول تقتضى ترك  
العمل بظاهره ) ومن ثم قيل . أن حديث المصرة لصحة سنده منسوخ  
بآية ضمان العدوان بالمثل أو بحديث الخراج بالضمان (1).

كما رد أبو حنيفة خبر ( لا صلاة لمن لم يقرأ فاتحة الكتاب) لمخالفته  
معمول قوله تعالى (فَأَقْرءُوا مَا كُتِبَ مِنَ الْقُرْآنِ) (2)

فى الحقيقة أن رد أخبار الآحاد ورفضها عند ابى حنيفة وطعنه فيها فإنما  
ردها بتطبيقه للقياس ، وكثير منها رده لمخالفته ظاهر الكتاب ، وبعضها  
لمخالفته السنة المتواترة أو المشهورة ، وبعضها لمخالفته للأصول  
التشريعية المتفق عليها والعمول بها .

2/ ألا يخالف الصحابي الذى روى خبر الواحد مضمون روايته فى عمله  
وفتواه ، لأن مخالفته له مع أنه هو الذى رواه تدل على أنه على شيئاً  
سواء هذه المخالفة من نسخ أو معارضة بما هو أرجح أو تخصيص ، أو  
نحو ذلك .

ومن ثم لم يعمل أبو حنيفة بخبر (لانكاح إلا يولى)  
لأن روايته السيدة عائشة ( لم تعمل بهذا الخبر ، حيث زوجت بنت أخيها  
عبد الرحمن من غير علمه كما فى الموطأ وترك الراوي العمل بحديثه  
علة قاذحة فى الحديث ) .

3/ ألا ينكر راوى الخبر أنه رواه .  
يرى السرخسي أن أبا حنيفة قد وافقه أبو يوسف كان لا يعمل بالخبر إذا  
أنكر راويه أنه رواه ، فقد روى سليمان بن موسى ، عن الزهري ، عن  
عروة ، عن عائشة رضى الله عنها أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال  
( أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل) ثم روى أن ابن جريح

(1) أ.د. محمد بلتاجى ، مناهج التشريع الإسلامى ، فى القرن الثانى الهجرى ، ، دار السلام ، ط1 ، 2007م ، ص 228 .

(2) سورة المزمل ، الآية 20 .

سأل الزهري عن هذا الحديث فلم يعرفه ، فلم يعمل به أبوحنيفة لإنكار راويه وهو الزهري .

أما الشافعي ووافقه محمد بن الحسن لم يقبل هذا المقياس وحمل إنكار راوى الخبر له على عدم تذكر روايته له ، ومن المعقول أن يروى الراوى حديثاً ، ثم ينسأه هو ، لكن رواته عنه يروونه .

4 / ألا يرد خبر الواحد فيما تعم به البلوى .

لأن ما تعم به البلوى يحتاج كل مسلم منذ عصر رسول الله صلي الله عليه وسلم الى معرفته ، وبناء عليه ، فإن العادة تقتضي إستفاضة نقله وشهرته ، ( لأن النبي الكريم لا يقتصر فيما تعم البلوى به على مخاطبة واحد ، بل يلقيه الى عدد يحصل به التواتر والشهرة مبالغة فى إشاعته لحاجة الخلق إليه ) .

ومن ثم رفض أبوحنيفة حديث الجهر بالبسملة وهو مارواه أبو هريرة أن النبي صلي الله عليه وسلم كان يجهر بالبسملة ، فإنه لما شذ مع إشتهار الحادثة لم يعمل به .

روى السرخسي أن الكفاءة فى النكاح تعتبر بأمر منها النسب والمال ، يرى أبوحنيفة أن ذلك غير معتبر أصلاً لحديث اعتبره شاذ وهو ماروى أن الرسول صلي الله عليه وسلم قال ( الناس أكفاء إلا الحائك والحجام ) وقال أبوحنيفة الحديث شاذ لا يؤخذ به فيما تعم به البلوى) يعنى أمور الزواج وانتشار هاتين المهنتين فى المجتمع .

يخلص البروفسير محمد بلتاجى فى القول عن موقف أبى حنيفة من أخبار الآحاد بعد تدقيقه أنه كان أبوحنيفة لا يرد حديثاً ثبت عقده عن رسول الله صلي الله عليه وسلم كما أورده الجميلة عبد البر بن الحكم ابن هشام بل أن عدد كبير من الفقهاء من لا ينتسبون الى مذهب ابى حنيفة فى مقدمتهم ابن حزم الظاهري وقد قرروا أن أبا حنيفة لم يحل القياس مع وجود الخبر<sup>(1)</sup> وكذلك قرر ابن القيم هذه الحقيقة .

(1) أ.د. محمد بلتاجى ، مناهج التشريع الإسلامى ، فى القرن الثانى الهجرى ، ، دار السلام ، ط1 ، 2007م، ص241 .

فينبغي أن نعرض لموقف ابي حنيفة من الأحاديث التي لم يتصل فيها  
السند الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يرى أبو حنيفة من عدم  
إتصال السند في ذاته ، مطعنا في الحديث المروى ما دام من شروط  
قبول الراوية قد توافرت إذا كان يأخذ بالمرسل .

كان أبو حنيفة يعتبر الضابط في الأخبار بأن يحفظ الراوى المسموع من  
وقت السماع والفهم الى وقت الأداء . وكان هذا مذهبه في الأخبار  
الشهادات جميعا ، وكان أشد دقة وصحة وكمال التلقى والضبط والأداء  
لنقل الحديث حرصاً من أبي حنيفة على نقل حديث رسول الله صلى الله  
عليه وسلم .

كما ذكرت من قبل أن الزيادة على القرآن بالسنة المشهورة جائزة عند أبي  
حنيفة وهو ما أطلق عليه أصولى الحنفية النسخ وعليه نستطيع أن  
نستخلص من فقه أبي حنيفة وأقواله أن يلحق بالنصوص من أنواع النسخ  
من أنواع النسخ ينحصرون الآتى :

(1) نسخ الكتاب بالكتاب .

كنسخ أمساك الزوانى فى البيوت بآية سورة النور .

(2) نسخ السنة بالسنة :

منها قول النبى (ص) ( إنى كنت نهيتكم عن زيارة القبور ألا  
فزورها) .

(3) نسخ الكتاب بالسنة :

كما فى السنة المشهورة وأيضاً نسخ (كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا

حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ)<sup>(1)</sup>

بحديث ( أن الله أعطى كل ذى حق حقه ألا لا وصية لوارث)

ابو حنيفة أنه كان يشترط نسخ القرآن بالسنة أن تكون السنة  
متواترة أو مشهورة . وهو شرط معقول ، لأن نسخ شئ من القرآن

(<sup>1</sup>) سورة البقرة ، الآية 180 .

الذى ثبت بالتواتر لابد أن يشتهر ويستفيض روايته وهو ما لايتوافر فى خبر الواحد (1) .

(4) نسخ السنة بالكتاب .

مثل نسخ التوجه الى بيت المقدس الذى تبين بالسنة بقوله تعالى  
فَوَلِّ وَجْهَكَ شَطْرَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ (2) .

لم يرى أبو حنيفة نسخ شئ من النصوص بالإجماع أو بالقياس أو الإستحسان أوغيرها من الأدلة غير النصية .

ويذكر بأنه قال أن الناسخ والمنسوخ إنما يدخل فى الأمر والنهى وحدها . وقد حكى القرطبي أن الجمهور على أن النسخ مختص بالأوامر والنهى ( والخبر لايدخله النسخ لإستحاله الكذب على الله تعالى)

لم ير ابو حنيفة أن النص الخاص يحكم به على النص العام فى نفس المسألة بصورة مطلقة ، بل أنه كان يرى أن العام ينسخ الخاص إذا قام الدليل القطعى على أن العام قد خصص به، بأن يتأكد الفقيه من سبق العام عليه زمناً . ولذلك فإنه نسخ حديث العرنين الذى أبيح فيه التداوى بأبوال الإبل .

وهو خاص بالخبر العام وهو قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ( استترحوا من البول وذلك لأنه لم يثبت عنده أن خبر العرنين لاحق فى الزمن لهذا الخبر العام ) .

ثالثاً الإجماع

لم يتناول أبوحنيفة الإجماع كمصدر مستقل فى تقريره العام لمنهجه ، ولكنه كان يدرك معنى الإجماع فيما تواتر من الأحاديث عن الرسول صلى الله عليه وسلم ، وكان يعمل بالمجمع عليه من الأحاديث إذا كان هذا المجمع عليه من المعلوم من الدين بالضرورة ومستنده هو نصوص السنة المتواترة فقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية فى الخطأ وشبه العمد على العاقلة وهى العشييرة . فلما كان زمن عمر رضى الله عنه ودون الدواوين صار التناصر بينهم

(1) أ.د. محمد بلتاجى ، مناهج التشريع الإسلامى ، فى القرن الثانى الهجرى ، ، دار السلام ، ط1 ، 2007م ص 246.

(2) سورة البقرة . الآية 140 .

بالديوان ، فكان أهل الديوان الواحد ينصر بعضهم بعضاً وأن كانوا من قبائل شتي ( ومن ثم فإن عمر بن الخطاب فرض العقل على أهل الديوان كما روى محمد ابن الحسن فى كتابه المعامل ، وبهذا أخذ أبوحنيفة وأصحابه قالوا العقل على أهل الأيوان . وأبى الشافعى ذلك فقال هو على العشيرة ، فقد كان عليهم فى عهد الرسول الكريم ولا نسخ بعد رسول الله ، مسند أبوحنيفة وأصحابه فى ذلك أنه .قد قضى به عمر رضى الله عنه على أهل الديوان وبمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه منكر ، فكان ذلك إجماعاً منهم .

#### رابعاً : قول الصحابة .

هو عند أبى حنيفة متقدم على القياس بحيث يترك القياس عند وجود قول الصحابى . إختار أبو حنيفة من أقوال الصحابة لما أختلفوا فى المسألة الواحدة قول سيدنا أبوبكر وعبد الله بن عباس وعائشة وعبد الله بن الزبير فى ميراث الأخ الشقيق مع الجد حيث قالوا بأن المال للجد وهو بمنزلة الأب فى كل ميراث ، بينما قال على بن أبى طالب وزيد بن ثابت وعبد الله ابن مسعود بالمنافسة بين الجد والأخ ، وقد إختاره ابن أبى ليلى .

#### خامساً : القياس .

لم يكن يلجأ أبو حنيفة الى القياس مادام يجد نص القرآن صريحاً مفصلاً ، أو ما دام يجد نص السنة الثابت بناء على منهجه السابق ، أو يجد قول الصحابى ، فإذا لم يجد شيئاً من ذلك فى المسألة فإنه كان يلجأ الى الرأي والإجتهد بمعناه العريض وطرقه المتعددة عنده وكان القياس أولى ما يلجأ إليه أبو حنيفة فى هذا المجال فالقياس إذن يجرى فى مسألة لم ينص على حكمها ، بيد أن أبوحنيفة يحاول أن يردّها الى أصل من الأصول المنصوص أو للمجمع عليها فى الشرع ، ثم يعتبر هذا الرد نوعاً من إتباع النصوص بصورة عامة ، كما أنه يتخذة بمثابة الشهود العدول على أن الحكم الذى يستنبطه بطريق القياس يجرى فى طريق الحق وطلبه . ومن ثم نجد أن معنى القياس . كما عرف الأصوليون بعده كان فى إعتبار أبى حنيفة وهو يقيس (1) .

كان يفرق أبوحنيفة فى أقيسته بين الأمور التعبدية المحضة كالعبادات والمقررات الشرعية التى نص الشارع عليها ، مما لا محال للعقل لأن يدرك علة الحكم فيها ، وبين باقى النصوص التشريعية التى يدرك العقل علة الحكم فيها وهذا ما يتفق مع رؤية الباحث فى تقرير الفرق بين

(1) أ.د. محمد بلتاجى ، مناهج التشريع الإسلامى ، فى القرن الثانى الهجرى ، ، دار السلام ، ط1 ، 2007م ، ص 261 .

القاعدة الدينية المحضة التي لا تقبل التعليل والقاعدة الشرعية أو القاعدة القانونية التي يبحث عن علتها .

شروط القياس عند أبي حنيفة هي :

أولاً : ألا يكون الأصل المقيس عليه مخصوصاً بحكمه بالنص ، لأنه متى تبين إختصاصه بالنص صار التعليل مبطلاً له ، وذلك باطل .

مثال : إن الله تعالى شرط العدد في جميع الشهادات المطلقة فقال تعالى (وَاسْتَشْهِدُوا شَهِدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ) (وَاشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ) (فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَمْرَةً<sup>(1)</sup>)

ثم أنه ثبت بالنص أن رسول الله صلي الله عليه وسلم قبل شهادة خزيمة بن ثابت وحده ، فلا يجوز تعليله وإلحاق غيره به في هذا الحكم ( لأن تخصيص خزيمة ثبت بطريق الكرامة ، وهي توجب إنقطاع شركة الغير فتعليله لإلحاق غيره به سواء كان مثله في الفضيلة ، أو فوقه ، أو دونه ، يتضمن إبطال الحكم الثابت بالنص ، فيكون باطلاً )<sup>(2)</sup>.

ثانياً : ألا يكون الأصل المقيس عليه معدولاً به عن القياس ومستثنى منه ، لأنه إذا إستثنيت بالنص حالة من القياس الفعلى العام فإنما تختص هذه الحالة بالحكم ، ولا يجوز القياس عليها وإلحاق فرع بها في هذا الأصل .

مثال القياس العام يقتضى إبطال صوم من أدخل شيئاً في جوفه ، وبهذا جاءت النصوص العامة ، ولكنه ثبت بنص الحديث أن رسول الله صلي الله عليه وسلم قال للإعرابي الذي أكل ناسياً في رمضان ( تم على صومك ، فإنما أطعمك الله وسقاك ) فثبت هذا الحكم بالنص معدولاً به عن القياس العام ، ومن ثم لا يصلح التعليل فيه للقياس عليه .  
وعليه فقد قبل أبو حنيفة من هذا الخبر لتحقيق شروط قبوله عنده فيه ، وإستثناء من أصل العمل بالقياس العام ، لكنه جعل الحكم فيه مختصاً بما نص عليه .

ثالثاً : أن يتعدى الحكم الشرعى الثابت بالنص بعينه الى فرع هو نظيره ولا نص فيه ، لأن القياس محاذاة بين شيئين فلا يثبت وجوده إلا في محل قابل له وهو الفرع الذي هو نظيره ولا نص فيه .مثال إثبات إسم الزنا للواطه وإسم الخمر لسائر الأشربة ، وإسم السارق للنباش

(<sup>1</sup>) سورة البقرة ، الآية 282 ، سورة الطلاق ، الآية 2 ، سورة النساء ، الآية 15 .

(<sup>2</sup>) أ.د. محمد بلتاجي ، مناهج التشريع الإسلامي ، في القرن الثاني الهجري ، ، دار السلام ، ط 1 ، 2007م ، ص 262 .

باطلاً لأن شرط القياس مكان تعديه الحكم الشرعى فى الأصل المنصوص عليه ، والزنا والخمر والسارق أسماء لغوية موضوعة لمسميات خاصة بعينها ، فلا تقبل التعليل والتعدية الى غيرها مما يشابهها فى بعض الوجوه ، ومن ثم لا يجرى فيها القياس .

رابعاً : أن يبقى حكم النص بعد التعليل على ما كان عليه قبله ، لأن القياس أضعف فى درجة حجيته من النص ، وهو لذلك لا يعارضه ، ومن ثم لا يغير حكم النص به .

ومن ثم لم يقبل أبوحنيفة أن يكون الخيار فوق ثلاثة أيام ، لأن الخيار للنظر ومازاد فيه إبطال النص ، كما قال أبو حنيفة وهو التقدير بثلاثة أيام ، وهذه المدة تامة صالحة لإستيفاء النظر ودفع الغبن .

وتلك الضوابط التفصيلية للعمل بالقياس عند أبى حنيفة .

الجدير بالذكر أن باقى الأدلة موجودة عند أبى حنيفة من إستحسان ، وعرف وإستصحاب ، وسد للثغر وشرع من قبلنا ، وإجازة الحيل الشرعية وأخير الفقه الإفتراضى .

هنا ملاحظة جديرة بالذكر والإعتبار أن أصحاب أبوحنيفة هم أبويوسف وزفرو محمد بن الحسن الشيبانى ، إذا طلب أبوحنيفة حكماً لواقعة شاو هم وناظرهم ، وحاورهم وسألهم ، فيسمع ما عندهم من الأخبار والآثار ، ويقول ما عنده ، وينظرهم شهراً أو أكثر حتى يستقر أحد الأقوال فيثبته أبويوسف، حتى أثبت الأصول على هذا المنهج الشورى ، لا لأنه تقرر بذلك كغيره من الأئمة (1).

وقد قرر البروفسير محمد بلتاجي أن كل الإختلافات الفقهية بين أبى حنيفة وأصحابه أو بينه وبين بعضهم ، أو بين هؤلاء الأصحاب أنفسهم فلن نجدنا راجعة الى إختلاف المنهج العام بينهم ، بل ترجع إلى أسباب أربعة ذكرها كما يلى (2) :

1/ السبب الأول : إختلاف القول بينهم فى المسألة الواحدة بسبب إختلاف الحديث الذى صح لدى كل منهم فيها .

2/ السبب الثانى : إختلاف الأعراف الإجتماعية التى عاصرت الأصحاب وبين صدورها عن الأعراف الإجتماعية التى سادت عصر أبى حنيفة وشاهوها ، وذلك فى الأحكام التى يرجع فيها الى الأعراف والعادات .

3/ السبب الثالث : تطبيق منهج أبى حنيفة نفسه فى التخيير فى أقوال الصحابة ، إذا إختلفوا فى المسألة مع عدم الخروج عن مجموع أقوالهم فيها .

(1) المرجع السابق ، ص 293.

(2) المرجع السابق ، ص 297.

4/ السبب الأخير : إختلاف وجهة النظر الخاصة الى الاعتبارات العقلية والتشريعية فى المسألة الواحدة ، إختلافاً لا يرجع الى إختلاف الأصول ، وإنما يرجع الى التقدير الذاتى فى النظرة الى هذه الاعتبارات فى كل مسألة . وهى كشف لأسس تفكير كل منهم وفى تقرير الإعتبارات التى يراعيها فى هذه المسألة .

ب. مدرسة الحجاز ومميزاتها .

إنتقلت الخلافة من المدينة المنورة الى العراق والشام ، ولم يبق فى المدينة إلا المجال العلمى ، فاصبحت مأوى الفقهاء وجمع العلماء ، ومهد السنة النبوية ، ودار الفقه ، ومنبع الحديث ، ففيتها قامت تلك المدرسة على أساس أن أهل الحرمين أثبت الناس فى الفقه ، لأنها البلد الذى عاش فيها الأصحاب ، ووجدت فيها السنة ، وما وجدوه مجمعاً عليه بين العلماء ، فإنهم يتمسكون به ، وما كان فيه إختلاف عندهم فإنهم يأخذون باقواه وأرجحه ، أما بكثرة من ذهب إليه ، أو موافقته لقياس جلى ، أو تخريج ضريح من الكتاب والسنة ، أو نحو ذلك (1).

أصل مذهب هذه المدرسة يرجع الى عبد الله بن عمر بن الخطاب وزيد بن ثابت وعائشة ، وعبد الله بن عباس رضى الله عنهم جميعاً .

وقد مثل هذه المدرسة من التابعين فقهاء المدينة السبعة وهم :

- (1) سعيد بن المسيب (ت 94 هـ) .
- (2) عروة بن الزبير (ت 94 هـ) .
- (3) القاسم بن محمد بن أبى بكر (ت 106 هـ) .
- (4) خارجة بن زيد بن ثابت (ت 99 هـ) .
- (5) أبوبكر بن عبد الرحمن بن الحارث (ت 94 هـ) .
- (6) سليمان بن يسار مولى ميمونة بنت الحارث زوج الرسول صلى الله عليه وسلم (ت 181 هـ) .
- (7) عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود (ت 98 هـ) .

وسموا عصرهم بعصر الفقهاء السبعة ، وكان عملهم هو تأسيس الفقه الإسلامى بوضع الخطط الأولى للمنهج الفقهى ، وبما رسموه من الرأى ، والنظر ، والأخذ بالسنن ، فيما يطابق حاجات عصرهم المختلفة .

(1) د. شعبان محمد إسماعيل ، أصول الفقه تاريخه ورجاله ، دار السلام ، 2010م ، ص37.

ومن أشهر من تتلمذ على هذه المدرسة هو الإمام مالك رضى الله عنه وهو يمثل مذهب أصل السنة وسنتحدث عنه كما يلي :

### الإمام مالك فقهه ومنهجه

هو عالم المدينة الأشهر مالك بن أنس الصبحي ، ولد سنة 93 هـ ومات سنة 179 هـ . تلقى العلم عن علماء المدينة وفي مقدمتهم ربيعة بن أبي عبد الرحمن وابن هرمز أبوبكر بن يزيد وابن شهاب الزهري ونافع مولي ابن عمر وغيرهم ، كما لقي جعفر الصادق ، ولقي أباحنيفة ففتبأ له بالنبوغ .

واِتصل بالليث بن سعد ، كما تتلمذ عليه الإمام الشافعي (1).

ودون مالك بن أنس فقهه في كتابه الموطأ ، وتفصيلات منهج مالك الفقهى مستخلصة من هذا الكتاب . ومن عادت سيدنا مالك أن يذكر في مقدمة الموضوع ما فيه من الأحاديث ثم ما فيه من الآثار عن الصحابة ، أو التابعين ، وقل أن يكونوا من غير أهل المدينة . وأحياناً يذكر ما عليه العمل أو الأمر المجتمع عليه في المدينة . الى جانب الموطأ توجد أقواله في المدونة ، ومسائل المدونة تبلغ ستا وثلاثين ألف مسألة . وهذه المدونة هي أساس العلم عند أتباع الإمام مالك (2).

منهج مالك وموقفه من الأدلة الشرعية .  
أولاً : القرآن الكريم

القرآن الكريم عند الإمام مالك هو المنزل بلفظه ومعناه ، وهو غير مخلوق ، لأن كلام الله من الله ، وليس من الله شئ مخلوق .

كان الإمام يتحرج تحرجاً شديداً من القول في القرآن بمجرد للرأى دون الرجوع الى أثر من علم يستند إليه خشية القول على الله بمجرد الظن .

### 1. تخصيص العام .

كان الإمام مالك يرى جواز تخصيص العام بالآتى :

أ. بالعقل كقوله تعالى (وَخَاقَ كُلِّ شَيْءٍ وَهُوَ كَلِّمٌ عَلِيمٌ) (3) حيث أخرج

العقل ذات الله وصفاته .

(1) أ.د/ محمد بلتاجى ، مناهج التشريع الإسلامى فى القرن الثانى الهجرى / دار السلام ، ص 407.

(2) المرجع السابق ، ص 409.

(3) سور الأنعام ، الآية 101 .

ب. بالإجماع كقوله تعالى (أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ آدَىٰ أَلَّا تَعُولُوا) (1) حيث خرجت منه الأخت من الرضاة إجماعاً .

ج. الكتاب بالكتاب . كقوله تعالى (وَالْمُطَلَّاتُ بِسَرِّضَنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ) (2) فذلك عام في كل مطلقة خصصه قوله تعالى (وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ) (3)

د. تخصيص الكتاب بالسنة المتواترة ، قولاً كانت أو فعلاً ومثال قوله تعالى (يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَىٰ فَإِن كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَابْنُوهُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَكْدٌ فَإِن لَّمْ يَكُنْ لَهُ وَكْدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِن كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ آبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَعْمًا فَرِضَةٌ مِنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ حَكِيمٌ) (4) مع قوله صلي الله عليه وسلم ( القاتل لا يرث) أما تخصيص الكتاب مع السنة الفعلية المتواترة ممثلاً تخصيص قوله تعالى ( الزانية والزاني فأجلدوا) بما تواتر عنه صلي الله عليه وسلم من رجم المحصن في قصة ماعز .

هـ. يرى تخصيص الكتاب بخبر الواحد ، مثل تخصيص آية الإرث بقوله صلي الله عليه وسلم ( نحن معاشر الأنبياء لا نورث ، ما تركناه صدقة) وقوله تعالى ( وأحل لكم ما وراء ذلكم ) بقوله صلي الله عليه وسلم ( لا تتكح المرأة على عمتها ولا خالتها )

و. يرى جواز تخصيص عام القرآن بالقياس ، بإعتبار أن كلا منهما حجة في دلالته إذا انفرد ، إلا أن دلالة النص العام قابلة للتخصيص ، والقياس الخاص ، فيقدم القياس على النص الخاص إذا قابل عموم نص آخر والمثال في قوله تعالى (وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا) (5) حيث يقاس بيع الأرز متفاضلاً ونسيئته

(1) سور النساء ، الآية 3.

(2) سور البقرة ، الآية 228.

(3) سور الطلاق ، الآية 4

(4) سور النساء ، الآية 11.

(5) سورة البقرة ، الآية 275.

على بيع الذهب بالذهب المنهى عنه بالحديث ، ومن ثم يخصص هذا القياس عموم الآية التي أحلت كل بيع ، ويكون هذا التخصيص نوعاً من بيان القرآن بالإجتهد والمستند الى نص الحديث .

ز . يرى الإمام تخصيص عام بالقرآن بالعادة والعرف ، حيث تكون العادة الإستعمال اللغوى وما يفهم منه بين المخاطبين هي التي تحدد المراد من عموم الألفاظ العامة والمستخدمه ، فدلالة العرف هي التي تخصص دلالة اللغة مثال قوله تعالى (تُدْمِرُ كُلَّ شَيْءٍ بِأَمْرِ رَبِّهَا فَأَصْبَحُوا لَا يُرْمَى إِلَّا مَسَاكِينُهُمْ كَذَلِكَ نَجْزِي الْقَوْمَ الْمُجْرِمِينَ) (1) لا يقصد به أنها تدمر السموات والأرض والجبال ، إنما المقصود أنها تدمر أشياء مخصوصة بينها العادات في ذلك (2) .

2. الأمر والنهي . يقول القرافى أن لفظ الأمر موضوع عند مالك واصحابه للوجوب وعنده أيضاً للفور وعنده للتكرار ، ولكن ما قرره الإسناد الحضرى الى أن الأمر والنهي أن الفقهاء كانوا يعتقدون فى تبين المراد منهما فى كل صيغة على نوع من القرآن والإستدلال والرأى وتقرر ذلك أكثر وضوحاً عند الإمام الشاطبى المالكى .

(1) سورة الأحقاف ، الآية 25 .

(2) أ.د. / محمد بلتاى ، مناهج التشريع الإسلامى فى القرن الثانى الهجرى ، دار السلام ، ص 413 .

ثانياً : السنة النبوية :

### 1. من حيث السند .

لم يلتزم الإمام مالك بذكر الإسناد المتصل من أحاديثه كلها . ويعلل الإستاذ محمد أبوزهرة أن التقيد بالسند لم يسد في عصر الإمام مالك بل تقيد المحدثون من بعده لما كثر الكذب على رسول الله صلى الله عليه وسلم وأرادوا أن يستوثقوا من النسبة بمعرفة الرجال ، فأشترطوا وصل السند ولم يأخذوا بالمرسل والمنقطع (1).

### 2. مقاييس الرواية عند الإمام مالك . يشترط الإمام مالك في الرواية ما يلي :

أ. ألا يكون الراوى كذاباً في معاملاته مع الناس ، حتى وأن كان صادقاً في روايته للحديث والعلم .

ب. ألا يكون الراوى صاحب هوى وبدعة يدعو إليها ، مما قد يحمله على تأمين دعوته بالأحاديث الموضوعية .

ج. أن يكون الراوى من أصحاب هذا الشأن ، العالمين به ، الحافظين المتقين ، الفاهمين لما تلقوه ، ذوى الأمانة والورع والصيانة .

ومع ذلك أجاز الإمام نقل الحديث بالمعنى دون اللفظ ، وإذا كان الراوى متفهماً لمعناه ، عالماً بمواقع الخطاب ودقائق الألفاظ فيه كما أن إذا أنكر الشيخ رواية الفرع عنه فلا يخلو أما أن يكون إنكاره جحود وتكذيب قاطع وهنا يمتنع بالعمل به وأما أن يكون إنكاره نسيان وتوقف فذهب مالك والشافعي وابن حنبل الى وجوب هنا العمل بالخبر .

### 3. تطبيق السنة ومدى الأخذ بها عند مالك : كانت السنة عند الإمام مالك إعتباراً كبيراً

حيث رأى أنها قد تستقل إبتداءً بسن تشريعات لم ترد أصلاً في القرآن الكريم ، فهي عنده بهذا الاعتبار مصدر تشريعي مستقل لا يقتصر على بيان ما في القرآن الكريم أو تخصيص عامه . ولكن الإمام لم يكن يعمل بكل ما يروى له من الأحاديث ، فإلى مقاييسه للرواة نجد من إستقراء فقهه أنه قد رفض أيضاً أخبار الآحاد لمخالفة مضمونها للأمر والاعتبارات التشريعية الآتية :

أ. إذا خالف الخبر ظاهر القرآن الكريم دون أن يكون له ما يعضده من إجماع أو عمل أهل المدينة .

(1) المرجع السابق ، ص416.

أمثلة رد الإمام مالك حديث وجوب غسل الإناء من ولوغ الكلب ، لمخالفته لقوله تعالى ( فكلوا مما أمسكت عليكم ) ويعلل الإمام الشافعي بأن مالك كان يقول ( يؤكل صيده . بنص القرآن فكيف يكره لعابه).

كما ورد حديث ( من مات وعليه صوم صام عنه وليه ) بالآية ( و لا تزر وازة وزر أخرى ) . كما يتفق الإمام مالك مع الإمام أبو حنيفة فيما إذا عاضد السنة أمر آخر حين يعارض ظاهر القرآن أما أن يعضد بالإجماع العام كإجماع الفقهاء على حرمة الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها . و لا العمل بظاهر النص القرآني .

ب. إذا خالف الخبر الأصول والقواعد التشريعية المقررة .

كرد الإمام مالك خبر إكفاء القذور التي طبخت من الغنم والإبل قبل القسم . وذلك لرفع الحرج برده ذلك عن الأمة الثابتة بنصوص قطعية وهي قاعدة شرعية ( وما جعل عليكم في الدين من حرج ) وقوله صلي الله عليه وسلم ( لا ضرر ولا ضرار ) .

ج. إذا خالف الخبر ما يطلق عليه الإمام مالك ( عمل ) وإجماع أهل المدينة كرد الإمام حديث ( المتبايعات كل واحد منهما بالخيار ) ويرى بعض الفقهاء ورد الإمام لهذا الحديث لمخالفته قاعدة نفى الغرر والجهالة في التشريع الإسلامي.

ثالثاً : قول الصحابة .

لم يكن الإمام مالك يرى أن قول الصحابي أو عمله الناشئ عن إجهاده الخاص مصدر تشريعي ملزم له . في حد ذاته إلزاماً مطلقاً وأصيلاً . ذلك أن مواقف الإمام مما رواه من أقوال الصحابة قد تعددت بين المخالفة والموافقة والإختيار عن التعدد . وقد كان مقياسه في هذا عرض قول الصحابي الذي روى له على ما يطلق عليه عمل أو إجماع أهل المدينة ، فإذا تعددت أقوال الصحابة المروية له في المسألة ، فإنه يختار منها ما وافق عمل أو إجماع أهل المدينة .

رابعاً : الإجماع .

الملاحظات التي أبداه البروفسير محمد بلتاجي عند مراجعته وتصنيفه ودراسته وتحقيقاته للموطأ أنه قد وجد أن الإمام مالك يستخدم مصطلح الأمر المجتمع عليه عندنا أو الأمر الذي لم نزل عليه أهل العلم ببلدنا ويشير به لمفاهيم متعلقة بنص قرآني أو سنة نبوية ، والأمور

وبعض الأمور الدينية التي وجدت ويعمل بها أهل المدينة ، ولكن متواتر ومتوارث في عصر رسول الله صلى الله عليه وسلم ويلحق بذلك الإجماع بين فقهاء المدينة وغيرها وقول الصحابي ، كما يروى الإمام أن أهل المدينة إختاروا فعل علي بن أبي طالب في التلبية في الحج وقد أطلق على ذلك الأمر الذي لم يزل عليه أهل العلم ببلدنا . وأيضاً قول تابعي معين مثل ( حدثني يحيى عن مالك، عن يحيى عن سعد أن سليمان بن يسار كان يقول : دية المجوسي ثمانمائة درهم . قال مالك وهو الأمر عندنا ويعتقد البروفسير أن مصطلح الأمر المجتمع عليه عندنا عند الإمام مالك أنه صادر عن الاجتهاد والرأى بمعناه العام وطرقه المتعددة وربما كان الإمام قد رجع في هذا الإجتهد أيضاً الى شئ مما أثر عن الصحابة أو التابعين أو تابعيهم .  
خامساً : القياس .

من البديهي أن الإمام مالك لا يلجأ الى العمل بالقياس كمصدر تشريعي مستقل في المسألة فيما جاء فيها نص القرآن ، أو نص حديث مقبول للعمل عنده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أو إجماع معتبر عنده ، إنما يلجأ الى القياس حيث لا يجد في المسألة شيئاً من هذه الأمور . وأمثلة ذلك اباح قتل كل ما عقر الناس في الحرم ، قياساً على ما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتله فيه .  
وتقدير أقل المهر ، قياساً على أقل ما يجب منه قطع يد السارق بجامع القيمة المعتبرة في كل (1).

كان يعمل بالقياس عندئذ مادام القياس يحقق المقاصد الشرعية عنده . لكنه أيضاً كان يلجأ الى طرق أخرى للإجتهد حين كان يرى أن العمل بها أكثر تحقيقاً لمقاصد التشريع وأهدافه ومقرراته كالإستحسان ، والمصالح المرسلة ، وسد الذرائع والإستحسان ، ومراعاة الأعراف والعادات وشرع من قبلنا .

#### ج. المدرسة المتكاملة .:

رائدها ومؤسسها الإمام الشافعي رضي الله عنه هو محمد بن إدريس بن العباس ، القرشي المطلبي الذي يلتقى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في عبد مناف . ولد بغزة 150هـ وتوفي بمصر 204 هـ .

وأخذ من ثقافة عصره كلها ، ويقال أنه حفظ القرآن الكريم وهو ابن سبع سنين ، وحفظ الموطأ وهو ابن عشر ، وحفظ أشعار هذيل وقدم مكة فتفقه على مسلم بن خالد الزنجي مفتيها وسفيان

( 1 ) أ.د/ محمد بلتاجي ، مناهج التشريع الإسلامي في القرن الثاني الهجري / دار السلام ، ص 447.

بن عتبية الهلالي وغيرها ، ثم رحل الى المدينة فلزم مالك بن أنس ، وقرأ عليه الموطأ ، وتلقى في المدينة عن علمائها الآخرين الذين عاصروا مالكا ، ثم خرج الشافعي الى اليمن في طلب كتب الفراسة حتى كتبها وجمعها ، وكان يأتي البوادى يتلقى الشعر ، وتلقى العلم من عمرو بن أبي سلمة صاحب الأوزاعي . ثم قدم الشافعي الى بغداد سنة 184 هـ بعد وفاة أبي يوسف بسنتين ، فلقى محمد بن الحسن الشيباني وأخذ عنه ولازمه وروى عن أبي يوسف طريقه ، كما أخذ في العراق عن وكيع بن الجراح الكوفي ، وحماد بن أسامة الكوفي ، وغادر الى مكة ثم قدم العراق للمرة الثانية ، وأقام بها سنين واشتهر بها وصف كتابه القديم ويسمى كتاب الحجة ، ثم عاد الى مكة مرة أخرى ، وقدم للعراق للمرة الثالثة وخرج الى مصر حيث مات بها 204 هـ (1) .

واجتمع لإمام الشافعي علم الأمصار الإسلامية ، مكة والمدينة واليمن والعراق ومصر ، مجمع علم أهل الرأي وعلم أصل الحديث ، فلم يلق الباحث عن مدرسته المختلطة ، وإنما قال بأنها متكامل ليس فقط في الجمع بين المدرستين وإنما بما اضافه الإمام الشافعي من بيان لعلم الأصول ، وتقديم نظرية قانونية متكاملة ، وذلك بالبناء المنهجي وتوفيق بين دور الوحي الإلهي والعقل الإنساني في التشريع ، ومن ثم فقد بذل الإمام جهده لحل الخلاف الأساس ذي الطابع الأصولي بين أهل الحديث وأهل الرأي في المدارس الباكرة . فكانت نظريته الأصولية هي التعبير المنطقي المقبول عن المطالب الذاتية للتشريع الإسلامي (2) . ومن يعده تطور الفكر الأصولي معتمداً على المبادئ الأساسية التي أرساها الإمام الشافعي في أن أحكام الشرع مبنية على وجه من الدقة يفوق ما كان قد إكتشفه الناس قبل ذلك ، وأن البيان الأسمي لحكم الشرع إنما هو من السنة النبوية وعملها ، وأن دور العقل الإنساني في التشريع ووظيفته ثانوية وتكميلية .

ومما لاشك فيه أن معاني كثيرة من المباحث الأصولية التي قررها الإمام الشافعي كانت مراعاة ومعتبرة في التفكير والإستنباط الفقهي لكثير من الفقهاء الذين سبقوه منذ عصر الصحابة ، بيد أننا إذا أتينا الى مجال التأليف المنهجي المدون في قواعد منظمة فلن نجد بين ايدينا ما يدل على أن أحداً سبق الشافعي الى ذلك (3) .

(1) المرجع السابق ، ص 475 .

(2) ن ح .كولسون ، مناهج التشريع الإسلامي ، ص 89 .

(3) ن ح .كولسون ، مناهج التشريع الإسلامي ، ص 76 .

وعليه فإن الإمام الشافعي فقد قدم دراسة متكاملة منهجية لشتى أبواب علم الأصول . بل كان شغله الشاغل من حيث المبدأ تحقيق وحدة التفكير الفقهي ، فإنه وجه كثيراً من جهوده لدفع التعارض . وكان الأساس الأول لهذه المعالجة عنده هو محاولة التوفيق بين نصوص الأحاديث المتعارضة بإعتبار أحد المتعارضين مثلاً تخصيصاً للحكم العام الوارد فى الحديث الآخر . فإن لم يتيسر هذا فيترجح أحد الحديث على الآخر بقوة إسناده .

فإن تساوى تماماً لجأ الشافعي أخيراً الى افتراضى نسخ الحديث المتقدم بالمتأخر . واستحق بذلك أن تكون مدرسته المدرسة المتكاملة وليست المختلطة كما سنرى لاحقاً .

### أولاً : القرآن الكريم

القرآن الكريم عند الإمام الشافعي هو أصل الدين ، والمصدر الأول الذى ( ليس تنزل بأحد من أهل دين الله نازلة إلا فى كتاب الله الدليل على سبيل الهدى فيها ) . ويرى الإمام أن القرآن ، الكريم عربى كله ولهذه الحقيقة والفكرة التى يدافع عنها الشافعي بقوة صلة وثيقة بالتشريع عنده ، ويستدل بقوله تعالى ( **وَإِنَّهُ لَشَرِيحٌ مُرَبِّ الْعَالَمِينَ \* نَزَّلَ بِهِ الرُّوحُ الْأَمِينُ** )

(<sup>1</sup>) ( **وَكَذَلِكَ أَنْزَلْنَاهُ حُكْمًا عَرَبِيًّا** ) (<sup>2</sup>)

### أ. العام والخاص .

يقرر الإمام أنه يجب إجراء الفاظ العموم على عمومها حتى تقوم الدلالة غير ذلك . ويقول ( ولا يقال بخاص فى كتاب الله ولا سنة إلا بدلالة فيهما ) .

تنقسم ألفاظ العموم فى القرآن الكريم الى الأقسام الآتية (<sup>3</sup>) :

1. ما هو عام يراد به العموم الذى لا خصوص فيه مثل قوله تعالى

( **وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ إِلَّا عَلَى اللَّهِ مِنْزِلٌ مُبْرَأٌ وَيَعْلَمُ مُسْتَقَرَّهَا وَمُسْتَوْدَعَهَا كُلٌّ فِي** )

**كِتَابٍ مُبِينٍ** ) (<sup>4</sup>) .

(<sup>1</sup>) سورة الشعراء ، الآيات 192 ، 193 .

(<sup>2</sup>) سورة الرعد ، الآية 37 .

(<sup>3</sup>) أ.د/ محمد بلتاجى ، مناهج التشريع الإسلامى فى القرن الثانى الهجرى / دار السلام ، ص 480 .

(<sup>4</sup>) سورة هود ، الآية 6 .

2. ما هو عام ظاهر يراد به العام ويدخله الخصوص مثل قوله تعالى ( )  
وَالْمُسْتَضَعِّينَ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ وَالْوِلْدَانَ الَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا أَخْرِجْنَا مِنْ هَذِهِ الْقَرْيَةِ  
الظَّالِمِ أَهْلِهَا وَاجْعَلْ لَنَا مِنْ لَدُنْكَ وَكِيلًا وَاجْعَلْ لَنَا مِنْ لَدُنْكَ نَصِيرًا (1) ففي القرية  
الظالم أهلها خصوص ، لأن كل أهل القرية لم يكن ظالماً ، قد كان فيهم المسلم  
ولكنهم كانوا فيها مكتوبين وكانوا فيها أقل .

3. ما هو عام ظاهر إلا أنه يراد به كله الخصوص . مثل قوله تعالى (الَّذِينَ قَالَ  
لَهُمُ النَّاسُ إِنِ النَّاسُ قَدْ جَمَعُوا لَكُمْ فَاخْشَوْهُمْ فَزَادَهُمْ إِيمَانًا وَقَالُوا حَسْبُنَا  
اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ ) (2)

فإذا كان من مع رسول الله صلي الله عليه وسلم ناساً غير من جمع لهم من  
الناس ، وكان المخيرون لهم ناساً غير من جمع لهم ، وكان الجامعون لهم ناساً  
فالدلالة بينة مما وصفت من أنهم بعض الناس دون بعض .

كما يمكن تخصيص العام من جمعه الى آية الأخرى أو تخصصه من السنة كما  
نزل في قوله (وَالأَبْوِيهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَكُلٌّ فَإِنْ  
لَمْ يَكُنْ لَهُ وَكُلٌّ وَوَرِثَةُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ ) (3) أبان للوالدين وكان عام المخرج  
فدللت سنة رسول الله صلي الله عليه وسلم على أنه إنما أريد بعض الوالدين  
والأزواج دون بعض ، وذلك أن يكون دين الوالدين والمولود والزوجين واحداً ، ولا  
يكون الوارث منهما قاتلاً ولا مملوكاً .

ويتبين من مجموع قول الإمام في تخصيص القرآن والسنة بكل أنواعها من حيث  
السند ، ومن ثم فإنه يحيز أن يخص خبر الواحد عموم القرآن ، والأحاديث  
المخصصة لعموم آيات المواريث ونحوها أخبار آحاد . كما يرى الإمام أن السنة  
مبينة للقرآن الكريم .

(1) سورة النساء ، الآية 75 .

(2) سورة آل عمران ، الآية 173 .

(3) سورة النساء ، الآية 11 .

## ب. نسخ القرآن الكريم .

يرى الإمام الشافعي أن القرآن لا ينسخ إلا بالقرآن ، وأن السنة ولو كانت متواترة لا تنسخ القرآن ويستدل بقوله تعالى (وَإِذَا تُلِيَتْ عَلَيْهِمْ آيَاتُ بَيِّنَاتٍ قَالَ الَّذِينَ لَا يَرْجُونَ لِقَاءَنَا إِنَّتِ بُرْهَانٌ غَيْرِ هَذَا أَوْ بَدَّلَهُ قُلْ مَا يَكُونُ لِي أَنْ أَبَدِّلَهُ مِنْ تَلَقَاءِ نَفْسِي إِنْ أَتَيْتُ إِلَّا مَا يُوحَى إِلَيَّ إِنِّي أَخَافُ إِنْ عَصَيْتُ رَبِّي عَذَابٌ يَوْمٍ عَظِيمٍ ) (1)

ومع ذلك يرى الإمام يمكن أن نلجأ الى الكتاب والسنة للإستدلال على حكم شرعى وقع فيه نسخ ، وذلك مثل الصلاة المفروضة أن الله أنزل فرضاً فى الصلاة قبل فرض الصلوات الخمسة فقال تعالى (يَا أَيُّهَا الْمُرْسَلُ \* قُمِ اللَّيْلَ إِلَّا قَلِيلًا \* نِصْفَهُ أَوْ انْقُصْ مِنْهُ قَلِيلًا \* أَوْ زِدْ عَلَيْهِ وَرَتِّلِ الْقُرْآنَ تَرْتِيلًا ) (2) ثم نسخ هذه السورة معه فقال تعالى (إِنَّ رَبَّكَ يَعْلَمُ أَنَّكَ تَقُومُ أَدْنَى مِنْ ثُلُثِي اللَّيْلِ وَنِصْفَهُ وَثُلُثُهُ ) (3) والإستدلال بالسنة على أنها دلت على أن لا واجب من الصلاة إلا الخمس . وهنا نرى أن السنة مجرد إستدلال على هذا النسخ دون أن تكون هى الناسخة .

## ج. تفسير القرآن بالشعر .

كان الإمام الشافعي يفسر القرآن بالشعر وعندئذ له نتائج تشريعية تبدو واضحة فى تفسيره مثلاً ( الملامسة ) بأنها تستخدم بمعنى اللمس باليد مستندلاً على ذلك بالشعر العربي رداً على من فسرها بالجماع وحده . وقد كان من منهج سيدنا عمر ابن الخطاب أيضاً تفسير بعض ألفاظ القرآن الكريم بالشعر وحضه المسلمين على ذلك (4) .

## د. الأمر والنهي .

روى الإمام الغزالي ( قد صرح الإمام الشافعي كتاب أحكام القرآن يتردد الأمر بين الندب والوجوب . وقال النهى على التحريم )  
قال الإمام الشافعي الأمر فى الكتاب والسنة وكلام الناس سيحتمل معانى :

(1) سورة يونس ، الآية 15 .  
(2) سورة المزمل ، الآيات 1 ، 2 ، 3 ، 4 .  
(3) سورة المزمل ، الآية 20 .  
(4) أ.د/ محمد بلتاجى ، مناهج التشريع الإسلامى فى القرن الثانى الهجرى / دار السلام ، ص ، 486 .

أحدهما : أن يكون الله جل وعز حرم شيئاً ، ثم أباحه فكان أمره إحلال ما حرم كقوله تعالى (واذا حلتكم ما صطادوا ) فإذا قضيت الصلاة فانتشروا فى الأرض ، وذلك أنه حرم الصيد على الم حرم ونهى عن البيع عند النداء ثم أباحها فى وقت غير الذى حرمها فيه .

ثانيهما : يحتمل أن يكون دلهم على ما فيه رشدهم كالنكاح لقوله تعالى (يَأْنِ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُعْهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ) (1) يدل على فيه سبب الغنى والعفاف وكقول النبي صلى الله عليه وسلم ( سافروا تصحوا وترزقوا ، فإنما هذا دلالة لا حتم أن يسافروا لطلب صحة ورزق ) .

#### هـ . دليل الخطاب أو مفهوم المخالفة .

كان الإمام أبو حنيفة لا يعتد بدليل الخطاب أو مفهوم المخالفة فى نصوص القرآن الكريم والسنة ، وكان الإمام مالك يعتد به .  
وتدل فروع الإمام الشافعي فى عمومها على أنه كان يوافق الإمام مالك فى ذلك . كقوله صلى الله عليه وسلم ( فى الغنم السائمة زكاة ) هل يدل على نفي الزكاة عن غير السائمة أو لا ؟ فأثبتته الشافعي ومالك ونفاه أبو حنيفة وأصحابه .

#### ب . حجية السنة .

قال الإمام الشافعي ( متى عرفت لرسول الله صلى الله عليه وسلم حديث ولم آخذ به فأنا أشهدكم أن عقلى قد ذهب وقال ( إذا صح الحديث فهو مذهبي ) (2) .  
كان الإمام يرى أن وجوب قبولنا بالسند إنما هو بما فرضه الله فى القرآن من طاعة رسوله والانتهاى الى حكمه .

يقول الإمام الشافعي أن ماأخذ به المجتهد من المصادر يختلف فى درجة الثبوت والقطع ، كما يختلف ما يأخذ به القاضى من أدلة فى درجة الثبوت بين الإقرار ، والبينة ، وإبء المدعى عليه اليمين وحلف صاحب الحق . وبعض هذه الأدلة أقوى من بعض

ما يهمننا هنا إستدلال الإمام الشافعي لحجية خبر الواحد كالاتى :

(1) سورة النور ، الآية 30 .

(2) أ.د/ محمد بلتاجى ، مناهج التشريع الإسلامى فى القرن الثانى الهجرى / دار السلام ، ص 491 .

(1) من القرآن قوله تعالى (وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا نُوحًا إِلَىٰ قَوْمِهِ فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ

عَامًا فَأَخَذَهُمُ الطُّوفَانُ وَهُمْ ظَالِمُونَ ) (وَإِلَىٰ عَادٍ أَخَاهُمْ هُودًا ) (وَإِلَىٰ ثَمُودَ

أَخَاهُمْ صَالِحًا ) (وَإِلَىٰ مَدْيَنَ أَخَاهُمْ شُعَيْبًا ) (1) هذه الايات التي تصرح بأن

المرسل كان واحداً قامت به الحجة قيامها بأكثر من الواحد .

(2) من السنة النبوية حديث عبد الله بن مسعود أن رسول الله صلي الله عليه وسلم

قال ( نضر الله عبداً سمع مقالتي فحفظها وورعها وأداها ، فرب حامل فقه غير فقيه ، ورب حامل فقه الى من هو أفقه منه ، ثلاث لا يغل عليهن قلب إخلاص العمل لله ، والتضحية للمسلمين ، ولزوم جماعته فإن دعوتهم تحيط من ورائهم )

فلما ندب رسول الله صلي الله عليه وسلم الى إستماع مقاتلتها وحفظها وأدائها أمراً يؤديها ، والأمر واحد . دل على أنه لا يأمر أن يؤدي عنه إلا ما تقوم به الحجة على من أدى إليه ، لأنه إنما يؤدي عنه حلال ، حرام يجتنب ، وحد يقام ومال يؤخذ ويعطى ، ونصيحة في دين ودنيا (2).

الجدير بالذكر رغم أن الإمام الشافعي يعتبر خبر الواحد المستوفى لشروطه ، وفيما ليس فيه قرآن أو سنة متواترة حجة ملزمة يجب على المسلمين إتباعها وتطبيقها إلا أنه لا يسوى حجيته بحجية القرآن أو السنة المجتمع عليها تسوية مطلقة ، فهو يسوى بين المصادر في وجوب الأخذ بها . كل في موضعه وبشروطه إلا أنه لايسوى بينها في درجة حجيتها وما تؤديه من اليقين بالسنة لمن يأخذ بها .

أما عند إختلاف الحديث فإن الإمام الشافعي يوازن بين روايات كل حديث معارض الآخر . من حيث ثبوت كل منهما فإن يلجأ في ذلك الى النظر في رجال إسناد كل منهما ويختار الحديث الذي يكون من رواه أعرف إسناداً واشهر بالعلم وأحفظ له ، أو يكون روى الحديث الذي ذهبنا إليه من وجهتين أو أكثر ، والذي تركنا من وجه ، فيكون الأكثر أولى بالحفظ من الأقل .

(1) قرآن كريم ، سورة العنكبوت ، الآية 14 ، الأعراف ، الآيات ، 65 ، 73 ، 85 .

(2) أ.د/ محمد بلتاجي ، مناهج التشريع الإسلامي في القرن الثاني الهجري / دار السلام ، ص 495 .

قد أطال الإمام الشافعي في الإستدلال لحجية السنة الصحيحة في كل حالاتها ، ورفض القول بوجوب عرضها على مافي كتاب ورد الزائد على مافيه منها ، واستدل ضمن ما أستدل له به بحديث ( لا ألفين لحدكم متكئاً على أريكته يأتيه الأمر من أمرى مما أمرت به أو نهيت عنه فيقول و لا أدري ما وجدنا في كتاب الله إتبعناه) .

وقول الإمام بأن الرسول صلي الله عليه وسلم (( يسن فيما ليس فيه نص كتاب يقود الى قضية في غاية الأهمية وهي صلة السنة بالوحي والإجتهد .

### (1) السنة والوحي .

هل سنة رسول الله صلي الله عليه وسلم عن وحي أو إجتهد يناقش الشافعي هذه القضية في سباق قصة لعان عويمر لزوجته حيث يقول الإمام الشافعي (أن رسول الله صلي الله عليه وسلم إنتظر الوحي في ذلك حتى نزلت آيات اللعان) فلاعن بينهما كما أمر الله تعالى في اللعان ثم فرق بينهما والحق الولد بالمرأة ونفاه عن الأب ، وقال له : لا سبيل لك عليها ، ولم يرد الصداق على الزواج . فكانت هذه أحكاماً وجبت باللعان ، ليست باللعان بعينه ، فالقول منها واحد من قولين.

أحدهما :إني سمعت ممن أرضى دينه وعقله وعلمه يقول :إنه لم يقض فيها ولا غيرهما إلا بأمر الله تبارك وتعالى . قال فأمر الله اياه وجهان :  
إحدهما :وحي ينزلة فيتنلى على الناس .

الثاني : رسالة تأتيه من عند الله تعالى بأن أفعل كذا ، فيفعله .(1) ثم يذكر الامام الشافعي الثاني فيقول ( وقال غيره : سنة رسول الله صلي الله عليه وسلم وجهان:

أحدهما : ما تبين مما في كتاب الله المبين عن معنى ما أراد الله بحمله خاصاً وعماماً والآخر الهمة من الحكمة ، والهام الأنبياء وحي .

(1) المرجع السابق ص 511 .

ذهب أستاذى البروفسير محمد بلتاجي على أن الإمام الشافعي لم يقطع بصورة حاسمة فى القضية أى ، ولعل ذلك مرجعية ما ذكره الإمام من أن القضية لا يترتب عليها نتيجة عملية أو قاعدة أصولية ، لأن من المتفق عليه أن سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ملزمة للمسلمين كيفهما كان مصدرها ، فتكن بعد ذلك عن وحى كلها ، أو ليكن بعضها إجتهاد رسول الله صلى الله عليه وسلم الخاص حيث فوضه الله تعالى فى هذا الإجتهد لموضعه الذى وصفه من دينه ، لأنه شهد له بأنه يهدى إلى صراط مستقيم (1) ويرى إلا أنه ينهى الإمام تقريره للمسألة دائماً بأنه لا يترتب على أى قول فى المسألة نتيجة عملية ، حيث يجب طاعة رسول الله صلى الله عليه وسلم فى أمر به على كل حال . يرى الباحث بأن قول الإمام الشافعي بأن هذه الأحكام ووجبت باللعان ليس باللعان بعينه، هذا يعنى أن اللعان هو نظام قانوني بالمعنى الضيق للأحكام التي وجبت باللعان هي الآثار القانونية التي تترتب على الحكم باللعان نفسه أو بعينه ، وبكل تأكيد أن السنة النبوية هي التي قضت بذلك . وكانت النتيجة العلمية هي التعريف بحقيقة الشريعة وما تترتب عليها من آثار الحكم . وما تترتب عليها من آثار الحكم .

يرى الأمام الشافعي إن السنة لا تنسخ إلا بالسنة ، فلا تنسخ بالقران كما انها لا تنسخه.

يشرح الإمام فكرته هذه بقوله (لو جاز أن يقال : قد سن رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم نسخ سنته بالقرآن ولا يؤثر من رسول الله صلى الله عليه وسلم السنة الناسخة جاز أن يقال فيما حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم من البيوع كلها : قد يحتمل أن يكون حرمها قبل أن ينزل عليه (وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا) (2) . وفيمن رحم من الزناة : قد يحتمل أن يكون الرجم منسوخاً ، لقوله الله تعالى (الرَّائِيَةُ وَالزَّانِي فَاجِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ) (3) وفي المسح على الخفين ، نسخت أية الوضوء المسح وجاز أن يقال : لا يدرأ عن سارق سرق من غير

(1) المرجع السابق ، ص 513 .

(2) سورة البقرة، الآية 275.

(3) سورة النور ، الآية 2 .

حرز وسرقته أقل من ربع دينار ، لقوله تعالى (وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا) لان اسم السرقة يلزم من سرق قليلاً او كثيراً ومن حرز ومن غير حرز .

ولجاز رد كل حديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بأن يقال : لم يقله ، اذا لم يجد مثل التنزيل . وهكذا يقرر الإمام أن السنةحيث تنسخ فلا بد أن ترد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة أخرى تبين هذا النسخ .

يمثل الإمام الشافعي لنسخ السنة بالسنة بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة الأحزاب حوصر ومعه المسلمون فلا يقدر على الصلاة في وقتها فأخرها للعذر ، حتى صلى الظهر والعصر والمغرب والعشاء في مقام واحد ، وذلك قبل أن تشرع صلاة الخوف فلما نزلت الآيات (وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ) (1)

صلى رسول الله يوم ذات الرقاع صلاة صلاة الخوف في وقتها ، ومن ثم نسخ سننه في تأخير الصلاة عن وقتها في الخوف بأدائه صلاة الخوف في وقتها ، عندما نزل القرآن بتشريع صلاة الخوف .

أيضاً يرى الإمام الشافعي أن يتمسك بظاهر عموم الحديث حتى لصح عنده حديث آخر مخصص له . ومثاله نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر ثم ذكر أن علي بن معيد روى حديثاً عن أنس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز بيع القمح في سنبله إذا أبيض ، ثم يقول الإمام الشافعي إذا ثبت الحديث الثاني قلنا به ، فكان خاصاً مستخرجاً من العام ، لأن القمح في سنبله غرر ، لأنه لا يرى (2).

ج. الإجماع .

قال لإمام الشافعي ( العلم من وجهين : إتباع أو إستتباط والإتباع إتباع كتاب الله ، فإن لم يكن فسنة ، فإن لم تكن فقول عامة من سلفنا لا تعلم له مخالفاً ، وهكذا يذكر الإمام

(1) سورة النساء ، الايه 101 .

(2) أ.د/ محمد بلتاجي ، مناهج التشريع الإسلامي في القرن الثاني الهجري / دار السلام ، ص 516 .

الشافعي الإجماع على أنه ثالث مصادره التشريعية بعد الكتاب والسنة (1) وبين النصوص أعلاه أن مجال الإجماع عند الشافعي محصورة في الفرائض الرئيسية في الدين التي لايسع مسلماً أن يخالفها وهي المعلوم من الدين بالضرورة .

فمؤدى كلامه أن هنالك أموراً أجمع عليها المسلمون على مر عصورهم ثم لم يصرحوا بنسبتها نسبة مباشرة عن طريق الرواية الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنه يجب علينا أن نتبع إجماعهم عليها دون أن ننسبها نحن أيضاً الى رسول الله ، ويكون مستند حجيتها وإلزامها هو مجرد إجماع المسلمين بإعتبار المصدر التشريعي الثالث عند الإمام

ويذكر الإمام الشافعي الإجماع السكوتى لسببين :

أحدهما : إنما يتصور الإجماع السكوتى في الفروع الفقهيية التي تخرج عن نطاق الإجماع .

الثانى : أنه لايقال لشيء من هذا الإجماع ، ولكن ينسب كل شيء منه الى فاعله . وقد ناقش الإمام الشافعي دعوى الإجماع فى كثير من هذه الفروع مدلاً على أنها كانت آراء إجتهدية فردية ، وقد حدث فيها خلاف بين الصحابة أنفسهم مما ينبغى معه القول بالإجماع .

### (1) حجية الإجماع عند الإمام الشافعي .

(أ) من الكتاب الكريم (وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا بَيَّنَّ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ

سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصَلِّهِ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرًا ) (2).

(ب) من السنة فهو ما يرويه بسنده عن سيدنا عمر بن الخطاب أنه خطب

الناس بالجابية (3) فقال : ( أن رسول الله صلى الله عليهم وسلم قام فينا

كمقامى فيكم فقال ) ( أكرموا أصحابى ، ثم الذين يلونهم ، ثم الذين

يلونهم ثم يظهر الكذب حتى أن الرجل ليحلف ولا يستحلف ويشهد ولا

يستشهد . إلا فمن سره بحبوة الجنة فليزم الجماعة فإن الشيطان مع الفذ

(1) المرجع السابق ، ص 517.

(2) سورة النساء ، الآية 115 .

(3) قرية بدمشق الجولان .

. وهو من الأثنين أبعد لا يخلون رجل بامرأة فإن الشيطان ثالثهم . ومن سرته حسنته وساءته سيئته فهو مؤمن ) .

ولزم الجماعة كما ذكره الإمام الشافعي يعنى ما عليه جماعة المسلمين من التحليل والتحرير والطاعة .

(ج) دليل عقلى وهو إجتماع المسلمين فى هذه الأمور لا يمكن أن يكون خطأ ومن ثم يكون حجة واجبة الإلتباع ، لأنه لا بد أن يكون مستمد من روح النصوص وأهدافها العامة (1) .

مفهوم الإجماع عند الإمام الشافعي محصور في دائرة المعارف الرئيسة في الدين مع مراعات ملاحظتين أباها البورفسير محمد بلتاجي هي :

**الأولى :** إن الأمام الشافعي يستخدم لفظ الإجماع بمعناه اللغوى الذى يعنى الإلتفاق .  
**الثانية :** ( لا يدخل في مفهوم الإجماع عنده الذى هو إلتفاق الأمة جميعها مسائل الفروع التى حفظ عن بعض أهل العلم فيها رأى لم يحفظ عن غيرهم من معاصرتهم فيها خلاف .  
وعليه يرى الإمام الشافعي هذه الفكرة لاتحتوى على مرونة تشريعية كسمة أصلية للتشريع الإسلامى ومصادره ، لأن المعلوم من الدين بالضرورة ، وما أجمع عليه الصحابة من بعض الأمور القليلة لا يتصور فيها إضافة أو تجديد .

وقد شرح الأستاذ أحمد محمد شاكر أن الإمام الشافعي يريد هنا أن الحكم بالإجماع والقياس اضعف من الحكم بالكتاب والسنة والمجتمع عليها والسنة التى رويت بطريق الإنفراد . وأنه يريد يلفظ الإجماع هنا . إلتفاق العلماء المعين على الإستنباط أو القياس ، لا الإجماع الصحيح هو قطعى الثبوت والذى فسرهُ مروراً في كلامه بما يفهم منه أنه المعلوم من الدين بالضرورة كالطهر و أربع وتحريم الخمر وأشباه ذلك .

إستخدم الأمام الشافعي مصطلح الإجماع في ثلاثة مفاهيم :  
أولاً : ما هو معلوم من الدين بالضرورة ، ثانياً المعنى اللغوى يعنى الإلتفاق ، ثالثاً : إلتفاق العلماء والنتاج عن مجرد الرأى والأستنباط والقياس في الفروع التى ليس فيها نص ولو خبر واحد منفرد .

وينفق الباحث مع المفهوم الأخير الذى يتوافق مع لراحة .

(1) أ.د/ محمد بلتاجي ، المفاهيم والتشريع الإسلامى ، ص 52 .

وقد تعددت موافقة الإمام الشافعي من قول الصحابي بالنظر الى اعتبارات مختلفة ويرى الإمام الى أن قول الصحابي حجة تشريعية ملزمة ، إذا لم توجد السنة ، وكذلك القول الواحد للصحابة في المسألة في صورة إجماع منهم فحجة تشريعية ملزمة واجبة الإلتباع .

مستندها الإجماع نفسه وليس قول أى صحابي منهم في ذاته . وأحياناً يختار الإمام الشافعي عند إختلاف الصحابة الرأى الذى يؤيده القرآن الكريم مثل ما ذهب الإمام الشافعي الى عدم الرد في المواريث، وهو قول زيد بن ثابت فى حين ذهب الى الرد سيدنا على بن ابى طالب وابن مسعود يقول الإمام الشافعي أن قول زيد بن ثابت هنا أشبه بكتاب الله ، لأن الله تعالى يقول ( أن أمروا هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها إن لم يكن لها ولد) ويقول سبحانه وتعالى ( وأن كانوا إخوة رجال ونساء للذكر مثل حظ الأنثيين )

فذكر الأخت منفردة فإنتهى بها الى النصف ، وذكر الأخ منفرداً فإنتهى الى الكل ، وذكر الأخ والأخت مجتمعين فجعلها على النصف من الأخ في الإجتماع كما جعلها في الإنفراد . فرايت أن اعطيها الكل منفردة اليس قد خالفت الله تبارك وتعالى نصاً ، لأن الله جل وعلا إنتهى بها الى النصف وحالفت معنى حكم الله إذا سويتها به وقد جعلها الله تبارك وتعالى على النصف فيه ثم يقرر في وضوح أن نتائج الإجتهد وكلها ظقيترجحية ، محتملة عقلاً هى والآراء المعارضة لها أيضاً لأن تكون هى الصواب عند الله (1).

#### رابعاً القياس

يقرر الإمام الشافعي أن الفقيه حين لا يجد شيئاً من المصادر السابقة ، كان عليه أن يجتهد في تعرف الحكم والإجتهد والقياس أسمانبمعنى واحد ، وأيضاً يقرر أن كل ما نزل بمسلم فقيه حكم لازم ، أو على سبيل الحد فيه دلالاته موجودة وعليه أن كان فيه بعينه حكم يجب أتباعه ، وإذا لم يكن فيه بعينه طلب الدلالة على سبيل الحق فيه بالإجتهد ، والإجتهد القياس . وقد حدد شروط المجتهد وذلك بعلمه باحكام الكتاب وفرضه وأدبه ، وناسخة ، ومنسوخه وعامه ، وخاصة ، إرشاده ويستدل على ما يحتمل التأويل منه بسنن رسول الله صلي الله عليه وسلم فإذا لم يجد سنة فإجماع المسلمين ، فإذا لم يكن فالقياس (2).

#### أ. مراتب القياس عند الإمام الشافعي

(1) المرجع السابق ص 533 .

(2) المرجع السابق ، ص 538 .

- (1) القسم الأول : يطلق عليه أقوى القياس وهو أن يحرم بالنص القليل من الشيء فيكون الكثير فيه محرماً مثله أو هو أكثر بالأولى ، فمثال بأن الرسول صلى الله عليه وسلم حرم أن يظن المؤمن إلا خيراً وعليه فإن ما هو أكثر من الظن من التصريح بقول غير الحق أولى أن يحرم .
- (2) القسم الثاني : أن يكون المقيس مساوياً للأصل تماماً ، وهو يطلق عليه القياس فى مثل معنى الأصل ويقول عنه ( فذلك الذى لا يحل لأحد خلافه) إذا ولغ الكلب فى إناء أحدكم فليغسله سبع مرات أولاًهن أو آخراهن بالتراب ، فكان بالخنزير أن لم يكن فى شر حاله لم يكن فى خير منها فقلنا به قياساً عليه .
- (3) القسم الثالث: ما عدا ذلك من القياس ، وهو لا يكون المقيس فيه أولى من الأصل ولا مساوياً له ( ثم قياس أن يشبه الشيء بالشيء من الأصل ، والشيء من الأصل غيره ، فيشبه هذا بهذا الأصل غيره . و هذا النوع يتطلب إستخلاص أوجه تشابه الفرع على غيره من الأصول ، ثم الموازنة بين أنواع هذا التشابه وعدده والحاقه بما هو أقرب إليه منها جميعاً .

#### ب. القياس المرفوض عند الإمام الشافعي .

يرى أن هنالك حالات لا تقبل القياس وهى :

- (1) إذا عارض القياس النص الذى يلتزم به الإمام الشافعي ، ومن ذلك أنه يقول فى حين الكلب المعلم . أن صيده حلال ما لم يأكل منه ، فإذا أكل فقد قيل : يخرج هذا من أن يكون معلماً ، وأمتنع صاحبه من أن يأكل من الصيد الذى أكل منه الكلب ، لأن الكلب أمسكه على نفسه ، وأن أكل منه صاحب الكلب أكل من صيد غير معلم .
- (2) إذا كان النص المقيس عليه نفسه مستثنى من نص أعم منه ، فلا يقاس على هذا المستثنى وتعدى العلة فيه الى غيره . ومثال الآية ( إذا قمتم الى الصلاة فأغسلوا) ثم هناك مسح رسول الله صلى الله عليه وسلم على الخفين .
- (3) إذا كان القياس مع فارق المقيس والمقيس عليه لا يصح معه إجراء القياس ومن ذلك أن الإمام الشافعي يوجب كفارة الصيام فى الجماع فى نهار رمضان بنص

الحديث المشهور ثم يقول ( ولاتجب الكفارة فى فطر فى غير جماع ولا طعام ولا شراب ولا غيره )<sup>(1)</sup> .

وبهذه الشروط والضوابط يضبط العمل بالقياس عند الإمام الشافعي .  
وعليه يحصر الإمام الشافعي الخبر اللازم الذى يجب أن يحكم به فى التشريع لأنه وحده هو الذى علمه الله للإنسان فى القرآن والسنة والإجماع والقياس . فمن خرج عن هذه الأمور فإنما يحكم بمجرد عقله على الناس مما لا يدخل فى الحكم الصادر عن تعليم الله له ، وذلك يسميه الإمام الشافعي ( إستحساناً ) وحكماً ما هوى والتعسف وتلذذاً ، ثم ليهاجمه فى عنق ، لأنه يرى أن الإنسان لم يترك سدى يحكم الأمور ، بما يؤديه إليه عقله وهواه إنما علمه الله علماً يجب أن يحكم به دون سواه من خطرات عقله أو ظنون وهمه .

ويخلص الباحث الى أن الإمام الشافعي رضى الله عنه قد قرر تمييز القاعدة القانونية عن القاعدة الدينية ومصادر الشرع الأساسية بكل وضوح وذلك عندما قال الإمام الشافعي أن الله قد شرع لكل شئ حكماً يستطيع الإنسان أن يعلمه ثم يحكم به ومن ثم يقول ( وليس يؤمر أحد أن يحكم بحق إلا وقد علم الحق ، ولا يكون الحق معلوماً إلا عن الله نصاً أو دلالة من الله ، فقد جعل الله الحق فى كتابه ، ثم سنة نبيه صلي الله عليه وسلم فليس تنزل بأحد نازلة إلا والكتاب يدل عليها نصاً أو جملة .

فإن قيل : وما النص والجملة ؟

قيل : النص ما حرم الله وحل نصاً ، حرم الأمهات والجدات والعمات والخالات ومن ذكر معهن وأباح من سواهن ، وحرم المبينة والدم ولحم الخنزير والفواحش ما ظهر منها وما بطن وأمر بالوضوء فقال ( فأغسلوا وجوهكم وأيديكم ، فكان مكتفى بالتنزيل فى هذا عند الإستدلال فيما نزل فيه ، مع أشبه له .

فإن قيل : فما الجماعة ؟

قيل ، ما فرض الله من صلاة وزكاة وحج ، فدل رسول الله صلي الله عليه وسلم كيف الصلاة وعددها ، ووقتها ، والعمل فيها ، وكيف الزكاة ، وفى أى المال هى وفى أى وقت هى ، عن الأحكام المأخوذة من السنة أنها قبلت عن الله كأحكام القرآن حيث قال الله تعالى ( من يطع الرسول فقد أطاع الله ) ويقول الإمام الشافعي عن الأحكام المأخوذة من الإجماع والقياس أنها

(1) المرجع السابق ، ص 544 .

الأخرى فليكن عن الله في جملتها ، أما الإجماع فلأن المجمعين لا يجهلون سنة رسول الله صلي الله عليه وسلم ولا يخالفونها قط .

وأما القياس : فإن الله أمر بأن يطاع رسوله في أن رسول الله أمر المسلمين بطاعة الله ، ثم رسوله ثم الإجتهد ، وفيروى أنه قال لمعاذ بم تقضى ؟ قال الكتاب . قال ( فإن لم يكن في كتاب الله ؟ قال بسنة رسول الله صلي الله عليه وسلم قال فإن لم يكن قال : أجتهد قال : ( الحمد لله الذى وفق رسول الله ) وقال : ( إذا حكم الحاكم فإجتهد فأصاب فله أجران ، وإن أخطأ فله أجر ) فأعلن أن للحكم الإجتهد ، والمقيس فى موضع الحكم (1) .

وعليه نصل على تقرير بعض النتائج الهامة فى هذا الفصل كالاتى :  
**أولاً** : أن المدارس الفقهية الثلاث وأنصار كل مدرسة لهم خطة فقهية تشريعية قررت قواعد وأصول منضبطة ، وبينت مواقفها التفصيلية من المصادر التشريعية ، وصلاتها وبعضها ببعض ونتائج إجتهادها وإجتهد الآخرين .

**ثانياً** : أن الأساس للقاعدة الشرعية فى كل المدارس هى المصادر الأساسية الكتاب والسنة والإجماع والقياس أما المصادر الثابتة على حسب فهم كل فقيه بما تيسر له من فهم للنصوص والعلاقات المتصلة بالوقائع المعروضة أمامه للرأى والفتوى .

**ثالثاً** : إن الإجتهد لم يكن سوى فى المسائل الفرعية وفى أضيق نطاق وبضوابط مشددة للخروج برأى فقهى لحل المسألة موضوع البحث .

**رابعاً** : أن المدارس الفقهية تقدم حلول مختلفة الرؤى حسب منهج المدرسة وفقاً لتفسير وهدى المدرسة القائم على الكتاب والسنة والإجماع ، بمعنى أن الأساس الفلسفى للمدارس جميعها واحد ومعبرة عن روح الشريعة الإسلامية كنظام قانونى وهذا ما يقودنا الى النتيجة الأخيرة وهى فى غاية الأهمية .

**خامساً** : المقارنة بين هذه المدارس الفقهية الإسلامية فيما بينها مقارنة ليست علمية لأن الأساس الفلسفى لها واحد ، وإنما المقارنة الحقيقية تتم خارج هذه الفلسفة مع النظم القانونية الأخرى وهو منهج مدرسة البحث العلمى الحديث الى ينتمى إليها الباحث ، وأن الحقيقة الموضوعية والقيمة العليا للشريعة الإسلامية لا تظهر إلا عند مقارنتها بهذه الكيفية .

(1) المرجع السابق ، ص 549 .

## الفصل الثاني

# أساس القاعدة القانونية في القانون المقارن

### تمهيد

لقد عرفت الوضعية القانونية في مقدمة هذا الباب ، ثم تناولتها في الفقه الإسلامي وقد كان الأساس القانوني للشريعة الإسلامية أن الحاكمية لله سبحانه وتعالى ، ثم النصوص التشريعية ، ثم الإجماع والقياس ، وذلك إذا لم يوجد نص يحكم الواقعة القانونية أو الحدث فيلجأ المجتهد وفق ضوابط محدودة بإستخراج الحكم الشرعي ، وهناك أدلة تبعية للفقهاء كل حسب مذهبه ، وحصيلة القول هو البحث عن القاعدة القانونية لحل المشكلة وأن المذاهب الإسلامية جميعها تمثل الفلسفة الإسلامية التي تستند عليها التي تستند عليها الشريعة كنظام قانوني .

في هذا الفصل قد تعرض بعض الأسئلة هل هذه القواعد القانونية في الفقه المقارن محددة لسلوك الأفراد في المجتمع؟ ومن أين جاءت؟ هل تفرضها ضرورات الحياة في الجماعة أم أن الإنسان وصفها عن قصد وتفكير؟ هل هذه القواعد ذات وجود موضوعي يكشفها العقل أم تعززها حاجات المجتمع وضروراته أم أن إرادة معينة ارادتها ومن ثم فرضتها؟

إذا كان من الصعب تصور وجود مجتمع بدون سلطة أي بدن حكام يقبضون على السلطة ، وبالتالي يستطيعون فرض إرادتهم على أعضاء المجتمع الآخرين ، أي المحكومين ويمارسون السلطة بواسطة قواعد معينة ، لذا فإن القانون قد يجد اساسه في إرادة الحكام ، وهل هذا هو في الحقيقة الأساس الوضعي للقانون؟ أم هنالك مبادئ تتماشى مع طبيعة الأشياء ، وبالتالي مع العقل ، ومن ثم تفرض على الحكام بحيث تتماشى مع قوانينهم ، ولا أصبح المحكومين في حل من طاعتهم للحكام بحيث يوجد قانون يعلو على الحكام ، ومنه تستمد القوانين الوضعية صفة الزامها ، وأخيراً قد يكون القانون هو ليس ما يفرضه أو يضعه الحكام أو الدولة ولا هو ما يتماشى مع الطبيعة والعقل ، بل وليد حياة الجماعة بحيث يولد تلقائياً مع المجتمع نفسه ، وتفرضه إعتبارات الفئة الإجتماعية وضرورات العيش نفسها في المجتمع ، أن تلك الأسئلة السابقة تمثل محور الوضعية القانونية في الفقه المقارن قد تناولها الفقهاء بالبحث والتحليل وعليه نتناول هذا الفصل في مبحثين .

**المبحث الاول :** عوامل ظهور الوضعية في القانون المقارن وأساسها القانوني.

**المبحث الثاني :** المدارس الوضعية المرتبطة بالتشريع .

## المبحث الأول

### عوامل ظهور الوضعية القانونية فى القانون المقارن وأساسها القانوني

عوامل ظهور الوضعية القانونية وأساسها القانوني ترتبط بالوضعية الفلسفية التي أسسها الفيلسوف الفرنسي أوجستن كونت ، والتي تدرس شروط وجود المجتمع والقوانين الإجتماعية التي تحكم وجود الظواهر الإجتماعية ، ويطلق على هذه الدراسة النظرية الوضعية للنظام<sup>(1)</sup> أيضاً جوهر هذه الفلسفة يقوم على منهج يتعارض مع الميتافيزيقيا ، ويستبعد تماماً كل تقييم يتعدى ملاحظة الواقع ، حيث يرى أن البرهان العقلي بحيث أن ينبى على الملاحظة التجريبية .

وتعد الفلسفة الكانتية هي الأساس الفلسفي الذي يثد عليه لكسن نظريته البحتة في القانون. فالقانون في نظرية كانت هو ما كان مجرد من الأخلاق ، حيث أن قيمة القانون لا ترجع الي توافقه مع الأخلاق بل بتوافقه مع التشريع<sup>(2)</sup> .

قد ربط كونت بين القانون والجزاء حيث ما يميز ما بين القانون والأخلاق هو عنصر الجزاء في القانون وعليه تعد الإادة الإنسانية مصدر القانون ، بمعنى أن القانون من صنع الإنسان ، ومن ثم مهد كانت الطريق لظهور الشكلية القانونية ، ومحاربة التأسيس الميتافيزيقي للقانون .

قد ظهرت الفلسفات القانونية الشكلية كردود فعل عكسية ضد أفكار فلسفة القانون الطبيعي وذلك بقصد إعلاء شأن القانون الوضعي . ومن خلال تلك الفلسفات شقت الوضعية القانونية طريقها في مجال القانون وهذا ما يدعو الي إرجاع ظهور الوضعية القانونية لعدة أسباب تاريخية واجتماعية في محور وأساسها القانوني في محور آخر .

المحور الاولى : الأسباب التاريخية والموضوعية للوضعية القانونية.

السبب الاول : تنامي ظهور الرأسمالية.

المحور الأول : الأسباب التاريخية والموضوعية للوضعية القانونية .

(1) د. عفيفي عجلان ، النظرية العامة للفقہ الاسلامي وخصائصة الذاتية التميزة ، ص 28 .

(2) د. خالد محمد حمد ، القانون من فقہ المعاملات الاسلامي ص313.

السبب الأول : تنامي وظهور الرأسمالية :

يعتبر القرن التاسع عشر مرحلة ازدهرت الرأسمالية الأوروبية بشكل إنعكس على المجتمع الأوربي فيم يتجلى ذلك في الآتى :

1. مظاهر ازدهار الرأسمالية الأوروبية خلال القرن التاسع عشر وتتمثل في :

يعتبر القرن التاسع عشر مرحلة زدهرت فيها الرأسمالية الأوروبية خلال القرن التاسع عشر تشتمل في:

أ. تطورات القطاع الصناعي اي الثورة الصناعية.

(1) زدهار فروع صناعية جديدة كصناعة الصلب والكيمياء العضوية والصناعات الاستهلاكية.

(2) ظهور مصادر جديده للطاقة كالبتروول والكهرباء .

(3) إرتفاع كبير في حجم الإنتاج الصناعي كالفح والصلب والفولاذ وكان ذلك نتيجة التحولات التقنية , والهيكلة الرأسمالية .

ب. تطوير بنية الشركات وتزايد دور البنوك .

1. تطور تنظيم العمل بتجميع الأنشطة الصناعية في المعامل الكبرى .

2. تطور تمويل المؤسسات من تمويل عائلي الي تمويل مساهم بسبب الحاجة الي رؤوس الأموال والتقنيات الحديثة.

3. تزايد دور البنوك من خلال تقديم القروض للصناعيين بل واقتناء أسهمهم في المؤسسات الصناعية.

ج. ظاهرة التركيز الرأسمالي

ساهم التركيز الرأسمالي في تطوير الرأسمالية وزيادة الأرباح لصالح الرأسماليين , وهو ينقسم الي ثلاثة أشكال هي :

(1) تركيز أفقي : تجميع عدة مؤسسات تشغل بمنتوج واحد تحت نفس الإدارة.

(2) تركيز عمودي : إندماج عدة مؤسسات متكاملة تساهم في مسلسل صناعة منتوج واحد.

(3) شركات التمليك . هي مؤسسات مالية كبرى تملك الأسهم في عدة شركات متعددة الإختصاص .

2. إنعكاسات ازدهار الرأسمالية الأوروبية على المجتمع الأوربي :

أ. وضعيتان إجتماعيتان متناقضتان . إنقسم المجتمع الرأسمالي الى فئتين متنافستين :

(1) البرجوازية الرأسمالية المالكة لوسائل الإنتاج هي صاحبة ملك ورفاهية في العيش .

(2) الفئة العمالية الأجيورة البروليتاريا. وهي ذات الوضعية البائسة إجتماعياً وفقيرة في معيشتها .

ب. ردود فعل الطبقة العاملة لتحسين أوضاعها بالآتي :

(1) إنتظام العمال في إطار نقابات أستعملت سلاح الإضراب للمواجهة مع البرجوازية ، والدفاع عن مطالبها الإجتماعية والمهنية .

(2) تزايد عدد النقابات وتأثيرها مع إنتشار الفكر الإشتراكي المعارض للرأسمالية .

ج. تدخل الدولة في الميدان الإجتماعي . أصدرت حكومات الدول الأوربية كفرنسا

وبريطانيا وألمانيا عدة قوانين إجتماعية لصالح العمال مثل قوانين التأمين ومنع تشغيل الأطفال وإصابات العمل ، وذلك نظراً لتصاعد حركات الإضراب .

د. تطور المجال الحضري والديمغرافية .

(1) إرتفاع عدد السكان في أوربا نظراً لتحسين التغذية والطب .

(2) تزايد السكان بالحضر بسبب هيمنة الأنشطة الصناعية والمالية والتجارية على الحياة الاقتصادية مما شجع على تناسي الهجرة نحو المدن .

(3) وجود الطرق المعبدة وتسهيل حركة السكان الى المناطق الصناعية .

وفي ظل الهدوء الإجتماعي تطورت الرأسمالية كنظام إقتصادي وترسخت الليبرالية في مجال الفكر والممارسة السياسية كوجه لازم للحرية الاقتصادية .

قد كان آدم سميث أب الفكر الليبرالي الغربي الحر ، ولقي كتابه الشهير ثروة الأمم في 1766م رواجاً كبيراً ، وتأتي أهميته بأنه يحتوي على نظريات أصولية أساسية تتعلق بثلاثة محاور كبيرة<sup>(1)</sup>:

(1) بروفيسر زكريا بشير إمام ، جوانب من النظرية الاقتصادية في الإسلام ، ص 126 .

أولاً : بالقوي الأساسية والدوافع الفطرية التي تحرك الحياة وتنبث فيها الحيوية والنشاط ، وهي نفسها تلك القوي والدوافع العميقة التي تحرك النشاط الاقتصادي وتفجره لدى الأفراد والجماعات .

ثانياً : تتعلق بالعوامل التي تتحكم في تحديد الأجور والعوامل التي تتحكم في توزيع الدخل الناتج عن إنتاج هذه السلع في شكل أجور وأرباح .

ثالثاً : وهذا أهم المحاور ، فهو يحمل آراء آدم سميث التي أثرت تأثيراً بالغاً على الحياة العامة في أوروبا بل ، وفي أمريكا الشمالية طيلة القرون الثامن عشر والتاسع عشر والعشرون وحتى يومنا هذا وهو دعوته الى حرية التجارة والتبادل في التجارة الخارجية والداخلية ، والى عدم تدخل الدولة في التجارة والإقتصاد ، بل شراكة حرة يمارسه الأفراد والجماعات والقطاع الخاص ، على أنه يقوم هذا القطاع الخاص بدفع ضرائب ورسوم تتصف بالاتزان والإعتدال ولا ترهق كاهل المنتج .

وهو يدعو كذلك الى تحجيم دور الدولة وحصره في إرساء قواعد الأمن الداخلي والقيام بواجبات الدفاع عنه ضد الأعداء من الخارج على أن لا يتحمل أى اعباء في تحقيق الرفاهية والرعاية أو الخدمات للشعب بل بحريتها على تقليل الانفاق الحكومي وهو يدعو بقدر المستطاع .  
عليه قد أدت هذه الظروف الى تنامي الطبقة البرجوازية التي سعت الى المحافظة على مكاسبها ، عن طريق تقنين القواعد التي تؤدي الى تلك الحماية مما ساعد على ظهور حركات التقنين التي كان لها أكبر الأثر في سيادة الوضعية القانونية (1) .

#### السبب الثاني : الإستقرار الإجتماعي .

يرجع السبب في سيادة الوضعية القانونية في فترات الإستقرار الإجتماعي الى أنه عندما تكون العلاقات الإجتماعية في حالة من الثبات والاستقرار النسبيين ، وحينما يكون النص القانوني في حالة من التوافق والإتساق مع الواقع الإجتماعي فحينئذ يتجه الفكر القانوني لأن يصبح فكراً وضعياً يهتم فقط بالمعالجة الشكلية واللفظية لنصوص القانون والإستنباط المنطقي الشكلي للأحكام التفصيلية من أصولها العامة ، وكذلك بدلالة النص والقياس كوسيلتين أساسيتين يستمد منهما رجل القانون القاعدة القانونية على أن يطبقها على الواقع الفعلي .

يرجع الفقهاء الوضعيون العلاقة بين الاستقرار والوضعية القانونية للآتي :

#### 1. تحقيق الإنضباط في العلاقات القانونية .:

(1) د. خالد محمد أحمد ، القانون بين فقه المعاملات الإسلامي ، ، ص 315 .

إن القانون يسعى لتحقيق الإستقرار الإجتماعي في المجتمع ، وهذه قيمة العلاقات بحيث تكون هنالك ثقة في العلاقات الإجتماعية وتنظيم العلاقات في الواقع ، أو رسم لإمكانية القدرة على رسم وتخطيط للعلاقات المستقبلية للأفراد ، فمتى كانت القاعدة القانونية مستقرة وعامة ، فإنه يمكن لكل مواطن أن يتوقع الآثار القانونية على تصرفاته ، ولهذا يفضل القانون الثابت المستقر بل يراه بعض الفقهاء ضروري من أجل الاستقرار في العلاقات القانونية بدلاً عن التعديل السريع أو التغيير المستمر للقانون ، وحتى ولو كانت هنالك مراعاة للأفراد من هذا التعديل . وكماريناً أن الشريعة الإسلامية تميّز بعض قواعدها القانونية بثبات ، وخاصة التي تتعلق بالحقوق اللصيقة بالإنسان . ومن أجل تحقيق الإستقرار فإنه يجب من ناحية أولى أن تكون القاعدة القانونية عامة ومجردة ومحددة مسبقاً بصورة واضحة ، ولهذا فكلما كان النص التشريعي واضحاً كلما حقق الإستقرار المنشود (1).

2. إرتباط الإستقرار بفكرة الجزاء يولى الوضعيون إهتماماً مبالغاً فيه لعنصر الجزاء كعنصر مميز للقانون ، والجزاء هو الأثر الذي يترتب على مخالفة القاعدة القانونية ، وتقوم السلطة العامة بتوقيعه على المخالف عند الإقتضاء ، وذلك لهدف الضغط على إرادة الأفراد لحملهم على إحترام قواعد القانون .

وقد مر الجزاء عبر العصور المختلفة بتطورات عديدة قبل أن يتخذ صورته الحديثة ويتركز في يد الدولة .

فقد ذهب بعض الفقهاء الى أن الجزاء ليس ركناً من أركان القاعدة القانونية أو عنصر من عناصرها ، إذ يكفي أن يشعر الأفراد بضرورة هذه القاعدة وبلزومها لحفظ الأمن والاستقرار داخل المجتمع .

تتخذ الجزاءات القلونية صوراً متعددة تختلف باختلاف نوع القاعدة التي تمت مخالفتها ، أي بحسب موقع هذه القاعدة من فروع القانون المختلفة ويمكن حصر أهم صور

الجزاء في ثلاث صور هي : الجزاء الجنائي ، والجزاء المدني ، والجزاء الإداري . ويرى الوضعيون أن الاستقرار الإجتماعي يرتبط إرتباط وثيق بفكرة الجزاء ، ولهذا فإن القاعدة القانونية يجب أن تكون مرتبطة بالجزاء ، وأن أى قاعدة تنتفى عنها فكرة الجزاء فإنها تنتفى عنها الصيغة القانونية .

(1) المرجع السابق ، ص ، 316.

3. وجود جهاز قضائي يقوم بتطبيق القانون .

يرتبط كذلك الإستقرار بوجود جهاز قضائي يقوم بتطبيق القانون وتضييق السلطة التقديرية للقاضي . بمعنى آخر أن السلطة المختصة بتطبيق القانون هي السلطة القضائية ممثلة في المحاكم ، ومن أهم المبادئ الأساسية لتنظيم القضائي ، ولكن قبل ذكرها لابد من مراعاة إعتبارين تقوم عليها هذه المبادئ وهي :

(1) إن القضاء هو إحدى السلطات الثلاث في الدولة بجانب السلطتين التشريعية والتنفيذية .

(2) أنه مرفق عام يستهدف توطيد أسس العدل بين أفراد المجتمع .

وإنطلاقاً من هذين الاعتبارين يمكن تحديد المبادئ العامة الأساسية لتنظيم القضائي على الوجه الآتي :

(1) مبدأ فصل السلطات وإستقلال القضاء .

(2) المساواة أمام القضاء .

(3) مبدأ التقاضي على درجتين .

(4) واجب القاضي في إصدار الحكم وفي تعليقه .

(5) معاونة المحامي .

ويهمنا في هذه المبادئ دور أو واجب القاضي في إصدار الحكم فتعين على القاضي أن يصدر حكماً في كل قضية معروضة عليه ، فلا يجوز له أن يمتنع عن الحكم بحجة غموض النص أو إنتقائه أو أن يتأخر بغير سبب عن إصدار الحكم . بل عليه أيضاً تعليل هذا الحكم لإلزامه بالتوفيق في الوقائع المتنازع عليها وتطبيق النصوص القانونية والمبادئ العامة التي يقتضيها الفصل في الدعوي ، ولتمكين الخصوم من الوقوف على مكانة الحجج والأسباب التي يستند إليها الحكم والطعن عند الاقتضاء<sup>(1)</sup>.

لكن يرى البعض تضييق السلطة التقديرية للقاضي حتى يعرف كل مواطن حقوقه وواجباته مسبقاً . ولايتوقف ذلك على رأي القاضي ، فدولة القانون خير من دولة القضاء وذلك بأن القاعدة القضائية يصعب توقعها وبالتالي يكون الشخص تحت رحمة القاضي ، ومن أجل ذلك تمسكت الرأسمالية بمبدأ الفصل بين السلطات ، وبمبدأ تقييد القاضي وخضوعه التام للمشرع،

(1) أ.د. عكاشة محمد عبد العال ، أ.د.سامي الربع منصوص الحلبي ، المهمة القانونية ، 2009م ، ص 480 .

بمعنى حصر القاضي فقط في تطبيق القانون وبمعنى آخر حصر دور القاضي في إختيار القاعدة القانونية الواجبة التطبيق ، دون أن يكون من حقه ممارسة أي عمل تشريعي .  
ولكن يرى الباحث أن تقييد سلطة القاضي بهذا المفهوم يجانب العدالة ، لأن البحث عن العدالة يتطلب وضوح النصوص وإذا لم تكن كذلك يجوز للقاضي تفسير النصوص الغامضة بالرجوع الى الفقه أو السوابق القضائية بغرض تحقيق العدالة ، وهذا ماتوصل إليه علم القانون في هذا القرن ، وعملت به المحاكم في إجراءات التقاضي وإصدار الأحكام .

### السبب الثالث : ظهور التقنين وتعاضم دور التشريع .

هيمنت البرجوازية على الثورة الفرنسية ، وتلقت آراء روسو ورفعتها الى مستوى التقديس لتحمي مصالحها المباشرة وهي اساس للمذهب الفردي ، والاهتمام بالفرد كمحور للحياة الإجتماعية ، وقد إستند أنصار المذهب الفردي الى فكرة العقد الاجتماعي ، وهي الفكرة التي كانت سائدة حينذاك والتي نادي بها هو جون لوك وروسو . ومضمونها هو أن المجتمع قد قام نتيجة عقد أبرمه الأفراد فيما بينهم ، بقصد تكوين المجتمع وتنظيمه ، وبمقتضى هذا العقد تنازل كل فرد عن جزء يسير من حقوقه ، مقابل حماية المجتمع لما إحتفظ به من تلك الحقوق . وهذا العقد الإجتماعي هو الأساس الذي يقوم عليه القانون ، ومن ثم فإن مهمته هي مجرد حماية الحقوق التي أحتفظ بها الأفراد ومنع الإعتداء عليها (1) .

وترتب على هذا من الناحية القانونية : أن هذا المذهب سعى الى أعلاء شأن إرادة الأفراد في المعاملات ، الى حد الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة على إطلاقه ، على اساس أن ما يرتضيه الفرد بإرادته هو الحق العدل فإن الإرادة هي التي تنشئ العقود ، وهي التي تحدد آثارها ، دون أن يكون في إستطاعة المشرع أن يتدخل في شئ من ذلك بحجة حماية الطرف الضعيف من العقد .

كما أن الملكية وفقاً لهذا المذهب تعتبر حقاً طبيعياً مطلقاً ، تخول صاحبه الحرية الكاملة في إستعماله وإستغلاله والتصرف فيه ، حتى ولو تعسف في ذلك مادام أنه لم يتعد الحدود المادية لحقه . ومن ثم لايجوز للمشرع أن يفرض أي قيد على سلطات المالك ، حتى ولو كانت تسعى لتحقيق المصلحة العامة .

(1) د.رجب عبد الله ، المدخل للعلوم القانونية ، الجزء الأول ، نظرية القانون ، دار النهضة المصرية ، 2004م ، ص 121 .

في ظل هذه المفاهيم القانونية وقتذاك ، تراءى لنا بليون أن يستخدم البراجوازية كركيزة لنفوذ ودعامة لنظامه ولحاجة الى الصناعات الرأسمالية لتمويل فتوحاته العسكرية ، فقام بتقنين المكاسب البرجوازية في تقنينه المشهور والمعروف بتقنين نابليون .

ويعد التقنين أحد الأسباب التي أدت الى سيادة الوضعية القانونية في الفكر القانوني . يقصد بالتقنين codification جمع القواعد القانونية المتعلقة بفرع معين من فروع القانون في مجموعة واحدة أو مدونة code بحيث ترد هذه القواعد في صورة مواد مبنية ومرتبطة ومرقمة وذلك بعد التنسيق بينها وإزالة ما يكون بينها من تعارض .

وعليه فقد وضعت تقنيات نابليون في أوائل ذلك القرن فصدر في البداية التقنين المدني الفرنسي 1804 ، ثم تلاه بعد ذلك 1810 صدور التقنيات الفرنسية الأخرى ، كالتقنين التجاري والبحري ، وتقنين العقوبات ، وتقنين تحقيق الجنايات .

مظاهرة التمسك بالنصوص تصاحب عادة بظهور المجموعات القانونية الجديدة وبظهور هذه التقنيات قد تعاضم دور التشريع من بداية القرن التاسع عشر، بسبب إحتياج المجتمع الرأسمالي الى أداة لتنظيم هذه العلاقات تتسم بالدقة والوضوح والثبات ، وذلك من أجل ضمان التطور المستمر ، والمنتظم للعلاقات الاقتصادية والإجتماعية الجديدة والمعقدة، فكان التشريع هو تلك الآداة ، لأنه هو وحده المؤهل لحكم هذه العلاقات الإقتصادية والإجتماعية، فهو الذي يسمح للفقهاء بتقدير المتغيرات المختلفة التي قد تترتب على تطبيقه، أضف الى أنه الاداة الشرعية التي لا تحتاج الى وقت كبير .

### المحور الثاني الأساس القانوني للوضعية القانونية .

رغم إن المدرسة الوضعية للنظام لا تمثل إجاهاً واحداً، وإنما ينتمي اليها عدة إتجاهات متباينة ، إلا أنها كانت تسيطر عليها جميعاً فكرة مشتركة ، وهي أن البحث عند أساس القانون يجب أن ينحصر في نطاق القانون الوضعي ، لأنها لا تؤمن إلا بالمحسوس، وكذلك لأن القانون يفرض نفسه لمجرد كونه قانون ، يصرف النظر عما إذا كان عادلاً أم ظالماً ، فلا تعترف بوجود لأي قانون إلا للقانون الوضعي ، أما القانون الالهي والقانون الطبيعي فليست لهما سوى قيمة خلقية ، وبالتالي لا يمكن لأيهما أن يهيمن أو يتحكم في صيانة النصوص التشريعية، بل ولا يندرج أي منها تحت المعنى الفني لإصطلاح القانون . فيما أن البحث مرتبط بالقانون المقارن فإن الأساس القانوني للقانون يتمثل في مصادره وهذه المصادر تقود الى الإجابات للأسئلة المطروحة سابقاً التي تبحث عن مصدر القانون. وفي الواقع إن قواعد القانون لا تنشأ

بطريق واحد، بل تنشأ بطرق مختلفة تعرف بمصادر القانون وعليه فهناك عدة مصادر للقانون هي:

### 1. المصدر المادي للقانون.

وهو مجموعة العوامل التي تسهم في تكوين مضمون القاعدة القانونية ، أي ما تحويه من تنظيم قانوني.

فإن القانون وليد الحياة الإجتماعية ، يوجد بوجودها ، ويتطور بتطورها . ولهذا فهو يتأثر سواء عند نشأته أو في مراحل تطوره بالعوامل الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والخلقية والدينية السائدة في المجتمع ، سواء اتفقت في هذا المعنى المدرسه الوضعية أو اختلفت ، لأن هذه العوامل هي التي تؤدي الى شعور الجماعة بالحاجة الى وجود قاعدة قانونية معينة ، أو تطور هذه القاعدة لكي تتلائم مع ظروف المجتمع الجديدة . ومن ثم فإن هذه العوامل تعد مصدراً مادياً للقانون ، ذلك أن القانون إنما يستمد مضمون قواعده من هذه العوامل آنفة الذكر .

مثال ذلك العوامل الاجتماعية والاقتصادية المحيطة بالعمل ، والتي فرضت على المشرع ضرورة التدخل بقواعد خاصة لحماية العمال من ظلم إجتماعي وتحسين حالتهم الاقتصادية التي تدهورت وهذه العوامل هي المصدر المادي لقانون العمل ، لأن مضمون أو محتوى هذا القانون يتكون من تنظيم العلاقات بين العمال وأرباب العمل ، إنما إستلهمه المشرع من هذه العوامل وكذلك الحال في كل القوانين الموضوعية .

### 2. المصدر التاريخي للقانون .

وهو النظام القانوني القديم الذي إستقي المشرع منه حكم القاعدة القانونية . كثيراً ما يلجأ المشرع الى بعض النظم القانونية ويظهر في صورة قواعد قانونية وعندئذ تعد هذه النظم بمثابة مصدر تاريخي للقواعد القانونية التي إستمدت من النظم فالقانون الروماني ، مثلاً يعد مصدراً تاريخياً للقانون الفرنسي لأنه إستمد منه الكثير من أحكامه . كما أن القانون المصري قد إستمد أغلب أحكامه من القانون الفرنسي ، والقليل منها من الشريعة الإسلامية ولهذا يعتبر القانون الفرنسي والشريعة الإسلامية مصدرين تاريخيين للقانون المصري بالنسبة للأحكام التي إستقاها من كل منهما .

### 3. المصدر الرسمي للقانون .

هو الطريق المعتمد الذي تخرج منه القاعدة القانونية الى الناس مكتسبة صفة الإلزام.

العرف هو أول مصدر رسمي للقانون عرفته البشرية ، وقد نشأ بتواتر أتباع الناس لقاعدة معينة في تنظيم سلوكهم ، الى أن رسخ في إعتقادهم أن هذه القاعدة مؤمنة ، وأن الخروج عليها يتسبب في توقيع الجزاء على المخالف .

ومع تطور الجماعات وزيادة أوجه النشاط وتعتها ، ووجود سلطة عليا تستطيع إجبار الأفراد على عمل ما يحقق مصلحة المجتمع ، وقصور العرف في مواجهة المتطلبات ، وإن السلطة العامة في الجماعة تدخلت ووضعت قواعد قانونية تنظم العلاقات التي لا ينظمها العرف وأطلقت عليها إسم التشريع ، فنشأ لمصدر رسمي للقانون .

وبين العرف والتشريع ظهرت الديانات فأعتبرت مصدرها رسمي للقانون فلم يعد الدين مصدراً رسمياً للقانون إلا في نطاق ضيق ، حتى في هذا النطاق تدخل المشرع ليقتن قواعد الدين ، أى يسن تشريعات تنظمها ، وعندئذ يصبح التشريع هو المصدر المادي أو التاريخي لها .

الى جانب هذه المصادر الثلاثة ، قد أعتبر الفقه مصدراً رسمياً للقانون وعند بعض المجتمعات ، حيث كان القضاء يلتزم بما يصدره الفقهاء من فتاوي . ولكن الفقه ليس مصدراً رسمياً في الوقت الحاضر بل مجرد آراء وأبحاث الفقهاء تعتبر مصدر تفسيري يستأنس بها الفقهاء لمعرفة حقيقة القواعد القانونية التي يطبقها .

وأخيراً ، فإن القضاء وأن كانت مهمته الأساسية هي تطبيق القانون ، إلا أنه يسهم بدور كبير في تكوينه عن طريق تفسير قواعده ، وجلاء ما غمض منها والبحث عن حلول للحالات التي لا توجد قاعدة قانونية تطبق عليها .

قد كان القضاء يعتبر مصدراً رسمياً للقانون في بعض المجتمعات القديمة ، بل إنه لا يزال كذلك في القانون الإنجليزي حيث يأخذ هذا الأخير بنظام السوابق القضائية ، فتنقيد كل محكمة بأحكام المحاكم الأعلى منها درجة ، ولكن بإستثناء القانون الإنجليزي وبعض القوانين التي سارت على نهجه ، لا يعتبر القضاء في الوقت الحاضر سوى مصدر تفسيري للقانون .

وعلى ذلك تكون المصادر الرسمية للقانون بوجه عام ثلاثة مصادر هي : العرف ، والتشريع ، والدين . أما الفقه والقضاء فلا يعتبران في الوقت الراهن سوي مصدرين تفسيريين (1) .

(1) د. رجب عبد الله ، المدخل للعلوم القانونية ، الجزء الأول ، نظرية القانون ، دار النهضة المصرية ، 2004م ، ص 143 .

أما المدارس الوضعية في العصر الحديث إتخذت إتجاهاً واقعياً في البحث عن أساس القانون ، يناقض الإتجاه المثالي وبعدها عن الميتافيزيقيا أو علم ماوراء الطبيعة وهذا فيما يشتركون فيه ، رغم أنهم يختلفون في العناصر الواقعية التي يردون اساس القانون إليها . وسنقوم ببحث المدارس الوضعية المرتبطة بالتشريع كمصدر رسمي للقانون ، وبإعتباره وضع القواعد القانونية في صورة مكتوبة بواسطة السلطة المختصة بذلك في الدولة وفقاً للإجراءات المقررة في الدستور وهو يمثل التعبير الصريح عن إرادة الدولة . ماهو موقف ومفهوم وتطبيق المدارس لهذا المصدر هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى نعرض كذلك البعض الآخر للمدارس في الفقه القانوني حتى تكتمل الرؤية حول مصادر القانون كعلم مقابل لعلم الشريعة الإسلامية كنظام قانوني .

## المبحث الثاني

### المدارس الوضعية المرتبطة بالتشريع

أحدثت تقنيات نابليون دوراً من الإنبهار والرغبة في نفوس الفقهاء الفرنسيين طوال فترة القرن التاسع عشر جعلهم يعتقدون أن التشريع هو المصدر الوحيد للقانون فلجأوا إلى تفسير القانون الذي يتخلص من تفسير التشريع أو تفسير إرادة المشرع بإعتباره مصدر القانون ومن هذه المدارس .

#### 1. مدرسة الشرح على المتن .

نشأة مدرسة الشرح على المتن في فرنسا في أوائل القرن التاسع عشر عقب الثورة الفرنسية حيث وضعت تقنياتها التي تأثرت بالمذهب الفردي وبنظريات القانون الطبيعي ، والعقد الاجتماعي ، وحرية الإرادة وسيادة الشعب ، وإعتبار القوانين تعبيراً عن الإرادة العامة<sup>(1)</sup>.

هذه المدرسة جاءت معاكسة في رؤيتها على فلسفة القانون الطبيعي التي سادت في فرنسا قبل قرنين من مجئ مدرستهم الشرح على المتن .

لقد أعتبر شراح هذه المدرسة أن تقنيات نابليون ثمرة العقل الإنساني وخير تجسيد لعبقية الأمة الفرنسية ، فأحاطوها بالإحترام بل بالتقديس ورأوا فيها نظاماً قانونياً كاملاً حوى القانون بأكمله ، وجل همهم أن تقتصر دراستهم للنصوص بالشرح والتفسير نصاً نصاً وكلمة كلمة على الأبواب وترتيبها ، وأرقام موادها وذلك سميت هذه المدرسة بمدرسة الشرح على المتن .

#### أ. مراحل مدرسة الشرح على المتن .

مررت هذه المدرسة بثلاثة مراحل على النحو التالي :

#### (1) المرحلة الأولى . البناء والظهور ( 1804 . 1830م ) .

في هذه المرحلة تم بناء المدرسة وتأسيسها ، وقد أهتم فقائها بالعكوف على النصوص القانونية بالشرح الكافي الواقعي على كل نص على حده ، ومرجعيتهم كانت الأعمال التحضيرية للقوانين نابليون ومن هؤلاء الفقهاء دلفكتور ، وبيرون ، وتوليه .

(1) د. خالد محمد أحمد ، القانون بين فقه المعاملات الإسلامي وعلم القانون ، ص 321 .

## (2) المرحلة الثانية . مرحلة الإزدهار ( 1830 . 1880م) .

بلغت هذه المدرسة قمة إزدهارها فى هذه المرحلة ، فلم يقف شراحها عند حد النصوص وشرح مقدرتها ، بل عمدوا إلى التقريب والتوفيق بين النصوص المختلفة ، وبيان أوجه الشبه والإختلاف بينها ، واستنباط المبادئ القانونية التى تعبر عن قصد الشرع والكشف عنها مما يسهل عرض الحلول القانونية واستيعابها ويبحثوا فيها وراء النصوص ، وكذلك تطبيقه للخروج بنصوص قانونية ، يمكن الرجوع إليها عند ظهور حقوق جيدة لم يستوعبها النصوص المدرجة بالتقنيات النابليونية بحيث تتكيف مع تغيير الظروف الإجتماعية ، والتطورات التى طرأت بعد ربع قرن من الزمان على صدور التقنيات . بل ذهب بعض الشراح الى وضع نظرية عامة للقانون المدني ، ومن هؤلاء ، ديرانتون ، أوبري ، ورو ، وديمولومب .

## (3) المرحلة الثالثة . إنهيار المدرسة ( 1880 . 1900م) .

إن إهتمام الفقهاء إتجه الى دراسة الأحكام التى إستقر عليها القضاء بتحليلها والتعليق عليها ولم تكن لهم المبادرة كسابقهم ، مما تسبب فى إنهيار المدرسة وإضمحلالها . ومن فقهاء هذه المرحلة : ويبيير ، وجوسران وكولان ، وكابيتان<sup>(1)</sup> .

ب. الأسس التى قامت عليها المدرسة .

### (1) تقديس النصوص .

سيطرت على فقهاء المدرسة فكرة تقديس النصوص القانونية بإعتبارها وعاء حاوى ، لكل القواعد القانونية المنظمة للإرادة الإنسانية ولم تفرط فى شئ ومن هنا كان إلتزام الشراح بالوقوف عند النصوص دون البحث فيما وراءها وتضاءل دور القضاء ، فلم يجد القاضى بد من تطبيق القانون والخضوع للنصوص مايقف عند النصوص والحكم بناءً من تطبيق القانون والخضوع للنصوص والحكم بمقتضاها ، بمعنى لا

(<sup>1</sup>) المرجع السابق ، ص 323.

يوجد دور تشريعي للقضاء والبحث عن القاعدة القانونية عند حضور النص التشريعي .

## (2) حصر القانون لإرادة المشرع .

ترتب على هذا التقديس ، بألا يملك القاضي البحث خارج قواعد القانون عن قواعد أخرى ، والوقوف عند التشريع لا سواه ولم يعترف بالمصادر الأخرى للقانون إلا إذا أجازها المشرع كالعرف مثلاً لا يعتبر مصدراً ما لم يتم إجازته . وهذا ما جعل هذه المدرسة أن تكون تُشد تركيزاً على الجانب الشكلي للقانون ، وقد أصبح التشريع هو المصدر الوحيد بإعتباره المصدر للتشريع ، وقد أصبح التشريع هو المصدر الوحيد للقانون .

(3) البحث عن نية المشرع وقت وضع التشريع ، وليس بالنية المحتملة عند تطبيقه . فإذا تعذر الوصول الى النية الحقيقية التي يقتضيها النص وتغيرات الظروف ، فهنا يتم اللجوء الى المصادر التاريخية للقانون خاصة ، أقوال الفقهاء الذين بذلوا إجتهداً وآرائهم قبل وضع تقنيات نابليون ، ليستخلص منها ما يمكن أن يفترض أو يكون قصد المشرع . ثم إستنباط النصوص القانونية المقترحة وتطبيقها على حالات فروض العمل ، وتنسيب هذه الحلول والقواعد الى المشرع نفسه على اساس أن هذه هي إرادته المفترضة لوضع هذه النصوص القانونية ، وأن يكن قد أغفل التغير عنها ، وذلك الافتراض بأن المشرع أما قد نص على نفس هذه الحلول في فروض مشابهة أو في فروض تكون علة الحكم فيها أو قد نص على عكس هذه الحلول في الفروض المخالفة .

كما يمكن الرجوع الى عناصر خارجية للوقوف على إرادة المشرع الحقيقية فقد تعين وتساعد حكمة التشريع على توضيح وتبيين المقصود من ألفاظ النص وذلك بتفسير هذه الألفاظ لغوياً واصطلاحاً ، ومثال لذلك لفظ الليل وتشديد العقاب به عندما تتم السرقة في جنح الليل بإعتباره ستاراً ، فكانت نية المشرع قصده الحقيقي في أخذ المعنى اللغوي وليس بمعناه الفلكي .

فنية المشرع الحقيقية أو المفروضة هي التي تتلمسها مدرسة إلتزام النص وتجرى على مقتضاها حتى يكون التشريع وحده مصدر القانون.

### ج. تقييم مدرسة الشرح على المتون .

تتميز مدرسة الشرح على المتون بالبساطة والوضوح ، وذلك أنها تكتفي في التعرف على القانون من الناحية الشكلية والرسمية المتمثلة في التشريع لا غيره . كما أن هذا الشكل يسهل على القاضي بالتركيز على قواعد القانون المتضمنة بهذا التشريع .

### د. أوجه نقد المدرسة .

هنالك ثلاث أوجه لنقد هذه المدرسة أدت إلى زوالها في الفقه الفرنسي وهي :

#### (1) جعلت التشريع المصدر الوحيد للقانون .

ذلك بتركيزها على التشريع شكلاً رسمياً وبإعتباره علامة مادية دالة على التعرف للقانون ، وأنكرت المصادر الأخرى للقانون سواء كان العرف أو القضاء ، ولم يعترف بالعرف إلا إذا تم تقنينه كقاعدة قانونية من قبل المشرع ، وهذا مما جعل النقاد يؤخذون على هذه المدرسة بأنها لم تعترف بالمصادر الأخرى وأن العرف خاصة له ما يميزه بتوافر عنصرية المادى والمعنوى ، يمكن أن يقول فيها على إرادة المشرع .

#### (2) الجمود وعدم التطور .

إحاطة التشريع بروح القدسية وعدم قابليته للتعديل ، وجعل الشراح يقصرون جهدهم على البحث عن نية واضع القانون ، وراء كل نص من النصوص مع عدم التقيد في هذا البحث بالتقسيم اللفظي الدقيق . مما يصيب التطبيق فوق جمود نصوصه جمود في تفسيره وهذا يتعارض مع ما ينبغي للقانون من مرونة ومن مسايرة تطور المجتمع .

#### (3) النزعة الإستبدادية .

أيضاً أدى تقديس انصار هذه المدرسة لإرادة المشرع وحصر القانون في هذه الإرادة الى إعتبار الدولة هي صاحبة السلطان المطلق . والى إعتبار القوة القانونية ، من هنا أدت هذه النظرة الى النزعة الإستبدادية للنصوص .

لا يؤمن الفيلسوف أوستن بنظريات القانون الطبيعي وقد صاغ نظرية أن القانون أمراً، ولم يكن صاحب المحاولة الأولى في هذا الشأن فقد سبقه فقهاء آخرون مثل توماس هوبس فسلك هذا الإتجاه في القرن السابع عشر لرغبته في تحقيق الإستقرار إذ أنه عاش في فترة ثورة كان أمله الوحيد وجود حكومة قوية مستقرة .

أ. مفهوم القانون عند وجون أوستن .

نقطة البداية عند أوستن هي أنه يفرق بين القانون بمعناه الصحيح Law properly so called والقانون بمعناه غير الصحيح law improperly called . ويرى أن القانون بمعناه الدقيق يختلط بمعناه غير الدقيق في الإستعمال العادى لكلمة قانون .

وعليه وضع أوستن فكرة الأمر كحد فاصل بين المعنيين القانون بمعناه الصحيح والقانون بالمعنى غير الصحيح .

(1) القانون بالمعنى غير الصحيح .

ينقسم الى نوعين .

(أ) النوع الأول القواعد الأخلاقية الوضعية .

يشكل مجموعها الأخلاق الوضعية التي وضعت عن طريق الآراء فأطلق عليها اسم الأخلاق الوضعية ليميزها عن القوانين الصادرة من الله عز وجل كما أنها تتميز كأخلاق عن القانون الوضعي أو ما يسمى بالقانون الصارم .

(ب) النوع الثاني : قواعد الطبيعة .

نسميه مجازفة ويقصد بها قوانين الطبيعة .

(2) القانون بمعناه الصحيح .

أيضاً ينقسم الى نوعين .

(أ) النوع الأول : القواعد الإلهية .

هي قواعد الدين الموحى بها ، وكذلك يقصد بها القانون الطبيعي الغير موصى به .

(ب) النوع الثاني : القانون الوضعي .

هى قوانين وضعت من أشخاص يتمتعون بسلطة سياسية لحكم أشخاص آخرين تابعين لهم ، وهذه القوانين هى موضوع علم القانون ، والتي يجب على الفقهاء الإهتمام بها . ويرى أوستن أن كل قانون أو قاعدة عبارة عن أمر وعليه قد عرف القانون بأنه ( أمر صادر لحكم كائن عاقل من كائن عاقل يملك السلطة عليه <sup>(1)</sup>).

Rule laid down for the guidance of an intelligent being having power over him .

ب. عناصر القانون الوضعى عند أوستن .

يميز أوستن القانون الوضعى الذى يجب طاعته بأربعة عناصر هى تشكل أساس تمتع القاعدة القانونية بالخاصية الإلزامية التى تجعلها نافذة وبطبيعتها الأفراد والتي تميزها عن غيرها من القواعد وهذه العناصر هى :

(1) **السيادة :**

يرى أوستن أن اصل القانون يرجع الى وجود مجتمع منظم تنظيمياً سياسياً ، ويتكون من طبقة حاكمة وطبقة محكومة وتتمتع الأولى بالسمو السياسي على الثانية .

(2) **الأمر .**

هو وجود رغبة صادرة من كائن عاقل وموجهة الى كائن عاقل آخر لعمل أو الإمتناع عن عمل .

(3) **الواجب .**

هو أن يكون على الطرف الموجه له الأمر واجب القيام بالعمل أو الإمتناع .

(<sup>1</sup>) د. خالد محمد أحمد ، القانون بين فقه المعاملات الإسلامى وعلم القانون ، ص 332 .

#### (4) الجزاء .

هو أذن يوقعه الأمر على المؤتمر فى حالة مخالفة الأخير للأمر .  
ويقرر أوستن أن الأمر والواجب فكرتان متقابلتان وأن وجود كل منهما يفترض وجود الأخرى ، فالأمر يصدر الأمر والمؤتمر يتحمل واجب الإمتثال للأمر ، والجزاء هو العنصر الثالث الملازم لهما ، بحيث يطبق عند عصيان الأمر ، وهذه العناصر الثلاثة مترابطة منطقياً لأنها تشير الى نفس الفكرة ، وأيضاً هى عناصر الخاصية الإلزامية للقانون بمعناه الدقيق أى القانون الوضعي الذى لا يعد مجرد أمر فردي ، بل هو أمر عام لأنه لا ينظم سلوكاً منفرداً بل ينظم طائفة من الأنشطة السلوكية (1).

وهذه العناصر هى العناصر الضرورية لوجود المجموع السياسي .

#### ج. النتائج المترتبة على مفهوم أوستن للقانون .

(1) الأوامر الصادرة من الحاكم هى المصدر الوحيد للقانون لأنها تعبر عن

إرادة السلطان ، ولا عبرة برضا الأمة بالقانون أو عدم رضاها . ويفسر القانون وفقاً لإرادة السلطان من خلال النصوص القانونية بغض النظر عن الظروف التى وضعت فيها .

وكذلك يجب إعمال المنطق فيها لإستنباط مفاهيم ونظريات عامة منها ترتكز على إرادة المشرع المعبر عنها فى هذه النصوص .

(2) إنكار العرف كمصدر للقانون .

فلا يعتبر العرف قاعدة قانونية إلا فى حالتين .

أ/ إذا أصدر به المشرع قانوناً .

ب/ إذا قامت المحاكم بتطبيق قواعده وسكت المشرع عن ذلك ، بحيث يعد سكوته بمثابة أمر للقضاء بتطبيق العرف .

(3) نفي صفة القانون عن القانون الدولي .

أنكر أوستن صفة القانون على القانون الدولي الذى ينظم العلاقات بين الدول إذا أن قواعده لايسنها حاكم أسمى لإلزام الراعايا ، ولكنها نتاج

(1) المرجع السابق ، ص 335 .

إتفاق دولة متساوية فى السيادة ، وفى نظره يدخل فى نطاق الأخلاق  
الوضعية .

(4) نفى صفة القانون عن القانون الدستوري .

أيضاً أنكر أوستن صفة القانون على سن من القانون الدستوري الذى  
تفرض قواعده إلتزامات على السلطة السياسية وتقرير حقوق المواطنين،  
وذلك لأن السلطات هو الذى يصدرها ، ولا يمكنه أن يلتزم بها ، لأنها  
ليست صادرة من سلطة أعلى منه ، ولا يمكن تصور أن يجازى نفسه،  
أما الشق الآخر وهو ما تفرض من إلتزامات على المواطنين ، فيعتبر  
قانوناً وضعياً بالمعنى الدقيق .

د. تقييم نظرية أوستن .

يرى البعض أن أعظم إسهام لجون أوستن أنه ساعد فى نشر المذهب الوضعي،  
وذلك بفصل القانون كما ينبغى أن يكون ، عندما فرق بين القانون الوضعي  
والأخلاق وطور نظريته عن السيادة فالحاكم يجب أن يطاع من كل أعضاء  
المجتمع المعين .

وهذا الفصل من أهم خصائص الوضعية القانونية ، فرجل القنون يهتم فقط  
بالقانون كما هو . أما المشرع والفيلسوف الأخلاقي يكون إهتمامهما بما ينبغى  
أن يكون عليه القانون (1).

وأيضاً إتسمت نظرية أوستن فى القانون بالبساطة والوضوح ومعيارها مادي فى  
التعرف على طبيعة القانون وهو مشيئة وإرادة السلطان ينفذها بالقوة لتنظيم  
الروابط الإجتماعية وعلى الناس الخضوع لهذه افرادة التى تمثل القانون.  
وأخيراً أن نظريته برزت دور الإرادة الإنسانية كمصدر للقانون ، بل هى الإرادة  
السامية التى تعلق وتسيطر على إرادة الخاضعين .

هـ. النقد الذى وجه لنظرية أوستن .

(1) الخلط بين القانون والقوة .

(1) المرجع السابق ص 337.

وذلك أنه تجرد القانون من فكرته وغايته الأساسية وهي العدالة وتوخي الخير العام ، فهو إذ جعل إرادة السلطان هي القانون ، وإنما جعل القانون في الأصل لخدمة القوة ، وإلا بمفهوم النظرية يؤدي إلى الإستياد والطغيان ، بل جهود القانون من أساسه .

عندما جعل الدولة إرادتها هي العليا ولا يوجد من فوقها إرادة يمكن أن تقيدها ، حيث لا يسمح بنقد أوامر السلطان يبحث مطابقتها أو عدم مطابقتها للعدالة ، ولا تحقيقها للخير العام أو عدمه .

كما أن إنكار لقواعد القانون الدولي والقانون الدستوري وجعلها أقرب لقواعد الأخلاق هذا غير صحيح ، فلها الصفة القانونية وأنها تعتمد على مصادر غير التشريع كالعرف والمعاملات وهناك جزاءات مقابل مخالفتها كالمقاطعات الإقتصادية والحصار الإقتصادي ، والسلطة مخولة لأجهزة الأمم المتحدة أو الدستور فتفرض قواعد التزامات على الحكام .

(2) جعل التشريع هو المصدر الوحيد للقانون .

وذلك بأنه يتضمن أمراً من السلطان وموجهاً للأمة أو الرعية وهذا يخالف الواقع ، فهناك مصادر أخرى للقانون كالعرف إذ له دور بالغ الأهمية في بعض الدول كبريطانيا .

### 3. الشكلية المفرطة .

تجرد القانون من أي مضمون أو جوهر ، وتكتفي بالجانب الشكلي له فقط من الجهة التي أصدرته ، فلم تتعرض لجوهر وطبيعة القانون وتطور القاعدة القانونية عبر حقب الزمان ، والعوامل التي تأثرت بها منذ نشوؤها إلى آخر تطور لها .

### 4. عدم صلاحية فكرة الأمر لتفسير طبيعة القانون .

إن النظام القانوني ليس مجموعة من الأوامر تصدر موجهة إلى المواطنين ، بل القانون هو تنظيم قانوني للعلاقات الإجتماعية وحماية المصالح وفقاً لإرادة المشرع . وكذلك فإن القانون يسعى لتسهيل دخول الأفراد في الروابط القانونية والمعاملات المدنية ، فهناك فروع شتى للقانون تنظم مصالح الأفراد وأما القانون الجنائي فهو الفرع الوحيد التي تبدو فيه فكرة الأمر أكثر وضوحاً ، بإعتبار بأمر سلوك معين وينهى عن آخر بل أن القواعد المنظمة لبعض أركان الجريمة في القانون الجنائي ليست يشملها فكرة الأمر ، وكذلك القواعد المتعلقة بالأهلية الجنائية بل قواعد منظمة لسياسة التجريم والعقاب .

5. إنكار تشابك العلاقات السياسية داخل المجتمعات الحديثة .

تطورت النظم السياسية فى العصر الحديث ، فلم تكن علاقة أقوى وأسمى بل علاقات متحركة ومتغيرة بين قوي الشعب الإجتماعية والسياسية بل والإقتصادية المختلفة ، والقانون هو المرآة العاكسة لهذه النظم والمعبرة عن إرادة الأفراد والشعب .

6. فترة سيادة نظرية جون أوستن فى مفهوم القانون .

بعد النقد السابق تضاعف العمل بالنظرية ، فى بعض الدول ، رغم سيادتها فى القرن التاسع عشر فى بريطانيا وأمريكا وتأثر بها الفكر القانوني .

ثالثاً نظرية كلسن (1)

سعى هانز كلسن الى تشييد نظرية فى القانون بتجريد القانون من أى إعتبار ، خاصة الإعتبارات التى لا تبحث فى القانون كما ينبغي أن يكون عليه ، وكذلك الإعتبارات السياسية التى أسهمت فى إنتاج القانون .

أ. مفهوم كلسن للقانون .

هى نظرية بحثة فى القانون بمعنى تبحث عن حقيقة القانون بحدود القانون بما يترتب عليه من إستبعاد كل ما لا يرتبط بالفكرة الصحيحة للقانون من نطاقها (2) وهو يرى أن النظرية التقليدية قد خلطت علم القانون بموضوعات علم النفس والإجتماع والأخلاق من ناحية ، وبالنظرية السياسية من ناحية أخرى ، لذا يقتضي تجريد الدراسات القانونية من كل ما من شأنه التباس الماهية الذاتية لموضوعها، وطمس معالم ما تفرضه طبيعته من حدود وتجنب كل توفيق بين المناهج .

يرى كلسن أن النظام القانوني وهو مجموعة من القواعد القانونية تنتمى الى القاعدة الأساسية التى لم توضع طبقاً لأحكام قاعدة أخرى ، بل هى قاعدة مفترضة ، بمعنى أوضح أن مجموعة القواعد القانونية التى تمثل النظام القانوني مقسمة الى قواعد عامة تشمل فروع القانون حتى التشريعات واللوائح هذا من جانب ، ومن جانب الآخر يشمل النظام القانوني القواعد الفردية بالقرارات الإدارية والأحكام القضائية ولقعود ، وإِتحد

(1) د. خالد محمد أحمد ، القانون بين فقه المعاملات الإسلامى وعلم القانون ، ص 242 .

(2) المرجع السابق ، ص 243 .

القواعد العامة والفردية يمثل النظام القانوني القائم على القاعدة الأساسية أو الافتراضية التي لا تعلوها قاعدة أخرى .

ويركز كلسن بالإهتمام بشكل القاعدة القانونية وليس بمضمونها ، وعليه فعلم القانون البحث هو علم وضعي يولى في سعيه إدراك حقيقة القنون الوضعية إهتماماً بالغاً بالجانب الفني أو هيكله الثابت وهو الشكل.

ب. الأسس التي قامت عليها نظرية .

(1) تميّز قواعد القانون عن غيرها من القواعد المعيارية الأخرى سعى كلسن الى إظهار تميّز علم القانون موضوعاً ومنهجاً عن العلوم الطبيعية ، وكذلك يتميز عن العلوم الإجتماعية كقواعد الدين والإجتماع والأخلاق .

فتلك العلوم يعتبرها تفسيريته وتبحث عن الأسباب و العلل ، وهذه الدراسة لا علاقة لها بالقانون في حد ذاته. فهي تهتم بما يسبق وجود القانون، أو بما يستتبع تطبيقه من مظاهر ، ولهذا فإن كلسن قد رفضها ، لأن علم القانون يتجه نحو القواعد القانونية ، وليس نحو وقائع العالم الخارجي ، فهو علم معيارى فى حين أن الإجتماع علم تفسيرى .

(2) الفصل بين القانون والعلوم التفسيرية والطبيعية .

يرى كلسن أن القانون يقوم على أساس مبدأ الإسناد أو التكليف ، وليس على أساس مبدأ السببية كما هو الشأن فى العلوم التفسيرية ، فهو يحدد شروطاً أو ظروفاً معينة ويسند إليها عند تحقيقها نتائج محددة ، فمثلاً العمل غير المشروع يؤدي قانوناً الى وجود الجزاء ، فإن العلاقة بين هذين العنصرين ليست علاقة لسلوك الأفراد ، وإنما عملية ربط بين الشروط والنتيجة فى إطار الإسناد فقط . أما العلوم التفسيرية إذ أن هدفها الأساسي هو شرح قواعد الضرورة السببية والتي تبين أن حدثاً ما ، يترتب عليه بالضرورة حدثاً آخر ، وأن ما يحدث فى الواقع هو الضرورة وفقاً لقانون السببية . وذلك من أجل إثبات الوقائع الحقيقة وشرح النتائج الفعلية للظواهر . فموضوعها ، ما هو ثابت أما القانون فموضوعه ما يجب أن يكون ، وبالتالي فهو يخضع لمبدأ الإسناد أو التكليف .

يعبر الإسناد عن علاقة معيارية تستمد مقومات الوجود من قواعد وضعية ،  
ففكرة الإسناد لا تتجاوز حدود ما يجب أن يكون ونطاقه لا يتعدى حدود ما تقيمه  
قواعد القانون من علاقات .

فالخلاصة أن النظرية البحتة للقانون تهدف الى تمييز القانون بوصفه ظاهرة  
أمبريقية ( واقعية) ، وهو نظام تكتيكي إجتماعي قائم على أساس ملحوظة  
موجودة في الواقع الإجتماعي (1).

### (3) الجزء كعنصر مميز للقاعدة القانونية .

فالقانون لا يمكن أن يكون نظاماً دون إجبار ، رد فعل ضد عمل ضار إجتماعياً  
، يباشر باعتباره مظهراً مشروعاً لإستخدام القوة ، بطريقة نظامية ، فهو يقيم  
النظام ، وينظم الإجبار ، وبمقدار كونه نظام إجبار يكون نظام أمن وسلام .  
ويميز كل من القاعدة القانونية بأنها واجب إفتراضي وتابع ، فهي إفتراضية لأن  
أوامرها تابعة لشرط أو إحتمال . مثل لا تسرق ، إن كنت لاتريد العقاب  
الإجتماعي هو الذى يعطى القاعدة القانونية نفاذها وهو آتى من الخارج بواسطة  
إرادة من يفرض الجزء الدولة ، فإن القاعدة القانونية وضعت لتنفيذه .

ج. شرعية وفاعلية القواعد القانونية عند كل من .

### (1) شرعية القاعدة القانونية .

تكون القاعدة القانونية صالحة أو شرعية إذا كانت قد نشأت وفقاً لإجراءات  
معينة تحدها قاعدة أخرى ، لذلك يرى كل من أنه يمكن تخيل النظام القانوني  
كبناء هرمي تحكمه صلة تدرج وتبعية ، فالقاعدة التى تنظم الإنشاء هى القاعدة  
العليا ، والقاعدة الصالحة أو الشرعية هى القاعدة الدنيا به فالنظام القانوني  
يتكون من طبقات متعددة فى شكل هرم وليس صف واحد بمعنى أن مضمون  
القاعدة المعيارية السفلي مستنتج أساساً من القاعدة المعيارية العليا .

### (2) فاعلية القاعدة القانونية .

بأن تكون مطاعة من غالبية الأفراد الخاضعين للنظام القانوني ، فإن فاعلية  
القاعدة القانونية شرطاً من شروط تمتعها بالقوة الألزامية فيجب أن تكون فعالة  
وشرعية .

(1) د. خالد محمد أحمد ، القانون بين فقه المعاملات الإسلامي وعلم القانون ، ص347.

لهذا يرى كلسن أن ضمان فاعلية القاعدة القانونية يمكن في الجزاء المرتبط بها، ويعتبر النظام القانوني ملزماً شرعياً إذا كانت قواعده فعالة ، بمعنى أنها مطاعة فعلاً ومطبقة في الغالب وبطريقة عامة .

د. نقد نظرية كلسن .

### (1) الفصل بين القانون والمجتمع .

باستبعاد النظرية للعناصر الموضوعية والمثالية كالأخلاق والدين من القاعدة القانونية ، وأسرفت في الإرتباط بالشكل فخلت النظام القانوني كله قائماً على أساس إرادة المشرع وأقامت نظاماً من القواعد المترابطة والمتناسقة منطقياً . في شكل هرم معكوس ، وهذا يؤدي الى إنهياره كله ، لأنه يتكون من عناصر وضعية أو واقعية ، ويستند الى اساس غير ملموس أو غير واقعي . وكذلك أن توحيدها للقانون من محتواه ومضمونه وعزله جعلته تمرين فكري لا رباط يربطه بوقائع الحياة وظروفها ، وباعدت بين القانون وبين بناء الحياة والمجتمع . بل كان بالإمكان أن يكون القانون إنعكاساً وتعبيراً عن جميع عناصر المجتمع .

### (2) إقامة النظام القانوني كله على قاعدة افتراضية .

سلمت نظرية كلسن بوجود قاعدة عليا تحكم الواقع ، دون أن يكون لها دليل . فجعلت أساس النظام القانوني كله قاعدة افتراضية لا أساس لصحتها ، تعطي القوة الإلزامية الى كل النظام القانوني الوضعي وبهذا تكون تجاوزت النظرية الوضعية الى الميتافيقيا .

### (3) الإفراط في الجزاء كعنصر للقاعدة القانونية .

الإجبار هو السمة الجوهرية التي تسمح بتحديد قاعدة القانون عن قواعد الأخلاق فإنتهى كلسن الى أن إسقاط الإجبار من تعريف القانون ، فلن يبقى للقانون حقيقة من حقيقته إلا إرادة السلطة ومطلق سلطاتها ، وتبعاً لذلك لن يبقى للإلزام القانون من أساس سوى القوة .

وكذلك أعطى كلسن الجزاء قيمة كبيرة في تمييز القاعدة ، القانونية عن غيرها من القواعد ، مما جعله مجرد قاعدة إكراه فقط (1).

رابعاً نظرية هارت

(1) د. خالد محمد أحمد ، القانون بين فقه المعاملات الإسلامي وعلم القانون ، ص 252.

حاول هارث البحث عن مفهوم القانون داخل النظام القانوني ذاته ، وحافظ على الفلسفة الأساسية التي يقوم عليها الفكر القانوني الوضعي وهي الفصل بين القانون كما هو كائن والقانون كما يجب أن يكون ، لذلك أصر بشدة على فصل القانون عن الأخلاق والعدالة ، وعدم ربط شرعية القانون الوضعي بالقانون الطبيعي .

وهارت إستبدل فكرة الأمر في نظرية أوستن بفكرة القاعدة ، ويعرف النظام القانوني بأنه مجموعة قواعد في داخل مجموعة أخرى من القواعد .

يرى أن الصفة المميزة للأنظمة القانونية الحديثة تكمن في أنه مجموعة من قواعد مركبة أو متحدة مع قواعد أخرى لتأسيس النظام القانوني الحديث ، هذه القواعد تعرف بالقواعد الأولية والقواعد القانونية ، وبإتحادها يتحد مفهوم القانون .

تم نقد هذه النظرية لغموض فكرة تصميم القواعد القانونية الى قواعد أولية وقواعد ثانوية ، دون أن يخوض في التفاصيل ثم نصل الى خلاصة أن النظريات التي تم سردها والمرتبطة بالتشريع كانت تبحث عن مفهوم القانون في إطار القانون الوضعي الصادر عن الدولة والتمثيل في التشريع ، وترفض فكرة القانون الطبيعي أو القانون الديني بإعتبار أن هذه القوانين ليست قوانين بالمعنى الفعلي ، وتشترك جميع النظريات الوضعية في السمات الآتية :

1. إهمال كل الإعتبارات المثالية سواء كان قانون طبيعي أو وضعي أو مفهوم ميتافيزيقي .
2. تعتبر العدالة فكرة غامضة وواسعة ولم يتم تحديد معنى واضح ومحدد لها . وترى أن العدالة فكرة أخلاقية لا يمكن بناء القانون عليها وأنها ليست غاية القانون .
3. ربط أنصار الوضعية القانونية بين القانون والدولة صاحبة المشيئة والسلطة العليا في المجتمع التي يخضع لها الأفراد وأن القاعدة لا تتمتع بأى خاصية ما لم تعطها السلطة العامة تلك الخاصية القانونية ومقرونة بالجزاء .

هذه المبادئ والأفكار التي إستندت عليها النظريات الوضعية وبما أن الباحث لم يتقيد بهذه المدارس فحسب ، فماذا عن باقى المدارس الفقهية وهذا ما يدعو لبحث عن باقى المدارس الواقعية والمثالية والمختلطة بالترتيب السابق .

#### ثانياً المدارس الواقعية

تبحث المدرسة الواقعية عن القانون في الواقع ، أى في المجتمع حيث يعيش القانون في التطبيق . ويطلق على هذا الإتجاه مذاهب الوضعية الإجتماعية . وذلك بالمقابل لمذهب

الوضعية القانونية السابق بحثه والذي يربط القانون بالدولة ويحصره في نطاق التشريع ومن هذه المدارس أو المذاهب ، المدرسة التاريخية ومدرسة التضامن الإجتماعي .:

أ. المدرسة التاريخية .

ترتكز هذه المدرسة على الواقع التاريخي كحقل خصب للبحث عن أصل القانون وتقوم على الأسس الآتية (1):

(1) القانون ليس من خلق إرادة المشرع أو السلطان ، ولكنه من صنع الزمن ونتاج التاريخ ، يتنامى مع الجماعة ويتكيف مع ظروفها الإجتماعية والجغرافية والإجتماعية ينشأ في ضمير الجماعة ويتطور ذاتياً . مثله كالعادات ، والأخلاق فالقانون ليس نتاج بفكر واستنباط وإنما وليد بيئة إجتماعية .

(2) ينشأ القانون ذاتياً ، بطريقة غير محسوسة ، ولا يأتي دور المشرع إلا بعد نشوئه ، فيكون دوره التسجيل للنصوص القانونية ، ويكون مصدر القانون الوضعي هو القوة الخلاقة له وهي الأمة كوحدة معنوية وروحية التي تتعاقب عليها الأجيال ويتصل فيها الماضي بالحاضر والمستقبل .

(3) يعتبر العرف هو المصدر المثالي للقانون ، لأنه تغيير مباشر وتلقائي من ضمير الجماعة ، ويتطور مع حاجات الجماعة وميولها وهو مقدم على التشريع . وهذه المدرسة ترفض تجميع وتدوين القوانين خوفاً من تجميد نصوص القانون وكذلك ترفض فكرة القانون الطبيعي الثابت .

(4) نقد المدرسة التاريخية .

(أ) رغم لها الفضل في إبراز العوامل التاريخية والطبيعية والإقتصادية في تكوين القانون وتطوره ولكن يعاب عليها مغالاتها في ربط القانون بالجماعة وأنكار دور الإرادة الإنسانية في تكوين وتطوير القانون .

(ب) تثبتت عدم صحة مخاوف المدرسة التاريخية تجاه فكرة التقنين ، فالتقنين لعب دوراً هاماً بالنهوض بالقانون من خلال التدوين والقابلية للتعديل .

ب. مدرسة التضامن الإجتماعي .

(1) مضمونها .

(1) د، محمد حسن منصور ، نظرية القانون مفهوم فلسفة وجوهر القانون ، ط 2009م ، ص 110 .

ترفض البحث عن القانون فى المبادئ العليا التى يكتشفها العقل أو فى إرادة الدولة وما تصدر من تشريعات ، فهم يعترفون بالوسيلة المادية كطريقة للبحث عن القانون وعوامل ظهوره وتطوره أى البحث عن عناصر الواقع الإجتماعي التى تتحرك وتفرض حكماً معيناً .

فالقانون عندهم ظاهرة إجتماعية تترجم رغبة المجتمع فى الحياة والتقدم وذلك من خلال الملاحظة والتجربة المادية (1).

أسس دييجي (2) مذهب التضامن الإجتماعي أى هذه المدرسة فأفكر كثيراً من الأفكار والأسس التى يقوم عليها القانون كالقانون الطبيعي والمثل العليا ، وفكرة الحق والشخصية القانونية بوجه عام وشخصية الدولة بوجه خاص .

بدأ بالحقائق الواقعية المشاهدة والخاضعة للتجربة وأول هذه الحقائق أن الإنسان كائن إجتماعي يعيش فى مجتمع مع غيره من الناس ولا يستطيع تحقيق مصالحه إلا بالتعاون مع الآخرين ، سواء عن طريق ضم الجهود لكفالة المصالح المشتركة ، أم عن طريق تبادل المنافع فيما بينهم ويتأكد هذا التعاون والترابط بوجود قواعد تنظم سلوك الأفراد ووفقاً له .

فإن شعور الأفراد بوجود تضامن بينهم هو أصل القانون وأساس القوة والإلزام فيه . ومن هنا وجد الحد الإجتماعي وعليه فإن القاعدة القانونية هى الحد الفاصل بين الأعمال التى يجب القيام بها وتلك التى يجب الإمتناع عنها .

تحقيقاً للتضامن الإجتماعي . وهذا هو الأصل الذى تنفرع عنه كل القواعد الإجتماعية كما أن الجزاء يتوقف على أن يرتفع الأصل الإقتصادي أو الأخلاقي الى مرتبة الأصل القانوني ويتخذ الجزاء على مخالفته صورة الإجبار الإجتماعي عن طريق إستخدام القوة المنظمة التى تحتكرها الحكومة .

ويصبح الأصل قانونياً إذا أدرك أفراد الجماعة أن إحترامه ضرور لحفظ التضامن الإجتماعي ، وأن كفالة هذا الإحترام تقتضي إستخدام قوة الإجبار الإجتماعي (3).وأضاف أساس آخر للشعور بالتضامن الإجتماعي هو الشعور

(1) المرجع السابق ، ص 113.

(2) من هو دييجي .

(3) د، محمد حسن منصور ، نظرية القانون مفهوم فلسفة وجوهر القانون ، ط 2009م ، ص 114.

بالعدل . الى الشعور القائم فعلاً لدى أفراد المجتمع بما هو عدل وبما ليس بعدل .  
إذن أساس الإلزام فى القانون عند ديجي هو الشعور بالتضامن الإجتماعى  
والعدل .

## (2) نقد نظرية ديجي .

أ/ إن القانون لا يقتصر على تقرير ما هو كائن بل يتضمن ما  
ينبغي أن يكون ، ومن ثم فهو ينتقل من الواقع الى الواجب من  
خلال العقل والتفكير .

إن القانون عمل تقويمي يقوم به العقل فيما وراء المحسوس ، ومن  
ثم فإن إخضاعه المنهج التجريبي الواقعى يتعارض مع طبيعته  
ووظيفته .

ب/ إنه يناقض بنفسه بالمنهج التجريبي ، بمعنى أنه يؤسس القاعدة  
القانونية على فكرة أو أساس التضامن الإجتماعى بين الأفراد  
كحقيقة ثابتة بالمشاهدة والتجربة ويترك واقع تجريبي آخر هو  
التنافس والتنازع بين الأفراد فى المجتمع . ثم أن يصدر حكماً  
تقويمياً على التضامن بالقياس على مثل أعلى يستخلصه العقل ،  
وهو ما يخرج به عن دائرة الواقع المحسوس الذى يلتزمه .

ج/ إن العدل الذى يقصده كشعور شخصي صادر من الأفراد وليس  
كفكرة مثالية مجردة أو حقيقة ثابتة يستخلصها العقل . لاشك أن  
الإعتماد على شعور الأفراد يؤدى الى خطر تحكيم الهواء  
والنزعات والعقائد .

## ثالثاً : المدرسة المثالية

تمثل هذه المدرسة مذهب القانون الطبيعى الذى يقوم على التفرقة بين القانون الوضعى والقانون  
الطبيعى ، وأن القانون الطبيعى هو أساس القانون الوضعى .  
يقصد بالقانون الوضعى مجموعة القواعد القانونية النافذة فعلاً والتي يعمل بها فى دولة معينة  
فى زمن معلوم بصرف النظر عن مصدر تلك القواعد فقد يكون مصدرها التشريع أو العرف أو  
الدين . وتتميز قواعده بالوضوح والتحديد ، أما القانون الطبيعى فهو ليس بنفس الوضوح

والتحديد فهو فكرة مبهمة غير واضحة المعالم ، ويقصد به مجموعة القواعد العامة الثابتة الأبدية الصالحة لكل زمان ومكان لأنها تصدر عن طبيعة الأشياء . فالقانون الطبيعي كامن في طبيعة الروابط ويكشف عنه الإنسان بعقله وتفكيره . فهو المثل الأعلى والأساس للقانون الوضعي . وكلما كان القانون الوضعي قريب من القانون الطبيعي كان أقرب الى الكمال (1).

فكرة القانون الطبيعي قديمة ومررت عبر العصور بمراحل تمثل في الآتي :

أ. القانون الطبيعي عند اليونان .

تمكن قواعده في الطبيعة وبالذات في الطبيعة الإنسانية ويكشفها العقل . ومن هنا نشأت فكرة القانون الطبيعي للتعبير عن مجموعة من القواعد التي أودعتها الطبيعة في الكون لتنظيم أعمال البشر وقد ربط فلاسفة اليونان بين القانون الطبيعي والعقل ، فالعقل هو وسيلة التعرف على قواعده ، والقانون الطبيعي هو ما يفضى به العقل .

ب. القانون الطبيعي عند الرومان .

هو قانون ثابت وسابق على القوانين الوضعية غير قابل للتغيير ، وليس من صنع الإنسان ، بل تفرضه الطبيعة ذاتها ويمليه العقل المستقيم المتفق مع نظام الأشياء فانقل المعنى الفلسفي عند اليونان الى قواعد وضعية عند الرومان .

ج. القانون الطبيعي في القرون الوسطى .

تلقف رجال الكنيسة في القرون الوسطى فكرة القانون الطبيعي وصبغوها بصبغة دينية ، وصار القانون الطبيعي هو ذلك القانون الإلهي الأزلي وضعه الله سبحانه وتعالى ، وهو بذلك يسمى على القانون الوصفي . فالله سبحانه وتعالى هو واضع نظام الكون ، ويجب أن تجرى علاقات الناس في المجتمع وفق القانون الإلهي الأزلي الذي يصل إلينا من طريق الوحي والشعور لا من طريق العقل .

د. القانون الطبيعي في العصر الحديث .

أدت سيطرة الأقطاع وهيمنة الكنيسة وسيادة الظلم في العصور الوسطى في أوروبا الى إنفجار الأوضاع وبدء تكوين الدولة الحديثة ، وظهر مبدأ سيادة الدول ، والإطاحة بسيادة الكنيسة وسلطانها . ونادى البعض بتمكين فكرة الوطنية والاستقلال كمكيا في وجودان نادوا بسيادة الدولة المطلقة ، كما نادى البعض بفكرة القانون الطبيعي حيث أن

(1) المرجع السابق ، ص 117 .

طبيعة الأشياء أو طبيعة الروابط الإجتماعية هي التي توحى بمضمون القاعدة القانونية ، حيث يكشف عنها العقل البشرى بما أوتى من قوة التفكير ، وتقتصر وظيفة السلطة العامة على إصدارها .

كما أخذت الأفكار الفليقة لتطوير القانون الوضعى طابعاً سياسياً واجتماعياً وتضمنت نواة المذهب الفردى الذى يسعى لتمجيد الفرد والدفاع عن حريته وحقوقه الأصلية (1). كما برزت الى الوجود فكرة العقد الإجتماعى التى مضمونها أن الأفراد قد أبرموا فيما بينهم عقداً إجتماعياً ينقلهم من حالة الفطرة الى منظمة ، ولم يكن السلطان طرفاً فى هذا العقد الذى بمقتضاه تنازل الأفراد عن كل حرياتهم ووضعوها بين يدي السلطان ، بحيث يتمتع السلطان بمطلق الحرية فى التنظيم ويكون كل ما يأمر به عدلاً حتى لو تضمن نوعاً من الإستبداد لأن ذلك أفضل من الفوضى . كما يرى البعض الآخر أن العقد أبرم بين الشعب والسلطان وذهب رأى أخير أن العقد أبرم بين جميع أفراد الشعب على أن يتنازلوا عن حرياتهم الفطرية للشعب نفسه ، فليس هنالك سلطان سوى الشعب نفسه . واستعاضوا عن حرياتهم على الإشراف بحريات مدنية محددة وقد أوكلوا السلطان على الإشراف على حرياتهم ولهم حق عزله إذا أخل بواجبات الوكالة .

وعند نشوب الثورة الفرنسية فى أواخر القرن الثامن عشر تأثرت بنظرية روسو التى أشارت لموضوع الوكالة للسلطان ونصت على حقوق الإنسان والمواطن ، وصدرت قوانين نابليون التى تعتبر المصدر التاريخى لكثير من القوانين الوضعية فى العصر المعاصر .

لقد عاد الفقهاء المعاصرون الى النظرية التقليدية للقانون الطبيعى مع التوفيق بينها وبين الواقع ، ويمكن إجمال ملامح القانون الطبيعى فى الفكر المعاصر فيما يلى :

(1) توجد مبادئ عامة ثابتة فى كل زمان ومكان ، لايعتريها تغيير أو تطور . فهى

أسمى من القانون الوضعى لأنها تمثل الكمال والمثالية وينبغى على المشرع أن يعمل على تحقيقها من خلال التشريعات التى يضعها .

(2) لا يتضمن القانون الطبيعى أحكاماً تفصيلية يمكن حلولها محل القانون الطبيعى،

فهو لا يضع حلولاً عملية لمشاكل الحياة الإجتماعية ولكنه يقتصر على عدة

مبادئ عليا فى غاية التجريد والعمومية ، الفكرة الرئيسية فيها هي إحترام

(1) د، محمد حسن منصور ، نظرية القانون مفهوم فلسفة وجوهر القانون ، ط 2009م ، ص 123.

الشخصية الإنسانية ، مثل حماية حياة الفرد وحرية وحرمة ماله ، وأقرار الحقوق والواجبات العائلية بين الأقارب والى غيرها .

(3) تكمن المبادئ فى القانون الطبيعى فى الطبيعة الإنسانية ويكتشفها العقل .

(4) يظل القانون الطبيعى هو الملاذ الذى يلجأ إليه القاضى يستهدى منه الحل النزاع المعروف عليه إذا لم يجد حلاً له فى القانون الوضعى .

(5) يرى الفقه المعاصر فى القانون الطبيعى بوصفه المثل الأعلى للعدل الأساس المكون لجوهر القانون، الى جانب عنصر الواقع من الحياة الإجتماعية فالقاعدة القانونية مزاج من حقائق الحياة الإجتماعية والمثل العليا التى يستخلصها العقل، وهذا ما يطلق عليه المذهب المختلط وهو ما يدعو بحثه على الوجه التالى .

#### رابعاً : المدرسة المختلطة .

تقوم هذه المدرسة على تحليل النظريات السابقة ، وعلى محاولة التوفيق بينها بالجمع بين القدر الصائب فى كل منها . فالقاعدة القانونية تجمع فى جوهرها بين المثل العليا التى يستخلصها العقل وبين حقائق الحياة الواقعية التى تسجلها المشاهدة والتجربة . ويحظى هذا المذهب بتأييد غالبية الفقه إقامة القانون على أساس مزدوج واقعى ملموس ، ومثالى وعقلى ، وترجع القاعدة القانونية الى هذين الجانبين الجانب الواقعى والجانب المثالى (1).

فالمشرع عندما يريد وضع قاعدة قانونية عليه أن يأخذ فى الإعتبار عدة عوامل أو حقائق ، تتمثل فى مجموعتين العوامل الواقعية ، والحقائق المثالية .

#### أ. العوامل الواقعية .

ينبغى أن يكون القانون تعبيراً عن مشاكل وحقائق الحياة الإجتماعية أى ظروف الواقع المحيطة بالناس فى المجتمع ، كالظروف الجغرافية والإقتصادية والقوى السياسية والإجتماعية سواء كانت دينية أو أخلاقية .

#### ب. العوامل المثالية .

تتمثل فى الحقائق العقلية والمثالية وهى حقائق فكرية . بحيث تمثل الحقائق العقلية فى الأصول الضرورية التى يستخلصها العقل من طبيعة الإنسان وإتصاله المجتمع ، وهى ثابتة وخالدة كرابطة الزواج بين الرجل والمرأة .

(1) المرجع السابق ، ص 131.

أما الحقائق المثالية فتتمثل فى الآمال والمفاهيم الإنسانية فى التقدم والرقى . لتنظيم العلاقات الإجتماعية كالتنظيم القانونى للأسرة على نحو يضىف عليها الإستقرار والسعادة ويتم التعبير عن الحقائق العقلية والمثالية من خلال فكرة العدل .

## الباب الرابع

### علاقة مقاصد الشريعة الإسلامية بالقاعدتين الدينية والقانونية (الحكم الشرعي) والآثار المترتبة عليها

#### تمهيد

هذه العلاقة بين مقاصد الشريعة الإسلامية والقاعدتين الدينية والقانونية ذات أهمية بالغة لإرتباطهما بأصول الفقه ، وبمعنى آخر أن التكاليف الشرعية التي ترجع الى حفظ مقاصدها في الخلق سواء كانت ضرورية أو حاجية أو تحسينية لها علاقة مباشرة بالأحكام الشرعية التي عبرت عنها النصوص الشرعية المتمثلة في مصادرها المعروفة .

إن هذه التكاليف فطرية ومتناسقة مع فطرة الإنسان وله القدرة على أدائها ، وذلك وفق الرسم والمنهج العملي والواقعي المتكامل الشامل المستقيم ، حتى يبلغ القمة السامقة ولا يستعجل الخطي ، ولا يتخطى المراحل .

بما أن هذه التكاليف متصلة بوظيفة الإنسان في الخلافة ، وأن النظرة الشمولية للإسلام منبع هذه التكاليف التي أساسها قائم على ما فرضه الله سبحانه وتعالى على الإنسان بمقتضى خلائته في الأرض ، فإن أداء هذه التكاليف ضرورة إجتماعية وإلتزام ديني وخلقى إذ أن الإنسان يؤمن بأن الله الذي فرضها أعلم بحقيقة خلقه وأمره .ألا الله الخلق والأمر ، وإن هذه التشريعات لم تخرج عن حدود طاقة الإنسان ومقررة لصالحه . أما فيما يتعلق بالفقه المقارن لم تظهر المقارنة الكيفية السابقة وإنما تشير إليها في إشارات عند التحدث عن المقاصد .

عليه سأتناول هذا الباب في فصلين :

**الفصل الأول :** مفهوم المقاصد وعلاقتها بالحكم الشرعي .

**الفصل الثاني :** آثار مقاصد الشريعة الإسلامية على الحكم الشرعي .

## الفصل الأول

### مفهوم المقاصد الشرعية وعلاقتها بالحكم الشرعي

#### تمهيد

إن مسائل أصول الفقه تدور حول محور إستنباط الأحكام الشرعية من ألفاظ الشارع بواسطة قواعد تمكن العارف بها من إنتزاع الفروع منها ، إذ من إنتزاع أوصاف تجعلها باعثاً على التشريع فتقاس فروع كثيرة على مورد اللفظ لإشتماله على وصف يعتقد أنه مراد الشارع أو مايسمى بالعلة .

كما أن الحكم الشرعي كما عرفه الأصوليون بأنه خطاب الله سبحانه وتعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالإقتضاء أو التخيير أو الوضع (1) .

ينقسم الى حكم تكليفي ووضعي ، وسبب تسميته الحكم الشرعي حكماً تكليفاً أنه يتضمن تكليف الشخص ( البالغ العاقل الذي بلغته الدعوة الإسلامية ) بفعل أو يكف عن فعل على سبيل القطع أو على سبيل الترجيح وهو يمثل للباحث محور القاعدة الدينية كما أن الحكم الوضعي هو خطاب الشارع الذي يقتضى جعل شئ لآخر سبباً أو شرطاً له أو مانعاً منه أو صحيحاً أو فاسداً فهو محور القاعدة القانونية ، وذلك لأنه يؤدي الى إرتباط بين شيئين وتعلق أحدهما بالآخر بجعل أحدهما شرطاً والآخر مشروطاً . أو جعل أحدهما مانعاً والآخر ممنوعاً أو كون الشئ صحيحاً أو فاسداً . كما يبدو ذلك جلياً في الأمثلة التي يقصدها الأصوليون ، وأن هنالك آثار لهذه المقاصد على الأحكام الشرعية .

وقد يسأل سائل عن ما هية المقاصد الشرعية وأنواعها وما هو سبب إرتباطها بالحكم الشرعي؟ وهذا ما يدعو الباحث للإجابة هذه الأسئلة في المباحث الآتية :

**المبحث الأول :** مفهوم المقاصد الشرعية .

**المبحث الثاني :** علاقة المقاصد الشرعية بالحكم الشرعي .

(1) أصول الأحكام الشرعية ، ص 308 .

## المبحث الأول

### مفهوم المقاصد الشرعية

تعد المقاصد الشرعية من أهم العلوم الشرعية التي يحتاجها الباحث أو الفقيه في أحكام الشريعة الإسلامية لإرتباطها بمقاصد الشارع وأعمال المكلفين ومقاصدهم ، وقد يتفاوت العلماء في فهمها حسب قرائنهم لإدراكها .

وفكرة المقاصد قد سيطرت على فكر الأصوليين ، فالإمام الشافعي الذي يمثل المدرسة المقاصدية ومؤسسها . كما أن العالم الجليل ابن عاشور قد أضاف الكثير للفقهاء المقاصدي ، فنجد أن موضوعات الفكر المقاصدي متعددة كما أن المقاصد أيضاً متعددة الأنواع والأقسام حسب التعريفات التي أجراها العلماء عليها . وقد يترتب على الحكم الشرعي لتحديد مرتبة المقصد الشرعي . وعليه فإن هذه المواضيع تبحث على النحو التالي :

لقد خلت كتب الأصول ومدونات المتقدمين من وضع تعريف إصطلاحي لمعنى المقاصد ، رغم أهميتها ، وإن كانت تبحث ضمن مباحث علم أصول الفقه كالأوامر والنواهي وغيرها ، خاصة عند الحديث عن العلة في القياس الأصولي وتعرضهم لمبحث المناسبة (1) . ومن تعريفات العلماء تعريف محمد الطاهر بن عاشور عندما قسم المقاصد الشرعية الى قسمين عامة وخاصة كما يلي :

1. مقاصد التشريع العامة . هي المعاني والحكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها بحيث لا تختص ملاحظتها بالكون في نوع خاص من أحكام الشريعة ، فيدخل في هذا أوصاف الشريعة وغايتها العامة والمعاني التي لا يخلو التشريع عن ملاحظتها ، ويدخل في هذا أيضاً معان من الحكم ليست ملحوظة في سائر أنواع الأحكام ، ولكنها ملحوظة في أنواع كثيرة منها (2) .

2. المقاصد هي الأعمال والتعريفات المقصودة لذاتها ، والتي تسعى النفوس الى تحصيلها بمساع شتى أو تحمل على السعي إليها إمتثالاً . وتلك تنقسم الى قسمين .:

أ. مقاصد الشرع . يقصد بها في هذا المقام المقاصد الشرعية الخاصة بالمعاملات وهي التي تهتم الباحث في هذا السياق إذا أنها موضوع البحث الأساسي ، فعرفها ابن

(1) الفقه المقاصد عند الإمام الشافعي .

(2) الإمام محمد الطاهر بن عاشور ، مقاصد الشريعة الإسلامية ، دار السلام ، ط 2009م ، ص 55 .

عاشور بأنها هي الكيفيات المقصودة للشارع لتحقيق مقاصد الناس النافعة أو لحفظ مصالحهم في تصرفاتهم الخاصة لا يعود سعيهم في مصالحهم الخاصة بإبطال ما أسس لهم من تحصيل مصالحهم العامة ، إبطالاً عن غفلة أو إستنزال هوى وباطل شهوة ، ويدخل في ذلك كل حكمة روعين في تشريع أحكام تصرفات الناس ، مثل قصد التوثيق في عقد رهن ، وإقامة نظام المنزل والعائلة في عقد النكاح ، ودفع الضرر المستدام في مشروعية الطلاق .

ب. مقاصد الناس في تصرفاتهم في المعاني التي لأجلها تعاقدوا أو تعاطوا أو تقاضوا أو تصالحو . وهي قسمان (1) :

(1) حق الله ويراد به هنا حقوق الأمة فيها تحصل النفع العام أو الغالب ، بمعنى آخر هو حق المجتمع .

(2) **حق العباد** : التصرفات التي يجلبون بها لأنفسهم مايلائمها أو يدفعون بها عنها ما ينافرها دون أن يفضى ذلك الى خرق مصلحة عامة أو جلب مفسدة عامة .

أيضاً عرف المقصد علل الفاسي في كتابه المسمى بمقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها حيث قال ( المراد بمقاصد الشريعة الغاية منها والأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها .

ويتفق الباحث مع تعريف ابن عاشور بأنها من الأعمال والتصرفات المقصودة لذاتها والتي تسعى النفوس الى تحصيلها لمساع شتى أو تحمل على السعى إليها إمتثالاً بقسميها مقاصد الشرع ومقاصد للناس في تصرفاتهم . ويرى الباحث أن هذا التعريف وافى في شرحه لابن عاشور عند تناوله للمقاصد الخاصة حيث أنه يجمع المقصدين مقصد الشارع ومقصد المكلف وما يتفرع عن ذلك من حقوق وهي ما تناولها الباحث في الدليل الخامس وإضافة الى أن هذا المعنى فيه تضمين الإلزام كعنصر هام للقاعدة القانونية وعنصر الإمتثال والطاعة فيما يتعلق بالقاعدة الدينية . وعنصر الإختيار أى إرادة الإختيار للنفس .

ثانياً : المقصد العام من التشريع .

يقول الإمام الشاطبي في موافقاته أن المقصد الشرعي من وضع الشريعة إخراج المكلف عن داعية هواه ، حتى يكون عبداً إختيارياً ، كما هو عبد الله إضطراراً (2) .

(1) المرجع السابق ، ص 163 .

(2) الموافقات ، ص 301 .

واستدل بنصوص قرآنية منها ، يقول الله عز وجل (وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ) (1) (يَا أَيُّهَا النَّاسُ اعْبُدُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ وَالَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ) (2)

فهذه الآيات أمرة بالعبادة على الإطلاق ، وبتفاصيلها على العموم ، وذلك للرجوع الى الله فى جميع الأمور والإلتزام بأحكامه على كل حال وهو معنى التبعيد لله هذا من ناحية ومن ناحية أخرى ذم مخالفة هذا القصد ، وتوعد بالعذاب العاجل من عقوبات مقررة للمخالفات الشرعية فى الدنيا وعذاب آجل بالأخرى لبعض المخالفات ، وفى هذه المخالفات إلتباع للهوى وإلتقياد لأغراض عاجلة متعلقة بشهوات زائلة فقد جعل الله إلتباع الهوى مضاد للحق كما قال تعالى (يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَكَاتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ) (3).

إن وضع الشريعة جاء لمصالح العباد فهى عائدة عليهم بحسب أمر الشارع ، وعلى الحد الذى حده ، لا على مقتضى أهوائهم وشهواتهم ولذا كانت التكاليف الشرعية ثقيلة على النفوس ، والحس والعادة والتجربة شاهدة بذلك ، فالأوامر والنواهي مخرجة للإنسان عن دواعى طبيعه ، وإسترسال أغراضه حين يأخذها من تحت الحد المشروع (4) . ومصالح التكليف عائدة على المكلف فى الدنيا والآخرة ولا يلزم من ذلك أن يكون نيله لها خارجاً عن حدود الشرع ، ولا أن يكون متناولاً لها بنفسه دون أن يناولها إياه الشرع .

ثم يقرر الإمام ابن عاشور بالاستقراء لموارد الشريعة الدالة على مقاصدها من التشريع إستنبان من كليات دلائلها ومن جزئياتها المستقرة أن المقصد العام من التشريع فيها هو حفظ نظام الأمة وإستدامة صلاحه بصالح المهيمن عليه وهو نوع الإنسان (5) .

وقد حدد محل الإصلاح المتمثل فى إصلاح عقل الإنسان وصلاح عمله وإصلاح ما بين يديه من موجودات العالم الذى يعيش فيه ، ويقصد هنا المجتمع الإنسانى قاطبة وما يحيط به من

(1) سورة الزاريات ، الآية 56 .

(2) سورة البقرة ، الآية 21 .

(3) سورة ص ، الآية 26 .

(4) الشاطبي ، ص 34 .

(5) ابن عاشور ، مقاصد الشريعة الإسلامية ، ص 68 .

كائنات . ثم إستشهد بآيات الإصلاح والنهي عن الفساد التي إتبعها المرسلون كقوله تعالى (إن

أُرِيدُ إِلَّا الْإِصْلَاحَ مَا اسْتَطَعْتُ وَمَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ) (1)

عن حكاية سيدنا شعيب وقال تعالى ﴿ وَقَالَ مُوسَى لِأَخِيهِ هَارُونَ اخْلُفْنِي فِي قَوْمِي وَأَصْلِحْ وَلَا تَتَّبِعْ سَبِيلَ

الْمُفْسِدِينَ ﴾ (2) ﴿ إِنَّ فِرْعَوْنَ عَلَا فِي الْأَرْضِ وَجَعَلَ أَهْلَهَا شِيَعًا يَسْتَضَعِفُ طَائِفَةٌ مِنْهُمْ يُدْبِحُونَ أَبْنَاءَهُمْ

وَيَسْتَحْيُونَ نِسَاءَهُمْ إِنَّهُمْ كَانَ مِنَ الْمُفْسِدِينَ ﴾ وليس المراد بالفساد الكفر بل هو فساد العمل في

الأرض وقال تعالى ﴿ وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ

الْفُسَادَ ﴾ (3)

كل ذلك أدلة صريحة لكلية دلت على أن مقصد الشريعة الإصلاح وإزالة الفساد ، وذلك في تصاريف أعمال الناس وأحوالهم وشؤونهم الإجتماعية .

فإن الذي أوجد هذا العالم ، قد أوجد فيه قانون لبقائه ولولا إرادة النظام العالم لما شرع الله سبحانه الشرائع الجزئية الرادعة للناس عن الفساد . ثم يقدم ابن عاشور أمثلة لذلك كشرع

القصاص على إتلاف الأرواح والتعويضات للمتلفات والعقوبات للجرائم ثم يقرر النظام القانوني للشريعة كما حددها الباحث حيث قال ( أقامت الشريعة لإصلاح معاملة الناس بعضهم مع

بعض نظام الحق وهو لدفع الفساد قطعاً كما صرح به قوله تعالى ﴿ وَكَوَلِّبْنَا الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ

لَفَسَدَتِ السَّمَوَاتُ وَالْأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ ﴾ (4) فجعل الحق ممانعاً للفساد (5).

وإن مقصد الشريعة هو جلب المصالح ودرء المفسد كقاعدة كلية في الشريعة ، ويحصل ذلك بإصلاح حال الإنسان ودفع فساده ، لمعالجة أفراد الذين هم أجزاء نوعه وبصلاح مجموعه

وهو النوع كله ، فإبتدأ الدعوة بإصلاح الإعتقاد الذي هو إصلاح مبدأ التفكير الإنساني الذي يسوقه الى التفكير الحق في أحوال هذا العالم ثم عالج الإنسان بتزكية نفسه الباطنة لأنها

(1) سورة هود ، الآية 88 .

(2) سورة الأعراف ، الآية 142 .

(3) سورة البقرة ، الآية 205 .

(4) سورة المؤمنون ، الآية 71 .

(5) ابن عاشور ، مقاصد الشريعة الإسلامية ، ص 70 .

المحرّكة الى الأعمال الصالحة لما وردع الحديث ( ألا أن فى الجسد مضغة إذا صلحت صلح الجسد كله ، وإذا فسدت فسد الجسد كله ، ألا وهى القلب ) (1).

ثم عالّج إصلاح العمل بتقنين التشريعات كلها ، فإستعداد الإنسان للكمال وسعيه إليه يحصل بالتدرج فى مدارج تزكية النفس ، وأخيراً إصلاح أحوال المسلمين فى نظام المعاملات المدنية ، وهى ما يعبر عنه بجلب المصلحة ودرء المفسدة .

وفى هذا يقرر الباحث بأن هذه التقارير التى أوردها الإمام ابن عاشور تؤكّد ما ذهب إليه الباحث فى أطروحته بأن النظام القانونى للشريعة الإسلامية يتمثّل فى نظام المعاملات المدنية بمعناها الواسع أى فقه المعاملات الذى إشتمل على جميع فروع علم القانون الحديث إضافة الى أن الباحث سيأتى فى هذا الباب بفرع يعتبر إضافة حقيقية لعلم القانون وقد كان قابع للفقه الإسلامى ، وسيبرز للوجود بعد أن نبين ماذا يقصد بالمصلحة والمفسدة اللتان تعتبران مقصدان أساسيان فى الشريعة الإسلامية وما يترتب على ذلك من أقسام وأنواع للمقاصد الشرعية وهذا ما يقودنا للبحث وبيان المصلحة والمفسدة .

ثالثاً : مفهوم المصلحة والمفسدة .

عرف الإمام الشاطبى المصلحة كما ذكرها ( بها يتحصل منه بعد تهذيبه أيضاً ما يؤثّر صلاحاً أو منفعة للناس عمومية أو خصوصية وملائمة قارة من النفوس فى قيام الحياة ) . أما الإمام ابن عاشور عرف المصلحة بتعريف أقرب من ذلك لكنه أكثر أنضباطاً بأنها وصف للفعل يحصل به الصلاح أى النفع منه دائماً أو غالباً للجمهور أو للأحادي ثم وضح بأنه يقصد إذا تم بأن تكون المصلحة الخالصة والمفردة وغالباً يشير الى المصلحة الراجحة فى غالب الأحوال أما الجمهور والآحاد لتقسيم المصلحة .

أما معنى المصلحة عنده الإمام الغزالى أكثر إنضباطاً ومعنى فهى عبارة فى الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة ولسنا نعنى به ذلك ، فإن جلب المنفعة ، ودفع المضرة مقاصد الخلق وصلاح الخلق فى تحصيل مقاصدهم . ولكننا نعنى بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع ، ومقصود الشرع من الخلف خمسة : وهو أن يحفظ عليهم وبينهم ، وأنفسهم وعقلهم ، ونسلهم ، ومالهم . فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة وكل ما يفوت هذه الأصول مفسدة ، ودفعها مصلحة وهذه الأصول الخمسة حفظها واقع فى رتبة الضرورات ، فهى أقوى المراتب فى المصالح (2).

(1) حديث شريف .

(2) الإمام الغزالى ، المستهفى من علم الأصول ، ج1 ، ص 313 .

ثم عرف ابن عاشور المفسدة بتعريف مضاد للمصلحة حيث أنها مقابلة لها ، فالمفسدة هي وصف للفعل يحصل به الفساد أى الضر دائماً أو غالباً للجمهور أو للأحاد .

ثم بين أقسام المصلحة بأن المصلحة العامة هي ما فيه صلاح عموم الأمة أو الجمهور ، ومعظم ما جاء فيه التشريع القرآني ، أما المصلحة الخاصة ما فيه نفع الأحاد بإعتبار صدور الأفعال من آحادهم لحصل بإصلاحهم صلاح المجتمع .

ثم وضع ضابط لوصف المصلحة أو المفسدة حيث تتحقق بأحد خمسة أمور هي (1) :

1. أن يكون النفع أو الضر محققاً مطرداً .
2. أن يكون النفع أو الضر غالباً واضحاً .
3. أن لا يمكن الاجتزاء عنه بغيره في تحصيل الصلاح وجهول الفساد .
4. أن يكون أحد الأمرين من النفع أو الضر مع كونه مساوياً لهذه معضوداً من جنسه .
5. أن يكون أحدهما منضبطاً محققاً والآخر مضطرباً .

هناك سؤال في غاية الأهمية هل عرف الفقه المقارن المقاصد؟ الإجابة الى هذا السؤال تقودنا الى أن الفقه المقارن الذي نبحت عنه في علم القانون لقد عرف قصد المشرع وهو نية المشرع عن وضع أى قانون أو تشريع ، فيمكن الرجوع لمعرفة هذه النية في الأعمال التحضيرية لهذا التشريع ، والمذكرات التفسيرية لهذا القانون المودعة بالمجلس التشريعي لدولة القانون الوضعي .

أما فيما يتعلق بمعنى المصلحة والمفسدة التي هو مقصد الشريعة الإسلامية ، لم تكن بهذا الوضوح في القانون الوضعي حيث لكل تشريع مصلحة مبتغاة ، ولكن لم ترتقى للمفهوم الإسلامي ، كما أن البحث عنها لم تتوفر للباحث المراجع الكافية في هذا الشأن ، إذ أن مفهوم المصلحة والمفسدة عند الفقه الإسلامي يعتبر المقصد الأساسي بل البنية التحتية للتشريع الإسلامي ، حيث أن فلسفة مقاصد التشريع الإسلامي كلها قائمة على هذا البنيان المتين .

بل أرتبطت بمقاصد الشارع ومقاصد المكلف كما يجيء ذكرها لاحقاً .

خلاصة القول أن الشريعة تحافظ دائماً على المصلحة وتدور معها حيث دارت سواء كانت عامة أم خاصة حفظاً للحق العام أو للحق الخاص .

ومتى ما تعارضت المصلحتان رجحت المصلحة العظمى ، ولهذا قدم القصاص على إحترام النفس بمقتضى منه لأن مصلحة القصاص عظيمة في تسكين ثائراً عظيمة في تسكين ثائراً

(1) ابن عاشور ، مقاصد الشريعة الإسلامية ، ص 82.

أولياء القتل لتضع السلامة من الثارات ، وفي إنزجار الجناة عن القتل وفي إزالة نفس شريرة من المجتمع (1) .

أقسام المقاصد الشرعية :

أ. هنالك عدة تقسيمات أجريت على المقاصد الشرعية حسب الاعتبارات الآتية :

1. إعتبرات العموم والخصوص .
  - أ. المقاصد العامة .
  - ب. المقاصد الخاصة .
  - ج. المقاصد الجزئية .
2. إعتبرات القطع والظن.
  - أ. المقاصد الفقهية .
  - ب. المقاصد الظنية .
  - ج. المقاصد الوهمية .
3. إعتبر الكلية والجزئية .
  - أ. المقاصد الكلية .
  - ب. المقاصد الجزئية .
4. من حيث الضرورة وعدمها أو من حيث الآثار .
  - أ. المقاصد الضرورية .
  - ب. المقاصد الحاجية .
  - ج. المقاصد التحسنية .
5. من حيث الحقيقة والاعتبار .
  - أ. المقاصد الحقيقية .
  - ب. المقاصد الاعتبارية .
  - ج. المقاصد العرفية العامة .
  - د. المقاصد العرفية الخاصة .
6. من حيث الأصلية والتبع .
  - أ. المقاصد الأصلية وتنقسم الى :

---

(1) المرجع السابق ، ص 84 .

- (1) المقاصد الضرورية العينية .
- (2) المقاصد الضرورية الكفائية .
- (3) المقاصد التابعة .

ب. سنتناول بعض هذه الأقسام بشئ من التفصيل بما يتفق مع رؤية الباحث على النحو الآتى :

#### (1) القسم الثالث . أقسام المقاصد بإعتبار الكلية والجزئية .

هذا النوع من المقاصد جعله ابن عاشور متعلق بعموم الأمة أو جماعتها أو أفرادها ، أى متعلق بالمجتمع وأفراده وهى قسمان : كلية وجزئية .

أ/ أما المقاصد الكلية : يراد بها المقاصد ما كان عائداً على عموم الأمة عموماً متماثلاً ، وما كان عائداً على جماعة عظيمة من الأمة ، ومن أمثلة ذلك حماية أرض الإسلام والمسلمين من العدو ، وحفظ الأمة والجماعة من التفرق والتمزق ، وحفظ الدين من الزوال والضياع (1).

ب/ المقاصد الجزئية : هى المقاصد المتعلقة بالفرد الواحد أوالأفراد القلة ، وهى ما تكفلت بحفظها أحكام الشريعة فى المعاملات .

(2) القسم الرابع : أقسام المقاصد من حيث الضرورة وعدمها هو أهم ما يكون لإقامة المجتمع وانتظام أمره ، وينقسم الى مقاصد ضرورية ، ومقاصد حاجية ، ومقاصد تحسينية .

#### أ/ المقاصد الضرورية :

هذا النوع فى غاية الأهمية للأمة أو المجتمع وأوضح الإمام الشاطبي ضرورة هذه المقاصد فى قيام مصالح الدين والدنيا ، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على إستقامة ، بل فوت النجاة والنعيم ، والرجوع بالخسران المبين قد أكد هذا المعنى أيضاً الإمام ابن عاشور فى شرحه للمقاصد .

لإصلاح شأن الأمة وانتظام أمرها منوط بهذا النوع من المقاصد ، وقد صور ابن عاشور عند إختلال هذا النوع من المقاصد الضرورية بأن تعتبر الأمة شبيهة بالأنعام، بحيث لا تكون على الحالة التى أرادها الشارع منها (2) .

(1) الفقه المقاصدى للإمام الشاطبي ، ص 19 .

(2) ابن عاشور ، مقاصد الشريعة الإسلامية ، ص 87 .

فالمصالح الضرورية هي أن تكون الأمة بمجموعها وآحادها في ضرورة الى تحصيلها بحيث لا يستقيم النظام بإختلالها بحيث إذا نخر من توول حالة الأمة الى فساد وتلاشي هذا التقسيم من حيث آثار المصلحة أو الأحكام .

وقد تنبه علماء الأصول الى أن هذه الضروريات خمسة أو تسمى أحياناً بالكليات وهي حفظ الدين والنفوس والعقول والأموال والإنسان ، كما ذكرها الإمام الغزالي عند تعريفه للمصلحة ، وقد كان سندهم الشرعي لهذه الضروريات قوله تعالى ( يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا جَاءَكَ الْمُؤْمِنَاتُ يَبَاعِنَكَ عَلَىٰ أَنْ لَا يُشْرِكْنَ بِاللَّهِ شَيْئًا وَلَا يَسْرِقْنَ وَلَا يَزْنِينَ وَلَا يَقْتُلْنَ أَوْلَادَهُنَّ وَلَا يَأْتِينَ بِهَتَّانٍ يَفْتَرِيهِ بَيْنَ أَيْدِيهِنَّ وَأَمْرِجُلِهِنَّ وَلَا يَعْتَصِبْنَ فِي مَعْرُوفٍ فَبَاعِنَهُنَّ وَاسْتَعْفِرْ لَهُنَّ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ) (1)

هذه الآية ليست خاصة بالنساء بل قد أخذ الرسول البيعة على الرجال ، وقد علمنا أن البيعة الصغرى في مكة قد كانت على أساس هذه الكيان والمقاصد . وقد أثبت كثيراً من العلماء بالأدلة أن هذه الضروريات صار مقطوعاً بعملها ، وهي مقصود الشرع وقد قال الإمام الشاطبي أن حفظ هذه الضروريات بأمرين :

(1) ما يقيم أصل وجودها .

(2) ما دفع عنها الإختلال الذي يعرض لها .

ويلاحظ الباحث من إستقراء هذه الضروريات أنها تشكل في كلياتها أصل القانون العام بمعناه الفنى والقانونى ، وقد عبر عنه فقهاءنا بمفاهيم عصرهم فقد أثبت كل من الإمام الغزالي والشاطبي وابن عاشور بأن هذه الأصول الخمسة يستحيل أن لا تشمل عليه ملة ولا شريعة أريد بها إصلاح الخلق ولم تخل ولم تخل جماعة من البشر ذات تمدن من أخذ الحيطة لهذه الضروريات ، وإنما تتفاضل الشرائع بكيفية وسائلها . ثم يعقبون بأن حفظ هذه الكليات معناه حفظها بالنسبة لآحاد الأمة وبالنسبة لعموم الأمة بالأولي ، فإن هذه الأصول قد شرعت التشريعات من أجلها سواء ما تعلق بموضوعات حقوق الإنسان بحرية العقيدة أو الفكر أو التشريعات الجنائية لحماية الأنفس والعقول والأعراض والأموال وهي في ذاتها موضوعات القانون العام حيث يتدخل الدولة في العصر الحديث بسيادتها على مواطنيها وإقليمها لحماية هذه الحقوق . وعليه فإن الشريعة الإسلامية كنظام قانونى إشتملت على هذا القسم من القانون كما أثبتته الباحث من قبل فى الباب الثانى ، إضافة الى أن أوصاف هذه الكليات الخمسة هي

(1) سورة الممتحنة ، الآية 12 .

محور مقاصد الشريعة تميزها بأنها ضرورية ، وقطعية وكلية وتندرج تحت هذه الكليات كل الجزئيات المتعلقة بالأنظمة القانونية بالمعنى الضيق أو التشريعات . كما أنها مرتبطة بالمصلحة العامة أو النفع العام ، وفي تحصيلها المحافظة على النظام والمقصد العام للشارع . الجدير بالذكر أن الشريعة الإسلامية لم تحصر موضوع القانون العام في نطاق الدولة فحسب بل نظرتها الشمولية لكل أنحاء العالم ، وذلك لأن الأصل في القاعدة القانونية الإسلامية العالمية وليست إقليمية أو فطرية ووفقاً للمنهج التشريعي الإسلامي إذ أنه موجه لكافة البشر دون تمييز . والدليل على ذلك أن هذه الكليات متعلقة بالجنس البشري في كل زمان ومكان وقد شددت الشريعة الإسلامية بالمحافظة عليها بإقامتها ، ودفع عنها كل إختلال وإنتهاك .

### ب/ المصالح الحاجية .

هي ما نحتاج إليه الأمة لإقتناء مصالحها وإنتظام أمورها على وجه حسن ، بحيث لولا مراعاته لفسد النظام ، ولكنه على حالة غير منتظمة ، فلذلك كان لا يبلغ مبلغ الضرورى (1) . ويقول الإمام الشاطبي في معناها ( أنها مفترق إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدى في الغالب الى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب ، فإذا لم تراخ دخل على المكلفين على الجملة الحرج والمشقة ، ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادى المتوقع في المصالح العامة (2) . وأمثلتها كالبيع والإجارات والمسافة . وهى تقابل القانون الخاص أو المدنى فى علم القانون وهذا الفرع تندرج تحته مجموعة من الأقسام ومعظم قسم المباح فى أصول الفقه تدخل فى قسم المعاملات المدنية الراجعة الى قسم الحاجى .

كما أن الحاجى هو مكمل للضرورى كما نرى فيها بعد أن التحسينى أيضاً مكمل للحاجى . فمن القسم الحاجى ما يدخل فى الكليات الخمسة المتقدمة فى الضرورى إلا أنه ليس بالغاً حد الضرورى كبعض الشروط التى يتطلب فى بعض الأنظمة القانونية والعقود المدنية فتكون أحكاماً تكميلية للكليات كشرطى الولى والشهرة فى الزواج وبعض الشروط المتعلقة بعقد البيع بين الطرفين .

### ج/ المصالح التحسينية:

يرى الإمام ابن عاشور أن التحسين هو كمال حال الأمة فى نظامها حتى تعيش آمنة مطمئنة ولها بهجة منظر المجتمع فى مرآة بقية الأمم ، حتى تكون الأمة الإسلامية مرغوباً فى الإندماج فيها أو فى التقرب منها ، فإن لمحاسن العادات مدخلاً فى ذلك ... والحاصل أنها مما

(1) مقاصد الشريعة الإسلامية ابن عاشور ، ص 92 .

(2) الشاطبي ، ص 203 .

تراعى فيها المدارك الراقية البشرية (1) . أما الإمام الغزالي فقد ذكر أن القسم الأخير من المصالح هي ما لا يرجع الى ضرورة ، ولا الى حاجة ولكن يقع موقع التحسين والترتيب، والتيسير للمزايا والمزائد ، ورعاية أحسن المناهج فى العادات والمعاملات (2).

ثم يقدم الإمام الغزالي مثال لذلك بتقيد النكاح بالشهادة ، لو أمكن تعليقه عند النزاع لكان من قبيل الحاجات ، ولكن سقوط الشهادة على رضاها يضعف هذا المعنى ، فهو لتضخيم أمر النكاح وتمييزه عن السفاح بالإعلان والإظهار عند من له رتبة ومنزلة ، وعلى الجملة فليخلق برتبة التحسينات .

للباحث فى هذا المقال وفتات تقريرية فى غاية الأهمية فتمثل فى الآتى :

(1) سبق أن قرر الفقهاء بأن الحاجى مكمل للضرورى التحسينى مكمل للحاجى فإذا نظرنا الى قول الإمام الغزالي رغم إنه منفق مع العلماء بأن الشهادة شرط فى إنعقاد النكاح ، ولكنه يلحق بالزواج المصلحة التحسينية عندما قرر تضخيم أمر النكاح . فإن من شروط صحة النكاح الشهادة التى لايعتبر العقد بغيرها موجوداً ، وجوداً يحترمه الشارع ، ويتنبأ بها الأحكام التى نالها العقد ، فهى لازمة للوجود الشرعى ولا ينعقد العقد إذا تخلف شرط الشهادة فلا بد من حضور الشاهدين حريين ، عاقلين ، بالغين ، مسلمين بالنسبة لنكاح المسلم والمسلمة ، ورجلين ، أو رجل وامرأتين وبالتالي فإن عقد النكاح يعتبر عقداً شكلياً فى الفقه الإسلامى . بل هو العقد الوحيد الذى يشترط فيه الإشهاد ، أما سائر العقود فتتعقد بغير شهود والإشهاد عليها ليس بالشرط ولكنه يستحب ومندوب لله كقوله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايْتُمْ بَدِينِ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ) (3)

والكفاية لا تكون لنفسها بل للإشهاد وإنما إشتطت الشهادة فى النكاح دون غيره من العقود، لما فيه من أتيان ملك المتعة له عليها تعظيماً للآدمى لا لثبوت ملك المهر لها وعليه لأن وجوب المال لا يشترط فيه الشهادة كالبيع وغيره (4). ويرى الإمام الشافعى أن الشهادة فى باب النكاح للحاجة الى صيانتها عن الجحود والإنكار والصيانة لا تحصل إلا بالقبول أى قبول الشاهد العدل ، فإذا لم يكن مقبول الشهادة لا يحصل الصيانة .

(1) ابن عاشور ، مقاصد الشريعة الإسلامية ، ص 92 .

(2) الإمام الغزالي ، المستفيض ، ص 314 .

(3) سورة البقرة ، الآية 281.

(4) د. عفيفي عجلان ، الأسرة فى القانون المقارن ، ص 244 .

ويرى الأصناف أن الإشهار فى النكاح لدفع تهمة الزنا لا لصيانة العقد عن الجحود والإنكار و التهمة تتدفع بالحضور من غير مقبول .  
وفى الحقيقة أن للنكاح حكمان ::

حكم الإنعقاد ، حكم الإظهار عند التجاحد ، فلا يقبل فى الإظهار الإشهاد ، من تقبل شهادة فى سائر الأحكام .

(2) وعليه يرى الباحث أن تقرير الإمام الغزالي لإلحاق الشهادة بالمصالح الحاجية من ناحية والمصالح التكميلية من ناحية أخرى ، صحيح ودليل على عظمة الفكر الإسلامى وتطوره ، وإسهامه فى إثراء الفقه القانونى بنظريته المتقدمة وهذا ما يقود الى أن الباحث قد ذكر أن هنالك إضافة جديدة لهذه الأطروحة وهى القسم الثالث للعلم القانونى وهو القانون الأكملى الذى يتمثل فى جانب المصالح التحسينية وأن المرتكز الأساسى لهذا القانون هو مبدأ الإحسان والمعروف الذى جادت به الشريعة الإسلامىة فى أغلب أنظمتها القانونىة بالمعنى الضيق التى تشكل فى مجموعها النظام القانونى الإسلامى ، وخير شاهد على ذلك عقد النكاح إذ به ثلاثة عشرة آية قرآنىة كريمة تنظم هذا العقد كنظام قانونى لم تخل آية من معروف وإحسان ، فإذا قررت النصوص الشرعية المتمثلة فى السنة النبوىة بأن المعروف حسب القاعدة الدينىة بأنه أن تعبد الله كأنك تراه أن لم تكن تراه فإنه يراك ، ومن هنا أن القاعدة القانونىة فى النظام القانونى للشريعة الإسلامىة تقرر هذا المبدأ أى مبدأ المعروف والإحسان بأنه العطاء من غير مقابل إحتساباً للأجر ومراقبة الله سبحانه وتعالى وهذا هو ديدن المسلم المؤمن الصادق فى معاملته ، وهو وجه مشرق ومشرف للإسلام ، وينبغى أن تكون علاقتها القانونىة فى شتى المعاملات المتعددة والمختلفة مبنىة على المعروف والإحسان ، والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وإذا أحاط الشارع العظيم النكاح بهذه النصوص الشرعية المحكمة ، فما ذلك إلا لإصلاح النواة الحقيقىة للمجتمع البشرى الممثل فى أفضل وأطيب علاقة بين الزوجين فإذا صلحت صلح المجتمع بأسره ، وإذا خسرت خسر المجتمع بأسره ، خاصة لقد كان الإنسان ومازال خليفة على هذه الأرض والأصل فى هذه الخلافة أبويه آدم وحواء ، فلما كان علم الله العليم وسلطانه القدير منذ الأزل بخلافة الإنسان، وإذ قال للملائكة إنى جاعل فى الأرض خليفة ، خافت الملائكة من الفساد وإسفاك الدماء ، ولكن رحمة الله وعلمه القديم إقتضى أن يكون هذا الخليفة بحيث يقيم على هذه الأرض الإصلاح دون الفساد وفق منهج ربانى على يد أصفىاء من البشر وخيارهم فجاءت رسلنا بالحق ، وإتبعهم الصالحون من الناس ، وأن منهم الإصلاح قد أخذه

العلماء وهم ورثة الأنبياء ليطفوا ظلمة الجهل ويضيئوا شعلة العلم والإصلاح حتى لا تنتيه البشرية .

(3) مظاهر هذا القسم القانون الأكمل تجلجج الآيات اللآوانية ير(أ م ر ء يالعد دلـ و الـ ح سد انـ) (1) مثبتوت فى كتب الفقه الإسلامى تحتاج الى تبغ واستقراء ،وليس كالفانون الطبعى غير واضح المعالم الذى هو أقرب الى التصورات الوهمية كما ذكرها الإمام الغزالى ، بل أن القانون الأكمل لديه سنده الشرعى فى آيات الأحكام والأحاديث النبوية ، وتناوله الفقهاء فى كتبهم بطريقة أو بأخرى لم يتم التصريح به ولكن من خلال التدقيق والتحليل نجد آثار هذا العلم .

(4) لقد آثر الباحث على تسميته بالقانون الأكمل لعدة أسباب منها .:

(أ) تتكامل فيه القواعد الدينية والأخلاقية والقانونية ، حيث نجد أن هاتين القاعدتين المذكورتين دائما تمهدا للقاعدة القانونية ، وعليه فعندما تستقر عقيدة الإنسان على الحق وتتبعها سجية الأخلاق ، فيسهل على النظام القانونى القبول والإستقرار .

(ب) ربط فقهاء الإسلام بين الحقيقة الشرعية لعقد النكاح أهدافه، الحقيقة بمعنى الإختصاص وقررون أن سبب شرعية النكاح هو تعلق البقاء المقدر فى العلم الأزلى على الوجه الأكمل ، وإلا فيمكن بقاء النوع بالوطف على غير الوجه المشروع ولكنه مستلزم للتظام والسفك وضياع الإنسان أى فى حالة عدم إختصاص الرجل بالمرأة ، بخلاف الوجه المشروع (2).

حقيقة هذا التعبير الجذاب وهذا المصطلح العلمى القانونى المتمثل فى الوجه الأكمل هو الذى شد إنتباه الباحث على هذه التسمية ودلالة معناها الأسمى .

(ج) إن الضرورة تقتضى وجود قانون مرجعى للقيم الإنسانية نفسها لأن الأصل فى القانون إنعكاس للقيم الفاضلة ومرآة صادقة للمجتمع الفاضل ، ولقد إضطلع كثيراً من المصلحين ليس لمفاهيم أو قيم بل الى مدن فاضلة ، وعليه حتى لا تتصور أوهاماً غير واقعية فإذن أرتباط القانون بهذه القيم والفضرة السليمة ضرورة لازمة ، ومطلب مقاصدى قد حرصت الشريعة الإسلامية كنظام القانونى أن تتبنى هذا المقصد فى شرعها ومنهجها وواقعها ولهذا ربط فقهاء الإسلام المقاصد بالأحكام الشرعية .

(1) سورة النحل ، الأيو 90 .

(2) فتح القدير لكمال الدين بن الهمام ج ، ص 341 .

(د) إن البحث عن حقوق الإنسان ، والتي قررها المؤتمرات الإقليمية والدولية لا يوجد ضامن حقيقي لها سواء هذا القانون الأكمل لأنه رقيب مرتبط بالضمير الإنسانى الواعى الحي الذى يبحث عن الإيثار والتسامح والعقلانية فى أى تصرف إنسانى يليق ويحترم عقل وحقوق الإنسان بصرف النظر عن مكانه وزمانه . فيقول رسول الإسلام الأعظم ( إتق الله حيث ما كنت وأتبع السيئة الحسنة تمحها وخالق الناس بخلق حسن) .

(هـ) النظرة الشمولية للإسلام لابد أن تتميز عن غيرها بإضافات الحقيقية للإنسان، وما هذا القانون الأكمل إلا إضافة متميزة للفكر القانونى والإنسانى .

رابعاً : خصائص المقاصد الشرعية .

تشتمل المقاصد الشرعية على بعض الخصائص التى تجعلها أكثر إتزاناً وانضباطاً ، بل أقرب الى القطع والكلية واليقين وهى :

أ. الثبوت : بمعنى أن تكون تلك المعانى مجزوماً بتحقيقها ، أو مظنوناً ظناً قريباً من الجزم .

ب. الظهور : الوضوح بحيث لا يختلف الفقهاء فى تحديد المعنى والمراد المقصود من المقصد الشرعى .

ج. الإنضباط : بمعنى أن يكون للمعنى حد معتبر لا يتجاوزه ولا يقصر عنه .

د. الأطراد والإطلاق : أن لا يكون المعنى مختلفاً باختلاف أحوال الأقطار والقبائل والأعصار . وذلك أن الأحكام مشروعة لمصالح العباد ، ولا يتأتى أن تكون مختصة ببعض دوره بعض ، ولو إختصت بالبعض لم تكن موضوعة على الإطلاق ، وذلك على خلاف ظواهر النصوص التى تؤكد عموم واطلاق شريعة الإسلام (1) .

هـ. العموم والشمول : إن الأصول الكلية من الضروريات والحاجيات والتحسينات تجعل مقاصد الشريعة ميثونة فى كل مباحث الشريعة شاملة لأبوابها وأدلتها ، وكل مسائل الشريعة وفروعها بحيث تعم الجزئيات وتستغرق الكليات . فهى عند الإمام الشاطبي أصول الشريعة والكافية فى مصالح الخلق ، عموماً وخصوصاً ، بحيث لاتفتقر تلك الكليات الى إثباتها عن طريق قياس أو غيره .

و. عدم النسخ .: لا يعترى هذه المقاصد نسخ بالإبطال أو الإلغاء بقول الإمام الشاطبي (لقواعد الكلية من الضروريات والحاجيات والتحسينات لم يقع فيها نسخ ، وإنما وقع

(1) الفقه المقاصدى عند الإمام الشاطبي ، أحسن الخصائص ، ص 25 .

النسخ فى أمور جزئية ، بدليل الإستقراء ، فإن كل ما يعود بالحفظ على الأمور الخمسة ثابت ، وإن فرض النسخ فى بعضها الى غير يدل فأصل الحفظ باق ، إذ لا يلزم من رفع بعض أنواع رفع الجنس بهذا التقرير للإمام الشاطبي يؤكد ما ذهب إليه الباحث فى تثبيت فكرة القانون الأكمل .

ز. إعتبار الكليات فى كل مله وشريعة ، فهذا النوع من المقاصد معتبرة فى كل مله بما ذكره العلماء وقد زعم الأصوليون أن الضروريات مراعاة فى كل مله ، وهكذا يقضى الأمر فى الحاجيات والتحسينات . ويسند الإمام الشاطبي هذه الكليات الى الآيات القرآنية فى قوله تعالى (شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ كَبُرَ عَلَى الْمُشْرِكِينَ مَا تَدْعُوهُمْ إِلَيْهِ اللَّهُ يَجْتَبِي إِلَيْهِ مَنْ يَشَاءُ وَيَهْدِي إِلَيْهِ مَنْ يُنِيبُ) (1)

فهى أخبار بالأحكام الكلية التى كانت فى الشرائع المتقدمة وأشار الى أن الأمم السابقة أيضاً أخذت بمحاسن العادات فى قوله تعالى (أَتَكْفُرُونَ بِالرِّجَالِ وَقَتَّعُونَ السَّبِيلَ وَتَأْتُونَ فِي نَادِيَكُمُ الْمُنْكَرَ فَمَا كَانَ جَوَابَ قَوْمِهِ إِلَّا أَنْ قَالُوا ائْتِنَا بِعَذَابِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ مِنَ الصَّادِقِينَ) (2) وقوله تعالى (فَهِدَاهُمْ أَقْتَدِهِ) (3)

فهذه الأوصاف والخصائص كفيلة بجعل المقاصد الشرعية موازين معتبرة فى الشريعة الإسلامية ، يناط بها النظر والإجتهد الشرعى ويستعان بها فى عملية إستنباط الأحكام الشرعية وضبطها (4).

وبناء الأحكام الشرعية وبيانها . ويستضح ذلك عند ربط المقاصد الشرعية بالأحكام فى المبحث القادم ولكن قبل ذلك لابد من تحديد المحاور التى تظهر فيها أهمية المقاصد الشرعية .

خامساً : محاور المقاصد الشرعية .

لقد ذكر الأستاذ الدكتور أحسن لحسانه فى كتابه الفقه المقاصدى عدة محاور تظهر فيها أهمية المقاصد الشرعية وتظهر فائدتها وثمرتها فى الأمور الآتية (1):

(1) سورة الشورى ، الآية 13 .

(2) سورة العنكبوت ، الآية 29 .

(3) سورة الأنعام ، الآية 90 .

(4) الفقه المقاصدى عند الإمام الشاطبي ، أحسن الخصائص ، ص 26 .

## 1. ضبط مراتب الأحكام :

النظرة المقاصدية للأحكام تضيء على نظرة المجتهد الدقة والشمول وتجعل تمييزه بين مراتب الأحكام أكثر ضبطاً وتحقيقاً . بالطبع يتأتى الحكم الشرعى سواء كان تكليفي أو وصفي بمقاصد الشرعية سواء مقاصد الشارع ، أو مقاصد المكلف بحيث يكون الحكم ما بين أعلى المراتب وأدناها حسب طبيعة المقصد الشرعى ، وعليه تفهم النصوص وتخرج الفتاوى والأحكام .

## 2. ضبط مراتب المصالح والمفاسد .

لا يمكن فهم معانى المصالح والمفاسد ودلالاتها إلا فى إطار المقاصد الشرعية فإنها تحد المصالح والمقاصد من حيث المراتب والأقسام والتقديم والتأخير والاعتبار والألغاء ، وتوظف هذه المصالح الشرعية أما فتوى أو إستنباط الأحكام من النصوص الشرعية حسب طبيعة القاعدة إذا كانت دينية فتشمل الفتوى والقانونية تشمل الحكم القضائي .

## 3. معرفة مقاصد الشريعة .

فإنها علم قائم بذاته ، بحيث يعرف المجتهد بها مقصد الشارع ومقصد المكلف ، ويتبين بها أسرار التشريع الإسلامى بحيث يسعى المجتهد لإعمال هذه المقاصد وعدم تجاهلها ويعمل على تحقيقها لامصادمتها ، ويكون بذلك إستقواغ جهده فى البحث عن الحكم الموافق للحق .

## 4. معرفة علل الأحكام .

تدور الأحكام مع العلل وجوداً وعدمياً وهذه العلل فى حقيقتها اللبنة الأساسية فى المقاصد الشرعية ، فإن العلة الشرعية هى المعنى الضابط للحكم الشرعى ومعرفة العلة تسهل للمجتهد إستخراج الحكم وإستنباطه من النصوص الشرعية .

## 5. تحكيم المقاصد فى تمييز السنن والآثار .

بمعنى أن مضمون الحديث يوضع على المحك المقاصدى قصد إستكمال المراحل الكاملة للحكم على السنن والآثار بالاعتبار أو الإلغاء . وبذلك يقع التكامل المنهجي عند الجمع بين معايير المحدثين فى الاعتبار بآثار السنة وأقوال السلف ، وبين مقاصد الشريعة لتكون كذلك معياراً آخرأ شفيحاً لتلك المعايير الحديثية الى تعيين على تقرير موقف المجتهد من السنن والآثار التى بين يديه (2).

(1) المرجع السابق ، ص 28 .

(2) المرجع السابق ، ص 30 ، 31 .

6. التقليل من الزلل في الفتوى والخطأ في الإجتهد :  
 زلتا قدم المجتهد إذا أفضل المقصد الشرعى فى فتواه أو فى بحثه فى الإستنباط للحكم الشرعى ففقدان المقصد يؤدى الى الخطأ .
7. تحكيم المقاصد فى بناء الأحكام وتفسير النصوص .  
 إطلاع المجتهد على مقاصد الشرعية تمكنه من فهم النصوص الشرعية وتجعله أكثر ضبطاً وأكثر دقة وقدرة على إستنباط الأحكام ، وذلك لإرتباط مقاصد الأحكام بمقاصد الشارع ، فكل حكم يهدف إلى تحقيق مقصد شرعى .
8. ترجيح النصوص والأخبار .  
 إذا وجد المجتهد أن الدليل سالم من المعارض إجراه وأعمله وإذا لقي له معارضاً نظراً فى كيفية العمل بالدليلين معاً أو رجحان أحدهما على الآخر .  
 فيكون المسلك المقاصدى كفيل بضبط هذه العملية وميزاناً صالحاً للتأكد من مدى صحة وإعتبار الدليل ومناسبته للحكم الذى هو بصدده .
9. معرفة مرتبة المقصد الشرعى من ترتيب الحكم .  
 أن يكون حصول المقصد الشرعى من شرع الحكم مراتب هي :  
 أ. الحصول القطعى : كحصول مقصد حل الإنتفاع على وجه القطع واليقين عند عقد البيع الصحيح بمعنى ترتب آثاره .  
 ب. الحصول الظنى : مثل القصاص فإن حصول الأنزجار والردع عند إرتكاب جريمة القتل لسبب قطعياً لوقوع جرائم القتل مع وجود القصاص .  
 ج. الحصول الإحتمالى بمعنى إحتمال حصول المقصد الشرعى مثلاً حد الخمر لحفظ العقل ، فيحتمل أن تساوى عدد المجتنبين مع عدد المقدمين عليه .  
 د. رجحان نفي حصول المقصود به شرعاً : مثال ذلك نكاح الأمة للتوالد ، فإن حصول الولد فيها ممكناً عقلاً لا عادة .
10. إرتباط مقاصد الشارع بالقواعد العامة وكليات الشريعة :  
 هنالك علاقة مهمة بين مقاصد الشريعة والقواعد العامة للشريعة الإسلامية وكلياتها وهذا يجعل من علم المقاصد ، وعلم القواعد لحمة واحدة تساعد فى بناء الأحكام على مناطاتها ، وما يدل على هذه الرابطة أن مقاصد الشارع فى أحكامها بنى على الكليات والقواعد العامة وهذا ما يدعو لبحث هذه الجزئية أو المحور فى المبحث مستقل وهو

المبحث القادم . ولكن قبل ذلك لابد من الإشارة الهامة على ملاحظتين اساسيتين الأولى متعلقة بالمحاورة السابقة وخاصة الضبط بمعنى لماذا ربط بالتشريع الضبط والتحديد والملاحظة الثانية تمهيدية للمبحث المتعلق بربط المقاصد والأحكام الشرعية وهو مفهوم المباح مقاصدياً وعلاقته بالمقاصد الشرعية .

أ. الملاحظة الأولى . نوط التشريع بالضبط والتحديد .

لقد ذكر الإمام ابن عاشور عندما بين أن مقصد الشريعة في إناطة أحكامها أن تكون مرتبة على أوصاف ومعان .

وأردف بأن الشريعة لما قصدت التيسير على الأمة في إمتثال الشريعة وإجرائها في سائر الأحوال عمدت الى ضبط وتحديد يتبين به جلياً وجود الأوصاف والمعانى التي راعتها الشريعة (1).

وقد إستقرأ ابن عاشور طرق الإنضباط والتحديد في الشريعة ووجدها ست وسائل يتم بها هذا التحديد والإنضباط وهي :

(1) الوسيلة الأولى . الإنضباط بتمييز المواهي والمعانى تمييزاً لايقبل

الأشتباه بحيث تكون لكل ماهية خواصها وآثارها المرتبة عليها ، مثل طرق القرابة المبيّنة في أسباب الميراث وفي تحريم من حرم نكاحه فتعين المصير إليها دون ما لا ينضبط من مراتب المحبة والصدقة والنفع والتبني . ولذلك قال تعالى (أَبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعًا فَرِيضَةٌ مِنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ

عَلِيمًا حَكِيمًا ) (2) ومثال آخر لنفي الإشتباه كالبيع والربا منها وقد يشتبهان في

الأصل يكون كليهما معاملة مالية مقصوداً منها الربح ولا سيما إذا كان البيع

بالأجل وقد نبه الله سبحانه وتعالى بقوله (وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا) (3) الى

أنه ما أحل أحدهما وحُرم الآخر إلا لأجل إختلاف المعنى والخواص .

فالبيع معاملة من جانبيين وببذل العوضين ،والربا معاملة من جانب واحد هو

جانب المسلف إذ المقرض لقصد سد حاجة المستلف أو المقترض . ومن آثار

(1) ابن عاشور ، مقاصد الشريعة ، ص 133 .

(2) سورة النساء ، الآية 11 .

(3) سورة البقرة ، الآية 275.

ذلك أن أبيح للمتعارضين فى البيع طلب الأرباح ولم يبيح للمتعاقدين فى السلف أو القرض طلب الأرباح ، بل أما أن يعطى قصداً لسد الحاجة وإما أن يمسك .

(2) الوسيلة الثانية . مجرد تحقق مسمى الاسم يترتب الحكم كنوط الحد الخمر يشرب جرعة من الخمر ، لأنه لو نيط الحد بحصول الإسكار لم ينضبط الحكم . وكذلك نوط لزوم العقود بحصول صيغتها من إيجاب وقبول .

(3) الوسيلة الثالثة . التقدير بيان عدد الزوجات المشروعة وعدد الطلقات ، ونصاب القطع فى السرقة وغيرها .

(4) الوسيلة الرابعة . التوقيت ، مثل مرور حول فى زكاة الأموال ومرور أربعة أشهر فى الإيلاء ، والشهرين فى الإعسار بالإنفاق ، وأربعة أشهر وعشر فى عدة الوفاة .

(5) الوسيلة الخامسة . الصفات المعنية للمواهى المعقود عليها كتعيين العمل فى الإجارة ، والمهر والولى فى ماهية النكاح لتمييزه عن السفاح أى الشروط .

(6) الوسيلة السادسة . الإحاطة والتحديد ، كما فى حدود الحرز فى تحقق معنى السرقة تفرقة بينها وبين الخلسة (1) .

ب. الملاحظة الثانية : مفهوم المباح مقاصدياً .

يعد المباح من أهم المباحث الأصولية فى نظرية الحكم الشرعى عند علماء أصول التشريع الإسلامى ، وذلك بسبب حساسية موقعه بين باقى الأحكام الشرعية الأخرى ، وأيضاً بسبب ما يشغله من مساحة واسعة فى قضايا الحلال والعفو عنه ، فضلاً عن أن باقى الأحكام الشرعية الأخرى ليتجاوزه بالنظر الكلى أو الجزئى ، وقد سبق أن أوضح الباحث أن منطق الإسلام العالمية والخلود ، وكذلك المنهج القرآنى فى توجيه السياسة الشرعية عن طريق تحديد أهدافها التى يجب على المشرع أتباعها فى كل قاعدة قانونية ينشئها فى المستقبل حتى يستجيب للحاجات الإجتماعية لذلك . ويجمع هذه الأهداف إرتباط القاعدة الشرعية بتحقيق المصلحة العامة وجوداً وعمداً وكذلك كان تعليل النصوص ، ثم جاءت التكاليف الشرعية يحفظ مقاصدها ، وقررت النصوص الشرعية أن

(1) ابن عاشور ، مقاصد الشريعة ، ص 136 .

الأصل في الأشياء الإباحة لكل الناس وأن التحريم ليس إلا إستثناء من هذا الأصل .

وتطبيقاً لهذا فإن النصوص القرآنية عمدت الى ذكر المحرمات وحصرها وتعدادها بخلاف المباحات فإنها لم تحصرها . وعليه قد أصل المباح إحتمل موقعاً متقدماً في نظر علماء الأصول ، وشكل نقطة إرتكاز في عملية تطوير وتجديد لبعض مفاهيمه ، وقد إهتم الإمام الشاطبي بالمباح بصرف النظر عن جداله الإجمالي أو تفصيلاته المقاصدية والاعتراض عليها وردوده ، فقد أفاد أن لايتعلق من حيث هو جزئي بأمر ضروري أو حاجي أو تكميلي فعلاً أوتركا ، وكذلك المباح الذي يوصف بأنه لاحرج فيه فكل ذلك راجع الى نيل حظ عاجل خاصة فهو مجرد نيل حظ وقضاء وطر (1) وذلك لخروجه عن الأمر والنهي للذان يرجعان الى حفظ الضروريات والحاجيات والتكميليات المقصودة شرعاً حفظ المكلف في المباح غير داخل تحت الطلب الشرعي ، فتحصله موقوف على إرادته وإختياره من جهة حظه .

وبناء على ذلك يخلص الشاطبي الى تعريف المباح بقوله ( إنه العمل المأذون فيه المقصود به مجرد الحظ الدنيوي خاصة ) (2) .

هذه فكرة تمهيدية لأن بحث هذا المباح وفي علاقته بالمقاصد الشرعية سيتم عند بحث علاقة الأحكام التكليفية مع مقاصد الشرعية في هذا إشارة الى أن إرتباط المباح بقاعدة، و الأصل في الأشياء الإباحي ، هذا ما يجعل من المباح أصلاً يتمحور حوله سائر الأحكام الشرعية ، ويجعله يغطي كافة التكاليف التي لم يرد فيها حكم ، فيكون بهذا الوصف أصل مهيم على ما لم يرد فيه نهى ، مما يعطى له مساحة واسعة مقارنة مع باقي الأحكام الشرعية ، كما سيظهر ذلك لاحقاً (3) .

أيضاً إهتم الإمام الشاطبي بالمباح وبالبحث وأفاض في تحرير مفهومه وبيان معناه ، ويرجع إهتمامه للأسباب الآتية :

(1) الفقه المقاصدى عند الإمام الشاطبي ، أحسن الخصائص ، ص 25 .

(2) الإمام الشاطبي ج1 ، ص 128 .

(3) د. أحسن ، الفقه المقاصد ، ص 137 .

1. يد المباح أكثر الأحكام الشرعية حاجة الى التوضيح ، بسبب تردده بين المندوب والواجب .
  2. إرتباط المباح بقاعدة الأصل فى الأشياء الإباحة .
  3. قوة إرتباط المباح بالحياة العملية للمكلف .
  4. تأثير النزعة الصوقية على موقع المباح .
  5. إهتمام الشاطبي بالرد على شبهات بعض العلماء فى مفهوم المباح .
- كما طور الإمام الشاطبي مفهوم المباح لوصفه مركزاً للخطاب الشرعى من خلال التقسيمات التى أجزها عليه والتى كانت كالاتى :
1. أقسام المباح من حيث الكلية والجزئية وهى أربعة أنواع :
    - أ. المباح بالجزء المطلوب بالكل على جهة الوجوب .
    - ب. المباح بالجزء المطلوب بالكل على جهة الندب .
    - ج. المباح بالجزء المحرم بالكل .
    - د. المباح الجزء المكروه بالكل .
  2. أقسام المباح بوصفه خادماً لغيره .
  3. أقسام المباح من حيث التخبير فى العقل (فعلاً وتركاً ، ورفع الحرج (1)).

---

(1) المرجع السابق ، ص 144 .

## المبحث الثاني

### علاقة المقاصد الشرعية بالحكم الشرعي

بعد أن تم التعريف بالمقاصد الشرعية وأنواعها فما هي علاقة هذه المقاصد بالحكم الشرعي؟ إن الحكم الشرعي سبق أيضاً تعريفه بأنه خطاب الله سبحانه وتعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالإقتضاء أو التخيير أو الوضع والمتعلق هنا بمعنى المرتبط وهو لبيان الواقع ، وليس قيداً في التعريف ، لأن الخطاب لا بد أن يتعلق بالغير وإنما ذكر توطئه للقيد المذكور بعده ، المبين أن الخطاب الذي عرف الحكم به هو الخطاب المتعلق بأفعال المكلفين ، لا المتعلق لغيرها . وأفعال المكلفين هي ما قابل الذات والصفة من الأحداث التي تصدر من المكلف وتحدثها جوارحه الظاهرة والخفية شاملة حتى الأفعال القلبية والقولية . أما الإقتضاء هو الطلب سواء كان فعل أو طلب ترك .

والتخيير هو التسوية بين الفعل والترك ، وأخيراً الوضع هو جعل الشارع الشئ سبباً في غيره أو شرطاً له أو مانعاً منه . أو جعله إياه صحيحاً أو فاسداً (1) .

يتضح لنا مما ذكر أعلاه فإن الحكم الشرعي ينقسم الى :

حكم تكليفي أما واجب أو مندوب أو محرم أو مكروه أو مباحاً وهو يمثل القاعدة الدينية ، أما الحكم الوضعي فهو يمثل القاعدة القانونية ، كما قرر الباحث هذه التكييفات الدينية والقانونية من قبل وعليه فما مدى إرتباط هذه الأحكام الشرعية بمقاصد الشرعية ؟ الإجابة تقتضى أن نبحت كل حكم على حده .

أولاً : الأحكام التكليفية :-

أكد الإمام الشاطبي على إرتباط الأحكام الشرعية الخمسة بمقاصدها الشرعية بحيث إذا عريت عن مقاصدها أصبحت غير معتبرة شرعاً ومرد ذلك في قول الإمام ( الأحكام الشرعية إنما تتعلق بالأفعال والتروك بالمقاصد ، فإذا عريت عن المقاصد لم تتعلق بها ) (2) .

هذا يعني أن قصد المكلف في غاية الأهمية بحيث تستدعي أفعاله وتروكه المتعلقة بالحكم التكليفي إذ أنه يبني على ذلك القصد بمعنى أوضح أن أى فعل أو قول يصدر من المكلف محكوم عليه أما حلالاً أو حراماً أو مندوباً أو مكروهاً أو مباحاً .

(1) أصول الأحكام الإسلامية ، ص 312 .

(2) الموافقات ج 1 ص 129 .

فإن الأحكام التكليفية إنما هي معتبرة بمقاصد الشرع ، وتفقد قيمتها التشريعية إذا عريت عن ذلك ، ويستدل الإمام الشاطبي على ربط الأحكام التكليفية بمقاصدها (1) كالاتي :

1. قيام الأعمال والتصرفات على النيات ، فإذا تجردت الأعمال وكانت فقط محسوسة لا إعتبار لها شرعاً ، وإلا ما ثبت إعتباره في باب خطاب الوضع خاصة والتي لا دخل للنية فيها ، ويظهر ذلك جلياً عندما نبحت الحكم الوضعي .

2. ما يدل على إبتناء الأحكام الشرعية على الثبات والمقاصد فإن الأعمال والأفعال الصادرة من المجنون والنائم والصبي والمغمي عليه لا حكم لها في الشرع أى لايشملها الحكم التكليفي بل الحكم الوضعي كما بين لاحقاً والنصوص الواردة بشأنها قوله تعالى (مَرْبِنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِن سَبِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا مَرْبِنَا وَكَاتَحْمِلْ عَلَيْنَا إِصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِنَا وَمَا لَنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ وَاعْفُ عَنَّا وَارْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلَانَا فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ ) (2) وحديث النبي صلى الله عليه وسلم ( رفع القلم عن ثلاث ) وقوله ( رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما أستكرهوا عليه) وسبب رفع الأحكام عدم القصد وفي هذا دليل على إعتبار النيات والمقاصد في الأحكام .

3. الإجماع على أن تكليف ما لايطاق في الشريعة غير واقع ، وتكليف من لا قصد له تكليف بما لا يطاق فهذه الأمور لها تعلق بمقاصد المكلف من حيث تأثيرها على إعتبارها شرعاً أو إهمالها .

ثم يقرر الإمام الشاطبي ملحوظة في غاية الأهمية للباحث وهي أن بعض تفاصيل الأحكام التكليفية وجدت فيها أموراً منها أن المندوب بالنسبة للواجب إما مقدمة له أو مذكر به ، فهناك مندوبات تسبق فرائضها ، كما أن هنالك مندوبات تذكر بالواجبات ، وتلحق بقسم الواجب وكذلك علاقة المكروه بالمنوع على نسق المنوال السابق علاقة المندوب بالواجب (3) لهذه الملحوظة إعتبارين من حيث تدرج الأحكام وعلاقة القاعدة الدينية التي تمهد للقاعدة القانونية .

أما الواجبات إذا كانت مختلفة التقسيم من وجهة النظر المقاصدية تكون على درجتين ، درجة المقاصد وهي الواجبات المقصودة وهي أعظمها وأهمها كالصلاة والصوم ودرجة أو رتبة

(1) د.أ. حسن ، الفقه المقاصدى ، ص 113 .

(2) سورة البقرة ، الآية 286.

(3) الإمام الشاطبي ، ص 31 .

الوسائل الخادمة للمقاصد كشروط الطهارة وستر العورة وإستقبال القبلة فهي وسائل للمقصود الأول وهو الصلاة .

ويمكن بيان العلاقة أو الإرتباط بين المقاصد والأحكام على النحو الآتى :

#### 1/ علاقة المقاصد الشرعية بالأمر والنهي .

يظهر أثر المقاصد الشرعية كما يلي :

أ. قصد الشارع الى إيقاع مقتضيات الأوامر والنواهي :

قرر الإمام الشاطبي قاعدة أصولية نفهم على أساسها مقتضيات الأوامر والنواهي وهى ( الأمر بالمطلقات يستلزم قصد الشارع قصد الشارع الى إيقاعها كما أن النهى يستلزم قصده لترك إيقاعها)<sup>(1)</sup> وهذا يعنى إمتثال المكلف لأوامر الشارع وإجتنب نواهيه ، أى أن الأمر يتضمن طلب فعل المأمورية ، وإرادة الشارع بمعنى مقصده إيقاع ذلك الفعل ، كما أن النهى يتضمن طلب ترك المنهى عنه وإرادة الشارع عدم إيقاع ذلك المنهى عنه .

عليه يجب ربط الأمر بقصد الإيقاع وربط النهى بقصد عدم الإيقاع ، ومن هنا إرتبط المقصد الشرعى بالحكم التكليفى .

ب. قصد الشارع الى الأمر بالمطلق لا يستلزم قصده الى الأمر بالمقيد :

إنه لو كان الأمر بالمطلق يستلزم الأمر بالمقيد لانتفى أن يكون أمراً بالمطلق إبتداءً ، فلو قال الشارع إعتق رقبة ، فقد أطلق اللفظ على كل رقبة من غير تعيين ، فلو كان الأمر المطلق يستلزم قصد الشارع الى الأمر بالمقيد لكان معناه : أعتق الرقبة الهيئة الفلانية ذات الأوصاف وهذا ليس أمراً مطلقاً كما هو ظاهر<sup>(2)</sup>.

ج. إعتبار المقاصد الشرعية فى فهم دلالات الأوامر والنواهي :

نقصد هنا بالأوامر والنواهي الصريحة حصراً لوضوح أثر المقاصد الشرعية فى توجيه دلالتها ، وجعل الإمام الشاطبي الأوامر والنواهي الصريحة مبنية على نظرين مقصدين هما :

(1) عدم إعتبار العلة المصلحية فى الأمر أو النهى .:

ويفسر هذا الأمر أو النهى من خلال صيغة المجردة المحضة من غير نظر الى تعليل ومثال ذلك جلوس سيدنا عبد الله بن مسعود عندما سمع قول الرسول

(1) الإمام الشاطبي ج-1 ، ص

(2) د. أ. حسن الفقه المقاصدى ، ص 189 .

صلى الله عليه وسلم يوم الجمعة ( اجلسوا) . يرى الإمام الشاطبي أن صاحب هذا المنظور تستوى عنده الأوامر بعضها على بعض .

## (2) التفسير المصلحي للنصوص :

هذا النظر المقصدى مبنى على ما يفهم من الأوامر والنواهي قصد شرعى أو مقاصد شرعية . ومعنى ذلك تفسير النصوص الشرعية من الكتاب والسنة على ضوء المصالح التى جاءت النصوص الشرعية لتحقيقها ، هذا المسلك يؤكد أنبناء الشريعة على المصالح عامة ، ورعايتها لمصالح المكلفين خاصة . وهذا التفسير المصلحي قائم على أمرين .:

أ/ الاستقراء بمعنى إستقراء موارد الكتاب والسنة فى الأوامر والنواهي فى خصوص هذه الأمور أو المنهيات تدل على المصلحة المقصودة شرعاً تحصيلها .

ب/ القرآئن الحالية أو المقالية : هذه القرآئن دالة على أعيان المصالح فى الأمور والمفاسد فى المنهيات فكل من الإستقراء والقرآئن الحالية والمقالية كفيلة بتوجيه النص وتفسير تفسيراً مصلحياً بناء على قصد الشارع فيه . ويرجح الإمام الشاطبي هذا التفسير القائم على الاستقراء والقرآئن الحالية والمقالية ويعتمد ويستشهد على ذلك بالأمور الآتية (1) :

الأول : التطبيقات الشرعية من تفسير النصوص :

من أمثلتها قوله تعالى (وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ) (2) فالمقصود الشرعى من ذلك المحافظة على الصلاة والإدابة لها ، وقد فهم هذا من تتبع الأوامر الشرعية وإستقرائها الواردة فى المحافظة على الصلاة ، ومن القرآئن المتعلقة بهذه الأوامر مثل : فعله عليه الصلاة والسلام ، وفعل صحابته فى إقامة الصلاة والقرآئن المقالية كقوله تعالى (إِذْ ظَلُّوا فَطَلَبُوا) (3) :

الثانى : عدم دلالة صيغة الأمر على الطلب حقيقة :-

دلالة صيغة الأمر بأصل وضعها على الأمر أو النهى ، إلا أن يفهم منها معنى الإباحة كما فى قوله تعالى (فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا

(1) المرجع السابق ، ص 193 .

(2) سورة يونس ، الآية 87 .

(3) سورة البقرة ، الآية 238 .

مِنْ فَضْلِ اللَّهِ وَادْكُرُوا اللَّهَ كَثِيرًا لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ (1) فليس مقصود الشارع الإنتشار عند إنقضاء الصلاة ، وإنما مقصود أن سبب المنع قد زال وهو إنقضاء الصلاة وقد ذكره سابقاً الإمام الشافعي كذلك .  
الثالث : الإلتفات الى المعانى فى الأوامر والنواهي المطلقة :-  
الأوامر والنواهي التى أتت مطلقة لاتحمل على مقتضى واحد ، ولكن ينظر المكلف نفسه ، وفى غيره على التوسط لا على مقتضى الإطلاق الذى يقتضيه لفظ الأمر والنهى مثل : العدل والإحسان والوفاء وسائر مكارم الأخلاق وقد تستعمل دلالات الأمر والنهى فى مواضع متعددة .

فلا يتأتى حمل ظواهر النصوص بصيغتها مجردة عن الإلتفات الى المعانى ، ومن أمثلة ذلك النهى عن الشرعيات عن بيع الغرر وله صورة متعددة .  
الرابع : أثر المعانى والمساق فى التمييز بين مراتب الأوامر والنواهي .  
من حيث دلالة الاقتضاء ، لمعنى إفادة الطلب ، سواء كان طلب فعل أو طلب ترك، بالنظر الى جهة اللفظ هى على من غير تفرقة بين أمر وتحريم وكراهة ، أى من غير تمييز بين مراتب الأوامر والنواهي ويرى الشاطبي أن التمييز بين مراتب الأوامر والنواهي يكون بإعطاء كل أمر أو نهى مراتبه ويحصل بأمرين أما يتبع المعانى والنظر الى المصالح أو بالاستقراء المعنوى وبتتبع موارد الأوامر والنواهي وما تعلق بها من قرائن حالية ومقالية . فكلام العرب لا بد منه من إعتبار معنى المساق فى دلالة الصيغ ، فما ظنك بكلام رب العالمين وكلام الرسول الكريم . وهذا كله يؤكد النظر المصلحى فى تفسير النصوص ومراعاة المعانى فى فهمها ، وبذلك فإن مراعاة علل الأمر والنهى والإستناد الى التفسير المصلحى فى فهم النصوص يعد أصوب الطرق وأصحها التى تتفق مع قصد الشارع ، و عليه كان عمل السلف الصالح ( فإنهم فهموا أن الأوامر والنواهي واردة مقصودة من جهة الأمر والناهي ) (2) .

#### الخامس : عدم الأفراط فى تتبع المعانى :

لا بد من وجود توازن بين ما تحمله ظواهر النصوص من صيغ ، وبين ما تدل عليه من معانى يمكن تتبعها لإستخلاص مقصد الشارع منها ، وبناء الحكم على أساسها ، فلا يفسر النص

(1) سورة الجمعة ، الآية 11 .

(2) الشاطبي ج1 ، ص 140 .

الشرعى مع إعتبار الصيغ وعدم الإلتفات الى المعانى ، كما لا تفسر أيضاً بمجرد تتبع المعانى وإلغاء الصيغ ، ولكن ينبغى الإنتباه الى قوة العلاقة بينهما (1) .

## 12 علاقة المباح بالمقاصد الشرعية :

قبل أن نبين علاقة المباح بالمقاصد الشرعية . هنالك شبهة أدخلها مذهب المعتدلة وذلك بأن المباح يخرج من دائرة الأحكام الشرعية وللد على هذه الشبهة لابد من الحديث عن التفرقة بين المباح رفع الحرج وذلك على ضوء التمييز الذى ذكره الإمام الشاطبي عندما قسم المباح من حيث التخيير فى العقل (فعلاً وتركاً) ورفع الحرج يوجد تداخل فى هذا النوع من المباح بين رفع الحرج والتخيير فى الفعل . ولكن الإمام الشاطبي قد فرق بين المباح الذى بمعنى رفع الحرج ، وبين المباح الذى فيه تخير بين الفعل والترك ، إذ التخيير يدل على الإباحة ، أما رفع الحرج فقد يكون متعلقاً بمكروه لا بمباح ، وبذلك فلفظ لا جناح عند الإمام الشاطبي لا يعد من صيغ المباح وأساليبه ، ويذهب الى أن ما لا حرج فيه غير مخير على الإطلاق (2) .

يستدل الإمام على ذلك بما يلي :

1. وجود فرق بين رفع الحرج والمخير فيه حيث قصدت الشريعة الى التفرقة بينهما ، ويتضح الفرق بأن المباح المطلوب الفعل على جهة الكل هو الذى جاء فيه التخيير بين الفعل والترك .

مثل قوله تعالى (نَسَاؤُكُمْ حَرْثُكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ) (3) وقوله تعالى (كُلُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ) (4) وقوله تعالى ( وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا وَكَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاَنُ قَوْمٍ ) (5) فالملاحظ أن هذه النصوص جاء التخيير فيها حقيقة ، إلا ما دل الدليل على خروجه عن ذلك .

أما المباح المطلوب الترك من جهة الكل ، فليس فى الشريعة ما يدل على حقيقة التخيير فيه ، فهو إما مسكوتاً عنه ، أو مشار إليه بعبارة تخرجه عن معنى التخيير مثال ذلك تسمية الدنيا لعباً ولهواً فى معرض ذمها لمن أراد أن يسكن ويركن إليها

(1) د. أ حسن ، القصد المقاصدى ، ص 196 . .

(2) المرجع السابق ، ص 144

(3) سورة البقرة ، الآية 223.

(4) سورة البقرة ، الآية 57 .

(5) سورة المائدة ، الآية 2 .

وبسببناثرها على الأخرى كقوله تعالى (وَإِذَا مَرَأَةٌ تِجَارَةٌ أَوْ بَازًا أَوْ بَدْعًا فَلَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ يَكْفِيهَا فَخَرَسْنَا لَهَا وَأَصْرَحْنَا لَهَا وَأَلْفَتْهُمُ إِنَّهُنَّ أَهْلٌ بَاطِلٍ مُّسْتَضَرِّينَ) (1) فهنا الله غير مخير فيه . أيضاً أن هنالك نصوص شرعية وردت في بعض متعلقات الله ولكنها مقدرة شرعاً مثل ضرب الدفوف لإعلان النكاح عندما حضرت السيد عائشة رضى الله عنها زواج الأنصارية وقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم (ما كان معكم لهو ؟ فإن الأنصار يعجبهم اللهو) ، وكذلك لعب الجبش يوم العيد بالمدينة ، فإن توجيه هذه النصوص يكون على معنى رفع الحرج ، وهو عفوياً .

وبناء على ذلك فإنه ينحصر إطلاق المباح هنا في أمرين :  
(أ) ما لاجرح فيه صريح في رفع الإثم والجناح فاللفظ هنا دال على نفي الإثم

(ب) أما اللفظ الآخر فهو صريح في التخيير ، حيث وضع اللفظ له وقصد منه التخيير خاصة .

2. لفظ التخيير مفهوم قصد الشارع منه تقرير الإذن في طرفى الفعل والترك ، وأنهما على سواء في القصد ، بخلاف رفع الحرج في الفعل أن وقع من المكلف .  
فإن أصحاب الفكر الاعتزالي ذهبوا الى أن المباح يعنى رفع الحرج عن الفعل ، والترك ليس من الشرع ، لأن ذلك ثابت قبل الشرع ، ومعنى ذلك إباحة الشرع لشيء بتركه على ما كان عليه قبل ورود السمع ، ولم يغير حكمه ، فكل ما عم يثبت تحريمه ولا وجوبه فإنه يبقى على النفي الأصلي وهو مباح ويمكن الرد على هذا بأن إنتفاء الحرج ليس بإباحة شرعية ، بل الإباحة الشرعية خطاب الشارع بالتخيير ، وهو ليس ثابتاً قبل الشرع . فلا تفسر الإباحة بإنتفاء الحرج عن الفعل والترك بل تفسر بموجب خطاب الشارع بإنتفاء الحرج عنها بإعتبارها حكم شرعى .  
الجدير بالذكر أن هنالك صيغ شرعية يعرف بها المباح وهى :

أ. الحل كما فى قوله تعالى (أَحِلَّ لَكُمْ تَيْسَاتُ الْبَقَرِ الَّتِي رَفَثَتْ إِلَى نِسَائِكُمْ) (2).

ب. لاجناح بمعنى رفع الجناح كما فى قوله تعالى (وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ) (3).

(1) سورة الجمعة ، الآية 11 .

(2) سورة البقرة ، الآية 187 .

(3) سورة البقرة ، الآية 231 .

ج. لاحرج بمعنى رفع الحرج كما كان قول الرسول الكريم للسائل فى حجة الوداع )  
أفعل (ولاحرج) وقوله تعالى (فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ) (1). والجناح هنا  
هو الإثم ، فيكون برفعه هو من صفة المباح لا الواجب .

د. قد تكون الصيغة برفع الحرج مع أن هنالك واجب كما فى قوله تعالى (إِنَّ الصَّفَا وَالْمَرْوَةَ مِنْ  
شَعَائِرِ اللَّهِ فَمَنْ حَجَّ الْبَيْتَ أَوِ اعْتَمَرَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ أَنْ يَطُوفَ بِهِمَا) (2)

هنا السعى واجب ولكن أن سبب نزول هذه الآية أن هنالك من كانوا يطوفون ويصلون بمناء  
التي كانوا يعبدونها فلما أسلموا تخرجوا أن يطوفوا هناك فأنزل الله الآية كما أن هذه الآية نزلت  
قبل وجوب الحج والعمرة .

الخلاصة أن الصيغ الدالة على المباح تتداخل مع صيغ رفع الحرج ومع ذلك هنالك فرق بينهما  
ولكن هذا ما سبب الأشكال لكثير وهذا ما لزم توضيحه وعليه فإنه قد ثبت لنا أن المباح حكم  
شرعى كما قصده علماء الأصول وهذا ما يدعونا لبحث علاقته وارتباطه بالمقاصد الشرعية كما  
يلى :

للمباح علاقة وثيقة بالمقاصد لإرتباطها بالمصالح والمفاسد ، وعلاقتها بالضروريات والحاجيات  
، فلمباح بالأصل هو ما كان مباحاً كالمأكولات والمشروبات والبيوع والأنكحة قد يضطر  
الإنسان إليها إضطراراً الى درجة الضرورة أو الحاجة ولكن قد ترتب على هذه الضروريات  
والحاجة مفسدة ، فما حكم هذا المباح ؟

أجاب الإمام الشاطبي على هذا السؤال بتقسيمه حالات الإضطرار وعدمه الى ثلاث الآتى:

1. الحالة الأولى : الإضطرار الى فعل المباح :

وهنا يضطر المكلف الى فعل ذلك المباح كما قال الإمام الشاطبي ( لا بد من الرجوع  
الى ذلك الأصل وعدم إعتبار ذلك العارض (3) ، بمعنى يبقى على الإباحة ، وترك  
اللاحق إن كان مفسدة واقعة إذ متوقعة وأستدل الإمام بأن : .

أ. المباح قد صار واجب الفعل ولم يبق على أصله من الإباحة فلا يعارضه إلا  
واجب مثله أو أقوى منه ، وذلك لأن الضرورة رفعتة الى مرتبة الواجب .

(1) سورة النساء ، الآية 101 .

(2) سورة البقرة ، الآية 158 .

(3) الإمام الشاطبي ج1 ، 159 .

ب. الترجيح هنا قائم على أصل الفعل المباح ورفع العوارض المضادة بناء على قاعدة أصولية للإمام وهي ( إقامة الضرورة معتبرة ، وما يطرأ عليها من عارضات المفساد مفتقر في جنب المصلحة المختلفة )<sup>(1)</sup> ولهذه القاعدة علاقة وثيقة مع قواعد فقهية أخرى مقررّة في مجال المصالح والمفاسد كقاعدة ( يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام ) ( الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف ) ( يختار أهون الشرين ) ، ( درء المفاسد أولى من جلب المصالح ) فالمقصود الشرعي هنا الإبقاء والمحافظة على أصل الإباحة كمثل إحياء النفس من الموت بأكل الميتة عند الضرورة .

ج. إعتبار العوارض المضادة مفسد تلحق ضرراً وتؤدي الى رفع المباح أصلاً ، وذلك باطلاً كما قررته المقاصد الشرعية (بأن المكمل إذا عاد على الأصل بالنقص سقط إعتباره)<sup>(2)</sup> .

بمعنى أن المصلحة الشرعية لا تحصل بتقويت مصلحة كلية على حساب مصلحة جزئية ، أو تقديم مصلحة جزئية ، وترك مصلحة كلية .

د. الحالة الثانية : عدم الإضرار الى الفعل ولحوق الحرج مع الترك في هذه الحالة لا يضطر المكلف الى الفعل ، ولكنه إذا تركه يلحقه حرج ( فالنظر يقتض الرجوع الى أصل الإباحة ، وترك إعتبار الطوارئ ، إذ الممنوعات قد إبيحت رفعاً للحرج )<sup>(3)</sup> .

هذا يعني أن تغلب الفعل المباح وأن لم يكن المكلف مضطراً إليه ، دفعاً للحرج الحاصل عند تركه وقد أبيحت بعض الممنوعات ورفعاً للحرج فعي قوله تعالى (كُم فِي الدِّينِ مِن تَرَجٍ) <sup>(4)</sup> رغم أن بعض العلماء خالفوا الإمام الشاطبي بإعتبار العوارض المضادة حيث لا يوجد إعتبار للحرج لضعفه أو مما تعتد به فإنه لامشقة في التكاليف الشرعية ، وكذلك على أن المباح ينظر إليه هنا بأنه رخصة يمكن تركه . وذهب الدكتور أحسن الى أن الأمر هنا يرجع الى تقدير الحرج الواقع على المكلف بتركه المباح الذي هو ليس مضطراً إليه ، فإذا كان الحرج يلحق ضرراً إنقلب عدم الإضرار الى أضرار وأعتبر رفع الحرج ، وأهملت العوارض

(1) الإمام الشاطبي ، ص 159 .

(2) الإمام الشاطبي ، ص 161 .

(3) المرجع السابق ، ص 161 .

(4) سورة الحج ، الآية 87 .

المضادة ، وأن كان الحرج الواقع ضعيفاً مما هو يعتاد في التكاليف الشرعية ، سقط إعتبار المباح ، ولا يصار إليه ، فيرجح بين المذهبين حسب طبيعة الحرج الواقع (1).

أما الباحث فيتنفق مع الإمام الشاطبي في رفع الحرج والتمسك بالمباح وذلك لسببين هما :  
أ. إن المصلحة الشرعية هي المقصود دائماً تدور مع الحكم وجوداً وعدمًا .

ب. الغالب في الأحكام الشرعية التيسير وعليه نفى الحرج بدليل الآية السابقة .

**الحالة الثالثة :** عدم الإضطرار الى أصل المباح وعدم الحرج بترك الفعل في هذه الحالة لا يضطر المكلف الى أصل المباح ، ولا يلحقه بتركه الحرج ، وهذه الصورة محل نظر إجتهد على قاعدة سداً الذرائع ، وقاعدة تعارض الأصل والغالب فهي دائرة بين تغليب الإذن وترجيحه ، وأن المباح مصلحته لا تبلغ مبلغ الضروريات ، فالتمسك بالأصل يؤدي الى إبقاء الإباحة ، والتمسك بالغالب يؤدي الى ترجيح جانب العوارض ، وبذلك الحكم عليها بالمنع .

وبهذا نخلص الى أن للمباح أهميته في منظومة الأحكام التكليفية التي تعتبر قسم من الحكم الشرعي ، وتنتقل الى القسم الآخر ألا وهو الحكم الوضعي وعلاقته بالمقاصد الشرعية .

#### ثانياً : الأحكام الوضعية :

الحكم الوضعي هو خطاب الشارع الذي يقتضى جعل شئ لآخر سبباً أو شرطاً له أو مانعاً منه وأصحياً أو فاسداً فإذا كان خطاب الله سبحانه وتعالى دالاً على ربط شئ بالحكم التكليفي بصفة كونه سبباً له ، أو شرطاً ، أو مانعاً منه سمي ذلك حكماً وضعياً . إذن خطاب الوضع محصور في الأسباب والشروط والموانع والصحة والبطالان والعزائم والرخض ، فما علاقة هذا الحكم الوضعي بالمقاصد الشرعية ؟ فالإجابة تقتضى أن نبحث مكونات هذا الحكم كما يلي :

أولاً : الأسباب وعلاقتها بالمقاصد الشرعية :

هنالك عدة تعريفات إصطلاحية للسبب وردت في كتب الأصوليين منها ما خرج الحكم لأجله سواء كان شرعاً أو دليلاً أو علة (2).

وعرفه الأمرى بأنه ( كل وصف ظاهر منضبط دل الدليل السمعي على كونه معرفاً لحكم شرعي (3) . ، كما عرفه الإمام الشاطبي ( السبب المراد به ما وضع شرعاً لحكم لحكمة يقتضيه ذلك الحكم ، كما كان حصول النصاب في وجوب الزكاة ، والزوال سبباً في وجوب

(1) د.أحسن ، الفقه المقاصدي ، ، ص 151 .

(2) ابن فورك ، الحدود في أصول الفقه ، ص 159 .

(3) الأمرى ، الأحكام في أصول الفقه ج 1 ، ص 110 .

الصلاة ، والسرقه سبباً فى وجوب القطع والعقود أسباباً فى إباحة الإنتفاع أو إنتقال الأملاك وما أشبه ذلك ) (1).

يعتبر السبب من الأهمية بمكان فى الحكم الوضعى وقد تناوله الإمام الشاطبي بالبحث والتحليل فى مسائل متعلقة بالأسباب والمسببات وعلاقتها بمقاصد الشريعة على النحو الآتى:

1. عدم التلازم بين مشروعية الأسباب ومشروعية المسببات :

أنه لا تلازم بين حكم السبب وحكم المسبب ، بل قد يأخذ المسبب حكماً شرعياً ، آخر مخالفاً لحكم السبب ، فإن الاقتران بين مشروعية الأسباب ومسبباتها إقتران عادى لا تلازمى.

إستدل الإمام الشاطبي على هذا بقوله تعالى (وَأْمُرْ أَهْلَكَ بِالصَّلَاةِ وَاصْطَبِرْ عَلَيْهَا لَا تَسْأَلُكَ مَرْزُقًا مَحْنُ مَرْزُقًا وَوَالْعَاقِبَةُ لِلتَّقْوَى) (2) أَوْقُولُهُ فِي تَعَالَى الْأَرْضِ إِلَّا عَمَلَى اللَّهِ رِزْقُهُ لَا (3) ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم ( لو أنكم توكلتم على الله حق توكله لرزقتم كما يرزق الطير تغدو خماصاً وتروح بطاناً ) (4) .

فالأيات دالة على أن نسبة إيجاد المسبب الى الله ولا تعلق لكسب العبد بالمسببات مطلقاً ، مع قيام الأدلة على مطالبة العبد بطلب الأسباب فالنتيجة كما قال الإمام الشاطبي ( فصارت الأسباب هى التى تعلق بمكاسب العباد دون المسببات ، فإذن لا يتعلق التكليف وخطابه إلا بمكتسب ، فخرجت المسببات عن خطاب التكليف ، لأنها ليست من مقدورهم ، لو تعلق بها لكان تكليفاً بما لا يطاق ) (5) هذه المسألة ترجع حقيقتها الى قاعدة سد الذرائع ومآل الفعل والمعيار المتعلق بها موضوعى ينظر إليه من حيث الواقع ونفس الأمر ، لا من حيث قصد المكلف ونيته .

ويرى الباحث أن المسبب بمفهومه القانونى يعنى الأثر أو الحكم أو النتيجة التى تترتب على أعمال وتصرفات المكلف ، وهو فى نفس الوقت يقابل المصلحة أو المفسدة وهو القصد الشرعى ، رغم أن المقصد الشرعى فى حقيقته جلب المصلحة ودرء المفسدة ، ودرء المفسدة فى حقيقته مصلحة أما السبب فهو العلة أى علة الحكم الشرعى المتعلقة بالأمر أو النهى .

(1) الشاطبي ، المواصفات ، ج 1 ، ص 236 .

(2) سورة طه ، الآية 132 .

(3) سورة هود ، الآية 5 .

(4) حديث صحيح رواه أحمد فى المسند والنسائي وابن باحة وابن حبان فى صحيحه والحاكم من رواية عمر

بن الخطاب ضى الله عنه .

(5) الشاطبي ج-1 ، ص 170 .

## 2. مقاصد الشارع وعلاقته بالمسببات .

إذا كان الله سبحانه وتعالى هو واضع الأسباب فإنه يستلزم عنه قصده الى المسببات ، بمعنى أن ما يترتب عن الأسباب من مسببات مقصودة شرعاً<sup>(1)</sup> . وقد قرر الإمام الشاطبي أن الأحكام الشرعية وهى أسباب شرعت لجلب المصالح ودرء المفسد وهى مسبباتها ، وجلب المصالح ودرء المفسد مقصودة شرعاً .

الجدير بالملاحظة رغم أن المسببات خارجة عن إرادة المكلف ولم يقصد الشارع فى التكليف بالأسباب تكليف بالمسببات ، أن هنالك تناقض بين قصد الشارع وقصد المكلف فى الأمر المكلف به أو المنهى عنه بإعتبارين مختلفين ، وهما غير متدافعين .

## 3. مقاصد المكلف وعلاقتها بالمسببات .

هنالك علاقة بين مقصد المكلف والأسباب ومسبباتها ، فالمكلف مطالب بإجراء تصرفاته من حيث الأحكام الموضوعية لها سوا كانت أسباباً أم لا ، سواء كانت تلك التصرفات معللة تلك التصرفات معللة أم لا ، فالمكلف لا يلزمه عند تعاطيه للأسباب الإلتفات الى المسببات ولا القصد إليها .

المكلف مكلف بإبقاء الأسباب على وجهها المشروع لتكون صحيحة موافقة للشرع ، وليس له التشوف بالقصد الى مسبباتها ، ويبنى على هذا أن المكلف لايلزمه القصد الى السبب وإنما هو مخير فيه فإن شاء ترك القصد وإن شاء طلبه .

وقد قسم الإمام الشاطبي التفتات المكلف الى المسببات الى قسمين وكل قسم له مراتب وفى بعض اقواله حديث عن علم الكلام ولكن ما يهمنى ذكر القسمين دون الخوض فى التفاصيل وهى :

أ. الإلتفات الى المسببات ومراتبها .

ب. ترك الإلتفات الى المسببات ومراتبها .

ويهمنا المرتبة الثالثة من القسم وهى : أن يدخل المكلف فى الأسباب وهو مستحضر لأربعة أمور هى :

(1) على أن الأسباب مأذونة شرعاً .

(2) على أن الدخول فى تلك الأسباب تلبية لأمر الشارع ، وتحقيق بمقام العبودية له

(1) د.أحسن ،الفتحة المقاصدى ص 174 .

(3) على أن تلك الأسباب من الله تعالى ، فهو واضعها ومجريها وإن شاء إبطاها أو خرقها .

(4) على أن تلك الأسباب إبتلاء وتمحيص من الله للمكلفين على صدق التوجه إليه . ويرى الإمام الشاطبي أن هذه المرتبة شاملة ويعمل شمولية القصد ( لأن المكلف توخى قصد الشارع من غير نظر في غيره) ، وقد علم قصده في تلك الأمور فحصل له كل ما في ضمن ذلك السبب مما يعلم ، فهو طالب للمسبب من طريق السبب ، وعالم بأن الله هو المسبب ، وهو المبتلى له ومتحقق في صدق التوجه به إليه ، فقصده مطلق ، وإن دخل فيه قصد السبب ، ولكن ذلك منزعه عن الأغيار مصفى من الأكدار ) (1) .

يرى الباحث أن هذه المرتبة الثالثة تمثل الأساس الجوهرى للقانون الأكمل الذى ينادى به الباحث إذ أن مراتب الإحسان والمعروف والنهى عن المنكر وقصد المكلف فى العمل الموافق للقصد الشارع فى التشريع الإسلامى تمثل هذه المراتب القواعد الأساسية للقانون الأكمل .

#### 4. النتائج المترتبة على قصد المكلف وعلاقتها بالأسباب .:

إذا باشر المكلف الاسباب وتعاطاها على وجه الكمال ، بأن أوقعها بكمال شروطها وإنتفاء موانعها ثم قصد أن لا يقع مسببه قصد محالاً ، وتكليف رفع ما ليس له رفعه ، ومنع ما لم يجعل له منعه (2) فالأسباب تترتب عليها مسبباتها ، وإن لم يرد المكلف تلك المسببات ومثال ذلك من تزوج امرأة بعقد زواج صحيح ، بمعنى إكتملت أركانه وشروطه ، فإن هذا الزواج تترتب عليه آثاره أى أحكامه من نفقة ووطء وميراث والى ... الخ) ولو لم يرد المتعاقد ذلك .

وعليه فإن مباشرة الأسباب التى تقع بإستكمال شرائطها أو إنتفاء موانعها ، تترتب آثارها ومسبباتها ، إما إذا وقعت الأسباب غير مستكملة لشرائطها ، ولم تنتف عنها موانعها ، فلا تقع مسبباتها مطلقاً ، لأن الشارع لم يجعلها أسباباً مقتضية إلا مع وجود شرائطها وإنتفاء موانعها .

#### 5. المكلف بين قصد الالتفات الى المسببات وعدمه .

تحدث الإمام الشاطبي عن قصد المكلف وعلاقته بالمسببات وذلك بيان مزايا كل منهما كما يلي :

أ. مزايا عدم الالتفات الى المسبب .

(1) أقرب الى الإخلاص والتفويض الى الله والتوكل عليه .

(1) الإمام الشاطبي ، ج-1 ، ص 183 .

(2) المرجع السابق ، ص 191 .

(2) يؤدي الى الإنتباه الى السبب ومباشرته والإهتمام بالمحافظة عليه.

(3) إستراحة النفس وسكون البال .

(4) أعلى مرتبة وأزكى عملاً في العبادات ، وأوفر أمراً في العادات .

ب. مزايا المسبب والالتفات إليه .

(1) المسببات هي مآلات الأسباب تكون باعثاً للمكلف على التحرز في

الوقوع فيما لم يكن في حسبانته من مفسد أو مضار ، إذا كانت الأسباب طاعات فتكون مآلاتها مصالح ، وإذا كانت الأسباب معاصي فتكون مآلاتها مفسد .

وإستشهد الإمام الشاطبي هنا بدليلين قوله تعالى ( وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ) (1) (وَلَقَدْ

جَاءَهُمْ رَسُولُنَا بِالْبَيِّنَاتِ ثُمَّ إِنَّا كَثِيرًا مِنْهُمْ بَعْدَ ذَلِكَ فِي الْأَرْضِ لَمُسْرِفُونَ) (2) ومن السنة قوله صلي

الله عليه وسلم ( من سن سنة حسنة كان له أجرها وأجر من عمل بها ) (3). بمعنى أن يحذر المكلف الأسباب الممنوعة ويسعى الى تعاطي الأسباب المشروعة .

(3) جعل الله سبحانه وتعالى المسببات في العادة ، والمعاملات وتجرى على وقف أسبابها

في الإستقامة أو الاعوجاج، بمعنى الصحة والفساد ، فإذا وقع السبب تاماً وصحيحاً ، كان المسبب ووفق ذلك ، والعكس صحيح .

(4) الخلاصة الى توصل إليها الإمام الشاطبي تتفق مع دعوى الباحث وتقريراته التي تدعو

الى أن القاعدة الدينية مستقلة عن القاعدة القانونية ، بمعنى أن هنالك نظام قانوني للشريعة الإسلامية ويشمل جميع فروع القانون العام والخاص ثم ما توصل إليه الباحث في تقرير القانون الأكمل ويتبين ذلك فيما يلي :

( يخلص الإمام الشاطبي الى أن من التفت الى المسببات من حيث كانت علامة على الأسباب

في الصحة أو الفساد لا من جهة أخرى ، فقد حصل على قانون عظيم بضبط به جريان

الأسباب على وزان ما شرع ، أو على خلاف ذلك ، ومن هنا جعلت الأعمال الظاهرة في

الشرع دليلاً على ما في الباطن ، فإن كان الظاهر محوماً حكم على الباطن بذلك ، أو مستقيماً

حكم على الباطن بذلك أيضاً ، وهو أصل عام في الفقه وسائر أحكام العاديات والتجريبات ،

بل الالتفات إليها من هذا الوجه نافع في جملة الشريعة جلاً ، والأدلة على صحته كثيرة جداً ،

(1) سورة المائد ، الآية 32 .

(2) سورة المائد ، الآية 32.

(3) رواه البخارى ومسلم وهو حديث متفق على صحته . .

وكفى بذلك عهد أنه الحاكم بليمان المؤمن ، وكفر الكافر ، وطاعة المطيع ، وبذلك تتعقد العقود ، وترتبط المواثيق ، الى غير ذلك من صرف الأمور ، بل هو كلية التشريع وعمدة التكليف بالنسبة الى إقامة حدود الشعائر الإسلامية الخاصة والعامة ( 1 ) .

هنا ملاحظة فى غاية الأهمية إذ لم تكن دعوى الإمام الشاطبي فى النظر أو عدم النظر الى المسبب بأنها تتناقض ، بل قصد ذلك للتوصل الى نتائج فى بالغة الأهمية بعد معرفة الضابط فى ذلك وهو إن كان الالتفات الى المسبب من شأنه التقوية للسبب والتكملة له والمبالغة فى إكماله فهو يجلب المصلحة ، وإن كان من شأنه أن يكرِّ على السبب بالأبطال أو الإضعاف أو بالتهاون فهو يجلب المفسدة ( 2 ) فالضابط هو ما قد يحققه الالتفات من مصالح أو مفسد ، فإن حقق مصالِحاً كان الالتفات مطلوباً ، وهو من مقاصد الشارع وإن كان الالتفات يجلب مفسداً ، كان الالتفات مذموماً وغير مطلوب ، وليس من مقاصد الشرع حتماً ( 3 ) ، وهذا ما جعل الإمام الشاطبي يربط ربطاً ضرورياً بين الأسباب الممنوعة والمفسد ، والأسباب المشروعة والمصالح ، فقال ( الأسباب الممنوعة أسباب للمفسد لا للمصالح ، كما أن الأسباب المشروعة أسباب للمصالح لا للمفسد ) ( 4 ) .

فالسبب الممنوع مظنة لوجود المفسد والأسباب المشروعة مظنة لوجود المصالح .  
مثال الأسباب المشروعة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، فإنه أمر مشروع ، لأنه موضوع لإقامة الإصلاح ودرء الإفساد فإقامة الضروريات والمحافظة عليها مقصودة الوضع الشرعى ، أما إتلافها وإفسادها ممنوعة بالشرع ومقصودة المنع . ولكن هنالك مصالح مفهومة لم ينظر إليها الشارع فمثلاً هنالك أسباب ممنوعة كالأنكحة الفاسدة وإن أدت الى مصالح كحمل النسب وثبوت الميراث وغيرها من الأحكام ولكن يجب أن نعلم أن هذه المفسد الناشئة عن الأسباب الممنوعة ليست ناشئة عنها فى الحقيقة ، وإنما ناشئة عن أسباب أخرى مناسبة لها ، بمعنى أن المكلف باشرها بأسبابها ولكن كان قصده ليس بموافقة لقصد الشارع .

يصل الإمام الشاطبي الى معيار موضوعى بتمييز هذه الأسباب فيقول ( فإذا لا سبب مشروعاً إلا فيه مصلحة لأجلها شرع ، فإن رأيت ، وقد أنبنى عليه مفسدة فأعلم أنها ليست بناشئة عن السبب المشروع ، وأيضاً فلا سبب ممنوعاً إلا وفيه مفسدة لأجلها منع ، فإن رأيت وقد إنبنى

( 1 ) الإمام الشاطبي ، ج 1 ، ص 208 .

( 2 ) المرجع السابق ، ص 209 .

( 3 ) الفقه المقاصدى د. أحسن ، ص 183 .

( 4 ) الإمام الشاطبي ، ص 211 .

عليه مصلحة فيها يظهر ، فاعلم أنها ليست بناشئة عن السبب الممنوع ( <sup>1</sup> ) بمعنى أن مخالفة المسببات لما وضعت لها من أسباب مشروعة فنتائجها جاءت إتفاقاً وتباعاً بما قصد المكلف من إيقاعها ولكن نظر الشارع الى المصالح أو المفسد والى أيهما تكون الغلبة عليه مدار التشريع . ومع ذلك قد تكون هنالك مفسد نشأت عن أسباب مشروعة ، ولكنها مهملة شرعاً الى جنب المصلحة المطلوبة والمقصودة شرعاً ، وتبقى القاعدة التي قررها الإمام الشاطبي صحيحة مطردة ، وهي أن ( الأسباب المشروعة لا تكون أسباب للمفسد ، والأسباب الممنوعة لا تكون أسباب للمصالح ، ولا يصح ذلك بحال ) ( <sup>2</sup> ) .

#### 6. مقاصد الأسباب .

شرعت الأسباب الشرعية لتحصيل مسبباتها ، وهي أما مصالح مجتنبه أو مفسد مستدفة ، ومعنى ذلك أن الأسباب شرعت إبتداء ، وقصد منها إستجلاب المصالح ، أو إستدقاع المقاصد أما المسببات بالنظر الى أسبابها فقد قسمها الإمام الشاطبي الى ثلاثة أقسام .

أ. **القسم الأول** : ما يعلم أو يظن أن الأسباب شرعت لأجلها سواء بالقصد الأول وهي المقاصد فهي تقابل الكليات ، أو بالقصد الثاني ، تقابل الجزئيات أو المقاصد التابعة للمقاصد الأصلية فيكون تسبب المكلف في الفعل صحيح لأن قصد المكلف موافق لمقصد الشارع مثال أن الشارع قصد بالنتائج التناسل أى حفظ النوع وهو مقصد كلى وبقية المقاصد التبعية كالمصاهرة لأصل الشرف والدين وغيرها تدخل في الجزئيات التي تلحق بالكليات ، فقصد المكلف هنا تطابق لقصد الشارع على الحملة فيكون صحيحاً .

ب. **القسم الثاني** . جهالة المسبب .

يرى الإمام الشاطبي التوقف عن مباشرة حتى يعرف الحكم فيه .

ثانياً : الشروط وعلاقتها بالمقاصد الشرعية .

الشرط في الإصطلاح هو كل ما يلزم من عدمه عدم الحكم ولا يلزم من وجوده وجود الحكم ولا عدمه ( <sup>3</sup> ) . مثل ضرورة وجود الشاهدين في عقد الزواج ، فإن الزواج لا يصح بدون وجود شهود حيث الشهادة شرط لصحة الزواج . ولكن لا يلزم من وجود الشهود وجود الزواج حتماً . وتنقسم الشروط على النحو الآتى :

( 1 ) المرجع السابق ، ص 213 .

( 2 ) المرجع السابق ، ص 214 .

( 3 ) أصول الأحكام الشرعية ، ص 353 .

1. تنقسم الشروط من ناحية الأمر المشروط فيه ، بمعنى علاقة الشروط بمقاصد الشارع فى الشروط المعتبرة فى المشروطات الى قسمين شروط موضوعها حكم تكليفي وهو يمثل القاعدة الدينية وشروط موضوعها حكم وضعى وهو يمثل القاعدة القانونية هذا من ناحية وأما من ناحية المقاصدية فيقسم الشروط الى ما يتعلق بقصد الشارع ، وما يتعلق بقصد المكلف علماً بأن الأقسام من ناحية الأمر المشروط فيه فتداخله مع الأقسام المقاصدية كما يبدو ذلك واضحاً كما يلي :

أ. القسم الأول : ما يتعلق بقصد الشارع .

تنقسم هذه الشروط الى قسمين .:

(1) الشروط المقصود شرعاً :

هى الشروط التى ترجع الى الخطاب التكليفي أى الحكم التكليفي موضوع القاعدة الدينية مثلاً الطهارة شرط لصحة الصلاة وهذا الشرط مأمور بتحصله ، أما الشروط المنهياً عن تحصيلها مثل نكاح المحلل الذى هو شرط فى رجوع الزوجة الى زوجها الأول فهو شرط مقصود للشرع إجتنابه بمعنى أن الزوج الثانى لا ينوى زواج المرأة بغرض التحليل فهو ما نهى عنه ، وعليه كان مقصود الشرع أن تتزوج المرأة بالغير حتى تنتهى العلاقة الزوجية بسبب خارج عن نية الرجعة لزوجها الأول ، ثم بعد ذلك يجوز لزوجها الأول إرجاعها ، وبذلك يكون قد تحقق مقصد الشارع .

(2) الشروط غير المقصودة شرعاً .

هذه الشروط ترجع الى خطاب الوضع وهو القاعدة القانونية مثل الإحصان فى الزنا ، والحرز فى القطع، الحول للزكاة .

معنى ذلك ليس مطلوباً على المكلف أن يتزوج ، أى أن يشترط عليه الزواج حتى يصبح محصناً وعند إقترافه للزنى يطبق عليه الرجم ، كما الزكاة ليس مطلوباً إبقاء النصاب حولاً وإمسائه على ذلك حتى تجب فيه الزكاة ، كما أنه لا يطالب بالإتفاق منه حتى يصبح المال دون النصاب الشرعى للزكاة فلاتجب الزكاة فيه ، فليس للشارع قصد فى تحصيل هذه الشروط أو عدم تحصيلها .

ربما يعترض أحد أن الباحث رغم تقريره أن القاعدة الدينية المتمثلة فى الحكم التكليفي مستقلة عن القاعدة القانونية محل الحكم الوضعى إلا أن هذا التقسيم يبدو التداخل بين القاعدتين فى الأقسام أعلاه ، ولكن الباحث يرد على هذا الأعتراض بأن الأصل فى القاعدة القانونية بأن

الأصل في القاعدة القانونية المحضة هي قاعدة دينية ولكن بالنظر الى أن الغالب في أعمال القواعد القانونية للنظام القانوني الإسلامي هي قواعد قانونية محضة ، وكذلك في الحكم التكليفي حكم ديني . وعليه تدور أعمال القاعدتان وفقاً للغالب فيهما حسب الإختصاصات .

ب. القسم الثاني : ما يتعلق بقصد المكلف .

وهذه الشروط لا ترجع الى قصد الشارع إلا في تقرير الشارع الخيرة للمكلف أن شاء فعله ، وإن شاء تركه فتحصيل الشرط أو عدم تحصيله راجع الى مقصد المكلف ، مثل النكاح الذي يصبح به محصناً ، فإن قصده أصبح محصناً وحصل بذلك شرط الإحصاف الذي يترتب عليه حكم الرجم أن ارتكب المكلف المحصن الزنى وأن ترك النكاح لم يحصل كذلك فيكون الأمر موكولاً الى المكلف . وعليه يكون فعل الشرط أو تركه داخل تحت قدرته . علماً بأنه في حالة عدم مخالفة قصد المكلف لقصد الشارع فإن الأحكام تجرى على مقتضيات أسبابها وجوداً أو عدماً ، وفي حالة مخالفته لقصد الشارع في الشروط فإن مضادة قصد الشارع باطلة .

2. يمكن أيضاً تقسيم الشروط من حيث إعتبارها كمقصد الشارع أو مناقضة له الى ثلاثة أقسام (1) :

أ. القسم الأول : الشرط الملائم لمقصد الشارع :

هو شرط موافق لعقصد الشارع وملائم له ، مثل الصيام في الاعتكاف والحوال في الزكاة ، والإحصان في الزنا .

فهذا الشرط يشتمل على حكمة مكملة لحكمه السبب ومعناه بمعنى سبب يقتضى حكماً .

ب. الشرط المنافى لمقصد الشارع :

ضد الشرط الأول ، فهو مضاد لقصد الشارع ، وحكمته ، وإن كان ملائماً لمقصد

المكلف ، لعدم النفقة في النكاح فهو شرط لا إشكال في إبطاله مناف لحكمه السبب .

ج. الشرط المرسل :

فهو شرط لا تظهر فيه ملاءمة ولا المشروط منافاة والقاعدة التي تحكم هذا الشرط قد قررها الإمام الشاطبي هو التفريق بين العبادات والمعاملات ، كما قررها الباحث أيضاً من قبل في هذا البحث وعليه الأصل في العبادات والتعبد دون الإلتفات الى المعانى أى التعليل ، والأصل فيها أن لا يقدم عليها إلا بإذن ، إذ لا مجال للعقول في إختراع التعبادات ، فكذلك ما يتعلق بها من الشروط .

(1) الفقه المقاصدى ، ص 158 .

أما المعاملات أو العاديات كما يسميها الإمام الشاطبي يكتفى فيها بالإلتفات الى المعانى والأصل فيها الإذن حتى يدل الدليل على خلافه ، بمعنى أن هذا الشرط يخضع لفكرة التعليل الشرعى أو التعليل المصلحى .

ثالثاً : الموانع وعلاقتها بالمقاصد الشرعية :

تعريف المانع إصطلاحاً هو وصف قرره الشارع الحكيم فى حالة وجوده عدم حكم أو سبب، مع عدم لزوم وجود الحكم أو عدمه فى حالة عدم هذا الوصف (1) .

تنقسم الموانع من وجهة النظر المقاصدية الى قسمين :

1. القسم الأول : علاقة الموانع بمقاصد الشارع .

هذه الموانع علاقتها بمقاصد الشارع ولا بمقاصد المكلف والموانع التى لا يقصدها الشارع على نوعين :

(أ) النوع الأول : ما يدخل تحت خطاب التكليف .

مثلاً الدين مانع من إخراج الزكاة ، والحيض والنفاس مانعان من الصلاة .

(ب) النوع الثانى : ما يدخل تحت خطاب الوضع :

كإختلاف الدين مانع فى الميراث ، والقتل كذلك .

2. القسم الثانى : علاقة الموانع بمقاصد المكلف :

هذا النوع من الموانع له علاقة وارتباط بمقصد المكلف حيث أن العمل يكون صحيحاً أو فاسداً على مقصد المكلف فى ذلك المانع سواء كان تكليفاً أو وضعاً ، وأحياناً يقصد المكلف إسقاط حكم السبب لى لا يترتب عليه آثارة ، وهو ضرب من التحايل والتلاعب بالأسماء والمسميات وتحويل الموانع بإسقاطها وذلك غير صحيح كإتخاذ اليهود من الشحوم المحرمة عليهم أصناً بعد تحريرها وبيعها وأكل أثمانها .

رابعاً : الصحة والبطلان وعلاقتها بالمقاصد الشرعية .

الصحة إصطلاحاً عبارة عن كون العقل مسقطاً للقضاء خاصة فى العبادات ، أما فى المعاملات كون إثبات العقل تترتب عليه اثره المطلوب منه شرعاً .

البطلان هو الذى لا يكون صحيحاً باصله ولا يعتد به ولا يفيد شيئاً .

عندما يقال فى العبادات أنها صحيحة بمعنى مجزئة أى الإثبات بركانها ومشروطها ، فلا يكلف المكلف بإعادتها .

(1) أصول الأحكام الشرعية . ص 156 .

أما المعاملات أيضاً يتحقق صحتها بإكتمال الأركان والشروط فتنتج آثارها المحصلة شرعاً كالوطء فى النكاح والإستتفاع بالأملك فى البيوع . فالصحة تعنى ترتب الأحكام الشرعية فى هذه الحياة الدنيا ، والصحة فى كل من العبادات والمعاملات مبنية على موافقة قصد المكلف مقصد الشارع فى التشريع ، ولهذا إستحق الصحة والأجزاء بخلاف وجود الخلل بقصد المكلف بمخالفة لمقصد الشارع ، فقد يترتب حكماً آخر غير الصحة وهو البطلان (1).

للبطلان معانى منها :

1. **المعنى الأول** : عدم ترتب آثار العمل عليه فى الدنيا .:

هنا نفرق بين العبادات والمعاملات كالاتى :

أ. **العبادات** .

أنها غير مجزية أو باطلة ولذلك لمخالفتها لمقصد الشارع أو لوجود خلل فى العبادات نفسها فى نقص فى شروطها أو أركانها لوجود وصف خارجى منفك عن حقيقتها .

ب. أما المعاملات :

تكون باطلة بمعنى عدم حصول فوائدها المطلوبة شرعاً كحصوله الأملك والبطلان ويرجع لا اعتبارين :

(1) **الاعتبار الأول** : من حيث مخالفته لمقتضى الخطاب الشرعى ، بأنها غير مشروعة وباطلة دون أن تحقق مصالح.

(2) **الإعتبار الثانى** : من حيث رجوعها الى مصالح العباد .

فتكون العمل باطلاً إذا لم يمكن تداركه ، كإختلال فى أركان العقد ، فإذا كان العمل مبنى على مدى موافقة مقصد الشارع أو مخالفته ترتب على ذلك إما مصالح معتبرة شرعاً أو مفسد .

2. **المعنى الثانى** : عدم ترتب آثار العمل فى الآخرة .

فتكون العبادة باطلة بأن لا يترتب عليها جزاء أو ثواب لعدم مطابقتها بمقتضى الشارع ، وقد يترتب عليها عقاب .

أما المعاملات رغم عدم تحصل فوائدها بها شرعاً ، فى الدنيا كالعقود المفسوخة أو المخالفات التى ترتب عليها جزاءات فى هذه الدنيا ، ولكن إذا نظرنا الى الأصل العام

(1) الفقه المقاصدى ، ص 162.

أو المفهوم العام للعبادة التي تشمل جميع أعمال الإنسان ، قد ترتب عليها جزاء أخرى من جهة عدم الإمتثال والطاعة لأمر وقصد الشارع .  
وعليه فإن للمعاملات تقسيمات مبينة على معنى الثانى لبطلان من حيث مقصد المكلف كما يلي :

أ. الفعل من غير قصد : كفعل الغافل والنائم فمحكمه لا ثواب له ولا عقاب .  
ب. الفعل على القصد لنيل غرضه مجرداً : لو تعلق به خطاب التكليف فى ثواب ولا عقاب لعدم وجود النية .

ج. الفعلى مع إستشعار الموافقة اضطراراً :  
أيضاً لا ثواب ولا عقاب رغم صحته ومسقط للقضاء مبرئه للذمة مثل من إمتنع عن أداء الزكاة وأخذت منه كرهاً .

د. الفعل مع إستشعار الموافقة إختياراً :  
هذا يرتب الأجر والثواب فى الأوامر والنواهى لقصد المكلف الى الفعل إختياراً . وهو الأصل الذى ينبغى التمسك به .

سادساً : العزائم والرخص وعلاقتها بمقاصد الشريعة :  
العزيمة تعنى الإرادة المؤكدة . أما الرخصة فهى اليسر والسهولة ، وشرعاً قبل ما بنى أذاراً العباد عليه أما العزيمة شرعاً إسم لما هو اصل المشروعات غير متعلق بالعوارض .

أ. علاقة مقاصد الشارع بمقصد . المكلف طلب الرخصة .  
يقرر الإمام الشاطبي أن قصد الشارع فى خروج المكلف من المشقة وطلبه للرخصة هو تجرى الرخصة الشرعية على المسلك المأذون فيه شرعاً ولو لا وقع المكلف فى محظورين هما : .

(1) مخالفته لمقصد الشارع .

(2) سد أبواب التيسير عليه .

ب. علاقة المقاصد بأسباب الرخص :

أسباب الرخص ليست مقصودة التحصيل للشارع ، ولا مقصودة الرفع ، وحقيقة هذه الرخص أنها موانع لترتب أحكام العزائم مطلقاً وليس مقصودة للحصول ، وأسبابها كأسباب التى ذكرت فى الموانع .

ج. مراتب العزيمة والرخصة بالنسبة لمقاصد الشارع (1) .  
يؤكد الإمام الشاطبي أن العزيمة من حيث كانت كلية هي مقصودة الشارع والحرج من حيث جزئي عارض لتلك الكلية ، وأن قصده الشارع بالرخصة فمن جهة القصد فهو رخصة ومعنى هذا أن العزيمة مقصودة للشارع ابتداء ، بخلاف الرخصة فتأتي إستثناء كعارض أو مانع.

---

(1) الإمام الشاطبي ، ص 314 .

## الفصل الثاني

### آثار مقاصد الشريعة الإسلامية على الحكم الشرعى

لقد تبين فى المبحث السابق علاقة مقاصد الشريعة على الحكم الشرعى وقد إتضحت هذه العلاقة فى مظاهر الحكم الشرعى أو أقسامه من حيث الحكم التكليفى الذى الذى يمثل القاعدة الدينية والحكم الوضعى الذى يمثل القاعدة القانونية .

وقد سبق أن أوضح الباحث أن مفهوم القاعدة الدينية شامل يتضمن حسب الدعوة الإسلامية كل عناصر ومضمون الدعوة الإسلامية بمعنى العقيدة والتشريعات الأخلاقية والفقهية إذا كانت عبادات أو معاملات ثم الإيمان باليوم الآخر .

وعليه فإن المقصد العام من التشريع الإسلامى مرتبط بالقاعدة الدينية سوا كانت منظمة للأخلاق أو قاعدة أخلاقية أو قاعدة قانونية ، فهناك تكاملاً أصولياً فى إطار الحكم الشرعى. فالمقاصد الشرعية جاءت لتحصيل القاعدة الدينية والأخلاقية والقانونية وتحقيقها فى حياة المكلف. فإذا نظرنا الى مبايعة العقبة التى تمت وجدناها شاملة لهذا التصور الإسلامى لأعمال المكلفين ، ثم جاءت الآيات القرآنية مؤكدة على هذا المنهج المستقيم ، فإن المقاصد الكلية جاءت محافظة على هذه التشريعات فى نصوص شرعية على أنها صيغ وأساليب وألفاظ وعلى أساسها يتعامل المكلف بقدر بما يتضمن النص من مقاصد ومعانى ، بحيث يوجهه المضمون الدلالى توجيهها عملياً قائم على قيم أخلاقية ودينية ومعاملاتية فى حياة الإنسان كما أن الأحكام الشرعية فى أساسها منوطة بتحقيق المصالح فى العاجل والآجل .

وعليه هنالك بعد دينى وأخلاقى وقانونى للمقاصد الشرعية فى مقاصد المكلف ومقصود للشارع الحكيم فى التكليف يترتب على ذلك آثار هذه المقاصد على الحكم الشرعى سواء فى أصول العبادات أو أصول المعاملات وهذا ما يدعو الباحث لتناول هذه الآثار فى مبحثين هما:

**المبحث الأول :** أصول العبادات راجعة الى حفظ الدين.

**المبحث الثانى :** أصول المعاملات أو العادات راجعة الى حفظ النفس و العقل والنسل والمال.

## المبحث الأول

### أصول العبادات ترجع الى حفظ الدين

لقد تقرر في الفصل السابق أن هنالك علاقة وطيدة بين مقاصد الشرعية والحكم الشرعى ، وقد تميزت القاعدة الدينية التي هي شطر الحكم الشرعى عن القاعدة القانونية الشطر الآخر لذات الحكم على ضوء هذه المقاصد ، وعليه قد ترتب على هذه المقاصد آثار على هذا التمييز تمثل في أن أصول العبادات ترجع الى حفظ الدين هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى أن أصول المعاملات ، أو كما يسميها الإمام الشاطبي العادات ترجع الى حفظ النفس والعقل والنسل والمال .

أما فيما يتعلق بأصول العبادات يسرده الباحث في هذا المبحث رغم أن جوهر بحثها هو موضوع فقه العبادات ، ولكي يتسنى إيضاح آثار المقاصد على هذه الأصول ، فكان لابد من معرفة النصوص الشرعية التي وردت بها أصول العبادات ، وماهية العبادة نفسها ، ثم بيان هذه الأصول التي بنيت عليها أفعال المكلف على النحو التالي :

أولاً : النصوص الشرعية لأصول العبادات .

يقول الله سبحانه وتعالى ( يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا جَاءَكَ الْمُؤْمِنَاتُ يُبَايِعْنَكَ عَلَى أَنْ لَا يُشْرِكْنَ بِاللَّهِ شَيْئًا وَلَا يَسْرِقْنَ وَلَا يَزْنِينَ وَلَا يَقْتُلْنَ أَوْلَادَهُنَّ وَلَا يَأْتِينَ بِهَتَّانٍ يُفْسِرْتَهُ بَيْنَ أَيْدِيهِنَّ وَأَمْرُجُلِهِنَّ وَلَا يَعْنِيَنَّ فِي مَعْرُوفٍ فَبَايِعْنَهُنَّ وَأَسْتَغْفِرْ لَهُنَّ اللَّهُ إِنْ اللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ ) (1) صدق الله العظيم

عن أمير المؤمنين أبي حفصة عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ( إنما الأعطى بالنيات وإنما لكل أمرى مانوى فمن كانت هجرته الى الله ورسوله فهجرته الى الله ورسوله ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته الى ما هاجر إليه ) (2) صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم .

عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال بينما نحن جلوس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم إذ طلع علينا رجل شديد بياض الثياب شديد سواد الشعر لا يرى عليه أثر السفر ولا يعرفه منا أحد حتى جلس الى النبي صلى الله عليه وسلم وأسند ركبته الى ركبته ووضع كفيه على فخذيه وقال يا محمد أخبرنى عن الإسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم

(1) سورة الممتحنة ، الآية 12 .

(2) رواه البخارى والترمذى والنسائى وأبراز .

الإسلام أن تشهد أن لا إله إلا الله وأن محمد رسول الله صلي الله عليه وسلم وتقيم الصلاة وتؤتي الزكاة وتصوم رمضان وتحج البيت إن إستطعت إليه سبيلا قال صدقت فعجبنا له يسأله ويصدقه ، قال فأخبرني عن الإيمان ، قال أن تؤمن بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر وتؤمن بالقدر خيره وشره ، قال صدقت قال فأخبرني عن الإحسان قال أن تعبد الله كأنك تراه فإن لم تكن تراه فإنه يراك . قال فأخبرني عن الساعة قال ما المسؤول عنها بأعلم من السائل قال فأخبرني عن إيااتها قال أن تلد الأمة ربتها وأن ترى الحفاة العراة العالة رعاء الشاء يتطاولون في البنيان . ثم إنطلق فلبث مليا ثم قال يا عمر أتدرى من السائل قلت الله ورسوله أعلم . قال فإنه جبريل أتاكم يعلمكم دينكم (1)

عن أبي عبد الرحمن عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما قال سمعت رسول الله صلي الله عليه وسلم يقول بنى الإسلام على خمس شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمد رسول الله وأقام الصلاة وإيتاء الزكاة وصوم رمضان وحج البيت. (2) .

هذه النصوص هي مدار أصول الأحكام الشرعية لكل العبادات التي تمثل في جوهرها حقيقة الدين الإسلامي وقد تناولها الفقه بالشرح والتفسير وبيان أحكامها حتى الجزئيات بطريقة تفصيلية تصدرت أغلب مقدمات ابواب الفقه ، بحيث إقامة هذه الأصول ضرورة دينية لكل مسلم ومسلمة ومؤمن ومؤمنة إرتبط بعقيدة الإسلام وميثاقه وعليه لم يبحث الباحث هذه الأصول بالتفصيل ولكن يهيم المفاهيم الشرعية لهذه الأصول بدأ بمعرفة ما هية العبادة ثم بيان هذه الأصول على العموم وأخيراً آثارها على أفعال المكلفين .

ثانيا : ماذا نقصد بالعبادة ؟

حقيقة الإجابة على هذا السؤال تقود الباحث لبيان مفهوم العبادة ولقد وجدت في أمهات الكتب شرح واضح لهذا المفهوم ولكن أعجبنى وهبط مقصدى الكلام القيم للتفسير القيم لابن القيم م عن العبادة وقد حرصت على نقله في هذا المبحث حتى تتضح الرؤية حول مفهوم العبادة التي إرتبطت بمقاصد الشرعية ، وألنقت حولها إتفاف السوار بالمعصم وفي هذا الشأن يقول العلامة فقيه الإسلام ابن القيم م ( وسر الخلق والأمر والكتب والشرائع والثواب والعقاب : إنتهى الى هاتين الكلمتين ، وعليها مدار العبودية والتوحيد . حتى قيل : أنزل الله مئة كتاب وأربعة كتب : جمع معانيها في التوراة والإنجيل والقرآن ، وجمع معاني هذه الكتب الثلاثة القرآن الكريم ،

(1) النسائي وابن خزيمة وابوبكر الحلال في السنة وأحمد في المسند وابن حبان ..

(2) حديث شريف ، رواه بخارى ومسلم .

وجمع معانى القرآن فى المفصل ، وجمع معانى المفصل فى الفاتحة، ومعانى الفاتحة فى ( إياك نعبد وإياك نستعين) .

وهما الكلمتان المقسومتان بين الرب وبين عبده نصفين : فنصفها له تعالى وهو ( إياك نعبد، ونصف لعبده وهو ( إياك نستعين ) (1).

**العبادة تجمع أصليين :** غاية الحب بغاية الذل والخضوع والعرب تقول طريق معبد أى مذل والتعبد التذليل والخضوع ، فمن أحببته ولم تكن خاضعاً له ، لم تكن عابداً له ، ومن خضعت له بلا محبة ، ولم تكن عابداً له ، حتى تكون محباً خاضعاً ومن ههنا كان المنكرون محبة العباد لربهم منكرين حقيقة العبودية ، والمنكرون لكونه محبوب لهم بل هو غاية مطلوبهم ووجهه الأعلى نهاية بغيتهم منكرين لكونه إلهاً ، وإن أقرؤا بكونه ربا للعالمين وخالفهم ، فهذا غاية توحيدهم وهو توحيد الربوبية ، الذى إعترف به مشركوا العرب ، ولم يخرجوا به من الشرك ، كما قال تعالى (وَلَنْ سَأَلْتَهُمْ مَنْ خَلَقَهُمْ لَيَقُولُنَّ اللَّهُ فَأَنَّى يُؤْفَكُونَ) (2) ، وقال تعالى (وَلَنْ سَأَلْتَهُمْ مَنْ خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ وَسَحَّرَ الشَّمْسَ وَالْقَمَرَ لَيَقُولُنَّ اللَّهُ فَأَنَّى يُؤْفَكُونَ) (3) (قُلْ لِمَنِ الْأَرْضُ وَمَنْ فِيهَا إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ \* سَيَقُولُونَ لِلَّهِ قُلْ أَفَلَا تَذَكَّرُونَ) (4). ولهذا يحتج عليهم به على توحيد إلهيته ، وإنه لا ينبغي أن يعبد غيره ، كما أن لاخالق غيره ولارب سواه .

والإستعانة : تجمع اصلين : الثقة بالله ، والإعتماد عليه فإن العبد قد يثق بالواحد من الناس ، ولا يعتمد عليه فى أموره ، مع ثقته به ، لاستغنائه عنه . وقد يعتمد عليه ، مع ثقته به لحاجته إليه ، ولعدم من يقوم مقامه . فيحتاج الى إعتماده عليه . مع أنه غير واثق به . والتوكل معنى يلتئم من أصليين : من الثقة ، والاعتماد وهو حقيقة (ياك نعبد وإياك نستعين) وهذان الأصلان هما التوكل والعبادة ، قد ذكرا فى القرآن فى عدة مواضع ، قرن بينهما ومنها قوله تعالى (وَمَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ) (5) ( وَلِلَّهِ غَيْبُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَإِلَيْهِ يُرْجَعُ الْأُمُورُ كُلُّهَا فاعْبُدْهُ وَتَوَكَّلْ عَلَيْهِ وَمَا رَبُّكَ بِغَافِلٍ عَمَّا تَعْمَلُونَ ) (6) (رَبَّنَا عَلَيْكَ تَوَكَّلْنَا وَإِلَيْكَ أَنَبْنَا وَإِلَيْكَ الْمَصِيرُ) (7)

(1) التفسير القيم لابن القيم ، ص 65 .

(2) سورة الزخرف ، الآية 87 .

(3) سورة العنكبوت ، الآية 61 .

(4) سورة المؤمنين ، الآيات 84 ، 85 .

(5) سورة هود ، الآية 88 .

(6) سورة هود ، الآية 123 .

(7) سورة الممتحنة الآية 4 .

(وَأذْكُرِ اسْمَ رَبِّكَ وَبِئْسَ إِلَهِ تَتَّبِعُونَ) (1) ( قل هو ربي لآله إلا هو ، عليه توكلت وإليه أنيب )

هذه سنة مواضع يجمع فيها بين الأصلين ، وهما (ياك نعبد وإياك نستعين) .

وتقديم العبادة على الإستعانة فى الفاتحة من باب تقديم الغايات على الوسائل إذ العبادة غاية العباد التى خلقوا لها ، والإستعانة وسيلة إليها ، ولأن ( إياك نعبد ) متعلق بلُهيته وإسمه ( الله ) ( وإياك نستعين ) متعلق بربوبيته وإسمه الرب .

فقدم ( إياك نعبد ) على ( إياك نستعين ) كما تقدم أسم الله على الرب فى أول السورة أى سورة الفاتحة ، ولأن ( إياك نعبد ) قسم الرب . فكان من الشطر الأول الذى هو ثناء على الله تعالى كونه أولى به ، وإياك نستعين ) قسم العبد ، فكان مع الشطر الذى له ، وهو ( أهدنا الصراط المستقيم ) الى آخر السورة (2).

ولأن العبادة المطلقة تتضمن الإستعانة ، ومن غير عكس فكل عابد لله عبودية تامة : مستعين به ، لا ينعكس ، لأن صاحب الأغراض والشهوات قد يتسعين به على شهواته .

فكانت العبادة أكمل وأتم . ولهذا كانت قسم الرب ، ولأن الإستعانة جزء من العبادة ، من غير عكس ولأن الإستعانة طلب منه ، والعبادة طلب له ، ولأن العبادة لا تكون إلا من مخلص ، والإستعانة تكون من مخلص ومن غير مخلص ، ولأن العبادة حقه الذى أوجبه عليك ، والإستعانة طلب العون على العبادة . وهو بيان صدقته التى تصدق بها عليك ، وأداء حقه أهم من التعرض لصدقته . ولأن العبادة شكر نعمته عليك ، والله يجب أن يشكر ، والإعانة فعله بك وتوفيقه لك . فإذا لُزمت عبوديته ، ودخلت تحت رقها أعانك عليها ، فكان إلتزامها والدخول تحت رقها سببا لنيل الإعانة ولما كان العبد أتم عبودية كانت الإعانة من الله له أعظم .

والعبودية محفوفة بإعانتين : إعانة قبلها على إلتزامها والقيام بها وإعانة بعدها على عبودية أخرى ، وهكذا ابداً ، حتى يقضى العبد نحبه ، ولأن ( إياك نعبد ) له . و(إياك نستعين) به ، وما له مقدم على ما به . لأن ما له متعلق بمحبته ورضاه وما به متعلق بمشيئته ، وما تعلق بمشيئته ، والملائكة والشياطين والمؤمنين والكافرين والطاعة والمعاصي .

والمتعلق بمحبته طاعتهم وإيمانهم . فالكفار أهل مشيئته والمؤمنون أهل محبته . ولهذا لا يستقر فى النار شئ لله أبداً ، وكل ما فيها فإنه به تعالى وبمشيئته .

(1) سورة المزمل ، الآية 8 .

(2) التفسير القيم لابن القيم ، ص 67 .

يرى الباحث أن أماننا الجليل قد ربط العبادة بالإيمان والطاعة والإخلاص ، بل قد ذهب شيخنا الى أكثر من ذلك حيث ذكر أن هذه الأسرار يبنى بها حكمة تقديم إياك نعبد على إياك نستعين . وأما تقديم المعبود والمستعان على الفعلين ففيه : أدبهم مع الله بتقديم إسمه على فعلهم وفيه الإهتمام وشدة العناية به ، وفيه الإيدان بالإختصاص المسمى بالحصر . فهو في قوة لانعبد إلا إياك ولا نستعين إلا بك . ومن هنا يرى الباحث الربط العميق بين مقتضيات الأحكام الشرعية حتى العبادات في أصلها أصل مختص بالإختصاص حيث أن العلاقة بين العبد والرب قائمة على هذا الإختصاص وهذه العلاقة ، وهنا عين ما قرره الإمام الشاطبي بأن الذمة تعنى الميثاق الذى أخذته الإنسانية عندما خاطبهم ربهم ألست بربكم قالوا بلى . وفى هذا معنى عميق ينبغى بل يجب على المكلف أن يعيه جيداً أن حياته كلها لله وبالله وعلى الله وفى هذا هذا يتجسم معنى العبودية والإخلاص فى أى عمل أو فعل للمكلف أن يراعى هذا الميثاق ومن هنا كانت القاعدة الدينية أو الحكم التكليفى أوسع وأشمل لأعمال المكلفين إذ أنهم لا يقدمون على فعل إلا كان عليهم من الله رقابة ، ومن هنا إرتبطت أيضاً القاعدة القانونية الخاضعة للقانون الأكمل بأن الإحسان والمعروف والنهى عن المنكر هى دعائم هذا القانون وهنا يؤكد لنا الإمام ابن القيم م ذات المعنى أن كل ذى نوق سليم يفهم هذا الإختصاص من سياق الآية إياك نعبد وإياك نستعين ، ولا عبرة بجدل من قل فهمه ، وفتح عليه باب الشك والتشكك ، فهؤلاء هم آفة العلوم ، ويليه الأذهان والفهوم ، مع أن فى ضمير إياك من الإشارة الى نفس الذات والحقيقة ما ليس فى الضمير المتصل ففى ( إياك قصدت ، وأجبت ) من الدلالة على معنى حقيقتك وذلك قصدى ما ليس فى قولك لا قصدتك ، وإياك أعنى فيه معنى نفسك وذاتك وحقيقتك أعنى . وأيضاً فى هذا إرتباط المقاصد الشرعية بالأحكام الشرعية . وقد نص صراحة ابن القيم م على هذا المعنى عندما قسم الناس فى الأصلين العبادة والإستعانة الى أربعة أقسام وهى :

1. أهل العبادة والإستقامة بالله عليها .
2. القسم الثانى : هم المعرضون عن عبادته والإستعانة به .
3. القسم الثالث : من له عبادة بلا إستقامة .
4. القسم الرابع : من شهد تقرد الله بالنفع والضرر ، ولم يدر مع ما يحبه ويرضاه ، فتوكل عليه وإستفاد به على حظوظه وشواته وأغراضه .

وعليه يقرر ابن القيمّ م فإنه لا يكون العبد متحققاً بإيّاك نعبد إلا بأصلين عظيمين هما :

1. متابعة الرسول صلي الله عليه وسلم .
2. الإخلاص للمعبود . فهذا تحقيق إيّاك نعبد وأيضاً هنا قسم الناس بحسب هذين الأصلين الى أربعة أقسام :

1/ القسم الأول : أصل الإخلاص للمعبود والمتابعة .

2/ القسم الثاني : من لا خلاص له ولا متابعة .

3/ القسم الثالث : من هو مخلص في أعماله ، ولكنها على غير متابعة الأمر .

4/ القسم الرابع : من أعماله على متابعة الأمر ، ولكنها لغير الله .

ويهم الباحث القسم الأول أهل الإخلاص للمعبود والمتابعة لأن هذا القسم يتفق مع المقصد العام للشريعة وأهله هم أهل إيّاك نعبد حقيقة فأعمالهم كلها لله ، وأقوالهم وعطاؤهم لله ، ومنعهم لله ، وحبهم لله وبغضهم لله . فمعاملتهم ظاهراً وباطناً لوجه الله وحده .

كما أنهم صنف يعمل على مرضاة الرب في كل وقت بما هو مقتضى ذلك الوقت ووظيفته ، وهم يتنقلون في منازل العبودية من منزلة الى أخرى .

أن سر العبودية وغايتها وحكمتها يعرفها من عرف صفات الرب عز وجل ، ولم يعطلها ، وعرف معنى الإلهية وحقيقتها ، ومعنى كونه إله ، بل هو الإله الحق ، وكل إله سواه فباطل ، بل أبطل الباطل ، وأن حقيقة الإلهية لا تتبغى إلا له ، وأن العبادة موجب إلهيته وأثرها ومقتضاها ، وإرتباطها بها كإرتباط متعلق الصفات بالصفات ، وكإرتباط المعلوم بالعلم ، والمقدور بالقدر ، والأصوات بالسمع ، والإحسان بالرحمة ، والعطاء بالجود (1).

فأصل العبادة محبة الله ، بل أفرادها بالمحبة ، وأن الحب كله لله وتتحقق المحبة بتحقيق إتباع أمر وإجتنب نهيه .

فعند إتباع الأمر وإجتنب النهي تبين حقيقة العبودية والمحبة . ولهذا جعل الله سبحانه وتعالى إتباع رسوله محمد صلي الله عليه وسلم علماً عليها ، وشاهداً عن أدها فقال تعالى (قُلْ إِنْ

كُنْتُمْ تُحِبُّونَ اللَّهَ فَاتَّبِعُونِي يُحْبِبْكُمُ اللَّهُ) (2).

وهناك أربعة أحكام أو قواعد أو مراتب جامعة لمفهوم العبودية وهي (3):

(1) التفسير القيم لابن القيم ، ص 88 .

(2) سورة آل عمران ، الآية 31.

(3) بتصرف من الباحث في أقوال ابن القيم ، ص 91 .

1. **قول القلب** : هو إعتقاد ما أخبر الله سبحانه به عن نفسه وعن أسمائه وصفاته وأفعاله وملائكته ولقائه على لسان رسله .
  2. **قول اللسان** :الأخبار عن الله ، والدعوة إليه ، والذب عنه ، وتبين بطلان البدع المخالفة له ، والقيام بذكره ، وتبليغ أوامره .
  3. **عمل القلب** : كالمحبة له ، والتوكل عليه ، والإنابة إليه ، والخوف منه والرضاء له وإِخْلاص الدين له ، والصبر على أوامره ، وعن نواهيه .
  4. **أعمال الجوارح** : كالصلاة والجهاد ، والسعى الى المساجد والإحسان الى الخلق .
- والله سبحانه وتعالى جعل العبودية وصف أكمل خلقه وأقربهم إليه ، فقال (لَنْ يَسْتَكْفِرَ الْمَسِيحُ أَنْ يَكُونَ عَبْدًا لِلَّهِ وَكَانَ الْمَلَائِكَةُ الْمُقَرَّبُونَ وَمَنْ يَسْتَكْفِرْ عَنْ عِبَادَتِهِ وَيَسْتَكْفِرْ فَيَسْخَرْهُمُ إِلَيْهِ جَمِيعًا) (1) .

فلا ينفك العبد من العبودية مادام في دار التكليف .

هذه الفكرة العامة عن العبودية ولقد فصل فيها أماننا العظيم ابن القيم ولمزيد من ذلك يمكن الإطلاع على مؤلفه المذكور في متن هذا البحث .

ثالثاً : بيان أصول العبادات :

من حديث أبو عبيدة عبد الله بن عمر بن الخطاب رضى الله عنه في صدر هذا المبحث من ضمن النصوص الشرعية فقد إشتمل على أصول هذه العبادات وهى بعد أن تشهد ونؤمن بالله ورسوله أن تقيم الصلاة وتؤتى الزكاة وتصوم رمضان وتحج البيت إذا إستطعت الى ذلك سبيلا . وعليه يتم بحث هذه الأصول من حيث حقيقتها وأركانها وشروطها على النحو الآتى :

(1) سورة النساء ، الآية 172 .

## 1. الشهادة :

هى شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم وحقيقة ذلك هو الإيمان بالله عز وجل إثباته والاعتراف بوجوده ، والإيمان له وهو القبول عنه والطاعة له بالنبي صلى الله عليه وسلم بمعنى إتباعه وموافقته والطاعة له .

ثم أن التصديق الذى هو معنى الإيمان بالله وبرسوله ينقسم الى :

- أ. ما يختفى ويتكتم وهو الواقع منه القلب وسمى إعتقاداً .
- ب. ما يخفى ويظهر وهو الواقع باللسان ويسمى قرار وشهادة وكذلك الإيمان لله لرسوله ينقسم الى جلى وخفى .:

- أ. **الخفى منه** : هو النيات والعزائم التى لا تجوز العبادات إلا بها وإعتقاد الواجب واجباً ، والمباح مباحاً والرخصة رخصة والمحذور محذور والعبادة عبادة والحد حد .
- ب. **الجلى** . ما يقام بالجوارح إقامة ظاهرة ومنه الطهارة الإيمان والصلاة والزكاة والصيام والحج والعمرة والجهاد فى سبيل الله (1) .

كل ذلك إيمان وإسلام ، فطاعة لله عز وجل ولرسوله (ص) إلا أنه إيمان الله بمعنى أن عبادة له ، وإيمان للرسول بمعنى أنه قبول عنه دون عبادة له ، إذ العبادة لا تجوز من أحد إلا لله عز وجل .

## 2. إقامة الصلاة .

الصلاة عبادة تتضمن أقوالاً وأفعالاً مخصوصة ، مفتتحة بتكبير الله تعالى مختتمة بالتسليم (2) .

إقامتها المحافظة عليها فى أوقاتها مع إستيفاء شروطها وأركانها . فالشرط فى الشريعة هو ما يتوقف عليه وجود الشئ ، وكان خارجاً عن حقيقته أو ماهيته ، أما الركن هو ما يتوقف عليه وجود الشئ ، وكان جزءاً ذاتياً تتركب منه الحقيقة أو الماهية (3) .

## أ. **شروط وجوب الصلاة** :

(1) الإسلام .

(2) البلوغ .

(1) أبى هاجر محمد السعيد ، شعب الإيمان للإمام البيهقي ، تحقيق ط1990 ، ج1 دار الكتب العلمية ، بيروت ، ص 32.

(2) فقه السنة للشيخ سيد شايب ج ، ص67 ، دار الفكر ط1998م.

(3) الفقه الإسلامى وأدلته ، أ.د. وهبة الزحيلي ، دار الفكر ط/2005 م ، ص722.

(3) العقل .

ب. شروط صحة الصلاة :

- (1) معرفة دخول الوقت .
- (2) الطهارة عن الحدثين .
- (3) الطهارة عن الخبث .
- (4) ستر العورة .
- (5) إستقبال القبلة .
- (6) النية .
- (7) الترتيب فى أداء الصلاة .
- (8) موالاته أفعال الصلاة .
- (9) ترك الكلام الأجنبى عن الصلاة .
- (10) ترك الفعل الكثير من غير جنس الصلاة .
- (11) ترك الأكل والشرب .

ج. أركان الصلاة (1):

- (1) تكبيرة الإحرام .
- (2) القيام .
- (3) القراءة للقادر عليها .
- (4) الركوع .
- (5) الرفع من الركوع و الإعتدال .
- (6) السجود مرتين لكل ركعة .
- (7) الجلوس بين السجدين .
- (8) القعود الأخير مقدار التشهد .
- (9) السلام .
- (10) الطمأنينة فى أفعال معينة
- (11) ترتيب الأركان .

---

(<sup>1</sup>) المرجع السابق ، ص 7159 ، ج 2 .

### 3. الصيام .

هو الإمساك نهاراً عن المفطرات بنية من أهله من طلوع الفجر الى غروب الشمس أى أن الصوم إمتناع فعلى عن شهوتى البطن والفرج ، وعن كل شئ حسي يدخل الجوف من دواء وغيره فى زمن معين : هو طلوع الفجر الثانى أى الصادق الى غروب الشمس ، من شخص معين أهل له ، وهو المسلم العاقل غير الحائض والنفساء بنية وهى عز القلب على إيجاد الفعل جزماً بدون تردد لتميز العبادة عن الارادة .

#### أ. أركان الصيام :

(1) الإمساك عن شهوتى البطن والفرج أو الإمساك عنة المفطرات .

(2) النية .

#### ب شروط وجوب الصوم .

(1) الإسلام .

(2) البلوغ .

(3) العقل .

#### ج. شروط صحة الصوم

(1) النية .

(2) الإسلام .

(3) الطهارة من الحيض والنفاس .

(4) العقل .

(5) وزادت بعض المذاهب الزمان القابل للصوم فلا يصح فى يوم العيد .

### 4. الزكاة .

تعريفها هى حق يجب فى المال

عرفها المالكية بأنها إخراج جزء مخصوص من مال بلغ نصاباً لمستحقه ، أن تم الملك ، وحول فى غير معدة وحرث وركاز .

عرفها الحنفية بأنها تمليك جزء من مال مخصوص لشخص مخصوص ، عينه الشارع لوجه الله تعالى فقولهم تمليك إحتراز به عن الإباحة فلو أطمع يتيماً ناوياً الزكاة لا يجزيه ، إلا إذا دفع إليه المطعوم ، كما لو كساه ، ولكن بشرط أن يعقل القبض ، إلا إذا حكم عليه بنفقة الأيتام . وقولهم جزء مال خرج المنفعة ، فلو أسكن فقيراً دارة سنة ، ناوياً الزكاة ، لا يجزيه والجزء

المخصوص : هو المقدر الواجب دفعه ، والمال المخصوص : هو النصاب المقدر شرعاً ، والشخص المخصوص هو مستحقو الزكاة . وقولهم عينه الشارع هو ربع عشر نصاب معين مضى عليه الحول ، فأخرج صدقة النافلة والفقرة . وقولهم الله تعالى أى بقصد مرضاة الله تعالى عرفها الشافعية بأنها لما يخرج عن مال ودين على وجه مخصوص (1).

وعرفها الحنابلة هو أنها حق واجب فى مال مخصوص لطائفة مخصوصة فى وقت مخصوص والطائفة هم الأصناف الثمانية المشار إليهم بقوله تعالى (تَمَّا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَأَبْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلَيْهِ حَكِيمٌ) (2)

#### أ. سبب الزكاة .

ملك مقدار النصاب النامى ولو تقديراً بالقدر على الإستتماء بشرط حولان الحول القمري لا الشمسي وبشرط عدم الدين الذى له مطالب من جهة العباد ، وكونه زائداً عن حاجته الأصلية.

#### ب. شروط وجوب الزكاة .

- (1) الحرية .
- (2) الإسلام .
- (3) البلوغ والعقل .
- (4) كون المال مما تجب فيه الزكاة .
- (5) كون المال نصاباً مقدراً بقيمة نصاب .
- (6) الملك التام للمال .
- (7) مضى عام أو حولان حول قمري على ملك النصاب .
- (8) عدم الدين .
- (9) الزيادة عن الحاجات الأصلية .

#### ج. شروط صحة أداء الزكاة .

- (1) النية .
- (2) التملك .

(1) المرجع السابق ، ج3 ، ص 1789.

(2) سورة التوبة ، الآية 60.

## 5. الحج .

هو قصد الكعبة لأداء أفعال مخصوصة ، وزيارة مكان مخصوص فى زمن مخصوص بفعل مخصوص .

### أ. شروط الحج .

- (1) الإسلام .
- (2) التكليف أى البلوغ والعقل .
- (3) الحرية .
- (4) الإستطاعة البدنية والمالية والأمنية .

وهنالك شروط خاصة بالنساء هى :

- (أ) أن يكون معها زوجها أو محرم لها .
- (ب) ألا تكون معتدة عنه طلاق أو وفاة .

### ب. أركان الحج .

- (1) الإحرام هو النية المقترنة بقول أو فعل متعلق بالحج .
- (2) السعى بين الصفا والمروة سبعة أشواط .
- (3) الحضور بعرفة ليلة النحر .
- (4) طواف الإفاضة سبعة أشواط بالبيت .

عليه أن هذه الأصول التى هى أعمال المكلفين بموجب ما أراده الشارع إذ لا يعبد الله إلا بما شرع فإن آثار المقاصد الشرعية قد إرتبطت بهذه العبادات من حيث تكليف العباد بما شرع الله من شرائع مقصودة فى ذاتها ووفق إتباع السنة المطهرة التى فصلت مجملها وقد أشار الرسول الى ذلك بأخذ المناسك عنه . كما أن صحة هذه العبادات مرتبطة بأحكامها الشرعية وذلك الإلتزام بالأركان والشروط التى قامت عليها هذه الأصول وإلا ترتب عليها البطلان أو الفساد ولهذا فإن إقامة هذه الأركان أو الأصول محافظة على الدين . فإن أصول العبادة ترجع الى حفظ الدين وتنظيم علاقة الإنسان بربه . فشرعت هذه العبادات من أجل تطهير النفس البشرية وتركبتها وإبعادها عن المنكرات ، وتسعى الى تخريج الفرد الصالح فى المجتمع . وفى الحديث ( جبريل عن الإسلام )

قد إرتبطت هذه العبادات أو الأصول بحقيقة الإيمان والإحسان حيث أن الأخير يعنى الإخلاص ويجوز أن يراد به إتقان العمل من قولهم أحسن فى كذا إذا أتقنه وأجاد فعله وقول

النبي (ص) أن تعبد الله كأنك تراه ) أى إن يطيعه وأنت مخلص له فى العبادة خاضع ذليل خاشع كأنك تعابنه ( فإن لم تكن تراه فإنه يراك ) أى فإن لم يكن فى عبادته كأنك تراه بأن غفلت من تلك المشاهدة فلنتمر على إحسان العبادة وأستحضر إنك بين يدي الله تعالى وإنه مطلع على شرك وعلايتك ليحصل لك أصل الكمال وقد ذكر العلماء أن للعبد فى عبادته ثلاثة مقامات ، الأول : أن يفعلها على الوجه الذى يسقط معه الطلب بأن تكون مستوفية للشروط والأركان .

الثانى . أن يفعلها كذلك وقد إستغرق فى بحر المكاشفة حتى كأنه يرى الله تعالى وهذا مقام أن الله سبحانه وتعالى يشاهده .

الثالث . أن يفعلها كذلك وقد غلب عليه أن الله سبحانه وتعالى يشاهده وهذا مقام المراقبة . وكل هذه المقامات الثلاثة إحسان إلا أن الإحسان المشروط فى صحة العبادة إنما هو المقام الأول ، وأما الإحسان بالمعنيين الأخيرين فهو من صفة الخواص ومتعذر من كثيرين ، وقال بعضهم من راقب الله فى خواطره عصمة الله فى جوارحه (1).

وعليه قدر الإسلام ما للتدين من أهمية فى حياة الإنسان حيث يلبي النزعة الإنسانية الى عبادة الله ، ولما يمد به الإنسان من وجدان وضمير ، ولما يقوي فى نفسه من عناصر الخير والفضيلة وما يفيض على حياته من سعادة وطمأنينة .

حيث غرسها فى النفوس وقامت بها ، أيضاً من وسائل حفظ الدين كفالة حرية العقيدة والتدين وتشريع الجهاد تمكيناً للدين لدرء العدوان وحماية الاعتقاد والإلتزام بتعاليم الدين وتطبيقها ، وتشريع عقوبة الردة ، والمحافظة على الضروريات والحاجيات أو التحسينات .

نخلص الى أن أصول العبادات راجعة الى حفظ الدين من جانب الوجود كالإيمان والنطق بالشهادة ، و الصلاة ، والزكاة ، والصيام ، والحج الجامع لذلك حديث الرسول عندما سأله جبريل عن الإسلام والإيمان والإحسان ، أما الأخير أى الإحسان فقد دلت عليه آيات وأحاديث على إخلاص الأعمال لله وعلى أن ما لم يخلص لله فيها فلا يقبله كقوله تعالى (وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا

اللَّهُ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ حُنَفَاءَ وَيُقِيمُوا الصَّلَاةَ وَيُؤْتُوا الزَّكَاةَ وَذَلِكَ دِينُ الْقِيَمَةِ) (2) وقوله تعالى (فَمَنْ كَانَ يَرْجُوا لِقَاءَ رَبِّهِ فَلْيَعْمَلْ عَمَلًا صَالِحًا وَلَا يُشْرِكْ بِعِبَادَةِ رَبِّهِ أَحَدًا) (3)

(1) شرع الجردانى على الأربعين حديث النووية جمعه محمى بن عبد الله الخردانى الدنيا ؟؟؟؟ دار الجبل ، بيروت ط أولى 688 هـ - ص38.

(2) سورة البينة ، الآية 5 .

(3) سورة الكهف ، الآية 110 .

والحديث (أنا أغنى الشركاء عن الشرك) (1) (فمن كانت هجرته الى الله ورسوله فهجرته الى الله ورسوله ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته الى ما هاجر إليه).  
أما العادات راجعة الى حفظ النفس والعقل من جانب الوجود ويعقل الأمور حتى يتسنى له التعايش ، والمعاملات راجعة الى حفظ النسل والمال من جانب الوجود والعين هذه من الناحية البيولوجية ، بحيث يحفظ أيضاً الإنسان نسله عن دخوله فى علاقاته الإجتماعية والمال فى تنظيم شئونه أيضاً ويدخل كذا حفظ النفس والعقل فى المعاملات بإعتبارها تمثل النظام والتنظيم الإجتماعى والقانونى وجمعها الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وترجع الى حفظ الجميع من جانب عدم والمجموع ممثل للضروريات الخمسة المعروفة . الى جانب الحاجيات والتحسينات .

وعليه فإن المفهوم الشامل للعبادة يتضمن هذين النوعين من العبادة أعنى أن العبادات المحضة المتقرب بها الى الله سبحانه وتعالى بالأصالة ، وذلك بالإيمان وتوابعه من قواعد الإسلام وسائر العبادات .

الثانى العادات كما يسميها الإمام الشاطبي وهى المعاملات الجارية بين العباد التى فى إلتزامها المصالح بإطلاق ، وفى مخالفتها نشر المفساد بإطلاق وهذا هو المشروع لمصالح العباد ودرء المفساد عنهم وهذا هو القسم الدنيوى المعقول المعنى كما يسميه الباحث النظام القانونى الذى يمثل الشريعة . فالعبادات المحضة هى حق الله الخالص من العباد فى هذه الحياة الدنيا ، أما المعاملات فهى النظام القانونى وهو ما يدعو الباحث لتناولها فى المبحث الأخير من الناحية المقاصدية حيث أنها ترجع لحفظ النفس والعقل والنسل والمال .

## المبحث الثانى

### أصول العادات والمعاملات راجعة الى

(1) حديث شريف .

## حفظ النفس والعقل والنسل والمال

بعد أن فرد الإسلام مبدأ السلام ، وجعل العلاقة بين الناس علاقة أمن وسلام إحترم الإنسان وكرمه من حيث هو إنسان ، بصرف النظر عن جنسه ، ولونه ، ودينه ، ولغته ، ووطنه ، وقوميته ، ومركزه الإجتماعى ، يقول الله سبحانه وتعالى (وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَمَرْفَعَتَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا) (1) ومن مظاهر هذا التكريم أن الله سبحانه قد خلق الإنسان بيده ونفخ فيه من روحه ، وأسجد له ملائكته ، وسخر له ما فى السموك وما فى الأرض جميعاً معه ، وجعله نسباً وصهراً وسيداً على هذا الكون الأرض ، واستخلفه فيه ليقوم بعمله وإصلاحه .ومن أجل أن يكون هذا التكريم حقيقة واقعة ، وأسلوباً فى الحياة كفل الإسلام جميع حقوق الإنسان ، وأوجب حمايتها وصيانتها ، سواء كانت حقوقاً دينية أو مدنية ، أو سياسية ، أو فكرية . فلا يحل الإعتداء عليها إلا بحق ، إذا أفسد الإنسان إستوجب ذلك بقول سبحانه وتعالى (مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا) (2)

ترتب على هذا التكريم أن قرر الإسلام للإنسان حقوقاً وواجبات ، ومن هذه الحقوق حقوقاً إرتبنت بالكليات الخمسة على أثر التكليف الشرعية ، فإذا كانت العبادات راجعة كأصول الى حفظ الدين ، فإن المعاملات ترجع لحفظ بقية الأصول من حيث الوجود ، ومن جانب العدم وهى تتمثل فى النفس والعقل ، والنسل ، والمال وعليه نتناول فى هذا المبحث هذه الأصول بشئ من التفصيل على النحو الآتى :

أولاً : حفظ النفس .

حق النفس حق مقدس فى نظر الشريعة الإسلامية ، فقد خلق الله سبحانه وتعالى الإنسان وألبسه ثوب الكرامة وفضله على كثير من الخلق بالعقل ، والعلم ، والبيان ، والنطق ، والشكل والصورة الحسنة ، والهيئة الشريفة ، والقامة المعتدلة ، وشمله بالرعاية والعناية وهو نطفة فى رحم أمه ، بل فى جميع أطواره الى أن صار خلقاً آخر فتبارك الله رب العالمين .

**النفس لغة :** نفس الشئ أى وجوده وهى ذات الشئ وعينه إذا أضيفت الى الإنسان ، أى النفس الإنسانية ، وذكر فى معجم القاموس المحيط معانى للنفس هى (3) :

(1) سورة الإسراء ، الآية 70 .

(2) سورة المائدة ، الآية 32 .

(3) معجم القاموس المحيط

أ. النفس : الروح يقال خرجت نفسه .

ب. النفس : الدم يقال ساكت نفسه .

ج. النفس : الشئ عينه يقال ز أيت فلانا نفسه .

وقد وردت كلمة النفس فى القرآن الكريم فى 63 سورة وتكررت كلمة النفس فى 258 آية وأكثرها فى سورة البقرة فى 29 آية فيها .

وقد ذكر القرآن قتل النفس هو قتل الإنسان بقوله تعالى (قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا) (1).

لقد شغلت مسألة النفس تفكير الإنسانية منذ عصورها الأولى ، فنجد آراء الفلاسفة كسقراط ( أعرف نفسك بنفسك ) لأن حقيقة الإنسان هى نفسه ، ويرى سقراط أن النفس ذات روحية قائمة بذاتها وهى جوهر الإنسان الحقيقى ، وأن البدن ليس إلا آلة لها ، وأن الموت خلاصها وتحريرها .أما تلميذه إفلاطون يقول النفس هى العنصر الجوهرى ، فى الإنسان ، وأنها مستقلة ولا يدخل البدن فى تعريفها . وهى مركبة من جوهرين النفس والبدن .

وعرفها أرسطو بأنها الكمال الأول لجسم طبيعى توجد فيه الحياة بالقوة (2).

وعرف فلاسفة المسلمين النفس كتعريف أرسطو بأنها الكمال الأول لجسم آلى ذى حياة بالقوة وعرفها الإمام الغزالي بأنها الكمال الأول لجسم طبيعى أى من جهة ما يفعل الأفاعيل بالإختصار العقلى والإستنباط بالرأى من جهة ما يدرك الأمور الكلية .

ويرى الإمام الغزالي أن النفس لفظ مشترك بين معانى ، وفى المعنى الجامع لقوة الغضب والشهوة فى الإنسان وأن النفس لها معنيان : .

أ. النفس التى تعبر عن الصفات الحيوانية الشهوانية المزمومة ومثال ذلك هى النفس التى تجاهدها وهو نفس المعنى فى الحديث النبوى ( أعدى عدوك نفسك التى بين جنبيك )

ب. هى اللطيفة أى هى الإنسان بالحقيقة وهى نفس الإنسان وذاته فإذا سكنت بسبب

معارضة الشهوات سميت النفس المطمئنة قال تعالى (يَا أَيُّهَا النَّفْسُ الْمُطْمَئِنَّةُ) (3) وإذا لم يتم

سكونها صارت مدافعة للنفس الشهوانية ومعترض عليها ، وسميت النفس اللوامة ، لأنها تلوم

(1) سورة المائدة ، الآية 32 .

(2) عثمان أحمد عثمان الصدر ، حماية النفس الإنسانية فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى .

(3) سورة الفجر ، الآية 27.

صاحبها عند تقصيره في عبادة مولاه تعالى (وَإِن أُنْفُسُ الْتَّائِبِينَ رِجْزًا يُجْزَىٰ) (1) وأن تركت الاعتراض ثم لنت وأطاعت الشهوات والشيطان سميت النفس الأمارة بالسوء لقوله تعالى (وَمَا أُبْرِيئُ نَفْسِي إِنَّ النَّفْسَ لَأَمَّارَةٌ بِالسُّوءِ إِلَّا مَا رَحِمَ رَبِّي إِنَّ رَبِّي غَفُورٌ رَحِيمٌ) (2) فالنفس الأمارة بالسوء مذمومة والمطمئنة محمودة .

نخلص من ذلك أن النفس هي جوهر الإنسان الحي فهي المدرك والفاعل المحاسب على أفعاله والمنتقى للثواب والعقاب ، أو كما يقول حجة الإسلام الغزالي ( أعنى بالنفس ذلك الجوهر الكامل الفردي الذي ليس من شأنه إلا التذكر والتحفظ والتمييز والرؤية ويقبل جميع العلوم وهذا الجوهر رئيس الأرواح وأمير القوى ، والكل يخدمونه ويمثلون أمره والحكماء يسمون هذا الجوهر النفس الناطقة والقرآن يسميه النفس المطمئنة والروح ، والمتصوفة نسميها القلب (3).

ماذا نعني بحفظ النفس؟

تعنى الحماية والحماية هي تجريم كل فعل أو امتناع يؤدي الى إيذاء النفس الإنسانية بمعنى سير حياة النفس الإنسانية على نحو طبيعي لما في ذلك من مصلحة أكيدة للفرد والمجتمع معاً ، وهذه المصلحة هي مناط الحماية (4).

تبدأ الحماية للإنسان وفقاً لمنظور الشريعة الإسلامية منذ أن كان جنيناً في رحم أمه وتنتهي بنهاية الشخص القانوني بموته ، ولكن جثته تخضع لحماية من نوع جديد وهي حماية الحرمان أو جثث الموتى .

إن المفهوم الذي حرص على تأكيده الإمام الغزالي لمبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر هو نفسه المفهوم الذي ترتب عليه الأجيال الأولى من المسلمين ، والذي كان من نتيجته تلك النماذج التاريخية المشرفة لإعتزاز المسلم بكرامته ووعيه بدوره وجرأته في الحق ، كما أن الإمام الشاطبي قد أشار الى ذلك المفهوم عندما قرر حفظ الضروريات والجنايات من جانب الوجود بإقامته أركانها بـ أ عنها الإختلال والواقع أو المتوقع منها وذلك بترك ما به تنعدم الجنايات وترجع الى حفظ الجميع من العدم ، وذلك في جانب المعاملات وهي أصول لحفظ النسل والمال والنفس والعقل ويجمع ذلك كل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر .

(1) سورة القيامة الآية 1.

(2) سورة يوسف ، الآية 53 .

(3) عثمان أحمد عثمان المصدر ، حماية النفس الإنسانية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، ص 24.

(4) المرجع السابق ، ص 26.

وهو يعتبر مبدأً فى غاية الأهمية ومن أهم الضمانات الإسلامية لحماية النفس الإنسانية وعليه  
نبحث الحماية من عدة نواحي كما يلي :

أ. أسس حماية النفس الإنسانية فى النظام القانونى المقارن .

ب. أسس حماية النفس الإنسانية فى الشريعة الإسلامية.

أ. أسس حماية النفس الإنسانية فى القانون المقارن .:

قامت الحضارة الأخرى على أساس فكرة الدولة وقوتها . ولذلك جاءت تيارات الفلسفة  
الإخرى تنادى بأفكار حول وضع الإنسان وحقوقه فى إطار ظل الدولة .

يرى إفلطون أن تراخ الدولة مصلحة الجماعة لا مصلحة الفرد ، وأن كان أفلاطون أبدى  
إحتراماً كبيراً لشخصية الفرد فى كتابه القوانين ، لكن كان ذلك للأحرار دون العبيد ، ويرى أن  
المجتمع السليم يقوم على أساس العدالة ، أن كان الفيلسوف سقراط يرى أن الإله خلق الإنسان  
فى أحسن تقويم ، وأنه عنى بنفس الإنسان أكثر عناية بجسمه ، والدليل على ذلك أن النفوس  
البشرية اسمى النفوس وأعلاها مرتبة .

أما أرسطو فيرى أن الإنسان يحتاج الى غيره من البشر وأن الإنسان مدنى بالطبع ، وحيوان  
إجتماعى ، وأن الدولة هى التى يجب أن تنظم حياة المواطنين بالعدالة .

ثم جاءت المدرسة الروائية بفلسفة خاصة تناصر الفرد وحقوقه وحماية النفس الإنسانية  
وتتناقض مع فلسفة إفلطون وأرسطو فذهبت الى إلغاء الفوارق الإجتماعية بين الناس ،  
فالليونان والبرابرة والأشراف والعامّة والأحرار والأرقاء والأغنياء والفقراء كلهم سواء والتفرقة  
الوحيدة هى بين العاقل النشط والأحمق الخامل (1).

فالمخلص أن الحضارة الإخرى بها تمييز بين طبقات المجتمع ولم تتجح حتى فى أعظم  
أيامها فى تحديد حقوق الإنسان ولم توجد أسساً كافية لحماية النفس الإنسانية .

أما فيما يتعلق بالحضارة الرومانية ، فإن الفلاسفة الرومان يرون أن حماية النفس الإنسانية  
تقوم على فكرة القانون الطبيعى ينبثق من واقع العناية الإلهية للعالم ككل ، وهو قانون يعايش  
الطبيعة ويطبق على كل الناس .

فإن الألواح الأثنى عشر تعتبر تسريع مكتوب فقد أرست قوانين نصت على جرائم القتل وله  
عقوبة تصل للإعدام ، وجعلت عقوبة الإعتداء على الشخص وفصل عضو من أعضائه يدفع  
الجانى الدية للمجنى عليه تعويض .

(1) عثمان أحمد عثمان الصدر ، حماية النفس الإنسانية فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى ، ص 42 - 43 .

كما جاءت مدونة جستنيان بتصنيف أنواع الجرائم ، ومنها جريمة الإعتداء على الأشخاص ، وللمجنى عليه حق أن يقيم دعوى يطلب فيها توقيع العقاب على الجانى .

فالقانون الرومانى قد أقر حق حرمة الحسد وحماية النفس الإنسانية لكن يعاب عليه أنه جعل الحماية لأحرار دون العبيد ودون المرأة التى لم تكن لها حقوق مثل الرجل ولم يفصل بين الإنسان كنفس إنسانية والأموال إذا يحق إستعباد المعسر .

رغم أن حماية النفس فى عهد الرومان كانت أيضاً تتعلق بالإنسان الميت ، فكان الرومان وقتهم الحكماء يحظرون حظراً قاسياً أن تشوه أو تدنس القبور ، ويجب أن يحترم الإنسان بعد موته .

وقد بذلت جهود لتحقيق بشاعة معاملة العبيد وإحترام النفس الإنسانية .

ولقد ظهرت أسس حماية للنفس فى تحريم القتل بين اليهود بعضهم البعض ، ولكن واجب عليهم أن يضربوا الرقاب جميع الرجال البالغين للشعوب الأخرى بحد السيف، وهذا يعدد أسس حماية النفس الإنسانية وكانت الحماية للنفس بالقصاص من القاتل إذا قتل ولولى الدم أن يقتص منه ورد ذلك بالإصحاح الخامس والثلاثين من سفر العدد ( إن اليهودية فى التوراة الحقيقة والوصايا العشر تحمى النفس الإنسانية ، أما اليهود كأنوا ولازالو يخرجون عن هذه التعاليم الدينية اليهودية المنزلة الصحيحة بتعاليم أخرى لا تحمى النفس الإنسانية بغير اليهود أما حماية النفس فى الشريعة المسيحية لما فى ذلك من المساواة والرحمة فى قول المسيح عليه الصلاة والسلام سمعتهم أنه قيل تحبوا قريبك وتبغض عدوك وأما أنا فاقول لكم : أحبوا أعدتكم وباركوا لأعينكم وأحسنوا الى يبغضكم وصلوا لأجل الذين يسيئون إليكم ويطردونكم وكذلك قوله ( سمعتم أن قيل : عين بعين وسن بسن ، أما أنا فاقول لكم : لا تقاوموا الشر ، بل من لطمك على خدك الأيمن فحول له الآخر أيضاً ) .

لم تحترم أو تحمى الدولة المسيحية النفس الإنسانية ، ولم تتأثر بمبادئ المسيحية السمحة ، وظهر ذلك فى الحروب الصليبية التى لم يتردد فى قتل النساء والأطفال وتعذيب الجرحى والقضاء عليهم .

ولم يكن بمنأى حتى الشريعة الإسلامية التى سترها لاحق فإن السلطة الإستبدادية عند الحكام المسلمين لم تحمى النفس الإنسانية وما مجازر سوريا ببعيد وفى غيرها من الدول الإسلامية .

أما أسس حماية النفس الإنسانية فى القانون الوضعى للأنظمة القانونية المعاصرة فقد ظهرت نظريات ومذاهب لحماية النفس وحقوق الإنسان وتبلورت فى أربع نظريات هى :

- أ. نظرية القانون الطبيعي .
- ب. نظرية العقد الإجتماعى .
- ج. نظرية المصلحة العليا للمجتمع .
- د. نظرية التضامن الإجتماعى .

هذه النظريات تقوم على فكرة التوازن بين حقوق الإنسان سواء كان فرداً أو جماعة وأن كان العصر الحديث يتميز بغزارة الفكر الفلسفى لحماية النفس الإنسانية وظهور مبدئين أساسيين، أحدهما تقوى فيه حقوق الأفراد ، والثانى تقوى فيه الدولة على حسب حقوق الأفراد ومنها ظهرت فكرتى المذهب الفردى ، والمذهب الاشتراكى .

والآن فى ظل النظم القانونية الديمقراطية التى تقوم وتعمل على حماية النفس والكرامة الإنسانية وعدم تعسف السلطة العامة بوسائل قانونية نجد أن النصوص الدستورية تعلق فوق القانون ويجب إحترامها ولا يجوز للقاعدة القانونية العادية إن تخالف أو تعارض النصوص الدستورية ، وفقاً لمبادئ تدرج التشريعات ، ومع ذلك فإن النظم القانونية فى الغرب أكثر إحتراماً لحقوق الإنسان من نظمنا فى الدول الإسلامية ، فتلك الدول إقتربت الى دولة القانون إذ أن المبادئ القانونية لحماية النفس فى النظام القانونى الإسلامى فى غاية السمو ولكن أن التطبيق الحقيقى لهذه المبادئ فى غاية الغياب تماماً وأن شعوبنا مقهورة مذلولة لا تعبر عن حرياتنا ولا ساموها سوء العذاب .

رغم أن قوانين العقوبات والإجراءات الجنائية قد نصت صراحة على كرامة الإنسان وعدم الحط منها وحرمت إنتهاك حرمة وحياته الخاصة ، ومن قبلها كل دستور نص على أنه لا يجوز إيذاء كرامة الإنسان فى بدنه ومعنوياته حتى وإن كان مقبوضاً عليه ولكن الأنظمة الحاكمة لم تنقيد بهذه القوانين ولم تطبقها رغم علمها التام بها ، وعليه فإن الإستبداد والطغيان هما السببان فى ذلك .

ب. أسس حماية النفس الإنسانية فى الشريعة الإسلامية  
لقد عنبت الشريعة الإسلامية بحماية النفس الإنسانية وتكريم الله الإنسان بأنه خليفة له فى الأرض وحماية الجسد الإنسانى حياً أو ميتاً ، وهذا التكريم وتلك الحماية تنقسمان الى :

- 1/ مبدأ الكرامة الإنسانية .
- 2/ مبدأ حرمة المساس بجسد الإنسان وذلك بتقرير (أ) مبدأ الحق فى الحياة .

(ب) مبدأ الحق في السلامة الجسدية .

وعليه نتناول هذه الأسس والمبادئ كما يلي :

### 1. مبدأ الكرامة الإنسانية في الشريعة الإسلامية .

إن الله سبحانه تعالى قد كرم الإنسان وأسبغ عليه نعمة ظاهرة وباطنة وقد خلقه بيده ونفخ فيه من روحه وجعله بشراً سوياً وفضلته على كثير من مخلوقاته وقال سبحانه وتعالى (وَقَدْ كَرَّمْنَا نَبِيَّ آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَمَرَرْنَاهُمْ مِنْ الطِّيبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً) (1).

كما أنه سبحانه قد أخذ عن تشریفه وتكريمه لنبى آدم حيث خلقه على أحسن هيئة وأكملها ( لقد خلقنا الإنسان فى أحسن تقويم ) وسخر للإنسان كل النعم فى البحر والجو والبر وفضلته على كثير الخلق بأمور طبيعية من عقل ونطق وقوامه وعلم .  
( وفضلناهم على كثير ممن خلقنا ) ( علم آدم الأسماء كلها ) وعلمه ما لم يعلم وأسجد الملائكة لنبى آدم ، وأعطى الفهم والحرية فى الإرادة .  
ومن مظاهر هذا التكريم .:

(أ) خلق الإنسان فى أحسن صورة خلق .

( لقد خلقنا الإنسان فى أحسن تقويم ) ( يَا أَيُّهَا الْإِنْسَانُ مَا غَرَّبَكَ بِرَبِّكَ الْكَرِيمِ (6) الَّذِي خَلَقَكَ فَسَوَّاكَ فَعَدَّكَ ) (2).

وأودع سبحانه وتعالى فى الإنسان أدق أسراره وهى الروح بأمر من ربه (وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الرُّوحِ قُلِ الرُّوحُ مِنْ أَمْرِ رَبِّي وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلاً) (3) وجعل له السمع والبصر والفؤاد (وَجَعَلْنَا لَكُمْ السَّمْعَ وَالْأَبْصَارَ وَالْأَفْئِدَةَ قَلِيلاً مَّا تَشْكُرُونَ) (4).

ب. تكريم الإنسان بالخلافة على الأرض .

قال تعالى (وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً) (5)

(1) سورة الإسراء ، الآية 70 .

(2) سورة الإنفطار ، الايات 6 ، 7 .

(3) سورة الإسراء ، الآية 85.

(4) سورة السجدة ، الآية 9 .

(5) سورة البقرة ، الآية 30 .

وذلك لإعمار الأرض وإقامة الإصلاح وحفظ حدود الله وعدم الفساد وأخذ الأمانة ومن صورته هذه الخلافة :

(1) الإعمار فى الأرض ولِستقلال مواردها فى الخير .والعيش الطيب ( ولقد مكناكم فى الأرض وجعلنا لكم منها معاش قليلا ما تشكرون )

(2) الحكم بالعدل بين الخلق لقوله تعالى ( يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ ) (1)

(3) تلقى العلم والمعرفة .

كرم الله سبحانه الإنسان بالفهم تلقى العلم والمعرفة ( وعلم آدم الأسماء كلها ، وهو علم الأسماء والمعانى والألفاظ والمنطق وغيرها من العلوم .

(4) سجود الملائكة للإنسان :

قوله تعالى (وَإِذْ قُلْنَا لِلْمَلَائِكَةِ اسْجُدُوا لِآدَمَ فَسَجَدُوا إِلَّا إِبْلِيسَ أَبَىٰ وَاسْتَكْبَرَ وَكَانَ مِنَ الْكَافِرِينَ) (2)

وفى هذا تعظيم وتكريم وإعلاء قدر الإنسان .

وقد أشار الشيخ محمد سعيد البوطى لمعانى الخلافة والأمانة تعنى أمانة فيها تكليف الإنسان بعمارة الكون بإعتباره سيداً لهذا الكون إذ جعل كل ما فيه مسخراً لخدمته (3) .

(5) التكريم بالعقل .

العقل نعمة مهداة للإنسان وبه يعقل الأمور ووردت آيات كثيرة فى القرآن عن العقل والفكر ( أفلا تتفكرون ) ( أفلا تعقلون ) .

(6) تكريم الإنسان فى مأكله وملبسه ومشربه .

حرمت الخبائث وأبيحت الطيبات (كُلُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا مَرَرْتُمْ بِهَا) (4)

وذلك بأكل الحلال والطيب وتحريم الخبائث والمضار .

(7) إرسال الرسل وتشريع الشرائع .

(1) سورة ص ، الآية 26.

(2) سورة البقرة ، الآية 34 .

(3) عثمان أحمد عثمان الصدر ، حماية النفس الإنسانية فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى ، ص 60 .

(4) سورة البقرة ، الآية 57 .

لهداية البشر من الضلال ، وجعل العبادة لله سبحانه وتعالى والتقرب الى الله بالعمل الصالح والتقوى ، بحيث يكون النموذج لأعمال الخير وتجنب الشر فهو بيان الله فلا تنتهك حرماته وكذلك كرمه الله بهذه الخصائص ، فلا يجوز أن تهان هذه الكرامة .

وعليه حرم المساس بجسد هذا الإنسان فقررت الشريعة الإسلامية هذه المبادئ ومنها أيضاً .  
2. مبدأ الحق فى الحياة .

فهو حق ثابت مقدر من عند الله سبحانه وتعالى ووجب للإنسان بمجرد حدوث النفخة فى رحم أمه وهو جنين . وبما أن الحق بمعنى المصلحة التابعة للشخص على سبيل الإختصاص والإستثناء فقرر الشارع الحكيم حقوقاً ثلاثة للمكلف :

(أ) حقوق لله تعالى خالصة وهى تمثل فى العبادات من صلاة ، وصوم ، والحج وزكاة فلا يجوز فيها الصلح أو الإسقاط فهو حق لله وحده .

(ب) حقوق خالصة للعباد .:

وهو ما تعلق بمصلحة خاصة لحق التملك وحرمة الإعتداء على مال الغير أو غيرها وهذا الحق يسقط بإسقاط المكلف له أو بعفوه أو صلحه .

(ج) ما يجتمع فيه الحقان :

لكن حق الله غالب مثل القصاص الذى فيه مصلحة عامة للجماعة ويطلق عليه حق الله أو حق المجتمع ، فحق الحياة حق مشترك ، فحق الله فى حياة المكلف سلامة جسده إنما تقررت حتى يستطيع المكلف القيام بالتكاليف الشرعية والواجبات المفروضة عليه .

ولا يملك الإنسان على جسده سوى حق الإنتفاع فقط وليس له ملكية على جسده أو نفسه (1).

لقد وهب الله نعمة الحياة للإنسان حتى أن القرآن يعد إزهاق الروح ضد الإنسانية كلها وقتل لها (مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا) (2) ويقول الرسول الكريم ( أن من قتل زوال الدنيا أهون على الله من قتل رجل مسلم ، وكذلك قال عليه الصلاة والسلام ( من قتل قتيلاً من أهل الذمة ، حرم الله عليه الجنة ) إذن الحياة مصونة والإعتداء عليها بالقتل يعد جريمة . ومن حافظ على حياة إنسان كأنما حافظ على جميع حياة الناس ، بل ذهبت الشريعة

(1) عثمان أحمد عثمان الصدر ، حماية النفس الإنسانية فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى ، ص 66 .

(2) سورة المائدة ، الآية 32 .

الى إحترام حقوق الحيوان ويثاب على إطعامه أو سقايته ويعذب الإنسان بحبسه للحيوان ويدخل النار .

فإذا كانت هذه نظرة الشريعة الإسلامية الى حق الحياة المخلوقات بالدنيا ، فنظرتها للخليفة الإنسان أرقى وأسمى .

فالقتل إثم وظلم موجب للنار ، فالنفس المنهى عن قتلها هى نفس معصومة ومحرمة بمقتضى الخلق والإيجاد ، وحرمتها مستقرة فى النفوس والعقول والنهى عن إنتزاعها بغير الحق يقول جل شأنه ( وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا ) (1) بل حق الحياة والمحافظة على نفس المكلف ذاته سواء من الشخص نفسه أى لا يقتل نفسه لقوله عليه الصلاة والسلام ( كان فى من كان قبلكم رجل به جرح فجزع وأخذ سكيناً فخر بها يده فما رفاً الدم حتى مات قال الله تعالى بادرته عبدى بنفسه حرمت عليه الجنة ) .

كما أن الله سبحانه وتعالى قد شرع القصاص لحماية النفس ( يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرِّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدِ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَىٰ بِالْأُنثَىٰ ) (2)

بل إمتد حق الحياة للجنين واللقيط الذى يوجد فى قارعة الطريق وهو مجهول الأبوين أوجب الإسلام إنتقاطه ورعايته .

وقد شدد الرسول الكريم فى خطبة الوداع على حرمة النفس والنهى عن قتلها ( يا أيها الناس إن أموالكم وأعراضكم عليكم حرام الى أن تلقوا ريكم كحرمة يومكم هذا فى شهركم هذا فى بلدكم هذا ، ستلقون ريكم فيسألکم عن أعمالکم) .

3. مبدأ الحق فى السلامة الجسدية فى الشريعة الإسلامية .

تسعى وتحرص دائماً الشريعة الإسلامية على حماية بدن الإنسان وصون جسده ويحرم الإعتداء عليه سواء كان حياً أو ميتاً .

قد نهى الله سبحانه وتعالى عن عدوان الإنسان على نفسه فقال تعالى (وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ ) (3) وقد حرص الرسول الكريم على حماية جسد الإنسان وسلامته حتى أنه قد قال ( أيها الناس من كنت جلدت له ظهراً فهذا ظهري فليستقد منه وأخذ

(1) سورة النساء ، الآية 93 .

(2) سورة البقرة ، الآية 178 .

(3) سورة البقرة ، الآية 195 .

يعدد الحقوق ، وكذلك سار على هداة الخلفاء الراشدين ، فهذا سيدنا عمر بن الخطاب يقتص من ابن والى مصر عمرو بن العاص لصبى من أقباط مصر وجاءت قولته المشهورة ( متى إستعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحراراً ) . بل قد ذهب الإسلام الى ابعد من ذلك للسلامة الجسدية وصحة الإنسان والمحافظة عليها من الأمراض وعدم الإعتداء عليها ، خشية الإعتداء حتى يقوم المجنى عليه بخلافته وتكاليفه ومسئوليته على هذا الكوكب . وعليه فإن الإنسان مطالب فى الشريعة بصيانة روحه وجسده والتغذى بالحلال وعدم الزج بالنفس الى التهلكة وإعطاء الجسد حقه (1) .

وقد جعل الرسول الكريم مبدأ سلامة الجسد من أسس وخصائص المسلم فقال (( المسلم من سلم المسلمون من لسانه ويده )) .

ومن مظاهر حماية النفس فى الشريعة الإسلامية تحريم قتل النفس وتحريم إلقاء النفس فى التهلكة أو الإنتحار وتحريم الإجهاض فى الشريعة الإسلامية ، وأخيراً تحريم المساس بجسد الإنسان ، وقد عمد الفقهاء الى بيان هذه المظاهر بالشرح والتفصيل وقيد نيت أحكام الشريعة الإسلامية كنظام قانونى على هذه المظاهر وتناولت كتب الفقه هذه الموضوعات فى التشريع الجنائى الإسلامى التى لا يخوض الباحث فيها بالتفصيل ولكن لابد من ذكر ملحوظات فى غاية الأهمية منها :

1. الشريعة الإسلامية قد تميّزت بأفضل الوسائل والتشريعات لحماية النفس الإنسانية ، سواء فى أسس هذه الحماية أو مظاهرها مقارنة بالقانون الوضعى .
2. قد سبقت الشريعة الإسلامية القانون الوضعى والمواثيق الدولية فى وضع أسس وضمانات إلزامية ، منصوص عليها فى الكتاب المقدس القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة ويتعرض من يخرج عنها للعقاب الدنيوى إذا ثبت ذلك والعقاب الأخرى إذا أفلت عن ذلك .
3. إن مقاصد الشريعة الإسلامية الكلية هى حفظ الدين ، والنفس ، والعقل ، العرض ، والمال ، غير أن النفس هى محور هذه المقاصد .
4. إن الشريعة الإسلامية قد حرمت قتل النفس ، فحرمت القتل إلا فى حالة الدفاع الشرعى أو تنفيذ القضاء أو جرائم الحدود ، أو حالة الضرورة التى تقدر بقدرها .
5. حرمت إلقاء النفس الى التهلكة ، فحرمت الإنتحار والقتل بدافع الشفقة أو ما يسمى بالموت الرحيم وتحريم تعاطى المواد الضارة والمخدرات ، وتحريم الإجهاض .

(1) عثمان أحمد عثمان الصدر ، حماية النفس الإنسانية فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى ، ص 72 .

6. حرمت الإيذاء والإعتداء على جسد الإنسان بالتعذيب وتحريم الإتجار بأعضاء الإنسانية

7. وأخيراً يعنى حفظ النفوس حفظ الأرواح من التلف قبل وقوعه مثل مقاومة الأمراض، وحفظ بعض أطراف الجسد والمراد بالنفوس المحترمة فى نظر الشريعة هى القيم المعصومة الدم ، ألا نرى أنه يعاقب الزانى المحصن بالرجم مع أن حفظ النفس دون مرتبة حفظ النفس.

### حفظ العقل

العقل هو المدرك للأمر الكلية والعقل كالفكر هو ترتيب أمور معلومة للتأدى الى المجهول (1).

فالعقل الذى يميز به الإنسان من سائر الحيوانات .

والفكر والعقل يختلفان عن المخ brain الذى هو مركز الإحساس ومن متعلقاته العقل (2) ومعنى حفظ العقل حفظ عقول الناس من أن يدخل عليها خلل ، لأن دخول الخلل على العقل مؤد الى فساد عظيم من عدم إنضباط التصرف ، فدخول الخلل على عقل الفرد مفض الى فساد جزئي ، ودخوله على عقول الجماعات وعموم الأمة أعظم ، ولذلك تفشي المفسدات من السكر ومنع الأمة من تفشى السكر بين أفرادها . وكذلك الحشيش والأفيون والمخدرات عموماً ضرورة حتى يستقيم المجتمع .

كما أن العقل هو المعيار فى ثبوت أهلية الأداء للشخص فإذا توافر العقل للإنسان ثبتت له أهلية الأداء ، وإذا لم يتوافر العقل فلا ثبوت لأهلية الأداء بالنسبة له . أما المعيار فى أهلية الوجوب فهو الذمة ، وكل شخص يتمتع بالحياة يفترض له ذمة مالية تكون محلاً لمعاملته المالية .

فأهلية الأداء قسمان ، كاملة وناقصة ، وتدور الأهلية مع العقل كاملاً ونقصاناً ، فإذا كان عقل الشخص كاملاً كان ذو أهلية أداً كاملة وإذا كان عقل الشخص ناقصاً كانت له أهلية ناقصة وهناك عوارض للأهلية تصيب المكلف ، وتكون لها تأثير على أهلية الاداء وهي الي قسمين ، قسم يطرأ على الشخص لا دخل ولا إختيار له فيه كالسفر ، والجنون، والعتة، والنسيان ، والندم ، والإغماء، والمرض ، والحيض ، والنفاس ، والموت . والقسم الثانى يكون بمباشرة سببه بواسطة الإنسان كالجهل والسكر ، والهزل ، والسمنة ، والخطأ والسفر والإكراه .

(1) التعريف للجرحانى ، ص 217 .

(2) بروفسور حاج آدم حسن الطاهر ، أحكام الملكية الفكرية ، ط2، سنة 2008م مطبعة النيلين ، ص 2.

وتترتب على هذه التصرفات النسبة للإنسان أحكام شرعية قد شرحتها كتب الفقه الإسلامى فالعقل هو مناط التكليف ، وقد ذهب الفقه المقارن لتقرير الملكية الفكرية وهى من أعظم الملكيات المعروفة فهى تختلف عن الملكية العقارية غير المنقولة والمعبر عنها بالملكية العينية وهى قابلة لتطبيق أحكام القانون عليها كالمصادرة وإغلاق المحل وبيعها فى المزاد العلنى أو المقفول ، وهى أى الملكية الفكرية تختلف عن الملكية المنقولة مثل السيارات وكافة الأموال المشروعة التى يمكن نقلها وهى كذلك ترد عليها التصرفات القانونية والأحكام القضائية الجزائية .

أما الملكية الفكرية فهى صناعة فكرية إبداعية ، والفكر مسألة معنوية وجوهرة ربانية فهى يعتدى عليها ولكنها ليست عرضة للتصرفات القانونية أو الفردية كالتى تجرى فى الأموال العقارية والمنقولة (1).

فإذا كان الفقه المقارن قد تقدم فى هذا الإتجاه ، وهو بصورة يشمل تنظيم الأعمال الفكرية القائمة على هذا العقل ، فبكل تأكيد أن يكون الأقدمون من فقهاء الإسلام من فقهاء الإسلام قد أشاروا الى هذا الإتجاه على أن يكون ذلك موضوع بحث منفصل للباحث لاحقاً بإذن الله .

وعليه فإن للعقل دور فعال فى التشريع الإسلامى ، وقد لاحظنا أن الحكم الشرعى يقتضى فهم الخطاب ولا يكون الفهم إلا بالعقل ثم يأتى التكليف وهو القدرة على الفعل .

وقد ترتب على ذلك أن كل أحكام الشرع وفقاً للعقل ، وتوسع الفقه الإسلامى فى بيان ذلك سواء كان فى العبادات أو المعاملات شطرى الحكم الشرعى . فلم يكن يتوقف العقل على ذهابه بالخمير وترتب الحد عليه ، بل كان العقل هو مناط التكليف .

وعليه فإن من أوجب الواجبات هو حفظ ذلك العقل الذى شرفه سبحانه وتعالى وأودعه بالإنسان لتمييزه عن غيره من المخلوقات .

وقد ذكر الباحث العلم والفكر والزكاء المرتبطة بالعقل وأثر ذلك على فلسفة التاريخ وإنعكاساتها على المنهج التشريعى فى القرآن الكريم بالباب الأول التمهيدى لهذه الدراسة .

## حفظ النسل

(1) المرجع السابق ، ص 4.

ظاهرة إجتماع الرجل والمرأة وإتحادهما بغرض إستجابة كل منهما لآخر ظاهرة طبيعية حيث أنها تعبير عن التكوين البيولوجى الذى يهدف أولاً وقبل كل شئ الى حفظ النوع سواء كان ذلك فى الإنسان أم فى الحيوان .

هذه الظاهرة الطبيعية عندما تحدث بين الرجل والمرأة تتخذ مظهراً إجتماعياً خطيراً لأنها تتخذ شكل الأسرة وهى الخلية الأولى فى بناء المجتمع الإنسانى . وتميزت هذه الأسرة بثلاث خصائص دينية وسياسية وإقتصادية وقد إهتم بها القانون منذ العصور القديمة ونظمها مع وجوب ملاحظة أن الأسرة القانونية لا تنطبق تماماً مع الأسرة البيولوجية أى التى تكونت نتيجة لصلات الدم . لأن الأسرة القانونية أوسع معنى من الأسرة البيولوجية حيث أنها تشمل أيضاً نظام البنى ونظام الزواج الذى يؤدى الى المصاهرة (1).

فهناك ثلاث أنواع من الأسر .

1. الأسرة الطبيعية وهى التى تكون نتيجة للإختلاط الجنسى دون الزواج .
2. الأسرة الشرعية . وهى التى يكون مصدرها الزواج .
3. الأسرة التى تكون مبنية على نظام التبنى ، وهى تلحق بالأسرة الشرعية وفى روما القديمة كانت القرابة بسبب الدم فى مرتبة أدنى من القرابة المدنية وهى التى كانت تنشأ من التبنى .

إن نظام الزواج فى الشريعة الإسلامية تحكمه قواعد دينية وقواعد أخلاقية الى جانب الى جانب القواعد القانونية . وهذا النظام هو أكثر نظام وجدته الباحث يمثل التفرقة بين القواعد القانونية عن الدينية عن الإخلاقية بل الأكثر من ذلك فإن نظام الزواج فى الشريعة الإسلامية يمثل النموذج الأمثل والأوضح للقانون الأكمل الذى دعا إليه الباحث فى هذه الدراسة .

وأن هذه القواعد متداخلة وتخدم بعضها البعض وغالباً ما تمهد القواعد الدينية والأخلاقية للقاعدة القانونية ، بل تسهم أكثر فى فاعلية تطبيق القانون من الإجراءات القانونية ومثال ذلك أثر النص الدينى فى أداء وتنفيذ الواجب القانونى بالمعاشرة بين الزوجين : جاء فى جمع الجوامع للسيوطى أن رسول الله (ص) قال (( إن الرجل إذا نظر الى امرأته ، ونظرت إليه ، نظر الله إليهما نظرة رحمة ، فإذا أخذ بكفيها تساقطت ذنوبها من خلال أصابعها )) فأى إجراء قانونى يستطيع أن يقوم بهذا الدور ؟

(1) د. عفيفي عجلان ، الأسرة فى الإسلام والقانون المقارن ، ص 26 .

وقد أبدى أستاذى دكتور عفيفي ملاحظة في غاية الأهمية لهذا الباحث حيث ذكر إذا إصطدمت القاعدة القانونية بالدين والأخلاق اللذين يسودان نظام الزواج فإن من العسير جداً إحترام هذه القاعدة القانونية وتطبيقها . وقد دلت على عدم تطور نظام الأسرة بصورة متقدمة فى كل أوروبا التى ظلت تتأثر بالأخلاق المسيحية الخاصة بالزواج لذلك فإن نظام الزواج كان وما زال يمثل إحدى النقاط الشهيرة التى تخلوا فيها وبتنازعها كل من القانون الكنسي والقانون المدنى ومازالت الكنيسة الكاثوليكية الرومانية تؤكد إختصاصها فى التشريع لنظام الزواج لأن الزواج بالنسبة لها شئ مقدس (1) .

وإذا نظرنا الى الشريعة الإسلامية لاتعترف إلا بالأسرة الشرعية طبقاً للشريعة الإسلامية ، ولا تعترف بأى علاقة بين الرجل والمرأة تربطهما خلاف العقد الشرعى وتعتبر تلك العلاقة زنا وتعاقب عليه كما أنها لا تعترف بنظام التبني هذا من جهة ، ومن جهة أخرى أن نظام الزواج فى الشريعة الإسلامية يعتمد أساساً فى تنظيمه على نصوص القرآن والسنة . وإذ هذا النظام تحكمه قواعد دينية وأخلاقية وقانونية .

وهنا القاعدة الدينية هى التى تخص الحكم التكليفى للزواج بمعنى كون الزواج مباحاً أو مندوباً أو واجباً أو مكروهاً أو حراماً . وهذه القاعدة هى التى تحكم علاقة الفرد بربه ولا يستطيع أى حاكم إسلامى أن يأمر ويلزم المكلف العاقل البالغ المسلم بالزواج بحيث إذا لم يمتثل لهذا الأمر ويلتزم بهذا الإلتزام أن يوقع عليه الجزاء المرتب على عدم الإمتثال فى هذه الحياة الدنيا . وبالتالي فإن هذه القاعدة الدينية ليست قاعدة وضعية واجب التطبيق فى زمان ومكان معين .

أما القاعدة القانونيةتصبح ملزمة عندما يقدم المكلف مختاراً راضياً بالزواج وما يترتب عليه من أحكام وفقاً لمبدأ الرضائية فى تكوين العقد بأركانه وشروطه ، وعليه فإن القاعدة القانونية فى هذا الزواج التى تحرم الزواج بالمحرمات بسبب القرابة أو الرضاع ، فإن الحاكم الإسلامى هنا يلزم المكلف بعدم الزواج بالمحرمة فى هذه الحياة الدنيا ومن يخالف هذه القاعدة يترتب عليه الجزاء الواجب على عدم إحترام هذه القاعدة . وبالتالي فهى قاعدة وضعية وهذا المثال أكثر توضيحاً للتفرقة بين القاعدتين .ومن ذلك أمثلة أخرى كالعدل بين الزوجات وإلزام بالنفقة والمهر وغيرها .

كى تحافظ الشريعة الإسلامية على النسل فقد أعطته عناية بالغة لأن الأصل فى هذا النسل هو الإمتداد الطبيعى للإنسان وهو المستخلف على هذه الأرض ، وعليه فإن أحكام الزواج التى

(1) المرجع السابق ، ص 47.

تنظم هذا النسل قد جاءت محكمة وتفصيلية لأنها متعلقة بطبيعة الإنسان وهو خليفة الله ، وقد قالت الملائكة لربها الخبير العليم عندما قرر أن يجعل على أرض خليفة أتجعل فيها من يفسد فيها ويسفك الدماء قال سبحانه وتعالى إنى أعلم ما لا تعلمون . وقد هيا سبحانه وتعالى لهذا الإنسان الأرض وجعله مستخلفاً عليها ، وركب فيه العقل ، وأعطاه أسباب الإستخلاف منها هذا النسل للبقاء الى حين .

فخلق له الزوج من ضلعه الأيسر وجعل ذريته فى نسله . ولهذا عندما يتحدث الباحث عن هذا العقد كما نظمته الشريعة الإسلامية كنظام قانونى له مقدمة تتمثل فى الخطبة وتحديد حقيقته الشرعية التى يبحثها الباحث بالتفصيل القليل ثم كيفية إنشاء عقد الزواج وما ترتب على هذا العقد من آثار قانونية تميزه عن غيره من العقود .

قد لاحظ أستاذى عفيفى على أن فقهاء الإسلام قد عرفوا عقد الزواج بتعريفات متفاوتة فى ألفاظها ومعانيها ولكن بعض من يقومون بتدريس الشريعة الإسلامية فى كليات الحقوق لم تعجبهم هذه التعريفات وحاولوا أن يعرفوه بآثار ومن ضمنها التنازل وما هو إلا أثر من عدة آثار وعليه فإن أفضل تعريف هو تعريف فقهاء الإسلام كما يسميهم الكلاسيك .

أما لفظ الزواج يستعمل فى اللغة الجارية ، وقد عرفه الفقهاء بأن ملك المتعة قصداً ويراد بذلك معنيين (1):

1. حل إستمتاع الزوج كل منهما بالآخر .
  2. أو إختصاص الزوج لمنافع يضعها وسائر أعضائها إستمتاعاً .
- ويرى أستاذى الإلتزام من الناحية الفقهية بهذا لتعريف لأنه يميّز عقد النكاح عن غيره من العقود بخصائص لازمة له وتترتب عليها أحكام ، وخاصة أن الفقهاء قد أوضحوا بما لا يدع مجال للشك (أن ليس المقصود بهذا العقد قضاء الشهوة وإنما المقصود ما بيناه من أسباب المصلحة ، ولكن الله تعالى علق به قضاء الشهوة أيضاً ليرغب فيه المطيع والعاصى المطيع للمعاني الدينية والعاصى لقضاء الشهوة (2)).

وما يهم الباحث أن الفقهاء قد ربطوا بين الأهداف وبين الحقيقة الشرعية لعقد النكاح بمعنى الإختصاص من جانب الرجل بالوسائل الفقهية الآتية :

1. عندما يحددون سبب شرعية النكاح يقررون أن هذا السبب لتعلق البقاء المقدر فى العلم الأزلّى على الوجه الأكمل ، وإلا فىمكن بقاء النوع بالوطء على غير الوجه المشروع لكنه

(1) د. عفيفى عجلان ، الأسرة فى الإسلام والقانون المقارن ، ص 119 .

(2) المسرط السرخى ، ص 194 ، ج4 .

مستلزم للتظالم والسفك وضياح الإنسان أى فى حالة عدم إختصاص الرجل بالمرأة ، بخلافه على الوجه المشروع وهو الإختصاص .

2. هذا التقرير يرى الباحث بأنه تقدم راقى للفكر القانونى الإسلامى والذى يغلى عنه كثيراً من علماءنا قبل عامتنا كيف ذلك ؟ إن الغالب فى تدريس الشريعة الإسلامية بالجامعات العربية وفى الدول الإسلامية يتناولها المختصون بالأسلوب التقليدى القائم على الحفظ دون أن يكون هنالك مساحة للطالب فى البحث عن المعانى والمفاهيم القانونية التى تشكل ملكته القانونية حتى يتسنى له معرفة الشريعة كعلم قانونى له مفاهيم ومقاصد تبنى عليها الأحكام الشرعية بحيث تكون قابلة للتطبيق العملى فى مجتمعنا الإسلامى هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى لم يقدم أساتذتنا خاصة الذين إتيح لهم العمل كمستشارين لدى الحكام المسلمين لم يقدم هذا العلم أعنى الشريعة الإسلامية بطريقة علمية مقنعة قائمة على الفهم قبل الحفظ وأخيراً لم يتواصل هؤلاء الأساتذة مع الفقه المقارن ولا أقصد بمقارنة المذاهب الإسلامية فيما بينها ، وإنما مقارنة الشريعة الإسلامية كنظام قانونى مع الأنظمة القانونية المعترف بها عالمياً أى الشرائع الأخرى حتى تتبين الحقائق العلمية لعلم الشريعة وسط هذه الأنظمة القانونية بصورة واضحة وجلية وبأسلوب علمى موضوعى بعيداً عن الميولات الإعتقادية . وكثيراً من مشايخنا يخشون من التواصل مع الآخرين بأنه يعرض الشريعة الإسلامية لنقد تخوفاً من عند أنفسهم ، وأن هذا ليس بالحقيقة ، فإن الحقيقة أن الشريعة هى الغالبة بشرط فهمها فهماً صحيحاً كما عرفها وفهمها الأقدمون .

ودليل الباحث على ذلك هذا الفهم العميق للفهاء كيف يربطون بين هذه الأهداف وبين الحقيقة الشرعية وقد تحدث الباحث من قبل عن إرتباط المقاصد من الشرعية بالأحكام الشرعية كما تصورها ووضعها هؤلاء العلماء الربانيين ، فهم قد عرفوا قدر الشريعة وقدموها بأسلوب علمى فى غاية الروعة ، ولكن خلف من بعدهم خلف لم يعملوا بأفكارهم ولم يتدبرون فى هذه المفاهيم والأفكار التى فى الحقيقة خدمة للبشرية جمعاء .

2. أنهم يرون أن تحقيق الأهداف والمصالح ولا يحصل إلا بضرب ملك عليها أى أن يكون الرجل مختص بهذه المرأة ، إذ لو لم تكن لا تصير ممنوعة هذه المرأة والتزوج بأخر ، وفى الخروج والبروز فساد السكن ، لأن قلب الرجل لا يطمئن إليها .

وفى التزوج يزوج آخر فساد للفراش ، لأنها إذا جاءت بولد يشتهبه النسب ويضيع الولد ، فالشرع ضرب عليها نوع ملك ضرورة حصول المصالح ، فكان وسيلة الى المصالح والوسيلة الى المصلحة مصلحة (1).

3. ويفسر الفقيه الحنفى البابرى الملكية فى المعنى الفنى للنكاح بأنها ملكية مشتركة من الجانبين ، فكما يجب للزوج على الزوجة حتى يقتضى ملكية الزوج عليها كطلب تمكينها من وطنها ودواعيه شرعاً والمنع عن الخروج والبروز ، ذلك يجب لها عليه حتى تقتضى ملكيتها عليه كطلب النفقة والكسوة جبراً ، والسكى ، فكان كل واحد منهما مالكاً ومملوكاً .  
ويضيف ابن الهمام معنى آخر للملك وهو المشترك بين الزوجين كالإستماع مجامعة ومباشرة ، والولد فى حق الإضافة إلي كل منهما كأب وكأم .

لهذا التصور الرائع لعقد النكاح من الناحية الفقهية ومن ناحية تحقيق الأهداف وأثرها على قواعده القانونية لتكوين العقد وآثارها تميز هذا العقد عن غيره من العقود ، وكذلك يرى إستاذى دكتور عيفى أن الأخذ بالتعريفات للكتاب المحدثين يترتب عليه إنهاء الهيكل والبناء القانونى لأحكام عقد النكاح كما حددها فقهاء الإسلام وعليه فإن إنشاء عقد النكاح كما حددها فقهاء الإسلام فإن إنشاء عقد النكاح وتكوينه يدخل فى دائرة التصرفات القانونية وفق أركان وشروط الإنعقاد وصحة ولزوم ومن ثم تترتب الآثار أو الأحكام لهذا العقد التى تلزم الأطراف .  
للباحث ملاحظتين :

**الأولى :** أن عقد النكاح هو أحد الأنظمة القانونية بالمعنى الضيق التى تكون النظام القانونى الإسلامى . وقد نصت على أحكامه آيات وأحاديث نبوية تمثلت فى النصوص الشرعية التى تحكم هذا النظام ، بل هنالك حوالى ثلاث عشر آية تنظم هذا النكاح ما خلقت آية من معروف أو إحسان وهو العطاء من غير مقابل وهو ما يسعى الباحث الى تأكيد مبادئ القانون الأكمل وما عقد النكاح إلا نموذج أمثل لهذا القانون .

**الثانية :** أن حفظ النسل وفقاً لهذا التنظيم القانونى يمثل هذا العقد الأثر الذى يترتب بين أحكام هذا العقد هذا من ناحية ، ومن الناحية الأخرى فإن القاعدة الدينية المتمثلة فى النهى عن الفاحشة وتحريم الزنى وما يترتب عليها من قواعد قانونية تشكلت العقوبة لهذه الجريمة ، وهى ضمان أكثر لحفظ النسل من الفساد وهو درء المفسدة مصلحة ومقصد شرعى للشارع الإسلامى . وبهذا يكون إستمرار بقاء الإنسان على الوجه الأكمل كما أراده الشارع ، بحيث لا يضيع

(1) الكاسانى بواضع الضائع ج-2، ص 149 .

النسل بتعطيل السبيل أو قطعه وهو أن نشيع الفاحشة اللواط كما قال لوط لقومه )  
وتقطعون السبيل على أحد التفسير عد حفظ النسل من الكليات ، لأنه يعادل حفظ النفوس ،  
ولذلك يرى البعض أن يحفظ ذكور الأمة من الإختصاء ، وأن تحفظ إناث الأمة من قطع  
أعضاء الأرحام التي بها الولادة (1) . وأما حفظ النسب حفظ أنتساب النسل الى اصله ، وهو  
الذى لأجله شرعت الأنكحة وحرم الزني وفرض له الحد .

## حفظ المال

حفظ المال فهو حفظ أموال الأمة من الإلتلاف ومن الخروج الى أيدي غير الأمة بدون عوض  
وحفظ أجزاء المال المعتبره عن التلف بدون عوض وشرع الله المال ويحافظ عليه ويحميه ألا  
ترى أن الله سبحانه وقد حرم السرقة وعاقب عليها ، وحرم الربا وعاقب عليه وحرم أكل أموال  
الناس بالباطل ، وكما حرم كل غش وخيانة ، وأوجب ضمانات المتلفات وغير ذلك وسن  
التشريعات التي تحافظ على المال وتحول دونه ودون الفناء وحرم التبذير ومنع من جعل اليد  
مغلولة وشجع على الإنفاق .

هذه هي الكليات الخمس التي تنطوي تحت مقصد الضروريات والتي عمدت الشريعة الإسلامية  
جاهدة على المحافظة عليها والتي أشار إليها الإمام الشاطبي والغزالي وكثير من الأصوليين ،  
وقد ربطت هذه الكليات بالمقاصد الشرعية إذ أن جلب المنفعة أو دفع المضرّة مقصد للحق  
وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم والمصلحة هي المحافظة على مقصود الشرع . ومقصود  
الشرع من الخلق خمسة وهو أن تحفظ عليهم دينهم وأنفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم كما قال  
الإمام الغزالي .

والجدير بالذكر أن هذه الكليات والمصالح إرتبطت بحق الله وهو حق المجتمع لعظم أمرها  
وخطرها وقد بُنيت الأحكام الشرعية على هذه الكليات المرتبطة بالمصلحة ، لذلك نرى أن ابن  
رشد عندما قسم الجرائم الى :

1. عقوبات الجنايات تقع على البدان مثل الضرب والحرج والقتل العمد والقتل غير العمد .
2. عقوبات لجنايات تقع على الفرد مثل الزنا والسفاح .

(1) ابن عاشور ، ص 90 .

3. عقوبات لجنايات تقع على الأموال مثل السرقة والحرابة .
4. عقوبات لجنايات تقع على الأعراض مثل القذف .
5. عقوبات لجنايات تقع على حرمة الله من إستباحة المأكولات المحرمة مثل الخمر ولحم الخنزير .

وعليه بالنظر الى هذا التقسيم ما خلا من الكليات الخمسة ، وكذلك نجد القوانين الوضعية تورد أحكام العقوبات حول الكليات ولكنما يميّز العقوبات الإسلامية الدنيوية بأنها مرتبطة بتقوى وإيمان الشخص العامل لأنه يخشى غضب الله عليه وسخطه في سره وعلنه ، قبل أن يخشى مثوله أمام القاضى والحكم عليه بعقوبة ، وما ذلك إلا لآثر القواعد الدينية المتمثلة فى الوازع الدينى للمكلف ، فكلما كان ذلك الوازع أقوى إبتعد المكلف عن أتيات الجرائم والمخالفات ولهذا كانت القواعد الدينية والأخلاقية مانعه وعاصمة من إرتكاب الجنايات ولهذا كانت صحة من إرتكاب الجنايات إذا تجاوز المكلف تلك حدود الله فلا بد من تطبيق العقوبة المقررة التى جاءت بها الشريعة الإسلامية كنظام قانونى يحكم المجتمع .

## نتائج البحث

1. القاعدة القانونية فى الفقه الإسلامى مستقلة ومستمدة من الدين مما يمكن إعتبارها قواعد لها صفة دينية .
2. القواعد القانونية والدينية والأخلاقية فى الفقه الإسلامى قواعد متداخلة ومكاملة لبعضها البعض .
3. إختلاف طبيعة وخصائص القاعدة القانونية عن القاعدة الدينية فى الفقه الإسلامى والنظم الوضعية .
4. المقاصد الشرعية جاءت لتحصيل القاعدة الدينية والأخلاقية والقانونية وتحقيقها فى حياة المكلفين . وعليه فإن الإرتباط بين الحكم الشرعى والمقاصد الشرعية إرتباط وثيق لا إنفصام فيه .
5. يشمل الحكم الشرعى بقسميه التكميلى الذى يمثل القاعدة الدينية ، والحكم الوضعى يمثل القاعدة القانونية .
6. إضافة قسم جديد للعلم القانونى هو القانون الأكملى المبتوث فى كتب الفقه الإسلامى لم يعرفه علم القانون الحديث وهذه إضافة حقيقية ومن مظاهر هذا القانون تكامل القواعد الدينية والأخلاقية والقانونية فى النظام الإسلامى وكذلك لربط الأهداف وبين الخصائص الشرعية للفلسفة القانونية الشرعية وأخيراً إرتباط هذا القانون بالقيم الإسلامية والفترة السلمية ومن مبادئه الخير والإصلاح والإحسان والمعروف .

## التوصيات

1. نوصى الجامعات الإسلامية وعلى وجه الخصوص كليات العلوم والشريعة بتدريس الشريعة الإسلامية كنظام قانونى ومقارنتها بالفقه المقارن .
2. أن يلغى تسمية الفقه المقارن بين المذاهب الإسلامية فى الجامعات على أن تقارن الشريعة بغيرها من النظم القانونية الأخرى .
3. نوصى المجامع الفقهية بتكوين جمعية للشريعة الإسلامية على غرار الجمعيات العلمية وتهيئة كافة الظروف المادية والموارد البشرية لها من أجل البدء فى عمل مخطط ومنظم لإعادة صياغة الغايات والأهداف وما يتبع ذلك من وضع للبرامج والمقررات والمناهج والكتب طبقاً للطرق العلمية الحديثة ، ومن خلالها يمكن التواصل مع الجمعيات القانونية العالمية للتعريف بالشريعة الإسلامية .
4. التواصل بين المذاهب الإسلامية فى توحيد الرؤى وذلك فى غاية السهولة فى هذا العصر الحديث فى ظل وجود المجامع الفقهية الذى له أثر البالغ فى التنسيق لإعمال الإجماع الجماعى والخروج بقرارات تفيد الأمة الإسلامية للعودة لتراثها الإسلامى وفى نفس الوقت تبادل الأفكار مع الآخرين والإستفادة من خبراتهم وتجاربهم التى لا تتعارض مع قيمنا الإسلامية .
5. توصية خاصة للباحثين والسالكين طريق البحث القانونة بأن الشريعة الإسلامية شاملة لجميع فروع القانون الحديث وعليهم تشمير سواعد الجد بالبحث المقارن دون تغليب النظرية التقليدية أو المتابعة الكاملة لأحكام مذهب معين ونلم يؤدى الى جمود الفقه الإسلامى وعليهم تجاوز الصراع المستعصى بين المذاهب والجماعات الإسلامية .
6. ضرورة سد الفجوة المعرفية بين أساليب الفقهاء الكلاسيك وأسائذة الشريعة الإسلامية فى العصر المعاصر وطريقة تعليمهم المستخدمة حالياً فى غالبية البلدان الإسلامية ومقارنتها وربطها بالطرق المتبعة فى الدول المتقدمة المعاصرة .

## قائمة المراجع

ساعتمد في خطة البحث لا حصريات علي أنواع المراجع الآتية :-

أولاً : القرآن الكريم

ثانياً : السنه النبوية المطهرة

ثالثاً : كتب الفقه

### 1 . الفقه الحنفي:

أ. أحمد بن سلامه بن عبد الملك أبو جعفر الطحاوي ، الطحاوي (ت321هـ) :

المختصر في الفقه للعلامة. مطبعة دار الكتاب العربي - مصر .

ب. **السرخسي** (ت483هـ) كتاب ( المبسوط )، للامام - شمس الدين محمد بن

أحمد السر خسي ( الطبعة الاولي مطبعة المنارة .

ج. **السمر قندي**(ت539هـ) تحفه الفقهاء للعلامة - علاء الدين محمد بن احمد

السمرقندي ، الطبعة الاولي 1984م دار الكتب العلمية بيروت

د.. **الكاساني** (ت587هـ) بدائع الصائغ في ترتيب الشرائع للامام علاء الدين ابي

بكر بن مسعود الكاساني - الطبعة الاولي .

ه. **المرغيناني** (ت593هـ) الهداية شرح بداية المبتدئ ، للعلامة برهان الدين علي

بن أبي بكر المرغيناني ( مطبوع مع الشرح فتح القدير ) المطبعة الاميرية -

بولاق - مصر سنة 1315هـ .

و.. **الزيلي** (ت742هـ) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للعلامة فخر الدين عثمان

بن علي الزيلي ( وبهامشه حاشية شهاب الدين احمد الشلبي علي تبين

الحقائق ) الطبقة الاولي الكبرى الامرية ببولاق مصر سنة 1315هـ .

### 2. كتب الفقه المالكي :-

أ. ابن رشد الحفيد (ت595هـ) بداية المجتهد ونهاية المقتصد . لأبي الوليد

- ب. محمد بن احمد بن محمد بن احمد رشد القرطبي الاندلسي الشهير بابن رشد الحفيد ، طبعة دار الفكر .
- ج. ابن جزري (ت74هـ) أحكام القوانين الفقهية لابي القاسم محمد بن أحمد بن جزري الكلبي الغرناطي المكتبة الثقافية - بيروت .
- د. خليل (ت776هـ) مختصرة خليل في الفقه ، الشيخ خليل بن اسحق بن موسى الجندي المالكي ( مطبوع مع شرح الزرقاني عليه) دار الفكر - بيروت.
- هـ. الزرقاني (ت1122هـ) شرح الزرقاني علي مختصر خليل ، للعلامة محمد بن عبادالباقي الزرقاني مطبوع مع حاشية البناني عليه دار الفكر - بيروت .

### 3. كتب الفقه الشافعي :-

- أ. الشافعي (ت204هـ) الام في الفقه الامام ابي عبد الله محمد بن ادريس بن العباس بن عثمان بن شافع القرشي الشافعي - طبعة كتاب الشعب.
- ب. الشيرازي (ت476هـ) المهذب في فقه الامام الشافعي ، للامام ابي اسحق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز ابادي الشيرازي طبعة الباب الحلي - القاهرة.
- ج. النووي (ت476هـ) هو الامام بن زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي في مؤلفاته:- التحرير الفاظ التنبيه أو لفة الفقه - تحقيق عبد الغني الدقر - الطبعة الاولى 1988م دار العلم دمشق .
- د. منهاج الطالبين في الفقه ( مطبوع شرحه مغني المحتاج للخطيب ) طبعة مصطفى الباب الحلي سنة 1985م - القاهرة .

### 4. كتب الفقه الحنبلي :-

- أ. ابن قدامه (ت620هـ) وهو موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي في مؤلفاته :-
- ب. المغني علي مختصر الخرقى في الفقه - تحقيق وتعليق محمد سالم محسن، وشعبان محمد اسماعيل - مكتبة الرياض الحديثة سنة1981م
- ج. عمدة الفقه علي مذهب الامام احمد - تحقيق اشرف بن عبد المقصود ، الطبعة الاولى . 1988م مؤسسة الكتب الثقافية - بيروت .
- د. متن المقنع - مطبوع مع الشرح الكبير .

- ج. المقدسي (ت682هـ) الشرح الكبير علي متن المقنع للامام شمس الدين ابي الفرج عبد الرحمن بن ابي عمر محمد بن احمد بن قدامة المقدسي - مطبوع مع الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن احمد بن قدامة المقدسي - مطبوع المغني لابن قدامة - نصدير ، دار الكتب العلمية - بيروت
- د. ابن القيّم (ت751هـ) وهو شمس الدين ابي عبد الله محمد بن ابي بكر المعروف بابن قيم الجوزية .
- هـ. طه عبد الرؤوف ، إعلام الموقعين عن رب العالمين ، دار الجيل بيروت.
- و. إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان - طبعة القاهرة سنة 1939 م .

#### 5. رابعاً : المعاجم

- أ. القاموس المحيط ، لمجد الدين محمد يعقوب الشيرازي المتوفي سنة 717 هـ مطبعة السعادة ، طبعة سنة 332هـ مصر .
- ب. أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور المصري ، لسان العرب المتوفي 711هـ ، دار الصادرة بيروت سنة 1375هـ .

#### خامساً : الكتب القانونية :-

1. عوض أحمد إدريس ، الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الاسلامي ، دار ، ط 1986م بيروت : دار مكتبة الهلال.
2. محمد محي الدين ، القانون الجنائي الاسلامي ومبادئه الاساسية ونظرياته العامة في الشريعة الاسلامية د. ، مطبعة جامعة القاهرة 1981م .
3. د.عفيفي عجلان ، النظرية العامة الفقه الاسلامي وخصائصه الذاتية المتميزة / ط1989م.
4. د/ توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، ط2 - 1975 - 1976م
5. د/ محمد حسين منصور ، النظام القانوني للاسرة في الشريعة غير الاسلامية . منشأة المعارف الاسكندرية .

6. د/ محمد عبد المنعم القيصي ، نظرة القرآن الي جريمة والعقاب.ط1 -1988م دار المنار.
7. د/ عبد الحميد متولي ، مبادئ نظام الحكم في الاسلام. منشأة المعارف .ط4،2009م.
8. د/ محمود محمد علي ، الاتجاهات الحديثة في اعداد وصياغة مشروعات القوانين - 2009م .
9. محمد نعيم العشماوي ، الشريعة الاسلامية والقانون المصري ، المستشار ط1 - 1996م .
10. الشيخ محمد ابوزهرة ، الجريمة والعقوبة في الفقي الاسلامي ، دار الفطر العربي 1998م.
11. محمد شيخ ، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية الاستاذ /ط.2010 .
12. محمود الشربيني ، القضاء في الاسلام / المستشار الدكتور / مكتبة الاسرة 2005م.
13. د.حاج آدم حسن الطاهر شرح قانون الاثبات السوداني ، .
14. د. عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الاسلامي ، الجزء الاول.
15. د. حمدي رجب عطية ، الاصول المنهجية لاعداد البحوث والرسائل الجامعية دراسة مقارنة في البحث القانوني ، ط2- الجيزة 2009م
16. د. فاخر عاقل ، أسس البحث العلمي للعلوم السلوكية ط3 - بيروت 1988م - دار العلم للملايين.
17. د. أحمد شلبي ، كيف تكتب بحث أو رسالة منهجية ط 24 - 1997م
18. د. أيمن سعد سليم ، أساسيات البحث القانوني ط3 - القاهرة -2010م .
19. أسس وقواعد البحث العلمي في تطبيقاتها علي البحث القانوني د. عمر فؤاد عمر دار النهضة العربية - القاهرة 2006م
20. د. محمد عثمان الخشب كيف تكتب بحثاً ط3 - ابريل 2009م .
21. المخل الي أعاد البحث - المفتي رفيق الإسلام المدني دار الكتب العلمية بيروت ط1 - 2006م .

22. الأصول القانونية في اعداد البحوث القانونية د. احمد عبد الكريم سلامة .
23. القانون بين فقة المعاملات الإسلامي وعلم القانون الحديث د/ خالد محمد احمد محمد - دار النهضة العربية 2007م .
24. د. علي الباز ، الإعجاز القانوني في القرآن الكريم ، دار الاسلام للطباعة والنشر أغسطس 2011م.
25. الشيخ محمد علي الصابوني ، المواريث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة - الطبعة الأولى 1423هـ - 2002م / داحر الصابوني .
26. عبد الرحمن أحمد عثمان ، الهجرات السياسية وأثرها في أنتشار الإسلام في أفريقيا - إصدار رقم (9) - 1411هـ - 1991م .
27. د. رياض صالح أبو العطا ، الحقوق الجماعية في ضوء القانون الدولي، دار الجامعة الجديدة 2009م .
28. د. علي الباز ، الإعجاز القانوني في القرآن الكريم.
29. بروفيسور - حاج آدم حسن الطاهر ، المقاصد والقواعد في التشريعات السودانية / الطبعة الأولى 2012م .
30. د. عباس سليمان علوان الطبعة ، الإدعاء بالإعسار في الفقه والقانون وما جدي عليه العمل / الأولى 2010م .
31. المحامي - محمد أمين الدوهي ، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني ، دائرة الكتب القانونية - دار شتان للنشر والبرمجيات / 2008 .
32. د. رجب كريم عبد الإله ، المدخل للعلوم القانونية (الجزء الأول) نظرية القانون ، الناشر - دار النهضة العربية / 2004م.
33. د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، النظرية العامة للحق ، 2005م .
34. د. مصطفى أحمد أبو عمرو ، مبادئ القانون / (2) د. همام محمد محمود زهران ( أستاذ القانون المدني ) (2) ( كلية الحقوق جامعتي طنطا و بيروت العربية ) / منشورات الجبلي الحقوقية / الطبعة الأولى 2010م .

35. الامام محمد أبو زهرة ، الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي (1) الجريمة دار الفكر العربي (2) العقوبة .
36. د. محمود الأمير يوسف الصادق ، تنفيذ الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي / كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر ( دار الكتب القانونية / دار شتات للنشر والبرمجيات / 2011م .
37. د. سامي سزور منشورات الجبلي ، القانون المدني ( المدخل للعلوم القانونية ) د. حسن محيو (و) الحقوقية / الطبعة الأولى 2011م .
38. الدكتور محمد حسين منصور ، المدخل الي القانون ( القاعدة القانونية ) / منشورات الجبلي الحقوقية / الطبعة الأولى 2010م .
39. أ.د. أحمد الريوني ، محاضرات في مقاصد الشريعة ، دار السلام / الطبعة الأولى 1430هـ - 2009م .
40. الامام الاكبر - محمود شلتوت ، الاسلام عقيدة وشريعة ، دار السلام / دار الشروق الطبعة السادسة 1972م .
41. علي عدنان الصكير ، دراسات الفقه الجنائي الإسلامي ، دار الكتب القانونية / دار شتات للنشر والبرمجيات 2010م .
42. أ.د. علي جمعة محمد ، الحكم الشرعي عند الاصوليين ، دار الاسلام / الطبعة الثانية 1427هـ - 2006م .
43. د. عبد المجيد عبد الحميد الذبياني ، التشريع الجنائي الإسلامي المقارن / الدار الجماهيرية .
44. د. إبراهيم محمد أحمد دريج ، التحكيم الداخلي والدولي ( النظرية والتطبيق ) الطبعة الأولى 2003م .
45. د. عبد الحميد متولي ، مبادئ نظام الحكم في الاسلام ، 2008م .
46. مصطفى العمومي ، القاعدة القانونية في القانون المدني ، طبعة مستخدمة 2010م طبعة ثانية .

47. إسماعيل نامق حسين ، العدالة وأثرها في القاعدة القانونية / دار الكتب القانونية - دار شتات للنشر والبرمجيات 2011م .
48. د. محمد أحمد سراج ، صفات العدوان في الفقه الاسلامي ، الطبعة الاولى 1414 هـ . 1993م .
49. باحث دكتوراه ، عماد محمد فوزي ملونية ، القواعد الاجرائية في الشريعة الاسلامية دار الجامعة الجديدة ، 2009م .
50. / د. هاني محمد كامل المنايلى ، السلطة القضائية فى النظام الإسلامى / دار الجامعة الجديدة / 2009م .
51. عبد الرحمن بن ناصر السمرعد ، إرشاد أولي البصائر والألباب لمعرفة الفقه / الطبعة الأولى - 1427 - 2006 م .
52. عثمان أحمد عثمان الصدفى ، حماية النفس الإنسانية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي والمواثيق الدولية -/ دار النهضة العربية 1431 هـ - 2010م .
53. د. محمد العلمي ، المدخل الي فقه الدولة في الاسلام. / دار الكلمة للنشر والتوزيع الطبعة الأولى 1432 هـ - 2011م .
54. د. محمد حسين منصور ، النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الاسلامية /- الناشر المعارف بالاسكندرية .
55. د. محمد علي الصافوري ، النظم القانونية القديمة لدي اليهود والاغريق والرومان .
56. أ.د. علي يوسف الشكري منشورات ، النظام الدستوري في الشريعة الإسلامية الجبلي الحقوقية / الطبعة الأولى 2012م .
57. د. عبد العال أحمد عبد العال هبة النيل ، التكافل الاجتماعي في الإسلام ، العربية للنشر والتوزيع.
58. البروفيسور : البخاري عبد الله الجعلي ، القانون الدولي العام وفقاً للفقه والسوابق والتشريع / الطبعة الثالثة عشر نوفمبر 2011م .
59. محمود الشرييني، القضاء في الإسلام ، المستشار الدكتور ، مكتبة الأسرة .

60. د. أحمد عبد الوارث مرسي ، الإعجاز الشرعي والبياني في سورة النساء ، دار المعارف .
61. د. مسعد عبد الرحمن زيدان ، مناهج البحث العلمي في العلوم القانونية ، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر والبرمجيات / 2007م .
62. د. محمد حسين منصور ، القانون المقارن ، دار الجامعة الجديدة .
63. أ.د. وجيه محجوب ، أصول البحث العلمي ومناهجه ، الطبعة الأولى 2001م - 1421هـ دار المناهج للنشر والطباعة .
64. د. إبراهيم محمد تركي ، البحث العلمي ( أسسه ومناهجه ) / دار الكتب القانونية - دار شتات للنشر والبرمجيات 2010م .
65. د. محمد صديق الزين علي ، أصول البحث العلمي في القرآن الكريم / الطبعة الأولى 2011م - دار الجنان للنشر والتوزيع .
66. د. محمد الدسوقي ، منهج البحث في العلوم الإسلامية الطبعة الثانية 2003م - 1424هـ ، دار التقنية للطباعة والنشر والتوزيع .
67. أ.د. علي جمعة محمد ، المدخل الي دراسة المذاهب الفقهية ، دار السلام الطبعة الثالثة 1430هـ - 2009م .
68. د. فاخر عاقل ، أسس البحث العلمي في العلوم السلوكية ، دار العلم للملايين الطبعة الثالثة أذار (مارس) 1978م .
69. د. زبير مصطفى حسين ، الطبيعة القانونية لحق الزواج / دار الكتب القانونية - دار شتات للنشر والبرمجيات ، 2012م .
70. د. محمد الهاشمي الحامدي ، محمد رسول الله للقرية العالمية / دار السلام ، الطبعة الأولى 2006م .
71. أبي عمر يوسف بن عبد البر النمري القرطبي ، جامع بيان العلماء وفضله / تحقيق :- ياسر سليمان أبو شادي / المكتبة التوفيقية .

72. عصام يوسف ، موسوعة التقانة الإسلامية : 1000 سؤال وجواب ، دارالنهار / الطبعة الأولى 2012م .
73. د. النور أحمد رسلون ، القانون الإداري ، دار النهضة العربية 1993م .
74. د. سمية القليوني ، شرح العقود التجارية ، الطبعة الثانية 1992م / دار النهضة العربية / مطبعة جامعة القاهرة .
75. محمود محمد علي صيره الإتجاهات الحديثة في إعداد صياغة مشروعات القوانين ، يونيو 2009م .
76. موننتسكيو - روح الشرائع ، ترجمة :- عادل زعيتير ، الهيئة المصرية العامة للكاتب ، 2010م .
77. د. محمد محمد إبراهيم ، إعداد وكتابة البحوث ، الدار الجامعة 2010 - 2011م .
78. د. علي جمال الدين عوض ، القانون البحري ، المحامي أستاذ ووكيل كلية الحقوق بجامعة القاهرة 1987م / دار النهضة العربية .
79. د. حمدي رجب عطية أستاذ القانون الجنائي ، الأصول المنهجية لإعداد البحوث والرسائل الجامعية ، الطبعة الثانية .
80. د. إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم ، البحث العلمي - أصوله ومناهجه .
81. الإمام إبي عبد الله بن داود الصناجي المعروف بـ ( ابن آجروم ) ، شرح الأجرومية ، مكتبة الإيمان المنصورة ، الطبعة الأولى .
82. د. إميل بديع يعقوب ، فقه اللغة العربية وخصائصها ، دار العلم للملايين الطبعة الأولى آياد (مايو) 1982م .
83. د. هاني محمد كمال ، عظمة العقوبات في التشريع الجنائي الإسلامي ، دار الجامعة الجديدة 2009م .
84. د. أحمد إبراهيم عبد التواب ، أصول البحث العلمي في علم القانون ، دار الجامعة الجديدة 2010م .

85. د. البخاري عبد الله الجعلي ، قانون الأثبات تشريعية وفقها وقضاء ، مطبعة جامعة النيلين . الطبعة الرابعة 1998م .
86. د. محمود أحمد طه ، عبء إثبات الأحوال الأصلح للمتهم ، 2003م منشأه المعارف بالاسكندرية الجامعية .
87. عز الدين محمد أحمد الأمين القاضي ، منازعات التنفيذ في ضوء الطبيعة القانونية للتنفيذ القضائي ، (سابقاً ) 2000م .
88. أ.د.أحمد عبد الحميد الخالدي ، الوجيز في المناهج وإعداد البحث العلمي ، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، 2009م .
89. د. يوسف حسين محمد البشير ، القانون الإداري بهامشة شرح قانون القضاء الإداري لسنة 2005م - 2008م
90. مصطفى محمد محمد خلف ، جريمة تضليل العدالة في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ، كتب القانون ، دار شتات للنشر والبرمجيات 2011م .
91. د. عامر الزمالي ، مقالات في القانون الدولي الانساني والاسلام ، الطبعة الرابعة - أغسطس ، آ ب 2010م .
92. د. بدرية عبد المنعم حسونة ، شرح أحكام المسؤولية المدنية في الشريعة الاسلامية والقانون المدني السوداني لسنة 1984م ، الطبعة الأولى أغسطس 2011م .
93. د. شهاب سليمان عبد الله ، أسس وقواعد البحث العلمي في تطبيقها علي البحث القانوني - 2006م - دار النهضة العربية .
94. مدخل لدراسة قانون حقوق الإنسان -- دار النهضة العربية 2005م برفيسور مشارك رئيس قسم القانون العام كلية القانون جامعة شندي .
95. د. محمود عبد الرحمن محمد ، أصول القانون - ( أستاذ القانون العام المدني بجامعة القاهرة وقطر) دار النهضة العربية بالقاهرة الطبعة الثانية .
96. د. تاج السر محمد حامد ، قواعد البحث القانوني والمنطق القضائي في تسبيب الأحكام -قاضي المحكمة العليا - الخرطوم / الطبعة الرابعة - يناير 2011م .

97. د. هاني محمد كامل المنابلي إعداد البحث القانوني ، دار الكتب القانونية دار شتات للنشر والبرمجيات 2010م .
98. د. أيمن سعد سليم ، أساسيات البحث القانوني - الطبعة الثانية /- أستاذ القانون المدني المساعد بكلية الحقوق - جامعة القاهرة / دار النهضة العربية 2010م .
99. لواء د. قدرى عبد الفتاح الشهاب ، أساليب البحث العلمي الجنائي والتقنية المتقدمة .
100. عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي - الجزء الأول / دار الكتب العربي بيروت .
101. أ.د. فريد الأنصاري ، أبجديات البحث في العلوم الشرعية / الطبعة الأولى 1423هـ - 2002م - دار الحلمة للنشر والتوزيع - مصر - المنصورة .
102. عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي / المجلد الثاني / مكتبة دار التراث / طبعة جديدة منقحة / 1426هـ - 2005م .
103. الشيخ زين العابدين بن إبراهيم بن بخيم ، الأشتباه والنظائر ( علي مذهب أبي حنيفة النعمان / حققه :- عادل سعد / المكتبة التوفيقية .
104. د.زكريا المهدي ، حقوق الإنسان / / ( دكتوراه في القانون العام والعلوم الإدارية 2006م دار الكتب القانونية .
105. د. وسام أحمد السمروط ، الأحكام القضائية الشرعية / دراسة فقهية قانونية مقارنة / منشورات الجبلي الحقوقية / الطبعة الأولى / 2009م .
106. د. خالد محمد أحمد محمد ، القانون بين فقه المعاملات الإسلامي وعلم القانون الحديث ، دار النهضة العربية ، 1428هـ - 2007م .
107. أشرف ندي الأصول ، القضائية في المرافعات الشرعية / (رئيس محكمة ) المكتب الفني الامانات القانونية .

108. محمد زين الأبياني ، شرح الأحكام الشرعية في الاحكام الشخصية / الجزء الثاني / منشورات الجبلي الحقوقية / الطبعة الأولى / 2006م .
109. دكتور : أحمد علي إبراهيم حمد ، بروفيسر لواء ( حقوقي ) ، القانون الجنائي السوداني / 1991 معلقا عليه / القسم الأول / الطبعة الثانية 2011م .
110. د. البخاري عبد الله الجعلي ، قانون البحار والقانون الدبلوماسي / 2006م الطبعة الثانية.
- 111.د. مهندس محجوب إبراهيم محمد الأمين ،المسؤولية القانونية للمقاول (دراسة مقارنة ) أبريل 2010م
112. د. محمود إسماعيل محمد مسعل ، أثر الخلاف الفقهي في القواعد المختلف فيما ومدى تطبيقها في الفروع المعاصرة / ( كلية الشريعة والقانون بدمهود - جامعة الازهر ، تقديم :- د. علي جمعة محمد ) مفتي للديار المصرية ، دار السلام للطباعة / الطبعة الثانية 1430هـ - 2009م .
- 113.المحامي حلمي محمد حجار ، المنهجية في حل النزاعات ووضع الدراسات القانونية ، دكتور في الحقوق أستاذ كليات ومعاهد الحقوق ، قاضي سابق .
114. المحامي المتدرج راني حلمي الحجار (دبلوم في قانون الأعمال) - الطبعة الأولى 1431هـ - 2010م .
115. الشيخ محمد علي الصابوني ، المواريث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة -الطبعة الأولى 1423هـ - 2002م / داحر الصابوني .
116. عبد الرحمن أحمد عثمان ، الهجرات السياسية وأثرها في أنتشار الإسلام في أفريقيا - إصدار رقم (9) - 1411هـ - 1991م .

117. د. رياض صالح أبو العطا ، الحقوق الجماعية في ضوء القانون الدولي، دار الجامعة الجديدة 2009م .
118. د. علي الباز ، الإعجاز القانوني في القرآن الكريم.
119. بروفيسور - حاج آدم حسن الطاهر ، المقاصد والقواعد في التشريعات السودانية / الطبعة الأولى 2012م .
120. د. عباس سليمان علوان الطبعة ، الإدعاء بالإعسار في الفقه والقانون وما جدي عليه العمل / الأولى 2010م .
121. المحامي - محمد أمين الدوهي ، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني ، دائرة الكتب القانونية - دار شتان للنشر والبرمجيات / 2008 .
122. د. رجب كريم عبد الاله ، المدخل للعلوم القانونية (الجزء الأول) نظرية القانون ، الناشر - دار النهضة العربية / 2004م.
123. د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، النظرية العامة للحق ، 2005م .
124. د. مصطفى أحمد أبو عمرو ، مبادئ القانون / (2) د. همام محمد محمود زهران ( أستاذ القانون المدني ) (2) ( كلية الحقوق جامعتي طنطا و بيروت العربية ) / منشورات الجبلي الحقوقية / الطبعة الأولى 2010م .
125. الامام محمد أبو زهرة ، الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي (1) الجريمة دار الفكر العربي (2) العقوبة .
126. د. محمود الأمير يوسف الصادق ، تنفيذ الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي ( كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر ) دار الكتب القانونية / دار شتان للنشر والبرمجيات / 2011م .
127. د. سامي سزور منشورات الجبلي ، القانون المدني ( المدخل للعلوم القانونية ) د. حسن محيو (و) الحقوقية / الطبعة الأولى 2011م .
128. الدكتور محمد حسين منصور ، المدخل الي القانون ( القاعدة القانونية ) / منشورات الجبلي الحقوقية / الطبعة الأولى 2010م .

129. أ.د. أحمد الريوني ، محاضرات في مقاصد الشريعة ، دار السلام / الطبعة الأولى 1430هـ - 2009م .
130. الامام الاكبر - محمود شلتوت ، الاسلام عقيدة وشريعة ، دار السلام / دار الشروق الطبعة السادسة 1972م .
131. علي عدنان الصكير ، دراسات الفقه الجنائي الإسلامي ، دار الكتب القانونية / دار شتات للنشر والبرمجيات 2010م .
131. أ.د. علي جمعة محمد ، الحكم الشرعي عند الاصوليين ، دار الاسلام / الطبعة الثانية 1427هـ - 2006م .
132. د. عبد المجيد عبد الحميد الذبياني ، التشريع الجنائي الإسلامي المقارن / الدار الجماهيرية .
133. د. إبراهيم محمد أحمد دريج ، التحكيم الداخلي والدولي ( النظرية والتطبيق ) الطبعة الأولى 2003م .
134. د. عبد الحميد متولي ، مبادئ نظام الحكم في الاسلام / 2008م .
135. مصطفى العموي ، القاعدة القانونية في القانون المدني / طبعة مستخدمة 2010م طبعة ثانية .
136. إسماعيل نامق حسين ، العدالة وأثرها في القاعدة القانونية / دار الكتب القانونية - دار شتات للنشر والبرمجيات 2011م .
137. د. محمد أحمد سراج ، صفات العدوان في الفقه الاسلامي ، الطبعة الاولى 1414هـ . 1993م .
138. باحث دكتوراه - عماد محمد فوزي ملونية ، القواعد الاجرائية في الشريعة الاسلامية -/ دار الجامعة الجديدة / 2009م .
139. د. هاني محمد كامل المنابلي ، السلطة القضائية في النظام الإسلامي / دار الجامعة الجديدة / 2009م .

140. عبد الرحمن بن ناصر السمرعد ، إرشاد أولي البصائر والألباب لمعرفة الفقه الطبعية الأولى -1427 - 2006 م .
141. عثمان أحمد عثمان الصدفي ، حماية النفس الإنسانية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي والمواثيق الدولية -/ دار النهضة العربية 1431 هـ - 2010 م .
142. د. محمد العلمي ، المدخل الي فقه الدولة في الاسلام. / دار الكلمة للنشر والتوزيع الطبعة الأولى 1432 هـ - 2011 م .
143. د. محمد حسين منصور ، النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الاسلامية -/ الناشر المعارف بالاسكندرية .
144. د. محمد علي الصافوري ، النظم القانونية القديمة لدي اليهود والاغريق والرومان .
145. أ.د. علي يوسف الشكري منشورات ، النظام الدستوري في الشريعة الإسلامية الجبلي الحقوقية / الطبعة الأولى 2012 م .
146. د. عبد العال أحمد عبد العال هبة النيل ، التكافل الاجتماعي في الإسلام ، العربية للنشر والتوزيع.
147. البروفيسور البخاري عبد الله الجعلي ، القانون الدولي العام وفقاً للفقه والسوابق والتشريع / الطبعة الثالثة عشر نوفمبر 2011 م .
148. د.محمود الشربيني، القضاء في الإسلام ، المستشار الدكتور ، مكتبة الأسرة .
149. د. أحمد عبد الوارث مرسي ، الإعجاز الشرعي والبياني في سورة النساء ، دار المعارف
150. د. مسعد عبد الرحمن زيدان ، مناهج البحث العلمي في العلوم القانونية ، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر والبرمجيات / 2007 م .
151. د. محمد حسين منصور ، القانون المقارن ، دار الجامعة الجديدة .
152. أ.د. وجيه محجوب ، أصول البحث العلمي ومناهجه ، الطبعة الأولى 2001 م - 1421 هـ دار المناهج للنشر والطباعة .
153. د. إبراهيم محمد تركي ، البحث العلمي ( أسسه ومناهجه ) / دار الكتب القانونية - دار شتات للنشر والبرمجيات 2010 م .

154. د. محمد صديق الزين علي ، أصول البحث العلمي في القرآن الكريم / الطبعة الأولى 2011م - دار الجنان للنشر والتوزيع .
155. د. محمد الدسوقي ، منهج البحث في العلوم الإسلامية الطبعة الثانية 2003م - 1424هـ ، دار التقانة للطباعة والنشر والتوزيع .
156. أ.د. علي جمعة محمد ، المدخل الي دراسة المذاهب الفقهية ، دار السلام الطبعة الثالثة 1430هـ - 2009م .
157. د. فاخر عاقل ، أسس البحث العلمي في العلوم السلوكية / دار العلم للملايين الطبعة الثالثة أدار (مارس) 1978م .
158. د. زبير مصطفى حسين ، الطبيعة القانونية لحق الزواج / دار الكتب القانونية - دار شتات للنشر والبرمجيات ، 2012م .
159. د. محمد الهاشمي الحامدي ، محمد رسول الله للقرية العالمية / دار السلام ، الطبعة الأولى 2006م.
160. أبي عمر يوسف بن عبد البر النمري القرطبي ، جامع بيان العلماء وفضله ، تحقيق ياسر سليمان أبو شادي ، المكتبة التوفيقية .
161. عصام يوسف ، موسوعة التقانة الإسلامية : 1000 سؤال وجواب ، دارالنهار / الطبعة الأولى 2012م .
162. القانون الإداري / د. النور أحمد رسلون ، دار النهضة العربية 1993م .
162. د. سمية القليوني ، شرح العقود التجارية ، الطبعة الثانية 1992م / دار النهضة العربية / مطبعة جامعة القاهرة .
163. محمود محمد علي صيره الإتجاهات الحديثة في إعداد صياغة مشروعات القوانين يونيو 2009م.
164. مونتسكيو - روح الشرائع ، ترجمة :- عادل زعيتر ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، 2010م .
165. د. محمد محمد إبراهيم ، إعداد وكتابة البحوث ، الدار الجامعة 2010 - 2011م .

166. القانون البحري د. علي جمال الدين عوض المحامي أستاذ ووكيل كلية الحقوق بجامعة القاهرة 1987م / دار النهضة العربية .
167. د. حمدي رجب عطية أستاذ القانون الجنائي ، الأصول المنهجية لإعداد البحوث والرسائل الجامعية ، الطبعة الثانية .
168. د. إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم ، البحث العلمي - أصوله ومناهجه .
169. الإمام إبي عبد الله بن داود الصناجي المعروف بـ ( ابن آجروم ) ، شرح الأجرومية ، مكتبة الإيماء المنصورة ، الطبعة الأولى .
170. د. إميل بديع يعقوب ، فقه اللغة العربية وخصائصها ، دار العلم للملايين الطبعة الأولى آياد (مايو) 1982م .
171. د. هاني محمد كمال ، عظمة العقوبات في التشريع الجنائي الإسلامي ، دار الجامعة الجديدة 2009م .
172. د. أحمد إبراهيم عبد التواب ، أصول البحث العلمي في علم القانون ، دار الجامعة الجديدة 2010م .
173. د. البخاري عبد الله الجعلي ، قانون الأثبات تشريعية وفقها وقضاء ، مطبعة جامعة النيلين . الطبعة الرابعة 1998م .
174. د. محمود أحمد طه ، عبء إثبات الأحوال الأصلح للمتهم ، 2003م منشأه المعارف بالاسكندرية الجامعية .
175. عز الدين محمد أحمد الأمين القاضي ، منازعات التنفيذ في ضوء الطبيعة القانونية للتنفيذ القضائي ، (سابقاً ) 2000م .
176. أ.د. أحمد عبد الحميد الخالدي ، الوجيز في المناهج وإعداد البحث العلمي ، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، 2009م .
177. د. يوسف حسين محمد البشير ، القانون الإداري بهامشة شرح قانون القضاء الإداري لسنة 2005م - 2008م

178. مصطفى محمد محمد خلف ، جريمة تضليل العدالة في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ، كتب القانون ، دار شتات للنشر والبرمجيات 2011م .
179. د. عامر الزمالي ، مقالات في القانون الدولي الانساني والاسلام ، الطبعة الرابعة - أغسطس ، آ ب 2010م .
180. د. بدرية عبد المنعم حسونة ، شرح أحكام المسؤولية المدنية في الشريعة الاسلامية والقانون المدني السوداني لسنة 1984م ، الطبعة الأولى أغسطس 2011م .
181. د. شهاب سليمان عبد الله ، أسس وقواعد البحث العلمي في تطبيقها علي البحث القانوني - 2006م - دار النهضة العربية .
182. مدخل لدراسة قانون حقوق الإنسان -- دار النهضة العربية 2005م برفيسور مشارك رئيس قسم القانون العام كلية القانون جامعة شندي .
183. د. محمود عبد الرحمن محمد ، أصول القانون - ( أستاذ القانون العام المدني بجامعة القاهرة وقطر) دار النهضة العربية بالقاهرة الطبعة الثانية .
184. د. تاج السر محمد حامد ، قواعد البحث القانوني والمنطق القضائي في تسبيب الأحكام - قاضي المحكمة العليا - الخرطوم / الطبعة الرابعة - يناير 2011م .
185. د. هاني محمد كامل المنابلي إعداد البحث القانوني ، دار الكتب القانونية دار شتات للنشر والبرمجيات 2010م .
186. د. أيمن سعد سليم ، أساسيات البحث القانوني - الطبعة الثانية / - أستاذ القانون المدني المساعد بكلية الحقوق - جامعة القاهرة / دار النهضة العربية 2010م .
187. لواء .د. قدرى عبد الفتاح الشهاب ، أساليب البحث العلمي الجنائي والتقنية المتقدمة
188. عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي - الجزء الأول / دار الكتب العربي بيروت
- 189.أ.د. فريد الأنصاري ، أبجديات البحث في العلوم الشرعية / الطبعة الأولى 1423هـ - 2002م - دار الحلما للنشر والتوزيع - مصر - المنصورة .

190. عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي / المجلد الثاني / مكتبة دار التراث / طبعة جديدة منقحة / 1426هـ - 2005م .
191. الشيخ زين العابدين بن إبراهيم بن بخيم ، الأستباه والنظائر ( علي مذهب أبي حنيفة النعمان / حققه :- عادل سعد / المكتبة التوفيقية .
192. د.زكريا المهدي ، حقوق الإنسان / ( دكتوراه في القانون العام والعلوم الإدارية 2006م دار الكتب القانونية .
193. د. وسام أحمد السمروط ، الأحكام القضائية الشرعية / دراسة فقهية قانونية مقارنة / منشورات الجبلي الحقوقية / الطبعة الأولى / 2009م .
194. د. خالد محمد أحمد محمد ، القانون بين فقه المعاملات الإسلامي وعلم القانون الحديث ، دار النهضة العربية / 1428هـ - 2007م .
195. أشرف ندي ، الأصول القضائية في المرافعات الشرعية / (رئيس محكمة ) المكتب الفني الأمانات القانونية .
196. محمد زين الأبياني ، شرح الأحكام الشرعية في الاحكام الشخصية / الجزء الثاني / منشورات الجبلي الحقوقية / الطبعة الأولى / 2006م .
197. دكتور أحمد علي إبراهيم حمد ، بروفيسر لواء ( حقوقي ) ، القانون الجنائي السوداني، 1991 معلقا عليه / القسم الأول / الطبعة الثانية 2011م .
198. د. البخاري عبد الله الجعلي ، قانون البحار والقانون الدبلوماسي ، 2006م الطبعة الثانية .

199. د. مهندس محجوب إبراهيم محمد الأمين ،.المسؤولية القانونية للمقاول ( دراسة مقارنة ) ، أبريل 2010م

200. د. محمود إسماعيل محمد مسعل ، أثر الخلاف الفقهي في القواعد المختلف فيما ومدي تطبيقها في الفروع المعاصرة ( كلية الشريعة والقانون بدمهود - جامعة الازهر ، تقديم :- د. علي جمعة محمد ( مفتي للديار المصرية ، دار السلام للطباعة ، الطبعة الثانية 1430هـ - 2009م .

201. المحامي حلمي محمد حجار ، المنهجية في حل النزاعات ووضع الدراسات القانونية دكتور فى الحقوق أستاذ كليات ومعاهد الحقوق ، قاضي سابق .

202. المحامي المتدرج راني حلمي الحجار (دبلوم في قانون الأعمال) - الطبعة الأولى 1431هـ - 2010م